

Verwaltungsgerichtshof

Zl. EU 2012/0003-1

(2011/04/0044)

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel sowie die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, in der Beschwerdesache der X GmbH in Y, vertreten durch Dr. Andreas Ladstätter, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Jasomirgottstraße 6, gegen den Bescheid des Bundesministers für Wirtschaft, Familie und Jugend vom 16. Februar 2011, Zl. BMWFJ-335.470/0001-I/9/2011, betreffend Untersagung der Gewerbeausübung und Versagung der Genehmigung der Bestellung eines Geschäftsführers, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) wird nach Art. 267 AEUV folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Steht das Unionsrecht, insbesondere die Art. 18, 45 und 49 in Verbindung mit Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV, einer nationalen Vorschrift eines Mitgliedstaats wie jener im Ausgangsverfahren anzuwendenden Regelung entgegen, wonach die Mitglieder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe oder der geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter von gewerbetreibenden Gesellschaften, die das Gewerbe des Handels mit militärischen Waffen und militärischer Munition und der Vermittlung des Kaufes und Verkaufes militärischer Waffen und militärischer Munition ausüben wollen, die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen müssen und die Staatsangehörigkeit zu einem anderen Mitgliedstaat des EWR nicht ausreicht?

B e g r ü n d u n g :

I. Verfahrensgang und Sachverhalt:

(25. September 2012)

1. Mit Eingabe vom 27. September 2010 meldete die beschwerdeführende Partei das Waffengewerbe (ein reglementiertes Gewerbe gemäß § 94 Z. 80 der österreichischen Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994) hinsichtlich des Handels mit militärischen Waffen und militärischer Munition und der Vermittlung des Kaufes und Verkaufes militärischer Waffen und militärischer Munition an einem Standort in Wien an und ersuchte gleichzeitig um Genehmigung der Bestellung des Mag. R.F. zum (gewerberechtlichen) Geschäftsführer für die Ausübung dieses Waffengewerbes.

2. Mit dem vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid vom 16. Februar 2011 stellte der Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend (im Folgenden: die belangte Behörde) fest, dass die beschwerdeführende Partei die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung dieses (in § 139 Abs. 1 Z. 2 lit. b und c GewO 1994 umschriebenen) Waffengewerbes nicht erfülle, und untersagte die Ausübung dieses Gewerbes; gleichzeitig versagte die belangte Behörde die Genehmigung der Bestellung des Mag. R.F. zum Geschäftsführer für die Ausübung des Waffengewerbes.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, im Firmenbuch sei - neben zwei weiteren Personen - N.H. als handelsrechtlicher Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei eingetragen. N.H. sei britischer Staatsangehöriger; er besitze nicht die österreichische Staatsbürgerschaft.

Gemäß § 141 Abs. 1 Z. 2 lit. b und Abs. 3 GewO 1994 setze die Erteilung einer Gewerbeberechtigung für die im § 139 Abs. 1 Z. 2 GewO 1994 angeführten Waffengewerbe bei juristischen Personen die österreichische Staatsbürgerschaft der Mitglieder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe voraus.

Weil N.H. als eine der zur gesetzlichen Vertretung der beschwerdeführenden Partei berufenen Personen nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitze, seien die in § 141 Abs. 1 Z. 2 lit. b und Abs. 3 GewO 1994 festgelegten besonderen Voraussetzungen für die Ausübung des von der beschwerdeführenden Partei

angemeldeten Waffengewerbes gemäß § 139 Abs. 1 Z. 2 (lit. b und c) GewO 1994 nicht erfüllt, weshalb der beschwerdeführenden Partei gemäß § 340 Abs. 3 GewO 1994 die Ausübung dieses Gewerbes zu untersagen und die angezeigte Bestellung eines gewerberechtl. Geschäftsführers nicht zu genehmigen sei.

3. In ihrer Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof macht die beschwerdeführende Partei im Wesentlichen geltend, dass gemäß Art. 18 AEUV jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsbürgerschaft verboten sei. Im vorliegenden Fall sei der britische Staatsbürger N.H. bei der beschwerdeführenden Partei als Geschäftsführer tätig und falle, weil er grenzüberschreitend eine Tätigkeit gegen Vergütung ausüben wolle, jedenfalls unter die Gewährleistung der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV. Der vorliegende Sachverhalt falle in den Anwendungsbereich des Unionsrechts, weshalb das Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV auch zum Tragen komme. Das Abstellen auf die österreichische Staatsbürgerschaft in § 141 Abs. 1 Z. 2 lit. b iVm Abs. 3 GewO 1994 stelle eine "unmittelbare" bzw. "offene" Diskriminierung dar, die nach der Rechtsprechung des EuGH unzulässig sei.

