

# TE Lvwg Erkenntnis 2018/9/17 LVwG-2018/16/1437-3

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.09.2018

## Entscheidungsdatum

17.09.2018

## Index

50/01 Gewerbeordnung; 40/01 Verwaltungsstrafgesetz

## Norm

§117 GewO 1994

§45 Abs1 Z1 VStG

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Richter Dr. Lehne über die Beschwerde des AA, Z, vertreten durch Rechtsanwälte BB, Adresse 1, Y, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft X vom 17.05.2018, \*\*, betreffend eine Übertretung der Gewerbeordnung, nach durchgeführter mündlicher Verhandlung,

zu Recht erkannt:

1. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.
2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG unzulässig.

## Entscheidungsgründe

I. Sachverhalt, Verfahrensgang:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, er habe zumindest im Dezember 2017 selbständig, regelmäßig und in der Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, unbefugt das Gewerbe „Immobilientreuhänder (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger) gemäß § 94 Z 35 GewO 1994, eingeschränkt auf Bauträger“ ausgeübt, indem er an W, Adresse 2, ein Doppelhaus zum Zweck der Weiterveräußerung gegen Entgelt errichtet habe. Ein Teil des Doppelhauses sei bereits von Familie DD bewohnt und im Besitz der erforderlichen Gewerbeberechtigung zu sein. Wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 5 Abs 1 GewO iVm § 339 Abs 1 GewO 1994 iVm § 366 Abs 1 Einleitungssatz Z 1 GewO 1994 verhängte die belangte Behörde eine Geldstrafe in der Höhe von Euro 600,00, Ersatzarrest von 5 Tagen, zuzüglich der Verfahrenskosten von Euro 60,00. Dagegen hat der Beschwerdeführer vertreten durch die Rechtsanwälte BB innerhalb offener Frist Beschwerde erhoben und darin vorgebracht, dass er die ihm vorgeworfene Verwaltungsübertretung nicht zu verantworten habe, weder in

subjektiver noch in objektiver Hinsicht. Am 11.09.1994 wurde eine mündliche Verhandlung durchgeführt, wobei der Beschwerdeführer einvernommen wurde und der erstinstanzliche Akt als verlesen galt. Weitere Beweisanträge wurden nicht gestellt. Das Einverständnis mit der schriftlichen Entscheidung wurde erklärt. Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht fest, dass der Beschwerdeführer ein Wohnhaus auf eigenem Grund, auf eigenes Risiko nach seinen Vorstellungen errichtet hat bzw errichten hat lassen und dabei vor Baubeginn die Absicht hatte, das Objekt vorerst für sich zu benutzen bzw Familienangehörige. Infolge einer Finanzierungslücke war der Beschwerdeführer gezwungen, eine Doppelhaushälfte zu verkaufen, wobei durch persönliche Kontakte der Kontakt mit dem Käufer zustande kam. Der Kaufpreis wurde inzwischen vom Käufer nach Grundbucheintragung entrichtet. Zu weiteren Verkäufen ist es nicht gekommen.

## II. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich auf Grundlage der glaubwürdigen Angaben des Beschwerdeführers in der Wahrung der mündlichen Beschwerdeverhandlung.

## III. Rechtslage:

Die maßgeblichen Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 lauten wie folgt:

„§ 1

(1) Dieses Bundesgesetz gilt, soweit nicht die §§ 2 bis 4 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.

(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; hiebei 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.

(3) Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

(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.

...

§ 117

(1) Das Gewerbe der Immobilientreuhänder (§ 94 Z 35) umfasst die Tätigkeiten der Immobilienmakler, der Immobilienverwalter und der Bauträger.

