

TE Vwgh Erkenntnis 2011/6/22 2007/04/0198

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.06.2011

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;

50/01 Gewerbeordnung;

Norm

GewO 1994 §117 Abs1;

GewO 1994 §117 Abs4;

GewO 1994 §29;

VwGG §42 Abs2 Z1;

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 § 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 § 29 heute

2. GewO 1994 § 29 gültig ab 01.08.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
3. GewO 1994 § 29 gültig von 19.03.1994 bis 31.07.2002
1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser und Mag. Nedwed als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde des X in Y, vertreten durch Ramsauer Rechtsanwälte GmbH in 5020 Salzburg, Rochusgasse 4, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 12. September 2007, Zl. uvs- 2007/16/0392-4, betreffend Übertretung der GewO 1994 (weitere Partei: Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, nunmehr Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend), zu Recht erkannt: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser und Mag. Nedwed als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde des römisch zehn in Y, vertreten durch Ramsauer Rechtsanwälte GmbH in 5020 Salzburg, Rochusgasse 4, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 12. September 2007, Zl. uvs- 2007/16/0392-4, betreffend Übertretung der GewO 1994 (weitere Partei: Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, nunmehr Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.286,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel (BH) vom 16. Jänner 2007 wurde dem Beschwerdeführer folgender Sachverhalt zur Last gelegt (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Sie haben auf dem von Ihnen erworbenen Grundstück ... ein mit Baubescheid der Gemeinde G vom 13.05.2004 genehmigtes Wohnhaus mit 5 Wohneinheiten, Gesamtnutzfläche 723,71 m², mit Tiefgarage errichtet und beabsichtigen nun, diese Wohneinheiten, angepriesen als Luxuswohnungen mit einer Fläche von 75 m² bis 130 m² gewerbsmäßig, d.h. selbständig, regelmäßig und in der Absicht, einen wirtschaftlichen Ertrag zu erzielen, zu veräußern. Sie üben somit seit dem 01.06.2004 durch die organisatorische und kommerzielle Abwicklung eines Bauvorhabens auf eigene Rechnung sowie deren anschließende Weiterveräußerung/Verwertung mit Standort ... das Gewerbe des Immobilienreuthändlers, eingeschränkt auf Bauträger, aus, ohne jedoch die hierfür erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

Zum Zeitpunkt einer örtlichen Erhebung am 22.02.2006 wurden die Wohnungen zum Verkauf angeboten, und zwar auf Schildern mit der Formulierung 'Exklusivverkauf Luxuswohnungen 75 m² bis 130 m², Preis auf Anfrage'."

Dadurch habe der Beschwerdeführer eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 1 iVm § 5 Abs. 1 und § 94 Z. 35 GewO 1994 begangen und es wurde über ihn eine Geldstrafe von EUR 2.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 12 Tage) sowie ein Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verwaltungsstrafverfahrens verhängt. Dadurch habe der Beschwerdeführer eine Verwaltungsübertretung nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit , Paragraph 5, Absatz eins und Paragraph 94, Ziffer 35, GewO 1994 begangen und es wurde über ihn eine Geldstrafe von EUR 2.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 12 Tage) sowie ein Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verwaltungsstrafverfahrens verhängt.

2. Der dagegen erhobenen Berufung gab die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid insofern Folge, als die verhängte Geldstrafe auf EUR 1.500,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 10 Tage) herabgesetzt und der Verfahrenskostenbeitrag neu bestimmt wurde.

