

TE Vwgh Erkenntnis 2012/5/22 2010/04/0033

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.05.2012

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;

40/01 Verwaltungsverfahren;

50/01 Gewerbeordnung;

Norm

AVG §38;

GewO 1994 §1 Abs3;

GewO 1994 §117 Abs4;

GewO 1994 §348 Abs1;

GewO 1994 §349 Abs1 Z1;

GewO 1994 §349 Abs1 Z2;

GewO 1994 §349 Abs3;

GewO 1994 §366 Abs1 Z1;

GewO 1994 §94 Z35;

VwRallg;

1. AVG § 38 heute
2. AVG § 38 gültig ab 01.03.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. AVG § 38 gültig von 01.02.1991 bis 28.02.2013

1. GewO 1994 § 1 heute
2. GewO 1994 § 1 gültig ab 13.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
3. GewO 1994 § 1 gültig von 19.03.1994 bis 12.07.2018

1. GewO 1994 § 117 heute
2. GewO 1994 § 117 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 95/2017
3. GewO 1994 § 117 gültig von 27.03.2015 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2015
4. GewO 1994 § 117 gültig von 01.01.2014 bis 26.03.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
5. GewO 1994 § 117 gültig von 29.05.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
6. GewO 1994 § 117 gültig von 15.08.2012 bis 28.05.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
7. GewO 1994 § 117 gültig von 01.01.2009 bis 14.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2008
8. GewO 1994 § 117 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
9. GewO 1994 § 117 gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
10. GewO 1994 § 117 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997

11. GewO 1994 § 117 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. GewO 1994 § 348 heute
2. GewO 1994 § 348 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 130/2024
3. GewO 1994 § 348 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
4. GewO 1994 § 348 gültig von 29.05.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
5. GewO 1994 § 348 gültig von 01.08.2002 bis 28.05.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 348 gültig von 19.03.1994 bis 31.07.2002

1. GewO 1994 § 349 heute
2. GewO 1994 § 349 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 130/2024
3. GewO 1994 § 349 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
4. GewO 1994 § 349 gültig von 14.09.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
5. GewO 1994 § 349 gültig von 01.08.2002 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 349 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
7. GewO 1994 § 349 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. GewO 1994 § 349 heute
2. GewO 1994 § 349 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 130/2024
3. GewO 1994 § 349 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
4. GewO 1994 § 349 gültig von 14.09.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
5. GewO 1994 § 349 gültig von 01.08.2002 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 349 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
7. GewO 1994 § 349 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. GewO 1994 § 349 heute
2. GewO 1994 § 349 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 130/2024
3. GewO 1994 § 349 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
4. GewO 1994 § 349 gültig von 14.09.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
5. GewO 1994 § 349 gültig von 01.08.2002 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 349 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
7. GewO 1994 § 349 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. GewO 1994 § 366 heute
2. GewO 1994 § 366 gültig ab 28.04.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 204/2022
3. GewO 1994 § 366 gültig von 01.10.2018 bis 27.04.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
4. GewO 1994 § 366 gültig von 01.05.2018 bis 30.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
5. GewO 1994 § 366 gültig von 29.03.2016 bis 30.04.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
6. GewO 1994 § 366 gültig von 10.07.2015 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2015
7. GewO 1994 § 366 gültig von 27.03.2015 bis 09.07.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2015
8. GewO 1994 § 366 gültig von 14.09.2012 bis 26.03.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
9. GewO 1994 § 366 gültig von 19.08.2010 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
10. GewO 1994 § 366 gültig von 16.06.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/2010
11. GewO 1994 § 366 gültig von 27.02.2008 bis 15.06.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
12. GewO 1994 § 366 gültig von 15.01.2005 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
13. GewO 1994 § 366 gültig von 01.12.2004 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
14. GewO 1994 § 366 gültig von 01.01.2002 bis 30.11.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2001
15. GewO 1994 § 366 gültig von 01.09.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2000
16. GewO 1994 § 366 gültig von 11.08.2000 bis 31.08.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2000
17. GewO 1994 § 366 gültig von 19.03.1994 bis 10.08.2000

1. GewO 1994 § 94 heute
2. GewO 1994 § 94 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 94 gültig von 29.03.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
4. GewO 1994 § 94 gültig von 28.12.2013 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 212/2013

5. GewO 1994 § 94 gültig von 14.09.2012 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
6. GewO 1994 § 94 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
7. GewO 1994 § 94 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
8. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
9. GewO 1994 § 94 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
10. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
11. GewO 1994 § 94 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
12. GewO 1994 § 94 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
13. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
14. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
15. GewO 1994 § 94 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Kleiser und Mag. Nedwed als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde des X in Y, vertreten durch Dr. Michael Buresch und Dr. Ilse Korenjak, Rechtsanwälte in 1040 Wien, Gußhausstraße 6, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 19. Februar 2010, Zl. UVS- 04/G/20/101/2009-22, betreffend Übertretung der GewO 1994 (weitere Partei: Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend), zu Recht erkannt: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Kleiser und Mag. Nedwed als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde des römisch zehn in Y, vertreten durch Dr. Michael Buresch und Dr. Ilse Korenjak, Rechtsanwälte in 1040 Wien, Gußhausstraße 6, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 19. Februar 2010, Zl. UVS- 04/G/20/101/2009-22, betreffend Übertretung der GewO 1994 (weitere Partei: Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.römisch eins.

