

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

17.11.1976

Geschäftszahl

2049/75

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Skorjanec und die Hofräte Kobzina, Dr. Hrdlicka, Dr. Baumgartner und Dr. Griesmacher als Richter, im Beisein der Schriftführer Oberregierungsrat Dr. Antonioli und Bezirksrichter Mag. Dr. Kail, über die Beschwerde des JS in G, vertreten durch Dr. Josef Friedrich, Rechtsanwalt in Graz, Neutorgasse 50, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Kärnten vom 6. Oktober 1975, Zl. Gew-2102/1/1975, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 2.512,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Magistrat der Stadt Klagenfurt sprach mit Straferkenntnis vom 19. Juni 1975 aus, der Beschwerdeführer habe als im Sinne des § 9 VStG 1950 satzungsgemäß zur Vertretung nach außen berufenes Organ des Vereines "NN Eigenheimbau- und Siedlerring" in G zu verantworten, daß dieser Verein in der Zeit vom 30. März 1974 bis 27. April 1974 durch das Anbieten von Baugründen zum Kauf in Kärntner Tageszeitungen, und zwar in der "Kleinen Zeitung vom 30. März 1974 und 8. April 1974 und in der "Kärntner Tageszeitung" vom 27. April 1974, den Immobilienhandel, somit das Immobilienmaklergewerbe ausgeübt habe, ohne im Besitze der hierfür erforderlichen Konzession gewesen zu sein.

Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973 begangen. Gemäß § 366 Abs. 1 GewO 1973 werde gegen den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von S 1.000,-

- (Ersatzarreststrafe sieben Tage) verhängt. Begründend wurde ausgeführt, der angeführte Verein kaufe Grundstücke und biete sie in Tageszeitungen zum Verkauf an. Ein allfälliger Kauf werde dann derart abgewickelt, daß der Käufer durch Bezahlung eines Mitgliedsbeitrages und einer Eintrittsgebühr Mitglied des Vereines werde und gleichzeitig einen Vorvertrag über den Grundstückskauf sowie eine Verpflichtungserklärung über die Bezahlung allfälliger Aufschließungsgebühren für das Grundstück abschließe. Die Grundstücke würden zum Erwerbspreis zuzüglich allfällig anfallender Kosten, wie Bankzinsen etc., verkauft und die Einnahmen aus den Mitgliedsbeiträgen und Eintrittsgebühren zur Bestreitung des Vereinsaufwandes - in Kärnten werde damit unter anderem ein Angestellter entlohnt -, verwendet. Die Behörde wies in diesem Zusammenhang auf die entsprechenden Bestimmungen der Gewerbeordnung 1973 hin (§ 1 Abs. 2, Abs. 4, Abs. 5, § 259 Abs. 1) und kam auf Grund der "unbestritten gebliebenen Sachverhaltsfeststellung" zum Ergebnis, daß Selbständigkeit und Regelmäßigkeit der Tätigkeit offenbar gegeben seien, sodaß lediglich das Vorliegen der Gewinnabsicht zu prüfen gewesen sei. In dieser Beziehung könne der Umstand, daß die Vereinstätigkeit wegen des Beitrittes der Siedlungsinteressenten zum Verein nur Mitgliedern zugänglich sei, nicht als Ausnahmegrund von den Bestimmungen der Gewerbeordnung angesehen werden. Der aus Anlaß und bei Abschluß eines Kaufvertrages eingehobene Eintritts- und Mitgliedsbeitrag stelle sich als besonderes Entgelt und ständige Erwerbsquelle des Vereines dar, aus welcher die mit der Vereinstätigkeit verknüpften Auslagen zum Großteil bestritten würden, weshalb das Vorliegen auch der Gewinnabsicht und somit die Gewerbsmäßigkeit der festgestellten Tätigkeit erwiesen seien.

