

# Bundesgewerbereferententagung 2021 in Tamsweg

Protokoll

# Inhalt

I. Anwendungsbereich der Gewerbeordnung und allgemeine Voraussetzungen für den Antritt und die Ausübung von Gewerben .....	5
1. (Kärnten) Privatzimmervermietung.....	5
2. (Steiermark) Vermittlung von Nutzungsverträgen über Parkplätze .....	7
3. (Steiermark) Abgrenzung ärztliche und gewerbliche Tätigkeit hinsichtlich der Anwendung von Lipo-Laser .....	11
4. (Tirol) Tätigkeit als COVID-19-Beauftragter, gewerberechtliche Zuordnung.....	14
5. (Salzburg) Ausschlussgründe gemäß § 13 GewO 1994 - Strafe des Wertersatzes gemäß § 19 FinStrG .....	18
II. Reglementierte und freie Gewerbe .....	21
6. (Wien) Nachweis der Befähigung – Auslegungsfrage zu § 17 Abs. 1 GewO 1994 .....	21
7. (Wien) Baumeister, Übernahme der Bauführung .....	26
8. (Steiermark) Ununterbrochene fachliche Tätigkeit.....	36
9. (Steiermark) Leitende Stellung gemäß § 18 Abs. 3 GewO 1994 und gemäß Zugangsverordnungen.....	38
10. (Oberösterreich) Gewerberechtl. Geschäftsführer – Anerkennung der Tätigkeit als Selbstständiger als ausreichender Nachweis der Befähigung trotz Ausscheidens des gewerberechtl. Geschäftsführers .....	40
11. (Vorarlberg) Ausbildungen für eingeschränkte reglementierte Gewerbe; Erbringung des Befähigungsnachweises .....	42
12. (Kärnten) Freies Gastgewerbe in der Betriebsart Beherbergung von Gästen, wenn nicht mehr als zehn Fremdenbetten bereitgestellt werden .....	46
13. (Tirol) Freies Gastgewerbe bis 10 Betten – Zusammenrechnung der Bettenanzahl .....	47
14. (Wien) EWR-bezogene Anforderungen an die Staatsbürgerschaft und den Wohnsitz; Aufenthaltstitel gemäß § 14 Abs. 5 GewO 1994 .....	51
15. (Salzburg) Handel mit Medizinprodukten - Freie Medizinprodukteverordnung – Begriff „zur Eigenanwendung“ .....	56
III. Nebenrechte.....	58

16. (Wien) Nebenrechte – Die „eigene Leistung“ im Sinne des § 32 Abs. 1a GewO 1994 ..	58
17. (Vorarlberg) Gewerbeausübung in der Form eines Industriebetriebes; Nebenrecht....	65
18. (Kärnten) Abgrenzungsfragen bezüglich Feilbieten im Umherziehen hinsichtlich Erzeugung von Speiseeis/Lebensmittelhandel/Gastgewerbe am Beispiel Eisfahrrad.....	67
19. (Steiermark) Verabreichungs- und Ausschanktätigkeiten – Catering .....	70
IV. Gewerbliches Betriebsanlagenrecht .....	73
20. (BMDW) Photovoltaikanlagen .....	73
21. (Burgenland) Genehmigungsfreistellung von gewerblichen Betriebsanlagen gem. § 74 Abs. 7 GewO 1994 .....	74
22. (Wien) Kundmachung von Genehmigungsinhalten – Vorgehensweise bei UVP-Bewilligungen .....	76
23. (Steiermark) Veröffentlichungspflichten gemäß § 77a Abs. 7 GewO 1994 .....	78
24. (Wien) Nachbarstellung der Betreiberin bzw. des Betreibers eines Beherbergungsbetriebes für künftige Gäste auch schon vor der rechtmäßigen Benützung des Beherbergungsbetriebs.....	80
25. (Wien) Präklusion bei Verfahren im Sinne des § 356 Abs. 4 GewO 1994 .....	85
26. (Wien) Genehmigungspflicht erst bei regelmäßigen Änderungen von gewerblichen Betriebsanlagen unter besonderer Berücksichtigung von Veranstaltungen in gewerblichen Betriebsanlagen.....	87
27. (Oberösterreich) Löschwasserrückhaltung bei gewerblichen Betriebsanlagen.....	93
V. Verwaltungsverfahren .....	98
28. (Steiermark) Form der Feststellung der individuellen Befähigung und Wirkung der Eintragung derselben im GISA .....	98
29. (Kärnten) Entziehungsverfahren gemäß § 88 Abs. 1 GewO 1994.....	102
30. (Steiermark) Personenbetreuung – Entziehung bzw. Endigung der Gewerbeberechtigung.....	105
31. (Vorarlberg) Verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher; Entfernung/Entziehung bei mangelnder Zuverlässigkeit.....	107

32. (Salzburg) Umgründungen gem. § 11 Abs. 4 bis 6 - Endigung der Gewerbeberechtigung gem. § 85 Z 6.....	110
33. (Wien) Gewerbeausschlussgrund gemäß § 13 Abs. 2 GewO 1994 – Auskunft aus dem Finanzstrafregister.....	115
34. (Wien) Anmeldeverfahren – Auszug aus dem Firmenbuch.....	118
35. (Oberösterreich) Gewerbeberechtigter Geschäftsführer – häufiges Ausscheiden .....	120
36. (Oberösterreich) Eintritt eines neuen handelsrechtlichen Geschäftsführers in ein Versicherungsvermittlungsunternehmen .....	123
37. (Oberösterreich) Äußere Geschäftsbezeichnung in Kombination mit dem Firmenwortlaut –Irreführung und unbefugte Gewerbeausübung.....	126
38. (Niederösterreich) „Beraten statt strafen“ – Erhöhung der Praxistauglichkeit .....	130
VI. Sonstiges .....	132
39. (Vorarlberg) Erstellung einer einheitlichen Informations- und Erlassdatenbank .....	132
40. (Kärnten) Elektrotankstellen .....	134
41. (Kärnten) Selbstbedienungshütten: gewerblicher Betrieb und Öffnungszeitengesetz	137
42. (Steiermark) Home Office – weitere Betriebsstätte.....	140
43. Allfälliges.....	142

## **I. Anwendungsbereich der Gewerbeordnung und allgemeine Voraussetzungen für den Antritt und die Ausübung von Gewerben**

### **1. (Kärnten) Privatzimmervermietung**

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 i.d.g.F. sind die nach ihrer Eigenart und ihrer Betriebsweise in die Gruppe der häuslichen Nebenbeschäftigungen fallenden und durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes betriebenen Erwerbszweige vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen.

Zu diesen Tätigkeiten gehört auch die sog. Privatzimmervermietung, also die durch gewöhnliche Mitglieder eines Hausstandes als häusliche Nebenbeschäftigung ausgeübte Vermietung von max. 10 Fremdenbetten (vgl. Artikel III B-VG Nov BGBl. 1974/444).

Unter dem Begriff „gewöhnliche Mitglieder des eigenen Hausstandes“ fallen nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl. VwGH Slg 5364 A (1960)) die im Haushalt wohnenden Familienmitglieder. Dazu sind auch jene Personen zu rechnen, die ständig dem Haushalt der Familie angehören, wie z.B. eine Hausgehilfin oder eine Bedienerin.

Aus der Bestimmung des § 2 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 kann nach ha. Auffassung nicht unmittelbar abgeleitet werden, dass gewöhnliche Mitglieder des eigenen Hausstandes im Rahmen der Tätigkeit der Privatzimmervermietung auf eine bestimmte Unternehmensform (Einzelunternehmer) eingeschränkt sind. Es wäre denkbar, dass etwa Ehegatten oder Geschwister eine eingetragene Personengesellschaft oder Kapitalgesellschaft gründen und als Gesellschafter und Geschäftsführer des betreffenden Rechtsträgers tätig werden, soweit die übrigen Voraussetzungen für die Privatzimmervermietung erfüllt werden.

Es wird um Diskussion und Erörterung ersucht.

## **Zu TOP 1:**

Nach Art. III der Bundes-Verfassungsgesetznovelle 1974, BGBl. Nr. 444, zählt die Privatzimmervermietung nicht zu den Angelegenheiten des Gewerbes iSd Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG; Privatzimmervermietung in diesem Sinn ist die durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes als häusliche Nebenbeschäftigung ausgeübte Vermietung von nicht mehr als zehn Fremdenbetten. Gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 sind die nach ihrer Eigenart und ihrer Betriebsweise in die Gruppe der häuslichen Nebenbeschäftigungen fallenden und durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes betriebenen Erwerbszweige vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen.

Die Privatzimmervermietung darf nur im Rahmen einer häuslichen Nebenbeschäftigung ausgeübt werden; insofern muss sie sich aus der Führung eines am jeweiligen Ort bestehenden Haushalts heraus entwickeln. Maßgeblich für die Qualifikation einer Tätigkeit als häusliche Nebenbeschäftigung ist die Eigenart und die Betriebsweise der betreffenden Tätigkeit (VwSlg. 15.094 A/1999).

Die Ausübung der Privatzimmervermietung durch eine eingetragene Personengesellschaft oder eine Kapitalgesellschaft liegt nicht mehr innerhalb des durch Art. III der B-VG-Novelle 1974 und durch § 2 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 vorgegebenen Rahmens.

Unter den „gewöhnlichen Mitgliedern des eigenen Hausstandes“ sind Personen, die im Familien- bzw. Partnerschaftsverband zusammenleben, sowie auch dem Haushalt der Familie angehörende weitere Personen wie Hausgehilfen zu verstehen (vgl. VwSlg. 5364 A/1960). Es ist anzunehmen, dass Kapitalgesellschaften oder eingetragene Personengesellschaften keine gewöhnlichen (im Sinne von üblichen) Haushaltsmitglieder sein können.

Dafür spricht auch, dass eine Tätigkeit nicht als häusliche Nebenbeschäftigung anzusehen ist, wenn die geübte Betriebsweise für eine häusliche Nebenbeschäftigung nicht typisch ist (vgl. VwGH 11.05.1977, 1467/76; VwSlg. 14.244 A/1995) oder wenn die Vorgangsweise der Tätigkeit betriebsähnlichen Charakter verleihen würde (GRT 1993, TOP 4).

## 2. (Steiermark) Vermittlung von Nutzungsverträgen über Parkplätze

Ein Unternehmer XX beabsichtigt, Parkplatzbesitzern eine Möglichkeit zu bieten, ihre Parkplätze kurzfristig zu vermieten. Zu diesem Zweck wird im Internet kostenlos eine Plattform zur Verfügung gestellt, auf der die Parkplätze angeboten werden und Interessenten diese buchen können. Kommt es zu Parkvorgängen, hebt XX die Parkgebühren für die Parkplatzbesitzerin ein und leitet sie an diese weiter. Für diese Tätigkeit wird von XX eine Gebühr eingehoben. Den für dieses Modell erstellten AGBs auszugsweise zu entnehmen:

Über die Plattform [www.xx.at](http://www.xx.at) wird ein Marktplatz zur Verfügung gestellt, der den Usern das Buchen, Inserieren und die Zahlungsabwicklung von Parkplätzen und sonstigen Einstellmöglichkeiten für Fahrzeuge ermöglicht.

XX selbst bietet keine Parkplätze an, sondern vermittelt Abschlüsse von Nutzungsverträgen zwischen anbietenden Mitgliedern (Vermietern) und mietenden Mitgliedern (Mietern) und ist bevollmächtigt, als Vertreter mit Abschlussvollmacht für den Vermieter aufzutreten und Parkplatzabonnements im Namen und auf Rechnung von XX mit den Mietern abzuschließen, Vertragsstrafen im Falle einer Verletzung der Parkordnung und die Parkplatzgebühren einzuheben.

Der Mieter eines Parkplatzes hat XX die jeweils gültige Parkgebühr netto und ohne Abzug zu bezahlen, wobei die Vermieter XX berechtigten, Parkgebühren und anfallende Vertragsstrafen in ihren Namen und auf Rechnung des Vermieters einzuheben.

Innerhalb der Plattform verfügen die Mieter über ein XX-Konto, auf welches sie Geld aufladen und von dem aus XX Geld auf das von den Vermietern ausgegebene Bankkonto überweisen können. Dieses Konto wird auf der Homepage von XX als Geldbörse bezeichnet, wobei die Zahlungsabwicklung über den Online-Bezahldienst Stipe erfolgt, der als Payment Provider fungiert.

Bucht ein Mieter einen Parkplatz, wird sein Guthaben auf dem XX-Konto entsprechend reduziert, dem Vermieter wird die Parkgebühr abzüglich einer Bearbeitungsgebühr von XX auf sein Konto überwiesen.

Es wurde die Frage gestellt, ob diese Tätigkeiten auf Grundlage einer Gewerbeberechtigung für das freie Gewerbe „Halten von Räumen und Flächen zum Abstellen von Kraftfahrzeugen (Garagierungsgewerbe)“ oder für das freie Gewerbe „Vermittlung von Werk- und Dienstleistungsverträgen an Befugte unter Ausschluss der Übernahme von Aufträgen im

eigenen Namen und auf eigene Rechnung sowie ausgenommen der den Arbeitsvermittlern, Immobilientreuhändern, Reisebüros, Transportagenten, Spediteuren, Vermögensberatern, Versicherungsvermittlern und Wertpapiervermittlern vorbehaltenen Tätigkeiten“ ausgeübt werden können.

Die RP-Community ist der Meinung, dass die gewerbsmäßige Ausübung der in den AGBs angeführten Tätigkeiten durch die beiden zur Diskussion gestellten freien Gewerbe (Halten von Räumen und Flächen zum Abstellen von Kraftfahrzeugen (Garagierungsgewerbe) oder Vermittlung von Werk- und Dienstleistungsverträgen an Befugte unter Ausschluss der Übernahme von Aufträgen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung sowie ausgenommen der den Arbeitsvermittlern, Immobilientreuhändern, Reisebüros, Transportagenten, Spediteuren, Vermögensberatern, Versicherungsvermittlern und Wertpapiervermittlern vorbehaltenen Tätigkeiten) nicht gedeckt ist.

Die Vermittlung von Nutzungs- und Bestandverträgen an Immobilien fällt unter das reglementierte Immobilientreuhändergewerbe Immobilienmakler gemäß § 117 Abs. 2 GewO 1994. Im Rahmen des sonstigen Rechtes gem. § 32 Abs. 1a GewO 1994 sind Immobilienmakler auch berechtigt, Inkassotätigkeiten durchzuführen.

Die Vermittlung der Nutzungs- und Bestandverträge über die Parkplätze ist Immobilienverwaltern im Rahmen ihrer Liegenschaftsverwaltung gestattet. Immobilienverwalter sind gemäß § 117 Abs. 3 GewO 1994 auch zum Inkasso von Geldbeträgen sowie zur Leistung von Zahlungen, die im Zusammenhang mit der Verwaltung stehe, befugt.

Wird die Rechtsmeinung der RP Community vom BMDW geteilt?

## **Zu TOP 2:**

Der Begriff „Vermittlung“ wird in der Gewerbeordnung nicht näher definiert. Vermittlung ist darauf gerichtet, eine Verbindung zwischen bestimmten Interessen herzustellen bzw. präsumtive Vertragspartner zusammenzuführen. Ziel der Vermittlungstätigkeit ist es, zwischen Personen, die vom Vermittler verschieden sind, Geschäfte zustande zu bringen (siehe VwGH 03.03.2020, Ra 2019/04/0131 und die dort zit. Vorjudikatur).

Auf der Plattform des in Rede stehenden Unternehmers (in der Folge PP genannt) können sich Vermieter und Mieter von Parkplätzen als „Mitglieder“ registrieren lassen. Die von PP verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind im Internet einsehbar und gliedern sich in Verwendungs-AGB und Parkplatz-Abonnement-AGB; letztere bestimmen das Rechtsverhältnis zwischen dem anbietenden Mitglied („Vermieter“) und dem mietenden Mitglied („Mieter“). PP bietet selbst keine Parkplätze an, sondern vermittelt Abschlüsse von Nutzungsverträgen („Parkplatz-Abonnement“) zwischen den Mitgliedern. PP ist berechtigt, für den Vermieter mit Abschlussvollmacht aufzutreten, Verträge im Namen und auf Rechnung des Vermieters mit dem Mieter abzuschließen sowie die Zahlungen für Vermieter und Mieter abzuwickeln. PP wird selbst nicht Vertragspartei der zwischen den Mitgliedern abzuschließenden Parkplatz-Abonnements und ist daher nicht für dessen einwandfreie Erfüllung verantwortlich. Die Zahlungsabwicklung erfolgt über einen Online-Bezahldienst.

Die von PP betriebene Plattform dient dazu, potenzielle Vertragspartner, nämlich Vermieter und Mieter von Park- und Einstellflächen, zusammenzuführen. Es liegt daher eine Vermittlungstätigkeit vor.

Gemäß § 117 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 umfasst der Tätigkeitsbereich des Immobilienmaklers die Vermittlung des Kaufes, Verkaufes und Tausches von unbebauten und bebauten Grundstücken und von Rechten an Immobilien einschließlich der Vermittlung von Nutzungsrechten an Immobilien. Gemäß § 117 Abs. 3 GewO 1994 umfasst der Tätigkeitsbereich des Immobilienverwalters sämtliche Tätigkeiten, die zur Verwaltung von bebauten und unbebauten Liegenschaften, deren Erhaltung, Instandsetzung, Verbesserung und Sanierung notwendig und zweckmäßig sind. Dazu zählt auch das Inkasso von Geldbeträgen sowie die Leistung von Zahlungen, die im Zusammenhang mit der Verwaltungstätigkeit stehen.

Für die von PP ausgeübte Tätigkeit ist eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Immobilientreuhänder, allenfalls eingeschränkt auf den Teilbereich der Immobilienmakler bzw. den Teilbereich der Immobilienverwalter, erforderlich. Hinzuweisen ist darauf, dass die Durchführung von Inkassotätigkeiten durch Immobilienmakler nicht auf § 32 Abs. 1a GewO 1994 gestützt werden kann, da das Einziehen fremder Forderungen wesensmäßig keinen Ergänzungszusammenhang zu einer vom Gewerbetreibenden befugt erbrachten eigenen Leistung haben kann (Erläuterungen zur RV der GewO-Novelle 2017, 1475 BlgNR XXIV.GP 5).

### 3. (Steiermark) Abgrenzung ärztliche und gewerbliche Tätigkeit hinsichtlich der Anwendung von Lipo-Laser

Im Anhang darf das Schreiben vom BMASGK vom 17. Jänner 2020 betreffend Anwendung von Lipo-Lasern übermittelt werden. Das BMASGK vertritt die Meinung, dass es sich bei der Anwendung von Lipo-Laser nicht um eine kosmetische, sondern um eine medizinische Behandlung handelt und somit den Ärzten vorbehalten ist.

Dem Schreiben vom BMDW vom 17. Juli 2017 ist zu entnehmen, dass es sich bei der Anwendung eines Lipo-Lasers um keine ästhetische Operation handelt und diese Tätigkeit daher nicht den Ärzten vorbehalten ist.

Es wird gebeten mitzuteilen, ob die Rechtsmeinung vom 17. Juli 2017 aufrecht erhalten bleibt.

#### Beilagen

### **Zu TOP 3:**

Mit Schreiben des BMDW vom 17.7.2017 wurde - gestützt auf eine fachliche Expertise der WKÖ-BI der Fußpfleger, Kosmetiker und Masseur vom 28.6.2017 - die Rechtsauffassung vertreten, dass die Kryolipolyse (kosmetische Anwendung zur Fettreduzierung im menschlichen Körper mittels Kälte lt. Wikipedia) eine dem Ärztevorbelt unterliegende Tätigkeit ist. Die Anwendung von Lipo-Lasern am menschlichen Körper (gelangen ua. zur Fettreduzierung im menschlichen Körper zur Anwendung) ist jedoch eine ästhetische Behandlung, die vom Umfang des Gewerbes der Kosmetik(Schönheitspflege) als umfasst anzusehen ist.

Von den beteiligten gewerblichen Kreisen, der WKÖ Bundesinnung der Fußpfleger, Kosmetiker und Masseur, wurde zur Verwendung von Lipo-Lasern die Ansicht vertreten, dass diese Anwendungen nicht invasiv sind und sohin den ästhetischen Behandlungen zuzurechnen sind.

WKÖ BI FKM vom 28.6.2017:

*„...Bei dem Einsatz eines Lipo-Lasers handelt es sich um eine nicht-invasive Anwendung. Es wird von außen über die Haut Energie gezielt in das entsprechende Gewebe (Fettzellen) eingebracht. Damit wirkt der Lipo-Laser gezielt auf Fettzellen ein, die Haut sowie benachbartes Gewebe werden dadurch allerdings nicht angegriffen. Man kann davon ausgehen, dass dieses zwar erwärmt wird, aber nicht darüber hinaus beeinträchtigt oder geschädigt. Bei der Anwendung eines Lipo-Lasers handelt es sich daher um keine ästhetische Operation und es liegt somit keine Tätigkeit vor, die unter den Bereich des Ärztevorbelt fällt. ...“*

Den Ausführungen des ÄsthOpG folgend ist das ÄstOpG nicht anzuwenden, sofern ästhetische Behandlungen unter den Anwendungsbereich der Gewerbeordnung fallen. Zur Beurteilung ob eine Tätigkeit unter den Anwendungsbereich der Gewerbeordnung fällt, ist die Bestimmung des § 29 GewO 1994 heranzuziehen. Die gemäß § 29 vorzunehmende (mehrstufige) Prüfung hat ergeben, dass Schlankheitsbehandlungen mehrfach Gegenstand von Ausbildungsvorschriften für das Gewerbe der Kosmetik (Schönheitspflege) sind und sohin ästhetische Behandlungen in diesem Bereich in den Umfang des Gewerbes der Kosmetik(Schönheitspflege) fallen.

Im Gegensatz zu dem vom Land Steiermark übermittelten Schreiben des BMASGK an die Österreichische Ärztekammer vom 17.1.2020 sieht das BMDW im gegenständliche Fall die Grenze zwischen der ästhetischen Behandlung und der medizinischen Behandlung bzw. des ärztlichen Vorbehaltsbereiches als nicht überschritten an (s.o. Ausführungen der WKÖ BI FKM vom 28.6.2017).

Die Rechtsauffassung des BMDW vom 17.7.2017 wird sohin aufrechterhalten.

#### 4. (Tirol) Tätigkeit als COVID-19-Beauftragter, gewerberechtliche Zuordnung

In letzter Zeit häufen sich die Anfragen dazu welches Gewerbe erforderlich ist, um die Tätigkeit eines selbständigen COVID-19-Beauftragten ausüben zu dürfen.

Bei der Tätigkeit sogenannter „Beauftragter“ kommt es für die richtige gewerberechtliche Zuordnung immer darauf an, welche Tätigkeit hier konkret ausgeübt wird. Es kommen daher für die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit als COVID-19-Beauftragter auch in diesem Fall mehrere Gewerbe in Frage.

Der Rechtsansicht des Bundesministeriums zum Brandschutzbeauftragten folgend wäre eine Zuordnung zu den Sicherheitsfachkräften passend, wenn der Schwerpunkt der Tätigkeit im Arbeitnehmerschutzbereich liegt. Die Aufgabe der Sicherheitsfachkraft ist gemäß § 76 ASchG die Beratung der Arbeitgeber, der Arbeitnehmer, der Sicherheitsvertrauenspersonen und der Belegschaft auf dem Gebiet der Arbeitssicherheit und der menschengerechten Arbeitsgestaltung sowie die Unterstützung der Arbeitgeber bei der Erfüllung ihrer diesbezüglichen Pflichten. Damit wäre ein Großteil der Tätigkeiten eines COVID-19-Beauftragten in einem Betrieb durch das Gewerbe Sicherheitsfachkraft abgedeckt. Natürlich könnte aber auch ein (Arbeits-) Mediziner gewisse Aufgaben eines COVID-19-Beauftragten übernehmen.

Je nach der detaillierten Ausprägung der jeweiligen Tätigkeit könnten auch Inhaber von Gewerben der Ingenieurbüros oder der Unternehmensberatung für bestimmte Teilaufgaben eines COVID-19 Beauftragten in Frage kommen, insbesondere für die Erstellung von Präventionskonzepten.

Auf Grund der Bestimmung im § 10 Abs. 5 der 6. COVID-19 Lockerungsverordnung muss „jeder Veranstalter von Veranstaltungen mit über 100 Personen und ab 1. August mit über 200 Personen einen COVID-19-Beauftragten bestellen und ein COVID-19 Präventionskonzept ausarbeiten“.

Wenn der COVID-19 Beauftragte bei Veranstaltungen auch für die Steuerung der Besucherströme und Überwachung der Einhaltung der Hygienevorschriften durch die Besucher zuständig ist käme auch ein Bewachungsgewerbe in Betracht, eventuell je nach Ausprägung der Art der Tätigkeit auch das freie Gewerbe „Organisation von Veranstaltungen, Märkten und Messen (Eventmanagement)“.

Zusammengefasst kommen für die gewerbsmäßige Übernahme der Funktion eines COVID-19-Beauftragten je nach konkreter Ausgestaltung folgende Gewerbe in Betracht:

- Sicherheitsfachkraft
- Bewachungsgewerbe
- Organisation von Veranstaltungen, Märkten und Messen (Eventmanagement)
- Unternehmensberater, Ingenieurbüros

Um Diskussion und um Mitteilung der dortigen Rechtsmeinung darf ersucht werden.

#### **Zu TOP 4:**

Die Person des Covid-19-Beauftragten findet sich in § 10 Abs. 5 der - auf Grund der §§ 1 und 2 Z 1 des Covid-19 Maßnahmengesetzes (BGBl. I Nr. 12 /2020) erlassenen - Covid-19-Lockerungsverordnung (BGBl. II Nr. 197/2020).

- Jeder Veranstalter von Veranstaltungen mit (derzeit) über 100 Personen hat einen Covid-19- Beauftragten zu bestellen, sofern er seine diesbezüglichen Pflichten nicht selbst wahrnimmt. Es wird empfohlen, den Covid-19-Beauftragten im Hinblick auf datenschutzrechtliche Fragestellungen entsprechende zu schulen.
- Die/der COVID-19-Beauftragte hat den Veranstalter bei der Erfüllung seiner Pflichten zu unterstützen und ist für die Umsetzung des COVID-19-Präventivkonzeptes verantwortlich. Er dient als primäre Ansprechperson für die Behörde, im Falle der Erhebungen der Kontaktpersonen im Rahmen eines COVID-19-Erkrankungsfalls.
- Die/der COVID-19-Beauftragte hat auch die Funktion der Ansprechperson innerhalb des Unternehmens für die Umsetzung der Maßnahmen gegenüber den Akteurinnen und Akteuren, Künstlerinnen und Künstlern sowie sonstigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Es steht dem Veranstalter frei, verschiedene Personen für einzelne Veranstaltungen zu benennen, oder diese Aufgabe entsprechend des veranstaltungsspezifischen Organisationskonzeptes bei einer Person zu konzentrieren.
- Die Letztverantwortung liegt, vorbehaltlich § 9 Abs. 2 VStG, jedoch immer beim Veranstalter.

Da der Covid-19-Beauftragte für die Umsetzung des Covid-19-Präventionskonzeptes zuständig ist, wird sich dessen Tätigkeitsbereich unter Zugrundlegung des § 10 Abs. 5 sowie § 10a Abs. 2 ergeben und folgende Bereiche umfassen:

- Regelungen zur Steuerung der Besucherströme,
- spezifische Hygienevorgaben,
- Regelungen zum Verhalten bei Auftreten einer SARS-Cov-2-Infektion,
- Regelungen betreffend die Nutzung sanitärer Einrichtungen,
- Regelungen betreffend die Verabreichung von Speisen und Getränken

Unter der Voraussetzung, dass die Tätigkeit des Covid-19-Beauftragten gewerbsmäßig ausgeführt wird, wird es von der konkreten Ausgestaltung der Tätigkeit abhängen, welche Gewerbeberechtigung als erforderlich anzusehen ist.

Eine Gewerbeberechtigung für das Sicherheitsgewerbe (eingeschränkt auf das Bewachungsgewerbe) wird erforderlich sein, wenn bei Großveranstaltungen Besucherströme geleitet und die Einhaltung Hygienevorschriften überwacht werden soll. Wenngleich für den Fall der Kontrolle auf das Vorliegen von SARS-Cov-2-Infektionen die Abgrenzung zum Vorbehaltsbereich des ärztlichen Berufes (§ 2 Abs. 2 ÄrzteG) zu beachten sein wird, so wird die Durchführung von Überprüfungen der Körpertemperatur (erfolgt im Regelfall kontaktlos) durch Gewerbetreibende jedenfalls für zulässig zu erachten sein.

Auch das Gewerbe der Sicherheitsfachkraft wird für die Tätigkeit als Covid-19-Beauftragter ausreichend sein, wenngleich dieses Gewerbe auf zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer liegende Sicherheitsaspekte und weniger auf die Sicherheit von Dritten gerichtet ist.

Auch die in der Anfrage angeführten Gewerbe der Ingenieurbüros sowie der Unternehmensberater werden für die Ausübung der Tätigkeit als Covid-19-Beauftragter in Betracht zu ziehen sein.

Im Hinblick auf den Tätigkeits- bzw. Vorbehaltsbereich der genannten Gewerbe wird für die selbständige Ausübung der Tätigkeit als Covid-19-Beauftragter das freie Gewerbe des Eventmanagements wohl kaum als ausreichend anzusehen sein.

Auf Grund der Komplexität der bestehenden und sich auch laufen ändernden normativen Vorgaben im Zusammenhang mit der Corona Pandemie erscheint es angezeigt - wenn auch nicht verpflichtend - dass Gewerbetreibende die bei ihnen beschäftigte Arbeitnehmer als Covid-19-Beauftragte heranziehen diese vor deren Beauftragung auch hinreichend schulen (lassen!).

## 5. (Salzburg) Ausschlussgründe gemäß § 13 GewO 1994 - Strafe des Wertersatzes gemäß § 19 FinStrG

Gemäß § 13 Abs. 1 lit. b GewO 1994 sind natürliche Personen von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wenn sie von einem Gericht zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen verurteilt worden sind.

Gemäß § 13 Abs. 1 GewO 1994 ist bei Geldstrafen, die nicht in Tagessätzen bemessen sind, die Ersatzfreiheitsstrafe maßgebend. Bei Verhängung einer Freiheitsstrafe und einer Geldstrafe sind Freiheitsstrafen und Ersatzfreiheitsstrafen zusammenzuzählen.

Im Anlassfall wurde ein Gewerbeanmelder durch Urteil des Landesgerichtes Salzburg wegen einer Übertretung gemäß § 33 FinStrG zu einer Geldstrafe in Höhe von 120.000,00 EUR, im Nichteinbringungsfall zu 2 Monaten Ersatzfreiheitsstrafe verurteilt. Zusätzlich wurde eine Wertersatzstrafe gemäß § 19 FinStrG in Höhe von 10.000,00 EUR, im Nichteinbringungsfall 2 Monate Ersatzfreiheitsstrafe verhängt.

Es stellt sich die Frage, ob die Ersatzfreiheitsstrafen für die Geldstrafe und die Strafe des Wertersatzes zusammenzuzählen sind. Im konkreten Fall läge bei Zusammenzählen dieser beiden Strafen ein Ausschlussgrund gem § 13 GewO 1994 vor.

Nach ha. Ansicht ist die Wertersatzstrafe ausfolgenden Gründen nicht in die Beurteilung des Gewerbeausschlusses einzubeziehen:

Das FinStrG nennt in den §§ 15 bis 20 folgende mögliche Strafen:

- Freiheitsstrafen (§ 15)
- Geldstrafen (§ 16)
- Strafe des Verfalls (§ 17)
- Strafe des Wertersatzes (§ 19) – diese kann anstelle des Verfalls verhängt werden
- Ersatzfreiheitsstrafen (§ 20) – diese können an die Stelle einer Geldstrafe oder einer Wertersatzstrafe treten

Aus dieser Systematik wird ersichtlich, dass Geldstrafen und Wertersatzstrafen als etwas Unterschiedliches zu sehen sind und deshalb auch im FinStrG getrennt genannt werden, insb. auch iZm den Ersatzfreiheitsstrafen im § 20 Abs. 1. Diese Systematik des FinStrG ist wohl auch bei der Betrachtung der Gewerbeausschlussgründe im § 13 Abs. 1 GewO 1994 zu berücksichtigen. § 13 Abs. 1 Z 1 lit. b GewO 1994 spricht von der Verurteilung zu einer Geldstrafe, in § 13 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 ist von der Ersatzfreiheitsstrafe für eine Geldstrafe die Rede (und nicht auch für eine Wertersatzstrafe).

Auch wenn die Geldstrafe und die Wertersatzstrafe die Gemeinsamkeit haben, dass der Verurteilte einen Geldbetrag zu zahlen hat, so handelt es sich dennoch um zwei unterschiedliche Rechtsfolgen für eine Straftat. Für das Vorliegen eines Gewerbeausschlussgrundes ist nur die Geldstrafe maßgebend, sodass die beiden Ersatzfreiheitsstrafen nicht addiert werden dürfen.

Bei einer anderen Auslegung würde eine Verurteilung zu einer Wertersatzstrafe eine Schlechterstellung gegenüber einer Verurteilung zum Verfall (für den naturgemäß keine Ersatzfreiheitsstrafe vorgesehen ist) bedeuten, obwohl der Unrechtsgehalt der Straftat kein anderer ist.

Um Diskussion und Klarstellung wird ersucht.

### **Zu Top 5:**

Nach § 13 Abs. 1 Z 1 lit. b GewO 1994 kommt es tatbestandsmäßig auf die erfolgte rechtskräftige Verurteilung und die Höhe der im Einzelfall vom Gericht deshalb verhängten Freiheits- oder Geldstrafe an. Dabei ist bei Geldstrafen, die nicht in Tagessätzen bemessen sind (zB. für Strafen nach dem FinStrG), für die Beurteilung des Vorliegens des Gewerbeausschlussgrundes die jeweilig verhängte Ersatzfreiheitsstrafe maßgebend. Bei der Strafe des Wertersatzes gemäß § 19 FinStrG und der Strafe des Verfalls gemäß § 17 FinStrG handelt es sich jedoch um Nebenstrafen. Das sind verschuldensabhängige Sanktionen, die zusätzlich zur Hauptstrafe verhängt werden (siehe Seiler/Seiler, FinStrG, 5. Auflage, Rz 2 zu § 19 FinStrG).

Das BMDW geht davon aus, dass § 13 Abs. 1 Z 1 lit. b GewO 1994 auf die Höhe der Geldstrafe als Hauptstrafe (und nicht auf die Nebenstrafe) abstellt. Insofern wird daher der Rechtsauffassung des Amtes der Salzburger Landesregierung gefolgt, dass - auch wenn es sich bei der Wertersatzstrafe um eine grundsätzlich (vollstreckbare) Geldstrafe handelt - diese beiden Geldstrafen (und damit auch die jeweiligen Ersatzfreiheitsstrafen) zur Beurteilung des Vorliegens des Gewerbeausschlussgrundes nicht addiert werden dürfen. Eine Miteinrechnung der Wertersatzstrafe würde zu einer sachlich nicht gerechtfertigten rechtlichen Ungleichbehandlung gegenüber dem Verfall führen, da dieser mangels Festlegung eines „Geldwertes“ und einer Ersatzfreiheitsstrafe nicht in die Bemessung eingerechnet werden kann.

