

Bundsgewerbereferententagung 2022 in Wien

Protokoll

Inhaltsverzeichnis

I. Anwendungsbereich der Gewerbeordnung und allgemeine Voraussetzungen für den Antritt und die Ausübung von Gewerben.....	4
1. (Burgenland) Abholfächer „Amazon-Locker“, gewerbliche Einstufung.....	4
2. (Oberösterreich) Vertrieb landwirtschaftlicher Produkte als häusliche Nebenbeschäftigung.....	6
3. (Tirol) Umfang der Zukaufsrechte der Land- und Forstwirte gemäß § 2 Abs. 3 GewO 1994....	7
4. (Steiermark) Gewerberechtl. Geschäftsführer – Filialgeschäftsführer – entsprechende Betätigung	10
5. (Tirol) Bestellung eines ständigen inländischen Vertreters einer im österreichischen Firmenbuch eingetragenen Zweigniederlassung einer ausländischen GmbH als gewerberechtl. Geschäftsführer	12
6. (Vorarlberg) Gewerbsmäßige Ausübung einer Erfindung (Patent); Übertragung der Verwertung an Dritte; Rechtslage.....	15
II. Reglementierte und freie Gewerbe.....	17
7. (Kärnten) Kumulation beim freien Gastgewerbe – Überschreitung der zehn Betten	17
8. (Vorarlberg) Verkauf von cannabinoid-haltigen Produkten; Automatenhandel; Rechtslage; gewerberechtl. Vorgangsweise; Erfahrungsaustausch	19
9. (Salzburg) Befähigungsnachweise mit notwendiger zusätzlicher Qualifikation zur Prüfung..	21
10. (Wien) Versicherungsvermittlung - Nachsichtsverfahren – Prüfmaßstab bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern.....	23
11. (Vorarlberg) Erbringung des Befähigungsnachweises gem. § 19 GewO 1994 (individueller Befähigungsnachweis) bzw. durch Anerkennungsverfahren gem. § 373c/d GewO 1994 bei geänderten Zugangsvoraussetzungen - Begünstigung im Sinne des § 17 Abs. 1 GewO 1994 ...	26
III. Gewerbliches Betriebsanlagenrecht.....	29
12. (BMAW) 10. Änderungen von gewerblichen Betriebsanlagen und § 74 Abs. 1 GewO 1994 idF BGBl. I Nr. 96/2017 („bloß vorübergehend“), Beschluss des VwGH vom 13.04.2021, Ra 2018/04/0130.....	29
13. (Vorarlberg) Altlasten und Verdachtsflächen im Betriebsanlagenverfahren	31
14. (Wien) Zusammenrechnung von Verabreichungsplätzen mehrerer Gastgärten bzw. Gastgartenteile gemäß § 76a GewO 1994 zur Beurteilung des zutreffenden Verfahrens	33
15. (Steiermark) Heizanlagen in Mehrparteienhäusern betrieben von Unternehmern.....	36

16. (Steiermark) Anlage 3 zur Gewerbeordnung	37
IV. Verwaltungsverfahren.....	39
17. (Wien) Ablaufhemmung einer materiellrechtlichen Frist in der GewO 1994?	39
18. (Kärnten) Vereitelung des Zweckes einer Entziehung wegen mangelnder Zuverlässigkeit durch die Neuanmeldung eines Gewerbes (§ 13 Abs. 6 GewO 1994)	43
19. (Steiermark) Insolvenzmasse – Anmeldung eines gewerberechtl. Geschäftsführers bei der ÖGK	45
20. (Tirol) Dienstleistungsverkehr über die Grenze gemäß § 373a GewO 1994 durch einen deutschen Immobilienverwalter	46
21. (Wien) Eignungsprüfung im Rahmen eines Gleichhaltungsverfahrens gemäß § 373d GewO 1994	51
V. Sonstiges	54
22. (Tirol) Aufstellung von Automaten in Geschäftslokalen – Anwendung Öffnungszeitengesetz, Anzeige weitere Betriebsstätte	54
23. Allfälliges.....	56
23.1. Erkenntnis des LVwG NÖ,	56
23.2. Besondere Überwachung bestimmter gewerblicher Betriebsanlagen und Betriebsanlagenteile	57

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

1. (Burgenland) Abholfächer „Amazon-Locker“, gewerbliche Einstufung

In letzter Zeit werden vermehrt auf vielen Tankstellen oder Einkaufszentrenparkplätzen sogenannte „Amazon-Locker“ aufgestellt.

Dabei handelt es sich um eine Selbstbedienungsstation von Paketschließfächer, die von Online-Händlern angeboten werden. Beim Onlineeinkauf wählen Kunden unter „Abholstationen“ einen Locker in ihrer Nähe aus. Die Abholstationen sind rund um die Uhr zugänglich. Sobald die Bestellung im ausgewählten Locker angekommen ist, bekommt der Kunde eine E-Mail-Benachrichtigung mit dem Abholcode sowie der Adresse der Selbstbedienungsstation. Die Ware ist sodann innerhalb einer bestimmten Zeit (z.B. 3 Tage) abholbereit.

Durch diese Abholungen rund um die Uhr treten vermehrt Anrainerbeschwerden auf. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob es sich beim Betrieb solcher Abhollager um eine gewerbliche Tätigkeit handelt, zumal mitunter Leistungen auch über die eigentlichen Postdienste hinaus angeboten werden.

Falls von einer gewerblichen Tätigkeit auszugehen ist, kommt gem. § 1 Abs. 2 der 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung BGBl. II Nr. 80/2015, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 172/2018, nicht zur Anwendung, zumal diese Abholfächer rund um die Uhr „betrieben“ werden. Das heißt der Kunde, der in der Regel mit dem Auto diesen Locker aufsucht, kann 24 Stunden diese Pakete abholen.

Dies würde dazu führen, dass im Einzelfall von der Gewerbebehörde eine Überprüfung dahingehend durchzuführen ist, ob eine genehmigungspflichtige Änderung vorliegt. Im Hinblick darauf, dass die „Betriebszeiten“ bei diesen Abholfächer 24 Stunden betragen und die meisten Betriebsanlagen, bei denen diese Fächer aufgestellt werden in den Nachtstunden nicht betrieben werden, ist das Vorliegen einer genehmigungspflichtigen Anlage durchaus denkbar.

Es wird um Erfahrungsaustausch zur gegenständlichen Thematik und um Mitteilung der Rechtsansicht gebeten.

Zu TOP 1.:

Betreffend solche Paketboxen (es muss sich dabei nicht zwingend nur um Amazon-Locker handeln, auch andere Anbieter sind denkbar) ist das Postmarktgesetz relevant, welches gemäß § 2 Abs. 1 PMG die gewerbsmäßige Erbringung von Postdiensten regelt. Gemäß § 3 Z 2 PMG gehören zu den Postdiensten die Dienste im Zusammenhang mit der Abholung, dem Sortieren, dem Transport und der Zustellung von Postsendungen. Gemäß § 2 Z 3 PMG sind Postdiensteanbieter Unternehmen, die einen oder mehrere Postdienste erbringen.

Es wird nach der Beschreibung nicht davon ausgegangen, dass es sich bei den anfragegegenständlichen Paketboxen um Einrichtungen handelt, die ein Gewerbebetrieb aufstellt und unterhält, um damit Zustellung an den Gewerbebetrieb bzw. dass an der Örtlichkeit beschäftigten Personal des eigenen Gewerbebetriebs zu organisieren (also eine Abgabestelle für Sendungen an den Gewerbebetrieb). Nur in diesem Fall wäre dies Bestandteil der gewerblichen Betriebsanlage, nämlich als Logistikeinrichtung für den eigenen Betriebszweck des Gewerbebetriebs.

Diese Boxen dienen vielmehr erkennbar dazu, einem breiten Personenkreis die Möglichkeit zu bieten, dort Zustellungen im Empfang nehmen zu können - das Einspeisen von Paketsendungen in diese Paketboxen ist somit als Organisation eines Zustellvorganges im Sinne eines Postdienstes zu verstehen. Der Aufsteller und Betreiber übernimmt damit die Aufgabe eines Zustellers und ist als Postdiensteanbieter gemäß dem PMG zu werten. Daran ändert sich auch nichts, wenn in manchen Fällen der Anbieter mit einem Gewerbebetrieb kooperiert, welche ihm örtlich günstige Gelegenheiten überlässt, über welche der Gewerbetreibende verfügt (wie etwa die Fälle von Supermarkt-Parkplätzen oder Tankstellen).

Der Sachverhalt unterliegt daher nach nicht der GewO 1994, sondern dem Regelungsbereich des Postmarktgesetzes, wobei dafür wohl insbesondere der 4. Abschnitt des PMG relevant sein dürfte (sofern der Anbieter nicht ohnedies ein Universaldienstbetreiber im Sinne des 3. Abschnitts des PMG ist). Gewerbliches Betriebsanlagenrecht kann daher für diese Einrichtungen ebenfalls nicht zur Anwendung kommen.

2. (Oberösterreich) Vertrieb landwirtschaftlicher Produkte als häusliche Nebenbeschäftigung

Punkt 5 der Gewerbereferententagung 1995 folgend, muss der Verkauf von aus eigener Erzeugung stammenden Brot und Gebäck, um den Merkmalen der häuslichen Nebenbeschäftigung nach § 2 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 zu entsprechen, „im Weichbild des Hauses“ stattfinden. Dies ist bei Feilbietung in einer außerhalb des Hauses gelegenen Verkaufsstelle nicht der Fall.

Seitens eines oberösterreichischen Landwirts erfolgt der Verkauf der Waren zwar in den eigenen Räumlichkeiten – also somit im Weichbild des Hauses – jedoch nur an einen Abnehmer(Wiederverkäufer), der dann wiederum die Ware in seinem Verkaufsladen den Endkunden anbietet.

Nach unserer Ansicht ist zum „Im Weichbild des Hauses gelegenen Verkauf“ der Zeitpunkt der Übergabe der Ware an den Endkunden entscheidend, womit im geschilderten Fall, trotz Übergabe der Ware in den eigenen Räumlichkeiten, eine häusliche Nebenbeschäftigung mangels Verkauf „Im Weichbild des Hauses“ nicht stattfindet. Sofern der Verkauf der Ware am Hof an einen Wiederverkäufer stattfindet und die Ware erst im Verkaufslokal des Wiederverkäufers an die Kunden weiterverkauft wird, ist dieser Verkauf demnach nicht mehr im Weichbild des Hauses gelegen.

Seitens der OÖ. Landwirtschaftskammer wurde dazu vorgebracht, dass im Fall der Unzulässigkeit des Verkaufes an Gewerbetreibende, dem häuslichen Produzenten in irgendeiner Form eine Prüfpflicht treffen würde, ob es sich beim Kunden um einen Endkunden oder einen Gewerbetreibenden handelt, der die Ware zu gewerblichen Zwecken verwendet. Es stellt sich die Frage, wie dieser Prüfpflicht nachgekommen werden kann. Letztlich würde dem häuslichen Produzenten mangels alternativer Möglichkeit nur das Vertrauen auf die Auskunft des Kunden bleiben.

Es wird um Mitteilung ersucht, ob unserer Rechtsansicht gefolgt werden kann, dass der Verkauf der Ware am Hof, sofern er an einen Wiederverkäufer stattfindet, nicht im Weichbild des Hauses gelegen ist.

Zu TOP 2.:

Im Motivenbericht für die Gewerbeordnung 1859 wird ausgeführt, dass es sich wohl von selbst rechtfertigt, dass die häusliche Nebenbeschäftigung „außer die Gewerbeordnung“ gestellt wurde. Diese Erwerbszweige „bilden zwar in ihrer Gesamtheit einen ansehnlichen Teil der nationalen Arbeit, bewegen sich aber fast ausschließlich im Kreise des Familienlebens; ... sie ... entziehen sich vermöge ihrer Zartheit jeder gewerbepolizeilichen Einmischung“.

