

Bundsgewerbereferententagung 2016

in Wien

Protokoll

Inhalt

I. Anwendungsbereich der Gewerbeordnung und allgemeine Voraussetzungen für den Gewerbeantritt

1. (Oberösterreich) Wärmelieferung durch land- und forstwirtschaftliche Vereine
2. (Oberösterreich) Ertragsabsicht bei Konzernunternehmen
3. (Salzburg) Drittstaatsangehörige als gewerberechtliche Geschäftsführer - persönliche Voraussetzungen gemäß § 14 Abs. 2 GewO 1994
4. (Wien) Gleichwertigkeit von Ausbildungsnachweisen (Ö/D) - Gewerbeanmeldung
5. (Tirol) Grenzüberschreitende Verschmelzung/Umgründung gemäß § 11 GewO 1994
6. (Steiermark) Fortbetriebsrecht - Insolvenzmasse sowie gewerberechtlicher Geschäftsführer
7. (Oberösterreich) Harmonisierungsbestrebungen bezüglich der Ruhens-Bestimmungen

II. Reglementierte und freie Gewerbe

8. (Vorarlberg) Feststellung der individuellen Befähigung; Nachweis kaufmännischer Kenntnisse
9. (Burgenland) Individuelle Befähigung für das Gastgewerbe - Reicht eine dreijährige Tätigkeit in leitender Stellung in einem „freien Gastgewerbe“?
10. (Burgenland) Gastgewerbe - Einschränkung auf eine Betriebsart gastgewerbliche Betriebsarten
11. (Vorarlberg) Lomi-Lomi-Nui Hawaiiansiche Massage/Körperarbeit – gewerberechtliche Einreihung
12. (Steiermark) Spediteur-Befähigungsnachweisverordnung Spediteur-Prüfungsordnung
13. (Kärnten) Standort Gewerbeberechtigung Vermögensberater iVm. AltFG
14. (Steiermark) Kreditvermittler Redaktionsversehen oder Absicht in den §§ 136e bis 136h GewO 1994

15. (Kärnten) Nachweis Kenntnisse und Fähigkeiten des Personals vom Kreditvermittler
16. (Tirol) Richtlinie (EU) 2015/2302 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen – Innerstaatliche Umsetzung

III. Gewerbliches Betriebsanlagenrecht

17. (BMWFV) Photovoltaikanlagen und Ladestationen für E-KfZ
18. (Salzburg) Dingliche Wirkung Betriebsanlagengenehmigung
19. (Tirol) BVT-Schlussfolgerungen (IPPC-Anlage § 81b Abs. 4 GewO 1994)
20. (Vorarlberg) Zweite Genehmigungsfreistellungsverordnung – General- und Spezialgenehmigung
21. (Burgenland) Gitter-Lagerkojen in Einkaufszentren
22. (Wien) Einengung des Fluchtweges durch Einbau eines Treppenliftes
23. (Wien) Beachtung der Fluchtsituation bei gewerblich betriebenen Kinderbetreuungseinrichtungen in Einkaufszentren
24. (Wien) Brandschutzsituation in altgenehmigten Beherbergungsbetrieben
25. (Burgenland) Innenraumhöhe bei mobilen Verkaufsständen
26. (Wien) „Technologipark“ – rechtliche Grenzen der Zurverfügungstellung von fertig ausgestatteten Technologiebetrieben für die produktive Nutzung durch Start-Up-Unternehmen – Erfahrungsaustausch
27. (Salzburg) Zuständigkeit nach § 78 Abs. 1 GewO 1994
28. (Wien) Betrieb einer Betriebsanlage nach einer behebenden, aber noch nicht meritorischen Entscheidung eines Landesverwaltungsgerichtes
29. (Wien) Gastgärten in EKZ – Mallbereich – notwendiger Abstand zu den Geländern
30. (Niederösterreich) Fragen betreffend Betriebsanlagenverfahren, Bäderhygiene, Legionellen Untersuchungen - Vorschreibung mittels Auflage

IV. Verwaltungsverfahren und Gewerbeausübung durch Ausländer

31. (Niederösterreich) Örtliche Zuständigkeit für die Feststellung der individuellen Befähigung

32. (Niederösterreich) Form der Erledigung, wenn zugleich mit der Gewerbeanmeldung ein Antrag auf Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19 GewO 1994 gestellt wird
33. (Niederösterreich) Vorgangsweise, wenn die individuelle Befähigung von einer unzuständigen Behörde festgestellt wurde
34. (Salzburg) Beurteilung der Befähigung bei Entfall von Prüfungsteilen
35. (Oberösterreich) Umfangsverfahren nach § 349 – Pflicht zur Antragstellung
36. (Tirol) Gewerbeausschlussgrund gemäß § 13 Abs. 1 GewO 1994 wird nach Gewerbeanmeldung bekannt
37. (Kärnten) Prüfung des gewerberechtl. Geschäftsführers durch die Behörde
38. (Burgenland) Prüfung von nachher hinzugekommenen Personen mit maßgeblichen Einfluss - ausländische Staatsbürger
39. (Steiermark) Immobilientreuhänder Gewerbeanmeldung verschiedene Gebühren
40. (Vorarlberg) Vorübergehende grenzüberschreitende Dienstleistungen (§ 373a GewO 1994); Befähigungsnachweis-Regelungen

V. Sonstiges

41. (Wien) Zuverlässigkeitsprüfung? - Festgestellte Scheinunternehmen nach dem Sozialbetrugsbekämpfungsgesetz; Untersagung der Dienstleistung nach dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz
42. (Vorarlberg) Maßnahmen zur Verhinderung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung; zukünftige Vorgangsweise
43. (Oberösterreich) Öffnungszeiten von Konditoren
44. Allfälliges

I. Anwendungsbereich der Gewerbeordnung und allgemeine Voraussetzungen für den Gewerbeantritt

1. (Oberösterreich) Wärmelieferung durch land- und forstwirtschaftliche Vereine

Den Bezirksverwaltungsbehörden wird öfter die Frage gestellt, ob ein Verein, dessen Mitglieder nur Betreiber von Land- und Forstwirtschaften sind, von der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 4 Z 9 GewO 1994 erfasst ist.

Nach § 2 Abs. 4 Z 9 GewO 1994 ist unter gewissen Voraussetzungen die Erzeugung und Lieferung von Wärme aus Biomasse bis einschließlich vier MW durch natürliche Personen, Gesellschaften bürgerlichen Rechts oder land- und forstwirtschaftlichen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften als Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft zulässig.

Begrifflich setzt ein Nebengewerbe iSd § 2 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 eine Land- und Forstwirtschaft voraus. Diesbezüglich wurde allerdings im Protokoll über die Tagung der GRT 2008 zu TOP 3 festgehalten, dass die Genossenschaft ein Nebengewerbe nach § 2 Abs. 4 Z 9 GewO 1994 betreiben kann, wenn ein Genossenschafter eine Land- und Forstwirtschaft betreibt.

Nach unserer Auffassung sollte die genannte Bestimmung auf Grund eines Größenschlusses auch für Vereine iSd Vereinsgesetzes 2002 anwendbar sein: Wenn schon genossenschaftliche Vereinigungen, denen die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder immanent ist, unter bestimmten Bedingungen für Wärmelieferungen keine Gewerbeberechtigung benötigen, müsste dies für einen ideellen Verein, dessen Mitglieder Land- und Forstwirte sind und der ein bestimmtes Gebiet mit Wärme versorgt, ebenfalls gelten. Um Erörterung wird ersucht.

Zu TOP 1:

Die Erzeugung und Lieferung von Wärme aus Biomasse bis einschließlich vier MW wird durch die Gewerbeordnung unter die Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft eingereiht und ist gemäß § 2 Abs. 4 Z 9 GewO 1994 vom Anwendungsbereich der Land- und Forstwirtschaft ausgenommen. Der Betrieb eines Nebengewerbes im Sinne des § 2 Abs. 4 GewO 1994 setzt immer einen land- und forstwirtschaftlichen Betrieb voraus, der die Ausnahmebestimmung in Anspruch nehmen darf, wenn in organisatorischem Zusammenhang mit der land- und forstwirtschaftlichen Haupttätigkeit die betreffende gewerbliche Tätigkeit in untergeordnetem Umfang ausgeübt wird. Da es bei einem Nebengewerbe auf den Zusammenhang mit der land- und forstwirtschaftlichen Tätigkeit ankommt, wird der im Tagesordnungspunkt vertretenen Auffassung zugestimmt, dass durch diese Ausnahme auch Vereine erfasst sind, deren Mitglieder ausschließlich Land- und Forstwirte sind.

2. (Oberösterreich) Ertragsabsicht bei Konzernunternehmen

Im Rahmen einer Anfrage wurde von uns die Auskunft erteilt, dass bei einem zu einem Konzern gehörigen Unternehmen, das zum Vorteil des gesamten Konzerns für die von ihm erbrachten Leistungen auf einen Ertrag verzichtet und lediglich kostendeckend wirtschaftet, dennoch die Absicht auf Ertragserzielung gegeben ist. Wir haben uns dabei auf folgende Judikatur gestützt:

Der Verwaltungsgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Erzielung eines unmittelbaren Ertrages für den Begriff der Gewerbsmäßigkeit kein essentielles Erfordernis ist. Auch aus der Unentgeltlichkeit einer Tätigkeit oder aus ihrer Erbringung zu Selbstkosten kann nicht in jedem Fall geschlossen werden, dass ihr keine Gewinnerzielungsabsicht zugrunde liegt. Auch mit solchen Tätigkeiten kann ein Wettbewerbsvorteil oder die Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit des Betriebes und damit ein wirtschaftlicher Vorteil verbunden sein. Vom Verwaltungsgerichtshof wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass sich ein wirtschaftlicher Vorteil für das Unternehmen auch mittelbar ergeben kann. Der wirtschaftliche Vorteil kann dabei zugunsten einer anderen unternehmerischen Tätigkeit bestehen (vgl. etwa VwGH vom 28.6.1989, 88/03/0077, 2.10.1989, 88/04/0045, 13.10.1993, 92/03/0054, 13.10.1993, 92/03/0191).

In der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes wird daher zum wirtschaftlichen Vorteil „jede wirtschaftlich positive Wirkung, namentlich die Erzielung eines geldlichen Gewinnes, aber auch sonstige den Geschäftszielen dienliche positive Effekte“ gezählt, „wie z.B. die Festigung bestehender Geschäftsverbindungen, die Vergrößerung des Kreises der Geschäftskunden, die Steigerung des Bekanntheitsgrades eines Unternehmens oder die Verbesserung der Kreditwürdigkeit“ (VwGH 31.5.2012, 2010/06/0207).

Soweit ersichtlich ist aber die Frage, wie weit der Begriff des „Betriebes“ bzw. „Unternehmens“ nach dieser Rechtsprechung auszulegen ist, noch nicht judiziert. Legt man die Ausführungen von Philipp Stanek, Konzernbegriff und steuerliche Zurechnung (Teil I) Die Bedeutung des Konzernbegriffs des § 15 AktG im Steuerrecht, taxlex 2015, 337, zu Grunde, wäre von einem weiten Konzernbegriff auszugehen, wobei aber dem finanziellen Bereich eine Schlüsselstellung unter den unternehmerischen Teilbereichen zu-

kommt: danach ist eine einheitliche Leitung jedenfalls im Fall einer einheitlichen Finanzplanung gegeben, weil durch eine solche im Ergebnis sämtliche Konzernaktivitäten determiniert werden. Dabei reicht es aus, dass sich die Finanzplanung nur auf größere Investitionen, budgetäre Vorgaben oder eine einheitliche Liquiditätssteuerung bezieht.

Um Erörterung, ob im Fall von Konzernunternehmen - bei weiter Begriffsauslegung - für jedes Unternehmen eine Ertragsabsicht anzunehmen ist, wird ersucht.

Zu TOP 2:

Wenn ein zu einem Konzern gehöriges Unternehmen Leistungen erbringt, ohne dass ein über die eigenen Unkosten hinausgehender Ertrag erzielt werden soll, liegt jedenfalls keine Absicht vor, einen unmittelbaren Ertrag zu erzielen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist allerdings die Erzielung eines unmittelbaren Ertrages für den Begriff der Gewerbsmäßigkeit kein essentielles Erfordernis; eine solche ist schon bei der Absicht gegeben, auch einen bloß mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Ertragserzielungsabsicht liegt auch vor, wenn die Tätigkeit letzten Endes der Erreichung des mit dem Gewerbebetrieb verbundenen geschäftlichen Zieles dient. Um prüfen zu können, ob ein mittelbarer Ertrag erzielt wird, ist eine Betrachtung aller betrieblichen Aktivitäten erforderlich, die einen wirtschaftlichen Vorteil für das Unternehmen bringen können. So liegt auch hinsichtlich einer unentgeltlichen Leistung eine mittelbare Ertragsabsicht vor, wenn damit andere Angebote des Unternehmens für die Kunden attraktiver gemacht werden sollen (vgl. VwGH 13.10.1993, 92/03/0054 - unentgeltlicher Transport von Schischülern zum Schischulsammelplatz durch den Betreiber einer Schischule). Die bisherige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wird so verstanden, dass zwar eine gesamtbetriebliche Beurteilung der Ertragssituation des Unternehmens erforderlich ist, die Einbeziehung wirtschaftlich positiver Auswirkungen bei anderen Unternehmen, die einem Konzern angehören, allerdings nicht geboten ist.

3. (Salzburg) Drittstaatsangehörige als gewerberechtliche Geschäftsführer - persönliche Voraussetzungen gemäß § 14 Abs. 2 GewO 1994

Gemäß § 39 Abs. 2 GewO 1994 muss der gewerberechtlicher Geschäftsführer den für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen entsprechen. Gemäß § 39 Abs. 2a Z 1 GewO 1994 muss der gewerberechtlicher Geschäftsführer keinen Wohnsitz im Inland haben, wenn die Zustellung der Verhängung und die Vollstreckung von Verwaltungsstrafen durch Übereinkommen sichergestellt sind. Als allgemeine persönliche Voraussetzung ist im § 14 Abs. 1 GewO 1994 festgelegt, dass Drittstaatsangehörige Gewerbe wie Inländer ausüben dürfen, wenn sie sich nach den für sie in Betracht kommenden Rechtsvorschriften zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit bereits in Österreich aufhalten dürfen. Für Drittstaatsangehörige, die noch nicht rechtmäßig aufhältig sind (Erstantragsteller) und in Österreich ein Gewerbe ausüben wollen, ist die Erteilung eines Aufenthaltstitels, der die Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit zulässt, zur rechtmäßigen Ausübung dieses Gewerbes erforderlich.

Bei wörtlicher Anwendung dieser Bestimmungen könnten Drittstaatsangehörige nur dann zu gewerberechtlichen Geschäftsführern bestellt werden, wenn sie einen entsprechenden Aufenthaltstitel für eine Erwerbstätigkeit in Österreich besitzen. Nach h.a. Ansicht ist diese Auslegung nicht für Drittstaatsangehörige sinnvoll, welche gemäß § 39 Abs. 2a Z 1 GewO 1994 keinen Wohnsitz im Inland haben müssen.

Der Anfrage liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Eine GmbH mit Sitz in Deutschland hat im Bundesland Salzburg eine Zweigniederlassung zur Ausübung eines freien Handelsgewerbes gegründet. Handels- und gewerberechtliche Geschäftsführerin ist eine israelische Staatsbürgerin mit einem Aufenthaltstitel für Deutschland. Sie hat keinen Wohnsitz in Österreich, kann sich aber aufgrund ihres Wohnsitzes und der Grenznähe im Betrieb entsprechend betätigen, indem sie mehrmals in der Woche über die Grenze reist.

Nach ha Ansicht würde die Forderung nach einem österreichischen Aufenthaltstitel den Intentionen des § 39 GewO 1994 widersprechen, zumal dies auf die Verpflichtung zur Begründung eines österreichischen Wohnsitzes hinauslaufen würde.

Um Diskussion und Erfahrungsaustausch wird ersucht.

Zu TOP 3:

In dem der Frage zugrunde liegenden Sachverhalt entfällt nach Ansicht des BMWFW das Erfordernis eines inländischen Wohnsitzes der Geschäftsführerin nach § 39 Abs. 2a lit. 1 GewO 1994. Die Zustellung der Verhängung und die Vollstreckung von Verwaltungsstrafen ist mit Deutschland durch dem Vertrag zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland über Amts- und Rechtshilfe in Verwaltungssachen sichergestellt. Dieses Übereinkommen ist nicht auf deutsche und österreichische Staatsbürger eingeschränkt, sondern dient allgemein der Rechts- und Amtshilfe in Verwaltungsstrafsachen, konkret in Art. 9 durch Vollstreckung von öffentlichrechtlichen Geldforderungen. Da im Vertrag keine Einschränkung auf die jeweiligen Staatsbürger der Vertragsstaaten vorgenommen wird, wird davon ausgegangen, dass auch für in Deutschland ansässige Drittstaatsangehörige die Anforderungen des § 39 Abs. 2a lit. 1 GewO erfüllt sind.

Eine Diskussion des § 14 GewO 1994 erübrigt sich. § 14 GewO 1994 regelt die Zulassung von ausländischen Personen als Inhaber von Gewerbeberechtigungen. Diese Regelung darf nicht mit den Zulassungsregeln für einen gewerberechtigten Geschäftsführer vermischt werden. Es handelt sich bei Gewerbeinhaber und gewerberechtigtem Geschäftsführer um verschiedene Rechtsinstitute, die auch unterschiedlich geregelt sind.

4. (Wien) Gleichwertigkeit von Ausbildungsnachweisen (Ö/D) - Gewerbeanmeldung

Das Berufsbildungsabkommen Österreich – Deutschland enthält eine Liste von österreichischen und deutschen Meisterprüfungen, die gegenseitig anerkannt sind. So gilt beispielsweise beim Gewerbe „Dachdecker“ die formelle Befähigung auch in Österreich als erbracht, wenn die Kundin/der Kunde ein deutsches Zeugnis über das Bestehen der Meisterprüfung im Handwerk „Dachdecker“ vorlegt. Wurde nun etwa durch die zuständige deutsche Behörde die Gleichwertigkeit eines im Ausland erworbenen Ausbildungsnachweises mit einer deutschen Meisterprüfung bescheidmäßig festgestellt und ist diese Meisterprüfung im Berufsbildungsabkommen Österreich – Deutschland enthalten, stellt sich die Frage, ob bei einer Gewerbeanmeldung in Österreich vom Vorliegen der formellen Befähigung ausgegangen werden kann. Nach Ansicht des Amtes der Wiener Landesregierung trifft dies zu. Wird diese Ansicht geteilt?

Zu TOP 4

Dieser Ansicht wird zugestimmt.

Gemäß dem deutsch-österreichischen Berufsausbildungsabkommen aus 1989 und den darauf beruhenden offiziellen Notenwechsell sind 26 gewerbliche Meisterprüfungen aus beiden Ländern rechtsverbindlich gleichgestellt. Wenn nun die zuständige deutsche Behörde die Gleichwertigkeit eines Ausbildungsnachweises mit einer solchen deutschen Meisterprüfung bescheidmäßig feststellt, kann - auch im Sinne der fortschreitenden Integration und dem Vertrauen in Behörden anderer EU-Mitgliedstaaten - davon ausgegangen werden, dass das Erfordernis einer Meisterprüfung erfüllt ist.

(Anlage)

5. (Tirol) Grenzüberschreitende Verschmelzung/ Umgründung gemäß § 11 GewO 1994

Eine GmbH ist im GISA-Zahl mit dem Gewerbe „Herstellung von Arzneimitteln und Großhandel mit Arzneimitteln“ erfasst. Nun wurde im Firmenbuch eine grenzüberschreitende Verschmelzung mit einem anderen Unternehmen mit Sitz in der Slowakei eingetragen und die GmbH gelöscht. Ein inländischer Sitz od. eine inländische Zweigniederlassung des verschmolzenen Unternehmens liegen nicht vor.

Gemäß § 11 Abs. 4 GewO 1994 geht bei Umgründungen (Verschmelzungen, Umwandlungen, Einbringungen, Zusammenschlüssen, Realteilungen und Spaltungen) die ursprüngliche Berechtigung zur Gewerbeausübung auf den Nachfolgeunternehmer (Rechtsnachfolger) nach Maßgabe der in den Abs. 5 und 6 festgelegten Bestimmungen über.

Gemäß § 11 Abs. 5 erster Satz GewO 1994 entsteht die Berechtigung zur weiteren Gewerbeausübung im Sinne des Abs. 4 mit dem Zeitpunkt der Eintragung der Umgründung im Firmenbuch, wenn der Nachfolgeunternehmer (Rechtsnachfolger) die Voraussetzungen für die Ausübung des betreffenden Gewerbes erfüllt.

Gemäß § 14 Abs. 4 GewO 1994 dürfen juristische Personen und sonstige ausländische Rechtsträger, die weder ihren Sitz noch eine Niederlassung im Inland haben, soweit Staatsverträge nicht anderes vorsehen, Gewerbe nicht ausüben.

Es wird die Rechtsansicht vertreten, dass hier keine Umgründung iSd § 11 Abs. 4 GewO 1994 vorliegt, da die übernehmende Gesellschaft nicht die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 GewO 1994 erfüllt und somit das Gewerbe mit Eintragung im Firmenbuch zu löschen ist.

Die Berücksichtigung des Bundesgesetzes über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union (EU-Verschmelzungsgesetz – EU-VerschG) hat auf die gewerberechtliche Umgründung keine Auswirkung.

Um Mitteilung der do. Rechtsmitteilung wird gebeten.

Zu TOP 5:

Die übernehmende Gesellschaft hat ihren Sitz in der Slowakischen Republik. Eine inländische Zweigniederlassung liegt nicht vor.

Gemäß § 14 Abs. 4 GewO 1994 dürfen juristische Personen und sonstige ausländische Rechtsträger, die weder ihren Sitz noch eine Niederlassung im Inland haben, soweit Staatsverträge nicht anderes vorsehen, Gewerbe nicht ausüben.

Der Übergang der Gewerbeberechtigung von der übertragenden auf die übernehmende Gesellschaft ist an die Voraussetzung gebunden, dass die Nachfolgeunternehmerin die Voraussetzungen für die Ausübung des betreffenden Gewerbes erfüllt.

Liegt der Sitz einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Ausland, so ist die Gesellschaft durch die Geschäftsführer zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden, wenn sie eine inländische Zweigniederlassung hat (§ 107 Abs. 1 GmbH-Gesetz). Da eine inländische Zweigniederlassung der ausländischen GmbH nicht vorliegt, sind die Voraussetzungen für einen Übergang der Gewerbeberechtigung im Sinne des § 11 Abs. 4 und 5 GewO 1994 nicht erfüllt.

6. (Steiermark) Fortbetriebsrecht - Insolvenzmasse sowie gewerberechtlicher Geschäftsführer

Eine GmbH ist im Besitz einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe „Baugewerbetreibender, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten. Der eingetragene gewerberechtliche Geschäftsführer ist gleichzeitig vertretungsbefugtes Organ der GmbH und laut Firmenbuch Gesellschafter mit einem Geschäftsanteil von 50 %. Über dieses Unternehmen wurde das Insolvenzverfahren eröffnet und es entstand ex lege das Fortbetriebsrecht der Insolvenzmasse.

Gemäß § 41 Abs. 5 GewO 1994 tritt der Insolvenzverwalter mit Einlangen der Anzeige des Fortbetriebes in die Funktion des Geschäftsführers ein. Er gilt nicht als Geschäftsführer, wenn mit der Ausübung des Gewerbes ohne Geschäftsführer Gefahren für das Leben oder die Gesundheit von Menschen verbunden sind. In diesem Fall hat der Fortbetriebsberechtigte einen Geschäftsführer zu bestellen. Gemäß § 39 Abs. 2 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 muss er über eine dem Abs. 1 entsprechende, selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis verfügen. Er muss der Erteilung der Anordnungsbefugnis und seiner Bestellung nachweislich zugestimmt haben.

Handelt es sich um ein Gewerbe, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, so muss der gemäß § 9 Abs. 1 zu bestellende Geschäftsführer einer juristischen Person außerdem

1. dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehören oder
2. ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigt, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein.

In diesem Fall soll der gewerberechtliche Geschäftsführer ein Arbeitnehmer mit 20 Wochenstunden sein. Die Steiermärkische Gebietskrankenkasse teilte nach Rücksprache mit, dass eine Anmeldung nicht möglich sei, da diese Person einen Geschäftsanteil von 50% an der GmbH besitzt. Nach Auffas-

sung der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse sei das nicht zulässig bzw. sozialversicherungsrechtlich nicht möglich.

Es wird um Diskussion gebeten, wie in solchen Fällen vorzugehen ist.

Zu TOP 6:

Der Gesellschafter der GmbH, der einen Geschäftsanteil von 50% besitzt, konnte nur deshalb rechtmäßig zum gewerberechtlichen Geschäftsführer bestellt werden, weil er gleichzeitig dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der GmbH angehört (§ 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994). Dem Gesellschafter, der zu 50% an der GmbH beteiligt ist, kommt ein maßgeblicher Einfluss auf die Führung des Unternehmens zu. Das Vorliegen eines maßgeblichen Einflusses auf die Führung des Unternehmens schließt nach der Rechtsprechung ein versicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis aus (OGH 26.1.1988, 10ObS29/87 und die dort angegebene Judikatur und Literatur).

Ein Gesellschafter, der mit 50% an einer GmbH beteiligt und nicht gleichzeitig vertretungsbefugtes Organ der GmbH ist, erfüllt nicht die in § 39 Abs. 2 dritter Satz GewO 1994 festgelegten Voraussetzungen und kann daher nicht zum gewerberechtlichen Geschäftsführer der GmbH bestellt werden.

Wenn mit der Ausübung des Gewerbes ohne Geschäftsführer Gefahren für das Leben oder die Gesundheit von Menschen verbunden sind, was für ausführende Bautätigkeiten zutrifft, hat die fortbetriebsberechtigte Insolvenzmasse einen Geschäftsführer zu bestellen (§ 41 Abs. 5 zweiter Satz GewO 1994). Der Fortbetrieb erfolgt gewerberechtlich im Namen und auf Rechnung der Insolvenzmasse. Das Beschäftigungsverhältnis ist zur fortbetriebsberechtigten Insolvenzmasse und nicht zur GmbH zu begründen. Der Gesellschafter hat keinen maßgeblichen Einfluss auf den Fortbetrieb durch die Insolvenzmasse. Der Standpunkt der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse ist daher nicht nachvollziehbar.