Innerhalb des Primärrechts der Europäischen Union stelle Art. 346 AEUV "eine den Mitgliedstaaten eingeräumte Derogationsbefugnis sämtlicher Vorschriften der Verträge" dar. Dies schließe zwar grundsätzlich Maßnahmen ein, die gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot oder die Grundfreiheiten verstoßen würden; als Ausnahmebestimmung sei Art. 346 AEUV allerdings eng auszulegen. Wie der EuGH wiederholt festgestellt habe, könnten Ausnahmen von den Grundsätzen der Freizügigkeit und Gleichbehandlung nicht weiter reichen, als der Zweck es erfordere, um dessentwillen sie vorgesehen seien. Dies gelte auch für die Ausnahmeregelung des Art. 346 AEUV.

Aufgrund der Wortfolge "seines Erachtens" in Art. 346 AEUV hätten zwar die Mitgliedstaaten zu beurteilen, ob wesentliche Sicherheitsinteressen gefährdet seien, dennoch habe der EuGH klargestellt, dass die Maßnahmen dem Verhältnisgrundsatz entsprechen und damit "erforderlich" sein müssten, wobei hier

wegen des Ausnahmecharakters von Art. 346 AEUV ein strenger Maßstab anzulegen sei.

Davon ausgehend - so die Beschwerde weiter - sei der hier zur Diskussion stehende Inländervorbehalt für das Waffengewerbe keinesfalls zu rechtfertigen. Es sei überhaupt nicht zu erkennen, inwieweit dieser Inländervorbehalt in Anbetracht der bestehenden anderen strengen Vorkehrungen zur Sicherung der durch die Neutralität wesentlich bestimmten Sicherheitsinteressen (etwa der Regelungen des Kriegsmaterialgesetzes über die Ein-, Aus- bzw. Durchfuhr sowie die Vermittlung von militärischen Waffen und Munition) zusätzlich erforderlich erscheine.

Die Regelung des § 141 Abs. 1 Z. 2 lit. b iVm Abs. 3 GewO 1994 enthalte daher eine offene Diskriminierung im Sinne von Art. 18 AEUV, die sich nicht durch Art. 346 AEUV rechtfertigen lasse. Diese Diskriminierung sei allerdings vermeidbar, wenn man die Wortfolge "Z. 1" in § 141 Abs. 3 GewO 1994 unangewendet lasse. Da das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV unmittelbare Wirkung entfalte, sei die Wortfolge auch tatsächlich aufgrund des Vorranges von Unionsrecht unanwendbar.

4. Die belangte Behörde brachte in ihrer Gegenschrift im Wesentlichen vor, sie sei bei ihrer Entscheidung an den "Wortlaut der innerstaatlichen Rechtsvorschrift gebunden"; zur Stellung eines Antrages auf Vorabentscheidung beim EuGH sei sie nicht befugt.

II. Die maßgeblichen Bestimmungen des nationalen Rechts:

GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994 idF BGBl. I Nr. 111/2010:

"§ 94. Folgende Gewerbe sind reglementierte Gewerbe:

[...]

80. Waffengewerbe (Büchsenmacher) einschließlich des Waffenhandels

[...]

Überprüfung der Zuverlässigkeit

§ 95. (1) Bei den im § 94 Z. 5, 10, 16, 18, 25, 32, 36, 56, 62, 65, 75, 80 und 82 angeführten Gewerben ist von der Behörde zu überprüfen, ob der Bewerber oder,

falls sich eine juristische Person oder eingetragene Personengesellschaft um die Gewerbeberechtigung bewirbt, die im § 13 Abs. 7 genannten Personen die für die Ausübung des Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit (§ 87 Abs. 1 Z 3) besitzen. Mit der Gewerbeausübung darf der Anmelder erst mit der Rechtskraft des Bescheides gemäß § 340 beginnen.

(2) Bei den im Abs. 1 angeführten Gewerben ist die Bestellung eines Geschäftsführers oder eines Filialgeschäftsführers für die Ausübung des Gewerbes genehmigungspflichtig. Die Genehmigung ist auf Ansuchen des Gewerbeinhabers zu erteilen, wenn die im § 39 Abs. 2 bzw. § 47 Abs. 2 angeführten Voraussetzungen erfüllt sind.

[...]

§ 139. (1) Einer Gewerbeberechtigung für das Waffengewerbe (§ 94 Z 80) bedarf es für folgende Tätigkeiten:

1. hinsichtlich nichtmilitärischer Waffen und nichtmilitärischer Munition

a) die Erzeugung, Bearbeitung und Instandsetzung (einschließlich der Tätigkeit der Büchsenmacher),

b) den Handel,

c) das Vermieten,

d) die Vermittlung des Kaufes und Verkaufes;

2. hinsichtlich militärischer Waffen und militärischer Munition

a) die Erzeugung, Bearbeitung und Instandsetzung,

b) den Handel,

c) die Vermittlung des Kaufes und Verkaufes.