In ihrer Begründung führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, der Beschwerdeführer habe, selbst wenn im Bauansuchen (vom 15. April 2004) als Verwendungszweck "Gäste Unterkunft" aufscheine, bereits zu diesem Zeitpunkt die Absicht gehabt, eine Wohnung an einen Hausmeister zu vermieten, sohin einen Ertrag aus der Wohnung zu erzielen. Noch während der Fertigstellung des Wohnhauses, die im Übrigen auf Rechnung des Beschwerdeführers erfolgt sei, habe er erneut die Absicht gehabt, einen Teil der Wohnungen zu vermieten, nach Abraten seines Steuerberaters aber davon Abstand genommen und beschlossen, einen Teil der Wohnungen zu verkaufen. Er habe deshalb die Wohnungen mit nachfolgendem Schild angeboten, das er am Hauseingang sowie vor dem Wohnhaus aufgestellt habe: "Exklusivverkauf Luxuswohnungen 75 m² bis 130 m², Preis auf Anfrage", wobei eine näher angeführte E-Mail-Adresse sowie eine Faxnummer angegeben gewesen seien. Der Beschwerdeführer habe drei der insgesamt fünf Wohnungen verkauft. Seine Verantwortung, dass er zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes auf der Liegenschaft ein Gästehaus für Familienangehörige und Geschäftspartner errichten habe wollen, sei widerlegt: Erstens gehe aus dem Betreuungsprotokoll vom 6. Dezember 2003 hervor, dass der Beschwerdeführer bereits zu diesem Zeitpunkt vorgehabt habe, eine Wohnung an einen Hausmeister zu vermieten. Dieses Vorhaben habe er erst auf Anraten seines Architekten, des Zeugen M, verworfen, zumal der Hausmeister aus "familieninterner" Krankheit ausfallen könne, sodass es besser wäre, für diesen lediglich ein Büro vorzusehen. Zweitens diene das Bauvorhaben, wie dem Baubescheid vom 13. Mai 2004 zu entnehmen sei, ausschließlich als Wohnhaus mit fünf Wohneinheiten für den ganzjährigen Wohnbedarf. Da der Beschwerdeführer nie geplant gehabt habe, das Haus selbst zu beziehen, deute auch dieser Passus zweifelsfrei darauf hin, dass das Haus nicht bloß als Gästehaus gedacht gewesen sei. Es wäre lebensfremd anzunehmen, dass ein Gästehaus für den ganzjährigen Wohnbedarf errichtet werde, sodass der Beschwerdeführer jedenfalls schon bei Planung des Hauses die Absicht gehabt habe, zumindest einen Teil der Wohnungen zu vermieten oder einen Ertrag zu erzielen.

Dass die Kästen des Hauses für einen kurzfristigen Wohnungsbedarf geplant gewesen seien (wie dies der Zeuge M geschildert habe) und dies für den Verkauf hinderlich gewesen wäre, beweise nicht, dass der Beschwerdeführer zum Planungszeitpunkt keine Ertragsabsicht gehabt hätte. Es sei nicht davon auszugehen, dass er gegenüber dem Zeugen M alle seine Absichten geäußert habe und es könne überdies bei jedem Bauvorhaben zu Fehlplanungen kommen.

Das gesamte Bauvorhaben sei auf Rechnung des Beschwerdeführers erfolgt. Nach Fertigstellung der Wohnungen sei es zum Verkauf von insgesamt drei der fünf Wohnungen gekommen. Dieses Vorgehen entspreche einer Tätigkeit als Bauträger, welche in der Regel die längerfristige Abwicklung eines Bauvorhabens (und seine Verwertung) zum Gegenstand habe.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei die Erzielung eines unmittelbaren Ertrages für den Begriff der Gewerbsmäßigkeit kein essentielles Erfordernis. Gewerbsmäßigkeit sei vielmehr schon bei der Absicht gegeben, einen sonstigen, insbesondere auch einen bloß mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, sodass es auch nicht entscheidend sei, ob das Vorhaben des Beschwerdeführers letztlich ein Verlustgeschäft gewesen sei. Da bereits die beabsichtigte Vermietung eines Objektes zur Annahme der Ertragsabsicht ausreiche, sei diese jedenfalls zu bejahen gewesen.

3. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und beantragte - unter Abstandnahme von der Erstattung einer Gegenschrift - den Zuspruch der Kosten des Vorlageaufwandes.

4. Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 3 VwGG gebildeten Senat erwogen: 4. Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß Paragraph 12, Absatz 3, VwGG gebildeten Senat erwogen:

4.1. Der Beschwerdeführer bringt zunächst vor, die belangte Behörde zitiere den vom Zeugen M verfassten Aktenvermerk vom 6. Dezember 2003 unvollständig, indem sie daraus nur feststelle, der Beschwerdeführer habe die Absicht gehabt, eine Wohnung an einen Hausmeister zu vermieten, um daraus einen Ertrag zu erzielen. Im Aktenvermerk stehe jedoch ausdrücklich "Hausmeister nicht als Mieter...". Wenn der Beschwerdeführer die Absicht gehabt hätte, die Wohnungen zu vermieten bzw. zu verkaufen, sei die Anwesenheit eines Hausmeisters nicht

notwendig, weil die Wohnungseigentümer bzw. Mieter ihre Wohnungen selbst betreuten. Das Verfahren sei mangelhaft geblieben, weil weder der Beschwerdeführer zum Inhalt dieses Besprechungsprotokolls vernommen noch der Architekt Zeuge M gefragt worden sei, ob der "Mieter/Hausmeister" nicht etwa nur Betriebskosten hätte bezahlen müssen.