## II. Reglementierte und freie Gewerbe

### 6. (Wien) Nachweis der Befähigung – Auslegungsfrage zu § 17 Abs. 1 GewO 1994

Das Amt der Wiener Landesregierung wird von den Magistratischen Bezirksämtern vermehrt mit Fragen zur Auslegung des § 17 Abs. 1 GewO 1994 befasst. Es wird hinterfragt, in welchen Fällen § 17 Abs. 1 GewO 1994 eine begünstigende Wirkung im Hinblick auf die vorzulegenden Belege über den Nachweis der Befähigung zukommt.

Einerseits wird die Ansicht vertreten, dass eine generelle Berufung auf Eintragungen im GISA, die eine Prüfung der Befähigung voraussetzen, möglich ist [und folglich eine Person, die im GISA mit einer (historischen) Berechtigung für ein reglementiertes Gewerbe aufscheint oder als gewerberechtliche/r Geschäftsführer/in für dieses Gewerbe fungierte, bei einer (neuerlichen) Anmeldung des gleichen Gewerbes keine Unterlagen über den Befähigungsweis mehr vorlegen muss].

Andererseits wird § 17 Abs. 1 GewO 1994 auch dahingehend interpretiert, dass § 17 Abs. 1 GewO 1994 nur dann anwendbar ist, wenn Änderungen der Rechtslage in Bezug auf den Befähigungsnachweis eingetreten sind, sei es, dass ein bestehender Befähigungsnachweis für ein bestimmtes Gewerbe „verstrengert“ wird, sei es, dass für ein bislang freies Gewerbe ein Befähigungsnachweis neu vorgesehen wird (*Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO<sup>3</sup>, § 7 Rz 6*).

In den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur Gewerberechtsnovelle 1988 (341 BlgNR 17. GP) wird ausgeführt, § 17 Abs. 1 GewO 1994 lege fest, dass der Befähigungsnachweis nicht zu erbringen sei, wenn jemand anlässlich einer früheren Gewerberechtsbegründung bzw. Bestellung als Geschäftsführer, Pächter oder Filialgeschäftsführer bereits die Befähigung nachgewiesen hat oder anlässlich der damaligen Gewerberechtsbegründung nicht nachzuweisen hatte. Auch in einem Schreiben des Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft vom 22.11.2016 zur GZ: BMFW-30.599/0263-I/7/2016 wird festgehalten, dass die Bestimmung des § 17 Abs. 1 GewO 1994 Personen begünstige, die bereits einmal den Befähigungsnachweis für ein Gewerbe erbracht haben und nunmehr ein gleiches Gewerbe ausüben wollen.

Die Bestimmung des § 17 Abs. 1 GewO 1994 wird daher von der Abteilung Gewerberecht, Datenschutz und Personenstand so verstanden, dass sich Personen auf (historische) Eintragungen im GISA stützen können. Wurde eine Person als Gewerbeinhaber/in bzw. als Geschäftsführer/in eines reglementierten Gewerbes in das GISA eingetragen, ist – sofern kein

Anwendungsfall des Abs. 2 leg. cit. vorliegt oder in der Gewerbeordnung nicht ausdrücklich anderes bestimmt worden ist – grundsätzlich davon auszugehen, dass die Befähigung bereits nachgewiesen wurde und eine Prüfung der fachlichen Qualifikation anhand der jeweiligen Zugangsverordnung durch die Behörde nicht mehr vorzunehmen ist.

In diesem Zusammenhang hat sich weiters die Frage ergeben, wie vorzugehen ist, wenn bei der Behörde aufgrund der von der Gewerbeanmelderin/dem Gewerbeanmelder – ohne Aufforderung – vorgelegten Unterlagen Zweifel entstehen, ob das Vorliegen der Befähigung bei einer vorangegangenen Gewerbeanmeldung oder Bestellung zur/zum Geschäftsführer/in tatsächlich richtig beurteilt wurde bzw. wenn die Behörde in Kenntnis davon ist, dass die Beurteilung der Befähigung unrichtig war. Eine Wortinterpretation des Begriffes „nachweisen“ (Duden: die Richtigkeit, das Vorhandensein von etwas eindeutig feststellen) würde dafürsprechen, dass in den beschriebenen Fällen die Befähigung bei der vorangegangenen Anmeldung eines Gewerbes bzw. bei der vorangegangenen Bestellung als Geschäftsführer/in nicht „nachgewiesen“ wurde und demnach § 17 Abs. 1 erster Fall GewO 1994 auch nicht anwendbar ist. Bei dieser Auslegung würde man auch nicht Gefahr laufen, dass sich ein/e Gewerbeanmelder/in etc. betreffend das Vorliegen des Befähigungsnachweises auf eine historische GISA-Eintragung beruft, der zugrunde liegt, dass der Befähigungsnachweis zu Unrecht als erbracht beurteilt worden ist und deren Löschung gemäß § 363 Abs. 4 Z 2 iVm Abs. 1 Z 3 GewO 1994 deswegen nicht mehr in Betracht kommt, weil die (ursprüngliche) Gewerbeberechtigung, der die (fehlerhafte) Beurteilung zugrunde lag, bereits geendet hat.

Vor diesem Hintergrund wird daher um Erörterung und Bekanntgabe ersucht, ob folgender praxistauglichen Vorgehensweise im Anwendungsbereich des § 17 Abs. 1 GewO 1994 zugestimmt werden kann: Grundsätzlich kann aufgrund bereits bestehender Eintragungen im GISA das Vorliegen der Befähigung angenommen werden und es ist keine neuerliche Prüfung der Befähigung durchzuführen. Lediglich im Falle des Bestehens begründeter Zweifel daran, dass die Befähigung anlässlich eines vorangegangenen gewerberechtlich relevanten Vorganges richtig beurteilt wurde, kann die Behörde weitere Belege zum Nachweis der Befähigung fordern und gegebenenfalls die Gewerbeanmeldung bzw. GeschäftsführerInbestellung untersagen. Begründete Zweifel werden aber nicht schon dann vorliegen, wenn die – unaufgefordert – vorgelegten Unterlagen die Befähigung nicht belegen, zumal aufgrund des Privilegs des § 17 Abs. 1 GewO 1994 gar keine Unterlagen vorzulegen

gewesen wären, aus der aktuellen Unterlagenvorlage nicht geschlossen werden kann, dass die Beurteilung der Befähigung vormals aufgrund derselben Unterlagen erfolgte und der Behörde, die im Vorfeld die Befähigung geprüft hat, auch nicht unterstellt werden kann, den Befähigungsnachweis unrichtig beurteilt zu haben.

## **Zu TOP 6:**

§ 17 Abs. 1 GewO 1994 erfüllt im Wesentlichen zwei Zwecke:

Einerseits soll es vermieden werden, dass der Nachweis ein und derselben Befähigung mehrfach zu erbringen ist, nur weil derjenige, welcher ein Gewerbe (wieder) anmelden will zeitweise keine gewerberechtliche Funktion als Inhaber, Geschäftsführer oder Pächter innegehabt hat. Andererseits ist dieser Bestimmung deutlich auch Bestandsschutzfunktion zu eigen, die ein einmal begründetes Recht auch dann noch immer als schützenswert anerkennt, wenn zwischenzeitig nicht davon Gebrauch gemacht worden ist.

Mit § 17 Abs. 1 GewO 1994 soll daher eindeutig Bürokratie hinsichtlich Doppelgleisigkeiten, insbesondere mehrfaches Nachweisen einer der Behörde bereits bewiesenen Tatsache, vermieden werden, wobei ausdrücklich auch kein Festhalten an einer bestimmten Gewerbewortlautnomenklatura gefordert wird.

Es liefe daher dieser Bestimmung deutlich zuwider, wenn eine Behörde regelmäßig begägne Zweifel zu hegen, ob der Nachweis, der bei einer anderen Bezirksverwaltungsbehörde bereits erbracht worden ist, ausreiche.

Aus Sicht des BMDW besteht auch kein erkennbarer Interpretationsunterschied zwischen der Annahme, eine freigegebene Eintragung im GISA liefere die erforderliche Grundlage für die Anwendbarkeit des § 17 Abs. 1 GewO 1994, und der zitierten Literaturstelle im Kommentar Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO<sup>3</sup>, § 7 Rz 6. Es handelt sich hierbei um die identische Sichtweise, wobei hinsichtlich der genannten Literaturstelle nicht übersehen werden darf, dass zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Kommentars GISA noch nicht in Betrieb war und daher auch nicht in der praktischen Deutlichkeit, die nunmehr in der Anfrage zum Ausdruck kommt, auf GISA Bezug genommen werden konnte.

Sofern eine Person daher in der Vergangenheit Inhaber, Geschäftsführer oder Pächter eines Gewerbes war, kann sie ein gleiches Gewerbe jederzeit anmelden oder für ein solches Gewerbe zum Geschäftsführer (oder Filialgeschäftsführer) bestellt werden, ohne die Befähigung nachweisen zu müssen. Ausnahmen davon bedürfen einer gesonderten gesetzlichen Bestimmung, etwa der Fall des § 17 Abs. 2 GewO 1994, oder einer gesetzlichen Übergangbestimmung.

Ein entsprechender Eintrag im GISA liefert der Behörde ausreichend Nachweis darüber, dass diese Person Inhaber, Geschäftsführer oder Pächter dieses bzw. eines gleichen Gewerbes war.

Die von der Stadt Wien vorgeschlagene Vorgehensweise ist in diesem Sinne zweckmäßig, wobei lediglich zur Vollständigkeit darauf hingewiesen wird, dass „begründete Zweifel“ im Grund nur auf den Verdacht hinauslaufen können, dass bei einer anderen Bezirksverwaltungsbehörde Gewerbeberechtigungen freigegeben oder Geschäftsführerbestellungen durchgeführt werden, die - wenn sie noch aufrecht wären - mit Nichtigkeit gemäß § 363 GewO 1994 bedroht wären. Ein solcher Verdacht wäre aber eine außerordentliche Annahme, die mit entsprechend außerordentlicher Fundierung unterlegt sein sollte. Und in einem solchen außerordentlichen Fall könnte es dann keineswegs nur damit sein Bewenden haben, dass eine Bezirksverwaltungsbehörde lediglich eine eigene Neubeurteilung vornimmt und ansonsten nichts im dienstlichen Aufsichtswege berichtet.

## 7. (Wien) Baumeister, Übernahme der Bauführung

Das Amt der Wiener Landesregierung, Abteilung Gewerberecht, Datenschutz und Personenstand (MA 63), wurde von einem Kunden mit einer Anfrage betreffend § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 befasst. Im Hinblick auf die Gefahreneignetheit des Baumeistergewerbes und den Umstand, dass sich in diesem Zusammenhang Fragen zur Auslegung des § 99 GewO 1994 ergeben haben, ergeben sich nachstehende Fragestellungen:

Das Amt der Wiener Landesregierung hat bisher – gestützt auf die Ausführungen in Top 13 der Gewerbereferententagung 2011 sowie einige Kommentarmeinungen (vgl. Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO<sup>3</sup>, § 99 Rz 20 und Thomas Riesz, § 99, E/R/W, Rz 2) – die Auffassung vertreten, dass die dem Baumeister eingeräumte Befugnis zur Übernahme der Bauführung im Sinne der Bauordnungen der Länder vom jeweiligen Landesgesetzgeber festgelegt werde. Ausgehend von der oben erwähnten Anfrage eines Kunden ist im Zuge einer weitergehenden Recherche zu § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 aufgefallen, dass in Gruber/Paliego-Barfuß, GewO<sup>7</sup> (Stand 1.9.2020, rdb.at) § 99 Rz 20 festgehalten wird, dass sich der Begriff Bauführung iSd Abs. 2 und 3 vom Begriff des „Bauführers in den Bauordnungen“ der Länder, worunter die Tätigkeit als „verlängerter Arm“ der Behörde zu verstehen ist und die umfangreiche Sorgfalts-, Kontroll-, Koordinierungs-, Aufsichts- und Verkehrssicherheitspflichten umfasst, zu unterscheiden sei.

Gemäß § 99 Abs. 2 zweiter Satz GewO 1994 ist der Baumeister auch berechtigt, die Arbeiten der dort aufgezählten Gewerbe im Rahmen seiner Bauführung selbst auszuführen. Stellt man darauf ab, dass die Bauordnungen der Länder regeln, wer zur Bauführung berechtigt ist, müsste sich auch nach den Bauordnungen der Länder bestimmen, welche Gewerbeberechtigung (uneingeschränkter Baumeister, Baugewerbetreibender unter Beifügung der entsprechenden Einschränkung) für die Ausführung der in § 99 Abs. 2 zweiter Satz GewO 1994 genannten Tätigkeiten erforderlich ist.

Unseres Erachtens dazu widersprüchlich wird jedoch überwiegend die Meinung vertreten, dass die in § 99 Abs. 2 zweiter Satz GewO 1994 genannten Tätigkeiten auch ein Gewerbetreibender ausüben dürfe, der eine auf die Ausführung von Hochbauten, Tiefbauten und anderen verwandten Bauten eingeschränkte Gewerbeberechtigung besitzt (Gewerbereferententagung 2008, Top 34, Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO<sup>3</sup>, § 99 Rz 29, Gruber/Paliego-Barfuß, GewO<sup>7</sup> (Stand 1.9.2020, rdb.at) § 99 Rz 25).

In den angeführten Kommentaren zur GewO 1994 wird bezugnehmend auf den Durchführungserlass zur Gewerberechtsnovelle 1997 einheitlich ausgeführt, dass sich die Bauführung weitgehend mit der Tätigkeit der Leitung von Bauten iSd Abs. 1 Z 2 decke (Gruber/Paliego-Barfuß, GewO<sup>7</sup> (Stand 1.9.2020, rdb.at) § 99 Rz 20, Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO<sup>3</sup>, § 99 Rz 20, Thomas Riesz, § 99, E/R/W, Rz 2). Das Gesetz regelt aber nur in Bezug auf die Bauleitung explizit, dass der Befähigungsnachweis nur im Wege eines Befähigungsnachweises gemäß § 18 Abs. 1 erbracht werden könne. Ebenfalls bezugnehmend auf den Durchführungserlass zur Gewerberechtsnovelle 1997 wird in Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO<sup>3</sup>, § 99 Rz 33 und Gruber/Paliego-Barfuß, GewO<sup>7</sup> (Stand 1.9.2020, rdb.at) § 99 Rz 32 – entgegen § 99 Abs. 3 GewO 1994 – festgehalten, dass auch für die Projektentwicklung, -leitung, -steuerung, -management und die Bauführer- bzw. Bauleitertätigkeit iSd Landesbauordnungen ein absolutes Verbot der Erbringung der Befähigung durch den individuellen Befähigungsnachweis gemäß § 19 bestehe. Gegensätzlich dazu ist dem beiliegenden Schreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 31. März 2004, GZ: 30.599/104-I/7/04, zu entnehmen, dass die im § 99 Abs. 1 Z 3 bis 6 GewO 1994 genannten Tätigkeiten des Baumeisters (insbesondere Projektentwicklung, -leitung und -steuerung, Projektmanagement, Übernahme der Bauführung, Vertretung des Auftraggebers) einer Feststellung der individuellen Befähigung zugänglich seien. Implizit ergibt sich die Möglichkeit der Feststellung der individuellen Befähigung für die im § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 genannten Tätigkeiten auch aus Top 13 der Gewerbeferententagung 2019, wonach die weit gefasste Einschränkung der Gewerbeberechtigung „auf ausführende Tätigkeiten“ einen Baugewerbetreibenden nicht daran hindere, auch Tätigkeiten gemäß § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 auszuüben.

Geht man davon aus, dass eine Einschränkung des Gewerbes auf sowie eine Feststellung der individuellen Befähigung für die in § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 genannten Tätigkeiten möglich ist (vgl. dazu weiters Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO<sup>3</sup>, § 99 Rz 13, wonach sich im Widerspruch zu Rz 33 [siehe oben] in der Praxis in Bezug auf ausführende Teiltätigkeiten des Baumeistergewerbes, für die nach einhelliger Auffassung die Feststellung des Vorliegens der individuellen Befähigung möglich ist, u.a. der Gewerbewortlaut Baumeister, eingeschränkt auf Projektentwicklung, -leitung und -steuerung, Projektmanagement und Übernahme der Bauführung bewährt habe), könnte etwa seitens des Magistrats der Stadt Wien bescheidmäßig festgestellt werden, dass eine Person die individuelle Befähigung für das

Gewerbe „Baugewerbetreibender, eingeschränkt auf die Übernahme der Bauführung“ besitzt und die Voraussetzungen für die Ausübung dieses Gewerbes vorliegen. Wird diese Person etwa in der Folge als Bauführer bei einem niederösterreichischen Bauvorhaben bestellt, müsste die niederösterreichische Baubehörde die Fortsetzung der Ausführung des Bauvorhabens untersagen, weil kein geeigneter Bauführer bestellt wurde (§ 29 Abs. 1 Z 2 iVm § 25 NÖ BO 2014), obwohl die Person im GISA dezidiert mit einer Berechtigung für das Gewerbe „Baugewerbetreibender, eingeschränkt auf die Übernahme der Bauführung“ aufscheint.

Im Hinblick auf diese unseres Erachtens bestehenden Widersprüche und die in den Kommentaren einhellig vertretene Ansicht, dass sich die Tätigkeit der Bauführung weitgehend mit der Tätigkeit der Leitung von Bauten iSd Abs. 1 Z 2 decke, stellt sich die Frage, ob § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 nicht lediglich der Klarstellung dient (vgl. Gruber/Paliego-Barfuß, GewO<sup>7</sup> (Stand 1.9.2020, rdb.at) § 99 Rz 16) und die darin genannten Tätigkeiten bereits in den Ziffern 1, 2 und 3 des Absatzes 1 leg. cit. enthalten sind. Für eine diesbezügliche Auslegung kann ins Treffen geführt werden, dass auch die Projektentwicklung Tätigkeiten umfasst, die bereits in den Ziffern 1 bis 3 genannt sind. So wird zur Projektentwicklung etwa in Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO<sup>3</sup>, § 99 Rz 16 ausgeführt, dass diese den Grundstückserwerb und nachfolgend die Entwicklung, die Planung (= Z 1), die Finanzierung, den Bau (= Z 3) und das Betreiben oder den Verkauf von schlüsselfertigen Bauten umfasse. Ähnlich wird in Thomas Riesz, § 99, E/R/W, Rz 2 festgehalten, dass die Projektentwicklung den kompletten Lebenszyklus des Produkts „Bauwerk“, beginnend mit dem Erwerb eines geeigneten Grundstücks, über die Planung, Finanzierung und Errichtung desselben bis zu einem etwaigen Verkauf umfasse. Sofern zutreffend ist, dass die in § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 genannten Tätigkeiten bereits in den Z 1, 2 und 3 enthalten sind, hätte dies unseres Erachtens zur Folge, dass die in § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 genannten Tätigkeiten des Baumeisters einer Feststellung der individuellen Befähigung nicht zugänglich sind, weil die Z 5 keine „eigenen“ Tätigkeiten enthält und nicht pauschal gesagt werden kann, dass die Einschränkung der Gewerbeberechtigung „auf ausführende Tätigkeiten“ einen Baugewerbetreibenden nicht daran hindere, auch Tätigkeiten gemäß § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 auszuüben, weil eine Einschränkung auf ausführende Tätigkeit, ja gerade nicht zu planenden Tätigkeiten, wie sie etwa die Projektentwicklung enthält, und zur Bauleitung, der die Bauführung vergleichbar ist, berechtigt. Eine solche Auslegung steht auch nicht im Widerspruch zu § 99 Abs. 3 GewO 1994,

weil Abs. 3 nicht regelt, dass die Befähigung für Abs. 1 Z 1 und 2 nur im Wege eines Befähigungsnachweises gemäß § 18 Abs. 1 erbracht werden könne, sondern Abs. 3 explizit auf Tätigkeiten gemäß Abs. 1 Z 1 und 2 abstellt und somit auch für jene Tätigkeiten ein Verbot, das Vorliegen der individuellen Befähigung festzustellen, besteht, die etwa zur Projektentwicklung gehören und in der Planung von Bauten bestehen.

Vor diesem Hintergrund wird das Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort um Mitteilung seiner Rechtsansicht zu diesen aufgeworfenen Fragen gebeten. Insbesondere möge bekanntgegeben werden, wie der Begriff „Bauführung“ im Sinne des § 99 Abs. 1 Z 5 und Abs. 2 GewO 1994 verstanden wird und ob die Ausführungen im vorigen Absatzes dieses Schreibens und die darin gezogenen Schlüsse nachvollziehbar sind.

#### Beilage

Weitere zitierte Materialien, soweit noch nicht öffentlich verfügbar:

#### **A) GRT 2008, TOP 34, lautet:**

#### **34. (Kärnten) Baumeistergewerbe, Beschränkung auf Teiltätigkeiten**

*Kann der nach § 18 Abs. 1 GewO 1994 vorgeschriebene Befähigungsnachweis nicht erbracht werden, so hat die Behörde gemäß § 19 leg. cit. unter Bedachtnahme auf Vorschriften gemäß § 18 Abs. 4 das Vorliegen der individuellen Befähigung festzustellen, wenn durch die beigebrachten Beweismittel die für die jeweilige Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen nachgewiesen werden. Die Behörde hat das Vorliegen der individuellen Befähigung mit der Beschränkung auf Teiltätigkeiten des betreffenden Gewerbes auszusprechen, wenn die Befähigung nur in diesem Umfang vorliegt.*

*In der Praxis werden, da der vorgeschriebene Befähigungsnachweis für das Baumeistergewerbe nicht erbracht werden kann, viele Gewerbeanmeldungen erstattet, die mit dem Wortlaut „Baumeistergewerbe, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten...“ beginnen und in der Folge weitere Einschränkungen beinhalten, wie beispielsweise „weitere eingeschränkt auf Estrichhersteller“ oder „weitere eingeschränkt auf Innenputze und Außenputze“ oder „eingeschränkt auf Wärmedämmverbundsysteme“.*

*Ausgehend von der Bestimmung des § 99 Abs. 1 GewO 1994, die den Berechtigungsumfang des Baumeisters festlegt, und vom Absatz 2 dieser Bestimmung, der regelt, wozu der Baumeister weite rs berechtigt ist, vertritt das Amt der Kärntner Landesregierung die Ansicht,*

*dass die in § 99 Abs. 2 GewO angeführten Rechte nur einem Inhaber des uneingeschränkten Baumeistergewerbes zustehen. Einem solchen Gewerbeinhaber steht gemäß § 99 Abs. 2 das Recht zu, Arbeiten anderer Gewerbe im Rahmen seiner Bauführung zu übernehmen, zu planen, zu berechnen und zu leiten. Er ist auch berechtigt, diese Arbeiten im Rahmen seiner Bauführung selbst auszuführen, soweit es sich um Tätigkeiten der Betonwarenerzeuger, Kunststeinerzeuger, Terrazzomacher, Schwarzdecker, Estrichhersteller, Steinholzleger, Gärtner, Stukkateure und Trockenausbauer, Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmen und der Abdichter gegen Feuchtigkeit und Druckwasser handelt. Die Herstellung von Estrich und Trockenausbauertätigkeiten darf der Baumeister unabhängig von einer Bauführung übernehmen und ausführen. Auf Personen, die mangels Erbringung des vorgeschriebenen Befähigungsnachweises einen Teilbereich aus dem Baumeistergewerbe anstreben, sind die Rechte gemäß § 99 Abs. 2 GewO nicht anzuwenden. Einschränkungen können daher nur solche Tätigkeiten beinhalten, die aus dem Bereich der in § 99 Abs. 1 GewO angeführten Tätigkeiten stammen und keinen Bereich erfassen, der nur im Wege eines Befähigungsnachweises gemäß § 18 Abs. 1 erbracht werden kann (siehe § 99 Abs. 1 Z 1 und Z 2).*

*Einschränkungen der Bauausführung auf Teiltätigkeiten sind beispielsweise bezüglich der Errichtung eines Bauwerkes möglich. Auch eine Einschränkung auf den maschinellen und manuellen Verputz von Außenwänden, Innenwänden und Decken ist möglich, da diese Tätigkeit dem Baumeistergewerbe vorbehalten ist. Es ist jedoch nicht möglich, vom Baumeistergewerbe ausgehend eine Teiltätigkeit anzumelden, die aus dem Bereich eines der in § 99 Abs. 2 GewO angeführten Gewerbe stammt. Wird beispielsweise die Ausübung der Estrichherstellung beabsichtigt, wäre das Gewerbe der Bodenleger, eingeschränkt auf Estrichhersteller, anzumelden. Im Falle der angestrebten Anbringung von Wärmedämmverbundsystemen wäre das auf die jeweilige Tätigkeit eingeschränkte Handwerk der Stukkateure und Trockenausbauer oder das Gewerbe der Wärme- Kälte- Schall- und Branddämmen anzumelden.*

*Kann dieser Ansicht beigepflichtet werden?*

**zu TOP 34:**

*§ 99 Abs. 1 GewO 1994 enthält eine Aufzählung jener Tätigkeiten, die dem Baumeistergewerbe vorbehalten sind. Gemäß § 99 Abs. 5 GewO 1994 kann die Befähigung für die Teiltätigkeiten gemäß § 99 Abs. 1 Z 1 und 2 GewO 1994 (Planung und Berechnung sowie*

*Leitung von Hochbauten, Tiefbauten und anderen verwandten Bauten) nur im Wege des Befähigungsnachweises gemäß § 18 Abs. 1 GewO 1994 erbracht werden. Die Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19 GewO 1994 für das Baumeistergewerbe eingeschränkt auf Ausführung und Abbruch von Hochbauten, Tiefbauten und anderen verwandten Bauten ist somit möglich. Die Feststellung der individuellen Befähigung ist weiters zulässig, wenn die ausführenden Tätigkeiten nochmals auf bestimmte Einzeltätigkeiten, z.B. maschineller und manueller Verputz von Außen- und Innenwänden und Decken, eingeschränkt wird. Bei diesen Einzeltätigkeiten muss es sich aber jedenfalls um solche handeln, die gemäß § 99 Abs. 1 GewO 1994 dem Baumeistergewerbe vorbehalten sind (ausgenommen Tätigkeiten gemäß § 99 Abs. 1 Z 1 und 2 GewO 1994).*

*In § 99 Abs. 2 GewO 1994 wird festgelegt, dass der Baumeister im Rahmen seiner Bauführung bzw. zum Teil auch unabhängig von einer Bauführung die Tätigkeiten anderer Gewerbe ausüben darf. Da diese Tätigkeiten somit an sich anderen Gewerben vorbehalten sind, ist es nicht zulässig, das Baumeistergewerbe eingeschränkt auf eine in § 99 Abs. 2 GewO 1994 genannte Tätigkeit anzumelden. Wenn jemand z.B. nur die Tätigkeit der Estrichherstellung ausüben möchte, so wäre – wie das Amt der Kärntner Landesregierung zutreffend ausführt – das Gewerbe des Bodenlegers eingeschränkt auf Estrichhersteller anzumelden.*

*Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit ist der Auffassung, dass die in § 99 Abs. 2 erster Satz GewO 1994 genannten Tätigkeiten nur von jenen Baumeistern ausgeübt werden dürfen, die über eine Gewerbeberechtigung für das uneingeschränkte Baumeistergewerbe verfügen. Für diese Auffassung spricht insbesondere der Wortlaut des § 99 Abs. 2 erster Satz GewO 1994, wonach der Baumeister berechtigt ist, auch die Arbeiten anderer Gewerbe im Rahmen seiner Bauführung zu übernehmen, zu planen*

*und zu berechnen und zu leiten. Zu einer ordnungsgemäßen Ausübung solcher*

*Tätigkeiten wird nämlich in der Regel nur jener Baumeister in der Lage sein, der auch befähigt ist, Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten zu planen und zu berechnen und zu leiten.*

*Die in § 99 Abs. 2 zweiter Satz GewO 1994 genannten Tätigkeiten sowie jene Tätigkeiten, die ein Baumeister auch unabhängig von einer Bauführung übernehmen und ausführen darf, darf auch ein Gewerbetreibender ausüben, der eine auf Ausführung von Hochbauten, Tiefbauten und anderen verwandten Bauten eingeschränkte Gewerbeberechtigung besitzt.*

Wenn jedoch die ausführenden Tätigkeiten nochmals auf bestimmte Einzeltätigkeiten des Baumeistergewerbes (z.B. maschineller und manueller Verputz von Außen- und Innenwänden und Decken) eingeschränkt sind, so stehen die im § 99 Abs. 2 GewO 1994 genannten Rechte einem solchen Gewerbetreibenden nicht zu.

**B) GRT 2011, TOP 13, lautet:**

### **13. (Oberösterreich) Baumeister - Bauführung**

§ 99 Abs. 1 GewO 1994 zählt in den Z 1 bis 6 jene Leistungen auf, die dem Baumeister vorbehalten werden. Nach Z 1 darf der Baumeister Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten planen und berechnen, nach Z 2 darf er Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten leiten, nach Z 3 diese nach Maßgabe des Abs. 2 ausführen und abrechnen und nach Z 5 letzter Satzteil darf er die Bauführung übernehmen.

Nach Abs. 3 leg. cit. kann die Befähigung für Tätigkeiten gemäß Abs. 1 Z 1 und 2 nur im Wege eines Befähigungsnachweises gemäß § 18 Abs. 1 erbracht werden.

Es stellt sich die Frage, in wie weit die Ausführung von Bauten im Sinn des Abs. 1 Z 3 sowie die Bauführung im Sinn des Abs. 1 Z 5 den in Abs. 1 Z 2 genannten Bereich der Leitung von Bauten inkludiert. Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 28.11.1995, 94/04/0154, ausgeführt, dass die Gewerbeordnung ausdrücklich zwischen Planung, Berechnung, Leitung und Ausführung unterscheidet. "Schon daraus ergibt sich, dass es sich hierbei um verschiedene Tätigkeiten handelt, die ihrer Art nach nicht gleichgesetzt werden können. Unter 'Ausführung' iSd Gesetzesstelle ist vielmehr (nur) die der Planung und Berechnung folgende Herstellung des Bauwerkes und die Erbringung der damit verbundenen Bauarbeiten zu verstehen." Mit dieser Umschreibung stellt der Gerichtshof der "Ausführung" wohl die "Planung und Berechnung", nicht aber die "Leitung" gegenüber. Dies ist unserer Auffassung nach insofern mit gutem Grund erfolgt, weil "Leitung" und "Ausführung" zeitlich nicht getrennt werden können, sodass es sich nicht um eine "nachfolgende" Tätigkeit handeln kann.

Ein Vergleich mit den baurechtlichen Bestimmungen, etwa jenen in der OÖ Bauordnung 1994, ergibt als Bauführer denjenigen, welcher entweder "das Bauvorhaben zur Gänze oder in Teilen (Bauabschnitte) über Auftrag des Bauherrn als Unternehmer ausführt", oder "die Aufsicht über die im Rahmen von Eigenleistungen des Bauherrn erbrachten Arbeiten einschließlich der sogenannten Nachbarschaftshilfe führt" oder "das Bauvorhaben durch gesetzlich dazu befugte Personen ausführen lässt." Grundsätzlich wird die Bauführung somit als Ausführung (bzw.

"Ausführen-Lassen") des Bauvorhabens gekennzeichnet. Erfolgt die Bau-Ausführung durch den Bauherrn selbst, beschränkt sich die Tätigkeit des Bauführers auf die Bau-Aufsicht.

Unserer Auffassung nach ist die Bauleitung somit auch von der Berechtigung nach § 99 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 mit umfasst. Damit können wir uns auch der teilweise vertretenen Ansicht, Bauführer nach den baurechtlichen Vorschriften könne nur ein Baumeister mit einer Berechtigung zur umfassenden Planung sein, nicht anschließen. Um Erörterung wird ersucht.

### **Ergebnis zu 13.:**

Zunächst ist festzuhalten, dass die Befugnis zur Übernahme der Bauführung im Sinne der Bauordnungen der Länder vom jeweiligen Landesgesetzgeber festgelegt wird. Ob nach einer bestimmten Bauordnung ein Bauführer nur ein Baumeister mit einer Berechtigung zur umfassenden Planung sein kann, ist von der Baubehörde und nicht von der Gewerbebehörde zu klären.

In dem gegebenen Zusammenhang wird jedoch bemerkt, dass nach § 40 Abs. 2 Z 1 der OÖ Bauordnung 1994 Bauführer derjenige ist, der das Bauvorhaben zur Gänze oder in Teilen (Bauabschnitte) über Auftrag des Bauherrn als Unternehmer ausführt. Nach § 99 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 bedarf es hierfür einer Berechtigung für das Baumeistergewerbe, die - im Unterschied zu bestimmten Bauordnungen anderer Länder - auf ausführende Tätigkeiten eingeschränkt sein kann.

Insoweit ein zur Ausführung von Bauten berechtigter Gewerbetreibender bei den von ihm selbst errichteten Bauten einen Bauführer unselbständig beschäftigt, findet dessen Tätigkeit der Bauaufsicht in der entsprechenden Gewerbeberechtigung des Bauunternehmens seine Deckung.

Wird jedoch die Bauaufsicht von einem Gewerbetreibenden unabhängig von der Bauausführung übernommen, so bedarf es hierzu einer Berechtigung für das Baumeistergewerbe hinsichtlich der Leitung von Bauten gemäß § 99 Abs. 1 Z 2 GewO 1994.

## **Zu TOP 7:**

Die Befugnis gemäß § 99 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 („die Bauaufsicht durchzuführen“) war an sich in der ursprünglichen Fassung des später als Gewerberechtsnovelle 2017, BGBl. I Nr. 94/2017, kundgemachten Gesetzes als Bestandteil des § 99 Abs. 1 Z 3 GewO 1994, also im Bereich der ausführenden Tätigkeiten, geplant.

In den weiteren Entwicklungen des Gesetzwerdungsprozesses wurde diese Tätigkeit jedoch den leitenden Tätigkeiten des § 99 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 zugewiesen. Dies bedeutet aber nicht, dass die ausführende Tätigkeit der weiterhin in § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 erfassten Befugnis der „Übernahme der Bauführung“, die auch schon weit älter ist und von der Gewerberechtsnovelle 2017 unberührt geblieben ist, nunmehr gegenstandslos oder von § 99 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 konsumiert wäre.

Grundsätzlich sind die Bauordnungen der Bundesländer bei der Festlegung, welche Befugnis für das Ausstellen einer „Bauführerbestätigung“ von der Behörde zu akzeptieren ist, im Rahmen der allgemeinen Sachlichkeitsgrenzen frei. Aus den Befugnissen der GewO 1994 können jedenfalls die Bedeutungsinhalte der entsprechenden Bauvorschriften der Länder nicht erschlossen werden. Hinzu kommt, dass in den Landesgesetzen teilweise unterschiedliche Termini in Gebrauch sein können, die nicht immer strikt oder im zeitlichen Naheverhältnis die Nomenklatur der jeweiligen Gewerberechtsentwicklung nachvollzieht.

Was die gewerberechtlichen Befugnisse anlangt ist jedenfalls deutlich, dass § 99 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 leitende Befugnisse im Auge hat, wobei die Bauaufsicht in diesem Sinne wohl auch zum Ausdruck bringen soll, dass es sich hierbei um eine Person handelt, die nicht nur in der Lage ist, ein Bauwerk ordnungsgemäß zu errichten, sondern auch, ein gesamtes Bauvorhaben zu organisieren und zu leiten, auch wenn sie selbst nur Teile der Bauführung oder gar keine Bauführung übernimmt.

