

Bundesgewerbereferententagung 2019 in der Freistadt Rust

Protokoll

Inhalt

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

1. (Burgenland) Hilfsbetriebe von Luftbeförderungsunternehmen – Zulässigkeit einer Einschränkung auf „Flugzeugtechnik“
2. (Salzburg) Gastronomiebetriebe in Flugplätzen
3. (Vorarlberg) Social Media Tätigkeiten; Influencer; Influencer Marketing; gewerbliche Beurteilung
4. (Vorarlberg) Digitale Spiele - Kompetenztatbestand
5. (Oberösterreich) Stellvertreter des Unternehmens
6. (Salzburg) Gewerberechtlicher Geschäftsführer für Einzelpersonen – Frist zur Neubestellung
7. (Wien) Fristverkürzung bei der Geschäftsführerbestellung bei gefahreneigneten Gewerben
8. (Wien) „Konzernregelung“ gemäß § 39 Abs. 2 GewO 1994
9. (Oberösterreich) Unternehmenstraining und Workshops mit In- und Outdoor-Motiven

II. Reglementierte und freie Gewerbe

10. (Burgenland) Einschränkung eines reglementierten Gewerbes
11. (Burgenland) Gewerbezugang für ÖVS-anerkannte Supervisoren und Supervisorinnen für das reglementierte Gewerbe Lebens- und Sozialberatung – Verfahren gem. § 18 GewO 1994 oder im Rahmen der Feststellung der individuellen Befähigung gem. § 19 GewO 1994
12. (Steiermark) Lebens- und Sozialberatung, eingeschränkt auf Ernährungsberatung
13. (Salzburg) Baugewerbetreibender hinsichtlich der ausführenden Tätigkeiten – Berechtigungsumfang
14. (Steiermark) Wimpernverlängerung, Färben, Fassionieren und Pflegen von Augenbrauen und Wimpern - dekorative Kosmetik
15. (Kärnten) Ingenieurbüros (Beratende Ingenieure) auf dem Fachgebiet Brandschutz
16. (Steiermark) Befähigungsnachweis für das verbundene Handwerk der Glaser, Glasbeleger und Flachglasschleifer, der Hohlglasschleifer und Hohlglasveredler und der Glasbläser und Glasinstrumentenerzeugung

17. (Wien) Vermittlung von Wohnungen zu vorübergehendem Aufenthalt; Abgrenzung Reisebüros/Vermittlung von Privatzimmern/Gastgewerbe
18. (Tirol) In wie weit dürfen im Rahmen der Privatzimmervermietung (gastgewerbliche) Dienstleistungen erbracht werden?
19. (Wien) Ausübung von Tätigkeiten der Immobilientreuhänder (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger) durch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte
20. (Kärnten) Erörterung der Thematik „Erweiterung eines eingeschränkten reglementierten Gewerbes“ am Beispiel „Tischler, eingeschränkt auf Montage“ auf das uneingeschränkte Gewerbe
21. (Oberösterreich) Handel mit pyrotechnischen Artikeln als Nebenrecht
22. (Tirol) Berechtigungsumfang des freien Gastgewerbes gemäß § 111 Abs. 2 Z 3 GewO 1994
23. (Steiermark) Bistrobusse
24. (Oberösterreich) Gastgewerbliche Tätigkeiten bei Badeseen

III. Gewerbliches Betriebsanlagenrecht

25. (Wien) Praktische Umsetzung und Auswirkung der Aerosolpackungslagerungsverordnung – APLV und Ausnahmen von Anpassungsverpflichtungen
26. (Niederösterreich) § 76a GewO 1994 - Gastgärten
27. (Wien) Mobile Einrichtungen vor Gastgewerbelokalen für Raucherinnen und Raucher – betriebsanlagenrechtliche Zurechnung oder bloß sperrstundenrechtliche Gefahr der Betriebszeitverkürzung?

IV. Verwaltungsverfahren

28. (Niederösterreich) Erfahrungsberichte zur Vollziehung des § 371c GewO 1994 „Beraten statt Strafen“
29. (Steiermark) Zuständige Behörde – Sicherheits- oder Gewerbebehörde?
30. (Vorarlberg) Sicherheitsgewerbe; Beschäftigung von im Sinne der Gewerbeordnung unzuverlässigen Personen
31. (Oberösterreich) Anmeldung eines Gewerbes trotz mangelnder Zuverlässigkeit
32. (Salzburg) Verfahren gem. § 19 GewO 1994 – Anpassungslehrgänge, Eignungsprüfungen
33. (Burgenland) Umfangsentscheidungen gem. § 29 iVm § 349 GewO 1994
34. (Steiermark) Herstellung und Aufbereitung sowie Vermietung von Medizinprodukten – Befähigungsprüfung

35. (Steiermark) Zusatzstrafe – Gewerbeausschlussgrund
36. (AG GISA/BMDW) Eintragung von Haftungsträgern in das GISA, Firmenwortlaut

V. Sonstiges

37. (Tirol) Änderungen im Sozialversicherungsrecht – Stundenanzahl für gewerberechtlichen Geschäftsführer nicht mehr ersichtlich
38. (Vorarlberg) Gewerberechtlicher Geschäftsführer in der Arbeitnehmerfunktion; sozialversicherungsrechtliche Änderungen; erforderliche Nachweise
39. (Kärnten) Gewerbeausübung mittels Automaten

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

1. (Burgenland) Hilfsbetriebe von Luftbeförderungsunternehmen – Zulässigkeit einer Einschränkung auf „Flugzeugtechnik“

§ 2 Abs. 1 Z 16 GewO 1994 lautet:

„den Betrieb von Luftverkehrsunternehmen, Luftbeförderungsunternehmen und Luftfahrzeug-Vermietungsunternehmen, von Zivillflugplatzunternehmen sowie von Hilfsbetrieben der Luftbeförderungs- und Zivillflugplatzunternehmen;“.

Gemäß Gruber/Palieg-Barfuß, GewO7 (17. Erg.-Lfg. 2018) § 2 Abs. 1 Z 16 Anm. 118 „sind für die Auslegung des Begriffes „Hilfsbetriebe der Luftbeförderungs- und Zivillflugplatzunternehmen“ § 75 Abs. 1 und § 103 Abs. 2 (nunmehr Abs. 1) des Luftfahrtgesetzes maßgebend, denen zufolge der Zivillflugplatzhalter bzw. das Luftbeförderungsunternehmen solche Hilfsbetriebe führen darf, „die unmittelbar und ausschließlich den Verkehrsaufgaben“ des Zivillflugplatzes bzw. des Luftbeförderungsunternehmens „dienen“. Flugplatzrestaurants erfüllen diese Voraussetzung nicht und unterliegen daher der GewO. Hilfsbetriebe der Luftfahrzeug-Vermietungsunternehmen und der Zivilluftfahrtschulen sind nicht vom Anwendungsbereich der GewO ausgenommen. (EB)“.

§ 103 LFG lautet:

„(1) Luftverkehrsunternehmen dürfen, soweit nicht andere Bestimmungen entgegenstehen, ohne gesonderte luftfahrtrechtliche Bewilligung solche Hilfsbetriebe führen, die unmittelbar und ausschließlich den Verkehrsaufgaben desselben Unternehmens dienen.

(2) Der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie hat nach Maßgabe der Erfordernisse der Sicherheit der Luftfahrt mit Verordnung festzulegen, ob und unter welchen Voraussetzungen Luftbeförderungsunternehmen für die Instandhaltung der von ihnen betriebenen Luftfahrzeuge Hilfsbetriebe führen dürfen (Instandhaltungshilfsbetriebe). Die Instandhaltungshilfsbetriebe sind von der Austro Control GmbH oder von einer auf Grund einer Übertragung gemäß § 140b zuständigen Behörde zu genehmigen.“

Das gegenständliche Unternehmen bietet Dienstleistungen für Dritte u.a. auf dem Gebiet der finanziellen Bewertung von Luftfahrzeugen aufgrund ihres technischen Zustands, der Erstellung von Wartungsprogrammen für die Lufttüchtigkeitsbewertung, sowie der Angebotserstellung und der Beauftragung von Wartungsbetrieben oder Modifikationen.

Es stellen sich hier nun folgende Fragen:

- » bewegt sich das gegenständliche Unternehmen, das Leistungen für Dritte anbietet, iSd § 103 Abs. 1 bzw. Abs. 2 LFG und unterliegt sohin nicht der GewO?
- » bzw. unterliegen nur Teile der angebotenen Dienstleistungen der GewO?
- » bzw. unterliegt das gegenständliche Unternehmen zur Gänze der GewO und welcher Gewerbestruktur wäre als passend zu erachten („Ingenieurbüros [Beratende Ingenieure] auf dem Fachgebiet des Maschinenbaus eingeschränkt auf Flugzeugtechnik“ oder „...auf dem Fachgebiet des Wirtschaftsingenieurwesens im Maschinenbau eingeschränkt auf Flugzeugtechnik“; „Unternehmensberatung“, etc.)

In diesem Zusammenhang wird auch auf das freie Gewerbe der „Luftfahrzeugtechniker“ aus der Liste der freien Gewerbe verwiesen und um Klärung des Aufgabenbereiches und Tätigkeitsumfanges eines Luftfahrzeugtechnikers sowie um Klärung der Abgrenzung zu dem oben genannten reglementierten Gewerbe der Ingenieurbüros ersucht.

Um Diskussion wird gebeten.

zu TOP 1:

Hilfsbetriebe der Luftbeförderungs- und Zivilflugplatzunternehmen können im Sinne des für die Auslegung von § 2 Abs. 1 Z 16 GewO 1994 maßgeblichen § 103 LFG nur solche sein, die von den Luftbeförderungs- und Zivilflugplatzunternehmen betrieben werden. Ein Unternehmen, das einem Luftbeförderungs- und Zivilflugplatzunternehmen solche Dienste anbietet, kann daher nicht unter die Ausnahme gemäß § 2 Abs. 1 Z 16 GewO 1994 fallen, selbst wenn es sich bei den angebotenen Diensten um solche handelt, die zur Anwendbarkeit der Ausnahme führen würden, wenn sie ein Luftbeförderungs- und Zivilflugplatzunternehmen selbst betreiben würde.

Soweit aus der Tätigkeitsbeschreibung erschlossen werden kann, dürfte es sich hierbei um das freie Gewerbe der Luftfahrzeugtechniker handeln, da die Tätigkeitsbeschreibung nicht darauf deutet, dass es sich um konzeptionell-konstruktive Ingenieurstätigkeiten im Luftfahrzeugbau handelt, sondern vielmehr um Servicetätigkeiten für im Verkehrsgebrauch stehende Luftfahrzeuge.

In diesem Sinne ist, soweit es sich laut Beschreibung auch um (auch finanzielle) Zustandsbewertungen von Luftfahrzeugen handelt und die Erstellung bzw. Organisation von Angebotslegungen, weiters festzuhalten, dass ein Gewerbetreibender, der zum technischen Service von Luftfahrzeugen befugt ist, zwangsläufig auch dazu befugt sein muss, diese hinsichtlich des Servicezustandes und hinsichtlich der wirtschaftlichen Servicewürdigkeit zu beurteilen sowie Angebote zu legen und zu vermitteln. Es handelt sich daher in diesem Fall, soweit aus der Beschreibung ersichtlich ist, wohl um inhärente Befugnisse, die keiner zusätzlichen Gewerbeberechtigung, etwa der Unternehmensberatung, bedürfen.

2. (Salzburg) Gastronomiebetriebe in Flugplätzen

Nach § 2 Abs. 1 Z 16 GewO 1994 ist der Betrieb von u.a. Zivilflugplatzunternehmen sowie deren Hilfsbetrieben vom Anwendungsbereich der GewO 1994 ausgenommen. Für die Auslegung des Begriffs „Hilfsbetriebe der Zivilflugplatzunternehmen“ sind die § 75 Abs. 1 und 103 Abs. 1 LFG maßgebend, denen zufolge der Zivilflugplatzhalter solche Hilfsbetriebe führen darf, „die unmittelbar und ausschließlich den Verkehrsaufgaben“ des Zivilflugplatzes dienen“. Flugplatzrestaurants erfüllen diese Voraussetzungen nicht und unterliegen daher der GewO.

Gemäß § 1 Abs. 1 Z 12b der 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung sind Betriebsanlagen genehmigungsfrei gestellt, wenn sie innerhalb eines Flugplatzes (§ 58 Abs. 1 LFG), für die eine Zivilflugplatz-Bewilligung (§ 68 Abs. 1 LFG) rechtskräftig erteilt worden ist, betrieben werden, sofern nicht § 2 dieser Verordnung erfüllt ist.

Die Restaurants und Gastronomiebetriebe am Flughafen Salzburg werden seit der Änderung der 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung durch BGBl. II Nr. 172/2018 als genehmigungsfrei gestellt angesehen (Handelsbetriebe wurden schon vorher als nicht genehmigungspflichtig betrachtet).

Kürzlich wurden wir auf BGBl. I Nr. 108/2013 aufmerksam gemacht, mit dem § 59 LFG erster Satz geändert wurde. Demnach sind nun Bodeneinrichtungen Bauten, Anlagen und sonstige ortsfeste Einrichtungen, die sich auf Flugplätzen befinden und deren Nutzung zum überwiegenden Teil für den ordnungsgemäßen Betrieb eines Flugplatzes notwendig oder zweckmäßig ist.

In der RV zu BGBl. I Nr. 108/2013 heißt es: „Mit der Änderung soll ermöglicht werden, dass Bauten und dgl. auf einem Flugplatz zu einem geringen Teil auch für andere Zwecke als für den ordnungsgemäßen Betrieb eines Flugplatzes genutzt werden dürfen, ohne die Eigenschaft als „Bodeneinrichtung“ zu verlieren. Sehr wohl notwendig oder zweckmäßig für einen ordnungsgemäßen Betrieb eines Flugplatzes ist die Nutzung von Bauten und Anlagen auf einem Flugplatz – insbesondere einem Flughafen – **für Gastronomie- und Handelsbetriebe.**“

Für Bodeneinrichtungen ist eine Bewilligung nach § 78 LFG erforderlich. Eine Überleitungsbestimmung für bisher nicht als „Bodeneinrichtung“ angesehene Einrichtung existiert nicht.

Es wird um Mitteilung der Rechtsansicht des BMDW ersucht, ob nun - auf Grund der ausdrücklichen Nennung von Gastronomie- und Handelsbetrieben in der RV zu BGBl. I Nr. 108/2013 als Bodeneinrichtungen gem. § 59 LFG in der RV zu BGBl. I Nr. 108/2013 – bestimmte Betriebsanlagen (Bodeneinrichtungen nach LFG) auf Zivilflugplätzen nicht mehr in den Anwendungsbereich der GewO 1994 fallen?

zu TOP 2:

Die aus dem Anwendungsbereich der GewO 1994 ausgenommenen Hilfsbetriebe von Zivilflugplatzunternehmen sind nach den von Salzburg zutreffend angeführten Bestimmungen Betriebe, die unmittelbar und ausschließlich den Verkehrsaufgaben des Zivilflugplatzes dienen.

Bodeneinrichtungen waren nach der Stammfassung des Luftfahrtgesetzes Einrichtungen, die sich auf Flugplätzen befinden und unmittelbar für die Abwicklung des Flugverkehrs bestimmt sind; sie haben durch die Änderung des Luftfahrtgesetzes, BGBl. I Nr. 173/2004, eine Ausweitung erfahren („und für den ordnungsgemäßen Betrieb eines Flughafens notwendig oder zweckmäßig sind“), die durch die angesprochene Novelle BGBl. I Nr. 108/2013 noch mehr ausgedehnt wurde.

Konnte man bei der Stammfassung noch diskutieren, ob Bodeneinrichtungen (zwingend) auch Hilfsbetriebe von Zivilflugplatzunternehmen sind, fehlt nun eindeutig das Merkmal des „unmittelbar und ausschließlich den Verkehrsaufgaben des Zivilflugplatzes Dienens“. Die in der Regierungsvorlage 2299 dB XXIV. GP angesprochenen Gastronomie- und Handelsbetriebe erfüllen dieses Ausschließlichkeitskriterium nicht und sind somit nicht gemäß § 2 Abs. 1 Z 16 von der GewO 1994 ausgenommen. Da sich auch im Luftfahrtgesetz keine Regelung findet, die Bodeneinrichtungen ausschließlich dem Luftfahrtrecht zuordnet, unterliegen solche Betriebe sowohl dem Luftfahrt- als auch dem Gewerberecht.

In diesem Sinn ist auch die Stellungnahme zu verstehen, die das BMVIT im Rahmen des allgemeinen Begutachtungsverfahrens zur Änderung der 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung abgegeben hat; demnach wurde gegen die vorgeschlagene Passage der 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung ausdrücklich kein Einwand erhoben, aber darauf hingewiesen, dass die für diese Anlagen erteilten luftfahrtrechtlichen Bewilligungen lediglich den Gesichtspunkt der „Verkehrssicherheit (Sicherheit der Luftfahrt)“ umfassen und keine spezifischen gewerberechtlichen Erfordernisse berücksichtigen.

3. (Vorarlberg) Social Media Tätigkeiten; Influencer; Influencer Marketing; gewerbliche Beurteilung

In letzter Zeit treten vermehrt Anfragen über die gewerberechtliche Beurteilung von Tätigkeiten im Social Media Bereich bzw. im Bereich der Tätigkeit als sogenannte Influencer auf. Auch wenn hier die Praxis zeigt, dass zum Teil unterschiedliche Tätigkeiten und Geschäftsmodelle auftreten, erscheint es uns aufgrund des immer größer werdenden Trends im Sinne einer einheitlichen Vollziehung sinnvoll zu sein in diesem Bereich einen Erfahrungsaustausch durchzuführen sowie, soweit möglich, rechtliche Klarheit im grundsätzlichen gewerberechtlichen Umgang in diesen Themenbereichen zu schaffen.

Als Influencer werden Personen bezeichnet, die auf Grund ihrer starken Präsenz und Popularität (Followern) im Social Media Bereich, wie Foren, Weblogs, soziale Netzwerke, Bewertungsportale, Auskunftsportale, Musik- und Video-Sharing-Portale über Produkte, Unternehmen, udgl. informieren, ihre Meinung bekanntgeben bzw. Empfehlungen aussprechen. Hier werden zT Influencer gezielt von Unternehmen als Meinungsmacher für Marketing- und Kommunikationszwecke mit der Bestrebung, eigene Inhalte, Produkte oder Dienstleistungen in sozialen Netzwerken bekannt zu machen und mit (potenziellen) Kunden in Kontakt zu kommen, eingesetzt. In der Branche existiert in diesem Zusammenhang der Begriff des Influencer Marketings, auch Multiplikatorenmarketing genannt.

Unserer Erfahrung nach gibt es in diesem Bereich natürlich unterschiedliche Formen und Ausprägungen der eigentlichen Tätigkeit sowie der Ertragsmöglichkeit.

So kann sich die Tätigkeit auf die Erstellung von Videos beziehen, die dann auf einer von einem Betreiber einer Plattform, wie z.B.: Youtube, veröffentlicht wird. Der Hersteller des Videos lukriert vom Plattformbetreiber je nach Zugriffsanzahl eine Lizenzgebühr als Gegenleistung für die Überlassung der Urheberrechte. Weiters ist der Überlasser an den Einnahmen der verkauften Werbeflächen (Werbevideos die vor oder in ihren Clips gezeigt werden) beteiligt. Ein weiteres Geschäftsmodell der Influencer besteht unter anderem darin, den eigenen Social Media Kanal, wie zB den eigenen Instagram-Account als Werbefläche zu vermarkten. Unternehmen bezahlen den Influencer, damit sie ihre Produkte und Marken in Postings erwähnen und präsentieren. Neben dem Product-Placement zählt auch das Affiliate, gemeint ist hiermit der Verweis unter oder auf einem Foto zu einem Produkt in einem Online-Shop. Klickt ein User auf solch einen Link und kauft im Anschluss daran ein entsprechendes Produkt, erhält der gesponserte Influencer eine Provision. Ebenfalls betreiben erfolgreiche Influencer zum Teil auch eigene Webshops.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass die Erträge vor allem von der Reichweite (Follower) des Influencers abhängig sind. Selbstverständlich sind hier auch Influencer tätig, die wenig bis

keine zahlenden Werbekunden besitzen und somit vordergründig ohne kommerzielle Absicht mit dem Ziel als Trendsetter zu agieren, tätig werden.

Grundsätzlich stellt sich bei o.a. unterschiedlichen Tätigkeiten natürlich vorrangig die Frage, inwieweit die Kriterien der Gewerbsmäßigkeit tatsächlich gegeben sind. In weiterer Folge wird dann uE die grundsätzliche Anwendbarkeit der Gewerbeordnung auf diese Tätigkeiten Diskussionsgegenstand sein. Hier sind insbesondere die Ausnahmetatbestände der Ausübung der schönen Künste, der öffentlichen Belustigung und literarischen Tätigkeiten sowie die Ausübung des Selbstverlages der Urheber sowie die Anwendbarkeit des Audiovisuellen Mediendienste-Gesetzes uE zu berücksichtigen.

Da für die Beurteilung der einzelnen Abgrenzungsfragen, wie zB der Frage, ob es sich um eine künstlerische Tätigkeit handelt, die Art und Weise der Gestaltung, zB des Filmwerkes, entscheidend sein wird, wird unseres Erachtens jedenfalls eine Einzelfallbetrachtung der jeweiligen Tätigkeit unumgänglich sein.

Es wird jedoch gerade für jene Fälle, in denen Influencer von Unternehmen konkret zu Marketingzwecken beauftragt werden um Diskussion und Mitteilung der Rechtsansicht des Ministeriums ersucht, inwieweit hier im Sinne einer einheitlichen Vollziehung allgemein anwendbare Eckpunkte aufgestellt werden können, um in der Einzelfallsprüfung eine Zuordnung zu den allenfalls gewerblichen relevanten Bereichen, wie Multimediaagentur, Herstellung von Filmen, Fotograf bzw. eine Abgrenzung zu den erwähnten Ausnahmetatbeständen der GewO durchführen zu können.

zu TOP 3:

In vielen Fällen der sehr vielfältig ausgeprägten Aktivität von Influencern ist wohl nicht von einer Gewinnerzielungsabsicht auszugehen: Nach der Rechtsprechung des VwGH kommt es hierfür nicht darauf an, ob mit der in Rede stehenden Tätigkeit tatsächlich ein Ertrag oder wirtschaftlicher Vorteil erzielt wird; die Absicht ist aus äußeren Umständen abzuleiten und es kommt darauf an, ob eine Tätigkeit im Allgemeinen auf die Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteils gerichtet ist (siehe nur VwGH 09.09.2015, Ra 2015/03/0031, VwSlg. 19.188 A/2015). Werden soziale Netzwerke etwa dazu genützt, Fotos, Videos und Texte (etwa Anekdoten) zu posten, ist nur in wenigen Fällen eine solche Absicht anzunehmen. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass Gewinnerzielungsabsicht erst nach einiger Zeit auftritt.

Geht man vom Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit aus, sind zahlreiche Ausnahmetatbestände zu prüfen.

Im Fall der Veröffentlichung von Videos auf Videoportalen stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des Audiovisuelle Mediendienste-Gesetzes (vor BGBl. I Nr. 50/2010: Privatfernsehgesetz); in diesem Fall findet die Gewerbeordnung 1994 keine Anwendung (§ 67 Abs. 2 AMD-G). Ein audiovisueller Mediendienst (AMD) ist eine Dienstleistung iSd Art. 56 und 57 AEUV unter der redaktionellen Verantwortung eines Mediendiensteanbieters mit dem Hauptzweck der Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit über elektronische Kommunikationsnetze; hier gibt es zum einen Fernsehprogramme, zum anderen AMD auf Abruf. Bei letzterem handelt es sich um einen AMD, der von einem Mediendiensteanbieter für den Empfang zu dem vom Nutzer gewählten Zeitpunkt und auf dessen individuellen Abruf hin aus einem vom Mediendiensteanbieter festgelegten Programm katalog bereitgestellt wird (siehe die Begriffsbestimmungen in § 2 Z 3 und 4 AMD-G).

Gemäß Art. 57 AEUV werden Dienstleistungen in der Regel gegen Entgelt erbracht und sind insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche oder freiberufliche Tätigkeiten.

Es ist anzunehmen, dass ein Youtube-Channel, der Videos enthält, unter den Begriff des audiovisuellen Mediendienstes fällt, sofern der Anbieter in irgendeiner Form ein Entgelt erhält, zB durch Beteiligung an den Einnahmen aus Werbeeinschaltungen. Keine Anwendung findet das AMD-G etwa auf das Veröffentlichen von Fotos in sozialen Netzwerken.