Dem entsprechend wird in Judikatur und Literatur als wesentlicher Aspekt herausgegriffen, dass es sich bei der häuslichen Nebenbeschäftigung um Tätigkeiten handelt, die im eigenen Haus/in der eigenen Wohnung neben der Führung des eigenen Haushalts durchgeführt werden, und zwar durch die im Rahmen eines Familien- bzw. Partnerschaftsverbandes tatsächlich zusammenlebenden Personen (siehe zB Stolzlechner ua GewO⁴, Anm. 16 und 17 zu § 2).

Bei der Abgrenzung der häuslichen Nebenbeschäftigung von der Gewerbeordnung 1994 unterliegenden Tätigkeiten wird weiters auf die Art der Tätigkeit abgestellt, es konnte aber kein Hinweis darauf gefunden werden, dass es von Relevanz wäre, an wen die erzeugten Produkte veräußert werden.

Dass ein Verkauf an einen Wiederverkäufer stattfindet, ist also kein geeignetes Kriterium für die Einstufung einer Tätigkeit als eine der Gewerbeordnung 1994 unterliegende Tätigkeit.

3. (Tirol) Umfang der Zukaufsrechte der Land- und Forstwirte gemäß § 2 Abs. 3 GewO 1994

An das Amt der Tiroler Landesregierung wurde die Frage herangetragen wie weit die Zukaufsrechte der Land- und Forstwirte gemäß § 2 Abs. 3 Gewerbeordnung 1994 reichen. Insbesondere tauchte die Frage auf ob die Zukaufsrechte nur für pflanzliche Produkte gelten und ob nur unverarbeitete Produkte weiterverkauft werden dürfen. Als Beispiel wurde genannt, wenn Äpfel von einem Obstbauern im zulässigen Ausmaß zu gekauft werden darf von diesem dann aus den zugekauften Äpfeln Schnaps hergestellt werden welcher an Konsumenten weiterverkauft wird. Schnaps zählt nicht zur Urprodukte-Verordnung. Weiters ist die Frage aufgetaucht wie die „Betriebszweige“ im Sinne dieser Bestimmung zu definieren sind.

Von Amt der Tiroler Landesregierung wird dazu folgende Rechtsmeinung vertreten:

Gemäß § 2 Abs. 3 Z 1 Gewebeordnung 1994 gehören zur Land- und Forstwirtschaft im Sinne dieses Bundesgesetzes (Abs. 1 Z 1) „die Hervorbringung und Gewinnung pflanzlicher Erzeugnisse mit Hilfe der Naturkräfte, einschließlich des Wein- und Obstbaues, des Gartenbaues und der Baumschulen; hinsichtlich des Weinbaues ferner der Zukauf von höchstens 1 500 l aus dem EWR stammenden Wein oder 2 000 kg aus dem EWR stammenden Trauben pro Hektar bewirtschafteter Betriebsfläche und Kalenderjahr; im Bundesland Steiermark der Zukauf von höchstens 3 000 kg Trauben pro Hektar bewirtschafteter Betriebsfläche und Kalenderjahr, die insgesamt aus demselben Weinbaugebiet (§ 25 Abs. 3 des Weingesetzes 1985) stammen, in dem der Betrieb gelegen ist; hinsichtlich aller Betriebszweige mit Ausnahme des Weinbaues ferner der Zukauf von aus dem EWR stammenden Erzeugnissen des jeweiligen Betriebszweiges, wenn deren Einkaufswert nicht mehr als 25 vH des Verkaufswertes aller Erzeugnisse des jeweiligen Betriebszweiges beträgt; hinsichtlich aller Betriebszweige ferner der Zukauf von aus dem EWR stammenden Erzeugnissen des jeweiligen Betriebszweiges im ernteausfallsbedingten Umfang“.

Die Bestimmung im § 2 Abs. 3 Z 1 GewO 1994 regelt die „Hervorbringung und Gewinnung pflanzlicher Erzeugnisse“, die Zukaufsrechte gelten daher lediglich für pflanzliche Erzeugnisse aus land- und forstwirtschaftlicher Urproduktion. Dabei wird zwischen dem Weinbau und allen anderen Betriebszweigen unterschieden. Dies bedeutet nach hieramtlicher Rechtsmeinung, dass nur innerhalb des jeweiligen Betriebszweiges Zukaufsrechte bestehen. Die zugekauften Produkte können dann weiterverkauft oder auch weiterverarbeitet werden und als Verarbeitungsprodukte in Verkehr gebracht werden. Wesentlich dabei ist nur, dass die Bestimmungen für die Verarbeitungsnebengewerbe gemäß § 2 Abs. 4 Z 1 GewO 1994 eingehalten werden. Das oben genannte Beispiel mit dem Zukauf von Äpfeln durch einen Obstbauern und der Weiterverarbeitung dieser Äpfel zu Schnaps wäre daher aus unserer Sicht zulässig. Unzulässig wäre allerdings der Zukauf von Schnaps anderer Landwirte zum Weiterverkauf.

Fraglich ist auch was hier als Betriebszweig anzusehen ist. In einer Fibel der Landwirtschaftskammer Österreich zur Direktvermarktung (siehe Beilage zu Top 41/2021) werden auf Seite 5 als Betriebszweige angeführt: Weinbau, Obstbau, Gartenbau, Baumschulen, Forstwirtschaft und sonstige pflanzliche Produktion einschließlich Feldgemüsebau. Ist dies zutreffend?

Um Mitteilung der dortigen Rechtsmeinung darf gebeten werden.

Zu TOP 3.:

Den Ausführungen Tirols wird im Wesentlichen zugestimmt.

Eine Zukaufsregelung hat erstmals durch die Gewerberechtsnovelle 1992, BGBl. Nr. 29/1993, in die Gewerbeordnung (damals 1973) Eingang gefunden.

Der Vorschlag in der seinerzeitigen Regierungsvorlage hat sich lediglich auf den Zukauf von Wein oder Trauben bezogen und war unkommentiert (siehe die Regierungsvorlage 635 dB XVIII.GP). Offenbar im Handelsausschuss ist dann eine Erweiterung erfolgt und ua eine Bezugnahme auf Erzeugnisse eines Betriebszweigs dazugekommen. Der Handelsausschuss ist in seinem Bericht 876 dB XVIII.GP davon ausgegangen, dass „sich auf Grund des § 30 Abs. 9 des Bewertungsgesetzes 1955 ... der Zukauf fremder Erzeugnisse innerhalb eines Bereiches von 25 vH des Umsatzes des Betriebes bewegen darf“.

Die Zukaufsmöglichkeiten beziehen sich (da „lediglich“ der Z 1 des § 2 Abs. 3 zugeordnet) ausschließlich auf pflanzliche Erzeugnisse. Die genannten Mengen von Zukäufen landwirtschaftlicher Produkte gelten bis zum Erreichen einer bestimmten Grenze als landwirtschaftliche Produktion. Dies gilt aber nur für die Urproduktion, zu der die Verarbeitung von Obst zu Schnaps und dessen Abfüllung nicht gezählt werden kann (siehe dazu Stolzlechner ua GewO⁴, Anm. 110 zu § 2).

Für land- und forstwirtschaftliche „Betriebszweige“ gibt es, wie eine Suche im RIS und eine Rückfrage im BMLRW ergeben haben, keine Legaldefinition. Aus § 2 Abs. 3 Z 1 GewO 1994 („hinsichtlich aller Betriebszweige mit Ausnahme des Weinbaus“) ergibt sich jedenfalls, dass der Weinbau einen Betriebszweig darstellt. Weitere Betriebszweige sind etwa Getreideanbau, Obstbau, Gemüsebau, Rapsanbau oder Gartenbau (siehe Stolzlechner ua GewO⁴, Anm. 113 zu § 2).

Die Be- oder Verarbeitung der pflanzlichen Erzeugnisse ist dann als Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft von der Gewerbeordnung 1994 ausgenommen, wenn die Ausnahmekriterien des § 2 Abs. 4 Z 1 GewO 1994 erfüllt sind.

4. (Steiermark) Gewerberechtlicher Geschäftsführer – Filialgeschäftsführer – entsprechende Betätigung

§ 39 Abs. 2 GewO 1994 lautet:

Der Geschäftsführer muss den für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen entsprechen **und in der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen**, insbesondere dem Abs. 1 entsprechende, selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen. Er muss der Erteilung der Anordnungsbefugnis und seiner Bestellung nachweislich zugestimmt haben. Handelt es sich um ein Gewerbe, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, so muss der gemäß § 9 Abs. 1 zu bestellende Geschäftsführer einer juristischen Person außerdem

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

Diese Bestimmung gilt nicht für die im § 7 Abs. 5 angeführten Gewerbe, die in der Form eines Industriebetriebes ausgeübt werden. Innerhalb eines Konzerns kann eine Bestellung zum Geschäftsführer auch für mehrere Konzernunternehmen erfolgen, wenn der Geschäftsführer Arbeitnehmer im Sinne des dritten Satzes zumindest bei einem der Konzernunternehmen ist. Der gemäß Abs. 1 für die Ausübung eines Gewerbes, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, zu bestellende Geschäftsführer muss ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein. Die bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 29/1993 geltenden Bestimmungen des § 39 Abs. 2 gelten für Personen, die am 1. Juli 1993 als Geschäftsführer bestellt waren, bis zum Ablauf des 31. Dezember 1998 weiter.

§ 39 Abs. 3 GewO 1994 lautet:

In den Fällen, in denen ein Geschäftsführer zu bestellen ist, muss der Gewerbeinhaber sich eines Geschäftsführers bedienen, **der sich im Betrieb entsprechend betätigt**.

§ 47 Abs. 2 GewO 1994 lautet:

Der Filialgeschäftsführer muss den für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen entsprechen, seinen Wohnsitz im Inland haben und **in**

der Lage sein, sich in der weiteren Betriebsstätte entsprechend zu betätigen, insbesondere dem Abs. 1 entsprechende, selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen. Er muss der Erteilung der Anordnungsbefugnis und seiner Bestellung nachweislich zugestimmt haben. § 39 Abs. 2a zweiter Satz gilt sinngemäß.

Die Frage, die sich nun stellt ist, ob und wenn ja welcher Unterschied zwischen der obligatorischen Bestellung (§ 39 Abs. 3 GewO 1994) und der fakultativen Bestellung des Geschäftsführers (§ 47 Abs. 2 GewO 1994) besteht.

Um entsprechende Diskussion wird gebeten!

In der Praxis ergeben sich häufig Fälle, dass ein Geschäftsführer für einen Betrieb mit über 100 weiteren Betriebsstätten (Filialen) das Erfordernis einer entsprechenden Betätigung erfüllt, zumal er nur für einen Betrieb als Geschäftsführer namhaft gemacht wurde. In anderen Fällen, wird die mehrmalige Bestellung als Geschäftsführer (zB. 5 x in unterschiedlichen Betrieben mit je 20 Filialen) als dem Erfordernis der entsprechenden Betätigung nicht gerecht werdend angesehen, zumal er eben bereits in 5 Betrieben als Geschäftsführer bestellt wurde.

Es wird um Diskussion gebeten, wie andere Bundesländer mit solchen Fällen umgehen!

Zu TOP 4.:

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

§ 39 Abs. 3 GewO 1994 normiert zusätzlich für die Fälle, in denen ein Geschäftsführer zu bestellen ist, dass der Gewerbeinhaber sich eines Geschäftsführers bedienen muss, „*der sich im Betrieb entsprechend betätigt*“.

Nach § 47 Abs. 2 erster Satz GewO 1994 muss der Filialgeschäftsführer den für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen entsprechen, seinen Wohnsitz im Inland haben und in der Lage sein, sich in der weiteren Betriebsstätte entsprechend zu betätigen, insbesondere dem § 47 Abs. 1 leg. cit. entsprechende, selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen.