1. Mit dem (am 19. Februar 2010 mündlich verkündeten und sodann schriftlich ausgefertigten und dem Beschwerdeführer am 9. Juni 2010 zugestellten) angefochtenen Bescheid wurde dem Beschwerdeführer im Instanzenzug Folgendes zur Last gelegt:

"I)

Sie haben als zur Tatzeit verantwortlicher handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen Berufener der E GmbH (zur Tatzeit 'e 5D GmbH'), mit Sitz in Y, FN 248990m, zu verantworten, dass diese Gesellschaft in der Zeit von 23.10.2007 (Vertragsabschluß) bis 27.5.2008 (Vertragsrücktritt) in Y, Ö-Gasse 3, das reglementierte Gewerbe 'Immobilientreuhänder (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger) gemäß § 9 Z. 35 GewO 1994, eingeschränkt auf Bauträger' ausgeübt hat, ohne die hierfür erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben, indem die GmbH als Totalunternehmer am 23.10.2007 mit der Sie haben als zur Tatzeit verantwortlicher handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen Berufener der E GmbH (zur Tatzeit 'e 5D GmbH'), mit Sitz in Y, FN 248990m, zu verantworten, dass diese Gesellschaft in der Zeit von 23.10.2007 (Vertragsabschluß) bis 27.5.2008 (Vertragsrücktritt) in Y, Ö-Gasse 3, das reglementierte Gewerbe 'Immobilientreuhänder (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger) gemäß Paragraph 9, Ziffer 35, GewO 1994, eingeschränkt auf Bauträger' ausgeübt hat, ohne die hierfür erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben, indem die GmbH als Totalunternehmer am 23.10.2007 mit der

I Leasinggesellschaft m.b.H., F 292023x, mit Sitz in Y, W-Gasse 2, als Auftraggeber, einen Totalunternehmervertrag mit einem gedeckelten Höchstpreis in Höhe von EUR 24,518.000,-- netto, für die Neugestaltung & Attraktivierung des Prater Riesenradplatzes im Wiener Prater in 1020 Wien als Bestandteil des Schwerpunktprogrammes 'Prater neu'

abgeschlossen und sich damit verpflichtet hatte, die organisatorische und kommerzielle Abwicklung des Bauvorhabens zu übernehmen und die damit verbundenen Leistungen (von der Planung bis zur schlüsselfertigen Herstellung des Pratereinganges) wie z. B.

1) die erwirkten bzw. zu erwirkenden Baubewilligungen und alle sonstigen für die Ausführungen, Benutzung und den Betrieb erwirkten bzw. zu erwirkenden behördlichen Bewilligungen, insbesondere auch die gewerberechtliche Generalgenehmigung, umzusetzen,

2) alle gesetzlichen Vorschriften und Auflagen die zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages erforderlich sind einzuhalten, erforderlichenfalls Atteste staatlich autorisierter Prüfanstalten vorzulegen, nach Beendigung der Arbeiten und Vorlage sämtlicher Vidierungen, nach ordnungsgemäßer anerkannter Fertigungsmeldungen, Inbetriebnahme und Probeläufen der technischen Anlagen dem Auftraggeber zu übergeben,

3) die Aufgaben und Pflichten sowohl als Projektleiter im Sinne des § 2 Abs. 2 als auch als Baustellenkoordinators im Sinne des § 2 Abs. 7 des Bundesgesetzes über die Koordination bei Bauarbeiten (Bauarbeitenkoordinationsgesetz - BauKG) BGBl. I Nr 37/1999, idGF, zu übernehmen, 3) die Aufgaben und Pflichten sowohl als Projektleiter im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, als auch als Baustellenkoordinators im Sinne des Paragraph 2, Absatz 7, des Bundesgesetzes über die Koordination bei Bauarbeiten (Bauarbeitenkoordinationsgesetz - BauKG) Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 37 aus 1999,, idGF, zu übernehmen,

4) ein Leistungsverzeichnis jener Subunternehmer zu führen, die zur Erfüllung dieses Bauprojektes beauftragt wurden, wie zB

(...)

