OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: **LVwG-800205/12/Bm/LR**

Datum: **Linz, 23. März 2017**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde des Herrn W R, X, X, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 30. Mai 2016, GZ: Ge-622/16, wegen einer Verwaltungsübertretung nach der GewO 1994 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 27. September 2016,

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde insofern Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 700 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 65 Stunden herabgesetzt werden.

Im Übrigen wird das Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die verletzte Rechtsvorschrift zu lauten hat:
„§ 366 Abs. 1 Z 1 iVm § 1 Abs. 4 GewO 1994."

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG entfällt die Verpflichtung zur Leistung eines Kostenbeitrages zum Beschwerdeverfahren. Der Kostenbeitrag zum behördlichen Verwaltungsstrafverfahren wird gemäß § 64 Abs. 2 VStG mit 70 Euro (10% der nunmehr festgesetzten Geldstrafe bestimmt).

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 30. Mai 2016, GZ: Ge-622/16, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe von 3.600 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 336 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 GewO 1994 verhängt. Nachstehender Tatvorwurf wurde dem Bf im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses zur Last gelegt:

„Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Firma X KG in X, X, verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten, dass durch oa. Firma in deren Namen, auf deren Rechnung und in Gewinnabsicht im Internet auf der Homepage X zumindest am 2.5.2016 Immobilien zum Kauf und Verkauf angeboten wurden.
Es wurde somit von oa. Firma die gewerbliche Tätigkeit des Immobilienmaklers ausgeübt, ohne dass oa. Firma im Besitz der hiefür erforderlichen Gewerbeberechtigung gewesen wäre. Dies stellt eine Übertretung der Bestimmungen der Gewerbeordnung dar."

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat der Bf innerhalb offener Frist Beschwerde erhoben und darin im Wesentlichen ausgeführt, im Straferkenntnis werde dem Bf zur Last gelegt, zumindest am 2. Mai 2016 im Internet auf der Homepage X Immobilien zum Kauf und Verkauf angeboten zu haben und damit die Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 GewO 1994 begangen zu haben. Richtig sei, dass die X KG gegründet worden sei, um Immobilien zu vermitteln. Es sei aber so, dass der Bf Anfang August 2015 schwer erkrankt und ab diesem Zeitpunkt kaum mehr gehfähig gewesen sei. In weiterer Folge sei ein Spitalsaufenthalt notwendig geworden und befinde sich der Bf seither in permanenter ärztlicher Behandlung. Die Ausübung des Gewerbes eines Immobilienmaklers sei aufgrund der eingeschränkten Mobilität gar nicht möglich. Richtig sei, dass eine Rechtfertigung nicht abgegeben worden sei, dies sei aber auf die Krankheit zurückzuführen. Da eine sinnvolle gewinnorientierte Ausübung des Gewerbes ohne dies nicht möglich gewesen sei, sei nach der Vorbereitungsphase zwar die Anmeldung geplant gewesen, jedoch wurde diese Anmeldung aufgrund der Krankheit nicht vorgenommen. Im Zuge der Vorbereitungen sei jedoch eine Kooperation mit dem Softwareanbieter X eingegangen worden und in dessen System, teils zu Testzwecken, einige Objekte eingepflegt und auf die eigene Homepage exportiert worden. Diese Kooperation sei beendet worden, da ja eine Ausübung aufgrund der gesundheitlichen Situation nicht zur Debatte gestanden sei. Erst vor kurzem sei es dem Bf gelungen die Löschung der Objekte und das „vom-Netz-nehmen" der Website zu erreichen. Zu den Einkommensvermögens- und Familienverhältnissen werde ausgeführt, dass das Nettoeinkommen derzeit kaum ausreiche um die

Verpflichtungen aus Miete und Lebenshaltung zu erfüllen. Dazu würden hohe medizinische Kosten kommen und sei der Bf zum Teil auf die Unterstützung der Mutter angewiesen. Aus dieser Sicht werde ersucht, wenn schon nicht auf Aufhebung erkannt werde, so dennoch um Milderung.

3. Der Magistrat der Stadt Steyr hat die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 27. September 2016. Der Bf ist unentschuldigt zu dieser Verhandlung nicht erschienen.

4.1. Unstrittig steht fest, dass zum Tatzeitpunkt auf der Homepage X Tätigkeiten des Gewerbes der Immobilienmakler von der X KG mit Sitz in X, X, angeboten wurden. Die X KG ist nicht im Besitz einer Berechtigung für die Ausübung des Gewerbes Immobilienmakler. Handelsrechtlicher Geschäftsführer der X KG ist der Bf.