§ 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 konzentriert sich jedoch auf die Ausführung, wobei eine dermaßen befugte Person durchaus in der Lage und auch befugt ist, die Bauführung selbstständig, gegebenenfalls auch unter Verwendung von Mitarbeitern oder auch Subunternehmen für einzelne spezifische Ausführungsbereiche (wie etwa beispielsweise dem Einsetzen von Fenstern), vorzunehmen. Dabei geht es aber immer um Tätigkeiten, bei denen die faktische „Bauführungsgewalt“ bei jener Person liegt (und liegen kann), die zur Übernahme der Bauführung berechtigt ist. Eine leitende Befugnis für Bauvorhaben, bei denen es geradezu

notwendig ist, eine leitende Position gegenüber auch mehreren - möglicherweise auch gleichzeitig - bauführenden Personen einzurichten, kommt einem gemäß § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 Befugten nicht zu.

Es liegt nun wohl nahe, dass eine Person mit der Befugnis gemäß § 99 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 ausgestattet ist, auch jene Fähigkeiten aufweist, die eine Bauordnung eines Bundeslandes an einen Testierenden stellt.

Es ist aber keineswegs davon auszugehen, dass ein Befugter gemäß § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 solche für ein Testat qualifizierenden Fähigkeiten entweder gänzlich nicht oder nur dann hat, wenn er auch die Befugnis gemäß § 99 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 aufweist oder den Befähigungsnachweis nach dem Maßstab des § 99 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 erbracht hat. Es wäre daher wohl auch nicht unsachlich, wenn die Bauordnungen der Länder auch Befugte gemäß § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 zum Ausstellen von baurechtlichen Testaten in Betracht ziehen.

Keinesfalls darf aber aus den Bauordnungen der Länder die Notwendigkeit gesehen werden, einen gewerberechtlichen Umweg durch Entwicklung von Rechtsdeutungen einer „formellen Befähigungsnachweisangleichung“ zwischen den Ziffern 2 und 5 entwickeln zu müssen. Dazu könnte man zwar insbesondere durch den Umstand verleitet werden, dass einzelne Bauordnungen nicht immer exakt die Termini der jeweils jüngsten Nomenklatura der Gewerberechtsentwicklung verwenden oder zeitlich nahe daran angepasst werden. Es handelt sich bei den Ziffern 2 und 5 dennoch um unterschiedliche Befugnisse, die zwar bei kleineren Bauvorhaben für den ungeübten Betrachter nicht ganz leicht zu unterscheiden sein könnten, der effektive Unterschied der Befugnisse wird mit steigender Größe eines Bauvorhabens jedoch äquivalent zunehmend augenfällig.

Insgesamt ist es daher nichtzutreffend, dass die Befugnis gemäß § 99 Abs. 1 Z 5 „Übernahme der Bauführung“ völlig deckungsgleich mit der Befugnis gemäß § 99 Abs. 1 Z 2 „die Bauaufsicht durchzuführen“ ist und daher die Übernahme der Bauführung nur erlangt werden kann, wenn der Befähigungsnachweis gemäß den Anforderungen an § 99 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 erbracht wird. Die Befugnis gemäß § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 kann vielmehr auch nach der Gewerberechtsnovelle 2017 im gesamten Umfang dieser Ziffer auch im Wege des individuellen Befähigungsnachweises erlangt werden.

## 8. (Steiermark) Ununterbrochene fachliche Tätigkeit

Diverse Zugangsverordnungen sehen eine ununterbrochene xx-jährige fachliche Tätigkeit vor.

Nach der Rechtsprechung des EUGH wird der Begriff "ununterbrochen" sehr eng interpretiert.

"Ununterbrochen" bedeutet "ohne andere Unterbrechungen als diejenigen, die sich aus den Ereignissen des täglichen Lebens ergeben, allenfalls Unterbrechungen wegen (kurzer) Krankheit oder (üblicher) Urlaubszeiten".

Es ergeht die Bitte mitzuteilen, ob ein Fortbetriebsrecht der Insolvenzmasse zu einer Unterbrechung der fachlichen Tätigkeit führt, zumal der Gewerbeinhaber während der Dauer des Insolvenzverfahrens nicht berechtigt ist, das Gewerbe auszuüben.

**Zu TOP 8:**

Mit Insolvenzeröffnung verliert der Gewerbeinhaber grundsätzlich die Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse. Die gewerbliche Tätigkeit wird daher unterbrochen.

Durch die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung wird dem Gewerbeinhaber die Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse nicht entzogen (vgl. § 169 Abs. 1 Insolvenzordnung). Seine Verfügungsbefugnis unterliegt zwar auch in diesem Verfahren gewissen Schranken, der gewöhnliche Unternehmensbetrieb kann jedoch grundsätzlich fortgesetzt werden (vgl. im Einzelnen §§ 171 ff IO). Die im Rahmen der Eigenverwaltung absolvierte berufspraktische Tätigkeit des Gewerbeinhabers kann daher unter den Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 GewO 1994 als fachliche Tätigkeit angerechnet werden. Ob dem Schuldner die Eigenverwaltung im Sanierungsverfahren zusteht, wird in der Ediktsdatei bekannt gemacht (vgl. § 74 Abs. 2 Z 6 IO).

## 9. (Steiermark) Leitende Stellung gemäß § 18 Abs. 3 GewO 1994 und gemäß Zugangsverordnungen

§ 18 Abs. 3 GewO 1994 definiert unter Verweis auf § 18 Abs. 2 Z 9 eine Tätigkeit in leitender Stellung als eine Tätigkeit die überwiegend mit fachspezifischen Aufgaben und mit der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens verbunden ist.

Viele Zugangsverordnungen sehen eine mindestens fünfjährige fachspezifische Tätigkeit in leitender Stellung vor und verweisen auf § 18 Abs. 3 GewO 1994.

Nun stellt sich die Frage, ob neben einer fünfjährigen fachspezifischen Tätigkeit in leitender Stellung, wie in vielen Zugangsvorordnungen gefordert ist, auch eine Verantwortung für mindestens Abteilung des Unternehmens (im Ausmaß von fünf Jahren), wie sie im § 18 Abs. 3 GewO 1994 vorgesehen ist, vorliegen muss.

**Zu TOP 9:**

Gemäß § 18 Abs. 3 GewO 1994 ist unter „Tätigkeit in leitender Stellung“ eine Tätigkeit zu verstehen, die überwiegend mit fachspezifischen Aufgaben und mit der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens verbunden ist. Die Tätigkeit in leitender Stellung ist daher bereits aufgrund der Definition des § 18 Abs. 2 Z 9 GewO 1994 mit der Verantwortung für eine Abteilung des Unternehmens verbunden. In diesem Sinne sind auch die Zugangsverordnungen so zu lesen, dass die darin geforderte mindestens fünfjährige fachspezifische Tätigkeit in leitender Stellung die Verantwortung für eine Abteilung des Unternehmens voraussetzt.

## 10. (Oberösterreich) Gewerberechtlicher Geschäftsführer – Anerkennung der Tätigkeit als Selbstständiger als ausreichender Nachweis der Befähigung trotz Ausscheidens des gewerberechtlichen Geschäftsführers

Es wird immer mehr zur Praxis, dass reglementierte Gewerbe – mangels Vorliegens einer entsprechenden Befähigung – unter zur Hilfenahme eines gewerberechtlichen Geschäftsführers angemeldet werden, der gewerberechtliche Geschäftsführer noch am selben Tag oder bereits nach kurzer Zeit wieder abgemeldet wird und das reglementierte Gewerbe in weiterer Folge ohne gewerberechtlichen Geschäftsführer ausgeübt wird.

Die Problematik dabei wird nicht nur in der Ausübung des reglementierten Gewerbes ohne gewerberechtlichen Geschäftsführer gesehen, sondern auch darin, ob die geschäftsführerfreie Zeit als für die Zugangsvoraussetzung erforderliche ununterbrochene, mindestens 3- bis 6-jährige einschlägige Tätigkeit als Selbstständiger gewertet werden kann.

Unserer Ansicht nach muss auch die Zeit der Selbstständigkeit ohne gewerberechtlichen Geschäftsführer, als zumindest formale Zugangsvoraussetzung (ununterbrochene, mindestens 3- bis 6-jährige einschlägige Tätigkeit als Selbstständiger) gewertet werden.

Um Diskussion und Mitteilung ob dieser Rechtsmeinung Folge geleistet wird, darf ersucht werden.

### **Zu TOP 10:**

Nach Ausscheiden des gewerberechlichen Geschäftsführers darf das Gewerbe bis zur Bestellung eines neuen Geschäftsführers weiter ausgeübt werden: bei Gewerbeausübung durch eine juristische Person oder eingetragene Personengesellschaft bis zu sechs Monaten (§ 9 Abs. 2 GewO 1994), bei Gewerbeausübung durch eine natürliche Person bis zu einem Monat (§ 16 Abs. 1 iVm § 9 Abs. 2 GewO 1994). In bestimmten Fällen ist die Frist durch die Behörde zu verkürzen.

Die Tätigkeit als Selbstständiger iSd § 18 Abs. 2 Z 11 GewO 1994 ist nicht näher definiert; wie bei der GRT 2014, Top 16, festgehalten wurde, muss die Tätigkeit als Selbstständiger mit den wesentlichen Berufsmerkmalen des betreffenden reglementierten Gewerbes übereinstimmen. Eine Einschränkung der Erfüllung der Zugangsvoraussetzungen dahingehend, dass an die Tätigkeit als Selbstständiger bestimmte Anforderungen hinsichtlich des Vorhandenseins eines gewerberechlichen Geschäftsführers bzw. einer Befähigung gestellt werden, ist der Gewerbeordnung nicht zu entnehmen. Sofern eine selbstständige Tätigkeit nachgewiesen werden kann, ist sie als Tätigkeit als Selbstständiger im Sinne des § 18 Abs. 2 Z 11 GewO 1994 und im Sinne der verordnungsmäßig festgelegten Zugangsvoraussetzungen in die Beurteilung der Befähigung einzubeziehen. Zu beachten ist aber, dass für die Beurteilung der Tätigkeit als Selbstständiger entsprechende Nachweise erbracht werden müssen, wobei für die geschäftsführerfreie Zeit der Nachweis durch die Beibringung einer Bestätigung des gewerberechlichen Geschäftsführers nicht zur Verfügung steht.

## 11. (Vorarlberg) Ausbildungen für eingeschränkte reglementierte Gewerbe;

### Erbringung des Befähigungsnachweises

In mehreren reglementierten Gewerben werden von verschiedenen Ausbildungseinrichtungen Lehrgänge angeboten, in welchen die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten vermittelt werden sollen und auf Grund deren Absolvierung und Abschluss in weiterer Folge auch die Erlangung einer entsprechenden Gewerbeberechtigung möglich sein soll. Beispielhaft werden z. B. Ausbildungen in den Bereichen Visagisten/in und Permanent-Make-Up (Teilbereich des Kosmetikergewerbes) oder Ausbildungen zum Herrenfriseur und Barber (Friseur und Perückenmachergewerbe) angeführt.

In Regel werden derartige Ausbildungen mit einer Arbeitsprobe und einem Fachgespräch (einzelner Prüfer) abgeschlossen, welche dann die Grundlage für den Gewerbezugang für das jeweils eingeschränkte, reglementierte Gewerbe bilden sollen.

Gemäß § 22 Abs. 1 GewO 1994 sind Befähigungsprüfungen entsprechend der für die Meisterprüfung vorgegebenen Struktur zu gestalten und müssen mindestens den Qualifikationsanforderungen gemäß § 20 Abs. 1 GewO 1994 entsprechen. Abweichend davon können Prüfungsordnungen für Befähigungsprüfungen gemäß § 22 Abs. 2 GewO 1994 eine andere inhaltliche Struktur bzw. andere Qualifikationsanforderungen aufweisen, wenn dies im Hinblick auf die Qualifikationserfordernisse zur Berufsausübung sachlich gerechtfertigt ist.

Gemäß § 24 Abs. 1 GewO 1994 hat die zuständige Fachorganisation der Wirtschaftskammer Österreich die in der jeweiligen Meister- oder Befähigungsprüfung bzw. in der jeweiligen Zusatzprüfung zu überprüfenden Lernergebnisse unter Berücksichtigung der für die Berufsausübung charakteristische Kenntnisse, Fertigkeiten und Kompetenz durch Verordnung festzulegen (Prüfungsordnungen).

Von unserer Seite wäre es - im Sinne einer einheitlichen Vollziehung und einer Transparenz des Qualifikationsabschlusses (Stichwort: Prüfungsinhalt, Prüfungskommission) – wünschenswert und notwendig, dass in solchen Fällen in Abstimmung mit der zuständigen Fachorganisation der Wirtschaftskammer derartige Ausbildungen mit inhaltlich angepassten, eingeschränkten Modulprüfungen abgeschlossen werden können.

Es wird dazu um einen Erfahrungsaustausch und Diskussion ersucht.

### **Zu TOP 11:**

Unstrittig ist, dass bei Nichterbringen des Befähigungsnachweises gemäß einer Zugangsverordnung nach § 18 GewO 1994 durch den Antragsteller die Gewerbebehörde anhand der beigebrachten Nachweise zu überprüfen hat, welche Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen des Antragstellers anzunehmen sind (siehe VwGH 20.10.1987, 86/04/0084, GRT Protokoll 2009 TOP 31).

Sollten diese Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen nicht für den Gewerbezugang zum vollen Gewerbe ausreichen, ist dem Antragsteller Parteiengehör zu gewähren und allenfalls das Vorliegen der individuellen Befähigung mit Beschränkung auf Teiltätigkeiten auszusprechen (siehe auch GRT Protokoll 2019 TOP 10). Diese Beurteilung hat jeweils am Maßstab der Zugangsverordnung zu erfolgen (siehe VwGH 06.04.2005, Zl. 2004/04/0047).

Bezugnehmend auf den Vorschlag des Ausstellens von „eingeschränkten“ Modulprüfungszeugnissen, also von Modulprüfungszeugnissen nur für bestimmte Teilbereiche eines Moduls, ist auf § 352 Abs. 8 GewO 1994 zu verweisen. Danach ist von der Meisterprüfungsstelle für jedes positiv absolvierte Modul einer Prüfung eine Bestätigung auszustellen. Auch nach § 10 der Allgemeinen Prüfungsordnung hat die Meisterprüfungsstelle nur bei erfolgreicher Ablegung eines Moduls das entsprechende Modulprüfungszeugnis (Anlage 2 und 3 der Allgemeinen Prüfungsordnung) auszustellen.

Das bundesweit legislative Vorsehen von (bundesweit inhaltlich angepassten und einheitlichen) Modulprüfungen für Lehrgänge für den Gewerbezugang zu eingeschränkten Gewerben liegt gerade nicht im Sinn des Rechtsinstitutes der individuellen Befähigung und der Beurteilung der individuellen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen des Antragstellers durch die Gewerbebehörde.

### **GRT 2009, TOP 31, lautet:**

*31.(BMWFJ) Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19 GewO 1994*

*Auf Grund eines Berichts der Volksanwaltschaft, in dem die uneinheitliche Anwendung des § 19 GewO 1994 durch die Bezirksverwaltungsbehörden gerügt wird, ist Folgendes festzuhalten:*

*Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 06.04.2005, Zl. 2004/04/0047, zur Feststellung der individuellen Befähigung nach § 19 GewO 1994 ausgesprochen hat, bilden die den Befähigungsnachweis gemäß § 18 Abs. 1 GewO 1994 festlegenden Vorschriften den*

*Maßstab dafür, ob die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen durch die vom Antragsteller beigebrachten Beweismittel belegt werden. Der Verwaltungsgerichtshof beruft sich in diesem Erkenntnis auf die vergleichbare frühere Rechtslage und auf sein Erkenntnis vom 09.10.2002, Zl. 2002/04/0059, und die dort zitierte Vorjudikatur. Danach kann die Feststellung der individuellen Befähigung für die Ausübung eines reglementierten Gewerbes nur dann bejahend getroffen werden, wenn die vom Antragsteller absolvierte Ausbildung mindestens in gleicher Weise wie die in den Befähigungsnachweis festlegenden Vorschriften geforderte Ausbildung das Ausbildungsziel verwirklichen lässt. Die individuelle Befähigung liegt bei Gewerben, bei denen als Befähigungsnachweis eine Befähigungsprüfung vorgeschrieben ist, nur im Falle der Beherrschung des gesamten Prüfungstoffes, umfassend die für die Ausübung des Gewerbes notwendigen Kenntnisse auf allen in der betreffenden Befähigungsnachweisverordnung angeführten Sachgebieten vor.*

*Nach dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20.10.1987, Zl. 86/04/0084, ist die Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19 GewO 1994 nicht auf das Ergebnis einer Prüfung, die vom Antragsteller abzulegen wäre, oder auf das Ergebnis einer in informativen Befragung des Antragstellers, sondern darauf abzustellen, was hinsichtlich der Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen des Antragstellers durch die von ihm beigebrachten Beweismittel anzunehmen ist. Die Behörde hat demnach in einem solchen Verfahren zunächst auf Grund der vom Antragsteller vorgelegten Belege Feststellungen über den von ihm durchlaufenen Bildungsgang und seine bisherigen Tätigkeiten zu treffen. Aus diesen Grundlagen sind anschließend Feststellungen über jene Kenntnisse, Fähigkeiten, und Erfahrungen zu treffen, die der Antragsteller durch seine Ausbildung und Fachpraxis erworben hat. Das so gewonnene Ergebnis ist sodann den aus den für das betreffende Gewerbe geltenden Vorschriften zu entnehmenden, für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen gegenüberzustellen.*

*Es ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes Sache des Antragstellers, die für die jeweilige Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen initiativ nachzuweisen, sodass die Behörde in diesem Zusammenhang keine amtswegige Ermittlungspflicht trifft. Die Behörde ist auch nach Maßgabe des § 13a AVG nicht verpflichtet, den Antragsteller anzuleiten, welche bestimmte Beweismittel beizubringen wären.*

*Nach dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20.10.1987, Zl. 86/04/0084, liegt im Falle der Unterziehung des Antragstellers einer informativen Befragung zur Feststellung seiner hier maßgeblichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen durch die Behörde ein Verfahrensverstoß vor. Abgesehen davon, dass eine Befassung der zuständigen Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft im Verfahren betreffend Feststellung der individuellen Befähigung nach § 19 GewO 1994 in diesem Bundesgesetz nicht vorgesehen ist, kann daher nach der dargelegten Rechtslage eine informative Befragung des Antragstellers durch die genannte Einrichtung in einem solchen Verfahren keine Grundlage für die von der Behörde zu treffende Entscheidung bilden.*

*Der Erlass vom 18.11.2004, BMWA-30.599/5195-I/7/2004, bleibt unberührt.*

12. (Kärnten) Freies Gastgewerbe in der Betriebsart Beherbergung von Gästen, wenn nicht mehr als zehn Fremdenbetten bereitgestellt werden

Sollte sich die Begrenzung der Bettenanzahl auf das gesamte Unternehmensgeschehen beziehen stellt sich die Frage, wie bei der Anzeige weiterer Betriebsstätten bei Erreichen der Maximalanzahl vorzugehen wäre, zumal darauf hingewiesen werden darf, dass es beim Gastgewerbe in der Betriebsart Verabreichung von Speisen in einfacher Art und Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen, wenn hierbei nicht mehr als acht Verabreichungsplätze (zum Genuss von Speisen und Getränken bestimmte Plätze) bereitgestellt werden, lediglich auf die Ausstattung der Einrichtung vor Ort ankommen soll.

13. (Tirol) Freies Gastgewerbe bis 10 Betten – Zusammenrechnung der Bettenanzahl  
Gemäß § 111 Abs. 2 Z 4 GewO 1994 ist „die Beherbergung von Gästen, wenn nicht mehr als 10 Fremdenbetten bereitgestellt werden, und die Verabreichung des Frühstücks und von kleinen Imbissen und der Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen sowie von gebrannten geistigen Getränken als Beigabe zu diesen Getränken an die Gäste“ als freies Gastgewerbe einzustufen. Es stellt sich nunmehr die Frage ob ein freies Gastgewerbe mit maximal 10 Betten an mehreren Standorten zusammen zu rechnen ist und daher insgesamt in ganz Österreich nur bis 10 Betten zulässig ist.

Eine ähnliche Fragestellung wurde bereits bei der Bundesgewerbereferententagung 2019 zu Top 17 als Nebenfrage diskutiert. Leider finden sich im Protokoll dazu keine Ausführungen. Nach ha. Erinnerung hat sich jedoch das Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort klar für eine Zusammenrechnung mit folgender Begründung ausgesprochen:

*„Die zehn Betten beziehen sich immer auf den jeweiligen Gewerbeinhaber und sind daher zusammen zu rechnen. Wenn in allen Standorten insgesamt zehn Betten überschritten werden ist damit ein reglementiertes Gastgewerbe notwendig. Österreichweit kann immer nur ein gleiches Gewerbe angemeldet werden, weitere Standorte sind dann immer als weitere Betriebstätten anzuzeigen. Das Gewerberecht hat der jeweilige Rechtsträger, dieser ist Gewerbetreibender. Eine weitere Gewerbebeanmeldung (desselben Gewerbes) müsste wegen „entschiedener Sache“ zurückgewiesen werden.“*

Um Mitteilung der dortigen Rechtsmeinung darf gebeten werden.

### **Zu TOP 12 und 13:**

Diese beiden Punkte wurden unter einem behandelt.

Zutreffend ist, dass das BMDW die zitierte Nebenfrage in der vom Land Tirol ausgeführten Weise erörtert und beantwortet hat.

Zur Erläuterung und Vollständigkeit der zu dieser Rechtsansicht führenden Hintergründe ist zunächst zu berücksichtigen, dass eine Gewerbeberechtigung gemäß § 38 Abs. 1 GewO 1994 ein persönliches Recht ist. Ein persönliches Recht kann aber nur einmal erlangt werden, eine Mehrfachverleihung ein und desselben Rechts an ein und dieselbe Person ist weder vorgesehen noch erforderlich. Dies ist auch keine besondere Eigenart des Gewerberechts, genauso wenig kann etwa eine Person mehrfach eine Lenkerberechtigung zu einer bestimmten Fahrzeugkategorie haben.

Davon ausgehend wurde die erste Diskussionsvariante, nämlich die Gastgewerbeberechtigung in der Betriebsart gemäß § 111 Abs. 2 Z 4 GewO 1994 an unterschiedlichen Standorten mehrfach zu begründen, als rechtlich nicht zulässig verworfen. Eine solche Mehrfachanmeldung wäre wegen entschiedener Sache zurückzuweisen.

Die nächste Diskussionsvariante war die Erörterung, wie damit umzugehen wäre, falls zu einer solchen Gewerbeberechtigung weitere Betriebsstätten gemäß § 46 GewO 1994 angezeigt würden. Dazu wurde erläutert, dass das Anzeigen der Ausübung in weiteren Betriebsstätten jenes Rechtsinstitut ist, mit welchem die Ausübung ein und derselben Gewerbeberechtigung an mehreren Standorten abgebildet wird. Diese Möglichkeit steht daher auch dem Inhaber einer Gastgewerbeberechtigung in der Betriebsart gemäß § 111 Abs. 2 Z 4 GewO 1994 grundsätzlich offen.

Es muss aber diesbezüglich auch berücksichtigt werden, dass damit kein Rechtszustand entstehen darf, der den Befugnisumfang einer Gewerbeberechtigung ausdehnt, wobei im spezifischen Fall besonders relevant ist, dass im Fall dieser gastgewerblichen Betriebsart kein Befähigungsnachweis gefordert ist und bei Veränderungen des Gewerbeumfangs auch die Schwelle zum Erfordernis eines Befähigungsnachweises überschritten sein kann.

Daher wurden vergleichend die gastgewerblichen Betriebsarten gemäß § 111 Abs. 2 Z 3 GewO 1994 („Würstelstände“, bis zu acht Verabreichungsplätze) und gemäß § 111 Abs. 2 Z 4 GewO 1994 („Herbergen“, bis zu zehn Betten“) behandelt, da in beiden Betriebsarten

vergleichbare Limits vorzukommen scheinen. Dies ist aber aus folgenden Gründen nicht der Fall:

Diese Limits sind nämlich jeweils für sich anhand des Zwecks zu beurteilen, der dazu geführt hat, dass der Gesetzgeber diese beiden Betriebsarten vom Befähigungsnachweis ausgenommen hat. Der Befähigungsnachweis bezieht sich nämlich auf die Gewerbeberechtigung insgesamt und es muss sich die Forderung eines Befähigungsnachweises immer daran messen lassen, dass der Befähigungsnachweis betreffend den ganzen Gewerbeumfang im Lichte der verfassungsrechtlichen gewährleisteten Erwerbsausübungsfreiheit gerechtfertigt und im Lichte des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes auch sachlich ist.

Bei der Betriebsart gemäß § 111 Abs. 2 Z 3 GewO 1994 steht eindeutig die Dimension der einzelnen Betriebseinrichtung im Vordergrund. Für einen Würstelstand in dieser Dimension wäre ein Befähigungsnachweis nicht gerechtfertigt, da eine solche Einrichtung auch ohne Befähigungsnachweis ordnungsgemäß betrieben werden kann. Daran ändert sich auch nichts, wenn ein Gewerbeinhaber mehrere Standorte dieser Dimension unterhält.

Bei der Betriebsart gemäß § 111 Abs. 2 Z 4 GewO 1994 steht hingegen deutlich die gesamte Unternehmensdimension im Vordergrund. Es ist natürlich immer möglich, unterschiedlicher Ansicht über die Dimensionsgrenze zu sein, aber der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, dass ein Beherbergungsgewerbe ab einer gewissen Bettenzahl eines Befähigungsnachweises bedarf und er hat diese Grenze mit zehn Betten bestimmt. Darüber wird der Inhaber vergleichbar einem Hotel, und daran ändert sich auch nichts, wenn die Betten verstreut über das Bundesgebiet gastgewerblich verfügbar gemacht werden. Daher wird aus einem Gewerbeinhaber bei Überschreiten der in § 111 Abs. 2 Z 4 GewO 1994 genannten Bettengrenze ein unter Reglementierungsvorbehalt stehendes Beherbergungsunternehmen. Diese Reglementierungsgrenze kann nicht durch Anzeigen weiterer Betriebsstätten mit jeweils weiteren bis zu zehn Betten umgangen werden.

Daher ist es zusammenfassend wohl möglich, mittels der Anzeige einer weiteren Betriebsstätte weitere Würstelstände an anderen Orten zu unterhalten, solange diese für sich genommen jeweils die Ausstattungslimits gemäß § 111 Abs. 2 Z 3 GewO 1994 wahren. Hingegen kann ein Beherbergungsbetrieb nicht durch das Anzeigen einer weiteren Betriebsstätte die Gesamtzahl von zehn Betten ausdehnen, ohne damit gleichzeitig den

Gewerbeumfang zu verlassen und auch die Reglementierungsgrenze zu überschreiten. In einem solchen Fall wäre daher der Anzeiger von der Behörde anzuleiten, das reglementierte Gastgewerbe in der entsprechenden Betriebsart anzumelden; alternativ wäre, wenn dieser Anleitung nicht gefolgt wird und die Anzeige dennoch weiter aufrechterhalten wird, gemäß § 345 Abs. 5 GewO 1994 mit Feststellung des Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen und Untersagung der Ausübung in der weiteren Betriebsstätte vorzugehen.

#### 14. (Wien) EWR-bezogene Anforderungen an die Staatsbürgerschaft und den Wohnsitz; Aufenthaltstitel gemäß § 14 Abs. 5 GewO 1994

In der Gewerbeordnung sind für einige Gewerbe (Rauchfangkehrer – § 121 Abs. 1; Überlassung von Arbeitskräften – § 135 Abs. 3; Arbeitsvermittlung – § 151a Abs. 2; Waffengewerbe – § 141 Abs. 1) besondere Regelungen betreffend die Staatszugehörigkeit und den Wohnsitz bzw. den Sitz von Gewerbetreibenden vorgesehen. Während die Regelungen betreffend natürliche Personen klar sind, haben sich Fragen zu den Vorgaben betreffend juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften gestellt. Für natürliche Personen ergibt sich für die Gewerbe der Rauchfangkehrer, der Überlassung von Arbeitskräften und der Arbeitsvermittlung in Zusammenschau mit § 14 Abs. 3 GewO 1994 bzw. für das Waffengewerbe direkt aus § 141 Abs. 1 leg. cit., dass diese entweder Staatsangehörige einer EWR-Vertragspartei bzw. der Schweizerischen Eidgenossenschaft sein und ihren Wohnsitz in einem EWR-Vertragsstaat bzw. der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben müssen oder über einen der in § 14 Abs. 5 Z 1 leg. cit. angeführten Aufenthaltstitel verfügen müssen.

Für juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften gilt für die Gewerbe der Rauchfangkehrer, der Überlassung von Arbeitskräften und der Arbeitsvermittlung grundsätzlich, dass diese ihren Sitz oder ihre Hauptniederlassung in einem EWR-Vertragsstaat haben müssen und es wird (betreffend das Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften nur für den Fall, dass die Überlassung im Verhältnis zu den anderen wirtschaftlichen Betätigungen des betreffenden Rechtsträgers keine nur untergeordnete Bedeutung hat) zusätzlich die Staatsangehörigkeit einer EWR-Vertragspartei der Mitglieder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe oder der geschäftsführungs- und vertretungsbefugten GesellschafterInnen sowie deren Wohnsitz in einem EWR-Vertragsstaat normiert (vgl. §§ 121 Abs. 1 Z 2, 135 Abs. 3 Z 2, 3 151a Abs. 2 Z 2 leg. cit.). Gemäß § 14 Abs. 5 Z 3 GewO 1994 werden die Voraussetzungen für die Ausübung der genannten Gewerbe auch dann erfüllt, wenn der Sitz oder die Hauptniederlassung in einem EWR-Vertragsstaat oder alternativ in der Schweizerischen Eidgenossenschaft liegen und die Mitglieder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe oder die geschäftsführungs- und vertretungsbefugten GesellschafterInnen über die Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaates des EWR oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft verfügen. Ein bestimmtes Wohnsitzerfordernis wird in dieser Bestimmung nicht vorgesehen. Für das Waffengewerbe (vgl. § 141 Abs. 1 Z 2) ist der Sitz oder die Hauptniederlassung in einem EU- oder EWR-Vertragsstaat oder in der Schweizerischen

Eidgenossenschaft vorgesehen sowie hinsichtlich der Mitglieder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe oder der geschäftsführungs- und vertretungsbefugten GesellschafterInnen die Staatsangehörigkeit einer EU- oder EWR-Vertragspartei oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft und deren Wohnsitz in einem EU- oder EWR-Vertragsstaat oder in der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

Fraglich ist, ob bei juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften die natürlichen Personen in der Funktion der gesetzlichen Vertretung bzw. der geschäftsführungs- und vertretungsbefugten GesellschafterInnen jedenfalls über eine EU- bzw. EWR-Staatsangehörigkeit oder jene der Schweizerischen Eidgenossenschaft verfügen müssen, oder die Voraussetzungen für die Gewerbeausübung auch dann erfüllt sind, wenn diese Personen über einen in § 14 Abs. 5 Z 1 GewO 1994 angeführten Aufenthaltstitel verfügen.

In den erläuternden Bemerkungen (vgl. RV 1800 BlgNR 24. GP 15) wird zu § 14 GewO 1994 Folgendes ausgeführt: *„Aufgrund des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits (BGBl. III Nr. 133/2002) sind Schweizer Staatsbürger den EWR-Staatsbürgern gleichzustellen. Art. 11 Abs. 1 der RL 2003/109/EG betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen enthält ein Gebot zur Gleichbehandlung hinsichtlich des Zugangs zu einer unselbstständigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit, wenn diese nicht, auch nicht zeitweise, mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Die horizontale Bestimmung des § 14 Abs. 5 GewO 1994 soll daher die genannten Anforderungen auf Sachverhalte mit Bezug zu Schweizer Staatsbürgern oder zu langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen ausdehnen.“*

Nach Ansicht des Amtes der Wiener Landesregierung scheint sowohl eine Auslegung dahingehend möglich, dass bewusst eine Differenzierung zwischen natürlichen Personen als Gewerbetreibende und natürlichen Personen in der Funktion der gesetzlichen Vertretung bzw. der geschäftsführungs- und vertretungsbefugten GesellschafterInnen bei juristischen Personen bzw. eingetragenen Personengesellschaften getroffen wurde, als auch eine Auslegung im Sinne einer intendierten Gleichbehandlung. Es wird um Diskussion gebeten, welcher Auslegung der Vorrang einzuräumen ist.

Weiters wird um Mitteilung ersucht, ob das Amt der Wiener Landesregierung zutreffend davon ausgeht, dass lediglich die „Leitungsorgane“ die besonderen Voraussetzungen

betreffend Staatsangehörigkeit bzw. Wohnsitz erfüllen müssen und Mehrheits- oder AlleingeschafterInnen ohne Vertretungsbefugnis oder Personen, die aus dem Kreis der ArbeitnehmerInnen zur gewerberechtlchen Geschäftsführerin bzw. zum gewerberechtlchen Geschäftsführer bestellt werden, nicht betroffen sind.

## **Zu TOP 14:**

1. Die Sonderregelung des § 14 Abs. 5 Z 3 GewO 1994 stellt kein Erfordernis eines **bestimmten Wohnsitzes** der Mitglieder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe oder der geschäftsführungs- und vertretungsbefugten GesellschafterInnen von juristischen Personen und eingetragenen Personengesellschaften auf. Damit ist bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen des § 14 Abs. 5 Z 3 GewO 1994 bei den von § 14 Abs. 5 erfassten Gewerben kein Wohnsitz der genannten Personen in einem EWR-Vertragsstaat oder der Schweiz nachzuweisen. (Eine solche Gesellschaft muss ohnehin gemäß § 39 GewO 1994 einen gewerberechtigten Gesellschafter bestellen, für den die Wohnsitzerfordernisse gemäß § 39 Abs. 1 GewO 1994 gelten.)

2. Dem Gegenüber werden die Voraussetzungen für die Gewerbeausübung unter Berücksichtigung des § 14 Abs. 5 Z 1 GewO 1994 **nicht** auch dann erfüllt werden, wenn die natürlichen Personen in der Funktion der gesetzlichen Vertretung bzw. der geschäftsführungs- und vertretungsbefugten GesellschafterInnen nur über einen in § 14 Abs. 5 Z 1 GewO 1994 angeführten **Aufenthaltstitel** verfügen.

Die Regelung in § 14 Abs. 5 Z 3 GewO 1994 beabsichtigt laut den erläuternden Bemerkungen die Gleichstellung der Schweizer Staatsbürger und der aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen mit EU- und EWR-Staatsangehörigen. Diese Gleichstellung wird dadurch erreicht, dass bei natürlichen Personen als Gewerbeinhaber ein entsprechender Aufenthaltstitel oder die Schweizer Staatsbürgerschaft ausreicht und keine EU/EWR Staatsbürgerschaft erforderlich ist. Hinsichtlich jur. Personen und eingetragener Personengesellschaften werden durch die Regelung in der Z 3 die Sitzerfordernisse und Staatsangehörigkeitsanforderungen hinsichtlich bestimmter Funktionsträger auf die EU/EWR und Schweiz ausgedehnt. Da die begünstigten Drittstaatsangehörigen jedem möglichen Staat der Erde angehören können, können hier keine bestimmten Staaten für eine mögliche Sitzanforderung bzw. Staatsangehörigkeit angeführt werden. Bzw. wird Gleichstellungsgebot gemäß Art. 11 Abs. 1 der RL 2003/109/EG nicht so ausgelegt, dass hier auch eine Gleichstellung für juristische Personen und deren Funktionsträger vorzunehmen ist. Juristische Personen können kein Aufenthaltsrecht erlangen. Funktionsträger einer juristischen Person haben keinen direkten Zugang zur selbständigen Erwerbstätigkeit, sondern nur indirekt über die Gewerbeberechtigung der juristischen Person. Wenn eine Erleichterung für Funktionsträger von juristischen Personen bei Sachverhalten gemäß § 14 Abs. 5 Z 3

GewO 1994 für Daueraufenthaltsberechtigte beabsichtigt gewesen wäre, wäre dies direkt in der Z 3 normiert worden.

