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

Geschäftszeichen:
LVwG-800330/14/Wg

Datum:
Linz, 14. Mai 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Weigl über die Beschwerde des G L R, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. P F, X, X, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 4. Oktober 2018, GZ: Ge96-50-2018, Ge96-50-1-2018, wegen Übertretung der Gewerbeordnung (GewO) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 30. April 2019

zu Recht:

I. Das Straferkenntnis wird behoben und das Verwaltungsstrafverfahren wird gemäß § 45 Abs. 1 VStG eingestellt.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Sachverhalt:

1. Die P GmbH (in der Folge: P) mit Sitz in X, X, verfügt über die Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe „Immobilientreuhänder (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger), eingeschränkt auf Immobilienmakler, ausgenommen Hypothekarkreditvermittlung“. Der Beschwerdeführer (Bf) ist seit 4. Oktober 2011 gewerberechtlicher Geschäftsführer dieser GmbH. Unternehmensgegenstand der P ist der Handel mit Grundstücken (GISA-Auszug ON 2 des Behördenaktes, Seite 2 der Replik vom 20. Februar 2019).

2. Zwischen der P und der X GmbH (in der Folge: X) mit Sitz in X, X, besteht eine ständige Geschäftsbeziehung. Die X verfügt seit dem 17. September 2013 über das Gewerbe „Immobilientreuhänder (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger), eingeschränkt auf Bauträger“. Dieses Gewerbe ist seit 5. November 2018 ruhend gemeldet. R B ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der X (GISA-Auszug und Firmenreport X Beilage zu ON 13 des Gerichtsaktes).

3. Die X ließ auf Grundlage ihrer ständigen Geschäftsbeziehung mit der P Einreichunterlagen zur Errichtung eines Doppelwohnhauses mit Garagen und Hauskanalleitung im Zuge einer Gesamtanlage auf dem im Eigentum der P stehenden Grundstück Nr. X, KG X, erstellen. Der im Behördenakt befindliche Einreichplan wurde von Baumeister D-M im Auftrag der X erstellt. Die P suchte als Bauherrin auf Grundlage dieses Einreichplanes bei der Marktgemeinde X um die Erteilung einer Baubewilligung an. Der Bürgermeister beraumte mit Kundmachung vom 11. Juli 2018 für 7. August 2018 über diesen Antrag eine Bauverhandlung an. Ob die P beabsichtigte, nach entsprechender baurechtlicher Bewilligung das Grundstück an Kunden in unbebauter Form zu veräußern oder die X mit der Errichtung als Ganzes zu beauftragen oder selbst die Bebauung zu veranlassen und als Bauführer aufzutreten, konnte nicht festgestellt werden. Auf Grund der im Bauverfahren erhobenen Nachbareinwendungen wurde bislang keine Baubewilligung erteilt und das Grundstück nach wie vor nicht veräußert (Aussage B Tonbandprotokoll, Kundmachung ON 1 des Behördenaktes, Grundbuchsauszug).

4. Die baubehördliche Kundmachung vom 11. Juli 2018 wurde bei der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land (in der Folge: BH) am 10. August 2018 abgegeben. Die BH ist der Ansicht, dass die P für das Ansuchen um Erteilung der Baubewilligung über das Bauträgergewerbe verfügen muss. Da sie (nur) über eine Gewerbeberechtigung als Immobilienmakler verfügt, lastete sie dem Bf als gewerberechtlichen Geschäftsführer mit Aufforderung zur Rechtfertigung und schließlich auch im bekämpften Straferkenntnis eine Gewerbeausübung ohne der entsprechenden Gewerbeberechtigung an (Verwaltungsübertretung nach § 370

Abs. 1 iVm § 366 Abs. 1 Z 1 GewO). Die BH verhängte eine Geldstrafe von 360 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden. Es wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 36 Euro vorgeschrieben sowie die Haftung der P gemäß § 9 Abs. 7 VStG angeordnet (Behördenakt).

5. Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 22. Oktober 2018. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG) führte am 30. April 2019 antragsgemäß eine mündliche Verhandlung (mV) durch. Der Bf wurde in der mV durch seinen Rechtsanwalt vertreten. Die BH hatte zuvor auf die Teilnahme verzichtet und entsendete keinen Vertreter (Tonbandprotokoll).