6) sowohl den Zahlungs- als auch den Terminplan zu erfüllen, und

7) nach Beendigung der Arbeiten, die Baustelle in allen ihren Teilen in gereinigten

Zustand zu übergeben, zu erbringen.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 366 Abs. 1 Z. 1 der Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994, BGBl. Nr.194/1994, in der derzeit geltenden Fassung, in Verbindung mit § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 - VStG, BGBl. Nr. 52/1991, in der derzeit geltenden Fassung." Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, der Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994, Bundesgesetzblatt Nr.194 aus 1994,, in der derzeit geltenden Fassung, in Verbindung mit Paragraph 9, Absatz eins, Verwaltungsstrafgesetz 1991 - VStG, Bundesgesetzblatt Nr. 52 aus 1991,, in der derzeit geltenden Fassung."

Wegen dieser Übertretung der GewO 1994 wurde über den Beschwerdeführer mit dem angefochtenen Bescheid im Instanzenzug (gemäß § 66 Abs. 4 AVG) eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.520,- Wegen dieser Übertretung der GewO 1994 wurde über den Beschwerdeführer mit dem angefochtenen Bescheid im Instanzenzug (gemäß Paragraph 66, Absatz 4, AVG) eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.520,-

-, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von einer Woche drei Tagen und 20 Stunden gemäß § 366 Abs. 1 Einleitungssatz GewO 1994 verhängt.-, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von einer Woche drei Tagen und 20 Stunden gemäß Paragraph 366, Absatz eins, Einleitungssatz GewO 1994 verhängt.

Weiters wurde der Beschwerdeführer verpflichtet, gemäß § 64 Abs. 1 und 2 VStG einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von EUR 304,- zu bezahlen. Weiters wurde der Beschwerdeführer verpflichtet, gemäß Paragraph 64, Absatz eins, und 2 VStG einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von EUR 304,- zu bezahlen.

2. Begründend führte die belangte Behörde nach Darstellung des Verfahrensganges einschließlich der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde und Anführung der angewendeten Gesetzesbestimmungen im Wesentlichen aus, die im Spruch genannte "e 5D GmbH" (im Folgenden: GmbH) sei mit der organisatorischen und kommerziellen Abwicklung des Bauprojektes "Prater neu" befasst gewesen. Laut dem angeführten Totalunternehmervertrag sei die GmbH mit sämtlichen Leistungen von der Planung bis zur schlüsselfertigen Herstellung des Pratereinganges als gesamtverantwortlicher Totalunternehmer beauftragt worden.

3. Soweit der Beschwerdeführer auf die Befugnis des Mitgeschäftsführers der GmbH Dipl. Ing. V als Ziviltechniker

verweise, übersehe er, dass Totalunternehmer und Vertragspartner die GmbH und nicht deren (handelsrechtlicher) Geschäftsführer oder sein Architekturbüro gewesen sei und auch die weiteren darauf gestützten Tätigkeiten auf Rechnung und Gefahr der GmbH und nicht deren Geschäftsführer durchgeführt worden seien. 3. Soweit der Beschwerdeführer auf die Befugnis des Mitgeschäftsführers der GmbH Dipl. Ing. römisch fünf als Ziviltechniker verweise, übersehe er, dass Totalunternehmer und Vertragspartner die GmbH und nicht deren (handelsrechtlicher) Geschäftsführer oder sein Architekturbüro gewesen sei und auch die weiteren darauf gestützten Tätigkeiten auf Rechnung und Gefahr der GmbH und nicht deren Geschäftsführer durchgeführt worden seien.

4. Aus diesem Grund erübrige sich auch ein Zuwarten auf die vom Mitgeschäftsführer Dipl. Ing. V gemäß § 349 Abs. 1 GewO 1994 begehrte Entscheidung des Bundesministers für Wirtschaft, Familie und Jugend über den Antrag auf Feststellung, dass die "Hereinnahme eines Totalunternehmervertrages", der die organisatorische und kommerzielle Abwicklung eines Bauvorhabens sowie die damit verbundenen Leistungen (von Planung bis Herstellung) umfasse, und die Weitergabe dieser Leistungen an in gewerberechtlicher Hinsicht hierzu befugte Subunternehmer nicht dem Gewerbe der Immobilienreuhänder gemäß § 94 Z. 35 GewO 1994 eingeschränkt auf "Bauträger" vorbehalten sei, in eventu, dass dies jedenfalls von der Befugnis eines Ziviltechnikers im Sinne des Ziviltechnikergesetzes 1993 umfasst sei. Zudem sei die belangte Behörde nach § 38 AVG zwar zur Aussetzung eines Verfahrens unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt, jedoch nicht dazu verpflichtet. 4. Aus diesem Grund erübrige sich auch ein Zuwarten auf die vom Mitgeschäftsführer Dipl. Ing. römisch fünf gemäß Paragraph 349, Absatz eins, GewO 1994 begehrte Entscheidung des Bundesministers für Wirtschaft, Familie und Jugend über den Antrag auf Feststellung, dass die "Hereinnahme eines Totalunternehmervertrages", der die organisatorische und kommerzielle Abwicklung eines Bauvorhabens sowie die damit verbundenen Leistungen (von Planung bis Herstellung) umfasse, und die Weitergabe dieser Leistungen an in gewerberechtlicher Hinsicht hierzu befugte Subunternehmer nicht dem Gewerbe der Immobilienreuhänder gemäß Paragraph 94, Ziffer 35, GewO 1994 eingeschränkt auf "Bauträger" vorbehalten sei, in eventu, dass dies jedenfalls von der Befugnis eines Ziviltechnikers im Sinne des Ziviltechnikergesetzes 1993 umfasst sei. Zudem sei die belangte Behörde nach Paragraph 38, AVG zwar zur Aussetzung eines Verfahrens unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt, jedoch nicht dazu verpflichtet.