Weiters ist das Vorliegen der Ausnahmetatbestände des § 2 Abs. 1 Z 7 GewO 1994 (insbesondere Selbstverlagsrecht der Urheber: Verbreitung von Texten und Fotografien) oder des § 2 Abs. 1 Z 17 GewO 1994 (öffentliche Belustigung, Schaustellungen aller Art) zu prüfen. Maßgeblich für die Beurteilung ist der Unternehmens- bzw. Tätigkeitsgegenstand. Das Bekanntsein oder Berühmtsein alleine mit der Konsequenz, dass durch die große soziale Reichweite bei den

abgebildeten Produkten ein Werbeeffect eintritt, stellt jedenfalls keine der Gewerbeordnung 1994 unterfallende Tätigkeit dar. Der Werbeeffect kann dabei nicht als losgelöst von der diesem zugrundeliegenden Tätigkeit, also insbesondere des Auftritts in der (virtuellen) Öffentlichkeit, angesehen werden. Wird etwa ein Account in einem sozialen Netzwerk von einem Influencer regelmäßig mit neuen Fotos und Kommentaren versehen, wobei gelegentlich auch Produkte bzw. Marken zu sehen sind, ist das jedenfalls nicht als Tätigkeit anzusehen, für die man eine Gewerbeberechtigung braucht.

Fälle, in denen idR vom Erfordernis einer Gewerbeberechtigung auszugehen ist (aufgrund der zusätzlich zum Auftreten in sozialen Netzwerken ausgeübten Tätigkeiten):

- » Affiliate Marketing: Werden in sozialen Netzwerken oder in Blogs Produkte empfohlen bzw. beworben und mit einem Link zur Kaufmöglichkeit versehen, um eine Provision zu erhalten, so liegt Direktmarketing vor und ist eine Gewerbeberechtigung für dieses freie Gewerbe erforderlich.
- » Filmproduktion
- » Gewerbliche Fotografie
- » Betrieb eines Webshops

4. (Vorarlberg) Digitale Spiele - Kompetenztatbestand

Gemäß § 111 Abs. 4 Z 2 GewO 1994 besitzen Gastgewerbetreibende u. a. auch das Recht auf das Halten von Spielen. Die Ausübung dieser Tätigkeit kann auch gesondert als selbständiger Erwerbszweig ausgeübt werden. Diesbezüglich wird auf den Gewerbewortlaut „Halten von wegen des ausschließlich oder überwiegend nicht vom Zufall abhängigen Spielerfolgs erlaubten Kartenspielen (Rommé, Schnapsen, Tarock, Bridge, Solitär u.dgl.), von Brettspielen (Schach, Dame, Mühle, Domino u.dgl.) sowie Billard, Tischtennis, Kegeln u.dgl., mit Ausnahme der dem Glückspielgesetz und den landesrechtlichen Bestimmungen unterliegenden Spielen“ der bundeseinheitlichen Liste der freien Gewerbe verwiesen.

In diesem Zusammenhang hat sich nun in Vorarlberg die Frage gestellt, inwieweit hier auch digitale Spiele auf elektronischen Geräten, wie PCs, Tablets und Spielkonsolen, vom Kompetenztatbestand des Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG (Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie) als mitumfasst angesehen werden können. Festgehalten wird in diesem Zusammenhang, dass hier ausschließlich Geschicklichkeitsspiele angeboten werden sollen.

zu TOP 4:

Nach der Gewerbeordnung 1859 war das „Halten erlaubter Spiele“ (dh. das Dulden des Spiels sowie das Überlassen von Spieleinrichtungen) zum einen eine Teilberechtigung des Gastgewerbes (§ 16 Abs. 1 lit. g GewO 1859), zum anderen ein selbständiger Erwerbszweig (§ 16 Abs. 2 GewO 1859). Erlaubte Spiele waren all jene, die nicht durch § 522 Strafgesetz verboten waren; verboten waren im Wesentlichen Glücksspiele und durch Verordnung verbotene Spiele. Das Halten erlaubter Spiele ist somit von Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG erfasst (vgl. VfGH 14.09.2005, 2004/05/0055, VfSlg. 16.707 A/2005; VfGH 26.09.2005, 2004/04/0002, 16.721 A/2005). Mit der GewO 1973 entfiel der Ausdruck „erlaubt“. Im Durchführungserlass zur GewO 1973 wird davon ausgegangen, dass zu den erlaubten Spielen iSd GewO 1859 vor allem die traditionsgemäßen Spiele zählten; eine solche Beschränkung bestehe jedenfalls nach der GewO 1973 nicht mehr.

Als digitale Spiele werden in der aufgeworfenen Frage „Spiele auf elektronischen Geräten wie PCs, Tablets und Spielkonsolen“ bezeichnet. Zur Auslegung, ob unter das „Halten von Spielen“, das auch nach der GewO 1994 sowohl als Nebenrecht zum Gastgewerbe als auch als eigenständiges (und zwar freies) Gewerbe ausgeübt werden kann, auch das Halten von digitalen Spielen gezählt werden kann, ist einerseits die einfachgesetzliche Lage zum Versteinerungszeitpunkt 1.10.1925 heranzuziehen. Andererseits ist im Wege der intrasystematischen Fortentwicklung des Kompetenztatbestands des Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG die stattgefundene Modernisierung zu berücksichtigen. Die intrasystematische Fortentwicklung erlaubt es, bei der Auslegung eines Kompetenztatbestands auch neue Regelungen, Materien und Regelungsbedürfnisse - und dementsprechend neue Arten von Spielen - zu berücksichtigen, soweit diese dem Inhalt nach dem betreffenden Rechtsgebiet, wie es durch die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kompetenzartikel bestehenden Regelungen bestimmt ist, systematisch zugehören (vgl. VfGH 04.10.2003, G 9/02 ua., VfSlg. 17.000/2003; VfGH 10.03.2004, G 140/03 ua., VfSlg. 17.160/2004). Zu denken ist dabei insbesondere an solche Arten, die es im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Kompetenztatbestands aufgrund des technischen Entwicklungsstands noch nicht gegeben hat. Nach Ansicht des BMDW umfasst Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG auch das Halten von digitalen Spielen, sofern es sich dabei nicht um Glücksspiele handelt. Der Begriff des Haltens von Spielen ist medien- und technikneutral. In dem Ausmaß, in dem sich die digitalen Spiele mit den ursprünglich vom Halten von Spielen erfassten Spielen vergleichen lassen, der Spielinhalt (zB auf Geschicklichkeit basierende Kartenspiele; Gesellschaftsspiele) also nur in einem neuen Medium bzw. einer neuen Technik wiedergegeben wird, lassen sich Spielarten im Rahmen des Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG weiterentwickeln.

Dass es der verwaltungsgerichtlichen Judikatur und auch der Literatur zugrunde zu liegen scheint, dass das Halten von Spielapparaten in die Kompetenz der Länder nach Art. 15 Abs. 1 iVm Abs. 3 B-VG fällt, steht diesem Ergebnis nicht entgegen, da ein- und derselbe Sachverhalt

auf der Grundlage unterschiedlicher Kompetenztatbestände nach unterschiedlichen Gesichtspunkten geregelt werden kann (zB Gewerberecht und Veranstaltungsrecht; letzteres konzentriert sich insbesondere auf Gefahren, die ein aufsehenerregender Vorgang und der damit verbundene Menschaufbruch typischerweise mit sich bringen).

Erinnert wird an TOP 2 der GRT 2008, wonach Tätigkeiten, die über ein Halten hinausgehen, wie das Organisieren von Turnieren und anderen Wettbewerben, nicht unter Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG fallen.

Hinzuweisen ist auf die erforderliche Bestimmtheit von Gewerbetätigkeiten in diesem Zusammenhang; so entspricht etwa „Halten erlaubter Spiele“ mangels Abgrenzbarkeit zu den der Gewerbeordnung 1994 nicht unterliegenden Tätigkeiten nicht dem § 339 Abs. 2 GewO 1994 (VwSlg. 18.208 A/2011; siehe auch VwGH 17.03.2006, 2004/05/0127 zum Wortlaut „Betreiben erlaubter Geschicklichkeits- und Beobachtungsspiele“). Dazu gehört auch eine taxative Aufzählung der Spiele, deren Durchführung beabsichtigt ist (GRT 2008, TOP 2).

5. (Oberösterreich) Stellvertreter des Unternehmens

In Österreich sind in der Größenklasse der Unternehmen mit weniger als zehn Mitarbeitern sowie im Tourismus, im Bauwesen und der Produktion überwiegend Familienunternehmen anzutreffen. Daraus ergibt sich vielfach, dass die Nachfolgeneration in die Unternehmensleitung eingebunden und mit Führungsaufgaben betraut wird. Diese Personen verweisen beim Betriebsübergang in Bezug auf ihren Befähigungsnachweis häufig auf die in den Zugangsverordnungen vorgesehene Möglichkeit des Gewerbezugangs auf Grund von einschlägigen Tätigkeiten als Betriebsleiter.

Die Position des „Stellvertreters des Unternehmers oder des Leiters des Unternehmens, wenn mit dieser Stellung eine Verantwortung verbunden ist, die der des vertretenen Unternehmers oder Leiters entspricht“ (§ 18 Abs. 3 Z 2 GewO 1994) ist in der österreichischen Rechtsordnung formell nicht verankert. Bestätigungen können sich daher nur auf eine tatsächliche führende Mitarbeit in einem Familienunternehmen, nicht aber auf eine gesellschafts- bzw. unternehmensrechtliche Funktion stützen.

Es wird um einen Meinungs austausch ersucht, ob eine Bestätigung des Gewerbeinhabers über eine verantwortliche Mitarbeit im Familienunternehmen als Zugang nach § 18 Abs. 3 Z 2 GewO 1994 in Betracht kommt.

zu TOP 5:

Gemäß § 18 Abs. 3 Z 2 GewO 1994 ist unter einer Tätigkeit als Betriebsleiter eine Tätigkeit als Stellvertreter des Unternehmers oder des Leiters des Unternehmens zu verstehen, wenn mit dieser Stellung eine Verantwortung verbunden ist, die der des vertretenen Unternehmers oder Leiters entspricht.

Bei der im Tagesordnungspunkt umschriebenen verantwortlichen Mitarbeit in Familienunternehmen geht es offensichtlich nicht um im Firmenbuch eingetragene handelsrechtliche Geschäftsführer, geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter einer Personengesellschaft oder Prokuristen, sondern um eine tatsächlich führende Mitarbeit in einem Familienunternehmen. Ist mit dieser tatsächlich führenden Mitarbeit eine Verantwortung verbunden, die der des vertretenen Unternehmers entspricht, kann diese Mitarbeit der in § 18 Abs. 3 Z 2 GewO 1994 definierten Betriebsleiterstellung zugeordnet werden.

Die Bestätigung des Gewerbeinhabers über eine verantwortliche Mitarbeit im Familienunternehmen muss neben der unternehmerischen Verantwortung auch dokumentieren, dass der Stellvertreter die fachliche Verantwortung mitgetragen hat. § 18 Abs. 3 GewO 1994 ist in einen systematischen Zusammenhang gestellt, bei dem die fachliche Qualifikation im Vordergrund steht. § 18 GewO 1994 regelt den Befähigungsnachweis für reglementierte Gewerbe. Der Befähigungsnachweis muss die Erfüllung der fachlichen Befähigung sicherstellen. Gemäß § 18 Abs. 1 erster Satz GewO 1994 muss der BMDW für jedes reglementierte Gewerbe durch Verordnung festlegen, durch welche Belege die Zugangsvoraussetzungen „im Hinblick auf die hierfür erforderliche fachliche Befähigung jedenfalls als erfüllt anzusehen sind“. § 18 Abs. 2 GewO 1994 zählt Belege auf, die hierfür in Betracht kommen (z.B. Zeugnis über eine Tätigkeit als Betriebsleiter). In den Zugangsverordnungen für die einzelnen reglementierten Gewerbe wird in den Fällen, in denen die Verordnung das Vorliegen eines Zeugnisses über eine Betriebsleiterstellung als Zugangsvoraussetzung festlegt, normiert, dass der Nachweis über eine „einschlägige“ Tätigkeit als Betriebsleiter zu erbringen ist.

Die einschlägige Tätigkeit des Stellvertreters muss daher einen fachlichen Bezug zu den Tätigkeiten aufweisen, die den Gegenstand des jeweiligen reglementierten Gewerbes bilden, d.h. die Mitarbeit muss entsprechende fachliche Aufgaben beinhalten (z.B. in Bezug auf die Planung, Vorbereitung, Abwicklung oder Überwachung der für das reglementierte Gewerbe einschlägigen Tätigkeiten), um berücksichtigt werden zu können.

6. (Salzburg) Gewerberechtlicher Geschäftsführer für Einzelpersonen – Frist zur Neubestellung

Gem. § 9 Abs. 2 GewO 1994 dürfen juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften nach dem Ausscheiden des Geschäftsführers das Gewerbe längstens während sechs Monaten weiter ausüben, sofern diese Frist nicht bei einem gefahreneigenen Gewerbe verkürzt wurde.

Für Einzelunternehmer sieht § 16 Abs. 1 GewO 1994 eine analoge Regelung mit einer Frist von einem Monat vor.

Der § 16 Abs. 1 GewO 1994 gilt nach seinem Wortlaut und seiner Systematik nur für jene Fälle, in welchen ein Gewerbebeanmelder bei einem reglementierten Gewerbe den Befähigungsnachweis nicht erbringen kann, sonst aber alle Voraussetzungen erfüllt.

Daneben sieht die GewO 1994 noch anderer Fälle einer obligatorischen Geschäftsführerbestellung durch Einzelunternehmen vor:

- § 8 Abs. 2 und 3 (Gewerbeausübung bei fehlender Eigenberechtigung)
- § 39 Abs. 2 (Kein Wohnsitz im Inland, sofern keine Ausnahmeregelung anzuwenden ist)
- § 41 Abs. 4 und 5 (Fortbetriebsrechte)

In allen diesen Fällen ist keine Frist für die Neubestellung eines Geschäftsführers und damit auch kein Recht zur weiteren Gewerbeausübung nach dem Ausscheiden des bisherigen Geschäftsführers vorgesehen. Es stellt sich daher die Frage, ob die Regelung im § 16 Abs. 1 analog anzuwenden ist, oder ob e contrario davon auszugehen ist, dass die Gewerbeausübung in diesen Fällen nach Ausscheiden des Geschäftsführers umgehend einzustellen ist.

Um Diskussion und Klarstellung wird ersucht.

zu TOP 6:

Das Unterlassen der nach § 8 Abs. 2 und 3, § 39 Abs. 1 zweiter Satz und § 41 Abs. 4 und 5 GewO 1994 erforderlichen Geschäftsführerbestellung bildet eine Verwaltungsübertretung (vgl. insbesondere § 367 Z 1 und 9 GewO 1994).

Die Verpflichtung zur Bestellung eines Geschäftsführers hat jeweils einen unterschiedlichen Hintergrund. In § 8 Abs. 3 GewO 1994 ist das auslösende Moment für das Erfordernis der Geschäftsführerbestellung der Verlust der Eigenberechtigung des Gewerbeinhabers. Die durch Ausnahmen weitgehend zurückgedrängte Regelung, dass ein Geschäftsführer zu bestellen ist, wenn der Gewerbeinhaber keinen Wohnsitz im Inland hat, soll die Verhängung und die Vollstreckung von Verwaltungsstrafen praktikabel machen. Diese unterschiedlichen Hintergründe für die obligatorische Geschäftsführerbestellung sprechen gegen eine analoge Anwendung der Regelung in § 16 Abs. 1 GewO 1994, mit der die Nichterbringung des Befähigungsnachweises durch den Gewerbeinhaber kompensiert werden soll.

7. (Wien) Fristverkürzung bei der Geschäftsführerbestellung bei gefahrgeneigten Gewerben

Gemäß § 9 Abs. 2 zweiter Satz GewO 1994 hat die Behörde die Frist zur Bestellung einer neuen Geschäftsführerin bzw. eines neuen Geschäftsführers unter anderem dann zu verkürzen, wenn mit der weiteren Ausübung des Gewerbes ohne GeschäftsführerIn eine besondere Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen verbunden ist.

Das (damalige) Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat in seinem Schreiben vom 8.5.2003, GZ 32.830/24-I/7/03, 23 Gewerbe aufgelistet, bei denen eine allfällige Gefährdung von Leben und Gesundheit von Menschen am augenfälligsten scheint:

- Augenoptik
- Bandagisten; Orthopädietechnik; Miederwarenerzeugung
- Baumeister, Brunnenmeister
- Bestattung
- Chemische Laboratorien
- Drogisten
- Elektrotechnik
- Erzeugung von kosmetischen Artikeln
- Pyrotechnikunternehmen
- Fußpflege
- Gas- und Sanitärtechnik
- Herstellung von Arzneimitteln und Giften und Großhandel mit Arzneimitteln und Giften
- Hörgeräteakustik
- Kontaktlinsenoptik
- Kraftfahrzeugtechnik
- Massage
- Orthopädienschuhmacher

- Schädlingsbekämpfung
- Sprengungsunternehmen
- Steinmetzmeister
- Waffengewerbe
- Zahntechniker
- Zimmermeister (nunmehr: Holzbau-Meister)

Im Hinblick darauf, dass das Gewerbe „Erzeugung von kosmetischen Artikeln“ mit der 1. Gewerbeberechtigungsnovelle 2017 ein freies Gewerbe wurde, das ohne jeglichen Befähigungsnachweis ausgeübt werden darf, geht das Amt der Wiener Landesregierung davon aus, dass dieses Gewerbe folglich auch nicht mehr als gefahrgeneigtes Gewerbe im Sinne des § 9 Abs. 2 GewO 1994 anzusehen ist. Es wird um Mitteilung ersucht, ob diese Ansicht geteilt wird.

In der Praxis wird die angeführte Liste insbesondere auch für die Beurteilung der Verpflichtung zur Bestellung einer Geschäftsführerin bzw. eines Geschäftsführers beim Fortbetrieb der Verlassenschaft oder der Insolvenzmasse herangezogen, zumal in beiden Bestimmungen auf „Gefahren für das Leben oder die Gesundheit von Menschen“ abgestellt wird. In den einschlägigen Kommentaren zur Gewerbeordnung wird diese Auflistung bei § 41 Abs. 5 auszugsweise bzw. vollständig wiedergegeben. Nach der obigen Ausführung wird jedoch die „Erzeugung von kosmetischen Artikeln“ ebenfalls nicht mehr als gefahrgeneigtes Gewerbe im Sinne des § 41 Abs. 5 GewO 1994 anzusehen sein.

Aufgefallen ist, dass in den Ausführungen zu der genannten Bestimmung in den Kommentaren zusätzlich das – auch die Tätigkeiten Pieren und Tätowieren umfassende – Gewerbe „Kosmetik“ enthalten ist (vgl. Gruber/Paliegge-Barfuß, GewO7 § 41 Rz 39; Grabler/Stolzlechner/Wendl; GewO3 § 41 Rz 33 unter Hinweis auf BMWA 11.11.2002, GZ 32.830/177-I/7/02). Daher ist die Frage aufgetaucht, ob das Gewerbe „Kosmetik“ im eingangs angeführten Schreiben des BMWA aus dem Jahr 2003 vor dem Hintergrund nicht erwähnt wurde, dass § 9 Abs. 2 zweiter Satz GewO 1994 – im Unterschied zu § 41 Abs. 5 leg. cit. – auf „besondere“ Gefahren für das Leben oder die Gesundheit von Menschen abstellt und die beiden Bestimmungen einen unterschiedlichen Prüfmaßstab erfordern. Um Diskussion wird ersucht.

zu TOP 7:

Der Ansicht Wiens zur Einschätzung des Gewerbes der Erzeugung von kosmetischen Mitteln wird zugestimmt.

Zu der darüber hinaus aufgeworfenen Frage nach dem Kosmetikgewerbe:

Tatsächlich sind das Protokoll aus dem Jahr 2002 und das Schreiben aus dem Jahr 2003 nicht deckungsgleich. Im Schreiben aus 2003 „fehlt“ das Kosmetikgewerbe, dafür finden sich dort zusätzlich zu den im Protokoll aus 2002 genannten Gewerben auch die Bestattung, Brunnenmeister, Chemische Laboratorien und Elektrotechnik.

Worin die Ursache für die Divergenz liegt, ist heute nicht mehr nachvollziehbar. Festzuhalten ist jedenfalls, dass das Schreiben aus 2003 eine demonstrative Liste von „gefahrengeneigten“ Gewerben enthält (arg: „dass davon folgende ... Gewerbe jedenfalls betroffen sind“) und insofern einer Beurteilung des Kosmetikgewerbes als „gefahrengeneigt“ nichts im Wege steht.

8. (Wien) „Konzernregelung“ gemäß § 39 Abs. 2 GewO 1994

a) Natürliche Person als Konzernspitze

In den letzten Monaten wurden Gewerbebehörden vermehrt mit der Frage konfrontiert, ob eine natürliche Person als Konzernspitze qualifiziert werden kann und in weiterer Folge das Vorliegen eines Konzerns gemäß § 39 Abs. 2 fünfter Satz GewO 1994 anzunehmen sein wird, wenn diese an abhängigen Gesellschaften eine Beteiligung von über 50 % hält und zugleich in zumindest einer der abhängigen Gesellschaften handelsrechtliche Geschäftsführerin bzw. handelsrechtlicher Geschäftsführer ist.

Gemäß § 39 Abs. 2 fünfter Satz GewO 1994 kann eine Bestellung zum Geschäftsführer innerhalb eines Konzerns auch für mehrere Konzernunternehmen erfolgen, wenn der Geschäftsführer zumindest bei einem der Konzernunternehmen Arbeitnehmer im Sinne des dritten Satzes ist.

Zum Begriff „Konzern“ in der genannten Gesetzesstelle wurde etwa bei der Gewerbereferententagung 2000 (Top 9) festgehalten, dass im Sinne der Einheit der Rechtsbegriffe die gleichlautenden Definitionen von § 15 AktG und § 115 GmbHG zu Grunde zu legen sind: „Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen.“ Weiters wurde ausgeführt, dass bereits ab einem Kapital-Anteil des herrschenden Unternehmens von über 50 % am abhängigen Unternehmen grundsätzlich von einem beherrschenden Einfluss auszugehen sein wird. Ob natürliche Personen als „herrschendes Unternehmen“ in Betracht kommen, ist den wiedergegebenen Ausführungen nicht zu entnehmen.

Auch die Regelung über die Konzernbegünstigung in § 39 GewO 1994 nimmt nicht ausdrücklich auf juristische oder natürliche Personen Bezug (vgl. Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO3 § 39 Rz 36). In den gegenständlichen Bestimmungen des AktG bzw. des GmbHG ist die Wendung „rechtlich selbständige Unternehmen“ nicht definiert, jedoch werden darunter Unternehmensträger, also Endzurechnungssubjekte von Rechten und Pflichten verstanden, die wirtschaftlich werthafte Leistungen anbieten (vgl. Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 115 Rz. 7 mwN.). In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass hierunter sowohl natürliche als auch juristische Personen zu subsumieren sind, die ein Unternehmen betreiben bzw. Unternehmer sind; eine natürliche Person, die an rechtlich selbstständigen Unternehmen Mehrheitsbeteiligungen hält, kann die Konzernspitze bilden, wenn die Herrschaftsausübung als solche eine erkennbare unternehmerische Organisation benötigt oder wenn dies nicht der Fall

ist, eine unternehmerische Betätigung in einer Gesellschaft erfolgt oder unternehmerisches Interesse verfolgt wird, wie z.B. über weitere Beteiligungen der natürlichen Person (vgl. Knauder/Sima in Gratzl/Hausmanning/Justich, Handbuch zur Aktiengesellschaft² Rz 27f mwN.). Es wird sogar die Meinung vertreten, dass in Abhängigkeit von den an die Konzerndefinition anknüpfenden Normen auch eine extensive bzw. analoge Anwendung auf Nichtunternehmer geboten sein kann (vgl. Knauder/Sima in Gratzl/Hausmanning/Justich, Handbuch zur Aktiengesellschaft² Rz 32; aA hinsichtlich nicht unternehmerisch tätiger Mehrheitsgesellschafter Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 3/1097).

Rechtsprechung zu der gegenständlichen Fragestellung liegt soweit ersichtlich nicht vor.

Das Amt der Wiener Landesregierung neigt aufgrund dieser Ausführungen jedoch der Ansicht zu, dass sich eine natürliche Personen, die an Kapitalgesellschaften nicht nur mehr als 50 % der Kapital-Anteile hält, sondern zumindest bei einer der abhängigen Gesellschaften auch als handelsrechtliche Geschäftsführerin bzw. handelsrechtlicher Geschäftsführer bestellt ist, ausreichend in einer Gesellschaft unternehmerisch betätigt sowie entsprechende unternehmerische Interessen verfolgt, um als „rechtlich selbstständiges Unternehmen“ im Sinne der § 15 AktG und § 115 GmbHG qualifiziert zu werden. Daraus folgt, dass diese natürliche Person die Konzernspitze bilden kann und – den Ausführungen bei der Gewerbereferententagung 2000 (Top 9) folgend – grundsätzlich allein aufgrund der Beteiligung in Höhe von mehr als 50 % an den abhängigen Unternehmen von einem beherrschenden Einfluss und dem Vorliegen eines Konzerns auszugehen sein wird

b) Betätigungsmöglichkeit

Weiters hat sich die Frage gestellt, ob sich das Konzernprivileg gemäß § 39 Abs. 2 fünfter Satz GewO 1994 lediglich auf die Anordnung in § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 oder aber auch auf § 39 Abs. 2 erster Satz leg. cit. bezieht.

