

C. **Angelegenheiten des Gewerbes gem Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG**

1. **Die gewerberechtliche Fragestellung**

Der Inhalt des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG ist im Rahmen dieser Untersuchung nur durch die Versteinerungstheorie zu ermitteln, weil sich in der Folge herausstellen wird, dass keine Notwendigkeit für die Anwendung der intrasystematischen Fortentwicklung³³² besteht. Die hA subsumiert das Prostitutionswesen in weiten Teilen unter Art 15 B-VG³³³, weil es im Versteinerungsmaterial zur Gewerberechtskompetenz keinen Anknüpfungspunkt für die Einordnung des Prostitutionswesens unter Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG gäbe³³⁴. Diese Annahme soll in der Folge überprüft werden.

Versteinerungsmaterial für die Angelegenheiten des Gewerbes sind insbesondere das Kundmachungspatent und die GewO 1859. Gem Art IV Kundmachungspatent fielen unter den Anwendungsbereich der GewO 1859 grds »alle gewerbsmäßig betriebenen Beschäftigungen, sie mögen die Hervorbringung, Bearbeitung oder Umgestaltung von Verkehrsgegenständen, den Betrieb von Handelsgeschäften oder die Verrichtung von Dienstleistungen und Arbeiten zum Gegenstande haben.« Der Anwendungsbereich der GewO 1859 war äußerst weit, weil die erfassten Gewerbe in keiner taxativen Aufzählung aufgelistet waren. Eine taxative Auflistung bestand bloß für die handwerksmäßigen Gewerbe gem § 1 Abs 1 lit b, Abs 3 GewO 1859 und die konzessionierten Gewerbe gem § 1 Abs 1 lit c iVm § 15 GewO 1859. Von den freien Gewerben gem § 1 Abs 1 lit a GewO 1859 waren hingegen nach hA alle Tätigkeiten erfasst, die regelmäßig und selbstständig mit Gewinnerzielungsabsicht³³⁵ ausgeübt wurden und sich nicht in den taxativen Aufzählungen des § 1 Abs 3 und § 15 GewO 1859 fanden.

332 Vgl allgemein zu dieser Methode, die die Versteinerungstheorie ergänzt *Schäffer*, Verfassungsinterpretation 107 ff.

333 Vgl zur hA ausführlich bei III.A.

334 Vgl nur VwSlg 11.074 A/1983; *Toth*, Prostitutionsgesetze 35; *Müller in Ennöckl/Raschauer N./Wessely* (Hrsg), Kommentar zur GewO (2015) § 1 Rz 4.

335 Vgl mwN nur *Heller*, Kommentar zur Gewerbeordnung und zu ihren Nebengesetzen II (1912) 1656 ff; vgl weiters *Kneihls* in FS Stolzlechner 393, wonach in Rsp und Lehre Konsens über diese Kriterien bestand, auch wenn sie weder im Kundmachungspatent noch in der GewO 1859 genannt wurden.

Von diesem weiten Anwendungsbereich gab es jedoch Ausnahmen. Explizit waren die in Art V Kundmachungspatent aufgelisteten Tätigkeiten ausgenommen³³⁶. Beispielsweise waren nach Art V Kundmachungspatent die land- und forstwirtschaftliche Produktion (lit a), der Bergbau (lit b), häusliche Nebenbeschäftigungen (lit e), Anwälte und Notare (lit f), Ärzte (lit g), Banken (lit k) und Unternehmungen öffentlicher Belustigungen (lit o) vom Anwendungsbereich der GewO 1859 ausgenommen. Diese Konzeption eines weiten Anwendungsbereichs, dem aufgezählte Ausnahmetatbestände gegenüberstehen, erinnert an die heutige GewO 1994 mit den Ausnahmetatbeständen in §§ 2 – 4 GewO 1994.