5. Soweit der Beschwerdeführer auf die mangelnde Verwertung bzw. mangelnde Verwertbarkeit durch die GmbH verweise, gehe dieses Vorbringen ins Leere, da die Verwertung nur ein weiteres Element der Bauträgertätigkeit sei, aber kein notwendiges Merkmal des Gewerbetatbestandes darstelle. Mit anderen Worten würden durch die Aufnahme des Rechtes des Bauträgers auf Verwertung des errichteten Gebäudes lediglich seine Rechte erweitert, ohne dass gleichzeitig die Voraussetzungen für das Erfordernis des Vorliegens einer Gewerbeberechtigung für dieses Gewerbe ausgeweitet würden.

6. Für das die Gewerbsmäßigkeit begründende Kriterium der Selbständigkeit sei maßgeblich, wer das mit der Ausübung der gewerblichen Tätigkeit verbundene Unternehmerrisiko auf sich nehme. Die Leistung des Bauträgers bestehe nicht in der physischen Errichtung oder Sanierung eines Gebäudes im Rahmen des Bauvorhabens, sondern in der organisatorischen und kommerziellen Abwicklung, die in Summe das Objekt zum Entstehen bringe. Wie der Bauträger diese Tätigkeit verrichte - auf eigenem Grund, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, auf fremde Rechnung oder gar als direkter Stellvertreter im fremden Namen, auf fremde Rechnung und auf fremdem Grund - sei gewerberechtlich nicht von Bedeutung. Eine vom Baufortschritt und Verwertungserfolg abhängige Provision lasse Selbständigkeit vermuten. Ausschlaggebend sei das "Gesamtbild der wirtschaftlichen Momente". Dafür müsse dem Bauträger die Kompetenz verbleiben, die organisatorische und kommerzielle Abwicklung des Bauvorhabens eigenständig vorzunehmen.

Der Inhalt des Totalunternehmervertrages sei vom Beschwerdeführer ebenso unbestritten geblieben wie die im Spruch des erstinstanzlichen Straferkenntnisses festgehaltenen Tätigkeiten der Subunternehmer. Betrachte man den Inhalt dieses Vertrages, ergebe sich daraus die Übertragung der "organisatorischen und kommerziellen Abwicklung" des Bauprojektes "Pratervorplatz" an die GmbH als Totalunternehmer. Der Totalunternehmer übernehme mit diesem Vertrag die termingerechte, schlüsselfertige Neugestaltung und Attraktivierung des Praterriesenradplatzes in Wien entsprechend den Vertragsgrundlagen. Im Rahmen dieser Tätigkeit übernehme der Totalunternehmer auch Aufgaben des Bauherrn und des Baustellenkoordinators im Sinne des Bauarbeitenkoordinationsgesetzes. Für diese Tätigkeit sei ein gedeckelter Pauschalpreis vereinbart, der die Abgeltung aller Lieferungen und Leistungen ebenso umfasse wie auch einen Totalunternehmer-Aufschlag. Soweit eine Beauftragung von Subunternehmern erfolge, werde dem

Auftraggeber ein beratendes Beisitzungsrecht eingeräumt, die Gesamtverantwortung des Totalunternehmers sowie sein letztes Entscheidungsrecht über die finale Subunternehmerauswahl blieben aber unberührt. Weiters seien Gewährleistungs- und Haftungsübernahmen des Totalunternehmers ebenso vereinbart wie ein Rücktrittsrecht vom Vertrag.