Im Zuge der Anzeige der Bestellung des obligatorischen Geschäftsführers oder des fakultativen Filialgeschäftsführers in der von der Gewerbebehörde ex ante die Voraussetzungen zu prüfen sind, ist in beiden Fällen derselbe Prüfmaßstab betreffend das Kriterium der „entsprechenden Betätigung“ anzuwenden. Die Gewerbebehörde

kann im Zeitpunkt der Bestellsanzeige des obligatorischen Geschäftsführers nicht ex ante prüfen, ob dieser sich auch im „im Betrieb entsprechend betätigt“. Folglich handelt es sich bei der Bestimmung des § 39 Abs. 3 GewO 1994 um eine Ausübungsvorschrift, deren Verletzung auch nach § 367 Z 7 GewO 1994 mit einer Verwaltungsstrafe sanktioniert ist.

Ob die Voraussetzung der „entsprechenden Betätigung“ vorliegt, ist im Einzelfall zu prüfen und wird an dieser Stelle auf die umfangreiche kasuistische Judikatur und Lehre hingewiesen - siehe beispielsweise den Auszug aus *Gruber/Paliego-Barfuß*, GewO⁷ § 39, Rz 33 (Stand 4.10.2019, rdb.at): „Eine entsprechende Betätigung iS des [§ 39] Abs. 2 kann danach aber nur dann angenommen werden, wenn durch sie eine gesetzmäßige Gewerbeausübung sichergestellt und somit unter Bedachtnahme auf die im Einzelfall in Betracht zu ziehende gewerbliche Betätigung die bloße Scheinerfüllung dieses Erfordernisses ausgeschlossen wird. VwSlg 9240 A/1977; VwGH 15. 3. 1978, 227/77; 8. 3. 1979, 1243/78; 25. 4. 1980, 1196/79; 22. 11. 1988, 88/04/0150; 12. 11. 1996, 96/04/0206; 27. 1. 2010, 2006/04/0038. (E)

Dem Tatbestandselement der entsprechenden Betätigung im Betrieb zufolge muss sohin unter Bedachtnahme auf die Art und den Umfang des Betriebes und auf die Lebensumstände des Geschäftsführers die Beurteilung gerechtfertigt sein, dass der Geschäftsführer zu einer derartigen Betätigung in der Lage ist. VwSlg 10.296 A/1980; VwGH 20. 10. 1987, 87/04/0052; 25. 2. 1992, 91/04/0264; 6. 11. 1995, 94/04/0057; 27. 1. 1999, 98/04/0189; 25. 2. 2002, 2001/04/0228. (E)“

5. (Tirol) Bestellung eines ständigen inländischen Vertreters einer im österreichischen Firmenbuch eingetragenen Zweigniederlassung einer ausländischen GmbH als gewerberechtlicher Geschäftsführer

An das Amt der Tiroler Landesregierung wurde von einem berufsmäßigen Parteivertreter die Frage gerichtet, ob der ständige inländische Vertreter einer im österreichischen Firmenbuch eingetragenen Zweigniederlassung einer ausländischen GmbH, die Voraussetzungen für die Bestellung als gewerberechtlicher Geschäftsführer gemäß § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 erfüllt.

Gemäß § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 muss der Geschäftsführer den für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen entsprechen und in

der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen, insbesondere dem Abs. 1 entsprechende, selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen. Er muss der Erteilung der Anordnungsbefugnis und seiner Bestellung nachweislich zugestimmt haben. Handelt es sich um ein Gewerbe, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, so muss der gemäß § 9 Abs. 1 zu bestellende Geschäftsführer einer juristischen Person außerdem dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehören

Laut dem Kommentar Gruber/Paliego-Barfuß zu § 39 GewO 1994 zählen zu den zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organen zum Beispiel der GmbH-Geschäftsführer, der Vorstand einer AG oder der Obmann eines Vereines.

Kommentar Gruber/Paliego-Barfuß

51) Zur gesetzlichen Vertretung berufene Organe sind etwa der GmbH-Geschäftsführer (§ 18 GmbHG), der Vorstand einer AG (§ 71 AktG) oder der Obmann eines Vereines (§§ 5 f VereinsG).

Das zur gesetzlichen Vertretung berufene Organ der GesmbH iSd Abs. 2 Z 1 ist (sind) der (die) Geschäftsführer (Vorstand). Ein iSd § 18 Abs. 3 GesmbHG in die organschaftliche Vertretung eingebundener Prokurist („Organprokurist“) ist kein zur gesetzlichen Vertretung berufenes Organ iSd Abs. 2 Z 1. VwSlg 14.084 A/1994. (E)

Die gem. § 39 Abs. 2 GewO 1973 idF vor der GewRNov 1992 noch zulässig gewesene Bestellung eines Prokuristen, der nicht Dienstnehmer ist, zum gewerberechtl. Geschäftsführer einer juristischen Person ist – unbeschadet der für am 1.7.1993 als Geschäftsführer bereits bestellte Personen zufolge § 39 Abs. 2 letzter Satz GewO 1973 idF BGBl 1993/29 geltenden Übergangsregelung – nunmehr ausgeschlossen. VwGH 22. 11. 1994, 93/04/0217. (E)

Gemäß § 107 Abs. 2 GmbH-Gesetz müssen Gesellschaften, deren Personalstatut nicht das Recht eines Mitgliedstaates der europäischen Union oder des EWR ist, für den gesamten Geschäftsbetrieb der Zweigniederlassung mindestens eine Person bestellen die zur ständigen gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung der Gesellschaft befugt ist und ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat. Eine Beschränkung des Umfangs ihre Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam. Gesellschaften, deren Personalstatut das Recht eines Mitgliedstaates der europäischen Union oder des EWR ist, können einen solchen ständigen Vertreter bestellen. Der für das Inland bestellte ständige Vertreter hat gemäß § 112 GmbH-Gesetz auch gesondert die Bücher für die inländischen Geschäfte zu führen.

Damit ähnelt dieser ständige Vertreter doch stark dem handelsrechtlichen Geschäftsführer einer GmbH.

Um Mitteilung der dortigen Rechtsansicht darf gebeten werden, ob damit die Voraussetzungen im Sinne des § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 als erfüllt anzusehen sind.

Zu TOP 5.:

Gemäß § 107 Abs. 2 GmbH-Gesetz haben Gesellschaften, deren Personalstatut nicht das Recht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines Vertragsstaats des Abkommens über die Schaffung eines Europäischen Wirtschaftsraumes, BGBl. Nr. 909/1993, ist, für den gesamten Geschäftsbetrieb der Zweigniederlassung mindestens eine Person zu bestellen, die zur ständigen gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung der Gesellschaft befugt ist und ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat; eine Beschränkung des Umfangs ihrer Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam. Eine ähnliche Bestimmung existiert auch für Aktiengesellschaften in § 254 Abs. 4 AktienG.

Im Rahmen der GRT 1997, TOP 10, wurde erörtert:

§ 39 GewO 1994 lässt die Intention des Gesetzgebers erkennen, dem gewerberechtiglichen Geschäftsführer eine Stellung im Unternehmen einzuräumen, auf Grund derer gewährleistet ist, dass er einerseits genug Übersicht über innerbetriebliche Vorgänge hat und andererseits die Möglichkeit, zur Vermeidung unerwünschter Entwicklungen korrigierend einzugreifen. Die Kompetenz unbeschränkter außergerichtlicher und gerichtlicher Vertretung einer ausländischen Filiale kommt der Mitgliedschaft im Vertretungsorgan einer Gesellschaft in der Tat nahe. Die Möglichkeiten eines solchen Vertreters gehen über die eines Prokuristen hinaus. Genannte Kompetenzen erfordern eine sehr intensive Einbindung ins Unternehmen.

Es ist daher davon auszugehen, dass § 39 Abs. 2 GewO 1994 es erlaubt, bei Bestellung einer Person im Sinne der §§ 107 Abs. 2 GmbHG und 254 Abs. 2 AktienG zum gewerberechtiglichen Geschäftsführer auf den zusätzlichen Nachweis einer Mitgliedschaft derselben zum Vertretungsorgan einer Gesellschaft zu verzichten.

Es hat sich seither an der Sach- und Rechtslage nichts geändert, es ist in diesem Sinne daher weiterhin davon auszugehen, dass ständige Vertreter im Sinne des § 107 Abs. 2 GmbH-Gesetz und des § 254 Abs. 2 AktienG die Voraussetzung des § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 erfüllen.

6. (Vorarlberg) Gewerbsmäßige Ausübung einer Erfindung (Patent); Übertragung der Verwertung an Dritte; Rechtslage

Gemäß § 31 Patentgesetz kann ein Patentinhaber die Erfindung vom Tag der Bekanntmachung der Erteilung des Patentbeschlusses in dem aus der Patentschrift sich ergebenden Schutzzumfang gewerbsmäßig ausüben, ohne an die Vorschriften für die Erlangung einer Gewerbeberechtigung gebunden zu sein. Die Begünstigung umfasst das Herstellen, das Inverkehrbringen und das Feilhalten des Gegenstandes der Erfindung. Bei der Mehrheit von Patentinhabern kommt gemäß § 31 Abs. 2 Patentgesetz diese Begünstigung nur jenen zu, denen das Patent wenigstens zu einem Viertel zusteht. Der Patentinhaber ist weiters berechtigt die Benützung der Erfindung dritten Personen für das ganze Geltungsgebiet des Patentbeschlusses oder für einen Teil desselben zu überlassen (Lizenz).

Hinsichtlich der anzuwendenden gewerberechtlichen Bestimmungen ist in diesem Zusammenhang auf § 3 GewO 1994 zu verwiesen. Weiters ist festzuhalten, dass bei beabsichtigter Inanspruchnahme einer Begünstigung im Sinne des § 31 Abs. 1, dies der Bezirksverwaltungsbehörde, in deren Wirkungsbereich die Ausübung erfolgen soll, spätestens gleichzeitig mit dem Beginn der Ausübung der Erfindung anzuzeigen.

Aus gewerberechtlicher Sicht stellt sich nun die Frage inwieweit diese vorerwähnten Begünstigungen auch zum Tragen kommen, wenn das Patentrecht auf eine juristische Person oder dergleichen übertragen wird. Hier ergeben sich aus der Praxis heraus zwei Fallkonstellationen; jene in denen das Patent im Rahmen einer Lizenz überlassen wird (vgl. § 35 Patentgesetz) und jene in welcher das Patent im Rahmen einer Einbringung, odgl, vom Patentinhaber in einer Juristische Person oder eingetragene Personengesellschaften eingebracht wird.

Das Amt der Vorarlberger Landesregierung vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, dass bei Übertragungen die vorerwähnten Begünstigungen für den Patentanmelder auch von dessen Rechtsnachfolger bzw. die Mitinhaber konsumiert werden können, der sog. Lizenzinhaber hievon jedoch nicht Gebrauch machen kann.

Um Mitteilung der dortigen Rechtsansicht wird gebeten.

Zu TOP 6.:

Gemäß § 3 Abs. 1 GewO 1994 betreffen die Begünstigungen (Ausnahmen von den dort genannten Vorschriften) die im § 31 des Patentgesetzes genannten Personen. In § 31 Abs. 1 ist der Patentinhaber genannt und des Weiteren kommt gemäß § 31 Abs. 2 Patentgesetz bei einer Mehrheit von Patentinhabern diese Begünstigung nur jenen

zu, denen das Patent wenigstens zu einem Viertel zusteht. Gemäß § 33 Abs. 2 Patentgesetz können das Recht aus der Anmeldung eines Patentbesitzes und das Patentrecht durch Rechtsgeschäft, richterlichen Ausspruch oder letztwillige Verfügung auf andere übertragen werden. Im Falle, dass der Patentinhaber diese Rechte mittels Einbringung auf eine juristische Person oder eine andere natürliche Person überträgt, ist diese sodann die Patentinhaberin. Folglich kommen für diese als Patentinhaberin die Begünstigungen des § 3 Abs. 1 GewO 1994 zum Tragen (bei einer Mehrheit von Patentinhabern würde diese Begünstigung auch jenen zukommen, denen das Patent wenigstens zu einem Viertel übertragen würde).