Außerdem spricht der Wortlaut in § 135 Abs. 3 GewO 1995 für diese Auslegung: dort wird darauf abgestellt, ob die Gewerbeberechtigung einer natürlichen Person (Z 1) oder einer juristischen Person (Z 2) erteilt wird.

Nach dem Wortsinn und im Hinblick auf diese Systematik von § 135 Abs. 3 GewO 1994 bezieht sich die Wortfolge „natürlichen Personen“ in § 14 Abs. 5 Z 1 GewO 1994 in Verbindung mit § 135 Abs. 3 GewO 1994 auf den Fall von **natürlichen Personen, die ein Gewerbe innehaben (möchten)** und nicht auf natürliche Personen, die bestimmte Funktionen für eine gewerbeberechtigte juristische Person ausüben.

Für diese Auslegung spricht auch, dass damit die gleichen rechtlichen Anforderungen wie beim Waffengewerbe bestehen.

3. Hinsichtlich der letzten Auslegungsfrage wird die Auffassung geteilt, dass lediglich Mitglieder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe oder die geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter die besonderen Voraussetzungen erfüllen müssen, und nicht AlleingesellschafterInnen ohne Vertretungsbefugnis oder Personen, die aus dem Kreis der ArbeitnehmerInnen zur gewerberechlichen Geschäftsführerin bzw. zum gewerberechlichen Geschäftsführer bestellt werden.

## 15. (Salzburg) Handel mit Medizinprodukten - Freie Medizinprodukteverordnung – Begriff „zur Eigenanwendung“

Gemäß § 1 Freie Medizinprodukteverordnung, BGBl. II Nr. 355/2004, ist der Handel mit den dort aufgezählten Medizinprodukten (ua Fieberthermometer) **zur Eigenanwendung** dem reglementierten Gewerbe des Handels mit Medizinprodukten (§ 94 Z 33 GewO 1994) nicht vorbehalten.

Im Anlassfall beabsichtigte die Bundesbeschaffung GmbH iZm Covid-19 den Ankauf von kontaktlosen Infrarot-Fieberthermometern und hat für diese Leistung ein Ausschreibungsverfahren durchgeführt. Ein im Bundesland Salzburg ansässiger Anbieter wurde zunächst nicht zum Vergabeverfahren zugelassen, weil er nur das freie Handelsgewerbe besitzt, im vorliegenden Fall jedoch die Berechtigung für den Medizinprodukte-Handel notwendig wäre, da die Geräte nicht „zur Eigenanwendung“ bestimmt sind.

Es stellt sich daher die Frage nach der Auslegung des Begriffes „zur Eigenanwendung“. Es könnte damit gemeint sein, dass die Käufer/innen die Produkte selbst verwenden und nicht weiterverkaufen. Die Bundesbeschaffung hat offensichtlich die ebenfalls mögliche enge Auslegung angewandt, wonach die Käufer/innen die Produkte an sich selbst anzuwenden haben, damit das Produkt im Rahmen des freien Handelsgewerbes verkauft werden darf. Nach ha. Ansicht spricht der Wortlaut eher für die enge Auslegung.

Dabei stellt sich aber die Frage, welches Ausmaß an Qualifikation in einem Verfahren zur Feststellung einer (eingeschränkten) individuellen Befähigung für den Handel mit Medizinprodukten zu verlangen wäre, da in den meisten Fällen „Fremdanwender“ (also zB medizinisch-technisches Personal) weniger Beratungsbedarf haben als ungeschulte „Eigenanwender“.

Um Erfahrungsaustausch und Klarstellung wird ersucht.

### **Zu TOP 15:**

Das BMDW befürwortet die engere Auslegung des Begriffs Eigenanwendung im Sinne der Anwendung an sich selbst bzw. allenfalls im Familienkreis oder privat.

Wenn mit dem Wort Eigenanwendung jegliche Form der Benutzung, ausgenommen des Weiterkaufs gemeint wäre, stünden näherliegende und eindeutige Begriffe zu Verfügung, wie etwa „zur Abgabe an Letztverbraucher/Konsumenten“, „im Einzelhandel/Kleinhandel“.

Des Weiteren bringt die Anwendung von Medizinprodukten an Dritten mit sich, dass das Produkte in der Regel viel häufiger angewendet werden als bei einer privaten Anwendung. Eine häufigere Anwendung verursacht wiederum größere Risiken. Diesen Risiken wird durch die Vorbehaltsregelung entgegengewirkt, dieser Zweck spricht ebenfalls für die engere Auslegung.

Zum Ausmaß der Qualifikation: es ist nicht grundsätzlich davon auszugehen, dass Fremdanwender besser geschult sind als Eigenanwender. Gerade derzeit werden aufgrund der COVID-19 Pandemie z.B. Temperaturmessungen häufig durch Sicherheitspersonal durchgeführt. Dazu kommt das vorhin erwähnte Argument der häufigeren Anwendung als bei der Eigenanwendung. Es ist daher nicht ersichtlich, warum ein anderer Prüfungsmaßstab für derartige Fälle der individuellen Befähigung gelten sollte.

### III. Nebenrechte

#### 16. (Wien) Nebenrechte – Die „eigene Leistung“ im Sinne des § 32 Abs. 1a

GewO 1994

Gemäß § 32 Abs. 1a GewO 1994 steht Gewerbetreibenden auch das Erbringen von Leistungen anderer Gewerbe zu, wenn diese Leistungen die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Dabei dürfen die ergänzenden Leistungen insgesamt bis zu 30 vH des im Wirtschaftsjahr von der Gewerbetreibenden bzw. vom Gewerbetreibenden erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen. Innerhalb dieser Grenze dürfen auch ergänzende Leistungen reglementierter Gewerbe erbracht werden, wenn sie im Fall von Zielschuldverhältnissen bis zur Abnahme durch die Auftraggeberin bzw. den Auftraggeber oder im Fall von Dauerschuldverhältnissen bis zur Kündigung der ergänzten eigenen Leistungen beauftragt werden und sie außerdem bis zu 15 vH der gesamten Leistung ausmachen.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung ist zunächst, dass unter anderem auch eine „eigene Leistung“ erbracht wird. In der Praxis hat sich die Frage gestellt, ob lediglich die vom jeweiligen Gewerbewortlaut bzw. Tätigkeitsbereich eines angemeldeten Gewerbes umfassten Tätigkeiten oder auch Leistungen, die zulässigerweise im Rahmen der Nebenrechte gemäß § 32 Abs. 1 GewO 1994 erbracht werden, unter die Wortfolge der „eigenen Leistung“ des § 32 Abs. 1a GewO 1994 zu subsumieren sind. Die Beantwortung dieser Frage ist etwa in jenen Fällen von Bedeutung, in denen die Gewerbetreibende bzw. der Gewerbetreibende im Rahmen eines konkreten Rechtsgeschäftes keine Leistung des angemeldeten Gewerbes, sondern lediglich Leistungen im Rahmen der Nebenrechte des § 32 Abs. 1 und Abs. 1a GewO 1994 erbringen will.

Die Gewerbeordnung 1994 enthält keine Legaldefinition der „eigenen Leistung“. Die Verwendung der Wortfolge „Erbringen von Leistungen anderer Gewerbe“ in § 32 Abs. 1a erster Satz GewO 1994 als Gegenstück zur „eigenen Leistung“ könnte zwar den Schluss nahelegen, dass Leistungen anderer Gewerbe nicht aufgrund der Nebenrechte gemäß § 32 Abs. 1 GewO 1994 auch als „eigene Leistung“ erbracht werden können, jedoch erscheint dies – zumindest rein aufgrund des Wortlautes der Bestimmung – nicht zwingend geboten. Erstens hätte der Gesetzgeber anstatt der „eigenen Leistung“ – im Gleichklang mit der Wortfolge „Erbringen von Leistungen anderer Gewerbe“ – eine Formulierung wählen können, die explizit

auf Leistungen des angemeldeten Gewerbes abstellt. Zweitens würde eine Auslegung, wonach auch zulässigerweise im Rahmen der Nebenrechte gemäß § 32 Abs. 1 GewO 1994 erbrachte Leistungen anderer Gewerbe als „eigenen Leistung“ iSd Abs. 1a leg. cit. zu qualifizieren sind, nicht dem Gesetzeswortlaut widersprechen.

§ 32 Abs. 1a GewO 1994 wurde mit dem Bundesgesetz, mit dem die Gewerbeordnung 1994 geändert wurde, BGBl. I Nr. 94/2017, eingefügt. Zwar entspricht die vom Gesetzgeber beschlossene Regelung in Abs. 1a leg. cit. nicht dem in der Regierungsvorlage enthaltenen Vorschlag der Einfügung einer Z 1a in § 32 Abs. 1 GewO 1994, jedoch scheint die Heranziehung der Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur historischen Interpretation der Wortfolge „eigene Leistung“ in Abs. 1a leg. cit. geboten. In diesen finden sich zwar keine ausdrücklichen Ausführungen dazu, was unter der Wortfolge der „eigenen Leistung“ zu verstehen ist, jedoch wird etwa erläutert, dass *„für die Bildung des Verhältnisses zwischen Tätigkeiten, die aus dem Gewerbeumfang stammen und Tätigkeiten, die aus Nebenrechten herkommen, [...] insofern kein Formalismus vorgesehen [ist], als bewusst keine Bewertungsregeln dafür geschaffen werden, in welchen Maßeinheiten die jeweiligen Tätigkeiten ausgedrückt werden müssen“* (siehe ErläutRV 1475 BlgNR 25. GP 6). In Anbetracht dessen, mit welcher Bedeutung der Begriff „Gewerbeumfang“ in der Gewerbeordnung 1994 (siehe insb. § 134 Abs. 1 erster Satz, § 137c Abs. 3 erster Satz und § 365a Abs. 1 Z 13 GewO 1994) verwendet wird, und dem Umstand, dass von aus dem Gewerbeumfang stammenden Tätigkeiten jene unterschieden werden, die aufgrund von Nebenrechten (und nicht aufgrund dieses Nebenrechts) ausgeübt werden, liegt der Schluss nahe, dass der Gesetzgeber mit der „eigenen Leistung“ iSd § 32 Abs. 1a GewO 1994 lediglich jene Tätigkeiten meinte, die vom Tätigkeitsbereich des angemeldeten Gewerbes umfasst sind, und nicht auch jene, die im Rahmen der Nebenrechte gemäß § 32 Abs. 1 GewO 1994 erbracht werden.

Bereits die Vorgängerregelung (§ 32 Abs. 1 Z 1 zweiter Fall GewO 1994) enthielt die Wortfolge „eigene Leistungen“. Dazu wurde in den Erläuternden Bemerkungen festgehalten, dass die gemäß der Vorgängerregelung „in geringem Umfang zulässigerweise erbrachten Leistungen anderer Gewerbe [...] im Rahmen eines Vertragsverhältnisses erbracht werden [müssen], das auf die Erbringung einer Gesamtleistung abzielt, die die eigene Leistung und die ergänzende Leistung umfasst. Die ergänzende Leistung eines anderen Gewerbes kann daher nicht alleiniger Gegenstand eines solchen Vertrages sein“ (siehe ErläutRV 1117 BlgNR 21. GP 78). Ob eine Tätigkeit eines anderen Gewerbes, die im Rahmen eines anderen Nebenrechtes

erbracht werden darf, als „eigene Leistung“ und somit nicht als „Leistung eines anderen Gewerbes“ zu qualifizieren ist, geht aus diesen Ausführungen nicht klar hervor. Weiters ist im Hinblick auf die genannte Vorgängerregelung der Wille des Gesetzgebers der Gewerberechtsnovelle 2002 (vgl. RV 1117 BlgNR XXI. GP) zu beachten, wonach „die Gewerbeordnung mit dem Ziel einer Liberalisierung von Berufszugang und Nebenrechten umfassend zu reformieren ist“. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist im Zweifel daher eine extensive Auslegung der im § 32 GewO 1994 mit dieser Novelle neu gefassten Nebenrechte im Sinne dieser Liberalisierung vorzunehmen (vgl. VwGH 02.10.2012, 2010/04/0018).

Potacs' Ausführungen zur aktuellen Rechtslage, wonach unter „eigener Leistung“ eine „vom Umfang der Gewerbeberechtigung erfasste“ bzw. „von der Gewerbeberechtigung umfasste“ Leistung zu verstehen ist (siehe Potacs, Zur Erweiterung der Nebenrechte durch die Gewerbechtsnovelle 2017, wbl 2018, 14 und 16), lässt nicht eindeutig erkennen, ob er auch im Rahmen der Nebenrechte gemäß § 32 Abs. 1 GewO 1994 erbrachte Leistungen als „eigene Leistung“ iSd. § 32 Abs. 1a GewO 1994 betrachtet. Denn auch eine Leistungserbringung im Rahmen der Nebenrechte gemäß § 32 GewO 1994 ist von der Gewerbeberechtigung umfasst und könnten Potacs' Ausführungen daher durchaus wie jene von Oppel (siehe unten) verstanden werden. Anders wären Potacs' Ausführungen wohl zu verstehen, wenn er als eigene Leistung „eine vom Gewerbe umfasste“ Leistung ansehen würde.

Nicht eindeutig scheinen auch die Kommentierungen von Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher. Zunächst könnte aufgrund der Ausführungen, wonach „Gewerbetreibenden nunmehr das „Erbringen von Leistungen anderer Gewerbe“ (als des/der durch Gewerbebeanmeldung festgelegten Gewerbe/s)“ zusteht, das „Recht der Gewerbetreibenden, „Leistungen anderer Gewerbe“ (als des eigenen, durch Gewerbebeanmeldung abgedeckten Hauptgewerbes) zu erbringen, [...] auf dreifache Weise beschränkt“ ist und „[z]entrale Voraussetzung [...] für die Ausübung des Nebenrechts der Erbringung von Leistungen anderer Gewerbe ist, dass diese Leistungen die „eigenen Leistungen“, also die im Rahmen des Hauptgewerbes zu erbringenden Leistungen, „wirtschaftlich sinnvoll“ ergänzen“ (siehe Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher, GewO4 (2020) Rz. 28 und 29), davon ausgegangen werden, dass nach Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher lediglich „Leistungen des durch Gewerbebeanmeldung festgelegten Gewerbes“ und somit ausschließlich jene Tätigkeiten, die

vom Tätigkeitsbereich des angemeldeten Gewerbes umfasst sind (und nicht auch im Rahmen der Nebenrechte erbrachte Leistungen), als eigene Leistungen zu qualifizieren sind. Gleiches legt auch die folgende Kommentierung nahe: "Dachdecker, Spengler sowie Maler und Anstreicher dürfen daher Gerüste, die statische Kenntnisse erfordern, aufstellen, wenn sie Dachdecker-, Spengler- oder Malerarbeiten ausführen. § 32 Abs. 1 Z 1 (jetzt: Abs. 1a) gibt den genannten Gewerbetreibenden jedoch nicht das Recht, Gerüste, die statische Kenntnisse erfordern, für Bauarbeiten anderer Unternehmer aufzustellen, ohne dass sie die ihrem Gewerbe unterliegenden Leistungen erbringen" (siehe Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher, GewO4 (2020) Rz. 29). Eine andere Auffassung könnte hingegen den unmittelbar davor gemachten Ausführungen entnommen werden, wonach die Erbringung ergänzender Leistungen unter anderem insofern begrenzt ist, als diese „kombiniert mit Arbeiten erbracht werden [müssen], zu deren Ausführung der Unternehmer auf Grund seiner Gewerbeberechtigung befugt ist, da ansonsten nicht von einer wirtschaftlich sinnvollen Ergänzung der eigenen Leistung gesprochen werden kann" (siehe Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher, GewO4 (2020) Rz. 29). In Anbetracht dessen, dass eine Gewerbetreibende bzw. ein Gewerbetreibender aufgrund ihrer bzw. seiner Gewerbeberechtigung befugt ist, Leistungen, die nicht vom Tätigkeitsbereich des angemeldeten Gewerbes umfasst sind, im Rahmen der Nebenrechte des § 32 Abs. 1 GewO 1994 zu erbringen, könnte die letztzitierte Kommentierung so verstanden werden, dass auch im Rahmen des § 32 Abs. 1 GewO 1994 erbrachte Leistungen als „eigene Leistungen" iSd. Abs. 1a leg. cit. (ehemals Abs. 1 Z 1 zweiter Fall leg. cit.) zu qualifizieren sind.

In der Literatur zur Vorgängerregelung (ehemals § 32 Abs. 1 Z 1 zweiter Fall GewO 1994) finden sich auch nur wenige Ausführungen. So ging Opperl aufgrund einer Entscheidung des VKS Wien etwa davon aus, dass die „eigene Leistung" auch eine Leistung eines anderen – nicht angemeldeten - Gewerbes sein kann, soweit die bzw. der Gewerbetreibende diese Leistung im Rahmen der Nebenrechte des § 32 Abs. 1 GewO 1994 selbst erbringt (vgl. VKS Wien 22.04.2010, VKS-3019/10, ZVB 2011, 25 (Oppel)).

Rechtsprechung zu der gegenständlichen Fragestellung liegt soweit ersichtlich nicht vor. Der Verwaltungsgerichtshof hat zwar zur Vorgängerregelung (§ 32 Abs. 1 Z 1 zweiter Fall GewO 1994) und der Frage des Vorliegens einer Leistung eines anderen Gewerbes im geringen Umfang ausgesprochen, dass im Falle der Errichtung einer Anlage die Materialkosten für die Lieferung von Bauteilen nicht im Wege des Nebenrechtes gemäß § 32 Abs. 1 Z 10 GewO 1994

herausgerechnet werden können, führte hierzu jedoch begründend aus, dass diese Materiallieferung in der Errichtung der Anlage enthalten ist und nicht als Warenverkauf iSd §32 Abs. 1 Z 10 GewO 1994 angesehen werden kann (vgl. 05.11.2010, VwGH 2007/04/2010).

Das Amt der Wiener Landesregierung neigt insbesondere aufgrund der oben angeführten Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (ErläutRV 1475 BlgNR 25. GP 6) betreffend das Bundesgesetz, mit dem die Gewerbeordnung 1994 geändert wurde, BGBl. I Nr. 94/2017, der Ansicht zu, dass lediglich die vom jeweiligen Gewerbewortlaut bzw. Tätigkeitsbereich eines angemeldeten Gewerbes umfassten Tätigkeiten, nicht aber Leistungen, die zulässigerweise im Rahmen der Nebenrechte gemäß § 32 Abs. 1 GewO 1994 erbracht werden, unter die Wortfolge der „eigenen Leistung“ des § 32 Abs. 1a GewO 1994 zu subsumieren sind. Es wird um Erörterung und Bekanntgabe ersucht, ob dieser Ansicht gefolgt wird.

## **Zu TOP 16:**

Unter der „eigenen Leistung“ im Sinne des § 32 Abs. 1a GewO 1994 sind Tätigkeiten zu verstehen, zu denen der Gewerbeinhaber im Rahmen des Gewerbes, zu dem er eine Berechtigung begründet hat, befugt ist.

Grundsätzlich besteht die Befugnisstruktur eines Gewerbes aus drei Teilen. Diese sind:

1. Rechte, die im Umfang der Gewerbeberechtigung enthalten sind (Umfangsrechte, oft auch als Vorbehaltsbereich bezeichnet). Diese Rechte ergeben sich im Sinne des § 29 GewO 1994 primär aus dem Wortlaut der Gewerbeanmeldung bzw. des Feststellungsbescheides gemäß § 340 Abs. 2 GewO 1994.

2. Rechte, die untrennbar mit einer bestimmten Tätigkeit verbunden sind, und zwar völlig unabhängig vom Regime (inhärente Rechte). Ein inhärentes Recht ist es beispielsweise, dass jedermann verkaufen darf, was er herzustellen befugt ist, ohne dass er dafür einer besonderen weiteren Berechtigung bedarf. Das Wesen des inhärenten Rechtes ist auch keine Eigenart des Gewerberechts, sondern ein universales Prinzip.

3. Rechte, welche die GewO 1994 zusätzlich ex lege einräumt, wobei ohne diese ausdrückliche gesetzliche Bestimmung dieses Recht nicht ohne gesonderte Berechtigung ausgeübt werden dürfte (Nebenrechte).

Mit der „eigenen Leistung“ sind in diesem Sinne die Umfangsrechte und die inhärenten Rechte einer Gewerbeberechtigung gemeint, nicht aber die Nebenrechte. Anderes ergäbe im Zusammenhang mit dem Umstand, dass § 32 Abs. 1a GewO 1994 selbst ein Nebenrecht regelt, auch keinen Sinn; denn würde die „eigene Leistung“ auch Nebenrechte einschließen, dann bräuchte es kein Nebenrecht.

Die vom Amt der Wiener Landesregierung vertretene Rechtsansicht ist schlüssig und wird vom BMDW geteilt.

Möglicherweise ist das Missverständnis aus dem Hintergrund der Gewerbebelizenz entstanden. Anders als die Gewerbeberechtigung enthält die Gewerbebelizenz gemäß § 38 Abs. 2 GewO 1994 aber auch die Nebenrechte. Daher gibt es auch keine „Nebenrechte zur Gewerbebelizenz“. Ein Nebenrecht kann es nur zu einer Gewerbeberechtigung geben. Es darf daher keinesfalls die Gewerbebelizenz mit der Gewerbeberechtigung verwechselt werden, vor

allem dann nicht, wenn Grenzziehungen zwischen Gewerbeberechtigung und Nebenrechten zu klären sind.

17. (Vorarlberg) Gewerbeausübung in der Form eines Industriebetriebes; Nebenrecht Für Gewerbe, die in der Form eines Industriebetriebes ausgeübt werden, ist ausgenommen in den in § 7 Abs. 5 GewO 1994 aufgezählten reglementierten Gewerben, kein Befähigungsnachweis erforderlich. Damit ein Gewerbe in Form eines Industriebetriebes ausgeübt werden kann, sind gemäß § 7 Abs. 1 GewO 1994 entsprechende Merkmale für die entsprechende Betriebsform notwendig.

Hinsichtlich erweiterter Rechte ist in § 30 GewO 1994 festgelegt, dass für ein Gewerbe, welches zu einem verbundenen Gewerbe gehört – sofern der Befähigungsnachweis erbracht wurde – der Gewerbetreibende auch zur Erbringung der Leistungen der anderen Gewerbe, aus denen sich das verbundene Gewerbe zusammensetzt, berechtigt ist.

Weiters stehen gemäß § 32 Abs. 1 GewO 1994 Gewerbetreibenden, sofern der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben, es sich um wirtschaftlich sinnvoll ergänzende Leistungen handelt, welche sich vom Umfang her im Rahmen der gemäß § 32 Abs. 1a GewO 1994 definierten Grenze bewegt, diverse sonstigen Rechte zu.

Nach Ansicht des Amtes der Vorarlberger Landesregierung stehen Gewerbetreibenden, die ein Gewerbe in industriemäßiger Form ausüben, bei Einhaltung der vorgenannten Voraussetzungen gemäß § 32 GewO 1994 die sonstigen Rechte jedenfalls zu. Die Merkmale die Industriemäßigkeit gemäß § 7 Abs. 1 GewO 1994 sind bei diesen sonstigen Rechten nicht von Relevanz. Bei den fachübergreifenden Leistungen der verbundenen Gewerbe wird die Problematik gesehen, dass hier die in § 30 GewO 1994 geforderte Erbringung des Befähigungsnachweises durch den Gewerbeinhaber auf Grund der vorgenannten Bestimmungen nicht erfüllt wird bzw. nicht erfüllt werden muss. Obwohl es sich bei der industriemäßigen Ausübung ja um keine eigene Kategorie, sondern dem jeweiligen Berechtigungsumfang entsprechend weiterhin um ein reglementiertes Gewerbe handelt, muss wohl davon ausgegangen werden, dass die vorerwähnten fachübergreifenden Leistungen bei verbundenen Gewerben dem Industriebetrieb nicht zustehen.

Um entsprechende Mitteilung der Rechtsansicht des Bundesministeriums wird dazu gebeten.

### **Zu TOP 17:**

Das Recht, gemäß § 30 Abs. 1 GewO 1994 fachübergreifende Leistungen von verbundenen Gewerben erbringen zu dürfen, ist zwar wohl an die Erbringung des vollen Befähigungsnachweises gebunden.

Es darf aber nicht übersehen werden, dass die Befreiung des Industriebetriebs vom Befähigungsnachweis gemäß § 7 Abs. 5 GewO 1994 eine umfassende ist, sofern es sich nicht überhaupt um in dieser Bestimmung spezifisch von diesem Privileg ausgenommene Gewerbe handelt.

§ 30 GewO 1994 hat, vor allem auch mit Blick auf Abs. 2, deutlich die volle Befähigung im Auge, eine teilweise Befähigung schließt § 30 GewO 1994 von diesem Recht aus. Damit wird aber auch deutlich, dass es im § 30 um das Maß des aus berufsfachlicher Sicht ausreichenden Befähigungsnachweises geht und nicht um die formale Frage einer notwendigen Bestätigung, die der Behörde ohne Rücksicht auf das nachzuweisende Befähigungsmaß, welches das Gesetz regelt, vorliegen muss.

§ 7 Abs. 5 GewO 1994 ist eine Bestimmung, die das Maß der nachzuweisenden Befähigung für den Industriebetrieb ausdrücklich bestimmt; wobei in diesem speziellen Fall das Ausmaß der nachzuweisenden Befähigung zwar wohl mit „nicht erforderlich“ qualifiziert wird, dennoch handelt es sich dabei um eine Regelung betreffend das Befähigungsnachweismaß. Mit Bezug auf § 30 GewO 1994 verhält sich auch § 7 Abs. 5 GewO 1994 weniger als eine „lex specialis“ als vielmehr eine das Nachweisniveau für bestimmte reglementierte Gewerbe ausführende Bestimmung (es würde im Ergebnis aber auch nichts ändern, wenn § 7 Abs. 5 GewO 1994 als lex specialis zu § 30 GewO 1994 verstanden würde).

Daher steht das Recht auf die Erbringung fachübergreifender Leistungen im Sinne des § 30 GewO 1994 auch Industriebetrieben offen, wobei aber auch bei der Erbringung der fachübergreifenden Leistung die Merkmale des Industriebetriebs gemäß § 5 Abs. 1 GewO 1994 erfüllt sind.

18. (Kärnten) Abgrenzungsfragen bezüglich Feilbieten im Umherziehen hinsichtlich Erzeugung von Speiseeis/Lebensmittelhandel/Gastgewerbe am Beispiel Eisfahrrad  
Gemäß § 53 Abs. 1 GewO 1994 darf das Feilbieten im Umherziehen von Ort zu Ort oder von Haus zu Haus darf nur ausgeübt werden auf Grund

1. der Anmeldung des freien Gewerbes des Feilbietens von Obst, Gemüse, Kartoffeln, Naturblumen, Brennholz, Butter und Eiern oder

2. einer Bewilligung der Gemeinde, die nur Gewerbetreibenden, die ihre Tätigkeit in kleinerem Umfang ausüben und auf die nicht die Buchführungspflichten des § 189 Abs. 1 Z 2 UGB zutreffen, zu deren besserem Fortkommen auf Ansuchen für das Feilbieten ihrer eigenen Erzeugnisse, beschränkt auf das Gemeindegebiet, nach Anhörung der zuständigen Gliederung der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft auf Widerruf zu erteilen ist.

Land- und Forstwirten ist gemäß Abs. 5 das Feilbieten im Umherziehen von Ort zu Ort oder von Haus zu Haus nur hinsichtlich folgender in ihrem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb hervorgebrachter Erzeugnisse gestattet: Obst, Gemüse, Kartoffeln, Naturblumen, Brennholz, Rahm, Topfen, Käse, Butter und Eier. Abs. 2 gilt sinngemäß.

Gemäß § 53a GewO 1994 dürfen Bäcker, Fleischer und Lebensmittelhändler Waren, zu deren Feilhaltung sie auf Grund ihrer diesbezüglichen Gewerbeberechtigung berechtigt sind, im Umherziehen von Ort zu Ort oder von Haus zu Haus feilbieten. Diese Befugnis geht als Sonderbestimmung dem § 53 vor.

Es wird um Diskussion ersucht, wie sich einzelne relevante Gewerbeberechtigungen (freie Gewerbe Erzeugung von Speiseeis oder Lebensmittel bzw. Lebensmittelhandel, Gastgewerbe, Konditoren) im Rahmen ihrer Nebenrechte und im Hinblick auf die Abgabe oder Verabreichung voneinander abgrenzen.

## **Zu TOP 18:**

Zur Beurteilung der Frage des Amtes der Kärntner Landesregierung muss zwischen dem Fragekomplex der Erzeugungs- bzw. Verabreichungsbefugnis von Speiseeis und der Ausübungsbefugnis im Rahmen des Feilbietens im Umherziehen unterschieden werden:

### Erzeugung von Speiseeis

Da jedem Gewerbetreibenden der Verkauf seiner eigenen Erzeugnisse zusteht, wäre auch im Rahmen der Gewerbeberechtigung der Erzeugung von Speiseeis ein Verkauf des erzeugten Speiseeises mittels Portionierung von Speiseeis in Eistüten oder Eisbechern zur Mitnahme möglich. Der Verkauf einer bereits fertig vorbereiteten Speise stellt per se keine Verabreichungstätigkeit dar, auch wenn an Ort und Stelle noch Vollendungstätigkeiten vorgenommen werden. Erst wenn bestimmte Dienstleistungen hinzutreten, sodass beispielsweise Geschirr/Besteck bereitgestellt werden, läge eine Verabreichungstätigkeit vor, die von der Erzeugungsberechtigung nicht umfasst ist.

Die Gewerbeordnung lässt aufgrund § 53 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 den Verkauf von Eis im Umherziehen von Ort zu Ort oder von Haus zu Haus nur aufgrund einer Bewilligung der Gemeinde zu.

### Lebensmittelhändler gem. § 154 Abs. 1 GewO 1994

Durch die Gewerbeberechtigung des Kleinhandels mit Lebensmitteln ist jedenfalls die Abgabe und Portionierung von angeliefertem Speiseeis an Kunden in Form von Bechern und Tüten gedeckt. Eine eigene Erzeugung von Speiseeis ist aufgrund dieser Gewerbeberechtigung jedoch nicht erlaubt.

Lebensmittelhändler sind auch gem. § 53a GewO 1994 berechtigt, Waren, zu deren Feilhaltung sie auf Grund ihrer diesbezüglichen Gewerbeberechtigung berechtigt sind, im Umherziehen von Ort zu Ort oder von Haus zu Haus feilzubieten.

### Gastgewerbetreibende

Eine Verabreichung im Rahmen der Gastgewerbeberechtigung hat grundsätzlich und mit Ausnahme des § 50 GewO 1994 in den Betriebsstätten des Standortes (bzw. angezeigten weiteren Betriebsstätten im Sinne des § 46 GewO 1994) zu erfolgen.

Wie schon im GRT Protokoll 2007 TOP 33 dargestellt, dürfte eine Möglichkeit der „mobilen“ Ausübung des Gastgewerbes im Umherziehen nur aufgrund der Bestimmung des § 53 Abs. 1

Z 2 GewO 1994 erfolgen. Nach dieser Bestimmung darf das Feilbieten im Umherziehen von Ort zu Ort oder von Haus zu Haus auf Grund einer Bewilligung der Gemeinde ausgeübt werden, die nur Gewerbetreibenden, die ihre Tätigkeit in kleinerem Umfang ausüben und die nicht im Firmenbuch eingetragen sind, zu deren besserem Fortkommen auf Ansuchen für das Feilbieten ihrer eigenen Erzeugnisse, beschränkt auf das Gemeindegebiet, nach Anhörung der zuständigen Gliederung der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft auf Widerruf zu erteilen ist. Im vorliegenden Fall muss der Gastgewerbetreibende im Hinblick auf die Betriebsart zur Verabreichung von Eis berechtigt sein (zB Kaffeehaus, Kaffee-Konditorei).

## 19. (Steiermark) Verabreichungs- und Ausschanktätigkeiten – Catering

Nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung berechtigen folgende Gewerbe zur Erzeugung von Speisen:

- Gastgewerbe gemäß § 111 Abs. 1 Z 2 GewO 1994,
- freies Gastgewerbe gemäß § 111 Abs. 2 Z 2, 3, 5 GewO 1994,
- Kleinhandel mit Lebensmitteln gemäß § 154 Abs. 1 GewO 1994,
- Fleischer gemäß § 94 Z 19 in Verbindung mit 150 Abs. 4 GewO 1994,
- Bäcker gemäß § 94 Z 3 GewO 1994 in Verbindung mit § 150 Abs. 1 GewO 1994,
- Konditoren gemäß § 94 Z 40 GewO 1994 in Verbindung mit 150 Abs. 11 GewO 1994,
- freies Gewerbe Erzeugung von Lebensmitteln mit Ausnahme der reglementierten Nahrungsmittelerzeugung,
- freies Gewerbe Speisen- und Getränkezubereitung für nicht gastgewerbliche Auftraggeber unter Verwendung der vom Auftraggeber bereitgestellten Einrichtungen und Zutaten.

Unbestritten ist, dass die zur Speisenerzeugung berechtigten Gewerbetreibenden auch berechtigt sind, die bei ihnen bestellten Speisen überall hin zu liefern.

Darauf spezialisierte Unternehmen werden allgemein mit dem aus dem angloamerikanischen Sprachbereich stammenden Begriff „Caterer“ bezeichnet.

Dabei stellt sich die Frage, ob es im Rahmen eines mobilen Cateringdienstes gewerberechtlich zulässig ist, über die Lieferung der Speisen und Getränke hinausgehend, diese auch empfangsgerecht anzurichten und bereitzustellen, und alle Vorkehrungen zu treffen, die darauf abzielen, dass die Speisen und Getränke an Ort und Stelle genossen werden können oder ob es sich dabei schon um Verabreichungs- und Ausschanktätigkeiten im Sinne des § 111 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 handelt.

Sollte es sich um Verabreichungs- und Ausschanktätigkeiten handeln, dürften diese von Gastgewerbetreibenden außerhalb des Standortes ihres Gastgewerbes nur im Rahmen des § 50 Abs. 1 Z 11 GewO 1994 ausgeübt werden, von Lebensmittelhändlern bzw. Speisenerzeugern aber überhaupt nicht.

Nach Rechtsauffassung des BMWA (Protokoll Staatliche Gewerbereferenten 1987 TOP 49 „handelt es sich zwar dann jedenfalls um Vorkehrungen und Tätigkeiten, die darauf abzielen, „Speisen und Getränke an Ort und Stelle zu genießen, wenn über die Lieferung der Speisen und Getränke hinaus, diese party- und empfangsgerecht angerichtet und bereitgestellt und benötigte Einrichtungsgegenstände bzw. Geräte oder Arbeitskräfte zur Bedienung und zum Aufräumen zur Verfügung gestellt werden.

In diesem Fall handelt es sich um „Tätigkeiten, die als „Verabreichung und Ausschank“ im Sinne des § 189 Abs. 2 GewO 1973 (nunmehr § 111 Abs. 3 GewO 1994) zu qualifizieren sind.

Gemäß § 195 GewO 1973 darf die Konzession für ein Gastgewerbe außerhalb der genehmigten Betriebsräume und allfälligen sonstigen Betriebsflächen nur aufgrund einer Sonderbewilligung ausgeübt werden.