Gemäß § 39 Abs. 2 erster Satz GewO 1994 muss der Geschäftsführer den für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen entsprechen und in der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen, insbesondere dem Abs. 1 leg. cit. entsprechende, selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen.

§ 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 bestimmt, dass bei Gewerben, für die die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, der gemäß § 9 Abs. 1 leg. cit. zu bestellende Geschäftsführer einer juristischen Person dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehören oder ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein muss.

In der Literatur werden zu der Frage, ob sich das Konzernprivileg lediglich auf die Anordnung in § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 (vgl. Gruber/Palিয়ে-Barfuß, GewO7 § 39 Rz 58 sowie Köhler in Ennöckl/Raschauer/Wessely, GewO § 39 Rz 48) oder aber auch auf § 39 Abs. 2 erster Satz leg. cit. (vgl. zumindest eine Ausnahme von der in Abs. 2 erster Satz leg. cit. geforderten Betätigungsmöglichkeit im Betrieb annehmend Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO3 § 39 Rz 35) bezieht, unterschiedliche Ansichten vertreten. Im letztgenannten Fall müsste die gewerberechtliche Geschäftsführerin bzw. der gewerberechtliche Geschäftsführer nicht den persönlichen Voraussetzungen entsprechen, keine dem § 39 Abs. 1 GewO 1994 entsprechende, selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen und auch nicht in der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen.

Nach Ansicht des Amtes der Wiener Landesregierung ist den Ausführungen von Gruber/Palিয়ে-Barfuß (siehe GewO7 § 39 Rz 58) zu folgen, wonach dem Gesetzgeber nicht der Wille zu unterstellen ist, dass etwa auch eine Person zur Geschäftsführerin bzw. zum Geschäftsführer bestellt werden kann, die gar nicht die persönlichen Voraussetzungen erfüllt, was jedoch der Fall wäre, wenn sich das Konzernprivileg auch auf die Anordnung in § 39 Abs. 2 erster Satz GewO 1994 beziehen würde. Dies zeigt sich insbesondere dann, wenn man bedenkt, dass unter den persönlichen Voraussetzungen etwa auch die Eigenberechtigung, bei reglementierten Gewerben der Befähigungsnachweis und bei den in § 95 GewO 1994 genannten Gewerben die erforderliche Zuverlässigkeit zu verstehen sind (vgl. Gruber/Palিয়ে-Barfuß, GewO7 § 39 Rz 27 ff). Denn es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber etwa die Bestellung von Personen erlauben wollte, die keine Befähigung nachweisen können oder die für die Ausübung des Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit – infolge schwerwiegender Verstöße gegen die im Zusammenhang mit dem betreffenden Gewerbe zu beachtenden Rechtsvorschriften und Schutzinteressen – nicht mehr besitzen, nur, weil sie innerhalb eines Konzerns tätig sind. Der dargelegten Ansicht folgend muss die innerhalb eines Konzerns zu bestellende gewerberechtliche Geschäftsführerin bzw. der innerhalb eines Konzerns zu bestellende gewerberechtliche Geschäftsführer sohin nicht nur Arbeitnehmerin bzw. Arbeitnehmer im Sinne des dritten Satzes leg. cit. zumindest bei einem der Konzernunternehmen sein, sondern auch die Voraussetzungen des § 39 Abs. 2 erster Satz GewO 1994 erfüllen.

Es wird um Erörterung und Bekanntgabe ersucht, ob den dargestellten Rechtsmeinungen gefolgt wird.

zu TOP 8:

Den Ausführungen wird sowohl hinsichtlich der lit. a als auch hinsichtlich der lit. b beigepflichtet.

9. (Oberösterreich) Unternehmenstraining und Workshops mit In- und Outdoor-Motiven

Eine Unternehmensberaterin richtet sich in ihrer Internetseite an Betriebe mit dem Angebot, einen Beitrag oder Anstoß für eine bessere Kommunikation zwischen den Schnittstellen, eine Harmonisierung des Firmenklimas, einer Förderung des Gemeinschaftsgefühls und einer Würdigung von bereits Geleistetem geben zu können.

Zu diesem Zweck stellt sie die Möglichkeiten des Bogenschießens, eines Quad Parcours, von Airgun-Shooting, einer Kletterstation, „Führen anhand des Pferdes“, „Brücke bauen“, „Brett zerschlagen“, „Feuerlaufen“ uvm. unter dem Thema „ein Erlebnis voller Emotionen“ in Aussicht.

Ihre Seite führt auch zu einer Einrichtung, die sich als Bildungsunternehmen versteht und neben gastgewerblichen Leistungen (Getränkeabgabe, Catering durch umliegende Buschenschanken, Tipi-Übernachtung) auch Tätigkeiten wie Schlauchboot fahren, div. Familiengeschicklichkeitsübungen mit ganz viel Spaß, Bogenschießen, Quad fahren, Messer werfen, Airgun-Shooting, Maskenbau oder Schlammketschen, Feuerlaufen oder Ritterschlag anbietet. Dieses Angebot richtet sich sowohl an Firmen als auch an Kinder und Gruppen generell.

Es stellt sich die Frage, ob Unternehmensberatung mit Mitteln, die dem Bereich der öffentlichen Belustigung entstammen, der Gewerbeordnung unterliegt. Gleiches gilt auch für ein Haus, in dem gastgewerbliche Leistungen mit einem entsprechenden Angebot aus einem von der GewO 1994 (vermutlich) ausgenommenen Bereich kombiniert werden.

Es wird um Diskussion ersucht, wie mit diesen Tätigkeitsbereichen vorgegangen werden soll.

zu TOP 9:

Bei der gewerberechtlichen Beurteilung einer solchen Tätigkeit muss auf den primären Unternehmensgegenstand und das Unternehmensziel abgestellt werden. So lange der primäre Unternehmensgegenstand auf die Unternehmensberatung, beispielsweise in der Spezialisierung der Entwicklung der sozialen Zusammenhalte unter den Mitarbeitern, gerichtet ist, ist es gewerberechtlich unerheblich, mit welchen Mitteln das definierte Unternehmensziel erreicht wird. Daher können auch die in der Frage beispielhaft aufgezählten Mittel (wie Bogenschießen, Quad Parcours, Airgun-Shooting etc.) „Tools“ zum Erreichen des Unternehmensziels sein. Bei Veranstaltung der Tätigkeiten zur reinen Belustigung der Teilnehmer (bspw. ohne nachherige Besprechung der Spiele, Beurteilung der Gruppendynamik etc.) wären diese Tätigkeiten gemäß § 2 Abs. 1 Z 17 GewO 1994 vom Anwendungsbereich der GewO 1994 ausgenommen.

Auf jeden Fall wäre eine wie in der Frage beschriebene Einrichtung aufgrund der Verabreichung von Getränken und Speisen und der Beherbergung von Gästen in Tipis als Gastgewerbebetrieb zu beurteilen. Sofern die anderen angebotenen Leistungen (Schlauchboot fahren, Bogenschießen etc.) veranstaltet werden, um die Teilnehmer zu belustigen, wären diese Tätigkeiten gemäß § 2 Abs. 1 Z 17 GewO 1994 vom Anwendungsbereich der GewO 1994 ausgenommen.

II. Reglementierte und freie Gewerbe

10. (Burgenland) Einschränkung eines reglementierten Gewerbes

Grundsätzlich kann bei reglementierten Gewerben eine eingeschränkte Gewerbeberechtigung erworben werden, wenn die Befähigung in diesem Umfang vorliegt.

Im Sinne des § 18 GewO 1994 ist durch die Formulierung „...gegebenenfalls für dessen eingeschränkte Ausübung...“ der Erwerb einer eingeschränkten Gewerbeberechtigung im Rahmen des generellen Befähigungsnachweises zulässig.

Es stellt sich nun die Frage, ob beim Vorliegen einer Beschränkung auf Teiltätigkeiten des betreffenden Gewerbes, wenn durch die vom Antragsteller beigebrachten, in der einschlägigen Befähigungsnachweisverordnung beinhalteten normierten Belege, der Befähigungsnachweis gemäß § 18 Abs. 3 GewO 1994 erbracht wurde, oder ob generell ein Verfahren auf Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19 GewO 1994 veranlasst wird.

Fraglich ist hierbei, wie die Prüfung der normierten Belege für den eingeschränkten generellen Befähigungsnachweis – besonders im Hinblick auf die Abgrenzung einzelner Teiltätigkeiten – in der Praxis vollzogen werden soll, da die einschlägigen Befähigungsnachweisverordnungen den gesamten Berechtigungsumfang eines Gewerbes umfassen.

Um Erfahrungsaustausch wird ersucht.

zu TOP 10:

Die Behörde hat zu überprüfen, ob die vom Antragsteller beigebrachten Belege ausreichen, den gemäß einer Zugangsverordnung nach § 18 GewO 1994 vorgeschriebenen (formellen) Befähigungsnachweis zu erbringen - gegebenenfalls auch in eingeschränkter Form, wenn die Zugangsverordnung dies vorsieht. Kommt die Behörde zu dem Schluss, dass die Befähigung nicht im Rahmen der Zugangsverordnung erfüllt ist, hat sie anhand der beigebrachten Nachweise zu überprüfen, welche Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen des Antragstellers anzunehmen sind (siehe VwGH 20.10.1987, 86/04/0084; GRT 2009 TOP 31). Sofern die Befähigung sodann nur in einem eingeschränkten Umfang vorliegt, ist dem Antragsteller Parteiengehör zu gewähren und im Rahmen eines Verfahrens nach § 19 GewO 1994 das Vorliegen der individuellen Befähigung mit Beschränkung auf Teiltätigkeiten auszusprechen.

Die Formulierung „gegebenenfalls für dessen eingeschränkte Ausübung“ in § 18 Abs. 1 GewO 1994 schafft nur die gesetzliche Grundlage für das Vorsehen von eingeschränkten Befähigungsnachweisen für die eingeschränkte Ausübung von reglementierten Gewerben (Verordnungsermächtigung).

11. (Burgenland) Gewerbezugang für ÖVS-anerkannte Supervisoren und Supervisorinnen für das reglementierte Gewerbe Lebens- und Sozialberatung – Verfahren gem. § 18 GewO oder im Rahmen der Feststellung der individuellen Befähigung gem. § 19 GewO

Durch die Rechtsauskunft des BMDW an den Fachverband Personenberatung und Personenbetreuung in der WKÖ vom 23.03.2018, Zl. BMDW-30.599/0064-I/7/2018, wurde bereits ausgeführt, dass es für die gewerbsmäßige Ausübung der Tätigkeit „Supervision“ einer eingeschränkten Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe Lebens- und Sozialberatung bedarf.

Es bestehen für eine Aufnahme als Mitglied bei der Österreichischen Vereinigung für Supervision und Coaching (ÖVS) strenge Qualifikationskriterien. Der Zugang zu den berufsbegleitenden mindestens 2,5 Jahre dauernden ÖVS-zertifizierten Ausbildungen, welche an 15 von der ÖVS anerkannten Ausbildungseinrichtungen angeboten werden, ist selbst durch Zugangsvoraussetzungen reglementiert (z.B. Human/Sozialwissenschaftliche Studien, einschlägige Berufspraxis sowie supervisionsrelevante Fortbildungen). Die vollständigen Zulassungsvoraussetzungen mit Stand Oktober 2014 sind als Beilage angeschlossen. Durch die vorgeschriebenen und im Zuge der einschlägigen Ausbildungen erreichten Qualifikationen wird somit ein hoher Qualitätsstandard erreicht, welcher auf den eingeschränkten Teilbereich der Supervision genau abgestimmt ist.

Da die Gesamtqualifikation der ÖVS dem normierten Niveau der einschlägigen Befähigungsnachweisverordnung für das eingeschränkte LSB-Gewerbe entspricht, wird daher – um eine einheitliche Vollziehung zu gewährleisten – um Klärung ersucht, ob durch die Eintragung in die ÖVS-Liste die formelle Befähigung gem. § 18 GewO 1994 erbracht oder die Befähigung im Rahmen der individuellen Befähigung gem. § 19 GewO 1994 festzustellen ist.

zu TOP 11:

Bei der Gewerbereferententagung 2018 wurde zu TOP 7 als Ergebnis festgehalten: *„Hat der Gewerbeanmelder die Absicht, die Supervision im Rahmen des Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung auszuüben, ist es als zulässig anzusehen, bei der Formulierung des Gewerbewortlautes eine Einschränkung auf den Tätigkeitsbereich der Supervision vorzunehmen.“*

Es ist zwar möglich, dass bestimmte Vereine Ansprüche an Qualifikationen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft stellen können, die ebenso hoch (oder möglicherweise sogar höher) sind, als sie zur Feststellung der individuellen Befähigung erforderlich sind. Es ist aber nicht zulässig, dass sich eine Behörde bei der Feststellung, ob diese Tatsachen auch erfüllt sind, bloß vom Umstand leiten lässt, dass eine bestimmte Person die Mitgliedschaft bei einem solchen Verein erlangt hat, da dies ein Delegieren der behördlichen Ermittlung und Tatsachenfeststellung an Dritte bedeuten würde. Eine Delegation behördlicher Aufgaben bedürfte einer ausdrücklichen Ermächtigung auf gesetzlicher Grundlage, welche betreffend die Feststellung der individuellen Befähigung jedoch nicht besteht.

Die Behörde hat daher, auch wenn ein Verein selbst so hohe Voraussetzungen für den Erwerb der Mitgliedschaft stellt, dass die erworbenen Qualifikationen bei behördlicher Prüfung auch für den Nachweis der individuellen Befähigung ausreichen würden, die entsprechenden Nachweise dennoch selbst zu prüfen und zu beurteilen. Der bloße Nachweis der Mitgliedschaft und somit das bloße Vertrauen auf die durch die Vereinsorgane erfolgte Prüfung auf Übereinstimmung mit den Voraussetzungen gemäß den Vereinsanforderungen reicht nicht aus.

Falls ein Gewerbeanmelder dieses eingeschränkte Gewerbe anmelden will und nicht schon ohnedies den Befähigungsnachweis entsprechend der Lebens- und Sozialberatungs-Verordnung erbringt, kommt ein Verfahren zur Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19 GewO 1994 in Betracht. Betreffend die Supervision besteht aber weder eine Teilgewerbe-Verordnung noch eine spezifische Regelung im Rahmen der Lebens- und Sozialberatungs-Verordnung oder direkt im Gesetzestext. Daher kann spezifisch für dieses eingeschränkte Gewerbe kein eigenständiger Nachweis gemäß § 18 GewO 1994 erbracht werden. Es steht aber selbstverständlich einem Gewerbeanmelder, der den vollen Befähigungsnachweis gemäß der Lebens- und Sozialberatungs-Verordnung für das Gewerbe der Lebens- und Sozialberater erbringt, frei, das Gewerbe lediglich eingeschränkt anzumelden.

12. (Steiermark) Lebens-und Sozialberatung, eingeschränkt auf Ernährungsberatung

Aufgrund der Sensibilität und der aktuellen Judikatur (vgl. Anhang - OLG Wien, 2 R 56/17w) darf im Interesse des einheitlichen Vollzuges nachgefragt werden, ob der Erlass betreffend die chinesische Ernährungsberatung aus dem Jahr 2003 (vgl. Anhang) nach wie vor in Geltung ist. Die Wirtschaftskammer Steiermark hat die ha. Behörde mit Schreiben vom 29. Oktober 2018 (vgl. Anhang) mitgeteilt, dass sie diesbezüglich keine Einschränkungen mehr befürwortet. Die ha. Behörde vertritt die Rechtsmeinung, dass grundsätzlich jedes Gewerbe eingeschränkt werden kann (vgl. auch Protokoll der Gewerbereferententagung 2017). Die Frage, die sich hierbei stellt ist, ob sich durch die Einschränkung der Befähigungsnachweis ändert bzw. ob sich der Umfang des Befähigungsnachweises reduziert. Abgesehen davon, ist die ha. Behörde nicht der Meinung, dass durch das Protokoll der Gewerbereferententagung 2017 der Erlass als aufgehoben gilt.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob ein positiv abgeschlossenes Pharmaziestudium iVm einer Fortbildung im Bereich Ernährungstraining die Grundlage für die Feststellung der individuellen Befähigung (vgl. Kommentar im Anhang) sein kann, zumal dieses Studium nicht im Leitfaden des Verbandes für Ernährungsberatung zu finden ist.

Bitte um Bekanntgabe der do. Rechtsmeinung.

Beilagen

zu TOP 12:

Zunächst wird darauf hingewiesen, dass die Mitteilung der WK Steiermark nicht explizit ausführt, zu welcher Gewerbeberechtigung sie diese Einschränkung nicht befürwortet und die nicht befürwortete Einschränkung „Traditionell Chinesische/Tibetanische Medizin“ auch nicht Gegenstand früherer Erledigungen war, welche sich tatsächlich mit „chinesischer Diätik - chinesischer Ernährungsberatung“ befasst und auch deutlich betont haben, dass medizinische Diagnostik und Heilbehandlung keinesfalls Gegenstand eines Gewerbes sein können.

Die auf der GRT 2017 unter TOP Allfälliges erörterte Einschränkung steht in keinem Ausschlussverhältnis zur im Jahr 2003 vom BMDW erörterten Einschränkung betreffend „chinesische Diätik - chinesische Ernährungsberatung“.

Befähigungsnachweise bei eingeschränkten Berechtigungen reglementierter Gewerbe haben sich am Umfang der Einschränkung zu orientieren. Dies ergibt sich schon zwingend aus § 19 zweiter Satz GewO 1994, welcher die Behörde anweist, im Falle von individuellen Befähigungen den Feststellungsumfang einzuschränken, wenn die Befähigung nur in diesem Umfang vorliegt. Es kann nichts Anderes gelten, wenn die Einschränkung der Befähigung nicht durch Feststellung der Behörde erfolgt, sondern ein Gewerbebeanwender eine solche Einschränkung gleich vorweg selbst vornimmt.

Die in der Anfrage zitierte Kommentarstelle Grabler/Stolzlechner/Wendl, Gewerbeordnung³, Anm. 11 zu § 119, ist aus Sicht des BMDW schlüssig und nachvollziehbar. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass diese Kommentarstelle in einer Veröffentlichung des Verbandes für Ernährungsberatung keine Erwähnung gefunden hat.

13. (Salzburg) Baugewerbetreibender hinsichtlich der ausführenden Tätigkeiten – Berechtigungsumfang

Im Zuge eines Verfahrens gem. § 19 GewO 1994 ist die Frage aufgetaucht, ob Inhaber einer Berechtigung mit dem Wortlaut „Baugewerbetreibender hinsichtlich der ausführenden Tätigkeiten“ auch zu den im § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 angeführten Tätigkeiten berechtigt sind.

Sofern die ausführenden Tätigkeiten weiter eingeschränkt sind (zB auf Verputzarbeiten) dürfte kein Zweifel darüber bestehen, dass in diesem Fall keine Berechtigung zu Tätigkeiten wie Projektentwicklung und Projektmanagement besteht. Im Fall einer uneingeschränkten Berechtigung für ausführende Tätigkeiten lässt sich jedoch nach ha. Ansicht aus anderen Bestimmungen ableiten, dass die Tätigkeiten iSd § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 im Berechtigungsumfang enthalten sind.

Für die Tätigkeiten gem. § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 sind keine planerischen Kenntnisse notwendig. Daher sind gem. der geltenden Baumeister-Befähigungsprüfungsordnung die Fächer Projektentwicklung usw. Teile des Moduls 3 (§ 12 Abs. 2 Z 7). Für die gegenständlichen Tätigkeiten besteht gem. § 99 Abs. 3 GewO 1994 auch kein Verbot einer Feststellung der individuellen Befähigung. Die Berechtigungen sind wohl als Bestandteil der den Erzeugungsgewerben insgesamt zustehenden Rechte zu betrachten und stellen somit eine Klarstellung dar.

Im Punkt 13 des Protokolls 2011 wurde außerdem klargestellt, dass auch Baumeister mit einer Berechtigung nur für ausführende Tätigkeiten Bauführer sein können, sofern dies die jeweiligen Landesgesetze zulassen.

Somit sollte davon auszugehen sein, dass Baugewerbetreibende mit einer uneingeschränkten Berechtigung für ausführende Tätigkeiten auch zu Tätigkeiten gem. § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 berechtigt sind, unabhängig davon, ob diese Berechtigung im Wege der regulären oder der individuellen Befähigung erlangt wurde. Eine andere Auslegung hätte eine Vielzahl neuer Feststellungsverfahren sowie in weiterer Folge längere Gewerbewortlaute zur Folge.

Um Diskussion und Klarstellung wird ersucht.

zu TOP 13:

Die vom Land Salzburg gezogene Schlussfolgerung aus der Einordnung der entsprechenden Kenntnisse zum Modul 3 der Baumeister-Befähigungsprüfungsordnung, welches auch für den ausführenden Baugewerbetreibenden, der keine Planungsbefugnis hat, relevante Kenntnisse und Fähigkeiten zum Gegenstand hat, ist schlüssig und überzeugend. Die Tätigkeiten gemäß § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 schließen den ausführenden Bereich nicht aus.

Die weit gefasste Einschränkung der Gewerbeberechtigung „auf ausführende Tätigkeiten“ hindert einen Baugewerbetreibenden daher nicht daran, auch Tätigkeiten gemäß § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 auszuüben. Im Fall einer individuellen Befähigung hat die Behörde aber in diesem Sinne auch darauf zu achten, dass die entsprechenden Kenntnisse und Fähigkeiten ausreichend erworben wurden, ehe sie das Vorliegen der individuellen Befähigung für einen solch weit formulierten Einschränkungsbereich feststellen kann.

Dem Land Salzburg ist auch dahingehend beizupflichten, dass zusätzliche Einschränkungen des Wortlautes, die darauf hindeuten, dass die Tätigkeiten gemäß § 99 Abs. 1 Z 5 GewO 1994 nicht ausgeübt werden dürfen, zu beachten sind und auch durchaus häufig vorkommen.

14. (Steiermark) Wimpernverlängerung, Färben, Fassionieren und Pflegen von Augenbrauen und Wimpern - dekorative Kosmetik

In der Anlage darf das Schreiben vom 16.04.2010, GZ: BMWFJ-30.499/0128-I/7/2010, dem zu entnehmen ist, dass die Wimpernverlängerung nicht unter die dekorative Kosmetik zu subsumieren ist und das Schreiben vom 11.06.2015; GH: BMWFW-37.000/0131-I/5a/2015 woraus ersichtlich ist, dass die Wimpernverlängerung sehr wohl der dekorativen Kosmetik zuzuordnen ist, übermittelt werden.

Aufgrund der unterschiedlichen Auslegung, ergeht die Bitte mitzuteilen, ob die Wimpernverlängerung, das Färben, Fassionieren und Pflegen von Augenbrauen und Wimpern der dekorativen Kosmetik zugeordnet werden kann.

Beilagen

zu TOP 14:

In den in der Anfrage zitierten Schreiben des ho. Bundesministeriums wurde die Frage des Berechtigungsumfanges der Gewerbe der Kosmetik (Schönheitspflege) und der Friseure und Perückenmacher (Stylist) im Zusammenhang mit der Ausübung der Verlängerung von Wimpern behandelt.

Unter Heranziehung der Ausbildungsordnungen für die Lehrberufe zu den genannten Gewerben (§ 29 zweiter Satz GewO 1994: „... die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung...“) scheint es unstrittig, dass Ausübungsberechtigte für die Gewerbe der Kosmetik (Schönheitspflege) und der Friseure und Perückenmacher zur Ausübung der Tätigkeit der Verlängerung von Wimpern berechtigt sind. Abschließend ist zu bemerken, dass die Wimpernverlängerung zum Bereich der dekorativen Kosmetik zuzurechnen sein wird.

15. (Kärnten) Ingenieurbüros (Beratende Ingenieure) auf dem Fachgebiet Brandschutz

In letzter Zeit wurde vereinzelt versucht, das Gewerbe der „Ingenieurbüros (Beratende Ingenieure) auf dem Fachgebiet Brandschutz“ zur Anmeldung zu bringen. Nach § 134 Abs. 1 GewO 1994 umfasst der Gewerbeumfang der Ingenieurbüros (§ 94 Z 69) die Beratung, die Verfassung von Plänen, Berechnungen und Studien, die Durchführung von Untersuchungen, Überprüfungen und Messungen, die Ausarbeitung von Projekten, die Leitung von Projekten, die Überwachung der Ausführung von Projekten, die Abnahme von Projekten und die Prüfung der projektgemäßen Ausführung einschließlich der Prüfung der projektbezogenen Rechnungen sowie die Erstellung von Gutachten auf einschlägigen Fachgebieten, die einer Studienrichtung oder einem mindestens viersemestrigen Aufbaustudium einer inländischen Universität, einer Fachhochschule oder Hochschule künstlerischer Richtung oder einer einschlägigen inländischen berufsbildenden höheren Schule entsprechen.