[...]

(4) Das Vermieten und die Instandsetzung von Schusswaffen sowie der Verkauf des dazugehörigen Schießbedarfes auf behördlich genehmigten Schießstätten ist den gemäß Abs. 1 Z 1 lit. a, b oder c oder Z 2 lit. a oder b berechtigten Gewerbetreibenden gestattet. Ansonsten ist das Vermieten von militärischen Waffen unzulässig.

[...]

§ 141. (1) Die Erteilung einer Gewerbeberechtigung für die im § 139 Abs. 1 angeführten Waffengewerbe erfordert zusätzlich zur Überprüfung der Zuverlässigkeit (§ 95) folgende Voraussetzungen:

1. bei natürlichen Personen die österreichische Staatsbürgerschaft und ihren Wohnsitz im Inland und

2. bei juristischen Personen und eingetragenen Personengesellschaften

a) ihren Sitz oder ihre Hauptniederlassung im Inland und

b) die österreichische Staatsbürgerschaft der Mitglieder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe oder der geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter und deren Wohnsitz im Inland sowie

3. dass die Gewerbeausübung vom Standpunkt der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit keinen Bedenken begegnet. [...]

(2) [...]

(3) Die im Abs. 1 normierte Voraussetzung der österreichischen Staatsbürgerschaft gilt in Bezug auf Staatsangehörige von EWR-Vertragsparteien nicht hinsichtlich der im § 139 Abs. 1 Z 1 genannten Tätigkeiten.

[...]

§ 340. (1) Auf Grund der Anmeldung des Gewerbes (§ 339 Abs. 1) hat die Behörde zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes durch den Anmelder in dem betreffenden Standort vorliegen. [...]

(2) [...]

(3) Liegen die im Abs. 1 genannten Voraussetzungen nicht vor, so hat die Behörde - unbeschadet eines Verfahrens nach § 366 Abs. 1 Z 1 - dies mit Bescheid festzustellen und die Ausübung des Gewerbes zu untersagen."

III. Die maßgeblichen Bestimmungen des Unionsrechtes:

Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) lautet auszugsweise:

"Artikel 18

Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.

[...]

Artikel 45

(1) Innerhalb der Union ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet.

(2) Sie umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.

(3) Sie gibt - vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen - den Arbeitnehmern das Recht,

- a) sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben;
- b) sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen;
- c) sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben;
- d) nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats unter Bedingungen zu verbleiben, welche die Kommission durch Verordnungen festlegt.

(4) Dieser Artikel findet keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung.

[...]

Artikel 49

Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Das Gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind.

Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 54 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen.

[...]

Artikel 56

Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten.

[...]

Artikel 57

Dienstleistungen im Sinne der Verträge sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien

Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Als Dienstleistungen gelten insbesondere:

- a) gewerbliche Tätigkeiten,
- b) kaufmännische Tätigkeiten,
- c) handwerkliche Tätigkeiten,
- d) freiberufliche Tätigkeiten.

Unbeschadet des Kapitels über die Niederlassungsfreiheit kann der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Mitgliedstaat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Mitgliedstaat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt.

[...]

Artikel 61

Solange die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs nicht aufgehoben sind, wendet sie jeder Mitgliedstaat ohne Unterscheidung nach Staatsangehörigkeit oder Aufenthaltsort auf alle in Artikel 56 Absatz 1 bezeichneten Erbringer von Dienstleistungen an.

[...]

Artikel 346

(1) Die Vorschriften der Verträge stehen folgenden Bestimmungen nicht entgegen:

- a) Ein Mitgliedstaat ist nicht verpflichtet, Auskünfte zu erteilen, deren Preisgabe seines Erachtens seinen wesentlichen Sicherheitsinteressen widerspricht;
- b) jeder Mitgliedstaat kann die Maßnahmen ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen; diese Maßnahmen dürfen auf dem Binnenmarkt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen.

(2) Der Rat kann die von ihm am 15. April 1958 festgelegte Liste der Waren, auf die Absatz 1 Buchstabe b Anwendung findet, einstimmig auf Vorschlag der Kommission ändern."

IV. Zur Vorlagenberechtigung:

Der Verwaltungsgerichtshof ist ein Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen

Rechtes angefochten werden können (vgl. auch das Urteil des EuGH vom 7. Mai 1998 in der Rs C-350/96, Clean Car Autoservice GmbH, Slg. 1998, I-2537).