Eine Sonderbewilligung ist aber nur dann erforderlich, wenn sich die Konzessionsausübung aus Anlass einzelner besonderer Gelegenheiten an einen unbestimmten Personenkreis wendet, wobei die einzelnen bei dieser Gelegenheit anwesenden Personen, die nach Art und Umfang nicht vorher bestimmten Leistungen des Gastgewerbetreibenden von diesem direkt in Anspruch nehmen.

Wird hingegen ein Gastgewerbetreibender mit der Bewirtung eines geschlossenen Gästekreises beauftragt, wobei nur der Auftraggeber Geschäftspartner des Gastgewerbetreibenden wird, während die bewirteten Personen mit diesen in kein direktes Geschäftsverhältnis treten, sind Art und Umfang der Leistungen weiters mit dem Auftraggeber vorher vereinbart worden und fehlt es an einer besonderen Gelegenheit, die den Klammerausdruck des zweiten Satzes des § 195 leg. cit. aufgezählten Anlässen ähnlich ist, so verrichtet der Gastgewerbetreibende eine bestellte Arbeit im Sinne des § 50 Abs. 1 Z 3 leg. cit. und benötigt keine Sonderbewilligung gemäß § 195 GewO 1973.

Es wird um Diskussion gebeten, ob nach wie vor der Rechtsansicht zugestimmt wird, dass ein Gewerbetreibender (Gastgewerbetreibender, Lebensmittelhändler, Speisenzubereiter bzw. Speisenerzeuger, Bäcker, Fleischer, Konditor), der mit der Bewirtung eines geschlossenen Gästekreises außerhalb seines Standortes beauftragt wird, wobei nur der Auftraggeber Geschäftspartner des Gewerbetreibenden wird, während die bewirteten Personen mit dem Gewerbetreibenden in kein direktes Geschäftsverhältnis treten, auch Art und Umfang der Leistungen mit dem Auftraggeber vorher vereinbart wurden und es zudem auch an einer besonderen Gelegenheit im Sinne des § 50 Abs. 1 Z 11 GewO 1994 fehlt, eine bestellte Arbeit im Sinne des § 50 Abs. 1 Z 3 GewO 1994, die nicht als Verabreichungs- und Ausschanktätigkeit im Sinne des § 111 Abs. 3 GewO 1994 bzw. § 195 Abs. 1 GewO 1973 zu bewerten ist, verrichtet.

Sollte aber das Catering für einen unbestimmten Personenkreis erfolgen, handelt es sich um eine Verabreichungs- und Ausschanktätigkeit im Sinne des § 111 Abs. 3 GewO 1994.

### **Zu TOP 19:**

1. Festzuhalten ist, dass die zur Speisenerzeugung berechtigten Gewerbetreibenden (zB. Lebensmittelerzeuger, Konditoren, Bäcker und Fleischer) jedenfalls berechtigt sind, die im Rahmen ihres Betriebes bestellten Speisen zu liefern (§ 50 Abs. 1 Z 2 GewO 1994) und bestellte Arbeiten überall zu verrichten (Z 3).

2. Sofern jedoch bestimmte Dienstleistungen (die nach Art und Umfang unterschiedlich sein können) hinzutreten, um den Genuss der Speisen an Ort und Stelle ermöglichen, handelt es sich um eine Verabreichungstätigkeit gemäß § 111 Abs. 1 Z 2 iVm Abs. 3 GewO 1994.

Wie bereits im in der Anfrage zitierten GRT Protokoll 1987 TOP 49 dargestellt, müsste dafür über die reine Lieferung der Speisen hinaus etwas getan werden, beispielsweise müssten diese bereits empfangsgerecht genussfertig und zum unmittelbaren Verzehr angerichtet, serviert und bereitgestellt werden (vgl. auch GRT Protokoll 2018 TOP 18), benötigte Einrichtungsgegenstände bzw. Geräte oder Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, oder Geschirr, Besteck, Geschirrtücher, Tische oder Gläser bereitgestellt werden (vgl. VwSlg. Nr. 5561 und Nr. 5875).

Irrelevant für die Beurteilung des Vorliegens einer Verabreichungstätigkeit wird die Frage gesehen, ob die Verabreichung für einen unbestimmten oder bestimmten Personenkreis erfolgt. Wenn die oben erörterten Bedingungen vorliegen, handelt es sich - unabhängig davon, ob der Personenkreis bestimmt oder unbestimmt ist - jedenfalls um eine Verabreichungstätigkeit.

Außerhalb der Betriebsräume ist eine solche Verabreichungstätigkeit Gastgewerbetreibenden - der Rechtsansicht des zitierten GRT Protokolls 1987 TOP 49 folgend - gemäß § 50 Abs. 1 Z 3 oder Z 4 bei Vorliegen eines geschlossenen Gästekreises (wobei „nur der Auftraggeber Geschäftspartner des Gastgewerbetreibenden wird, während die bewirteten Personen mit diesem in kein direktes Geschäftsverhältnis treten“) oder gemäß § 50 Abs. 1 Z 11 aus Anlass einzelner besonderer Gelegenheiten (bei Vorliegen eines unbestimmten Personenkreises, bei denen „die anwesenden Personen die nach Art und Umfang nicht vorherbestimmten Leistungen des Gastgewerbetreibenden von diesem direkt in Anspruch nehmen“) erlaubt.

## IV. Gewerbliches Betriebsanlagenrecht

### 20. (BMDW) Photovoltaikanlagen

Dem Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort ist bezüglich der Ergebnisse der Gewerbereferententagung 2016, TOP 17, und des diesbezüglich weiterführenden Erlasses des BMDW vom 1. März 2021, Geschäftszahl: 2021-0.118.512, veröffentlicht unter:

<https://www.bmdw.gv.at/Themen/Unternehmen/Gewerbe/Genehmigungsfreie-Photovoltaikanlagen-und-E-Kfz-Ladestationen.html>

zur Kenntnis gelangt, dass zum Verständnis der Ergebnisse der GRT 2016 bzw. des jüngsten Erlasses im Vollzug der Bezirksverwaltungsbehörden nach wie vor Rückfragen bestehen.

Es wurde daher ein Erfahrungsaustausch durchzuführen. Zum aktuellen Stand der Umsetzung haben sämtliche Bundesländer mitgeteilt, dass das Ergebnis der GRT 2016 und der Erlass vom Vollzug umgesetzt werden. Rückfragen bestehen zwar vereinzelt aus dem Bereich der Sachverständigen, konnten aber bislang immer zufriedenstellend gelöst werden.

Das BMDW weist darauf hin, dass bei entsprechendem Wunsch der Länder selbstverständlich die Bereitschaft besteht, die Inhalte des Erlasses auch bei einzelnen Ländertagungen zu erläutern. Davon haben bislang Salzburg und Oberösterreich Gebrauch gemacht, und wird auf Einladung auch in Aussicht genommen, die Bundesländer Niederösterreich, Burgenland und Steiermark noch im Jahr 2021 zu besuchen und dort den Bezirksverwaltungsbehörden und Amtssachverständigen für Erläuterungen und Auskünfte zur Verfügung zu stehen. Das Angebot des BMDW gilt aber auch über 2021 hinaus unverändert für sämtliche Bundesländer.

Beilagen

21. (Burgenland) Genehmigungsfreistellung von gewerblichen Betriebsanlagen gem.

§ 74 Abs. 7 GewO 1994

Wenn eine genehmigungsfreie Art von Betriebsanlage so geändert wird, dass sie einer Genehmigung bedarf, ist dann nach § 77 oder § 81 GewO 1994 idgF vorzugehen?

Seitens der Bezirksverwaltungsbehörden wurde bzgl. der 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung BGBl. II Nr. 80/2015, idF BGBl. II Nr. 172/2018, die Frage aufgeworfen, ob für eine ursprüngliche genehmigungsfreie Betriebsanlage, die derart geändert werden soll, dass die „Schwellenwerte“ der zit. Verordnung überschritten werden, ein Genehmigungsverfahren für die ganze Betriebsanlage (bestehenden Teil sowie geänderten Teil) oder nur der Änderungen durchzuführen ist.

§ 81 Abs. 1 leg. cit. legt fest, dass, wenn es zur Wahrung der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen erforderlich ist, auch die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung im Sinne der vorstehenden Bestimmungen bedarf. Wird hier von einer Fiktion der Genehmigung von der ursprünglich genehmigungsfrei gestellten Anlage ausgegangen und § 81 leg. cit. kommt zu tragen, zumal ja zufolge des zweiten Satzes des Abs. 1 diese (Änderungs-)Genehmigung die bereits genehmigte Anlage so weit zu umfassen hat, als es wegen der Änderung zur Wahrung der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen gegenüber der bereits genehmigten Anlage erforderlich ist.

Bei einer Neugenehmigung iSd § 77 leg. cit. der gesamten Betriebsanlage hat diese unter anderem dem Stand der Technik für die Genehmigung zu entsprechen. Bei älteren, ursprünglich genehmigungsfrei gestellten Anlageteilen könnte das allenfalls zu Problemen führen.

Um Diskussion wird gebeten.

## **Zu TOP 21:**

Die Genehmigungsfreistellung gemäß § 74 Abs. 7 GewO 1994 erfasst Betriebsanlagen in ihrer gesamten Einheit. Sofern Maschinen, Geräte oder Ausstattungen mit Verordnung genehmigungsfrei gestellt werden, muss es sich dabei um eine Verordnung gemäß § 76 Abs. 1 GewO 1994 handeln. Die 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung in der Fassung BGBl. II Nr. 172/2018 ist eine Verordnung gemäß § 74 Abs. 7 GewO 1994 und bezeichnet als solche gesamten Betriebsanlagen.

Sofern eine Betriebsanlage dieser Verordnung nicht entspricht, wird sie - immer vorausgesetzt den Fall, dass die Betriebsanlage dann die Kriterien der Genehmigungspflicht gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994 erfüllt - in ihrer Gesamtheit genehmigungspflichtig. Die Einheit der gewerblichen Betriebsanlage wird durch eine Änderung der (vor Durchführung der Änderung genehmigungsfrei gestellten) Betriebsanlage nicht aufgelöst.

Es ist somit ein Genehmigungsverfahren gemäß § 74 in Verbindung mit § 77 GewO 1994 zu führen, wobei es sich dabei natürlich auch um ein vereinfachtes Genehmigungsverfahren im Sinne des § 359b GewO 1994 handeln kann, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.

Eine Genehmigungsfreistellung bewirkt auch keinen Bestandsschutz für genehmigungsfrei gestellte Betriebsanlagen. Die Rechtswirkung einer „Fiktion der Genehmigung“ für genehmigungsfreigestellte Betriebsanlagen ist dem gewerblichen Betriebsanlagenrecht weder zu eigen, denn damit würde der Grundsatz der Einheit der gewerblichen Betriebsanlage in geradezu flagranter Weise durchbrochen, noch wäre dies sachlich begründbar (und vielfach nicht einmal im Sinne des Legalitätsprinzips abgrenzbar), da ansonsten jede Betriebsanlage einen völlig willkürlich festlegbaren „genehmigungsfrei gestellten und damit als genehmigt fingierten“ Teil annehmen könnte.

## 22. (Wien) Kundmachung von Genehmigungsinhalten – Vorgehensweise bei UVP-Bewilligungen

Im Wesentlichen auf Grundlage des § 77a Abs. 7 GewO 1994 idgF. sind Bescheidinhalte von IPPC-Anlagen im Internet kundzumachen und der betroffenen Öffentlichkeit damit zugänglich zu machen. Um ein Vertragsverletzungsverfahren zu vermeiden, versuchen die Länder dies bestmöglich und zeitnah umzusetzen.

Aus dem IE-RL-Fragebogen ergibt sich weiter vertiefend, dass die Europäische Kommission offenbar davon ausgeht, dass dies durch im Internet abrufbare Links zu den Bescheidinhalten erfolgen muss. Aus § 77a leg. cit. ergibt sich jedoch auch gleichzeitig, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren sind. Es ist daher Aufgabe der Genehmigungsbehörde dafür Sorge zu tragen, dass nur von allfälligen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bereinigte Bescheidinhalte veröffentlicht werden. Diese Anordnung nach der GewO 1994 richtet sich naturgemäß an die Gewerbebehörde.

Aus gegebenem Anlass stellt sich nun die Frage, wie und von wem diese Veröffentlichung und Berücksichtigung bei gewerblichen Betriebsanlagen umzusetzen ist, die durch einen Bescheid des Landeshauptmanns (Amtes der Landesregierung) nach dem UVP-G bewilligt wurden.

Die Wiener Gewerbeverwaltung neigt der Ansicht zu, dass dies von der UVP-Behörde zu erfolgen hat, zumal in diesen Bewilligungen auf Grund ausdrücklicher Anordnung sämtliche relevanten Materiengesetze mitbehandelt werden. Es liegt daher nicht in der Möglichkeit der Gewerbebehörde, die den Anlagenakt ja erst nach Abnahme durch die UVP-Behörde übertragen bekommt, nachträglich den Genehmigungsbescheid um materiellrechtliche Teile aus anderen Materiengesetzen und von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu bereinigen.

Da eine solche Konstellation bundesweit öfters vorkommen könnte, ersucht das Amt der Wiener Landesregierung um Beurteilung der Zuständigkeit für die Kundmachung bzw. Aufbereitung – eventuell in Abstimmung mit dem für das UVP-G zuständigen Bundesministerium.

## **Zu TOP 22:**

In Abstimmung mit dem BMKUEMIT wird Folgendes ausgeführt:

Gemäß § 17 Abs. 7 Satz eins bis drei UVP-G 2000 ist der Genehmigungsbescheid jedenfalls bei der Behörde und in der Standortgemeinde mindestens acht Wochen zur öffentlichen Einsicht aufzulegen. Der Bescheid hat die Entscheidungsgründe sowie Angaben über die Beteiligung der Öffentlichkeit und eine Beschreibung der wichtigsten Maßnahmen, mit denen erhebliche nachteilige Auswirkungen vermieden, verringert und überwacht sowie, soweit möglich, ausgeglichen werden, zu enthalten. Die Auflage ist in geeigneter Form, jedenfalls auch im Internet, kundzumachen.

Behörde ist in diesem Zusammenhang die „UVP-Behörde“; im Regelfall somit das Amt der Landesregierung. Der Zuständigkeitsübergang an die nach den Verwaltungsvorschriften (an sich) zuständigen Behörden erfolgt gemäß § 21 UVP-G 2000 erst nach Rechtskraft des Genehmigungs- bzw. Abnahmebescheides. Unterstützung hinsichtlich der Wahrung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen erhält die UVP-Behörde dadurch, dass der Projektwerber gemäß § 5 Abs. 1 UVP-G 2000 eine entsprechende Kennzeichnung vorzunehmen hat.

### 23. (Steiermark) Veröffentlichungspflichten gemäß § 77a Abs. 7 GewO 1994

Anlässlich der Bundesgewerbereferententagung 2018 wurde zu Top 23 und Top 24 die in § 77a Abs. 7 GewO 1994 normierte Veröffentlichungspflicht (insbesondere deren Umfang) erörtert. In diesem Zusammenhang wird zur Sicherstellung der Einheitlichkeit des Vollzuges darum ersucht, einen Erfahrungsaustausch bzw. eine Diskussion zwischen dem Bundesministerium und den Bundesländern über die Handhabung der Veröffentlichungspflichten in das Tagesordnungsprogramm aufzunehmen. Weiters wird um Mitteilung ersucht, ob zukünftig eine einheitliche Plattform (z.B. EDM) für die genannte Veröffentlichungspflicht angedacht ist.

**Zu TOP 23:**

Der Erfahrungsaustausch wurde durchgeführt.

Im Regierungsprogramm 2020 - 2024 sieht im Kapitel „Natur- und Umweltschutz“ unter dem Punkt „Umweltverfahren verbessern“ die Schaffung einer zentralen, digitalen Plattform für die Kundmachung von (umweltrechtlichen) bereits jetzt veröffentlichungspflichtigen Genehmigungsbescheiden vor. Die diesbezüglichen Arbeiten wären abzuwarten.

## 24. (Wien) Nachbarstellung der Betreiberin bzw. des Betreibers eines Beherbergungsbetriebes für künftige Gäste auch schon vor der rechtmäßigen Benützung des Beherbergungsbetriebs

In einem Betriebsanlagengenehmigungsverfahren für einen Gastronomiebetrieb ist eine Hotelbetriebsgesellschaft unmittelbare Nachbarin, die gerade ihr Hotel plant und zu errichten beginnt. Da sich dieses Bauwerk erst im Rohbauzustand befindet, kann und darf es von den Gästen der Hotelbetreiberin noch nicht genutzt werden. Es halten sich in dem Bauwerk bloß Arbeiterinnen und Arbeiter im Rahmen der Ausführung von Gewerken auf.

Nach § 75 Abs. 2 GewO 1994 idGF. gilt jedoch auch der Inhaber einer Einrichtung, in der sich regelmäßig Personen vorübergehend aufhalten, als Nachbar. Somit darf ein Inhaber eines Beherbergungsbetriebes für seine Gäste auftreten und deren Schutz im Betriebsanlagenverfahren eines benachbarten Betriebes (zB vor unzumutbaren Belästigungen) geltend machen. Der Gesetzgeber stellt die Hotelgäste, Schüler, Krankenhausinsassen, Heimbewohner den Wohnnachbarn grundsätzlich gleich. Ein unterschiedliches Schutzniveau wurde hierbei nicht festgelegt.

Im Sinne dieser Gleichstellung und Gleichbehandlung ist jedoch nach Ansicht der Wiener Gewerbebehörden zu gewährleisten, dass die Inhaberin des Beherbergungsbetriebes im aktuell anhängigen Betriebsanlagengenehmigungsverfahren des Nachbarbetriebes erst dann den Schutz ihrer Gäste vor unzumutbarem Lärm einwenden und einfordern kann, sobald sich ihre Gäste dort rechtmäßig aufhalten. Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt dürfte neben einer baurechtlichen Benützungsbewilligung iWS (also etwa auch einer belegten Fertigstellungsanzeige) wohl auch eine allfällig notwendige Betriebsanlagengenehmigung für den Beherbergungsbetrieb sein. Der Gesetzgeber und die Judikatur gehen bei der Beurteilung der Nachbareigenschaft davon aus, dass sich eine Nachbarin bzw. ein Nachbar dort rechtmäßig aufhalten können muss. Bis zu so einem rechtmäßigen Aufenthalt gelten Personen noch nicht als Nachbarinnen und Nachbarn im Sinne des § 75 Abs. 2 GewO 1994 soweit Belästigungstatbestände betroffen sind und nicht bloß dingliche Rechte gefährdet werden. Sie werden erst mit dem rechtmäßigen Aufenthalt zu umfassend zu schützenden Nachbarinnen und Nachbarn. Tritt diese Benützungrechtmäßigkeit erst nach dem Abschluss des Betriebsanlagengenehmigungsverfahrens des benachbarten Betriebes ein, sind sie als „erst nachträglich zugezogene Nachbarinnen und Nachbarn“ anzusehen und kommt ihnen dann nur

der Schutz vor Gesundheitsgefährdung zu. Bloß in diesem Ausmaß kann die Inhaberin des Beherbergungsbetriebes dann für ihre Gäste auftreten.

Auch ein Vergleich mit einer Wohnungseigentumswerblerin bzw. einem Wohnungseigentumswechsler, die bzw. der auf die Fertigstellung ihres bzw. seines Wohnungseigentumsobjektes wartet und oft auch schon grundbücherlich abgesichert wurde, bestärkt diese Auffassung. Denn auch diese bzw. dieser kann sich nicht erfolgreich gegen unzumutbare Belästigungen durch einen Betrieb wehren, wenn das Wohnungseigentumsobjekt noch nicht zur rechtmäßigen Benützung frei gegeben wurde. Dies trifft selbst in dem Fall zu, wenn im Zeitpunkt des Erwerbs der Anwartschaft auf das Wohnungseigentum noch kein Betrieb erkennbar war und die künftige Wohnungseigentümerin bzw. der künftige Wohnungseigentümer dadurch die örtliche Situation gar nicht entsprechend einschätzen konnte.

Diese (recht formelle) Sichtweise könnte jedoch in Widerspruch zu der Judikatur stehen, die regelmäßig ausführt, dass auch zukünftige, vorhersehbare örtliche Situationen schon Berücksichtigung finden müssen. Die diesen Urteilen zu Grunde liegenden Fallkonstellationen betrafen jedoch typischer Weise Umfahrungsstraßen und vergleichbare geplante Änderungen der Umgebungssituationen, auf die einzelne Personen keinen Einfluss haben. Des Weiteren sind von solchen Änderungen der örtlichen Situation im Besonderen die Umgebungssituationen in Bezug auf den vorherrschenden Lärm eines größeren Gebietes vorhersehbar geändert. Ein Eingriff in das Rechtsinstitut der „Priorität“ und somit des ausdrücklichen, geringeren Schutzes von nachträglich zugezogenen Nachbarinnen bzw. Nachbarn sollte es dadurch jedoch nicht geben, zumal die Errichtung eines Beherbergungsbetriebes in einem bestimmten Umfeld in der Dispositionsmöglichkeit einer Einzelperson gelegen ist.

Es wird daher um Rechtsauskunft ersucht, ab welchem Zeitpunkt eine Inhaberin bzw. ein Inhaber eines künftigen Beherbergungsbetriebes für ihre bzw. seine künftigen Gäste in einem Betriebsanlagenverfahren eines Nachbarbetriebes Einwendungen erheben und sich als Nachbarin bzw. Nachbar im Verfahren beteiligen kann, um den Schutz vor unzumutbaren Belästigungen für ihre bzw. seine Gäste zu erreichen.

Ergänzungsfrage: Falls die Betreiberin des Hotels später für ihre Gäste Beschwerden vorbringt, die nach § 79 geprüft werden, hat dann die Behörde unter Zuhilfenahme einer oder eines

medizinischen (Amts-)Sachverständigen von einer normalen, touristischen Verweildauer der zu schützenden Gäste auszugehen? In dieser meist doch stark begrenzten Zeit würde zwar der Lärm des Nachbarbetriebes als störend und mit gelegentlichem Aufweckpotential empfunden werden, aber mangels Langfristigkeit würde dies wohl kaum zu einer Gesundheitsgefährdung des Gastes führen. Es wäre dann eher eine schlechte Bewertung und Auslastung, sowie Forderungen nach Hotelpreisminderung, etc.... zu befürchten, jedoch wäre dies als bloße Wertminderung, nicht aber als Eigentumsgefährdung einzustufen und damit betriebsanlagenrechtlich irrelevant.

Daraus ergibt sich auch die Frage, was unter „vorrübergehend“ im Sinne des § 75 Abs. 2 3. Satz GewO 1994 zu verstehen ist und wie lange die Dauer des Aufenthalts der Gäste anzusetzen wäre?

## **Zu TOP 24:**

Die in der Anfrage vertretene Rechtsansicht wird geteilt:

In der angesprochenen „regelmäßigen Judikatur“ betreffend die Berücksichtigung zukünftiger Situationen (siehe zB die VwGH-Erkenntnisse vom 26.6.1984, Zl. 82/04/0092 und vom 27.5.1997, Zl. 97/04/0026), werden aus dem Umstand der Berücksichtigung von Entwicklungen, die im Entscheidungszeitpunkt bereits konkret absehbar sind, keinerlei Nachbarschafts- bzw. Parteistellungen hergeleitet (diese Frage war in den zitierten Erkenntnissen nicht von Relevanz).

Die Judikatur zur Nachbareigenschaft stellt auf die Sachlage zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung ab (siehe zB Claudia Reithmayer-Ebner, § 75, E/R/W, GewO Rz 8 mit den dort angeführten VwGH-Erkenntnissen) sowie darauf, dass der Aufenthalt des Nachbarn (zu diesem Zeitpunkt) durch die Rechtsordnung gedeckt sein muss (siehe zB Gruber/Paliego-Barfuß, GewO<sup>7</sup>, § 75, Anm. 13 und die dort angeführten VwGH-Erkenntnisse).

Zur Ergänzungsfrage:

Wie bereits unter TOP 14 der Gewerbereferententagung 1998 festgehalten, wird in der Gewerbeordnung 1994 hinsichtlich des Umfangs von Schutzinteressen von Nachbarn iSd § 75 Abs. 2 erster und denen im Sinne des Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 nicht differenziert, und ist auch keine Differenzierung bei der Intensität der Wahrung dieser Schutzinteressen vorgesehen.

In § 75 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 wird nicht auf eine konkret bestimmte Aufenthaltsdauer der Personen in den beispielhaft angeführten Einrichtungen abgestellt, sondern darauf, dass sich in diesen Einrichtungen regelmäßig Personen vorübergehend aufhalten, also eine gewisse Fluktuation zB der Beherbergungsgäste gegeben ist.

Auf diesen Sachverhalt bezogen wird die Behörde - gestützt ua auf ein medizinisches Gutachten - zu beurteilen haben, ob und gegebenenfalls welche Vorkehrungen im konkreten Fall zur Vermeidung einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der Gäste gemäß § 79 Abs. 2 iVm § 75 Abs. 2 GewO 1994 zu treffen sind.

Dass es in den Fällen des § 75 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 „mangels Langfristigkeit“ wohl kaum zu einer Gesundheitsgefährdung kommen würde, ist eine Mutmaßung, die sich

möglicher Weise auf Erfahrungen in der Praxis, nicht aber auf die Gewerbeordnung 1994 oder auf die Judikatur zurückführen lässt.

## 25. (Wien) Präklusion bei Verfahren im Sinne des § 356 Abs. 4 GewO 1994

In einem konkreten Verfahren gemäß § 79c Abs. 2 GewO 1994 (Zulassung von Abweichungen von einem Genehmigungsbescheid einschließlich seiner Bestandteile) haben gemäß § 356 Abs. 4 GewO 1994 NachbarInnen auch insoweit Parteistellung, als damit neue oder größere nachteilige Wirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 verbunden sein können. Diese verfahrensrechtliche Regelung differenziert jedoch nicht, ob diese eingeschränkte Parteistellung allen aktuellen NachbarInnen zusteht oder bloß solchen, deren Parteistellung im Sinne des § 356 Abs. 3 GewO 1994 in dem zu Grunde liegenden Genehmigungsverfahren aufrecht geblieben ist.

Daraus folgt nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Bestimmungen, dass den NachbarInnen, deren Parteistellung in dem Genehmigungsverfahren aufrecht geblieben ist, uneingeschränkte Parteistellung im Verfahren nach § 79c Abs. 2 zukommt und allen aktuellen – also auch nachträglich zugezogenen - NachbarInnen zusätzlich die eingeschränkte Parteistellung im Sinne des § 356 Abs. 4 GewO 1994.

Aus Gründen der Rechtssicherheit sind die Gewerbebehörden angehalten, den bestehenden, relativ unbestimmten Kreis der Personen mit zumindest eingeschränkter Parteistellung in diesem Verfahren zu konkretisieren und rechtlich wirksam einzuschränken. Das dafür vorgesehene Rechtsinstitut der Präklusion tritt mangels ausdrücklicher Anordnung jedoch nur ein, wenn dazu auch eine mündliche Verhandlung ordnungsgemäß anberaumt wurde (§§ 41ff AVG) und die NachbarInnen mit Parteistellung keine entsprechenden Einwendungen zu deren Aufrechterhaltung rechtzeitig erhoben haben.

Gerade aber Verfahren gemäß § 79c Abs. 1 oder Abs. 2 GewO 1994 betreffen oftmals nur geringfügige Teilaspekte bestehender Genehmigungen oder Auflagen. Der Verwaltungsaufwand einer ordnungsgemäß kundgemachten Ausschreibung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung erscheint in den weitaus überwiegenden Fällen deutlich übertrieben.

Es wird daher angefragt, ob andere Wege zur Erlangung der gebotenen Rechtssicherheit bestehen bzw. ob angedacht wird, eine dem § 359b Abs. 2 GewO 1994 nachgebildete Regelung anzustreben, um solche Folgeverfahren und auch vergleichbare Situationen – etwa bei Anzeigeverfahren nach § 81 Abs. 2 Z 7 GewO 1994 – verwaltungseffizienter abhandeln zu können.

## **Zu TOP 25:**

In den Erläuterungen der Regierungsvorlage zu der (mit BGBl. I Nr. 85/2013 veröffentlichten) Novelle zur GewO 1994, 2197 dB XXIX.GP, wird zu § 356 Abs. 3 und 4 Folgendes ausgeführt:

„Bedenken, dass wegen der nunmehr vorgesehenen rechtskraftdurchbrechenden Wirkung des neuen § 79c die bisherige Regelung über die Parteistellung in Folgeverfahren zu kurz greifen könnte, soll durch einen neuen Abs. 4 Rechnung getragen werden. Unabhängig davon, ob Nachbarn ihre Parteistellung im „Grundverfahren“ aufrechterhalten haben, sollen alle Nachbarn in der Frage (und in diesem Rahmen) Parteistellung haben, ob neue oder größere nachteilige Wirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 GewO 1994 mit Aufhebung oder Abänderungen von Bescheidauflagen, Abweichungen vom Genehmigungsbescheid einschließlich seiner Bestandteile bzw. in Zusammenhang mit Betriebsübernahmen verbunden sein können.“

Daraus ist zu schließen, dass der Gesetzgeber die in Rede stehende Bestimmung nicht als „in den weitaus überwiegenden Fällen deutlich übertrieben“ erachtet hat, sondern vielmehr die Parteistellung (samt damit in Zusammenhang stehenden Kundmachungsüberlegungen) im Hinblick auf den möglichen Eingriff in Nachbarrechte für sachlich erforderlich gehalten hat.

Im Übrigen ist anzumerken, dass es im Hinblick auf das gegen die Republik Österreich laufende Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2014/4111 betreffend Öffentlichkeitsbeteiligung und Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten derzeit nicht als angebracht erachtet wird, Kundmachungsvorschriften zum Nachteil möglicher Betroffener zu ändern.

26. (Wien) Genehmigungspflicht erst bei regelmäßigen Änderungen von gewerblichen Betriebsanlagen unter besonderer Berücksichtigung von Veranstaltungen in gewerblichen Betriebsanlagen.

Eine Novelle des Wiener Veranstaltungsgesetzes, wonach Veranstaltungen in gewerblichen Betriebsanlagen keiner zusätzlichen landesrechtlichen Bewilligung bedürfen, sofern eine „entsprechende Betriebsanlagengenehmigung“ vorliegt, hat zu gewissen Verunsicherungen bei den vollziehenden Stellen geführt. Konkret wird dazu die Fragestellung zur relevanten Vorfrage aufgeworfen, ab wann Veranstaltungen in einer gewerblichen Betriebsanlage eine Genehmigungspflicht der Änderung der Betriebsanlage hervorrufen.

Das Amt der Wiener Landesregierung vertritt dazu folgenden Standpunkt:

§ 74 Abs. 1 GewO 1994 normiert die Definition einer gewerblichen Betriebsanlage. Demnach liegt eine gewerbliche Betriebsanlage vor, wenn eine örtlich gebundene Einrichtung „nicht bloß vorübergehend“ der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit zu dienen bestimmt ist. Dieser zeitliche Aspekt ist für die Feststellung relevant, ob überhaupt eine gewerbliche Betriebsanlage vorliegt. Demgegenüber ist bei Änderungen von gewerblichen Betriebsanlagen diese Sachverhaltsfrage bereits geklärt und liegt eine gewerbliche Betriebsanlage bereits vor. Änderungen von solchen Betriebsanlagen sind an Hand des Systems der §§ 81 ff. GewO 1994 hinsichtlich der Genehmigungspflicht dieser Änderungen zu beurteilen.

Mag auch der zeitliche Aspekt der Betriebsanlagendefinition nicht unmittelbar auf Änderungen anwendbar sein, so kommt darin dennoch die Wertung des Gesetzgebers zum Ausdruck, dass betriebsanlagenrechtliche Relevanz nur dann vorliegt, wenn eine gewisse Regelmäßigkeit der beabsichtigten, geänderten Tätigkeit bzw. Einrichtung vorliegt.

In dieselbe Richtung gibt der Gesetzgeber auch mit der Sonderbestimmung des § 81 Abs. 2 Z 11 GewO 1994 zu erkennen, dass zumindest in bestimmten, angeführten Situationen Änderungen von Betriebsanlagen auch bei einer gewissen Dauer keine Genehmigungspflicht der Änderung der Betriebsanlage auslösen sollen. Wird hiermit zwar nur ein spezieller Fall ausdrücklich geregelt, so ist dennoch zu erkennen, dass auch in anderen Fällen von der Betriebsanlagenbehörde im Einzelfall zu beurteilen ist, ob eine die Genehmigungspflicht auslösende Änderung der Betriebsanlage vorliegt, weil sie regelmäßig geändert betrieben werden soll.

Diese notwendige Regelmäßigkeit der Änderung einer Betriebsanlage kann in verschiedenen Fällen auf Grund unterschiedlicher Parameter beurteilt werden. So kann etwa durch besondere, dauerhafte bauliche Einrichtungen und Anpassungen zum Ausdruck gebracht werden, dass diese Änderung auch auf längere Dauer so Bestand haben soll. Es entspricht der menschlichen Erfahrung, dass bauliche Adaptierungen nur in Fällen getätigt werden, wenn beabsichtigt ist, diese auch auf Dauer zu nutzen. Die Investitionen für solche baulichen Änderungen sind ein sehr deutliches Argument für die beabsichtigte Regelmäßigkeit.

Ähnlich sind auch ausdrückliche Ankündigungen – etwa auf der Unternehmenshomepage oder auf Plakaten im Betrieb – einzustufen. Auch mit diesen, in die weitere Zukunft gerichteten Ankündigungen des geänderten Betriebs einer Betriebsanlage kann die Betriebsanlagenbehörde oftmals von der erforderlichen Regelmäßigkeit der Änderung ausgehen.

Somit können in Einzelfällen sogar bei einmaligen Feststellungen bereits ausreichend Beweise vorliegen, warum die Behörde von der Genehmigungspflicht der Änderung der Betriebsanlage auszugehen hat.

Anders verhält es sich nach Ansicht der Wiener Gewerbebehörden bei gewissen Veranstaltungen, die nicht regelmäßig in einer gewerblichen Betriebsanlage abgehalten werden. So sind typisch einmalige Ereignisse wie etwa Eröffnungsfeiern, runde Jubiläumsfeste und vergleichbare Sonderevents meistens nicht darauf ausgerichtet, eine regelmäßige Änderung der Betriebsanlage hervorzurufen. Die erforderlichen Adaptierungen erfolgen meist nur durch temporäre Aufstellungen und eine aus diesem Anlass geänderte Organisation des Betriebes. Eine Genehmigungspflicht der Änderung kann durch solche Ereignisse nicht ausgelöst werden.

Erst wenn solche Veranstaltungen im Betrieb gehäuft organisiert werden, einen erheblichen Beitrag zum Erfolg der gewerblichen Tätigkeit beitragen (sollen) oder dauerhafte Anschaffungen für diese geänderte Betriebsweise getätigt werden, kann die Grenze zur Genehmigungspflicht erreicht werden und ist dies im Einzelfall an Hand der konkreten Ermittlungsergebnisse festzustellen. Die Behörden werden dabei ein besonderes Augenmerk darauflegen, ob mit diesen Veranstaltungen auf Grund der besonderen Nähe zum eigentlich genehmigten Betriebsanlagenzweck eine Absicht vermutet werden kann, besondere Bestimmungen – etwa zum Schutz der Nachbarschaft - zu umgehen.