Nach ha. Kenntnisstand wurde zuletzt seitens des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit mit Schreiben vom 21.01.2004, Zahl: 30.599/21-I/7/04, festgehalten, dass es keinen Ausbildungsgang „Brandschutz“ in Österreich gibt und daher ein Ingenieurbüro (Beratende Ingenieure) auf dem Fachgebiet des Brandschutzes nicht zulässig ist.

Auch wenn beispielsweise eine universitäre Ausbildung auf dem Fachgebiet Brandschutz im Ausland absolviert wurde, sind unserer Ansicht nach auch keine Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19 GewO 1994 oder Gleichhaltung gemäß § 373d GewO 1994 möglich, da einerseits auf diesem Gebiet keine für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen vorliegen können und andererseits keine Grundlage für die Äquivalenzprüfung vorliegt.

Es wird um Erörterung ersucht, ob dieser Rechtsansicht zugestimmt wird oder ob aufgrund eventueller aktueller Ausbildungsangebote davon abgegangen werden kann.

zu TOP 15:

Gemäß § 134 Abs. 1 GewO 1994 können Ingenieurbüros auf einschlägigen Fachgebieten begründet werden, die einer Studienrichtung oder einem mindestens viersemestrigen Aufbaustudium einer inländischen Universität, einer Fachhochschule oder Hochschule künstlerischer Richtung oder einer einschlägigen inländischen berufsbildenden höheren Schule entsprechen. Es ist daher nicht zulässig, dass Ingenieurbüros auf Gebieten begründet werden, die nicht einem in § 134 Abs. 1 GewO 1994 angeführten Ausbildungsgang entsprechen. Solange kein entsprechender Bildungsgang für den Bereich Brandschutz existiert, darf daher auch kein Ingenieurbüro für Brandschutz in das GISA eingetragen werden.

Mit der Regelung, nach der ein Fachgebiet jeweils auf ein inländisches Studium oder eine inländische Fachhochschule zurückführbar sein muss, wird die Einteilung der Fachgebiete normiert. Ist ein Fachgebiet nicht auf einen einschlägigen inländischen Ausbildungsgang zurückführbar, kann es auch nicht einer Gewerbebeanmeldung für den Betrieb eines Ingenieurbüros zu Grunde gelegt werden. Die Frage des Befähigungsnachweises stellt sich daher gar nicht. Ist das Fachgebiet dagegen zulässig, kommen die Regelungen über die Erbringung des Befähigungsnachweises, die Feststellung der individuellen Befähigung und die Gleichhaltung gemäß § 373d GewO 1994 zur Anwendung.

Bei allfälligen aktuellen Ausbildungsangeboten ist zu beachten, dass sich die einschlägigen Fachgebiete für Ingenieurbüros ausschließlich auf technische/ingenieurwissenschaftliche und naturwissenschaftliche Fachgebiete erstrecken müssen (Stolzlechner/Seider/Vogelsang, GewO2 § 134 Rz 6). Das mit dem einschlägigen Fachgebiet korrespondierende Studium an einer inländischen Universität oder Fachhochschule muss daher eine technische/ingenieurwissenschaftliche oder naturwissenschaftliche Ausrichtung haben.

Bei einem Studium, das für den Bereich Brandschutz konstituierend sein könnte, müsste es sich im Hinblick auf die Stundentafel und die Ausbildungsinhalte um eine technische Ausbildung in einem Umfang handeln, die Absolventen und Absolventinnen befähigen würde, brandschutztechnische Anlagen auf dem Gebiet des Maschinenbaus, der Elektrotechnik (einschließlich Mess-, Steuer- und Regeltechnik), der Innenarchitektur oder der Bauphysik zu planen und eine diesbezügliche Überwachung der Ausführung, eine Abnahmeprüfung oder andere Ingenieurleistungen gemäß § 134 GewO 1994 durchzuführen.

16. (Steiermark) Befähigungsnachweis für das verbundene Handwerk der Glaser, Glasbeleger und Flachglasschleifer, der Hohlglasschleifer und Hohlglasveredler und der Glasbläser und Glasinstrumentenerzeugung

§ 1 Z 4 der Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Zugangsvoraussetzungen für das verbundene Handwerk der Glaser, Glasbeleger und Flachglasschleifer, der Hohlglasschleifer und Hohlglasveredler und der Glasbläser und Glasinstrumentenerzeugung lautet:

„Durch die im Folgenden angeführten Belege ist die fachliche Qualifikation zum Antritt des Handwerks der Glaser-, Glasbeleger und Flachglasschleifer (§ 94 Z 28 GewO 1994) als erfüllt anzusehen:

4. Zeugnisse über
 - a. die erfolgreich abgelegte Lehrabschlussprüfung im Lehrberuf Glaser oder in einem mindestens zweijährig verwandten Lehrberuf oder den erfolgreichen Besuch einer mindestens dreijährigen berufsbildenden Schule, deren Ausbildung im Bereich Kunst und Design oder Bautechnik mit einem für das Handwerk spezifischen Schwerpunkt liegt, und
 - b. eine nachfolgende ununterbrochene, mindestens dreijährige einschlägige Tätigkeit als Selbständiger oder Betriebsleiter (§ 18 Abs. 3 GewO 1994) oder“

Auszug aus der Liste der verwandten Lehrberufe:

73 GlaserIn auslaufend 30.06.2010

4005 Glasbautechnik (Modullehrberuf)	3 bzw. 4	GlasbläserIn und GlasinstrumentenerzeugerIn	1. voll	II 187/10	II 187/10
		Glasmacherei	1. voll		
		Glasverfahrenstechnik			
		- Schwerpunkt Flachglasveredelung	1. voll		
		- Schwerpunkt Hohlglasproduktion	1. voll		
		HohlglasveredlerIn			
		- Gravur	1. voll		
		- Kugeln	1. voll		

Da es den Lehrberuf Glaser seit 2010 nicht mehr gibt und anstelle dessen der Lehrberuf Glasbautechnik geschaffen wurde, stellt sich die Frage, ob bei Vorliegen des Lehrabschlussprüfungszeugnisses „Glasbautechnik“ iVm mit einer nachfolgenden ununterbrochenen mindestens dreijährigen einschlägigen Tätigkeit als Betriebsleiter der formelle Befähigungsnachweis als erbracht beurteilt werden kann, oder, da die Zugangsverordnung nicht geändert wurde, die individuelle Befähigung gemäß § 19 GewO 1994 festgestellt werden muss.

Darüber hinaus stellte sich in diesem Zusammenhang die Frage, wie der Passus „in einem mindestens zweijährig verwandten Lehrberuf“ zu verstehen ist. Ist damit gemeint, dass der verwandte Lehrberuf eine Mindestlehrzeit von zwei Jahren haben muss oder dass mindestens zwei Jahre der Lehrzeit angerechnet werden müssen.

zu TOP 16:

1. Dem ausgelaufenen Lehrberuf Glaser entspricht der diesen ersetzende Lehrberuf Glasbautechnik, der die beiden Hauptmodule Glasbau und Glaskonstruktionen umfasst. Als direkter und inhaltlich entsprechender „Nachfolgelehrberuf“ ist dabei der Lehrberuf Glasbautechnik - Hauptmodul Glasbau anzusehen (vgl. § 14 Glasbautechnik-Ausbildungsordnung, wonach die abgelegte Lehrabschlussprüfung im Lehrberuf Glaser zur Führung der Bezeichnung Glasbautechnik - Hauptmodul Glasbau berechtigt), aber auch der Lehrberuf Glasbautechnik - Hauptmodul Glaskonstruktionen erfüllt die Voraussetzung des § 1 Z 4 lit. a der Verordnung über die Zugangsvoraussetzungen.

2. Die Wortfolge „in einem mindestens zweijährig verwandten Lehrberuf“ in § 1 Z 4 der Zugangsverordnung ist so zu verstehen, dass mindestens zwei Jahre des verwandten Lehrberufs anrechenbar sein müssen. Das Ausmaß der Anrechnung ergibt sich aus der Lehrberufsliste. Wird nur ein Lehrjahr voll angerechnet, ist das im Hinblick auf die Anforderung in der Zugangsverordnung nicht ausreichend.

Siehe § 1 der Verordnung, mit der die Lehrberufsliste erlassen wird (BGBl. Nr. 268/1975 idF BGBl. II Nr. 186/2019):

„Die Lehrberufe, die Dauer der Lehrzeit dieser Lehrberufe, die mit den betreffenden Lehrberufen verwandten Lehrberufe und das Ausmaß der Anrechnung der Lehrzeit des betreffenden Lehrberufes auf die Dauer der Lehrzeiten dieser verwandten Lehrberufe werden in der Anlage 1 (Lehrberufsliste) festgelegt.“

17. (Wien) Vermittlung von Wohnungen zu vorübergehendem Aufenthalt; Abgrenzung Reisebüros/Vermittlung von Privatzimmern/Gastgewerbe

In letzter Zeit häufen sich Anfragen zur gewerberechtlichen Einordnung der Vermittlung von Wohnungen zu vorübergehendem Aufenthalt an Reisende. Konkret übernehmen die Anbieter die komplette Gästekommunikation, das Erstellen von Airbnb Inseraten, das Preismanagement und die Reinigung für die Kunden. Kunden sind Wohnungseigentümer bzw. Mieter, die ihre Wohnung für eine Kurzzeitvermietung bereitstellen. Die Reisenden halten sich im Durchschnitt drei bis vier Nächte in den Wohnungen auf.

Angedacht wurde die Zugehörigkeit zum Tätigkeitsbereich der Immobilienmakler bzw. die Anwendbarkeit von § 112 Abs. 1 GewO 1994, wonach ein Gastgewerbe auch dann ausgeübt wird, wenn einzelne Dienstleistungen, die in ihrer Gesamtheit eine gastgewerbliche Tätigkeit gemäß § 111 Abs. 1 ergeben, gesondert von zwei oder mehreren Unternehmern für dieselben Leistungsempfänger und im selben Standort erbracht werden. Da die beschriebenen Tätigkeiten jedoch dem Sachverhalt, der im Rahmen von Top 4 der Gewerbereferententagung 2014 diskutiert wurde, ähneln, und dort die Zugehörigkeit zum Tätigkeitsbereich der Immobilienmakler bzw. die Anwendbarkeit von § 112 Abs. 1 GewO 1994 zumindest implizit verneint wurden, wurden diese Überlegungen nicht weiterverfolgt.

Im Unterschied zu Top 4 der Gewerbereferententagung 2014 werden keine Ferienwohnungen, sondern Wohnungen, die dem Eigentümer oder Mieter der Wohnung als Hauptwohnsitz dienen, an Reisende zu vorübergehendem Aufenthalt vermittelt. Top 4 der Gewerbereferententagung 2014 brachte das Ergebnis, dass die Vermittlung von Ferienwohnungen unter das Gewerbe der Reisebüros einzuordnen sei und die Erbringung der übrigen Dienstleistungen, wie etwa Preismanagement und Organisation der Endreinigung, im Rahmen der Nebenrechte erfolgen könne.

Aufgrund der dargestellten Unterschiede zwischen den Sachverhalten stellt sich die Frage, ob bei der Vermittlung von Wohnungen, die dem Eigentümer oder Mieter der Wohnung als Hauptwohnsitz dienen, mit dem freien Gewerbe „Vermittlung von Privatzimmern an Reisende zu vorübergehendem Aufenthalt“ das Auslangen gefunden werden kann.

Weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung zu § 126 Abs. 2 Z 5 GewO 1994 oder zu § 117 Abs. 2 Z 5 zweiter Satz GewO 1994 finden sich Erläuterungen dahingehend, was unter „Privatzimmern“ zu verstehen ist. Aus Sicht des Amtes der Wiener Landesregierung liegt eine Bezugnahme auf § 2 Abs. 1 Z 9 GewO 1994, wonach 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 GewO 1994 ausgenommen sind, nahe. In den Kommentaren zur Gewerbeordnung wird bei dieser Bestimmung auf Art. III der B-VG-Novelle 1974, BGBl. 1974/444, verwiesen, der

bestimmt, dass „zu den Angelegenheiten des Gewerbes im Sinne des Art 10 Abs. 1 Z 8 B-VG nicht [...] die Privatzimmervermietung, das ist die durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes als häusliche Nebenbeschäftigung ausgeübte Vermietung von nicht mehr als zehn Fremdenbetten gehört“ (vgl. z.B. Gruber/Paliego-Barfuß, GewO7 § 2, Stand 1.10.2017, rdb.at).

Die Vermietung von nicht mehr als zehn Fremdenbetten ist nur dann von der GewO 1994 ausgenommen, wenn auf diese Tätigkeiten die im § 2 Abs. 1 Z 9 aufgestellten Merkmale zutreffen. Auch Art. III der B-VG-Nov 1974 legt als Voraussetzung dafür, dass eine Privatzimmervermietung in die Zuständigkeit der Länder fällt, nicht nur die erwähnte Höchstzahl von vermieteten Fremdenbetten, sondern auch die Voraussetzung fest, dass die Privatzimmervermietung als durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes betriebene Nebenbeschäftigung ausgeübt wird (Gruber/Paliego-Barfuß, GewO7 § 2, Stand 1.10.2017, rdb.at).

In Top 1 der Gewerbereferententagung 2017 wird ausgeführt, dass die Bestimmungen des Art. III der B-VG- Novelle 1974, BGBl. Nr. 444 und des § 2 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 nicht festlegen, wie die Eigenart und die Betriebsweise einer häuslichen Nebenbeschäftigung im Detail beschaffen sein müssten. Der Privatzimmervermieter müsse jedenfalls einen Hausstand begründet haben, in dem die typischen alltäglichen Verrichtungen der Haushaltsführung durch die Mitglieder des eigenen Hausstandes besorgt werden. Da die Privatzimmervermietung den Umfang einer Nebenbeschäftigung nicht überschreiten darf, dürfe diese im Vergleich zu den anderen in einem Haushalt bei Durchschnittsbetrachtung anfallenden Tätigkeiten nur in untergeordnetem Umfang ausgeübt werden (VwSlg 15094 A/1999). Der häusliche Zusammenhang zwischen der Haushaltsführung des Privatzimmervermieters und der Unterbringung der Gäste müsse insofern gewahrt sein als diese in demselben Haus aufgenommen werden müssen.

Da aus den Ausführungen in den Kommentaren zur Gewerbeordnung und den Protokollen der Gewerbereferententagungen 2014 sowie 2017 nicht hervorgeht, ob sich der Unterkunftgeber auch während der Vermietung an einen Reisenden im selben Haus aufhalten müsse um von einer Privatzimmervermietung im Sinne des Art. III der B-VG-Novelle 1974, BGBl. Nr. 444, ausgehen zu können, wird um Mitteilung der d.o. Rechtsansicht zu dieser Thematik ersucht. Sofern die Ansicht vertreten wird, dass sich der Unterkunftgeber und der Reisende während der Vermietung nicht im selben Haus aufhalten müssen, wird weiters um Mitteilung gebeten, ob in Bezug auf die in den Anfragen geschilderten Sachverhalte betreffend die gewerberechtliche Einordnung der Vermittlung von Wohnungen zu vorübergehendem Aufenthalt an Reisende mit dem freien Gewerbe „Vermittlung von Privatzimmern an Reisende zu vorübergehendem Aufenthalt“ das Auslangen gefunden werden kann.

zu TOP 17:

Das freie Gewerbe der Vermittlung von Privatzimmern an Reisende zur vorübergehendem Aufenthalt gemäß § 126 Abs. 2 Z 5 GewO 1994 steht zunächst insoweit im Zusammenhang mit § 2 Abs. 1 Z 9 GewO 1994, als eine solche vermittelte Vermietung unter die im Rahmen der häuslichen Nebenbeschäftigung fallenden Erwerbszweige untergeordnet werden kann, und in gleicher Weise auch im Zusammenhang mit der der Bundeskompetenz entzogenen Privatzimmervermietung gemäß Art. III der B-VG-Novelle 1974, BGBl. 1974/444.

§ 2 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 und Art. III der B-VG-Novelle 1974, BGBl. 1974/444, weisen erhebliche Ähnlichkeiten auf, da beide Bestimmungen das Tatbestandsmerkmal der häuslichen Nebenbeschäftigung(en) enthalten, sie sind aber nicht zwingend völlig deckungsgleich. Die möglichen materiellen Detailunterschiede dieser beiden Bestimmungen spielen jedoch für die gegenständliche Fragestellung keine bedeutsame Rolle, da die wesentliche grundsätzliche Gemeinsamkeit dieser beiden Bestimmungen darin besteht, dass damit Sachverhalte dem Anwendungsbereich der GewO 1994 entzogen werden, welche ohne diese Bestimmungen dem Anwendungsbereich der GewO 1994 unterlägen.

In diesem Sinne wird auch der in § 126 Abs. 2 Z 5 GewO 1994 geregelte Tatbestand „Privatzimmervermietung“ zu verstehen sein. Es handelt sich dabei um die Vermietung von Zimmern, die

1. keine bloße Raumvermietung ist, und
2. nur deswegen dem Anwendungsbereich der GewO 1994 entzogen ist, weil die genannten Sondervorschriften bestehen, die dieses Verhalten dem Gewerberecht oder gleichgänzlich der Bundeskompetenz entziehen.

Um den Befugnisumfang des freien Gewerbes gemäß § 126 Abs. 2 Z 5 GewO 1994 nicht zu verlassen, dürfen also ausschließlich solche Zimmervermietungen vermittelt werden, welche Privatzimmervermietung im Sinne der obigen Ausführungen sind. Um dies gewährleisten zu können, wird es daher für einen Gewerbetreibenden notwendig sein, dass er die Verhältnisse der Vermieter, welche er vermittelt, tatsächlich kennt und einordnen kann. Realistischer Weise werden dies aber nur Gewerbetreibende können, welche mit jedem von ihnen vermittelten Fall intensiv vertraut sind. Bereits ein einziger vermittelter Fall, der nicht Privatzimmervermietung ist, würde den Nachweis erbringen, dass die reglementierte gewerbliche Tätigkeit eines Reisebüros gemäß § 126 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 ausgeübt wird. Die Regelung des § 126 Abs. 2 Z 5 GewO 1994 hat daher deutlich lokale Tourismusvermittlungsaktivitäten im Auge.

Sofern ein Gewerbetreibender daher die beschriebenen Tätigkeiten in einem engen lokalen oder maximal regionalen Umfeld ausübt - wobei es aber nicht darauf ankommt, welcher techni-

scher Mittel er sich bedient oder welche Plattformen er zur Vermittlung der lokalen oder regionalen Privatzimmeranbieter verwendet - wird es realistisch möglich sein, dass er das freie Gewerbe gemäß § 126 Abs. 2 Z 5 GewO 1994 ohne Verlassen des Befugnisumfangs ausübt.

Überregionale oder gar internationale Tätigkeiten sind zwar nicht per se vom freien Gewerbe gemäß § 126 Abs. 2 Z 5 GewO 1994 ausgeschlossen, sie werden aber sehr schnell Gefahr laufen, jene Grenze zu überschreiten, bei der es sich kaum mehr vermeiden lässt oder es sogar strukturell billigend in Kauf genommen wird, dass auch Vermittlungen von Zimmervermietungen stattfinden, die keine Vermietung von Privatzimmern sind, sondern eine gewerberechtlich relevante Zimmervermietung.

Es steht selbstverständlich jedem Gewerbetreibenden frei, bei Vorliegen der entsprechenden Antrittsvoraussetzungen ein Gewerbe seiner Wahl anzumelden. Es sollte andererseits aber im Anfragefall in der Beratung doch deutlich darauf hingewiesen werden, dass das freie Gewerbe der Vermittlung von Privatzimmern an Reisende zu vorübergehendem Aufenthalt einen engen Befugnisumfang hat, und bei überregionaler Vermittlung und/oder Vermittlung von Unterkunftgebern, deren Verhältnisse der Gewerbetreibende nicht genau kennt, die Grenze zum reglementierten Reisebürogewerbe sehr schnell überschritten sein wird, und entsprechende behördliche Maßnahmen zur Beendigung unbefugter Ausübung des reglementierten Reisebürogewerbes die Folge wären.

18. (Tirol) In wie weit dürfen im Rahmen der Privatzimmervermietung (gastgewerbliche) Dienstleistungen erbracht werden?

Im Rahmen von Top 17 werden verschiedene Fragen zur Abgrenzung der Privatzimmervermietung zum Gewerberecht behandelt. Aufgrund der in letzter Zeit restriktiven Judikatur der LVwG und zuletzt auch des VWGH (Ra 2018/04/0144) zur gewerberechtl. Einstufung der Raumvermietung (insbesondere auf Airbnb) ist auch vom Amt der Tiroler Landesregierung fest zu stellen, dass vermehrt Fragen zur Abgrenzung der Privatzimmervermietung zum Gewerberecht auftauchen:

a. Aufräumen, Reinigung

Dienstleistungen sind grundsätzlich nur unter den Einschränkungen der in der Anfrage zu Top 17 genannten Rechtsquellen (häusliche Nebenbeschäftigung, etc..) zulässig. Dabei dürften eine Zimmerreinigung und ein Bettwäschewechsel zulässig sein.

b. Verabreichung von Speisen, Ausschank von Getränken

In eingeschränktem Ausmaß zulässig.

Siehe Gruber/Paliego-Barfuß, GewO § 2, Anm. 37

Bei der Beratung dieser Bestimmung nahm der Verfassungsausschuss auf den Rechtssatz des VfGH-Erkenntnisses, 25.7.1973, K II-2/72 (VfSlg 7074/1973) Bedacht, der feststellte:

„Die gesetzliche Regelung der in die Kategorie der häuslichen Nebenbeschäftigung fallenden Privatzimmervermietung ist auch dann keine Angelegenheit des Gewerbes (Art 10 Abs. 1 Z 8 B-VG), wenn sie die Verabreichung von Speisen (ohne Auswahlmöglichkeit, zu im Voraus bestimmten Zeiten), von nichtalkoholischen Getränken und von im landwirtschaftlichen Betrieb des Vermieters erzeugten alkoholischen Getränken an die beherbergten Fremden umfasst; sie fällt gem. Art 15 Abs. 1 B-VG in die Zuständigkeit der Länder.

Durch den Art III – soweit er sich auf die Privatzimmervermietung bezieht – soll der Rechtssatz des VfGH im oben wiedergegebenen Erkenntnis in keiner Weise berührt werden. Durch den Hinweis auf die Mitglieder des eigenen Hausstandes und die Beschränkung der Bettenzahl soll vielmehr nur ein Kriterium angegeben werden, durch das die Privatzimmervermietung als häusliche Nebenbeschäftigung charakterisiert wird. Hinsichtlich der Verabreichung von Speisen und Getränken hat der VfGH festgestellt, dass sie ein Teil der Privatzimmervermietung ist, die gem. Art 15 Abs. 1 B-VG in die Kompetenz der Länder fällt. Nach Auffassung des Verfassungsausschusses war daher eine Erwähnung dieses Bereiches nicht erforderlich. Aus der Regelung des Art III darf aber nicht etwa abgeleitet werden, dass die Verabreichung von Speisen und Geträn-

ken in dem vom VfGH umschriebenen Umfang nicht zur Privatzimmervermietung im Sinne dieses Artikels gehören würde. Vielmehr wird der Rechtssatz des VfGH durch diese Bestimmung in keiner Weise eingeschränkt oder berührt.“ (AB B-VG-Nov 1972)

c. Wellnessbereiche

Wellnessbereiche sind kritisch und sprechen grundsätzlich eher für eine gewerbliche Tätigkeit, diese unterliegen auch dem Bäderhygienegesetz. Eine Zulässigkeit besteht lediglich dann, wenn eindeutig von einer häuslichen Nebenbeschäftigung auszugehen ist und der Hausbesitzer z.B. im Keller seines Hauses eine Privatsauna betreibt (z.B. Kapazität 4 Personen – abhängig von der Haushaltsgröße?), die er selbst benützt und deren Benützung er nun auch seinen Hausgästen erlaubt. Kommt zur Sauna ein/e Infrarotkabine/Dampfbad/Ruheraum/Whirlpool etc. hinzu spricht dies eher für eine Gewerblichkeit.

Um Mitteilung der do. Rechtsmeinung darf gebeten werden.

zu TOP 18:

Grundsätzlich muss der Rahmen der häuslichen Nebenbeschäftigung immer gewahrt bleiben, damit eine Privatzimmervermietung gemäß Art. III der B-VG-Novelle 1974, BGBl. 1974/444, in den Anwendungsbereich des Landesrechtes fällt.