7. (Oberösterreich) Harmonisierungsbestrebungen bezüglich der Ruhens-Bestimmungen

Die WKOOE hat uns um Stellungnahme iZm Problemen bei Verlegung des Standortes von ruhend gemeldeten Gewerben in ein anderes Bundesland ersucht. Es komme immer wieder vor, dass derartige Gewerbe aktiviert und die betroffenen Inhaber mit Zahlungsverpflichtungen seitens der neuen Landeskammer und der gewerblichen Sozialversicherungsanstalt konfrontiert würden.

Diesbezüglich hat die „Rp-Community“ der WKO in einem Vermerk vom 9.3.2012 folgende Auffassung vertreten: Nach § 46 Abs. 2 GewO 1994 ist die Verlegung des Betriebes eines Gewerbes in einen anderen Standort anzuzeigen. Unter Betriebsverlegung ist die Auflassung einer der Gewerbeausübung dienenden organisatorischen Einheit einschließlich der erforderlichen Geräte, Maschinen und sonstigen Einrichtungen am ursprünglichen Standort und deren Neuerrichtung an einem anderen Standort zu verstehen. Dies setzt nicht voraus, dass das Gewerbe am neuen Standort tatsächlich aktiv ausgeübt wird. Eine Aktivierung ist daher nicht erforderlich.

Aus § 93 Abs. 1 GewO 1994, wonach das Ruhen und die Wiederaufnahme der Gewerbeausübung binnen drei Wochen der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft anzuzeigen ist, kann unseres Erachtens auch nicht abgeleitet werden, dass im Fall einer Verlegung des Standortes in ein anderes Bundesland eine neuerliche Anzeige des Ruhens an die nunmehr zuständige Landeskammer erstattet werden müsste.

Auf Grund der in der Praxis auftretenden Probleme stellt sich allerdings die Frage, in wie weit eine Harmonisierung der unterschiedlichen Ruhens-Bestimmungen in der Gewerbeordnung (§§ 93, 365a Abs. 1 Z 18, 365b Abs. 1 Z 15, 366 Abs. 1 Z 8) dahingehend, dass alle Ruhendmeldungen im GISA zu vermerken sind, anzustreben wäre. Um Mitteilung des Standpunktes des Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft zu dieser Frage wird ersucht.

Zu TOP 7:

Das Ruhen der Gewerbeausübung hat insgesamt drei mögliche Rechtsfolgen:

- a) für die Beziehung des Mitgliedes der Wirtschaftskammer zur Wirtschaftskammerorganisation (insb. verminderte Beitragsverpflichtung);
- b) für die Beziehung des Pflichtversicherten zur Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (insb. verminderte oder entfallende Sozialversicherungsbeiträge);
- c) für die Ausübungsbefugnis des Gewerbetreibenden im Lichte der GewO 1994

Das Ruhen zieht in jedem Fall die unter a) und b) angesprochenen Rechtsfolgen nach sich. Hinsichtlich der Ausübungsbefugnis zieht das Ruhen allerdings nur in speziellen Fällen die unter c) beschriebene Rechtsfolge nach sich, nämlich bei jenen Gewerben, zu deren Ausübung die Gewerbeordnung auch das Vorliegen einer spezifischen Haftpflichtversicherung erfordert.

Eine „Harmonisierung“ ist daher weder erforderlich noch wäre sie sachlich gerechtfertigt. Es besteht kein sachlicher Grund, ein gewerbebehördliches Verfahren zur Gewinnung von für den Gewerbevollzug und die für die Ausübungsbefugnis irrelevanten Informationen, die dann auch zusätzlich unter Durchsetzungssanktion zu stellen wären, zu etablieren.

Um GISA als Informationsservice im gesamten Ruhensbereich sinnvoll zu aktivieren, müsste zunächst gewährleistet sein, dass die Rechtsbeziehungen zwischen Wirtschaftskammerorganisation und Mitglied sowie die Rechtsbeziehungen zwischen SVA und versicherter Person zueinander und auch in sich harmonisiert sind. Dies ist derzeit aber nicht der Fall, und dies kann die GewO 1994 auch nicht ersatzweise leisten, da die GewO 1994 damit in den autonomen Bereich von Körperschaften des öffentlichen Rechts im Bereich der Selbstverwaltung eingreifen würde. Es kann auch gute Gründe für diese Differenzierungen im Bereich der Selbstverwaltung geben: etwa Unterschiede im Bereich der Erfordernisse diverser Landeskammern, oder auch allein der Umstand, dass Sozialversicherungsrecht völlig andere Ziele hat, als die Organisation der Unternehmer in einer gesetzlichen Vertretung ihrer Interessen.

Ein Übernehmen von gewerberechtlich nicht relevanten Ruhensinformationen in das GISA würde derzeit lediglich den Eindruck erwecken, dass diese Rechtsbeziehungen der Selbstverwaltungen zu ihren Mitgliedern in sich und auch zueinander kohärent sind - und damit weit mehr zur Verwirrung als zur Transparenz beitragen.

II. Reglementierte und freie Gewerbe

8. (Vorarlberg) Feststellung der individuellen Befähigung; Nachweis kaufmännischer Kenntnisse

Nach § 16 Abs. 2 GewO 1994 ist unter Befähigungsnachweis der Nachweis zu verstehen, dass der Einschreiter die fachlichen einschließlich der kaufmännischen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen besitzt, um die dem betreffenden Gewerbe eigentümlichen Tätigkeiten selbständig ausführen zu können. In mehreren Verordnungen über die den Befähigungsnachweis regelnden Zugangsvoraussetzungen (siehe bspw. § 2 der Massage-Verordnung) wird – vereinfacht formuliert – kein kaufmännischer Nachweis vorgeschrieben. Zur Feststellung der individuellen Befähigung nach § 19 vertritt der VwGH in ständiger Rechtsprechung, dass die den Befähigungsnachweis nach § 18 Abs. 1 festlegenden Vorschriften den Maßstab dafür bilden, ob die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen belegt werden. Die Behörde hat daher die dem Befähigungsnachweis im Sinne des § 18 Abs. 1 festlegenden Vorschriften (Zugangsvoraussetzungen) zur Beurteilung der individuellen Befähigung heran zu ziehen.

Wir vertreten die Rechtsansicht, dass, wenn in den Zugangsvoraussetzungen keine kaufmännischen Kenntnisse gefordert werden, dies auch nicht im Verfahren zur Feststellung der individuellen Befähigung gefordert werden kann. Es wäre widersprüchlich, wenn im Verfahren zur Feststellung der individuellen Befähigung ein strengerer Maßstab anzulegen wäre.

Es wird um Mitteilung ersucht, ob unserer Rechtsansicht gefolgt wird.

zu TOP 8:

Der Rechtsansicht wird geteilt.

Der Maßstab für die Beurteilung des individuellen Befähigungsnachweises kann kein anderer sein, als für die Beurteilung des standardisierten Befähigungsnachweises. (Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO3, § 19 Rz 13). Fähigkeiten und Kenntnisse, die in den Befähigungsnachweisvorschriften nicht gefordert werden, können daher auch nicht im Verfahren zur Feststellung der individuellen Befähigung gefordert werden.

9. (Burgenland) Individuelle Befähigung für das Gastgewerbe - Reicht eine dreijährige Tätigkeit in leitender Stellung in einem „freien Gastgewerbe“?

Immer wieder bekommen wir Anfragen zur Gewerbebeanmeldungen für das Gastgewerbe – vorwiegend von Ausländern – die der Meinung sind, wenn sie ein freies Gastgewerbe drei Jahre führten, dies eine leitende Tätigkeit ist und sich somit die Befähigungsprüfung im Gastgewerbe ersparen. Lt. Meinung der Wirtschaftskammer können diese Tätigkeiten des freien Gastgewerbes, mit einer vollen Befähigung im Gastgewerbe nicht wirklich verglichen werden.

Z 8 der BefähigungsnachweisVO für Gastgewerbe lautet: „3-jährige Tätigkeit in leitender Stellung im Gastgewerbe“. Früher lautete der § 111 Abs. 2 GewO 1994: „keiner Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe bedarf es,.....“ jetzt lautet der § 111 Abs. 2 GewO 1994: „keinen Befähigungsnachweises für das Gastgewerbe bedarf es...“

Früher sind wir daher selbstverständlich davon ausgegangen, dass das freie "Gastgewerbe" eigentlich kein gar kein (reglementiertes) Gastgewerbe ist, sondern nur ein „freies Gewerbe“. Somit war für uns eindeutig, dass die Voraussetzungen für die Z 8 der BefähigungsnachweisVO nicht vorlagen, wenn jemand nur das „freie Gastgewerbe" zuvor 3 Jahre ausgeübt hat. Es war ein § 19 Verfahren erforderlich.

Durch die Änderung der Formulierung des § 111 ist das jedoch nicht mehr so eindeutig. Denn jetzt sind auch die Tätigkeiten des § 111 Abs. 2 eindeutig ein „Gastgewerbe"! (Der Hintergrund der Gesetzesänderung war, dass es für jedermann eindeutig ist, dass man eine Gewerbeberechtigung für diese Tätigkeit benötigt.)

Daher ist es jetzt -rein nach dem Gesetzestext- nicht mehr so ganz eindeutig, dass- unter Berufung auf Z 8 nicht doch die Befähigung angenommen werden kann. Es wird um einen Meinungs austausch und die Bekanntgabe der do. Rechtsansicht gebeten.

Zu TOP 9:

Seit Inkrafttreten der Gewerberechtsnovelle BGBl. I Nr. 85/2013 behandelt die Gewerbeordnung die sogenannten „freien Gastgewerbe“ als Tätigkeiten, die dem Gastgewerbe zugehören. Diese Tätigkeiten sind daher gastgewerbliche Betriebsarten, die zugangsrechtlich lediglich insofern anders als die sonstigen gastgewerblichen Betriebsarten behandelt werden, als für den Antritt dieser gastgewerblichen Betriebsarten kein Befähigungsnachweis erforderlich ist.

Der Gesetzgeber hat diese Entscheidung bewusst getroffen und zu dieser Änderung ausgeführt (AA-324 XXIV. GP):

Bei den Berechtigungen gemäß § 111 Abs. 2 handelt es sich zweifelsfrei um gastgewerbliche Tätigkeiten, die lediglich keinen Befähigungsnachweis erfordern. Dies wird durch die geänderte Formulierung klargestellt. Damit werden bestehende Auslegungsfragen gelöst.

§ 1 Abs. 1 Z 8 der Gastgewerbe-Verordnung erfordert ausdrücklich ein Zeugnis über eine ununterbrochene Tätigkeit in leitender Stellung im Gastgewerbe. Bestimmte Betriebsarten fordert die Verordnung nicht, ebenso wenig nimmt die Verordnung Rücksicht darauf, unter welchen Voraussetzungen das Gastgewerbe, in welchem der Anmelder in leitender Stellung tätig war, angetreten werden kann.

Es ist daher - ungeachtet möglicher anderer früherer Interpretationen des Gastgewerbes vor der Novelle BGBl. I Nr. 85/2013, wobei der Gesetzgeber durch die Novelle ausdrücklich klargestellt hat, wie er die Berechtigungen gemäß § 111 Abs. 2 GewO 1994 versteht und insbesondere nicht zuletzt gerade damals bestehende Auslegungen im Auge hatte - eindeutig, dass der Nachweis gemäß § 1 Abs. 1 Z 8 unabhängig davon, ob die Tätigkeit in einem Gastgewerbe erfolgt ist, das nur mit Befähigungsnachweis angetreten werden kann, oder in einem Gastgewerbe, das auch ohne Befähigungsnachweis angemeldet werden kann, erbracht ist.

10. (Burgenland) Gastgewerbe - Einschränkung auf eine Betriebsart

Im Rahmen des interdisziplinären Austausches wurde vereinbart, dass bei Anträgen auf Feststellung des Individuellen Befähigungsnachweises bzw. der Anerkennung der Qualifikationen eine Einschränkung auf eine Betriebsart erfolgen soll.

Es wird eine neuerliche Diskussion hinsichtlich der Vorgehensweise ersucht, da die Einschränkung weder rechtlich gerechtfertigt noch zweckmäßig erscheint (bei Änderung der Betriebsart wäre eine neuerliche Individuelle Befähigung erforderlich).

Im Zuge der Anmeldung des Gastgewerbes wäre die Betriebsart jedenfalls zu prüfen und wäre der Umfang der Prüfung jedenfalls der Wortlaut der Anmeldung.

Zu TOP 10:

Im Verfahren zur Beurteilung, ob eine individuelle Befähigung vorliegt, hat sich die Behörde einerseits von den Nachweisen, welche der Befähigungswerber vorlegt und andererseits von der konkreten gewerblichen Tätigkeit, für welche der Befähigungswerber die individuelle Befähigung begehrt, leiten zu lassen.

Es besteht zwar gemäß § 19 zweiter Satz GewO 1994 grundsätzlich die Möglichkeit, dass die Behörde das Vorliegen der individuellen Befähigung mit Beschränkung auf Teiltätigkeiten des betreffenden Gewerbes auszusprechen hat, wenn die Befähigung nur in diesem Umfang vorliegt. Die Behörde kann auf diese Weise erst im Ergebnis eines von der Behörde durchgeführten Individualprüfungsverfahrens vorgehen.

Es ist hingegen nicht zulässig, das Verfahrensergebnis ohne Ansehung der konkreten Sache vorweg zu nehmen und generell die individuelle Befähigung nur unter Einschränkung auf eine bestimmte Betriebsart festzustellen.

11. (Vorarlberg) Lomi-Lomi-Nui Hawaiiansiche Massage/Körperarbeit – gewerberechtliche Einreihung

In Vorarlberg wurde mehrfach die Frage aufgeworfen, welche (fachlichen) Voraussetzungen für die gewerbliche Ausübung der hawaiianischen Massage/Körperarbeit Lomi-Lomi-Nui erforderlich sind.

Bei der Prüfung der Frage wurde von Seiten des Amtes der Vorarlberger Landesregierung festgestellt, dass hier offensichtlich österreichweit eine uneinheitliche Rechtsauffassung besteht. So liegt dem Amt der Vorarlberger Landesregierung zum Beispiel eine gemeinsame Position der Bundesinnung der Fußpfleger, Kosmetiker und Masseur sowie des Fachverbandes der persönlichen Dienstleister vor, wonach die Meinung vertreten wird, dass mit der Bezeichnung Lomi-Lomi-Nui in aller Regel Techniken bezeichnet werden, bei der energetische Aspekte im Wege eindeutiger Massagetechniken transportiert werden und daher die Gewerbeausübung dem reglementierten Massagegewerbe unterliegt. Andererseits ist diese Tätigkeit im sogenannten Methodenkatalog der Humanenergetik als freies Gewerbe angeführt. Auch werden österreichweit verschiedene Lomi-Lomi - Ausbildungen angeboten und in den jeweiligen Ausschreibungen unterschiedliche Rechtsauffassungen (freies Gewerbe der Hilfestellung zur Erreichung einer körperlichen und energetischen Ausgewogenheit; reglementiertes Massagegewerbe mit Hinweis auf § 19 Zugang) kundgetan.

Im Sinne eines zukünftigen österreichweit einheitlichen Vollzuges in der gegenständlichen Angelegenheit erscheint uns daher die Klärung der Frage der gewerberechtlichen Zuordnung der Tätigkeit bzw. eine Klärung hinsichtlich der Zulässigkeit der Führung des Begriffes Lomi-Lomi-Nui im Rahmen eines freien Gewerbes durch das Bundesministerium notwendig zu sein. Im Hinblick auf eine gewerbliche Beurteilung der Tätigkeit wurde von uns von Seiten der Wirtschaftskammer Vorarlberg sowie von Kursleitern zur Frage der eigentümlichen Arbeitsvorgänge, etc, eine Tätigkeitsumschreibung eingeholt.

Dabei wurde im Wesentlichen Folgendes angeführt:

Bei Lomi-Lomi-Nui handelt es sich um eine alte Form der hawaiianischen Körperarbeit (Tempelmassage). Lomi-Lomi heißt übersetzt in etwa starkes Drücken, Reiben, Kneten, Massieren. Lomi-Lomi wird als eine ganzheitliche Anwendungsform bezeichnet, die zu einer Balance zwischen Körper, Seele und Geist führen soll. Mit Hilfe der hawaiianischen Körperarbeit soll nicht nur eine Lockerung der Muskeln erreicht werden, sondern gleichzeitig auch eine Entspannung der Muskeln durch die Gemütsverfassung erzielt werden. Charakteristisch für den hawaiianischen Massagestil sind kontinuierlich fließende, kreisende und ineinander übergehende Streichungen mit Fingern, Händen und Unterarmen. Diese gehen dann in weiterer Folge in knet- und rollende Bewegungen, vorrangig im Rücken-, Waden- und Oberschenkelbereich über. Lomi-Lomi wird als bewegte und bewegende tiefe Gewebearbeit, die die Muskulatur geschmeidig werden lässt und den Energiefluss anregt, umschrieben. Gleichzeitig soll Lomi-Lomi den zellulären Stoffwechsel fördern.

Im Hinblick auf die gewerberechtliche Beurteilung muss uE auf das entsprechende Berufsbild und die entsprechenden Ausübungsvorschriften des reglementierten Massagegewerbes verwiesen werden. Im Sinne eines zukünftig einheitlichen Vollzuges wird um Mitteilung der Rechtsansicht des Bundesministeriums ersucht, unter welchen Voraussetzungen die gewerbliche Ausübung der Tätigkeit Lomi-Lomi-Nui zulässig ist.

Lt. ho. vorliegenden Informationen (WKÖ-FV Fußpfleger, Kosmetiker und Masseur; Internetrecherche: https://de.wikipedia.org/wiki/Lomi_Lomi_Nui etc.) handelt es sich bei „Lomi Lomi Nui“ im Regelfall um eine Tätigkeit die dem reglementierten Gewerbe der Massage („lomi“ = reiben, kneten drücken) zuzurechnen ist. Zumal die zur Anwendung gelangenden Techniken auch in der klassischen Massage zum Einsatz gelangen, wird ho. davon ausgegangen, dass es sich bei „Lomi Lomi Nui“ um kein ganzheitlich in sich geschlossenes System handelt.

Die Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für die Feststellung der individuellen Befähigung für ein auf die Tätigkeit des „Lomi Lomi Nui“ eingeschränktes Massagegewerbe, hat unter Zugrundelegung der in der Massage-Verordnung festgelegten Ausbildungsgrundsätze zu erfolgen. Gemäß § 1 Abs. 1 Massage-Verordnung bedarf es als Nachweis für das Vorliegen der

fachlichen Qualifikation zur Ausübung des Gewerbes der (klassischen) Massage jeweils bestimmter theoretischer Ausbildungen in Verbindung mit fachlichen (praktischen) Tätigkeiten. Es kann sohin davon ausgegangen werden, dass der bloße Nachweis über eine erfolgreiche abgelegte Arbeitsprobe bzw. über ein erfolgreich absolviertes Fachgespräch bei der zuständigen Fachorganisation der Wirtschaftskammer nicht ausreichen, um eine positive Feststellung der individuellen Befähigung zu erwirken.

Die Ausübung der Tätigkeit „Lomi Lomi Nui“ im Rahmen des freien „Hilfestellergewerbes“ ist lediglich dann möglich, wenn im Rahmen des Gewerbes keine einem reglementierten Gewerbe vorbehaltene Tätigkeiten angeboten und ausgeübt werden. Der fachlichen Einschätzung der BI der Fußpfleger, Kosmetiker und Masseur folgend wird es sich dabei wohl ausschließlich um „sanfte Berührungen des Körpers bzw. gezieltes Auflegen der Hände an bestimmten Körperstellen“ handeln.

Abschließend sei noch darauf hinzuweisen, dass die Ausübung von Tätigkeiten der Heilkunde (Ursprungsform von „Lomi Lomi Nui“) im Rahmen eines Gewerbes jedenfalls als unzulässig anzusehen ist.

Zu TOP 11:

Lt. ho. vorliegenden Informationen (WKÖ-FV Fußpfleger, Kosmetiker und Masseur; Internetrecherche: https://de.wikipedia.org/wiki/Lomi_Lomi_Nui etc.) handelt es sich bei „Lomi Lomi Nui“ im Regelfall um eine Tätigkeit die dem reglementierten Gewerbe der Massage („lomi“ = reiben, kneten drücken) zuzurechnen ist. Zumal die zur Anwendung gelangenden Techniken auch in der klassischen Massage zum Einsatz gelangen, wird ho. davon ausgegangen, dass es sich bei „Lomi Lomi Nui“ um kein ganzheitlich in sich geschlossenes System handelt.

Die Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für die Feststellung der individuellen Befähigung für ein auf die Tätigkeit des „Lomi Lomi Nui“ eingeschränktes Massagegewerbe, hat unter Zugrundelegung der in der Massage-Verordnung festgelegten Ausbildungsgrundsätze zu erfolgen. Gemäß § 1 Abs. 1 Massage-Verordnung bedarf es als Nachweis für das Vorliegen der fachlichen Qualifikation zur Ausübung des Gewerbes der (klassischen) Massage jeweils bestimmter theoretischer Ausbildungen in Verbindung mit fachlichen (praktischen) Tätigkeiten. Es kann sohin davon ausgegangen werden, dass der bloße Nachweis über eine erfolgreiche abgelegte Arbeitsprobe bzw. über ein erfolgreich absolviertes Fachgespräch bei der zuständigen Fachorganisation der Wirtschaftskammer nicht ausreichen, um eine positive Feststellung der individuellen Befähigung zu erwirken.

Die Ausübung der Tätigkeit „Lomi Lomi Nui“ im Rahmen des freien „Hilfestellergewerbes“ ist lediglich dann möglich, wenn im Rahmen des Gewerbes keine einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeiten angeboten und ausgeübt werden. Der fachlichen Einschätzung der BI der Fußpfleger, Kosmetiker und Masseur folgend wird es sich dabei wohl ausschließlich um „sanfte Berührungen des Körpers bzw. gezieltes Auflegen der Hände an bestimmten Körperstellen“ handeln.

Abschließend wird noch darauf hingewiesen, dass die Ausübung von Tätigkeiten der Heilkunde (Ursprungsform von „Lomi Lomi Nui“) im Rahmen eines Gewerbes jedenfalls als unzulässig anzusehen ist.

12. (Steiermark) Spediteur- Befähigungsnachweisverordnung Spediteur- Prüfungsordnung

Für die fachliche Qualifikation zum Antritt des Gewerbes der Spediteure einschließlich der Transportagenten gilt die VO BGBl. 233/1995.

Gemäß § 7 dieser Verordnung sind Zulassungsvoraussetzungen zur Prüfung vorgeschrieben. Gemäß § 22 Abs. 3 GewO 1994 darf aber zur Befähigungsprüfung antreten, wer eigenberechtigt ist. Mit der GewO-Novelle 2002 sind somit alle Zulassungsvoraussetzungen zum Antritt einer Befähigungsprüfung weggefallen.

Wird die Ansicht geteilt, dass § 7 der gegenständlichen Verordnung obsolet ist?

Zu TOP 12:

Bis zur Gewerberechtsnovelle 2002 ([BGBl. I Nr. 111/2002](#)) war die Zulassung zur Befähigungsprüfung für gebundene Gewerbe in der betreffenden Verordnung geregelt. Da diese Voraussetzungen für alle reglementierten Gewerbe ab diesem Zeitpunkt im Gesetz geregelt wurden, wurde die Geltung dieser Verordnungsbestimmungen nicht fortgeschrieben.

Gemäß § 375 Abs. 1 Z 74 zweiter Satz sind von der Weitergeltung die Bestimmungen über die Voraussetzungen für die Zulassung zu einer Prüfung und die Zuständigkeit zur Prüfungsorganisation ausgenommen. Durch diese Regelung wird darauf Bedacht genommen, dass nunmehr als einzige Voraussetzung für die Zulassung zur Meisterprüfung bzw. zu einer sonstigen Befähigungsprüfung die Eigenberechtigung vorgesehen ist (vgl. dazu § 21 Abs. 1 sowie § 22 Abs. 2 GewO 1994).

Gemäß § 375 Abs. 1 Z 74 gelten daher nur noch die §§ 2 – 4 der Verordnung über den Befähigungsnachweis für das Gewerbe der Spediteure einschließlich der Transportagenten, BGBl. 233/1995 als Bundesgesetz weiter (Gruber/Paliego-Barfuß, GewO7 § 22 Rz 3); diese jedoch nur deshalb da bis dato keine Prüfungsordnung der zuständigen Fachorganisation der Wirtschaftskammer Österreich auf der Grundlage des § 22 Abs.1 erlassen wurde.

§ 7 der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über den Befähigungsnachweis für das Gewerbe der Spediteure einschließlich der Transportagenten, BGBl. 233/1995, gehört daher nicht mehr dem Rechtsbestandteil an. Die §§ 2 - 4 dieser Verordnung gelten als Bundesgesetz weiter und stellen de facto die „Befähigungsprüfungsordnung“ dar.

13. (Kärnten) Standort Gewerbeberechtigung Vermögensberater iVm. AltFG

Nach dem Bundesgesetz über alternative Finanzierungsformen (Alternativfinanzierungsgesetz – AltFG), BGBl. I Nr. 114/2015, sind Betreiber einer Internetplattform zur Vermittlung von alternativen Finanzinstrumenten zwischen Anlegern und Emittenten berechtigt, sofern sie im Fall der Vermittlung von Veranlagungen über eine Berechtigung nach § 94 Z 75 GewO 1994 (Vermögensberater) verfügen.

In diesem Zusammenhang erhebt sich die Frage, ob der Betreiber der Internetplattform die Gewerbeberechtigung für Vermögensberatung am Standort des Rechners zusätzlich zu jenem Standort der Quasi-Rechnungslegung erfordert. Nach ho. Rechtsansicht bedarf es lediglich einer Gewerbeberechtigung an dem Standort, der als Adresslegung geführt wird.

Zu TOP 13:

Standort eines Unternehmens, welches Finanzinstrumente vermittelt wird primär der Verwaltungssitz dieses Unternehmens sein. Daneben kämen grundsätzlich noch weitere Betriebsstätten in Betracht aber natürlich auch ein weiterer Standort.

