

# **Bundsgewerbereferententagung 2018 in Maria Taferl**

Protokoll

# Inhalt

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

1. (Oberösterreich) Interpretation des Begriffs Eigenberechtigung in § 8 GewO 1994
2. (Steiermark) Gewerberechtliche Einordnung gesponserter Personen
3. (Tirol) Kryptowährungen, Bitcoin, gewerberechtliche Einstufung
4. (Vorarlberg) Errichtung und Betrieb von Personalunterkünften für Angestellte von Gastgewerbebetrieben
5. (Niederösterreich) Errichtung und Betrieb einer Anlage zur Zucht (Produktion) von Algen und Gewinnung von aquatischer Biomasse, Sprühtrocknung, rechtliche Einordnung
6. (Niederösterreich) § 2 GewO 1994 – Einstellpferdehaltung
7. (Vorarlberg) Supervision; gewerbliche Zuordnung der Tätigkeit, Berechtigungsumfang
8. (Wien) Überlassung von Arbeitskräften gemäß § 135 Abs. 2 GewO 1994
9. (Oberösterreich) Personen mit maßgebendem Einfluss
10. (Wien) Bestellung der ständigen Vertreterin bzw. des ständigen Vertreters zur gewerberechtlichen Geschäftsführerin bzw. zum gewerberechtlichen Geschäftsführer
11. (Kärnten) Prokurist - Betriebsleiter
12. (Tirol) Ist das Erbringen von Dienstleistungen – insbesondere des Messerschleifens – im Umherziehen im Sinne der Gewerbeordnung 1994 zulässig?
13. (Vorarlberg) Standes- und Ausübungsregeln; Einhaltung; Information und Prüfung

## II. Reglementierte und freie Gewerbe

14. (Salzburg) Verfahren gemäß § 19 GewO 1994 – informative Befragungen, Arbeitsproben
15. (Steiermark) Berufsreifeprüfung –berufsbildend höhere oder allgemeinbildende höhere Schule
16. (Wien) Sperrstundenrechtliche Anknüpfung bei gastgewerblicher Tätigkeit im Rahmen des § 50 Abs. 1 Z 11 GewO 1994
17. (Wien) Zulässigkeit einer Betriebsart „Shisha-Lounge“
18. (Vorarlberg) Kochboxen; Zubereitung und Lieferung von Lebensmitteln und Speisen
19. (Burgenland) Haftpflichtversicherung für Baumeister unter einem bestimmten Jahresumsatz
20. (Salzburg) Befähigung für ausführende Baumeister/Holzbau-Meister – Tätigkeit als Polier

## III. Gewerbliches Betriebsanlagenrecht

21. (Salzburg) Genehmigungsfreistellungsverordnung
22. (Niederösterreich) „Nicht bloß vorübergehend“ § 74 Abs. 1 GewO 1994
23. (Wien) Umfang der Kundmachungen gemäß § 77a Abs. 7 GewO 1994
24. (Salzburg) Kundmachungen gemäß § 77a Abs. 7 GewO 1994
25. (Niederösterreich) Aarhus-Konvention – Anwendung auf Verfahren nach der Gewerbeordnung 1994
26. (Salzburg) Bioethanolanlage, Fragmentierung von Ausstattungen mit Blick auf Seveso-Schwellen
27. (Wien) InhaberIn einer Betriebsanlage bei zusätzlichen EinmieterInnen in eine Betriebsanlage
28. (Niederösterreich) Anwendung des § 360 Abs. 1a GewO 1994

## IV. Verwaltungsverfahren und Gewerbeausübung durch Ausländer

29. (Niederösterreich) § 87 Abs. 8 GewO 1994 – Mitteilung von Gewerbeausschlussgründen durch das Strafgericht
30. (Niederösterreich) § 371c GewO 1994 – Beraten statt strafen
31. (Niederösterreich) Verhältnis des § 371c zu § 360 Abs. 1 GewO 1994
32. (Salzburg) Vorsitzende von Prüfungskommissionen – Bestellung/Nichtbestellung
33. (Burgenland) Insolvenzeröffnung – Tätigkeit des Gewerbeinhabers
34. (Niederösterreich) § 39 Abs. 2 GewO 1994 – Anordnungsbefugnis des gewerberechtigten Geschäftsführers
35. (Wien) Datum der Ausübungsberechtigung im GISA bei positiven, dem Parteienbegehren vollinhaltlich stattgebenden Bescheiden gemäß § 95 GewO 1994
36. (Niederösterreich) § 340 Abs. 3 GewO 1994 – Ausübungsrecht trotz Gewerbeausschlussgrund im Anmeldeverfahren
37. (Vorarlberg) Vorübergehende grenzüberschreitende Dienstleistung; Meldeverpflichtung nach § 373a Abs. 1 GewO 1994
38. (Steiermark) Anzeige der erfolgten Bestellung eines Arbeitnehmergeschäftsführers iVm mit Zuverlässigkeitsgewerben
39. (Kärnten) Versicherungsvermittlung/Wechsel der Person des Leitungsorgans –fachliche Eignung
40. (Steiermark) Bewertung ausländischer Schulen –Anerkennung, Gleichhaltung, individuelle oder formelle Befähigung

## V. Sonstiges

41. (Oberösterreich) Marktfahrer – Verkauf durch Dienstnehmer
42. (Vorarlberg) Wirtschaftlichen Eigentümerregister (WiEReg)
43. Allfälliges

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

## 1. (Oberösterreich) Interpretation des Begriffs Eigenberechtigung in § 8 GewO 1994

Hauptvoraussetzung für die Ausübung eines Gewerbes durch eine natürliche Person ist ihre Eigenberechtigung (§ 8 Abs. 1). Die GewO 1994 stellt keine eigenen Regeln für die Eigenberechtigung auf. Interessanterweise findet sich auch in anderen Gesetzen keine generelle Definition der Eigenberechtigung, auch wenn an ihr Vorhandensein, wie etwa in § 10 Abs. 1 AVG, bestimmte Rechtsfolgen geknüpft werden. Diese Bestimmung im AVG legt etwa fest, dass sich die Beteiligten und ihre gesetzlichen Vertreter in der Regel durch „eigenberechtigte“ natürliche Personen, juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften vertreten lassen können. Nach dem Kommentar von Hengstschläger/Leeb, AVG § 10 (Stand 1.1.2014, rdb.at) handelt es sich bei eigenberechtigten natürlichen Personen um „österreichische Staatsbürger, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, soweit sie nicht psychisch krank oder geistig behindert sind (§ 9 Rz 14; VwGH 11. 10. 2012, 2011/01/0231; Zierl, Sachwalterschaft 92), oder Ausländer, die nach dem Recht ihres Staates voll handlungsfähig sind (vgl § 12 iVm § 9 AVG und § 12 IPRG [§ 9 Rz 4]).“

Im zitierten Erkenntnis des VwGH wird klargestellt, dass einem hinsichtlich der Angelegenheiten „Vertretung vor Gerichten, Behörden und Sozialversicherungsträgern, Verwaltung von Einkünften, Vermögen und Verbindlichkeiten sowie Vertretung vor privaten Vertragspartnern“ besachwalteten Vertreter die von § 10 Abs. 1 AVG geforderte Eigenberechtigung fehlt. Zwischen dem Institut der Sachwalterschaft und der Eigenschaft der Eigenberechtigung einer Person ist daher ein unmittelbarer Zusammenhang gegeben.

Aus unserer Sicht ist die Eigenberechtigung im Sinn des § 8 GewO 1994 daher zu verneinen, wenn das Aufgabengebiet des Sachwalters die Verwaltung des beweglichen oder unbeweglichen Vermögens oder die Verwaltung von Wertgegenständen umfasst. Ebenso liegt keine „Gewerberechtsfähigkeit“ vor, wenn zum sachwalterischen Wirkungskreis der Abschluss von Rechtsgeschäften, „finanzielle Angelegenheiten“ oder die "Führung eines Unternehmens" gehören.

Hingegen führt eine Sachwalterschaft etwa für medizinische Heilbehandlungen, die Wohnortbestimmung oder ein Ehescheidungsverfahren nicht zum Verlust der Eigenberechtigung iSd § 8 GewO 1994.

Es wird um Diskussion der vorgeschlagenen Lösung sowie um Darlegung ersucht, ob eine Änderung im Vollzug des § 8 GewO 1994 durch das mit 1.7.2018 in Kraft getretene 2. Erwachsenenschutz-Gesetz zu erwarten ist.

## Zu TOP 1:

Natürliche Personen dürfen ein Gewerbe grundsätzlich nur antreten, wenn sie eigenberechtigt sind (§ 8 Abs. 1 GewO 1994), das heißt, wenn sie das 18. Lebensjahr vollendet haben und für sie nicht ein Sachwalter in gewerberelevanten Angelegenheiten bestellt wurde (§ 268 ABGB idF vor dem Inkrafttreten des 2. Erwachsenenschutz-Gesetzes) (Pöschl, System der GewO, Rz 132).

Wurde ein Sachwalter etwa für die Eingehung und Abwicklung von Rechtsgeschäften jeder Art oder die Verwaltung des Vermögens bestellt, so ist die Eigenberechtigung im Sinne des § 8 Abs. 1 GewO 1994 nicht als gegeben anzunehmen.

Wurde ein Sachwalter für die Entscheidung über medizinische Heilbehandlungen, die Änderung des Wohnortes oder für sonstige nicht gewerberelevante Angelegenheiten (zB Ehescheidung) bestellt, geht die Eigenberechtigung hingegen nicht verloren.

Durch das mit am 1. Juli 2018 in Kraft getretenen 2. Erwachsenenschutz-Gesetz (2. ErwSchG) wird das Sachwalterrecht durch das Erwachsenenschutzrecht abgelöst.

Ziel des 2. ErwSchG ist die Erweiterung der Selbstbestimmung volljähriger Personen, die auf Grund einer psychischen Krankheit oder vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt sind und deshalb nur beschränkt ihre Angelegenheiten ohne Nachteile für sich besorgen können.

Das genannte Gesetz unterscheidet zwischen vier Vertretungsformen, nämlich der Vorsorgevollmacht, der gewählten Erwachsenenvertretung, der gesetzlichen Erwachsenenvertretung und der gerichtlichen Erwachsenenvertretung. Das Ausmaß der Autonomie der betroffenen Personen ist bei der Vorsorgevollmacht am stärksten und bei der gerichtlichen Erwachsenenvertretung am geringsten ausgeprägt. Dabei entspricht der bisherigen Bestellung eines Sachwalters am ehesten die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters.

Gemäß § 242 Abs. 1 ABGB idF des 2. ErwSchG wird die Handlungsfähigkeit einer vertretenen Person durch eine Vorsorgevollmacht oder eine Erwachsenenvertretung nicht eingeschränkt. Mit der Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters ist daher (anders als nach dem bisherigen Sachwalterrecht) nicht mehr konstitutiv der Verlust der Geschäftsfähigkeit verbunden (Peter Barth, Vom Sachwalter- zum Erwachsenenschutzrecht, Schriftenreihe Niederösterreichische Juristische Gesellschaft, 8). Das bedeutet, dass der Betroffene trotz Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters grundsätzlich selbst weiter entscheiden kann. Dies gilt allerdings nicht, wenn das Gericht im Wirkungsbereich des gerichtlichen Erwachsenenvertreters anordnet, dass die Wirksamkeit bestimmter Handlungen des Betroffenen der Genehmigung des gerichtlichen Erwachsenenvertreters und - wenn die Handlung außerhalb des ordentlichen Wirtschaftsbetriebes fällt - auch des Gerichtes bedürfen (Genehmigungsvorbehalt gemäß § 242 Abs. 2 ABGB idF des 2. ErwSchG).

Die Befugnisse des gerichtlichen Erwachsenenvertreters werden auf bestimmte Vertretungshandlungen beschränkt. Vertretungen für alle Angelegenheiten sind nicht mehr möglich. Die Wirkungsdauer der Vertretungen soll mit der Erledigung der Aufgabe bzw. spätestens drei Jahre nach Bestellung enden.

Alle vier Arten der Vertretung im Erwachsenenschutzrecht sind im Österreichischen zentralen Vertretungsverzeichnis einzutragen.

Sachwalter, die vor dem 1. Juli 2018 bestellt wurden, sind nach dem 30. Juni 2018 gerichtliche Erwachsenenvertreter (§ 1503 Abs. 9 Z 10 ABGB). Das Gericht hat nach dem 30. Juni 2018 für alle gerichtlichen Erwachsenenvertretungen im Sinne des § 1503 Abs. 9 Z 10 ABGB von Amts wegen ein Erneuerungsverfahren einzuleiten. Eine gerichtliche Erwachsenenvertretung im Sinne des § 1503 Abs. 9 Z 10 ABGB endet jedenfalls mit 1. Jänner 2024, es sei denn, es wurde davor ein Erneuerungsverfahren eingeleitet; diesfalls bleibt die Erwachsenenvertretung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Erneuerung aufrecht.

## 2. (Steiermark) Gewerberechtliche Einordnung gesponserter Personen

Laut Gründer Informationssystem (GIS) der Wirtschaftskammer Österreich übernehmen Ankündigungsunternehmen Aufträge zur Veröffentlichung von Werbebotschaften und führen diese selbst oder gemeinsam mit Unternehmen derselben Berufsgruppe aus.

Im Zuge einer Anfrage eines E-Sportlers (=eine Person, die Computerspiele spielt), der für das Spielen von einem Unternehmen gesponsert wird, wurde die Meinung vertreten, dass gesponserte Personen das Gewerbe „Ankündigungsunternehmen“ anzumelden hätten, da sie entgeltlich Werbebotschaften veröffentlichen (z.B. durch das Tragen von T-Shirts oder Kappen mit Aufdrucken des Firmenwortlautes, das Fahren von zur Verfügung gestellten Fahrzeugen mit Sponsorbeklebung etc.). Dieser Argumentation folgend, wären sämtliche Personen, die Sponsorgelder kassieren (insb. Sportler) verpflichtet um dieses Gewerbe einzukommen.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Gewerbeordnung in diesem Fall überhaupt anzuwenden ist. Betrachtet man die Tätigkeiten für die Sponsorgelder bezahlt werden, so sind dies beispielsweise: das Tragen von T-Shirts, das Halten von Getränkedosen oder das Schreiben von Autogrammen.

Zudem ist fraglich, in wie weit überhaupt eine selbstständige Tätigkeit vorliegt.

Um Diskussion wird gebeten.

## Zu Top 2:

Die Beurteilung, ob eine bestimmte Tätigkeit dem Anwendungsbereich der GewO 1994 unterliegt, hat mit Bezug auf die ausgeübte Tätigkeit zu erfolgen, nicht aber mit Bezug darauf, ob diese Tätigkeit - etwa weil sie besonders erfolgreich und/oder öffentlichkeitswirksam ausgeübt wird - dazu geeignet ist, dass sich das aus der Tätigkeit erzielten Einkommen, etwa durch Sponsoring, erhöht.

Der sportliche Wettkampf zwischen Menschen unterliegt nicht dem Anwendungsbereich der GewO 1994. Daran ändert sich auch nichts, wenn Personen sportlichen Wettkampf mit dem Ziel herausragenden Wettkampferfolges professionell ausüben und auf diese Weise durch ihre Erfolge sowohl aus den Preisgeldern selbst als auch durch ein aus der dem Erfolg folgenden Popularität mögliches Sponsoring finanzielles Einkommen erzielen können.

Die in der Anfrage beschriebenen Tätigkeiten, die ein unter Sponsorvertrag stehender Sportler vertraglich zu erfüllen hat (etwa das Tragen bestimmter Kleidung), können nicht losgelöst vom sportlichen Wettkampf, dem sich der Sportler unterzieht, verstanden werden. Der Umstand, dass sich eine Person aufgrund der von ihr erzielten - oder der von ihr erwarteten - sportlichen Wettkampferfolge als Werbeträger eignet, macht diese Person nicht zum Ankündigungsunternehmen. Eine solche Person erhält Sponsorengelder nicht deshalb, weil sie ein Ankündigungsunternehmen ist, sondern weil die Person sportlichen Erfolg hat oder erwarten lässt; ebenso verliert sie die Sponsorgelder auch nicht, weil sie ihre Tätigkeit als Ankündigungsunternehmen einstellt, sondern weil sportliche Erfolge nachlassen oder weil sie die Ausübung sportlicher Wettkämpfe einstellt.



### 3. (Tirol) Kryptowährungen, Bitcoin, gewerberechtliche Einstufung

Aufgrund vermehrter Anfragen zu Gewerbeanmeldungen betreffend Tätigkeiten die in Verbindung zum Thema Kryptowährungen und Bitcoin stehen ergeht das Ersuchen um Mitteilung der do. Rechtsmeinung zur diesbezüglichen gewerberechtlichen Einstufung.

Einleitend ist festzuhalten, dass das Thema Kryptowährungen und Bitcoins relativ neu entstanden ist und derzeit rechtlich noch weitgehend ungeklärt bzw.- unregelt ist. Da es sich hierbei um sehr riskante Anlageprodukte handelt und in letzter Zeit auch vermehrt Missbrauchsfälle bekannt wurden ist die ganze Thematik eher restriktiv zu beurteilen.

Zum Thema Kryptowährungen findet sich in Wikipedia folgende Definition:

„Eine Kryptowährung oder einfach Kryptogeld ist ein digitales Zahlungsmittel, das mit Prinzipien der Kryptographie erstellt wird (z.B.: durch Mining) und transferiert wird um ein dezentrales und sicheres Zahlungssystem zu realisieren. Bis zur Einführung des venezolanischen Petro im Februar 2018 wurden Kryptowährungen im Gegensatz zu Zentralbankgeld ausschließlich von privater Hand geschöpft. Die Qualifizierung von Kryptowährung als Währung ist mitunter strittig. Das erste öffentlich gehandelte Kryptogeld dieser Art ist der seit 2009 gehandelte Bitcoin. Seitdem wurden zahlreiche weitere Kryptowährungen implementiert. Neben den bekannteren sind nach dem Vorbild des Bitcoins inzwischen über 4.500 weitere Kryptowährungen in Verwendung, von denen über 1.000 einen täglichen Handelsumsatz von jeweils über 10.000 US-Dollar an entsprechenden Handelsplätzen für Kryptowährungen erreichen.“

Die gegenständliche Thematik wird sowohl international als auch EU-weit in den einzelnen Ländern unterschiedlich rechtlich eingestuft. Auch in Österreich gibt es zur gegenständlichen Thematik noch keine einheitliche rechtliche Meinung und ergehen von verschiedensten Institutionen teilweise unterschiedliche Einstufungen und Rechtsauskünfte. Es gibt Bestrebungen innerhalb der EU und auch innerhalb von Österreich die gegenständliche Thematik einheitlicher zu regeln. Sehr wahrscheinlich wird sein, dass die Tätigkeit bzw. zumindest große Teile davon dem Bankwesengesetz und damit der Finanzmarktaufsicht unterworfen werden.

Zusammengefasst kann man jedoch sagen, dass das relativ neu entstandene Kryptogeld weder als gesetzliches Zahlungsmittel noch als E-Geld, Devisen oder Sorten anerkannt ist. In einer aktuellen Rechtsmeinung des BMF vom 13.06.2018 wird folgendes mitgeteilt: „Krypto-Assets wie Bitcoins sind nicht als offizielle Währung anerkannt. Sie stellen auch keine Finanzinstrumente oder Bargeld dar.“

In der Anlage 1 wird dazu ein interessanter Artikel der Wirtschaftskammer Österreich zur Information beigelegt.

Auf Grundlage der beiliegenden Rechtsmeinung des Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort ist ein Großteil der im Zusammenhang mit Kryptowährungen und Bitcoins ausgeübten Tätigkeiten nicht dem Anwendungsbereich der Gewerbeordnung 1994 zuzuordnen. (Anlage 2)

Aufgrund bisheriger Erfahrungen könnten nachfolgende Teiltätigkeiten den unten angeführten Gewerben zugeordnet werden:

- Gewerblicher Vermögensberater: Beratung für die Vermögensveranlagung in Kryptowährungen oder Bitcoins
- Ankündigungsunternehmen: wenn es um das Anwerben von Kunden für die Zurverfügungstellung ihrer Rechnerleistung (Mining) geht
- Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik: beispielsweise für die Programmierung von Softwareanwendungen für Dritte, oder wenn Rechenzentrumsdienstleistungen angeboten werden, die Dritten in Bezug auf Blockchain-Anwendungen dienen.
- Vermittlung von Werk- und Dienstleistungsverträgen an Befugte: wenn reine Vermittlungstätigkeiten stattfinden, wenn z.B.: Vermittlung von Rechenleistungen von Kunden zu Miningfirmen stattfinden und eine Provision für die Vermittlung ausbezahlt wird.

Diese Liste an in Frage kommenden Gewerbeberechtigungen ist nur beispielsweise und nicht erschöpfend, da es auch noch keine aktuelle Judikatur zu dieser Thematik gibt.

Vom Amt der Tiroler Landesregierung wird die Rechtsmeinung vertreten, dass keine Gewerbeurteile zur Kenntnis genommen werden sollten in denen die Begriffe „Bitcoin“ oder „Kryptowährung“ oder ähnliche Begriffe vorkommen. Insbesondere um nachfolgende Nichtigerklärungs- bzw. Lösungsverfahren gem. § 363 GewO 1994 zu vermeiden.

Anlagen

### Zu TOP 3:

Es wird grundsätzlich darauf hingewiesen, dass das Wort „Bitcoin“ oder „Kryptowährung“ für sich allein genommen einen Gewerbewortlaut noch nicht disqualifiziert oder Anlass für ein Verfahren zur Nichtigkeitserklärung gemäß § 363 GewO 1994 ist.

Es ist vielmehr im Lichte der Anforderungen des § 339 GewO 1994 darauf abzustellen, ob ein Gewerbewortlaut in seiner Gesamtheit ausreichend bestimmt ist. Dazu gehört auch, dass der Wortlaut eindeutig erkennen lässt, dass der Gegenstand der Gewerbeberechtigung dem Anwendungsbereich der GewO 1994 unterliegt und außerdem bei Wortlauten freier Gewerbe nicht in Vorbehaltsbereiche reglementierter Gewerbe unzulässig eingegriffen wird.

Soweit im Umfeld von Kryptowährungen bislang mögliche Tätigkeiten mit Berührung zum Gewerberecht offenbar geworden sind, bildet die in der Anfrage zur Verfügung gestellte Aufzählung eine geeignete Übersicht, welche Tätigkeiten als gewerbliche Tätigkeit einzuordnen sind und welchem Gewerbe diese Tätigkeiten angehören.

Insgesamt ist jedenfalls festzuhalten, dass die bestehenden Gewerbewortlaute geeignet sind, die bislang bekannt gewordenen gewerblichen Tätigkeiten im Umfeld von Kryptowährungen mit zu erfassen. Einschränkungen der Wortlaute durch Verweis auf Kryptowährungen oder gar einzelne Protokolle sind nicht erforderlich.

Dem Land Tirol wird daher insofern beigeplichtet, als Gewerbeanmelder nicht dazu verleitet werden sollten, für den Gewerbeanmelder erkennbar einseitig einschränkende Gewerbebeanmeldungen zu erstatten.

## **4. (Vorarlberg) Errichtung und Betrieb von Personalunterkünften für Angestellte von Gastgewerbebetrieben**

Gastgewerbebetreibende in Fremdenverkehrsregionen sehen sich zunehmend mit einem Mangel an qualifiziertem Personal konfrontiert. Um die Attraktivität als Arbeitgeber zu erhöhen, sollen dem Gastgewerbepersonal ansprechende Unterkünfte, evtl. mit Freizeiteinrichtungen (z.B. Sauna, Schwimmbaden) zur Verfügung gestellt werden. Eine Bereitstellung von Dienstleistungen wie Zimmerservice etc. ist nicht vorgesehen.

Dabei sollen mehrere Gewerbebetreibende eine Genossenschaft gründen, die Wohnunterkünfte ausschließlich für Personal errichtet und betreibt, das in den verschiedenen Gastgewerbebetrieben der Genossenschaftsmitglieder beschäftigt ist. Der Arbeitnehmer soll die erforderliche Mietzahlung an die Genossenschaft leisten. Auch wenn die Vermietungstätigkeit der Genossenschaft als reine Raumvermietung beurteilt werden könnte, stellt sich auf Grund des unmittelbaren Zusammenhanges mit den jeweiligen Gastgewerbebetrieben der Genossenschaftsmitglieder und dem dadurch bestehenden „sonstigen wirtschaftlichen Vorteil“ die Frage, ob diese Tätigkeit in den Geltungsbereich der Gewerbeordnung fällt.

Schließlich stellt sich die Frage, ob es für die Beurteilung dieser Konstruktion einen Unterschied macht, ob allenfalls vom Personal keine Miete an die Genossenschaft zu entrichten ist, dafür aber im Arbeitsvertrag die zur Verfügung stehende Unterkunft enthalten und bei der Entlohnung berücksichtigt wird.

Es wird um Diskussion dieser Thematik und Mitteilung der Rechtsansicht gebeten.

#### Zu TOP 4:

Bei der in der Anfrage beschriebenen Tätigkeit könnte es sich allenfalls um eine Beherbergung im Rahmen eines Gastgewerbes handeln. Zu den Kriterien der Abgrenzung zwischen bloßer Raumvermietung und gewerbsmäßiger Beherbergung gibt es zahlreiche Erkenntnisse des VwGH (siehe zB VwGH 18.02.2009, 2005/04/0249 mit Verweis auf die Erkenntnisse vom 15.09.1992, 91/04/0041, und vom 20.10.1992, 91/04/0216; VwGH 23.06.2010, 2008/06/0200; 23.11.2010, 2009/06/0013; 11.01.2012, 2010/06/0082; 18.05.2016, 2013/17/0609).

So ist die Frage, ob gewerbsmäßige Fremdenbeherbergung anzunehmen ist, unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalles zu beantworten, insbesondere auf den Gegenstand des Vertrages (zB Schlafstelle oder Wohnraum, dessen Umfang), die Dauer des Vertrages, Verabredungen in Ansehung von Kündigung und Kündigungsfristen, Nebenverabredungen über Beistellung von Bettwäsche und Bettzeug, über Dienstleistungen wie Reinigung der Haupt- und der Nebenräume, der Bettwäsche, der Kleider usw. des Mieters, Beheizung udgl. sowie auch auf die Art und Weise, in welcher sich der Betrieb nach außen darstellt. Eine der Fremdenbeherbergung zuzuordnende Tätigkeit liegt dann vor, wenn gleichzeitig mit der Zurverfügungstellung von Wohnraum damit üblicherweise im Zusammenhang stehende Dienstleistungen erbracht werden.

Werden keine üblicherweise im Zusammenhang mit der Zurverfügungstellung von Wohnraum stehenden Dienstleistungen erbracht, so ist das Vorliegen einer Beherbergung an Hand der sonstigen Merkmale der Tätigkeit zu beurteilen, insbesondere unter Bedachtnahme auf die Art und Weise, wie sich der Betrieb nach außen darstellt.

In jedem Fall ist maßgeblich und erforderlich, dass das aus dem Zusammenwirken aller Umstände sich ergebende Erscheinungsbild ein Verhalten des Vermieters der Räume erkennen lässt, das – wenn auch in beschränkter Form – eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinne einer daraus resultierenden Betreuung des Gastes verrät. Dafür ist bereits ein geringes Ausmaß an für die Beherbergung typischen Dienstleistungen ausreichend.

Weder aus der Judikatur des VwGH noch aus der Gewerbeordnung selbst ergibt sich, dass für die Beurteilung einer Zurverfügungstellung von Wohnraum als Beherbergung darauf ankommt, an wen die Überlassung des Wohnraums erfolgt. Ob es sich dabei um Arbeitnehmer der Genossenschaftsmitglieder handelt, ist daher nicht maßgeblich. Ebenso wenig ist maßgeblich, in welcher Form die Miete geleistet wird (ob Mietzahlung an die Genossenschaft oder Abzug bei der Entlohnung). Der organisatorische Zusammenhang mit dem Gewerbe, in dessen Rahmen die Arbeitnehmer beschäftigt werden, macht die ausschließliche Zurverfügungstellung einer Unterkunft noch nicht zu einer Beherbergung iSd § 111 GewO 1994.

Die Bereitstellung von Freizeiteinrichtungen bei den Personalunterkünften könnte aber durchaus eine Beurteilung als Beherbergung nach sich ziehen; dabei kommt es auf die genaue Ausgestaltung an. Die Möglichkeit der Nutzung einer Sauna spricht insbesondere dann für eine Beherbergung, wenn nicht nur ein Saunabereich im Gebäude zur Verfügung gestellt wird, sondern die Sauna laufend (also über die durch die Hausverwaltung organisierte Hausreinigung hinausgehend) gereinigt und mit Saunatüchern u.a. versehen wird.

## **5. (Niederösterreich) Errichtung und Betrieb einer Anlage zur Zucht (Produktion) von Algen und Gewinnung von aquatischer Biomasse, Sprühtrocknung, rechtliche Einordnung**

Eine GmbH plant die Errichtung und den Betrieb einer Anlage zur Zucht (Produktion) von Algen und Gewinnung von aquatischer Biomasse aus diesem Prozess.

Die Heranziehung der Algen erfolgt in einer patentierten „Photobioreaktoranlage“. Die Algen wachsen in einem geschlossenen Kreislauf in Form von miteinander verbundenen Glasröhren (nachfolgend Glasmodule genannt) heran. Diese können dem Sonnenstand linear nachgeführt werden, um zu gewährleisten, dass die Sonneneinstrahlung auf die Algen gleichmäßig verteilt wird. Die Glasmodule werden mit einer auf die Bedürfnisse der Algen abgestimmten Nährlösung versorgt. Zusätzlich wird CO<sub>2</sub> in die Glasmodule eingeleitet, um die Wachstumsbedingungen zu verbessern. Vorgesehen sind ca. 25 Doppeleinheiten zu jeweils 2 Modulen a 150m, insgesamt daher 50 Module.