In der dagegen rechtzeitig eingebrachten Berufung bestritt der Beschwerdeführer die Gewinnabsicht des Vereines. Der Verein bezwecke lediglich die Förderung des Eigentums, die Hebung der Interessen für den Siedlungsbau und die Schaffung von Wohnraum. Im Rahmen dieses Vereinszweckes sei der Verein den

einzelnen Mitgliedern (Siedlern und Interessenten) bei der Beschaffung von Eigentum und preisgünstigen Baugründen behilflich. Die Tätigkeit des Vereines beabsichtige, die Grundstückbeschaffung und die Aufschließung für die Siedler möglichst "nieder" zu halten. Die erzielten Einnahmen dienten lediglich der Deckung der mit der Tätigkeit des Vereines verbundenen Auslagen. Zum Nachweis dafür, daß der Verein nach dem Grundsatz der Kostendeckung kalkuliere, berief sich der Beschwerdeführer auf die Statuten des Vereines und beantragte die Einvernahme des Vereinskassiers und des Buchhalters des Vereines.

Die belangte Behörde gab mit dem Bescheid vom 6. Oktober 1975 der Berufung nicht Folge. Der gewerberechtlichen Beurteilung sei nicht, so wurde in der Begründung dargelegt, der Vereinszweck, sondern ausschließlich die Vereinstätigkeit zugrunde zu legen. Auch die Widmung des Gewinnes sei gewerberechtlich ohne Bedeutung. Es komme einzig und allein darauf an, ob die Tätigkeit des Vereines in der Absicht ausgeübt werde, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Für welche Zwecke dieser Gewinn bestimmt sei, sei gleichgültig. Die Verantwortung des Beschwerdeführers, die Vereinstätigkeit sei ausschließlich auf die Mitglieder beschränkt und von der Erzielung eines Gewinnes könne schon deshalb nicht gesprochen werden, weil der Verein nach dem Grundsatz der Kostendeckung arbeite, gehe fehl. "Auf Grund des Aktenergebnisses und der Begründung des Bescheides der I. Instanz" sei wohl als erwiesen anzusehen, daß die "finanziellen Manipulationen des Vereines aus Anlaß und bei Abschluß eines Kaufvertrages" - Einhebung eines Eintrittsgeldes und eines Mitgliedsbeitrages - "auch Gewinncharakter hatten".

In der vorliegenden Beschwerde wird Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht. Die Auffassung der belangten Behörde, bereits die Einhebung eines Eintrittsgeldes und des Mitgliedsbeitrages erweise den Gewinncharakter der Vereinstätigkeit, sei rechtswidrig. Der Verein berechne alle Einnahmen ohne Gewinnabsicht nur auf Grundlage der Kostendeckung. In diesem Falle aber mangle es nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes an dem Merkmal der Gewerbsmäßigkeit. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte daher die belangte Behörde zur Beurteilung dieser Frage die angebotenen Zeugen vernehmen müssen. Da sie dies unterlassen habe, sei das Verfahren mangelhaft geblieben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerde und die hiezu erstattete Gegenschrift erwogen:

Gemäß § 1 Abs. 2 der Gewerbeordnung 1973 wird eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie regelmäßig, selbständig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist, wobei "Gewinnabsicht" im Sinne dieser Bestimmung gemäß § 1 Abs. 5 leg. cit. auch dann vorliegt, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen wird gemäß § 1 Abs. 4 GewO 1973 der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

Es ist daher zunächst der Auffassung der belangten Behörde beizupflichten, daß die Gewerbsmäßigkeit nicht schon dann zu verneinen ist, wenn ein Verein die Tätigkeit - davon ist auch die belangte Behörde im Beschwerdefall ausgegangen - auf seine Mitglieder beschränkt. Desgleichen trifft es zu, daß es bei der Beurteilung der Frage, ob die von einem Verein entfaltete Tätigkeit der Gewerbeordnung unterliegt, nicht darauf ankommt, ob diese Tätigkeit allenfalls mit dem in den Vereinsstatuten festgelegten Vereinszweck übereinstimmt. Auch entspricht die Feststellung der belangten Behörde, daß im Beschwerdefall der Verein seine Tätigkeit einem größeren Kreis von Personen durch Verlautbarungen in Tageszeitungen angeboten hat, der Aktenlage, was auch vom Beschwerdeführer nicht bekämpft wird. Strittig ist somit im gegebenen Zusammenhang lediglich die Gewinnabsicht.