Allerdings seien dem Auftraggeber verschiedene Möglichkeiten und Maßnahmen der Einflussnahme eingeräumt. So sei nach dem Vertrag vereinbart, dass bestimmte Verträge vom Totalunternehmer dem Auftraggeber zur Beauftragung vorzulegen seien und der Auftraggeber berechtigt sei, dem Totalunternehmer allfällige Änderungs- oder Ergänzungswünsche schriftlich mitzuteilen, wobei der Totalunternehmer auf Auswirkungen auf das dramaturgische Konzept (hier bedürfe es seiner vorherigen schriftlichen Zustimmung), Mehrkosten oder Bauzeitplan hinzuweisen habe. Weiters seien Prüfungsrechte für (Teil)Rechnungen sowie Urheber- und sonstige Schutzrechte vereinbart, wobei hier auch die vom Beschwerdeführer selbst angesprochenen Werknutzungs- und Bearbeitungsrechte vereinbart seien.

Dafür, dass von diesen Möglichkeiten der Kontrolle und Einflussnahme durchaus Gebrauch gemacht worden sei, sprächen vor allem Aussagen näher bezeichneter Zeugen. Jedoch sei auch ausgesagt worden, dass die GmbH größtmögliche Freiheiten bei der Gestaltung gehabt habe und Einflussnahmen nur im Rahmen von Empfehlungen erfolgt seien, die zum Teil beachtet, zum Teil aber auch ignoriert worden seien. Nicht einmal mit dem Hinweis auf eine drohende behördliche Nichtgenehmigung eines Bauwerkes habe dieses in einem Fall vom Auftraggeber verhindert werden können. Wenn die Geschäftsführer (der GmbH) Meetings mit politischen Personen dahingehend interpretierten, dass den dabei geäußerten Wünschen Rechnung zu tragen sei, ändere dies an ihrer grundsätzlich gegebenen freien wirtschaftlichen Stellung nichts.

Die Möglichkeiten und Maßnahmen der Einflussnahme durch den Auftraggeber überschritten somit nicht den Rahmen von durchaus üblichen Kontrollrechten und der Möglichkeit, Änderungswünsche an den Totalunternehmer heranzutragen.

Nach dem Vertrag verblieben der GmbH trotz der dem Auftraggeber eingeräumten Kontroll-, Schutz- und Bearbeitungsrechte bei der Erfüllung der Aufgabe ein weitreichender Einfluss auf die Art und Weise der Durchführung des Bauvorhabens, da sie die Letztverantwortung trage und freie Hand für die Subunternehmerauswahl habe.

Gerade bei einem Projekt wie dem vorliegenden, bei dem es um die künstlerische Ausgestaltung eines öffentlichen Platzes gehe, der zudem aus erheblichen wirtschaftlichen (touristischen) Interessen im Blickpunkt der Öffentlichkeit stehe, könne die Einräumung der Möglichkeit des Auftraggebers, auch noch während der Bauphase Änderungen zu erwirken, nicht als entscheidungswesentliche Einschränkung der grundsätzlich nach diesem Vertrag gegebenen Selbständigkeit der GmbH gesehen werden. Aus dem vorliegenden Vertrag ergebe sich, dass ein Entgelt für die Herstellung (mit verschiedenen Variationsmöglichkeiten) vereinbart worden sei und der Totalunternehmer entsprechend der vertraglichen Vereinbarung nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Momente für den übernommenen Bereich auf eigene Rechnung und Gefahr tätig gewesen sei.

7. Im Hinblick auf die schon vertraglich vereinbarte Dauer der Tätigkeit sei auch das Kriterium der Regelmäßigkeit als erfüllt anzusehen.

8. Zusammenfassend ergebe sich somit, dass mit gegenständlichem Totalunternehmervertrag seitens der GmbH eine Bauträgertätigkeit übernommen und im Weiteren auch ausgeübt worden sei. Die GmbH sei allerdings zu keinem Zeitpunkt im Besitz der hierzu erforderlichen Gewerbeberechtigung gewesen.

9. Sodann folgen Ausführungen zum Verschulden und zur Strafbemessung gemäß § 19 VStG. 9. Sodann folgen Ausführungen zum Verschulden und zur Strafbemessung gemäß Paragraph 19, VStG.

10. Gegen diesen Bescheid (und zwar alleine gegen den in der Verhandlung am 19. Februar 2010 mündlich verkündeten Bescheid) richtet sich die vorliegende Beschwerde.

11. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, verzichtete jedoch auf die Erstattung einer Gegenschrift.

II.römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) lauten wie folgt:

"§ 1. ...

1. (2) Absatz 2, Eine Tätigkeit wird gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist; hierbei macht es keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.
2. (3) Absatz 3, Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.
3. (4) Absatz 4, Auch eine einmalige Handlung gilt 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.

...

§ 94. Folgende Gewerbe sind reglementierte Gewerbe: Paragraph 94, Folgende Gewerbe sind reglementierte Gewerbe:

...