Die Ernte der Algen erfolgt kontinuierlich über Filtereinheiten, d.h. durch Separation von Biomasse und Prozesswasser. Nachfolgend wird die hochkonzentrierte Biomasse einer Sprühtrocknung zugeführt, deren Endprodukt eine pulverförmige und getrocknete Biomasse ist.

Ergänzung zur Sprühtrocknung:

In der Produktionsstätte werden zunächst Algen in einer „Photobioreaktoranlage“ herangezogen und diese sodann kontinuierlich aus dem Prozesswasser herausgefiltert.

Die dabei separierte Materie („Slurry“) wird unmittelbar darauffolgend innerhalb eines geschlossenen Systems einer Sprühtrocknung zugeführt.

Bei der Sprühtrocknung wird die bereits durch die Filtration aufkonzentrierte Suspension (Slurry) in einen Heißgasstrom (Strömung heißer Luft) eingebracht, der es durch die Wirbelvertrocknung in sehr kurzer Zeit zu einem feinen Biomassepulver mit einer Restfeuchte von nur noch 4% trocknet.

Gemäß den Angaben der Projektwerberin könne die aufkonzentrierte Suspension (Slurry) für die bestimmungsbemäße Verwendung in anderen Branchen noch nicht eingesetzt werden, d.h. sie sei noch nicht marktfähig. Erst das getrocknete Biomassepulver stehe am Beginn der Wertschöpfungs- und Verarbeitungskette, dies sei das Wesensmerkmal eines Urproduktes. Daher sei der Vorgang der Gewinnung erst mit der Sprühtrocknung abgeschlossen.

Die Sprühtrocknung ist eine Besonderheit des gegenständlichen Verfahrens. Dieses unterscheidet sich von anderen Verfahren zur Herstellung etwa von Nahrungsergänzungsmitteln aus Alge-Biomasse u.a. dadurch, dass zur Herstellung eines marktgängigen Produktes kein synthetisches Verfahren (Fermentation o.ä.) notwendig sei, sondern dass die Herstellung der pulverförmigen und getrockneten Biomasse – vereinfacht ausgedrückt – nur durch die Trocknung mittels „heißer Luft“ und damit mit Hilfe der Naturkräfte iSd § 2 Abs. 3 Z 1 GewO 1994 abgeschlossen werde.)

Die gewonnene Biomasse wird zum weiteren Einsatz an unterschiedlichste Wirtschaftszweige für unterschiedlichste Zwecke abgegeben wie zB zur Herstellung von Nahrungsergänzungsmitteln, Aminosäuren, Vitaminen, Grundstoffen für die chemische Industrie, die Pharmaindustrie, die Kosmetikindustrie oder als Zusatzstoffe in der Landwirtschaft.

Das größtenteils aus Wasser bestehende Nährmedium (=Prozesswasser) wird nach Aufbereitung (Reinigung mittels Ultrafiltration, Sterilisierung mittels UV-Strahlung, Zugabe von Nährstoffen) im Kreislauf wieder den Glasmodulen zugeführt.

Die Bezirkshauptmannschaft hat die Rechtsansicht vertreten, dass auf dieses Vorhaben die Gewerbeordnung gemäß § 2 GewO 1994 nicht Anwendung findet. Der Rechtsmeinung des rechtsfreundlichen Vertreters des Antragstellers, wonach erst mit der Trocknung der Algensuspension zu einem Biomassepulver die Gewinnung abgeschlossen sei, könne gefolgt werden, da die Trocknung (auch mechanisch) dem originären Gewinnen eines Naturproduktes zuzuordnen sei. Die Argumentation, dass nur das getrocknete Produkt, aber noch nicht die „Algensuppe“ marktfähig sei, sei nachvollziehbar.

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

a) Gemäß § 2 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 3 Z 1 GewO 1994 ist die Gewerbeordnung auf die Hervorbringung und Gewinnung pflanzlicher Erzeugnisses mit Hilfe der Naturkräfte (...) nicht anzuwenden.

Zwar ist in der Urprodukteverordnung BGBl. II Nr. 410/2008 die gegenständlich angefragte Gewinnung von aquatischer Biomasse nicht enthalten. Doch wird ha. die Rechtsmeinung vertreten, dass diese Verordnung nicht abschließend regelt, welche Erzeugnisse der land- und forstwirtschaftlichen Urproduktion zuzurechnen sind.

Die Erzeugung/Hervorbringung im Rahmen Land- und Forstwirtschaft war nun seit jeher nicht vom Kompetenztatbestand Gewerbe und Industrie erfasst. Kompetenzrechtlich wird dazu auf die Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes verwiesen:

„Wie der Verfassungsgerichtshof mehrfach (...) der Sache nach feststellte, werden Tätigkeiten, die zum Versteinerungszeitpunkt am 1. Oktober 1925 ausdrücklich von einem gewerberechtlichen Regime ausgenommen waren, auch nicht dadurch zu einer „Angelegenheit des Gewerbes“ im verfassungsrechtlichen Sinn, dass sich im Zuge der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklung die betreffenden Tätigkeiten fortentwickeln und möglicherweise eine Dimension gewonnen haben, die sie aus faktischer Sicht den „Angelegenheiten des Gewerbes“ vergleichbar machen.“ (VfGH 28.6.1995, G 89/94, VfSlg 14187).

Daher schadet gegenständlich der Einstufung in den Ausnahmetatbestand des § 2 GewO 1994 nicht, dass die Produktion der aquatischen Biomasse nach außen hin nach ha. Dafürhalten ähnlich wie bei einem Gewerbebetrieb/Industriebetrieb (automatisierte Anlagen, 50 Module, Filtereinheiten, Wasseraufbereitung, ph-Auswertung, Algenanalyse, Büroräumlichkeiten) abläuft, da das erzeugte Produkt als der land- und forstwirtschaftlichen Urproduktion zugehörig zu betrachten ist.

Im Kern geht es darum, dass die Erzeugung bzw. Hervorbringung mit „Hilfe der Naturkräfte“ (§ 2 Abs. 3 Z 1 GewO 1994) erfolgt, was bei der Produktion von Algen, die Photosynthese betreiben, bejaht werden kann.

Es wird daher vertreten, dass es sich bei der geplanten Produktion von Algen und aquatischer Biomasse um eine Tätigkeit der Land- und Forstwirtschaft iSd § 2 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 handelt. Demnach sind auf die Produktion bzw. Zucht von Algen gemäß § 2 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 die Bestimmungen der Gewerbeordnung nicht anzuwenden.

b) Gemäß § 2 Abs. 4 Z 1 GewO 1994 sind unter Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft zu verstehen:

die Verarbeitung und Bearbeitung überwiegend des eigenen Naturproduktes unter der Voraussetzung, dass der Charakter des jeweiligen Betriebes als land- und forstwirtschaftlicher Betrieb gewahrt bleibt (...).

Allerdings ist nach ha. Ansicht die Anforderung, dass der Charakter als land- und forstwirtschaftlicher Betrieb gewahrt bleibt, so zu verstehen, dass Verarbeitung und Bearbeitung nichts an der Erscheinungsform eines typischen land- und forstwirtschaftlichen Betriebes verändern. Verarbeitungsschritte, die unter Einsatz von Maschinen und Anlagen erfolgen, die nicht dem Charakter eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebes entsprechen, wären nicht vom Nebengewerbe umfasst. Wenn auf den „Charakter“ als land- und forstwirtschaftlicher Betrieb abgestellt wird, so ist dies nach ha. Ansicht dahingehend auszulegen, dass es um die typischen landwirtschaftlichen Wirtschaftsformen geht.

Das Bundesministerium für (damals) Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft ist in gegenständlicher Angelegenheit zwischenzeitlich bereits einmal befasst gewesen und hat mit Schreiben vom 22.7.2016, BMWFW-37.000/0372-I/5a/2015, zum § 2 Abs. 4 Z 1 GewO 1994 („Charakter des jeweiligen Betriebes als land- und forstwirtschaftlicher Betrieb“) ausgeführt (Anlage 3):

„In diesem Zusammenhang kann auf den zum Nebengewerbe allgemein entwickelten Grundsatz zurückgegriffen werden, dass die Ausübung der Tätigkeit nicht dem Erscheinungsbild eines Betriebes entsprechen darf, wie er in Ansehung der jeweils in Frage stehenden Tätigkeit von einem Gewerbetreibenden losgelöst von der Land- und Forstwirtschaft geführt wird.“

Weiters hat das Bundesministerium ausgeführt, dass für die Beurteilung, ob insgesamt der Charakter des Betriebes als land- und forstwirtschaftlicher Betrieb gewahrt wird (oder umgekehrt der Charakter eines Gewerbebetriebes vorliegt) auf eine Mehrzahl von Aspekten abgestellt werden kann.

Umgelegt auf das gegenständliche Vorhaben würde dies dazu führen, dass – bei Subsumption der Sprühtrocknung unter den Tatbestand „Verarbeitung und Bearbeitung überwiegend des eigenen Naturproduktes“ – die Gewerbeordnung Anwendung findet, da nach Ansicht der Abteilung Gewerberecht des Amtes der NÖ Landesregierung der Charakter des gegenständlichen Betriebes bereits von vornherein und in seiner Gesamtheit nicht einem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb entspricht.

Entscheidend ist jedoch, ob die Sprühtrocknung tatsächlich als „Verarbeitung und Bearbeitung des eigenen Naturproduktes“ anzusehen ist: Sollte die Trocknung technisch mit der Gewinnung (hier: Separation von Biomasse über Filtereinheiten) verbunden sein, bzw. die Hervorbringung/Gewinnung erst mit der Trocknung als abgeschlossen zu betrachten sein, wäre diese Sprühtrocknung noch zur Urproduktion hinzuzurechnen und demzufolge das gesamte Vorhaben bereits aus diesem Grund nicht von der Gewerbeordnung erfasst.



Die Abteilung Gewerberecht des Amtes der NÖ Landesregierung vertritt dazu den Standpunkt, dass diesbezüglich den Ausführungen der Projektwerberin (vgl. oben zur Sprühtrocknung) gefolgt werden kann. Erst mit der Trocknung ist der Produktionsprozess abgeschlossen und liegt erst dann ein fertiges Naturprodukt vor. Dass die Trocknung eines landwirtschaftlich gewonnenen Produktes auch zur land- und forstwirtschaftlichen „Urproduktion“ zuzurechnen sein kann (und damit auch der Trocknungsvorgang nicht der Gewerbeordnung unterliegt), bestätigt letztlich auch die Urprodukteverordnung: So gelten nach deren § 1 Z 4 etwa Gemüse, Blütenblätter, Tee- und Gewürzkräuter ausdrücklich „auch getrocknet“ als der land- und forstwirtschaftlichen Urproduktion zugehörige Produkte.

Um Diskussion wird ersucht.

#### Zu TOP 5:

Die im Schreiben des ho. Bundesministerium vom 22.07.2016, Zl. BMWFW-37.00/0372-I/5a/2015, dargelegten Rechtsansicht ist unverändert aktuell.

Für die Beurteilung der Frage, ob die Sprühtrocknung der Algen als Teil der Urproduktion angesehen werden kann, sind die Bestimmungen der Urprodukteverordnung maßgebend. Auch wenn Algen in dieser Verordnung nicht angeführt sind, erscheint die Annahme vertretbar, dass es sich bei der Algenzucht um einen der land- und forstwirtschaftlichen Urproduktion zugehörige Tätigkeit handelt. Nicht mehr vertretbar ist jedoch die Auffassung, dass auch die Sprühtrocknung der Algen eine solche Tätigkeit darstellt. Im § 1 Z 4 Urprodukteverordnung werden die Pflanzen, die auch im getrockneten Zustand als Urprodukte anzusehen sind, genau aufgeführt. Insoweit diese jedoch mit Algen nicht vergleichbar sind, können getrocknete Algen nicht als Urprodukt im Sinne der Urprodukteverordnung angesehen werden, zumal nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehlende Rechtsvorschriften nicht im Wege der Auslegung substituiert werden können.

Die Gewinnung von Algen ist in dem Moment abgeschlossen, in dem diese geerntet werden. Verwertet können sie aber erst werden, wenn sie sich in einem Zustand befinden, der ihre Vermarktung ermöglicht. Werden pflanzliche Produkte bewusst erzeugt, obwohl sie in unverarbeiteter Form nicht vermarktbar sind, so deutet dies auf die Vorstufe einer gewerblichen Tätigkeit hin.

## 6. (Niederösterreich) § 2 GewO 1994 – Einstellpferdehaltung

Mit der am 17. Juli 2017 in Kraft getretenen Gewerberechtsnovelle BGBl. I Nr. 94/2017 ist die Abgrenzung der Einstellpferdehaltung

- als Bestandteil der Land- und Forstwirtschaft, die vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung 1994 ausgenommen ist, von jener Einstellpferdehaltung,
- die im Rahmen des Nebengewerbes oder freien Gewerbes ausgeübt werden kann,

vorgenommen worden.

Um die Einstellpferdehaltung direkt der land- und forstwirtschaftlichen Urproduktion (§ 2 Abs. 1 Z 1 GewO 1994) zuordnen zu können, ist in der Bestimmung des § 2 Abs. 3 Z 4 GewO 1994 festgelegt, dass maximal 25 Einstellpferde eingestellt werden dürfen, dass für je 2 Einstellpferde zumindest 2 ha landwirtschaftlich genutzte Fläche zur Verfügung stehen müssen, und dass diese Flächen sich „in der Region“ zu befinden haben. Gleichzeitig wird normiert, dass neben der Einstellpferdehaltung im Rahmen der Urproduktion eine Einstellpferdehaltung als Nebengewerbe unzulässig ist (§ 2 Abs. 4 Z 6 GewO 1994). Im Rahmen eines Nebengewerbes können allenfalls Reittiere eingestellt werden.

Diese Regelung wirkt im Rahmen des Vollzuges Fragen hinsichtlich der Bewertung des landwirtschaftlichen Ertrages, hinsichtlich der zurechenbaren Flächen und Tätigkeiten auf. In der Lehre (Anmerkung 18 zu § 2 im Kurzkomentar Gewerbeordnung, Stolzelechner Seider Vogelsang, 2. Auflage, 2018) wird dazu ausgeführt,

- dass der Zusammenhang zwischen der land- und forstwirtschaftlichen Urproduktion und der Einstellpferdehaltung zentrale Voraussetzung dafür ist, dass diese Einstellpferdehaltung im Rahmen der vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommenen Land- und Forstwirtschaft erfolgen kann. Die Fütterung der Pferde sowie die Einstreu haben daher mit pflanzlichen Erzeugnissen des landwirtschaftlichen Betriebes zu erfolgen.
- Weiters wird ausgeführt, dass nur jene landwirtschaftlich genutzten Flächen zu berücksichtigen sind, die auch tatsächlich der Futtererzeugung dienen, nicht jedoch andere land- und forstwirtschaftlich genutzte Flächen.
- Um land- und forstwirtschaftlich genutzte Flächen zur Futtermittelerzeugung bei der Berechnung der zulässigen Anzahl von Einstellpferden berücksichtigen zu können, müssen diese Flächen jedenfalls „in der Region“ liegen. Dabei wird als Grenze, bis zu der diese Voraussetzung jedenfalls erfüllt wird, ein Umkreis von 10 km angegeben, als Grenze, ab der diese Voraussetzung keinesfalls erfüllt ist, ist die Grenze zu anderen Mitgliedstaaten angeführt.

Daraus abgeleitet werden kann nach ha. Rechtsmeinung jedenfalls, dass

- je Hektar landwirtschaftlich genutzter Fläche 2 Einstellpferde gehalten werden dürfen, dass
- diese landwirtschaftlich genutzten Flächen zur Futtermittelerzeugung (Urproduktion) genutzt werden müssen und dass

- diese Flächen in einem Bereich liegen, aus dem die Anlieferung der Futtermittel plausibel ist (vorgeschlagen wird etwa ein Umkreis von 50 km, die Entscheidung muss jedoch im Einzelfall getroffen werden).

Jedenfalls ist es unzulässig, den konkreten Einzelfall im Rahmen eines Verfahrens gemäß § 348 Abs. 1 GewO 1994 zu klären.

Um Erfahrungsaustausch hinsichtlich der Vollzugspraxis der Behörden wird ersucht.

## Zu TOP 6

§ 2 Abs. 1 Z 4 GewO 1994 idF BGBl. I Nr. 94/2017 nimmt das Einstellen von Einstellpferden unter den in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen ausdrücklich als land- und forstwirtschaftlichen Urproduktion vom Anwendungsbereich der GewO 1994 aus.

Zu den Voraussetzungen führt der Ausschussbericht 1752 d.B. XXV GP ausdrücklich aus:

Um einen engen Konnex zur Landwirtschaft herzustellen, ist es erforderlich, dass durch Selbstbewirtschaftung von landwirtschaftlich genutzten Flächen im Sinne einer Kreislaufwirtschaft überwiegend landwirtschaftliche Erzeugnisse (zB Futtermittel, Einstreu) aus dem eigenen landwirtschaftlichen Betrieb verwendet werden. Keine landwirtschaftlich genutzten Flächen im Sinne dieser Bestimmung sind sämtliche Flächen auf denen kein Futterertrag gewonnen werden kann – Hausgärten, Obstanlagen, Weingärten, Reb- und Baumschulen, Forstbaumschulen (auf landwirtschaftlichen Flächen), Energieholzflächen, Christbaumflächen.

Damit sollte eindeutig geklärt sein, welche Flächen für die Berechnung in Betracht kommen können und welche nicht. Insoweit in der Anfrage aber ausgeführt wird, „dass diese landwirtschaftlich genutzten Flächen zur Futtermittelerzeugung (Urproduktion) genutzt werden müssen“, so wird darauf hingewiesen, dass die Behörde die grundsätzliche Eignung einer in Betracht kommenden Fläche zu beurteilen hat, nicht aber landwirtschaftliche Produktionspläne mit einem detailreichen Verwendungsnachweis für den tatsächlichen Ertrag jeder einzelnen Fläche zu verlangen hat. Konkrete Ertrags- und Erntennutzungsnachweise für jede einzelne Fläche werden vom Gesetz nicht als Voraussetzung gefordert.

Zum Kriterium, dass sich diese Flächen in der Region befinden müssen, erläutert der Ausschussbericht Folgendes:

Zudem müssen diese landwirtschaftlich genutzten Flächen im Sinne einer Kreislaufwirtschaft in der näheren Umgebung des Einstellbetriebes liegen. In der Region befindlich sind die landwirtschaftlich genutzten Flächen jedenfalls dann, wenn sie in einem Umkreis von 10 km zur Betriebsstätte liegen. Pachtflächen in anderen Mitgliedstaaten sind jedenfalls nicht zu berücksichtigen.

Flächen innerhalb eines Radius von 10 Kilometer sind daher jedenfalls akzeptiert, sofern sie nicht im Ausland liegen. Flächen, deren Entfernung 10 Kilometer zu Betriebsstätte übersteigt, können aber ebenfalls in Betracht gezogen werden, allerdings sollten hierbei weniger mit dem Zirkel gezogene Radiusgrenzen auf der Landkarte oder Plausibilitäten eines sich ständig technisch weiter entwickelnden Lieferverkehrs eine Rolle spielen, sondern vielmehr der geographische und kulturelle Zusammenhang eines bestimmten Gebiets, der sich soweit verdichtet hat, dass dieses Gebiet im örtlichen Bewusstsein als Region verstanden wird.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 348 Abs. 1 GewO 1994 ist festzuhalten, dass dem Einzelnen ein Rechtsanspruch auf Feststellung nach § 348 Abs. 1 GewO 1994 nicht zusteht und das Verfahren gemäß § 348 Abs. 1 GewO 1994 auch nicht auf Antrag durchzuführen ist (siehe *Gruber/Pallege-Barfuß*, GewO<sup>7</sup>, RZ 3 zu § 348 mwN). Es trifft auch zu, dass im Verfahren gemäß § 348 GewO 1994 Zweifel hinsichtlich einer in einem Gewerbertlaut beschriebenen Tätigkeit zu klären sind und § 348 GewO 1994 kein Verfahren zur Beurteilung eines konkreten Betriebsverhaltens von Unternehmen ist.

## **7. (Vorarlberg) Supervision; gewerbliche Zuordnung der Tätigkeit, Berechtigungsumfang**

In der Vergangenheit haben offensichtlich Mitglieder der Österreichischen Vereinigung für Supervision und Coaching (ÖVS) zT gewerbsmäßig Supervisionen angeboten, ohne im Besitz entsprechender Befugnisse (weder nach der Psychotherapie oder den psychologischen Berufen im Bereich des Gesundheitswesens noch nach der GewO 1994) zu sein. Nach entsprechenden Forderungen des Schutzverbandes gegen unlauteren Wettbewerb wurde von der Österreichischen Vereinigung für Supervision und Coaching eine Unterlassungserklärung veröffentlicht, in der festgehalten wird, dass die Tätigkeit der Supervision, sofern sie gewerbsmäßig betrieben wird und nicht in den Vorbehaltsbereich der gesundheitlichen Berufe eingegriffen wird, einer Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung bedarf.

Das Amt der Vorarlberger Landesregierung vertritt im konkreten Zusammenhang die Rechtsauffassung, dass Supervision im unternehmerischen Kontext auch im Rahmen des reglementierten Gewerbes der Unternehmensberatung einschließlich der Unternehmensorganisatoren ausgeübt werden kann.

Weiters wird von einigen beteiligten Kreisen im Zusammenhang mit dem oben angeführten Sachverhalt bei der spezifischen Ausübung der Supervision im Rahmen des Lebens- und Sozialberatergewerbes die Zulässigkeit der Einschränkung des Wortlautes in Frage gestellt. Diesbezüglich vertritt das Amt der Vorarlberger Landesregierung gemäß § 339 Abs. 2 GewO 1994, wonach die Anmeldung die genaue Bezeichnung des Gewerbes zu beinhalten hat und der Begriffsinhalt eindeutig abgrenzbar sein muss, jedenfalls die Rechtsauffassung, dass eine Einschränkung auf den Tätigkeitsbereich der Supervision als zulässig zu betrachten ist.

Um Mitteilung der dortigen Rechtsmeinung zu den beiden vorgenannten Punkten wird ersucht.

## Zu TOP 7:

Supervision ist eine Form von Beratung, die darauf abzielt, das berufliche Handeln von Menschen in Organisationen bzw. Unternehmen zu prüfen und zu verbessern. Dabei kann es um die Bearbeitung von Fällen aus der beruflichen Praxis, um Rollen- und Funktionsklärungen von Einzelnen, von Teams und von Führungskräften sowie um Konflikte innerhalb von Organisationen, Unternehmen bzw. Organisationseinheiten gehen.

Gemäß § 1 Abs. 1 GewO 1994 gilt die Gewerbeordnung, soweit nicht die §§ 2 bis 4 GewO 1994 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.

Hinsichtlich der Supervision wird in der Gewerbeordnung keine explizite Ausnahme statuiert. Für die genannte Tätigkeit ist daher eine entsprechende Gewerbeberechtigung erforderlich, sofern Supervision nicht im Rahmen eines von der Gewerbeordnung ausgenommen Berufes ausgeübt wird. Dies trifft auf die Ausübung der Psychotherapie und des psychologischen Berufes im Bereich des Gesundheitswesens zu (vgl. § 2 Abs. 1 Z 11 GewO 1994).

Supervisionstätigkeiten dürfen sowohl im Rahmen des Gewerbes der Unternehmensberatung als auch im Rahmen des Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung ausgeübt werden. Abgrenzungskriterien ergeben sich aus der jeweiligen Grundausrichtung der Beratung.

Die Grundausrichtung der Unternehmensberatung liegt in der ganzheitlichen Betrachtung eines Unternehmens. Die Tätigkeit ist fokussiert auf Beratung und Hilfestellung bei der Führung und Entwicklung eines Unternehmens im wirtschaftlichen, kommunikativen, technischen und administrativen Bereich.

Geht es hingegen um die Entwicklung der Persönlichkeit, die Unterstützung von Menschen bei Berufsproblemen, den Umgang mit Belastungen und deren psychosozialen Auswirkungen, ist die Supervision Teil der Lebens- und Sozialberatung.

Hat der Gewerbeanmelder die Absicht, die Supervision im Rahmen des Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung auszuüben, ist es als zulässig anzusehen, bei der Formulierung des Gewerbewortlautes eine Einschränkung auf den Tätigkeitsbereich der Supervision vorzunehmen.

## 8. (Wien) Überlassung von Arbeitskräften gemäß § 135 Abs. 2

### GewO 1994

Im Rahmen der Gewerbereferententagung 2007 wurde die Frage diskutiert, welche Konsequenzen die in § 135 Abs. 2 GewO 1994 normierten Ausnahmen vom reglementierten Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften nach sich ziehen.

Es wurde festgehalten, dass diese Bestimmung davon ausgehe, dass die Überlasserin bzw. der Überlasser ein bestimmtes Gewerbe ausübe und im Rahmen dieser Gewerbeausübung Arbeitskräfte an Dritte zur Verfügung stelle. Die Überlassung von Arbeitskräften im Rahmen der Ausübung eines Gewerbes im Sinne des § 135 Abs. 2 GewO 1994 sei dieser Gewerbeausübung inhärent und die zusätzliche Anmeldung eines freien Gewerbes für eine solche Arbeitskräfteüberlassung sei daher nicht erforderlich.

Nunmehr hat sich die weitergehende Frage gestellt, wie diese Bestimmung auszulegen ist, wenn die Überlasserin bzw. der Überlasser über keine Gewerbeberechtigung verfügt. Solche Konstellationen treten in der Praxis etwa dann auf, wenn die überlassenden Unternehmen z.B. im Gesundheitswesen oder im Bankwesen tätig sind.

In der Praxis wird zum Teil die Rechtsansicht vertreten, dass die in § 135 Abs. 2 GewO 1994 angeführten Tätigkeiten solche darstellen, die vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen sind, als auch jene Ansicht, dass für die gewerbsmäßige Ausübung dieser Tätigkeiten ein freies Gewerbe anzumelden ist. Nach Ansicht des Amtes der Wiener Landesregierung scheinen insbesondere vor dem Hintergrund der Historie des Gewerbes beide Rechtsansichten vertretbar.

Durch die Gewerbeordnungsnovelle 1988, BGBl. Nr. 196/1988, wurde die grundsätzliche Konzessionspflicht für die gewerbsmäßige Überlassung von Arbeitskräften – die bisher ein freies Gewerbe war – in § 323a Abs. 1 GewO 1973 festgelegt (vgl. RV 450 BlgNR 17. GP, 24; *Kinscher*, GewO<sup>5</sup>, § 323a), wobei in Abs. 2 leg. cit. Ausnahmen von der Konzessionspflicht festgelegt wurden. Die Ausnahmen von der Konzessionspflicht wurden dabei auf das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) abgestellt; hinzu kamen weitere Ausnahmen, die sich aus der wirtschaftlichen Praxis ergaben und die auch arbeitsmarktpolitisch als minder relevant erachtet wurden (vgl. RV 450 BlgNR 17. GP, 25). Die Erläuternden Bemerkungen zum AÜG führen hierzu wiederum aus, dass es sich um solche Ausnahmen handelt, die aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sind (vgl. RV 450 BlgNR 17. GP, 15). Die nicht konzessionspflichtige Überlassung soll weitgehend ohne spezielle Beschränkungen vor sich gehen können, weil sie in der Regel vom Standpunkt der Arbeitskräfte aus unbedenklich ist (vgl. RV 450 BlgNR 17. GP, 16).

Der Vollständigkeit halber wird festgehalten, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens von § 323a GewO 1973 konzessionierte Gewerbe als solche definiert wurden, die erst nach einer Bewilligung (Konzession) ausgeübt werden durften (vgl. § 5 Z 2 GewO 1973). Für bestimmte konzessionierte Gewerbe – wie auch das konzessionierte Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung – war überdies ein Befähigungsnachweis erforderlich (vgl. §§ 16, 323b GewO 1973).

Wurde in § 323b Abs. 2 GewO 1973 nun eine Ausnahme von der Konzessionspflicht – und nicht vom Nachweis der Befähigung – vorgesehen, könnte diese Regelung unter Berücksichtigung der Erläuterungen einerseits dahingehend ausgelegt werden, dass für die hier angeführten Tätigkeiten gar keine



Gewerbeberechtigung erforderlich sein oder aber, dass es sich um ein der Gewerbeordnung unterliegendes bloßes Anmeldegewerbe handeln sollte. Soweit ersichtlich hat man sich in der Literatur mit dieser Frage nicht beschäftigt.

Durch die Gewerbeordnungsnovelle 1992, BGBl. Nr. 29/1993, wurde das Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften in die Kategorie der bewilligungspflichtigen gebundenen Gewerbe aufgenommen (vgl. §§ 128, 251 GewO 1973). § 251 GewO 1973 übernahm dabei inhaltlich den bisherigen § 323a GewO 1973 und in weiterer Folge § 257 GewO 1994 idF BGBl. Nr. 194/1994 den § 251 GewO 1973. Einschlägige Kommentare zur Gewerbeordnung verweisen zu der hier gegenständlichen Ausnahmebestimmung im Wesentlichen auf die Erläuterungen zur Gewerbeordnungsnovelle 1988.

Durch die Gewerbeordnungsnovelle 2002, BGBl. 111/2002, wurde das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung schließlich in die Liste der reglementierten Gewerbe aufgenommen. In § 135 Abs. 2 GewO 1994 werden die dort angeführten Ausnahmen folglich mit der Wendung „kein reglementiertes Gewerbe ist“ eingeleitet. Während hinsichtlich § 126 Abs. 2 GewO 1994, der mittels gleichlautender Formulierung Ausnahmen vom reglementierten Gewerbe der Reisebüros statuiert, Einigkeit darüber besteht, dass die dort angeführten Tätigkeiten als freies Gewerbe betrieben werden dürfen – und somit sehr wohl eine Gewerbeberechtigung erforderlich ist [vgl. etwa *Paliege-Barfuß*, GewO<sup>16</sup> (2017), 318; *Ennöckl* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely* (Hrsg), GewO, § 126 Rz 3] – findet sich eine entsprechende Aussage zu § 135 Abs. 2 GewO 1994 in dieser Deutlichkeit lediglich in *Wessely* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely* (Hrsg), GewO, § 135 Rz 5. Nach Ansicht des Amtes der Wiener Landesregierung ist die Auslegung dieser Bestimmung daher nicht zweifelsfrei klar.