Grundsätzlich scheint hier das Problem angesprochen zu sein, ob ein Rechner, der die eigentliche Leistung eines Unternehmens erbringt, hinsichtlich seiner örtlichen Lage gewerberechtlich die Notwendigkeit einer Meldung als Ort der Ausübung, somit als weitere Betriebsstätte oder Standort erfordert. Die wesentliche Tätigkeit ist bei einem Unternehmen der Finanzdienstleistung insbesondere die Vermittlungsleistung, d.h. dass dem Kunden, der bestimmte Anforderungen an eine Vermögensanlage bekannt gibt, mittels des Rechners eine entsprechende solche genannt bekommt. Daneben erfolgen vielleicht noch Büroleistungen in Bezug auf die Leistungen des Unternehmens, wie die Erteilung von Auskünften gegenüber Kunden und Behörden, Schriftverkehr, etc. Letztere könnten von einem Büro aus erfolgen. Dieses kann sich an einer anderen Stelle befinden wie ein Rechner.

Ähnliche Situationen könnten nicht nur bei der Vermittlung von alternativen Anlagen eintreten sondern auch bei der Vermittlung von Pauschalreisen oder von Versicherungen etc.

Der Betriebsstättenbegriff oder der Begriff des Standortes ist in der Gewerbeordnung nicht explizit definiert. Allerdings sind daran Konsequenzen geknüpft, wie z.B. ein Erfordernis einer Genehmigung einer in einer Betriebsstätte befindlichen Anlage etc. Insofern dient die Bekanntgabe an die Behörde dazu, dass diese weiß, wo die gewerbliche Tätigkeit stattfindet, um eventuelle behördliche Maßnahmen vor Ort setzen zu können. Da es nicht ausgeschlossen ist, dass eine Behörde auch auf einen Rechner zugreifen muss, würde dies dafür sprechen, dass auch für diesen eine Behördeninformation notwendig ist und der Behörde eine weitere Betriebsstätte als Standort des jeweiligen Rechners angezeigt werden muss.

Überlegt werden könnte auch die Heranziehung der Bestimmung des § 52 Abs. 1 GewO 1994 betreffend Automaten zur Selbstbedienung. Allerdings ist die Situation hier doch anders als bei den typischen Selbstbedienungsautomaten. Ist dort eine Information der Behörde über den Standort des Automaten erforderlich, könnte allenfalls auch argumentiert werden, dass noch

weniger vorliege als ein solcher Automat und, dass daher hier auch keine Bekanntgabe des Standortes und schon gar keine Anzeige einer weiteren Betriebsstätte erfolgen müsse.

Zu TOP 42 der GRT 2010 wurde festgehalten:

Die Begründung einer weiteren Betriebsstätte im Sinne des § 46 GewO 1994 ist nur dann erforderlich, wenn die außerhalb des Standortes der Gewerbeberechtigung ausgeübte gewerbliche Tätigkeit nicht unter § 50 Abs. 1 GewO 1994 subsumierbar ist. Die Aufzählung der von § 50 Abs. 1 erfassten Tätigkeiten ist nicht taxativ. Es wird daher die Berechtigung zur Ausübung der gewerblichen Tätigkeit außerhalb einer Betriebsstätte auch dann vorliegen, wenn die Art der gewerblichen Tätigkeit eine Leistungserbringung außerhalb des ständigen Standortes erforderlich macht.

Hingegen sind nach der Judikatur kennzeichnend für eine weitere Betriebsstätte beispielsweise die Entgegennahme von Bestellungen, der Abschluss von Lieferverträgen, die Annahme von Zahlungen und ein Bürobetrieb....

In diesem Sinne können daher auch einzelne Nahwärmanlagen als "nicht weitere Betriebsstätten" im Sinne des § 46 GewO 1994 gewertet werden, da es sich dabei - vergleichbar dem vom Standort eines Internet-Gewerbetreibenden örtlich getrennten Standort eines Servers (Tradtner/Höhne, exolex 2000, 482) -

nur um eine "dislozierte technische Einrichtung" handelt.

Zu TOP 39 der GRT 2011 wurde festgehalten:

Es ist aber neuerlich festzuhalten, dass den Einrichtungen, die zur Ausübung des Gewerbes außerhalb des Gewerbebestandes bestimmt sind, das Merkmal der Dauer innewohnen muss, damit von einer weiteren Betriebsstätte gesprochen werden kann (vgl. VwGH Slg. 3450; so auch GRT 2007 TOP 12). Dieser rechtliche Grundsatz wurde auch in dem zitierten Schreiben dem BMWFJ vom 24.3.2011, Zl. BMWFJ-30.599/0051-I/8/2011, dargelegt. In diesem Schreiben hat das BMWFJ weiters darauf hingewiesen, dass im Einzelfall noch Umstände hinzutreten können, die zur Beurteilung des Vorliegens einer Betriebsstätte von Relevanz sein können. In diesem Sinne kann es erforderlich sein, insgesamt abzuwägen:

- ob am gegenständlichen Ort regelmäßig unternehmerische Tätigkeiten des Gewerbetreibenden vorgenommen werden und in welcher Häufigkeit dies vorgenommen wird;
- ob weitere (über den bloßen Ankauf hinausgehende) unternehmerische Handlungen stattfinden, wie z.B. das Aufrechterhalten einer Infrastruktur, Kundenkontakte bzw. Bestellungsentgegennahmen auch außerhalb der persönlichen Anwesenheit des Gewerbetreibenden, und dergleichen mehr;
- ob der Gewerbetreibende in sonst irgendeiner Weise Verfügungsgewalt über die Stätte in Anspruch nimmt, die dafür spricht, dass die gegenständliche Stätte seinem unternehmerischen Handeln insgesamt bzw. in einer über einen vereinzelt Ankaufvorgang hinausgehenden Weise dient.

Zwar finden im gegenständlichen Fall die wesentlichen unternehmerischen Leistungen im Rechner statt. Bei diesem handelt es sich aber jedenfalls um eine dislozierte technische Einrichtung; weiters fehlen sogar die Elemente eines Selbstbedienungsautomaten - insofern könnte von einer Anzeige einer weiteren Betriebsstätte somit Abstand genommen werden.

14. (Steiermark) Kreditvermittler Redaktionsversehen oder Absicht in den §§ 136e bis 136h GewO 1994

Mit der Novelle der Gewerbeordnung, BGBl. I Nr. 155/2015 wurden die §§ 136e bis 136h neu eingefügt, welche mit 29. März 2016 in Kraft getreten sind.

Gemäß § 136e Abs. 1 GewO 1994 ist die Kreditvermittlung die Vermittlung von Krediten im Sinne des § 136a Abs. 1 Z 2 lit. b sowie im Sinne des § 117 Abs. 2 Z 5 GewO 1994. Gemäß § 87 Abs. 1 GewO 1994 ist die Gewerbeberechtigung von der Behörde (§ 361) zu entziehen, wenn einer der im § 13 Abs. 4 oder Abs. 5 zweiter Satz angeführten Umstände, die den Gewerbeausschluss bewirken, vorliegt.

Gemäß § 87 Abs. 2 GewO 1994 kann die Behörde im Falle des Vorliegens einer Berechtigung zu Tätigkeiten der Versicherungsvermittlung von der im Abs. 1 Z 2 vorgeschriebenen Entziehung der Gewerbeberechtigung wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens absehen, wenn die Gewerbeausübung vorwiegend im Interesse der Gläubiger gelegen ist.

§ 13 Abs. 4 GewO 1994 lautet:

„Rechtsträger sind von der Begründung eines Gewerberechts, das Tätigkeiten der Versicherungsvermittlung oder der Kreditvermittlung beinhaltet, außer in den Fällen des Abs. 3 auch ausgeschlossen, wenn über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde und der Zeitraum der Einsichtsgewährung in die Insolvenzdatei noch nicht abgelaufen ist. Dies gilt auch bei Verwirklichung eines vergleichbaren Tatbestandes im Ausland. Der Ausschlussgrund liegt nicht vor, wenn im Rahmen des Insolvenzverfahrens der Sanierungsplan vom Gericht bestätigt wurde und dieser erfüllt worden ist oder wenn im Rahmen des Insolvenzverfahrens das Gericht den Zahlungsplan des Schuldners bestätigt hat und der Zahlungsplan erfüllt worden ist oder nach Durchführung eines Abschöpfungsverfahrens die Restschuldbefreiung erteilt wurde und unwiderrufen geblieben ist“.

§ 13 Abs. 5 GewO 1994 lautet:

„Eine natürliche Person ist von der Ausübung des Gewerbes als Gewerbetreibender ausgeschlossen, wenn ihr ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte eines anderen Rechtsträgers als einer natürlichen Person zusteht oder zugestanden ist, bei dem der Ausschluss von der Gewer-

beausübung gemäß Abs. 3 eintritt oder eingetreten ist. Trifft auf den Rechtsträger ein Ausschlussgrund gemäß Abs. 4 zu, ist die natürliche Person nur von der Ausübung eines Gewerbes, das Tätigkeiten der Versicherungsvermittlung beinhaltet, ausgeschlossen. Abs. 1 letzter Satz gilt sinngemäß.“

Sowohl im § 87 Abs. 2 GewO 1994 als auch im § 13 Abs. 5 GewO 1994 findet sich die Tätigkeit der Kreditvermittlung nicht, es wird daher um Diskussion gebeten, ob dies beabsichtigt war oder ob es sich um ein redaktionelles Versehen handelt.

Zu TOP 14:

Da hier keine Gründe für die Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen Gewebetreibenden der Versicherungsvermittlung und solchen, die Tätigkeiten der Kreditvermittlung vornehmen, zu sehen ist, ist ein Redaktionsversehen naheliegend.

15. (Kärnten) Nachweis Kenntnisse und Fähigkeiten des Personals vom Kreditvermittler

Nach § 5 der Verordnung des Bundesministers für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft über Standes- und Ausübungsregeln für gewerbliche Vermögensberater und Immobilienmakler, die die Tätigkeit der Kreditvermittlung ausüben (Standesregeln für Kreditvermittlung), BGBl. II Nr. 86/2016, dürfen Kreditvermittler nur Personal einsetzen, das über angemessene Kenntnisse und Fähigkeiten über die Kreditvermittlung oder das Erbringen von Beratungsdienstleistungen verfügt und haben das Personal z.B. durch Schulungen auf dem aktuellen Stand zu halten.

Es wird um Diskussion ersucht, inwieweit die angemessenen Kenntnisse und Fähigkeiten in Bezug auf die Kreditvermittlung nachgewiesen werden müssen.

Zu TOP 15:

1. Geltende innerstaatliche Rechtslage

In den im Begutachtungsverfahren gegebenen Erläuterungen zu § 5 der Standesregeln wird auf die zugrundeliegende Richtlinie 2014/17 verwiesen. Der Verweis auf deren Art. 4 und Art. 9 ist aber lediglich ein Umsetzungshinweis - § 5 der Standesregeln folgt textlich den genannten Bestimmungen -, nähere Informationen in Richtung gegenständlicher Fragestellung finden sich aber nicht.

Mit der Novelle zur Gewerbeordnung BGBl. I Nr. 155/2015 wurden weitere Bestimmungen der Richtlinie 2014/17 in das Gewerberecht übernommen. Regelungen betreffend die Qualifikation des Personals finden sich auch darin jedoch nicht. Gleiches gilt für die Erläuterungen zur Novelle. Auch sonst sind keine Bestimmungen des Österreichischen Rechtes bekannt, die Näheres festlegen würden; in Betracht kämen inhaltlich etwa das Dienstrecht oder andere spezielle zivilrechtliche Bestimmungen.

2. EU-rechtliche Grundlagen

Insoweit keine näheren innerstaatlichen Bestimmungen gegeben sind, wäre es daher naheliegend, etwaige Richtlinienbestimmungen als Interpretationshilfe heranzuziehen. Die Richtlinie 2014/17 bzw. deren Erwägungsgründe geben folgende Anhaltspunkte betreffend die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten:

a) EG 7 stellt fest:

Die Mitgliedstaaten sollten beispielsweise die Möglichkeit haben, strengere Bestimmungen in Bezug auf die Anforderungen an Kenntnisse und Fähigkeiten des Personals sowie auf die Hinweise zum Ausfüllen des ESIS-EG Merkblatts beizubehalten oder einzuführen.

b) EG 32 lautet:

Es ist angezeigt, sicherzustellen, dass das jeweilige Personal von Kreditgebern, Kreditvermittlern und benannten Vertretern über ausreichende Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, um ein hohes Maß an Professionalität zu gewährleisten. Diese Richtlinie sollte daher vorschreiben, dass einschlägige Kenntnisse und Fähigkeiten auf Ebene des Unternehmens auf der Grundlage der in dieser Richtlinie dargelegten Mindestanforderungen an Kenntnisse und Fähigkeiten nachzuweisen sind. Es sollte den Mitgliedstaaten freistehen,

entsprechende Anforderungen an einzelne natürliche Personen einzuführen oder aufrechtzuerhalten. Die Mitgliedstaaten sollten zulassen können, dass Kreditgeber, Kreditvermittler und benannte Vertreter je nach dem Grad der Einbeziehung des Personals in die Ausführung bestimmter Dienstleistungen oder Verfahren unterschiedliche Anforderungen an das Mindestmaß an Kenntnissen festlegen. In diesem Zusammenhang schließt der Begriff Personal ausgelagerte Mitarbeiter, die für den Kreditgeber, den Kreditvermittler oder den benannten Vertreter und innerhalb deren Organisation arbeiten, und deren Angestellte ein. Für die Zwecke dieser Richtlinie sollte das Personal, das unter diese Richtlinie fallende Tätigkeiten unmittelbar ausübt, Mitarbeiter im kundenbezogenen und nichtkundenbezogenen Bereich, einschließlich Personen in leitenden Positionen, umfassen, die eine wichtige Rolle im Kreditverfahren spielen. Personen, die unterstützende Aufgaben ausführen, welche mit dem Kreditverfahren nicht zusammenhängen (z. B. Personalabteilung, Personal im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologien), sollten nicht als Personal im Sinne dieser Richtlinie betrachtet werden.

c) Art. 4 Z 11. definiert als „Personal“

alle natürlichen Personen, die für den Kreditgeber oder den Kreditvermittler arbeiten und direkt an den unter diese Richtlinie fallenden Tätigkeiten mitwirken oder im Zuge der Ausübung der unter diese Richtlinie fallenden Tätigkeiten Kontakte zu Verbrauchern haben,

alle natürlichen Personen, die für einen bestellten Vertreter arbeiten und im Zuge der Ausübung der unter diese Richtlinie fallenden Tätigkeiten Kontakte zu Verbrauchern haben,

alle natürlichen Personen, die den unter den Buchstaben a und b genannten natürlichen Personen unmittelbar vorstehen oder diese beaufsichtigen;

d) Anhang III Mindestanforderungen

1. Anhang III enthält folgende Mindestanforderungen an Kenntnisse und Fähigkeiten des Personals der Kreditgeber, der Kreditvermittler sowie der Personen, die an der Geschäftsleitung von Kreditvermittlern beteiligt sind:

a) angemessene Kenntnis der unter Artikel 3 fallenden Kreditprodukte und der üblicherweise mit ihnen angebotenen Nebenleistungen;

- b) angemessene Kenntnis der Rechtsvorschriften betreffend Verbraucherkreditverträge insbesondere der Bestimmungen zum Verbraucherschutz;
- c) angemessene Kenntnis und Verständnis des Verfahrens des Immobilienerwerbs;
- d) angemessene Kenntnis der Bewertung von Sicherheiten;
- e) angemessene Kenntnis der Organisation und Funktionsweise von Grundbüchern;
- f) angemessene Kenntnis des Marktes in dem einschlägigen Mitgliedstaat;
- g) angemessene Kenntnis der ethischen Standards im Geschäftsleben;
- h) angemessene Kenntnis des Verfahrens zur Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers oder gegebenenfalls angemessene Fähigkeiten bei der Prüfung der Kreditwürdigkeit von Verbrauchern;
- i) angemessene Finanz- und Wirtschaftskompetenz.

2. Bei der Festlegung der Mindestanforderungen an Kenntnisse und Fähigkeiten können die Mitgliedstaaten zwischen den Stufen und Arten von Anforderungen differenzieren, die für das Personal der Kreditgeber, das Personal der Kreditvermittler oder ihrer benannten Vertreter und für die Geschäftsleitung der Kreditvermittler oder ihrer benannten Vertreter gelten sollen (Anhang III Z 2.).

3. Die Mitgliedstaaten legen das angemessene Niveau an Kenntnissen und Fähigkeiten auf der folgenden Grundlage fest:

- a) Berufsqualifikationen, z. B. Diplome, Titel, Aus- und Weiterbildungen, Kompetenztests, oder
- b) Berufserfahrung, die als Mindestanzahl von Beschäftigungsjahren in Bereichen festgelegt werden kann, die die Erstellung, den Vertrieb oder die Vermittlung von Kreditprodukten betreffen.

Nach dem 21. März 2019 kann die Feststellung eines angemessenen Niveaus an Kenntnissen und Fähigkeiten nicht ausschließlich auf der Grundlage der zuvor genannten Berufserfahrung erfolgen.

Demgemäß sind einschlägige Kenntnisse und Fähigkeiten auf Ebene des Unternehmens auf der Grundlage der in dieser Richtlinie dargelegten Mindestanforderungen an Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich. Die Mitgliedstaaten können zulassen, dass Kreditgeber, Kreditvermittler und benannte Vertreter je nach dem Grad der Einbeziehung des Personals in die Ausführung bestimmter Dienstleistungen oder Verfahren unterschiedliche Anforderungen an das Mindestmaß an Kenntnissen festlegen. Der Begriff Personal umfasst Mitarbeiter im kundenbezogenen und nichtkundenbezogenen Bereich, einschließlich Personen in leitenden Positionen, die eine wichtige Rolle im Kreditverfahren spielen. Personen, die unterstützende Aufgaben ausführen, welche mit dem Kreditverfahren nicht zusammenhängen sollten nicht als Personal im Sinne dieser Richtlinie gelten.

EG 33 lautet:

Erbringt ein Kreditgeber oder Kreditvermittler seine Dienstleistungen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats, so sollte der Herkunftsmitgliedstaat dafür zuständig sein, die für das Personal geltenden Mindestanforderungen an die Kenntnisse und Fähigkeiten festzulegen.

[und:] Aufnahmemitgliedstaaten, die dies für notwendig halten, sollten jedoch in bestimmten spezifischen Bereichen ihre eigenen Anforderungen an die Fähigkeiten der Kreditgeber und Kreditvermittler festlegen können, die im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit Dienstleistungen im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats erbringen.

Von dieser letzteren Möglichkeit die in Art. 9 Abs. 1 ii) Richtlinie enthalten wäre, hat AT keinen Gebrauch gemacht.

EG 36 lautet:

Diese Richtlinie sieht harmonisierte Vorschriften hinsichtlich der Bereiche von Kenntnissen und Fähigkeiten vor, die das Personal der Kreditgeber, Kreditvermittler und benannten Vertreter in Bezug auf die Gestaltung, das Anbieten, die Gewährung und die Vermittlung von Kreditverträgen besitzen sollte. Sie sieht keine spezifischen Regelungen vor, die unmittelbar im Zusammenhang mit der Anerkennung von Berufsqualifikationen, die eine Person in einem Mitgliedstaat erworben hat, stehen, um den Anforderungen an Kenntnisse und Fähigkeiten in einem anderen Mitgliedstaat zu entsprechen.

Die Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (1) sollte daher weiterhin auf die Bedingungen der Anerkennung und die Ausgleichsmaßnahmen Anwendung finden, die ein Aufnahmemitgliedstaat von einer Person verlangen kann, deren Qualifikation nicht in seinem Zuständigkeitsbereich ausgestellt wurde.

Im Hinblick auf ausländische Kreditvermittler bzw. deren Personal gelten daher die Kriterien der Richtlinie 2005/36 bzw. der RL 2013/55 mit der letztere geändert wurde.

3. Sonstige Quellen:

Punkt 2.5. einer Information des Fachverbandes FDL der WKÖ vom 29.7.2016 betreffend die Kreditvermittlung stellt fest:

2.5 Kenntnisse und Fähigkeiten des Personals

Fragen:

13.) Wie müssen Kreditvermittler die Kenntnisse und Fähigkeiten ihres Personals sicherstellen?

Die Landesregeln für die Kreditvermittlung sehen vor, dass Dienstnehmer von Kreditvermittlern, welche an der Kreditvermittlung mitwirken und dabei in Kontakt mit Verbrauchern stehen oder diesen Personen unmittelbar vorstehen und diese beaufsichtigen, über angemessene Kenntnisse und Fähigkeiten in Bezug auf die Kreditvermittlung verfügen. Dieses Personal ist daher durch Schulungen auf dem aktuellen Stand zu halten. Dies gilt auch für mit dem Kreditvertrag verbundene Nebenleistungen.

Die Schulungen können intern oder extern absolviert werden. Einen konkreten Richtwert wie viele Stunden diese Schulungen ausmachen, gibt es nicht. In jedem Fall sollte das Personal jährlich geschult werden. Über die Schulung sollten dringend Aufzeichnungen geführt werden, um der Gewerbebehörde nachweisen zu können, wer wann über welchen Inhalt geschult wurde. Jedenfalls ausreichend, um die Kenntnisse und Fähigkeiten des Personals sicherzustellen, ist die Befähigungsprüfung der Gewerblichen Vermögensberatung und gleichrangige Qualifikationen.

Eine Möglichkeit die Schulungsverpflichtung zu absolvieren, ist es, jährlich firmeninterne Schulungen zu veranstalten und nachfolgend Tests in der di-

gitalen Lern- und Wissensplattform des Fachverbands Finanzdienstleister (DLW) zu absolvieren.

Die Anforderung, ausreichende Kenntnisse und Fähigkeiten zu haben und sich laufend weiterzubilden, trifft nicht nur die Mitarbeiter, sondern auch den gewerberechtlichen Geschäftsführer selbst. Daher müssen auch Ein-Personen-Unternehmen Weiterbildung betreiben. Eine konkrete Anzahl von zu absolvierenden Stunden gibt es bisher noch nicht, könnte sich jedoch noch ergeben. Jedenfalls sollte jährlich eine Weiterbildung absolviert werden.

16. (Tirol) Richtlinie (EU) 2015/2302 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen – Innerstaatliche Umsetzung

Die Richtlinie (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates wurde am 11.12.2015 im Amtsblatt der Europäischen Union, L 326/1, veröffentlicht. Die Richtlinie ist bis zum 1.1.2018 innerstaatlich umzusetzen; die Maßnahmen sind ab dem 1.7.2018 anzuwenden.

Es ist davon auszugehen, dass die Richtlinienumsetzung insbesondere Änderungen der Ausübungs-vorschriften für das Reisebürogewerbe, der Reisebürosicherungsverordnung, des Konsumentenschutzgesetzes und gegebenenfalls der Gewerbeordnung 1994 zur Folge haben wird.

Herauszugreifen aus den neuen Bestimmungen der Richtlinie (EU) 2015/2302 ist die Festlegung, dass Kombinationen bestehend aus Unterbringung und anderen touristischen Leistungen unter den Geltungsbereich der Richtlinie fallen, wenn diese touristischen Leistungen 25% oder mehr des Gesamtpreises der Kombination betragen. In einem Tourismusland wie Österreich ist es üblich, dass Zusatzleistungen wie Schipässe, Wellnessbehandlungen, Ausflüge ... in Kombination mit Beherbergungsleistungen angeboten werden, wodurch der Schwellenwert von 25% oftmals überschritten werden dürfte.

Dies führt in weiterer Folge dazu, dass Hotelgewerbetreibende neben der Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe auch eine Gewerbeberechtigung für das Reisebürogewerbe innehaben müssten.

Im Zusammenhang mit der innerstaatlichen Umsetzung der Richtlinie (EU) 2015/2302 wird Nachstehendes angefragt:

1. Welche Schritte zur Richtlinienumsetzung sind bereits erfolgt?
2. Ist im Zusammenhang mit der Richtlinienumsetzung eine Abfederung der Auswirkungen für die Tourismusbetriebe geplant? Z.B eine Erweiterung der Bestimmungen für das Gastgewerbe, damit der Erwerb einer zusätzlichen Gewerbeberechtigung für das Reisebürogewerbe beim Anbieten von Kombi-

nationen bestehend aus Unterbringung und anderen touristischen Leistungen über dem Schwellenwert von 25% nicht erforderlich ist?

3. Gibt es bereits einen konkreten Zeitplan zur Richtlinienumsetzung?

Zu TOP 16:

zu 1.

Die Umsetzung der Richtlinie 2015/2302 erfolgt einerseits durch das BMJ (federführend zuständig da Konsumentenschutz RL) sowie andererseits durch das BMWFW.

Das BMJ beabsichtigt die Umsetzung im Rahmen eines eigenen Gesetzes (Pauschalreisegesetz-PRG; bisher im KSchG geregelt). Ein Erstentwurf wurde Ende Mai im Rahmen einer Arbeitsgruppe erstmalig diskutiert und zwischenzeitlich mehrfach überarbeitet.

Vom BMWFW werden die Bestimmungen über die Insolvenzabsicherung sowie jene über die Einrichtung einer zentralen Kontaktstelle umzusetzen sein. Erste Gespräche mit Vertretern der Wirtschaft und den derzeitigen Abwicklern haben bereits stattgefunden und es wird an der Ausgestaltung der Insolvenzabsicherung gearbeitet. Ein konkreter Entwurf liegt gegenwärtig nicht vor.

zu 2.

Im Rahmen von Gesprächen mit der Branche über die Umsetzung der Richtlinie wurde Einigung darüber erzielt, dass Gastgewerbetreibende die unter den Anwendungsbereich der RL fallende Kombinationen von Unterbringung im eigenen Betrieb mit anderen touristischen Dienstleistungen anbieten, hierfür keine Reisebürogewerbeberechtigung benötigen sollen. Damit wäre sichergestellt, dass Gastgewerbetreibende für die Ausübung der im Rahmen ihres Gewerbes üblicherweise ausgeübten Tätigkeiten - wie etwa dem Vertrieb von Unterkunft in Verbindung mit einem Skipass - keine zusätzliche Gewerbeberechtigung benötigen. Die Bestimmungen der RL über Insolvenzabsicherung, Informationspflichten etc. bleiben hiervon unberührt.

zu 3.

Wie bereits oben ausgeführt wurde vom BMJ - in Umsetzung der RL - bereits ein Entwurf für ein Pauschalreisegesetz erstellt, das noch nicht allgemeinen Begutachtungsverfahren zugeleitet wurde.

Im Übrigen besteht kein konkreter Zeitplan bzw. ist eine frühere Umsetzung als in dem von der RL vorgegebenen Zeitrahmen nicht beabsichtigt.