35. Immobilientreuhänder (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger)

...

§ 117. ... Paragraph 117, ...

1. (4) Absatz 4, Der Tätigkeitsbereich des Bauträgers umfasst die organisatorische und kommerzielle Abwicklung von Bauvorhaben (Neubauten, durchgreifende Sanierungen) auf eigene oder fremde Rechnung sowie die hinsichtlich des Bauaufwandes einem Neubau gleichkommende Sanierung von Gebäuden. Der Bauträger ist auch berechtigt, diese Gebäude zu verwerten.

...

§ 349. (1) Zur Entscheidung Paragraph 349, (1) Zur Entscheidung

1. über den Umfang einer Gewerbeberechtigung (§ 29) im Verhältnis zu einer anderen Gewerbeberechtigung und 1. über den Umfang einer Gewerbeberechtigung (Paragraph 29,) im Verhältnis zu einer anderen Gewerbeberechtigung und
2. über die Frage, ob eine gewerbliche Tätigkeit, die Gegenstand einer Gewerbeanmeldung ist, ein freies Gewerbe sein kann oder in den Berechtigungsumfang eines Teilgewerbes fällt oder einem reglementierten Gewerbe vorbehalten ist, ist der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit berufen.

1. (2) Absatz 2, Der Antrag auf Entscheidung gemäß Abs. 1 kann Der Antrag auf Entscheidung gemäß Absatz eins, kann

1. vom Gewerbeinhaber oder einer Person, die eine Gewerbeanmeldung erstattet, und

2. von einer berührten Gliederung der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft

gestellt werden. Der Antrag ist schriftlich zu stellen und zu begründen.

1. (3) Absatz 3, Der Antrag auf Entscheidung gemäß Abs. 1 ist von Amts wegen zu stellen, wenn die betreffende Frage eine Vorfrage in einem nicht beim Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten anhängigen Verwaltungsverfahren ist und nicht ohne Bedachtnahme auf die im § 29 zweiter Satz enthaltenen Gesichtspunkte beurteilt werden kann, es sei denn, daß die Voraussetzung für die Zurückweisung des Antrages gemäß Abs. 4 vorliegt. Der Antrag auf Entscheidung gemäß Absatz eins, ist von Amts wegen zu stellen, wenn die betreffende Frage eine Vorfrage in einem nicht beim Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten anhängigen Verwaltungsverfahren ist und nicht ohne Bedachtnahme auf die im Paragraph 29, zweiter Satz enthaltenen Gesichtspunkte beurteilt werden kann, es sei denn, daß die Voraussetzung für die Zurückweisung des Antrages gemäß Absatz 4, vorliegt.

...

§ 366. (1) Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3 600 EUR zu bestrafen ist, begeht, wer Paragraph 366, (1) Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3 600 EUR zu bestrafen ist, begeht, wer

1. ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben;"

2. Die Beschwerde wendet gegen den angefochtenen Bescheid zunächst ein, nach dem unstrittig abgeschlossenen Totalunternehmervertrag zwischen der GmbH und dem Auftraggeber liege die im Gesetz vorgesehene Selbständigkeit nicht vor. So habe die GmbH sämtliche Rechnungen mit dem Auftraggeber "abzustimmen" gehabt. Im Hinblick auf die faktische Einbeziehung des Auftraggebers sei eine selbständige Tätigkeit somit nicht vorgelegen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat, ist die Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr eine Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 3 GewO 1994 ausgeübt wird, wer also das mit der Ausübung der Tätigkeit verbundene Unternehmerrisiko trägt, nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Momente und nicht alleine nach den äußeren rechtlichen Formen zu beurteilen, in denen sich diese Tätigkeit abspielt. In diesem Sinne ist das Tatbestandsmerkmal der Selbständigkeit im Sinne des § 1 Abs. 3 GewO 1994 daher dann als erfüllt anzusehen, wenn die Tätigkeit völlig frei eingeteilt bzw. jederzeit abgebrochen werden kann und das Entgelt ausschließlich vom Erfolg der Tätigkeit abhängt (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 12. September 2001, Zl. 98/03/0057, mwN). Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat, ist die Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr eine Tätigkeit im Sinne des Paragraph eins, Absatz 3, GewO 1994 ausgeübt wird, wer also das mit der Ausübung der Tätigkeit verbundene Unternehmerrisiko trägt, nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Momente und nicht alleine nach den äußeren rechtlichen Formen zu beurteilen, in denen sich diese Tätigkeit abspielt. In diesem Sinne ist das Tatbestandsmerkmal der Selbständigkeit im Sinne des Paragraph eins, Absatz 3, GewO 1994 daher dann als erfüllt anzusehen, wenn die Tätigkeit völlig frei eingeteilt bzw. jederzeit abgebrochen werden kann und das Entgelt ausschließlich vom Erfolg der Tätigkeit abhängt vergleiche , etwa das hg. Erkenntnis vom 12. September 2001, Zl. 98/03/0057, mwN).

