jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE UVS Tirol 2008/05/22 2007/26/1412-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.05.2008

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch sein Mitglied Mag. Franz Schett über die Berufung des Herrn M. H., H., vertreten durch Herrn Rechtsanwalt Mag. M. G., XY-Straße 13, I., gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Innsbruck vom 27.04.2007, Zl II-STR-00599e/2007, betreffend eine Übertretung nach der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), wie folgt:

Gemäß § 66 Abs 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) iVm §§ 24, 51, 51c und 51e Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) wird der Berufung Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt.

Text

Mit dem nunmehr angefochtenen Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Innsbruck vom 27.04.2007, Zl II-STR-00599e/2007, wurde gegen Herrn M. H., H., nachfolgender Tatvorwurf erhoben:

?Auf Grund der Gesetzeslage des § 94 Z 48 Gewerbeordnung, (GewO), BGBl Nr 194/1994, handelt es sich beim Gewerbe Massage um ein sogenanntes reglementiertes Gewerbe; dieses Gewerbe darf gemäß § 5 Abs 1 GewO bei Erfüllung der allgemeinen und vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen erst auf Grund einer entsprechenden (rechtsbegründenden) Gewerbeanmeldung ausgeübt werden.

Gemäß § 5 Abs 1 Gewerbeordnung, (GewO), BGBl Nr 194/1994, dürfen, von hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen, Gewerbe bei Erfüllung der allgemeinen und gegebenenfalls vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen auf Grund der Anmeldung des betreffenden Gewerbes (§ 339 GewO) ausgeübt werden. Gemäß § 1 Abs 4 (zweiter Satz) GewO wird das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

Ihrerseits wurde zufolge Ihrer nachangeführten Verhaltensweise gegen § 5 Abs 1 GewO verstoßen:

Sie haben als Inhaber der Domain www.XY im Rahmen des sogenannten Internet, welches weltweit verbreitet bzw abrufbar ist, und zwar unter Ihrer Internet-Adresse www.XY und unter der Überbezeichnung Ihres Unternehmens ?I. Institut? am 25.01.2007 folgendes Angebot veröffentlicht:

?Leistungen:

Indra Massage, Body-Massage, Frauen-Massage, Duo-Massage, Partner-Massage?

Mittels dieser zuvor zu diesem Faktum beschriebenen Veröffentlichung im Rahmen des sogenannten Internet, welches weltweit verbreitet bzw abrufbar ist, haben Sie, durch die dort angebotenen Leistungen, am 25.01.2007 die (gewerbsmäßige) Ausübung von Tätigkeiten, deren Ausübung den Inhabern einer Gewerbeberechtigung zur Ausübung des reglementierten Gewerbes der Massage vorbehalten sind, einem größeren Kreis von Personen angeboten; dies allerdings ohne über eine Gewerbeberechtigung zur Ausübung des Gewerbes des Betreibens des Gewerbes Massage zu verfügen.?

Dadurch habe der Beschuldigte eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 iVm § 1 Abs 4 iVm§ 94 Z 48 GewO 1994 begangen. Über diesen wurde daher gemäß § 366 Abs 1 Einleitungssatz GewO 1994 eine Geldstrafe von Euro 360,00, Ersatzfreiheitsstrafe 3 Tage, verhängt. Der vom Beschuldigten zu leistende Kostenbeitrag zum erstinstanzlichen Verfahren wurde gemäß § 64 VStG mit 10 Prozent der Geldstrafe bestimmt.

Dagegen hat Herr M. H., vertreten durch Herrn Mag. M. G., Rechtsanwalt in I., fristgerecht Berufung an den Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol erhoben und darin begründend ausgeführt wie folgt:

?Grundsätzlich wird das Vorbringen des Beschuldigten im Einspruch vom 08.03.2007 und in der Rechtfertigung vom 05.04.2007 zum Vorbringen in der Berufung erhoben.

Weiters wird dazu ausgeführt wie folgt:

Das Faktum II. wurde gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt. Die nunmehrige Berufung richtet sich daher nicht gegen diese Einstellung, wohl aber gegen die Bestrafung zu Faktum I.