III. Gewerbliches Betriebsanlagenrecht

17. (BMWFW) Photovoltaikanlagen und Ladestationen für E-Kfz

Im Rahmen des von der WKÖ organisierten sog. „Runden Tisches“, an dem Vertreter des Vollzugsbereichs der Länder beteiligt sind, wurde die Frage erörtert, ob Solaranlagen und Ladestationen für elektrische Kraftfahrzeuge der gewerblichen Betriebsanlagengenehmigungspflicht unterliegen.

Mit Blick auf mehrere Initiativen aus dem Bereich der Bundesländer und der WKÖ hinsichtlich einer Genehmigungsfreistellung solcher Installationen ist aus Sicht des BMWFW zunächst jedenfalls relevant, ob und inwieweit solche Installationen die Kriterien der betriebsanlagenrechtliche Genehmigungspflicht gemäß § 74 Abs. 2 Z 1 bis 5 GewO 1994 überhaupt auszulösen geeignet sind.

Es wird daher um Erfahrungsaustausch und Diskussion ersucht, wobei als Diskussionsgrundlage insbesondere jene Bundesländer, in welchen die Meinung vertreten wird, dass solche Installationen die Kriterien der Genehmigungspflicht generell und unabhängig von allfällig spezifischen Besonderheiten des Einzelfalls erfüllen, ersucht werden vorzubereiten, welche allgemeinen fallunabhängigen Umstände zu einer solchen Gefährdungs- bzw. Beeinträchtigungseignung gesehen werden und welche von § 74 Abs. 2 Z 1 bis 5 GewO 1994 geschützten Interessen diese Umstände zu beeinträchtigen geeignet sind.

Zu TOP 17:

Gründe, die dafür sprechen, dass Ladestationen für elektrische Kraftfahrzeuge und Photovoltaikanlagen von örtlichen Umständen und von der konkreten Ausführung unabhängig generell geeignet sind, die gemäß § 74 Abs. 2 Z 1 bis 5 GewO 1994 geschützten Interessen zu gefährden oder zu beeinträchtigen, sind nicht hervorgekommen.

Solche Vorhaben sind daher solange als nicht genehmigungspflichtig zu betrachten, als nicht spezifische ungewöhnliche oder gefährliche örtliche Umstände (z.B.: Situierung in einem Gefährdungsbereich, etwa Versperren von Notausgängen, explosionsgeschützte Bereiche uÄ; Situierung in einem Bereich, der für die Gewährleistung eines störungsfreien Verkehrsflusses relevant ist, etwa Blockieren eines Zufahrtsweges zu einer öffentlich benützten Einrichtung) oder spezifische ungewöhnliche Ausführungsweisen (etwa: technisch unsichere Installationsausführung) auftreten, die für eine Genehmigungspflicht im konkreten Sonderfall sprechen.

Jedenfalls unzulässig ist es, vorsorglich sämtliche Einrichtungen dieser Art nur auf Basis der Annahme, dass ein Betriebsanlageninhaber eine örtlich oder technisch gefährliche Aufstellungsweise wählen könnte, als genehmigungspflichtig zu behandeln.

18. (Salzburg) Dingliche Wirkung Betriebsanlagene- nehmigung

Gemäß § 80 Abs. 5 GewO 1994 wird die Wirksamkeit der Genehmigung durch einen Wechsel in der Person des Inhabers der Anlage nicht berührt. Diese sog. "dingliche Wirkung" einer Betriebsanlagen-Genehmigung bewirkt, dass von der einmal erteilten Genehmigung jeder neue Inhaber Gebrauch machen kann, er also keiner neuerlichen Anlagene-genehmigung be-
darf.

Dem gegenüber hat ein verliehenes Wasserbenutzungsrecht nur dann ding-
liche Wirkung, wenn es gemäß § 22 WRG 1959 mit einer Liegenschaft oder
Betriebsanlage, der das Wasserbenutzungsrecht dient, verbunden wird, an-
sonsten liegt ein persönliches Recht vor. Eine Verknüpfung des Wasserbe-
nutzungsrechtes mit einer Liegenschaft oder Betriebsanlage schafft nur
dann ein dingliches Recht, wenn der Konsensinhaber auch Eigentümer der
Liegenschaft oder Betriebsanlage ist.

Nach § 356b Abs. 1 GewO 1994 entfallen hinsichtlich der dort genannten
wasserrechtlichen Tatbestände Z 1 bis Z 6 gesonderte wasserrechtliche Be-
willigungen, es sind aber die materiellrechtlichen Bewilligungsregelungen
des WRG 1959 bei Erteilung der Genehmigung anzuwenden. Zu den materi-
ellrechtlichen Bewilligungsregelungen zählt auch § 22 WRG 1959.

Wenn nun die Betriebsanlagene-genehmigung einem Pächter einer Betriebs-
anlage erteilt wird, bedeutet dies, dass bei einem Wechsel des Pächters
zwar die Betriebsanlagene-genehmigung aufrechterhält, das in Mit-anwendung
wasserrechtlicher Bestimmungen erteilte Wasserbenutzungsrecht jedoch
erlischt, da es diesfalls ein persönliches Recht war.

Wird dieser Rechtsansicht zugestimmt?

Zu TOP 18:

§ 356b Abs. 1 GewO 1994 sieht hinsichtlich der dort angeführten wasserrechtlichen Maßnahmen eine Genehmigungskonzentration vor, § 356b Abs. 3 die entsprechende Konzentration der Kontrolle. Ein inhaltlicher Eingriff dahingehend, dass die betriebsanlagenrechtlichen Regelungen den mitangewendeten Materienregelungen derogieren würden, ist mit diesen Konzentrationsbestimmungen nicht verbunden.

Demnach bleiben in den mitangewendeten Materiengesetzen verankerte Bedingungen oder Befristungen ebenso aufrecht wie Regelungen betreffend die persönliche oder die dingliche Natur von Rechten.

Gemäß § 22 Abs. 1 erster Satz WRG 1959 ist bei nicht ortsfesten Anlagen die Bewilligung auf die Person des Wasserberechtigten beschränkt; bei allen anderen Wasserbenutzungsrechten ist Wasserberechtigter der jeweilig Eigentümer der Betriebsanlage oder Liegenschaft, mit der diese Rechte verbunden sind.

Die in der Anfrage geäußerte Rechtsansicht trifft insofern zu, als § 22 Abs. 1 WRG 1959 für den Konsensübergang den Erwerb des Eigentums an der Liegenschaft oder der Betriebsanlage verlangt. Ein Pachtverhältnis bewirkt keinen Konsensübergang gemäß § 22 Abs. 1 WRG 1959 (siehe Bumberger/Hinterwirth, WRG2 (2013), E 13 zu § 22). Wie in Oberleitner/Berger, WRG3 (2011), RZ 5 zu § 22 ausgeführt wird, stellt die verliehene Wasserbenutzungsberechtigung bei ortsfesten Wasserbenutzungsrechten „dann ein (nur) persönliches Recht des Bescheidadressaten dar, wenn eine Verbindung iSd § 22 nicht besteht. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Bewilligungswerber mit dem Grundeigentümer nicht ident ist; in diesem Fall ist eine Verbindung mit der Liegenschaft nicht zulässig. Dass die Bewilligung einer Person erteilt wird, die nicht Grundeigentümer ist, gleichzeitig aber das Wasserbenutzungsrecht mit dem Eigentum an einer Liegenschaft verbunden sein sollte, deren Eigentümer nicht der Bewilligungsinhaber ist, ist ausgeschlossen.“

19. (Tirol) BVT-Schlussfolgerungen (IPPC-Anlage § 81b Abs. 4 GewO 1994)

Gemäß § 81b Abs. 4 GewO 1994 idgF muss sichergestellt sein, dass die IPPC-Anlage innerhalb von vier Jahren nach der Veröffentlichung der BVT-Schlussfolgerungen zur Haupttätigkeit der IPPC-Anlage den Anforderungen im Sinne der Abs. 1 und 3 entspricht.

Im Zusammenhang mit horizontalen Schlussfolgerungen stellen sich nun konkret die folgenden 2 Fragen:

Wann beginnt der Fristenlauf bei Veröffentlichung einer horizontalen BVT-Schlussfolgerung, wenn die sektorale (vertikale) BVT-Schlussfolgerung noch nicht erschienen ist?

Konkret stellt sich diese Frage in der Anwendung der BATC CWW (BVT-Schlussfolgerung für eine einheitliche Abwasser-/Abgasbehandlung und einheitliche Abwasser-/Abgasmanagementsysteme in der Chemiebranche).

Sind die in der BATC CWW genannten Reinigungsanlagen bereits jetzt in dem Ausmaß zu berücksichtigen, dass sie mitbestimmend für die Anlagenabgrenzung der IPPC-Haupttätigkeit sind und ist der nun neu normierte Stand der Technik unabhängig vom rechtlich erforderlichen Erfüllungszeitpunkt bereits jetzt im Rahmen einer Umweltinspektion gemäß § 82a GewO 1994 idgF anzuwenden.

Zu TOP 19:

Die Bundessparte Industrie der Wirtschaftskammer Österreich hat eine gleich gelagerte Anfrage an das Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft gerichtet, die Anfang August 2016 wie folgt beantwortet wurde:

„Das Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft weist zunächst darauf hin, dass die verbindliche Auslegung von EU-Richtlinien letztendlich beim Europäischen Gerichtshof liegt. Im Übrigen teilt das Wirtschaftsressort die im Schreiben der WKÖ, Sparte Industrie, vom 23. Juni 2016 vertretene Meinung, dass die im § 81b GewO 1994 verankerte Verpflichtung zur Anpassung an den Stand der Technik durch die Veröffentlichung von BVT-Schlussfolgerungen zur Haupttätigkeit einer IPPC-Anlage ausgelöst wird.

Im Zuge dieser Anpassung an die in Fachkreisen als „vertikale BREFs“ bezeichneten BVT-Schlussfolgerungen ist dem klaren Wortlaut des § 81b Abs. 1 GewO 1994 folgend auch jenen die IPPC-Anlage betreffenden BVT-Schlussfolgerungen (in Fachkreisen: „horizontale BREFs“) Rechnung zu tragen, deren Erlassung oder Aktualisierung seit der Genehmigung oder seit der letzten Anpassung der IPPC-Anlage veröffentlicht wurden.

Nicht zur Haupttätigkeit ergangene BVT-Schlussfolgerungen, die für die jeweils konkrete IPPC-Anlage horizontale BREFs darstellen, lösen die Anpassungsverpflichtung gemäß § 81b GewO 1994 nach Ansicht des Wirtschaftsressorts nicht aus.

Dies entspricht dem Art. 21 Abs. 3 der Richtlinie über Industrieemissionen (IE-R), der den Fristenlauf an die Veröffentlichung von Entscheidungen über BVT-Schlussfolgerungen zur Haupttätigkeit einer Anlage knüpft und vorsieht, dass bei der Überprüfung allen für die betreffende Anlage geltenden und seit der Ausstellung oder letzten Überprüfung der Genehmigung neuen oder aktualisierten BVT-Schlussfolgerungen Rechnung getragen werden muss. Auch aus dem englischen Richtlinienentwurf lässt sich nichts Abweichendes herauslesen.

Was die Frage nach den Umweltinspektionen betrifft, so ist Folgendes zu bemerken:

Umweltinspektionen sind gemäß § 71b Z 9 GewO 1994 (entspricht Art. 3 Z 22 IE-R) alle Maßnahmen, einschließlich Besichtigungen vor Ort, Überwachung der Emissionen und Überprüfung interner Berichte und Folgedokumente, Überprüfung der Eigenkontrolle, Prüfung der angewandten Techniken und der Eignung des Umweltmanagements der IPPC-Anlage, die von der Behörde oder in ihrem Namen zur Prüfung und Förderung der Einhaltung des Genehmigungskonsenses durch die IPPC-Anlagen und gegebenenfalls zur Überwachung ihrer Auswirkungen auf die Umwelt getroffen werden. Der Industrieemissionsrichtlinie entsprechend müssen die Umweltinspektionen einem streng vorgegebenen Schema folgen; unter anderem müssen alle IPPC-Anlagen durch einen Umweltinspektionsplan abgedeckt sein, auf dessen Grundlage regelmäßig Programme für routinemäßiger Umweltinspektionen zu erstellen sind.

Im Wesentlichen laufen die in dieses Schema eingebetteten Umweltinspektionen da-rauf hinaus, die Einhaltung des (umweltrelevanten) Genehmigungskonsenses zu überprüfen (vgl. § 82a Abs. 5 GewO 1994). Teil des Genehmigungskonsenses können nur Maßnahmen sein, die (beispielsweise durch die jeweils in Betracht kommenden betriebsanlagenrechtlichen Bescheide oder Verordnungen) verbindlich festgelegt sind. Nicht zum zu überprüfenden Konsens zählen somit unter anderem Anpassungsmaßnahmen, die zum Zeitpunkt einer bestimmten Umweltinspektion noch gar nicht getroffen bzw. noch nicht einmal in Angriff genommen sein müssen.

Dessen ungeachtet ist es durchaus sinnvoll, eine Umweltinspektion und die damit verbundene „Vor-Ort-Zusammenkunft“ der Experten dazu zu nutzen, absehbare Entwicklungen zu erörtern. In diesem Sinn wird im Nationalen Umweltinspektionsplan vom Februar 2014 Folgendes festgehalten:

„Es wird empfohlen, Inspektionstermine auch auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung von für die jeweilige IPPC-Anlage zutreffenden bVTSchlussfolgerungen (Schlussfolgerungen zu den besten verfügbaren Techniken) abzustellen, um eine fristgerechte Aktualisierung ... und einen effizienten Vollzug der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen zu begünstigen. Die Umweltinspektion sollte in diesen Fällen auch dazu genutzt werden, um erforderliche Anpassungen zu diskutieren“.

Abschließend wird mitgeteilt, dass die gegenständlichen Fragestellungen auch bei der im September 2016 stattfindenden Gewerbereferententagung erörtert werden; dem Ersuchen um Information der Behörden wird auf diese Weise Rechnung getragen.“

20. (Vorarlberg) Zweite Genehmigungsfreistellungsverordnung – General- und Spezialgenehmigung

Die 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung, BGBl. II Nr. 80/2015, sieht gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 vor, dass für Einzelhandelsbetriebe mit einer Betriebsfläche von bis zu 200 m² keine Genehmigung erforderlich ist, sofern die in Abs. 2 bestimmten Betriebszeiten eingehalten werden und § 2 nicht anderes bestimmt.

Gemäß § 2 Z 2 gilt die Verordnung nicht für Betriebsanlagen, bei denen außerhalb der Gebäudehülle mechanische Anlagenteile zur Be- oder Entlüftung oder zur Wärmeübertragung gelegen sind.

Es stellt sich die Frage, ob nach Durchführung eines Generalgenehmigungsverfahrens für eine Gesamtanlage gemäß § 356e GewO 1994 einzelne Handelsbetriebe mit einer Betriebsfläche von bis zu 200 m², bei denen außerhalb der Gebäudehülle mechanische Anlagenteile zur Be- und Entlüftung gelegen sind, noch einer Spezialgenehmigung zu unterziehen sind, obwohl diese außerhalb der Gebäudehülle gelegenen mechanischen Anlagenteile zur Be- und Entlüftung im Rahmen des Generalgenehmigungsverfahrens bereits gewerbebehördlich beurteilt wurden.

Unseres Erachtens ist in solchen Fällen gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 der 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung keine Genehmigung mehr erforderlich, da der einzige Grund für die Genehmigungspflicht, die Thematik der außerhalb der Gebäudehülle gelegenen mechanischen Anlagenteile zur Be- und Entlüftung, bereits abgehandelt und darüber entschieden wurde.

Zu TOP 20:

Zum Wesen einer Anlage, deren Gesamtkomplex und deren einzelne Cluster im Verhältnis einer General- und von Spezialgenehmigungen im Sinne des § 356e GewO 1994 stehen gehört der Umstand, dass die Generalgenehmigung alle Anlagenteile umfasst, die nicht nur einem einzelnen Gewerbebetrieb dienen. Solche allgemeinen Teile können auch Lüftungseinrichtungen sein, die sogar explizit im § 356e Abs. 1 GewO 1994 beispielhaft erwähnt sind. Der Umstand, dass solche allgemeinen Anlagenteile wesensgemäß (auch) den einzelnen Gewerbebetrieben zu Gute kommen, dienen oder von diesen mitbeansprucht werden, macht diese allgemeinen Anlagenteile nicht zum Gegenstand des Bereichs, der als einzelner Gewerbebetrieb einer Spezialgenehmigung unterliegen kann.

Der einzelne Betrieb, der in einer von einer Generalgenehmigung gedeckten Verbundkomplex betrieben wird, ist daher nur hinsichtlich jener Ausstattungen rechtlich zu beurteilen, die nicht von der Generalgenehmigung gedeckt sind und nur diesem einzelnen Betrieb dienen. Bei der Betrachtung des einzelnen Betriebs sind daher jener Teile, die ihm nicht ausschließlich dienen und die schon in der Generalgenehmigung behandelt wurden, außer Acht zu lassen.

Das Ergebnis einer solchen Bewertung kann - wie bei jeder anderen gewerblichen Betriebsanlage, die nicht in einem solchen Verbundkomplex betrieben wird - sein, dass

- diese Betriebsanlage nicht genehmigungspflichtig ist oder
- dass diese Betriebsanlage ausdrücklich genehmigungsfrei gestellt ist oder
- dass diese Betriebsanlage genehmigungspflichtig ist,
- wobei in letzterem Fall in jedem Fall ex lege das vereinfachte Verfahren zur Erteilung der Spezialgenehmigung durchzuführen ist.

Im Ergebnis ist daher der Ansicht des Amtes der Vorarlberger Landesregierung zuzustimmen.

21. (Burgenland) Gitter-Lagerkojen in Einkaufszentren

Viele Einkaufszentren bieten den einzelnen Shopmietern Lagerabteile in Form von Gitterkojen an. In einem Brandfall ist jedenfalls damit zu rechnen, dass die Lagerwaren der benachbarten Gitterkojen (und somit andere Firmen) zu Schaden kommen (entweder durch Feuer oder durch Löschmittel der Feuerwehr). In Hinblick auf die Bestimmung des § 74 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 - Schutz von sonstigen dinglichen Rechten der „Nachbarn“ – wurde von der zuständigen BH um Erörterung ersucht, ob es sich überhaupt um einen Fall des § 74 Abs. 2 Z 1 handelt, ob solch eine Ausführung als nicht genehmigungsfähig einzustufen wäre oder ob dies doch genehmigungsfähig ist, da, vergleichbar mit dem Garagierungsgewerbe -(auch bei Brand eines Autos ist davon auszugehen, dass die benachbarten Autos beschädigt werden) der Mieter dieses Gefährdungspotential bei Anmiete eines solchen Gitterlagers (da die Gefahr so offensichtlich ist) einkalkuliert und damit einverstanden ist.

Nach Ansicht der ho. Abteilung handelt es sich um eine „einheitliche Betriebsanlage“ und stellt sich daher die Frage der Nachbarproblematik gar nicht. Es wird um einen Erfahrungsaustausch gebeten, wie dies bei anderen Einkaufszentren oder reinen Mietlagern udgl. praktiziert wird.

Zu TOP 21:

Bei solchen Lagern ist rechtlich danach zu trennen, ob die „Gitterkoje“ Bestandteil des Spezialbetriebes (des „Shops“) ist, oder ob - sei es vom Zentrumsbetreiber selbst oder einem anderen Unternehmen - ein Lagerangebot zur Verfügung gestellt wird, bei dem der Lagerbetreiber selbst als Inhaber dieses Lagers fungiert und der Shopbetreiber nur als Kunde.

In ersterem Fall ist diese einzelne Koje, die dann auch unter Inhaberschaft und betriebsanlagenrechtlicher Verantwortung des entsprechenden Shopinhabers steht, als Bestandteil seines Shops zu behandeln, die - wenn vielleicht auch örtlich in gewisser Weise vom Kundenbereich des Shops disloziert - zu seiner (Spezial)Betriebsanlage gehört. In solchen Fällen liegt eine einheitliche Betriebsanlage mit dem Shopbereich vor, wobei benachbarte Kojen, die von anderen Shopinhabern unterhalten und betrieben werden, relevante Nachbarn sind, deren Interessen gemäß § 74 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 geschützt sind.

In zweiterem Fall liegt ein Lagerbetrieb vor, bei dem der Lagerbetreiber Inhaber und die einzelnen Shopbetreiber Kunden sind. In solchen Fällen ist das Lager (alles Gitterkojen zusammen) als eigenständige - von den Shops unabhängige - Betriebsanlage zu behandeln. Es sind zwar wohl die Nachbarn eines solchen Lagers zu schützen, die Behörde ist aber nicht gehalten, das im Lager befindliche Vermögen eines Kunden vor dem ebenfalls im Lager befindlichen Vermögen des anderen Kunden zu schützen. Sachgemäßen Umgang mit anvertrauten Kundengütern zu üben ist Aufgabe des Lagerinhabers unter seiner zivilrechtlichen Haftbarkeit, der Schutz des Kundenvermögens ist aber kein vom gewerblichen Betriebsanlagenrecht erfasstes Schutzgut (sehr wohl jedoch Leben und Gesundheit des Kunden, der das Lager der Art des Lagers gemäß aufsucht).

22. (Wien) Einengung des Fluchtweges durch Einbau eines Treppenliftes

Auf Grund der Umsetzungsfristen des Bundes-Behindertengleichstellungsgesetzes werden zunehmend bestehende Betriebsanlagen und Gebäude, in denen Betriebsanlagen situiert sind, umgebaut und tunlichst barrierefrei gestaltet. Dabei kommt es auch vermehrt zum Einbau eines Treppenliftes, um Niveauunterschiede auch für Personen mit körperlichen Einschränkungen überwindbar zu machen. Daraus ergeben sich aber – vor allem im Altbau – Situationen, bei denen ein bestehender Fluchtweg über eine Stiege durch ein klappbares Podest eines Treppenliftes eingeschränkt wird. Aus welchen rechtlichen Gründen eine Einschränkung eines Fluchtweges vorgenommen wird, ist nach Ansicht des Amtes der Wiener Landesregierung betriebsanlagenrechtlich irrelevant und erfordert eine anlagenrechtliche Prüfung ob ausreichende Fluchtmöglichkeiten weiterhin bestehen bzw. im Einzelfall sogar eine entsprechende Einreichung eines Projektes zur Sanierung dieser neuen Situation.

In diesem Zusammenhang wurde auch die Frage aufgeworfen, ob die sichere Flucht- bzw. Evakuierungsmöglichkeit im Gefahrenfall von Personen mit körperlicher Beeinträchtigung, die eine barrierefreie Betriebsanlage benutzen, eine betriebsanlagenrechtliche Anforderung an die Genehmigung einer Betriebsanlage darstellt?

Es wird um Diskussion und rechtliche Ausführungen zu dieser vermehrt auftretenden Problematik ersucht.

Zu TOP 22:

Zunächst ist festzuhalten, dass dem System des Bundes-Behindertengleichstellungsgesetzes weder ein absoluter Vorrang dieses Gesetzes gegenüber anderen Materien entnommen werden kann noch eine Verpflichtung, ganz bestimmte Maßnahmen, wie den Einbau eines Treppenlifts, zu setzen.

So finden sich etwa in dem auf der Homepage des BMASK veröffentlichten Leitfaden „Häufig gestellte Fragen zu `Barrierefreiheit`“ die folgenden Ausführungen:

„Eine Diskriminierung durch Barrieren liegt grundsätzlich dann vor, wenn eine Beseitigung der Barrieren rechtlich möglich und zumutbar ist. Sollte beispielsweise der nachträgliche Einbau eines Personenaufzugs in einem Altbau aus baurechtlichen oder denkmalschutzrechtlichen Gründen nicht möglich sein, so stellt die mangelnde Zugänglichkeit in diesem Fall keine Diskriminierung dar.“

Es kann auch nicht erkannt werden, dass das Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz einen einseitigen Eingriff in einen bestehenden Betriebsanlagenkonsens, konkret eine Einschränkung eines Fluchtweges, ermöglichen bzw. zu einer solchen Einschränkung verpflichten würde.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Einbau eines Treppenlifts kein absolutes „Muss“ ist, sondern dass die Frage, ob und wie weit ein Lebensbereich, zB ein Geschäftslokal, barrierefrei zu gestalten ist, im Rahmen einer Zumutbarkeitsprüfung zu beurteilen ist. Im Rahmen dieser Zumutbarkeitsüberprüfung ist auch zu berücksichtigen, ob wenigstens versucht wurde, die Situation behinderter Personen zu verbessern (siehe den von der WKO herausgegebenen Leitfaden „Barrierefreiheit und Diskriminierungsverbot“ vom 9. Juli 2015); dort wird unter anderem auch Folgendes ausgeführt:

„Rechtlich gesehen bedeutet dies, dass die vollständige Adaption eines Gebäudes zwar im Einzelfall unzumutbar sein kann (z.B. hoher Umstellungsaufwand); dieser Umstand stellt jedoch keinen Rechtfertigungsgrund dar, gar nichts zu tun. Vielmehr muss das Ziel der Barrierefreiheit so weit wie möglich erreicht werden.“

Aus betriebsanlagenrechtlicher Sicht ist eine von einem Anlageninhaber in Anbetracht des Bundes-Behindertengleichstellungsgesetzes beabsichtigte Änderung der Betriebsanlage wie jede andere genehmigungspflichtige Betriebsanlagenänderung nur dann genehmigungsfähig, wenn die betriebsanlagenrechtlichen Schutzinteressen gewahrt werden, sohin auch für entsprechende Fluchtmöglichkeiten Vorsorge getroffen ist.

Was die Frage zur sicheren Fluchtmöglichkeit von Personen mit körperlicher Beeinträchtigung betrifft, so haben die Kriterien der Zumutbarkeit iSd § 77 Abs. 2 hinsichtlich des Tatbestandes der Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit außer Betracht zu bleiben. Es ist daher nicht auf den Maßstab eines gesunden, normal empfindenden Kindes oder Erwachsenen abzustellen, sondern vielmehr von einer dem Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechenden, objektiven Gegebenheiten Rechnung tragenden Durchschnittsbetrachtung auszugehen (siehe Stolzlechner/Wendl/Bergthaler, Die gewerbliche Betriebsanlage⁴ [2016], RZ 212).

