



VwGH Erkenntnis vom 25.9.2012, 2012/04/0067 –*Internetterminals mit Spielesoftware*

Die Vermietung eines Internetterminals samt integrierter Internet-Spielesoftware ist weder als reglementiertes Gewerbe in § 94 GewO noch als Teilgewerbe in § 31 GewO ausdrücklich angeführt. Sie stellt daher nach § 5 Abs 2 erster Satz GewO ein freies Gewerbe dar.

Leitsatz verfasst von Dr. Clemens Thiele, LL.M.

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel sowie die Hofräte Dr. Grünstäudl und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der X in B, vertreten durch Dr. Patrick Ruth, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Kapuzinergasse 8/4, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Vorarlberg vom 8. März 2012, Zl. UVS- 1-238/E8-2011, betreffend Übertretung der GewO 1994 (weitere Partei: Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend), zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen. Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem angefochtenen, im Instanzenzug ergangenen Bescheid wurde der Beschwerdeführerin vorgeworfen, sie habe es als handelsrechtliche Geschäftsführerin der E. Ltd., Zweigniederlassung Österreich an einer näher angeführten Anschrift in B, zu verantworten, dass dieses Unternehmen das freie Gewerbe "Vermietung von Spielautomaten" zumindest vom 18. Mai bis 18. November 2010 ausgeübt habe, indem es in diesem Zeitraum ein Internetterminal mit integrierter Internet-Spielesoftware zu einem Preis von EUR 290,-- pro Monat an F.K. vermietet habe, obwohl die E. Ltd. nicht im Besitz der erforderlichen Gewerbeberechtigung gewesen sei.

Die Beschwerdeführerin habe dadurch § 366 Abs. 1 Z. 1 Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994 verletzt, weshalb über sie eine Geldstrafe von EUR 400,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von 40 Stunden) verhängt wurde.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, die von der E. Ltd. durchgeführte Vermietung eines Internetterminals mit integrierter Internet-Spielesoftware sei auf eigene Rechnung und Gefahr, mit Ertragserzielungsabsicht und regelmäßig erfolgt, weshalb alle Merkmale der Gewerbsmäßigkeit im Sinn des § 1 Abs. 2 GewO 1994 erfüllt seien.

Da die ausgeübte gewerbsmäßige Tätigkeit nicht den Gegenstand eines reglementierten Gewerbes oder eines Teilgewerbes bilde, handle es sich um ein freies Gewerbe. Die Gewerbeordnung 1994 enthalte keine Liste der freien Gewerbe und definiere auch den Begriff des "Spielautomaten" nicht. Es sei daher nicht gerechtfertigt, den in der vom Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend herausgegebenen Liste der freien Unternehmenstätigkeiten enthaltenen Gewerbewortlaut "Vermietung von Spielautomaten" einschränkend auszulegen. Vielmehr spreche der Telos des § 5 Abs. 2 GewO 1994 dafür, dass der Begriff des "Spielautomaten" umfassend zu verstehen sei und auch Spielgeräte der gegenständlichen Art einschließe.

Zu dem (in der Berufung erstatteten) Vorbringen, die Bezirkshauptmannschaft B habe die Frage, ob bei Bereitstellen eines Internetterminals ein Gewerbeschein nötig sei, bereits einmal

schriftlich verneint, führte die belangte Behörde aus, die Beschwerdeführerin habe weder ein bestimmtes Schreiben der Behörde genannt noch - trotz entsprechender Aufforderung durch die belangte Behörde - vorgelegt. Die belangte Behörde könne daher nicht nachvollziehen, dass der Beschwerdeführerin die behauptete Rechtsauskunft erteilt worden sei, dies speziell auch deshalb nicht, weil es gerade die zuständige Abteilung der Bezirkshauptmannschaft B gewesen sei, die die verfahrenseinleitende Anzeige erstattet habe.

Schließlich begründete die belangte Behörde die von ihr nach § 19 VStG vorgenommene Strafbemessung.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde. Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der sie die Abweisung der Beschwerde beantragt.

Die Beschwerde bestreitet die eingangs wiedergegebenen Feststellungen des angefochtenen Bescheides zu der von der E. Ltd. ausgeübten Tätigkeit und zur Geschäftsführerstellung der Beschwerdeführerin nicht, bekämpft aber die von der belangten Behörde vertretene Rechtsauffassung, wonach der festgestellte Sachverhalt unter § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 falle; bei dem gegenständlichen Internetterminal handle es sich nämlich nicht um einen Spielautomaten, dessen Vermietung tatsächlich unter den Begriff des freien Gewerbes falle. Für die gegenständliche Vermietung eines Internetterminals mit integrierter Internet-Spielesoftware sei hingegen eine Gewerbeberechtigung nicht erforderlich.