Im Sinne einer bundesweit einheitlichen Vorgehensweise wird um Diskussion und Erfahrungsaustausch zu dieser Frage ersucht.

#### Zu TOP 8:

Es wird die Rechtsansicht vertreten, dass die in § 135 Abs. 2 GewO 1994 angeführten Tätigkeiten vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung 1994 ausgenommen sind, soweit sie von einem Unternehmen/Unternehmer ausgeübt werden, welcher befugt außerhalb des Anwendungsbereichs der Gewerbeordnung tätig ist. Dieser Ansicht liegt eine Fortführung des Grundgedankens des Ergebnisses der 2007 diskutierten Frage zu Grunde. Die Überlassung von Arbeitskräften in diesem Ausmaß ist demnach der Gewerbeausübung inhärent. Dementsprechend ist sie auch einem rechtmäßig ausgeübten Gesundheitsberuf bzw. einer Tätigkeit im Bankwesen inhärent - vergleichbar einem Nebenrecht. Die Tätigkeit bedarf daher keiner Gewerbeberechtigung bzw. ist von der Gewerbeordnung 1994 ausgenommen.

Zudem stellt der Wortlaut des § 135 Abs. 2 Z 3 lit. a) GewO 1994 „in Form einer Kanzlei- oder Praxisgemeinschaft“ auf eine typische Arbeitsweise in freien Berufen ab, in der üblicherweise Arbeitskräfte gemeinsam verwendet werden. Es erscheint nicht nachvollziehbar, dass hier für eine typische gemeinsame Verwendung von Arbeitskräften in freien Berufen ein Erfordernis einer Gewerbeberechtigung festgelegt werden soll.

## 9. (Oberösterreich) Personen mit maßgebendem Einfluss

Nach § 13 Abs. 5 und 7 GewO 1994 richtet sich der Gewerbeausschluss danach, ob einer natürlichen Person ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte eines bestimmten Rechtsträgers zusteht bzw. zugestanden ist.

Maßgebender Einfluss wird beispielsweise Alleingesellschaftern oder Mehrheitsgesellschaftern zugeschrieben. Der VwGH neigt allerdings zu weiteren Einschränkungen: „Auch in dem Fall, dass eine Person mehr als die Hälfte der Gesellschaftsanteile besitzt, darf nur dann davon ausgegangen werden, dass dieser Person maßgebender Einfluss im Sinn des § 13 Abs. 5 zukommt, wenn keine tatsächlichen Anhaltspunkte gegen diese Annahme sprechen. Wenn sich eine Gesellschaft zur Gänze im Eigentum eines Gesellschafters befindet, wären noch weitergehende – einflussbegründende – finanzielle, wirtschaftliche oder organisatorische Eingliederungsverhältnisse freilich beachtlich. Die Behörde hat bei der Beurteilung des maßgebenden Einflusses sowohl die Behauptungen des Einschreitens aber auch die vorgelegten schriftlichen Vereinbarungen zu würdigen“ (VwGH 30.4.2003, 200/03/0218).

Diese Argumentation des VwGH legt nahe, dass ein maßgebender Einfluss einer Person in Relation zum Einfluss einer oder mehrerer weiterer Personen zu sehen ist. Hat sich etwa ein Alleingesellschafter vertraglich verpflichtet, bei wichtigen Entscheidungen eine zweite Person einzubinden, scheint seine Rolle als „Maßgebler“ aufgehoben.

Für das Wort „maßgebend“ finden sich folgende Synonyme: „entscheidend, führend, richtunggebend, richtungsweisend, wegweisend; (bildungssprachlich) autoritativ, kompetitiv, normativ, prominent“. Die Wortbedeutung legt daher ebenfalls nahe, dass maßgebender Einfluss weitgehende Alleinentscheidungsbefugnis voraussetzt. Die würde aber dazu führen, dass bei vielen Konstruktionen keiner Person maßgebender Einfluss zukommen würde. Würden sich nämlich Gesellschafter mit gleichen Anteilen „neutralisieren“, müsste dies ebenso für Geschäftsführer gelten, die nur gemeinsam geschäftsführungsbefugt sind. Ein solches Ergebnis ist aber nicht zielführend, weil damit ein Zusammenwirken nicht zuverlässiger Personen nicht verhindert werden könnte. In der Praxis sind Entscheidungsbefugnisse oft auch sehr differenziert ausgestaltet. Zur (gemeinsamen) Geschäftsführungsbefugnis tritt häufig das Recht eines anderen Organs oder eines Dritten bzw. mehrerer Dritter, in (alle) Entscheidungen eingebunden zu werden und diese (oder auch einige davon) verhindern zu können. Dazu bestehen unter der obersten Führungsebene häufig noch weitere Ebenen, denen ebenfalls weitgehende Entscheidungsbefugnisse eingeräumt sind (z.B. Prokurist).

Bis zur Einführung von GISA musste die Gewerbebehörde nicht näher erheben bzw. bekannt geben, welchen an einer Gesellschaft beteiligten oder in der Geschäftsführung tätigen Personen sie maßgebenden Einfluss beimisst. Durch § 365b Abs. 2 GewO 1994 besteht nun die Pflicht, Daten von allen Personen mit maßgebendem Einfluss in das GISA einzutragen. Hinzu kommt, dass nach § 365b Abs. 2 Z 4 GewO 1994 auch Daten bezüglich sonstiger Rechtsträger mit maßgebendem Einfluss im GISA einzutragen sind. Während § 13 den maßgebenden Einfluss nur iZm natürlichen Personen kennt (Abs. 5 und 7 sprechen jeweils von einer natürlichen Person, wenn ihr bzw. der ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte eines Rechtsträgers zusteht), geht der Gesetzgeber nunmehr auch von einem maßgebenden Einfluss von sonstigen Rechtsträgern aus.

Es ist wird daher um Diskussion ersucht, nach welchen Kriterien die Gewerbebehörde den Kreis der Personen bzw. Rechtsträger mit maßgebenden Einflusses feststellen soll und ob unserer Auffassung, dass eine legistische Klarstellung zu erfolgen hätte, beigepflichtet wird.

#### Zu TOP 9:

Der „maßgebende Einfluss“ iSd § 13 Abs. 5 und 7 GewO 1994 auf den Betrieb der Geschäfte eines Rechtsträgers deckt die wirtschaftliche, unternehmerische, finanzielle und unternehmensrechtliche Verantwortung des Betreffenden ab. Entscheidend ist dabei nicht, ob der Betreffende seinen Einfluss tatsächlich ausübt, sondern nur, ob ihm ein wesentlicher Einfluss aufgrund seiner Position im Unternehmen zusteht (vgl. VwGH 25.06.2008, 2008/04/0079). Zweifelsfrei haben vertretungsbefugte Organe und Alleingesellschafter einen maßgebenden Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte (bei Alleingesellschaftern bleiben weitergehende einflussbegründende finanzielle, wirtschaftliche oder organisatorische Eingliederungsverhältnisse unbeachtlich, siehe VwGH 30.04.2003, 2000/03/0218). Auch bei Mehrheitsgesellschaftern ist anzunehmen, dass diese einen maßgebenden Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte haben, sofern keine tatsächlichen Anhaltspunkte gegen diese Annahme sprechen. In diesem Sinn ist bei der Beurteilung des maßgebenden Einflusses nicht nur auf die rechtlichen Gestaltungsformen (zB Gesellschaftsvertrag, Satzung, gesetzliche Bestimmungen), sondern gegebenenfalls auch auf tatsächliche Gesichtspunkte (zB interne Absprachen, tatsächliche Machtverteilung) Bedacht zu nehmen (vgl. VwGH 27.03.1981, 1019/80).

Die Einbindung einer zweiten Person in wichtige Entscheidungen hebt nicht den maßgebenden Einfluss der betreffenden Person auf; vielmehr ist zu prüfen, ob auch dieser zweiten Person unmittelbar eine bestimmende Stellung im Betrieb in Agenden der betrieblichen Führung und damit ein maßgebender Einfluss auf die Geschäfte zukommt oder ob sie etwa nur ein simples Zustimmungsrecht bei Entscheidungen hat. Im Hinblick auf die Vielschichtigkeit des Wirtschaftslebens ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber mit dieser Formulierung alle denkbaren Möglichkeiten einer Einflussnahme erfassen wollte; aus diesem Grund ist auch eine genaue und alle Möglichkeiten umfassende Definition des Begriffs „maßgebender Einfluss“ im Gesetz nicht möglich.

## **10. (Wien) Bestellung der ständigen Vertreterin bzw. des ständigen Vertreters zur gewerberechlichen Geschäftsführerin bzw. zum gewerberechlichen Geschäftsführer**

Obligatorisch zu bestellende GeschäftsführerInnen bei reglementierten Gewerben müssen gemäß § 39 Abs. 2 GewO 1994 dritter Satz entweder „1. dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehören oder 2. ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein“. Die Gewerbeordnung normiert für diesen Fall sohin zwei alternative Möglichkeiten des Personenkreises der zu bestellenden gewerberechlichen GeschäftsführerInnen.

In der Praxis wählen ausländische RechtsträgerInnen mit Zweigniederlassung in Österreich zum Teil ihre nach § 107 Abs. 2 GmbH-G oder § 254 Abs. 2 AktG bestellten ständigen VertreterInnen als gewerberechliche GeschäftsführerInnen unter Bezugnahme auf § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 (zur gesetzlichen Vertretung berufene Organe) aus.

Vor dem Hintergrund aktueller Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 9 VStG, der ebenso wie § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 auf die zur Vertretung nach außen Berufenen abstellt, stellt sich die Frage, ob ständige VertreterInnen tatsächlich als organschaftliche VertreterInnen im Sinne des § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 angesehen werden können. In seiner Entscheidung etwa vom 26.4.2017, Ra 2017/17/0201, hat der VwGH ausgesprochen, dass ständige VertreterInnen iSd § 107 Abs. 2 GmbH-Gesetz nicht zu den durch die Verfassung der juristischen Person zur Vertretung berufenen Organen zählen. Durch den Beststellungsakt der ausländischen Gesellschaft zu einer ständigen Vertreterin bzw. einem ständigen Vertreter werde diese bzw. dieser nämlich nicht zum Organ der Gesellschaft, sondern nur zu deren rechtsgeschäftlichen Vertreterin bzw. rechtsgeschäftlichem Vertreter.

Dieser Judikatur folgend ergibt sich aus Sicht des Amtes der Wiener Landesregierung, dass eine Person, welche nur vorweisen kann, dass sie ständige Vertreterin bzw. ständiger Vertreter ist, nicht per se die Voraussetzungen des § 39 Abs. 2 GewO 1994 erfüllt, sondern vielmehr nachgewiesen werden muss, dass die Person nach dem Recht des Staates, in dem die ausländische juristische Person ihren Sitz hat, dem zur Vertretung der Gesellschaft nach außen berufenen Organ angehört oder aber ein bzw. eine mit mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigte/-r, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtige/-r ArbeitnehmerIn ist.

Um Mitteilung der Rechtsansicht des Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort wird ersucht.

### Zu TOP 10:

Die Rechtsansicht des Amtes der Wiener Landesregierung wird geteilt. § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 bezieht sich auf die durch die Verfassung bzw. durch das Organisationsrecht der juristischen Person (Gesetz, Satzung, Gesellschaftsvertrag) zur Vertretung berufenen Organe. Darunter fallen beispielsweise der GmbH-Geschäftsführer, der Vorstand einer AG und die Gesellschafter einer OG. Demgegenüber wird der ständige Vertreter einer juristischen Person iSd § 107 Abs. 2 GmbH-G und § 254 Abs. 2 AktG durch den Bestellungsakt zum rechtsgeschäftlichen Vertreter, hat daher nur die rein rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht inne und wird nicht zum Organ der juristischen Person. Vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des VwGH muss daher in Hinkunft im Einzelfall nachgewiesen werden, ob die Person nach dem Recht des Staates, in dem die ausländische juristische Person ihren Sitz hat, auch organschaftlich zur Vertretung berufen ist bzw. ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer ist.

## 11. (Kärnten) Prokurist - Betriebsleiter

Gemäß § 49 UGB ermächtigt eine Prokura zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die den Betrieb eines Unternehmens mit sich bringt. Für diese Tätigkeiten bedarf es auch keiner besonderen Vollmacht nach § 1008 ABGB.

Gemäß § 18 Abs. 3 GewO 1994 ist unter einer Tätigkeit als Betriebsleiter eine Tätigkeit zu verstehen die in einer der folgenden Funktionen ausgeübt wurde:

1. Als Leiter des Unternehmens oder einer Zweigniederlassung oder
2. als Stellvertreter des Unternehmers oder des Leiters des Unternehmens, wenn mit dieser Stellung eine Verantwortung verbunden ist, die der des vertretenden Unternehmers oder Leiters entspricht oder
3. in leitender Stellung je nach der Eigenart des betreffenden Gewerbes mit kaufmännischen oder mit kaufmännischen und technischen Aufgaben und mit der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens.

In diesem Zusammenhang ergibt sich die Frage, ob ein Prokurist mit Gesamtprokura jedenfalls als Betriebsleiter anzusehen wäre.

Nach ha Ansicht kommt es auf die faktische Verwendung des Prokuristen im Einzelfall an, da dieser in seiner Eigenschaft der vor allem kaufmännischen Verantwortung in handwerklichen Betrieben in eventu keine technische Verantwortung trifft und ihm daher die fachliche Kompetenz abzuspreehen wäre.



### Zu Top 11:

Die Rechtsansicht des Amtes der Kärntner Landesregierung wird geteilt. Ein Prokurist mit Gesamtprokura ist nicht jedenfalls als Betriebsleiter iSd § 18 Abs. 3 GewO 1994 zu sehen. Vielmehr hat die Gewerbebehörde im Einzelfall zu prüfen, welche Aufgaben dem Antragsteller im Unternehmen zukommen und ob dieser auf der Führungsebene den Betrieb faktisch (mit)bestimmt, keinem regelmäßigen Aufsichts- und Weisungsrecht unterliegt und die Verantwortung für Agenden der betrieblichen Führung und für technische Aufgaben übernimmt. In Bezug auf die zumindest „leitende Stellung mit Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens“ muss daher hinterfragt werden, ob der Antragsteller Aufgaben übernimmt, für die die in dieser Tätigkeit je nach Eigenart des betreffenden Gewerbes notwendigen facheinschlägigen Kenntnisse, somit kaufmännische bzw. kaufmännische und technische Kenntnisse, erforderlich sind.

## **12. (Tirol) Ist das Erbringen von Dienstleistungen – insbesondere des Messerschleifens – im Umherziehen im Sinne der Gewerbeordnung 1994 zulässig?**

In letzter Zeit ist immer häufiger die Frage aufgetaucht, ob die Erbringung von Dienstleistungen im Umherziehen zulässig ist. Insbesondere betroffen davon war das Gewerbe des Schleifens von Schneidwaren (Messerschleifer). Dabei betrafen die angefragten Fälle sowohl Inhaber einer inländischen Gewerbeberechtigung als auch Inhaber von deutschen Reisegewerbekarten für das Schleifen von Messern.

Dabei handelt es sich hauptsächlich immer um folgende zwei Hauptanwendungsfälle:

- a) Die betreffenden Unternehmen fahren mit ihren Fahrzeugen (oder auch zu Fuß) von Haus zu Haus und bieten die Dienstleistung des Schleifens von Messern oder anderen Schneidwaren (Heckenschere, etc.) Privatpersonen an. Wenn eine Kundschaft die Dienstleistung in Anspruch nehmen will wird diese sofort erbracht und mit den selbstmitgebrachten Schleifgeräten vor Ort geschliffen.
- b) Die betreffenden Unternehmen fahren mit ihren Fahrzeugen auf öffentlichen Parkplätzen oder Parkplätzen von Einkaufszentren oder Handelsbetrieben (nach Genehmigung durch die Gemeinde oder den Betreiber) auf und bieten die Dienstleistung des Messerschleifens dort für die Dauer einiger Stunden an, auch in diesem Fall wird die Dienstleistung sofort vor Ort für Privatpersonen erbracht.

Vom Amt der Tiroler Landesregierung wird dazu folgende Rechtsmeinung vertreten:

Gemäß § 50 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 dürfen Gewerbetreibende im Rahmen ihres Gewerbes „bestellte Arbeiten überall verrichten“. Weiters dürfen Gewerbetreibende gemäß Z 4 „Tätigkeiten des Gewerbes, die ihrer Natur nach nur außerhalb von Betriebsstätten vorgenommen werden können, überall verrichten“.

Gemäß § 54 Abs. 1 GewO 1994 dürfen Gewerbetreibende Personen überall aufsuchen, um Bestellungen auf Dienstleistungen, die Gegenstand ihres Gewerbes sind zu sammeln, sofern nicht in sonstigen Rechtsvorschriften anderes bestimmt ist.

Für das Schleifen von Messern ist in den Ausübungsvorschriften keine Verbotsnorm zu finden. Daher dürften jedenfalls das Sammeln und die Entgegennahme von Bestellungen auf diese Dienstleistung bei Personen (auch bei Privatpersonen!) zulässig sein.

Fraglich ist hier jedoch, ob die Dienstleistung in weiterer Folge auch sofort erbracht werden darf und damit im Umherziehen ausgeübt werden darf.

In den einschlägigen Kommentaren zur Gewerbeordnung (Hanusch; Grabler, Stolzelechner, Wendl; Gruber/Paliego-Barfuß) wurde zum § 54 Abs. 1 GewO 1994 überall die Kommentierung gefunden „die Gewerbetreibenden sind berechtigt, Bestellungen auf Dienstleistungen, die Gegenstand ihres Gewerbes sind, überall einzuholen und sogleich durchzuführen“. Dabei wurde auf die Regelung im § 50 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 verwiesen.

Im Kommentar Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO Aufl. 3 (2011), findet sich auf Seite 637 eine gegenteilige Rechtsansicht: „Feilbieten im Umherziehen gem. § 53 bezieht sich nur auf das *Anbieten von Waren* (arg zB Warenkorb gem. Abs. 1 Z 1; Abs. 2 „... *das Feilbieten gemäß Abs. 1 für bestimmte Waren, ...*“), nicht auch auf das Anbieten von *Dienstleistungen* (zB Friseurdienstleistungen). Das Feilbieten von Dienstleistungen im Umherziehen ist daher grundsätzlich verboten (so auch *Wallner*, in Rill [Hrsg], Gewerberecht 369)“.

Es stellt sich nunmehr die Frage ob diese Regelung so auszulegen ist bzw. ob sich nicht in weiterer Folge die Z 3 und 4 des § 50 Abs. 1 GewO 1994 widersprechen. Das Messerschleifen könnte natürlich auch in der Betriebsstätte des Gewerbetreibenden vorgenommen werden und damit ist die Z 4 eher nicht anzuwenden. Ein direkter Widerspruch ist darin aber nicht zu sehen, da die einzelnen Z 1 bis 11 im § 50 Abs. 1 GewO 1994 wohl nebeneinander zur Anwendung kommen. Es könnte jedoch auch die Rechtsansicht vertreten werden, dass die Ausführung einer Dienstleistung (auch bei einer Privatperson) erlaubt ist, wenn der Grund des Aufsuchens von Personen allein darin liegt, eine vorher bereits bestellte Tätigkeit auszuführen, nicht jedoch dann, wenn das Aufsuchen der Personen den ausschließlichen Zweck verfolgt, zunächst einen Auftrag proaktiv zu akquirieren und diesen sodann sofort umzusetzen, da dann der Zweck des Aufsuchens nicht in der Entgegennahme der Bestellung, sondern ausschließlich in der Erbringung der Leistung liegt

Für den Anwendungsfall zu lit b) stellt sich zusätzlich die Frage, ob beim Anbieten der Tätigkeit auf Parkplätzen überhaupt noch von einer „bestellten Arbeit“ im Sinne des § 50 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 gesprochen werden kann?

Um Mitteilung der dortigen Rechtsmeinung zu den Hauptanwendungsfällen lit. a) und b) wird gebeten.

## Zu TOP 12:

Gewerbetreibende, die von Haus zu Haus fahren bzw. gehen und die Dienstleistung des Schleifens von Messern oder anderen Schneidwaren anbieten, sammeln Bestellungen auf Dienstleistungen im Sinne des § 54 Abs. 1 GewO 1994. Darunter wird nach ständiger Rechtsprechung des VwGH das „Aufsuchen von Privatpersonen zum Zwecke des Sammelns von Bestellungen und die anlässlich des Sammelns von Bestellungen vorgenommene Entgegennahme“ dieser verstanden. Diese Gewerbetreibenden sind gemäß § 50 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 berechtigt, die auf diese Art bestellten Dienstleistungen sogleich nach ihrer Bestellung durchzuführen.

Der Fall des Anbietens dieser Dienstleistungen auf öffentlichen Parkplätzen ist hingegen nicht von § 54 GewO 1994 gedeckt, da Gewerbetreibende in einem solchen Fall nicht ihre präsumtiven Kunden in deren privatem Umfeld aufsuchen bzw. bei ihnen vorsprechen, um sie zur Inanspruchnahme der Dienstleistung zu veranlassen, sondern auf Parkplätzen ihrerseits warten, dass Kunden an sie herantreten und ihre Dienstleistung in Anspruch nehmen. Das Erbringen der Dienstleistung (Messerschleifen) ist nicht von § 50 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 gedeckt, da keine zulässige Entgegennahme einer Bestellung auf die Dienstleistung vorangegangen ist.

Sobald jedoch der Gewerbetreibende oder seine Arbeitnehmer auf einem bestimmten Parkplatz regelmäßig anzutreffen sind, kann davon ausgegangen werden, dass das immer wieder erfolgende Auftreten zum Zwecke der Entgegennahme der Bestellungen auf Messerschleifen als Ausübung des Gewerbes in einer weiteren Betriebsstätte angesehen werden kann (vgl. VwGH 30.09.1983, 83/04/0164).

### **13. (Vorarlberg) Standes- und Ausübungsregeln; Einhaltung; Information und Prüfung**

Gemäß § 69 Abs. 2 Gewerbeordnung 1994 hat der Bundesminister für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Arbeit, Gesundheit, Soziales und Konsumentenschutz durch Verordnung Maßnahmen (Ausübungsregeln) in verschiedenen Bereichen, wie Betriebseinrichtung, Betriebsausstattung, Dienstleistungserbringung, etc., soweit dies zum Schutz der Interessen der von der Gewerbeausübung betroffenen Personen, insbesondere zum Schutz vor Vermögensschäden oder vor Belästigung wie etwa durch Eindringen in die Privatsphäre, erforderlich ist, festzulegen.

In diesem Zusammenhang wurden bei zahlreichen Gewerben, wie zB für Fußpflege, Kosmetik und Massage, Organisation bzw. Durchführung von Personenbetreuung, Immobilienmakler, etc., Verordnungen zur Einhaltung von Standes- und Ausübungsregeln erlassen.

Im Rahmen der vorübergehenden Dienstleistungserbringung ist ausdrücklich geregelt, dass Ausübungsvorschriften einzuhalten sind (§ 373a Abs. 2 GewO 1994). Wir vertreten auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen weiters die Auffassung, dass diese Standes- und Ausübungsregeln auch dann einzuhalten sind, wenn die Tätigkeiten im Rahmen und Umfang der Nebenrechte gemäß § 32 oder allenfalls im Rahmen der sonstigen Rechte, wie zB der sonstigen Rechte der Gastgewerbetreibenden gemäß § 111 Abs. 4 Z 3a GewO 1994 ausgeübt werden und somit keine eigene Gewerbeberechtigung für die jeweilige Tätigkeit vorhanden ist.

Um Mitteilung der Rechtsmeinung des Bundesministeriums zu dieser Thematik wird ersucht.

Weiters wird um Diskussions- und Erfahrungsaustausch ersucht, ob und in welcher Form Gewerbetreibende entsprechende Informationen über die jeweiligen Standes- und Ausübungsregeln erhalten; auch wird um einen Austausch der Erfahrungen hinsichtlich allfälliger Überprüfungen ersucht.

### Zu TOP 13:

Standes- und Ausübungsregeln sind bei der Ausübung einer bestimmten dem Anwendungsbereich der GewO 1994 unterliegenden Tätigkeit einzuhalten. Dabei spielt es keine Rolle, ob für die ausgeübte Tätigkeit eine Gewerbeberechtigung begründet wurde oder nicht (siehe dazu insb. § 2 Abs. 13 erster Satz GewO 1994); insofern ist es auch nicht relevant, ob für eine bestimmte Tätigkeit, für deren Ausübung Standes- und Ausübungsregeln erlassen worden sind, eine eigenständige Gewerbeberechtigung begründet werden muss oder ob dies Tätigkeit als Nebenrecht gemäß § 32 GewO 1994 ausgeübt werden kann.

Da in letzter Zeit vermehrt Fragen betreffend Verwaltungsvorschriften im Zusammenhang mit Haftpflichtversicherungen für gewerbliche Tätigkeiten, die im Nebenrecht ausgeübt werden können, aufgetreten sind, wird im Hinblick auf das strukturelle System von Berufsanztritt und Standes- und Ausübungsregeln Folgendes erläutert:

Das gewerbliche Berufsrecht unterscheidet grundsätzlich zwischen Verwaltungsvorschriften, die beim Antritt eines gewerblichen Berufes zu erfüllen sind (Berufszugangsregelungen) und Verwaltungsvorschriften, die bei der Ausübung der Tätigkeit einzuhalten sind (Standes- und Ausübungsregelungen).

Wesentliche Merkmale von Berufszugangsregelungen sind:

- Sie sind beim Antritt einzuhalten (bzw. anlässlich des Antritts von der Behörde zu prüfen); eine regelmäßige Überprüfung bei laufendem Betrieb findet aber nicht statt.
- Wenn sich bei einmal erlangter Gewerbeberechtigung herausstellt, dass eine Antrittsvoraussetzung nachträglich weggefallen ist (ausgenommen zutreffend erbrachte Befähigungsnachweise, diese können nach aktuellem System nicht nachträglich wegfallen) oder deren Vorliegen beim Antritt unzutreffend als gegeben angenommen worden ist (hier insb. Befähigungsnachweise), so bedrohen solche Mängel den Bestand der Gewerbeberechtigung - entweder durch die Endigungs- oder Entziehungstatbestände gemäß §§ 85 ff. GewO 1994 oder durch Verfahren gemäß § 363 GewO 1994.
- In der Regel sind Mängel bei der Erfüllung einer Antrittsvoraussetzung durch Nachsichten heilbar (siehe § 26 GewO 1994 oder die entsprechenden Äquivalente in § 87 GewO 1994, gemäß denen eine zur Nachsicht strukturell ähnliche Prognoseentscheidung vorzunehmen ist, ehe das Gewerbe entzogen werden darf).
- Das Nichterfüllen von Berufszugangsbestimmungen führt für sich genommen nicht zu Straffolgen.

Dem gegenüber sind wesentliche Merkmale von Standes- und Ausübungsregelungen:

- Sie müssen im Zuge des Antritts (noch) nicht eingehalten werden (bzw. werden von der Behörde beim Antritt nicht geprüft); es findet aber eine regelmäßige Überprüfung zumindest gemäß § 338 GewO 1994 bei laufendem Betrieb statt, sofern nicht die Standes- und Ausübungsregeln sogar darüber hinausgehende entsprechende Meldepflichten des Gewerbeinhabers vorsehen.
- Der Verstoß gegen eine Standes- und Ausübungsregel führt in der Regel nicht zur Bedrohung des Bestandes der Gewerbeberechtigung, ausgenommen in besonders schweren Fällen im Sinne des § 87 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 bei Verlust der Zuverlässigkeit.

- Für die Verpflichtung zur Einhaltung von Standes- und Ausübungsregeln besteht keine Möglichkeit einer Nachsicht.
- Das Verletzen von Standes- und Ausübungsregeln führt schon für sich genommen zu Straffolgen.

Es bestehen nun aber vereinzelt gewerberechtliche Verwaltungsvorschriften, die sich nicht eindeutig in dieses System einordnen lassen. Insbesondere handelt es sich dabei um die Pflicht zum Vorhalten einer bestimmten Versicherungsabdeckung für gewisse Gewerbe. Diese Vorschriften verbinden Strukturmerkmale aus beiden Bereichen miteinander und erfüllen gleichzeitig sowohl den Charakter von Antrittsvoraussetzungen als auch Standes- und Ausübungsregeln. Es handelt sich damit um eine dritte Kategorie von berufsrechtlichen Gewerbevorschriften, denen der duale Charakter einer Berufszugangs- und gleichzeitig Standes- und Ausübungsregelung innewohnt.

Für gewerbliche Tätigkeiten, die ohne eigenständige Gewerbeberechtigung zulässig ausgeübt werden können, insbesondere im Zuge von Nebenrechten, ist die Frage, ob solche Vorschriften dualen Charakters bei der Ausübung eingehalten werden müssen, wie folgt zu lösen:

1. Sofern eine besondere Regelung besteht, dass diese Vorschriften schon beim Antritt nachzuweisen und einzuhalten sind, so müssen sie auch bei der Ausübung eingehalten werden. Dies wird bei jeder Tätigkeit, die im Hauptrecht mit eigenständiger Gewerbeberechtigung angetreten werden soll, der Fall sein. Aber es kann auch Fälle geben, in denen keine eigenständige Gewerbeberechtigung zu begründen ist und dennoch für den Antritt der Nachweis einer Regelung dualen Charakters gefordert wird; ein Beispiel für einen solchen Fall bietet beispielsweise § 32 Abs. 6 GewO 1994 für die Versicherungsvermittlung im Nebenrecht.
2. Sofern aber keine Regelung besteht, dass diese Vorschriften dualen Charakters schon als Voraussetzung für den Antritt einzuhalten sind, wie dies bei den meisten Fällen der Nebenrechte gemäß § 32 GewO 1994 der Fall ist, so müssen sie auch bei der Ausübung nicht eingehalten werden. In diesen Fällen geht der Gesetzgeber davon aus, dass die anderen Antrittsvoraussetzungen, die gerade bei den Nebenrechten einigermaßen restriktiv sind, ausreichen, um auch ohne das Einhalten einer Vorschrift dualen Charakters zu gewährleisten, dass der Schutzzweck der gewerberechtlichen Vorschriften erfüllt bleibt.