Da ein Lizenznehmer nicht im § 31 Patentgesetz genannt ist, kommt für diesen auch nicht die Begünstigung des § 3 Abs. 1 GewO 1994 zum Tragen.

II. Reglementierte und freie Gewerbe

7. (Kärnten) Kumulation beim freien Gastgewerbe – Überschreitung der zehn Betten

Es gibt Fälle, wo Gewerbe mit dem Wortlaut „Gastgewerbe in der Betriebsart Beherbergung von Gästen, wenn nicht mehr als zehn Fremdenbetten bereitgestellt werden, ...“ von den gleichen Personen an verschiedenen Standorten angemeldet wurde. Weiters ist bei anderen Fällen davon auszugehen, dass aufgrund weiterer Betriebsstätten die maximale Bettenanzahl überschritten sein wird.

Laut Rechtsansicht des Ministeriums (vgl. Top 12,13 GRT 2021) ist dies jedoch nicht zulässig.

Es wird um Diskussion gebeten, wie mit bestehenden Berechtigungen nunmehr umzugehen ist (zB. Nichtigerklärung, Einleitung eines Strafverfahrens).

Angemerkt wird in diesem Zusammenhang, dass auch Standorte zu finden sind, an denen mehrere verschiedene Personen das o.g. freie Beherbergungsgewerbe angemeldet haben und ist die Frage aufgetreten, ob dies zulässig ist. Zu beachten wäre hier § 112 Abs. 1 GewO 1994, wonach ein Gastgewerbe auch dann ausgeübt wird, wenn einzelne Dienstleistungen, die in ihrer Gesamtheit eine gastgewerbliche Tätigkeit gemäß § 111 Abs. 1 GewO 1994 ergeben, gesondert von zwei oder mehreren Unternehmern für dieselben Leistungsempfänger und im selben Standort erbracht werden. Diese Zusammenrechnungsregel kommt unserer Ansicht nach nicht zum Tragen, da es sich wohl kaum um die gleichen Leistungsempfänger handeln wird.

Zu TOP 7.:

Betreffend Gewerbeberechtigungen, die mehrfach bestehen, wäre zunächst grundsätzlich nach den Regeln der entschiedenen Sache zu handeln.

Es ist aber in der Vergangenheit, vor allem aus dem Bestand der aus dem ZGR migrierten Gewerbebestände oder nach Umgründungsverfahren, in denen der Gewerbebestand des übernehmenden Unternehmens nicht sorgfältig geprüft worden ist, immer wieder vorgekommen, dass eine Person oder eine Körperschaft ein und dieselbe Gewerbeberechtigung mehrfach hat. Solange dadurch nicht Rechtszustände entstehen, in denen Befähigungsnachweisgrenzen überschritten werden, sollte dies im Sinne einer kundenorientierten Verwaltung nicht zu anlasslosen Veranlassungen der Behörde

führen; sollte aber ein Geschäftsfall auftreten, kann dieser Geschäftsfall zur Gelegenheit genommen werden den Gewerbeinhaber anzuleiten, bei der Bereinigung mitzuwirken und ggfs. die nicht erforderlichen Gewerbeberechtigungen zurückzulegen und anstelle dessen weitere Betriebsstätten anzuzeigen, falls die Standorte der Doubletten nicht übereinstimmen.

Ähnlich kann auch bei den anfragegegenständlichen Berechtigungen vorgegangen werden, sofern durch die Doubletten nicht die 10-Betten Grenze überschritten wird.

Sofern allerdings die 10-Betten Grenze überschritten wurde und damit auch ein Befähigungsnachweis erforderlich wäre, um den Bestand erhalten zu können, sollte die Behörde zunächst prüfen, ob eine Sanierung durch den Nachweis der (ggfs. auch individuellen) Befähigung und Umwandlung der Doubletten in weitere Betriebsstätten erfolgen kann; dazu wird allerdings die Mitwirkung des Gewerbeinhabers erforderlich sein.

Sollte der Gewerbeinhaber in solchen Fällen jedoch die Mitwirkung bei der Sanierung verweigern, bleibt noch die Möglichkeit des § 363 Abs. 1 Z 2 GewO 1994, der auf sämtliche Gewerbeberechtigungen anzuwenden wäre, die nach Überschreiten der 10-Betten Grenze angemeldet worden sind.

Generell sollte in Zukunft aber jedenfalls von den Behörden darauf geachtet werden, dass bei Mehrfachanmeldung von gleichen Gewerbeberechtigungen der Anmelder angeleitet wird, die Anmeldung als Anzeige einer weiteren Betriebsstätte durchzuführen (sofern dadurch nicht Befugnisgrenzen überschritten werden, in diesem Fall müsste auch noch zusätzlich eine Prüfung des Befähigungsnachweises erfolgen, ehe eine Anmeldung zur Anzeige einer weiteren Betriebsstätte zur Kenntnis genommen werden kann). Bleibt die Anleitung erfolglos, wäre gemäß § 68 Abs. 1 AVG wegen entschiedener Sache vorgehen.

Der Rechtsansicht des Amtes der Tiroler Landesregierung, dass bei mehrfachen Anmeldungen des Gewerbes durch unterschiedliche Personen an einem Standort, die Zusammenrechnungsregel des § 112 Abs. 1 GewO 1994 nicht zur Anwendung kommt, wird zugestimmt. Es handelt sich in diesen Fällen dann sowohl um unterschiedliche Wohnungen (was dann auch durch die TOP-Zahl zum Ausdruck kommen kann, womit dann auch die Standorte klar unterschieden wären) als auch um unterschiedliche Leistungsempfänger.

8. (Vorarlberg) Verkauf von cannabinoid-haltigen Produkten; Automatenhandel; Rechtslage; gewerberechtliche Vorgangsweise; Erfahrungsaustausch

Seit einiger Zeit ist ein allgemeiner Markttrend betreffend cannabinoid-haltiger Produkte (CBD- und Hanfprodukten) in ganz unterschiedlichen Sortimentsbereichen, wie zB Duftstoffen, Nahrungsergänzungsmitteln, Kosmetika etc. zu beobachten. Auch gibt es offensichtlich eine verstärkte Nachfrage betreffend das Inverkehrbringen von Tabak- und verwandten Erzeugnissen bzw. Flüssigkeiten (sog. CBD Liquids), die zum Verdampfen und Inhalieren von Cannabidiol (CBD) verwendet werden, bzw. werden entsprechende Nachfragen in diesem Bereich öfters an die Gewerbebehörden herangebracht. Eine häufig in Erscheinung tretende Vertriebsform für derartige Produkte ist unter anderem auch der Automatenhandel. Da die (gesundheits-)rechtliche Abgrenzung in diesem Bereich durchaus komplex sein kann, stellen sich in der Praxis oftmals auch für die Gewerbebehörden die Frage der korrekten Vorgangsweise bzw. Fragen der rechtlichen Abgrenzung. Aufgrund dessen wird – auch im Sinne einer einheitlichen Vollziehung – um Erörterung und kompetenzrechtliche Klarstellung in diesem Bereich ersucht.

Betreffend die Abgrenzung zum Suchtmittelrecht bzw. dem Verbot des Inverkehrbringens von Cannabis und daraus hergestellten Extrakten ist u.a. auf einen entsprechenden Erlass des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, Zl. BMASGK-75100/0020-IX/B/16a/2018 zu verweisen, der zumindest nach unserem Wissen nach wie vor Gültigkeit hat.

Hinsichtlich der gewerberechtlichen Rechtslage ist hier Folgendes festzuhalten:

Gemäß § 1 Abs. 1 GewO 1994 gilt die Gewerbeordnung – soweit nicht die §§ 2 bis 4 anderes bestimmen – für alle gewerbsmäßig ausgeübten, nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten. Hinsichtlich von Tabakerzeugnissen ist auf § 2 Abs. 1 Ziffer 24 hinzuweisen, wonach die Gewerbeordnung auf den Betrieb der dem Bund zustehenden Monopole (z.B. Tabakmonopol) und Regalien nicht anzuwenden ist. Im Hinblick auf den Automatenhandel ist weiters aus gewerberechtlicher Sicht zu beachten, dass beim Vertrieb von Arzneimitteln ein Verbot des Verkaufs durch Automaten besteht.

Grundsätzlich melden Personen, die Produkte im oben angeführten Sortimentsbereich auf den Markt bringen wollen in den meisten Fällen bei der Gewerbebehörde ein freies Handelsgewerbe an bzw. bringen eine Anzeige gemäß § 52 GewO 1994 (Aufstellung von Automaten) bei der Gewerbebehörde ein, ohne dabei konkrete Angaben

über ein Verkaufssortiment vorzubringen. Dies entspricht auch den gesetzlichen Rahmenbedingungen der Gewerbeordnung.

Ob das Inverkehrbringen dieser vorerwähnten Produkte in Österreich zulässig ist, bzw. Fragen der Abgrenzung zu verbotenen Stoffen oder ob sich bei den zum Vertrieb beabsichtigten Produkten allenfalls um Arzneimittel oder Erzeugnisse handelt, welche dem Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz – TNRSKG) unterliegen, fallen nach Ansicht des Amtes der Vorarlberger Landesregierung nicht in die Zuständigkeit der Gewerbebehörden. Hier ist uE auf die Zuständigkeit des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz bzw. die AGES Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH zu verweisen.

Sollten der Gewerbebehörde im Zuge des Anmelde- bzw. Anzeigevorganges doch Informationen, wie Produktlisten etc., vorgelegt werden, aus denen der Verdacht abgeleitet werden kann, dass es sich um Arzneimittel oder allenfalls Produkte handelt, bei welchen ein Verbot des Inverkehrbringens besteht, wird von unserer Seite bislang die Auffassung vertreten, dass eine entsprechende Abklärung durch die vorgenannten zuständigen Stellen erfolgen muss.

Um Mitteilung der Rechtsansicht von Seiten des Bundesministeriums wird in diesem Zusammenhang ersucht. Weiters wird ebenfalls ein Erfahrungsaustausch hinsichtlich der Vorgangsweise in den einzelnen Bundesländern angeregt.

Zu TOP 8.:

Vorweggeschickt ist darauf hinzuweisen, dass die GewO 1994 nicht auf den Handel mit jedem Handelsgut schlechthin anzuwenden ist. Betreffend Einzelhandel mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln besteht beispielsweise ein ausdrücklicher Apothekenvorbehalt, betreffend Tabakwaren ein Trafikenvorbehalt und der Handel mit verbotenen Substanzen unterliegt bereits im Sinne des § 1 Abs. 1 GewO 1994 nicht dem Gewerbeamt.

Sofern es sich bei den cannabinoid-haltigen Produkte weder um solche handelt, die einem ausdrücklichen gesetzlichen Berufsvorbehalt unterliegen, noch um verbotene Substanzen, ist die GewO 1994 anwendbar und können die Produkte - soweit es sich dabei nicht um Medizinproduktehandel oder Großhandel mit Arzneimittel und Giften handelt - mit dem freien Handelsgewerbe gehandelt werden.

Hinsichtlich der Automaten ist § 52 Abs. 2 bis 4 GewO 1994 relevant. Das ausdrückliche gewerberechtliche Automatenverbot betrifft den Verkauf von Arzneimitteln sowie Heilbehelfen und den Ausschank und der Verkauf von alkoholischen Getränken.

Eine Verordnung gemäß § 52 Abs. 3 GewO 1994 steht dem Automatenverkauf ebenfalls nicht entgegen, lediglich die Verordnung einer Gemeinde gemäß § 52 Abs. 4 GewO 1994 könnte dazu gebietsweise eine Einschränkung vorsehen.

