

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

15.12.2014

Geschäftszahl

2013/04/0070

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Beck, die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser und Dr. Mayr sowie die Hofrätin Mag. Hainz-Sator als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Pichler, über die Beschwerde der L GmbH in G, vertreten durch die Hohenberg Strauss Buchbauer Rechtsanwälte GmbH in 8010 Graz, Hartenaugasse 6, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Steiermark vom 28. März 2013, Zl. ABT12-WT-GE.02-33/2013-8, betreffend Feststellungsverfahren gemäß § 348 GewO 1994, zu Recht erkannt:

Spruch

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

I.

1. Die Beschwerdeführerin betreibt an einem näher bezeichneten Standort in U ein Freizeitzentrum.

Mit einer auf die §§ 40 und 42 VStG gestützten Aufforderung zur Rechtfertigung der Bezirkshauptmannschaft G (im Folgenden: BH) vom 1. Februar 2012 wurde dem handelsrechtlichen Geschäftsführer der Beschwerdeführerin zur Last gelegt, dieser habe es zu verantworten, dass die Beschwerdeführerin das freie Gewerbe "Betrieb eines Bades" selbständig, regelmäßig und in Ertragsabsicht ausgeübt habe, indem sie an zumindest zwei Tagen näher umschriebene Einrichtungen (u.a. Liegewiesen, Duschen, WC-Anlagen, Notausstiege in Form von Stufen mit Handlauf, Wasserrutschen) entgeltlich zur Verfügung gestellt habe und deren Inanspruchnahme durch die Badenden erfolgt sei. Weiters wurde ihm zur Last gelegt, er habe es zu verantworten, dass die genehmigte gewerbliche Betriebsanlage der Beschwerdeführerin (ein Freizeitzentrum) durch Hinzunahme der Badeanlage in (näher dargestelltem) geänderten Umfang betrieben wurde, ohne dass dafür eine Änderungsgenehmigung erwirkt worden sei.

In ihrer Rechtfertigung hat die Beschwerdeführerin angeregt, ein Verfahren gemäß § 348 Abs. 1 letzter Satz GewO 1994 zur Feststellung einzuleiten, ob die Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 auf die betreffende Tätigkeit Anwendung finden. Die BH leitete daraufhin ein Feststellungsverfahren ein. Im Zuge dieses Verfahrens wurden die Wirtschaftskammer Steiermark sowie die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Steiermark jeweils aufgefordert, ein Gutachten gemäß § 348 Abs. 2 GewO 1994 abzugeben. Die Kammer für Arbeiter und Angestellte sowie die Fachgruppe Gesundheitsberufe der Wirtschaftskammer Steiermark haben daraufhin jeweils eine Stellungnahme abgegeben.

2. Mit dem angefochtenen, im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Landeshauptmannes von Steiermark (im Folgenden: Behörde) wurde gemäß § 348 Abs. 1 letzter Satz GewO 1994 festgestellt, dass in Bezug auf die - in der genannten Aufforderung zur Rechtfertigung näher umschriebenen - Tätigkeiten in Form des entgeltlichen Zurverfügungstellens von Einrichtungen, die auch von Badenden in Anspruch genommen werden können, in einem Freizeitzentrum an einem näher bezeichneten Standort die Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 anzuwenden sind.

Im Hinblick auf den seitens der Beschwerdeführerin im Verfahren ins Treffen geführten Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 1 Z 17 GewO 1994 (Unternehmen öffentlicher Belustigungen) hielt die Behörde fest, dass unter Bezugnahme auf die ältere Literatur der Betrieb einer nicht zu Heilzwecken dienenden Badeanstalt seit jeher als freies Gewerbe qualifiziert werde. Dies gelte auch für Badeanstalten, mit denen

Schwimmbäder im modernen Sinn gemeint seien. Zudem sei der "Betrieb einer Badeanlage" auch auf der bundeseinheitlichen Liste der freien Gewerbe angeführt.