Verbotene Tätigkeiten waren stets vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen. Anders als in § 1 Abs 1 GewO 1994 war der Ausschluss dieser Tätigkeiten in der GewO 1859 nicht explizit im Gesetzestext vorgesehen, sondern wurde vielmehr als selbstverständlich vorausgesetzt³³⁷. Auch in den Erläuterungen zu der Regierungsvorlage zur GewO 1973 wurde ausgeführt, dass es selbstverständlich ist, dass Tätigkeiten, die durch eine Rechtsvorschrift verboten sind, nicht als Gegenstand eines Gewerbes geregelt sein können³³⁸; die GewO 1973 wurde als die heute noch in Geltung stehende GewO 1994 wiederverlautbart³³⁹. Vor dem Inkrafttreten des B-VG war Prostitution auf Grund von § 5 LandstreicherG eine gesetzwidrige Tätigkeit.

Weder die Kriterien der Regelmäßigkeit, Selbstständigkeit und Gewinnerzielungsabsicht, noch der Ausschluss aus dem Anwendungsbereich auf Grund von Gesetzwidrigkeit waren explizit im Kundmachungspatent oder in der GewO 1859 verankert. Dennoch sind diese Rechtsauffassungen im Zuge der Versteinerungstheorie heranzuziehen, weil über sie in Rechtsprechung und Lehre Konsens bestand und nur dadurch der Anwendungsbereich der GewO 1859 erschlossen werden kann.³⁴⁰ Bei Prostitution handelte es sich den begrifflichen Voraus-

336 Vgl *Kneiths* in FS Stolzlechner 401 f; *Julcher/Mayr* in *Lienbacher/Wielinger* 40.

337 Vgl *Heller*, Kommentar 1651 ff; *Praunegger*, Das österreichische Gewerbe I (1924) 10.

338 S EBRV 395 BlgNR 13, GP 103.

339 S BGBl 1994/194 (WV) idGF.

340 Vgl *Kneiths* in FS Stolzlechner 390, wonach für die Qualifizierung als Versteinerungsmaterial eine verfestigte Auffassung in Judikatur und Lehre ausreicht. Vgl weiters allgemein *Wiederin* in FS Winkler 1241 f und zur Gewerbekompetenz *Thienel*, »Personenbetreuung« und Gewerbekompetenz, JRP 2007, 150 (155 f) mit Verweis auf die jüngere VfGH-Judikatur. AA *Morscher*, Die Gewerbekompetenz des Bundes (1987) 43 f, diese Auffassung ist jedoch hinsichtlich des Anwendungsbereichs der GewO

setzungen entsprechend um ein Gewerbe, weil einer unselbstständigen Ausübung der strafgesetzliche Tatbestand der Kuppelei in § 512 StG 1852 und ferner § 16 ABGB³⁴¹ entgegengestanden wäre.

In den Gesetzestexten wurde Prostitution als Gewerbe, wenn auch als unerlaubtes oder unzüchtiges ausgewiesen. Bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts nahm § 254 des Strafgesetzbuches vom 3. September 1803³⁴² auf das Prostitutionswesen als unzüchtiges Gewerbe Bezug. Gleiches gilt für die Nachfolgebestimmung in § 509 StG 1852. Weiters bezeichneten auch die noch näher zu behandelnden Bestimmungen, § 5 LandstreicherG und § 512 StG, die Prostitution als unzüchtiges bzw unerlaubtes Gewerbe.³⁴³

In der Kommentarliteratur zur GewO 1859 findet man bei *Heller* zu den Ausschlussgründen aus dem Anwendungsbereich der GewO 1859, dass die »Beschäftigung objektiv nicht erfolgen darf«³⁴⁴, wobei darunter neben den gesetzwidrigen Tätigkeiten auch die Tätigkeiten »gegen die guten Sitten«³⁴⁵ subsumiert wurden. Diese Ausführungen entsprachen dem damaligen, zivilrechtlichen Verständnis der Unerlaubtheit in § 878 ABGB, wonach diese als Oberbegriff verstanden wurde, unter die sowohl Gesetz- als auch Sittenwidrigkeiten fielen³⁴⁶. Die Ausführungen *Hellers* belegen, dass das Prostitutionswesen nicht klar einer der beiden Kategorien zugeordnet wurde. *Heller* ordnete Prostitution zwar als

1859 selbst nicht nützlich, weil der Anwendungsbereich sonst gar nicht zu erschließen ist.