## II. Reglementierte und freie Gewerbe

### 14. (Salzburg) Verfahren gemäß § 19 GewO 1994 – informative Befragungen, Arbeitsproben

Für die Heranziehung von Fachgesprächen bzw. informativen Befragungen durch die zuständige Fachgruppe in der WK als Entscheidungsgrundlage in Verfahren gemäß § 19 GewO 1994 gelten nach wie vor folgende Festlegungen:

- - Erlass des BMWA vom 18.11.2004, Zahl BMWA-30.599/5195-I/7/2004
- - Punkt 31 des Protokolls über die Gewerbereferententagung 2009

Neben zahlreichen Judikaturhinweisen enthält der erwähnte Punkt im Tagungsprotokoll die Schlussfolgerung, dass eine informative Befragung des Antragstellers durch die WK in einem Verfahren gemäß § 19 GewO 1994 keine Grundlage für die von der Behörde zu treffende Entscheidung bilden kann.

Ungeachtet dessen werden immer häufiger länderübergreifend Fälle bekannt, in welchen Behörden den Antragstellern eine positive Entscheidung nur unter der Voraussetzung in Aussicht stellen, wenn sie sich einer Befragung bei der WK unterziehen, und zwar auch dann, wenn die Antragsteller Ausbildungs- und Praxisnachweise zur eigenständigen Beurteilung durch die Gewerbebehörde vorweisen können. Besonders häufig ist die Praxis der obligatorischen Befragung/Arbeitsprobe offenbar in der Branche Kosmetik/Massage, mit den verschiedenen Teilbereichen, sowie in den Bau- und Baunebengewerben. Einzelne Landeskammern veröffentlichen bereits auf ihren Internetseiten Fragenkataloge, Anmeldeformalitäten und Kosten für Befragungen samt Arbeitsprobe (s. Beilagen).

Sowohl das WIFI als auch private Bildungseinrichtungen bieten für „freiwillige“ Arbeitsproben bzw. Befragungen Vorbereitungskurse mit erheblichen Kosten an, zB:

<https://www.wifiwien.at/>

<http://www.perfectskinwien.at/ausbildungszentrum>

Für die Befragungen selbst werden Kosten von zumeist € 350,- verrechnet.

Es hat sich somit in bestimmten Bereichen bereits genau jenes parallele Prüfungs-system entwickelt, das laut dem Erlass des BMWA vom 18.11.2004 unerwünscht ist. Es ist zwar in einem gewissen Ausmaß verständlich, wenn sich die häufig überforderten Sachbearbeiter in den Bezirksverwaltungsbehörden durch das Ergebnis einer Befragung/Arbeitsprobe die manchmal nicht einfache eigene Beurteilung vorgelegter Unterlagen ersparen möchten, es darf dabei aber nicht übersehen werden, dass damit ein beträchtliches Maß an Entscheidungskompetenz von den Behörden ausgelagert wird.

Nach ha Ansicht liegt hier eine Fehlentwicklung im Gewerberechtsvollzug vor.



Die Gewerbereferententagung erscheint als geeignetes Forum, darüber sachlich und ohne Schuldzuweisungen zu diskutieren, auch wenn diese Art von Tagesordnungspunkt von den sonst üblichen Problemstellungen abweicht.

Es wird daher um Erfahrungsaustausch und Diskussion, insbesondere über die möglichen Ursachen sowie die weitere Vorgangsweise ersucht.

Beilagen

## Zu TOP 14:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind insbesondere zwei Grundsätze hervorzuheben, denen die Behörde bei der Handhabung des § 19 GewO 1994 zu folgen hat:

1. Beim individuellen Befähigungsnachweis im Sinne des § 19 GewO 1994 wird der gemäß § 18 Abs. 1 GewO 1994 vorgeschriebene Befähigungsnachweis durch sonstige Nachweise ersetzt, die jene Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen belegen, die für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes erforderlich sind. Die Beurteilung, ob durch diese (sonstigen) Nachweise die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen belegt werden, hat daher am Maßstab der den Befähigungsnachweis im Sinne des § 18 Abs. 1 GewO 1994 festlegenden Vorschriften (Zugangsvoraussetzungen) zu erfolgen (vgl. zB VwGH 18.03.2015, Ra 2015/04/0005).
2. Im Hinblick auf die Wortfolge "wenn ... nachgewiesen werden" in § 19 erster Satz GewO 1994 ist es Sache des Antragstellers, die für die jeweilige Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen initiativ nachzuweisen, sodass die Behörde in diesem Zusammenhang keine amtswegige Ermittlungspflicht trifft (vgl. zB VwGH 24.06.2015, 2013/04/0041). Die Behörde ist nach Maßgabe des § 13a AVG nicht verpflichtet, den Antragsteller anzuleiten, welche bestimmte Beweismittel beizubringen wären, um den Nachweis zum Erfolg zu führen.

Die in Punkt 31 des Protokolls über die Gewerbereferententagung 2009 erwähnte ältere Rechtsprechung des VwGH, nach der die Nachsichtsregelung des § 28 GewO 1994 nicht auf das Ergebnis einer informativen Befragung abgestellt ist, ist vor dem Hintergrund des § 19 GewO 1994 nicht mehr aktuell. Es steht dem Feststellungswerber vielmehr frei, einen Nachweis über ein Fachgespräch oder eine Arbeitsprobe bei der zuständigen Fachorganisation der Wirtschaftskammer zu erbringen (VwGH 25.01.2011, 2008/04/0031).

Es besteht weiters die Möglichkeit für die Behörde, ein Gutachten der zuständigen Wirtschaftskammergliederung "zur Frage der Erbringung des Befähigungsnachweises einzuholen" (vgl. die Erläuterungen zur Regierungsvorlage der Gewerberechtsnovelle 2002 BGBl. I Nr. 111/2002, 1117 BlgNR XXI. GP, 88). Der VwGH tritt dieser Möglichkeit nicht entgegen (vgl. zB das Erkenntnis vom 2.2.2012, 2012/04/0018).

Kann der Antragsteller Ausbildungs- und Praxisnachweise vorweisen, ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmaß die Qualifikationserfordernisse für die jeweilige Gewerbeausübung erfüllt sind. Sind die Qualifikationserfordernisse nicht zur Gänze erfüllt, kann sich der Antragsteller auf freiwilliger Basis einem Fachgespräch bzw. einer Arbeitsprobe unterziehen, um allfällige ergänzende Nachweise vorlegen zu können. Es ist daher nicht zulässig, wenn die Behörde ohne angemessene Berücksichtigung der vorgelegten Ausbildungs- und Praxisnachweise den Antragsteller dazu bewegt, sich einem Fachgespräch bzw. einer Arbeitsprobe zu unterziehen, die in inhaltlicher und umfangsmäßiger Hinsicht der vorgesehenen Befähigungsprüfung gleichkommen.

Gegen die Festsetzung bzw. Vorschreibung von Gebühren im Sinne des § 125 Abs.1 WKG im Zusammenhang mit der Durchführung von Arbeitsproben bzw. informativen Befragungen von Personen, die zu diesem Zeitpunkt nicht Kammermitglieder sind, bestehen grundsätzlich keine Bedenken. Die Höhe dieser Gebühren (350 Euro), die nur geringfügig niedriger ist als die Prüfungsgebühr für die Kosmetik-Befähigungsprüfung (371 Euro), ist ein weiteres Indiz dafür, dass sich die Antragsteller einer mehr oder weniger umfassenden Befähigungsprüfung unterziehen, die ein Element des in der Zugangsverordnung festgelegten generellen Befähigungsnachweises ist.

## **15. (Steiermark) Berufsreifepfung –berufsbildend höhere oder allgemeinbildende höhere Schule**

Im Rahmen eines Verfahrens gemäß § 19 GewO 1994 betreffend das Gewerbe „Immobilienmakler“ wurde vom Konsenswerber das Zeugnis über die Befähigungsprüfung „Immobilienmakler“, das Zeugnis über die Berufsreifepfung und ein Nachweis über eine eineinhalbjährige fachliche Tätigkeit vorgelegt.

Gemäß § 1 Abs. 1 Z 2ab und 2b der Immobilienreuhänder-Verordnung wird die fachliche Qualifikation für die Tätigkeiten der Immobilienmakler durch den erfolgreichen Abschluss einer berufsbildenden höheren Schule oder deren Sonderformen und eine mindestens eineinhalbjährige fachliche Tätigkeit oder einer allgemein bildenden höheren Schule und eine mindestens zweijährige fachliche Tätigkeit und das Zeugnis über die erfolgreiche Ablegung der Befähigungsprüfung erfüllt.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, welcher Bewertung die Berufsreifepfung zu unterziehen ist. Da es sich bei der Berufsreifepfung weder um einen Abschluss an einer berufsbildenden höheren noch um einen Abschluss an einer allgemein höheren Schule handelt, wird gebeten mitzuteilen, in welcher Dauer die fachliche Tätigkeit in diesem Fall absolviert werden muss.

## Zu TOP 15:

Gemäß § 18 Abs. 5 GewO 1994 ist bei Schulen, bei denen eine Abschlussprüfung vorgesehen ist, der erfolgreiche Besuch (Abschluss) durch das Abschlussprüfungszeugnis (Reifeprüfungszeugnis), bei Schulen, bei denen keine Abschlussprüfung vorgesehen ist, durch das Abschlusszeugnis (Jahreszeugnis) nachzuweisen.

Nach dem Bundesgesetz über die Berufsreifeprüfung (BRPG) StF BGBl. I Nr. 68/1997, § 1 Abs. 1, werden mit der Berufsreifeprüfung die mit der Reifeprüfung einer höheren Schule verbundenen Berechtigungen erworben.

Gemäß § 1 Abs. 2 leg. cit. zählen zu den mit der Reifeprüfung einer höheren Schule verbundenen Berechtigungen insbesondere die Berechtigung zum Besuch von Kollegs, Fachhochschulen und Fachhochschul-Studiengängen, Pädagogischen Hochschulen, anerkannten privaten Pädagogischen Hochschulen und Studiengängen, Universitäten und akkreditierten Privatuniversitäten sowie die Erfüllung der Ernennungserfordernisse gemäß Z 2.11 der Anlage 1 zum Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, BGBl. Nr. 333.

Die oben konkret angegebenen Berechtigungen beinhalten keine gewerblichen Berechtigungen, diese Angaben sind aber nicht als abschließend anzusehen (arg. insbesondere). Es ist also nicht auszuschließen, dass auch gewerbliche Berechtigungen mit der Berufsreifeprüfung erworben werden können.

Weiters wäre in Bezug auf die Immobilientreuhänderverordnung der Stellenwert bzw. die Funktion dieser Ausbildung im Rahmen der gesamten vorgeschriebenen Ausbildung zu beachten. Wesentlich erscheint, dass die berufsspezifischen fachlichen Kenntnisse hier durch die Befähigungsprüfung bzw. die fachliche Tätigkeit abdeckt werden dürften. Die BHS- bzw. AHS-Ausbildung deckt eher den Bereich Allgemeinbildung bzw. allgemeine berufliche Bildung ab, welche nicht speziell auf Immobilienmakler ausgerichtet ist. Anders wäre der Fall etwa in Zugangsverordnungen, bei denen Schulabschlüsse angeführt werden, deren Ausbildung einen für das reglementierte Gewerbe spezifischen Schwerpunkt aufweisen (z.B. Elektrotechnikzugangs-VO). Bei derartigen Schulen ist die tatsächliche Absolvierung aller Fächer, insbesondere der berufsspezifischen Fächer, von viel größerer Bedeutung für das Erreichen des Ausbildungsziels der Zugangs-VO.

Eine Berufsreifeprüfung wird durch den Gesetzgeber als gleichwertig in Bezug auf die Universitätsreife angesehen. In Entsprechung dazu kann eine Berufsreifeprüfung als gleichwertig im Hinblick auf die Vermittlung von Allgemeinbildung bzw. allgemeiner Berufsbildung angesehen werden. In Anbetracht des oben geschilderten Stellenwertes der AHS/BHS Ausbildung in der Immobilientreuhänder-VO kann daher hier eine Berufsreifeprüfung als gleichwertig zu einem AHS- oder BHS- Abschluss angesehen werden.

Zur Frage, ob die Berufsreifeprüfung eher einem AHS oder BHS-Abschluss zugeordnet wird, bzw. zu der sich daraus ergebenden Dauer der fachlichen Tätigkeit wird davon ausgegangen, dass idR eine Gleichwertigkeit mit einem AHS-Abschluss anzunehmen ist. Für eine Gleichwertigkeit mit einem BHS-Abschluss müssten besondere Voraussetzungen vorliegen, wie etwa die Ablegung der einzelnen Teilprüfungen der Berufsreifeprüfung an einer BHS nach dem Lehrplan der BHS.

## 16. (Wien) Sperrstundenrechtliche Anknüpfung bei gastgewerblicher Tätigkeit im Rahmen des § 50 Abs. 1 Z 11 GewO 1994

Aus gegebenem Anlass wurde an das Amt der Wiener Landesregierung die Frage herangetragen, ob eine Gastgewerbetreibende bzw. ein Gastgewerbetreibender, die bzw. der das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Bar angemeldet hat und mit einem mobilen „Food-Truck“ –also einem „Drink-Truck“ –aus Anlass von größeren Veranstaltungen das Gastgewerbe vorübergehend außerhalb der Betriebsräume und allfälligen sonstigen Betriebsflächen des Standortes ausübt, an die sperrzeitenrechtliche Beschränkung für ihr bzw. sein reglementiertes Gastgewerbe in der Betriebsart einer Bar gebunden bzw. in diesem Rahmen auszuüben ermächtigt ist.

Hierbei wurden zwei verschiedene Sachverhalte unterschieden:

- a) es handelt sich um eine Gastgewerbetreibende bzw. einen Gastgewerbetreibenden, die bzw. der in „Zusammenarbeit“ mit der Veranstalterin bzw. dem Veranstalter jedoch selbständig auftritt und ausschenkt.

In diesem Fall befindet sich der Aufstellungsort der vorübergehenden Verabreichungseinrichtung zumeist auch auf der Fläche der Veranstaltung und ist diese Situation bei der Beurteilung der Veranstaltung von der zuständigen Landesbehörde mitberücksichtigt (Verhalten der BesucherInnen, Fluchtwege, Abfallgebahrung, ...) und wird im Normalfall die gewollte Ausschankzeit bei der veranstaltungsrechtlichen Betriebszeit mitberücksichtigt. Es obliegt quasi der Veranstalterin bzw. dem Veranstalter bei der Anmeldung ihrer bzw. seiner Aktivität darauf Rücksicht zu nehmen und vorzusehen, dass die BesucherInnen zB. auch kurz vor und auch nach der tatsächlichen Darbietung oder Belustigung kulinarisch versorgt werden. Diese Zeiten werden in die veranstaltungsrechtliche „Bewilligung“ einbezogen und erforderlichenfalls auch Sperrstundenerstreckungen nach dem Landesrecht beantragt. Der Schutz der Nachbarschaft ist dadurch im Normalfall ausreichend gewahrt.

Eine vergleichbare Situation für die Verabreichung und den Ausschank liegt auch vor, wenn die Bezahlung der Speisen und Getränke nicht durch die BesucherInnen erfolgt, sondern pauschal durch die Veranstalterin bzw. den Veranstalter (zB. bei großen Geburtstagsfeiern, Firmenjubiläen, Hochzeiten, ...).

- b) die Gastgewerbetreibende bzw. der Gastgewerbetreibende steht ohne Auftrag, Einladung bzw. sogar ohne Zustimmung der Veranstalterin bzw. des Veranstalters außerhalb der Veranstaltungstätte und nutzt quasi aus eigenen wirtschaftlichen Überlegungen die größere, gleichzeitig zu erwartende Personenanzahl für ihre bzw. seine gewerbliche Gastronomietätigkeit aus.

Eine ähnliche Situation wird auch vorliegen, wenn es sich beim Anlass nicht um eine typische Veranstaltung handelt, sondern etwa eine große Baustelle, Gelegenheitsmarkt oder ein Kirchenfest stattfindet.

In diesen Fällen wird die Verabreichung üblich nicht im Veranstaltungsrecht mitberücksichtigt und ist daher die erlaubte Ausschank- und Verabreichungszeit eigenständig zu beurteilen.

Das Amt der Wiener Landesregierung neigt dazu, zu diesen Fällen folgende Rechtsansichten zu vertreten:

Ad a): Durch den Charakter und das Erscheinungsbild einer einheitlichen Veranstaltung bestehen keine Zweifel für die Beteiligten und die befassen Behörden, die erlaubte tägliche (gesamte) Veranstaltungszeit auch die Grenzen für die zulässige Zeit der Verabreichung und des Ausschanks darstellt.

Ad b): Der Wortlaut „aus Anlass“ lässt nach Ansicht des Amtes der Wiener Landesregierung durchaus eine weite Interpretation zu und schließt auch nicht aus, dass die gastgewerbliche Tätigkeit ohne Abstimmung (oder gar Erlaubnis oder Auftrag) mit den Verantwortlichen des „Anlasses“ erfolgt. Demnach könnte jede Gastgewerbetreibende bzw. jeder Gastgewerbetreibender eine größere Menschenansammlung dazu nutzen, ihre bzw. seine Geschäftstätigkeit vor Ort auszuüben.

Besonderer Gelegenheiten können demnach auch bloß regelmäßige Ansammlungen von größeren Personengruppen nicht sein, wie etwa eine stark frequentierte Haltestelle oder allmorgendliche Stausituationen oder besondere Treffpunkte für Touristenattraktionen.

Aus dem Begriff „vorübergehend“ ist jedoch abzuleiten, dass ein Ende vorhersehbar sein muss, eine regelmäßige Wiederholung nicht vorgesehen sein darf und auch eine Dauereinrichtung wie etwa eine künstlerische Dauerausstellung oder ein dauerhaft eingerichteter Markt nicht als Anlass für eine längerfristige (dauerhafte) Ausübung dienen können.

Durch die Verwendung des Wortes „einzelner“ wird in der Literatur einhellig zum Ausdruck gebracht, dass das Recht gemäß § 50 Abs. 1 Z 11 GewO 1994 befristet ist und nur für die Dauer der jeweils einzelnen, konkreten Gelegenheit ausgeübt werden darf. Unzulässig ist es demnach, dieses Recht für eine dauerhafte Ausübung außerhalb von Betriebsstätten zu missbrauchen. Unzulässig sind somit auch die Speisenverabreichung und der Getränkeauschank zeitlich vor Beginn oder nach Beendigung der „besonderen Gelegenheit“.

Das zuletzt Ausgeführte muss auch für Anlässe gelten, die länger als bloß an einem einzelnen Tag stattfinden. Auch hier soll es zu keiner Ausnutzung der betriebsarttypischen, per Verordnung erlaubten Betriebszeit kommen, sondern besteht auch hier eine zeitliche Bindung an die jeweilige Dauer des Anlasses an jedem einzelnen Tag. (Ein gewisses Augenmaß wird wohl beim Zu- und Abströmen von Veranstaltungsbesuchenden vor Beginn und nach Ende des täglichen Anlasses aufzubringen sein.) Der Gesetzgeber wollte zwar bürokratische Hürden beseitigen, aber ein „ambulantes Gastgewerbe“ nicht zulassen. Dementsprechend soll aber verhindert werden, dass sich bei der mobilen Gastronomie-Einrichtung eine eigenständige „After-Event-Party“ entwickelt und die Nachbarschaft dadurch unnötig lange und intensiv belästigt wird.

Als Schlussfolgerung geht das Amt der Wiener Landesregierung somit davon aus, dass bei Ausnutzung der Bestimmung des § 50 Abs. 1 Z 11 GewO 1994 die Betriebszeit sich nach der besonderen Gelegenheit richtet, nicht aber nach der Sperrzeit laut Sperrzeitenverordnung des Landeshauptmanns, die sich bloß auf Grund der angemeldeten Betriebsart ergeben würde.

Unterstützt wird diese Ansicht auch durch die Tatsache, dass es Gastgewerbetreibenden umgekehrt zusteht, aus einem besonderen Anlass auch länger als die gastgewerblich vorgesehene (betriebsarttypische) Sperrzeit zu betreiben, wenn die besondere Gelegenheit –zB eine Hochzeit oder ein Volksfest –rechtmäßig länger dauert.

Es wird um Auskunft ersucht, ob dieser Rechtsauffassung Wiens zugestimmt werden kann.

## Zu TOP 16:

Gemäß § 113 Abs. 1 GewO 1994 sind die Zeitpunkte der Sperrstunden und Aufsperrstunden für gastgewerbliche Betriebe festzulegen. Daraus wird deutlich erkennbar, dass sich das gewerbliche Sperrstundenrecht mit den Standorten von Gastgewerbebetrieben befasst, nicht aber schlechthin mit jedem Tun, dass ein Gastgewerbetreibender außerhalb seines Standortes unterhält.

Eine „besondere Gelegenheit“ im Sinne des § 50 Abs. 1 Z 11 GewO 1994, die es einem Gastgewerbetreibenden ermöglicht, auch ausnahmsweise außerhalb seiner Standorte Getränke auszuschenken und Speisen zu verabreichen, ist kein gastgewerblicher Betrieb. Insofern sind für solche besonderen Gelegenheiten auch die sperrstundenrechtlichen Bestimmungen des § 113 GewO 1994 nicht maßgeblich.

Die Zulässigkeit des Ausübens aus Anlass einer „besonderen Gelegenheit“ ist aber daran gebunden, dass eine besondere Gelegenheit auch tatsächlich stattfindet. Mit dem Ende einer solchen Veranstaltung endet auch die besondere Gelegenheit und damit endet auch die Zulässigkeit des Ausübens außerhalb der Betriebsstätte.

Es ist daher weder erforderlich, dass ein Gastgewerbetreibender für die Inanspruchnahme des Rechts gemäß § 50 Abs. 1 Z 11 GewO 1994 eine Ausnahme von den Sperrzeiten erwirkt, um während der gesamten Dauer der besonderen Gelegenheit ausschenken und verabreichen zu dürfen, noch ist es möglich, dass sich ein Gastgewerbetreibender unter Berufung auf eine spätere Sperrstunde nach dem Ende der besonderen Gelegenheit fortgesetzt ausschenkt und verabreicht. Sperrstundenrecht steht weder einer Ausübung im Rahmen einer besonderen Gelegenheit im Sinne des § 50 Abs. 1 Z 11 GewO 1994 im Wege noch rechtfertigt das Sperrstundenrecht, wenn ein Gastgewerbetreibender nach Beendigung der besonderen Gelegenheit weiter außerhalb der Betriebsstätte ausschenkt und verabreicht und damit gegen die Standortgebundenheit der Gewerbeausübung verstößt.

Ein solches „fortgesetztes Ausüben“ nach Ende der besonderen Gelegenheit kann aber auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass das fortgesetzte Ausüben außerhalb der Betriebsstätte als eigenständige „besondere Gelegenheit“ behauptet wird. Das Ausüben des Gastronomiegewerbes ist keine besondere Gelegenheit, welche das Ausüben des Gastronomiegewerbes außerhalb der Betriebsstätte gemäß § 50 Abs. 1 Z 11 GewO 1994 rechtfertigt.

## 17. (Wien) Zulässigkeit einer Betriebsart „Shisha-Lounge“

Die Wirtschaftskammer Wien, Fachgruppe Gastronomie, ist mit dem Ansinnen an die Wiener Gewerbebehörde herangetreten, eine Betriebsart „Shisha-Lounge“ bei der Anmeldung eines reglementierten Gastgewerbes zuzulassen. Damit verbunden wäre auch die Anregung, die Wiener Sperrzeitenverordnung des Landeshauptmannes entsprechend anzupassen. Dem Vernehmen nach soll eine „Shisha-Lounge“ als eher ruhiges Unterhaltungslokal eingestuft werden, in dessen Mittelpunkt die Shisha-Pfeife stehe, so wie bei in einem Kaffeehaus der Kaffee und bei einer Bar das alkoholische Getränk. Die Entscheidung, ein Lokal dieser Kategorie aufzusuchen, liege nach den Angaben der Fachgruppe Gastronomie im übereinstimmenden Interesse der Gäste(gruppe), eine Shisha-Pfeife zu konsumieren.

Eine „Shisha-Lounge“ weise demnach kein umfangreiches Speiseangebot auf, solle aber vergleichbar mit einer Bar hierbei rechtlich kaum eingeschränkt sein, und bei dem Ausschank von Getränken stünden Kaffee, Tee und sonstige alkoholfreie Getränke im Vordergrund, wobei auch hier keine rechtliche Einschränkung erfolgen solle. Mit Ausnahme des Shisha-Rauchens solle ein Rauchverbot (für Zigaretten, Zigarren, Tabakpfeifen, etc.) bestehen.

Das Amt der Wiener Landesregierung vertritt dazu die Auffassung, dass eine gastgewerbliche Betriebsart nicht durch eine Tätigkeit bestimmt und definiert werden soll, die nicht zumindest gewisse der grundsätzlichen Kerntätigkeiten eines Gastronomiebetriebes umfasst. So wie ein „Internetcafe“, eine „Spielothek“ oder eine „Maschinenbar“ keine geeigneten Betriebsarten darstellen würden, soll dies auch nicht für die Konsumation von Tabak und Tabakersatzstoffen in Wasserpfeifen ermöglicht werden. Auch in den einschlägigen Verordnungen über die Befähigung und die Prüfung für das Gastgewerbe finden sich keine Anhaltspunkte für eine „fachliche Qualifikation“ für den Betrieb eines „Shisha-Lokals“.

Es besteht nach der Einschätzung Wiens auch keine Notwendigkeit dafür, zumal ja beim entsprechenden Erscheinungsbild, Ausstattung und Angebot problemlos auch eine bereits bestehende gastgewerbliche Betriebsart angemeldet werden könnte und somit auch auf diesem Weg die Mitgliedschaft bei der entsprechenden Kammerorganisation sichergestellt wäre.

Dessen ungeachtet wäre wohl zu beachten, dass auf Grund der Ausnahmen im Tabakgesetz im Wesentlichen auch nur in Lokalen mit nur einem Raum mit weniger als 50 m<sup>2</sup> Grundfläche bzw. lediglich in Nebenräumen Shisha-Pfeifen konsumiert werden dürften. Durch das Erfordernis eines Hauptraumes für die Verabreichung von Speisen oder Getränken wird die Anmeldung einer entsprechenden Betriebsart für diese Verabreichung auch erforderlich sein.

Zusammenfassend sieht das Amt der Wiener Landesregierung keinen Raum für eine Gastgewerbe-Betriebsart „Shisha-Lounge“ und ersucht, da es sich letztlich um ein bundesweites Thema handeln dürfte, um Einschätzung dieser behördlichen Sichtweise.

Zusatz: Es wird ersucht, eine kurze Umfrage bei den Ländern durchzuführen, welche Aspekte des KundInnenschutzes und des NachbarInnenschutzes bei den Genehmigungen von Betriebsanlagen, in denen die Konsumation von Shisha-Pfeifen angeboten werden soll, erfahrungsgemäß beachtet und welche Vorgaben diesbezüglich üblicherweise gemacht werden.



Zu TOP 17:

Betriebsarttypische Besonderheiten, welche die Festlegung einer eigenständigen gastgewerblichen Betriebsart rechtfertigen, setzen sich aus einem Bündel an im Gastgewerbebetrieb bestehenden Ausstattungen, Betriebsweisen und Angeboten von Speisen und Getränken zusammen.

Der Anfrage ist nicht zu entnehmen, dass eine „Shisha-Lounge“ abgesehen von den darin konsumierten Rauchwaren und möglicherweise der spezifischen Tabakkonsumneigung und Alkoholaversität des Publikums, das einen solcher Betrieb besucht, eine gesamthafte Besonderheit aufweist, die eine eigenständige Betriebsart rechtfertigen könnte.

Spezifische Rauchwaren können - soweit tabakrechtlich grundsätzlich zulässig - übrigens in jeder bestehenden Betriebsart konsumiert werden, insoweit taugt die Bezeichnung einer spezifischen Rauchware auch nicht dazu, die für einen Gewerbewortlaut erforderliche betriebsarttypische Abgrenzung herzustellen.

Selbstverständlich steht einem solchen Betrieb nichts im Wege, im allgemeinen Geschäftsverkehr darauf aufmerksam zu machen, etwa auch durch den Betriebsnamen, dass es sich um einen Gastgewerbebetrieb handelt, in dem diese spezifische Rauchware genossen werden kann und in dem sich Personen, die diese Rauchware schätzen und sich dafür aber hauptsächlich nur den Ausschank von Tee, Kaffee und alkoholfreien Getränken erwarten dürfen, wohl fühlen werden. Eine eigene Betriebsart im Gewerbewortlaut ist dafür aber weder erforderlich noch sinnvoll.

Die Rechtsansicht des Amtes der Wiener Landesregierung wird geteilt.

## **18. (Vorarlberg) Kochboxen; Zubereitung und Lieferung von Lebensmitteln und Speisen**

Mehrere Unternehmen sind in letzter Zeit an Gewerbebehörden mit einer ähnlich gelagerten Idee herangetreten, welche sich wie folgt beschreiben lässt:

Es ist einerseits beabsichtigt, sogenannte Kochboxen zu erstellen, in denen Rezepte, sämtliche Zutaten, fertig abgewogen, direkt dem Konsumenten per Lieferservice zugestellt werden. Neben dieser Tätigkeit, die im Rahmen des Handelsgewerbes bewerkstelligt werden kann, ist andererseits beabsichtigt über eine Homepage diverse Speisen zur Auswahl bereit zu stellen, diese Speisen servierfertig zuzubereiten und diese im haltbargemachten Zustand, sodass ausschließlich noch ein Erwärmen notwendig ist, ebenfalls dem Konsumenten zu liefern.