Verwunderlich erscheint, dass die gefertigte Behörde in der Aufforderung zur Rechtfertigung dem Beschuldigten zum angefochtenen Faktum noch vorwirft, dass dieser gewerbsmäßig die Ausübung einer Tätigkeit über das Internet beworben hat, ohne über eine Gewerbeberechtigung zur Ausübung des Gewerbes des Betreibens des Gewerbes Massage verfügt.

Hier ist davon auszugehen, dass der Kernpunkt wohl die Ausübung ohne Gewerbeberechtigung ist.

Anscheinend aufgrund des vom Beschuldigten Vorgebrachten hat die gefertigte Behörde nunmehr eingesehen, dass es sich nicht um eine Ausübung des Gewerbes handelt.

Im nunmehrigen Straferkenntnis ist von dieser Gewerbeausübung durch den Beschuldigten nicht mehr die Rede. Dem Beschuldigten wird nunmehr aber vorgeworfen, er habe unbefugt eine gewerbliche Tätigkeit angeboten.

Dem ist nach wie vor entgegenzuhalten, dass dies nicht zutrifft. Der Beschuldigte ist, wie von Anfang an zugestanden, Inhaber der Domain. Er hat diese Domain aber dem tatsächlichen Gewerbeinhaber und Betreiber des Massage-Instituts zur Verfügung gestellt, damit dieser dort werben kann.

Dabei wurde zu Recht festgestellt, dass auf dieser Web-Seite die Leistungen wie Indra-Massage, Body-Massage etc beworben worden sind.

Nicht richtig ist aber, dass ein durchschnittlicher Besucher der Homepage diese Leistungen einem gewerblichen Masseur zuordnet. Selbst ein mit geringem Intellekt ausgestatteter Besucher wird aufgrund dieser Sonderbezeichnungen (Indra, ?Body, etc) dies als eine besondere Form der Massage werten und nicht einem Masseur zuordnen, der gesundheitsbezogene bzw aufgrund von Krankheiten notwendige Massagen ausübt. Dazu ist noch auszuführen, dass diese Spezial-Massagen ja nicht ohne Gewerbeberechtigung ausgeübt werden, sondern halt dem Gewerbe zuzuordnen sind, das nicht reglementiert ist. Hier wird wohl vom durchschnittlichen Besucher zuviel verlangt, wenn er die (feinen) juristischen Unterschiede zwischen dem reglementierten Gewerbe des Masseurs und dem freien Gewerbe, welches von Herrn K. ausgeübt wird, kennen sollte.

Weiters ist es nicht richtig, dass der Beschuldigte für den Inhalt verantwortlich ist. Er ist (und nur dies wurde zugestanden!) lediglich Inhaber der Domain. Für den Inhalt dieser Seite ist der Gewerbeinhaber, Herr K. zuständig bzw verantwortlich.

Nachdem die Behörde immer auf den ?durchschnittlichen Besucher? einer solchen Homepage abstellt ist dazu schon anzuführen, dass dieser mit Sicherheit nicht Nachforschungen anstellt, wer der Inhaber der Domain ist. Für einen durchschnittlichen Besucher ist mit Sicherheit der, der das Gewerbe ausübt, also Herr K., derjenige der die Werbung schaltet.

Der Beschuldigte hat daher keinerlei Verwaltungsübertretung begangen.?

Der Berufungswerber hat daher die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt.

Die Berufungsbehörde hat wie folgt erwogen:

A) Rechtsgrundlagen:

Im gegenständlichen Fall sind die nachfolgenden gesetzlichen Bestimmungen beachtlich:

?1. Gewerbeordnung 1994, BGBl Nr 194/1994, an der im Tatzeitpunkt maßgeblichen Fassung des Gesetzes BGBl I Nr 84/2006:

§ 1

....

(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.

....

§ 5

(1) Soweit dieses Bundesgesetz hinsichtlich einzelner Gewerbe nicht anderes bestimmt, dürfen Gewerbe bei Erfüllung der allgemeinen und der bei einzelnen Gewerben vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen auf Grund der Anmeldung des betreffenden Gewerbes (§ 339) ausgeübt werden.

....

§ 94

Folgende Gewerbe sind reglementierte Gewerbe:

....

48 Massage

....

§ 366

(1) Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu Euro 3.600,00 zu bestrafen ist, begeht, wer

1. ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben;

....