341 S zu Prostitution und Persönlichkeitsrechten *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 77 ff; weiters zu § 16 ABGB *Schulev-Steindl* in *Merten/Papier* Rz 49.

342 JGS 1803/626.

343 AA *Heller*, Kommentar 1652, der sich in Widerspruch zum Wortlaut setzte und davon ausging, dass § 512 lit a StG die Prostitution fälschlich als »unerlaubtes Gewerbe« bezeichnete.

344 S *Heller*, Kommentar 1651.

345 S *Heller*, Kommentar 1651.

346 § 878 ABGB aus der Stamfassung des ABGB, JGS 1811/946 enthielt bereits die Anordnung, dass Unerlaubtes nicht Gegenstand eines Vertrages werden könne. Die explizite Bezugnahme auf die Sittenwidrigkeit erfolgte erst 1916 durch § 879 ABGB im Rahmen der dritten ABGB-Novelle, RGBL 1916/69. Vgl zur Sittenwidrigkeit als Unterkategorie der Unerlaubtheit bereits *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie III. Erste Abtheilung (1812) 45; weiters zu den beiden Kategorien der Unerlaubtheit *Krejci* in *Rummel/Lukas*, § 879 ABGB Rz 8. AA *Schoditsch*, ÖJZ 2013, 54, der davon ausging, dass die Sittenwidrigkeit erst im Rahmen der dritten ABGB-Novelle, RGBL 1916/69, Eingang in die österreichische Rechtsordnung fand und dabei übersah, dass Sittenwidrigkeit von dem weiten Verständnis der Unerlaubtheit nach § 878 ABGB aF, JGS 1811/946 bereits umfasst war.

Beschäftigung gegen die guten Sitten ein, nahm aber in weiterer Folge darauf als Tätigkeit Bezug, die gegen die guten Sitten oder Gesetze verstößt und verwies schließlich auf das oben bereits genannte gesetzliche Verbot der Prostitution in § 5 Abs 1 LandstreicherG, wonach die Bestrafung der Lustdirnen den Sicherheitsbehörden überlassen war.³⁴⁷ Fraglich ist nun, ob einer etwaigen Sittenwidrigkeit der Prostitution ein eigenständiger Begründungswert für eine kompetenzrechtliche Beurteilung zukommt, oder ob diese lediglich aus dem Kontext der Rechtsordnung, wie zum Beispiel aus einem gesetzlichen Verbot abgeleitet wurde.

Es gilt daher in der Folge zu untersuchen, ob das Prostitutionswesen a. zum Versteinerungszeitpunkt unter eine Ausnahme des Art V Kundmachungspatent subsumiert werden konnte, b. zum Versteinerungszeitpunkt eine gesetzlich verbotene Tätigkeit war und c. ob einer etwaigen Sittenwidrigkeit der Prostitution gegenüber der gesetzlich verbotenen Tätigkeit ein eigenständiger Begründungswert für die kompetenzrechtliche Beurteilung zukam.

a. Der Ausnahmekatalog des Art V Kundmachungspatent

Falls das Prostitutionswesen unter einen Tatbestand des Ausnahmekatalogs des Art V Kundmachungspatent zu subsumieren war, war es vom Anwendungsbereich der GewO 1859 ausgeschlossen und fällt daher nicht unter den Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG. Explizit war das Prostitutionswesen in der Auflistung des Art V Kundmachungspatent nicht genannt. Nach VfSlg 1477/1932 ist bei der Frage, ob eine Tätigkeit unter den Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG fällt, auf die größte Ähnlichkeit in Bezug auf die ausgenommenen Tätigkeiten in Art V Kundmachungspatent abzustellen. Am ehesten könnte in Bezug auf das Prostitutionswesen der Tatbestand der Unternehmungen öffentlicher Belustigungen in Art V lit o Kundmachungspatent in Frage kommen. Es gilt daher zu überprüfen, ob das Prostitutionswesen den Unternehmungen öffentlicher Belustigungen unterstellt werden konnte.