Gemäß § 111 Abs. 1 GewO 1994 bedarf es einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe für die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Ausschank der Getränke. Unter der Verabreichung von Speisen und unter Ausschank der Getränke ist jede Vorkehrung oder Tätigkeit zu verstehen, die darauf abstellt, dass die Speisen oder Getränke an Ort und Stelle genossen werden. Unbestritten ist, dass die Lieferung von genussfertigen warmen oder angerichteten kalten Speisen im Sinne eines Cateringbetriebes jedenfalls dem Gastgewerbe unterliegt; Als freies Gewerbe wird in der bundeseinheitlichen Liste ua die Tätigkeit der Erzeugung von Lebensmitteln mit Ausnahme der reglementierten Nahrungsmittelerzeugung geführt.

Es wird um Mitteilung der Rechtsmeinung ersucht, ob die geschilderte Tätigkeit im Rahmen eines freien Gewerbes als zulässig angesehen wird.

### Zu TOP 18:

Unter Verabreichung iSd § 111 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 ist gemäß § 111 Abs. 3 GewO 1994 jede Vorkehrung oder Tätigkeit zu verstehen, die darauf abstellt, dass die Speisen an Ort und Stelle genossen werden. Darunter fällt auch die Lieferung von warmen oder angerichteten kalten Speisen (Lieferküche, Catering). Hingegen ist die Lieferung von nicht angerichteten kalten Speisen und von Lebensmitteln – wie etwa die Lieferung von Kochboxen (mit Rezept und abgewogenen bzw. portionierten Zutaten) – keine gastgewerbliche Tätigkeit, sondern eine Handelstätigkeit.

Das Zubereiten von Speisen, die an nicht gastgewerbliche Abnehmer geliefert werden, ohne dass Dienstleistungen hinzutreten, um den Genuss der Speisen an Ort und Stelle zu ermöglichen, dh. ohne das Merkmal der Verabreichung, ist ein freies Gewerbe (vgl. den Gewerbewortlaut „Speisen- und Getränkezubereitung für nicht gastgewerbliche Auftraggeber unter Verwendung der vom Auftraggeber bereitgestellten Einrichtungen und Zutaten“).

Zwar ist die Lieferung von warmen und angerichteten kalten Speisen als Verabreichung zu beurteilen, nach dem in der Anfrage geschilderten Konzept sollen aber gerade keine genussfertigen Speisen zum unmittelbaren Verzehr („an Ort und Stelle“), sondern haltbargemachte Speisen geliefert werden, die zu einem beliebigen Zeitpunkt nach Erwärmen verzehrt werden; eine Verabreichung erfolgt nicht. Tätigkeiten wie die in der Anfrage geschilderten können daher im Rahmen eines freien Gewerbes ausgeführt werden.

Allenfalls könnte die Lieferung der zubereiteten und haltbargemachten Speisen im Rahmen der Ausübung eines Nebenrechts iSd § 32 Abs. 1a GewO 1994 zur Lieferung der Kochboxen erfolgen.

## **19. (Burgenland) Haftpflichtversicherung für Baumeister unter einem bestimmten Jahresumsatz**

Wenn eine Haftpflichtversicherung nach § 99 Abs. 7 Z 1 GewO 1994 vorgelegt wird (Jahresumsatz unter § 221 UGB) wird dann zu überprüft sein, ob dieser Jahresumsatz tatsächlich nicht überstiegen wird? Wenn ja sollte dies durch eine jährliche Bestätigung des Steuerberaters erfolgen oder durch andere Maßnahmen?

In diesem Zusammenhang wird auf dem § 92 GewO 1994 verwiesen, der Folgendes anführt:

(1) Besteht eine nach diesem Bundesgesetz vorgeschriebene Versicherung nicht oder nicht ausreichend aufrecht, so darf während des Nichtbestehens oder des nicht ausreichenden Bestehens der Versicherung das betreffende Gewerbe nicht ausgeübt oder die betreffende gewerbliche Betriebsanlage nicht betrieben werden.

(2) Das Versicherungsunternehmen hat der Behörde jeden Umstand, der das Nichtbestehen, das nicht ausreichende Bestehen oder die Beendigung einer nach diesem Bundesgesetz vorgeschriebenen Versicherung zur Folge hat, anzuzeigen. Im Fall von gemäß diesem Bundesgesetz nach Umsatz abgestuft vorgeschriebenen Versicherungssummen hat das Versicherungsunternehmen der Behörde außerdem jeden Umstand, der das Erreichen der Stufengrenze zur Folge hat, anzuzeigen; diese Anzeige gilt als Nachweis für das Erfüllen der Voraussetzungen für die nach der jeweiligen Stufe vorgeschriebene Versicherungssumme.

Es stellt sich einerseits die Frage wie das Versicherungsunternehmen diesen Umstand der Behörde zu melden hat um dem § 92 Abs. 2 GewO 1994 zu entsprechen. Andererseits wird die Frage gestellt wie damit umzugehen ist, dass im Gegensatz zu § 99 Abs. 10 GewO 1994 die Nichtmeldung nach § 92 Abs. 2 GewO 1994 zwar mit Strafe aber mit keiner Entziehung der Gewerbeberechtigung bedroht ist.

Zu TOP 19:

Gemäß § 92 Abs. 2 GewO 1994 obliegt es dem Versicherungsunternehmen der Behörde anzuzeigen, dass die vom Geberbetreibenden bei der Gewerbeanmeldung nachgewiesene Haftpflichtversicherung nach § 99 Abs. 7 Z 1 GewO 1994 wegen Überschreitung des darin angeführten Jahresumsatzes nicht mehr den gesetzlichen Erfordernissen entspricht. Ohne Vorliegen einer solchen Anzeige wird nur in begründeten Verdachtsfällen von der Behörde zu prüfen sein, ob der im § 221 UGB festgelegte Jahresumsatz des Baugewerbetreibenden tatsächlich überstiegen wird.

Für die Meldung des Versicherungsunternehmens ist im Gesetz keine bestimmte Formvorschrift festgelegt; sie hat aber jedenfalls die Höhe des Jahresumsatzes des Baugewerbetreibenden und die Höhe der Deckungssumme zu enthalten. Da gemäß § 2 Abs. 1 Z 14 GewO 1994 auf den Betrieb von Versicherungsunternehmen die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nicht anzuwenden sind, kann einem solchen Unternehmen die entsprechende Berechtigung nicht von der Gewerbebehörde entzogen werden.

## 20. (Salzburg) Befähigung für ausführende Baumeister/Holzbau-Meister – Tätigkeit als Polier

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 5 der Baumeister-Verordnung, BGBl. II Nr. 30/2003, idgF, ist die fachliche Qualifikation für das Baumeistergewerbe hinsichtlich der ausführenden Tätigkeiten durch folgende Belege als erfüllt anzusehen:

„...ununterbrochene fünfjährige fachspezifische Tätigkeit in leitender Stellung, davon eine mindestens dreijährige Tätigkeit mit technischen Aufgaben und mit der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens, wenn für die betreffende Tätigkeit eine mindestens dreijährige vorherige Ausbildung nachgewiesen wird...“

In § 1 Abs. 3 Z 6 der Zimmermeister-Verordnung, BGBl. II Nr. 102/2003, idgF, findet sich eine gleichlautende Zugangsvariante für das Gewerbe der Zimmermeister (nunmehr: Holzbau-Meister) hinsichtlich der ausführenden Tätigkeiten.

Es stellt sich die Frage, ob eine Tätigkeit als Polier als Tätigkeit in leitender Stellung iSd zitierten Zugangsvoraussetzungen angesehen werden kann.

Nach ha. Ansicht ist im Hinblick auf die Definition im § 18 Abs. 3, 2. Satz, GewO 1994 sowie auf den Wortlaut in den Zugangsverordnungen davon auszugehen, dass in aller Regel mit einer fünfjährigen Poliertätigkeit nach einer einschlägigen Ausbildung die reguläre Befähigung nicht erbracht wird. Die gewerblichen Bauunternehmen sind wohl nie derart aufgebaut, dass die Poliertätigkeit, also die Leitung einer Baustelle, als die geforderte Leitung einer Abteilung angesehen werden kann. Die gleiche Problemstellung bei Handwerksbetrieben wurde bereits zu Top 9 im Protokoll über die Tagung 2012 erörtert.

Andererseits bestehen nach ha. Ansicht gewichtige Argumente dafür, im Verfahren gemäß § 19 GewO 1994 eine Poliertätigkeit gleichwertig zu einer Tätigkeit in leitender Stellung zu berücksichtigen: Die Poliertätigkeit ist in den Baugewerben zweifellos als qualifizierte Tätigkeit mit Leitungsfunktion anzusehen. Nicht umsonst wird in sämtlichen Zugangsvarianten zur vollen Berechtigung gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 der Baumeister-Verordnung der Polier in einem Atemzug mit dem Bauleiter genannt. Im § 2 der Zimmermeister-Verordnung wird in der Definition der „fachlichen Tätigkeit in leitender Stellung“ als Voraussetzung für den Zugang zum uneingeschränkten Gewerbe auch die Funktion des Poliers genannt, wiederum gleichwertig mit dem Bauleiter. Es wäre also nicht nachvollziehbar, die Poliertätigkeit für den Zugang zum eingeschränkten Gewerbe als geringer zu werten als für den Zugang zum vollen Gewerbe, nur, weil die formale Voraussetzung der Leitung einer *Abteilung* des Unternehmens iSd unions-rechtlichen Zugangsregelungen fehlt.

Darüber hinaus wird es in der Praxis wohl kaum vorkommen, dass in einem Bauunternehmen die Funktion des Poliers unmittelbar nach der Lehrabschlussprüfung, also ohne vorherige sonstige Praxis, übertragen wird.

Um Diskussion und Klarstellung wird ersucht.

## Zu TOP 20:

Der in der Anfrage dargelegten Rechtsansicht wird grundsätzlich beigeplichtet.

Poliere übernehmen in Bauunternehmungen eine leitende Funktion und vertreten auf der Baustelle die Interessen des Bauunternehmens. Sie führen die Mitarbeitenden und sind verantwortlich für die termin- und fachgerechte Ausführung der Bauarbeiten. Als Leiter einer Abteilung eines Unternehmens im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 5 Baumeister-Verordnung kann die Tätigkeiten eines Poliers jedoch nicht angesehen werden.

Beim individuellen Befähigungsnachweis im Sinne des § 19 GewO 1994 wird der gemäß § 18 Abs. 1 GewO 1994 vorgeschriebene Befähigungsnachweis durch sonstige Nachweise ersetzt, die jene Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen belegen, die für die Ausübung des angestrebten Gewerbes erforderlich sind. Die Beurteilung, ob durch diese sonstigen Nachweise die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen belegt werden, hat daher am Maßstab der den Befähigungsnachweis festlegenden Vorschriften (Zugangsvoraussetzungen) zu erfolgen. Auf Grund sonstiger Nachweise kann die erforderliche Befähigung nur insofern belegt werden, als die vom Antragsteller absolvierte Ausbildung (Bildungsgang, bisherige Tätigkeit) das Ausbildungsziel in gleicher Weise verwirklicht wie jene in den erwähnten Vorschriften (vgl. Erk. des VwGH vom 21.01.2014, Zl. 2013/94/0180).

Insoweit im § 1 Abs. 1 Z 1 Baumeister-Verordnung und im § 2 Zimmermeister-Verordnung neben der Tätigkeit eines Bauleiters die Tätigkeit als Polier als besonders qualifizierte Zugangsvoraussetzung für das Baumeistergewerbe bzw. das Holzbaumeistergewerbe aufgeführt ist, kann durch den Nachweis einer Poliertätigkeit das Vorliegen der individuellen Befähigung für das auf ausführende Tätigkeiten eingeschränkte Gewerbe der Bau- bzw. Holzbaugewerbetreibenden in der Regel angenommen werden. Eine solche Annahme setzt jedenfalls voraus, dass die betreffende Person nicht nur vom Baugewerbetreibenden in diese Funktion bestellt, sondern diese auch tatsächlich ausgeübt hat. Die Tatbestandsvoraussetzungen sind im Einzelfall zu prüfen.

# III. Gewerbliches Betriebsanlagenrecht

## 21. (Salzburg) Genehmigungsfreistellungsverordnung

Mit BGBl. II Nr. 172/2018 ist die Novellierung der 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung kundgemacht worden und wird um Diskussion ersucht.

Insbesondere wird um Mitteilung der Rechtsansicht ersucht, ob auch Gastgärten von Eissalons (§ 1 Abs. 1 Z 9 der VO) von der Genehmigungsfreistellung erfasst sind.

Des Weiteren, ob in Beherbergungsbetrieben (§ 1 Abs. 1 Z 8 der VO) die private Wohnnutzung neben dem Betriebsinhaber auch weitere Personen (Familienangehörige) in einer oder mehreren Wohnungen umfasst.



## Zu TOP 21:

### Ad Eissalons:

Hinsichtlich der Gastgärten von Eissalons wurde im Vorfeld bei der Konzeption der Verordnungsnovelle erwogen, ob Gastgärten von der Genehmigungsfreistellung auszunehmen oder in anderer Weise besonders zu berücksichtigen sind.

Der Ordnungsgeber hat sich jedoch in letzter Konsequenz dafür entschieden, in Fällen von Eissalons die gesamte Betriebsanlage genehmigungsfrei zu stellen, ohne dass daran besondere Voraussetzungen geknüpft sind. Die Betriebsanlage eines Eissalons ist daher umfassend genehmigungsfrei, was auch deren Gastgärten einschließt. Insofern geht diese Regelung auch dem § 76a GewO 1994 vor. Für Eissalons ist daher das Einhalten § 76a GewO 1994 nicht gefordert, um genehmigungsfrei zu sein.

Die betriebsanlagenrechtliche Genehmigungsfreistellung befreit einen Eissalon aber selbstverständlich nicht von den Pflichten, die aus anderen Rechtssphären herrühren, etwa dem ausübungsrechtlichen gewerblichen Sperrstundenrecht oder allenfalls anderen anzuwendenden bundes- oder landesrechtlichen Verwaltungsvorschriften.

### Ad Beherbergungsbetriebe:

Von der Verordnung werden ausdrücklich die privaten Wohnzwecke des Betriebsinhabers erfasst. Diese Regelung ist daher nicht auf die ausschließliche Wohnnutzung durch einzig und allein den Betriebsinhaber beschränkt, sondern erfasst auch alles andere, was als privater Wohnzweck einer Person anzusehen ist, insbesondere beispielsweise das private Wohnen von Familienmitgliedern oder auch das Nächtigen von privaten Besuchsgästen bzw. Freunden des Betriebsinhabers im privaten Wohnbereich. Die Größe des privaten Wohnbereiches und dessen bauliche Trennungsgestaltung spielen keine Rolle; es kommt nur darauf an, dass diese Räume den privaten Wohnzwecken dienen.

Es wird darauf hingewiesen, dass in der Kundmachungfassung BGBl. II Nr. 172/2018 auch die Nutzung des Gebäudes für andere gewerbliche Zwecke als der Genehmigungsfreistellung des Beherbergungsbetriebes als nicht schädlich anerkannt worden ist. Die beiden der Genehmigungsfreistellung der Beherbergungsbetriebsanlage nicht schädlichen Alternativnutzungsmöglichkeiten können auch kombiniert vorliegen. Der ausdrücklichen Genehmigungsfreistellung sind nur Gebäudenutzungen schädlich, die nicht von den beiden genannten Alternativnutzungsmöglichkeiten erfasst sind.

Allgemein wird darauf hingewiesen, dass nicht zwangsläufig alle gewerblichen Betriebsanlagen, die von der 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung nicht erfasst sind, der betriebsanlagenrechtlichen Genehmigungspflicht unterliegen. Bei allen anderen von der Verordnung nicht erfasst Betriebsanlagen ist immer zu prüfen, ob sie die Kriterien der Genehmigungspflicht gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994 erfüllen, ehe von der Behörde die Genehmigungspflicht der Betriebsanlage angenommen wird.

## 22. (Niederösterreich) „Nicht bloß vorübergehend“ § 74 Abs. 1

### GewO 1994

Ein (bisher betriebsanlagenrechtliche genehmigter) Verkaufsstand für Pyrotechnik in Form einer Holzhütte wird jährlich für einen Zeitraum von drei Wochen immer zur selben Zeit und an derselben Stelle aufgestellt (und nach Verwendung wieder abtransportiert).

Handelt es sich bei gegenständlichem Verkaufsstand um eine Einrichtung, die der Ausübung der gewerblichen Tätigkeit bloß vorübergehend gewidmet ist und liegt damit keine gewerbliche Betriebsanlage vor?

Um ergänzende Auslegung des Protokolls der Bundesgewerbereferententagung 2017, Top 20 in Zusammenschau mit der dazu ergangenen VwGH Judikatur (VwGH 26.09.2017, Ra 2017/04/0057) und Klarstellung wird ersucht.

Im Protokoll der Bundesgewerbereferententagung 2017 wurde unter Top 20 bereits die Auslegung von „nicht bloß vorübergehend“ (§ 74 Abs. 1 GewO 1994) besprochen und festgehalten:

„Es kommt dem Gesetzgeber auf eine Gewichtung des Tatsachensubstrates in einer gesamthaften Betrachtung, wobei - neben der unstrittig relevanten Bestandsdauer - auch beispielsweise auch eine Rolle spielen kann, ob etwa Vorhaben dem Wesen nach einmalig bzw. überhaupt nur einmalig möglich oder ob dem Vorhaben die „ständige Wiederholung der Einmaligkeit“ geradezu immanent ist.“

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 26.09.2017 u.a. festgehalten, dass eine gewerbliche Betriebsanlage dann vorliegt, „wenn sie in der Absicht errichtet wurde, auf diesem Standort längere Zeit der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit zu dienen. Von einer "längeren Zeit" ist jedenfalls dann auszugehen, wenn die Einrichtung [...] von vornherein auf unbestimmte Zeit aufgestellt und betrieben wird und eben nicht für eine bestimmte Zeit aufgestellt und nach Beendigung der Ausübung des Gastgewerbes wieder beseitigt wird. Dabei ist Art und Zweckbestimmung der Anlage entscheidend“. Außerdem führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass in der Ausnahmebestimmung des § 81 Abs. 2 Z 11 GewO 1994 das Verständnis des Gesetzgebers zum Ausdruck komme, „dass eine vier Wochen nicht überschreitende Dauer noch eine vorübergehende ist“ (VwGH 26.09.2017, Ra 2017/04/0057).

Zudem war die Intention des Gesetzgebers, mit der Novelle BGBl. I Nr. 96/2017 eine „Entlastung für sämtliche Gewerbetreibende“ zu bewirken (vgl. BlgNR 1475, 25. GP S. 7). Als Beispiel in den Materialien werden dabei von Gastgewerbebetrieben veranstaltete Zeltfeste angeführt, welche nunmehr ohne eigene Betriebsanlagengenehmigung betrieben werden dürfen. Nichts Anderes kann aber für den gegenständlichen Verkaufsstand gelten, ist es doch nicht unüblich, dass Zeltfeste nicht nur einmal, sondern auch in periodischen Abständen veranstaltet werden. Hier kommt es ebenso lediglich zu einem von vornherein feststehenden Betrieb über einen kurzen Zeitraum mit anschließendem Abbau des Zeltes.

Der gegenständliche Verkaufsstand wird jährlich für eine bestimmte Zeit – ca. drei Wochen – aufgebaut und nach Beendigung des Verkaufs von Pyrotechnikartikeln wieder abgebaut. Der Zweck des Verkaufsstandes liegt nicht darin, dem Verkauf von Pyrotechnikartikel für eine unbestimmte Zeit zu dienen.

Nach ha Rechtsansicht liegt – ungeachtet der in der VwGH-Judikatur festgehaltenen Frist von 4 Wochen und der nur befristeten Verkaufsabsicht von 3 Wochen – ein Vorhaben vor, welches dem Wesen nach die „ständige Wiederholung der Einmaligkeit“ geradezu immanent ist (Protokoll Bundesgewerbereferententagung 2017). Der gegenständliche Verkaufsstand bedarf einer Betriebsanlagengenehmigung.

Wird diese Rechtsansicht geteilt?

## Zu TOP 22:

Das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 26.9.2017, Ra 2017/04/0057, ermöglicht zwar eine erste Einschätzung, wie die Judikatur einzelne Sachverhalte im Lichte der Neufassung des § 74 Abs. 1 GewO 1994 idF der Novelle BGBl. I Nr. 96/2017, bewertet. Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass es sich dabei um ein Erkenntnis zur alten Rechtslage handelt (wenn auch der VwGH in diesem Erkenntnis betont hat, dass die neue Rechtslage im Grunde so gefasst ist, wie der VwGH die alte Rechtslage schon immer verstanden hätte). Auch muss gerade bei solchen Fällen immer berücksichtigt werden, dass der VwGH Einzelfälle anhand eines Bündels an Kriterien bewertet. Diese Kriterien sind immer im Zusammenspiel der gesamten Erwägung des VwGH zu diesem Einzelfall zu verstehen, nicht aber sollten einzelne Kriterien herausgegriffen werden, die isoliert als einziger Maßstab für den nächsten Fall gelten können.

Folgende Umstände werden daher in der Regel relevant sein:

- Dauer des einzelnen Vorhabens
- Konstruktiver Herstellungsaufwand, der zur Verwirklichung des Vorhabens betrieben wird
- Hintergrund/Motivzusammenhang der Tätigkeit
- Wiederholungsintensität

Anhand einer gesamthaften Erwägung dieser Umstände kann ermessen werden, ob eine Einrichtung „bloß vorübergehend“ ist. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass wenn einzelne Umstände geringer intensiv ausgeprägt sind, dafür andere mehr hervortreten können.

Beispielsweise wird bei einer Einrichtung, die vor dem Hintergrund eines sehr seltenen oder der Natur nach überhaupt einmaligem Ereignis (etwa: Ausrichtung der Fußball-Europameisterschaft durch Österreich) entsteht, eine längere Dauer und/oder ein höherer konstruktiver Aufwand verträglich sein können als bei einer Einrichtung, die von einem häufiger vorkommenden Ereignishintergrund (beispielsweise saisonale Ereignisse wie Jahreszeitenanlässe) motiviert ist. Ähnliches gilt für die Häufigkeiten: Je höher beispielsweise der konstruktive Aufwand ist, desto seltener wird das Vorhaben durchgeführt werden müssen, um noch von einer „bloß vorübergehenden“ Einrichtung sprechen zu können. Oder etwa je häufiger die Einrichtung erscheint, desto kürzer wird die Dauer des einzelnen Vorhabens sein müssen.

Die Betrachtung hat somit in einer Gesamtwürdigung alle relevanten Umstände einzuschließen, wobei der Grundsatz gilt, dass je intensiver oder häufiger ein relevanter Umstand zum Tragen kommt, desto weniger intensiv oder häufig müssen die anderen Umstände ausgestaltet sein, damit in einer Gesamtschau noch das Ergebnis einer bloß vorübergehenden Einrichtung vertretbar ist.

## 23. (Wien) Umfang der Kundmachungen gemäß § 77a Abs. 7 GewO 1994

Seit 18. Mai 2018 lautet § 77a Abs. 7 wie folgt:

(7) Die Behörde hat in einer in der betroffenen Gemeinde verbreiteten periodisch erscheinenden Zeitung und im Internet bekannt zu geben, dass die Entscheidung über die Genehmigung einer IPPC-Anlage innerhalb eines bestimmten, mindestens sechs Wochen betragenden, Zeitraums bei der Behörde während der Amtsstunden zur Einsichtnahme aufliegt. Diese Bekanntgabe hat auch Angaben über das Verfahren zur Beteiligung der Öffentlichkeit zu enthalten. Der Inhalt der Entscheidung ist der Öffentlichkeit jedenfalls auch im Internet (Weblink) zugänglich zu machen; dies gilt auch für Bescheide gemäß § 81b. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind zu wahren.

Aus dem vorletzten Satz, der neu angefügt wurde, ergibt sich nun, dass der "Inhalt der Entscheidung" der Öffentlichkeit auch im Internet zugänglich zu machen ist.

Daraus leitet sich die Frage ab, ob unter dem hier verwendeten Begriff des „Inhaltes der Entscheidung“ der gesamte, vollständige Bescheid samt Auflagen, Begründung, Verteilerliste und eventuell sogar Beilagen zu verstehen ist, der zu veröffentlichen wäre. Oder wird dieser Anforderung auch ausreichend entsprochen, wenn die verbale Kurzbeschreibung oder die (im Spruch festgehaltene) technische Beschreibung des Projektes und die Tatsache, dass dieses Projekt mit exakt bezeichnetem Bescheid und –gegebenenfalls - unter Vorschreibung von Auflagen und Bedingungen genehmigt wurde und der Bescheid samt Beilagen bei der Behörde zur Einsicht aufliegt, veröffentlicht wird.

Selbstverständlich wären auch bei dieser eher materiell-rechtlichen Sichtweise alle Angaben für das Verfahren zur Beteiligung der Öffentlichkeit enthalten.

Das Amt der Wiener Landesregierung sieht zur Erfüllung der Verpflichtungen aus der Aarhus-Konvention formal keine Notwendigkeit, den vollständigen Bescheid zu publizieren und schon gar nicht sämtliche Bescheidbeilagen ins Internet zu stellen. Zum Einen besteht die letztgenannte Anforderungen auch nicht bei allen sonstigen Parteien des Verfahrens, da gemäß § 353 GewO 1994 die Unterlagen nur vierfach vorzulegen sind und zum anderen kann Personen und Gruppierungen, die sich selber nicht am Verfahren beteiligt hatten, durchaus zugemutet werden, sich auf Grund der Veröffentlichung und Information im Internet soweit ein Bild zu machen, beurteilen zu können, ob eine nähere Akteneinsicht bei der Behörde erforderlich ist, um ein allfälliges Rechtsmittel zu erheben.

Schließlich bedeutet eine vollständige Publizierung im Internet im Bezug auf die Einhaltung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen einen enormen zusätzlichen Aufwand für die Behörde bei der Erstellung geeigneter, publizierbarer Inhalte.

Es wird daher ersucht, der Ansicht Wiens beizupflichten, dass mit dem Inhalt der Entscheidung im Sinne des § 77a Abs. 7 GewO 1994 nicht zwingend der gesamte Bescheid gemeint sein muss.

## **24. (Salzburg) Kundmachungen gemäß § 77a Abs. 7 GewO 1994**

Nach § 77a Abs. 7 3. Satz GewO 1994 ist der Inhalt der Entscheidung der Öffentlichkeit jedenfalls auch im Internet (Weblink) zugänglich zu machen. Es wird um Erfahrungsaustausch gebeten, wie dies in den anderen Bundesländern gehandhabt wird.

## Zu TOP 23 und 24:

Die beiden Tagesordnungspunkte wurden unter einem behandelt; der angeregte Erfahrungsaustausch wurde durchgeführt.

Aus Sicht des BMDW wurde Folgendes ausgeführt:

Derzeit läuft das EU-Pilot-Verfahren EUP(2017)9266 betreffend die Umsetzung der Richtlinie 2010/75/EU über Industrieemissionen (kurz: IE-R). In diesem Verfahren wird Österreich vorgeworfen, die IE-R unter anderem im Bereich des Gewerberechts nicht bzw. nicht vollständig umgesetzt zu haben. Nicht wenige dieser Vorwürfe beziehen sich auf Art. 24 IE-R („Zugang zu Informationen und Beteiligung der Öffentlichkeit am Genehmigungsverfahren“).

Österreich hat die entsprechenden gewerberechtlichen Umsetzungsmaßnahmen verteidigt, da die RL-Bestimmungen nach Ansicht des BMDW einigen Interpretations- und Gestaltungsspielraum zulassen. Eine Rückmeldung der Europäischen Kommission auf die Stellungnahme Österreichs von Ende März 2018 ist noch nicht erfolgt. Letztendlich wird es von der Argumentationslinie der Kommission abhängen, ob die entsprechenden gewerberechtlichen Regelungen „halten“ oder ob bzw. wie sie zu ändern sein werden.

Mit der in diesem TOP angesprochenen Ergänzung des § 77a Abs. 7 GewO 1994 konnte nicht zugewartet werden, da sie durch den Fragebogen notwendig geworden sind, den die Mitgliedstaaten zur Erfüllung ihrer Berichtspflicht an die Europäische Kommission auszufüllen haben.

Die Regelung hat mit dem Materien-Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018, BGBl. I Nr. 32/2018 in die Gewerbeordnung 1994 Eingang gefunden - siehe dazu die Erläuterungen in der Regierungsvorlage 65dB XXVI.GP und den dort angesprochenen Durchführungsbeschluss 2012/795/EU vom 12. Dezember 2012 zur Festlegung, welche Art von Informationen die Mitgliedstaaten in welcher Form und mit welcher Häufigkeit für die Berichterstattung über die Umsetzung der Richtlinie 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über Industrieemissionen zu übermitteln haben, ABl. Nr. L 349 vom 19.12.2012 S. 57.

Konkret verlangt Anhang II Punkt 3.4.1 dieses Fragebogens den „Weblink zu allen aktiven Genehmigungen - wie in Art. 24 Abs. 2 IE-R vorgeschrieben“.

Ob der gesamte Bescheid zu veröffentlichen ist (ausgenommen jener Stellen, deren Veröffentlichung Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verletzen würde) oder nur bestimmte, und wenn ja welche Bescheidbestandteile, darüber geben weder Richtlinie noch Fragebogen Auskunft.

Das AWG 2002 idF des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 44/2018 hat im § 40 Abs. 1b und 1c hinsichtlich des Genehmigungsbescheids für IPPC-Anlagen folgenden Weg gewählt:

1. der Genehmigungsbescheid ist mindestens sechs Wochen bei der Behörde aufzulegen (die Auflage ist in geeigneter Form kundzumachen);
2. der Spruch der Genehmigung, die Bezeichnung des maßgeblichen BVT-Merkblatts, die Begründung der Genehmigung und allfällige Festlegungen weniger strenger Grenzwerte sind der Öffentlichkeit im edm zugänglich zu machen.