Weiters hielt die Behörde fest, dass - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - nicht alle in § 2 Abs. 4 des Bäderhygienegesetzes (BHygG) genannten Einrichtungen vorhanden sein müssten, damit ein "Bad an einem Oberflächengewässer" (iSd § 1 Abs. 1 Z 6 BHygG) vorliege. Aus § 2 Abs. 4 BHygG ergebe sich vielmehr, dass die genannten Einrichtungen als Bestandteil eines Bades an einem Oberflächengewässer gelten. Für das Vorliegen eines Bades reiche allerdings das Vorhandensein einer solchen Einrichtung, die erkennbar für einen allgemeinen Badebetrieb zweckgewidmet sei.

Bezogen auf den vorliegenden Fall widerspreche es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass derartige Einrichtungen zwar geschaffen, gewartet und benutzt werden, aber nicht dem Betrieb eines Bades dienen, sondern anderen Zwecken vorbehalten sein sollen. Dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie habe Hinweistafeln betreffend ein Badeverbot kundgemacht, hielt die Behörde (im Hinblick auf die geringe Größe dieser Tafeln) entgegen, dass dies nicht die Wirkung haben könne, die Kunden vom Baden abzuhalten, zumal der Erwerb von "Badesaisonkarten" beworben werde. Zur Entgeltlichkeit führte die Behörde aus, dass die Tätigkeit der Beschwerdeführerin, die von den (jährlich rund zwei Millionen) Badegästen eine "Liegenschaftsgebühr" einhebe, auf Erzielung eines Ertrags gerichtet sei. Dass für das "Baden per se" kein Entgelt eingehoben werde, ändere daran nichts. Es sei offenkundig, dass nicht von einem bloßen Dulden der Benützung von Einrichtungen, sondern vom Betrieb eines Bades zu sprechen sei.

3. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

3.1. Die Beschwerdeführerin führt zunächst die Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 1 Z 17 GewO 1994 ins Treffen, wonach die Gewerbeordnung u.a. auf den Betrieb von Unternehmen öffentlicher Belustigungen nicht anzuwenden sei. Diesbezüglich verweist sie auf eine Literaturmeinung von Stolzlechner, wonach Freiluft- und Hallenbäder, die dem allgemeinen Publikum zur Freizeitgestaltung dienen, als Unternehmen öffentlicher Belustigungen im Sinn dieses Ausnahmetatbestands zu qualifizieren seien. Auch Schipisten, Golfplätze und Tennisplätze seien als Sportanlagen und somit als Angelegenheiten öffentlicher Belustigung und nicht als gewerbliche Anlagen anzusehen.

3.2. Weiters verweist die Beschwerdeführerin auf die Regelungen des Bäderhygienegesetzes und bringt vor, dass - entgegen der Auffassung der Behörde - für ein "Bad an Oberflächengewässern" (iSd § 1 Abs. 1 Z 6 BHygG) alle in § 2 Abs. 4 BHygG aufgezählten Einrichtungen kumulativ vorliegen müssten, was hier nicht der Fall sei. Die Beschwerdeführerin bestreitet zudem, dass für die Beurteilung der Notwendigkeit einer Betriebsanlagengenehmigung das Bäderhygienegesetz heranzuziehen sei. Das Bäderhygienegesetz könne nicht die Frage der (Nicht)Anwendbarkeit der Gewerbeordnung regeln.

3.3. Im vorliegenden Fall sei - so die Beschwerdeführerin weiter - keine der bestehenden Einrichtungen einem allgemeinen Badebetrieb gewidmet, zumal den Liegenschaftsbenutzern das Baden verboten werde und diesbezüglich Hinweistafeln kundgemacht worden seien. Die Beschwerdeführerin stellt somit in Abrede, dass an der gegenständlichen Liegenschaft ein Bad betrieben werde.

Darüber hinaus bestreitet die Beschwerdeführerin auch, dass ein "Vorhandensein einer Betriebsanlage für den Betrieb eines Bades" angenommen werden könne. Die Einrichtungen (wie Duschen und WC-Anlagen) würden den Liegenschaftsbenutzern zur Verfügung stehen. Auch das Entgelt werde allgemein für die Benützung der Liegenschaft (und nicht speziell fürs Baden) eingehoben. Weiters verweist die Beschwerdeführerin darauf, dass sie im Rahmen ihres Freizeitzentrums unterschiedliche Gewerbe betreibe und sich dabei unterschiedlicher gewerblicher Betriebsanlagen bediene; alle Einrichtungen seien diesen genehmigten Betriebsanlagen zuzuordnen. Der Beschwerdeführerin könne allenfalls ein Dulden einer widmungsfremden Benützung von Einrichtungen vorgeworfen werden, dies könne aber keine Betriebsanlage begründen.