Die belangte Behörde unterstellte den finanziellen Manipulationen des Vereines, ohne die Höhe oder Verwendung der von den Mitgliedern verlangten Beiträge zu prüfen, an sich schon Gewinncharakter, weil jeder in der Absicht auf Schaffung einer regelmäßigen Erwerbsquelle ausgeübten Tätigkeit das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit anhafte. Demgegenüber behauptete der Beschwerdeführer von allem Anfang an, die aus den Eintrittsgeldern und den Mitgliedsbeiträgen stammenden Einnahmen dienten lediglich zur Deckung der Auslagen des Vereines. Ein Gewinn werde weder beabsichtigt noch erzielt.

Mit der Frage, wann eine Betätigung in Gewinnabsicht unternommen wird, hat sich der Verwaltungsgerichtshof schon wiederholt befaßt und in ständiger Rechtsprechung festgehalten, daß Entgeltlichkeit allein noch nicht erweist, daß mit der Betätigung ein Ertrag oder ein sonstiger wirtschaftlicher Vorteil herbeigeführt werden solle; im besonderen wird dies dann nicht zutreffen, wenn durch das Entgelt nur die entstehenden Unkosten ganz oder lediglich zum Teil gedeckt werden sollen (vgl. die beiden vom Beschwerdeführer angeführten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. April 1958, Sig. N. F. Nr. 4634/A, und vom 18. Februar 1970, Sig. N. F. Nr. 7736/A, ferner die Erkenntnisse vom 26. Oktober 1961, Zl. 372/60, und vom 24. März 1976, Zl. 2324/75 u. a. m.). Werden daher für die Tätigkeit eines Vereines von dessen Mitgliedern Geldleistungen - wie im Beschwerdefall das Eintrittsgeld und der Mitgliedsbeitrag - verlangt, die nur zur Deckung der mit der Vereinstätigkeit zwangsläufig verbundenen Auslagen ausreichen, dann liegt deshalb allein Gewinnabsicht im Sinne des § 1 Abs. 2 GewO 1973 nicht vor.

Aus § 1 Abs. 5 GewO 1973 kann nichts anderes abgeleitet werden. Unter der "Personenvereinigung" im Sinne dieser Vorschrift sind, wie sich aus dem Zusammenhang mit den vorhergehenden Absätzen des § 1, dem

§ 8 und dem § 9 GewO 1973 ergibt, die von den natürlichen Personen verschiedenen (potentiellen) Gewerbetreibenden - das sind die juristischen Personen und die Personengesellschaften des Handelsrechtes - zu verstehen. Dafür, daß der Gesetzgeber durch § 1 Abs. 5 GewO 1973 einen - aus einer Personenvereinigung und deren Mitgliedern bestehenden - weiteren Gewerbetreibenden geschaffen hat, bietet der Gesetzeswortlaut keinerlei Anhaltspunkt, zumal die zitierte Gesetzesstelle ausschließlich das Merkmal der Gewinnabsicht betrifft. Da aber auf diejenigen, dem eine gewerbsmäßige Tätigkeit zugerechnet werden soll, begrifflich alle Merkmale der Gewerbsmäßigkeit zutreffen müssen, bedeutet dies, daß auch eine Personenvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 5 GewO 1973 jedenfalls nur dann dem Anwendungsbereich der GewO 1973 unterliegt, wenn sie in der Absicht tätig wird, für sich, wenn auch nur vorübergehend, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. § 1 Abs. 5 GewO 1973 regelt demgemäß den Fall, daß ein Ertrag oder sonstiger wirtschaftlicher Vorteil zwar bei der Personenvereinigung anfallen, jedoch nach deren Gebarung, sei es offen oder versteckt, den Mitgliedern der Personenvereinigung zufließen soll. Zu bemerken bleibt, daß dieser Auslegung auch die Gesetzesmaterialien zu § 1 Abs. 2 GewO 1973 entsprechen. Die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (395 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates, XIII. Gesetzgebungsperiode) und der Bericht des Handelsausschusses des Nationalrates (941 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates, XIII. Gesetzgebungsperiode) bringen zum Ausdruck, daß Werkstätten, Leihbibliotheken und ähnliche soziale Einrichtungen eines Unternehmens sowie die Tätigkeiten öffentlich-rechtlicher Interessenvertretungen im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenkreises, insbesondere die Beratung der Mitglieder durch gesetzliche berufliche Vertretungen, soweit diese nach dem Kostendeckungsprinzip ausgeübt werden, nicht dem Anwendungsbereich der Gewerbeordnung unterliegen sollen. Unter diesem Gesichtspunkt ist die historische Absicht des Gesetzgebers offensichtlich nicht darauf gerichtet, Personenvereinigungen im Sinne des § 1 Abs. 5 GewO 1973, wie Vereine und Körperschaften, deren Tätigkeit lediglich einen unmittelbaren Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil für die Mitglieder der Vereinigung zur Folge hat, der Gewerbeordnung zu unterstellen.