Sofern die Ausführungen der Kommission im eingangs angesprochenen Pilot-Verfahren überhaupt einer Interpretation zugänglich sind, dürften die unter Punkt 2 angeführten Veröffentlichungen den Vorstellungen der Kommission entsprechen oder zumindest nahekommen. Demnach müssen jedenfalls Spruch, Begründung, die Angabe, welches BVT-Merkblatt bzw. welche BVT-Merkblätter für die jeweilige Anlage maßgeblich sind, sowie allfällige Festlegungen weniger strenger Emissionsgrenzwerte iSd § 77a Abs. 3 GewO 1994 der Öffentlichkeit im Internet zugänglich sein.

Im gegebenen Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, dass der angesprochene Durchführungsbeschluss mittlerweile durch den Durchführungsbeschluss (EU) 2018/1135 der Kommission vom 10. August 2018, ABl. Nr. L 205 vom 14.08.2018 S. 40, abgelöst wurde. Der nun aktuelle Fragebogen verlangt die detaillierte Berichterstattung über jede einzelne IPPC-Anlage und geht über die bisherigen Fragebogen-Anforderungen weit hinaus. Das BMDW wird sich in Abstimmung mit dem für die Berichterstattung federführenden BMNT darum bemühen, den großen Aufwand, der mit der elektronischen Beantwortung der detaillierten Fragepunkte verbunden sein wird, so gering wie möglich zu halten.



## 25. (Niederösterreich) Aarhus-Konvention – Anwendung auf Verfahren nach der Gewerbeordnung 1994

Die Aarhus-Konvention (AK) ist ein Übereinkommen der Wirtschaftskommission für Europa (UNECE) über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren bzw den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten und wurde in Österreich 2005 ratifiziert. Die dritte Säule legt fest, dass "Mitglieder der Öffentlichkeit", sofern sie etwaige innerstaatlichen Kriterien erfüllen, sog NGOs, Zugang zu einem verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahren haben sollen, um den Verstoß gegen nationales Umweltrecht durch Privatpersonen oder Behörden anzufechten (Art. 9 Abs. 3). Dies wurde bereits im Bereich Wasser, Luft und Abfall (Abfallwirtschaftsgesetz, Immissionsschutzgesetz, Wasserrechtsgesetz) umgesetzt.

Die Öffentlichkeitsbeteiligung in Verfahren über die Zulassung von Tätigkeiten unterhalb der UVP- bzw. IPPC-Schwelle mit potenziell erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt ergibt sich aus dem Verständnis des EuGH. Die AK hat in Österreich den Rang eines einfachen Gesetzes und steht unter Gesetzesvorbehalt.

In einem gewerbebehördlichen (und naturschutzrechtlichen) Bewilligungsverfahren einer BVB wurde vom Antragsteller die Abwicklung des Verfahrens nach der AK gefordert. Von der BVB wurde daher auf der Anberaumung der mündlichen Verhandlung nachstehender Passus ergänzt:

„Sonst Beteiligte sind auch Umweltorganisationen, die gemäß § 19 Abs. 7 UVP-G 2000 anerkannt sind, mit dem Recht auf Einhaltung von Umweltschutzvorschriften im Verfahren, und Nachbarn im Sinne des § 75 Abs. 2 GewO 1994.“

Die Rechtsgrundlagen wurden ergänzt um:

„Art 9 Abs.2 und 3 Übereinkommen von Aarhus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten samt Erklärung (Aarhus-Konvention) Art 47 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh)“

Sind die Forderungen der AK nach Ansicht des BMDW in der Gewerbeordnung 1994 bereits ausreichend umgesetzt?

Sind in nächster Zeit noch legislative Änderungen in der Gewerbeordnung aufgrund der AK zu erwarten?

Sind Verfahren nach der geltenden Gewerbeordnung denkbar, wo die AK direkt zur Anwendung gelangt, wenn ja, reichen die angeführten Ergänzungen auf der Anberaumung der Verhandlung (wie angeführt) bzw. die Kundmachung gemäß § 356 GewO 1994 (analog IPPC-Anlagen) aus, um die Zustellfiktion für Umweltorganisationen zu gewährleisten?

Welche weiteren Veranlassungen – neben der Veröffentlichung des Bescheides – haben die BVB's noch zu treffen?

Welche Einwendungen von Umweltorganisationen wären in diesen Verfahren rechtserheblich und damit zulässig.

Im Hinblick auf Rechtssicherheit wird um Diskussion bzw. Klarstellung im Austausch mit dem BMDW und den anderen Bundesländern ersucht.

## Zu TOP 25:

Zunächst zu den hier im Zentrum der Betrachtung stehenden Bestimmungen der Aarhus-Konvention:

- Art. 6 Abs. 1 lit. a sieht das Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahren in IPPC- und in UVP-Angelegenheiten vor.
- Art. 6 Abs. 1 lit. b sieht die Öffentlichkeitsbeteiligung auch bei anderen Tätigkeiten vor, die eine erhebliche Auswirkung auf die Umwelt haben können, und zwar „in Übereinstimmung mit dem innerstaatlichen Recht“.
- Art. 9 Abs. 2 betrifft den Zugang zu Gerichten im Rahmen von Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahren.
- Art. 9 Abs. 3 sieht für Mitglieder der Öffentlichkeit zusätzlich Zugang zu verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahren vor, um Handlungen und Unterlassungen anzufechten, die gegen umweltbezogene Bestimmungen ihres innerstaatlichen Rechts verstoßen.

Über das IPPC und UVP betreffende Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahren (samt Zugang zu Gerichten) besteht weitestgehend Klarheit; die Regelungen sind, soweit bekannt, umgesetzt. Strittig, und daher nach derzeitigem Kenntnisstand in österreichischen Rechtsvorschriften noch nicht verankert sind die Themen „Öffentlichkeitsbeteiligung bei anderen Tätigkeiten, die eine erhebliche Auswirkung auf die Umwelt haben können“ und „zusätzliche Anfechtungsmöglichkeit von Handlungen und Unterlassungen, die gegen umweltbezogene Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts verstoßen“.

In der Rechtssache C-664/15 (Österr. Vorabentscheidungsersuchen iZm der WasserrahmenRL; Umweltorganisation „Protect“) vom 20. Dezember 2017 hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass Umweltorganisationen nicht die Möglichkeit genommen werden darf, die Beachtung der aus dem Unionsumweltrecht hervorgegangenen Rechtsvorschriften überprüfen zu lassen (RZ 47). Dies sei mit Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention iVm Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union unvereinbar.

Bereits in dem Vorgängerurteil C-243/15 vom 8. November 2016, das in der Literatur mit „Slowakischer Braunbär II“ bezeichnet wird, ist der EuGH zu der Erkenntnis gelangt, dass sich die in Art. 6 Abs. 1 lit. b der Aarhus-Konvention enthaltene Einschränkung „in Übereinstimmung mit dem innerstaatlichen Recht“ lediglich auf die Modalitäten der Öffentlichkeitsbeteiligung bezieht, nicht aber auf die Frage, welche Verfahren das betrifft (RZ 48).

Im Verfahren „Protect“ sagt der EuGH ausdrücklich, dass das Gericht das Verfahrensrecht in Bezug auf die Voraussetzungen, die für die Einleitung eines Überprüfungsverfahrens vorliegen müssen, so weit wie möglich im Einklang ... mit den Zielen von Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention ... auszulegen hat, um es einer Umweltorganisation ... zu ermöglichen, eine Entscheidung ... vor einem Gericht anzufechten - RZ 54. Sollte eine solche unionsrechtskonforme Auslegung nicht möglich sein, müsste das ... Gericht die nationale Verfahrensvorschrift ... in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit unangewendet lassen - RZ 55.

Die Erkenntnisse lassen viele Fragen offen, werden unterschiedlich interpretiert und sind bereits Gegenstand zahlreicher Überlegungen in der Literatur (siehe beispielsweise Schmelz/Cudlik/Holzer - „Von „Aarhus über Luxemburg nach Österreich - eine Orientierung“ ecolex 2018, S. 567 ff oder

Rametsteiner/Alge - „VwGH stärkt Rechtsschutz durch Aarhus-Konvention und EuGH-Rechtsprechung“ - RdU 2018, S. 137ff).

Schmelz/Cudlik/Holzer arbeiten heraus, dass

- die Interpretationen des EuGH (ausschließlich) für unionsrechtlich determinierte Rechtsmaterien gelten und dass
- zwischen Tätigkeiten, die erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt haben können, und anderen Tätigkeiten zu entscheiden ist;
- bei ersteren ist ein Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahren durchzuführen, bei zweiteren genügt ein gerichtliches Überprüfungsrecht (siehe auch „Protect“, RZ 62: „Die Beteiligung am umweltbezogenen Entscheidungsverfahren unterscheidet sich ... von einer gerichtlichen Anfechtung und hat auch eine andere Zielsetzung ..., da sich die gerichtliche Anfechtung gegebenenfalls gegen die am Ende dieses Verfahrens ergehende Entscheidung richten kann“).

Wie in der Anfrage zutreffend ausgeführt wird, hat das Bundesministerium für Nachhaltigkeit und Tourismus im Sommer 2018 das Aarhus-Beteiligungsgesetz 2018 der allgemeinen Begutachtung unterzogen. Betroffen sind das WRG 1959, das IG-L und das AWG 2002. Diese drei Gesetzesvorhaben befinden sich derzeit in parlamentarischer Behandlung (270 dB NR XXVI. GP). Als Gemeinsamkeit ist zu erkennen, dass sie sich „lediglich“ auf nach dem UVP-G 2000 anerkannte NGOs beziehen. Im Übrigen gehen die drei Materien unterschiedlicher Wege.

Im Sinne einer einheitlichen Vorgangsweise erachtet es das Wirtschaftsressort für zweckmäßig, den parlamentarischen Prozess abzuwarten und ausgehend von dem dort eingeschlagenen Weg zu prüfen, ob und gegebenenfalls welche Maßnahmen in der Gewerbeordnung 1994 erforderlich sind.

## **26. (Salzburg) Bioethanolanlage, Fragmentierung von Ausstattungen mit Blick auf Seveso-Schwellen**

Ein Betrieb plant auf dem Betriebsgelände eine Bioethanolanlage zu errichten. Bei Realisierung der Anlage würde der gesamte Betrieb, der bisher knapp unter der Seveso-Schwelle liegt, nunmehr unter das Seveso-Regime fallen. Das Unternehmen überlegt, zwei Sauerstofftanks, die derzeit noch Teil der Betriebsanlagen sind, außerhalb des Betriebsanlagengeländes zu situieren. Diese Tanks sollen von einem anderen Anlageninhaber betrieben werden. Der Betreiber stützt sich bei diesen Überlegungen auf die Begriffsbestimmung Art. 3 Z 1 der Seveso-RL 2012/18/EU und § 84b Z 1 GewO 1994, wonach ein "Seveso-Betrieb" ein unter der Aufsicht eines Betreibers bzw. eines Inhabers stehender Bereich (gewerbliche Betriebsanlage iSd § 74 Abs. 1) ist, in dem gefährliche Stoffe in einer oder in mehreren technischen Anlagen vorhanden sind, einschließlich gemeinsamer verbundener Infrastrukturen und Tätigkeiten.

Die Überlegung ist, durch die "Schaffung" von zwei Betrieben/Inhabern an zwei Standorten nicht unter das Seveso-Regime zu fallen.

Hier wird die Ansicht vertreten, dass es sich um eine Umgehung des Zwecks der Seveso-RL handelt. Laut Angaben der Betreiber sollen derartige „Lösungen“ in anderen Bundesländern aber bereits existieren.

Zu TOP 26:

Unter einem Betriebsinhaber ist begrifflich nichts Anderes zu verstehen als der Inhaber einer gewerblichen Betriebsanlage, und muss es sich bei einem Betrieb um eine örtlich gebundene Einrichtung handeln, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig zu dienen bestimmt ist (siehe *Gruber/Pallege-Barfuß, GewO<sup>7</sup>, Anm. 5 zu § 84b*). Sofern es sich also bei den „außerhalb des Betriebsgeländes von einem anderen Anlageninhaber betriebenen“ Tanks nicht um unselbständige Anlagenteile handelt, sondern um einen eigenständigen, dh. selbständig betreibbaren Betrieb, wird die dargestellte Vorgangsweise zur Kenntnis genommen werden müssen.

Dies auch im Hinblick darauf, dass Art. 3 Z 1 der Seveso III - RL, wie in der Anfrage zutreffend ausgeführt wird, bei der Definition des - dieser RL unterliegenden - Betriebs selbst auf den unter der Aufsicht eines (bestimmten) Betreibers stehenden Bereich abstellt.

## **27. (Wien) InhaberIn einer Betriebsanlage bei zusätzlichen EinmieterInnen in eine Betriebsanlage**

In Wien häufen sich Fälle und Anfragen, wonach sich kleinere Gewerbetreibende – meist „Start-Ups“ oder Ein-Personen-Unternehmen – in bestehende Betriebe und Betriebsanlagen einmieten (wollen), um entsprechend ihrem anfänglichen Bedarf einen geeigneten Standort für ihre ersten Schritte in der Selbständigkeit vorzufinden. Diese Jungunternehmerinnen und Jungunternehmer streben danach, zu Beginn ihrer Tätigkeit langfristige und belastende Investitionen zu vermeiden und von den Maschinen, den Geräten und Ausstattungen bestehender Gewerbetreibender zu profitieren.

In den meisten Fällen wird diese neue Selbständigkeit zusätzlich zur bestehenden Gewerbeinhabung ausgeübt und behält die bzw. der bestehende Gewerbetreibende und Vermieterin bzw. Vermieter in diesen Fällen üblicherweise auch die Anordnungsbefugnis, Verfügungsmacht und Verantwortung für die gesamte Betriebsanlage.

Bei gewissen örtlichen Situationen – im Besonderen bei reduziertem Platzbedarf in größeren Anlagenhallen – wird aber gelegentlich auch ein vollständiger Teil eines Betriebsareals oder einer Betriebshalle verpachtet.

Soweit sich auch im letztgenannten Fall die Betriebsanlageninhaberin bzw. -inhaber und Verpächterin bzw. Verpächter die Verfügungsmacht für die gesamte Anlage (vertraglich zugesichert) erhält, tendiert das Amt der Wiener Landesregierung dazu, in diesen Fällen trotz Anmeldung des Standortes an dieser Adresse durch die neue Unternehmerin bzw. den neuen Unternehmer eine Änderung in Bezug auf die InhaberInneneigenschaft für die gesamte Betriebsanlage nicht anzunehmen.

Es wird um Mitteilung ersucht, ob diese praxisnahe Rechtsansicht weiterhin zutreffend aufrechterhalten werden kann.

Zu TOP 27:

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich im Erkenntnis vom 15.12.2014, Ra 2014/04/0028, detailliert mit dem Begriff der Innehabung auseinandergesetzt und den Schluss gezogen, dass mit der Innehabung der Betriebsanlage die Möglichkeit der Bestimmung des in der Betriebsanlage ausgeübten faktischen Geschehens angesprochen wird.

Die Möglichkeit zur Bestimmung des faktischen Geschehens kann im Einzelfall auch durch das Vertragsverhältnis (mit einem Mieter oder Pächter) bestimmt sein - siehe Stolzelechner/Wendl/Bergtaler, Die gewerbliche Betriebsanlage (2016) RZ 384 Punkt 3.2., in dem auf das angesprochene Erkenntnis Bezug genommen wird.

Diese Auffassung steht der von Wien dargelegten Rechtsansicht nicht im Weg.

## 28. (Niederösterreich) Anwendung des § 360 Abs. 1a GewO 1994

Besteht der Verdacht einer Übertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 1, 2 oder 3, hat die Behörde gemäß § 360 Abs. 1 GewO 1994 unabhängig von der Einleitung eines Strafverfahrens, den Anlageninhaber mit Verfahrensordnung zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes innerhalb einer angemessenen, von der Behörde zu bestimmenden Frist aufzufordern. Kommt der Anlageninhaber dieser Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist nicht nach, so hat die Behörde mit Bescheid die Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes jeweils notwendigen Maßnahmen zu verfügen.

Gemäß § 360 Abs. 1a GewO 1994 hat in den Fällen des Verdachts einer Übertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 2 oder Z 3 oder § 367 Z 25 ein Bescheid gemäß Abs. 1 nicht zu ergehen, wenn und solange im konkreten Einzelfall

1. für die Behörde keine Bedenken vom Standpunkt des Schutzes der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen oder der Vermeidung von Belastungen der Umwelt (§ 69a) hervorkommen, und
2. innerhalb einer von der Behörde gleichzeitig mit der Verfahrensordnung gemäß Abs. 1 bestimmten, angemessenen und nicht erstreckbaren Frist ein diesem Bundesgesetz entsprechendes Ansuchen (§ 353) um die erforderliche Genehmigung eingebracht und sodann auf Grund dieses Ansuchens ein entsprechender Genehmigungsbescheid erlassen wird.

Lediglich Z 2 leg. cit. verweist auf die Verfahrensordnung gemäß § 360 Abs. 1 GewO 1994.

Hat die Behörde bei Erlassung einer Verfahrensordnung gemäß § 360 Abs. 1 iVm § 360 Abs. 1a GewO 1994 (mit Frist für die Einbringung eines entsprechenden Ansuchens) auch bereits zu prüfen, ob Bedenken vom Standpunkt der Schutzinteressen des §§ 74 Abs. 2 oder 69a GewO 1994 bestehen?

Nach ha Rechtsansicht ist bei der Aufforderung mittels Verfahrensordnung bei Verdacht einer Übertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 2, 3 oder § 367 Z 25 GewO lediglich § 360 Abs. 1a Z 2 GewO 1994 zu berücksichtigen dh eine Frist für die Einbringung eines entsprechenden Ansuchens zu vergeben. Erst nach Einlangen des entsprechenden Antrags innerhalb der vergebenen Frist, ist von der Behörde zu prüfen, ob Bedenken betreffend die Schutzinteressen des § 74 Abs. 2 oder § 69a GewO 1994 bestehen. Bestehen keine Bedenken, so hat kein Bescheid zu ergehen.

Die Behörde müsste auch bei fristgerechter Antragstellung – bei Bedenken betreffend die Einhaltung der Schutzinteressen – mit Bescheid nach § 360 Abs. 1 GewO 1994 die zur Herstellung des rechtsordnungsgemäßen Zustandes jeweils notwendigen Maßnahmen verfügen. Aus dem Gesetz ist nicht ableitbar (da nur § 360 Abs. 1a Z 2 auf die Verfahrensordnung gemäß § 360 Abs. 1 verweist), dass die Behörde bereits bei Erlassung der Verfahrensordnung zu prüfen hat, ob Bedenken hinsichtlich der Schutzinteressen bestehen und im Falle von Bedenken keine Frist gemäß Abs. 1a (für die Einbringung eines entsprechenden Antrages) setzt, sondern lediglich eine Verfahrensordnung nach Abs. 1 erlässt.

Wird diese Rechtsansicht geteilt?



## Zu TOP 28:

Die in den Ziffern 1 und 2 des § 360 Abs. 1a GewO 1994 genannten Maßgaben müssen kumulativ erfüllt werden, damit die in dieser Bestimmung vorgesehenen Rechtsfolgen ausgelöst werden. Die Pflicht der Behörde zu prüfen, ob Bedenken im Sinne des § 360a Abs. 1a Z 1 hervorkommen, besteht daher gleichzeitig mit der Erlassung einer angemessenen Frist im Sinne des § 360 Abs. 1a Z 2 GewO 1994.

Bei Bestimmungen, die diverse Sachverhaltselemente zu einem materiellen und verfahrensrechtlichen Gesamten verbinden, ist es weder erforderlich noch sinnvoll, in jeder einzelnen Aufzählung der einzelnen Sachverhaltselemente sämtliche anderen Sachverhaltselemente zu wiederholen. Insofern spielt es auch keine Rolle, dass die Z 1 sich mit den materiellen Komponenten des Sachverhalts befasst und die Z 2 die formellen Vorgehensweisen der Behörde aufgrund dieses Sachverhalts regelt. Die beiden Bestimmungen sind durch das Wort „und“ deutlich dazu verbunden, dass die formelle Vorgehensweise, welche die Behörde einzuhalten hat, aufgrund der materiellen Sachverhaltsfeststellung zu erfolgen muss.

Es ist also - in den gemäß § 360 Abs. 1a Einleitungssatz GewO 1994 genannten Fällen - bei einer Verfahrensordnung gemäß § 360 Abs. 1 GewO 1994 gleichzeitig zu prüfen:

- ob Bedenken im Sinne des § 360 Abs. 1a Z 1 GewO 1994 hervorkommen (das Wort „hervorkommen“ wurde vom Gesetzgeber bewusst gewählt; es kommt also darauf an, dass die Umstände, die zu Bedenken führen, sicht- und erkennbar sind - nicht aber hingegen darauf, dass die Behörde nicht hervorgekommene Umstände solange sucht, bis sie ausschließen kann, dass solche auch nicht „bestehen“)
- und - falls Umstände im Sinne der Z 1 nicht hervorgekommen sind - wie lange die Frist bemessen sein sollte, um als angemessen für das Einbringen eines Genehmigungsantrages im Sinne der Z 2 zu gelten.

Sofern aber in der Amtshandlung, die bei Erlassen der Verfahrensordnung gemäß § 360 Abs. 1 GewO 1994 geführt wird, gleichzeitig hervorkommt, dass die Anforderung des § 360a Abs. 1a Z 1 GewO 1994 nicht erfüllt ist, kann die Behörde auch keine Fristsetzung gemäß § 360 Abs. 1a Z 2 GewO 1994 verfügen.

In jedem Fall hat aber die Behörde die Umstände des § 360 Abs. 1a Z 1 GewO 1994 gleichzeitig mit der Verfahrensordnung gemäß § 360 Abs. 1 GewO 1994 zu prüfen.

Ohne diese gleichzeitige Prüfung könnte die Behörde niemals rechtlich einwandfrei die Pflicht erfüllen, die Fristsetzung gemäß § 360 Abs. 1a Z 2 GewO 1994 gleichzeitig mit der Verfahrensordnung gemäß § 360 Abs. 1 GewO 1994 zu verfügen oder von der gleichzeitigen Verfügung Abstand zu nehmen, da sie bei Versäumen dieser gleichzeitigen Prüfung gar keine Kenntnis hätte, ob das Verfügen einer Frist gemäß § 360 Abs. 2 Z 2 GewO 1994 überhaupt materiell zulässig ist. Die Behörde hätte in diesem Fall eine an materielle Voraussetzungen gebundene Verfügung prozedural wirksam vorgenommen oder unterlassen, ohne die materiellen Voraussetzungen überhaupt geprüft zu haben und damit ihr Handeln - unabhängig davon, ob sie die Verfügung auf solcher nicht vorhandenen Basis erlässt oder unterlässt - mit Rechtswidrigkeit belastet.

# IV. Verwaltungsverfahren und Gewerbeausübung durch Ausländer

## 29. (Niederösterreich) § 87 Abs. 8 GewO 1994 – Mitteilung von Gewerbeausschlussgründen durch das Strafgericht

Nach § 87 Abs. 8 GewO 1994 hat das Strafgericht die Behörde von den einen Entziehungstatbestand gemäß Abs. 1 Z 1 (Ausschlussgründe gemäß § 13 Abs. 1 oder 2 GewO 1994) bildenden rechtskräftigen Verurteilungen unverzüglich zu verständigen. Im Kommentar zur GewO, Gruber/Paliego-Barfuß, GewO<sup>7</sup> § 87 (Stand 1.10.2017, rdb.at), heißt es dazu, dass eine entsprechende Mitteilungspflicht der Strafgerichte nach § 402 StPO besteht und die GewO mit dieser Verpflichtung harmonisiert wurde.

§ 402 StPO besagt:

„Ist in einem Strafurteil auf den Verlust eines Rechtes erkannt worden oder ist in einem Gesetz vorgesehen, dass die Verurteilung einen solchen Verlust nach sich zieht oder nach sich ziehen kann, so hat das Strafgericht die rechtskräftige Verurteilung der in Betracht kommenden Stelle bekanntzumachen. Sofern dieser Stelle nicht schon nach anderen gesetzlichen Bestimmungen eine Urteilsausfertigung zugestellt werden muss, ist ihr eine solche Ausfertigung auf ihr Ersuchen zu übersenden.“

In der Praxis werden die Gewerbebehörden über derartige Verurteilungen nicht informiert (iSv § 87 Abs. 8 GewO 1994), auf Ersuchen (beispielsweise in einem Nachsichts- oder Entziehungsverfahren) werden die Urteile aber übersendet. So kommt es natürlich immer wieder zu Fällen, in denen Gewerbeausschlussgründe, die nach der Gewerbebeanmeldung entstanden sind, den Gewerbebehörden nicht oder erst sehr spät bekannt werden.

Um allenfalls erforderliche Entziehungsverfahren zeitgerecht bzw. überhaupt führen zu können, wäre daher eine Information iSd § 87 Abs. 8 GewO 1994 erforderlich.

Um Erfahrungsaustausch hinsichtlich der Vollzugspraxis der Behörden wird ersucht.

Zu TOP 29:

Die Verpflichtung des Strafgerichtes, die Gewerbebehörde von den einen Entziehungstatbestand gemäß § 87 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 bildenden rechtskräftigen Verurteilungen unverzüglich zu informieren, ist sowohl in § 87 Abs. 8 GewO 1994 als auch im § 402 StPO festgelegt.

Die Aufsicht über die Einhaltung dieser Gesetzesbestimmungen obliegt dem Justizressort. Sofern die Gewerbebehörden in der Regel nicht von den Strafgerichten entsprechend informiert werden, wird vom ho. Bundesministerium an das Justizressort mit dem Ersuchen herangetreten werden, die den Strafgerichten in den §§ 87 Abs. 8 GewO 1994 und 402 StPO auferlegte Verpflichtung in Erinnerung zu rufen.

### **30. (Niederösterreich) § 371c GewO 1994 – Beraten statt strafen**

Mit der Änderung der GewO 1994 vom 17.07.2017 (BGBl. I Nr. 96/2017) ist der § 371c und damit eine Bestimmung zu „Beraten statt Strafen“ geschaffen worden. Bei Feststellen einer Übertretung ist zukünftig auf die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Gewerbetreibenden abzustellen. Es handelt sich, dem Wortlaut folgend, um eine zwingende Bestimmung (siehe hierzu auch das Protokoll der Bundesgewerbereferententagung 2017 in Ehrenhausen). Weder Erläuterungen noch einheitliche Kriterien sind vorhanden.

Nach ha Rechtsmeinung soll bei leichten Vergehen, bei denen keine Gefährdungen hinsichtlich Sachgütern und Personen oder sonstige Folgen entstanden sind, der Anlageninhaber aufgefordert werden, den gesetzmäßigen Zustand herzustellen. Dies inkludiert auch eine Information über die zu treffenden Maßnahmen („beraten“). Wird die Maßnahme fristgerecht realisiert, erübrigt sich ein Verwaltungsstrafverfahren. Die Prüfung, ob § 371c GewO 1994 zur Anwendung gelangt, erfolgt durch den Juristen der Anlagenabteilung. Oft wird dies durch einen Aktenvermerk festgehalten bzw. in der Verhandlungsniederschrift vermerkt. Ist diese Dokumentation ausreichend oder ist die Behörde verpflichtet, den „Beschuldigten“ schriftlich unter Angabe des festgestellten Sachverhalts aufzufordern, innerhalb einer angemessenen Frist den den Verwaltungsvorschriften und behördlichen Verfügungen entsprechenden Zustand herzustellen oder ist der Aktenvermerk bzw. der Vermerk in der Niederschrift über die erfolgte Beratung durch den Anlagenjuristen/Sachbearbeiter als Verfolgungshandlung iSd Verwaltungsstrafgesetzes 1991 zu sehen?

Aus ha Sicht gilt die schriftliche Aufforderung als Verfolgungshandlung gemäß § 32 Abs. 2 und 3 VStG. Dabei ist zu beachten, dass an die Verfolgungshandlung gemäß § 32 Abs. 2 VStG dieselben Anforderungen zu stellen sind, wie an die Tatumschreibung im Spruch des Straferkenntnisses nach § 44a Z 1 VStG. Die schriftliche Aufforderung kann nur dann als Verfolgungshandlung gelten, wenn die Anforderungen des § 44a Z 1 VStG erfüllt sind. Wird innerhalb dieser angemessenen Frist, der gesetzeskonforme Zustand hergestellt (z.B. Auflage erfüllt, etc.), dann ist eine weitere Verfolgung nicht zulässig, das heißt, es ist kein Strafantrag zu stellen.

Wird dieser Ansicht zugestimmt? Um Diskussion über die praktische Durchführung und Erfahrungsaustausch mit den anderen Bundesländern wird ersucht.

### Zu TOP 30:

Das Erfordernis der schriftlichen Aufforderung gemäß § 371c Abs. 1 GewO 1994 wird jedenfalls durch Aufnahme in die Niederschrift erfüllt sein.

Das Festhalten in einem bloß internen Aktenvermerk wird hingegen nicht genügen, sofern der Inhaber tatsächlich an Ort und Stelle bloß mündlich beraten wurde und ansonsten kein dokumentierter Vorgang erfolgt ist, der darüber Aufschluss gibt, ob dem Inhaber auch schriftlich der vorgehaltene Sachverhalt samt entsprechender Aufforderung im Sinne einer Beratung erteilt wurde. Es besteht aber auch kein besonders strikter Formzwang, was die Erledigungsform betrifft; sofern die entscheidenden Inhalte, die für eine wirksame Verfolgungshandlung erforderlich sind und die das Substrat jener konkreten Handlungen oder Unterlassungen bilden, für die - bei Herstellen des rechtsgemäßen Zustandes - ein Verfolgungshindernis gemäß § 371c Abs. 2 GewO 1994 eintritt, ausreichend in einem Aktenvermerk erfasst sind und dieser Aktenvermerk dem Inhaber auch schriftlich zugeht, kann auch ein Aktenvermerk genügen.

Das Dokumentieren in der Niederschrift erscheint insgesamt aber als die einfachere und zuverlässigere Methode zum Vollzug des § 371c GewO 1994 als das schriftliche Übermitteln von Aktenvermerken. Aber auch gesonderte schriftliche Aufforderungen mit Erledigungsschreiben der Behörde sind möglich.