3.5. Schließlich wird in der Beschwerde noch gerügt, dass die Stellungnahme der Kammer für Arbeiter und Angestellte auf der Wahrnehmung der Beschwerdeführerin durch die Öffentlichkeit beruhe. Diese Wahrnehmung könne von der Beschwerdeführerin aber nicht beeinflusst werden. Die Stellungnahme der Fachgruppe Gesundheitsberufe der Wirtschaftskammer Steiermark erachtet die Beschwerdeführerin deshalb als nicht erheblich, weil nur der Landeskammer, nicht aber einer Fachgruppe, ein Anhörungsrecht zukomme.

4. Die Behörde erstattete eine Gegenschrift, in der sie den Ausführungen der Beschwerdeführerin entgegentritt und die Abweisung der Beschwerde beantragt.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Da es sich vorliegend nicht um einen Übergangsfall nach dem Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz, BGBl. I Nr. 33/2013, handelt, sind gemäß § 79 Abs. 11 letzter Satz VwGG idF BGBl. I Nr. 122/2013 die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen des VwGG weiter anzuwenden.

2. Die relevanten Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl. Nr. 194 in der hier maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 85/2012, lauten auszugsweise wie folgt:

"§ 2. (1) Dieses Bundesgesetz ist - unbeschadet weiterer ausdrücklich angeordneter Ausnahmen durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften - auf die in den nachfolgenden Bestimmungen angeführten Tätigkeiten nicht anzuwenden:

...

11. die Ausübung der Heilkunde, der Psychotherapie und

des psychologischen Berufes im Bereich des Gesundheitswesens, die zur Berufsausübung zählenden und in deren Rahmen vorgenommenen Tätigkeiten der Dentisten, Hebammen, der Tierärzte sowie der Apotheker, die Krankenpflegefachdienste, die medizinisch-technischen Dienste sowie die Sanitätshilfsdienste, den Betrieb von Kranken- und Kuranstalten, die in Anstalten zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit oder im Rahmen von Rehabilitationsprogrammen öffentlich-rechtlicher Körperschaften zu leistenden gewerblichen Arbeiten;

...

17. den Betrieb von Theatern und Lichtspieltheatern

und von Unternehmen öffentlicher Belustigungen und Schaustellungen aller Art, musikalische und literarische Darbietungen;

..."

"f) Feststellungsverfahren der Oberbehörde über die Anwendbarkeit der gewerberechtlichen Vorschriften und über den aufrechten Bestand von Gewerbeberechtigungen

§ 348. (1) Wird eine Gewerbebeanmeldung erstattet oder um die Genehmigung einer gewerblichen Betriebsanlage angesucht oder bei der Behörde die Feststellung beantragt, ob die Genehmigungspflicht einer Anlage im Sinne des § 74 gegeben ist, bestehen aber Zweifel, ob auf die betreffende Tätigkeit die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden sind, so hat die Behörde über diese Frage zu entscheiden. Dies gilt auch für den Fall, wenn in einem Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 366 Zweifel bestehen, ob auf die betreffende Tätigkeit die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anwendbar sind.

(2) Vor der Entscheidung hat die Behörde die Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft und die nach der Sachlage in Betracht kommenden gesetzlichen beruflichen Interessenvertretungen zu hören, die ihre Gutachten binnen sechs Wochen abzugeben haben. Diesen steht gegen den Bescheid das Recht der Berufung zu, falls die Entscheidung ihren fristgerecht abgegebenen Gutachten widerspricht oder sie nicht gehört worden sind.

..."

3. Im vorliegenden Fall ist zunächst zu prüfen, ob der Betrieb eines Bades in den Anwendungsbereich der GewO 1994 fällt oder ob diese Tätigkeit gemäß § 2 GewO 1994 davon ausgenommen ist.