In diesem Zusammenhang ist besonders darauf zu achten, dass der gesamte Sachverhalt zu bewerten ist und nicht einzelne Kriterien für sich allein willkürlich isoliert und abstrakt, wie etwa im Bereich des „Aufräumens“ oder der „Verabreichung von Speisen und dem Ausschank von Getränken“.

Eine haushaltsübliche Pflege der Räumlichkeiten und ein haushaltsübliches Mitverköstigen der Privatzimmergäste wird aber wohl noch nicht das ausschlaggebende Moment dafür sein, dass der Rahmen des dem Landesrecht vorbehaltenen Kompetenzbereiches verlassen wird. Entsprechend deutlich ist auch der Tenor des in der Anfrage zitierten VfGH-Erkenntnisses.

Zum Anbieten von sogenannte „Wellnessbereichen“ im Sinne der Anfrage ist jedoch festzuhalten, dass völlig unabhängig von der Dimensionierung einer solchen Einrichtung ein erheblicher Unterschied besteht, ob eine solche Einrichtung nur für den Eigengebrauch des Haushalts verwendet wird, oder dazu, um den Gästen Wellnessaufenthalte zu eröffnen.

Es steht zwar wohl jedem Besitzer frei, den Einrichtungen seines bloßen Selbstgebrauchs jenen Aufwand an Pflege und Sorgfalt angedeihen zu lassen, die er nach freiem eigenen Ermessen für subjektiv ausreichend hält. Sobald eine solche Einrichtung aber im öffentlichen Wirtschaftsverkehr - und dazu gehört auch die Privatzimmervermietung - verwendet wird, ist bei der Beurteilung objektiv von jenem Aufwand an Pflege und Sorgfalt auszugehen, der im öffentlichen Wirtschaftsverkehr notwendig und üblich ist. Ein solcher dem öffentlichen Wirtschaftsverkehr objektiv angemessener Aufwand ist in einem Fall, dass Wellnesseinrichtungen zum Zweck wirtschaftlichen Ertrags ständig wechselnden Fremdgästen zur Verfügung gestellt werden, jedenfalls kein Aufwand mehr, der für eine häusliche Nebenbeschäftigung charakteristisch ist.

19. (Wien) Ausübung von Tätigkeiten der Immobilientreuhänder (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger) durch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte

In der Praxis kommt es oft vor, dass RechtsanwältInnen um Feststellung der individuellen Befähigung für das Gewerbe der Immobilientreuhänder (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger) ansuchen. Dabei ist die Frage aufgetaucht, ob RechtsanwältInnen für Tätigkeiten der Immobilienmakler, der Immobilienverwalter und der Bauträger eine Gewerbeberechtigung benötigen oder der Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 1 Z 10 GewO 1994 greift und die genannten Tätigkeiten ohne zusätzliche Gewerbeberechtigung ausgeübt werden dürfen.

§ 2 Abs. 1 Z 10 GewO 1994 normiert, dass die Gewerbeordnung unter anderem auf die zur Berufsausübung zählenden und in deren Rahmen vorgenommenen Tätigkeiten der Rechtsanwälte nicht anzuwenden ist. Ausschlaggebend ist daher, welche Tätigkeiten zur Berufsausübung der RechtsanwältInnen zählen und wie die Wendung „in deren Rahmen vorgenommenen Tätigkeiten“ auszulegen ist.

Zu welchen Tätigkeiten eine Rechtsanwältin bzw. ein Rechtsanwalt befugt ist, ergibt sich insbesondere aus § 8 RAO, wonach deren Vertretungsrecht die Befugnis zur berufsmäßigen Parteienvertretung in allen gerichtlichen und außergerichtlichen, in allen öffentlichen und privaten Angelegenheiten umfasst. Judikatur und Literatur gehen soweit ersichtlich davon aus, dass auch Tätigkeiten des Immobilienverwalters – weil sie eine Parteienvertretung zum Inhalt haben – zu den Tätigkeiten von RechtsanwältInnen gehören. (Vgl. etwa OGH 18.3.1953, 3 Ob 131/53: „Denn Vermögensverwaltungen und Hausverwaltungen fallen, weil sie eine Parteienvertretung zum Inhalt haben, in den Rahmen des § 8 RAO.“; VwGH 23.4.1979, 0377/78. „Die Frage, ob eine Tätigkeit "als Rechtsanwalt" vorliegt, ist nach den berufsrechtlichen Vorschriften zu beurteilen. Da die Verwaltung fremden Vermögens (einschließlich der Gebäudeverwaltung) gemäß § 8 RAO zur Tätigkeit eines Rechtsanwaltes gehört [...]“; sowie OBDK, Bkd 99/86, wonach es ständige Rechtsprechung der Obersten Berufungs- und Disziplinarkommission sei, dass nicht nur die Beratung und Vertretung von Parteien vor Gericht und anderen Behörden zur Tätigkeit des Rechtsanwaltes gehört, sondern auch die Verwaltung fremden Vermögens. So auch Markl, Der Rechtsanwalt als Immobilienverwalter im Spannungsfeld des anwaltlichen Standesrechts, 329, in Etzersdorfer/Vonkilch (Hrsg), Festschrift Würth: „Aus berufsrechtlicher Sicht ergibt sich auf Grundlage des § 8 RAO, dass der Rechtsanwalt zur umfassenden berufsmäßigen Parteienvertretung berechtigt und befugt ist. Dies gilt auch für eine Tätigkeit als Immobilienverwalter.“)

Dass sich die Tätigkeit von Immobilienverwaltern nach der Gewerbeordnung nicht ausschließlich auf die Parteienvertretung beschränkt, sondern auch andere Dienstleistungen zum Inhalt hat (siehe dazu das Berufsbild der Immobilienverwalter, das z.B. unter der Brancheninformation der Immobilien- und Vermögenstreuhänder abrufbar ist; Stand: 1.7.2019), wird – soweit

ersichtlich – nicht thematisiert bzw. dürfte dies der Anwendung der offenbar weit auszulegenden Ausnahmebestimmung gemäß § 2 Abs. 1 Z 10 GewO 1994 nicht entgegenstehen. Insbesondere vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob auch Tätigkeiten der Immobilienmakler gemäß § 117 Abs. 2 GewO 1994 und Bauträger gemäß § 117 Abs. 4 GewO 1994 als vom Berufsbild der RechtsanwältInnen umfasst angesehen werden. Soweit ersichtlich gibt es zu hierzu keine eindeutige Aussage in Judikatur und Literatur. In der Praxis wurde die Erfahrung gemacht, dass etwa die Entscheidung des OGH vom 14.2.2018, 26 Ds3/17s, von der Rechtsanwaltschaft teils dahingehend ausgelegt wird, dass RechtsanwältInnen ohne zusätzlich Gewerbeberechtigung als Immobilienmakler tätig werden dürfen.

Wie eingangs angeführt, ist für die Beurteilung der Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 1 Z 10 GewO 1994 – neben der Frage, welche Tätigkeiten zur Berufsausübung der RechtsanwältInnen zählen – weiters relevant, wie die Wendung „im Rahmen der Berufsausübung vorgenommenen Tätigkeiten“ auszulegen ist. Denkbar wäre etwa ein Verständnis dahingehend, dass eine Rechtsanwältin bzw. ein Rechtsanwalt im Rahmen eines bereits bestehenden Mandats zusätzlich zu den klassischen rechtsanwaltlichen Tätigkeiten die Tätigkeiten eines Immobilienverwalters (bzw. allenfalls Immobilienmaklers oder Bauträgers) ausüben darf. Bei einer Auslegung der Bestimmung in diese Richtung wäre folglich ein isolierter Auftrag, als Immobilienverwalter (bzw. allenfalls Immobilienmakler oder Bauträger) tätig zu werden, nicht zulässig.

Aus dem Bericht des Handelsausschusses über die Regierungsvorlage der Gewerbeordnung 1972, 941 BlgNR, XIII. GP, (siehe dazu z.B. Gruber/Pallege-Barfuß, GewO7 § 2 Rz 48; Markl, Der Rechtsanwalt als Immobilienverwalter im Spannungsfeld des anwaltlichen Standesrechts, 321, in Etzersdorfer/Vonkilch (Hrsg), Festschrift Würth) dürfte sich allerdings eine andere Auslegung ergeben. Demnach sind zufolge des Ausnahmetatbestands des § 2 Abs. 1 Z 10 GewO 1994 zur Berufsausübung der Rechtsanwälte zählende Tätigkeiten wie etwa die Vermögensverwaltung von den Bestimmungen der Gewerbeordnung ausgenommen, wenn sie „im Rahmen der Berufsausübung des Rechtsanwaltes“ (d.h. von einer in die Liste der Rechtsanwälte eingetragenen Person) vorgenommen werden. Der Klammerausdruck bringt somit Klarheit betreffend die Auslegung der relevanten Wendung.

Zusammengefasst dürfte der Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 1 Z 10 GewO 1994 somit dahingehend auszulegen sein, dass (in die Liste der RechtsanwältInnen eingetragene) RechtsanwältInnen grundsätzlich als Immobilienverwalter tätig werden dürfen, ohne eine Gewerbeberechtigung zu benötigen. Ob die Ausübung einer uneingeschränkten Tätigkeit als Immobilienverwalter auch mit den Standesregeln der RechtsanwältInnen im Einklang steht, ist eine getrennt zu beurteilende Frage, die aus gewerberechtlicher Sicht nicht relevant ist.

Das Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort wird um Mitteilung ersucht, ob diese Auslegung aus seiner Sicht zutrifft. Weiters wird um Mitteilung gebeten, ob eine herrschende Ansicht zu der Frage bekannt ist, ob auch Tätigkeiten des Immobilienmaklers und Bauträgers vom Berufsbild der RechtsanwältInnen erfasst sind.

Nicht zu verwechseln mit der Frage, ob RechtsanwältInnen für die Tätigkeit als Immobilientreuhänder eine Gewerbeberechtigung benötigen, ist nach Ansicht des Amtes der Wiener Landesregierung folgende Konstellation:

Eine Rechtsanwältin bzw. ein Rechtsanwalt möchte – sofern standesrechtlich vereinbar – als gewerberechtliche Geschäftsführerin bzw. gewerberechtllicher Geschäftsführer einer juristischen Person oder eingetragenen Personengesellschaft, die über eine Berechtigung für das Gewerbe der Immobilientreuhänder verfügt, tätig werden.

Bei der GeschäftsführerInbestellung ist von der Gewerbebehörde unter anderem das Vorliegen der Befähigung zu prüfen. Durch welche Belege die fachliche Qualifikation für die Tätigkeiten der Immobilienverwalter, Immobilienmakler und Bauträger erfüllt ist, ist in der Immobilientreuhänder-Verordnung, BGBl. II Nr. 58/2003, die mehrere alternative Zugangswege vorsieht, geregelt. Nach Ansicht des Amtes der Wiener Landesregierung ist die Immobilientreuhänder-Verordnung auch für RechtsanwältInnen maßgebend und kann die bloße Berufung auf die Tätigkeit als Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwalt die in der Zugangsverordnung vorgesehenen Qualifikationsanfordernisse nicht ersetzen. Kann die formelle Befähigung nicht nachgewiesen werden, kommt das Verfahren zur Feststellung der individuellen Befähigung in Betracht. Da in der Regel § 1 Abs. 1 Z 2 bzw. § 2 Abs. 1 Z 2 (= Abschluss der Studienrichtung Rechtswissenschaften, mindestens einjährige fachliche Tätigkeit, Befähigungsprüfung gemäß jeweils lit a) sublit. aa) und lit b)) als Vergleichsmaßstab heranzuziehen sein wird, wäre insbesondere auch eine im Sinne der Zugangsverordnung fachlich einschlägige Tätigkeit nachzuweisen. Ein allgemeiner Hinweis auf die Berufsausübung als Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwalt kann – abhängig von der Beantwortung der vorangegangenen Frage dieses Beitrages – allenfalls eine theoretische Berechtigung zur Ausübung von Tätigkeiten der Immobilientreuhänder, aber keine tatsächlich ausgeübte facheinschlägige Tätigkeit belegen, und wird somit auch im Verfahren gemäß § 19 GewO 1994 nicht als ausreichendes Beweismittel erachtet.

Es wird um Mitteilung ersucht, ob diese Rechtsansicht geteilt wird.

zu TOP 19:

Die zur Berufsausübung zählenden und in deren Rahmen vorgenommenen Tätigkeiten der Rechtsanwälte unterliegen nicht der Gewerbeordnung, sondern der Rechtsanwaltsordnung (§ 2 Abs. 2 Z 10 GewO 1994). Entscheidend ist also, ob eine Tätigkeit, obwohl sie für sich betrachtet unter die Gewerbeordnung fiele, nach der Rechtsanwaltsordnung auch zur Berufsausübung eines Rechtsanwalts zählt und auch in diesem Rahmen vorgenommen wird.

Nach § 8 Abs. 1 der Rechtsanwaltsordnung (RAO) wird von der Rechtsanwaltsbefugnis jegliche berufsmäßige Parteienvertretung (sowohl gerichtliche als auch außergerichtliche) in allen öffentlichen und privaten Angelegenheiten erfasst.

Vermögensverwaltungen und Hausverwaltungen haben, wie der OGH in 3 Ob 131/53 ausgeführt hat, eine Parteienvertretung zum Inhalt, sodass eine Tätigkeit „als Rechtsanwalt“ iSd § 8 RAO vorliegt, weshalb für diese Tätigkeit keine zusätzliche Berechtigung erforderlich ist (zur Immobilienverwaltung durch Rechtsanwälte VwGH 23.4.1979, Zl. 377/78).

Ähnlich wird das wohl auch im Zusammenhang mit Maklertätigkeiten zu beurteilen sein: Rechtsanwälte dürfen auf Grund ihrer Rechtsanwaltsbefugnis auch Maklertätigkeiten ausüben, wenn dies im Rahmen ihrer Parteienvertretung in privaten Angelegenheiten geschieht.

Auch die Tätigkeit eines Rechtsanwaltes im Bauträgerbereich beinhaltet Parteienvertretungselemente, da der Rechtsanwalt z.B. vom künftigen Nutzer Anzahlungen oder sonstige Leistungen für die Realisierung des Bauvorhabens entgegennimmt. Allerdings ist beim Tätigwerden eines Rechtsanwalts in diesem Bereich, insbesondere betreffend die organisatorische und kommerzielle Abwicklung von Bauvorhaben (Neubauten, durchgreifende Sanierungen) auf eigene oder fremde Rechnung, die Qualifizierung als berufsmäßige Parteienvertretung je nach konkretem Sachverhalt im Einzelfall zu beurteilen.

In welchen Fällen es den Rechtsanwälten auf Grund des § 8 RAO - völlig unabhängig von der GewO 1994 - erlaubt ist, im Rahmen ihrer Befugnis zur berufsmäßigen Parteienvertretung Tätigkeiten auszuüben, die an sich zum Gewerbe der Immobilientreuhänder gehören, kann abschließend jedenfalls nur von dem für die Vollziehung der RAO zuständigen Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz beurteilt werden.

Zu der Frage des Nachweises der Befähigung (etwa im Fall der Übernahme der Funktion eines gewerberechtl. Geschäftsführers) ist zu sagen, dass Personen, die bereits eine Berufsbechtigung zur Ausübung eines nicht unter die Gewerbeordnung fallenden reglementierten Berufes besitzen, hinsichtlich der Erbringung des Befähigungsnachweises keinen anderen Regelungen unterliegen als Personen, auf die dies nicht zutrifft. Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen haben daher die entsprechenden Zeugnisse etwa nach der Immobilientreuhänder-Verordnung vorzulegen oder im Wege des § 19 GewO 1994 Beweismittel beibringen, mit denen die

für die jeweilige Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen nachgewiesen werden.

20. (Kärnten) Erörterung der Thematik „Erweiterung eines eingeschränkten reglementierten Gewerbes“ am Beispiel „Tischler, eingeschränkt auf Montage“ auf das uneingeschränkte Gewerbe

Jemand erlangt die Feststellung der individuellen Befähigung für das Gewerbe „Tischler, eingeschränkt auf Montage“. Nach sechs Jahren Tätigkeit beantragt der Gewerbeinhaber die Erweiterung des Gewerbewortlautes auf „Tischler“. Eine derartige Erweiterung des Gewerbewortlauts würde bedeuten, dass der Gewerbeinhaber gemäß § 30 GewO 1994 auch sämtliche fachübergreifende Leistungen (Modellbauer, Bootbauer, Binder, Drechsler und Bildhauer) erbringen kann.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, welche Tätigkeiten, die der Gewerbeinhaber eines eingeschränkten Gewerbes über den Zeitraum von sechs Jahren ausgeübt hat, im Zuge des Verfahrens zur Feststellung der individuellen Befähigung für das uneingeschränkte Tischlergewerbe heranzuziehen wären.

Denkbar wäre eine neben der Gewerbeausübung als „Tischler, eingeschränkt auf Montage“ ausgeübte unselbstständige Tätigkeit in leitender Stellung bei einem Gewerbetreibenden, der die uneingeschränkte Berechtigung hat. Tätigkeiten aufgrund der Nebenrechte gemäß § 32 Abs. 1 lit. a GewO 1994 können dafür nicht herangezogen werden, da sich diese auf „andere“ reglementierte Gewerbe beziehen und der Gewerbeinhaber im „selben“ Gewerbe tätig wäre.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob allenfalls im Inland unbefugt ausgeübte Tätigkeiten im Zuge der neuerlichen Feststellung der individuellen Befähigung zu berücksichtigen wären. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat laut Schreiben vom 24.07.2006, Zahl: 30.599/0232-I/7/2006 zu 2. festgehalten, dass dies nicht von vornherein abgelehnt werden kann. Wird die Feststellung der individuellen Befähigung für die uneingeschränkte Ausübung eines reglementierten Gewerbes beantragt, wird der Nachweis einer fachlichen Tätigkeit allein wohl in der Regel nicht ausreichen, da der Nachweis der für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen in der Regel ohne weitere Qualifikation in der Regel nicht gelingen wird.

Um Diskussion wird gebeten.

zu TOP 20:

Der Rechtsansicht wird zugestimmt, dass für eine solche Erweiterung des Gewerbeortlautes noch weitere Tätigkeiten oder Qualifikationen im Sinne der Zugangsverordnung nach § 18 GewO 1994 nachgewiesen werden müssen. Wenn der Antragsteller den Befähigungsnachweis nach § 18 GewO 1994 nicht erbringen kann, hat die Beurteilung, ob die für die Gewerbeausübung erforderlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen gemäß § 19 GewO 1994 durch die beigebrachten Nachweise belegt werden, am Maßstab der Zugangsverordnungen zu erfolgen (siehe VwGH 06.04.2005, ZI. 2004/04/0047).

Im vorliegenden Fall wird nach Ansicht des BMDWs die Feststellung der individuellen Befähigung nach § 19 GewO 1994 möglich sein, wenn der Antragsteller eine leitende Tätigkeit mit überwiegend fachspezifischen Aufgaben bei einem Gewerbetreibenden mit uneingeschränkter Gewerbeberechtigung nachweisen kann. Auf das Erfordernis der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens (bzw. auf nachgewiesene kaufmännische Fähigkeiten) im Sinne des § 18 Abs. 3 GewO 1994 wird im Rahmen des Verfahrens nach § 19 GewO 1994 aufgrund der jahrelangen Tätigkeit im eigenen eingeschränkten Gewerbe verzichtet werden können. Dies gilt jedoch nur, sofern nicht sowieso die formelle Befähigung nach § 1 Z 5 oder Z 9 der Tischler-Zugangsverordnung seitens des Antragstellers nachgewiesen wird.

Das BMDW vertritt weiterhin die Ansicht, dass bei dieser Beurteilung die Berücksichtigung von im Inland unbefugt ausgeübten fachlichen Tätigkeiten nicht von vornherein abgelehnt werden kann. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Nachweis einer solchen ununterbrochenen bzw. mehrjährigen Tätigkeit nur schwer gelingen wird.

21. (Oberösterreich) Handel mit pyrotechnischen Artikeln als Nebenrecht

Laut einer Ansicht einer WK-Bezirksstelle sei es zulässig, dass der Inhaber einer Gewerbeberechtigung für das Handelsgewerbe (Jahresumsatz ca. 4 Millionen Euro) auch den Handel mit pyrotechnischen Artikeln (§ 94 Z 18 GewO 1994) mit einem zu erwartenden Jahresumsatz von ca. 10.000 Euro im Rahmen des § 32 Abs. 1a GewO 1994 ausübt. Voraussetzung sei lediglich, dass er sich dabei entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte bedient.

Nach § 32 Abs. 1a GewO 1994 steht Gewerbetreibenden auch das Erbringen von Leistungen anderer Gewerbe zu, wenn diese Leistungen die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Ergänzende Leistungen reglementierter Gewerbe dürfen erbracht werden, wenn sie im Fall von Zielschuldverhältnissen bis zur Abnahme durch 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.

Der Einkauf von pyrotechnischen Artikeln wäre danach zulässig, wenn der Kunde im Einzelfall andere Waren im entsprechenden Umfang (85% des gesamten Einkaufspreises) kaufen würde. Es stellt sich allerdings die Frage, ob eine Anwendung dieser Bestimmung in Handelsgeschäften mit Selbstbedienung möglich ist, zumal die 15%-Grenze pro Einkaufsvorgang zunächst durch den Kunden beurteilt werden müsste.

Zudem stellt sich generell die Frage, ob die zitierte Bestimmung auf Kaufverträge überhaupt anwendbar ist, weil diese weder als Zielschuldverhältnisse noch als Dauerschuldverhältnisse anzusehen sind.

Um Diskussion wird ersucht.

zu TOP 21:

Grundsätzlich ist beim Nebenrecht gemäß § 32 Abs. 1a GewO 1994 darauf zu achten, dass es sich um Leistungen handelt, welche die eigenen Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen und welche - soweit Leistungen aus reglementierten Gewerben herkommen - auch nur bis zu 15% der gesamten Leistung ausmachen dürfen.

Es ist daher nicht zulässig, den Gesamtjahresumsatz aus dem freien Handelsgewerbe in Bezug zum Gesamtjahresumsatz aus einem reglementierten Handelsbereich zu setzen und allein auf dieser Grundlage zum Ergebnis zu kommen, dass die Voraussetzungen für dieses Nebenrecht erfüllt sind.

Aus Sicht des BMDW sind auch Kaufverträge unter die Kategorien der Dauer- und Zielschuldverhältnisse einzuordnen, wobei überdies ein Kaufvertrag geradezu eines der klassischen Beispiele für ein Zielschuldverhältnis ist.

Sofern daher die Anwendbarkeit dieses Nebenrechts auf Käufe in Handelsgewerben überhaupt in Betracht kommt, so darf die Leistung des Handelsgewerbetreibenden, der nur über eine freie Handelsgewerbeberechtigung verfügt, höchstens zu 15% pro Kaufvertrag gehandelte Gegenstände umfassen, zu deren Handel eine Berechtigung aus dem reglementierten Bereich benötigt wird.

Im Übrigen wird aber auch zu berücksichtigen sein, dass es auf den Zusammenhang wirtschaftlich sinnvoller Ergänzung ankommt. Es spielt daher keine Rolle, ob es für den Gewerbetrieb wirtschaftlich sinnvoll ergänzend ist, auch Waren anzubieten, für deren Handel er nicht über die entsprechende Gewerbeberechtigung verfügt. Es kommt hier nur auf die Sicht der wirtschaftlichen sinnvollen Ergänzung für den Kunden an.

Der Tatbestand der wirtschaftlich sinnvollen Ergänzung aus Kundensicht muss objektiv beurteilt werden, wobei ausschlaggebend ist, dass sie in spezifischem Ergänzungszusammenhang mit der dem Kunden in der Hauptsache konkret erbrachten Leistung (zu welcher der Gewerbetreibende auch befugt ist) beurteilt wird. Allein das Motiv, dass ein Kunde sich anlässlich einer Geschäftsbeziehung zu einem Gewerbetreibenden den Transaktionsaufwand, einen weiteren Gewerbetreibenden in Anspruch zu nehmen, sparen möchte, liefert für sich genommen noch keine ausreichende Grundlage für ein spezifisch sinnvolles Ergänzungsverhältnis zu einer konkret befugt erbrachten Leistung, da die Ersparnis eines solchen Transaktionsaufwands allein ein so allgemeines Motiv ist, dass damit schlichtweg zu jeder Leistung jede zusätzlich erbrachte Leistung begründet werden könnte. Ein solche Sichtweise würde die Voraussetzung des wirtschaftlich sinnvollen Ergänzungszusammenhanges mit der eigenen Leistung völlig jeden Inhalts berauben und ist daher nicht mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar.