Der Verwaltungsgerichtshof vertritt darüber hinaus die Auffassung, dass sich bei der Entscheidung des von ihm zu beurteilenden Beschwerdefalles die im gegenständlichen Ersuchen um Vorabentscheidung angeführte und im Folgenden näher erörterte Frage der Auslegung des Unionsrechts stellt.

V. Erläuterungen zur Vorlagefrage:

Nach der österreichischen Rechtslage ist nach § 141 Abs. 2 lit. b iVm Abs. 3 GewO 1994 für die Erteilung einer Gewerbeberechtigung u.a. für den Handel mit und die Vermittlung des Kaufes und Verkaufes von militärischen Waffen und militärischer Munition (§ 139 Abs. 1 Z. 2 lit. b und c GewO 1994) die österreichische Staatsbürgerschaft Voraussetzung. Die sonst in der GewO 1994 vorgesehene Gleichstellung von EWR-Bürgern mit österreichischen Staatsbürgern gilt für dieses Gewerbe nicht.

Da in dem vom Verwaltungsgerichtshof zu entscheidenden Fall einer der Geschäftsführer der Gesellschaft, welche ein derartiges Waffengewerbe angemeldet hat, britischer Staatsangehöriger ist, wurde der Gesellschaft von der belangten Behörde (u.a.) die Ausübung des Gewerbes untersagt.

Der österreichische Gesetzgeber berief sich bei Normierung des Inländervorbehaltes bei gewerblichen Tätigkeiten im Zusammenhang mit militärischen Waffen und Munition ohne weitere Begründung auf die Ausnahmebestimmung des Art. 223 Abs. 1 lit. b EWG-Vertrag (so die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage der Gewerbechts-Novelle 1992, 635 BlgNR 18. GP, S. 77), welche sich nunmehr in Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV findet.

Wörtlich heißt es dort:

"Der Inländervorbehalt zugunsten der militärische Waffen und Munition betreffenden Tätigkeiten der GewO 1973 kann demgegenüber auf Grund der Ausnahmebestimmung des Art. 223 des EWG-Vertrages (Art. 123 des EWR-Vertrages) bestehen bleiben."

Nach Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV kann jeder Mitgliedstaat "die Maßnahmen ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen; diese Maßnahmen dürfen auf dem Binnenmarkt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen". Diesen Bestimmungen "stehen die Vorschriften der Verträge nicht entgegen".

Als Voraussetzungen führt Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV somit an, dass die (abweichende) Maßnahme des Mitgliedstaates die Erzeugung von oder den Handel mit Waffen, Munition und Kriegsmaterial betreffen muss, die Wettbewerbsbedingungen im Gemeinsamen Markt hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen darf und nach dem Dafürhalten des Mitgliedstaates für die Wahrung dessen wesentlicher Sicherheitsinteressen erforderlich ist.

Die Bestimmung erlaubt somit unilaterale Schutzmaßnahmen der Mitgliedstaaten in Abweichung von den Vertragspflichten, um wesentlichen Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen; diese Sicherheitsinteressen umfassen die innere und äußere Sicherheit. Der dabei den Mitgliedstaaten eingeräumte Ermessensspielraum ist durch den unionsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die allgemeinen Rechtsgrundsätze begrenzt (vgl. *Kokott in Streinz, EUV/AEUV*² Rz 1, 4 zu Art. 346 AEUV).

Für die in der vorliegenden Beschwerdesache zu fassende Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes ist somit von entscheidender Bedeutung, ob Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV den österreichischen Gesetzgeber ermächtigt, die Erteilung einer Gewerbeberechtigung für die in § 139 Abs. 1 Z. 2 GewO 1994 angeführten Waffengewerbe hinsichtlich militärischer Waffen und militärischer Munition von der österreichischen Staatsbürgerschaft des Geschäftsführers der gewerbetreibenden Gesellschaft abhängig zu machen und so von seinen Pflichten insbesondere nach Art. 18 AEUV und anderen der oben wiedergegebenen Bestimmungen abzuweichen.

Der Verwaltungsgerichtshof vermag angesichts der wiedergegebenen Gesetzesmaterialien nicht zu erkennen, dass ausreichende "wesentliche Sicherheitsinteressen" der Republik Österreich im Sinn der Ausnahmebestimmung des Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV bestünden, welche den dargelegten Vorbehalt zugunsten österreichischer Staatsbürger und damit eine Abweichung von den Diskriminierungsverboten nach Art. 18, 45 und 49 AEUV rechtfertigen könnten.

Da die richtige Anwendung des Unionsrechts nicht als derart offenkundig erscheint, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt (vgl. das Urteil des EuGH vom 6. Oktober 1982, in der Rs C 283/81, CILFIT), wird die eingangs formulierte Frage gemäß Art. 267 AEUV mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung vorgelegt.

W i e n , am 25. September 2012