Die GewO 1994 gilt nach ihrem § 1 Abs. 1, soweit nicht die §§ 2 bis 4 GewO 1994 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten. Gemäß § 1 Abs. 2 erster Satz GewO 1994 wird eine Tätigkeit 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.

Ausgehend von den - insoweit von der Beschwerdeführerin nicht bestrittenen - Feststellungen des angefochtenen Bescheides begegnet die Beurteilung der belangten Behörde, wonach die Tätigkeit der E. Ltd. in den Geltungsbereich der GewO 1994 fällt, keinen Bedenken.

Da diese Tätigkeit - die Vermietung eines Internetterminals samt integrierter Internet-Spielesoftware - weder als reglementiertes Gewerbe in § 94 GewO 1994 noch als Teilgewerbe in § 31 GewO 1994 ausdrücklich angeführt ist, stellt sie nach § 5 Abs. 2 erster Satz GewO 1994 ein freies Gewerbe dar.

Die Gewerbeordnung 1994 normiert gerade kein geschlossenes System gewerblicher Berufstätigkeiten, weshalb sie auch keine taxative Liste der freien Gewerbe vorsieht, zumal die Entstehung neuer Gewerbe rechtlich ohne Weiteres zulässig sein und diese Entwicklungsmöglichkeit durch den Gesetzgeber nicht eingeschränkt werden soll. Die vom Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend veröffentlichte "Liste der freien Unternehmenstätigkeiten" erhebt daher gerade keinen Anspruch auf Vollständigkeit (*Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO 3 § 5 Rz 12).

Da die E. Ltd. somit ein freies Gewerbe ausübt, allerdings - wiederum unstrittig - die dafür erforderliche Gewerbeberechtigung nicht besitzt, hat die belangte Behörde zutreffend eine Übertretung des § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 angenommen.

Die Beschwerde behauptet im Weiteren, die belangte Behörde hätte einen Schuldausschlussgrund zugunsten der Beschwerdeführerin annehmen müssen, weil die Bezirkshauptmannschaft B in einem (mit der Beschwerde vorgelegten) Schreiben vom 30. Jänner 2008 mitgeteilt habe, die "Bereitstellung von Internetterminals" unterliege "nicht den Bestimmungen der Gewerbeordnung".

Nach Ausweis der Verwaltungsakten forderte die belangte Behörde aufgrund eines Hinweises in der Berufung auf eine derartige schriftliche Auskunft der Bezirkshauptmannschaft B die Beschwerdeführerin anlässlich der Ladung zur Verhandlung auf, das erwähnte Schreiben "spätestens bei der Verhandlung vorzulegen". Eine solche Vorlage unterblieb; Beschwerdeführerin und Beschwerdeführervertreter nahmen an der Verhandlung nicht teil.

Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die belangte Behörde zu dem hier maßgeblichen Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 27. Jänner 2010, Zl. 2009/16/0228, mwN) nicht davon ausging, dass der Beschwerdeführerin die behauptete Rechtsauskunft erteilt worden sei.

Aus diesen Gründen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandsersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Anmerkung*

I. Das Problem

Die E*** Ltd. führte von ihrer österreichischen Zweigniederlassung aus die Vermietung eines Internetterminals mit integrierter Internet-Spielesoftware auf eigene Rechnung und Gefahr, mit Ertragserzielungsabsicht sowie regelmäßig durch. Die monatliche Miete pro Terminal betrug EUR 290,--. Die zuständige Bezirkshauptmannschaft in Vorarlberg verhängte gegen die Geschäftsführerin der E*** Ltd., die spätere Beschwerdeführerin, eine Geldstrafe von EUR 400,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von 40 Stunden) wegen unberechtigter Gewerbeausübung nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO. Der UVS Vorarlberg bestätigte die Rechtsansicht der Behörde, wonach es sich bei dem gegenständlichen Internetterminal um einen Spielautomaten handelte, dessen Vermietung tatsächlich unter den Begriff des freien Gewerbes iS des § 5 GewO fiel. Da es die Beschwerdeführerin verabsäumt habe eine Gewerbeanzeige zu machen, wäre sie nach § 19 VStG verantwortlich zu machen.