Insoweit in der Anfrage ein allgemeines Maß beschrieben ist, nach dem im Land Niederösterreich bei Übertretungen vorgegangen werden soll, erscheint dieses Maß grundsätzlich vertretbar und angemessen und kann diese Rechtsmeinung daher aus Sicht des BMDW geteilt werden.

## **31. (Niederösterreich) Verhältnis des § 371c zu § 360 Abs. 1**

### **GewO 1994**

Kann in den Fällen einer Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z 2 oder 3 oder nach § 367 Z 25 GewO 1994 eine – ohnedies obligatorisch zu erlassende - Verfahrensordnung nach § 360 Abs. 1 (welche in der Regel schriftlich ergeht) als „Aufforderung“ im Sinne des § 371c Abs. 1 angesehen werden?

Im Falle der fristgerechten Entsprechung hätte die Behörde sowohl von der bescheidmäßigen Verfügung gewerbepolizeilicher Maßnahmen nach § 360 Abs. 1 abzusehen (bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 360 Abs. 1a) als auch von der weiteren (verwaltungsstrafrechtlichen) Verfolgung wegen jener Übertretungen, betreffend welche der den Rechtsvorschriften und behördlichen Verfügungen entsprechende Zustand hergestellt worden ist (ebenfalls bei Vorliegen der im § 371c normierten Voraussetzungen).

Oder ist davon auszugehen, dass bei einer negativen Prognose im Sinne des § 360 Abs. 1a (insb. bei vorhandenen Bedenken vom Standpunkt der Schutzinteressen des § 74 Abs. 2) auch die Intensität der Beeinträchtigung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes als „nicht gering“ im Sinne des § 371c Abs. 3 (Erwartung nachteiliger Auswirkungen auf Personen oder Sachgüter) qualifiziert werden muss?

Bei Gegenüberstellung dieser beiden Bestimmungen erscheint somit das Anlegen eines vergleichbaren Beurteilungsmaßstabes ha. als durchaus vertretbar.

Wird diese Sichtweise geteilt?

### Zu TOP 31:

Grundsätzlich behandelt § 360 GewO 1994 den Bereich der administrativen Sicherungsmaßnahmen und sind solche Sicherungsmaßnahmen keine Strafen. § 371c GewO 1994 befasst sich hingegen mit dem Verwaltungsstrafverfahren, das seinerseits kein Ersatz für administrativer Sicherungsmaßnahmen an Ort und Stelle ist, auch wenn selbstverständlich das Verwaltungsstrafrecht im Sinne der damit beabsichtigten Präventivwirkung auch den Zweck hat, die Neigung zu rechtstreuem Verhalten und das Unterlassen rechtlich verpöner Verhaltensweisen zu fördern.

Es besteht daher kein direktes Verhältnis zwischen § 360 Abs. 1 GewO 1994 und § 371c GewO 1994, da diese Bestimmungen unterschiedliche Bereiche hoheitlichen Administrativhandelns zum Gegenstand haben.

Von der Problematik der Verbindung behördlicher Akte mit unterschiedlichen Zielrichtungen, die sich nicht zuletzt auch in unterschiedlicher Vertretbarkeit der Erstreckung eingeräumter Fristen manifestieren, einmal abgesehen, wird aber auch auf die Diskrepanz zwischen den Wertungsgewichten, der den beiden Bestimmungen zugrunde liegt, hingewiesen. Wenn nämlich die Intensität der Beeinträchtigung des vom Strafrecht geschützten Gutes so gering ist, dass eine Vorgehensweise im Sinne des § 371c GewO 1994 erfolgen kann, dann stellt sich die Frage, aus welchem Grund administrative Sofortmaßnahmen im Sinne des § 360 GewO 1994 erforderlich sind, deren wesentlicher Hintergrund primär das Abstellen von Gefahren ist. Dieses Wertungsgewichtsdilemma entstände aber auch umgekehrt; wenn also Sofortmaßnahmen im Sinne des § 360 GewO 1994 erforderlich sind und damit ein abzuwehrendes Gefahrenpotential erkennbar ist, dann erschiene es widersprüchlich, dennoch eine so geringe Intensität der Beeinträchtigung geschützter Rechtsgüter anzunehmen, dass eine Vorgehensweise gemäß § 371c GewO 1994 noch vertretbar ist.

Wenn es daher zwar auch theoretisch zumindest verfahrensrechtlich möglich wäre, dass eine Behörde beide Vorgehensweisen gleichzeitig wählt und eine Verfahrensordnung gemäß § 360 Abs. 1 GewO 1994 so fasst, dass sie auch als verfahrensmäßige Vorgehensweise gemäß § 371c GewO 1994 qualifiziert sein könnte, so erscheint es bei materieller Betrachtung doch eher ausgeschlossen, dass eine Verwaltungsübertretung so begangen werden kann, dass sie gleichzeitig die Geringfügigkeitsanforderungen des § 371c GewO 1994 erfüllt und trotzdem eine behördliche Administrativmaßnahme zur Gefahrenabwehr im Sinne des § 360 GewO 1994 erforderlich macht.

## **32. (Salzburg) Vorsitzende von Prüfungskommissionen – Bestellung/Nichtbestellung**

Gemäß § 351 Abs. 3 GewO 1994 sind die Vorsitzenden von Prüfungskommissionen vom Landeshauptmann mit Bescheid zu bestellen. Davor ist die Funktion des Vorsitzenden öffentlich in geeigneter Weise auszuschreiben. Das Ausschreibungs- und Auswahlverfahren ist vom Leiter der Meisterprüfungsstelle durchzuführen. Laut den Erläuterungen zur GewO Novelle BGBl. I Nr. 94/2017 hat die Bestellung als „öffentlich-rechtlicher Bestellungsakt“ mittels Bescheid zu erfolgen.

Es stellt sich die Frage, ob im Fall einer Nichtberücksichtigung einer Bewerbung, zB mangels Erfüllung einer gesetzlichen Voraussetzung oder mangels Bedarf, ein negativer Bescheid zu erlassen ist oder ob eine formlose Verständigung des Bewerbers durch die Meisterprüfungsstelle ausreicht.

Nach ha. Meinung ist kein Bescheid zu erlassen, da aus den Formulierungen im gesamten § 351 kein Rechtsanspruch auf eine Bestellung zum Vorsitzenden bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen abgeleitet werden kann. Außerdem kann e contrario zur Vorgangsweise bei der Bestellung von Beisitzern argumentiert werden: Gemäß § 351 Abs. 5 vorletzter und letzter Satz GewO 1994 können Personen mit Interesse an der Prüfertätigkeit bei der Meisterprüfungsstelle einen Antrag auf Eintragung in die Liste der Beisitzer stellen; diesem Ansuchen ist stattzugeben, wenn die betreffende Person über die Voraussetzungen gemäß Abs. 4 verfügt. Auf Verlangen ist über die Nicht-Eintragung mit Bescheid zu entscheiden.

Für Vorsitzende besteht keine derartige Regelung.

Sollte ungeachtet dieser Argumente die Erlassung auch eines negativen Bescheides für notwendig erachtet werden, so wäre auch zu klären, wer dafür zuständig ist.



Zu TOP 32:

Der in der Anfrage dargelegten Rechtsansicht wird beigeplichtet.

Nach den Bestimmungen der GewO 1994 besteht kein Rechtsanspruch auf Bestellung zum Vorsitzenden der Prüfungskommission. Ebenso kommt den Bewerbern im Auswahlverfahren keine Parteistellung zu. Der Wortlaut des § 351 Abs. 3 GewO 1994 bietet keinen Anhaltspunkt für die Auffassung, der Gesetzgeber habe mit der Gestaltung des der Bestellung zum Vorsitzenden der Prüfungskommission vorausgehenden Verfahrens über das ausschließlich im öffentlichen Interesse gelegene Ziel der Bestellung mit dem hierfür am besten geeigneten Kandidaten hinaus die Parteistellung bestimmter Kandidaten begründen wollen (siehe Erkenntnis des VfGH vom 30.11.1995, Zl. B665/94).

Da im § 351 Abs. 3 GewO 1994 ein Antragsrecht nicht vorgesehen ist, ist im Fall einer Nichtberücksichtigung einer Bewerbung kein Bescheid zu erlassen.

Im § 351 Abs. 5 GewO 1994 wird Personen mit Interesse an der Prüfertätigkeit bei der Meisterprüfungsstelle ausdrücklich das Recht auf Stellung eines Antrages in die Liste der Beisitzer eingeräumt. Anders als im § 351 Abs. 3 GewO 1994 kommt hier dem Bewerber die vom Gesetz vorgesehene Parteistellung zu.

### **33. (Burgenland) Insolvenzeröffnung – Tätigkeit des Gewerbeinhabers**

In der Gewerbeordnung 1994 stellt die Insolvenzeröffnung selbst keinen Gewerbeausschlussgrund dar. Anders ist dies beispielsweise bei den Rechtsanwälten (§ 34 RAO), wo die Insolvenzeröffnung zur sofortigen Erlöschung der Berufsbefugnis führt, ebengleiches gilt auch bei Notaren (§ 19 NO). Auch bei den Ziviltechnikern wird eine vorläufige Untersagung angeordnet (§ 17 ZTG) die Insolvenzeröffnung zum Erlöschen der Berufsbefugnis.

Frage: Ist daher davon auszugehen, dass auch bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens der Gewerbeinhaber tatsächlich tätig sein kann? Beim Fortbetriebsrecht der Insolvenzmasse, vertreten durch den Insolvenzverwalter, darf der GI aufgrund insolvenzrechtlicher Bestimmungen das Gewerbe nicht ausüben.

### Zu TOP 33:

Im Erkenntnis des VwGH vom 17.04.2012, Zl. 2011/04/0201, wird festgehalten, dass „in jenen Fällen, in denen das Insolvenzgericht die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bewilligt hat, ein Widerspruch zwischen der GewO 1994 und den Zielsetzungen der IO schon deshalb nicht bestehen würde, weil in diesem Fall die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Entziehung nach § 87 Abs. 1 Z 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 3 GewO 1994 nicht vorliegen. Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, sei es in Form eines Sanierungsverfahrens, sei es in Form eines Konkursverfahrens, bildet nämlich (abgesehen vom Gewerbe der Versicherungsvermittler: vgl. § 13 Abs. 4 GewO 1994 sowie damit korrespondierend § 87 Abs. 2 GewO 1994) weiterhin keinen Gewerbeausschlussgrund nach § 13 Abs. 3 GewO 1994.“

Durch das Insolvenzänderungsgesetz 2010 ist die Doppelseitigkeit von Konkurs und Ausgleich abgeschafft worden. Es gibt keine Konkurs- und Ausgleichsordnung mehr, sondern nur noch eine einheitliche Insolvenzordnung (IO). Dennoch gibt es Unterschiede. Liegt bei Verfahrenseröffnung ein tauglicher Sanierungsplan mit einer Quote von mindestens 30% vor, behält der Unternehmer die Eigenverantwortung unter Überwachung eines sogenannten Sanierungsverwalters. Mangelt es bei der Verfahrenseröffnung an einem qualifizierten Sanierungsplan, wird ein normales Insolvenzverfahren eröffnet und ein Insolvenzverwalter bestellt, dessen Befugnisse jenen eines Masseverwalters entsprechen. Im Laufe des Verfahrens kann der Unternehmer noch immer einen Sanierungsplan mit einer Quote von 20% beantragen. Ansonsten kommt es zur Verwertung des Vermögens durch den Insolvenzverwalter mit anschließender Ausschüttung der Konkursquote an die Gläubiger.

Dementsprechend darf bei einem normalen Insolvenzverfahren der Gewerbeinhaber das Gewerbe nicht ausüben. Im Falle eines Sanierungsverfahrens steht hingegen dem Gewerbeinhaber das Recht zur Gewerbeausübung weiterhin zu. In dem gegebenen Zusammenhang wird auf § 44 GewO 1994 verwiesen, in dem nur der Insolvenzverwalter, nicht aber der Sanierungsverwalter aufgeführt ist.

## **34. (Niederösterreich)§ 39 Abs. 2 GewO 1994 – Anordnungsbefugnis des gewerberechlichen Geschäftsführers**

Auf der Internetseite des Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort unter [www.help.gv.at](http://www.help.gv.at) wird zur Geschäftsführerbestellung ausgeführt, dass lediglich eine Erklärung betreffend Gewerbeausschlussgründe gemäß § 13 GewO 1994 für natürliche Personen vorzulegen ist, wenn der gewerberechliche Geschäftsführer bzw. die gewerberechliche Geschäftsführerin zu Vertretung nach außen berufen ist. Besteht diese Vertretungsbefugnis nach außen nicht, sind zusätzlich die Erklärungen für gewerberechliche Geschäftsführer gemäß § 39 GewO 1994 und für Gewerbeanmelder bzw. Bewilligungswerber gemäß § 39 GewO 1994 anzuschließen. Daraus folgt, dass gewerberechliche Geschäftsführer und Geschäftsführerinnen, die gleichzeitig auch nach außen vertretungsbefugt sind (z.B. handelsrechliche Geschäftsführer und Geschäftsführerinnen) keine Erklärungen gemäß § 39 GewO 1994 vorzulegen haben.

Die Bestimmung des § 39 GewO 1994 verlangt, dass der Geschäftsführer in der Lage sein muss, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen, und insbesondere eine dem Abs. 1 dieser Bestimmung entsprechende, selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen muss. Er muss der Erteilung der Anordnungsbefugnis und seiner Bestellung nachweislich zugestimmt haben.

Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob durch eine unternehmensrechlich begründete und nach außen wirkende Vertretungsbefugnis gewährleistet wird, dass eine „entsprechende Betätigung“ und eine „selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis“ gegeben ist und ob dadurch auch sichergestellt ist, dass der gewerberechliche Geschäftsführer bzw. die gewerberechliche Geschäftsführerin der Erteilung der Anordnungsbefugnis und der Bestellung nachweislich zugestimmt haben. Dies ist nach ha. Rechtsmeinung nicht der Fall.

Die an den gewerberechlichen Geschäftsführer und die gewerberechliche Geschäftsführerin gerichteten zusätzlichen Voraussetzungen des § 39 Abs. 2 GewO 1994 sind u.a. die tatsächliche Betätigungsmöglichkeit, die Anordnungsbefugnis und die ausdrückliche Zustimmung zur Bestellung. Diese Voraussetzungen sind nicht zwingend mit der unternehmensrechlichen begründeten und nach außen gerichteten Vertretungsbefugnis verbunden. Der gesetzliche Vertreter bzw. die gesetzliche Vertreterin einer juristischen Person stimmen mit der Bestellung in diese Funktion nicht gleichzeitig auch der Bestellung zum gewerberechlichen Geschäftsführer bzw. zur gewerberechlichen Geschäftsführerin zu. Eine zwingende Anordnungsbefugnis ist damit nicht verbunden. Schon gar nicht kann daraus eine dem Gesetz entsprechende Betätigungsmöglichkeit abgeleitet werden.

Nach ha. Rechtsmeinung sind die Erklärungen gemäß § 39 GewO 1994 auch dann erforderlich, wenn eine nach außen gerichtet Vertretungsbefugnis besteht. Wird diese Rechtsmeinung geteilt?

Zu TOP 34:

Der in der Anfrage dargelegten Rechtsansicht wird beigeplichtet.

Der handelsrechtliche Geschäftsführer haftet der Gesellschaft gegenüber allgemein mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 25 Abs. 1 GmbHG). Zentrale Obliegenheit jedes handelsrechtlichen Geschäftsführers ist die fachlich einwandfreie Leitung der Gesellschaft. Dies reicht von der Entwicklung sachgerechter Grundsätze der Geschäftspolitik bis hin zur Einrichtung entsprechender Kontrollmechanismen. Mit diesen Aufgaben ist zwar ein Weisungsrecht an die Mitarbeiter der Gesellschaft verbunden, doch kann dieses im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschlüsse der Gesellschafter ausgeschlossen oder eingeschränkt werden.

Demnach kann nicht von vornherein davon ausgegangen werden, dass ein handelsrechtlicher Geschäftsführer eine Anordnungsbefugnis im Sinne des § 39 Abs. 2 GewO 1994 besitzt. Dies gilt daher auch für die nach der genannten Gesetzesbestimmung erforderliche entsprechende Betätigungsmöglichkeit. So wird etwa ein handelsrechtlicher Geschäftsführer, der sich nicht regelmäßig im Betrieb aufhält, vor allem bei den sensiblen Gewerben diesem Erfordernis nicht gerecht.

Eine Gesellschaft, die ihren handelsrechtlichen Geschäftsführer zum gewerberechtlichen Geschäftsführer bestellt hat, wird daher mit der Gewerbeanmeldung zum Nachweis der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 39 Abs. 2 GewO 1994 die entsprechenden Erklärungen des Geschäftsführers vorzulegen haben.

## **35. (Wien) Datum der Ausübungsberechtigung im GISA bei positiven, dem Parteienbegehren vollinhaltlich stattgebenden Bescheiden gemäß § 95 GewO 1994**

Bezugnehmend auf Top 25 des Protokolls der Gewerbereferententagung 2017 könnte die Ansicht vertreten werden, dass sämtliche Bescheide nach der GewO 1994, mit denen einem Parteienbegehren vollinhaltlich Rechnung getragen wird, bereits mit der Zustellung in Rechtskraft erwachsen und der Zustelltag als Tag des Beginns der Ausübungsberechtigung im GISA einzutragen ist. Das Amt der Wiener Landesregierung hegt jedoch gewisse Zweifel, ob dies auch für Bescheide gelten kann, die die Ausübung eines Gewerbes im Sinne des § 95 GewO 1994 betreffen.

Nach den Bestimmungen des AVG erwachsen nur letztinstanzliche Bescheide bereits mit deren Zustellung in Rechtskraft. Gegen jeden nicht letztinstanzlichen Bescheid ist die Erhebung eines Rechtsmittels rechtlich denkbar. Dabei wird zu unterscheiden sein, ob das mögliche Rechtsmittel „zulässig“ oder „unzulässig“ ist. Während ein zulässiges Rechtsmittel den Eintritt der Rechtskraft des angefochtenen Bescheides verhindert, kommt einem unzulässigen Rechtsmittel die Wirkung zu, dass es den Eintritt der Rechtskraft nach Ablauf der Rechtsmittelfrist nicht hindert. Die bloße Tatsache, dass gegen einen, dem Parteienbegehren vollinhaltlich stattgebendem Bescheid im Sinne des § 340 Abs. 2 bzw. § 341 GewO 1994, nur ein unzulässiges Rechtsmittel möglich ist, bewirkt jedoch nach der Auffassung Wiens noch nicht den automatischen Eintritt der Rechtskraft dieses Bescheides bereits mit seiner Zustellung. Diese Ansicht wird auch durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15.12.1987, Zl. 87/05/0147, bestärkt, in dem der Gerichtshof des öffentlichen Rechts dem (deutlich älteren) Urteil des obersten Zivilgerichts OGH vom 12.11.1952, Zl. 1 Ob 842/52, offensichtlich nicht folgt, indem er klar ausspricht, dass selbst bei unzulässigen (damals noch) Berufungen die Rechtskraft erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eintritt. („Ein Bescheid erwächst in formelle Rechtskraft, wenn innerhalb der Rechtsmittelfrist keine zulässige Berufung eingebracht wird. Unzulässige Berufungen sind nämlich ebenso wie verspätete Berufungen von einer meritorischen Erledigung durch die Berufungsbehörde ausgeschlossen. Wird eine Berufung daher als unzulässig zurückgewiesen, so tritt die Rechtskraftwirkung (hier: der Baubewilligung) bereits mit Ablauf der 14-tägigen Berufungsfrist ein.“)

Dementsprechend erscheint auch relevant, dass der Gesetzgeber in den in TOP 25 der GRT 2017 anfragegegenständlichen Fällen in § 340 Abs. 1 GewO 1994 auf die Rechtswirksamkeit abstellt, während er in den Fällen des § 340 Abs. 2 GewO 1994 die Rechtsfolgen ausdrücklich an die Rechtskraft des Bescheides knüpft.

Eine Bestimmung, dass im Gewerbeverfahren Bescheide gemäß § 340 Abs. 2 bzw. § 341 GewO 1994 bereits mit Zustellung in Rechtskraft erwachsen, wenn dem Parteienbegehren vollinhaltlich stattgegeben wird und damit gegen diese lediglich ein unzulässiges Rechtsmittel möglich wäre, findet sich in der GewO 1994 nicht. Vielmehr ist Kommentaren zur GewO zu entnehmen, dass in den Fällen des § 340 Abs. 2 GewO 1994 zunächst ein positiver Feststellungsbescheid zu erlassen ist, und dass in diesen Fällen erst mit der Rechtskraft des Bescheides mit der Gewerbeausübung begonnen werden darf (Verweis auf die Erl. in Paliege-Barfuß, GewO16 (2017)). Ähnlich führen auch Stolzlechner/Seider/Vogelsang im Kurzkomentar zur GewO 1994 zur RZ 5 zu § 340 aus, dass dieser positive Feststellungsbescheid in Rechtskraft tritt, „wenn der Anmelder auf die Beschwerde verzichtet (§ 7 Abs. 2 VwGVG) oder die Beschwerdefrist (§ 7 Abs. 4 VwGVG) verstreichen lässt oder mit der Erlassung eines Erk durch das LVwG. Die Behörde hat den Anmelder dann umgehend in das GISA einzutragen.“

Schließlich ist anzumerken, dass sich die Beantwortung des TOP 25 der GRT 2017 lediglich auf Einparteienverfahren bezieht. In der Literatur wird aber durchaus hinterfragt, ob im Falle einer Gewerbeanmeldung mit gleichzeitiger GeschäftsführerIn-Bestellung nur der Gewerbeanmelderin bzw. dem Gewerbeanmelder Parteistellung zukommt. Hierzu vertritt etwa Raschauer, § 340, in 5 Ennöckl/Raschauer/Wessely (Hrsg), Rz 40, die Ansicht, dass auch der gewerberechtigten GeschäftsführerIn/dem gewerberechtigten Geschäftsführer Parteistellung zukommt, wobei diese in sachlicher Hinsicht auf das Thema ihrer/seiner Eignung beschränkt ist.

Im Ergebnis gelangt das Amt der Wiener Landesregierung zur Auffassung, dass Bescheide gemäß § 340 Abs. 2 und § 341 GewO 1994, mit denen einem Parteienantrag vollinhaltlich entsprochen wird, erst mit Abgabe eines Rechtsmittelverzichtes oder Ablauf von vier Wochen ab Zustellung in Rechtskraft erwachsen. Es wird nicht übersehen, dass dies für die Kundinnen und Kunden bedeuten kann, länger auf ihre Bewilligung warten zu müssen, wenn der Bescheid postalisch zugestellt wird oder sie durch die Abgabe eines ausdrücklichen Rechtsmittelverzichtes aktiv tätig werden müssten, um früher im GISA eingetragen zu werden und dementsprechend früher ausübungsberechtigt zu sein.

Im Sinne einer unbürokratischen und ressourcenschonenden, aber rechtssicheren Vollziehung schlägt das Amt der Wiener Landesregierung als mögliche Lösung vor, dass in den Formularen über die Gewerbeanmeldung, Geschäftsführerbestellung, weitere Betriebsstätten und Standortverlegungen (bei jenen Gewerben, bei denen weitere Betriebsstätten und Standortverlegungen erst mit Rechtskraft eines Bescheides wirksam werden) –bzw. zur Absicherung eventuell auch in den Formularen betreffend Feststellung der individuellen Befähigung, Nachsicht, Anerkennung und Gleichhaltung ein kurzer, zusätzlicher Passus aufgenommen wird, der etwa wie folgt lauten könnte:

„Ich/Wir erkläre/n für den Fall, dass unserem Anbringen vollinhaltlich entsprochen wird, auf das Rechtsmittel der Beschwerde zu verzichten.“

Im diesem Falle würden die betroffenen positiven Feststellungsbescheide tatsächlich bereits mit ihrer Zustellung in Rechtskraft erwachsen und das Wirksamwerden der Ausübungsberechtigung mit diesem Datum –und ohne weiteres Zutun der Antragstellenden -im GISA eingetragen werden können.

Das Amt der Wiener Landesregierung verkennt bei diesem Lösungsvorschlag nicht die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach ein Rechtsmittelverzicht -und zwar durch ausdrückliche Erklärung -erst nach Zustellung oder Verkündung des Bescheides und während der Rechtsmittelfrist erfolgen kann (u.A. Beschluss vom 16.11.2016, Zl. Ra 2016/02/0227, Erkenntnis vom 11. März 2016, Ro 2015/06/0014, mwN). Zu all diesen Entscheidungen ist nämlich anzumerken, dass sie sich durchgehend auf die Abgabe eines Verzichtes auf die Einbringung eines zulässigen Rechtsmittels beziehen. Bei diesen Fällen ist aus Gründen des Rechtsschutzinteresses freilich ein strenger Maßstab anzulegen. Demgegenüber mangelt es aber bei einem unzulässigen Rechtsmittel am Rechtsschutzinteresse und besteht auch kein Anspruch auf eine inhaltliche Behandlung dieser Eingabe. Aus diesen Überlegungen erscheint die Abgabe eines Verzichtes auf ein (unzulässiges) Rechtsmittel gegen eine dem Parteienantrag vollinhaltlich stattgebende Entscheidung auch schon vor Erlassung eines Bescheides und auch schon direkt mit der Antragstellung rechtlich zulässig und entspricht dies auch dem Gedanken der Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit und Raschheit des Verwaltungsverfahrens.

Es wird um Bekanntgabe ersucht, ob die dargestellte Rechtsansicht als zutreffend eingeschätzt wird und um Erörterung gebeten, ob dem dargelegten Lösungsvorschlag nähergetreten werden kann.

### Zu TOP 35:

Die in Top 25 des Protokolls der Gewerbereferententagung 2017 vertretene Rechtsansicht wird aufrechterhalten.

Die Rechtskraft eines Bescheides bedeutet in formeller Hinsicht dessen Unanfechtbarkeit im administrativen Instanzenzug einerseits und in materieller Hinsicht die Bindung an den einmal erlassenen formellen rechtskräftigen Bescheid.

Ein Bescheid wird rechtskräftig, wenn er einem ordentlichen Rechtsmittel nicht mehr unterliegt. Liegt gegen einen Bescheid nur eine unzulässige Beschwerde vor, dann ist diese zurückzuweisen; eine solche Beschwerde hindert sonach den Eintritt der Rechtskraft des Bescheides nicht. Ein Bescheid, gegen den eine unzulässige und daher zurückzuweisende Beschwerde erhoben wurde, ist bereits mit seiner Erlassung rechtskräftig geworden. Dies hat der Verwaltungsgerichtshof zuletzt im Erkenntnis vom 10.07.2018, Zl. Ra 2018/05/0167, festgehalten. Auch in anderen früheren Erkenntnissen dieses Gerichtshofes, unter anderen mit Erkenntnis vom 20.09.1990, Zl. 86/07/0191, wird zum Ausdruck gemacht, dass die Einbringung eines unzulässigen Rechtsmittels den Eintritt der Rechtskraft nicht hindert.

Da eine Beschwerde gegen einen den Parteiantrag vollinhaltlich stattgebenden Bescheid mangels Beschwer unzulässig ist, tritt die Rechtskraft des Bescheides mit dessen Erlassung ein.

Zur Frage, ob es sich bei einer Gewerbeanmeldung mit Geschäftsführerbestellung um ein Mehrparteienverfahren handelt, wird auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen, nach der dem gewerberechtiglichen Geschäftsführer im Zuge des gewerberechtiglichen Anmeldeverfahrens kein aus den gewerblichen Vorschriften ableitbares rechtliches Interesse zukommt (vgl. Erkenntnis des VwGH 14.02.1980, 223/80 Slg. 10038), womit aber auch die Frage nach der Parteistellung und Beschwerdelegitimation des Geschäftsführers beantwortet wird.



## **36. (Niederösterreich) § 340 Abs. 3 GewO 1994 – Ausübungsrecht trotz Gewerbeausschlussgrund im Anmeldeverfahren**

Im Anmeldeverfahren wird das Recht zur Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit durch die Anmeldung begründet und das Gewerbe darf bei der Erfüllung der allgemeinen und der vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen aufgrund der Anmeldung ausgeübt werden.

Sind die allgemeinen und die vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen bei der Anmeldung nicht gegeben, weil z.B. ein Gewerbeausschlussgrund vorliegt, und wird gegen den Untersagungsbescheid Beschwerde erhoben stellt sich die Frage, ob bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel ein vorläufiges Ausübungsrecht besteht.

Nach ha. Rechtsmeinung liegt eine vollständige und wirksame Gewerbebeanmeldung nur dann vor, wenn im Zeitpunkt der Anmeldung sämtliche Voraussetzungen erfüllt sind, wenn demnach auch keine Gewerbeausschlussgründe vorliegen. Wird eine Gewerbebeanmeldung erstattet, obwohl sämtliche allgemeinen und besonderen Voraussetzungen nicht erfüllt sind (weil z.B. ein Gewerbeausschlussgrund vorliegt) entsteht durch die Anmeldung auch kein Recht zur Gewerbeausübung. Durch das Einbringen eines Rechtsmittels kann daher das nicht bestehende Ausübungsrecht auch nicht „vorläufig“ begründet werden.

Dafür spricht auch die Regelung des § 340 Abs. 1 vorletzter Satz GewO 1994, wonach im Falle einer notwendigen Nachsicht jener Tag als Tag der Gewerbebeanmeldung gilt, an dem die Nachsicht rechtswirksam erfolgt ist. Lässt das Gesetz die Gewerbeberechtigung in einem solchen Fall erst mit dem Tag der rechtswirksamen Nachsichterteilung und nicht mit dem Tag der Gewerbebeanmeldung entstehen, so ist es nicht begründbar, dass im Fall, das keine Nachsicht erteilt wird, das Gewerbeausübungsrecht schon früher, nämlich bereits mit dem Tag der tatsächlichen Anmeldung entsteht.

Wird diese Rechtsmeinung geteilt?

Zu TOP 36:

Der in der Anfrage dargelegten Rechtsansicht wird beigeplichtet.