2. Verwaltungsstrafgesetz 1991, BGBl Nr 52/1991, in der Fassung des Gesetzes BGBl I Nr 117/2002:

§ 45

(1) Die Behörde hat von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn

1.

die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet;

2.

der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen;

3.

Umstände vorliegen, die die Verfolgung ausschließen.

....?

B) Rechtliche Beurteilung:

Im erstinstanzlichen Akt liegen diverse Ausdrucke vom Internetauftritt unter der Internetadresse www.XY? ein.

Nach Ansicht der Erstinstanz hat der Berufungswerber dadurch das reglementierte Gewerbe ?Massage? einem größeren Kreis von Personen angeboten und damit aufgrund der Bestimmung in § 1 Abs 4 zweiter Satz GewO 1994 das betreffende Gewerbe mangels Vorliegens einer entsprechenden Gewerbeberechtigung verbotswidrig ausgeübt.

Demgegenüber vertritt der Berufungswerber die Ansicht, dass für einen objektiven Betrachter nicht der Eindruck entstehe, dass durch den Internetauftritt eine diesem Gewerbe zuzurechnende Tätigkeit angeboten wird.

In diesem Zusammenhang ist vorerst zu berücksichtigen, dass in § 1 Abs 4 zweiter Satz GewO 1994 das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten wird. Demjenigen, der um Kunden wirbt, kommt bereits dadurch der Status des Gewerbetreibenden zu, ohne dass bereits ein Vertrag mit einem Einzelkunden abgeschlossen sein muss.

Nach dieser Bestimmung ist es gleichgültig, mit welchen Mitteln das Anbieten an einen größeren Kreis von Personen erfolgt. Kein Zweifel kann daran bestehen, dass die im vorliegenden Fall erfolgte Veröffentlichung im Internet diese Voraussetzung erfüllt (vgl VwGH 22.02.1979, Zl 2435/76).

Es war daher weiters zu beurteilen, ob die betreffende Internet-Einschaltung als Anbieten einer in den Vorbehaltsbereich des Gewerbes Massage gemäß § 94 Z 48 GewO 1994 fallenden Tätigkeit zu verstehen war.

Dabei ist auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, wonach es beim Tatbestandsmerkmal des ?Anbietens? einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs 4 GewO 1994 nicht auf die Absicht des Anbietenden, sondern allein auf den objektiv zu prüfenden Wortlaut der Ankündigung ankommt. Dieser Tatbestand 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 den Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird (VwGH 31.03.1992, Zl 91/04/0299 ua).

Bei der Beurteilung, wie eine an einen größeren Adressatenkreis gerichtete Ankündigung von einem objektiven Betrachter verstanden wird, ist diese Ankündigung in ihrer Gesamtheit zu bewerten. Im gegenständlichen Fall sind also sowohl die im erstinstanzlichen Akt einliegenden textlichen Ausführungen als auch die dort ebenfalls befindlichen bildlichen Darstellungen in die Betrachtung einzubeziehen.

Aufgrund der Massage-Verordnung, BGBl II Nr 68/2003, ist nun davon auszugehen, dass das reglementierte Gewerbe Massage insbesondere nachstehende Tätigkeitsbereiche umfasst: Klassische Massage, Reflexzonenmassage, Segmentmassage, Bindegewebsmassage, Akkupunktmassage, Lymphdrainage sowie sonstige gebräuchliche Massagetechniken.