Die Absicht eine Bauträgertätigkeit auszuüben, müsse bereits im Zeitpunkt der Errichtung gegeben sein, ansonsten müsste jeder Eigentümer mehrerer Wohnungen, der diese verkaufe oder vermiete, als gewerblicher Bauträger angesehen werden. Aus einer Frage, die der Beschwerdeführer nach Fertigstellung der Wohnungen seinem Steuerberater gestellt habe, könne ebenfalls nicht die Absicht, im Zeitpunkt der Errichtung eine Bauträgertätigkeit auszuüben, geschlossen werden. Das Verfahren sei daher mangelhaft geblieben.

Als Rechtswidrigkeit des Inhaltes macht der Beschwerdeführer geltend, die Tatsache, dass ein Eigentümer mehrerer Wohnungen einzelne Wohnungen verkaufe, stelle keine regelmäßige, organisatorische und kommerzielle Abwicklung von Bauvorhaben dar und belege vor allem nicht die Absicht des Eigentümers, eine gewerbliche Tätigkeit auszuüben. Das Gesetz spreche eindeutig von "Bauvorhaben" und nicht vom Abverkauf bereits fertiggestellter Wohnungen.

Die belangte Behörde habe die Begründung des Beschwerdeführers für eine mangelnde Ertragsabsicht, dass nämlich laut Baubescheid das Bauvorhaben ausschließlich als Wohnhaus mit fünf Wohneinheiten für den ganzjährigen Wohnbedarf diene, als nicht glaubwürdig angesehen. Diese Argumentation sei nicht nachvollziehbar (wird näher ausgeführt). Bei einer Bautätigkeit für den privaten Eigenbedarf fehle es nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (Hinweis auf das Erkenntnis vom 15. September 2006, Zl. 2004/04/0185) an einer Ertragsabsicht.

4.2. Gemäß § 29 GewO 1994 idF BGBl. I Nr. 111/2002 ist für den Umfang der Gewerbeberechtigung der Wortlaut der Gewerbebeanmeldung (§ 339) oder des Bescheides gemäß § 340 Abs. 2 im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften maßgebend. Nach dem zweiten Satz dieser Bestimmung sind im Zweifelsfall (u.a.) die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung heranzuziehen. 4.2. Gemäß Paragraph 29, GewO 1994 in der Fassung, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 111 aus 2002, ist für den Umfang der Gewerbeberechtigung der Wortlaut der Gewerbebeanmeldung (Paragraph 339,) oder des Bescheides gemäß Paragraph 340, Absatz 2, im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften maßgebend. Nach dem zweiten Satz dieser Bestimmung sind im Zweifelsfall (u.a.) die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung heranzuziehen.

Gemäß § 117 Abs. 4 GewO 1994 idFBGBl. I Nr. 111/2002 umfasst der Tätigkeitsbereich eines Bauträgers 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. Gemäß Paragraph 117, Absatz 4, GewO 1994 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 111 aus 2002, umfasst der Tätigkeitsbereich eines Bauträgers 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.

4.3. Die Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens gehen übereinstimmend davon aus, dass der Beschwerdeführer, der das gesamte Bauvorhaben auf seine Rechnung durchgeführt habe, nach Fertigstellung des Bauvorhabens drei der fünf Wohnungen verkauft habe. Die belangte Behörde geht weiters davon aus, dass bereits im Zeitpunkt der Planung ("sohin von Anfang an") die Absicht des Beschwerdeführers bestanden habe, aus zumindest einer Wohnung einen Ertrag zu erzielen. Gestützt darauf vermeint die belangte Behörde, dass das Vorgehen des Beschwerdeführers der Tätigkeit eines Bauträgers entspreche.

Dem hält der Beschwerdeführer, wie bereits im Verwaltungsverfahren, entgegen, der Abverkauf bereits fertig gestellter, aus eigenen Mitteln errichteter Wohnungen sei nicht unter § 117 Abs. 4 GewO 1994 zu subsumieren. Dem hält der Beschwerdeführer, wie bereits im Verwaltungsverfahren, entgegen, der Abverkauf bereits fertig gestellter, aus eigenen Mitteln errichteter Wohnungen sei nicht unter Paragraph 117, Absatz 4, GewO 1994 zu subsumieren.