Es ist nicht erkennbar, welcher über das bloße allgemeine Motiv, sich den Aufwand für einen weiteren Geschäftsfall ersparen zu wollen, hinausgehende objektive spezifische wirtschaftlich sinnvolle Ergänzungszusammenhang bei einem Kunden vorliegen könnte, der bei einem Handelsgewerbetreibenden seine Einkäufe erledigt und anlässlich dieser Einkäufe feststellt, dass er bei besonderen Gelegenheiten eben auch gleich pyrotechnische Artikel mitnehmen will, anstelle einen gefugten Gewerbetreibenden aufzusuchen.

Das Anbieten von pyrotechnischen Artikeln durch einen Gewerbetreibenden, der lediglich über das freie Handelsgewerbe verfügt, ist daher vom Nebenrecht gemäß § 32 Abs. 1a GewO 1994 nicht gedeckt.

22. (Tirol) Berechtigungsumfang des freien Gastgewerbes gemäß § 111 Abs. 2 Z 3 GewO 1994

In letzter Zeit häuften sich die Anfragen bezüglich des Berechtigungsumfanges der freien Gastgewerbe gemäß § 111 Abs. 2 Ziffer 3 Gewerbeordnung 1994. Maßgeblich für den Berechtigungsumfang dieses freien Gastgewerbes ist die Bestimmung im § 111 Abs. 2 Ziffer 3 Gewerbeordnung 1994: „Die Verabreichung von Speisen in einfacher Art und den 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“.

Diese Bestimmung wurde im Zuge der Gewerberechtsnovelle 2002 novelliert. Aus dem neuen Wortlaut und den Erläuterungen des Gesetzgebers zur Gewerberechtsnovelle 2002 ist ableitbar, dass die neue Regelung eine Vereinfachung und Liberalisierung gegenüber der bisherigen Regelung bringen sollte. In den Erläuterungen ist dazu folgendes zu finden: „Bei den Imbistuben wurde die bisher überaus kasuistische Aufzählung einzelner Speisen und Getränke durch eine einfache Formulierung ersetzt, die der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit weiten Spielraum lässt“. Damit wird hinsichtlich der Art der Speisen keine Einschränkung mehr getroffen, sondern nur noch auf die „Verabreichung in einfacher Art“ abgestellt. Eine Beschränkung besteht daher lediglich im Umfang der Bestimmung des § 111 Abs. 2 Ziffer 3 Gewerbeordnung 1994, dass die Speisen nur in einfacher Art verabreicht werden dürfen und hierbei nicht mehr als acht Verabreichungsplätze bereitgestellt werden dürfen. Bei den nichtalkoholischen Getränken besteht grundsätzlich keine Einschränkung, es dürfen daher sowohl kalte als auch warme nichtalkoholische Getränke ausgeschenkt werden und der Ausschank darf auch offen erfolgen. Bei alkoholischen Getränken bleibt die bisherige Einschränkung auf Bier in handelsüblich verschlossenen Gefäßen (z.B.: Flaschenbier oder Dosenbier).

Im Folgenden werden die in der Praxis angefragten Fälle dargestellt und rechtlich wie folgt beurteilt:

a. Ausschank von offenen kalten und warmen Getränken:

Nichtalkoholische kalte oder warme Getränke dürfen offen ausgeschenkt werden, d.h. es darf z.B.: auch Kaffee in Tassen ausgeschenkt werden. Der Passus „in handelsüblich verschlossenen Gefäßen“ bezieht sich lediglich auf das Bier und nicht auf die nichtalkoholischen Getränke. Dies ergibt sich aus der alten Regelung dieser Bestimmung die lautete „Ausschank von Mischgetränken, anderen nichtalkoholischen kalten Getränken und Flaschenbier“. Vor der Gewerberechtsnovelle 2002 gab es somit auch nur für das Bier Gebindevorschriften. Im Zuge der Novellierung wurde festgestellt, dass der Wortlaut „Flaschenbier“ zu eng gefasst ist, da Bier auch in anderen Gefäßen wie z.B.: Dosen verschlossen sein kann. Der Gesetzgeber hat daher einen weiteren

Begriff gewählt „Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen“. Aus den bereits oben zitierten erläuternden Bemerkungen zur Neuregelung der Ziffer 3 im § 111 Abs. 2 sollte jedenfalls eine Vereinfachung und Liberalisierung erzielt werden. Damit ist klar, dass eine Einschränkung nur bei alkoholischen Getränken im gegenständlichen Fall beim Bier gegeben ist, dass dieses nur in handelsüblich verschlossenen Gefäßen ausgegeben werden dürfen.

b. Pressen von Säften, Smoothies:

Nach ha. Rechtsmeinung stellen gepresste Säfte oder Smoothies auch Getränke dar. Daher ist ihre Herstellung wie unter lit. a zu sehen und sind nichtalkoholische Säfte oder Smoothies daher zulässig.

c. Verabreichung von Speiseeis:

Grundsätzlich sind Gastgewerbetreibende zur Erzeugung von Speisen jeder Art und damit auch von Speiseeis, zum Zwecke der Verabreichung berechtigt. Vom Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort wurde die Rechtsmeinung vertreten, dass auch die freien Gastgewerbe als „Gastgewerbe im Sinne der Gewerbeordnung gelten“. Unter Berücksichtigung der Einschränkung in der Ziffer 3 wird daher auch die Erzeugung und Verabreichung von Speiseeis im Rahmen des freien Gastgewerbes zulässig sein. Die Verabreichung muss jedoch in „einfacher Art“ erfolgen, dies wird z.B.: in Tüten oder Bechern zutreffen.

d. Herstellung und Verabreichung von Obstsalat:

Die Herstellung und Verabreichung von Obstsalat fällt unter die Verabreichung von Speisen und ist daher grundsätzlich zulässig wenn die Verabreichung in einfacher Art erfolgt.

Um Diskussion und Mitteilung der geschätzten Rechtsmeinung des Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort wird gebeten.

zu TOP 22:

Die Ausführungen des Landes Tirol zum Umfang des Gastgewerbes in der Betriebsart gemäß § 111 Abs. 2 Z 3 GewO 1994 sowie die rechtlichen Beurteilungen der genannten Fallkonstellationen treffen zu und werden vom BMDW uneingeschränkt geteilt.

23. (Steiermark) Bistrobusse

In der Praxis kommt es immer häufiger vor, dass in sog. Bistrobussen (vgl. [GEGG reisen](#)) nicht nur im Rahmen und Umfang des § 111 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 Getränke ausgeschenkt und verkauft, sondern auch warme und kalte Speisen verabreicht werden. Da es sich hierbei um eine Überschreitung des Berechtigungsumfanges des freien Gastgewerbes gem. § 111 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 handelt, stellt sich die Frage, ob Verabreichungstätigkeiten allenfalls im Rahmen des sonstigen Rechts gemäß § 32 Abs. 1a GewO 1994 denkbar erscheinen. Falls ja, wie beim Vollzug in der Praxis vorzugehen ist.

zu TOP 23:

Die Rechtsansicht des Landes Steiermark, dass die in der Anfrage beschriebenen Tätigkeiten außerhalb des Umfangs des Gastgewerbes in der Betriebsart gemäß § 111 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 liegen, wird geteilt. Die erheblichen Differenzen zwischen den wirtschaftlichen Schwerpunkten und der betrieblichen Eigenart der beschriebenen Tätigkeiten und dem Gastgewerbe in der Betriebsart gemäß § 111 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 lassen auch nicht erkennen, dass eine Überbrückung durch die Inanspruchnahme von Nebenrechten erfolgen könnte.

24. (Oberösterreich) Gastgewerbliche Tätigkeiten bei Badeseen

Sogenannte „Food Trucks“ (Imbisswagen) werden während der Badesaison vermehrt an Seen aufgestellt, um Speisen und Getränke anzubieten.

Nach § 50 Abs. 1 Z 11 GewO 1994 dürfen Gewerbetreibende vorübergehend aus Anlass einzelner besonderer Gelegenheiten (Volksfeste, Wohltätigkeitsveranstaltungen, Ausstellungen, Märkte, Sportveranstaltungen, größere Baustellen u. dgl.) außerhalb der Betriebsräume und allfälligen sonstigen Betriebsflächen des Standortes ihres Gastgewerbes Speisen verabreichen und Getränke ausschenken.

Es stellt sich die Frage, wie die Sachverhaltselemente „vorübergehend“ und „einzelne besondere Gelegenheit“ mit dem in der Klammer angeführten Beispiel „größere Baustelle“ in Verbindung gebracht werden kann. Nach Grabler/Stolzlechner/Wendl ist die Wortfolge „besondere(r) Gelegenheiten“ weit auszulegen. Darunter ist jeder besondere, zu einer Ansammlung von Menschen führende Anlass zu verstehen (Grabler/Stolzlechner/Wendl (Hrsg), Gewerbeordnung: Großkommentar³ (2011) § 50 Rz 31).

Unter diesem Verständnis wäre auch der bei einem Badeplatz befindliche Parkplatz, der bei gutem Wetter und geeigneten Wassertemperaturen an Wochenenden stark frequentiert wird, als geeignete Gelegenheit zu erachten.

Um Diskussion wird ersucht.

zu TOP 24:

Unter der Wortfolge „vorübergehend aus Anlass einzelner besonderer Gelegenheiten“ versteht man besondere, zu einer Ansammlung von Menschen führenden Situationen (Grabler/Stolzlechner/Wendl, Gewerbeordnung³, Rz 31 zu § 50), die befristet auftreten (Ennöckl/Raschauer/Wessely, GewO (2015), Rz 35 zu § 50) und einen Anlass für eine solch vorübergehende Gewerbeausübung darstellen. Das Recht darf nur auf die Dauer der jeweils konkreten einzelnen befristeten Gelegenheit ausgeübt werden.

Ein Badesee und in Folge dessen der von Menschen besuchte Parkplatz ist - im Gegensatz zu den in § 50 Abs. 1 Z 11 GewO 1994 in der Klammer genannten Beispielen - kein einzelner, d.h. befristet auftretender, Anlass, der zu einer Ansammlung von Menschen führt. Da ein solcher Parkplatz auch zumeist dauerhaft eingerichtet ist, kann dieser auch nicht als besondere Gelegenheit für eine vorübergehende Gewerbeausübung gesehen werden. Daher kann aus Sicht des BMDW dieses Recht von Gastgewerbetreibenden nicht aus dem bloßen Grund der Existenz eines Parkplatzes an einem Badesee in Anspruch genommen werden.

III. Gewerbliches Betriebsanlagenrecht

25. (Wien) Praktische Umsetzung und Auswirkung der Aerosolpackungslagerungsverordnung – APLV und Ausnahmen von Anpassungsverpflichtungen

Mit 1.1.2019 ist die Aerosolpackungslagerungsverordnung – APLV, BGBl. II Nr. 347/2019 vom 19.12.2018, in Kraft getreten. Sie löst die bis dahin geltende Druckgaspackungslagerungsverordnung 2002 – DGPLV 2002 ab und es müssen gemäß § 10 der APLV bereits genehmigte gewerbliche Betriebsanlagen dieser Verordnung bis spätestens 31.12.2020 entsprechen.

Da mit dieser Verordnung andere Anforderungen an die Lagerung von Aerosolpackungen bestehen und demgegenüber großteils auch größere Mengen von solchen Packungen in gewerblichen Betriebsanlagen gelagert und bereitgehalten werden dürfen, gleichzeitig aber auch eine Anpassungsverpflichtung für genehmigte Betriebsanlagen besteht, geht die Wiener Gewerbeanlagenbehörde davon aus, dass mit dieser generellen Norm auch in bestehende Bescheide und individuelle Auflagen eingegriffen wird. Es ist für die Ausnutzung der neuen Lagerungsvoraussetzungen und –mengen damit aber auch nicht erforderlich, bestehende, eventuell widersprechende Auflagen und Betriebsbeschreibungen aus geltenden Bescheiden formell gemäß § 79c GewO 1994 aufzuheben oder abzuändern.

Zusätzlich ist ein sehr großer Handelskonzern mit umfassendem Filialnetz in ganz Österreich mit dem Ansinnen an die Stadt Wien herangetreten, seine Betriebsanlagen in einem Punkt nicht an eine konkrete Bestimmung der neuen Verordnung anpassen zu müssen, sondern durch die unbeanstandete, bestehende technische Lösung der DGPLV 2002 für einen gleichartigen Schutz zu sorgen.

Konkret plant die Betriebsanlageninhaberin zumindest in allen 116 Filialen in Wien statt der Erfüllung der Verpflichtung zur Abstandseinhaltung von zwei Metern von sämtlichen angeführten brandgefährlichen oder brandfördernden losen Materialien gemäß § 4 Abs. 2 APLV weiterhin die bestehende, taugliche technische Einrichtung eines Lagerregals in besonderer brandschutztechnischen Qualität beizubehalten.

Wien hat diesen Antrag gemäß § 82 Abs. 3 GewO 1994 technisch geprüft und würde zum Ergebnis kommen, dass ein gleichwertiger, ausreichender Schutz besteht und die Abweichung daher nach dieser Bestimmung zugelassen werden könnte.

Da die APLV aber auch auf Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes (ASchG) gestützt ist, stellte sich die Frage, ob eine solche Ausnahme gemäß § 82 Abs. 3 GewO 1994 ausreichend ist, oder dies auch noch zusätzlich auf die Bestimmung des § 95 Abs. 3 ASchG gestützt werden müsste.

Es wird um Bekanntgabe ersucht, ob die dargestellten Rechtsansichten als zutreffend eingeschätzt werden und somit eine formelle Beseitigung individueller Auflagen nicht erforderlich ist und die dargestellten Abweichungen einem Verfahren nach § 82 Abs. 3 GewO 1994 zugänglich sind und eine weitere Bezugnahme auf das ASchG diesbezüglich nicht erforderlich wäre.

zu TOP 25:

Der betriebsanlagenrechtliche Genehmigungskonsens wird durch die generelle Norm der Aerosolpackungslagerungsverordnung - APLV überlagert. Im Hinblick auf die Verordnungsermächtigung des § 82 Abs. 1 GewO 1994 ist davon auszugehen, dass die gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994 wahrzunehmenden Interessen hinreichend geschützt sind und daher kein Platz für die Durchsetzung der Einhaltung allfälliger vorgesehener Auflagen bleibt. Es ist somit nicht erforderlich, bestehende widersprechende Auflagen formell gemäß § 79c abzuändern.

Gemäß § 4 Abs. 2 APLV dürfen Aerosolpackungen nur in einem Abstand von zwei Metern zu Materialien gelagert werden, die ihrer Art und Menge nach geeignet sind, zur schnellen Entstehung von Bränden beizutragen. Der Zwei-Meter-Abstand kann jedoch entfallen, wenn

- diese Materialien mit den Aerosolpackungen zum Zweck der Lagerung oder des Transports eine Einheit bilden,
- diese Materialien Bestandteil ungeöffneter Verpackungen anderer Waren sind, oder
- in Verkaufsräumen diese Materialien verpackt und ungeöffnet gelagert werden.

Insbesondere wird daher bei einer Lagerung von Aerosolpackungen neben losem Papier, losen Textilien, Holzwolle, Heu, Stroh, brennbaren Verpackungsfüllstoffe oder leeren Kartonagen der Zwei-Meter-Abstand einzuhalten sein.

Die Rechtsansicht des Bundeslandes Wien wird geteilt, dass die Möglichkeit der Weiterverwendung von Regalen mit wärmedämmenden Eigenschaften jedenfalls durch die Anwendung des § 82 Abs. 3 GewO 1994 besteht. Da die der Druckgaspackungslagerungsverordnung - DGPLV 2002 entsprechenden Regale mit wärmedämmende Eigenschaften schon damals dafür vorgesehen waren, in Verkaufsräumen aufgrund des gleichwertigen Schutzes den Zwei-Meter-Abstand zu ersetzen (vgl. § 31 DGPLV 2002), können diese Regale auch nach aktueller Rechtslage gemäß § 82 Abs. 3 GewO 1994 zugelassen werden.

Da die APLV auf die §§ 20 Abs. 5, 21, 25, 41 ASchG gestützt ist, muss eine solche abweichende Maßnahme auch auf § 95 Abs. 3 ASchG gestützt werden.

26. (Niederösterreich) § 76a GewO 1994 - Gastgärten

Die NÖ BVB ersuchen um Klarstellung betreffend die Intensität der behördlichen Prüfpflicht gem. § 76a Abs. 1 Z 4 GewO 1994 im Hinblick auf die gem. § 74 Abs. 2 GewO 1994 wahrzunehmenden Interessen, dass § 76a GewO 1994 lediglich auf Gastgewerbebetriebe (und nicht etwa auch auf Betriebsanlagen zur Ausübung des Bäckerberufes) anzuwenden ist.

Die Literatur scheint in diesem Fall nicht eindeutig zu sein. Einerseits wird von einer Einholung von Sachverständigengutachten in Zweifelsfällen ausgegangen, andererseits aber auch von einem Vorbehalt einer vertieften Einzelfallbeurteilung mit Sachverständigengutachten für ein allfälliges Genehmigungsverfahren (vgl. dazu Forster, in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely, GewO, § 76a, Rz 11). Das Landesverwaltungsgericht NÖ wiederum hat in einem solchen Fall – ohne nähere Begründung – ein Sachverständigengutachten zur Beurteilung der wahrzunehmenden Interessen eingeholt (Landesverwaltungsgericht Niederösterreich vom 06.04.2016, LVwG-AV-791/001-2014).

Bereits die Formulierung des § 76a Abs. 1 Z 3 GewO 1994, wonach „...lauteres Sprechen als der übliche Gesprächston der Gäste, Singen und Musizieren vom Gastgewerbebetreibenden untersagt ist...“ legt eine Einschränkung auf Gastgewerbebetriebe nahe.

Um Klarstellung wird ersucht.

Ergänzend wird um Erfahrungsaustausch darüber gebeten, wie von den anderen Gewerbebehörden die auf die Überprüfung der Voraussetzungen des § 76a Abs. 1 bzw. 2 GewO 1994 beschränkte Parteistellung von Nachbarn gehandhabt wird, wie sie der Verwaltungsgerichtshof etwa in VwGH vom 23.11.2016, Ra 2014/04/0005, (Rechtssatz: Die Minderung des Nachbarnschutzes im Anzeigeverfahren gemäß § 76a GewO 1994 erfordert es im Sinne der Rechtsprechung des VfGH (Hinweis E vom 1. März 2012, B 606/11), den Nachbarn ein rechtliches Interesse an der Überprüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für die Genehmigungsfreistellung im Sinne des § 76a GewO 1994 zuzugestehen. Dies umso mehr, als bereits der VfGH im Erkenntnis vom 7. Dezember 2011, G 17/11 ua, hervorgehoben hat, dass Fälle erheblicher Lärmbelästigung durch Gastgärten weder selten seien, noch a priori geringes Gewicht hätten. Vielmehr sei es offenkundig, dass es durch das - einer Prüfung der Auswirkungen von Lärm im Einzelfall entzogene - System der Anzeigepflicht des Gastgewerbebetreibenden nicht nur in Härtefällen, sondern in einer nicht zu vernachlässigenden Anzahl an Fällen, wenn nicht sogar - zumindest in Wohngebieten - im Regelfall, zur Beeinträchtigung der Schutzinteressen der Nachbarn komme. Diese vom VwGH geteilte Einschätzung des VfGH lässt es im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz geboten erscheinen, den Nachbarn im Rahmen des vereinfachten Verfahrens gemäß § 76a GewO 1994 ebenso die auf die Frage des Vorliegens der Voraussetzungen für das Anzeigeverfahren beschränkte Parteistellung einzuräumen wie im Änderungsanzeigeverfahren nach § 81 Abs. 3 GewO 1994.) annimmt.

Um entsprechende Diskussion darf ersucht werden.

zu TOP 26:

Die Regelung gemäß § 76a GewO 1994 bezieht sich auf eine bestimmte Ausstattungs- und Betriebsweise eines Teils einer gewerblichen Betriebsanlage. Nicht von Relevanz ist hingegen, ob bzw. über welche Gewerbeberechtigungen der Inhaber der gewerblichen Betriebsanlage verfügt, entscheidend ist nur die betriebsanlagenrechtliche Typologie einer in Frage stehenden Einrichtung.

§ 76a GewO 1994 stellt über die Bezeichnung der von dieser Bestimmung erfassten Einrichtung als „Gastgarten“ zwar keine darüber hinaus gehende Begriffsdefinition zur Verfügung. Allerdings erscheint der Begriff so allgemein im Sprachgebrauch verankert und mit einer bestimmten Ausstattungs- und Verhaltensweise konnotiert, dass es dafür keiner weiteren ausdrücklichen Begriffsdefinition im Gesetz bedarf, um eine Einrichtung dahingehend qualifizieren können, ob sie ein Gastgarten ist oder nicht. Es handelt sich dabei um eine Fläche unter freiem Himmel, deren Ausstattung die Kunden zum Verweilen einlädt und innerhalb welcher der Gewerbetreibende an die verweilenden Kunden Getränke ausgetrenkt und/oder Speisen verabreicht.

Hinsichtlich der Frage, welche Beweismittel die Behörde anlässlich einer Anzeige gemäß § 76a GewO 1994 zu verwenden hat, wird auf die Ergebnisse der Gewerbereferententagung 2010, TOP 26, hingewiesen: „Aus der Anzeige sollte idR bereits für die Behörde selbständig erkennbar sein, ob die Kriterien erfüllt sind. Eine Prüfung mittels Ortsaugenschein unter Beiziehung vom Amtssachverständigen ist nur im Erfordernisfall vorzunehmen.“ Daran hat sich auch durch die vom Erkenntnis des VfGH vom 7.12.2011, G 17/11 (VfSlg. 19.584) bewirkte Textmodifikation im Kriterium gemäß § 76a Abs. 1 Z 4 GewO 1994 nichts geändert. Die Behörde hat sich daher weiterhin bei der Entscheidung, welche Beweismittel im jeweiligen Einzelverfahren einzuholen sind, von der Erforderlichkeit leiten zu lassen.

Was die Parteistellung von Nachbarn in einem Verfahren zur Beurteilung einer Anzeige gemäß § 76a Abs. 3 GewO 1994 betrifft, so ist zunächst darauf hinzuweisen, dass ein solches Verfahren nur im Fall des § 76a Abs. 4 GewO 1994 mit einem Bescheid enden kann. Der Verwaltungsgerichtshof hat im in der Anfrage zitierten Erkenntnis vom 23.11.2016, Ra 2014/04/0005, auch ausdrücklich festgehalten: „§ 76a GewO 1994 schreibt nur für den Fall der Untersagung des angezeigten Gastgartens eine Bescheiderlassung vor. Sieht die Behörde die Voraussetzungen für die Genehmigungsfreistellung als gegeben an, erschöpft sich das Verfahren in der Erstattung der Anzeige durch den Betreiber; ein Kenntnisnahmebescheid, dessen Zustellung die Revisionswerberin hätte beantragen können, ist nicht vorgesehen.“

Zum Erkenntnis ist überdies anzumerken, dass dem Revisionsverfahren ein subsidiärer Feststellungsantrag zu Grunde gelegen ist, nicht aber ein Verfahren zur Erledigung einer Anzeige gemäß

§ 76a Abs. 3 GewO 1994. Der VwGH hatte daher zu prüfen, ob der begehrte Feststellungsbescheid den Anforderungen an subsidiäre Feststellungsbegehren entspricht, nämlich ob der Bescheid für die antragstellende Partei ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung darstellt.

Der VwGH hat dazu die spezifische rechtliche Gestaltung des § 76a GewO 1994 in Verbindung mit dem Umstand, dass die Revisionswerberin fallbezogen dem Prüfverfahren nicht beigezogen wurde, erwogen. Und lediglich vor diesem Hintergrund hat der Verwaltungsgerichtshof Parallelen zwischen § 76a GewO 1994 und der betreffend Verfahren gemäß § 81 Abs. 3 GewO 1994 höchstgerichtlich judizierten Parteistellung gezogen und ist insgesamt zum Ergebnis gekommen, dass ein subsidiärer Feststellungsantrag in der spezifisch aufgetretenen Rechts- und Fallkonstellation zulässig ist.

Zusätzlich zum Umstand, dass es sich um ein subsidiäres Feststellungsverfahren handelt hat, sollte außerdem nicht übersehen werden, dass der Antrag selbst zwar rechtlich abstrakt zulässig war, aber die im unteren Instanzenzug erfolgte Abweisung des Antrags in der Sache zu Recht erfolgt ist, weshalb die Revision erfolglos geblieben ist.

Für die Verfahren zur Prüfung von Anzeigen gemäß § 76a Abs. 3 GewO 1994 ergibt sich aus diesem Erkenntnis kein Hinweis, dass in diesen Prüfverfahren von den Behörden nicht wie bisher vorgegangen werden kann, zumal der VwGH im Erkenntnis ausdrücklich betont, dass „das in § 76a GewO 1994 geregelte Anzeigeverfahren keine bescheidmäßige Kenntnisnahme der Behörde vorsieht“. Wenn es aber keinen Bescheid gibt, dann kann zwangsläufig auch aus dem bloßen Umstand der Beziehung oder Nichtbeziehung von Nachbarn keine Verfahrensvorschrift für eine Bescheiderlassung erfüllt oder verletzt sein. Im Fall eines untersagenden Feststellungsbescheides gemäß § 76a Abs. 4 GewO 1994 wird es den Nachbarn an der Beschwer mangeln, weswegen sie durch Nichtbeziehung dann ebenfalls nicht belastet sind.