Der Rechtsmeinung des Amtes der Vorarlberger Landesregierung, dass die Abgrenzung zu Substanzen, die dem TNRSG und dem Tabakmonopol unterliegen, sowie zu verbotenen Substanzen, nicht im Vollzugsbereich der GewO 1994 zu treffen ist, wird beigepflichtet.

Sofern für bestimmte Stoffe (oder Verhaltensweisen) sowohl das TRNSG als auch die GewO 1994 anwendbar sind, bestehen die beiden Regelungen voneinander unabhängig und sich von den Normunterworfenen jeweils einzuhalten - es liegt aber nicht an der Behörde in Vollziehung der GewO 1994 das TRNSG mit gewerbebehördlichen Maßnahmen durchzusetzen. Das TRNSG ist vielmehr unabhängig von der GewO 1994 gesundheitsbehördlich zu vollziehen.

9. (Salzburg) Befähigungsnachweise mit notwendiger zusätzlicher Qualifikation zur Prüfung

Mit der GewO-Novelle 2002 wurden die Zugangsvoraussetzungen zu Befähigungsprüfungen abgeschafft. Als Ersatz wurden bei einigen Gewerben die bisherigen Voraussetzungen für den Zugang zur Prüfung nunmehr Voraussetzungen für den Zugang zum Gewerbe, zusätzlich zur positiv absolvierten Befähigungsprüfung. Diese Varianten der Befähigungsnachweise führen insbesondere bei den Gewerben Baumeister, Fußpflege und Massage häufig zu unbefriedigenden Ergebnissen, welche für die Gewerbebeanwender schwer zu vermitteln sind.

In einem Anlassfall konnte ein Gewerbebeanwender das Zeugnis über die erfolgreich abgelegte Prüfung für das Baumeistergewerbe und ein Dienstzeugnis eines Baumeisters über eine 12-jährige Berufspraxis, einschließlich Planungs- und Leitungstätigkeiten, vorlegen. Zur schulische Ausbildung wurde ein Zeugnis über die Absolvierung einer HTL für Betriebsmanagement, Ausbildungszweig Holzwirtschaft, vorgelegt. Gemäß der dazu vorgelegten Stundentafel werden im Rahmen dieser Ausbildung unter anderem auch bautechnische Kenntnisse vermittelt, es handelt sich aber nicht um eine Schule iSd § 1 Abs. 1 Z 1 lit. c) oder e) der Zugangsverordnung, da der Schwerpunkt der Ausbildung in der Betriebswirtschaft und im Betriebsmanagement gelegen ist. Der Interessent darf sich also aufgrund der bestandenen Befähigungsprüfung gem. § 22 Abs. 3 GewO 1994 als „staatlich geprüfter Baumeister“ bezeichnen, hat aber aufgrund

des Verbotes der individuellen Befähigung keine Möglichkeit, diesen Beruf in vollem Umfang selbständig auszuüben. Dazu müsste er entweder die Maurerlehre oder eine der Verordnung entsprechende Schulbildung nachholen. Es ist kaum nachvollziehbar, dass in diesem Fall trotz bestandener Prüfung der Berufszugang nicht möglich ist, zumal gem. § 1 Abs. 1 der Baumeister-Befähigungsprüfungsordnung das Niveau der Prüfung den hohen Anforderungen dieses Berufes gerecht zu werden hat.

Bei den Gewerben Fußpflege und Massage führt in der Praxis häufig die in sämtlichen Zugangsvarianten zusätzlich zur Prüfung geforderte Berufspraxis zu Problemen. Oft entschließen sich Quereinsteiger zu einer Berufsausbildung mit abschließender Befähigungsprüfung und können als „Praxis“ nur die Anwendung im Familien- und Freundeskreis nachweisen. Die Prüfungsordnungen für diese Gewerbe sehen einen praktischen Prüfungsteil vor, bei dem die notwendigen praktischen Fähigkeiten in sämtlichen Techniken und Anwendungen dieser Gewerbe unter Beweis zu stellen sind. Bei fehlender Berufspraxis im geforderten Ausmaß kann bei diesen Gewerben im Verfahren zur Feststellung der individuellen Befähigung zunächst eine Einschränkung auf klassische Massage bzw. kosmetische Fußpflege (also ohne Nagelprothetik, Spangentechnik und Orthesen) erfolgen. Auch wenn diese Vorgangsweise zumeist akzeptiert wird ist die Einschränkung des Gewerbeumfangs angesichts der bestandenen Prüfung über den gesamten Umfang und dem Niveau dieser Prüfungen (vgl. § 22 Abs. 1 iVm § 20 Abs. 1 GewO 1994) schwer erklärbar.

Um Erfahrungsaustausch und Diskussion wird ersucht.

Zu TOP 9.:

Die GewO-Novelle 2002 hatte das grundlegende Ziel der Liberalisierung des Berufszugangs zu Gewerben. Die konkrete Ausgestaltung und Reichweite einer Liberalisierung des Berufszugangs ist im Wesentlichen von der politischen Willensbildung abhängig.

Es stellt jedenfalls eine Erleichterung des Berufszugangs dar, wenn die Zugangsvoraussetzungen zu Befähigungsprüfungen abgeschafft werden, auch wenn diese Voraussetzungen als Bedingungen für den Gewerbezugang erhalten bleiben. Es wird dem Berufsangehörigen damit freigestellt, in welcher Reihenfolge er die Gewerbeantrittsvoraussetzungen erfüllt. Die Voraussetzungen zusätzlich zur Befähigungsprüfung sind bei den Gewerben Baumeister, Fußpflege und Massage erhalten geblieben, sie sind der jeweiligen Zugangsverordnung für jedermann ersichtlich festgeschrieben.

Nach der Rechtslage vor 2002 wäre es in den genannten Praxisbeispielen für die Betroffenen gar nicht möglich gewesen, zur Befähigungsprüfung anzutreten. Dies kann im Sinne der Selbstbestimmtheit des Bürgers nicht als eine bessere Situation für die Betroffenen angesehen werden.

Eine Lösung der angeführten Probleme wäre allenfalls durch eine Änderung der Vorschriften über den Berufszugang bzw. der individuellen Befähigung möglich, dies ist wie oben angeführt von der politischen Willensbildung abhängig.

10. (Wien) Versicherungsvermittlung - Nachsichtsverfahren – Prüfmaßstab bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern

Die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung verlangte eine Ausdehnung bestehender Ausschlussgründe nach § 13 GewO 1994 auf einen erweiterten Personenkreis.

In Übernahme der Richtlinienbestimmungen sieht § 137b Abs. 5 GewO 1994 vor, dass die dem Leitungsorgan eines (Versicherungs-)Unternehmens angehörenden Personen sowie alle direkt bei der Versicherungsvermittlung mitwirkenden Beschäftigten nicht nach § 13 Abs. 1 bis 4 GewO 1994 von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen sein dürfen.

Im Rahmen der GRETA 2005 wurde zu Top 11 bereits festgehalten, dass in den Fällen des § 137b Abs. 5 GewO 1994 ein Nachsichtsverfahren nach § 26 Abs. 1 und Abs. 2 GewO 1994 auch bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Sinne der Analogie möglich ist.

Im Hinblick auf § 26 Abs. 2 GewO 1994 stellt sich jedoch aus gegebenem Anlass die Frage, inwieweit der dort normierte Prüfungsmaßstab auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die keine Selbständigkeit anstreben, angewendet werden kann. Gemäß § 26 Abs. 2 GewO 1994 ist eine Nachsicht zu erteilen, wenn aufgrund der nunmehrigen wirtschaftlichen Lage des Rechtsträgers erwarten werden kann, dass er den mit der Gewerbeausübung verbundenen Zahlungspflichten nachkommen wird. Einen gesonderten Prüfungsmaßstab für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sieht die GewO 1994 in diesem Zusammenhang nicht vor. Eine Anwendung des allgemeinen Prüfungsmaßstabes erlaubt nach Ansicht des Amtes der Wiener Landesregierung jedoch keine Einschränkung hinsichtlich der geplanten Arbeitnehmerinnen- bzw. Arbeitnehmereigenschaft, vielmehr wäre die Nachsicht bei Vorliegen der Voraussetzungen umfassend zu erteilen, also auch im Hinblick auf eine allfällige, künftige Selbständigkeit. Die Praxis hat jedoch gezeigt, dass gerade ältere Personen, die von einem ausschlussbegründenden Insolvenzfall betroffen sind, keine gewerbliche Selbständigkeit anstreben, sondern ausschließlich im Rahmen eines Angestelltenverhältnisses vermittelnd tätig werden wollen. Nachsichtsanträge nach § 26 Abs. 2 GewO 1994 wurden in

diesen Fällen regelmäßig eingeschränkt auf die Funktion einer bzw. eines direkt bei der Versicherungsvermittlung mitwirkenden Beschäftigten gestellt.

Zahlungspflichten in Zusammenhang mit der Gewerbeausübung, wie zum Beispiel Betriebskosten, Personalkosten, Kammerumlage, Sozialversicherungsbeiträge, sind im Falle von nach § 13 Abs. 3 und 4 GewO 1994 ausgeschlossenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mangels gewerblicher Selbständigkeit nicht zu erwarten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ein aufrechtes Dienstverhältnis mit regelmäßigem Einkommen eine Verbesserung der wirtschaftlichen Lage mit sich bringt und dadurch die Situation allfälliger Gläubigerinnen und Gläubiger begünstigt wird. Ein auf die Arbeitnehmerinnen- bzw. Arbeitnehmerfunktion eingeschränkter Prüfungsmaßstab müsste daher entsprechend angepasst werden, und zwar in der Hinsicht, als künftige, mit einer selbständigen Gewerbeausübung in Zusammenhang stehende Zahlungspflichten unberücksichtigt zu bleiben haben.

Es wird daher höflich um Mitteilung gebeten, ob die Rechtsansicht des Amtes der Wiener Landesregierung geteilt wird bzw. welcher Prüfungsmaßstab im Falle einer auf die Arbeitnehmerinnen- bzw. Arbeitnehmereigenschaft abzielenden Nachsicht nach § 26 Abs. 2 iVm § 137b Abs. 5 GewO 1994 anzulegen ist.

Zu TOP 10.:

§ 137b Abs. 5 GewO 1994 sieht vor, dass die dem Leitungsorgan eines (Versicherungs-)Unternehmens angehörenden Personen sowie alle direkt bei der Versicherungsvermittlung mitwirkenden Beschäftigten nicht nach § 13 Abs. 1 bis 4 GewO 1994 von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen sein dürfen (es handelt sich aktuell um eine Umsetzung von Art. 10 Abs. 3 der Versicherungsvertriebsrichtlinie, (EU) 2016/97). Natürliche Personen, die in einem Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmen oder bei einem Versicherungs- oder Rückversicherungsvermittler arbeiten und Versicherungs- oder Rückversicherungsvertrieb betriebene Beschäftigten, die direkt an dem Versicherungs- oder Rückversicherungsvertrieb mitwirken, dürfen nie in Insolvenz gegangen sein, es sei denn, sie sind gemäß nationalem Recht rehabilitiert worden. Für Versicherungsvermittler wurde daher in § 13 Abs. 4 der Gewerbeordnung die hinsichtlich Bewertung als Insolvenzhindernis insofern strengere Rechtslage vor der Gewerberechtsnovelle BGBl. I Nr. 111/2002 wiederaufgenommen.

Da die Gewerbeordnung sich generell an die Gewerbetreibenden richtet, ist davon auszugehen, dass die für die Mitarbeiter vorgesehenen Verpflichtungen und Anforderungen indirekt durch den Gewerbetreibenden zu erfüllen sind. Dieser hat durch entsprechende Maßnahmen dafür zu sorgen, dass seine Mitarbeiter die Anforderungen

erfüllen, andernfalls er solche nicht anstellen darf oder kündigen muss. Als ein wesentlicher Grund für diese Anforderung könnte bei Mitarbeitern wohl gesehen werden, dass in einem Sektor bei dem es um Beratung in Finanzangelegenheiten geht, nicht jemand tätig werden soll, der in eigenen Angelegenheiten in finanzieller Hinsicht versagt hat.