Unter den Begriff der Unternehmungen öffentlicher Belustigungen gem Art V lit o Kundmachungspatent fielen etwa das Theaterwesen,

³⁴⁷ Vgl *Heller*, Kommentar 1651 f.

Bettelmusikanten oder herumziehende Schauspielgruppen³⁴⁸. All diesen Tätigkeiten kommt ein Geselligkeitscharakter zu, weil eine gemeinsame Aktivität vorliegt. Dieser Geselligkeitscharakter ist hinsichtlich der Prostitution zu verneinen, weil hier die Öffentlichkeit nicht gemeinsam an einer Aktivität teilnimmt. Außerdem waren Unternehmungen öffentlicher Belustigungen auf eine öffentliche Wahrnehmung gerichtet, wohingegen die Ausübung der Prostitution gerade außerhalb dieser Wahrnehmung erfolgt; lediglich die Anbahnungshandlung ist öffentlich. Der Tätigkeitskern der Prostitution, die Ausübung, findet unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt.³⁴⁹ Abgesehen von der Ausübung ist bereits hinsichtlich der Anbahnungshandlung in Bordellen die Qualifizierung als öffentlich problematisch, weil bei Bordellen keine Zutrittsmöglichkeit für die gesamte Öffentlichkeit besteht. In der Regel wird Frauen und Minderjährigen der Zutritt untersagt und es bestehen Zutrittskontrollen, ob die Kunden in gewissem Maße liquide erscheinen. Es mangelt somit bereits an der öffentlichen Zutrittsmöglichkeit.

Dieses Ergebnis lässt sich weiters durch von *Wiederin* vorgetragene Argumente zur ähnlichen Entwicklung des Totalisateur- und Buchmacherwesens und des Tatbestands der Unternehmungen öffentlicher Belustigungen stützen. Das Totalisateur- und Buchmacherwesen war auf Grund mangelnder Erlaubtheit vom Anwendungsbereich der GewO 1859 ausgeschlossen. Es stellte daher keine Ausnahme als Unternehmung öffentlicher Belustigung gem Art V lit o Kundmachungspatent dar.³⁵⁰ Da in Art 15 Abs 3 B-VG die Formulierung des Art V lit o Kundmachungspatent übernommen wurde, kann das Totalisateur- und Buchmacherwesen nicht Art 15 Abs 3 B-VG unterstellt werden, weil nur so von einem einheitlichen Begriffsverständnis ausgegangen werden

348 Vgl *Pace* (Hrsg), *Mayrhofer's Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst IV*⁵ (1898) 1348 ff; *Praunegger*, *Gewerberecht* 96 f; vgl *Dehmal*, *Die österreichische Polizeigesetzgebung* (1926) 1463 ff zur Spektakelpolizei.

349 Krit in diese Richtung hinsichtlich der Vermittlung von Wetten auch *Wiederin* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg* (Hrsg), *Bundesverfassungsrecht I/1 Art 15/3 B-VG* (Stand: 7. Lfg 2005) Rz 10, weil diese nicht mehr als öffentliche Darbietung oder Belustigung qualifiziert werden könnten. Gegen dieses Argument ist einzuwenden, dass bei der Vermittlung von Wetten im Gegensatz zur Ausübung von Prostitution wenigstens noch der Konnex zum Wettgegenstand besteht und zumindest der Wettgegenstand selbst im Rahmen einer öffentlichen Darbietung stattfindet.

350 S zu diesem Ausschluss aus dem Anwendungsbereich *Pace*, *Verwaltungsdienst IV*⁵, 1395; *Heller*, *Kommentar* 1653.

kann.³⁵¹ Gleiches hat für das Prostitutionswesen zu gelten, weil dieses ebenso 1859 auf Grund der Unerlaubtheit der Tätigkeit vom Anwendungsbereich der GewO 1859 ausgeschlossen war und man somit hinsichtlich der Unternehmungen öffentlicher Belustigungen im Ausnahmekatalog des Art V Kundmachungspatent gerade nicht das Prostitutionswesen vor Augen hatte. Ferner wird das Prostitutionswesen im Gegensatz zum Totalisateur- und Buchmacherwesen weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung unter den Begriff der Unternehmungen öffentlicher Belustigungen in Art 15 Abs 3 B-VG subsumiert.