Das Amt der Wiener Landesregierung stützt seine Auffassung nicht zuletzt auch auf das Erkenntnis des VwGH vom 26. September 2017, Ra 2017/04/0057, mit dem das Höchstgericht das Grundverständnis des Gesetzgebers durch Bezugnahme auf § 74 Abs. 1 und § 81 Abs. 2 Z 11 GewO 1994 zum Ausdruck gebracht hat. So erscheint demnach auch nicht schädlich, wenn veranstaltungsrelevante Einrichtungen an mehreren Tagen im Jahr (im fallbezogenen Vergleich etwa an 10 Tagen pro Jahr) aufgestellt werden, solange sie auch regelmäßig nach der Veranstaltung wieder abgebaut werden.

Die Wiener Gewerbeverwaltung sieht in ihrer Darstellung die rechtliche Absicherung gewährleistet, dass nicht eine bloß auf den zeitlichen Aspekt reduzierte Anzahl oder Dauer von Änderungen von Betriebsanlagen als „Freibrief“ für die Gastronomie aufgefasst werden könnte, sich in diesem Rahmen nicht an den Konsens halten zu müssen. Vielmehr bleiben Auflagen zu jeder Zeit einzuhalten und kann sich auch bei erstmaliger Feststellung von anlagenrechtlichen Änderungen der Tatbestand des § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 aus den Umständen des Einzelfalls ableiten lassen.

Es wird um Diskussion, Ausführungen und schließlich um Bekanntgabe ersucht, ob der Rechtsauffassung Wiens zugestimmt werden kann.

## **Zu TOP 26:**

Diese Thematik wurde ähnlich bereits bei der Bundesgewerbereferententagung 2013, TOP 23, behandelt, wobei es sich damals zwar konkret um die Bezüge zu einem Veranstaltungsgesetz eines anderen Bundeslandes gegangen ist, was aber hinsichtlich der gewerberechtlichen Grundsätze keine Rolle spielt.

Wenn es bestimmungsgemäßer Bestandteil der gastgewerblichen Gewerbeausübung ist, dass das durch verabreichte Speisen und ausgeschenkte Getränke erzielte wirtschaftliche Ergebnis durch betriebliche Maßnahmen wie zB. (Live)Musik, Karaoke, Auftritte und Ähnliches gefördert wird ("Veranstaltungen"), so sind diese betrieblichen Maßnahmen Bestandteil der Betriebsweise der gewerblichen Betriebsanlage und müssen sie sowohl bei der Bewertung der in § 74 Abs. 2 Z 1 bis 5 GewO 1994 genannten Auswirkungstatbestände als auch hinsichtlich allfällig mit anzuwendender Verwaltungsvorschriften - insb. zB dem ASchG - berücksichtigt werden.

Dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn solche Betriebsweisen erst später aufkommen, wobei sie in diesem Fall als Änderung der gewerblichen Betriebsanlage zu bewerten sind.

Es bedeutet aus gewerberechtlicher Sicht keinen Unterschied, ob die Veranstaltungsgesetze der Länder Ausnahmetatbestände schaffen und sich in Fällen zurückziehen, in denen gewerbliche Betriebsweisen, die gleichzeitig auch den landesrechtlichen Veranstaltungsbegriff erfüllen, von gewerblichen Betriebsanlagengenehmigungen erfasst sind.

Vom gewerblichen Betriebsanlagenrecht können aber nur jene Betriebsweisen erfasst sein, die der gewerblichen Betriebsanlage zuzurechnen sind. Dabei wird auch besonderes Augenmerk darauf zu legen, ob ein bestimmtes Verhalten, insbesondere wenn es als „gar nicht dem Betrieb zuzurechnen“ behauptet wird, dem gewerblichen Betriebszweck zu dienen bestimmt ist. In diesen Fällen wird es auch das Verhalten des Betriebsanlageninhabers und dessen Rolle bei der Durchführung der in Rede stehenden Verhaltensweise aufschlussreich sein.

Es mag zutreffend sein, dass es Verhaltensweisen geben kann, die im Sinne des § 74 Abs. 1 GewO 1994 in der Fassung BGBl. I Nr. 96/2017 (mit welcher der Ausdruck „regelmäßig“ durch den Ausdruck „nicht bloß vorübergehend“ ersetzt worden ist) den gewerblichen Betriebsanlagenbegriff nicht erfüllen. Aber selbst wenn ein solcher Fall nach Prüfung des

tatsächlichen Vorkommnisses und unter Berücksichtigung der Verhaltensweise, die ein Gewerbe- und Betriebsinhaber im örtlichen Umfeld seiner gewerblichen Betriebsanlage bei diesem Vorkommnis geübt hat, vorliegen sollte, so ändert aber nichts daran, dass im Falle der Zurechenbarkeit des Vorkommnisses zumindest zur gewerblichen Tätigkeit des Gewerbeinhabers die Gewerbebehörde die erforderlichen Vollzugshandlungen nach der GewO 1994 zu setzen hat und sich nicht nur deswegen zurückziehen kann, weil dieses Vorkommnis auch dem Veranstaltungsgesetz des Bundeslandes unterliegt, das sich im Fall der Nichtanwendbarkeit des gewerblichen BA-Rechts dann eben nicht zurückzieht.

Es ist daher von der Behörde, auch im Sinne der Rechtsansicht des Amtes der Wiener Landesregierung, wie folgt vorzugehen, wenn solche Vorkommnisse im örtlichen Zusammenhang mit einer gewerblichen Betriebsanlage (im konkreten Fall und wohl auch sonst meist: gastgewerblichen Betriebsanlage) in Erscheinung treten:

1. Zunächst ist das in Rede kommende Vorkommnis bzw. Vorhaben darauf zu prüfen, ob es im Zusammenhang mit der gewerblichen Ausübung des Gewerbe- und Betriebsinhabers steht. Wenn dies der Fall ist, so handelt es sich um eine gewerbliche Ausübung. Hierbei (so wie auch bei den folgenden Schritten) ist zu berücksichtigen, welche Verhaltensweise der Betriebsinhaber im Rahmen dieses Vorkommnisses oder Vorhabens konkret setzt, welche Rolle er beim Ablauf einnimmt, und nicht zuletzt auch, ob ähnliche bzw. vergleichbare Vorkommnisse oder Vorhaben immer wieder im örtlichen Zusammenhang mit einer gewerblichen Betriebsanlage auftreten.

2. Sodann ist zu prüfen, ob dieses Vorkommnis oder Vorhaben ein Verhalten ist, das dem gewerblichen Betriebsanlagenrecht unterliegt. Dabei sind zunächst die Kriterien, die der VwGH im Erkenntnis 26. September 2017, Ra 2017/04/0057 skizziert hat, beachtlich. Es sollte zusätzlich aber nicht übersehen werden, dass etwa das Verwenden der eigenen gewerblichen Betriebsanlage zu einer Betriebsweise, die einer solchen gewerblichen Ausübung in einer solchen Betriebsweise durchaus nicht fremd ist, ein gewichtiges Erwägungsargument bei Klärung der Frage sein wird, ob das Vorkommnis tatsächlich „bloß vorübergehend“ ist. Im Falle des zitierten VwGH-Erkenntnisses ging es nämlich nicht um eine gastgewerbliche Betriebsanlage, in welcher sich das vom Höchstgericht beurteilte Verhalten abgespielt hat.

3. Je nach Ergebnis hat die Behörde, falls erforderlich, die jeweils zutreffenden Maßnahmen gemäß § 360 GewO 1994 zu setzen.

4. In Fällen, in denen das Verhalten nicht dem gewerblichen Betriebsanlagenrecht unterliegt, sind präventiv noch immer Maßnahmen gemäß § 69 Abs. 4 GewO 1994 möglich und auch die Vorschriften über die Ausübung des Gastgewerbes gemäß §§ 112 bis 114 GewO 1994 sind entsprechend einzuhalten.

5. Im Fall, dass das Verhalten zur gewerblichen Betriebsanlage gehört, ist nach den Regeln des gewerblichen Betriebsanlagenrechts vorzugehen, wobei angesichts der im Tagesordnungspunkt beschriebenen Zusammenhänge zunächst kaum vorstellbar ist, dass es sich dabei um Verhaltensweisen handeln kann, die nicht ein einziges der die Genehmigungspflicht auslösenden Kriterien gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994 erfüllen, umso weniger wenn sie sich im verbauten oder sogar dicht verbauten Gebiet abspielen.

Der Umstand, ob und unter welchen Umständen sich das Veranstaltungsrecht des Bundeslandes zurückzieht, hat beim Vollzug der GewO 1994 außer Betracht zu bleiben. Die Anwendbarkeit des gewerblichen Betriebsanlagenrechts und dessen Maßnahmen sind objektiv unabhängig von der allfälligen Hoffnung oder Erwartung der Gewerbebehörde, dass sich eine andere Behörde dessen dann annehmen werde, zu prüfen.

## 27. (Oberösterreich) Löschwasserrückhaltung bei gewerblichen Betriebsanlagen

Das Thema Umgang mit Löschwasser wurde bereits bei der 49. Gewerbeteknikertagung 2018 behandelt. Im Protokoll wird ausgeführt, dass die Inhalte des **damals im Entwurf vorliegenden ÖWAW-Regelblattes 37 "Umgang mit Löschwasser"** sehr kontrovers gesehen werden. So sieht es die Anwendung bereits bei vergleichsweise niedrigen Mengenschwellen vor, z.B. ab 500 kg Ammoniak pro Brandabschnitt. Zudem wird die Anwendbarkeit auch bei Abfällen empfohlen, was bei der Problematik der Einstufung von Abfällen eine komplexe Fragestellung aufwirft. Im Ergebnis wurde festgehalten, dass dieses Regelblatt aus fachlicher Sicht als nicht anwendbar erklärt wird.

Stattdessen wurde auf die "**Handlungsanweisung Löschwasser**", welche vom Land Niederösterreich herausgegeben wurde, verwiesen. In dieser Handlungsanweisung wird zwischen Seveso-Anlagen oder IPPC-Anlagen und Betriebsanlagen unterhalb der Schwellen der Anlagen 3 und 5 der GewO 1994 unterschieden:

### **Seveso-Anlagen oder IPPC-Anlagen:**

Der Störfall (Brandfall) ist zu berücksichtigen, und dessen Auswirkungen sind bereits im Genehmigungsverfahren zu berücksichtigen. Die Erfordernisse eines Löschwasserrückhaltes sind dabei grundsätzlich zu prüfen.

### **Betriebsanlagen unterhalb der Schwellen der Anlagen 3 und 5 GewO 1994:**

Hier läuft die Entscheidung auf eine Einzelfallbeurteilung hinaus. So kann eine Berücksichtigung eines Brandereignisses und daraus abgeleitet die Berücksichtigung von z.B. Löschwasserrückhaltungen insbesondere dann geboten sein, wenn der Eintritt eines Brandes trotz Einhaltung des Standes der Technik, z.B. aufgrund eines fehleranfälligen Produktionsprozesses so wahrscheinlich ist, dass ein Brand und dessen Auswirkungen als typisches Risiko dieses speziellen Vorhabens anzusehen sind.

Die Vorgangsweise in Niederösterreich entspricht grundsätzlich jener in Oberösterreich.

Aus unserer rechtlichen Sicht ist darauf hinzuweisen, dass **Störfälle** im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren im Regelfall nicht zu berücksichtigen sind und **nur bei IPPC- und SEVESO-Anlagen eine betriebsanlagenrechtliche Relevanz** gegeben ist. So finden sich Regelungen betreffend Maßnahmen zur Verhinderung von Störfällen (Unfällen) und zur Begrenzung von deren Folgen für IPPC-Anlagen im § 77a Abs. 1 Z. 3 und für SEVESO-

Anlagen im Abschnitt 8a (§§ 84a bis 84o) der Gewerbeordnung, wobei die SEVESO-Anforderungen keine Genehmigungsvoraussetzungen im Betriebsanlagenverfahren sind, sondern eine Betreiberpflichtung. Interessant sind in diesem Zusammenhang folgende Kommentarstellen:

- § 77 Abs. 1 verlangt nicht, dass jede überhaupt denkbare mögliche Gefährdung der im § 74 Abs. 2 Z 1 umschriebenen Interessen ausgeschlossen werden muss, sondern nur, dass die nach den Umständen des Einzelfalles voraussehbaren Gefährdungen dieser Interessen zu vermeiden sind. Die Vorschreibung von Auflagen zur Vorbeugung gegen oder zur Abwehr von Katastrophen würde – abgesehen von Maßnahmen betreffend Störfälle umfassenden Auflagen im Genehmigungsbescheid für eine gefahrgeneigte Anlage – über den § 77 Abs. 1 hinausgehen, da es sich bei Katastrophen um in ihrem Wesen und ihren Auswirkungen außergewöhnliche unheilvolle Ereignisse handelt, die zwar denkmöglich, aber hinsichtlich ihres tatsächlichen Auftretens und der Art, Größe und Dauer der durch sie verursachten Gefährdungen von Menschen und Sachen nicht voraussehbar sind (GRT 1985, Pkt. 28). (Die Verpflichtung zur Vorschreibung von Maßnahmen betreffend Störfälle umfassenden Auflagen im Genehmigungsbescheid für eine gefahrgeneigte Anlage ist durch der GRNov 2000 entfallen; siehe auch Anm. 60.) (Gruber/Paliego-Barfuß, GewO<sup>7</sup>, § 77 (Stand 1.3.2015, rdb.at), Rz. 50)
- Nach § 77 Abs. 1 zweiter Satz erster Teilsatz idF vor der GewONov 2000 hatten die im Betriebsanlageneignungsbescheid erforderlichenfalls vorzuschreibenden Auflagen auch "Maßnahmen betreffend Störfälle (§ 82a)" zu enthalten. Durch den Entfall dieser Bestimmung soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die "Seveso-II-Richtlinie" kein "Genehmigungsregime" begründet, d.h. keine Regelungen betreffend die Genehmigung einer den Bestimmungen betreffend die Beherrschung der Gefahren bei schweren Unfällen unterliegenden Betriebsanlagen vorsieht (AB 2000). (Gruber/Paliego-Barfuß, GewO<sup>7</sup>, § 77 (Stand 1.3.2015, rdb.at), Rz. 60)
- Die Anforderungen des Abschnitt 8a müssen zusätzlich zu den anderen Anforderungen nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes eingehalten werden, sind aber keine Genehmigungsvoraussetzungen iSd §§ 77 und 77a GewO 1994. Nach § 77 Abs. 1 zweiter Satz erster Teilsatz idF vor der GewONov 2000 hatten die im Betriebsanlageneignungsbescheid erforderlichenfalls vorzuschreibenden

Auflagen auch "Maßnahmen betreffend Störfälle (§ 82a)" zu enthalten. Durch den Entfall dieser Bestimmung wurde dem Umstand Rechnung getragen, dass die Seveso-II-RL kein "Genehmigungsregime" begründet, d.h. keine Regelungen betreffend die Genehmigung einer den Bestimmungen betreffend die Beherrschung der Gefahren bei schweren Unfällen unterliegenden Betriebsanlagen vorsieht (vgl. AB 2000).

Auch die Seveso-III-RL enthält kein Genehmigungsregime; die Ausführungen zur GewONov 2000 treffen daher auch auf Abschnitt 8a idF der 4. GewONov zu. Allerdings handelt es sich bei "Betrieben" (§ 84b Z. 1 GewO 1994), die dem 8a-Abschnitt der GewO 1994 betreffend die Beherrschung der Gefahren schwerer Unfälle mit gefährlichen Stoffen (somit dem "Industrieunfallrecht") unterliegen, um gewerbliche Betriebsanlagen, die im Hinblick auf die Schutzinteressen des § 74 Abs. 2 leg. cit. wohl genehmigungspflichtig sind. Die grundlegenden Anforderungen der §§ 74 ff. sind daher auch von diesen Betrieben einzuhalten. (Gruber/Paliego-Barfuß, GewO7, § 84a (Stand: 1.3.2016, rdb.at), Rz. 8)

Es stellt sich daher die Frage, ob den obigen Ausführungen im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Rechtslage zu Störfällen auch auf das Brandszenario und die Vorgangsweise entsprechend der "Handlungsanweisung Löschwasser" zugestimmt werden kann.

## **Zu TOP 27:**

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff „Störfall“ seit der Gewerbeordnungsnovelle BGBl. I Nr. 88/2000 im gewerblichen Betriebsanlagenrecht nicht mehr verwendet wird und dass daher darauf aufbauende Argumentationen zwangsläufig ins Leere gehen.

Es werden aber - ausgehend von EU-rechtlichen Vorgaben - „Unfälle“ zu folgenden zwei Themenbereichen ausdrücklich angesprochen:

Der eine Bereich ist das so genannte „Industrieunfallregime“, also der 8a. Abschnitt „Beherrschung der Gefahren schwerer Unfälle mit gefährlichen Stoffen“, der sich, wie schon der Titel sagt, mit der Verhütung schwerer Unfälle mit gefährlichen Stoffen und der Begrenzung der Folgen solcher Unfälle auseinandersetzt.

Ein schwerer Unfall ist nicht ein Unfall welcher Art auch immer, sondern gemäß § 84b Z 12 GewO 1994 ein Ereignis, das sich aus unkontrollierten Vorgängen in einem unter den 8a. Abschnitt fallenden Betrieb ergibt (etwa eine Emission, ein Brand oder eine Explosion größeren Ausmaßes), das unmittelbar oder später innerhalb oder außerhalb des Betriebs zu einer ernststen Gefahr für die menschliche Gesundheit oder die Umwelt führt und bei dem ein oder mehrere gefährliche Stoffe beteiligt sind).

Wie Oberösterreich zutreffend ausführt, müssen die Anforderungen des 8a. Abschnitts gemäß § 84a Abs. 3 GewO 1994 zusätzlich nach anderen Bestimmungen der GewO 1994 erfüllt sein; sie sind keine Genehmigungsvoraussetzung im Sinne der §§ 77 und 77a leg. cit..

Der zweite Bereich sind die gewerberechtlichen IPPC-Regelungen. Hier wird schon bei den Genehmigungsvoraussetzungen ausdrücklich gefordert, dass die notwendigen Maßnahmen ergriffen werden, um Unfälle zu verhindern und deren Folgen zu begrenzen (§ 77a Abs. 1 Z 2 GewO 1994). § 81c GewO 1994 legt die Verpflichtungen des Anlageninhabers und der Behörde im Fall von (bestimmten) Unfällen in Zusammenhang mit einer IPPC-Anlage fest. Bei der systematischen Beurteilung der Umweltrisiken, aus der sich der Zeitraum zwischen zwei Vor-Ort-Besichtigungen bei Umweltinspektionen ergibt, ist das Unfallrisiko eines der zu berücksichtigenden Kriterien (§ 82a Abs. 3 GewO 1994).

Das Industrieunfallrecht ist also ein Regime außerhalb des üblichen Genehmigungsregimes, die IPPC-Regelungen finden sich - quasi in gewohnter Weise - in die Genehmigungsregelungen

integriert. Dass hier Unfälle *expressis verbis* angesprochen werden, ist richtlinienbedingt (die EU-Kommission legt äußersten Wert auf eine möglichst wortgetreue Umsetzung).

Es ist aber keinesfalls der Umkehrschluss zulässig, dass Unfälle, wie etwa ein Brandereignis, im Bereich des „normalen“ gewerblichen Betriebsanlagenrechts außer Acht zu bleiben hätten.

Wenn nämlich im konkreten Fall - ausgehend von den in der geplanten Betriebsanlage vorgesehenen Gefahrenquellen - Brände nicht als Katastrophe einzuschätzen sind (siehe dazu die in der Anfrage zitierte Umschreibung in Gruber/Paliego-Barfuß, GewO<sup>7</sup>, Anm. 50 zu § 77), sondern Brände und die damit verbundenen Brandfolgen nach den Umständen des Einzelfalls voraussehbar sind, dann sind die erforderlichen Vorkehrungen zur Wahrung der anlagenrechtlichen Schutzinteressen zu treffen, zu denen gemäß § 74 Abs. 2 Z 5 GewO 1994 auch der Schutz der Gewässer vor nachteiligen Einwirkungen zählt.

Dass Maßnahmen etwa zur Hintanhaltung von Verunreinigungen durch Löschwasser zu erforderlichen Vorkehrungen zählen können, zeigt sich auch aus § 42 der geltenden Verordnung über brennbare Flüssigkeiten, der die erforderliche Beschaffenheit von Einrichtungen zur Beseitigung von Löschwasser festlegt.

Die Entscheidung der Behörde hat sich selbstverständlich auf entsprechende Sachverständigengutachten zu stützen; eine (allfällige) diesbezügliche Abstimmung hat im Kreis technischer Experten stattzufinden.

## V. Verwaltungsverfahren

28. (Steiermark) Form der Feststellung der individuellen Befähigung und Wirkung der Eintragung derselben im GISA

Seitens der Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld wird gebeten folgende Fragen bei der Tagung zu erörtern:

Aufgrund eines konkreten Verfahrens ersuchen wir um Diskussion der Fragen ob

1. die Feststellung der individuellen Befähigung mittels Aktvermerk möglich ist und
2. die Ersichtlichmachung einer individuellen Befähigung im GISA konstitutive oder deklarative Wirkung hat.

### **Ad 1.)**

Gemäß § 19 GewO 1994 hat die Behörde beim Nichtvorliegen der formellen Befähigung „unter Bedachtnahme auf Vorschriften gemäß § 18 Abs. 4 das Vorliegen der individuellen Befähigung festzustellen, wenn ...“.

In Grabler/Stolzechner/Wendl GewO<sup>3</sup> § 19 Anm. 8 heißt es dazu: „Sieht sich die Behörde (§ 333) aufgrund einer Gewerbebeanmeldung und der vorgelegten Belege – wegen Fehlens des formellen/standardisierten Befähigungsnachweises – zu einem Vorgehen gem. § 19 veranlasst, hat sie ein Ermittlungsverfahren (§§ 37 ff. AVG) unter Wahrung des Parteiengehörs durchzuführen. In einem solchen Anmeldeverfahren hat die Behörde einen Feststellungsbescheid zu erlassen, in welchem verbindlich festgestellt wird, ob ein Anmelder oder gewerberechtl. Geschäftsführer die individuelle Befähigung zur Ausübung des angemeldeten Gewerbes besitzt, und wenn ja, ob er aufgrund seiner individuellen Befähigung zur Ausübung des betreffenden Gewerbes in vollem oder eingeschränktem Umfang berechtigt ist. Dass eine Feststellung gem. § 19 in Bescheidform zu ergehen hat, ergibt sich zunächst schon daraus, dass durch die Feststellung bzw. Verweigerung der Feststellung der individuellen Befähigung die Rechtssphäre der betreffenden Person insofern entscheidend berührt wird, als die Befugnis zur Ausübung des betreffenden Gewerbes an diese Feststellung geknüpft ist. Hinzuweisen ist ferner auf die Bestimmung des § 340 Abs. 1 vierter Satz, wonach als Tag der Gewerbebeanmeldung jener Tag gilt, „an welchem ... die allenfalls erforderliche Feststellung der individuellen Befähigung gem. § 19 rechtswirksam erfolgt ist“. Ähnlich auch

die EB 2002: „...dass die Gewerbeausübung erst mit rK Feststellung über das Vorliegen der individuellen Befähigung in vollem oder eingeschränktem Umfang zulässig sein soll.“

In Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher GewO<sup>4</sup> § 19 Anm. 8 heißt es: „Mit der Formulierung „das Vorliegen der individuellen Befähigung festzustellen“ werden die Ermächtigung zur Erlassung und der Inhalt eines Feststellungsbescheides geregelt.“

Sander in Ennöckl/Raschauer/Wessely, GewO § 19 Anm. 1 geht davon aus, dass „auch losgelöst von einem Anmeldeverfahren ein »subjektives Recht auf Durchführung eines §-19-Verfahrens« und dessen bescheidmäßigen Abschluss argumentiert werden könnte“ Rechtsmeinungen dahingehend, dass Feststellungen gemäß § 19 GewO 1994 auch formlos erfolgen könnten fanden wir in den Kommentaren keine.

#### **Ad 2.)**

Gem. § 340 Abs. 1 2.Satz GewO hat die Eintragung einer Gewerbebeanmeldung im GISA konstitutive Wirkung, sie ersetzt somit – mit Ausnahme der in Abs. 2 leg cit genannten Gewerbe – die Erledigung der Anmeldung, mittels Feststellungsbescheid darüber, dass die Voraussetzungen für die Gewerbeausübung vorliegen. Eine analoge Bestimmung für Verfahren gemäß § 19 GewO, in welchen konstitutiv festgestellt wird ob und in welchem Umfang die individuelle Befähigung gegeben ist, existiert nicht.

Für uns folgt daraus, dass eine „Feststellung“ der individuellen Befähigung mittels einfachen Aktenvermerk, wie es vereinzelt praktiziert wird, keinerlei Rechtswirkung zu entfalten vermag. Diesbezüglich sei auch auf § 62 Abs. 2 AVG verwiesen, wonach außerhalb einer Verhandlung mündlich verkündete Bescheide in einer besonderen Niederschrift zu beurkunden sind.

Die Eintragung der Feststellung der individuellen Befähigung ins GISA ist somit lediglich deklarativ und zeigt anderen Behörden an, dass sich bereits einmal eine Behörde mit der Frage des Vorliegens der individuellen Befähigung beschäftigt und diese bejaht oder verneint hat. Ausgehend von der Verpflichtung zur Feststellung der materiellen Wahrheit, kann die Ersichtlichmachung im GISA unserer Ansicht nach die erkennende Behörde nicht davon entbinden, die Partei zur Vorlage des Feststellungsbescheids aufzufordern oder diesen bei der eintragenden Behörde anzufordern.

Die anschließende Eintragung als Gewerbetreibender oder als gewerberechtlicher Geschäftsführer für ein Gewerbe macht die Vorlage des Feststellungsbescheids natürlich

entbehrlich, da selbiger wohl auch konstitutive Wirkung hinsichtlich der Feststellung des Befähigungsnachweises zugesprochen werden kann.

Für uns folgt daraus,

- dass die Feststellung der individuellen Befähigung nur mittels Feststellungsbescheid zulässig ist, nicht zuletzt deshalb, da der Tag der Rechtskraft dieses Bescheides auch den Tag der Rechtskraft der Anmeldung bestimmt, und
- dass Eintragungen von Verfahren betreffend die Feststellung der individuellen Befähigung mangels einer analogen Bestimmung zu § 340 Abs. 1 2. Satz GewO im § 19 leg cit lediglich deklarative Wirkung entfalten.

Um Diskussion wird ersucht.

**Zu TOP 28:**

Die Feststellung der individuellen Befähigung erfolgt durch Bescheid, unabhängig davon, ob sie in einem laufenden Gewerbeanmeldungsverfahren oder aufgrund eines eigenen Antrags außerhalb eines Gewerbeanmeldungsverfahrens ausgesprochen wird (siehe dazu VwGH 18.08.2017, Ro 2015/04/0007). In diesem Bescheid wird verbindlich festgestellt, ob der Gewerbeanmelder, der gewerberechtliche (Filial-)Geschäftsführer, dessen Bestellung angezeigt wird oder genehmigt werden muss, oder der sonstige Antragsteller für ein bestimmtes reglementiertes Gewerbe die Befähigung - allenfalls in einem eingeschränkten Umfang - nachgewiesen hat. Insofern kann eine Feststellung der individuellen Befähigung nicht durch bloßen Aktenvermerk erfolgen.

Eintragungen in das Gewerbeinformationssystem Austria betreffend die Feststellung der individuellen Befähigung haben keine konstitutiven Wirkungen, diese kommt dem zu erlassenden Feststellungsbescheid zu.

Weiters angesprochen wird in der Anfrage, ob sich die Behörde bei der Gewerbeanmeldung den Bescheid über die Feststellung der individuellen Befähigung im Rahmen der behördlichen Amtshilfe oder durch den Gewerbeanmelder vorlegen lassen muss. Diesbezüglich wird auf die Erläuterungen zur GewO-Novelle BGBl. I Nr. 18/2015 hingewiesen; diese führen zu § 365a Abs. 2 Z 10 aus, dass die entsprechenden Unterlagen bei positivem Ausgang des Verfahrens nicht mehr vorgelegt werden müssen, auch wenn ein Gewerbe bei einer anderen Bezirksverwaltungsbehörde als jener angemeldet wird, die das Verfahren der Feststellung der individuellen Befähigung geführt hat (siehe die Erläuterungen, 232 BlgNR XXV. GP 3).

## 29. (Kärnten) Entziehungsverfahren gemäß § 88 Abs. 1 GewO 1994

Gemäß § 88 Abs. 1 GewO 1994 ist die Gewerbeberechtigung von der Behörde (§ 361) zu entziehen, wenn sich der Gewerbeinhaber nach den für ihn in Betracht kommenden Rechtsvorschriften nicht mehr zulässigerweise in Österreich aufhält.

Aus den Erläuterungen zu dieser Bestimmung ist zu entnehmen: „Der in der Praxis meist nur schwer und oftmals mit unbefriedigendem Ergebnis zu erbringende Nachweis der Gegenseitigkeit soll in Hinkunft entfallen. Stattdessen soll bei Ausländern, denen die Gewerbeberechtigung nicht durch Staatsvertrag garantiert ist, bei Asylanten und bei Staatenlosen das Recht zur Ausübung eines Gewerbes von ihrem legalen Aufenthalt in Österreich abhängig gemacht werden. Daraus ergibt sich weiters, dass die Gewerbeberechtigung zu entziehen ist, wenn sich der Betreffende nicht mehr legal in Österreich aufhält.“

Der im § 88 Abs. 1 GewO 1994 zu findende Passus „wenn sich der Gewerbeinhaber nach den für ihn in Betracht kommenden Rechtsvorschriften nicht mehr zulässigerweise in Österreich aufhält“ ist in zweierlei Hinsicht auslegbar. Man könnte daraus lesen, dass jemand sich illegal in Österreich (tatsächlich) aufhalten muss oder aber, dass er sich einfach nicht mehr zulässigerweise in Österreich aufhalten darf.

Nach Ansicht des Amtes der Kärntner Landesregierung und nach der Intention des Gesetzgebers kann diese Bestimmung nicht auf den tatsächlichen Aufenthalt der Person abzielen, sondern zielt sie vielmehr auf einen gültigen Aufenthaltstitel ab. Eine Feststellung des Aufenthalts einer Person nach einem rechtskräftig negativen Asylbescheid kann sich auch schwierig gestalten.

Es könnten sich hinsichtlich der Ungleichbehandlung von Drittstaatsangehörigen verfassungsrechtliche Bedenken ergeben, wenn Drittstaatsangehörige, die nach einem negativ abgeschlossenen Asylverfahren verzogen sind (und später eventuell wieder illegal/legal nach Österreich einreisen) anders behandelt werden, als Drittstaatsangehörige, die sich nach Abschluss desselben Verfahrens illegal in Österreich aufhalten. Beide haben kein Recht ein Gewerbe auszuüben, wie aus § 14 GewO 1994 klar hervorgeht.

Alternativ könnte argumentiert werden, dass einem Ausländer, der sich nicht mehr in Österreich aufhält die Gewerbeberechtigung von der Behörde ohnehin gemäß § 88 Abs. 3 oder Abs. 4 GewO 1994 zu entziehen ist. In diesen Fällen soll aber lediglich ein nicht

ausgeübtes Gewerbe entzogen werden (mit dem Zweck der Bereinigung der Gewerberegister). Das Ziel des Gesetzgebers ist hier ein anderes, da der Gesetzgeber im Falle des § 88 Abs. 1 GewO 1994 (und § 14 GewO 1994) an den Aufenthaltstitel anknüpfen will.

Bei der Entziehung gemäß § 88 Abs. 4 GewO 1994 kann das Gewerbe entzogen werden, wenn es über fünf Jahre nicht ausgeübt wird und der Gewerbeinhaber unbekanntes Aufenthalts ist. Hier müsste die Behörde die fünfjährige Nichtausübung beweisen, was sich in der Praxis neben der Zustellung schwierig gestalten kann.

Es ergeht die Frage, ob der Rechtsansicht, dass § 88 Abs. 1 GewO 1994 auf einen gültigen Aufenthaltstitel abstellt, beigetreten wird?

**Zu TOP 29:**

In § 14 Abs. 1 GewO 1994 wird festgelegt, dass Drittstaatsangehörige, Asylberechtigte oder Staatenlose Gewerbe wie Inländer ausüben dürfen, wenn sie sich nach den für sie in Betracht kommenden Rechtsvorschriften zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit bereits in Österreich aufhalten dürfen. Dazu korrespondierend wird in § 88 Abs. 1 GewO 1994 normiert, dass die Gewerbeberechtigung von der Behörde zu entziehen ist, wenn sich der Gewerbeinhaber nach den für ihn in Betracht kommenden Rechtsvorschriften nicht mehr zulässigerweise in Österreich aufhält. Nach § 14 Abs. 1 GewO 1994 kommt es darauf an, dass der Ausländer über einen entsprechenden Aufenthaltstitel verfügt. § 88 Abs. 1 GewO 1994 stellt darauf ab, dass der Aufenthaltstitel des Gewerbeinhabers weggefallen ist. Die Entziehung nach § 88 Abs. 1 GewO 1994 setzt nicht voraus, dass sich der Gewerbeinhaber tatsächlich in Österreich aufhält.

### 30. (Steiermark) Personenbetreuung – Entziehung bzw. Endigung der Gewerbeberechtigung

Es nehmen Fälle überhand, wo Gewerbeberechtigungen lautend auf das freies Gewerbe Personenbetreuung angemeldet wurden, aber das Gewerbe von den Gewerbeinhabern nicht mehr ausgeübt wird; eine Zurücklegung der Gewerbeberechtigung erfolgt in den meisten Fällen nicht, die Gewerbeinhaber sind nicht mehr in Österreich gemeldet und vielfach in ihre Heimatstaaten zurückgekehrt.

Als Entziehungsgründe kommen derzeit entweder § 88 Abs. 2 GewO 1994 oder § 88 Abs. 4 GewO 1994 in Frage, die beide eine Nichtausübung während der dort genannten Dauer voraussetzen. Nach dieser Zeit wird von den Behörden im Regelfall ein Entziehungsverfahren eingeleitet, welches mit einem enormen Verwaltungsaufwand verbunden ist, zumal der behördlich gemeldete Hauptwohnsitz laut ZMR unbekannt bzw. ein Wohnsitz in Österreich nicht mehr vorhanden ist.

Es wird um Diskussion gebeten, ob diese Problematik auch in anderen Bundesländern bekannt ist bzw. wie damit umgegangen wird. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob de lege ferenda nicht ein Endigungsgrund ähnlich dem Endigungsgrund gemäß § 85 Z 2 GewO 1994 angedacht werden soll.

**Zu TOP 30:**

Der vom Amt der Steiermärkischen Landesregierung angeregte Erfahrungsaustausch wurde durchgeführt.

Nach Dafürhalten des BMDW ist ein Zusammenhang zwischen der Endigung der Gewerbeberechtigung aus Gründen der Insolvenz und der (beabsichtigten) Endigung einer Gewerbeberechtigung auf Grund der Nichtausübung eines Gewerbes während eines bestimmten/längeren Zeitraumes nicht erkennbar. Des Weiteren sind keine Gründe erkennbar, die die Einführung eines Endigungstatbestandes wegen Nichtausübung ausschließlich für ein bestimmtes Gewerbe rechtfertigen würde (Stichwort: Gleichheitsgrundsatz).

Der Normierung des vorgeschlagenen Endigungstatbestandes kann sohin nicht nähergetreten werden.