Im Rahmen der GRT 2005 wurde zu Top 11 bereits festgehalten, dass in den Fällen des § 137b Abs. 5 GewO 1994 ein Nachsichtsverfahren nach § 26 Abs. 1 und Abs. 2 GewO 1994 auch bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Sinne der Analogie möglich ist.

Der Prüfmaßstab des § 26 Abs. 2 GewO 1994 besteht darin, ob aufgrund der nunmehrigen wirtschaftlichen Lage des Rechtsträgers erwartet werden kann, dass er den mit der Gewerbeausübung verbundenen Zahlungspflichten nachkommen wird.

Antragsberechtigt ist aufgrund der generellen Ausrichtung der Gewerbeordnung auf Selbstständige wohl der jeweilige Gewerbeberechtigte der Versicherungsvermittlung, der jemanden, der von einem Insolvenzfall betroffen war, nun anstellen will bzw. diese Person weiter beschäftigen will. Insofern scheint auch die Einschränkung der Nachsicht auf genau diesen Umfang selbstverständlich. Ein selbstständiger Antrag einer Person auf Nachsicht, die diese zwar für ein Angestelltenverhältnis benötigt, müsste aber so behandelt werden, wie ein solcher im Hinblick auf eine Gewerbeberechtigung, sofern nicht eine entsprechende Einschränkung vorgenommen wird.

Zahlungspflichten im Zusammenhang mit der Gewerbeausübung, wie zum Beispiel Betriebskosten, Personalkosten, Kammerumlage, Sozialversicherungsbeiträge, sind im Falle von nach § 13 Abs. 4 GewO 1994 ausgeschlossenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mangels gewerblicher Selbstständigkeit tatsächlich nicht zu erwarten. Dieses Kriterium ist daher für einen Antrag eines Gewerbeberechtigten im Hinblick auf einen Angestellten nicht relevant (es gelten aber jedenfalls die grundsätzlichen Kriterien des § 13 Abs. 4).

Die Prüfung im Hinblick auf einen allfälligen Antrag eines Angestellten selbst wiederum wäre wohl im Hinblick auf ein eigenes Gewerbe vorzunehmen und müsste die genannten potentiellen Zahlungspflichten in Zusammenhang mit der Gewerbeausübung berücksichtigen. Ist der Antrag aber auf die Tätigkeit als Mitarbeiter eingeschränkt, sind diese Kriterien jedenfalls nicht relevant (es gelten aber jedenfalls die grundsätzlichen Kriterien des § 13 Abs. 4).

Allerdings könnte im Hinblick auf die grundsätzliche Zwecksetzung der Anforderung der Konkursfreiheit bei Angestellten von Finanzgewerben überlegt werden, anstelle

der typischer Weise durch Betriebe zu erfüllenden Anforderungen im Falle von entsprechend eingeschränkten Anträgen von/für Angestellte(n) für diese typischen Ausgabepositionen und die Prognose hinsichtlich dieser heranzuziehen; Beispiele wären Miete, etwaige Unterhaltszahlungen, Käufe des täglichen Lebens. Dass ein aufrechtes Dienstverhältnis mit regelmäßigem Einkommen eine Verbesserung der wirtschaftlichen Lage mit sich bringt und dadurch die Situation allfälliger Gläubigerinnen und Gläubiger begünstigt wäre dabei entsprechend zu berücksichtigen.

11. (Vorarlberg) Erbringung des Befähigungsnachweises gem. § 19 GewO 1994 (individueller Befähigungsnachweis) bzw. durch Anerkennungsverfahren gem. § 373c/d GewO 1994 bei geänderten Zugangsvoraussetzungen - Begünstigung im Sinne des § 17 Abs. 1 GewO 1994

In Vorarlberg ist die Rechtsfrage aufgetreten, inwieweit der Befähigungsnachweis als erbracht angesehen werden kann, wenn durch eine Novellierung der Gewerbezugangsvorschriften eine Verschärfung der erforderlichen Qualifikationsvoraussetzungen vorliegt und der Anmelder über einen Bescheid über das Vorliegen der individuellen Befähigung gemäß § 19 GewO 1994 bzw. über eine Gleichhaltung der EU/EWR-Berufsqualifikation mit dem Befähigungsnachweis gemäß § 373d GewO 1994 verfügt, das entsprechende Verfahren dazu jedoch auf Grundlage der vorher gültigen Zugangsvoraussetzungen abgewickelt wurde. § 17 Abs. 1 GewO 1994 legt fest, dass wer bei der Anmeldung eines Gewerbes oder bei der Bestellung als Geschäftsführers (§ 39), oder Pächter (§ 40 idF vor dem Inkrafttreten der Novelle BGBl. I Nr. 111/2002) oder Filialgeschäftsjahr (§ 47) die Befähigung nachgewiesen hat oder keinen Befähigungsnachweis zu erbringen hatte, das gleiche Gewerbe auch ohne Nachweis der Befähigung persönlich ausüben oder als Geschäftsführer in einem gleichen Gewerbe tätig sein darf, auch wenn die Bestimmungen über den Befähigungsnachweis geändert worden sind, falls nicht ausdrücklich anderes bestimmt worden ist. Die Bestimmung des § 17 Abs. 1 GewO 1994 begünstigt also Personen, wie es von Seiten des Bundesministeriums bereits mehrfach festgehalten wurde (siehe ua. Schreiben vom 22.11.2016, Zl. BMWFW-30.599/0263-I/7/2016), die bereits einmal den Befähigungsnachweis für ein Gewerbe erbracht haben und nunmehr ein gleiches Gewerbe ausüben wollen. Für die Anwendung des § 17 GewO 1994 ist es weiters gleichgültig, ob das Gewerbe im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung der Bestimmungen über

den Befähigungsnachweis ausgeübt wird. Festgehalten wurde in der Vergangenheit auch mehrfach, dass mit § 17 Abs. 1 GewO 1994 Bürokratie hinsichtlich Doppelgleisigkeiten vermieden werden sollen und insbesondere mehrfaches Nachweisen einer der Behörde bereits bewiesenen Tatsache vermieden werden soll. Unbestritten kann jedenfalls auch unabhängig von der Gewerbebeanmeldung ein eigener Antrag zur Feststellung der individuellen Befähigung bei der Gewerbebehörde eingebracht werden und außerhalb eines Gewerbebeanmeldungsverfahrens über diesen abgesprochen werden (siehe dazu VwGH 18.08.2017, Ro 2015/04/0007). Der Gewerbereibende hat somit in einem solchen, positiv abgeschlossenen Verfahren bereits einmal den Befähigungsnachweis für das Gewerbe erbracht. Das Ergebnis dieser Verfahren ist gemäß § 365a Abs. 2 Z 7 bis 8 GewO 1994 auch im GISA eingetragen.

Am Beispiel der neuen Lebens- und Sozialberatungs-Verordnung, BGBl. II Nr. 116/2022, die am 21.09.2022 in Kraft tritt, stellt sich nun die Frage, ob die Begünstigung im Sinne des § 17 GewO 1994 auch von Personen geltend gemacht werden kann, welche über einen Feststellungsbescheid hinsichtlich der vorliegenden Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen gem. § 19 GewO 1994 verfügen oder bei denen mit Bescheid des Landeshauptmannes die Äquivalenz der innerhalb eines EU/EWR Mitgliedsstaates erworbenen und nachgewiesenen Berufsqualifikation mit dem Befähigungsnachweis festgestellt wurde, wenn die Rechtskraft der Entscheidung vor dem 21.09.2022 liegt und bislang noch keine Gewerbebeanmeldung eingebracht wurde.

Zu TOP 11.:

§ 17 GewO 1994 wurde mit der GewO 1973 grundsätzlich mit dem Hintergrund eingeführt, dass Änderungen der Bestimmungen über den Befähigungsnachweis grundsätzlich der Ausübung des Gewerbes nicht entgegenstehen sollen.

§ 17 Abs. 1 GewO 1994 scheint zwar auf Grund des Wortlautes „Wer bei der Anmeldung eines Gewerbes oder bei der Bestellung... die Befähigung nachgewiesen hat“ dafür zu sprechen, dass die betreffende Person schon einmal ein Gewerbe angemeldet haben musste, um von dieser Ausnahme Gebrauch machen zu können. Dabei wird allerdings übersehen, dass mit der Einführung des § 17 GewO 1994 der Nachweis der individuellen Befähigung noch gar nicht bestanden hat, sondern es damals nur die Möglichkeit der Erteilung einer Nachsicht gegeben hat. Die Nachsicht gemäß § 28 GewO 1994 wurde allerdings mit der GewO-Novelle 2002 aufgehoben und durch die Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19 GewO 1994 ersetzt. Die Judikatur hat dazu auch deutlich klargestellt, dass die Feststellung einer individuellen Befähigung auch außerhalb eines Gewerbebeanmeldungsverfahrens abgesondert erfolgen kann.

Angesichts des deutlichen Gegenstands des § 17 GewO 1994, nämlich einmal erbrachte Befähigungsnachweise zu perpetuieren (sofern nicht die Gegenausnahme gemäß § 17 Abs. 2 GewO 1994 anwendbar ist), würde nun bei fortgesetztem rein wörtlichem Verständnis des § 17 Abs. 1 GewO 1994 eine widersprüchliche Lücke im Verhältnis zu § 19 GewO 1994 entstehen, da eine später eingeführte Verbesserung des Befähigungsnachweises (um den es im § 17 materiell geht) sachwidrig diskriminiert würde und eine vom Gesetzgeber niemals beabsichtigte Reduktion des § 17 GewO 1994 die Folge wäre. Diese Lücke ist dadurch widerspruchsbeseitigend aufzufüllen, dass der - immerhin auch mit eigener Bescheid- und Rechtskraftwirkung ausgestatteten - Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19 GewO 1994 die gleiche Ausnahmemöglichkeit zukommen muss, wie einer bereits einmal erfolgten Gewerbebeanmeldung oder Bestellung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer. Damit wird dann der volle Bedeutungsgehalt, den § 17 GewO 1994 mit seiner Einführung hatte, weiter gewahrt.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass § 17 GewO 1994 auch auf jene Fälle anzuwenden ist, in denen die Feststellung der individuellen Befähigung erfolgt ist, ohne dass bereits auch eine Gewerbebeanmeldung oder Geschäftsführerbestellung vorgenommen wurde. Dies gilt in gleicher Weise für Bescheide in den EU/EWR-Anerkennungsverfahren gemäß §§ 373c und 373d GewO 1994, welche der Feststellung der individuellen Befähigung gleiche Rechtswirkungen entfalten und die ebenfalls erst weit nach ursprünglicher Einführung des § 17 GewO 1994 geschaffen worden sind.

Genauso kommen aber auch die Ausnahmen des § 17 Abs. 2 GewO 1994 zum Tragen; ebenso kann auch der Gesetzgeber selbst bei einer einzelnen Verschärfung des Befähigungsnachweises vorsehen, dass zu einer neuen Gewerbebeanmeldung nach Verschärfung (oder sogar Aufrechterhaltung der Gewerbeberechtigung) nachträgliche Ergänzungsnachweise beizubringen sind. Betreffend die Lebens- und Sozialberater besteht eine solche Regelung allerdings nicht, daher kann auf Grundlage und im Umfang einer Feststellung der individuellen Befähigung vor dem 21.09.2022 das Gewerbe der Lebens- und Sozialberater auch nach dem 21.09.2022 angemeldet werden.