Es ist aber auch zulässig, die Nachbarn im Prüfverfahren betreffend eine Anzeige gemäß § 76a Abs. 3 GewO 1994 zu informieren, ihnen Akteneinsicht zu gewähren und Stellungnahmen der Nachbarn als Beweismittel zu würdigen. Sofern dies nicht erfolgt, ist es möglich, dass ein subsidiärer Feststellungsantrag von Nachbarn gestellt wird, der dann seinerseits von der Behörde in der Sache zu behandeln ist. Das Bestehen dieser Möglichkeit für sich allein genommen belastet aber das vorher ohne Beteiligung der Nachbarn geführte Verfahren zur Prüfung einer Anzeige gemäß § 76a Abs. 3 GewO 1994 noch nicht mit formeller Rechtswidrigkeit.

27. (Wien) Mobile Einrichtungen vor Gastgewerbelokalen für Raucherinnen und Raucher – betriebsanlagenrechtliche Zurechnung oder bloß sperrstundenrechtliche Gefahr der Betriebszeitverkürzung?

Da mit 1. November 2019 die Ausnahmeregelung für die Erlaubnis zum Rauchen in Gastronomiebetrieben entfallen und somit ein totales Rauchverbot in der Gastronomie (mit Ausnahme der Beherbergungsbetriebe) gelten wird, ist davon auszugehen, dass rauchende Personen sich künftig für die Befriedigung ihres Nikotinbedürfnisses vermehrt außerhalb der Räume von Gastronomiebetrieben aufhalten werden.

Aus betriebsanlagenrechtlicher Sicht differenziert die Wiener Verwaltung dabei, ob sich die Gäste im Freien, aber innerhalb der Betriebsanlage – also etwa im Gastgarten oder auf dem anlagenrechtlich zurechenbaren Besucherparkplatz – aufhalten, oder ob sie sich zum Rauchen auch außerhalb der Betriebsanlage befinden.

In den meisten Fällen wird es sich im dicht verbauten Stadtgebiet dabei um öffentliche Verkehrsflächen handeln.

Gäste außerhalb der Betriebsanlage sind nach dem klaren Wortlaut des § 74 Abs. 3 GewO 1994 nicht der Betriebsanlage zurechenbar und ist deren Verhalten im Rahmen des Betriebsanlagen-genehmigungsverfahrens nicht einzubeziehen. (Anders jedoch ist das beim Verhalten der Mitarbeitenden und Erfüllungsgehilfen, deren Emissionen der Betriebsanlage zuzurechnen sind.)

Es ist jedoch damit zu rechnen, dass seitens der Gastronomietreibenden Aschenbecher, Stehtische, Sonnen- und Wetterschutzschirme oder vergleichbare mobile Überdachungen und teilweise vielleicht sogar Heizstrahler aufgestellt werden, um den rauchenden Gästen die Zeit der Befriedigung ihres Nikotin-Suchtverhaltens möglichst wenig unangenehm zu gestalten.

Während bloße Aschenbecher dazu dienen, für die Sauberkeit der öffentlichen Verkehrsfläche zu sorgen, wozu nach landesrechtlichen Bestimmungen der Eigentümer des Gebäudes verpflichtet sein kann, und damit nicht als Erweiterung der Betriebsanlage einzustufen wären, ist dies bei sonstigen Einrichtungen fraglich. Unabhängig von allfällig notwendigen Benützungserlaubnissen oder Zustimmungen neigt das Amt der Wiener Landesregierung dazu, solche gemütlich gestalteten „Raucherinseln“ und „Rauchertreffs“ unabhängig vom Aufstellungsort sehr wohl dem Gastronomiebetrieb auch anlagenrechtlich zuzurechnen.

Soweit auf der Betriebsanlagenfläche des Gastgartens ein Verweilen der rauchenden Gäste von den Gastronomietreibenden auch nach der zulässigen Betriebszeit des Gastgartens gestattet oder untätig geduldet wird, liegen die Voraussetzungen eines Gastgartens nach § 76a GewO 1994 nicht mehr vor und Bedarf diese geänderte Nutzung jedenfalls einer betriebsanlagenrechtlichen Genehmigung. Eine solche wird allerdings im verbauten Gebiet mit sehr nahe

gelegenen Fenstern zu Wohnungen kaum zu erlangen sein, da die für die Nachbarschaft am meisten belastete Zeit und Situation zur Beurteilung heranzuziehen sein wird.

Im Ergebnis wird seitens der Wiener Betriebsanlagenbehörden somit darauf gedrängt, dass Gastronomiebetriebe keine anlagenrechtlich relevanten Einrichtungen für ihre Gäste vor der Betriebsanlage schaffen und bei der Befürchtung von unzumutbaren Belästigungen der Nachbarinnen und Nachbarn durch rauchende Gäste vor ihrer Betriebsanlage dafür Sorge zu tragen, dass solche Plätze zum Rauchen gewählt werden, die für die Nachbarschaftssituation erträglich sind, bzw. auf besonders ruhiges Verhalten der Gäste vor dem Lokal zu drängen.

Es wird um Mitteilung ersucht, ob diese Rechtsansichten und Vollzugspraxis im Hinblick auf die erwartete Rechtslage als zutreffend angesehen werden kann und ob andere Interpretationsspielräume bestehen, die helfen können, die drohenden Konflikte gering bzw. erträglich zu halten.

zu TOP 27:

Zunächst wird grundsätzlich abzuwarten bleiben, ob durch die Aktivierung der Rauchverbote, die nunmehr gemäß der Novelle zum TNRSG am 1. November 2019 in Kraft treten werden, tatsächlich jene von Interessenvertretungen gelegentlich beschriebenen nachbarrelevanten Effekte eintreten werden.

Die bisherigen Erfahrungen mit tabakrechtlichen Rauchverboten in der Gastronomie, die bereits seit dem Jahr 2008 verstärkt dazu geführt haben, dass eine erhebliche Anzahl von Betrieben, darunter nicht zuletzt auch Barbetriebe, bereits freiwillig auf Rauchverbote umgestellt haben, haben immer wieder geäußerte Befürchtungen, dass Rauchverbote in den Innenräumen der Gastgewerbebetriebe Anlass dafür sind, dass Konflikte zwischen Gastronomiebetrieben und der Nachbarschaft vermehrt auftreten, nicht erhärten können. Solche Befürchtungen wurden auch im Vorfeld des im Jahr 2015 beschlossenen Gesetzesvorhabens geäußert. Auch wenn dieses Vorhaben dann in späterer Folge nicht wie ursprünglich vorgesehen im Jahr 2018 in Kraft getreten ist, so ist dessen ungeachtet die Zahl der rauchfreien Lokale in den letzten Jahren stark angestiegen. Dieses starke Ansteigen an rauchfreien Lokalen wurde auch von den Vertretern der Wirtschaftskammer Österreich immer wieder öffentlich explizit hervorgehoben.

Die Presse „In Wien mehren sich die rauchfreien Lokale“

Dennoch konnte das BMDW nicht beobachten, dass die Zahl oder Intensität der Konflikte generell seit 2008 oder 2015 zugenommen hat. Es ist also keineswegs gesichert, dass Rauchverbote in der Gastronomie kausal für Konflikte zwischen Gastgewerbebetrieben und Nachbarschaft sind, zumal dazu bislang nicht einmal korrelierende Effekte beobachtbar waren, obwohl solche Effekte angesichts der Zunahme rauchfreier Lokale bei Zutreffen eines Kausalzusammenhangs auftreten hätten müssen. Das BMDW geht daher zunächst davon aus, dass solche Konflikte andere Ursachen haben; diese Ursachen werden sich daher voraussichtlich auch nicht durch Maßnahmen, die auf Verhaltensweisen zielen, die nicht ursächlich für diese Konflikte sind, lösen lassen.

Was Rauchen in Gastgärten betrifft, so ist ein Rauchverbot jedenfalls nicht zwingend erforderlich, um den Kriterien der Gastgartenregelung gemäß § 76a Abs. 1 und Abs. 2 GewO 1994 zu genügen. Sofern ein Gastgarten jedoch außerhalb der Zeitkriterien betrieben wird, dann sind - unabhängig davon, ob geraucht werden darf - die Kriterien für Freistellung gemäß § 76a GewO 1994 nicht erfüllt.

Der bloße Umstand, dass sich ein Gast kurzzeitig in einem Gastgartenbereich aufhält, führt für sich allein genommen aber noch nicht dazu, dass dieser Gastgarten „in Betrieb“ ist. Ein Gastgarten, in dem nicht einmal mittelbar (etwa durch Dulden der Mit- und Einnahme der Getränke

und/oder Speisen samt Schaffen von Annehmlichkeiten, dass solches Gästeverhalten auch attraktiv ist) ausgeschenkt oder verabreicht wird, ist nicht als „in Betrieb“ anzusehen. Ansonsten würde nämlich schon jedes Durchschreiten eines Gastgartens, der sich an die Ausgangstüre anschließt und der bei Verlassen des Betriebes vom Gast zwangsläufig durchschritten werden muss (was gerade bei Gastgärten, die sich in verbautem Gebiet auf öffentlichen Grund befinden, nicht selten der Fall ist), dazu führen, dass der Gastgarten „in Betrieb“ ist. Gleiches gilt auch für kurzfristiges Verlassen der Innenräume durch einen Gast, um im Freien zu Rauchen. Ein gewisses ausschank- und/oder verabreichungsbezogenes Tatsachensubstrat muss also erfüllt sein, damit überhaupt davon gesprochen werden kann, dass ein Gastgarten „in Betrieb“ ist.

Wenn sich somit im Einzelfall herausstellt, dass ein Gastgarten tatsächlich nicht in Betrieb ist, so kann er bezogen auf die geschützten Interessen der Nachbarn auch nicht betriebsanlagenrechtlich behandelt werden, da eine nicht betriebene Gastgartenbetriebsanlage auch keine Betriebsanlagenauswirkungen auf die Nachbarn haben kann. Eine Substitution durch andere geschützte Interessen (etwa der Umstand, dass die Einrichtungen eines nicht betriebenen Gastgartens verkehrsbehindernd aufgestellt sind, und der Gastgarten somit zu Auswirkungen auf gemäß § 74 Abs. 2 Z 4 GewO 1994 geeignet ist), die dazu führt, dass Ereignisse, die nicht von der Gastgartenbetriebsanlage verursacht werden, in das gewerbliche Betriebsanlagenrecht importiert werden, um damit über irgendeine Handhabe zu verfügen, ist nicht zulässig.

Die von Gästen verursachten Ereignisse in einem tatsächlich nicht betriebenen Gastgarten sind daher entweder gemäß § 113 GewO 1994 und/oder gemäß anderen Bestimmungen des Bundes- oder Landesrechts zu behandeln, die betreffend die Erregung von Lärm anzuwenden sind; nicht aber durch substitutiv-importierende Anwendung des gewerblichen Betriebsanlagenrechts.

Das BMDW geht aber nicht davon aus, dass in diesem Zusammenhang Grenzfälle häufig auftreten werden, sondern üblicherweise sehr eindeutig erkenn- und feststellbar sein wird, ob ein Gastgarten in Betrieb ist. Überhaupt wird in diesem Zusammenhang grundsätzlich auf die Notwendigkeit zur Ermittlung objektiver Tatsachensubstrate hingewiesen und insbesondere sollte vermieden werden, dass Konflikte, die ihre Ursache in anderen Gründen haben, ab 1. November 2019 als plötzlich vom Rauchverbot verursacht behauptet werden.

Beratende Unterstützungsleistungen der Verwaltungsbehörden, sei es der Bezirksverwaltungsbehörden oder auch der Gemeinden, welche präventiv dazu beitragen, dass im Interesse sowohl der Gastronomie als auch der Gäste als auch der Nachbarschaft Konflikte vermieden werden, werden vom BMDW jedenfalls begrüßt.

IV. Verwaltungsverfahren

28. (Niederösterreich) Erfahrungsberichte zur Vollziehung des § 371c GewO 1994 „Beraten statt Strafen“

Seitens der BVB werden regelmäßig Vollzugsfragen zu § 371c GewO 1994 gestellt und darf um Austausch der Erfahrungen aus der Vollzugspraxis gebeten werden.

Eine BVB führte dazu unter Verweis auf die arbeitnehmerschutzrechtlichen Bestimmungen, welche im gewerblichen BA-Verfahren mit zu vollziehen sind, ergänzend auch aus:

Bei Vorliegen von Arbeitsunfällen wird in letzter Zeit von den Arbeitsinspektoraten vermehrt Anzeige an die hiesige Verwaltungsstrafbehörde dahingehend gestellt, dass der Arbeitsunfall zu vermeiden gewesen wäre, wenn der Betriebsanlageninhaber über ein effizientes Kontrollsystem im Sinne des § 35 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz verfügt.

Die Maßstäbe, wann ein effektives Kontrollsystem vorliegt, wird letztendlich durch das Arbeitsinspektorat sehr unterschiedlich interpretiert.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung nahezu unerfüllbare Anforderungen an ein wirksames Kontrollsystem gestellt, welche das verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Organ von seiner Strafbarkeit befreien soll.

Ergänzend darf auf einen noch nicht veröffentlichten Zeitungsartikel „Wirtschaftsrechtliche Blätter Ausgabe September 2018 verfasst von MMag. Dr. Sonja Perl und Ing. Dr. Florian Perl“ als Diskussionsgrundlage verwiesen werden. (Beilage)

In dem Zusammenhang sei auch erwähnt, dass seit der Novellierung des Verwaltungsstrafgesetzes § 33a VStG im Zusammenhang mit § 371c GewO 1994 der Grundsatz „Beraten statt Strafen“ anzuwenden sei und wurde dies auch entsprechend angekündigt.

Es wird diesbezüglich um Erörterung ersucht, ob und in welchem Zusammenhang der Grundsatz „Beraten statt Strafen“ bei Anzeigen des Arbeitsinspektorates gem. § 35 ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes gilt bzw. sollen unseres Erachtens auch entsprechende Kriterien durch das zuständige Ministerium erlassen werden, ob und unter welchen Voraussetzungen ein effektives Kontrollsystem im Sinne des § 35 des ArbeitnehmerInnenschutzgesetz bei gewerblichen Betriebsanlagen vorliegt.

Beilage

zu TOP 28:

Niederösterreich präzisiert, dass es bei der Frage um einen Austausch der bisherigen Praxis gehen soll. Ein entsprechender Erfahrungsaustausch wurde durchgeführt.

Im Hinblick auf gewerberechtliche Aspekte ist Folgendes auszuführen:

Wie dem Ausschussbericht des Nationalrates, 1752 dB XXV. GP, zu entnehmen ist, folgt das Gewerberecht dem in der Arbeitsinspektion bereits bewährten Grundsatz „Beraten statt Strafen“; konkret wird ausgeführt: „Die Maßnahme orientiert sich an der Vorgehensweise, welche die Arbeitsinspektorate gemäß § 9 Arbeitsinspektionsgesetz 1993 vor Erstellen einer Anzeige einzuhalten haben“. Wenn das Arbeitsinspektorat nach Maßgabe des § 9 ArbIG verpflichtet war, wegen des Verstoßes gegen § 35 ASchG Anzeige zu erstatten, bliebe gar kein Raum für eine Beratungstätigkeit gemäß § 371c GewO 1994 (abgesehen davon, dass § 35 ASchG in der taxativen Aufzählung des § 371c Abs. 1 GewO 1994 nicht enthalten ist).

29. (Steiermark) Zuständige Behörde – Sicherheits- oder Gewerbebehörde?

§ 106 Abs. 5 GewO 1994 lautet – Elektrotechnik:

Die im Abs. 4 genannten Gewerbetreibenden sind verpflichtet, der Bezirksverwaltungsbehörde, im Gebiet einer Gemeinde, für das die Landespolizeidirektion zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, der Landespolizeidirektion, als Sicherheitsbehörde ein Verzeichnis aller Personen, deren Verwendung für die im Abs. 1 Z 3 genannten Tätigkeiten in Aussicht genommen ist, binnen einer Woche vorzulegen; jede beabsichtigte Änderung hinsichtlich der für die im Abs. 1 Z 3 genannten Tätigkeiten verwendeten Personen ist ebenfalls dieser Behörde binnen einer Woche anzuzeigen. Das Verzeichnis oder die Anzeigen von Änderungen dieses Verzeichnisses haben neben dem Vor- und Familiennamen der betreffenden Person auch deren Geburtsdatum, Geburtsort, Staatsangehörigkeit und Unterkunft (Wohnung) zu enthalten.

§ 130 Abs. 9 GewO 1994 lautet – Sicherheitsgewerbe:

Die im Abs. 8 genannten Gewerbetreibenden sind verpflichtet, der Bezirksverwaltungsbehörde, im Gebiet einer Gemeinde, für das die Landespolizeidirektion zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, der Landespolizeidirektion, als Sicherheitsbehörde ein Verzeichnis aller Personen, die für eine der im § 129 Abs. 1 bzw. Abs. 4 genannten Tätigkeiten herangezogen werden, spätestens zwei Wochen vor dem Beginn ihrer Verwendung vorzulegen; jede Änderung hinsichtlich der für die im § 129 Abs. 1 bzw. Abs. 4 genannten Tätigkeiten herangezogenen Personen ist dieser Behörde binnen zwei Wochen anzuzeigen. Das Verzeichnis oder die Anzeigen von Änderungen dieses Verzeichnisses haben neben dem Vor- und Familiennamen der betreffenden Person auch deren Geburtsdatum, Geburtsort, Staatsangehörigkeit und Unterkunft (Wohnung) zu enthalten.

§ 144 Abs. 4 GewO 1994 lautet – Waffengewerbe:

Die im Abs. 1 genannten Gewerbetreibenden sind verpflichtet, die Waffenbücher der Bezirksverwaltungsbehörde, im Gebiet einer Gemeinde, für das die Landespolizeidirektion zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, der Landespolizeidirektion, auf Verlangen vorzulegen und im Falle der Endigung der Gewerbeberechtigung an diese abzuliefern.

Da es in der Praxis hinsichtlich des Vollzuges immer wieder zu Unsicherheiten kommt, welche Behörde tatsächlich zuständig ist, wird diesbezüglich um Klärung gebeten. Nach h.a. Sicht ist dafür die Sicherheitsbehörde zuständig, da dies schon nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen ableitbar ist.

zu TOP 29:

§ 106 Abs. 6 und § 130 Abs. 10 GewO 1994 tragen der Sicherheitsbehörde auf, dem Gewerbetreibenden ohne unnötigen Aufschub mitzuteilen, wenn ein gemäß den §§ 106 Abs. 5 und 130 Abs. 9 GewO 1994 bekanntgegebener Mitarbeiter die erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. In dem fraglichen Bereich kann dieser Mitarbeiter dann nicht mehr eingesetzt werden. Eine solche Mitteilung wird jedoch nicht als Bescheid angesehen; sie stellt eine bloße Wissensklärung dar. Sie darf keine Aussagen darüber treffen, warum die Sicherheitsbehörde einen Mitarbeiter als unzuverlässig einstuft. Mangels Bescheidqualität entfaltet sie keine eigenständige normative Wirkung und ist im Instanzenzug auch nicht bekämpfbar.

Gemäß § 336 Abs. 1 GewO 1994 haben die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes an Maßnahmen, die für die Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens erforderlich sind, an der Vollziehung des § 367 Z 50 und 51 GewO 1994 mitzuwirken. Wenn von den hier in Betracht kommenden Gewerbetreibenden ein unzuverlässiger Mitarbeiter beschäftigt wird, so haben diese Organe bei der Gewerbebehörde Anzeige zu erstatten. In den Bezug habenden Verwaltungsstrafverfahren ist die Zuverlässigkeit des betroffenen Mitarbeiters von der Gewerbebehörde zu beurteilen.

Wer bei der Ausübung des Waffengewerbes die Bestimmungen des § 144 Abs. 4 GewO 1994 nicht einhält, ist gemäß § 367 Z 47 GewO 1994 zu bestrafen. Wird daher der Sicherheitsbehörde auf deren Verlangen ein Waffenbuch von einem Waffengewerbetreibenden nicht vorgelegt oder im Falle der Endigung der Gewerbeberechtigung nicht abgeliefert, liegt eine Übertretung nach der vorgenannten Gesetzesbestimmung vor. Wird von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes ein solcher Sachverhalt der Gewerbebehörde angezeigt, ist von dieser ein entsprechendes Verwaltungsverfahren durchzuführen.

30. (Vorarlberg) Sicherheitsgewerbe; Beschäftigung von im Sinne der Gewerbeordnung unzuverlässigen Personen

Gemäß § 130 Abs. 8 GewO 1994 dürfen Sicherheitsgewerbetreibende zur Ausübung ihrer Tätigkeiten nur Arbeitnehmer verwenden, die die erforderliche Zuverlässigkeit besitzen. Diese Gewerbetreibenden und deren Arbeitnehmer haben bei der Ausübung der in § 129 Abs. 1 GewO 1994 genannten Tätigkeiten Legitimationen gemäß § 129 Abs. 3 bzw. gemäß Abs. 7 GewO 1994 mitzuführen.

Die Legitimation ist von der Behörde zurückzunehmen, wenn sich ergibt, dass eine dem § 13 Abs. 1 GewO 1994 entsprechende strafgerichtliche Verurteilung vorliegt und nach der Eigenart der strafbaren Handlung und nach der Persönlichkeit des Verurteilten die Begehung der gleichen oder einer ähnlichen Straftat bei der Ausübung des Gewerbes zu befürchten ist.

Wird auf Grund bestimmter Tatsachen der Sicherheitsbehörde bekannt, dass die Zuverlässigkeit eines Arbeitnehmers nicht oder nicht mehr gegeben ist, ist dies gemäß § 130 Abs. 10 GewO 1994 umgehend dem Gewerbetreibenden mitzuteilen, damit dieser der Verpflichtung nachkommen kann, nur zuverlässige Arbeitnehmer im Betrieb zu verwenden.

Unbestritten ist unseres Erachtens, dass hinsichtlich der vorerwähnten Zuverlässigkeit der Arbeitnehmer jedenfalls ein strengerer Maßstab als ausschließlich das Nichtvorliegen von Gewerbeausschließungsgründen gemäß § 13 Abs. 1 GewO 1994 anzulegen ist. Diesbezüglich wird auch auf das Ergebnis der Bundesgewerbereferententagung aus dem Jahr 2011 verwiesen.

Dies bedeutet aber unseres Erachtens, dass bei Arbeitnehmern im Sicherheitsgewerbe, welche im Laufe der Beschäftigung, z.B. häufige Rechtsverletzungen in der Form von schwerwiegenden Verwaltungsübertretungen begangen haben, die Zuverlässigkeit im vorerwähnten Sinn nicht mehr gegeben ist. Die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers würde somit eine Verwaltungsübertretung gemäß § 367 Z 50 GewO 1994 darstellen. Gleichzeitig besitzt jedoch der Arbeitnehmer nach wie vor eine Legitimation, welche von der Behörde auch nicht zurückgenommen werden kann, da keine strafgerichtlichen Verurteilungen im Sinne des § 13 Abs. 1 GewO 1994 vorliegen.

Wird diesen Ausführungen von Seiten des Bundesministeriums beigeplichtet?

zu TOP 30:

Der in der Frage dargelegten Rechtsansicht wird beigeplichtet.

Gemäß § 364 GewO 1994 sind Gewerbescheine oder sonstige Ausweispapiere, die nach den gewerberechtlichen Vorschriften ausgefertigt worden sind, aber den Tatsachen nicht mehr entsprechen, der Behörde zurückzustellen.

Fordert die Behörde den Inhaber eines Dokuments im Sinne des § 364 GewO 1994 auf, dieses zurückzustellen, so handelt es sich dabei um einen unverbindlichen Appell, der einem Hinweis auf das gesetzlich gebotene Verhalten gleichkommt. Dies lässt die Möglichkeit der Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens gemäß § 368 GewO 1994 unberührt.

Im Übrigen wird auf die Ausführungen im TOP 29 verwiesen.

31. (Oberösterreich) Anmeldung eines Gewerbes trotz mangelnder Zuverlässigkeit

Bei der Anmeldung eines nicht dem Genehmigungsvorbehalt des § 95 unterliegenden Gewerbes stellt sich das Problem, dass trotz einer aufgrund von maßgeblichen Verwaltungsvorstrafen (z.B. Glücksspielgesetz) nicht gegebener Zuverlässigkeit, keine Handhabe zur Untersagung der Gewerbeausübung besteht. § 13 Abs. 6 GewO 1994 lässt einen Gewerbeausschluss infolge schwerwiegender Verstöße nur im Fall einer Entziehung einer Gewerbeberechtigung entstehen. Werden zwar entsprechende Verstöße gesetzt, kommt es aber zu keiner Entziehung, weil der Bestrafte über keine Berechtigung verfügt oder eine solche vor einer möglichen Entziehung zurücklegt, kann jederzeit ohne eine Nachsicht zu benötigen – (wieder) ein Gewerbe angemeldet werden.