Ausgehend davon begegnet die fallbezogen von der belangten Behörde vorgenommene Beurteilung keinen Bedenken. Auch der Hinweis der Beschwerde auf die faktische Einbeziehung des Auftraggebers kann vor dem Hintergrund der oben angeführten Rechtsprechung eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht aufzeigen, bleibt doch unbestritten, dass das Entgelt der GmbH ausschließlich vom Erfolg ihrer Tätigkeit abgehängt ist und die Tätigkeit der GmbH vorher eingeteilt bzw. jederzeit abgebrochen werden können.

3. Soweit die Beschwerde vorbringt, die belangte Behörde habe übergangen, dass "aufgrund der faktischen Gegebenheiten in Bezug auf die Stadt Wien" die GmbH nur eine Funktion als Beraterin für die dramaturgische Umsetzung des Projektes gehabt habe und in keinsten Weise berechtigt gewesen sei, das gegenständliche Gebäude zu verwerten, so hat die belangte Behörde zu Recht darauf hingewiesen, dass gemäß § 117 Abs. 4 GewO 1994 die Verwertung des Bauobjektes kein notwendiges Merkmal des Gewerbetatbestandes der Bauträgertätigkeit ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Juni 2011, Zl. 2007/04/0198, mwN). 3. Soweit die Beschwerde vorbringt, die belangte Behörde habe übergangen, dass "aufgrund der faktischen Gegebenheiten in Bezug auf die Stadt Wien" die GmbH nur eine Funktion als Beraterin für die dramaturgische Umsetzung des Projektes gehabt habe und in keinsten Weise berechtigt gewesen sei, das gegenständliche Gebäude zu verwerten, so hat die belangte Behörde zu Recht darauf hingewiesen, dass gemäß Paragraph 117, Absatz 4, GewO 1994 die Verwertung des Bauobjektes kein notwendiges Merkmal des Gewerbetatbestandes der Bauträgertätigkeit ist vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 22. Juni 2011, Zl. 2007/04/0198, mwN).

4. Auch der Hinweis der Beschwerde darauf, der Geschäftsführer der GmbH, Herr Dipl. Ing. V, habe stets über die Befugnisse als Ziviltechniker verfügt, führt die Beschwerde nicht zum Erfolg: 4. Auch der Hinweis der Beschwerde darauf, der Geschäftsführer der GmbH, Herr Dipl. Ing. römisch fünf, habe stets über die Befugnisse als Ziviltechniker verfügt, führt die Beschwerde nicht zum Erfolg:

Die belangte Behörde hat nämlich zu Recht darauf hingewiesen, dass der Totalunternehmervertrag nicht von Dipl. Ing. V, sondern der GmbH abgeschlossen worden sei, und daher die Frage des Vorliegens einer Gewerbeberechtigung alleine in Bezug auf die GmbH zu prüfen gewesen sei. Die belangte Behörde hat nämlich zu Recht darauf hingewiesen, dass der Totalunternehmervertrag nicht von Dipl. Ing. römisch fünf, sondern der GmbH abgeschlossen worden sei, und daher die Frage des Vorliegens einer Gewerbeberechtigung alleine in Bezug auf die

GmbH zu prüfen gewesen sei.

5. Zuletzt rügt die Beschwerde als Verfahrensfehler, über ihren Antrag auf Aussetzung des Verwaltungsstrafverfahrens im Hinblick auf den Antrag des Beschwerdeführers gemäß § 349 GewO 1994, sei nicht entschieden worden. 5. Zuletzt rügt die Beschwerde als Verfahrensfehler, über ihren Antrag auf Aussetzung des Verwaltungsstrafverfahrens im Hinblick auf den Antrag des Beschwerdeführers gemäß Paragraph 349, GewO 1994, sei nicht entschieden worden.