23. (Wien) Beachtung der Fluchtsituation bei gewerblich betriebenen Kinderbetreuungseinrichtungen in Einkaufszentren

Ob Kinderbetreuungseinrichtungen in Einkaufszentren gewerblich betrieben werden, ist durch geeignete Erhebungen (z.B. durch Recherche im Internet, Flyer, Ankündigungen, Besichtigung vor Ort, ...) zu ermitteln, als wesentliche Vorfrage zu erheben und von der Behörde festzustellen. Sofern eine gewerbliche Tätigkeit nicht vorliegt, sind betriebsanlagenrechtlich nur allfällige Auswirkungen auf die allgemeinen Teile im Sinne der Generalgenehmigung der Gesamtanlage zu beurteilen.

Nur für den Fall einer Tätigkeit im Sinne der Gewerbeordnung hat sich die Behörde auch mit der Einrichtung selber zu befassen. Dabei ist aus technischer Sicht die Frage aufgetreten, ob im Gefahrenfall mit einer ordnungsgemäßen „Entfluchtung“ gerechnet werden kann, also die Betreuerinnen und Betreuer mit den Betreuten die Betriebsanlage auf den vorgesehenen Wegen zum geeigneten Sammelplatz im Freien verlässt, oder ob auf Grund der besonderen Situation auch damit gerechnet werden muss, dass sich Elternteile in Panik und Sorge um das eigene Kind atypisch verhalten und entgegen der Fluchtrichtung zu der Betreuungseinrichtung laufen würden, um ihre Kinder abzuholen. Sollte so ein Verhalten erwartbar und betriebsanlagenrechtlich als relevant einzustufen sein, müsste die Situierung einer solchen Betreuungseinrichtung jedenfalls so nahe an einem geeigneten Sammelplatz im Freien gewählt werden, dass eine Flucht für alle Personen möglichst gefahrenfrei erfolgen kann. Das Amt der Wiener Landesregierung neigt nach intensiver Befassung erfahrener Amtssachverständiger zu der Auffassung, dass das zuvor beschriebene Verhalten der in Panik befindlichen Elternteile durchaus realistisch und damit erwartbar wäre, sodass auch nicht jeder Ort innerhalb der Gesamtanlage als geeigneter Ort für eine Kinderbetreuungseinrichtung angesehen werden kann, auch wenn die technischen Vorgaben für Fluchtwege für die Betreuten und Betreuenden grundsätzlich gegeben wären.

Es wird um Erörterung der Situation und der rechtlichen Einschätzung er-
sucht, im Besonderen ob ein solches Verhalten im Brandfall als eine „die
Anlage der Art des Betriebes gemäße Inanspruchnahme“ im Sinne des § 74
Abs. 3 GewO 1994 darstellt.

Zu TOP 23:

Zunächst ist anzumerken, dass die gewünschte örtliche Situierung einer gewerblichen Betriebsanlage beim Projektwerber liegt und nicht von der Behörde vorgegeben werden kann. In jedem Unglücksfall, so auch bei Bränden, ist mit Panikreaktionen zu rechnen und kann irrationales Verhalten Einzelner nicht ausgeschlossen werden.

§ 77 Abs. 1 GewO 1994 verlangt nicht, dass jede überhaupt denkbare mögliche Gefährdung der im § 74 Abs. 2 Z 1 umschriebenen Interessen ausgeschlossen werden muss, sondern „nur“, dass die nach den Umständen des Einzelfalls voraussehbaren Gefährdungen dieser Interessen zu vermeiden sind (siehe Gruber/Paliego-Barfuß, GewO7, Anm 50 zu § 77).

So bleibt es der Beurteilung im jeweiligen Einzelfall überlassen, ob ein solches - in der Anfrage selbst als atypisch bezeichnetes - Verhalten konkret vorzusehen ist.

24. (Wien) Brandschutzsituation in altgenehmigten Beherbergungsbetrieben

Auf Grund des besonderen Altbaubestandes in Wien und der mit dem Tourismuszentrum verbundenen großen Anzahl von teilweise bereits sehr alten Beherbergungsbetrieben sind in letzter Zeit sehr häufig Fragen aufgekommen, wie mit genehmigten Betriebsanlagen umzugehen ist, deren Brandschutz- und Brandbekämpfungsgesamtsituationen aus heutiger Sicht unbefriedigend wirkt.

Konkret sind etwa Fälle in Diskussionen, bei denen das (einzige) Stiegenhaus etwa auf Grund der Bodenbeläge und baulichen Ausgestaltung (Schilfrohrdecken) nicht brandabschnittsmäßig bzw. rauchabschnittsmäßig von den Stockwerksgängen getrennt ausgebildet ist und auf Grund des Denkmalschutzes und der Bausubstanz auch nicht nachträglich ausgebildet werden kann. Weiters wurde im Rahmen von technischen Überprüfungen festgestellt, dass Hotels zwar im genehmigten Zustand betrieben werden, jedoch eine mögliche Gefährdung von Gästen im Brandfall besteht, da etwa keine vollständige Brandmeldeanlage oder kein TUS-Anschluss besteht, kein zweiter Flucht- und Rettungsweg vorgesehen ist oder Kombinationen von „Gefährdungsfaktoren“ bestehen.

Das Amt der Wiener Landesregierung vertritt die Auffassung, dass der Bestandschutz einen wichtigen bestehenden Grundsatz des Bau- und Betriebsanlagenrechts darstellt. Auch erscheint unzweifelhaft, dass eine Anpassung an den Stand der Technik nicht gefordert werden darf (ausgenommen IPPC-Anlagen) und Änderungen der Betriebsanlagen nur soweit zum Anlass zur Anpassung des Standes der Technik genommen werden dürfen, als die Änderungen auch Auswirkungen auf die bestehende Anlage haben (§ 81 Abs. 1 2. Satz GewO 1994). Dessen ungeachtet werden bei Überprüfungsergebnissen, die eine konkrete Gefährdung von Personen aufzeigen, auch geeignete Abhilfemaßnahmen zu verlangen sein.

Es wird daher um Erörterung ersucht, ob ein allfälliger konsensgemäßer, aber veralteter Bestand in Bezug auf den vorbeugenden Brandschutz und die Brandbekämpfungssituation bereits eine solche konkrete Gefährdung darstellen kann, der mit geeigneten Verfahren etwa nach § 79 zu begegnen ist.

Zu TOP 24:

Es trifft zu, dass eine periodische Anpassung an den Stand der Technik selbst von (nicht dem IPPC-Regime unterliegenden) gewerblichen Betriebsanlagen nicht gefordert wird, auch nicht im Wege des § 79 GewO 1994.

§ 79 GewO 1994 zielt nicht auf den jeweils aktuellen Stand der Technik, sondern auf den hinreichenden Schutz der gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994 wahrzunehmenden Interessen ab. Der Stand der Technik und der medizinischen und sonst in Betracht kommenden Wissenschaften sind hier insoweit einzuhalten, als dies zur Wahrnehmung der geschützten Interessen erforderlich ist (vgl. auch (siehe Stolzlechner/Wendl/Bergthaler, Die gewerbliche Betriebsanlage⁴ [2016], RZ 350).

Ob die Behörde gemäß § 79 GewO 1994 „nachzujustieren“ hat oder nicht, ist jeweils nach der konkreten Situation des Einzelfalls zu beurteilen.

25. (Burgenland) Innenraumhöhe bei mobilen Verkaufsständen

Dzt. werden im Rahmen von Betriebsanlagengenehmigungsverfahren die Bestimmungen des ASchG mitberücksichtigt, sodass vor dem Hintergrund des § 31 Abs. 2 Bundes-Arbeitsstättenverordnung, wenn der Wagen fix aufgestellt wird, nur eine Raumhöhe von 2,50m oder eine Raumhöhe von 2,30m wenn er mobil betrieben wird, genehmigt werden.

Ausnahmen von diesen Bestimmungen sind grundsätzlich nicht vorgesehen, das heißt, dass diese Bestimmungen auch alle Arbeitnehmer/innen, die in Verkaufswägen bei diverse Veranstaltungen, beschäftigt werden, gelten. (Ausnahmen nach § 95 Abs. 3 ASchG sind nur möglich, wenn diverse Alternativmaßnahmen gesetzt werden (z.B. Lüftungsanlage im Wagen). Dies ist in der Praxis bis dato bei uns jedoch noch nicht vorgekommen.

Bei Genehmigungen nach dem Veranstaltungsrecht ist im Genehmigungsverfahren das ASchG nicht einzuhalten, und es wurde fallweise die Raumhöhe nicht so konkret bei den diversen Verkaufsanhängern geprüft. Nunmehr kommen jedoch mehrmals Anfragen für Anhängerwagen, die (angeblich) auch im Ausland betrieben werden und die eine Raumhöhe von lediglich 1,90 - 2,00m aufweisen. Seitens der gewerbetechnischen ASV fällt es ihnen auch nicht so leicht, ohne sich auf das ASchG zu stützen, eine Erklärung dafür zu finden, warum mind. eine Raumhöhe von 2,30m erforderlich ist. Es erhebt sich daher die Frage, mit welcher Begründung die Verwaltungsbehörde oder die Gewerbebehörde (bei Betrieb eines Verkaufswagens ohne Arbeitnehmer) die Raumhöhe von 2,30m bzw. 2,50m bei diesen mobilen Verkaufswägen verlangen kann? Kann dies im Einzelfall auch anders beurteilt werden (d.h. auch mit einer geringeren Raumhöhe), je nachdem wie groß die Ausgabeöffnung ist, ob im Wagen frittiert wird, mehrere Geräte die Hitze erzeugen betrieben werden, oder nur fertige Speisen kalt verabreicht werden, oder,.....).

Es wird um einen Erfahrungstausch ersucht, ev. unter Einbindung allenfalls bekannter Vorschriften und Vorgangsweisen aus anderen EU-Ländern. (Uns wird immer wieder vorgehalten, dass es „nur in Ö mit 2m nicht geht“).

Zu TOP 25:

Die Frage einer rein arbeitnehmerschutzrelevanten Raumhöhe ist aus Sicht des Vollzugs des gewerblichen Betriebsanlagenrechts nur deshalb relevant, weil arbeitsstättenrechtliche Bewilligungen mit dem gewerblichen Betriebsanlagengenehmigungsverfahren verfahrenskonzentriert sind.

Auf Grund dieser Verfahrenskonzentration ist die Gewerbebehörde auch nicht frei zu entscheiden, dass ein Vorhaben, das aus Sicht der vom Gewerbebereich geschützten Interessen unproblematisch wäre, genehmigt werden kann, solange nicht auch die vom Arbeitnehmerschutz geregelten Vorgaben zum Schutz der Arbeitnehmer gewährleistet sind.

In Fällen, in denen die arbeitsstättenrechtlich geforderte Raumhöhe nicht gewährleistet ist und die Anwendung von Ausnahmemöglichkeiten gemäß § 95 ASchG nicht in Betracht kommt, hat daher die Behörde eine Genehmigung mit der Begründung zu versagen, dass die - der vom ASchG der Gewerbebehörde zur Wahrung übergebenen - Arbeitnehmerschutzinteressen nicht gewahrt sind.

Dass etwas „in anderen Ländern geht“ oder dass „eine Begründung ohne Bezugnahme auf das ASchG schwerfällt“ sind keine Umstände, welche die Behörde von ihrer Bindung an die Gesetze befreien und daher auch keine sachlich zulässigen Argumente für die Begründung eines Genehmigungsbescheides, der entgegen ausdrücklicher gesetzlicher Vorgaben erteilt wird.

In diesem Zusammenhang wird allerdings auch darauf hingewiesen, dass die Genehmigungspflicht einer gewerblichen Betriebsanlage erst dann ausgelöst wird, wenn das Vorhaben geeignet ist, die in § 74 Abs. 2 Z 1 bis 5 GewO 1994 genannten Schutzinteressen zu gefährden oder zu beeinträchtigen; die Eignung eines Vorhabens zur Berührung von Arbeitnehmerschutzinteressen allein löst noch keine gewerbliche Betriebsanlagengenehmigungspflicht aus.

26. (Wien) „Technologiapark“ – rechtliche Grenzen der Zurverfügungstellung von fertig ausgestatteten Technologiebetrieben für die produktive Nutzung durch Start-Up-Unternehmen –Erfahrungsaustausch

Eine wirtschaftsfördernde Einrichtung ist mit dem Vorhaben an die Betriebsanlagenbehörde herangetreten, einen Technologiapark projektieren und errichten zu wollen, in dem junge Unternehmer ohne eigene hohe Investitionen erste technische Versuchsarbeiten, aber auch schon Produktionsreihen, gewerblich durchführen können. Dieses als „Technologiapark“ bezeichnete Vorhaben soll der Ausübung gewerblicher Tätigkeiten dienen, jedoch erscheint es aus heutiger Sicht noch nicht möglich, alle technischen emissionsrelevanten Angaben zu machen und das vollständige Gefährdungspotential abzuschätzen und dementsprechend individuell geeignete Vorkehrungen zu treffen.

Aus Sicht des Amtes der Wiener Landesregierung wird es als zielführend angesehen, wenn diese „Betreiberin“ des Technologiaparks, die selber keine gewerbliche Tätigkeit auszuüben beabsichtigt (und die Anlage im Rahmen der Selbstverwaltung ihres Eigentums betreut), um Generalgenehmigung einer Gesamtanlage ansucht, sowie dabei die allgemeinen Teile entsprechend konkret und die beabsichtigten technischen „Möglichkeiten“, soweit es erforderlich erscheint, beschreibt. Die konkrete Ausgestaltung eines „Start-Up-Unternehmens“, das diese Einrichtung benutzen will, kann erforderlichenfalls im Rahmen eines Spezialgenehmigungsverfahrens rasch und einfach abgehandelt werden.

Es wird um Erfahrungsaustausch ersucht, ob vergleichbare Einrichtungen auch in anderen Ländern etabliert sind, ob diese Anlagen auch als Gesamtanlagen im Sinne des § 356e GewO 1994 generalgenehmigt wurden und ob bei der technischen Beschreibung von noch nicht konkret feststehenden Vorgängen gewisse Rahmenbeschreibungen akzeptabel erscheinen, um die Flexibilität zu erhöhen und den bürokratischen Aufwand gering zu halten.

Zu TOP 26:

Zunächst ist bei solchen Vorhaben aus gewerberechtlicher Sicht wesentlich, dass sich ein soweit konkreter gewerblicher Ausübungswille manifestiert, der eine Tätigkeitsbeschreibung der beabsichtigten Ausübung und eine Beschreibung der gewerblichen Betriebsanlage ermöglicht.

Vorhaben, bei denen möglicherweise in Zukunft irgendwelche gewerblichen Tätigkeiten in Aussicht stehen, bei denen aber weder klar ist, was realisiert werden soll, noch ob eine bestimmte Ausübung überhaupt realisiert wird, sind einem gewerblichen Betriebsanlagengenehmigungsverfahren nicht zugänglich. Allfällig „vorsorgliche Bauhüllen“, die zu solchen zukünftigen und noch unbestimmten Zwecken dienen sollen und bei denen lediglich klar ist, dass irgendeine gewerbliche Tätigkeit zu einem späteren Zeitpunkt angestrebt wird, können - soweit es sich um wenigstens konkrete Baugewerke handelt - nur nach dem Baurecht genehmigt werden.

Das Vorhaben eines „Technologiepark“, bei dem noch unklar ist, was überhaupt ausgeübt werden soll, ist daher aus Sicht des gewerblichen Betriebsanlagenrechts solange unbeachtlich, bis sich ein konkretisierbarer Ausübungswille manifestiert hat.

Sofern sich allerdings ein solcher konkreter Ausübungswille manifestiert hat, ist das Vorhaben auch einem gewerblichen Betriebsanlagengenehmigungsverfahren zugänglich. In diesem Zusammenhang wird aber darauf hingewiesen, dass jede Betriebsbeschreibung zwangsläufig Elemente der Generalisierung und Kategorisierung aufweist. Insofern ist Flexibilität durchaus möglich, und es sind bei einem solchen Technologiepark - wie etwa auch bei Mehrzweckanlagen in der chemischen Industrie - Generalisierungselemente in der Beschreibung zulässig.

Die Grenze einer zulässigen Generalisierung und Kategorisierung ist so zu ziehen, dass das zu genehmigende Projekt (bzw. die Kategorien) jedenfalls so detailliert zu beschreiben ist, dass eine Prüfung und Bewertung, ob und welche Schutzinteressen des § 74 Abs. 2 GewO 1994 berührt sind und welche Auflagen erforderlichenfalls gemäß § 77 GewO 1994 vorzuschreiben sind, möglich ist. Das diesbezüglich zu erreichende Schutzniveau hat dabei jedenfalls dem Stand der Technik zu entsprechen.

Sofern ein solcher Technologiepark in diverse Clustereinheiten aufgeteilt ist, die von jeweils unterschiedlichen Unternehmen genutzt werden sollen, ist

das von der Stadt Wien beschriebene Vorgehen mit General- und Spezialgenehmigung im Sinne des § 356e GewO 1994 konsequent.

27. (Salzburg) Zuständigkeit nach § 78 Abs. 1 GewO 1994

Gemäß § 78 Abs. 1 GewO 1994 dürfen Anlagen(-teile) unter bestimmten Voraussetzungen vor Eintritt der Rechtskraft errichtet und betrieben werden. Dieses Recht endet mit der Erlassung des Erkenntnisses über die Beschwerde gegen den Genehmigungsbescheid, spätestens jedoch drei Jahre nach Zustellung des Genehmigungsbescheides an den Genehmigungswerber.

Die zur Entscheidung berufene Behörde hat die Inanspruchnahme dieses Rechtes auszuschließen, wenn der Begründung der Beschwerde zu entnehmen ist, dass auf Grund der besonderen Situation des Einzelfalles trotz Einhaltung der Auflagen des angefochtenen Bescheides eine Gefährdung des Lebens und der Gesundheit zu erwarten ist.

Wer die zur "Entscheidung berufene Behörde" ist aus Sicht Salzburgs unklar. Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kurzkommentar zur GewO, RZ 3 zu § 78, gehen davon aus, dass die zur Entscheidung berufene Behörde die "Gerichtsbehörde", also das LVwG, ist. Nach Stolzlechner/Wendl/Bergthaler, Die gewerbliche Betriebsanlage⁴, RZ 47, wird ebenfalls von der Zuständigkeit des LVwG ausgegangen. Das LVwG Wien hat in seiner Entscheidung vom 4.5.2015, VGW-122/V/008/3799/2015, die Zuständigkeit angenommen. Dem gegenüber kommen Gruber, Paliege-Barfuß, GewO-Kommentar, RZ 7 zu § 78, zu dem Schluss, dass es sich um eine lex specialis zu § 13 Abs. 2 VwGVG handelt.

Um Mitteilung der Rechtsansicht wird ersucht.

Zu TOP 27:

Gemeinsames Merkmal der zitierten Literaturstellen ist, dass sie keine Begründung für die jeweils vertretene Rechtsauffassung erkennen lassen.

Im Hinblick darauf, dass, wie in der Anfrage zutreffend ausgeführt wird, nicht nur das Verwaltungsgericht Wien, sondern etwa auch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Beschluss vom 28.4.2016, ZI. LVwG-850558/6/Re/BHu) seine Zuständigkeit angenommen hat, ist bereits von einer einheitlichen Spruchpraxis dahingehend auszugehen, dass das Landesverwaltungsgericht die zur Entscheidung berufene Behörde im Sinne des § 78 Abs. 1 dritter Satz GewO 1994 ist.

Siehe im Übrigen auch schon TOP 19 der Gewerbereferententagung 1998, dem zufolge ein Rechtsakt der Berufungsbehörde - im Rahmen des Berufungsverfahrens - erforderlich ist (bzw. war), um das Recht zum (vorläufigen) Errichten und Betreiben einer gewerblichen Betriebsanlage auszuschießen.

28. (Wien) Betrieb einer Betriebsanlage nach einer behebenden, aber noch nicht meritorischen Entscheidung eines Landesverwaltungsgerichtes

Kann eine Betriebsanlage, deren Genehmigungsbescheid vom Landesverwaltungsgericht behoben und zur neuerlichen Entscheidung der Behörde zurückverwiesen wurde, unter sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen des § 359c und § 78 Abs. 1 jeweils GewO 1994 bis zur „Rechtskraft“ eines neuen (positiven) Genehmigungsbescheides – maximal jedoch ein Jahr – weiterbetrieben werden, wenn die Auflagen des ursprünglichen Genehmigungsbescheides eingehalten werden und keine Gefährdungen von Personen vorliegen?

Falls dieser in Wien vertretenen Rechtsauffassung nicht beigespflichtet werden kann, wird um Ausführung ersucht, ob die Behörde umgehend mit der Erlassung des behebenden Bescheides den Betrieb der Anlage zu unterbinden und somit die Betriebsanlage stillzulegen hat? Gegebenenfalls wird auch um Präzisierung ersucht, ob diese Betriebseinstellung auch schon nach der mündlichen Verkündung, aber vor schriftlicher Ausfertigung der Gerichtsentscheidung vorzunehmen wäre.

Zu TOP 28:

Wie in Gruber/Pallege-Barfuß, GewO7, Anm. 6b zu § 78 ausgeführt wird, endet das Recht zum Weiterbetrieb nach dem ersten Satz dieser Bestimmung nur dann, wenn das Verwaltungsgericht in der Form eines Erkenntnisses entscheidet. Hebt das Verwaltungsgericht nach § 28 Abs. 3 VwGVG den angefochtenen Bescheid auf und verweist es die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurück, so ergeht diese Entscheidung des Verwaltungsgerichts als Beschluss und endet das Recht zum Weiterbetrieb nach dem ersten Satz dieser Bestimmung nicht.

29. (Wien) Gastgärten in EKZ – Mallbereich – notwendiger Abstand zu den Geländern

Der konkrete Aufstellungsort eines „Gastgartens“ in einem Einkaufszentrum ist betriebsanlagenrechtlich zu berücksichtigen. Im Besonderen ist darauf Bedacht zu nehmen, dass der Aufstellungsort nicht unmittelbar bei einer Brüstung oder vor einem Geländer oder einer sonstigen Absturzsicherung liegt. Es entspricht nämlich durchaus der allgemeinen Lebenserfahrung und ist nicht als außergewöhnliche, untypische Nutzungsweise anzusehen, dass Kleinkinder auf Sessel steigen und über Absperrungen schauen wollen. Die Möglichkeit der Erziehungsberechtigten, tatsächlich einzugreifen und solche gefährlichen Situationen zu verhindern, ist realistisch gesehen nicht ständig gegeben. Da Absturzunfälle nicht auszuschließen sind und leider gelegentlich vorkommen, wird es – auch im Sinne der Haftungsfrage – für die Betriebsanlageninhabung und die Behörde wichtig sein, schon derartige Situationen durch geeignete Aufstellungsorte von Sitzgelegenheiten zu vermeiden. Es ist auch gängige Judikatur, dass der konkrete Ort einer Betriebsanlage und dessen äußere Gefährdungsumstände im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren zu berücksichtigen sind.

Es wird um Erörterung der Situation und rechtliche Beurteilung ersucht, ob der dargestellten Rechtsauffassung Wiens beigepflichtet werden kann. Zutreffendenfalls wird auch um Diskussion ersucht, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmaß auch in bestehende Genehmigungssituationen im Einzelfall eingegriffen werden muss.

Zu TOP 29:

Geschützt sind gemäß § 74 Abs. 2 Z 1 u.a. Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß aufsuchen. Gemäß den EB 1973 gehören zu den Kunden etwa Besucher eines Warenhauses.

§ 77 Abs. 1 GewO 1994 verlangt nicht, dass jede überhaupt denkbare mögliche Gefährdung der im § 74 Abs. 2 Z 1 umschriebenen Interessen ausgeschlossen werden muss, sondern dass die nach den Umständen des Einzelfalls voraussehbaren Gefährdungen dieser Interessen zu vermeiden sind (Gruber/Paliego-Barfuß, GewO7, Anm 50 zu § 77).

Wenn eine Betriebsanlage ihren Aufstellungsort unmittelbar neben einer absturzgefährdenden Stelle hat, dann kann dies zwar zu einer voraussehbaren Gefährdung führen, der mit einer Absturzsicherung zu begegnen ist. Die erforderliche Ausführung einer solchen Absturzsicherung hat sich aber an betriebsartgemäßen Verhaltensweisen der geschützten Personenkreise zu orientieren.

Eine Absturzgefahr hingegen, die nur durch ein Aufsuchen der Betriebsanlage entgegen der Art des Betriebes eintreten kann, ist keine Gefährdung, vor der die Kunden zu schützen sind. Etwa ein Steigen auf Sessel ist keine Verhaltensweise, die als Aufsuchen eines gastgewerblichen Betriebes gemäß seiner Betriebsart verstanden werden kann, sondern ist ein Verhalten im Sinne eines Aufsuchen entgegen der Art des Betriebes.

Der Betreiber einer Betriebsanlage kann auch voraussetzen, dass erwachsene Kunden ihren allgemeinen Obsorgepflichten nachkommen, ihre Kinder entsprechend beaufsichtigen und diese insbesondere nicht in einem betriebsartwidrigem und selbstgefährdenden Verhalten gewähren lassen.

30. (Niederösterreich) Fragen betreffend Betriebsanlagenverfahren, Bäderhygiene, Legionellen Untersuchungen - Vorschreibung mittels Auflage (Beilage Erkenntnis Landesverwaltungsgericht NÖ)

Von Seiten einer Bezirksverwaltungsbehörde wurde einer Hotelbetriebsanlage gemäß § 79 Abs. 1 GewO 1994 mit Bescheid vom 31.7.2014 folgende Auflage vorgeschrieben: „Die Duschen im Hoteltrakt sind halbjährlich auf Legionellen zu untersuchen. Die Untersuchungsbefunde sind unaufgefordert der Bezirkshauptmannschaft _ vorzulegen.“

Die Bezirksverwaltungsbehörde hat dies damit begründet (Verständigung durch die Steiermärkische Landesregierung über die NÖ LReg), dass eine Untersuchung der Referenzzentrale für Legionellen – AGES ergeben habe, dass in der gegenständlichen Hotelbetriebsanlage in einem Zimmer (201) eine derart hohe Keimkonzentration (190 KBE in 100 ml) einer bestimmten Legionellen-Spezies (*L. pneumophila* SG1) nachgewiesen worden sei, welche der Risikogruppe II (Hotelgäste) innerhalb der Risikogruppen I-IV entsprechen würde. Durch Untersuchungen der Wasserproben vom 11.06.2014 sei bakteriologisch nachgewiesen, dass die sanitäre Einrichtung als Träger von Krankheitskeimen einer anzeigepflichtigen Krankheit anzusehen sei.