### 31. (Vorarlberg) Verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher; Entfernung/Entziehung bei mangelnder Zuverlässigkeit

Gemäß § 9 Abs. 2 VStG sind die zur Vertretung nach außen Berufenen berechtigt aus ihrem Kreis eine oder mehrere Personen als verantwortliche Beauftragte zu bestellen, denen für das ganze Unternehmen oder bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften obliegt. Für bestimmte Räume oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens können aber auch andere Personen zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden. Im Bereich der Verantwortung des gewerberechlichen Geschäftsführers ist die Bestellung eines derartig verantwortlichen Beauftragten nicht zulässig.

In Fällen, in denen aufgrund zahlreicher Übertretungen nach Rechtsvorschriften, welche in den Verantwortungsbereich des VStG-Beauftragten fallen, stellt sich im Hinblick auf eine in weiterer Folge daraus resultierende mangelnde Zuverlässigkeit folgendes Problem dar:

Gemäß § 87 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 ist dem Gewerbeinhaber, der bei schwerwiegenden Verstößen gegen die im Zusammenhang mit dem betreffenden Gewerbe zu beachtenden Rechtsvorschriften und Schutzinteressen, insbesondere auch zur Wahrung des Ansehens des Berufsstandes, die für die Ausübung des Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit nicht mehr besitzt, die Gewerbeberechtigung zu entziehen.

Gemäß § 91 Abs. 2 GewO 1994 hat die Behörde, sofern der Gewerbetreibende ein Gesellschaftsunternehmen ist und sich die im § 87 angeführten Entziehungsgründe sinngemäß auf eine natürliche Person, deren maßgebender Einfluss auch den Betrieb der Geschäfte zusteht, den Gewerbetreibenden aufzufordern diese Person binnen einer Frist zu entfernen. Wurde diese Person nicht entfernt, so hat die Behörde die Gewerbeberechtigung zu entziehen.

Nach Ansicht des Amtes der Vorarlberger Landesregierung besteht in einer Konstellation, wie sie oben dargelegt wurde, auf Grund der gegebenen Rechtslage nicht die Möglichkeit, die Entfernung eines verantwortlichen Beauftragten, welcher nicht dem vertretungsbefugten Organ angehört, zu verfügen. Somit ist hier uE – es sei denn, den vertretungsbefugten Personen kann vorgeworfen werden die entsprechenden Taten vorsätzlich nicht verhindert zu haben – die Bestimmung gemäß § 91 GewO 1994 nicht anzuwenden und es wären hinsichtlich

der mangelnden Zuverlässigkeit des Gewerbeinhabers gemäß § 87 GewO 1994 entsprechende Schritte einzuleiten.

Um Mitteilung der dortigen Rechtsansicht wird gebeten.

### **Zu TOP 31:**

Was die Verantwortlichkeit für die Einhaltung gewerberechtlicher Vorschriften betrifft, so hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 01.07.1997, 97/04/0063, ausgesprochen, dass für den Bereich des Gewerberechtes die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten nach § 9 Abs. 2 VStG nicht in Betracht kommt (so auch VwGH 26.02.2014, Ro 2014/04/0030). Die Bestimmung des § 9 Abs. 1 VStG ist subsidiär gegenüber § 370 Abs. 1 GewO 1994, wonach Geld- oder Verfallstrafen gegen den Geschäftsführer zu verhängen sind, wenn die Bestellung eines Geschäftsführers angezeigt wurde (VwGH 12.09.2016, Ra 2016/04/0055, VwSlg. 19.445 A/2016). Betreffend die Verantwortlichkeit für die Einhaltung gewerberechtlicher Vorschriften in Konstellationen, die dem § 91 Abs. 2 GewO 1994 unterliegen (dh. wenn der Gewerbetreibende eine juristische Person oder eine eingetragene Personengesellschaft ist), stellt sich die aufgeworfene Frage daher mangels Zulässigkeit der Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten grundsätzlich nicht.

Hinsichtlich der Verantwortlichkeit in anderen Bereichen als jenem, der der Verantwortlichkeit des gewerberechtlichen Geschäftsführers unterliegt, ist die Anwendung des § 91 Abs. 2 GewO 1994 davon abhängig, ob der betreffenden Person ein maßgebender Einfluss auf das Unternehmen zusteht. Zwar sieht § 9 Abs. 4 VStG für die Bestellung des verantwortlichen Beauftragten vor, dass diesem eine entsprechende Anordnungsbefugnis zugewiesen ist; auf einen maßgebenden Einfluss - wie er etwa handelsrechtlichen Geschäftsführern zukommt - kann man allein aus dieser Anordnungsbefugnis aber nicht schließen. Es wird daher zugestimmt, dass § 91 Abs. 2 GewO 1994 hier in der Regel nicht zur Anwendung kommen kann. Ein Verfahren nach § 87 GewO 1994 gegen den Gewerbetreibenden kommt nur bei Vorliegen der darin genannten Voraussetzungen in Betracht.

### 32. (Salzburg) Umgründungen gem. § 11 Abs. 4 bis 6 - Endigung der Gewerbeberechtigung gem. § 85 Z 6

Gemäß § 11 Abs. 4 GewO 1994 geht bei Umgründungen die ursprüngliche Gewerbeberechtigung auf den Nachfolgeunternehmer (Rechtsnachfolger) nach Maßgabe der in den Abs. 5 und 6 festgelegten Bestimmungen über. Zu den Umgründungen zählt auch die Einbringung von Unternehmen in eine zu diesem Zweck gegründete eingetragene Personengesellschaft.

Damit ist auch die Einbringung von nicht protokollierten Einzelunternehmen in eine Personengesellschaft von den Regelungen über Umgründungen umfasst. Die Berechtigung zur weiteren Gewerbeausübung entsteht mit dem Zeitpunkt der Eintragung der Umgründung im Firmenbuch, wenn der Nachfolgeunternehmer (Rechtsnachfolger) die Voraussetzungen für die Ausübung des betreffenden Gewerbes erfüllt (§ 11 Abs. 5, 1. Satz). Zusätzlich zu dieser materiell-rechtlichen Voraussetzung legt der 2. Satz im § 11 Abs. 5 verfahrensrechtlich fest, dass der Nachfolgeunternehmer (Rechtsnachfolger) der Behörde den Übergang unter Anschluss der entsprechenden Belege längstens innerhalb von sechs Monaten nach Eintragung im Firmenbuch anzuzeigen hat. Bei nicht fristgerechter Anzeige des Rechtsüberganges endigt gem. § 86 Abs. 1 die Berechtigung des Nachfolgeunternehmers nach Ablauf von 6 Monaten ab Eintragung der Umgründung im Firmenbuch. Dieser Endigungsgrund wird in § 85 Z 6 wiederholt, allerdings ohne ausdrückliche Festlegung, dass damit die Berechtigung des Nachfolgeunternehmers gemeint ist.

Während Einbringungen unter Gesellschaften in den meistens Fällen gesellschaftsrechtlich den Untergang bzw. die Auflösung der eingebrachten Gesellschaft zur Folge haben und somit hinsichtlich deren Gewerbeberechtigungen die Endigungsgründe gem. § 85 Z 3 oder Z 4 zum Tragen kommen, stellt sich die Frage, ob die Berechtigung eines Einzelunternehmers endigt, wenn die Personengesellschaft als Nachfolgeunternehmerin die Einbringung nicht binnen 6 Monaten nach Eintragung im Firmenbuch angezeigt hat.

Der Gesetzeswortlaut in § 11 Abs. 4 bis 6 iVm § 85 Z 6 würde für diese Auslegung sprechen, da offenbar vorgesehen ist, dass bei einer Einbringung die Gewerbeberechtigung ex lege auf den Nachfolgeunternehmer übergeht und die fristgerechte Anzeige bei der Behörde nur deklarative Bedeutung hat. Teleologische Überlegungen sprechen allerdings dagegen, dass die Gewerbeberechtigung eines Einzelunternehmers bei unterlassener Anzeige der Einbringung 6

Monate nach Eintragung im Firmenbuch endet. Da bei Einbringungen von nicht protokollierten Einzelunternehmen keine Verständigung über das GISA erfolgt, erlangen die Behörden, falls überhaupt, oft erst nach längeren Zeiträumen Kenntnis von diesen Vorgängen. Eine Feststellung im Nachhinein, ob das Nachfolgeunternehmen zum Zeitpunkt der Eintragung die Voraussetzungen für die Gewerbeausübung erfüllt hat, wäre zumeist nur mit erheblichem Verwaltungsaufwand möglich. Abgesehen davon würde dies zum Ergebnis führen, dass in Fällen, wo das Nachfolgeunternehmen die Voraussetzungen nicht erfüllt hat (wenn zB ein Gewerbeausschluss gegen eine maßgebliche Person vorliegt) der Einzelunternehmer die Gewerbeberechtigung behält, während bei einem Übergang der Berechtigung diese nur wegen der unterlassenen Anzeige verloren ginge. In vielen Fällen ist auch den Unternehmern nicht bewusst, dass die Gewerbeberechtigung bei nicht fristgerechter Anzeige verloren geht. Damit würden sich die als Vereinfachung und Begünstigung gedachten Bestimmungen über die Umgründungen in das Gegenteil verkehren.

Generell stellt sich im Zusammenhang mit den Umgründungen, auch bei protokollierten Unternehmen, die Frage, wie zu spät oder überhaupt nicht angezeigte Umgründungen im GISA abzubilden sind.

Um Diskussion und Klarstellung wird ersucht.

### **Zu TOP 32:**

Grundsätzlich sind Gewerbeinhaber entweder natürliche Personen oder andere Rechtsträger als natürliche Personen. Um eine Gewerbeberechtigung innehaben zu können, ist es daher notwendig, eine gewerberechtsfähige Person zu sein.

Der Begriff des Unternehmens ist kein Personenbegriff. Es handelt sich dabei vielmehr um eine Eigenschaft, die einer Person zukommt. In diesem Sinne ist gemäß § 1 UGB Unternehmer, wer ein Unternehmen betreibt. Es gibt zwar auch Personen, denen ex lege die Eigenschaft eines Unternehmens zukommt, und zwar unabhängig davon, ob sie im Einzelfall gerade etwas unternehmen oder nicht; so etwa die Unternehmen kraft Rechtsform gemäß § 2 UGB.

Die Unternehmereigenschaft ist für die Frage der Gewerbeinhaberschaft aber nicht von Relevanz. Weder verleiht eine Gewerbeberechtigung einer Person ex lege die Unternehmereigenschaft noch ist es für die Erlangung einer Gewerbeberechtigung Voraussetzung, dass der (prospektive) Inhaber Unternehmenseigenschaft hat.

Sofern also die Person des Rechtsvorgängers und die Person des Rechtsnachfolgers im Auge behalten werden, lösen sich auch die in der Anfrage aufgezeigten Probleme im Fall eines im Firmenbuch eingetragenen Einzelunternehmens. Es muss lediglich im Auge behalten werden, dass die natürliche Person, die Rechtsvorgänger war - anders als üblicherweise nach der Umgründung einer Gesellschaft des Handelsrechts -, nach der Umgründung selbstverständlich immer weiter am Leben ist, und ein im Firmenbuch eingetragenes Einzelunternehmen nur die Unternehmenseigenschaft konstituiert, nicht aber die Personeneigenschaft der natürlichen Person selbst. Eine natürliche Person wird durch Geburt konstituiert, nicht durch Eintragung im Firmenbuch.

Wird nun also im Firmenbuch die Umgründung eines Einzelunternehmens angezeigt, so geht damit wohl die Unternehmenseigenschaft auf eine andere Person über. Eine natürliche Person selbst als solche kann aber naturgemäß nicht eingebracht, verschmolzen oder gespalten werden. In diesem Fall kann nur der Wille erforscht werden um festzustellen, ob sich die natürliche Person, die sich ihres Unternehmens begeben hat, auch ihrer Gewerbeberechtigung begeben will.

Wenn sie dies will, so wird sich dies spätestens mit der Anzeige des Rechtsnachfolgers gemäß § 11 Abs. 5 GewO 1994 herausstellen. Zeigt der Rechtsnachfolger dies aber nicht an, so treffen den „Rechtsnachfolger“ theoretisch die Rechtsfolgen gemäß § 11 Abs. 6 bzw. § 85 Z 6

GewO 1994; siehe dazu aber weiter unten. Dem ursprünglichen Gewerbeinhaber als natürliche Person ist aber jedenfalls solange nicht zu unterstellen, dass er sich neben seines Unternehmens oder seiner Unternehmereigenschaft auch seiner Gewerbeberechtigung begeben habe, als nicht eine entsprechende Anzeige bei der Behörde einlangt.

Dies kann zwar theoretisch zur Folge haben, dass rechtlich fiktiver Unsicherheitszustand eintritt, solange der Nachfolgeunternehmer (treffender eigentlich: die Person, die Rechtsnachfolger ist) die Anzeige nicht erstattet hat. Nachteilige Folgen für den öffentlich im GISA ausgewiesenen Rechtebestand hat dies aber nicht.

Dieser theoretische rechtlichen Unsicherheitszustand wird erstens niemals öffentlich ausgewiesen, weswegen auch keine für Dritte irreführende fiktive Vermehrung oder „Zellteilung“ des Gewerbebestandes aus dem GISA ersichtlich ist. Und zweitens werden auch keinem der Beteiligten dadurch Rechte, sei es scheinbar, sei es tatsächlich, vorenthalten.

- Solange der Rechtsnachfolger nichts anzeigt, haben sowohl er als auch der Rechtsvorgänger erkennbar kein Interesse daran, eine Umgründung der Gewerbeberechtigung tatsächlich in Funktion zu setzen. Es verliert also im GISA-Eintrag niemand ein Recht, das er nicht verlieren will - und es erhält im GISA-Eintrag niemand ein Recht, das er nicht erhalten will.
- Sobald aber der Umgründung der Behörde angezeigt wird, ist dies bei der entsprechenden Gewerbeberechtigung mit dem Wirksamkeitsdatum der Firmenbucheintragung im GISA nachzuvollziehen. Dann hat derjenige, der die Berechtigung verlieren wollte, diese auch im GISA-Eintrag zum gleichen Tag verloren, wie sie derjenige erhalten hat, der sie auch dokumentiert übernehmen wollte.

Der Umstand, dass hier möglicherweise ein Eintrag zu einem etwas späteren Zeitpunkt und rückwirkend erfolgt, ist angesichts des Umstandes, dass damit die höchstpersönlichen Rechte von Personen gewahrt bleiben, kaum beachtlich und kein Grund für behördliche Bedenken. Ebenso ist wenig von Relevanz, dass die Behörde in diesen Fällen potentiell erst später Kenntnis von diesen Vorgängen erlangt, da dadurch keinem der Beteiligten Nachteile oder Rechtswirkungen entstehen, welche sie womöglich nicht einmal beabsichtigt haben.

Der Ablauf der sechs Monate gemäß § 11 Abs. 6 GewO 1994 führt ebenfalls zu keinen Problemen. Für eine Gewerbeberechtigung, die im GISA-Bestand noch gar nicht übergegangen war, muss (und kann) auch keine Beendigung der Berechtigung eines

„Rechtsnachfolgers“ nachgezogen werden, der noch nicht einmal als Inhaber dieser Berechtigung eingetragen war. Die Behörde sollte daher nicht versuchen, einen fiktiven Zustand herzustellen, nur damit dieser fiktive Zustand theoretisch behandelt werden hätte können; für solche Zwecke sind daher auch keine behördlichen Erforschungen anzustellen. Und wenn die Berechtigung eines Rechtsnachfolgers, der nicht als Inhaber der Gewerbeberechtigung eingetragen war und dessen Berechtigung dann umso weniger als geendet ausgewiesen sein kann, durch der Behörde gelegte Anzeige festgestellt wird, dann besteht kein Hindernis, dass die Behörde die Übergabe in Bearbeitung nimmt und erledigt, sobald sie angezeigt wird, sei es auch nach Ablauf von sechs Monaten nach der Eintragung der Umgründung eines Einzelunternehmens im Firmenbuch. Eine möglicherweise fiktive spätere Endigung einer Gewerbeberechtigung, die niemals durchgeführt wurde, steht einer früheren effektiven realen Umgründung niemals im Wege, wenn sich die effektive reale Umgründung durch Anzeige tatsächlich erweist und damit auch geklärt ist, dass die fiktive Beendigung des Rechtsnachfolgers tatsächlich nur fiktiv gewesen wäre.

### 33. (Wien) Gewerbeausschlussgrund gemäß § 13 Abs. 2 GewO 1994 – Auskunft aus dem Finanzstrafregister

Bestimmte Bestrafungen der Finanzstrafbehörde stellen gemäß § 13 Abs. 2 GewO 1994 einen Gewerbeausschlussgrund dar. Zwecks der von der Gewerbebehörde im Anmeldeverfahren durchzuführenden Beurteilung des allfälligen Vorliegens eines Ausschlussgrundes wird bei einer Gewerbeanmeldung auch eine Vorstrafenanfrage an die Finanzstrafbehörde (Finanz Online Portalverbund) gestellt, wobei Anfang dieses Jahres erstmals eine geänderte Vorgehensweise bei der Auskunftserteilung festgestellt wurde.

Während im Falle des Nichtvorliegens von Finanzvergehen eine eindeutige Mitteilung erfolgt („Zur angegebenen Information sind keine Strafen vorgemerkt.“), beschränkt sich die Rückmeldung an die Gewerbebehörde anderenfalls nunmehr auf folgende Auskünfte: „Zu den angegebenen Personendaten wurde 1 Strafe identifiziert.“ bzw. „Zu den angegebenen Personendaten gibt es keine mitzuteilenden Vormerkungen.“ bzw. „Zu den angegebenen Personendaten wurden 1 Subjekte und 1 mitzuteilende Strafen identifiziert.“ Nähere Angaben zu den betreffenden Vergehen werden nicht erteilt.

Rückfragen bei den jeweiligen SachbearbeiterInnen beim Finanzstrafregister haben ergeben, dass geprüft werde, ob ein Gewerbeausschlussgrund im Sinne des § 13 Abs. 2 GewO 1994 vorliege und der Behörde das entsprechende Ergebnis beauskunftet werde. Eine Rechtsgrundlage für die Erteilung weiterer Informationen, wie z.B. über Strafhöhe, Delikt, Entscheidungsdatum etc., oder die Übermittlung eines Auszuges aus dem Finanzstrafregister, bestehe nach Ansicht der Finanzstrafbehörde hingegen nicht.

Aufgrund der bloßen Mitteilung dahingehend, dass keine/eine mitzuteilende Vormerkung/Strafe vorliegt bzw. eine Strafe identifiziert wurde, kann die Gewerbebehörde das Vorliegen eines Gewerbeausschlussgrundes im Sinne des § 13 Abs. 2 GewO 1994 bzw. das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung eines Gewerbes jedoch nicht prüfen.

Nach Ansicht des Amtes der Wiener Landesregierung würde der Wortlaut des § 194d Abs. 2 FinStrG („Anderen inländischen Stellen sind über rechtskräftige, noch nicht getilgte Bestrafungen Auskünfte zu erteilen, sofern eine gesetzliche Verpflichtung zur Auskunftserteilung besteht oder die Stellen Gesetze zu vollziehen haben, die an eine Bestrafung wegen eines Finanzvergehens Rechtsfolgen knüpfen. Ausländischen Stellen dürfen

Auskünfte über die Daten von Bestraften und von Finanzvergehen nur insoweit erteilt werden, als diesen Stellen Amtshilfe gewährt werden kann.“) eine Auslegung dahingehend zulassen, dass die Mitwirkung der Finanzstrafbehörde hinsichtlich rechtskräftiger, noch nicht getilgter Bestrafungen weiter als im oben beschriebenen Sinne und zwar so weit reicht, dass die Gewerbebehörde aufgrund der mitgeteilten Daten beurteilen kann, ob an die Bestrafung(en) Rechtsfolgen, nämlich das Vorliegen eines Gewerbeausschlussgrundes gemäß § 13 Abs. 2 GewO 1994, knüpfen.

Unabhängig davon, wie § 194d Abs. 2 FinStrG schließlich auszulegen ist, darf darauf hingewiesen werden, dass nach Ansicht des Amtes der Wiener Landesregierung für die Durchführung des Gewerbeanmeldungsverfahrens jedenfalls weiterführende Informationen als im zweiten Absatz beschrieben erforderlich sind, zumal den AnmelderInnen im Falle des Vorliegens eines Ausschlussgrundes gemäß § 13 Abs. 2 GewO 1994 im Rahmen des Parteienghōrs ein konkreter Verstoß zur Kenntnis zu bringen ist und ein Bescheid, mit dem die Ausübung eines bestimmten Gewerbes untersagt wird, einer entsprechenden Begründung bedarf. In der Praxis begegnet man diesem Umstand derzeit dahingehend, dass die GewerbeanmelderInnen gegebenenfalls aufgefordert werden, einen Finanzstrafregisterauszug vorzulegen (vgl. § 194d Abs. 3 FinStrG). Diese Vorgehensweise zeigt jedoch nur bedingt Erfolg und verzögert zudem das Verfahren.

Das Amt der Wiener Landesregierung erlaubt sich daher mit der Frage der Zusammenarbeit mit der Finanzstrafbehörde heranzutreten und ersucht gleichzeitig um Erfahrungsaustausch und Diskussion, wie im Gewerbeanmeldungsverfahren mit der eingeschränkten Auskunftserteilung durch die Finanzstrafbehörde umzugehen ist.

### **Zu TOP 33:**

Zunächst wird der Erfahrungsaustausch abzuwarten bleiben.

Die Rechtsansicht des Amtes der Wiener Landesregierung zu § 194d Abs. 2 FinStrG wird grundsätzlich geteilt, wobei § 13 Abs. 2 GewO 1994 auch eine ausdrückliche Rechtsgrundlage dafür ist, dass die Auskünfte der Finanzstrafbehörde so ausreichend präzisiert sein müssen, dass sie als Beweismittel im Gewerbeanmeldungsverfahren taugen.

Derzeit ist die Gewerbesektion gemeinsam mit der Digitalisierungssektion bemüht, die Validierung betreffend gewerberechtlich relevante Vorstrafen weiterzuentwickeln, um diesbezüglich sowohl den Behörden als auch den Kunden ein nach aktuellen Digitalisierungsmaßstäben und -möglichkeiten zufriedenstellendes Verfahrenserlebnis bieten zu können. Aus dem Finanzstrafbereich des BMF liegen positive Signale vor, dies im Rahmen einer Anbindung des FABE an das GISA im Wege des Register- und Systemverbundes (RSV, auch bekannt unter dem Stichwort „once only“ oder auch „Registerbus“) mit zu berücksichtigen.

Eine Lösung bis dahin kann aber auch in der grundsätzlichen Unbeschränktheit der Beweismittel gefunden werden. Sofern also die Finanzstrafbehörden keine ausreichend präzisen Auskünfte zur Verfügung stellen, kann dies nicht zu Lasten des Gewerbeanmelders gehen. In diesem Fall wäre wohl auch die eidesstattliche Erklärung des Anmelders als Beweismittel eine zulässige und sinnvolle Alternative.

#### 34. (Wien) Anmeldeverfahren – Auszug aus dem Firmenbuch

§ 339 Abs. 3 Z 3 GewO 1994 sieht vor, dass der Gewerbeanmeldung in bestimmten Fällen auch ein Auszug aus dem Firmenbuch anzuschließen ist. Im Hinblick darauf, dass es den Gewerbebehörden ohnehin möglich ist, Firmenbuchabfragen zu tätigen, wird im Sinne einer Serviceorientierung und zum Teil auch Verfahrensbeschleunigung hinterfragt, ob die normierte Verpflichtung zur Vorlage des Auszuges durch die AnmelderInnen nicht entfallen könnte.

**Zu TOP 34:**

Das Anliegen ist verständlich und wird auch vom BMDW unterstützt. Eine entsprechende Novellierung ist in Vorbereitung.

### 35. (Oberösterreich) Gewerberechtlicher Geschäftsführer – häufiges Ausscheiden

Der gewerberechtliche Geschäftsführer kann aus verschiedenen Anlässen eingesetzt werden. Unter anderem eröffnet er juristischen Personen und eingetragenen Personengesellschaften die Möglichkeit, ein Gewerbe auszuüben (§ 9 Abs. 1 GewO 1994). Weiters ersetzt er bei natürlichen Personen, die ein reglementiertes Gewerbe ausüben wollen, den Mangel des Nachweises der Befähigung.

Scheidet der Geschäftsführer in der Folge aus, darf das Gewerbe bis zur Bestellung eines neuen Geschäftsführers weiter ausgeübt werden. Die Weiterausübung durch juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften ist mit sechs Monaten, jene durch natürliche Personen mit einem Monat limitiert (§ 9 Abs. 2 bzw. § 16 Abs. 1 letzter Satz GewO 1994). Die Behörde hat diese Frist zu verkürzen, wenn mit der weiteren Ausübung des Gewerbes ohne Geschäftsführer eine besondere Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen verbunden ist oder in den vorangegangenen zwei Jahren vor dem Ausscheiden des Geschäftsführers das Gewerbe insgesamt länger als sechs Monate ohne Geschäftsführer ausgeübt wurde.

Eine Auswertung der Funktion des gewerberechtlichen Geschäftsführers in Oberösterreich für die Jahre 2018 und 2019 ergibt, dass in 78 Fällen der Gewerbetreibende nach weniger als 120 Tagen ab dem Tag der Bestellung das Ausscheiden des Geschäftsführers angezeigt hat. In 42 Fällen lag diese Dauer der aufrechten Bestellung unter 60 Tagen, in 17 Fällen sogar unter 30 Tagen. 18 Personen scheinen dabei mehr als einmal auf, vier Personen sogar dreimal.

Vergleichsweise dazu gab es 71 Fälle, bei denen die Geschäftsführerfunktion aus anderen Gründen als durch Widerruf durch den Gewerbetreibenden nach weniger als 120 Tagen endete.

Es liegt in diesen Fällen der Verdacht nahe, dass der gewerberechtliche Geschäftsführer hauptsächlich nur zu dem Zweck bestellt wurde, die entsprechende Gewerbeberechtigung anmelden zu können. Um dagegen wirksam einschreiten zu können, müssen die Behörden den Nachweis erbringen, dass das Gewerbe nach dem Ausscheiden des Geschäftsführers tatsächlich betrieben wurde. Derartige Erhebungen sind häufig nur durch Überprüfungen vor Ort möglich, weil es sich oft um Kleinunternehmen handelt, die weder über eine eigene Internet-Homepage verfügen noch auf Internet-Portalen aufscheinen. Ohne einen entsprechenden Nachweis kann aber ein Strafverfahren nach § 367 Z 1 oder 2 GewO 1994

nicht zum Abschluss gebracht werden. In Summe verursachen diese Verfahren bei den Behörden daher einen erheblichen Verwaltungsaufwand, der aber häufig ohne wirksame Sanktionen bleibt.

Es wird um einen Erfahrungsaustausch und Erörterung ersucht, welche Möglichkeiten für eine effiziente Vorgangsweise gesehen werden.

### **Zu TOP 35:**

§§ 9 und 16 GewO 1994 regeln zwar, wie bei Ausscheiden eines gewerberechtl. Geschäftsführers vorzugehen ist, wobei die Anforderungen an einen gewerberechtl. Geschäftsführer in § 39 GewO 1994 etabliert sind.

Das Gewerberecht kennt jedoch keinen mindest erforderlichen Tätigkeitszeitraum und auch keine maximale Abberufungsfrequenz, die einzuhalten wäre. Beides wäre wohl auch höchst bedenklich im Lichte der verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte, insbesondere des Rechts auf Freiheit der Erwerbsausübung und der Freiheit der Person. Tatsächlich käme dies eher einer Zwangsbeschäftigung gleich.

Es wird weiters darauf hingewiesen, dass aus einer kollektiven Statistik keinesfalls auf einen Verdacht oder gar Nachweis eines strafbaren Verhaltens im Individualfall geschlossen werden darf.

Davon abgesehen erscheinen die 71 bzw. 78 Fälle jährlich in Oberösterreich auch nicht übermäßig hoch. Immerhin wurden in Oberösterreich im Jahr 2019 allein von juristischen Personen 2005 Gewerbeberechtigungen angemeldet, hinzu kommen zahlreiche Fälle von Supplierung der Befähigung durch den Geschäftsführer. Bei tausenden Geschäftsführerbestellungen und -wechseln jährlich erscheint die genannte Zahl an kurzfristigen Dispositionen sogar eher realistisch und im Rahmen des Erwartbaren.

Der Nachweis einer unzulässigen Ausübung eines Gewerbes ohne Geschäftsführer ist daher weiterhin wie bisher im Individualfall von der Behörde zu führen, wobei auch die notwendigen Ermittlungen nicht durch kollektive Verdächtigung von Statistik wegen ersetzt werden können.

### 36. (Oberösterreich) Eintritt eines neuen handelsrechtlichen Geschäftsführers in ein Versicherungsvermittlungsunternehmen

Nach § 137b Abs. 1 GewO 1994 hat der (im Bereich der Versicherungsvermittlung tätige) Einzelunternehmer die dazu erforderliche fachliche Eignung gemäß den in der Anlage 9 dargelegten Mindestanforderungen zu erfüllen. Bei Gesellschaften (§ 9 Abs. 1 GewO 1994) dürfen im Leitungsorgan eines Unternehmens als Personen, die für die Versicherungsvermittlung maßgeblich verantwortlich sind, nur solche Personen eingesetzt werden, die den Anforderungen dieses Absatzes entsprechen. Dies kann entweder durch den Befähigungsnachweis für die Gewerbe Versicherungsvermittlung oder Gewerbliche Vermögensberatung oder gemäß § 19 GewO 1994 durch einschlägige Ausbildungsgänge oder durch adäquate Verwendungszeiten erfüllt werden.

Während der Einzelunternehmer ohne Gewerbeanmeldung die Versicherungsvermittlung nicht zulässigerweise ausüben kann, muss ein später eintretender handelsrechtlicher Geschäftsführer oder Vorstand kein gewerbebehördliches Antrittsverfahren absolvieren. Die Behörde muss daher von sich aus Ermittlungen tätigen, wenn bei einer Gesellschaft, welche die Versicherungsvermittlung ausübt, ein neues Leitungsorgan eintritt. Zu erheben ist, ob das Leitungsorgan den betreffenden Befähigungsnachweis erbringt. Wird ein solcher Nachweis nicht erbracht, kann allenfalls vorgebracht werden, dass das Leitungsorgan für die Versicherungsvermittlung nicht verantwortlich ist. In einem solchen Fall wird anhand der Firmenstruktur und dem Vorhandensein weiterer Gewerbeberechtigungen die Schlüssigkeit dieses Vorbringens zu überprüfen sein.

Nach § 87 Abs. 1 Z 6 lit. b GewO 1994 ist die Gewerbeberechtigung von der Behörde zu entziehen, wenn die erforderliche fachliche Eignung gemäß den in der Anlage 9 festgelegten Mindestanforderungen für das Leitungsorgan eines Unternehmens hinsichtlich derjenigen Personen, die für die Versicherungsvermittlung maßgeblich verantwortlich sind, wiederholt nicht erfüllt wird.

Im Gegensatz zu den Entziehungstatbeständen des § 87 Abs. 1 Z 1 bis 5 GewO 1994, welche auf Umstände, die direkt den Gewerbeinhaber betreffen, Bezug nehmen, setzt die erwähnte Entziehungsbestimmung in der Z 6 voraus, dass ein Dritter vorgegebene Anforderungen nicht erfüllt. Dieser Mangel überträgt sich auf den Gewerbeinhaber und begründet im Wiederholungsfall einen Entziehungstatbestand.

Tatsächlich bildet daher die einmalige Nichterfüllung der fachlichen Voraussetzungen durch ein Leitungsorgan keinen Entziehungstatbestand. Mangels Entziehungstatbestands kommt auch die Erlassung einer Verfahrensordnung nach § 91 Abs. 2 GewO 1994 mit dem Ziel der Entfernung des Leitungsorgans nicht in Betracht.

Es verbleibt in solchen Fällen daher nur die Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens. Dabei ergibt sich ein wertungsmäßig nicht begründbarer Unterschied zwischen der Beschäftigung von nicht (ausreichend) befähigten Arbeitnehmern und ebensolchen Leitungsorganen. Während für die Verwendung von „Beschäftigten“ im § 367 Z 33 eine Strafobergrenze von 2.180 Euro vorgesehen ist kommt im Fall eines Eintritts eines von der Verantwortung für die Versicherungsvermittlung nicht ausgeschlossenen nicht (ausreichend) qualifizierten Leitungsorgans nach § 368 GewO 1994 nur das halbe Strafausmaß in Betracht.

Um einen Erfahrungsaustausch, wie in der Praxis zweckmäßigerweise vorgegangen werden soll, wird ersucht.

### **Zu TOP 36:**

Die hier dargestellte Problematik stimmt im Hinblick auf die Frage der Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen mit der Problematik der Kontrolle der Einhaltung des Befähigungsnachweinsniveaus bei Mitarbeitern von Unternehmen überein. Weiters besteht die gleiche Situation auch betreffend die Konkursfreiheit und den guten Leumund der Mitarbeiter.

Im früheren Informationsschreiben an die Behörden, BMWA-30.599/5251-I/7/2004 - zur hier größtenteils identischen vorherigen Rechtslage nach der Vorgängerrichtlinie RL 2020/92 über Versicherungsvermittlung - war zur Überprüfung der Voraussetzungen von Stichproben die Rede. Diese sollten systematisch erfolgen und zwar in Intervallen bis zu etwa fünf Jahren im Umfang von wenigstens 10% der Gewerbetreibenden. Je nach den Ergebnissen der Kontrollen wurde es ins Ermessen der Behörden gestellt, die Intervalle in der weiteren Folge selbst festzulegen.

Die Notwendigkeit der Kontrolle der Einhaltung der gegenständlichen Befähigungsnachweiserfordernisse ergibt sich nach der aktuell relevanten Richtlinie über Versicherungsvertrieb ((EU) 2016/97, IDD), insbesondere aus deren Art. 1 Abs. 5 („Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass zuständige Behörden den Markt überwachen...“ sowie Art. 3 Abs. 4 („Die Gültigkeit der Eintragung wird von der zuständigen Behörde regelmäßig überprüft“).

Hinsichtlich der von OÖ gesehenen Problematik der Differenzierung bei der Strafhöhe bei Beschäftigung von nicht (ausreichend) befähigten Arbeitnehmern und ebensolchen Leitungsorganen ist auf die Strafnorm des § 367 Z 58 GewO 1994 hinzuweisen. Bei nicht ausreichender Befähigung von beschäftigten Arbeitnehmern (die jedoch auch im Leitungsorgane tätig sein könnten), wäre § 367 Z 33 anzuwenden; bei einer nicht ausreichenden Befähigung von Personen im Leitungsorgan, die nicht als Arbeitnehmer beschäftigt sind, wäre sodann die Strafnorm des § 367 Z 58 anzuwenden („den Bestimmungen der §§ 136a bis 138 zuwiderhandelt [...]“).

### 37. (Oberösterreich) Äußere Geschäftsbezeichnung in Kombination mit dem Firmenwortlaut – Irreführung und unbefugte Gewerbeausübung

Gemäß § 340 Abs. 1 erster und letzter Satz GewO 1994 hat die Behörde auf Grund der Anmeldung des Gewerbes (§ 339 Abs. 1 GewO 1994) zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes durch den Anmelder in dem betreffenden Standort vorliegen. Als Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen gilt auch, wenn der Firmenwortlaut im Hinblick auf den Inhalt des Gewerbes eine erhebliche Irreführung bedeuten würde.

