

TE Lvwg Erkenntnis 2020/6/5 VGW-021/035/2980/2020

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.06.2020

Entscheidungsdatum

05.06.2020

Index

50/01 Gewerbeordnung

Norm

GewO 1994 §1 Abs2

GewO 1994 §1 Abs4

GewO 1994 §366 Abs1 Z1

1. GewO 1994 § 1 heute
2. GewO 1994 § 1 gültig ab 13.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
3. GewO 1994 § 1 gültig von 19.03.1994 bis 12.07.2018

1. GewO 1994 § 1 heute
2. GewO 1994 § 1 gültig ab 13.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
3. GewO 1994 § 1 gültig von 19.03.1994 bis 12.07.2018

1. GewO 1994 § 366 heute
2. GewO 1994 § 366 gültig ab 28.04.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 204/2022
3. GewO 1994 § 366 gültig von 01.10.2018 bis 27.04.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
4. GewO 1994 § 366 gültig von 01.05.2018 bis 30.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
5. GewO 1994 § 366 gültig von 29.03.2016 bis 30.04.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
6. GewO 1994 § 366 gültig von 10.07.2015 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2015
7. GewO 1994 § 366 gültig von 27.03.2015 bis 09.07.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2015
8. GewO 1994 § 366 gültig von 14.09.2012 bis 26.03.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
9. GewO 1994 § 366 gültig von 19.08.2010 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
10. GewO 1994 § 366 gültig von 16.06.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/2010
11. GewO 1994 § 366 gültig von 27.02.2008 bis 15.06.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
12. GewO 1994 § 366 gültig von 15.01.2005 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
13. GewO 1994 § 366 gültig von 01.12.2004 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
14. GewO 1994 § 366 gültig von 01.01.2002 bis 30.11.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2001
15. GewO 1994 § 366 gültig von 01.09.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2000
16. GewO 1994 § 366 gültig von 11.08.2000 bis 31.08.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2000
17. GewO 1994 § 366 gültig von 19.03.1994 bis 10.08.2000

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Mag. Lammer über die Beschwerde des Herrn A. B. gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt ..., vom 25.02.2020, GZ: ..., betreffend eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 iVm § 1 Abs 4 GewO 1994, zu Recht erkannt: Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Mag. Lammer über die Beschwerde des Herrn A. B. gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt ..., vom 25.02.2020, GZ: ..., betreffend eine Verwaltungsübertretung nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz 4, GewO 1994, zu Recht erkannt:

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 2, VStG eingestellt.

Dem Beschwerdeführer wird gemäß § 52 Abs 8 VwGVG kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt. Dem Beschwerdeführer wird gemäß Paragraph 52, Absatz 8, VwGVG kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG unzulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Das angefochtene Straferkenntnis enthält folgende Tatanlastung:

„Sie haben vom 22.10.2018 bis 29.11.2018 in Wien, C.-gasse mit der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auf der Internetseite <https://ab.at/> durch Darstellungen von Fotografien und der abschließenden Bemerkung „Das ist nur eine kleine Auswahl. Mein Flickr-Profil bietet eine größere Auswahl meiner bisherigen Arbeit.“ sowie auf der Internetseite <https://ab.at/journalistische-arbeiten/> durch folgende Darstellung

„Journalistische Arbeiten (Aritkel, Foto- oder Videopublikationen)

Inhalt incl. Links und Fotos - nicht anonymisierbar

welche Links auf Publikationen enthielt, für welche von Ihnen anfertigte Fotografien Verwendung fanden, wie etwa auf der Internetseite

<https://www.d.at/buch...>

Foto - nicht anonymisierbar

die Anfertigung von Fotografien und somit eine den Gegenstand des Gewerbes „Berufsfotograf“ bildende Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen angeboten, was der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten wird, ohne die hiefür erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.“

Der Beschwerdeführer habe dadurch § 366 Abs 1 Z 1 iVm § 1 Abs 2 und 4 zweiter Satz GewO 1994 BGBl. Nr. 194/1994 idgF, verletzt, weswegen über ihn gemäß § 366 Abs 1 Einleitungssatz GewO 1994 eine Geldstrafe von 380 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafe von 8 Stunden, verhängt und ihm ein Verfahrenskostenbeitrag von 38 Euro auferlegt wurde. Der Beschwerdeführer habe dadurch Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz 2 und 4 zweiter Satz GewO 1994, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1994, idgF, verletzt, weswegen über ihn gemäß Paragraph 366, Absatz eins, Einleitungssatz GewO 1994 eine Geldstrafe von 380 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafe von 8 Stunden, verhängt und ihm ein Verfahrenskostenbeitrag von 38 Euro auferlegt wurde.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der der Beschwerdeführer im Wesentlichen ausführt, er sei Student an der Universität für angewandte Kunst und begreife seine Fotos daher nicht als gewerbliche Tätigkeit. Seit Jahren fotografiere er, vor allem auf Demonstrationen, und veröffentliche diese auf seiner Website bzw auf seinem Flickr-Profil. Dadurch habe er in der Vergangenheit natürlich sporadisch Aufträge von Zeitungen erhalten, die auf ihn