§ 349 Abs. 1 GewO 1994 ist jedoch vorliegend nicht einschlägig: Diese Bestimmung sieht eine Entscheidung über den Umfang einer Gewerbeberechtigung im Verhältnis zu einer anderen Gewerbeberechtigung (Z. 1) oder betreffend eine gewerbliche Tätigkeit, die Gegenstand einer Gewerbebeanmeldung ist (Z. 2) vor. Ein Antrag nach § 349 Abs. 1 GewO 1994 kann daher (neben der berührten Gliederung der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft) lediglich vom Gewerbeinhaber oder einer Person, die eine Gewerbebeanmeldung erstattet, gestellt werden (§ 349 Abs. 2 Z. 1 GewO 1994). Paragraph 349, Absatz eins, GewO 1994 ist jedoch vorliegend nicht einschlägig: Diese Bestimmung sieht eine Entscheidung über den Umfang einer Gewerbeberechtigung im Verhältnis zu einer anderen Gewerbeberechtigung (Ziffer eins,) oder betreffend eine gewerbliche Tätigkeit, die Gegenstand einer Gewerbebeanmeldung ist (Ziffer 2,) vor. Ein Antrag nach Paragraph 349, Absatz eins, GewO 1994 kann daher (neben der berührten Gliederung der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft) lediglich vom Gewerbeinhaber oder einer Person, die eine Gewerbebeanmeldung erstattet, gestellt werden (Paragraph 349, Absatz 2, Ziffer eins, GewO 1994).

Im Beschwerdefall geht es aber nicht um den Umfang bzw. die Überschreitung des Umfangs einer bestehenden Gewerbeberechtigung oder den Gegenstand einer Gewerbebeanmeldung im Sinne des § 349 Abs. 1 Z. 1 und 2 GewO 1994. Es geht vielmehr um die Frage, ob das Gewerbe des Bauträgers (gemäß § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994) ohne entsprechende Gewerbeberechtigung und damit unbefugt ausgeübt wurde. Damit unterscheidet sich der Beschwerdefall von einem Strafverfahren (nach § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994) wegen Überschreitung des Umfangs einer Gewerbeberechtigung, in dem die Frage des Berechtigungsumfanges für die Beurteilung des Tatbestandes eine Vorfrage bildet und bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 349 Abs. 3 GewO 1994 nicht selbst gelöst werden darf (vgl. so das hg. Erkenntnis vom 3. September 1996, Zl. 96/04/0097). Im Beschwerdefall geht es aber nicht um den Umfang bzw. die Überschreitung des Umfangs einer bestehenden Gewerbeberechtigung oder den Gegenstand einer Gewerbebeanmeldung im Sinne des Paragraph 349, Absatz eins, Ziffer eins, und 2 GewO 1994. Es geht vielmehr um die Frage, ob das Gewerbe des Bauträgers (gemäß Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994) ohne entsprechende Gewerbeberechtigung und damit unbefugt ausgeübt wurde. Damit unterscheidet sich der Beschwerdefall von einem Strafverfahren (nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994) wegen Überschreitung des Umfangs einer Gewerbeberechtigung, in dem die Frage des Berechtigungsumfanges für die Beurteilung des Tatbestandes eine Vorfrage bildet und bei Vorliegen der Voraussetzungen des Paragraph 349, Absatz 3, GewO 1994 nicht selbst gelöst werden darf vergleiche , so das hg. Erkenntnis vom 3. September 1996, Zl. 96/04/0097).

Lediglich der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass auch ein Fall des § 348 Abs. 1 letzter Satz GewO 1994 nicht vorliegt, weil die belangte Behörde ihre Auffassung zutreffend auf den Wortlaut des § 117 Abs. 4 GewO 1994 stützen konnte und somit keine Zweifel an der Anwendbarkeit der GewO 1994 bestanden. Dem Einzelnen steht zudem ein Rechtsanspruch auf Feststellung nach dieser Bestimmung nicht zu (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. September 2010, Zl. 2008/04/0165). Lediglich der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass auch ein Fall des Paragraph 348, Absatz eins, letzter Satz GewO 1994 nicht vorliegt, weil die belangte Behörde ihre Auffassung zutreffend auf den Wortlaut des Paragraph 117, Absatz 4, GewO 1994 stützen konnte und somit keine Zweifel an der Anwendbarkeit der GewO 1994 bestanden. Dem Einzelnen steht zudem ein Rechtsanspruch auf Feststellung nach dieser Bestimmung nicht zu vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 17. September 2010, Zl. 2008/04/0165).

6. Da sich die Beschwerde aus den oben angeführten Erwägungen als unbegründet erweist, war sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen. 6. Da sich die Beschwerde aus den oben angeführten Erwägungen als unbegründet erweist, war sie gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG abzuweisen.

Von der Durchführung der beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden, weil eine solche bereits vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne des Art. 6 EMRK, durchgeführt wurde. Von der Durchführung der beantragten Verhandlung konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 6, VwGG abgesehen werden, weil eine solche bereits vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne des Artikel 6, EMRK, durchgeführt wurde.

7. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. 7. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , II Nr. 455.

Wien, am 22. Mai 2012

Schlagworte

Individuelle Normen und Parteienrechte Rechtsanspruch Antragsrecht Anfechtungsrecht VwRallg9/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2012:2010040033.X00

Im RIS seit

05.07.2012

Zuletzt aktualisiert am

28.12.2018

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at