Die Beschwerde an den VwGH führte demgegenüber aus, für die gegenständliche Vermietung wäre hingegen überhaupt keine Gewerbeberechtigung erforderlich, da sie nicht einmal in der vom Bundesministerium herausgegebenen „amtlichen Liste der freien Unternehmenstätigkeiten“ genannt war. Im Übrigen wäre die dort erwähnte "Vermietung von Spielautomaten" einschränkend auszulegen.

Letztlich hatten die Verwaltungsrichter zu klären, ob die gegenständliche Vermietung eines Internetterminals mit integrierter Internet-Spielesoftware einer Gewerbeberechtigung bedurft hätte?

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der VwGH wies die Beschwerde als unbegründet ab. Da die Vermietung eines Internetterminals samt integrierter Internet-Spielesoftware weder als reglementiertes Gewerbe in § 94 GewO noch als Teilgewerbe in § 31 GewO ausdrücklich angeführt war, stellte sie nach § 5 Abs 2 erster Satz GewO ein freies Gewerbe dar. Da die E*** Ltd. demzufolge ein freies Gewerbe ausübte, allerdings – unstrittig – die dafür erforderliche Gewerbeberechtigung nicht besaß, hatte die belangte Behörde zutreffend eine Übertretung des § 366 Abs 1 Z 1 GewO angenommen. Das von der Beschwerdeführerin angeführte Behördenschreiben, worin das Erfordernis eines Gewerbescheins für das Bereitstellen eines Internetterminals bereits einmal verneint worden wäre, wurde im Verfahren nicht vorgelegt. Es war demnach nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdeführerin die behauptete Rechtsauskunft erteilt worden wäre.

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Im vorliegenden Fall klärt der VwGH eine ganz grundsätzliche Frage im österreichischen System der Gewerbeberechtigungen. Die Höchstrichter folgen in ihrer Beantwortung der hL¹ und betonen zunächst, dass die GewO 1994 gerade kein geschlossenes System gewerblicher Berufstätigkeiten normiert, weshalb sie auch keine taxative Liste der freien Gewerbe vorsieht; die Entstehung neuer Gewerbe bleibt damit rechtlich ohne Weiteres zulässig und soll diese Entwicklungsmöglichkeit durch den Gesetzgeber nicht eingeschränkt werden.

Dies bedeutet, dass die vom BMWFJ veröffentlichte „Liste der freien Unternehmenstätigkeiten“² gerade keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben kann. Dass dort die Vermietung von Internetterminals samt integrierter Internet-Spielesoftware nicht ausdrücklich genannt, aber auch nicht im Wege der Auslegung des Begriffes „Spielautomatenvermieter“ einzuordnen ist, macht (dogmatisch) daher für die Verwaltungsrichter keinen Unterschied. Es kommt eben nicht darauf an.

Ausblick: Das vorliegende Erkenntnis stellt für die Beratungspraxis klar, dass die Liste der freien Gewerbe im Gegensatz zu den reglementierten Gewerben oder den Teilgewerben nicht erschöpfend ist. Fällt daher eine gewerbliche Tätigkeit nicht unter die strengeren Vorschriften der §§ 2 bis 4, 31 GewO, ist für die Ausübung als freies Gewerbe zwar kein Befähigungsnachweis erforderlich. Dennoch müssen die allgemeinen Gewerbevoraussetzungen (vgl. §§ 8 ff GewO) erfüllt sein, um missliche Verwaltungsstrafen zu vermeiden.

IV. Zusammenfassung

Nach Ansicht des VwGH sieht die österreichische Gewerbeordnung gerade kein geschlossenes System gewerblicher Berufstätigkeiten vor, weshalb sie auch keine taxative Liste der freien Gewerbe enthält. Die Entstehung neuer Gewerbe rechtlich muss ohne Weiteres zulässig sein und darf diese Entwicklungsmöglichkeit durch den Gesetzgeber nicht eingeschränkt werden. Die vom Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend veröffentlichte "Liste der freien Unternehmenstätigkeiten" erhebt daher gerade keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Die (dort nicht genannte) Vermietung von Internetterminals samt integrierter Internet-Spielesoftware stellt vielmehr ein freies Gewerbe nach § 5 Abs 2 erster Satz GewO dar.

¹ Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO³ § 5 Rz 12.

² Abrufbar unter

http://www.bmwfj.gv.at/Unternehmen/Gewerbe/Documents/I_7_Liste%20freier%20Unternehmenstaetigkeiten01062011.pdf (18.3.2013).