Die belangte Behörde unterlag somit einem Rechtsirrtum, wenn sie bereits auf Grund der Tatsache, daß aus Anlaß und bei Abschluß eines Kaufvertrages ein Eintrittsgeld und ein Mitgliedsbeitrag eingehoben wird, die Gewinnabsicht des Vereines als erwiesen annahm, ohne sich damit auseinanderzusetzen, ob diese Einnahmen die mit der im gegebenen Zusammenhang entfalteten Tätigkeit des Vereines verbundenen Auslagen übersteigen. Aus diesem Grunde hätte sie auch nicht die Verantwortung des Beschwerdeführers, von der Erzielung eines Gewinnes könne schon deshalb nicht gesprochen werden, weil der Verein nach dem Grundsatz der Kostendeckung arbeite, als bedeutungslos abtun dürfen. Gerade diese Frage stand in der Berufung gegen das Straferkenntnis der 2. Instanz im Vordergrund und es hat der Beschwerdeführer zum Nachweise seiner Behauptung unter anderem die Einvernahme von Zeugen beantragt, was allein schon die belangte Behörde veranlassen hätte müssen, näher darzulegen, warum sie die Durchführung dieser Beweise für entbehrlich hielt. Wenn die belangte Behörde in der Gegenschrift darauf hinweist, es sei der Bundesobmannstellvertreter des Vereines, der auch Gebietsobmann für Kärnten ist, zeugenschaftlich vernommen und dessen Aussage bei der Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes berücksichtigt worden, so muß sie aber selbst zugeben, daß sich aus den Aussagen des Zeugen für ihren Standpunkt, der Verein übe die in Rede stehende Tätigkeit in Gewinnabsicht aus, nichts gewinnen läßt, weshalb sie sich auch veranlaßt sah, die Sachverhaltsfeststellungen eines gleichartigen gegen den Beschwerdeführer im Jahre 1971 durchgeführten Verwaltungsstrafverfahrens in der Gegenschrift "einzublenden". Abgesehen davon, daß diese Strafsache nicht Gegenstand der vorliegenden Beschwerde ist, kann eine fehlende oder mangelhafte Begründung in der Gegenschrift nicht nachgeholt oder saniert werden, sofern dieser Mangel wesentlich ist, was im Beschwerdefall zutrifft. Auch wird dadurch die Behörde nicht von der Verpflichtung enthoben, den maßgebenden Sachverhalt in dem dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorausgehenden Verwaltungsstrafverfahren von Amts wegen festzustellen.

Es zeigt sich somit, daß der Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt ergänzungsbedürftig blieb. Dies hatte seine Ursache in einer irrigen Rechtsansicht der belangten Behörde, was den angefochtenen Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet.

Der Verein "NN Eigenheimbau- und Siedlerring" betreibt, wie der Zeugenaussage des Bundesobmannstellvertreters entnommen werden kann, in der Steiermark verschiedene Gewerbe. Feststellungen hierüber fehlen allerdings in den Verwaltungsstrafakten. Auf Grund des von der belangten Behörde angenommenen Sachverhaltes hatte der Verwaltungsgerichtshof somit auch nicht zu prüfen, ob im vorliegenden Fall das Merkmal der Gewinnabsicht schon unter dem Gesichtspunkt zutreffen könnte, daß die dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Tätigkeit der Erreichung der mit den Gewerben des Vereines verbundenen geschäftlichen Ziele dient (vgl. das Erkenntnis des Bundesgerichtshofes vom 6. Mai 1935, Slg. Nr. 449/A).

Der angefochtene Bescheid war somit gemäß § 42 Abs. 2 lit. a VwGG 1965 wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Bestimmungen der § 47 ff VwGG 1965 in Verbindung mit der Verordnung über die Pauschalierung der Aufwandsätze im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof, BGBl. Nr. 4/1975.

Wien, am 17. November 1976