Der Verwaltungsgerichtshof war in seinem Erkenntnis vom 24. Jänner 2001, 99/04/0229, mit der Frage der Rechtmäßigkeit einer zusätzlichen Auflage nach § 79 Abs. 1 GewO 1994 für ein Hallen- und Freibad befasst. Zwar war die Frage des Vorliegens einer gewerblichen Tätigkeit nicht unmittelbarer Gegenstand dieses Verfahrens, allerdings wurde - indem die Zulässigkeit der Vorschreibung einer nachträglichen Auflage bejaht wurde - die Anwendbarkeit der GewO 1994 auf die fragliche Tätigkeit implizit anerkannt.

In der Literatur wird der Betrieb einer (nicht zu Heilzwecken dienenden) Badeanstalt mehrheitlich als freies Gewerbe angesehen (vgl. etwa *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO (2011), § 2 Rz 89; *Gruber/Pallege-Barfuß*, Die Gewerbeordnung, FN 125 zu § 2; *Zellenberg*, Sportanlagen zwischen Gewerbekompetenz und Veranstaltungswesen, in FS Stolzlechner (2013), 799; anderer Ansicht *Stolzlechner*, in *Stolzlechner/Wendl/Bergthaler* (Hrsg.), Die gewerbliche Betriebsanlage³ (2008) Rz 289), wobei diese Auffassung wesentlich auf die Verwaltungspraxis bzw. Vollziehung sowie die Lehre zum Kundmachungspatent zur Gewerbeordnung vom 20. Dezember 1859, RGBL. Nr. 227, (im Folgenden: Kundmachungspatent) gestützt wird.

Diesbezüglich ist auf Folgendes hinzuweisen: Die Ausnahmebestimmungen des § 2 GewO 1994 sind in verfassungskonformer Interpretation im Rahmen ihres möglichen Wortsinnes jedenfalls so zu verstehen, dass die Vorschriften der GewO 1994 nur auf jene gewerblichen Tätigkeiten anzuwenden sind, für die dem Bund eine Regelungskompetenz zukommt (vgl. das Erkenntnis vom 26. Juni 2001, 2000/04/0144; siehe auch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 12.996/1992). Der Inhalt des maßgeblichen Kompetenztatbestandes des Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG ("Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie") wird wiederum im Wesentlichen durch Versteinerung der Gewerbeordnung 1859 gewonnen (vgl. das Erkenntnis vom 26. September 2005, 2004/04/0002, mwH zur Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes).

§ 2 Abs. 1 Z 17 GewO 1994 hat seine inhaltliche Entsprechung in der Ausnahmebestimmung des Art. V lit. o des Kundmachungspatentes, demzufolge die Gewerbeordnung auf "Unternehmungen öffentlicher Belustigungen und Schaustellungen aller Art" keine Anwendung fand. Hinzuzuweisen ist weiter auf die Bestimmung des Art. V lit. g des Kundmachungspatentes, wonach unter anderem die "Unternehmungen von Heilanstalten" sowie "Bade- und Trinkuranstalten" ausgenommen waren (vgl. nunmehr den Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 1 Z 11 GewO 1994).

In diesbezüglich einschlägigen Gutachten der Handels- und Gewerbekammern (zur Gewerbeordnung 1859) wurden Badeanstalten unter die freien Gewerbe eingereiht (siehe *Frey/Maresch*, Sammlung von Gutachten und Entscheidungen über den Umfang der Gewerbeberechte, Nrn. 6290, 8640 sowie 12.896 bis 12.899). Dies betraf zwar nicht Badeanstalten, die Heilzwecken dienen (vgl. den Ausnahmetatbestand des Art. V lit. g des Kundmachungspatentes), wohl aber Badeanstalten, die mit Schwimmunterricht verbunden waren (und daher nicht nur der körperlichen Hygiene dienen). Weiters ist auf die - auf die Gewerbeordnung gestützte - Verordnung des Handelsministers, RGBl. Nr. 83/1885, mit der die gewerbliche Arbeit an Sonntagen für einzelne Kategorien von Gewerben gestattet wurde, hinzuweisen, die in ihrem § 2 lit. B Z 9 die Sonntagsarbeit in Badeanstalten gestattete. Auch im älteren Schrifttum wurden Badeanstalten ohne Heilzwecke als freie Gewerbe angesehen (siehe etwa *Mayrhofer/Pace*, Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst III (1897), 256; *Posselt*, Polizei einzelner Gewerbe, in *Mischler/Ulbrich* (Hrsg.), Österreichisches Staatswörterbuch Zweiter Band (1906), 486;

Heller, Kommentar zur Gewerbeordnung 2. Band (1912), 1714;

vgl. weiters die Nachweise bei *Zellenberg*, aaO, sowie im Gutachten des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 22. Dezember 2005, BKA-600.619/0041-V/A/5/2005).