Wann der Firmenwortlaut in Bezug auf die vorhandenen Gewerbeberechtigungen als eine erhebliche Irreführung zu erachten ist, wurde bei der Gewerbereferententagung 2009 erörtert. Dazu wurde zu TOP 27 festgehalten, dass nur Firmenwortlaute, die im Widerspruch zu einer in der Gewerbeordnung explizit verankerten Bezeichnungsvorschrift stehen, den § 340 Abs. 1 letzter Satz GewO 1994 erfüllen. Unzulässig, sei demnach etwa ein Firmenwortlaut mit der Bezeichnung „Baumeister“ oder auch generell „Meister“, sofern nur eine eingeschränkte Baumeistergewerbeberechtigung angemeldet werde bzw. keine Meisterprüfung erfolgreich absolviert wurde. Hingegen seien Firmenwortlaute, die (lediglich) einen Bezug zu einem anderen als dem angemeldeten Gewerbe herstellen, nicht als Irreführung zu erachten.

Im genannten Tagungsprotokoll werden Beispiele für nicht zu beanstandende Unterschiede angeführt, bei denen der Firmenwortlaut und die Gewerbeberechtigung keinerlei Bezug zueinander haben (z.B. meldet dabei die „NN Tischler eU“ das Gastgewerbe in der Betriebsart Buffet und die „NN Vermessungstechnisches Büro eU“ das Gewerbe Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik an). Paradoxerweise scheint es schwieriger zu werden, keine Irreführung anzunehmen, wenn sich der Firmenwortlaut der Gewerbeberechtigung annähert, aber über diesen Umfang hinausgeht. Etwa hat laut GISA mit Stand 14.07.2020 eine Firma „XX Consulting & Realitäten Management GmbH“ das freie Gewerbe der Dokumentation des optischen Zustandes von Immobilien im Auftrag von Immobilienbesitzern und deren Beauftragten angemeldet. Hier ist die Bezugnahme auf das Immobilientreuhändergewerbe doch augenscheinlich und damit wohl eher zur Irreführung geeignet, als bei einem Gewerbe, das keinerlei Bezug zum Firmenwortlaut aufweist.

Eine klarere Regelung als beim Firmenwortlaut enthält § 66 Abs. 2 GewO 1994 in Bezug auf die äußere Geschäftsbezeichnung. Darin ist vorgesehen, dass die Geschäftsbezeichnung neben dem Namen auch einen im Rahmen der Gewerbeberechtigung gehaltenen unmissverständlichen Hinweis auf den Gegenstand des Gewerbes in gut sichtbarer Schrift zu enthalten hat. Dieser Hinweis ist für alle Namen und Firmenwortlaute vorgesehen, unabhängig davon, ob durch den Namen oder die Firma eine Assoziation zu einem bestimmten Gewerbe hergestellt wird und ob diese in den vorhandenen Gewerbeberechtigungen Deckung findet. Besondere Bedeutung kommt dieser Regelung aber dort zu, wo der Name bzw. die Firma einen weiteren Inhalt vermitteln, als die Gewerbeberechtigung umfasst.

Dabei wird in Bezug auf die „Unmissverständlichkeit“ des Hinweises ein strengerer Maßstab anzulegen sein, weil der Hinweis hier dem durch den Firmenwortlaut entstehenden Eindruck entgegenwirken muss. So wird etwa im o.a. Fall der Firma „XX Consulting & Realitäten Management GmbH“ der Hinweis in der Geschäftsbezeichnung (z.B. Dokumentation des optischen Zustandes von Immobilien) nicht wesentlich weniger auffällig gestaltet sein dürfen als der Name.

Anzumerken ist noch, dass der VwGH im Fall des Fehlens eines entsprechenden Hinweises die Erfüllung des Tatbestandes des § 366 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 annimmt. Im Erkenntnis vom 19.03.1979, 767/78, bewertete der Gerichtshof die am Gewerbestandort angebrachten Firmentafeln mit dem Wortlaut "B Immobilien- und Kreditvermittlungs Ges. m. b. H., Tel. (07222) 74246 - 74247 darunter Geschäftszeiten: Montag-Freitag 9-12 und 14-18 Uhr" als Anbieten einer gewerblichen Tätigkeit nach § 1 Abs. 4 GewO 1973. Begründend wurde ausgeführt, dass in der registermäßigen Firmenbezeichnung die "Kreditvermittlung" aufscheint. Wenn auch die Bf. in diesem Zusammenhang grundsätzlich zutreffend darauf hinweist, dass es sich bei dieser Anführung um den - im Sinne der §§ 63 Abs. 3 und 66 Abs. 2 GewO 1973 - im Zusammenhang mit der äußeren Geschäftsbezeichnung verpflichtend zu verwendenden Firmenwortlaut handelt, so ergibt sich dennoch hieraus kein Mangel an objektiver Tatbestandsmäßigkeit im Hinblick auf die der Bf. angelastete Verwaltungsübertretung. Einerseits ist nämlich im vorliegenden Fall der auf der Firmentafel aufscheinende Firmenwortlaut hinsichtlich der Vermittlung von Krediten zugleich als Anbieten dieser Leistung entsprechend der Bestimmung des § 1 Abs. 4 zweiter Satz GewO 1973 zu verstehen, und andererseits normiert § 66 Abs. 2 GewO 1973, dass die äußere

Geschäftsbezeichnung zumindest den "Namen" des Gewerbetreibenden (§ 63) und einen im Rahmen der Gewerbeberechtigung gehaltenen unmissverständlichen Hinweis auf den Gegenstand des Gewerbes in gut sichtbarer Schrift zu enthalten hat. Wenn daher - wie gleichfalls im vorliegenden Fall - im Firmenwortlaut der Gegenstand des Unternehmens aufscheint (Sachfirma), der über den Rahmen der erlangten Gewerbeberechtigung hinausgeht, bedarf es, um die Erfüllung des Tatbestandes des § 366 Abs. 1 Z 2 GewO 1973 zu vermeiden, bei der äußeren Geschäftsbezeichnung im Sinne des § 66 Abs. 2 GewO 1973 neben der Anführung des Firmenwortlautes auch eines im Rahmen der Gewerbeberechtigung gehaltenen unmissverständlichen Hinweises auf den Gegenstand des Gewerbes.

Es wird um Diskussion ersucht, welche Kriterien an die „Unmissverständlichkeit“ des Hinweises anzulegen sind und ob bei Fehlen eines entsprechend geeigneten Hinweises nach § 366 Abs. 1 Z 2 iVm § 1 Abs. 4 GewO 1994 vorzugehen ist. Auf die im § 67 verankerte Möglichkeit, zum Schutze des gewerblichen Verkehrs oder der Verbraucher vor Irreführungen hinsichtlich Art, Umfang und Gegenstand des Gewerbes durch Verordnung besondere Vorschriften über die Angabe des Gegenstandes des Gewerbes in der äußeren Geschäftsbezeichnung zu erlassen, wird hingewiesen.

### **Zu TOP 37:**

Nach § 66 Abs. 2 GewO 1994 hat die Geschäftsbezeichnung, die der Gewerbetreibende an seiner Betriebsstätte zu versehen hat, zumindest den Namen des Gewerbetreibenden und einen unmissverständlichen Hinweis auf den Gegenstand des Gewerbes zu enthalten. Diese Geschäftsbezeichnung soll einer mit den lokalen Bräuchen nicht vertrauten Person die Vorstellung vom wahren Wesen des Gewerbebetriebs vermittelt werden (siehe *Gruber/Paliego-Barfuß*, GewO<sup>7</sup> § 66 Rz 13). Insbesondere darf sie keinen Zweifel über den Gegenstand und die Art des Gewerbes entstehen lassen. Die Beurteilung der Missverständlichkeit des Hinweises auf den Gegenstand des Gewerbes ist von der Gewerbebehörde im Einzelfall zu beurteilen. Als Beispiel für einen missverständlichen Hinweis wäre die Geschäftsbezeichnung „Heurigen-Stuben“ für ein Gastgewerbe in der Betriebsart Kaffee-Restaurant (s. *VwGH* 30.05.1980, 0627/78). Bei Fehlen eines entsprechenden Hinweises oder bei Missverständlichkeit wäre sodann nach § 368 GewO 1994 vorzugehen.

Sollte jedoch im Firmenwortlaut der Gegenstand des Unternehmens aufscheinen, der über den Rahmen der erlangten Gewerbeberechtigung hinausgeht, bedarf es bei der Geschäftsbezeichnung neben der Anführung dieses Firmenwortlautes einen Hinweis über den tatsächlich ausgeübten Gegenstand des Gewerbes (s. *VwGH* 19.03.1979, VwSlg 9801). Andernfalls kann der Eindruck erweckt werden, dass eine dem Firmenwortlaut entsprechende gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird, sodass der Tatbestand des „Anbietens“ gemäß § 1 Abs. 4 GewO 1994 erfüllt wäre. In diesem Fall wäre - der Rechtsansicht des Amtes der Oberösterreichischen Landesregierung folgend - tatsächlich gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 vorzugehen.

### 38. (Niederösterreich) „Beraten statt strafen“ – Erhöhung der Praxistauglichkeit

Das Prinzip „Beraten statt strafen“ sollte den Behörden ein geeignetes Werkzeug zur Hand geben, um damit bei geringfügigen Verwaltungsübertretungen wirksam die Einhaltung der Rechtsordnung herstellen zu können, ohne UnternehmerInnen sofort strafen zu müssen. Die dazu 2017 bzw. 2019 eingeführten Regelungen in den §§ 371b und c GewO 1994 bzw. im § 33a VStG (als allgemeine Bestimmungen für alles was nicht der GewO unterliegt) haben dazu erste Möglichkeiten eröffnet. Die Praxistauglichkeit dieser Bestimmungen ist allerdings aufgrund der speziellen legislativen Gestaltung sehr eingeschränkt. Daher sollen die Bestimmungen nachjustiert werden, um eine Erhöhung der Praxistauglichkeit zu erreichen.

Die LandeswirtschaftsreferentInnenkonferenz hat in ihrer Tagung vom 4.9.2020 folgenden Beschluss gefasst: *Die LandeswirtschaftsreferentInnenkonferenz unterstützt das Prinzip „Beraten statt strafen“ und ersucht die Frau Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, die Praxistauglichkeit dieses Prinzips zu erhöhen, in dem die gesetzlichen Bestimmungen in der Gewerbeordnung 1994 für eine möglichst einfache und wirksame Anwendung des Prinzips „Beraten statt strafen“ weiter ausgebaut werden. Zu diesem Zweck wird das Land Niederösterreich ersucht, diesen Punkt auf die Tagesordnung der von 5. bis 7.10.20 stattfindenden Bundesgewerbereferententagung zu setzen.*

Seitens des Landes Niederösterreich wurden dazu bereits inhaltliche Vorarbeiten geleistet, die als Grundlage dafür zur Verfügung gestellt werden können. Wir kommen – wie bereits vorangekündigt – diesem Beschluss aller LandeswirtschaftsreferentInnen gerne nach und ersuchen diesen Punkt auf die Tagesordnung zu setzen. Aus der Sicht des Landes Niederösterreich ist eine an § 9 Abs. 1 Arbeitsinspektionsgesetz angelehnte Regelung vorstellbar. Es wird dabei nicht verkannt, dass die Bezirksverwaltungsbehörden zwar als monokratische Behörden ausgestaltet sind, defacto besteht aber ein stark arbeitsteiliges und auch organisatorisch sind unterschiedliche Organwalter im Bereich der Gewerbeabteilungen und der Strafabteilungen tätig. Ein anderer Lösungsansatz erscheint aus Sicht des Landes Niederösterreich eine Anpassung der Straftatbestände in der Gewerbeordnung zu sein. Dabei könnte die Strafbarkeit bestimmter Verwaltungsübertretungen an eine vorherige nochmalige Aufforderung (incl. Fristsetzung) durch die Behörde geknüpft werden. Angestrebt sollte aus Sicht des Landes Niederösterreich jedenfalls eine Aufweitung des rechtlich abgesicherten Spielraums für die Gewerbebehörden, wenn Sie von der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens absehen wollen.

### **Zu TOP 38:**

Erörtert wurde, dass eine Lösung analog dem § 9 Arbeitsinspektionsgesetz kommt aus fachlicher Sicht deswegen nicht in Frage kommt, weil die Arbeitsinspektorate nicht Strafbehörde sind und § 9 Arbeitsinspektionsgesetz unbeachtet der im allgemeinen Sprachgebrauch verwendeten Wendung „Beraten statt Strafen“ tatsächlich „Beraten statt Anzeige erstatten“ regelt“. Die Errichtung eines gesonderten bundesweiten Gewerbeinspektorats nach dem Vorbild der Arbeitsinspektorate - zusätzlich zu den Bezirksverwaltungsbehörden - erscheint aber keinesfalls sinnvoll.

Dies war auch das Problem bei der ursprünglichen Fassung der §§ 371b und 371c GewO 1994. Hier musste eine Lösung gefunden werden, wie eine Bezirksverwaltungsbehörde, die - anders als die Arbeitsinspektorate - auch Strafbehörde sind, bei bereits strafbehördlich anhängigem Übertretungsverdacht ein sachliches Beratungsdelta finden kann, das dann zu einem entsprechenden Verfolgungshindernis führt. Im Fall des Arbeitsinspektionsgesetzes hat zum Zeitpunkt der Beratung die Strafbehörde überhaupt noch keine Kenntnis, hier kommt es dann auch nie zu einem Strafverfahren.

Aus Sicht des BMDW erschiene es weit zweckmäßiger, den gewerberechtlichen Strafkatalog selbst einer Evaluierung zu unterziehen, anstelle eine Strafbehörde in die Situation zu bringen, dass eine subjektiv und objektiv erfüllte Verwaltungsübertretung trotz Tatbegehung nicht zu verfolgen ist und dazu ein weitgehend unbestimmtes Ermessen einzuführen.

Das BMDW und die Bundesländer kommen überein eine Arbeitsgruppe zu bilden, in welcher der bestehende Strafkatalog der GewO 1994 einer Tatbestandsevaluierung unterzogen wird und mögliche Tatbestände, die sich für eine Veränderung oder auch Entfall eignen könnten, herauszuarbeiten. Dabei soll auch berücksichtigt werden, ob und inwieweit bei bestimmten verpönten Verhaltensweisen anstelle von Strafmaßnahmen auch mit administrativen Sicherungsmaßnahmen das Auslangen gefunden werden könnte

## **VI. Sonstiges**

### **39. (Vorarlberg) Erstellung einer einheitlichen Informations- und Erlassdatenbank**

Sowohl die Vollzugs- als auch die legislative Ebene sind im Gewerberecht dauerhaft und ständig neuen Herausforderungen gegenüberstehend. Hier ist gerade auch die Geschwindigkeit, in der oft Lösungen für anstehende Rechtsprobleme gefunden werden sollen, exemplarisch zu nennen. Neben der geforderten Schnelligkeit ist uE auch vor allem eine möglichst einheitliche Vollziehung eine Anforderung, die immer noch bedeutender wird. Dies macht ein Zusammenwirken der unterschiedlichen Verwaltungsebenen und einzelnen Behörden unabdingbar. Eine weitere große Herausforderung - vor der wir sicherlich alle immer wieder stehen - sind entsprechende Personalfluktuationen. Insbesondere bei den Gewerbebehörden 1. Instanz machen es diese schwer hohes fachliches Know-how dauerhaft sicherzustellen.

Um diese Herausforderungen bessern bewältigen zu können, um Prozesse zu vereinheitlichen bzw. Kommunikationsabläufe zu verbessern wäre es nach Ansicht des Amtes der Vorarlberger Landesregierung sehr wünschenswert bzw. notwendig eine einheitliche Informations- und Erlassdatenbank zu erstellen. Unseres Erachtens würde sich das bestens bewährte Bund-Länder-Kooperationsprojekt GISA als eine sehr geeignete Grundlage anbieten, ein derartiges Projekt gemeinsam umzusetzen. Auch sollte in diesem Zusammenhang uE die Schaffung eines Schulungstools angedacht werden.

Als erster Schritt für ein derartiges, unbestritten sehr umfangreiches Projekt ist natürlich ein breiter Konsens, gerade auch im Hinblick auf den Bedarf eines solchen Instrumentes, notwendig.

In diesem Sinn wird daher um Diskussion ersucht.

**Zu TOP 39:**

Die Diskussion wurde durchgeführt.

Erkennbar ist, dass es handelt sich jedenfalls um ein Projekt erheblichen Aufwands handeln würde, wobei einige Bundesländer auch bereits über bestehende Informationssysteme verfügen.

Das Bundesland Tirol hat zunächst jedenfalls Bereitschaft signalisiert, dass neben Vorarlberg sich auch weitere Bundesländer der Tiroler Anwendung bedienen können, wobei Tirol darauf hinweist, dass diesbezüglich nicht der Anspruch der Vollständigkeit aller Informationen erhoben werde. Bei Interesse kann mit der Gewerbeabteilung des Landes Tirol Kontakt aufgenommen werden.

Bezüglich weitergehender Projekte müssten zunächst Vorgespräche geführt werden, ob allgemeine Bereitschaft zu Finanzierung und Pflege eines großen Kooperationsprojekts bestünde, gegebenenfalls auch inwieweit die damit verbundene Ablöse von einzelnen Länderlösungen, die auf die jeweiligen Landesbedürfnisse zugeschnitten sind, akzeptabel wäre.

#### 40. (Kärnten) Elektrotankstellen

Der Betrieb von Stromtankstellen unterliegt – sofern sie gewerbsmäßig betrieben werden – dem Anwendungsbereich der GewO 1994. Stromtankstellen wurden in TOP 2 und 3 der Bundesgewerbereferententagung 2010 behandelt. Dort wurde als Ergebnis festgehalten, dass abzuwarten ist, wie sich der Betrieb von Stromtankstellen in der Praxis etabliert.

Es wird in diesem Zusammenhang um Erfahrungsaustausch und Diskussion ersucht, insbesondere im Hinblick auf die möglichen Berechtigungen zum Betrieb einer Elektrotankstelle:

- Handelsgewerbe – in diesem Zusammenhang wäre das Öffnungszeitengesetz und allenfalls eine Beurteilung als Automat zu beachten
- Betrieb einer Tankstelle
- Nebenrechte gemäß § 32 GewO 1994

## **Zu TOP 40:**

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist der Verkauf von Strom über Stromtankstellen und die dafür erforderliche Errichtung einer Stromtankstelle von der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 1 Z 20 GewO 1994 nicht erfasst und sind somit die Bestimmungen der GewO 1994 auf den Betrieb von Stromtankstellen anzuwenden (siehe VwGH 18.09.2019, Ro 2018/04/0010; bereits im Protokoll der Gewerbereferententagung 2010, TOP 2 und 3, wurde festgehalten, dass der gewerbsmäßige Betrieb von Stromladestellen dem Anwendungsbereich der Gewerbeordnung und nicht dem des EIWOG unterfällt, weshalb die Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 1 Z 20 GewO 1994 nicht zum Tragen kommt).

Die Anzahl an Ladestationen für Elektroautos steigt; nach den - kein einheitliches Ergebnis bringenden - Verzeichnissen mit Suchfunktion (zB e-tankstellenfinder.com/at/de/elektrotankstellen; www.energiemagazin.at) gibt es österreichweit rund 5900 Ladestellen. Betrieben werden diese von Energiewirtschaftsunternehmen, im Handel (etwa Elektrohandel, Kfz-Handel, Supermärkten, Gärtnereien), von Gastgewerbebetrieben wie Restaurants, Hotels und Pensionen, von Gemeinden, in Parkgaragen und in Autowerkstätten.

Elektro- bzw. Stromtankstellen dürfen auf der Grundlage folgender Berechtigungen betrieben werden:

- Betrieb einer Tankstelle (§ 157 GewO), allenfalls eingeschränkt auf Stromtankstellen,
- Handelsgewerbe
- als Nebenrecht gemäß § 32 Abs. 1 Z 10 GewO 1994 zB zu einem Gastgewerbe oder Garagierbetrieb: Das Recht zum Handel steht allen Gewerbetreibenden zu; insofern ist die Anmeldung eines zusätzlichen freien Gewerbes für den Betrieb einer Stromtankstelle nicht erforderlich. Zu beachten ist der von § 32 Abs. 2 gesteckte Rahmen.

Die Anmeldung eines zusätzlichen freien Gewerbes zum Betrieb einer *Strom*tankstelle ist nicht erforderlich. Dementsprechend finden sich im GISA nur wenige Eintragungen, die sich ausdrücklich auf Stromtankstellen beziehen (diese haben zB folgende Wortlaute: Betrieb einer Tankstelle, eingeschränkt auf Stromtankstelle bzw. eingeschränkt auf Elektrotankstelle; Betrieb einer Stromtankstelle bzw. einer Elektrotankstelle).

Der Betrieb von Automatenstromtankstellen (Selbstbedienungstankstellen ohne Personal und ohne Serviceangebote) unterliegt - im Gegensatz zu anderen Automatentankstellen - nicht den Bestimmungen des § 46 Abs. 1 bis 3 GewO 1994 über Betriebsstätten (§ 52 Abs. 1 GewO 1994). Die Aufstellung außerhalb des Gewerbestandorts bzw. außerhalb einer weiteren Betriebsstätte ist der Gewerbebehörde anzuzeigen.

Das Öffnungszeitengesetz 2003 gilt weder für den Verkauf von Betriebsstoffen für Kraftfahrzeuge in Tankstellen noch für die Warenausgabe aus Automaten (§ 2 Z 1 und Z 3 ÖZG 2003).

#### 41. (Kärnten) Selbstbedienungshütten: gewerblicher Betrieb und Öffnungszeitengesetz

Aus aktuellem Anlass hinsichtlich der Diskussion bezüglich Selbstbedienungsläden und Anwendbarkeit des Öffnungszeitengesetzes wird von uns folgende Rechtsmeinung vertreten:

Gemäß § 1 Abs. 1 Öffnungszeitengesetz 2003 gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, sofern sich nicht nach § 2 anderes ergibt, für alle ständigen und nichtständigen für den Kleinverkauf von Waren bestimmten Betriebseinrichtungen (Läden und sonstige Verkaufsstellen) von Unternehmungen, die der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) unterliegen. Davon ausgenommen ist ua. nach § 2 Z 1 ÖZG 2003 die Warenabgabe aus Automaten. Dabei wird nicht darauf abgestellt, ob Inhaber oder Personal anwesend ist.

Für die Definition eines Automaten wäre auf § 52 Abs. 1 GewO 1994 zu verweisen. Demnach unterliegt die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten mittels Automaten, die für die Selbstbedienung durch Kunden bestimmt sind, nicht dem § 46 Abs. 1 bis 3 GewO 1994, jedoch haben die Gewerbetreibenden die Aufstellung derartiger Automaten außerhalb des Standortes und außerhalb einer gemäß § 46 Abs. 3 GewO 1994 geführten Betriebsstätte der Bezirksverwaltungsbehörde vorher anzuzeigen. Für den Begriff des „Automaten“ muss es sich zumindest um eine, wenn auch ganz einfache, durch den Kunden auszulösende technische Einrichtung handeln (z.B. eine Vorrichtung bzw. Mechanik, die die betreffende Ware nach Knopfdruck, nach Münzeinwurf odgl. zur Entnahme freigibt). Ein bloßer Verkaufsständler, an dem eine einfache Tasche zur Entnahme der zu verkaufenden Ware montiert ist und der Kunde den als Preis zu erlegenden Geldbetrag in die an den Verkaufsständler angebrachte Kasse einwirft, fällt nicht unter den Begriff des Automaten im Sinne des § 52 GewO 1994. Zeitungsverkaufsständler sind daher keine Automaten, würden allerdings auch deswegen nicht unter diese Regelung fallen, da der Warenvertrieb durch Automaten nur dann die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten darstellt, wenn der Vertrieb der betreffenden Ware auch sonst als gewerbliche Tätigkeit einzustufen ist. Der Eigenvertrieb von Zeitungen fällt zB. nicht darunter. Ergänzend wird erwähnt, dass Zigarettenautomaten in der Literatur zu § 52 GewO 1994 ausdrücklich als Automaten genannt werden. Dieser Bestimmung unterliegen auch Automaten für die Ausübung gewerblicher Dienstleistungen wie zB. Fotoautomaten, Schuhputzautomaten oder Waschautomaten.

Automaten müssen daher über eine technische Einrichtung verfügen, die die Ware bzw. Dienstleistung erst nach Bedienung und/oder Bezahlung durch den Kunden freigibt. Seitens des Landesverwaltungsgerichtes Tirol wurde mit Entscheidung vom 30.08.2018, LVwG-2018/25/1825-1, eine Verkaufsvitrine, die über eine unversperrte Türe verfügte und in der keine wie immer geartete durch den Kunden auszulösende technische Einrichtung vorhanden war, nicht als Automat im Sinne der vorgenannten Bestimmung angesehen, da die darin zum Verkauf angebotenen Waren zur freien Entnahme erhältlich waren.

Es wäre bei Nichtvorliegen eines Automaten auf Verkaufstätigkeiten, die der Gewerbeordnung unterliegen, auch das Öffnungszeitengesetz anzuwenden.

Nicht der Gewerbeordnung (§ 2 Abs. 1 Z 1 und 2 GewO 1994) und damit auch nicht dem Öffnungszeitengesetz 2003 unterliegen Land- und Forstwirtschaft sowie die Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft.

Die GewO nimmt in § 2 Abs. 3 und Abs. 4 Z 1 die „Hervorbringung“ usw., den „Zukauf“ und die „Be- und Verarbeitung“ aus. Verkauf und Vertrieb der „hervorgebrachten“ oder „zugekauften“ Produkte sowie der Verarbeitungsprodukte („Direktvermarktung“) werden nicht ausdrücklich ausgenommen. Der Gesetzgeber geht jedoch davon aus, dass „jedem Erzeuger das Recht zusteht, seine Erzeugnisse auch zu verkaufen, soweit dieses Recht nicht gesetzlich eingeschränkt wurde. Es war daher nicht notwendig, den Land- und Forstwirten dieses Recht erst ausdrücklich einzuräumen“. Wiederum ist darauf hinzuweisen, dass die GewO dieses Recht nicht „einräumt“ (und nicht einräumen darf, soweit es sich um Landeskompetenzen handelt); gemeint ist, dass diese Tätigkeit nicht ausdrücklich vom Anwendungsbereich der GewO ausgenommen werden muss: Die Ausnahme des Verkaufes und Vertriebes der genannten Produkte ist vom Gesetz stillschweigend vorausgesetzt (Winkler, Landwirtschaft und Gewerbeordnung nach der Gewerberechtsnovelle 1997 Zukauf, Verarbeitungsnebgewerbe und Betriebsanlagenrecht, ZfV 1998, 454).

Bei einer gemeinsamen Verkaufsstelle (Bauernladen) ist darauf zu achten, dass bei einem Wechsel der Landwirte der Verkauf im Namen und auf Rechnung des jeweiligen Produzenten erfolgt (siehe beiliegende Unterlage der Landwirtschaftskammer Kärnten).

Es wird um Erfahrungsaustausch und Bekanntgabe ersucht, ob dieser Rechtsmeinung gefolgt wird.

#### **Zu TOP 41:**

1. Die Ansicht des Bundeslandes Kärnten wird geteilt, dass es sich bei 24h-Bauernläden, die als Selbstbedienungshütten in der Form geführt werden, dass sich die Produkte in Regalen und unversperrten Verkaufsvitrinen befinden, die Kunden die Waren ohne die Benützung einer technischen Vorrichtung frei entnehmen können und sodann durch Einwerfen des Geldes in eine Kassa oder durch Bezahlen via Bankomat-/Kreditkarte, nicht um Automaten im Sinne des § 52 Abs. 1 GewO 1994 handelt. Zu dem Begriff des „Automaten“ gehört zumindest eine, wenn auch ganz einfache, durch den Kunden auszulösende technische Einrichtung (zB eine Vorrichtung bzw Mechanik, die die betreffende Ware nach Knopfdruck, nach Münzeinwurf oder dgl zur Entnahme freigibt) (siehe Gruber/Pallege-Barfuß, GewO7 § 52 Rz 9 (Stand 22.9.2018, rdb.at)).
2. Grundsätzlich ist zuzustimmen, dass jeder Land- und Forstwirt auch das Recht hat, die aus der eigenen Land- und Forstwirtschaft hervorgebrachten Produkte zu verkaufen, ohne unter die Gewerbeordnung 1994 zu fallen („Direktvermarktung“).
3. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass von jenen Direktvermarktern die „Bauernläden“ oder „Dorfläden“ zu unterscheiden sind, da dort üblicherweise auch Produkte verkauft werden, die nicht aus der land- und forstwirtschaftlichen Eigenerzeugung stammen bzw. bei denen der Inhaber oftmals selbst nicht Land - und Forstwirt ist. Ein solcher „Bauernladen“ bzw „Dorfladen“ unterliegt als Handelsbetrieb der GewO 1994 (sofern die Kriterien der Gewerbsmäßigkeit erfüllt sind) und es ist eine Handelsgewerbeberechtigung erforderlich. Damit sind auch die Bestimmungen des Öffnungszeitengesetzes anwendbar und einzuhalten.
4. Die Tatsache, dass jene Läden als Selbstbedienungsläden geführt werden (dh. die Kunden haben, ohne auf Service- bzw. Kassenpersonal angewiesen zu sein, Zugriff auf die ausgestellten Waren) hindert nicht die Anwendbarkeit der GewO 1994 und des Öffnungszeitengesetzes.

#### 42. (Steiermark) Home-Office – weitere Betriebsstätte

Im Zuge der Corona Krise wurde und wird vermehrt von Gewerbetreibenden von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, Bürotätigkeiten vom Betriebsstandort auszulagern und diese Tätigkeiten von Mitarbeitern im Rahmen eines sogenannten Home - Office durchführen zu lassen (zB. Buchhaltung, Kundenakquirierung, Bearbeiten von Garantie- und Gewährleistungsfällen, sonstige Tätigkeiten, welche von Mitarbeitern nicht mehr in der Betriebsstätte, sondern disloziert durchgeführt werden).

Es stellt sich die Frage, ob für diese Tätigkeiten außerhalb des Gewerbestandes eine Anzeige einer weiteren Betriebsstätte erforderlich ist.

#### **Zu TOP 42:**

Beim Beschäftigen von Mitarbeitern im Home-Office handelt es sich im Wesentlichen um eine Veränderung des Dienstortes, an dem der unselbständig Beschäftigte gegenüber dem Arbeitsgeber seinen Arbeits- oder Dienstvertrag erfüllt.

Dies ist ein Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und spielt keine Rolle im Verhältnis zwischen dem Gewerbetreibenden und prospektiven Geschäftspartnern oder Kunden des Gewerbetreibenden. Die Wohnung (das Home-Office) des Dienstnehmers ist auch nicht jener Standort, an dem der Kunde mit dem Gewerbetreibenden in Beziehung tritt, selbst wenn der Mitarbeiter von dort den Versand von E-Mails aktiviert (bzw. diese dort liest) oder das Telefon betreut. Die Betriebsstätte ist unverändert jener Ort, an dem sich der Gewerbetreibende dem Kunden oder Geschäftspartnern präsentiert und für diese zur Verfügung steht. Von Bedeutung ist dabei auch nicht, wenn die Betriebsstätte wegen Corona zeitweise nicht von Kunden persönlich betreten werden kann oder nur eingeschränkt verfügbar für die Partner des Gewerbetreibenden ist.

Das Home-Office erfüllt somit keinerlei Merkmale, die den Betriebsstättenbegriff erfüllen. Ein Gewerbetreiber muss daher auch nicht an der Wohnung jedes Mitarbeiters, den er (zeitweise oder auch dauerhaft) im Home-Office beschäftigt, eine weitere Betriebsstätte begründen.

## 43. Allfälliges

### 43.1. Bundeseinheitliche Liste der freien Gewerbe - Vorgangsweise

#### a. Allgemeines zur Einbringung von Vorschlägen

Die Liste freier Gewerbe ist nicht abschließend und verfolgt nicht das Ziel, alle denkbaren freien Gewerbe abzubilden. Sie ist gedacht für freie Gewerbe von (zu erwartender) über den Einzelfall hinausgehender bundesweiter oder zumindest regionaler Bedeutung.

Vor der Einbringung des Vorschlags ist einerseits zu prüfen, ob die Tätigkeit unter einen bereits bestehenden Wortlaut subsumiert werden kann, andererseits, ob Zweifel (zB hinsichtlich der Anwendbarkeit der Gewerbeordnung, Abgrenzungsfragen) vorliegen, die Anlass zur Einleitung eines Verfahrens nach den §§ 348 f GewO 1994 geben. Das Stakeholderprozedere kann Feststellungs- und Umfangsverfahren nicht ersetzen.

Argumente für die Aufnahme in die Liste sowie Gegenargumente im Falle von Einwendungen sind von der einbringenden Stelle vorzubringen; die Aufgabe des BMDW ist vorrangig die Beurteilung der vorliegenden Argumente.

#### b. Einhaltung der Vorgaben des Vorschlagsformulars

Es wird daran erinnert, dass die Felder des Vorschlagsformulars für neue Wortlaute, Änderungen und Streichungen möglichst detailliert aus Sicht der einbringenden Stelle ausgefüllt werden sollen:

Im Feld „Tätigkeitsbeschreibung“ ist der vorgeschlagene Gewerbewortlaut und der dazugehörige Tätigkeitsbereich bzw. Tätigkeitsumfang möglichst genau und umfassend zu beschreiben, ohne dabei (lediglich) auf Internetseiten, auf angeschlossene Dokumente oder auf allenfalls im Vorfeld abgegebene Äußerungen einer Einrichtung der gewerblichen Wirtschaft zu verweisen.

Das Feld „rechtliche Begründung“ dient einer überlegten, rechtlichen Argumentation (insb. im Hinblick auf das Vorliegen einer einfachen Tätigkeit und Abgrenzungsfragen zu - allenfalls aufzuzählenden - reglementierten Gewerben und zu nicht der GewO unterliegenden Tätigkeiten). Der begründungslos vorgebrachte Hinweis, dass es sich um eine einfache Tätigkeit bzw. um keine Kerntätigkeit eines reglementierten Gewerbes handelt, ist nicht als hinreichende rechtliche Begründung anzusehen.

#### c. Ausschlussklauseln

Oft wird mit Ausschlussklauseln der Versuch unternommen, den Gewerbeumfang auf ein dem freien Gewerbe entsprechendes Ausmaß einzugrenzen oder eine mögliche Unbestimmtheit des Gewerbewortlauts hintanzuhalten. Nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung sind Ausschlussklauseln aber eine bloß rechtliche Beurteilung der beabsichtigten Tätigkeit ohne Aussagekraft für den Umfang des Gewerbes. Es ergibt sich schon aus dem Gesetz, dass Eingriffe in die vorbehaltenen Tätigkeiten von reglementierten Gewerben nicht zulässig sind. Insofern hat die Beifügung von Ausschlussklauseln möglichst zu unterbleiben.

#### d. Fristen und Äußerungen

Beim Stakeholderprozedere handelt es sich um einen interaktiven Prozess. Von Seiten des Bundesministeriums wird nach einer Äußerung eines Stakeholders jeweils drei Tage zugewartet, um anderen Stakeholdern - insbesondere der einbringenden Stelle - weitere Äußerungen bzw. eine „Gegenäußerung“ zu ermöglichen. Es ist erwünscht, dass der einbringende Stakeholder nach einer ablehnenden Äußerung eines anderen Stakeholders noch eine (kurze) Stellungnahme abgibt, in der auf die vorgebrachten Argumente eingegangen und der Vorschlag aufrechterhalten, modifiziert oder allenfalls zurückgezogen wird.