4.4. Das Gewerbe des Bauträgers wurde mit der Gewerberechtsnovelle 1988, BGBl. Nr. 399/1988, geschaffen und mit

der Gewerberechtsnovelle 1997, BGBl. I Nr. 63/1997, in § 225 (nunmehr § 117) gemeinsam mit den Gewerben der Immobilienverwalter und Immobilienmakler unter dem Sammelbegriff "Immobilientreuhänder" zusammengefasst. 4.4. Das Gewerbe des Bauträgers wurde mit der Gewerberechtsnovelle 1988, Bundesgesetzblatt Nr. 399 aus 1988,, geschaffen und mit der Gewerberechtsnovelle 1997, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 63 aus 1997,, in Paragraph 225, (nunmehr Paragraph 117,) gemeinsam mit den Gewerben der Immobilienverwalter und Immobilienmakler unter dem Sammelbegriff "Immobilientreuhänder" zusammengefasst.

Bei dem in § 117 Abs. 4 GewO 1994 umschriebenen Tätigkeitsbereich des Bauträgers handelt es sich um alle Maßnahmen, die der Bauträger als Bauherr oder für einen Bauherrn im eigenen Namen auf eigene oder auf fremde Rechnung zur Vorbereitung oder Durchführung von Bauvorhaben setzt; hiebei werden vom Bauträger Vermögenswerte von Erwerbern, Mietern oder sonstigen Nutzungsberechtigten oder von Bewerbern um Erwerbs- oder Nutzungsrechten herangezogen. In Abs. 4 wurde das Recht der Erstverwertung für den Bauträger aufgenommen, wie es derzeit auf Grund der gefestigten Anschauungen der beteiligten Kreise besteht. Die Verwertung des Bauobjektes ist zwar kein notwendiges Merkmal des Gewerbetatbestandes der Bauträgertätigkeit, doch sind Verwertungshandlungen iZm der organisatorischen und kommerziellen Abwicklung eines Bauvorhabens auch von der Bauträgergewerbeberechtigung umfasst (vgl. Gruber/Pallege-Barfuß, GewO7, 7. Erg.-Lfg. 2008, § 117 Anm. 26 und 27 mit Hinweis auf die Materialien zur Gewerberechtsnovelle 1997 und hg. Rechtsprechung).Bei dem in Paragraph 117, Absatz 4, GewO 1994 umschriebenen Tätigkeitsbereich des Bauträgers handelt es sich um alle Maßnahmen, die der Bauträger als Bauherr oder für einen Bauherrn im eigenen Namen auf eigene oder auf fremde Rechnung zur Vorbereitung oder Durchführung von Bauvorhaben setzt; hiebei werden vom Bauträger Vermögenswerte von Erwerbern, Mietern oder sonstigen Nutzungsberechtigten oder von Bewerbern um Erwerbs- oder Nutzungsrechten herangezogen. In Absatz 4, wurde das Recht der Erstverwertung für den Bauträger aufgenommen, wie es derzeit auf Grund der gefestigten Anschauungen der beteiligten Kreise besteht. Die Verwertung des Bauobjektes ist zwar kein notwendiges Merkmal des Gewerbetatbestandes der Bauträgertätigkeit, doch sind Verwertungshandlungen iZm der organisatorischen und kommerziellen Abwicklung eines Bauvorhabens auch von der Bauträgergewerbeberechtigung umfasst vergleiche , Gruber/Pallege-Barfuß, GewO7, 7. Erg.-Lfg. 2008, Paragraph 117, Anmerkung 26, und 27 mit Hinweis auf die Materialien zur Gewerberechtsnovelle 1997 und hg. Rechtsprechung).

Wesentliches Element für die Tätigkeit als Bauträger ist die Rechtsbeziehung zu Dritten. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 117 Abs. 1 GewO 1994 (Bauträger als ein Teil des Gewerbes Immobilien"treuhänder"), doch ist daraus allein für die Beantwortung der hier in Rede stehenden Frage, ob der Abverkauf fertig gestellter, aus eigenen Mitteln errichteter Wohnungen die Tätigkeit eines Bauträgers darstelle, nichts zu gewinnen. Für die Bestimmung des Umfanges der Gewerbeberechtigung, aber auch für die Ermittlung des Umfanges der in der GewO 1994 geregelten reglementierten Gewerbe, sind, sofern dies nicht nach dem ersten Satz des § 29 GewO 1994 möglich ist, nach dem zweiten Satz dieser Bestimmung (u.a.) die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen heranzuziehen (siehe dazu auch das Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 10. November 1999, 7 Ob 272/99x).Wesentliches Element für die Tätigkeit als Bauträger ist die Rechtsbeziehung zu Dritten. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Paragraph 117, Absatz eins, GewO 1994 (Bauträger als ein Teil des Gewerbes Immobilien"treuhänder"), doch ist daraus allein für die Beantwortung der hier in Rede stehenden Frage, ob der Abverkauf fertig gestellter, aus eigenen Mitteln errichteter Wohnungen die Tätigkeit eines Bauträgers darstelle, nichts zu gewinnen. Für die Bestimmung des Umfanges der Gewerbeberechtigung, aber auch für die Ermittlung des Umfanges der in der GewO 1994 geregelten reglementierten Gewerbe, sind, sofern dies nicht nach dem ersten Satz des Paragraph 29, GewO 1994 möglich ist, nach dem zweiten Satz dieser Bestimmung (u.a.) die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen heranzuziehen (siehe dazu auch das Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 10. November 1999, 7 Ob 272/99x).