Dieser Sachverhalt wird vom Bf auch nicht bestritten.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3.600 Euro zu bestrafen ist, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

Nach § 1 Abs. 2 GewO 1994 wird eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbstständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist.

Nach Abs. 4 dieser Bestimmung gilt auch eine einmalige Handlung als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

Nach § 339 Abs. 1 GewO 1994 hat, wer ein Gewerbe ausüben will, die Gewerbeanmeldung bei der Bezirksverwaltungsbehörde des Standortes zu erstatten.

5.2. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist der Tatbestand des Anbietens einer gewerblichen Tätigkeit erfüllt, wenn einer an einen größeren Kreis von Personen gerichteten Ankündigung die Eignung zukommt, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, dass eine unter dem Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird (VwGH 2. Juni 1999, 98/04/0051).
Im Grunde des festgestellten Sachverhaltes steht fest, dass Tätigkeiten, die eindeutig unter den Umfang des Gewerbes „Immobilienmakler" fallen, auf der Homepage unter der Internetadresse X von der X KG zum Tatzeitpunkt angeboten wurden.

Diese Homepage war jedenfalls geeignet, die darin aufscheinenden Ankündigungen einem nicht eingeschränkten Kreis von Personen bekannt zu machen und bei diesen Personen den Eindruck zu erwecken, dass die Tätigkeiten des Gewerbes Immobilienmakler entfaltet werden.
Dieses Anbieten ist somit nach der Bestimmung des § 1 Abs. 4 letzter Satz der GewO 1994 der Ausübung des Gewerbes gleichzuhalten, das heißt, es gilt als Gewerbeausübung.
Die Ankündigungen unter der genannten Internetadresse lassen auch keinen Zweifel offen, dass die unter das Immobilienmaklergewerbe fallenden Tätigkeiten von der X KG angeboten und von ihr auch ausgeführt werden sollten.

Zusammenfassend ist festzustellen, das Tätigkeiten des Gewerbes Immobilienmakler angeboten und somit die entsprechenden Tätigkeiten im Sinne des § 1 Abs. 4 GewO 1994 von der X KG ausgeübt wurden. Damit hat der Bf den ihm zur Last gelegten Tatbestand erfüllt und die Tat auch verwaltungsstrafrechtlich gemäß § 9 Abs. 1 VStG als handelsrechtlicher Geschäftsführer der X KG zu verantworten.

5.3. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.
Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar, weshalb Fahrlässigkeit im Sinne der zitierten Bestimmung ohne weiteres anzunehmen ist, sofern vom Bf kein Entlastungsnachweis erbracht wird. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf dabei initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht, dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die Glaubhaftmachung nicht aus.

Gegenständlich ist dem Bf ein solcher Entlassungsnachweis nicht gelungen. Auch die länger dauernde Krankheit vermag den Bf nicht zu entschuldigen. Es wäre am Bf gelegen, Personen seines Vertrauens mit der Löschung der Internetseite zu beauftragen. Sehr wohl wird aber die vom Bf angegebene Krankheit bei der Strafbemessung zu berücksichtigen sein (siehe unter Punkt 6.).

6. Zur Strafhöhe ist festzuhalten:

6.1. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

6.2. Von der belangten Behörde wurde im angefochtenen Straferkenntnis über den Bf eine Geldstrafe vom 3.600 Euro, sohin die Höchststrafe verhängt. Mangels Angaben zu den persönlichen Verhältnissen des Bf ist die belangte Behörde von einer Schätzung, nämlich monatliches Nettoeinkommen in Höhe von 3.000 Euro und keinen Sorgepflichten ausgegangen und hat diese der Strafbemessung zu Grunde gelegt. Als straferschwerend wurde gewertet, dass der Bf bereits mehrfach wegen Übertretungen der Gewerbeordnung bestraft wurde, Milderungsgründe wurden nicht angenommen.

Aus dem Akt geht hervor, dass der Bf zahlungsunfähig ist. Schon aus diesem Grund war die Geldstrafe im festgesetzten Ausmaß herabzusetzen. Zudem ist die persönliche Situation, wie vom Bf in der Beschwerde beschrieben, zu berücksichtigen.

Die nunmehr verhängte Geldstrafe erscheint tat- und schuldangemessen und noch geeignet, den Bf künftighin zur Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu bewegen.

7. Der Kostenausspruch ist gesetzlich begründet.

Zu II.:

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bismaier