vor allem durch private Kontakte aufmerksam geworden seien. Allerdings habe er nie fotografische Leistungen aktiv angeboten oder beworben. Er mache das auch nicht auf seiner Website, sondern nutze diese vielmehr als digitales Portfolio. Er bezeichne sich auch nicht als Berufs- oder Pressefotograf. Seine Fotografie betrachte er als Kunststudent mehr als Teil seiner künstlerischen Auseinandersetzung mit dem gegenwärtigen Zeitgeschehen (etwa auf Demonstrationen, Regierungskrisen, usw). Mit diesen Fotografien habe er sich auch an der Universität beworben. Im Übrigen habe er als Künstler seine Fotos auch schon mehrmals ausgestellt, zB im Rahmen der E.-Ausstellung, die ebenfalls im Straferkenntnis angeführt werde. Die im Straferkenntnis angeführten Links verwiesen teilweise auf Artikel, die er kostenfrei geschrieben habe. Die meisten seiner in Zeitungen abgebildeten Fotos habe er als Künstler in seiner Freizeit und nicht als Auftragsarbeit geschossen. Meist hätten ihn Zeitungen erst im Nachhinein, oft Jahre später, angeschrieben. Außerdem seien viele seiner Fotos, die in Zeitungen abgebildet worden seien, von ihm kostenfrei zur Verfügung gestellt worden. In der Sparte „Kunst und Kultur“ seien Tätigkeiten angeführt, bei denen er gar nicht oder ohne jegliches Honorar fotografiert habe, zB das im Straferkenntnis angeführte Foto in der Publikation des D. Verlags. Er erkläre ausdrücklich, dass er seine Fotografien nicht gewerblich vertreibe, bewerbe oder sonst vermarkte. Er habe als Kunststudent ein digitales Portfolio, sprich seine Website und sein Flickr-Profil. Er biete auf seiner Website nirgendwo Leistungen an und erziele auch keine regelmäßigen Einkünfte damit.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich Folgendes:

Gemäß § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994 idF BGBl. I Nr. 45/2018, begeht eine Verwaltungsübertretung, die nach dem Einleitungssatz dieser Gesetzesbestimmung mit Geldstrafe bis zu 3.600 Euro zu bestrafen ist, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben, und nicht Z 10 oder § 367 Z 8 anzuwenden sind. Gemäß Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1994, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 45 aus 2018, „begeht eine Verwaltungsübertretung, die nach dem Einleitungssatz dieser Gesetzesbestimmung mit Geldstrafe bis zu 3.600 Euro zu bestrafen ist, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben, und nicht Ziffer 10, oder Paragraph 367, Ziffer 8, anzuwenden sind.

Gemäß § 1 Abs 4 zweiter Satz GewO 1994 wird das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten. Gemäß Paragraph eins, Absatz 4, zweiter Satz GewO 1994 wird das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist zum normativen Gehalt der Bestimmung des § 1 Abs 4 zweiter Satz GewO 1994 festzuhalten, dass es beim – der Ausübung des Gewerbes gleichzuhaltenden – Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit auf den in diesem Zusammenhang zu prüfenden objektiven Wortlaut und nicht etwa auf die Absicht des Anbietenden ankommt. Der Tatbestand des Anbietens einer gewerblichen Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs 4 zweiter Satz GewO 1994 ist dann erfüllt, wenn einer an einen größeren Kreis von Personen gerichteten Ankündigung die Eignung zukommt, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, dass eine unter dem Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird (VwGH 25.02.2004, 2002/04/0069, 6.11.2002, 2002/04/0081, und 10.06.1992, 92/04/0044 mit weiteren Hinweisen). Dass es sich bei einer Homepage im Internet um eine an einen größeren Kreis von Personen gerichtete Ankündigung handelt, der die Eignung zukommt, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, dass eine unter dem Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird, ist unbestreitbar und ergibt sich auch aus der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl VwGH 25.02.2004, 2002/04/0069, betreffend eine entsprechende Einschaltung auf der Internet-Adresse der Herold Business Data AG „Gelbe Seiten online“). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist zum normativen Gehalt der Bestimmung des Paragraph eins, Absatz 4, zweiter Satz GewO 1994 festzuhalten, dass es beim – der Ausübung des Gewerbes gleichzuhaltenden – Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit auf den in diesem Zusammenhang zu prüfenden objektiven Wortlaut und nicht etwa auf die Absicht des Anbietenden ankommt. Der Tatbestand des Anbietens einer gewerblichen Tätigkeit im Sinne des Paragraph eins, Absatz 4, zweiter Satz GewO 1994 ist dann erfüllt, wenn einer an einen größeren Kreis von Personen gerichteten Ankündigung die Eignung zukommt, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, dass eine unter dem Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird (VwGH 25.02.2004, 2002/04/0069, 6.11.2002, 2002/04/0081, und 10.06.1992, 92/04/0044 mit weiteren Hinweisen). Dass es sich bei einer