III. Gewerbliches Betriebsanlagenrecht

12. (BMAW) 10. Änderungen von gewerblichen Betriebsanlagen und § 74 Abs. 1 GewO 1994 idF BGBl. I Nr. 96/2017 („bloß vorübergehend“), Beschluss des VwGH vom 13.04.2021, Ra 2018/04/0130

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 13.04.2021, Ra 2018/04/0130, welcher im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens wegen Änderung einer gewerblichen Betriebsanlage ohne Genehmigung (der Fall hat das Aufstellen eines Zeltes samt Diskothekenanlage für Hochzeitsfeiern zum Gegenstand gehabt) ausgeführt, dass sich die Frage der Änderung dieser Betriebsanlage nicht nach § 74 GewO 1994 richtet, sondern § 81 GewO 1994 zur Anwendung gelangt.

Weiters hat der VwGH ausdrücklich ausgeführt, dass jeder Betrieb einer Betriebsanlage, der in seiner Gestaltung von dem im Genehmigungsbescheid (Betriebsbeschreibung) umschriebenen Projekt abweicht, eine Änderung der genehmigten Betriebsanlage bedeutet und unter den Voraussetzungen des § 81 GewO 1994 einer gewerbebehördlichen Genehmigung bedarf. Dass dies grundsätzlich auch für bloß vorübergehende Änderungen gilt, ergibt sich nach Ansicht des VwGH nicht zuletzt aus der Einführung des Ausnahmetatbestandes des § 81 Abs. 2 Z 11 GewO 1994 durch die Novelle BGBl. I Nr. 85/2013.

In TOP 26 der GRT 2021, wurde die Ansicht vertreten, dass von der Behörde bei betrieblichen Maßnahmen im Zusammenhang mit einer (im Erörterungsfall ebenfalls gastgewerblichen) Betriebsanlage ua. zu prüfen sei, ob das Vorkommnis oder Vorhaben ein Verhalten wäre, das dem gewerblichen Betriebsanlagenrecht unterliegt. Dabei seien zunächst die Kriterien, die der VwGH im Erkenntnis 26. September 2017, Ra 2017/04/0057 skizziert hat, beachtlich.

Dem zu TOP 26 der GRT 2021 vertretenen Ergebnis lag die grundsätzliche Rechtsansicht zu Grunde, dass die Kriterien, wann eine gewerbliche Betriebsanlage gemäß § 74 Abs. 1 GewO 1994 überhaupt vorliegt, auch für Maßnahmen relevant sei, die im Rahmen von bereits bestehenden Betriebsanlagen gesetzt werden.

Diese Rechtsansicht kann im Lichte des zitierten höchstgerichtlichen Beschlusses nicht weiter aufrechterhalten werden, weshalb somit bei Maßnahmen und Betriebsweisen, die sich im Rahmen von bestehenden gewerblichen Betriebsanlagen abspielen, von

der Behörde lediglich geprüft werden kann, ob die Maßnahme genehmigungspflichtig im Sinne des § 81 GewO 1994 ist und ggfs., ob eine ausdrückliche Genehmigungsfreistellung, beispielsweise gemäß § 81 Abs. 2 GewO 1994 oder § 76a GewO 1994, vorliegt. Jedenfalls unterliegt nach Ansicht des VwGH aber jede Änderung einer gewerblichen Betriebsanlage, auch wenn sie bloß vorübergehend im Sinne des § 74 Abs. 1 GewO 1994 ist, grundsätzlich dem gewerblichen Betriebsanlagenrecht.

Das BMAW verkennt nicht, dass diese Judikaturlinie dazu führt, dass gewerbsmäßige Vorhaben, die in Bereichen bzw. Örtlichkeiten unternommen werden, bei denen bislang überhaupt keine gewerblichen Betriebsanlagen bestanden haben, wesentlich bessergestellt sind, als Vorhaben, die Rahmen von bestehenden (und oftmals auch mit Bescheid genehmigten) Betriebsanlagen gesetzt werden. Somit unterliegt bereits eine einmalige und sehr kurzfristige sowie wenig eingriffsintensive Maßnahme in einer gewerblichen Betriebsanlage dem gewerblichen Betriebsanlagenrecht, während gewerbsmäßige Maßnahmen an Orten, an denen keine Betriebsanlage besteht, im Sinne des Erkenntnisses des VwGH vom 26.09.2017, Ra 2017/04/0057, sogar mehrmals im Jahr, unter Umständen auch mit vierstelligen Besucheranzahlen, als bloß vorübergehend dem gewerblichen Betriebsanlagenrecht nicht unterliegen.

Dessen ungeachtet wird sich die Gewerbeverwaltung an der höchstgerichtlichen Judikatur zu orientieren haben und werden die Ämter der Landesregierung ersucht, die nachgeordneten Dienststellen entsprechend zu unterweisen, sofern dies noch nicht erfolgt ist.

Es wird aber gleichzeitig ausdrücklich darauf hingewiesen, dass aus dieser Judikaturlinie nicht geschlossen werden kann, dass nunmehr schlichtweg jede Änderung einer genehmigten gewerblichen Betriebsanlage, sofern sie nicht ausdrücklich genehmigungsfrei gestellt ist, zwangsläufig ebenfalls der Genehmigungspflicht der Änderung unterliegt. § 81 Abs. 1 GewO 1994 verweist ausdrücklich auf die Kriterien der Genehmigungspflicht gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994, welche daher zunächst erfüllt sein müssen, ehe die Behörde das Vorliegen einer Genehmigungsfreistellung prüft oder die Änderung bei Nichtvorliegen einer Genehmigungsfreistellung als genehmigungspflichtige Änderung der Betriebsanlage behandelt.

13. (Vorarlberg) Altlasten und Verdachtsflächen im Betriebsanlagenverfahren

Das Altlastensanierungsgesetz kennt Altlasten und Verdachtsflächen. Altlasten sind Altablagerungen und Altstandorte sowie durch diese kontaminierten Böden und Grundwasserkörper, von denen erhebliche Gefahren für die Gesundheit des Menschen oder die Umwelt ausgehen.

Verdachtsflächen sind abgrenzbare Bereiche von Altablagerungen und Altstandorten, von denen auf Grund früherer Nutzungsformen erhebliche Gefahren für die Gesundheit des Menschen oder die Umwelt ausgehen können.

§ 77 Abs. 1 GewO 1994 bestimmt ua, dass eine Betriebsanlage zu genehmigen ist, wenn...zu erwarten ist, dass Gefährdungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 1 vermieden und Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 2 bis 5 auf ein zumutbares Maß beschränkt werden.

Grundsätzlich stellt § 74 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 auf die mit einer gewerblichen Betriebsanlage verbundene Eignung ab, das Leben oder die Gesundheit der hier genannten Personen zu gefährden, wobei diese Eignung in der Verwendung von Maschinen und Geräten, in der Betriebsweise, in der Ausstattung der Betriebsanlage aber auch sonst wie begründet sein kann. Ist daher der Standort einer Betriebsanlage so beschaffen, dass die sich hier aufhaltenden Personen einer Lebens-oder Gesundheitsgefährdung ausgesetzt sind, so trifft die Eignung, Leben oder Gesundheit des geschützten Personenkreises zu gefährden, auf diese Betriebsanlage bereits deshalb zu, weil sie an diesem Standort besteht bzw. betrieben wird. Die an diesem Standort (an sich) bestehende Gefährdung ist im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 der Betriebsanlage zuzurechnen, weil die Betriebsanlage diesen Standort in Anspruch nimmt.

In Betracht kommen alle Gefährdungen, die in kausalem Zusammenhang mit dem Bestand und dem Betrieb der Anlage stehen. Hierbei handelt es sich zwar in erster Linie um solche Gefährdungen, die durch die Anlage selbst verursacht werden. Es kommen aber auch Gefährdungen in Betracht, die den geschützten Personen von außen drohen können. Der Einleitungssatz des § 74 Abs. 2 GewO 1994 umfasst nämlich alle ursächlichen Zusammenhänge zwischen Betriebsanlage und abzuwehrender Gefährdung und damit auch die aus dem Standort erwachsenden Gefahrenmomente (vgl. *Gruber/Paliece-Barfuß*, § 74, Anm. 63).

Besonders im Falle von Altablagerungen könnten Gefahrenmomente auf Grund von Deponiegas gegeben sein. In der Praxis sind Art und Ausmaß von Verunreinigungen

bei Verdachtsflächen oder Flächen, die noch gar nicht als Verdachtsflächen eingestuft, aber als Altablagerungen oder Altstandorte bekannt sind, oftmals unbekannt, sodass Beurteilungen von (abfalltechnischen) Sachverständigen nicht möglich sind und Gefährdungen nicht ausgeschlossen werden können. Gefährdungsabschätzungen durch das Umweltbundesamt im Rahmen von Verfahren nach dem Altlastensanierungsgesetz nehmen regelmäßig sehr lange Zeiträume in Anspruch.

Zur Frage, wie mögliche Gefahren, die vom Untergrund eines Standortes in solchen Fällen ausgehen können, im gewerblichen Betriebsanlagenverfahren zu behandeln sind, wird um Erfahrungsaustausch mit den Gewerbebehörden gebeten.

Zu TOP 13.:

Der Erfahrungsaustausch wurde durchgeführt.

In der in der Anfrage angesprochenen Kommentarstelle wird unter anderem auf das VwGH-Erkenntnis vom 12.12.2001, Zl. 2000/04/0187, verwiesen, das folgende Aussage enthält:

„Ist ... der Standort einer Betriebsanlage so beschaffen, dass die sich hier aufhaltenden Personen einer Lebens- oder Gesundheitsgefährdung ausgesetzt sind, so trifft die ... Eignung, Leben oder Gesundheit des geschützten Personenkreises zu gefährden, auf diese Betriebsanlage bereits deshalb zu, weil sie an diesem Standort besteht bzw. betrieben wird. Die an diesem Standort (an sich) bestehende Gefährdung ist im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 der Betriebsanlage zuzurechnen, weil die Betriebsanlage diesen Standort in Anspruch nimmt.“

Stolzlechner ua GewO⁴, weist in Anm. 16 zu § 74 darauf hin, dass die Genehmigungspflicht auch dann gegeben ist, wenn es sich um Auswirkungen handelt, die für gewerbliche Betriebsanlagen nicht spezifisch sind, sondern auch ohne Zusammenhang mit solchen Anlagen auftreten können.

Wenn das gewerbliche Betriebsanlagenrecht im Gegensatz zum Altlastensanierungsgesetz auch nicht auf die Sicherung und Sanierung von Altlasten fokussiert, ist doch gerade die Bezugnahme auf die §§ 79, 79a und 83 GewO 1994 im § 17 Abs. 1 des Altlastensanierungsgesetzes ein (weiterer) Hinweis darauf, dass Gefährdungen, die etwa von der auf Altablagerungen oder Altstandorte zurückzuführenden Bodenbeschaffenheit ausgehen können, der Anlage zuzurechnen sind und somit im Betriebsanlagenverfahren nicht (generell) außer Acht gelassen werden können. Siehe auch § 14 Abs. 4 des Altlastensanierungsgesetzes, nach dem die Verpflichtung der Behörden, nach anderen Bundesgesetzen einzuschreiten, nicht berührt wird.

Allerdings bietet das gewerbliche Betriebsanlagenrecht keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass in jedem Betriebsanlagengenehmigungsverfahren umfangreiche Sachverhaltserhebungen im Hinblick auf Gefährdungen durch (nicht als Verdachtsflächen oder als Altlasten eingestufte) Altablagerungen oder Altstandorte durchzuführen wären. Solche Feststellungen werden erst zu treffen sein, wenn ein entsprechender begründeter Verdacht besteht (vgl. dazu die Ausführungen von Wimmer, bbl.2007, S. 138ff zu Bombenverdachtsflächen).