Angesichts der dargelegten Grundlagen geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass der Betrieb einer - nicht zu Heilzwecken, sondern der Freizeitgestaltung dienenden - Badeanstalt nicht unter den Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 1 Z 17 GewO 1994 fällt, sondern vom Anwendungsbereich der GewO 1994 erfasst ist.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist es für diese Beurteilung auch nicht erheblich, ob Badeanstalten mit Schipisten oder Golfplätzen vergleichbar sind und inwieweit diese vom Anwendungsbereich der GewO 1994 erfasst sind.

4. Es ist im vorliegenden Fall auch nicht relevant, welche Bedeutung der Bestimmung des § 2 Abs. 4 BHygG für die Auslegung des Begriffes "Bäder an Oberflächengewässern" (iSd § 1 Abs. 1 Z 6 BHygG) zukommt, weil - wovon auch die Beschwerde ausgeht - das Bäderhygienegesetz nicht die Anwendbarkeit der GewO 1994 regelt.

5. Soweit die Beschwerdeführerin in Abrede stellt, an der gegenständlichen Liegenschaft überhaupt ein Bad zu betreiben, ist Folgendes anzumerken:

Es ist fallbezogen nicht zu beanstanden, dass die Behörde beweismäßig davon ausgegangen ist, dass die bereitgestellten Einrichtungen (wie Liegewiesen, Duschanlagen, WC-Anlagen, Ein- und Ausstiege aus dem Gewässer) jedenfalls auch dem Badebetrieb dienen und dass diese Anlagen von Badenden auch faktisch benützt werden. Daran ändert nichts, dass die Einrichtungen (daneben) gegebenenfalls auch anderen Zwecken dienen. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin an der gegenständlichen Liegenschaft noch andere Gewerbe betreibt, hindert nämlich nicht die Annahme, dass sie (eben auch) eine Badeanlage betreibt. Schließlich verhilft der Beschwerdeführerin auch der Hinweis auf die von ihr aufgehängten Badeverbotstafeln nicht zum Erfolg, zumal sie in der Beschwerde selbst einräumt, dass die Anlage faktisch auch von Badenden zum Schwimmen benützt worden ist. Die Behörde durfte in diesem Zusammenhang auch heranziehen, dass die Beschwerdeführerin die Benutzung ihrer Anlage mit einer Aktion für "Badesaisonkarten" beworben hat.

Hinsichtlich der in § 1 GewO 1994 geforderten Gewinnerzielungsabsicht kann der Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie im Ergebnis davon ausging, es sei nicht erheblich, dass kein Entgelt speziell für das Baden eingehoben wurde. Zu Recht wurde angenommen, dass die Tätigkeit insgesamt - und somit auch die Bereitstellung der Badeanlage - darauf gerichtet ist, einen Ertrag zu erzielen.

6. Soweit die Beschwerdeführerin Bedenken gegen einerseits den Inhalt bzw. andererseits den Urheber der Stellungnahmen der gemäß § 348 Abs. 2 GewO 1994 angehörten Kammern äußert, zeigt sie damit schon deswegen keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf, weil die genannte Bestimmung den dort angeführten Kammern ein Anhörungs- und Berufungsrecht einräumt (vgl. das Erkenntnis vom 1. Juli 2005, 2004/03/0202), daraus aber kein Recht der Beschwerdeführerin (etwa auf ein bestimmtes Vorgehen dieser Kammern) resultiert.

7. Die Beschwerde war somit gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

8. Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht - gemäß § 79 Abs. 11 letzter Satz VwGG sowie § 3 Z 1 der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013 idF der Novelle BGBl. II Nr. 8/2014 - auf den §§ 47 ff VwGG iVm § 1 der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 15. Dezember 2014