Homepage im Internet um eine an einen größeren Kreis von Personen gerichtete Ankündigung handelt, der die Eignung zukommt, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, dass eine unter den Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird, ist unbestreitbar und ergibt sich auch aus der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche VwGH 25.02.2004, 2002/04/0069, betreffend eine entsprechende Einschaltung auf der Internet-Adresse der Herold Business Data AG „Gelbe Seiten online“).

Im gegenständlichen Fall war zu beurteilen, ob dem im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses wiedergegebenen Wortlaut der angeführten Internetseiten des Beschwerdeführers die Eignung zukommt, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, dass eine den Gegenstand des angelasteten Gewerbes „Berufsfotograf“ bildende Tätigkeit entfaltet wird.

Beim in Rede stehenden Gewerbe „Berufsfotograf“ handelt es sich – wie auch beim Gewerbe „Pressefotograf“ - um ein freies Gewerbe. Das Fotografengewerbe ist ein „Erzeugungsgewerbe“, da das Ergebnis der Tätigkeit des Fotografen, die Fotografie, eine Ware ist. Die Tätigkeit eines „Berufsfotografen“ besteht im Wesentlichen darin, bestellte Fotoaufnahmen (zB Portraits, Gruppenfotos, Architektur- und Landschaftsfotos) herzustellen, aber auch darin, schon fertige, angefertigte Fotoaufnahmen zum Verkauf anzubieten. Im Unterschied zum „Berufsfotografen“ darf aber ein Pressefotograf das Ergebnis seiner gewerblichen Tätigkeit, sein Foto, nur an Zeitungen und Zeitschriften bzw Presse(bild)agenturen, nicht aber an sonstige Käufer oder Auftraggeber abgeben (OGH 18.06.1991, 4 Ob 38/91). Die Tätigkeit eines Fotografen kann aber auch eine künstlerische sein, wenn sie nach Gestaltungsprinzipien erfolgt, die für ein umfassendes Kunstfach charakteristisch sind (VwGH 21.03.2018, Ro 2015/13/0010).

Im gegenständlichen Fall ergibt sich aus den im Spruch des Straferkenntnisses wörtlich wiedergegebenen Texten auf den näher angeführten Internetseiten der Website des Beschwerdeführers <https://ab.at> (die Homepage enthielt neben Darstellungen von Fotografien den Hinweis „Das ist nur eine kleine Auswahl. Mein Flickr-Profil bietet eine größere Auswahl meiner bisherigen Arbeit.“, die Internetseite „<https://ab.at/journalistische-arbeiten/>“ enthielt eine umfangreiche Auflistung der „Journalistischen Arbeiten (Artikel, Foto- oder Videopublikationen)“ und deren Publikation, ua in verschiedensten Zeitungen, und kommt dieser Ankündigung durchaus die Eignung zu, den Eindruck zu erwecken, dass der Beschwerdeführer die gewerbliche Tätigkeit eines Pressefotografen entfaltet) kein Anhaltspunkt dafür, dass der Beschwerdeführer dem als freies Gewerbe eingestuften Gewerbe „Berufsfotograf“ vorbehaltene Leistungen (wie die Herstellung fotografischer Bilder, zB Portraits, Gruppenfotos, Architektur- und Landschaftsfotos) an Konsumenten/Auftraggeber angeboten hat und war daher im gegenständlichen Fall davon auszugehen, dass der Tatbestand des Anbietens des Gewerbes des „Berufsfotografen“ nicht erfüllt ist.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des 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. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 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.

Schlagworte

Gewerbsmäßigkeit; Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit; Berufsfotograf; Pressefotograf

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2020:VGW.021.035.2980.2020

Zuletzt aktualisiert am

11.11.2020

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at