Das Prostitutionswesen war daher nicht als Unternehmung öffentlicher Belustigung gem Art V lit o Kundmachungspatent zu qualifizieren und fiel daher nicht unter den Ausnahmekatalog des Art V leg cit. In Bezug auf die kompetenzrechtliche Beurteilung bedeutet dies, dass das Prostitutionswesen zum Versteinerungszeitpunkt nicht auf Grund von Art V Kundmachungspatent vom Anwendungsbereich der GewO 1859 ausgenommen war, sodass es nicht deshalb vom Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG ausgeschlossen ist.

b. Das gesetzliche Verbot in § 5 LandstreicherG

Die Frage ist nun, ob das Prostitutionswesen zum Versteinerungszeitpunkt eine gesetzlich verbotene oder eine erlaubte Tätigkeit war, weil verbotene Tätigkeiten vom Anwendungsbereich der GewO 1859 ausgeschlossen waren und daher unter Anwendung der Versteinerungstheorie nicht unter den Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG fallen. Vor dem Inkrafttreten des B-VG war Prostitution auf Grund von § 5 LandstreicherG eine gesetzwidrige Tätigkeit. Die Bestimmung des § 5 LandstreicherG aus 1885 stand zunächst gem § 16 Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich vom 30. Oktober 1918 über die grundlegende Einrichtung der Staatsgewalt³⁵² zu Beginn der ersten Republik bis 1920 in vorläufiger Geltung. 1920 erfolgte sodann die Überleitung der alten Rechtslage durch das V-ÜG. Zu über-

351 Vgl ähnlich *Wiederin in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Art 15/3 B-VG Rz 10. AA VfSlg 1477/1932: Der VfGH hatte zu prüfen, ob das Totalisateur- und Buchmacherwesen in den Anwendungsbereich der GewO 1859 fiel und kam zum Ergebnis, dass dies zu verneinen sei, weil das Totalisateur- und Buchmacherwesen unter die Unternehmungen öffentlicher Belustigungen zu subsumieren wäre.

352 StGBI 1918/1.

prüfen ist daher, ob § 5 LandstreicherG gem § 1 V-ÜG³⁵³, der anordnete, dass alle Gesetze und Verordnungen weiter galten, insoweit sie nicht in Widerspruch zum B-VG standen, Eingang in die Rechtsordnung der ersten Republik gefunden hatte.

Die zu untersuchende Bestimmung lautet:

§ 5

(1) *Die Bestrafung von Frauenspersonen, welche mit ihrem Körper unzüchtiges Gewerbe treiben, ist den Sicherheitsbehörden überlassen.*

(2) *Wenn solche Frauenspersonen*

1. *ihr unzüchtiges Gewerbe ungeachtet der polizeilichen Bestrafung fortsetzen, oder*
2. *insoferne polizeiliche Anordnungen bestehen, hiebei denselben zuwider handeln, oder*
3. *ihr unzüchtiges Gewerbe betreiben, obwohl sie wußten, daß sie mit einer venerischen Krankheit behaftet sind, oder*
4. *durch die Oeffentlichkeit ein auffallendes Aergernis veranlassen, oder*
5. *jugendliche Personen verführen,*

so sind sie mit strengem Arreste und zwar, in den unter Ziffer 1 und 2 bezeichneten Fällen in der Dauer von acht Tagen bis zu drei Monaten, in den unter Ziffer 3, 4 und 5 angeführten Fällen aber in der Dauer von einem bis zu sechs Monaten zu bestrafen.

(3) *Personen beiderlei Geschlechts, welche außer den Fällen des § 512 des Strafgesetzes vom 27. Mai 1852 aus der gewerbsmäßigen Unzucht anderer Unterhalt suchen, sind mit strengem Arreste von acht Tagen bis zu drei Monaten zu bestrafen.*

(4) *In den Fällen Ziffer 1 und 2 tritt die strafgerichtliche Verfolgung auf Begehren der Sicherheitsbehörde ein.*

353 Diese Bestimmung diente als Transformationsschleuse.