Aus den einschlägigen literarischen Äußerungen (Kallinger, Definition, Rechte und Pflichten des Bauträgers in immolex 2002,

259) und den Richtlinien des Fachausschusses für Bauträger (Immz 1990, 341) ist abzuleiten, dass als wesentliches Element für die Tätigkeit als Bauträger die Drittbeziehung angesehen wird. Insbesondere nach den Ausführungen von Kallinger ist wesentlich, dass der Bauträger seine Baumaßnahmen im Hinblick auf eine schon bestehende oder künftige vertragliche Beziehung zum Nutzer des Bauvorhabens setzt, mit diesem ein Rechtsverhältnis eingeht und sich diesem direkt oder indirekt verpflichtet bzw. von ihm Anzahlungen oder sonstige Leistungen für die Realisierung des

Bauvorhabens entgegennimmt. Wer nur für sich selbst ein Haus baut oder nach eigenen Gutdünken ein Bauwerk in eigenem Namen und für eigene Rechnung nach völlig freier eigener Disposition errichtet, uneingeschränkt das volle Errichtungs-, Bestands- Bewirtschaftungs- und Veräußerungsrisiko auf sich nimmt und keinem Dritten gegenüber eine Verpflichtung eingegangen ist oder eine solche während der Realisierung einzugehen beabsichtigt, das Bauwerk fertigzustellen oder in irgend einer Form zu übergeben, ist nicht als Bauträger, sondern als Investor anzusehen.

Die belangte Behörde hat die von ihr festgestellte Tätigkeit des Beschwerdeführers ohne weitere Erhebungen und Feststellungen als solche eines Bauträgers qualifiziert. Für eine abschließende Beurteilung wären allerdings Feststellungen zu treffen gewesen, ob es auch als eine Tätigkeit des Bauträgers im Sinne der Anschauungen der beteiligten gewerblichen Kreise gelte, wenn ein bereits vollendetes, auf eigene Kosten und eigenes Risiko errichtetes Bauwerk nach Fertigstellung durch Verkauf verwertet wird, und ob bereits die Absicht einer späteren Verwertung des fertigen Bauwerkes ohne Begründung konkreter Drittbeziehungen während der Phase der Bauverwirklichung die Bauträgereigenschaft begründet. Die Ermittlung der Anschauung der beteiligten Verkehrskreise ist eine Tatfrage und wäre von der belangten Behörde im Rahmen des Ermittlungsverfahrens zu klären gewesen.

Die belangte Behörde hat dadurch, dass sie in Verkennung der gesetzlichen Vorschriften über die Bestimmung des Umfanges einer Gewerbeberechtigung die erforderlichen Feststellungen über die Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise zu der verfahrensgegenständlich relevanten Fallkonstellation unterließ, den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet. Auf die Möglichkeit eines Vorgehens nach den §§ 348, 349 GewO 1994 sei abschließend hingewiesen, sofern auch unter Bedachtnahme auf die genannten Gesichtspunkte des § 29 zweiter Satz GewO 1994 die Frage des Berechtigungsumfanges nicht beurteilt werden könnte. Die belangte Behörde hat dadurch, dass sie in Verkennung der gesetzlichen Vorschriften über die Bestimmung des Umfanges einer Gewerbeberechtigung die erforderlichen Feststellungen über die Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise zu der verfahrensgegenständlich relevanten Fallkonstellation unterließ, den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet. Auf die Möglichkeit eines Vorgehens nach den Paragraphen 348, 349, GewO 1994 sei abschließend hingewiesen, sofern auch unter Bedachtnahme auf die genannten Gesichtspunkte des Paragraph 29, zweiter Satz GewO 1994 die Frage des Berechtigungsumfanges nicht beurteilt werden könnte.

5. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben. 5. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben.

6. Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. 6. Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008,.

Wien, am 22. Juni 2011

Schlagworte

Besondere Rechtsgebiete

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2011:2007040198.X00

Im RIS seit

27.07.2011

Zuletzt aktualisiert am

09.01.2015

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