Die klassische Massage dient vor allem dazu, ganz allgemein den Spannungszustand von Haut und Muskeln zu normalisieren sowie die Blut? und Lymphzirkulation anzuregen. Die Reflexzonenmassage beruht auf de Annahme, dass sich jeder Organbereich des Körpers auf der Hautoberfläche und im Haut-Unterhautbereich ?spiegelt? und von dort beeinflussen lässt. Durch Massage diese Stellen werden die Impulse über Nervenverbindungen an die entsprechenden Stellen im Körper weitergeleitet. Die Bindegewebsmassage basiert auf der Erkenntnis, dass sich Störungen und Erkrankungen im Inneren des Körpers in der Haut, insbesondere im Bindegewebe, zeigen und sollen Reize, die auf eine solche Hautzone ausgeübt werden, aufgrund der Weiterleitung ins Körperinnere ausgleichend wirken und diese Störungen aufheben. Die Lymphdrainage dient dem schnelleren Abtransport von Stoffwechselschlacken und überschüssigem Gewebswasser über die Lymphbahnen. Bei der Akkupunktmassage werden mit einem Massagestäbchen zunächst entlang der Meridiane (ds im Körper verlaufende Energiebahnen) zu schnell oder zu langsam fließende Energien ausgeglichen und werden anschließend die Akupunkturpunkte mit einem Vibrationsgerät stimuliert. Die Segmentmassage nimmt eine Unterteilung des Köpers in verschiedene Segmentbereiche vor. Sie dient in erster Linie dazu, die inneren Organe durch das äußere Einwirken zu beeinflussen.

Auch ein Durchschnittsmensch versteht nach Ansicht der Berufungsbehörde unter dem Gewerbe Massage Massagetechniken im vorgeschriebenen Sinne, also die mechanische Beeinflussung von Haut, Bindegewebe und Muskulatur durch Dehnungs-, Zug- und Druckreiz mit dem Ziel, Spannungen und Störungen zu beseitigen bzw. die Blutzirkulation anzuregen.

Im Zusammenhang der einzelnen Textpassagen des in Rede stehenden Internetauftrittes ergibt sich für einen Betrachter nun aber, dass die dort offerierten Dienstleistungen offenbar die Verschaffung eines sexuellen Wohlgefühls bezwecken (zB ?Durch die liebevollen Berührungen wird das sexuelle Lustgefühl gesteigert?). Darauf zielt hingegen keine der vorangeführten Massagetechniken ab und entspricht dies nach Ansicht der Berufungsbehörde auch nicht dem allgemeinen Begriffsverständnis von den unter das Gewerbe Massage fallenden Tätigkeiten.

Zudem vermittelt auch die bildlich dargestellte Ausstattung der Räume mit Doppelbetten nach Ansicht der Berufungsbehörde nicht den Eindruck, dass im betreffenden Institut das reglementierte Gewerbe Massage ausgeübt wird. Ungewöhnlich für einen gewerblichen Massagebetrieb ist nach Ansicht der Berufungsbehörde zudem die Bereitstellung eines Kundenchats.

Im Ergebnis vermag sich die Berufungsbehörde daher der Ansicht der Erstinstanz, wonach der betreffende Internetauftritt laut erstinstanzlichem Akt einem objektiven Betrachter den Eindruck vermittelt hat, im betreffendem Institut würden dem Tätigkeitsbereich des reglementierten Gewerbes Massage zuzurechnende Tätigkeiten angeboten, nicht anzuschließen.

Der Berufung war daher bereits aus diesem Grund Folge zu geben, das Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG einzustellen.

Schlagworte

Auch, ein, Durchschnittsmensch, versteht, nach, Auffassung, der, Berufungsbehörde, unter, dem, Gewerbe, Massage, Massagetechniken, im, vorgeschriebenen, Sinn, also, die, mechanische, Beeinflussung, von, Haut, Bindegewebe, und, Muskulatur, durch, Dehnungs-, Zug- und, Druckreiz, mit, dem, Ziel, Spannungen, und, Störungen, zu, beseitigen, bzw, die, Blutzirkulation, anzuregen. Im, Zusammenhang, der, einzelnen, Textpassagen, des, in, Rede, stehenden, Internetauftrittes, ergibt, sich, für, den, Betrachter, nun, aber, dass, die, dort, offerierten, Dienstleistungen, offenbar, die, Verschaffung, eines, sexuellen, Wohlgefühls, bezwecken, (zB, Durch, die, liebevollen, Berührungen, wird, das, sexuelle, Lustgefühl, gesteigert). Darauf, zielt, hingegen, keine, der, vorangeführten, Massagetechniken, ab, und, entspricht, dies, nach, Ansicht, der, Berufungsbehörde, auch, nicht, dem, allgemeinen, Begriffsverständnis, von, den, unter, das, Gewerbe, Massage, fallenden, Tätigkeiten

Zuletzt aktualisiert am

21.10.2008

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, http://www.wien.gv.at/uvs/index.html

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at