Die Bezirksverwaltungsbehörde hat außerdem mittels Verfahrensordnung gemäß § 360 GewO 1994 vom 25.4.2014 eine thermische Sanierung nämlich Sicherheitsmaßnahmen (Durchspülung mit deutlich > 70 Grad Celsius, Kontrolluntersuchung, Einmal-Filter) angeordnet. Dieser Anordnung der Bezirksverwaltungsbehörde wurde entsprochen. Eine Kontrolluntersuchung vom 26.6.2014 hat ergeben, dass das Warmwasser nunmehr den Anforderungen der ÖNORM B5019 entspricht.

Gegen den Bescheid, mit welchem die oben angeführte Auflage gemäß § 79 GewO 1994 vorgeschrieben wurde, hat das Unternehmen Beschwerde erhoben und die Aufhebung des angefochtenen Bescheides beantragt. Ua. wurde ausgeführt, dass der Kausalzusammenhang der von der steiermärkischen Landesregierung gemeldeten Legionellenerkrankung nicht als gesichert anzusehen und die Legionelleninfektion im Hotel der Beschwerdeführerin nur eine von mehreren Infektionsmöglichkeiten sei. Die angefochtene Auflage sei nicht geeignet, einen Legionellen-Befall zu verhindern, sondern diese nur

dazu die Einhaltung bestimmter Vorschriften zu überprüfen. Die Beschwerdeführerin habe umfangreiche grundlegende Maßnahmen einzuhalten und es sei davon auszugehen, dass die ÖNORM B5019 dem Stand der medizinischen Wissenschaft entspreche und würden in der ÖNORM derartige Untersuchungen nicht gefordert.

Mit Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts NÖ wurde der gegenständliche Bescheid der Bezirksverwaltungsbehörde im Wesentlichen mit der Begründung behoben, dass eine Auflagenvorschreibung gemäß § 79 Abs. 1 GewO 1994 ein Ermittlungsverfahren mit dem Ergebnis voraussetzt und die Schutzinteressen gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994 nicht so geschützt werden, wie dies § 77 Abs. 1 leg.cit. vorsieht. Das Ermittlungsverfahren dürfe aber nicht durch Vorschreibung von Auflagen ersetzt werden. Für die Bezirksverwaltungsbehörde haben sich daraus folgende Fragestellungen ergeben:

1. Aus der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts NÖ ergibt sich, dass ohne Vorliegen einer durch behördliche Ermittlungen belegten konkreten Beeinträchtigung der Schutzinteressen des § 74 Abs. 2 GewO 1994 – die Vorschreibung von wiederkehrenden Legionellen- bzw. Pseudomonadenuntersuchungen (einschließlich der Vorlage von Untersuchungsbefunde an die Behörde) nicht zulässig ist – weder in Form zusätzlicher Auflagen nach § 79 Abs. 1 GewO 1994 für bestehende Anlagen noch im Rahmen von Genehmigungsverfahren nach § 77 Abs. 1 GewO 1994. § 79 Abs. 1 GewO 1994 sieht die Anpassung eines rechtskräftigen Genehmigungsbescheides für den Fall vor, dass die gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994 wahrzunehmenden Interessen (trotz Einhaltung der schon vorgeschriebenen Auflagen) nicht hinreichend geschützt sind. Im vorliegenden Fall wurde schon durch die Kontrolluntersuchung gemäß ÖNORM B 5019 festgestellt, dass Legionellen nicht (mehr) nachweisbar waren. Das Ermittlungsverfahren darf pro futuro nicht durch die Vorschreibung einer Auflage ersetzt werden. Vielmehr ist die Vorschreibung von Auflagen an das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens gebunden.

2. Will die Behörde – ohne konkreten Anlassfall – Informationen über die Qualität des Wassers und damit über eine allfällige Kontamination mit Legionellen bzw. Pseudomonaden in einer Anlage erhalten, müsste sie die erforderlichen Untersuchungen im Rahmen eines amtswegigen Ermittlungsverfahrens veranlassen – bei Routineüberprüfungen aufgrund der Bestimmung

des § 76 AVG grundsätzlich auf ihre Kosten. Dem Ansatz der Bezirksverwaltungsbehörde wird zugestimmt.

3. Anders stellt sich die Situation bei bereits zweifelsfrei festgestellter Kontaminierung mit Legionellen und daraus resultierender Gefährdung für die Kunden dar. Im Rahmen eines gewerbepolizeilichen Verfahrens (§ 360 Abs. 4 GewO 1994) erscheint es durchaus denkbar, aktuelle Legionellen-Untersuchungsbefunde nach erfolgter Dekontaminierung des Warmwasserversorgungssystems vom Betriebsinhaber abzuverlangen, um von einem einsprechend belegten Wegfall der Gefährdungen ausgehen und eine allenfalls behördlich verfügte Sperre von Betriebsteilen widerrufen zu können. Gegen diese Sichtweise werden von der Abteilung Gewerberecht keine Einwände erhoben.

4. Sofern die ÖNORM B 5019 als Stand der Technik angesehen wird, müssen vor allem bei Genehmigungsvorhaben, die die Neuerrichtung von zentralen Warmwasseranlagen z.B. für Badeeinrichtungen oder Beherbergungsbetriebe zum Inhalt haben, die ÖNORM-gemäße Ausführung und der ÖNORM gemäße Betrieb der betroffenen Anlagenteile sichergestellt werden. Es wird daher – neben einer entsprechenden Berücksichtigung der Anforderungen dieser ÖNORM in den Projektunterlagen – in diesem Zusammenhang die Vorschreibung einer Auflage in Frage kommen, wonach der Betriebsinhaber für diese Anlagenteile ein Ausführungsattest einer Fachfirma vorzulegen hat, „dass die Anlage gemäß ÖNORM B 5019 errichtet wurde und betrieben werden kann.“

Der Vorgangsweise wird grundsätzlich zugestimmt. Bei Genehmigungsvorhaben wird es zweckmäßig sein die ÖNORM-gemäße Ausführung in die Betriebsbeschreibung aufzunehmen. Die Vorlage der erforderlichen Atteste zur Einsichtnahme durch die Behörde im Betrieb wäre durch die Vorschreibung einer Auflage sicher zu stellen.

Werden diese Rechtsansichten geteilt?

Zu TOP 30:

Grundsätzlich sind Auflagen, die gemäß § 77 GewO 1994 vorgeschrieben werden können, an die allgemeinen Grundsätze der Erforderlichkeit, der Bestimmtheit, der Eignung sowie der Ultima Ratio gebunden.

Solche Auflagen müssen gemäß § 77 Abs. 1 GewO 1994 die nach den Umständen des Einzelfalls voraussehbaren Gefährdungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 vermeiden und Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 2 bis 5 GewO 1994 auf ein zumutbares Maß beschränken. Die Zulässigkeit einer nach dieser Bestimmung vorgeschriebenen Auflage liegt daher dann vor, wenn sie sich - nach den eingangs genannten Grundsätzen - hindernd oder vermindern auf eine konkrete Auswirkung der Betriebsanlage verhält.

Im Ergebnis ist daher die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes konsequent, welches die Zulässigkeit einer lediglich explorativen Auflage, die in keiner Weise geeignet ist, das Auftreten von Legionellen zu verhindern oder die Auftrittswahrscheinlichkeit oder Kontaminationsdichte von Legionellen zumindest zu beeinflussen, verneint hat.

Dies gilt selbstverständlich auch für Auflagen, die gemäß § 79 GewO 1994 in einem Sanierungsfall vorgeschrieben werden; auch hier sind bloß explorative Auflagen nicht zulässig.

Daraus folgt, dass zwar die Behörde eine Auflage formulieren kann, die Maßgaben an die Errichtung und den Betrieb der Anlage bindet (sofern solche Auflagen nicht wesensändernd sind); ebenso auch eine Auflage, die erfordert, dass eine qualifizierte Bestätigung über den maßgabengetreuen Herstellungszustand vorgelegt wird, erforderlichenfalls auch in regelmäßigen Wiederholungsintervallen (wie dies etwa bei Befunden über den aktuellen Zustand von Elektro- oder Gasinstallation erfolgt).

„Beobachtungsaufgaben“ können dem Inhaber von der Behörde jedoch nicht als Auflage vorgeschrieben werden, solche bedürften einer eigenständigen gesetzlichen Deckung, welche jedoch weder § 77 noch § 79 GewO 1994 bieten.

Die vorgeschlagenen Vorgehensweisen sind mit diesen Prinzipien, die auch das Verwaltungsgericht entsprechend bestätigt hat, vereinbar und auch als geeignet anzusehen, Gefährdungen durch Legionelleninfektionen zu begegnen bzw. das Auftreten solcher Infektionsherde zu vermeiden. Die vom Amt

der Niederösterreichischen Landesregierung präsentierten Rechtsansichten werden geteilt.

IV. Verwaltungsverfahren und Gewerbeausübung durch Ausländer

31. (Niederösterreich) Örtliche Zuständigkeit für die Feststellung der individuellen Befähigung

Aus einer Broschüre der Wirtschaftskammern Österreich aus dem Jahr 2006 ergibt sich auszugsweise folgende Vorgangsweise: „Gemäß § 3 Z 2 AVG richtet sich die örtliche Zuständigkeit, sofern die einschlägigen Verwaltungsvorschriften nichts Abweichendes regeln, in Sachen, die sich auf den Betrieb einer Unternehmung beziehen, nach dem Ort, an dem das Unternehmen betrieben oder die Tätigkeit ausgeübt wird oder werden soll. Lediglich, wenn kein solcher Anknüpfungspunkt gegeben ist, richtet sich die örtliche Zuständigkeit grundsätzlich nach dem Hauptwohnsitz des Antragstellers (§ 3 Z 3 AVG).

Erfolgt daher die Feststellung der individuellen Befähigung im Rahmen eines Gewerbeanmeldungsverfahrens oder einer Geschäftsführerbestellung für ein bestehendes oder künftiges Unternehmen, so ist im Sinne von § 339 Abs. 1 GewO 1994 die Bezirksverwaltungsbehörde des Unternehmensstandortes örtlich zuständig. Soll jedoch die Feststellung der individuellen Befähigung losgelöst von einer konkreten Gewerbeanmeldung bzw. Geschäftsführerbestellung erfolgen, so richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach dem Hauptwohnsitz des Antragstellers (§ 3 Z 3 AVG).

a) Welche Behörde ist daher zuständig, wenn sich erst im Zuge des Gewerbeanmeldungsverfahrens bzw. der Bestellung des gewerberechtl. Geschäftsführers herausstellt, dass der Befähigungsnachweis nicht erbracht und nachträglich die Feststellung der individuellen Befähigung beantragt wird? Ist dann auch davon auszugehen, dass es sich um die Feststellung der individuellen Befähigung im Rahmen eines Gewerbeanmeldungsverfahrens oder einer Geschäftsführerbestellung und somit um den Betrieb einer Unternehmung im Sinne des § 3 Z 2 AVG handelt?

b) Wie verhält es sich in dem Fall, dass ein Mitarbeiter einer Firma mit aufrechter Gewerbeberechtigung nach Ausscheiden des bisherigen gewerberechtl. Geschäftsführers als neuer gewerberechtl. Geschäftsführer bestellt werden soll, jedoch den erforderlichen Befähigungsnachweis nicht

besitzt und lediglich ein Antrag auf Feststellung der individuellen Befähigung (ohne gleichzeitiger Bestellung zum gewerberechtl. Geschäftsführer) eingebracht wird? Ist dann auch davon auszugehen, dass es sich um den Betrieb einer Unternehmung handelt und die Behörde des Gewerbestandes im Sinne des § 3 Z 2 AVG zuständig ist?

Die Abteilung Gewerberecht des Amtes der NÖ Landesregierung vertritt dazu folgende Rechtsmeinung:

Auch in den Fällen, in denen erst im Zuge des Gewerbeanmeldeverfahrens bzw. des Verfahrens zur Bestellung des gewerberechtl. Geschäftsführers ersichtlich wird, dass der Befähigungsnachweis nur mittels Feststellung der individuellen Befähigung erbracht werden kann, ist die Zuständigkeit nach § 3 Z 2 AVG nach dem Ort, an dem das Unternehmen betrieben oder die Tätigkeit ausgeübt werden soll, zu beurteilen. Regelmäßig wird eine gesonderte nachträgliche Antragstellung auf Feststellung der individuellen Befähigung gar nicht rechtlich erforderlich sein, da die Behörde – wenn sie zur Ansicht kommt, dass der standardisierte Befähigungsnachweis nicht erbracht ist – von sich aus, also von Amts wegen, in einem zweiten Schritt zu prüfen hat, ob aufgrund der beigebrachten Belege der individuelle Befähigungsnachweis als erbracht anzusehen ist (Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO, 3. Auflage, Rz 11 zu § 19; mit Verweis auf Wieser, ÖZJ 2005,44).

Aber auch bei gesonderter Antragstellung ist die Zuständigkeit, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass ein § 19-Verfahren zwecks nachfolgend beabsichtigter Tätigkeit in einem bestimmten Unternehmen als gewerberechtl. Geschäftsführer beantragt wurde, bei der Behörde abzuhandeln, die für das betreffende Unternehmen örtlich zuständig ist. Der Zusammenhang kann sich daraus erschließen lassen, dass im Antrag bereits ausdrücklich ausgeführt wird, dass eine künftige Geschäftsführertätigkeit in einem bestimmten Unternehmen beabsichtigt wird; es kann der Zusammenhang mit dem Unternehmen aber auch beispielsweise daraus abgeleitet werden, dass der Antrag mit Briefpapier und Absendeadresse des Unternehmens eingereicht wird, oder daraus, dass das Unternehmen als Vertreter der Person, die den Antrag auf Feststellung gemäß § 19 GewO 994 stellt, tätig wird.

Nur in den Fällen, in denen ein Zusammenhang mit einem bestimmten Unternehmen gar nicht ersichtlich ist, richtet sich die Zuständigkeit zur Entscheidung über einen Antrag auf Feststellung der individuellen Befähigung nach dem Wohnsitz des Antragstellers (§ 3 Z 3 AVG).

Wird diese Rechtsansicht geteilt?

Zu TOP 31:

Der in der Anfrage dargelegten Rechtsansicht wird beigeplichtet.

Die im § 3 AVG genannten Bestimmungsgründe der örtlichen Zuständigkeit schließen sich gegenseitig in der Weise aus, dass die später erwähnte Zuständigkeit immer erst dann in Frage kommt, wenn keiner der früher genannten Zuständigkeitsgründe gegeben ist.

Die im § 19 GewO 1994 vorgesehene Feststellung der individuellen Befähigung dient dazu, die sich aus der Nichterbringung des vorgeschriebenen (formellen) Befähigungsweises für den Gewerbeanmelder ergebenden Rechtsfolgen - Untersagung der Ausübung des Gewerbes, Durchführung eines Verwaltungsstrafverfahrens gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 - zu beseitigen. Einer solchen Feststellung muss daher ein in der GewO 1994 vorgesehener Zweck, also die Ausübung des betreffenden Gewerbes oder Tätigkeit als gewerberechtlicher Geschäftsführer, zugrunde liegen. Da sich diese Angelegenheit auf den Betrieb einer Unternehmung bezieht und nach den Bestimmungen der GewO 1994 ein Gewerbe auf einen bestimmten Standort zu lauten hat, ist gemäß § 3 Z 2 AVG für die Feststellung jene Bezirksverwaltungsbehörde zuständig, in deren Sprengel sich der Gewerbeort befindet.

Nach dem Wortlaut des § 19 erster Satz GewO 1994 ist für die von der Behörde zu treffende Feststellung ein gesonderter Antrag nicht erforderlich. Dies schließt zwar einen Antrag auf Feststellung der individuellen Befähigung nicht aus, doch muss für eine sachliche Entscheidung über einen derartigen Antrag ein (aktuelles) rechtliches Interesse des Antragstellers vorhanden sein. Da ein solches rechtliches Interesse bei nicht (unmittelbar) drohender Gefahr eine Bestrafung nicht gegeben ist, kann die Feststellung gemäß § 19 GewO 1994 nicht losgelöst von einem bereits anhängigen oder kurz bevorstehenden Gewerbeanmeldungsverfahren getroffen werden. Bei der sich solcher Art darstellenden Rechtslage wird der im § 3 Z 3 AVG angeführte Bestimmungsgrund für die örtliche Zuständigkeit nur in besonders gelagerten Fällen in Betracht zu ziehen sein.

32. (Niederösterreich) Form der Erledigung, wenn zugleich mit der Gewerbeanmeldung ein Antrag auf Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19 GewO 1994 gestellt wird

Ist im Falle der negativen Erledigung des Antrags auf Feststellung der individuellen Befähigung nach Rechtskraft dieses Bescheides ein getrennter Bescheid, mit dem die Gewerbeanmeldung bzw. Geschäftsführerbestellung nicht zur Kenntnis genommen und die Gewerbeausübung untersagt werden, zu erlassen oder kann eine Erledigung in einem (1) Bescheid mit 2 Spruchteilen erfolgen?

Für die getrennte Erledigung spricht, dass im Falle der Behebung des negativen Bescheides betreffend die Feststellung der individuellen Befähigung das Gewerbeanmeldungsverfahren bzw. das Verfahren betreffend die Geschäftsführerbestellung positiv abgeschlossen werden kann.

Für die gemeinsame Erledigung spricht der Zeitfaktor. Die Frage betrifft die zeitliche Abfolge, wenn über die individuelle Befähigung gemäß § 19 GewO 1994 und die Gewerbeanmeldung jeweils mit Bescheidspruch abzusprechen ist: Soll zuerst der Bescheid gemäß § 19 GewO 1994 erlassen werden und erst dann der Bescheid gemäß § 340 Abs. 3 GewO 1994, wenn der Bescheid gemäß § 19 GewO 1994 rechtskräftig geworden ist; oder können die Bescheide gleichzeitig (bzw. in einem Bescheid mit zwei Spruchpunkten) erlassen werden? Anm: Die Fragestellung denkbar auch bei positiver Erledigung: Bescheid gemäß § 19 GewO 1994 – danach (oder zugleich) Bescheid gemäß § 340 Abs. 2 oder § 95 Abs. 2 leg.cit.)

Die Abteilung Gewerberecht des Amtes der NÖ Landesregierung vertritt dazu folgende Rechtsmeinung:

Es besteht in aller Regel kein Anlass, bei einer negativen Entscheidung zur individuellen Befähigung mit dem abschließenden Bescheid gemäß § 340 Abs. 3 GewO 1994 (Feststellung, dass Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes nicht vorliegen) zuzuwarten. Da für beide Spruchpunkte (zu § 19 und zu § 340 leg.cit.) die Rechtskraft (bei gleichzeitiger Erlassung; ohne Rechtsmittelerhebung) zur gleichen Zeit eintritt, wird der Feststellungsbescheid gemäß § 340 Abs. 3 GewO 1994 auch nicht „zu früh“ rechtskräftig,

sondern eben dann, wenn der Abspruch über die individuelle Befähigung rechtskräftig wird.

Der Bescheidadressat hat es in der Hand, mittels Rechtsmittel gegen beide Spruchpunkte im Falle des Obsiegens die Gewerbeanmeldung zu dem im § 340 Abs. 1 Satz 4 GewO 1994 bestimmten Zeitpunkt (als Tag der Gewerbeanmeldung gilt jener Tag, an welchem (F) die allenfalls erforderliche Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19 (F) rechtswirksam erfolgt ist) zu erreichen.

Bei einem in § 95 GewO 1994 angeführten Gewerbe entsteht die Gewerbeberechtigung erst mit Rechtskraft des Feststellungsbescheides gemäß § 340 Abs. 2 GewO 1994. Wenn ein Bescheid mit zwei Spruchpunkten (§ 19 und § 340 Abs. 2 leg.cit.) erlassen wird, entsteht das Gewerbe daher nicht „zu früh“, sondern (bei gleichzeitiger Erlassung; ohne Rechtsmittelerhebung) erst dann, wenn auch der positive Feststellungsbescheid gemäß § 19 leg.cit. rechtskräftig geworden ist. Eine Beschwerde der Partei gegen den Feststellungsbescheid gemäß § 19 GewO 1994 ist bei (positiver) antragsgemäßer Erledigung nicht zu erwarten. Die Wertung des § 340 Abs. 1 GewO 1994, wonach es ausreicht, dass die Feststellung gemäß § 19 GewO 1994 „rechtswirksam“ erfolgt ist (wozu Rechtskraft nicht erforderlich ist - vgl. Gralber/Stolzlechner/Wendl, Rz 21 zu § 340; eine allenfalls vorgeschriebene Eignungsprüfung oder ein vorgeschriebener Anpassungslehrgang müsste aber absolviert sein!), spricht zusätzlich dafür, dass auch im Falle eines Bescheides gemäß § 340 Abs. 2 leg.cit. die Rechtskraft des positiven § 19 - Bescheides nicht abgewartet werden muss. Im Falle einer positiven Erledigung des Verfahrens gemäß § 19 GewO 1994 iVm einem Gewerbe gemäß § 95 GewO 1994 sollte daher ebenfalls eine gleichzeitige Erledigung in beiden Bescheidpunkten erfolgen.

Wird diese Rechtsansicht geteilt?

Zu TOP 32:

Die Erlassung eines Bescheides bewirkt den Eintritt der mit ihm verbundenen Rechtswirkungen. Die Rechtswirkungen treten nur für die Personen ein, an die der Bescheid zugestellt wird. Wird ein Bescheid einer Person zugestellt, für die er seinem Inhalt nach nicht bestimmt ist, so ist er dieser Person gegenüber zwar wirksam, jedoch fehlerhaft.

Handelt es sich bei dem Gewerbeanmelder und dem Antragsteller gemäß § 19 GewO 1994 um verschiedene Personen, so sollte zur Vermeidung eines fehlerhaften Bescheides mit getrennten Erledigungen über die Gewerbeanmeldung und den Antrag auf Feststellung der individuellen Befähigung abgesprochen werden.

Ist der Gewerbeanmelder und der Antragsteller gemäß § 19 GewO 1994 dieselbe Person, so spricht nichts dagegen, die Verfahren durch eine Erledigung mit zwei getrennten Spruchpunkten abzuschließen.

33. (Niederösterreich) Vorgangsweise, wenn die individuelle Befähigung von einer unzuständigen Behörde festgestellt wurde

Ist das ordnungsgemäße Zustandekommen der Feststellung der individuellen Befähigung durch die für die Gewerbeanmeldung bzw. Geschäftsführerbestellung zuständige Behörde zu prüfen? Gemeint ist damit, ob der Feststellungsbescheid von der für die Gewerbeanmeldung bzw. Geschäftsführerbestellung zuständigen Behörde akzeptiert werden muss, wenn der Verdacht besteht bzw. es offenkundig ist, dass der Feststellungsbescheid von einer örtlich bzw. sachlich unzuständigen Behörde erlassen wurde. Beispielhaft seien angeführt, dass nicht die gemäß § 3 Z. 2 oder 3 AVG örtlich zuständige Behörde entschieden hat.

Die Abteilung Gewerberecht des Amts der NÖ Landesregierung vertritt dazu folgende Rechtsmeinung:

Ein rechtskräftiger Feststellungsbescheid gemäß § 19 GewO 1994 ist grundsätzlich hinzunehmen. Er gehört dem Rechtsbestand an, mag er auch von einer örtlich unzuständigen Behörde stammen. Eine Beseitigung kann nur im Wege der §§ 68 ff AVG erfolgen, wobei darauf verwiesen wird, dass gemäß § 68 Abs. 5 AVG die Nichtigkeitserklärungsmöglichkeit infolge Unzuständigkeit der Bescheid erlassenden Behörde zeitlich befristet ist. In vielen Fällen wird die örtliche Unzuständigkeit für Behörden, die mit einem gegebenen rechtskräftigen Bescheid zur Feststellung der individuellen Befähigung konfrontiert sind, nicht offenkundig sein, da ein Konnex mit einem (beabsichtigten, behaupteten?) Verfahren zu einer Geschäftsführerbestellung oder Gewerbeanmeldung gegeben war, und die Zuständigkeit gemäß § 3 Z 2 AVG aus Sicht der Bescheid erlassenden Behörde vorlag (vgl. unsere Rechtsansicht zum Fragepunkt 1 oben). Verfahren zur Nichtigkeitserklärung sollten tendenziell von der Oberbehörde vorwiegend dann durchgeführt werden, wenn gravierendere Fehler als die örtliche Unzuständigkeit auftauchen bzw. dann, wenn entsprechende Mängel zur fehlenden Zuständigkeit noch hinzutreten. Wird diese Rechtsansicht geteilt?

Zu TOP 33:

Der in der Anfrage dargelegten Rechtsansicht wird beigepflichtet.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stellt eine Nichtigklärung nach § 68 Abs. 4 AVG eine Ermessensentscheidung dar, die auch ausreichend zu begründen ist. Für eine Nichtigklärung auf Grund ihres Charakters als Ermessensentscheidung reicht es daher nicht aus, dass die Tatbestandsmerkmale des § 68 Abs. 4 AVG erfüllt sind. Vielmehr hat die Behörde darüber hinaus im Zuge der Ermessensausübung die nachteiligen Wirkungen des Bescheides in Bezug auf das öffentliche Interesse, das durch die verletzte Norm geschützt ist, gegen allfällige Nachteile, welche die Nichtigklärung des Bescheides für die rechtlichen Interessen des Betroffenen, der auf die Rechtssicherheit, das heißt auf den durch die Rechtskraft gesicherten Bestand des Bescheides vertraut, mit sich brächte, abzuwägen. Daher steht es der Oberbehörde nicht zu, wegen jeder auch noch so geringfügigen Rechtswidrigkeit, die keine oder nur unbedeutende Auswirkungen auf das geschützte öffentliche Interesse nach sich zieht, in rechtskräftige Bescheide einzugreifen.

Für eine Nichtigklärung eines Bescheides gemäß § 19 GewO 1994 sollten daher schwerwiegenderer Mängel als die örtliche Unzuständigkeit der Behörde vorliegen.

34. (Salzburg) Beurteilung der Befähigung bei Entfall von Prüfungsteilen

Gemäß § 22 Abs. 1 GewO 1994 hat die zuständige Fachorganisation der Wirtschaftskammer Österreich bei Befähigungsprüfungen für reglementierte Gewerbe den Prüfungsstoff und die fachlich in Betracht kommenden Ausbildungen und Prüfungen festzulegen, bei deren Absolvierung bestimmte Teile entfallen. Gemäß § 3 Abs. 2 Z 4 der allgemeinen Prüfungsordnung, BGBl II Nr. 110/2004, hat der Prüfungskandidat der Anmeldung zur Prüfung Nachweise über den Ersatz von Prüfungsteilen anzuschließen. Gemäß § 10 der allgemeinen Prüfungsordnung hat die Meisterprüfungsstelle bei erfolgreicher Ablegung eines Modules das entsprechende Modulprüfungszeugnis sowie bei Vorlage aller erforderlichen Modulzeugnisse das entsprechende Prüfungszeugnis auszustellen.