II. Beweiswürdigung:

Die maßgeblichen Feststellungen (I.) ergeben sich aus den in Klammer jeweils genannten Beweismitteln. Wie in der Replik des Bf vom 20. Februar 2019 ausgeführt wird, bildet der Handel von Grundstücken den Unternehmensgegenstand der P. Sie verfügt über eine Gewerbeberechtigung als Immobilienmaklerin (I.1.). Die BH führte im bekämpften Straferkenntnis beweiswürdigend aus: „Ihrer Rechtfertigung, Sie durch das gegenständliche Bauverfahren keine Bauträgertätigkeit ausgeübt hätten, sondern lediglich eine Bauparzelle mit einer bereits erwirkten Baubewilligung für einen potentiellen Käufer schaffen wollten, konnte die Behörde nicht folgen. Es erscheint schlichtweg unglaubwürdig, dass sich ein potentieller Käufer ein unbebautes Grundstück kauft, um anschließend sämtliche Risiken und Anstrengungen, welche mit einem immer Hausbau einhergehen, selbst tragen zu müssen, ohne auch nur ansatzweise bei der Gestaltung und Planung seines neuen Eigenheims mitwirken zu können.“ Im Vorlageschreiben führte die BH aus: „Zur vorgebrachten unrichtigen Sachverhaltsfeststellung dahingehend, dass die P niemals die Absicht gehabt habe, ein Bauvorhaben selbst auf den im Eigentum der P befindlichen Grundstücken zu errichten, sondern vielmehr lediglich die Absicht bestanden habe, allfälligen Käufern ein rascheres Bauvorhaben zu ermöglichen, ist auszuführen, dass aus den äußeren Umständen auf eine Bauausführungsabsicht zu schließen ist. Insbesondere die Umstände, dass sowohl in der Kundmachung der Marktgemeinde X zur Ausschreibung einer Bauverhandlung als auch im Einreichplan die P, Projektierung und Planung, als alleinige Bauwerberin aufscheint und keine Bauführerin, Projektleitung oder Generalplanung angeführt wurde, sprechen für eine tatsächliche Bauausführungsabsicht. Aus den genannten Unterlagen, ergeben sich auch keinerlei Anhaltspunkte, dass die P beabsichtigt hätte, das Bauvorhaben durch einen Dritten ausführen zu lassen. Der Verkauf von unbebauten Grundstücken mit einer aufrechten Baubewilligung, an denen die potentiellen Käufer nicht mitwirken konnten, ist – wie auch bereits in der Beweiswürdigung des angefochtenen Straferkenntnisses ausgeführt – ein nach allgemeiner Lebenserfahrung höchst unübliches Vorgehen. ... Aus den Akten geht auch nicht hervor, dass die P einen befugten Gewerbetreibenden mit der gesamten Abwicklung des Bauvorhabens beauftragt hat, vielmehr trat die P als Bauwerberin ohne Bauführer, Generalunternehmer oder Bauträger auf, sodass letztendlich davon auszugehen ist, dass die Absicht bestand, das Bauvorhaben eigenhändig als

Bauträger im Sinne von § 117 Abs. 4 GewO 1994 auszuführen und anschließend zu veräußern.“ Der Bf brachte in seiner Replik vom 20. Februar 2019 neuerlich vor, das Grundstück hätte nach entsprechender baurechtlicher Bewilligung in unbebauter Form veräußert werden sollen. Das Grundstück wurde, wie Rechtsanwalt Dr. F in der mV vorbrachte, bislang nicht veräußert. Eigentümerin ist einem aktuellen Grundbuchsauszug zufolge nach wie vor die P. Zweifelsohne wäre es zweckmäßig gewesen, wenn der Bf die BH bereits im Verwaltungsstrafverfahren auf die Einbindung der X hingewiesen hätte. Auf Grund der glaubwürdigen Aussage des Zeugen B steht für das LVwG fest, dass zwischen P und X eine ständige Geschäftsbeziehung besteht (I.2.). Die Einreichunterlagen wurden laut Aussage des Zeugen B von Baumeister D-M im Auftrag der X erstellt. Das Bauverfahren ist nach wie vor nicht abgeschlossen und ist die P nach wie vor Grundeigentümerin. Wie die BH zutreffend erkennt, kann die Tatsache, dass auf dem Einreichplan ON 1 des Behördenaktes kein Bauführer vermerkt ist, als Indiz dafür gesehen werden, dass die P selbst ausführen wollte. Das kann aber im Hinblick auf die Aussage des Zeugen B, der das Vorbringen des Bf zur ständigen Geschäftsbeziehung bestätigte, nicht als ausreichend wahrscheinlich angesehen werden. Zudem kann gerade der Umstand, dass noch kein Bauführer genannt wird, als Indiz dafür gesehen werden, dass die P eben nicht beabsichtigte, als Bauführer tätig zu werden. Es kann im Ergebnis nicht festgestellt werden, ob die P beabsichtigte, nach entsprechender baurechtlicher Bewilligung das Grundstück an Kunden in unbebauter Form zu veräußern oder die X mit der Errichtung als Ganzes zu beauftragen oder selbst die Bebauung zu veranlassen und als Bauführer aufzutreten (I.3). Im Übrigen beschränken sich die Feststellungen (I.4. und I.5.) auf die Wiedergabe des Verfahrensablaufes.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