(2) Der Tätigkeitsbereich des Immobilienmaklers umfasst

1. die Vermittlung des Kaufes, Verkaufes und Tausches von unbebauten und bebauten Grundstücken und von Rechten an Immobilien einschließlich der Vermittlung von Nutzungsrechten an Immobilien (wie sie zB durch Timesharing-Verträge erworben werden) und der Vermittlung des Kaufes, Verkaufes und Tausches von Wohnungen, Geschäftsräumen, Fertigteilhäusern und Unternehmen;

2. die Vermittlung von Bestandverträgen über Immobilien einschließlich der Vermittlung von Bestandverträgen über Wohnungen, Geschäftsräume und Unternehmen;

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;

4. die Vermittlung von Beteiligungen an Immobilienfonds;

5. die Beratung und Betreuung für die in Z 1 bis 4 angeführten Geschäfte. Gewerbe-treibende, die zur Ausübung dieser Tätigkeiten berechtigt sind, sind auch zur Vermittlung von Hypothekarkrediten sowie zur Vermittlung von Privatzimmern an Reisende zu vorübergehendem Aufenthalt sowie zur Führung eines Gästezimmer-nachweises

berechtigt;

6. die Durchführung der öffentlichen Versteigerung von Liegenschaften, Superädifikaten und Baurechten nach § 87c NO; § 158 ist anzuwenden.

(3) Der Tätigkeitsbereich des Immobilienverwalters umfasst sämtliche Tätigkeiten, die zur Verwaltung von bebauten und unbebauten Liegenschaften, deren Erhaltung, Instandsetzung, Verbesserung und Sanierung notwendig und zweckmäßig sind. Dazu zählt auch das Inkasso von Geldbeträgen sowie die Leistung von Zahlungen, die im Zusammenhang mit der Verwaltungstätigkeit stehen. Immobilienverwalter sind weiters berechtigt,

1. im Rahmen des Verwaltungsvertrages Haus- und Wohnungseigentümer in Steuerangelegenheiten zu beraten sowie Schriftstücke und Eingaben zu verfassen;

2. Verwaltungstätigkeiten für einzelne Miteigentümer einer Liegenschaft durchzuführen, sofern dadurch kein Interessenkonflikt mit der Eigentümergemeinschaft entsteht, deren Liegenschaft sie verwalten;

3. bei den von ihnen verwalteten Objekten einfache Reparatur- und Ausbesserungsarbeiten durchzuführen.

(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.

...“

Eine Tätigkeit fällt gemäß § 1 Abs 1 iVm Abs 2 GewO 1994 erst dann unter die Gewerbeordnung und begründet bei Fehlen einer Gewerbeberechtigung einen Verstoß gegen § 366 Abs 1 Z 1 leg cit, wenn sie gewerbsmäßig, dh selbstständig, regelmäßig und in der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, betrieben wird (vgl die bei Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO<sup>2</sup>, (2003), Rz 2 ff zu § 366 wiedergegebene höchstgerichtliche Rechtsprechung). Auch eine einmalige Handlung gilt gemäß § 1 Abs 4 erster Satz leg cit als regelmäßige Tätigkeit, wenn (ua) sie längere Zeit erfordert. Dies trifft insbesondere auf die Tätigkeit des Bauträgers zu, die in der Regel die längerfristige Abwicklung eines Bauvorhabens (und seine Verwertung) zum Gegenstand hat, bei der der Bauträger beim Abschluss einer Vielzahl von Vertragsverhältnissen im eigenen oder fremden Namen nach Außen in Erscheinung tritt (vgl zur Ausführung von Bauarbeiten als gewerbsmäßige Tätigkeit die Erläuterungen 395 Blg NR XIII. GP, 104).“