Es stellt sich die Frage, wie der Entfall bestimmter Prüfungsteile in einem nachfolgenden Gewerbeanmeldungsverfahren bei der Beurteilung der Befähigung zu bewerten ist. Die erste Prüfung der Voraussetzungen für den Entfall von Prüfungsteilen erfolgt durch die Meisterprüfungsstelle. Wenn die Meisterprüfungsstelle die vorgelegten Zeugnisse für den Entfall von Prüfungsteilen gelten lässt und der Kandidat in weiterer Folge die übrigen Prüfungsteile positiv absolviert, ist dies in der Praxis problemlos, da die Prüfungsstelle in diesem Fall ein Gesamtzeugnis ausstellt und die Gewerbebehörde wohl kaum die Rechtmäßigkeit von Prüfungsteilen hinterfragen wird.

Schwieriger verhält es sich im umgekehrten Fall: Wenn die Meisterprüfungsstelle die Voraussetzungen für den Entfall von Prüfungsteilen verneint wird sie dem Kandidaten nur Modulzeugnisse ausstellen, wenn der Kandidat zum strittigen Prüfungsteil nicht antritt. Hier stellt sich die Frage, ob der Kandidat mit den Modulzeugnissen und den Zeugnissen, welche den Ersatz von Prüfungsteilen belegen sollen, ein Gewerbe anmelden kann oder ob die Gewerbebehörde für das Vorliegen der Befähigung in jedem Fall das gesamte Prüfungszeugnis zu verlangen hat. Gegen das Erfordernis zur Vorlage des Gesamtzeugnisses spricht vor allem der Umstand, dass in diesem Fall letztlich die Meisterprüfungsstelle eine Voraussetzung zur Erlangung einer Gewerbeberechtigung beurteilen würde. Aufgabe der Meisterprüfungsstelle ist jedoch nur die Durchführung der Prüfungen (§ 350 Abs. 1 GewO 1994),

während die Beurteilung der Gewerbevoraussetzungen von der Gewerbebehörde vorzunehmen ist. Außerdem hätte der Kandidat bzw. Gewerbeanmelder gegen die Beurteilung durch die Meisterprüfungsstelle kein Rechtsmittel, da eine bescheidmäßige Erledigung über den Entfall von Prüfungsteilen nicht vorgesehen ist. Für das Erfordernis zur Vorlage des Gesamtzeugnisses sprechen vor allem die Wortlaute der verschiedenen Zugangsverordnungen. Regelmäßig fordern diese „das Zeugnis über die erfolgreiche abgelegte Befähigungsprüfung“. Dem könnten allerdings die Wortlaute der verschiedenen Prüfungsordnungen entgegen gehalten werden. Diese sind zB in folgender Art formuliert: „ Für Prüfungswerber, die den erfolgreichen Abschluss einer berufsbildenden höheren Schule, deren Ausbildung im Bereich der Bautechnik liegt, durch Zeugnisse nachweisen, besteht die Befähigungsprüfung aus den Modulen 2 und 3.“ (§ 15 Abs. 2 der Baumeister-Befähigungsprüfungsordnung). Es könnte somit argumentiert werden, dass die beiden Modulzeugnisse als Zeugnis über die Befähigungsprüfung anzusehen sind, wenn die Meisterprüfungsstelle zu Unrecht die Voraussetzungen für den Entfall eines Prüfungsteiles verneint hat.

Nach ha Ansicht ist somit das Vorliegen der Befähigung immer von der Gewerbebehörde im Anmeldeverfahren zu beurteilen, zumal der Prüfungskandidat und spätere Gewerbeanmelder damit auch die Möglichkeit eines Rechtsmittels erhält.

Zu TOP 34:

Gemäß § 352 Abs. 10 GewO 1994 hat die Meisterprüfungsstelle für jedes einzeln abgelegte positiv absolvierte Modul einer Prüfung eine Bestätigung auszustellen. Wurden die Module 1 bis 4 der Meisterprüfung und das allenfalls abzulegende Modul Unternehmerprüfung positiv absolviert, so ist ein Meisterprüfungszeugnis auszustellen. Ein Befähigungsprüfungszeugnis ist auszustellen, wenn die fachlichen Module und die allenfalls zu absolvierenden Module "Unternehmerprüfung und Ausbilderprüfung" positiv absolviert wurden.

Insoweit nach den betreffenden Zugangsverordnungen für die Erbringung des Befähigungsnachweises das Zeugnis über die erfolgreiche Ablegung der Meisterprüfung oder Befähigungsprüfung vorgeschrieben ist, kann von der Bezirksverwaltungsbehörde bei der Gewerbebeanmeldung ohne Vorlage eines solchen Zeugnisses die formell vorgeschriebene Befähigung nicht als erbracht beurteilt werden. Die Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19 GewO 1994 durch die Behörde bleibt davon unberührt.

Wird von der Meisterprüfungsstelle eine in den Prüfungsordnungen festgelegte Vorqualifikation nicht berücksichtigt und kein Meister- oder Befähigungsprüfungszeugnis ausgestellt, so kann der Prüfling sich an die Aufsichtsbehörde wenden. Der Landeshauptmann kann nach Prüfung der Rechtmäßigkeit des Prüfungsverfahrens im Rahmen seines im § 352 Abs. 13 GewO 1994 festgelegten Aufsichtsrechts die Meisterprüfungsstelle anweisen, das Meister- oder Befähigungsprüfungszeugnis an den Beschwerdeführer auszustellen.

35. (Oberösterreich) Umfangsverfahren nach § 349 GewO 1994 – Pflicht zur Antragstellung

Nach § 349 Abs. 1 GewO 1994 ist zur Entscheidung

1. über den Umfang einer Gewerbeberechtigung (§ 29) im Verhältnis zu einer anderen Gewerbeberechtigung und
2. über die Frage, ob eine gewerbliche Tätigkeit, die Gegenstand einer Gewerbebeanmeldung ist, ein freies Gewerbe sein kann oder in den Berechtigungsumfang eines Teilgewerbes fällt oder einem reglementierten Gewerbe vorbehalten ist, der Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft berufen.

Der Antrag auf Entscheidung gemäß Abs. 1 kann u.a. vom Gewerbeinhaber oder einer Person, die eine Gewerbebeanmeldung erstattet, gestellt werden. Der Antrag ist von Amts wegen zu stellen, wenn die betreffende Frage eine Vorfrage in einem nicht beim Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft anhängigen Verwaltungsverfahren ist und nicht ohne Beachtung auf die im § 29 zweiter Satz GewO 1994 enthaltenen Gesichtspunkte beurteilt werden kann, es sei denn, dass die Voraussetzung für die Zurückweisung des Antrages gemäß Abs. 4 vorliegt. Ein „Zweifelsfall“ liegt nach der Rechtsprechung (z.B. VwSlg 9519 A/1978) dann vor, wenn die Interpretation des Anlassfalls anhand der im Einzelfall maßgebenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften, Judikatur und Lehre zu keinem eindeutigen Ergebnis führt. Ob daher beispielsweise ein Porzellanhaus mit Kerze zu den „üblichen Reiseandenken“ zählt, ist in einem Feststellungsverfahren gemäß § 349 zu klären.

Der VwGH hat zuletzt im Erkenntnis vom 25.03.2014, 2013/04/0168, ausgeführt, dass die Frage, ob von der Beschwerdeführerin noch eine Schutzhütte (als „freies“ Gewerbe) oder schon ein „reglementiertes“ Gastgewerbe betrieben wird, im Rahmen eines Antrags gemäß § 349 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 zu klären ist. Auch eine Gewerbeberechtigung zum Betrieb einer Schutzhütte stelle gegenüber einer Gewerbeberechtigung zum Betrieb des reglementierten Gastgewerbes eine "andere" Gewerbeberechtigung iSd § 349 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 dar.

Die Frage, ob eine Schutzhütte nach § 111 Abs. 2 betrieben wird, ist nach der Ausstattung und Lage des Betriebes zu beurteilen. Um dem Zweck des § 349 GewO 1994 zu entsprechen, müssten im Rahmen eines Einzelverfahrens alle wesentlichen Sachverhaltselemente erörtert und daraus eine allgemeine Richtlinie über die Kriterien, die eine Schutzhütte erfüllen muss, entwickelt werden. Derartige Aufgabenstellungen nach § 349 GewO 1994 können vielfältig erweitert werden, etwa auf die Frage, welche Kriterien erfüllt sein müssen, dass die Verabreichung von Speisen in einfacher Art erfolgt oder von einem Verabreichungsplatz auszugehen ist (§ 111 Abs. 2 Z 3).

Es wird um Darlegung ersucht, wie in der Praxis im Fall von Anträgen nach § 349 GewO 1994 vorgegangen wird. Zudem wäre auch zu erörtern, in wie weit die Bezirksverwaltungsbehörden angehalten sind, einen Feststellungsantrag gemäß § 349 Abs. 3 zu stellen, sobald eine Tätigkeit angemeldet werden soll, bei der strittig ist, ob es sich um ein freies oder reglementiertes Gewerbe handelt (vgl. Raschauer in Ennöckl/Raschauer/Wessely, GewO § 349).

Zu TOP 35:

In einem Verfahren gemäß § 349 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 über den Umfang einer Gewerbeberechtigung im Verhältnis zu einer anderen Gewerbeberechtigung kann im Spruch des Bescheides nicht das ganze Berufsbild der betroffenen Gewerbe gegenübergestellt werden. Die sachliche Entscheidung über einen Antrag nach dieser Gesetzesbestimmung setzt daher voraus, dass in dem Bezug habenden Antrag die fraglichen einzelnen Tätigkeiten genau bezeichnet werden, die von der im Antrag anzuführenden anderen Gewerbeberechtigung abgegrenzt werden sollen.

Von der Bezirksverwaltungsbehörde ist ein Antrag gemäß § 349 Abs. 3 GewO 1994 dann zu stellen, wenn bei ihr ein Verwaltungsverfahren anhängig ist und von ihr die Frage nach § 349 Abs. 1 GewO 1994 nicht ohne Bedachtnahme auf die im § 29 zweiter Satz GewO 1994 enthaltenen Gesichtspunkte beurteilt werden kann, es sei denn, dass kein ernst zu nehmender Zweifel über die Beantwortung der Frage besteht oder darüber in den letzten fünf Jahren vom Bundesministerium, vom Verwaltungsgericht des Landes oder vom Verwaltungsgerichtshof in der Sache selbst entschieden worden ist.

36. (Tirol) Gewerbeausschlussgrund gemäß § 13 Abs. 1 GewO 1994 wird nach Gewerbeanmeldung bekannt

Es stellt sich die Frage wie weiter vorzugehen ist, wenn nach erfolgter Gewerbeanmeldung ein Gewerbeausschlussgrund im Nachhinein bekannt wird. Bei Erstattung der Gewerbeanmeldung wurde eine SC-Abfrage im Strafregister durchgeführt mit dem Ergebnis, dass keine Eintragungen über gerichtliche Vorstrafen vorliegen. Da sämtliche Voraussetzungen gemäß den §§ 8 ff der Gewerbeordnung 1994 vorlagen wurde die gegenständliche Gewerbeanmeldung positiv behandelt und das Gewerbe entsprechend im GISA eingetragen. Monate später erfolgte aufgrund eines Anlassfalles eine SA-Abfrage im Strafregister. Diese brachte eine gerichtliche Vorstrafe (welche der eingeschränkten Auskunft unterlag) hervor. Die gegenständliche Vorstrafe erfüllt eindeutig den Tatbestand eines Gewerbeausschlusses gemäß § 13 Abs. 1 GewO 1994. Es stellt sich nunmehr die Frage wie im weiteren vorzugehen ist. Ist mit Entziehung der Gewerbeberechtigung gemäß § 87 oder mit einem Nichtigerklärungsverfahren gemäß § 363 GewO 1994 vorzugehen?

Die ha. Rechtsmeinung:

Gemäß § 340 Abs. 1 GewO 1994 hat die Behörde aufgrund der Anmeldung des Gewerbes zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes durch den Anmelder in den betreffenden Standort vorliegen. Liegen die Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes vor hat die Behörde den Anmelder binnen drei Monaten in das GISA einzutragen. Liegen die genannten Voraussetzungen nicht vor so hat die Behörde gemäß Abs. 3 dies mit Bescheid festzustellen und die Ausübung des Gewerbes zu untersagen. Nach ha. Rechtsmeinung entsteht die konstitutive Wirkung einer Gewerbeanmeldung nur dann wenn sämtliche vom Gesetz geforderten Voraussetzungen vorliegen. Die Entziehung einer Gewerbeberechtigung gemäß den §§ 87 ff GewO 1994 kommt daher nur für „rechtlich entstandene“ Gewerbeberechtigungen in Frage. Im vorliegenden Fall wird daher der Durchführung eines Nichtigerklärungsverfahrens gemäß § 363 GewO 1994 der Vorzug zu geben sein. Um keine unbilligen Härtefälle entstehen zu lassen kann im Nichtigerklärungsverfahren die Möglichkeit eingeräumt werden eine Nachsicht vom Gewerbeausschluss gemäß § 26

GewO 1994 bei der erstinstanzlichen Behörde einzureichen, da das Verschulden der Partei in diesen Fällen nicht groß ist. Der Ausgang dieses Verfahrens wird von der Oberbehörde dann abzuwarten sein.

Um Mitteilung der do. Rechtsmitteilung wird gebeten.

Zu TOP 36:

Die in der Anfrage dargelegte Rechtsmeinung kann nur für die im § 95 GewO 1994 angeführten Gewerbe geteilt werden, zumal gemäß § 363 Abs. 1 GewO 1994 nur erlassene Bescheide mit Nichtigkeit im Sinne des § 68 Abs. 4 Z 4 AVG bedroht sind.

Bei allen anderen Gewerben ist gemäß § 363 Abs. 4 GewO 1994 - Löschung der Eintragung in das Gewerberegister - vorzugehen.

Die aufsichtsbehördlichen Maßnahmen gemäß § 68 Abs. 4 AVG und § 363 Abs. 4 GewO 1994 liegen im Ermessen der Behörde. Es spricht nichts dagegen, dass bei geringfügigen Verurteilungen vor Setzung solcher Maßnahmen wegen des Vorliegens eines Gewerbeausschlussgrundes gemäß § 13 Abs. 1 GewO 1994 der Ausgang eines von der Bezirksverwaltungsbehörde auf Grund eines entsprechenden Antrages zu führenden Verfahrens gemäß § 26 GewO 1994 abgewartet wird.

37. (Kärnten) Prüfung des gewerberechtlichen Geschäftsführers durch die Behörde

Nach § 39 Abs. 2 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. In den letzten Jahren hat sich vermehrt eingebürgert, dass gewerberechtliche Geschäftsführer im Rahmen von offenen Gesellschaften keiner Prüfung unterzogen werden hinsichtlich der Möglichkeit, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen.

Im Zuge einer Diskussionsrunde wird ersucht, die Vorgehensweise in den einzelnen Bundesländern zu diskutieren, wie die Möglichkeit, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen, überprüft wird, ob an der alten Regelung festgehalten wird, dass die Position des gewerberechtlichen Geschäftsführers bei größeren räumlichen Entfernungen maximal zweimal erfolgen kann. Um Diskussion wird ersucht.

Zu TOP 37:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist bei der Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffes der „entsprechenden“ Betätigungsmöglichkeit eines Geschäftsführers im Sinne des § 39 Abs. 2 GewO 1994 in erster Linie auf die Bestimmungen der Abs. 1 und 5 des § 39 leg.cit. Bedacht zu nehmen, aus denen hervorgeht, dass der bestellte gewerberechtliche Geschäftsführer der Behörde gegenüber anstelle des Gewerbeinhabers für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich ist. Daraus ergibt sich - im Zusammenhang mit der Art der von dem jeweils in Betracht kommenden Gewerbe umfassten Tätigkeit - auch das Ausmaß des erforderlichen Betätigungsumfanges des Geschäftsführers. Eine entsprechende Betätigung kann danach nur dann angenommen werden, wenn durch sie eine gesetzmäßige Gewerbeausübung sichergestellt und somit unter Bedachtnahme auf die im Einzelfall in Betracht zu ziehende gewerberechtliche Betätigung die bloße Scheinerfüllung dieses Erfordernisses ausgeschlossen wird. Es muss somit unter Bedachtnahme auf die Art bzw. auf den Umfang des Gewerbebetriebes und auf die Lebensumstände des Geschäftsführers die Beurteilung gerechtfertigt sein, dass der Geschäftsführer zu einer derartigen Betätigung in der Lage ist (vgl. u.a. Erk. des VwGH vom 27.1.2010, 2006/04/0038).

Vor diesem Hintergrund ist in jedem Einzelfall zu prüfen, um welches Gewerbe es sich handelt, wo die Leistungen an den Endverbraucher erbracht werden, ob eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage betrieben wird, welche Tätigkeiten der Geschäftsführer bereits ausübt und dergleichen. Bei den im § 95 GewO 1994 angeführten Gewerben wird im Vergleich zu anderen Gewerbeberechtigungen ein strengerer Beurteilungsmaßstab anzulegen sein. Maßgeblich für die Beurteilung ist auch die Frage, ob das wesentliche Betriebsgeschehen nur im Betriebsstandort abläuft und ob und inwieweit der Geschäftsführer auf Grund seiner bisherigen beruflichen Aufgaben über seine Arbeitszeit selbst disponieren kann.

Dass der Geschäftsführer bei größeren räumlichen Entfernungen der Betriebsstandorte nur bei zwei Gewerbetreibenden diese Funktion ausüben kann, ist gesetzlich nicht vorgeschrieben. Diese Frage kann nur an Hand der vorgenannten, vom Verwaltungsgerichtshof festgelegten Kriterien beurteilt werden.

38. (Burgenland) Prüfung von nachher hinzugekommenen Personen mit maßgeblichen Einfluss - ausländische Staatsangehörige

Bei Bestehen einer aufrechten Gewerbeberechtigung einer Gesellschaft, hat die Behörde, bei neu hinzugekommenen Personen mit maßgeblichem Einfluss diese ins GISA einzutragen und zu prüfen, ob Gewerbeausschließungsgründe vorliegen (§ 13 Abs. 7 GewO 1994). Liegen solche vor, ist nach § 91 GewO 1994 vorzugehen. Bei inländischen Personen werden die erforderlichen Abfragen (EKIS, VON, Edikte,.....) selbstständig durch die Behörde durchgeführt. Bei ausländischen Personen erfolgt diese Prüfung, in dem eine Erklärung betreffend § 13 Abs. 3 GewO 1994, die Meldenachweise der letzten 5 Jahre und die entsprechenden ausländischen Strafregisterauszüge abverlangt werden.

Wie ist jedoch vorzugehen, wenn diese abverlangten Unterlagen von den ausländischen Personen nicht vorgelegt werde? Rechtlich ist ein Verfahren nach § 91 nicht möglich, da nicht festgestellt werden kann, ob ein Gewerbeausschlussgrund vorliegt. § 13 Abs. 3 AVG ist auch nicht möglich, da kein Antrag vorliegt. Eine Abfrage über IMI und ECRIS ist in den meisten Fällen nicht möglich, weil die, für die Anfrage erforderlichen Daten nicht bekannt sind.

Besteht somit eine Besserstellung von ausländischen Staatsangehörigen gegenüber inländischen Personen mit maßgeblichem Einfluss? Es wird um einen Erfahrungsaustausch bzw. um Lösung dieser Ungleichbehandlung gebeten.

Angemerkt wird dazu, dass die Prüfung der Personen mit maßgeblichem Einfluss für die Behörden einen enormen Zeitaufwand darstellt und aufgrund dieser Ungleichbehandlung und den bisherigen Erfahrungen (in den seltensten Fälle lag ein Gewerbeausschlussgrund vor) in Frage gestellt wird, ob diese Prüfung der Gewerbeausschließungsgründe immer zu erfolgen hat oder nur in Zweifelsfällen.

Zu TOP 38:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes befreit zwar ein von Amts wegen durchzuführendes Verfahren die Partei nicht von der Verpflichtung, zur Ermittlung des maßgeblichen Sachverhaltes beizutragen, diese Mitwirkungspflicht der Partei bedeutet aber keine Verschiebung der Beweislast, enthebt also die Behörde nicht ihrer Verpflichtung, nach dem Grundsatz der materiellen Wahrheit den für die Erledigung der Verwaltungssache maßgebenden Sachverhalt - innerhalb der Grenzen ihrer Möglichkeiten und des vom Verfahrenszweck her gebotenen und zumutbaren Aufwandes - festzustellen.

Werden daher in einem von Amts wegen einzuleitenden Verfahren gemäß § 91 Abs. 2 GewO 1994 vom Gewerbeinhaber keine Nachweise darüber vorgelegt, dass bei der in seine Gesellschaft mit einem maßgeblichen Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte eintretenden Person kein Gewerbeausschlussgründe nach § 13 Abs. 1 GewO 1994 vorliegen und ist es der Behörde nicht möglich, hierüber Ermittlungen anzustellen, kann ein solches Verfahren nicht durchgeführt werden, zumal schon die im § 91 Abs. 2 GewO 1994 vorgesehene Aufforderung zur Entfernung der betreffenden Person die Angabe eines genau bezeichneten Gewerbeausschlussgrundes enthalten muss.

Im § 91 Abs. 2 GewO 1994 ist keine ausdrückliche Verpflichtung der Behörde dahingehend festgelegt, dass bei Neueintritt einer nach § 13 Abs. 7 GewO 1994 anzusehenden Person das Vorliegen von diese Person betreffenden Gewerbeausschlussgründen zu prüfen ist. Eine solche Prüfung wird nur dann durchzuführen sein, wenn diese leicht möglich ist oder ein Verdacht über das Vorhandensein der entsprechenden Tatbestandsmerkmale vorliegt. Das am 30.3.2015 in Betrieb genommene GISA vermag hieran nichts zu ändern.

39. (Steiermark) Immobilientreuhänder Gewerbeanmeldung verschiedene Gebühren

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass die Wirtschaftskammer Steiermark Gewerbeanmeldungen betreffend Immobilientreuhänder einbringt, wobei für jede Tätigkeit (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger) eine eigene Anmeldung erfolgt. Dies bedeutet, dass für jede Anmeldung bzw. für jeden Antrag eine Gebühr verrechnet wird. Kommen die Anträge hingegen nicht über die Kammer, werden die Tätigkeiten in einer Anmeldung zusammengefasst (zB. Immobilientreuhänder, eingeschränkt auf Immobilienmakler und Immobilienverwalter). In diesem Fall handelt es sich um einen Antrag und es fällt nur eine einmalige Antragsgebühr an.

Es wird um Erfahrungsaustausch ersucht, wie das in anderen Bundesländern gehandhabt wird.

Zu TOP 39:

In der GRNov 1997 wurden die (vormaligen) drei Gewerbe Immobilienmakler, Immobilienverwalter und Bauträger unter der Bezeichnung Immobilien-treuhänder vereinigt. Das Gewerbe der Immobilientreuhänder wurde in die Liste der bewilligungspflichtigen Gewerbe aufgenommen und durch die GRNov 2002 in die Liste der reglementierten Gewerbe eingereiht (§ 94 Z 35 GewO 1994).

Da nunmehr bei der angestrebten Ausübung eines oder mehrerer der drei Tätigkeitsbereiche ein Gewerbe, und zwar das Gewerbe der Immobilien-treuhänder allenfalls mit Einschränkungen, anzumelden ist, unterliegt die darauf Bezug habende Eingabe nur einer dafür im § 14 des Gebührengesetzes 1957, BGBl. 267/1957, in der Fassung des Budgetbegleitgesetzes 2007, BGBl. I Nr. 24/2007, und im § 1 der GebG-ValV 2011, BGBl. II Nr. 191/2001, festgelegten Gebühr.

40. (Vorarlberg) Vorübergehende grenzüberschreitende Dienstleistungen (§ 373a GewO 1994); Befähigungsnachweis-Regelungen

In diversen Ausschreibungsverfahren, uä bestehen teilweise bei einzelnen Behörden und Gewerbetreibenden immer wieder Unterschiede in der rechtlichen Auslegung der Zulässigkeit von Tätigkeiten, die im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit erbracht werden können. Auch ist das Amt der Vorarlberger Landesregierung immer wieder mit dem Vorwurf der Inländerdiskriminierung im Rahmen der Regelungen gem. § 373a GewO 1994 konfrontiert. In diesem Zusammenhang wird um Mitteilung der rechtlichen Auslegung der hier relevanten Bestimmungen gem. § 373a GewO 1994 ersucht bzw. um Mitteilung der Erfahrungen aus der Praxis in diesem Zusammenhang gebeten.

Rechtslage: Im Sinne der europarechtlich verankerten Dienstleistungsfreiheit sind befugte EU- und EWR-Gewerbetreibende gemäß § 373a GewO 1994 unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer zur vorübergehenden und gelegentlichen Dienstleistungserbringung, ohne dass sie hierfür eine Gewerbeberechtigung oder einen inländischen Gewerbestandort begründen müssen, berechtigt. Die Erbringung des allenfalls vorgeschriebenen Befähigungsnachweises ist nicht erforderlich, wenn

1. die gewerbliche Tätigkeit im Niederlassungsmitgliedstaat reglementiert ist oder eine reglementierte Ausbildung im Sinne des Art. 3 lit. e der Richtlinie 2005/36/EG vorliegt oder
2. die gewerbliche Tätigkeit oder die Ausbildung zwar nicht im Sinne der Z 1 reglementiert ist, der Dienstleister die gewerbliche Tätigkeit aber mindestens ein Jahr während der vorhergehenden zehn Jahre im Niederlassungsmitgliedstaat ausgeübt hat.