§ 117 Abs. 2 Z 3 GewO lautet:

„Der Tätigkeitsbereich des Immobilienmaklers umfasst
...
3. den Handel mit Immobilien einschließlich des Mietkaufes. Dazu zählt auch die Errichtung von Bauten, die der Makler als Bauherr durch befugte Gewerbetreibende zum Zweck der Weiterveräußerung als Ganzes ausführen lässt;“

Die P wäre gemäß § 117 Abs. 2 Z 3 GewO berechtigt gewesen, als Bauherrin (Bauwerberin) aufzutreten und die Anlage auf Grundstück Nr. X, KG X, durch die X, die jedenfalls damals über das Bauträgergewerbe verfügte, zum Zweck der Weiterveräußerung als Ganzes ausführen zu lassen. Wenn sie aber dazu berechtigt war, die X mit der Errichtung des Baues zu beauftragen, dann muss dies - wie der Bf zutreffend erkennt - umso mehr gelten, wenn sie die X lediglich mit der Planverfassung bzw. der Erstellung von Einreichunterlagen beauftragt.

Gemäß der Verweisungsbestimmung des § 38 VwGVG 2014 gilt im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten gemäß § 25 Abs. 1 VStG das Amtswegigkeitsprinzip und gemäß § 25 Abs. 2 VStG der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit, wonach vom Verwaltungsgericht von Amtswegen unabhängig von Parteivorbringen und -anträgen der wahre Sachverhalt durch Aufnahme der nötigen Beweise zu ermitteln ist (VwGH 20.10.2015, Ra 2014/09/0028). Ob die P beabsichtigte, nach entsprechender baurechtlicher Bewilligung das Grundstück an Kunden in unbebauter Form zu veräußern oder die X mit der Errichtung als Ganzes zu beauftragen oder selbst die Bebauung zu veranlassen und als Bauführer aufzutreten, konnte nicht festgestellt werden. Für den erkennenden Richter ist nicht ersichtlich, welche Beweismittel er von Amtswegen noch einholen hätte können. Der Bf verzichtete in der mV auf eine weitere Beweisaufnahme. Seitens der BH wurden keine Beweisanträge gestellt.

Der Grundsatz „in dubio pro reo“ ist keine Beweiswürdigungsregel und kommt nur zur Anwendung, wenn auch nach dem Ergebnis der Beweiswürdigung noch Zweifel an der Täterschaft des Beschuldigten bleiben (VwGH 30.01.2015, 2011/17/0081). Im Zweifel war daher zu Gunsten des Bf nicht davon auszugehen, dass die P beabsichtigte, die Bebauung selbst zu veranlassen und als Bauführer aufzutreten. Im Zweifel ist zu seinen Gunsten davon auszugehen, dass eine Ausführung im Rahmen des § 117 Abs. 2 Z 3 GewO (Veräußerung in unbebauter Form nach Erteilung der Baubewilligung oder Errichtung als Ganzes durch die X) beabsichtigt war. Dies führt zur Behebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens.

IV. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, da keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu der Frage vorhanden ist, ob ein Immobilienmakler gemäß § 117 Abs. 2 Z 3 GewO berechtigt ist, einen Bauträger mit der Erstellung von Einreichunterlagen zu beauftragen und im Bauverfahren als Bauwerber die Baubewilligung zu beantragen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen 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 Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Verfahrenshilfe für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Weigl