In den durch § 340 Abs. 1 GewO 1994 erfassten Fällen berechtigt den Anmeldenden nur dann zur Ausübung des Gewerbes, wenn der Anmeldende einerseits alle materiellen Voraussetzungen der Gewerbeberechtigung erfüllt und andererseits eine allen gesetzlichen Anforderungen entsprechende Anmeldung erstattet hat (vgl. Erk. des VwGH vom 30.06.1987, Zl. 87/04/0018).

Liegen die in dieser Gesetzesbestimmung genannten Voraussetzungen nicht vor, so hat die Behörde - unbeschadet eines Verfahrens nach § 366 Abs. 1 Z 1 - dies gemäß § 340 Abs. 3 GewO 1994 mit Bescheid festzustellen und die Ausübung des Gewerbes zu untersagen. Wie sich aus der Wortfolge „unbeschadet eines Verfahrens nach § 366 Abs. 1 Z 1“ ergibt, übt der Gewerbebeanmelder, der die Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes nicht erbringt, das betreffende Gewerbe aus, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben. Durch die Einbringung eines Rechtsmittels kann daher die fehlende Gewerbeberechtigung auch nicht „vorläufig“ begründet werden.

## **37. (Vorarlberg) Vorübergehende grenzüberschreitende Dienstleistung; Meldeverpflichtung nach § 373a Abs. 1 GewO 1994**

Gem. § 373a GewO 1994 dürfen EU/EWR Staatsbürger, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Vertragsstaat des EWR niedergelassen sind und dort eine Tätigkeit befugt ausüben, auf die die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden wären, diese Tätigkeit vorübergehend und gelegentlich unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer in Österreich ausüben.

Hat die grenzüberschreitende Tätigkeit ein im § 94 GewO 1994 angeführtes Gewerbe oder Tätigkeiten, die diesen Gewerben zuzuordnen sind, zum Gegenstand, so hat der Dienstleister dem Bundesminister die erstmalige Aufnahme der Tätigkeit vorher schriftlich anzuzeigen und diesen dabei über Einzelheiten zu einem Versicherungsschutz oder einer anderen Art des individuellen oder kollektiven Schutzes in Bezug auf die Berufshaftpflicht zu informieren.

Nach § 373a Abs. 1 vorletzter Satz GewO 1994 kann der Bundesminister für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort die Ausübung für eine dem Grunde des Verbotes angemessene Dauer untersagen, wenn eine vorgeschriebene Meldung nach diesem Bundesgesetz nicht erstattet oder gegen die Informationspflichten gemäß Abs. 8 verstoßen wurde.

Im Kommentar Grabler, Stolzlechner, Wendl ist festgehalten, dass unter „Meldung“ jedweder Anzeigen- bzw. Meldevorgang nach der GewO 1994 zu verstehen ist.

In der Praxis erlangen die Bezirksverwaltungsbehörden immer wieder davon Kenntnis, dass Dienstleistungserbringer, die oftmals zwar im Heimatstaat zur Ausübung eines reglementierten Gewerbes berechtigt sind, grenzüberschreitende Dienstleistungen erbringen, jedoch keine Dienstleistungsanzeige erstattet wurde.

Es stellt sich im Sinne einer einheitlichen Vollziehung hier die Frage, ob die Bezirksverwaltungsbehörde bei diesem Kenntnisstand – neben der Einleitung verwaltungsstrafrechtlicher Schritte – (auch) das Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort zu verständigen hat.

Um Bekanntgabe der Rechtsansicht bzw. Mitteilung der gewünschten zukünftigen Vorgangsweise wird ersucht.

Zu TOP 37:

Erlangt die Bezirksverwaltungsbehörde davon Kenntnis, dass die grenzüberschreitende Ausübung eines reglementierten Gewerbes vom Dienstleistungserbringer nicht gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 beim Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort angezeigt wurde, wäre von dieser - soweit dies nicht bereits von der Finanzpolizei geschehen ist - das ho. Bundesministerium darüber zu informieren.

Das Bundesministerium benötigt diese Information, um ein Verfahren gemäß § 373a Abs. 1 vorletzter Satz GewO 1994 durchführen zu können.

## **38. (Steiermark) Anzeige der erfolgten Bestellung eines Arbeitnehmergeschäftsführers iVm mit Zuverlässigkeitsgewerben**

Wenn bei Zuverlässigkeitsgewerben ein Dienstnehmer als gewerberechtlicher Geschäftsführer bestellt wird, entsteht in der Praxis das Problem, dass dessen Bestellung schon im Zuge der Gewerbebeanmeldung nachzuweisen ist, die Gewerbebehörde aber bis zu 3 Monate für ihre Bescheiderlassung Zeit hat (vgl. § 340 Abs. 2 GewO 1994). Mit der Gewerbeausübung darf der Anmelder dann erst mit Rechtskraft dieses Bescheides beginnen.

In der Zwischenzeit ist der gewerberechtliche Geschäftsführer mit zumindest der Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit bei der GKK angemeldet (vgl. § 39 Abs. 2 Z 2 GewO 1994) und wird auch entsprechend nach Kollektivvertrag bzw. Vereinbarung entlohnt, ohne dass er sich im Betrieb als Geschäftsführer betätigen kann. Dadurch entsteht zum Teil eine erhebliche Kostenbelastung für Unternehmen, der kein zweckentsprechender Arbeitseinsatz gegenübersteht.

Ist es daher gewerberechtlich zulässig, dass im Zuge der Gewerbebeanmeldung die Arbeitnehmereigenschaft mit der GKK-Anmeldung nachgewiesen wird, in Folge jedoch ein unbezahlter Urlaub mit dem Arbeitnehmer bis zur Rechtskraft des Bescheides vereinbart wird? Als Argument dafür würde sprechen, dass die gewerbliche Tätigkeit erst mit diesem Zeitpunkt ausgeübt werden darf (vgl. § 95 Abs. 1 letzter Satz GewO 1994).

Um Diskussion wird gebeten!

Zu TOP 38:

Gemäß § 39 Abs. 2 Z 2 GewO 1994 muss der als Arbeitnehmer gemeldete gewerberechtliche Geschäftsführer u.a. „ein nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechts voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein“.

§ 11 Abs. 3 ASVG lautet:

Die Pflichtversicherung besteht, wenn das Beschäftigungsverhältnis nicht früher beendet wird, weiter

a) für die Zeit einer Arbeitsunterbrechung infolge Urlaubes ohne Entgeltzahlung, sofern dieser Urlaub die Dauer eines Monats nicht überschreitet und es sich dabei nicht um eine Unterbrechung der Erwerbsausübung zum Zwecke der Inanspruchnahme einer Familienzeit nach dem FamZeitbG handelt, ...

Bei der vorgeschlagenen Lösung stellt sich daher das „praktische“ Problem, dass nach einer mehr als vierwöchigen Verfahrensdauer die Eigenschaft der Versicherungspflicht für den Geschäftsführer nicht mehr vorliegt und somit die Voraussetzungen nach dem Gesetzeswortlaut nicht mehr erfüllt werden.

Im Übrigen wird nicht die Meinung geteilt, dass ein zweckentsprechender Arbeitseinsatz des Arbeitnehmers vor der Bescheiderlassung nicht möglich ist. Vor dem Beginn der Gewerbeausübung werden idR Vorbereitungsarbeiten erforderlich sein, z.B. Betreiben von behördlichen Verfahren, Planung der Betriebsräumlichkeiten, strategische Arbeiten etc. für die ein Geschäftsführer durchaus sinnvoll einsetzbar ist (außer es handelt sich um einen „Scheingeschäftsführer“). Ein dringender Bedarf an einer solchen Lösung wird daher nicht gesehen.

## **39. (Kärnten) Versicherungsvermittlung / Wechsel der Person des Leitungsorgans – fachliche Eignung**

Gemäß § 137b Abs. 1 erster Satz GewO 1994 haben der Einzelunternehmer oder im Falle von Gesellschaften (§ 9 Abs. 1) wenigstens ein Drittel aller dem Leitungsorgan eines Unternehmens angehörenden Personen, die für die Versicherungsvermittlung verantwortlich sind, sowie alle direkt bei der Versicherungsvermittlung mitwirkenden Beschäftigten die dazu erforderliche fachliche Eignung zu besitzen.

Wenn zum Beispiel in einem Unternehmen (GmbH), das seit 2014 im Besitz des Gewerbes „Versicherungsvermittlung in der Form Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten“ ist, einer neuer handelsrechtlicher Geschäftsführer bestellt wird, ist dieser somit der einzige handelsrechtliche Geschäftsführer (Leitungsorgan) dieser GmbH. Im GISA scheint betreffend diese Person keine Eintragung einer Tätigkeit als Selbstständiger oder als gewerberechtlicher Geschäftsführer im gegenständlichen Gewerbe auf, sodass man nicht sagen kann, ob er die „fachliche Eignung“ besitzt.

Gewerberechtlicher Geschäftsführer dieser GmbH ist im gegenständlichen Fall ein Angestellter (also kein Angehöriger des Leitungsorgans!). Man könnte die GmbH auffordern, einen Nachweis der fachlichen Eignung der Person vorzulegen. Wird keine fachliche Eignung der Person vorgelegt, sieht das Gesetz jedoch keine rechtlichen Konsequenzen vor.

Es wird um Diskussion der Vorgehensweise ersucht.

## Zu TOP 39:

Hier handelt es sich insgesamt um eine Umsetzung der Richtlinie 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung (IMD). Wesentliche Richtlinienbestimmungen, die gegenständlich zugrunde liegen lauten:

### Artikel 4

#### Berufliche Anforderungen

(1) Versicherungs- und Rückversicherungsvermittler müssen über die vom Herkunftsmitgliedstaat des Vermittlers festgelegten angemessenen Kenntnisse und Fertigkeiten verfügen.

...

Den Mitgliedstaaten steht es frei, die Anforderung nach Unterabsatz 1 nicht auf alle natürlichen Personen anzuwenden, die in einem Unternehmen arbeiten und die Tätigkeit der Versicherungs- oder Rückversicherungsvermittlung ausüben. Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass ein vertretbarer Anteil der dem Leitungsorgan eines solchen Unternehmens angehörigen Personen, die für die Vermittlung von Versicherungsprodukten verantwortlich sind, sowie alle anderen, direkt bei der Versicherungs- oder Rückversicherungsvermittlung mitwirkenden Personen nachweislich über die für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten verfügen.

### Artikel 3

#### Eintragung

(1) Versicherungs- und Rückversicherungsvermittler sind bei der zuständigen Behörde nach Artikel 7 Absatz 2 in ihrem Herkunftsmitgliedstaat einzutragen...

(2)...

(3) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die Eintragung von Versicherungs- und Rückversicherungsvermittlern, einschließlich von vertraglich gebundenen Versicherungsvermittlern, von der Erfüllung der beruflichen Anforderungen gemäß Artikel 4 abhängig gemacht wird.

Die Mitgliedstaaten sorgen ferner dafür, dass Versicherungs- und Rückversicherungsvermittler, einschließlich von vertraglich gebundenen Versicherungsvermittlern, die diese Anforderungen nicht mehr erfüllen, aus dem Register gestrichen werden. Die Gültigkeit der Eintragung wird von der zuständigen Behörde regelmäßig überprüft. Bei Bedarf unterrichtet der Herkunftsmitgliedstaat den Aufnahmemitgliedstaat auf geeignetem Weg von dieser Streichung.

Die EB zu § 137b Abs. 1 der Art. 4 IMD umsetzt stellen fest:

Das Erfordernis des ersten Satzes ist, wenn nicht mehr als drei Personen in der Geschäftsführung für die Versicherungsvermittlung intern verantwortlich sind, schon durch den gewerberechtigten Geschäftsführer erfüllt, wenn dieser im Leitungsorgan der Gesellschaft tätig ist (§§ 9 und 39 Abs. 2 Z 1).



Ist der gewerberechtliche Geschäftsführer nicht im Leitungsorgan muss ein handelsrechtlicher Geschäftsführer, sind deren mehrere bestellt, ein Drittel derjenigen die für die Versicherungsvermittlung verantwortlich sind die erforderliche Befähigung besitzen.

Gemäß Art. 3 Abs. 1 letzter Teilabsatz der RL 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung sind die Namen der im Leitungsorgan für Vermittlungstätigkeiten verantwortlichen Personen im Register anzugeben. Auf einen Vermerk dieser Personen im Gewerberegister wurde bei der damaligen Umsetzung aber verzichtet, da die Mitglieder des Vertretungsorgans aus dem Firmenbuch ersichtlich sind. Auch Änderungen im Vertretungsorgan einer Gesellschaft sind tatsächlich aus dem GISA somit nicht unmittelbar zu entnehmen.

Gemäß Art. 3 Abs. 3 der RL 2002/92/EG haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass Versicherungsvermittler, die die beruflichen Anforderungen nicht mehr erfüllen, aus dem Register gestrichen werden. Die Gültigkeit der Eintragung ist von der zuständigen Behörde regelmäßig zu überprüfen. Im damaligen Umsetzungsschreiben zur Information der Behörden, BMWA-30.599/5251-I/7/2004, S 21 wurden die Behörden daher auch auf das Erfordernis systematischer Kontrollen von Versicherungsvermittlern hingewiesen. Diese sollten in Form von Stichprobenüberprüfungen (10% in 5 J) erfolgen. Bei diesen wäre davon auszugehen, dass jedenfalls auch die Erfüllung des Ausbildungserfordernisses der Mitglieder der Geschäftsleitung geprüft werden kann und muss.

An Strafbestimmungen bestehen die Folgenden:

§ 367 Z 33. Wer Arbeitnehmer beschäftigt, die nicht die gemäß § 32 Abs. 1 Z 9, Abs. 2 und 3, § 98 Abs. 1, § 99 Abs. 2, § 104 Abs. 5, § 106 Abs. 4, § 108 Abs. 7, § 116 Abs. 5, § 119 Abs. 3, § 130 Abs. 8, § 137b Abs. 1 erforderliche Eignung besitzen; (2180€).

Fraglich ist, ob Mitglieder der Geschäftsführung in dem Sinn als Arbeitnehmer zu verstehen sind. Allerdings legt § 367 Z 58 eine analoge Geldstrafe für den fest, der (§ 367 Z 58. :) den Bestimmungen der §§ 136a bis 138 zuwiderhandelt, soweit nicht § 366 Abs. 1 Z 1 vorliegt.

Zusätzlich und im Sinne des Art. 3 Abs. 3 der RL 2002/92/EG ist von einem Entziehungsgrund gemäß § 87 GewO 1994 auszugehen, da bei richtlinienkonformer Auslegung wohl ein schwerwiegender Verstoß gegen beim Gewerbe Versicherungsvermittlung zu beachtende Rechtsvorschriften vorliegt, wenn die verantwortlichen Mitglieder des Leitungsorgans die Befähigungsvoraussetzungen nicht entsprechend erfüllen.

## **40. (Steiermark) Bewertung ausländischer Schulen –Anerkennung, Gleichhaltung, individuelle oder formelle Befähigung**

Im Rahmen von Verfahren gem. §§ 373c, d bzw. § 19 GewO 1994 werden immer wieder Schreiben vom BMBWF hinsichtlich Bewertung diverser ausländischer Schulen (Anlage 1) vorgelegt. Diesen Schreiben ist zu entnehmen, mit welcher inländischen Schule die absolvierte ausländische Schule vergleichbar ist. Gleichzeitig wird auf Abkommen betreffend die Gleichwertigkeit der Reifeprüfungszeugnisse verwiesen und mitgeteilt, dass ohne weitere inhaltliche Überprüfung die allgemeine Universitätsreife vorliegt. Auf der Homepage des Bundesministeriums (Anlage 2) werden drei Möglichkeiten der Anerkennung genannt:

1. Nostrifiziertes Reifezeugnis
2. Gleichwertigkeit durch Abkommen (es findet sich auch eine Liste der Staaten mit denen die Gleichwertigkeit der Reifezeugnisse durch Abkommen festgelegt wurde)
3. Gleichwertigkeit durch Entscheidung der Hochschule.

Auf der Homepage findet man auch einen (aktuellen?) Hinweis, dass die Gleichhaltung zum Zweck der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit durch das BMWFJ (gemeint wohl der Landeshauptmann) erfolgt.

Kann davon ausgegangen werden, dass ausländische Reifezeugnisse von Ländern mit denen es ein Abkommen betreffend Gleichwertigkeit der Reifezeugnisse gibt, als inländische Zeugnisse zu werten sind und es daher keiner individuellen Befähigung bedarf oder ist trotzdem eine individuelle Befähigung festzustellen bzw. ein Anerkennungs- bzw. Gleichhaltungsverfahren durchzuführen?

Diesbezüglich wird auch um Information gebeten, welche Bedeutung die Anführung der Sterne in der Liste der Staaten, deren Reifezeugnisse durch Abkommen gleichgestellt sind, hat? Wie bzw. von wem kann festgestellt werden, welche Zeugnisse wesentliche Unterschiede zum österreichischen Bildungssystem aufweisen?

Anlagen

## Zu TOP 40:

Mit einer Ausnahme haben die Abkommen über die Gleichwertigkeit von Reifeprüfungszeugnissen nur die Anerkennung zum Zweck des Universitätszugangs zum Inhalt. Das heißt, die Gleichwertigkeit in Bezug auf die gewerblichen Befähigungsnachweise ist davon nicht umfasst - eine Feststellung der individuellen Befähigung ist erforderlich.

Bei der Ausnahme handelt es sich um das Abkommen mit Liechtenstein. Darin wird vereinbart, dass Österreich und Liechtenstein den Reifezeugnissen aus dem jeweils anderen Staat sämtliche Wirkungen geben, die mit den eigenen Reifezeugnissen verbunden sind.

Art. 2 Abs. 2 des Abkommens regelt, dass berufliche Rechte, die über das Reifezeugnis hinaus erworben werden müssen, unberührt bleiben – laut Auskunft des BMBWF sind umgekehrt berufliche Rechte, die ausschließlich mit dem Reifezeugnis verbunden sind, wohl von der Begünstigung miterfasst.

Es bleibt gewerberechtlich nun zu beurteilen, wie die beruflichen Rechte verliehen werden. Die Befähigungsnachweise basieren in keinem Fall ausschließlich auf einem Reifezeugnis, aus unserer Sicht wäre daher auch im Fall eines Liechtensteiner Reifezeugnisses eine Feststellung der individuellen Befähigung angebracht.

### Zur Bedeutung der Sterne

Auf der aktuellen Website des BMBWF sind diese Abkommen aufgelistet. Wenn bei einem Land ein Stern angeführt ist, bedeutet das, dass für diesen Staat ein bilaterales Abkommen besteht und nicht nur das multilaterale Abkommen von Lissabon, welches die meisten europäischen Staaten umfasst.

### Wesentliche Unterschiede zum österreichischen Bildungssystem:

Die Abkommen zur Gleichwertigkeit von Reifeprüfungszeugnissen beinhalten idR die Bedingung, dass die anerkennenden Stellen die Anerkennung - also die Anerkennung zum Zweck des Universitätszuganges - verweigern dürfen, wenn wesentliche Unterschiede zum nationalen Abschluss bestehen. Es handelt sich also um eine Bedingung, die Hochschulbehörden bei der Frage des Hochschulzuganges prüfen können, und keine relevante Frage im Zusammenhang mit den Befähigungsnachweisen (Abkommen mit Liechtenstein enthält diese Bedingung nicht).

### Bewertung bzw. Nostrifizierung von Schulabschlüssen:

Auf der Grundlage des Anerkennungs- und Bewertungsgesetzes (AuBG) und des SchUG werden Schulabschlüsse vom BMBWF entweder bewertet oder nostrifiziert. Im Falle einer Nostrifizierung ist von einer gänzlichen Gleichwertigkeit mit jeweiligen österreichischen Schulabschluss auszugehen, es wird damit ein im Befähigungsnachweis angeführter Schulabschluss direkt nachgewiesen. Eine Bewertung ist als Gutachten anzusehen (§ 6 Abs. 1 AuBG), also wäre hier ein § 19 GewO 1994 Verfahren erforderlich.

# V. Sonstiges

## 41. (Oberösterreich) Marktfahrer – Verkauf durch Dienstnehmer

Nach § 288 Abs. 3 GewO 1994 haben die Gewerbetreibenden beim Feilbieten und beim Verkauf der Waren auf einem Markt oder Gelegenheitsmarkt die Verständigung über die Eintragung im GISA (§ 340 Abs. 1) stets mitzuführen und auf Verlangen der behördlichen Organe vorzuweisen.

Im Kommentar Gruber/Paliegge-Barfuß, GewO<sup>7</sup> wird zu dieser Bestimmung ausgeführt, dass damit die Praxis einiger Marktfahrer abgestellt werden sollte, mit einer Vielzahl von Arbeitnehmern gleichzeitig verschiedene Märkte zu beziehen. Es gelte daher die Verpflichtung, beim Warenverkauf auf einem Markt oder Gelegenheitsmarkt den Originalgewerbeschein stets mitzuführen und auf Verlangen der behördlichen Organe vorzuweisen. Wenn der Gewerbetreibende durch einen Erfüllungsgehilfen auf einem Markt oder Gelegenheitsmarkt tätig werde, habe dieser den Originalgewerbeschein mitzuführen.

Es wird um Erörterung ersucht, ob der gleichzeitige Besuch mehrerer Märkte durch einen Gewerbetreibenden (Marktfahrer) nunmehr zulässig ist, nachdem der Ausdruck von GISA-Auszügen in unbeschränkter Anzahl möglich ist.

#### Zu TOP 41:

§ 288 Abs. 3 GewO 1994 idF vor der Gewerbeordnungsnovelle 2002 lautete: „Gewerbtreibende, die auf einem Markt oder Gelegenheitsmarkt Waren feilbieten oder verkaufen, haben hiebei den Original-Gewerbeschein stets mitzuführen und auf Verlangen der behördlichen Organe vorzuweisen.“ Hintergrund dieser Regelung war, dass die „kleinen“ Marktfahrer, meist Einzelunternehmer ohne Arbeitnehmer, nicht von Marktfahrern mit einer bestimmten Größe, die gleichzeitig mehrere Märkte beziehen könnten, verdrängt werden sollten.

Nach der GewO-Novelle 2002, BGBl. I Nr. 111/2002, lautete § 288 Abs. 3 GewO 1994: „Die Gewerbetreibenden haben beim Feilbieten und beim Verkauf der Waren auf einem Markt oder Gelegenheitsmarkt die Verständigung über die Eintragung im Gewerberegister (§ 340 Abs. 1) stets mitzuführen und auf Verlangen der behördlichen Organe vorzuweisen.“

Da die Ansicht aufrecht blieb, dass Marktfahrer nicht gleichzeitig mehrere Märkte beziehen dürften, begegnete das BMWA den Vollzugsproblemen mit einem an alle Ämter der Landesregierungen gerichteten Schreiben vom 25.11.2002, BMWA-30.599/264-I/7/02; darin wurden die Behörden ersucht, dem Marktfahrer nur eine Verständigung von der Eintragung zu übermitteln und diese so zu kennzeichnen, dass eine allfällige Kopie als solche erkennbar wäre.

Mit der GewO-Novelle BGBl. I Nr. 18/2015 wurde der Ausdruck „Gewerberegister“ durch den Ausdruck „GISA“ ersetzt. Mit der Möglichkeit, beliebig viele (amtssignierte) Auszüge aus dem GISA auszudrucken, haben sich die Vollzugsprobleme iZm § 288 Abs. 3 GewO verschärft. Eine Auslegung, wonach nur durch die Mitführung und Vorlage eines bestimmten Dokuments die Verpflichtung des § 288 Abs. 3 GewO 1994 erfüllt werden kann, findet im Gesetzeswortlaut keine Deckung mehr. Angesichts dessen, dass Gewerbetreibende ihre gewerbliche Tätigkeit gleichzeitig in mehreren Betriebsstätten (§ 46 Abs. 1 GewO 1994) oder gleichzeitig in einer Betriebsstätte und auf einem Markt (siehe § 50 Abs. 1 Z 7 GewO 1994) ausüben dürfen, erscheint es auch nicht sachlich gerechtfertigt, dass Marktfahrer nicht gleichzeitig zwei oder mehrere Märkte anfahren dürfen. Insofern ist der gleichzeitige Besuch mehrerer Märkte durch einen Marktfahrer nunmehr zulässig.

## **42. (Vorarlberg) Wirtschaftlichen Eigentümerregister (WiEReg)**

Mit Inkrafttreten des Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetzes – WiEReG bzw. der Schaffung des Registers der wirtschaftlichen Eigentümer bestehen neben der behördlichen Einsicht in das Register im Rahmen der Vollzugstätigkeit gem. § 365m ff. GewO 1994 auch teilweise Verpflichtungen im Hinblick auf die Datenübermittlung und Freischaltung im Register (Whitelisting).

Im Sinne einer einheitlichen Vorgangsweise wird um einen Erfahrungsaustausch über die getroffenen Maßnahmen bzw. die notwendige Vorgangsweise ersucht.

Zu TOP 42:

Nach Durchführung des Erfahrungsaustausches ist zunächst festzuhalten, der Vorgang des Whitelisting durch eine eigenständige Applikation des BMF, die den Behörden über das Portal Austria zur Verfügung steht, administriert wird.

Insoweit als Voraussetzung für das Eintragen in die Whitelist eine Stammregisternummer erforderlich ist, besteht einvernehmliche Sicht, dass die Stammregisternummer vom Eintragungswerber beizubringen ist. Insgesamt ist der Vorgang als antragsbedürftiger Verwaltungsakt zu werten, weshalb auch eine Eintragung nur auf Grundlage eines Anbringens erfolgen kann.

Abschließend wird darauf hingewiesen, dass den Sorgfaltspflichten wohl jedenfalls durch Einsichtnahme in des WiReg entsprochen werden kann. Den Gewerbetreibenden stehen aber abhängig vom einzelnen Geschäftsfall auch andere Möglichkeiten zur Verfügung, um ihren Sorgfaltspflichten nachzukommen. Ein Gewerbetreibender verstößt nicht bloß deshalb gegen seine Sorgfaltspflicht, nur weil er in einzelnen Fällen andere Methoden als die Einsichtnahme in das WiReg vorgenommen hat, um den Geschäftspartner und hinter dem Geschäftspartner stehende wirtschaftliche Beherrschungsverhältnisse festzustellen.

## 43. Allfälliges

### 43.1. (BMDW) Vertretungsbefugnis Steuerberater

Die Bundesländer werden ersucht, nachstehende Rechtsinformation des für den Bereich der Wirtschaftstreuhandberufe zuständigen Fachbereiches zur berücksichtigen und die nachgeordneten Dienststellen im Gewerbevollzug entsprechend anzuleiten:

Beruft sich ein Berufsberechtigter (Steuerberater) im beruflichen Verkehr auf die ihm erteilte Bevollmächtigung, so ersetzt gemäß § 77 Abs. 11 des Wirtschaftstreuhandberufsgesetzes 2017 (WTBG 2017), BGBl. I Nr. 137/2017, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 32/2018, diese Berufung den urkundlichen Nachweis.

Gemäß § 77 Abs. 11 WTBG 2017 kann sich somit ein Steuerberater grundsätzlich auf die ihm erteilte Bevollmächtigung berufen.

Die zur selbständigen Ausübung des Wirtschaftstreuhandberufes Steuerberater Berechtigten sind gemäß § 2 Abs. 3 Z 2 WTBG 2017 ua. auch zur Vertretung bei in Wirtschaftsangelegenheiten zuständigen Behörden und Ämtern berechtigt. Dass unter "in Wirtschaftsangelegenheiten zuständigen Behörden und Ämtern" auch die Gewerbebehörden zu subsumieren sind, ist unstrittig (siehe dazu Bernbacher ua., WTBG (2002) [Anm. 6 zu § 3], Manz).

Somit kann sich ein Steuerberater auch vor Gewerbebehörden gemäß § 77 Abs. 11 WTBG 2017 auf die ihm erteilte Bevollmächtigung berufen, soweit diese Vertretung berechtigterweise erfolgt. Eine Vertretung in Wirtschaftsangelegenheiten, wozu auch gewerberechtliche Angelegenheiten zählen, erfolgt dann berechtigterweise, wenn diese mit den für den gleichen Auftraggeber durchzuführenden wirtschaftstreuhandlichen Arbeiten unmittelbar zusammenhängen.

Ein Steuerberater kann sich somit gemäß § 77 Abs. 11 in Verbindung mit § 2 Abs. 3 Z 2 WTBG 2017 auf die ihm erteilte Bevollmächtigung berufen, soweit seine Vertretung gegenüber der Gewerbebehörde mit den für den gleichen Auftraggeber durchzuführenden wirtschaftstreuhandlichen Arbeiten unmittelbar zusammenhängen.



## **43.2. (BMDW) Streu- und Schneeräumtätigkeiten im Nachtzeitraum**

Das BMDW teilt mit, dass die Volksanwaltschaft unter Hinweis auf das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Vorarlberg vom 13.1.2017, Zl. LVwG-1-161/2016-R12, angeregt hat, das Thema „Streu- und Schneeräumtätigkeiten außerhalb der Betriebszeiten“ im Rahmen der Gewerbereferententagung zu behandeln.

Der durchgeführte Erfahrungs- und Meinungsaustausch hat ergeben, dass solche Streu- und Schneeräumtätigkeiten nur in ganz seltenen Fällen zu Unstimmigkeiten zwischen Anlageninhabern und Nachbarn führen und dass es sich beim Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Vorarlberg um eine vorläufig vereinzelt gebliebene Entscheidung handelt.

Wenn der Inhaber einer gewerblichen Betriebsanlage mit den Streu- und Schneeräumtätigkeiten seiner Verkehrssicherungspflicht nachkommt, so dient dies zur Erfüllung zivilrechtlicher Verpflichtungen und zur Hintanhaltung allfälliger Verstöße gegen das Strafrecht und ist einem Vorgehen gemäß § 360 GewO 1994 nicht zugänglich.

**Impressum**

Medieninhaber, Verleger und Herausgeber:

Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort

Stubenring 1, 1010 Wien

Wien, 2018