Betrifft die Tätigkeit ein reglementiertes Gewerbe, bestehen gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 weitergehende Vorschriften hinsichtlich Anzeige und den erforderlichen Nachweisen, wie u. a. die Berufsqualifikation des Dienstleisters. Hinsichtlich der gemäß § 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994 normierten reglementierten Gewerben ist weiters zu prüfen, inwieweit neben dem Vorliegen der im Abs. 1 festgelegten Voraussetzungen auf Grund der mangelnden Berufsqualifikation des Dienstleisters eine schwerwiegende Beeinträchtigung

der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit bzw. der Gesundheit oder Sicherheit des Dienstleistungsempfängers zu befürchten ist. Wenn bei diesen Gewerben zwischen der beruflichen Qualifikation des Dienstleisters und der in Österreich geforderten Ausbildung ein wesentlicher Unterschied in der Art besteht, dass dies der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit abträglich ist, ist die Anzeige binnen einer Frist von höchstens einem Monat nach Eingang der vollständigen Unterlagen nur unter der Bedingung der Ablegung einer Eignungsprüfung nach Abs. 7 mit Bescheid zur Kenntnis zu nehmen. Der Inhalt der Eignungsprüfung ist vom Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft im Bescheid festzulegen. Die Erbringung der Dienstleistung muss innerhalb des Monats erfolgen können, der auf die Entscheidung des Bundesministers für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft folgt. § 373a Abs. 8 GewO 1994 regelt weiters, dass in Fällen von Gewerben gemäß Abs. 5 Z 2 und Abs. 6 Z 2 die Dienstleistung unter der Berufsbezeichnung des Aufnahmemitgliedstaates, in allen anderen Fällen unter der Berufsbezeichnung des Niederlassungsmitgliedstaates, sofern eine solche nicht existiert, unter Angabe des Ausbildungsnachweises in einer Amtssprache des Niederlassungsmitgliedstaates zu erfolgen hat.

Problembereiche/Fragestellungen:

Zweifelsfrei ist für die Dienstleistungserbringung von freien Gewerben – sofern die Voraussetzungen gem. § 373a Abs. 1 GewO 1994 vorliegen – keine Anzeige erforderlich. Wir vertreten – trotz der vorzitierten Bestimmung hinsichtlich der Berufsbezeichnung die Auffassung, dass für die Qualifizierung der gewerblichen Tätigkeit (frei oder reglementiert) die Rechtslage des Aufnahmestaates entscheidend sein muss – wird dem beigespflichtet?

Im Zusammenhang mit der vorübergehenden grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung stellt sich für das Amt der Vorarlberger Landesregierung im Hinblick auf den Grundsatz der Nicht-Diskriminierung die Frage, wie die Bestimmung gemäß § 373a Abs. 1 GewO 1994 „unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer“ im Sinne von entsprechenden Befähigungsnachweisregelungen auszulegen ist. Auch wenn ein öffentliches Interesse einen gewissen Standard fachlicher Leistungen zu sichern und zu diesem Zweck den Nachweis entsprechender Kenntnisse zu verlangen vom EuGH geteilt wird, sehen wir hier aufgrund dieser Bestimmung keine Zuläs-

sigkeit, für gewisse Leistungen zwingend die in den inländischen Rechtsvorschriften vorgesehenen Berechtigungen für die reglementierten Gewerbe zu verlangen. Wird dem von Seiten des BMWFW zugestimmt?

Wird von Seiten des BMWFW die Anzeige gem. § 373a GewO 1994 betreffend reglementierte Tätigkeiten gem. Abs. 4 als reine Ordnungsvorschrift verstanden, in der ausschließlich die Vollständigkeit der Anzeige im Sinne des § 94 Abs. 4 Z 1 - 5 geprüft wird?

Sofern die Dienstleistungsanzeige ausschließlich unter der Bedingung einer Eignungsprüfung zur Kenntnis genommen werden kann, gehen wir davon aus, dass die Ausübungsberechtigung mit dem Zeitpunkt der positiven Ablegung dieser – in der Regel binnen einem Monat – erfolgt. Erfolgt auch erst dann die Eintragung im Dienstleistungsregister bzw. in welcher Form wird dann eine Ausübungsberechtigung kenntlich gemacht?

Zu TOP 40:

Erster Punkt:

Dieser Ansicht wird beigeplichtet. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 373a Abs. 4 erster Satz: Hat die grenzüberschreitende Tätigkeit ein im § 94 angeführtes Gewerbe oder Tätigkeiten, die diesen Gewerben zuzuordnen sind, zum Gegenstand, so hat der Dienstleister dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die erstmalige Aufnahme der Tätigkeit vorher schriftlich anzuzeigen.

Eine Anzeige ist also bei reglementierten Gewerben nach § 94 GewO 1994 zu erstatten.

Zweiter Punkt:

Es wird dieser Ansicht zugestimmt. Die Formulierung „unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer“ wird so ausgelegt, dass darunter Inländer mit einer bestehenden entsprechenden Gewerbeberichtigung zu verstehen sind. Der Anzeigende muss daher keine inländische Gewerbeberechtigung begründen. Wenn er in seinem Herkunftsstaat ein freies Gewerbe - ohne Qualifikationsnachweis - ausübt, muss er auch keine bestimmte, dem österreichischen Gewerbe entsprechende Berechtigung haben, solange er nur im Herkunftsstaat die entsprechende Tätigkeit befugt ausübt.

Dritter Punkt:

Die Anzeige und die vorzulegenden Unterlagen gemäß § 373a sind nicht nur eine „Ordnungsvorschrift“, sondern dienen auch der Überprüfung der inhaltlichen Vorgaben des § 373a Abs. 1:

- Befugte Ausübung der Tätigkeit im Herkunftsstaat und
- Reglementierung des Berufs im Herkunftsstaat oder reglementierte Ausbildung des Antragssteller oder 1 Jahr Berufserfahrung.

Hinsichtlich der Rechtswirkung der Anzeige ist zu unterscheiden, ob es sich um „sensible“ Gewerbe handelt, die in § 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994 aufgezählt werden oder nicht.

Wenn es sich um kein der dort aufgezählten Gewerbe handelt, und der Anzeigende die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, wird ihm mit einem Schreiben des BMWFW mitgeteilt, dass gegen die Ausübung der Tätigkeit kein Einwand besteht und er wird anschließend in das Dienstleisterregister

eingetragen. Er durfte in diesem Fall die Tätigkeiten schon ab dem Zeitpunkt der Erstattung der Anzeige rechtmäßig erbringen.

Wenn der Anzeigende die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, wird ihm dies ebenfalls mit einem Schreiben des BMWFW mitgeteilt. In diesem Fall war eine Erbringung der Tätigkeiten auch schon ab dem Zeitpunkt der Erstattung der Anzeige nicht erlaubt.

Im Fall der Gewerbe laut § 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994 darf die Tätigkeit jedoch erst ab Erhalt der Mitteilung ausgeübt werden, dass gegen die Ausübung der Tätigkeit kein Einwand besteht.

Vierter Punkt:

Ab dem Zeitpunkt der positiven Ablegung der Eignungsprüfung ist die aufschiebende Bedingung des Bescheides erfüllt, und es darf die gewerbliche Tätigkeit ausgeübt werden. Der Eintrag in das Dienstleisterregister erfolgt, sobald die Ablegung der Eignungsprüfung dem BMWFW zur Kenntnis gebracht wird. Es besteht keine Meldepflicht der Ablegung der Eignungsprüfung, aber da die Eintragung im Dienstleisterregister für den Betroffenen von Vorteil ist, wird angenommen, dass dieser im eigenen Interesse das BMWFW informieren wird.

V. Sonstiges

41. (Wien) Zuverlässigkeitsprüfung? - Festgestellte Scheinunternehmen nach dem Sozialbetrugsbekämpfungsgesetz

In letzter Zeit werden die Gewerbebehörden vermehrt von der Finanzpolizei über Feststellungen gemäß § 8 SBBG (Feststellung eines Scheinunternehmens) verständigt. Es erhebt sich die Frage, ob daraus ein Handlungsbedarf für die Gewerbebehörden resultiert, insbesondere ob eine Zuverlässigkeitsprüfung durchzuführen ist. Um Erfahrungsaustausch wird ersucht.

Zu TOP 41:

Das BMWFW hat bisher keine praktischen Erfahrungen mit diesen Feststellungen, daher kann nur eine rechtliche Analyse angestellt werden.

Ein Scheinunternehmen ist laut § 8 SBGG ein Unternehmen, das vorrangig darauf ausgerichtet ist

1. Lohnabgaben, Beiträge zur Sozialversicherung, Zuschläge nach dem BUAG oder Entgeltansprüche von Arbeitnehmer/inne/n zu verkürzen, oder
2. Personen zur Sozialversicherung anzumelden, um Versicherungs-, Sozial- oder sonstige Transferleistungen zu beziehen, obwohl diese keine unselbstständige Erwerbstätigkeit aufnehmen.

Das Verfahren ist derart aufgebaut, dass die zuständige Abgabenbehörde bei Vorliegen bestimmter Anhaltspunkte den Verdacht auf ein Scheinunternehmen dem Betroffenen mitteilt. Für diese Mitteilung gelten vereinfachte Zustellregelungen. Wird gegen den Verdacht binnen einer Woche kein Widerspruch erhoben, stellt die Behörde mit Bescheid das Vorliegen eines Scheinunternehmens fest. Wird Widerspruch erhoben, wird ein Ermittlungsverfahren durchgeführt. Die rechtskräftige Feststellung des Scheinunternehmens wird u.a. der Gewerbebehörde übermittelt.

Es stellt sich nun die Frage, welche Auswirkungen diese Feststellungsbescheide im Hinblick auf den Entziehungsgrund gemäß § 87 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 („vulgo Zuverlässigkeitsprüfung“) haben.

Demnach ist die Gewerbeberechtigung zu entziehen, wenn der Gewerbeinhaber infolge schwerwiegender Verstöße gegen die im Zusammenhang mit dem betreffenden Gewerbe zu beachtenden Rechtsvorschriften und Schutzinteressen, insbesondere auch zur Wahrung des Ansehens des Berufsstandes, die für die Ausübung dieses Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit nicht mehr besitzt.

Der Feststellungsbescheid gem. § 8 SBGG per se erfüllt den obzitierten Tatbestand noch nicht. Es wird damit festgestellt, dass ein Unternehmen darauf ausgerichtet ist, gegen Rechtsvorschriften bzw. Schutzinteressen zu verstoßen. Das bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Verstöße auch tatsächlich schon stattgefunden haben bzw. diesbezügliche Strafverfahren abgeschlossen sind.

Der Inhalt des Bescheides ist näher zu prüfen, ob in der Begründung bzw. in den Feststellungen konkrete Angaben zu relevanten Tathandlungen oder Strafverfahren enthalten sind. Wenn dies der Fall ist, sind dies Anhaltspunkte für ein möglichen Verlust der Zuverlässigkeit. Auch Verstöße gegen Vorschriften, die bei Ausübung aller Gewerbe zu beachten sind, wie z.B. Arbeitnehmerschutz, Lebensmittel- und Suchtgiftrecht wurden vom VwGH als im Zusammenhang mit dem betreffenden Gewerbe zu beachtende Rechtsvorschriften und Schutzinteressen angesehen (VwGH 1.7.2009, 2008/04/0092). Es daher anzunehmen, dass auch Verstöße gegen arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften hier relevant sind.

Die weiteren Anforderungen der Zuverlässigkeitsprüfung sind natürlich ebenfalls zu beachten, nämlich dass der oder die Verstöße schwerwiegend sind bzw. dass beim Fehlen von rechtskräftig festgestellten Übertretungen von Rechtsvorschriften ausreichend Ermittlungsergebnisse hinsichtlich der konkreten Tathandlungen vorliegen (s. VwGH, 18.5.2005, 2005/04/0029).

Es wird bemerkt, dass im Entziehungsgrund nach § 87 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 auch auf arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften (gerichtliche Verurteilung wegen betrügerischen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen, § 153 StGB oder organisierter Schwarzarbeit § 153e StGB) abgestellt wird. Die Ansicht kann vertreten werden, dass nur derartiger Verstöße vom Gesetzgeber mit Entziehung der Gewerbeberechtigung sanktioniert wurden und das andere Verstöße gegen Arbeits- und Sozialrecht nicht als fehlende Zuverlässigkeit im Sinne der Z 3 anzusehen wären. Angesichts der obzitierten VwGH-Jud. wird dieser Ansicht eher nicht beigetreten.

Zu überlegen wäre auch, ob bei einem Tatbestand, bei dem keine selbständige Erwerbstätigkeit, sondern nur die Verschleierung der Unselbständigkeit stattgefunden hat, „im Zusammenhang mit den betreffenden Gewerbe zu beachtenden Rechtsvorschriften und Schutzinteressen“ verletzt wurden. Es könnte argumentiert werden, dass ein Gewerbetreibender keine Betriebspflicht hat, und die Unterlassung der richtigen Angaben und Anmeldung in Bezug auf die Arbeitnehmereigenschaft der vermeintlich Unternehmers nicht von den Regelungszwecken der Gewerbeordnung umfasst sind.

Dem steht entgegen, dass die Gewerbeberechtigung idR der Verschleierung der Unselbständigkeit gedient hat und deshalb ein Zusammenhang mit dem

Gewerbe besteht, und der Betroffene es eben unterlassen hätte sollen, eine Gewerbeberechtigung zu diesem Zweck zu begründen.

42. (Vorarlberg) Maßnahmen zur Verhinderung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung; zukünftige Vorgangsweise

Bekanntlich setzen die §§ 365m – 365 z die europarechtlichen Vorgaben zur Verhinderung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung um. In diesem Zusammenhang sind für die betroffenen Gewerbetreibenden zahlreiche einzuhaltende Pflichten gegenüber den Kunden definiert. Gemäß § 365m Abs. 4 GewO 1994 hat die Behörde die Einhaltung dieser Bestimmungen auf risikoorientierter Grundlage wirksam zu überwachen und die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um deren Einhaltung sicher zu stellen. Um in diesem Bereich – auch im Hinblick auf die begrenzten Ressourcen – aber auch aufgrund größtenteils nicht vorhandenem Hintergrund-Knowhow auch zukünftig eine zweckentsprechende und ressourcenschonende Vollziehung erreichen zu können bzw. um hier weitere Verbesserungen erreichen zu können, bedarf es uE vor allem im Bereich der zu treffenden Risikoanalysen einer Zusammenarbeit mit den Sicherheitsbehörden.

Zur Erörterung und Abstimmung der zukünftigen Vorgangsweise wird um Diskussion ersucht.

Zu TOP 42:

Das BMWFW präsentierte seine Vorstellungen zur weiteren Vorgehensweise, insbesondere hinsichtlich der Umsetzung der 4. GW-RL und eines risikobasierten Ansatzes. Die Präsentationsunterlagen sind dem Protokoll angeschlossen.

43. (Oberösterreich) Öffnungszeiten von Konditoren

Nach § 150 Abs. 11 GewO 1994 sind Konditoren (Zuckerbäcker) einschließlich der Lebzelter und der Kanditen-, Gefrorenes- und Schokoladewarenerzeuger (§ 94 Z 40) zur Herstellung von Gebäck und Weißbrot berechtigt; weiters sind sie berechtigt, in den dem Verkauf gewidmeten Räumen kleine kalte und warme Speisen zu verabreichen sowie Getränke auszuschenken; bei Ausübung dieser Rechte muss der Charakter des Betriebes als Konditorerzeugungsbetrieb gewahrt bleiben.

Nach § 2 Z 2 Öffnungszeitengesetz 2003 ist von den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes ausgenommen der Warenverkauf im Rahmen eines Gastgewerbes in dem im § 111 Abs. 4 Z 4 GewO 1994 bezeichneten Umfang und eines Konditorgewerbes in dem im § 150 Abs. 11 GewO 1994 bezeichneten Umfang. Es ist nicht klar, was mit „Warenverkauf“ im Rahmen eines Konditorgewerbes in dem im § 150 Abs. 11 GewO 1994 bezeichneten Umfang gemeint ist, da in dieser Bestimmung lediglich der Verkauf von Gebäck und Weißbrot, darüber hinaus aber Verabreichungstätigkeiten angesprochen werden.

Naheliegender ist eine Auslegung, nach der sich die Ausnahme vom Öffnungszeitengesetz auf alle Produkte des Konditorgewerbes bezieht, allerdings unter der Voraussetzung, dass in dieser Zeit das Nebenrecht der Verabreichung auch ausgeübt wird.

Laut Angaben der Landesinnung nehmen Anmeldungen von auf bestimmte Produkte eingeschränkten Konditorgewerben, z.B. Herstellung von Zuckerln („Candy“, Bonbons) oder Motivtorten und Cupcakes, zu. Bei diesen Betrieben stellt sich zudem die Vorfrage, ob ihnen das Nebenrecht der Speisenverabreichung und des Getränkeausschanks überhaupt zusteht. Dies wird nach unserer Auffassung bejaht werden können, weil sich eine entsprechende Einschränkung ohnedies über das Erfordernis der Beibehaltung des Charakters als Erzeugungsbetrieb ergibt. Wenn im Einzelfall in einer (eingeschränkten) Konditorei keine Verabreichung und kein Ausschank stattfindet, wird auf diese Verkaufsstelle die Ausnahme nach § 2 Z 2 Öffnungszeitengesetz 2003 allerdings nicht anzuwenden sein. Um Erörterung, ob dieser Ansicht beigepflichtet wird, wird ersucht.

Zu TOP 43:

Der die Konditoren betreffende Verweis des § 2 Z 2 ÖZG 2003 besteht rechtlich aus zwei Teilen, nämlich einer Voraussetzung für die Anwendbarkeit einer Befreiung sowie der Befreiung selbst.

Die Voraussetzung ist die Ausübung des Konditorgewerbes. Es ist etwa nicht zulässig, sich Konditor zu nennen (ggfs. auch Konditor zu sein), und nur deswegen diese Befreiung auch für Tätigkeiten anzuwenden wollen, zu denen ein Konditor nicht befugt ist.

Die Befreiung selbst (der befreite Gegenstand) ergibt sich aus dem Verweis auf den „im Rahmen des § 150 Abs. 11 GewO 1994 geregelten Umfang“. Diese Bestimmung darf aber nicht so verstanden werden, dass sich aus der damit gemeinten Beschreibung des befreiten Gegenstandes eine weitere Einschränkung der Voraussetzung ergibt. Hätte der Gesetzgeber dies beabsichtigt (insb. etwa: zwingend spezielle Ausübungen von einzelnen dem Konditor erlaubten Tätigkeiten wie Verabreichen und Ausschenken), dann hätte er dies wesentlich gezielter bei den Voraussetzungen selbst bestimmen können (etwa durch Einschränkungen des Konditorbegriffs). Auch der Umstand, dass der Gesetzgeber auf eine Nebenrechtsbestimmung verweist, macht deutlich, dass es ihm nicht auf das zwingende Ausüben bestimmter Tätigkeiten innerhalb des gesamten Ausübungsrechtes ankommt; denn ausgerechnet das Ausüben von Nebenrechten aus anderen Gewerben als Voraussetzung dafür, dass ein befreiter Konditor vorliegt, wäre kaum sachlich. Damit käme man nämlich zum Ergebnis, dass das Hauptrecht (nämlich das inhärente Recht des Konditors, seine Waren zu verkaufen) nur als öffnungszeitenrechtlich befreiend akzeptiert wird, wenn gleichzeitig ein an sich gewerbefremdes Nebenrecht (Ausschenken von Getränken und Verabreichung von Speisen) ausgeübt wird; das Hauptrecht aber öffnungszeitenrechtlich nicht befreiend wirkt, wenn man auf die Übung eines an sich gewerbefremden Nebenrechts verzichtet. Kurz zusammengefasst ausgedrückt: Wer sich als Konditor auf die Kerntätigkeiten des Konditorgewerbes beschränkt, wäre nach einer solchen Auslegung nicht befreit. Es kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er ausgerechnet ein solches erkennbar unsachliches Ergebnis herstellen wollte.

Dies umso weniger, als auch eine wesentlich näherliegende und auch sachliche Auslegung zur Verfügung steht: Mit diesem Verweis ist jener Teil der verwiesenen Bestimmung gemeint, der auch tatsächlich für das Öffnungszeitenrecht relevant ist, nämlich die Bindung an die zum Verkauf gewidmeten Räume des Konditorbetriebs. Für § 2 Z 2 ÖZG 2003 nicht von Belang ist aber, dass im § 150 Abs. 11 GewO 1994 die Verkaufsräume im Zusammenhang mit den gastgewerblichen Nebenrechten stehen - dem Gesetzgeber des ÖZG 2003 steht schlicht keine andere Verweisstelle im Gewerberecht zur Verfügung, welche die Verkaufsräume des Konditors erwähnt. Der Gesetzgeber wollte daher offenkundig auf jene Teile der Bestimmung verweisen, die öffnungszeitenrechtlich relevant sind, nicht aber jene Zusammenhangteile, die öffnungszeitenrechtlich irrelevant sind und deren „Mitnehmen“ überdies zu unsachlichen Ergebnissen führt.

Der Verweis ist daher örtlich zu verstehen, nicht aber hinsichtlich spezifischer an der befreiten Örtlichkeit ausgeübten Konditortätigkeiten (die im speziellen Verweisfall überhaupt nur Nebenrechte sind).

Die Wendung „in dem im § 150 Abs. 11 beschriebenen Umfang“ bedeutet daher, dass jene Örtlichkeiten, die innerhalb des Konditorbetriebes zum Verkauf bestimmt sind, nicht dem ÖZG 2003 unterliegen. Der Verweis bedeutet aber nicht, dass der Konditor seine gastgewerblichen Nebenrechte in diesen Verkaufsräumen üben muss, um in den Genuss dieser Befreiung zu kommen. Das ÖZG 2003 fordert keine zusätzliche „Pflichtausübung“ spezifischer Konditorbefugnisse neben dem Warenverkauf.

Im Ergebnis es also nur darauf an,

- dass der getätigte Warenverkauf von der Konditorbefugnis gedeckt ist (ansonsten wäre es keine Konditortätigkeit und die Ausnahme schon deswegen nicht anwendbar) und
- dass der Verkauf in den zum Verkauf gewidmeten Räumen der Konditorei stattfindet (findet er anderswo statt, dann ist das keine befreite Verkaufsstelle).

44. Allfälliges

Gewerbewortlaut im Baugewerbe (Steiermark):

Das Amt der Steiermärkischen Landesregierung ersucht um Erörterung, ob im Lichte der durch die Novelle BGBl. I Nr. 85/2012 erfolgte Neufassung des § 99 Abs. 5 GewO 1994, jene vor Inkrafttreten dieser Novelle angemeldeten Gewerbewortlaute, die sich auf eine eingeschränkte Berechtigung zur Ausübung eines Gewerbes gemäß § 94 Z 5 GewO 1994 beziehen und noch auf „Baumeister, eingeschränkt auf...“ lauten, von der Behörde auf „Baugewerbetreibender, eingeschränkt auf...“ umzustellen sind.

Ergebnis:

§ 99 Abs. 5 GewO 1994 in der Fassung seit der Novelle BGBl. I Nr. 85/2012 sieht vor, dass wenn das Gewerbe der Baumeister in einem Umfang angemeldet wird, der nicht das Recht zur umfassenden Planung gemäß Abs. 1 Z 1 beinhaltet, der Gewerbeanmelder die Bezeichnung "Baugewerbetreibender" unter Beifügung der entsprechenden Einschränkung zu verwenden hat. Im zweiten Satz regelt diese Bestimmung ausdrücklich, dass nur Gewerbetreibende, deren Gewerbeberechtigung das Recht zur umfassenden Planung gemäß Abs. 1 Z 1 beinhaltet, die Bezeichnung "Baumeister" verwenden dürfen.

Aus dem Zusammenhang dieser beiden Sätze ist somit die seit der genannten Novelle für die betreffende Gewerbe zu wählenden Nomenklatur eindeutig geregelt; diese Nomenklatur ist auch von GISA zu verwenden.

Für Gewerbeberechtigungen, die vor Inkrafttreten dieser Novelle angemeldet worden sind, bedeutet dies:

Vor der oz. Novelle war in § 99 Abs. 5 GewO 1994 lediglich ausdrücklich geregelt, wer die Bezeichnung "Baumeister" verwenden darf; eine gesonderte Nomenklatur für den Gewerbewortlaut bei (etwa wie im Anlassfall auf die Ausführung) eingeschränkten Befugnisumfängen hat damals noch nicht bestanden, weshalb im Sinne der allgemeinen Nomenklatur gemäß § 339 Abs. 2 GewO 1994 als Bezeichnung für den Gewerbewortlaut im Falle von reglementierten Gewerben (so auch dem Gewerbe gemäß § 94 Z 5 GewO 1994) der Gewerbewortlaut wie jeweils in § 94 beschrieben zu verwenden war. Diese allgemeine Nomenklatur gilt zwar grundsätzlich auch weiterhin (siehe dazu etwa auch: Grabler/Stolzlechner/Wendl, Gewerbeordnung³,

Anm. 6 zu § 339), für den speziellen Fall des Gewerbes gemäß § 94 Z 5 GewO 1994 ohne das Recht zur umfassenden Planung gilt aber seit der oz. Novelle, dass in solchen Fällen die Bezeichnung "Baugewerbetreibender" - und auch nur diese - zu verwenden ist.

Eine Übergangsbestimmung wurde in diesem Zusammenhang nicht erlassen, weshalb diese Nomenklatur auch für jene Gewerbe gilt, die vor Inkrafttreten der Novelle angemeldet worden sind. Diese Nomenklatur beruht unmittelbar auf dem Gesetz und ist nicht an ein Anbringen des Gewerbeberechtigten gebunden; ebenso wenig sind Anbringen des Gewerbeberechtigten, die auf Beibehaltung oder auf Wiederherstellung einer dem Gesetz nicht mehr entsprechenden (wenn auch vor der Novelle BGBl. I Nr. 85/2012 zulässigen bzw. sogar zwingenden) Nomenklatur des Gewerbewortlautes gerichtet sind, zulässig.

Sofern also eine Berechtigung zur Ausübung eines Gewerbes gemäß § 94 Z 5 besteht und dieses Recht in einer Weise eingeschränkt ist, dass das Recht zur umfassenden Planung gemäß § 99 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 nicht im Ausübungsrecht enthalten ist, hat diese Gewerbeberechtigung ausschließlich und auch unabhängig vom Datum, zu der sie begründet worden ist, auf „Baugewerbetreibender“ unter Beifügung der entsprechenden Einschränkung zu lauten. Soweit dies noch nicht erfolgt ist, ist die Behörde verpflichtet, den Gewerbewortlaut im GISA gemäß der vom Gesetz vorgegebenen Nomenklatur von Amts wegen abzuändern.

Es wird der Vollständigkeit halber abschließend aber auch darauf hingewiesen, dass die Änderung der Nomenklatur keinerlei Einfluss auf bestehende Ausübungsumfänge mit sich gezogen hat.