Nach dem zweiten Teilsatz des § 1 Abs 2 GewO 1994 macht es für die Beurteilung der Ertragsabsicht 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. Die aus den äußeren Umständen abzuleitende Ertragsabsicht ist also bereits dann zu bejahen, wenn ein Bauträger im Rahmen seiner Tätigkeit das Ziel verfolgt, Einnahmen aus (nur) einem Bauprojekt zu erzielen, mögen diese aus dem Verkauf des Objektes als Ganzes oder in Einheiten oder durch die Bestandgabe eines (Teil-)Objektes stammen. Bei den 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 fremde Rechnung zur Vorbereitung oder Durchführung vom Bauvorhaben setzt; hierbei 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 aufgrund der gefestigten Anschauungen der beteiligten Kreise besteht. Die Verwertung des Bauobjektes ist zwar kein notwendiges Merkmal des Gewerbebetriebs der Bauträgereigenschaft, doch sind Verwertungshandlungen iZm der organisatorischen und kommerziellen Abwicklung eines Bauvorhabens auch von der Bauträgergewerbeberechtigung umfasst (vgl Gruber/Pallege-Barfuß, GewO<sup>7</sup>, sind die Ergänzungslieferung 2008, § 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. Dieser ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 117 Abs 1 GewO 1994 (Bauträger als ein Teil des Gewerbes „Immobilientreuhänder“), doch ist daraus allein für die Beantwortung der hier in Rede stehenden Frage, der Verkauf einer fertig gestellten Doppelhaushälfte die Tätigkeit eines Bauträgers darstellt, nichts zu gewinnen. Für die Bestimmung des Umfangs der Gewerbeberechtigung, aber auch für die Ermittlung des Umfangs der in der GewO 1994 geregelten reglementierten

Gewerbe sind, sofern dies nach dem ersten Satz des § 29 GewO 1994 möglich ist, nach dem zweiten Satz dieser Bestimmung (ua) 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 (Immz1990, 341) ist abzuleiten, dass als wesentliches Element für die Tätigkeit als Bauträger die Drittbeziehung angesehen wird. Insbesondere nach Ausführungen von Kallinger ist wesentlich, dass der Bauträger seine Baumaßnahmen im Hinblick auf eine schon bestehende und 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 fertig zu stellen oder in irgendeiner Form zu übergeben, ist nicht als Bauträger, sondern als Investor anzusehen. Die in der Rechtsprechung (vgl VwGH vom 22.06.2011, 2007, 04/0198) geforderte Rechtsbeziehung zu Dritten als wesentliches Element für die Tätigkeit des Bauträgers konnte im gesamten Verfahren dem Beschwerdeführer nicht nachgewiesen werden. Die vom Beschwerdeführer durchgeführte Tätigkeit ist die eines Investors gewesen und nicht die eines Bauträgers. Daher ist das Verfahren einzustellen.

#### IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd 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.

#### Rechtsmittelbelehrung

Soweit die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof in Wien für zulässig erklärt worden ist, kann innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung dieser Entscheidung eine ordentliche Revision erhoben werden. Im Fall der Nichtzulassung der ordentlichen Revision kann innerhalb dieser Frist nur die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden.

Wenn allerdings in einer Verwaltungsstrafsache oder in einer Finanzstrafsache eine Geldstrafe von bis zu Euro 750,00 und keine Freiheitsstrafe verhängt werden durfte und im Erkenntnis eine Geldstrafe von bis zu Euro 400,00 verhängt wurde, ist eine (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof wegen Verletzung in Rechten nicht zulässig.

Jedenfalls kann gegen diese Entscheidung binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, erhoben werden.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen und es ist eine Eingabengebühr von Euro 240,00 zu entrichten. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Es besteht die Möglichkeit, für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof Verfahrenshilfe zu beantragen. Verfahrenshilfe ist 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 bzw wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von der Partei 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.

Für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof ist der Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der oben angeführten Frist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für das Revisionsverfahren vor dem

Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der oben angeführten Frist im Fall der Zulassung der ordentlichen Revision beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen. Im Fall der Nichtzulassung der ordentlichen Revision ist der Antrag auf Verfahrenshilfe beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dabei ist im Antrag an den Verwaltungsgerichtshof, soweit dies dem Antragsteller zumutbar ist, kurz zu begründen, warum entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird.

Zudem besteht 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 können.

Hinweis:

Rechtskräftig verhängte Geldstrafen (sowie Verfahrenskostenbeiträge) sind bei der Behörde einzubezahlen (vgl§ 54b Abs 1 VStG).

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Lehne

(Richter)

### **Schlagworte**

Gewerberecht; Drittbeziehung

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LWVGTI:2018:LVwG.2018.16.1437.3

### **Zuletzt aktualisiert am**

11.10.2018

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Tirol LVwg Tirol, <https://www.lwvg-tirol.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)