In wie weit in einem solchen Fall die sofortige Anwendung des § 87 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 möglich ist, ist fraglich. Diese Bestimmung scheint eher darauf abzustellen, dass die betreffenden schwerwiegenden Verstöße im Rahmen einer aufrechten Gewerbeberechtigung gesetzt wurden.

Um einen Meinungsaustausch wird ersucht.

zu TOP 31:

Die Zuverlässigkeit stellt hinsichtlich der im § 95 GewO 1994 verwiesenen Gewerbe eine besondere Antritts- und Ausübungsvoraussetzung dar, die zu den allgemeinen Antrittsvoraussetzungen der §§ 8 ff. GewO 1994 hinzutritt. Bei den anderen Gewerben wird die Zuverlässigkeit bei der Gewerbeanmeldung als gegeben vermutet; sie kann daher bei anderen Gewerben erst im Zuge bzw. auf Grund der Gewerbeausübung verlorengehen.

32. (Salzburg) Verfahren gem. § 19 GewO 1994 – Anpassungslehrgänge, Eignungsprüfungen

Gem. § 19 letzter Satz GewO 1994 ist in Verfahren zur Feststellung der individuellen Befähigung die Bestimmung des § 373d Abs. 5 GewO 1994 sinngemäß anzuwenden.

Abgesehen davon, dass nach der Änderung des § 373d mit der GewO-Novelle BGBl. I Nr. 155/2015 nunmehr auf Abs. 4 des 373d verwiesen werden müsste, ergeben sich für die sinngemäße Anwendung dieser Vorschrift aus dem Gleichhaltungsverfahren einige Fragestellungen.

Gem. § 373d Abs. 5 und 6 GewO 1994 gelten für die Begriffe „Anpassungslehrgänge“ und „Ergänzungsprüfungen“ die gleichen Definitionen wie in der RL 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen. Vor allem bei den Ergänzungsprüfungen stellt sich die Frage, ob die Definition in der Richtlinie auch im Verfahren gem. § 19 GewO 1994 zu übernehmen ist oder ob es die sinngemäße Anwendung zulässt, dass im Verfahren zur Feststellung der individuellen Befähigung die Absolvierung eines Lehrganges vorgeschrieben wird, der zwar nicht genau der Definition in der Richtlinie entspricht, aber die gleiche Funktion erfüllt.

Bei den Ergänzungsprüfungen ergibt sich diese Problemstellung nicht, da § 373d Abs. 6 GewO 1994 klarstellt, dass auch Befähigungs- und Meisterprüfungen oder Teile davon vorgesehen werden können. Nach ha. Ansicht dürfen bei einer Eignungsprüfung im Rahmen eines Verfahrens gem. § 19 GewO 1994 ohnedies nur Prüfungsinhalte verlangt werden, die auch in den entsprechenden Prüfungsordnungen vorgesehen sind, da sich das Anforderungsprofil eines reglementierten Gewerbes in der Prüfungsordnung widerspiegelt bzw. widerspiegeln sollte.

Gem. § 373d Abs. 6 GewO 1994 kommen hinsichtlich der Durchführung einer Ergänzungsprüfung die Bestimmungen der §§ 350 bis 352a GewO 1994 und der dazu erlassenen Verordnungen zur Anwendung. Hier stellt sich die Frage, ob die im § 19 GewO 1994 vorgesehene sinngemäße Anwendung ein Abweichen von einzelnen dieser Verfahrensbestimmungen zulässt. Vor allem dann, wenn nur ein einziger Gegenstand zu prüfen ist könnte argumentiert werden, dass im Sinne des Grundsatzes der Verfahrensökonomie in diesem Fall nicht die Anwesenheit der gesamten Prüfungskommission erforderlich ist. Nach ha. Ansicht sollte im Hinblick auf den Regelungszweck der §§ 350 bis 352a GewO 1994 bei mündlichen Prüfungsteilen jedenfalls auch ein Vorsitzender der Prüfungskommission anwesend sein. Wenn dieser Prüfungsteil nur rechtskundliche Fragen enthält und er Vorsitzende Jurist ist, wäre die Anwesenheit von Beisitzern jedoch entbehrlich.

Schließlich wäre noch die Frage zu klären, ob bzw. wie die im § 373d Abs. 7 GewO 1994 vorgesehene Wahlmöglichkeit des Antragstellers zwischen einem Anpassungslehrgang und einer Eignungsprüfung im Verfahren gem. § 19 GewO 1994 anzuwenden ist. Aufgrund der Formulierung des Einleitungssatzes des § 373d Abs. 7 GewO 1994 ist nach ha. Ansicht davon auszugehen, dass

die Behörde jedenfalls die Möglichkeit hat, nur eine der beiden Varianten zwingend vorzuschreiben.

Um Erfahrungsaustausch, Diskussion und Klarstellung wird ersucht.

zu TOP 32:

Hinsichtlich der Beantwortung dieser Frage wird unter anderem auf TOP 31 der Bundesgewerbereferententagung 2013 insoweit verwiesen, dass nur bei den sogenannten gewerblichen Rechtsberufen dem Gleichhaltungswerber keine Wahlmöglichkeit eingeräumt werden muss. Hier kann unmittelbar eine Eignungsprüfung vorgeschrieben werden. Im TOP 31 wird auch zum Ausdruck gebracht, dass zwar ein Anpassungslehrgang im Sinne der Richtlinie nicht gesetzlich eingerichtet ist, dass aber ein vergleichbarer Ausbildungsgang vorgeschrieben werden kann.

Zu der in der Frage angeführten vereinfachten Eignungsprüfung ist zu bemerken, dass diese jedenfalls vor einer Prüfungskommission und nicht vor einem einzelnen Prüfer abzulegen ist.

Bei den Prüfungen (auch bei vorgeschriebenen Teilen) geht es um den Erwerb einer gesamthaften Qualifikation, für den gewisse gesetzlich festgelegte Standards vorgesehen sind, um die Validität zu gewährleisten. Aus diesem Gesichtspunkt, lässt sich eine teleologische Reduktion nicht rechtfertigen.

TOP 31 Bundesgewerbereferententagung 2013:

„Die im § 373d Abs. 3 GewO 1994 angeführten Befähigungs- oder Ausbildungsnachweise müssen nicht von einer eigens dazu eingerichteten zentralen Behörde bescheinigt werden; es genügt die Vorlage von Kopien der von den zuständigen Stellen ausgestellten Schulzeugnisse, Diplome oder sonstigen Prüfungszeugnisse. Im Anhang VII der Richtlinie 2005/36/EG sind die Unterlagen und Bescheinigungen die gemäß Art. 50 Abs. 1 dieser Richtlinie verlangt werden können, aufgeführt. Eine Bescheinigung über den Erwerb eines Befähigungs- oder Ausbildungsnachweises ist darin nicht enthalten.

Gemäß § 373d Abs. 8 GewO 1994 muss bei Gewerben, bei deren Ausübung eine genaue Kenntnis des österreichischen Rechts nicht erforderlich ist und bei denen Beratung und/oder Beistand in Bezug auf das österreichische Recht nicht ein wesentlicher und beständiger Teil der Berufsausübung sind, dem Antragsteller Die Wahl zwischen der Ablegung einer Eignungsprüfung oder dem Besuch eines Anpassungslehrganges eingeräumt werden. So wird jedenfalls bei den Gewerben der Arbeitsvermittlung, Immobilientreuhänder und Überlassung von Arbeitskräften dem Antragsteller die erfolgreiche Ablegung einer Eignungsprüfung ohne vorherige Wahlmöglichkeit vorgeschrieben werden können. Diese Anpassungsmaßnahme ist dem Antragsteller vor Erlassung des Bescheides zur Stellungnahme vorzuhalten. Stimmt er der Ablegung einer Eignungsprüfung nicht zu, so ist der Bescheid mit Vorschreibung dieser Anpassungsmaßnahme zu begründen.

Anpassungslehrgänge im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. g der Richtlinie 2005/36/EG sind in Österreich (noch) nicht eingerichtet. Wählt der Antragsteller als Anpassungsmaßnahme den Besuch eines solchen Lehrganges, wird er darauf hinzuweisen und zur Ablegung einer Eignungsprüfung

anzuleiten sein. Die Vorschreibung der Absolvierung einer qualifizierten Fachpraxis bei einem im Inland zur Ausübung des betreffenden Gewerbes berechtigten Gewerbetreibenden kann als alternative Anpassungsmaßnahme in Betracht gezogen werden.“

33. (Burgenland) Umfangsentscheidungen gem. § 29 iVm § 349 GewO 1994

Nach § 349 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 hat die Entscheidung über den Umfang einer Gewerbeberechtigung (§ 29) im Verhältnis zu einer anderen Gewerbeberechtigung zu erfolgen, wobei dem Bundesminister für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort die Entscheidung obliegt.

Diese wurden in der Vergangenheit idR u.a. dem Landeshauptmann zur Kenntnis gebracht. Durch diese Vorgehensweise entsteht für die zuständige Behörde eine Erleichterung bei der praktischen Umsetzung, da sich nach Grundsatzentscheidungen orientiert werden kann.

Es wird um Erfahrungsaustausch zur gegenständlichen Thematik und um Mitteilung, ob die Entscheidungsumfänge gegenwärtig übermittelt werden, ersucht.

zu TOP 33:

Zunächst ist festzuhalten, dass seit der Einrichtung der Verwaltungsgerichte in den Ländern das Bundesministerium im Verfahren gemäß § 349 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 nicht mehr erste und letzte Instanz ist. Die Bescheide des Bundesministeriums können seither mit Beschwerde an das zuständige Landesverwaltungsgericht angefochten werden.

In den letzten Jahren sind vom Bundesministerium zwei Entscheidungen nach der vorgenannten Gesetzesbestimmung getroffen worden, gegen die Beschwerden an das zuständige Landesverwaltungsgericht eingebracht wurden. Gegen die zwei Erkenntnisse des Landesverwaltungsgerichtes wurden Revisionen an den Verwaltungsgerichtshof eingebracht. Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem Fall das Erkenntnis aufgehoben und gleichzeitig den Antrag als unzulässig zurückgewiesen. In dem anderen Fall hat der Verwaltungsgerichtshof noch nicht entschieden.

Da gegen Bescheide des Bundesministeriums nach § 349 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 regelmäßige Beschwerden erhoben werden, ist es nicht (mehr) zweckmäßig, diese den Landeshauptleuten zur Kenntnis zu bringen.

34. (Steiermark) Herstellung und Aufbereitung sowie Vermietung von Medizinprodukten – Befähigungsprüfung

Da es derzeit für das reglementierte Gewerbe Herstellung und Aufbereitung sowie Vermietung von Medizinprodukten keine Befähigungsprüfungsordnung gibt und in der allgemeinen Prüfungsordnung keine Informationen über Inhalt der Prüfung zu finden sind, stellt sich in der Praxis die Frage, wenn ein Sachverständigengutachten vorgelegt wird, nach welchem Maßstab Qualität und Inhalt dieses Gutachten zu bewerten ist.

Um Diskussion wird gebeten.

zu TOP 34:

1. Zur Frage der Bewertung der Qualität und des Inhalts von Sachverständigengutachten:

Es handelt sich hier um ein Beweismittel in einem Ermittlungsverfahren (i.d.R. Feststellung der individuellen Befähigung nach § 19 GewO 1994). Das Beweismittel ist nach den allgemeinen Grundsätzen über Beweis und Ermittlungsverfahren zu bewerten, d.h. die Behörde hat nach freier Überzeugung zu beurteilen, wie glaubwürdig das Beweismittel ist (§ 45 Abs. 2 AVG). Relevante Umstände sind hier insbesondere die nachgewiesene Fachkenntnis des/der Sachverständigen und dessen/deren Unbefangenheit, z.B. besteht ein Naheverhältnis, auch wirtschaftlicher Natur, zum Antragsteller. Als inhaltlicher Maßstab können die alternativen Zugangswege der Zugangsverordnung herangezogen werden, wie bestimmte einschlägige Tätigkeiten und dort angeführte Studien. Je nach Eigenart des Medizinprodukts können eventuell die Zugangsverordnungen und Prüfungsordnungen von reglementierten Gewerben, die verwandte Produkte erzeugen dürfen, herangezogen werden.

2. Zum rechtlichen Hintergrund:

Die Zugangsverordnung für dieses Gewerbe sieht in § 1 Abs. 1 (als einen von mehreren Zugangswegen) eine Befähigungsprüfung für gesamte Gewerbe vor, d.h. für die Herstellung, Aufbereitung, den Handel und die Vermietung von Medizinprodukten. In § 2 Abs. 1 sieht die Verordnung eine eingeschränkte Befähigungsprüfung für den Handel sowie die Vermietung von Medizinprodukten vor.

Von den Meisterprüfungsstellen wird nur eine Befähigungsprüfung für den Handel mit Medizinprodukten angeboten; es ist von der WKÖ auch nur eine Prüfungsordnung für den Handel mit Medizinprodukten erlassen worden.

Laut Auskunft der WKÖ, Sparte Handwerk und Gewerbe, wurde bisher kein Bedarf an einer Befähigungsprüfung für die Herstellung von Medizinprodukten gesehen. Das Gewerbe Herstellung von Medizinprodukten sei nur ein Auffangtatbestand für Ausnahmefälle, die Medizinprodukte werden hauptsächlich von anderen Gewerben hergestellt.

Diese Aussage steht im Einklang mit dem Gewerbewortlaut des Medizinproduktegewerbes gem. § 94 Z 33 GewO 1994: „Herstellung und Aufbereitung sowie Vermietung von Medizinprodukten, soweit diese Tätigkeiten nicht unter ein anderes reglementiertes Gewerbe fallen, und Handel mit sowie Vermietung von Medizinprodukten“. Typischerweise sind diese anderen Gewerbe Bandagisten, Orthopädietechnik, Mechatroniker für Medizingerätetechnik oder chemische Laboratorien.

35. (Steiermark) Zusatzstrafe – Gewerbeausschlussgrund

Aus einem Strafregisterauszug eines Gewerbeanmelders ging hervor, dass er wegen eines Straftatbestandes zu einer zweimonatigen Freiheitsstrafe und zu einer Zusatzstrafe von weiteren zwei Monaten verurteilt wurde. Es stellt sich die Frage, ob die beiden Strafen zusammenzählen sind und somit einen Ausschlussgrund darstellen oder ob jede einzelne Verurteilung gesondert zu werten ist.

In diesem Zusammenhang, wird auch um Klärung der Frage gebeten, wie Tagsätze im Ausland im Verhältnis zur österreichischen Rechtsordnung zu bewerten sind (angeblich würden 90 TS in Deutschland 180 TS in Österreich entsprechen).

zu TOP 35:

Wird ein Angeklagter für schuldig befunden, so hat das Strafurteil gemäß dem § 260 Abs. 1 Z 3 StPO bei sonstiger Nichtigkeit auszusprechen, zu welcher Strafe er verurteilt wird. Wird jemand, der bereits zu einer Strafe verurteilt worden ist, wegen einer anderen Tat verurteilt, die nach der Zeit ihrer Begehung schon im früheren Verfahren hätte abgeurteilt werden können, so ist gemäß dem § 31 StGB eine Zusatzstrafe zu verhängen, die das Höchstmaß der Strafe nicht übersteigen darf, die für die nunmehr abzuurteilende Tat angedroht ist. Die Summe der Strafen darf die Strafe nicht übersteigen, die nach den Regeln über die Strafbemessung beim Zusammentreffen strafbarer Handlungen (§ 28 StGB). Bei der Ausmessung der Zusatzstrafe ist zunächst jene Strafe (gedanklich) zu ermitteln, die bei gemeinsamer Aburteilung aller Taten zu verhängen gewesen wäre; ein hierbei verbleibender Rest ist als Zusatzstrafe (neu) zu verhängen, ansonsten ist von der Verhängung einer Strafe abzusehen (OGH 11Os6/79).

Im Hinblick auf diese Rechtslage ist bei Verhängung einer Zusatzstrafe diese nicht gesondert zu werten, sondern mit der im Ersturteil verhängten Strafe zusammenzuzählen. Der in der Frage angeführte Sachverhalt stellt daher einen Ausschlussgrund nach § 13 Abs. 1 GewO 1994 dar.

Dem Bundesministerium sind nur drei Staaten bekannt, in denen gerichtliche Strafen in Tagessätzen verhängt werden. Hierbei handelt es sich um die Bundesrepublik Deutschland, das Fürstentum Liechtenstein und die Schweiz. Das Verhältnis dieser Tagessätze zu den inländischen Verurteilungen ist im Einzelfall an Hand der entsprechenden ausländischen Gesetzesbestimmungen zu klären.

Tirol weist darauf hin, dass in Österreich maximal 720 Tagsätze verhängt werden dürfen, in Deutschland maximal 360 und in der Schweiz maximal 180 und sich anhand dieser Verhältnisse die Gewichtung bilden lassen könnte.

36. (AG GISA/BMDW) Eintragung von Haftungsträgern in das GISA, Firmenwortlaut

Die Gewerbeordnung 1994 sieht in Fällen, in denen für die Ausübung eines Gewerbes das Vorliegen einer Haftpflichtversicherung vorgeschrieben ist, die Eintragung des die Haftung absichernden Unternehmens in das GISA vor (vgl. § 365a Abs. 1 Z 13 und § 365b Abs. 1 Z 10 GewO 1994).

In diesem Zusammenhang ist die Frage aufgetreten, ob Versicherungsunternehmen, die im EWR-Ausland niedergelassen sind, mit der entsprechenden Firma laut Firmenbuch in das GISA einzutragen sind oder ob die im Inland begründete Zweigniederlassung der ausländischen Gesellschaft im GISA anzuführen ist. Dazu ist festzustellen, dass mangels eigener Rechtspersönlichkeit von Zweigniederlassungen nicht die inländische Zweigniederlassung, sondern das EWR-Versicherungsunternehmen mit dem im Firmenbuch eingetragenen Firmenwortlaut in das GISA einzutragen ist.

V. Sonstiges

37. (Tirol) Änderungen im Sozialversicherungsrecht – Stundenanzahl für gewerberechtl- chen Geschäftsführer nicht mehr ersichtlich

Mit 01.01.2019 wurde das gesetzliche Melde- und Abrechnungssystem der Sozialversicherungen umgestellt (Einführung der monatlichen Beitragsgrundlagenmeldung – mBGM). Dienstgeber haben deutlich weniger Daten als bisher zu melden; insbesondere ist auch die wöchentliche Arbeitszeit nicht mehr anzugeben. Aufgrund dieser Änderungen im Sozialversicherungsrecht scheinen ab 01.01.2019 auf Meldungen der Tiroler Gebietskrankenkassa die Stunden des gewerberechtl. Geschäftsführers nicht mehr auf. Gemäß § 39 Abs. 2 Gewerbeordnung 1994 muss jedoch ein (angestellter) gewerberechtl. Geschäftsführer bei reglementierten Gewerben „ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb Beschäftigter nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes vollversicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein“.

Da aus dem Anmeldeformular zur Gebietskrankenkassa nicht mehr die für die Gewerbebehörde relevante wöchentliche Arbeitszeit des Geschäftsführers ersichtlich ist, stellt sich nunmehr die Frage auf welche Art und Weise die gewerberechtl. Geschäftsführer der Gewerbebehörde das Beschäftigungsausmaß nachweisen müssen.

Grundsätzlich gäbe es für den Nachweis des Beschäftigungsausmaßes mehrere Möglichkeiten wie z.B.: Dienstvertrag, Dienstzettel, Bestätigung des Steuerberaters, etc.

Nach Rechtsmeinung des Amtes der Tiroler Landesregierung sollte jeder Nachweis akzeptiert werden, der glaubhaft eine 20-Stunden-Anstellung beweist. Jedenfalls zulässig sind nach unserer Ansicht: Dienstvertrag, Dienstzettel, Bestätigung des Steuerberaters, Bestätigung des Lohnverrechnungsbüros.

Um Informationsaustausch über die Handhabung in den anderen Bundesländern wird gebeten.

38. (Vorarlberg) Gewerberechtlicher Geschäftsführer in der Arbeitnehmerfunktion; sozialversicherungsrechtliche Änderungen; erforderliche Nachweise

Bekanntlich muss bei Gewerben, bei denen die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, der gemäß § 9 Abs. 1 GewO 1994 zu bestellende Geschäftsführer einer juristischen Person gemäß § 39 Abs. 2 GewO 1994 entweder dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ angehören oder ein mindestens zur Hälfte der öffentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb Beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein. Auch bei natürlichen Personen, bei der der Gewerbeanmelder den Befähigungsnachweis nicht erbringen kann ist die Arbeitnehmervoraussetzung im Zuge der Geschäftsführerbestellung im vorerwähnten Umfang zu erfüllen.

Bislang wurde die Erfüllung dieses Erfordernisses im Zuge der Gewerbeanmeldung durch die Vorarlberger Gewerbebehörden anhand der Anmeldebestätigung des Dienstnehmers beim Sozialversicherungsträger geprüft.

Seit 01.01.2019 wird laut unseren Informationen nun österreichweit die elektronische monatliche Beitragsgrundlagenmeldung (mBGM) von den Sozialversicherungsträgern umgesetzt. Diese Änderung beinhaltet u. a., dass im Zuge der Anmeldung des sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmers keine Angaben mehr über die Arbeitszeit zu tätigen sind; die Beitragsgrundlage für die Sozialversicherung bildet ausschließlich die bekanntzugebende Entgelthöhe. Somit sind aus der aktuellen Arbeitnehmeranmeldebestätigung der Sozialversicherungsanstalt keine Arbeitszeiten des versicherungspflichtigen Arbeitnehmers mehr ersichtlich. Das Bestehen der vollen Versicherungspflicht des Arbeitnehmers lässt sich aus der Sozialversicherungsbestätigung – sofern das Feld „geringfügig“ mit Nein belegt ist - nach wie vor ableiten.

Es stellt sich nun die Frage, welche Unterlagen in den oben angeführten Fallkonstellationen durch den Gewerbeanmelder vorzulegen sind bzw. in welcher Form die Gewerbebehörde die Erfüllung dieses Erfordernisses zu prüfen hat.

zu TOP 37 und 38:

TOP 37 und 38 wurden unter einem behandelt.

Eine Bestätigung des Arbeitgebers wird grundsätzlich als ausreichend angesehen. In Fällen berechtigter Zweifel wird die Behörde jedoch weiterhin im Einzelfall zu prüfen haben, ob eine Scheingeschäftsführerschaft vorliegt.

39. (Kärnten) Gewerbeausübung mittels Automaten

Gemäß § 52 Abs. 1 GewO 1994 unterliegt die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten mittels Automaten, die für die Selbstbedienung durch Kunden bestimmt sind, nicht dem § 46 Abs. 1 bis 3, jedoch haben die Gewerbetreibenden die Aufstellung derartiger Automaten außerhalb des Standortes und außerhalb einer gemäß § 46 Abs. 3 geführten Betriebsstätte der Bezirksverwaltungsbehörde vorher anzuzeigen.

Der Gewerbeordnung ist keine Regelung zu entnehmen, die den Gewerbeinhaber verpflichtet, der Bezirksverwaltungsbehörde anzuzeigen, dass der eingangs genannte Automat wieder entfernt wurde.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob hier nicht auch eine Verpflichtung des Gewerbetreibenden normiert werden sollte und ob eine Eintragungsmöglichkeit in GISA für die Praxis von Vorteil wäre.

zu TOP 39:

Der Zweck dieser Bestimmung liegt vor allem in der Überprüfbarkeit des Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen der Ausübung gewerblicher Tätigkeiten durch Automaten durch die Gewerbebehörde (Vorliegen der erforderlichen Gewerbeberechtigung, Einhaltung der Bestimmungen des § 52 Abs. 2 und 4 GewO 1994 etc.) und wird sich daher überwiegend auf neu aufgestellte Automaten beziehen.

Nach Ansicht des BMDWs scheint die Einführung einer solchen Anzeigepflicht für den Gewerbetreibenden unverhältnismäßig - insbesondere im Lichte der Verwaltungsvereinfachung und Deregulierung -, da auch im Rahmen der Systematik der Gewerbeordnung 1994 sodann bei Nichteinhaltung die Strafnorm des § 368 GewO 1994 anzuwenden wäre.

Rückfragehinweis:

Medieninhaber, Verleger und Herausgeber:

Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, Stubenring 1, 1010 Wien

Wien, 2018. Stand: 18. August 2020

Abteilung für Gewerberecht

E-Mail: post.IV1_19@bmdw.gv.at