14. (Wien) Zusammenrechnung von Verabreichungsplätzen mehrerer Gastgärten bzw. Gastgartenteile gemäß § 76a GewO 1994 zur Beurteilung des zutreffenden Verfahrens

Das besondere Verfahrensregime des § 76a Abs. 3 und Abs. 4 GewO 1994 gilt für Gastgärten, die uA über nicht mehr als 75 Verabreichungsplätze verfügen. Für solche Gastgärten ist der Betrieb unter Anschluss der Unterlagen im Sinne des Abs. 3 2. Satz leg. cit. der Behörde vorher anzuzeigen. Bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen darf mit dem Betrieb dieses angezeigten Gastgartens mit der vollständigen Anzeige begonnen werden. Allerdings hat die Behörde gemäß Abs. 4 diesen Betrieb zu untersagen, wenn die Voraussetzungen nicht vorliegen. Erfahrungsgemäß betrifft eine solche notwendige Untersagung am häufigsten den Fall der unzumutbaren oder gar gesundheitsgefährdenden Lärmimmissionen, die im Rahmen der Beurteilung des Projekts bzw. des Betriebs sachverständig festgestellt wurden. Diese Untersagung hat innerhalb einer Frist von drei Monaten ab Einlangen der Anzeige samt Unterlagen zu erfolgen.

In der Praxis häufen sich nun Anfragen, ob bei der Hinzunahme von weiteren Verabreichungsplätzen im Freien, diese Plätze mit dem bestehenden Gastgartenbetrieb im Sinne des § 76a GewO 1994 zusammenzurechnen sind.

Konkret soll etwa zu einem Gastgarten an der öffentlichen Verkehrsfläche mit 70 Verabreichungsplätzen, der bis 23:00 Uhr betrieben werden darf, im Innenhof mit offenem Durchgang ein weiterer Gastgarten errichtet und betrieben werden, der ebenfalls über 70 Verabreichungsplätze verfügen soll.

Nach Auffassung der Wiener Betriebsanlagenbehörden sind in solchen Fällen die Anzahl der Verabreichungsplätze zusammenzurechnen. Daraus ergibt sich, dass der bestehende Gastgarten an der öffentlichen Verkehrsfläche im Sinne des § 76a betrieben wird und über einen entsprechenden Genehmigungskonsens verfügt, allerdings der

neu projektierte Gastgarten im Innenhof nicht auf Basis einer Anzeige nach § 76a Abs. 3 iVm Abs. 2 GewO 1994 betrieben werden kann, sondern auf Grund der bestehenden Genehmigungspflicht (Nachbarsituation) zuerst eine Genehmigung im Sinne des § 81 Abs. 1 GewO 1994 erwirkt werden muss.

Zur Begründung wird dazu ins Treffen geführt, dass es der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit dient, wenn von Ausgestaltung und Beurteilung im Einzelfall unabhängig eine Zusammenrechnung geboten ist. Zudem wird durch eine solche klare Aussage verhindert, dass Umgehungsstrukturen (etwa von unterschiedlich gestalteten, örtlich bloß abstandsmäßig getrennten oder niveaumäßig unterschiedlichen Gastgärten) gefördert werden. Durch diese Rechtsansicht wird auch sichergestellt, dass keine Betriebsrechte – etwa durch Fristversäumung - entstehen, die nicht auch in einem regulären Genehmigungsverfahren erteilt werden würden. Im Ergebnis dient dies somit auch dem Schutz der Gastgewerbetreibenden vor frustrierten Investitionen für das Gastgartenmobiliar und die technischen Einbauten.

Bestärkt wird dieser Standpunkt auch dadurch, dass von der doppelten Anzahl von Verabreichungsplätzen eine merkbare Auswirkung auch auf den sonstigen Betrieb des Gastgewerbelokals gegeben sein wird bzw. zumindest nicht ausgeschlossen erscheint. Die deutliche Erhöhung der Plätze in Gastgärten führt zu mehr Gästen und damit eventuell mehr Kund*innenzufahrten am Parkplatz, zu mehr Personalbedarf, einer höheren Auslastung der Küche, Schank und Abwasch samt der erforderlichen Vorratsabdeckung und schließlich auch zu einer höheren Frequenz bei den WC-Anlagen.

Die Behörden verkennen dabei nicht, dass es durchaus Situationen von nachträglichen oder zusätzlichen Gastgärten geben kann, bei denen die Immissionssituation gänzlich unterschiedlich zu beurteilen ist oder die baulich deutlich getrennt aufgestellt werden. Gerade aber in solchen Fällen können die Gastgewerbetreibenden auch von einem Genehmigungsverfahren profitieren und bei geeignetem Standort auch eine deutlich längere Betriebszeit als in § 76a Abs. 1 oder Abs. 2 GewO 1994 festgeschrieben, beantragen und bewilligt bekommen.

Es wird daher angefragt, ob die Ansicht des Amtes der Wiener Landesregierung, dass Verabreichungsplätze im Freien grundsätzlich zusammenzurechnen sind, unterstützt werden kann, zumal nur diese Sichtweise alle denkmöglichen Kombinationen und Konstellationen von Erweiterungen von Gastgartenverabreichungsplätzen vorhersehbar abzudecken vermag.

Ergänzungsfrage:

Die sich aus der Praxis daraus ergebende Zusatzfrage, ob dies falls der ganze neu hinzukommende Gastgartenteil als Projekt zu beurteilen ist (und nicht bloß die Zahl 75 übersteigenden Verabreichungsplätze) wird von Wien bejaht; eine Genehmigungspflicht für den schon bestehenden (nach dem Regime des § 76a GewO 1994 angezeigten und rechtmäßig betriebenen) Gastgarten wird dadurch aber nachträglich nicht ausgelöst. Es darf auch hier gebeten werden, ob dieser Ansicht zugestimmt wird.

Zu TOP 14.:

Grundsätzlich kann ein Gastgewerbebetrieb auch mehrere Gastgärten haben, wobei in diesen Fällen sogar unterschiedliche Zeitvoraussetzungen des § 76a GewO 1994 anwendbar sein können, etwa wenn ein Gastgarten auf öffentlichem Grund gelegen ist und der andere auf nicht an eine öffentliche Verkehrsfläche angrenzendem Privatgrund.

Dem Gesetz ist jedenfalls nicht zu entnehmen, dass mehrere Gastgärten gesetzlich zu einem Gastgarten fingiert werden, nur weil der Inhaber und der Gastgewerbebetrieb derselbe ist.

Die Grenze, ab wann Einrichtungen im Freien zu einem Gastgarten zusammenzurechnen sind, wird vielmehr so zu ziehen sein, dass als **ein** Gastgarten jede Einrichtung eines Gastgewerbebetriebes im Freien, die zur Verabreichung von Speisen und/oder der Ausschank von Getränken dient, zu verstehen ist, wenn diese Einrichtungen in ihren Auswirkungen korrelierende Zusammenwirkung ihrer (gastgartenbezogenen) Auswirkungen auf die Umgebung haben.

Das Argument der „vermehrten Auswirkung auch auf die Innenseite des Lokals“ vermag in diesem Zusammenhang angesichts der rigiden Grenzen des § 76a GewO 1994 nicht zu überzeugen, da der Gastgarten und der Innenbereich voneinander getrennt zu beurteilen sind. Kommt es motiviert durch einen Gastgarten im Innenbereich (etwa durchzunehmende Kochtätigkeit) zu zusätzlichen Auswirkungen aus dem Innenbereich, so handelt es sich um eine - möglicherweise genehmigungspflichtige - Änderung des Innenbereichs, nicht um eine Auswirkung, die den Gastgarten berührt.

Auch die befürchteten „Umgehungsstrukturen“ sind bei diesem Verständnis nicht zu erwarten, eine bloß räumliche Abtrennung der Verabreichungsplätze, bei denen die „abgetrennten“ Bereiche aber in ihren Auswirkungen zusammenwirken (etwa wenn bloß ein Absperrband verwendet wird) würde nicht dazu führen, dass auf diese Weise zwei dem § 76a GewO 1994 unterliegende Gastgärten entstehen.

Schließlich überzeugt auch das Argument, dass die Gastgewerbetreibenden auch von einem Genehmigungsverfahren profitieren und bei geeignetem Standort auch eine deutlich längere Betriebszeit als in § 76a Abs. 1 oder Abs. 2 GewO 1994 festgeschrieben, beantragen und bewilligt bekommen, nicht. Dies würde den Gastgewerbetreibenden seiner Dispositionsfreiheit berauben und diese durch bessere wirtschaftliche Einsicht der Behörde ersetzen, wofür keinerlei gesetzliche Grundlage besteht.

Zur Zusatzfrage:

Wenn durch hinzukommende Teile, die gemeinsam mit dem vorhandenen Bestand im Sinne des oben ausgeführten Grundsatzes **einen** Gastgarten bilden, die Grenzen des § 76a GewO 1994 überschritten werden, dann wird der gesamte Gastgarten genehmigungspflichtig, nicht bloß die hinzukommenden Teile. Hinsichtlich der Zusatzfrage kann der Rechtsansicht des Amtes der Wiener Landesregierung zugestimmt werden.

15. (Steiermark) Heizanlagen in Mehrparteienhäusern betrieben von Unternehmern

Seit dem Jahr 2021 ist uns ein Problem betreffend Heizanlagen, die durch die Energie Steiermark in Mehrparteienhäusern (Siedlungsobjekten) betrieben werden, bekannt. Dabei werden in diesen Objekten durch die Energie Steiermark Heizungsanlagen eingebaut, die das Wohnobjekt versorgen. Die Anlage wird durch die Energie Steiermark betrieben und de facto die Wärme an die Wohnungs- und Hauseigentümer verkauft. Derzeit geht es um ca. 1.100 derartige Anlagen österreichweit, wovon ca. 600 in der Steiermark aufgestellt sind, die nicht durch die Eigentümer der Objekte betrieben werden, sondern vielmehr durch diverse Unternehmen (z.B. Energie Steiermark), die den Hausbewohnern nur die Wärme verkaufen.

Derzeit wird davon ausgegangen, dass es sich um genehmigungspflichtige Betriebsanlagen handelt. Um hier Rechtssicherheit zu schaffen, müssten all diese Heizanlagen einem Genehmigungsverfahren unterzogen werden. Um diese Zusatzbelastung für die Behörden (aufgrund der Abwicklung im Rahmen der Pandemie sind unzählige Verfahren offen) hintanzuhalten, wird angeregt, die Aufnahme solcher Anlagen in die Genehmigungsfreistellungsverordnung zu diskutieren.

Zu TOP 15:

Sofern solche Heizanlagen der gewerblichen Tätigkeit zu dienen bestimmt sind (dass diese Anlagen ortsfest und nicht bloß vorübergehend eingerichtet sind, wird vorausgesetzt), handelt es sich dabei um gewerbliche Betriebsanlagen, die wohl auch die Kriterien der Genehmigungspflicht auszulösen geeignet sind. Dies ist aber nicht schon dann der Fall, wenn das Energieunternehmen diese Anlagen errichtet, der Hauseigentümergeinschaft übergibt und bloß - möglicherweise auch dauerhaft exklusive - Wartungsverträge abschließt. Der Dienstleister muss dazu jedenfalls auch als Inhaber anzusehen sein, nicht bloß als (wenn auch wichtiger und exklusiver) Servicepartner.

Ob für solche Fälle eine Aufnahme in die Genehmigungsfreistellungsverordnung möglich wäre, müsste anhand konkreter Vorschläge geprüft werden. Dies würde aber zunächst voraussetzen, dass eine ausreichend konkrete Beschreibung des genehmigungsfrei zu stellenden Scope vorliegt, dieser Scope für eine wirksame Entlastung auch weitgehend lebensnah ist und dieser Scope mit den Anforderungen des § 74 Abs. 7 GewO 1994 vereinbar ist. Dabei darf nicht übersehen werden, dass § 74 Abs. 7 GewO 1994 vom VfGH regelmäßig streng geprüft wird und die Wahrung der gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994 geschützten Interessen vorweg erwartet werden muss.

16. (Steiermark) Anlage 3 zur Gewerbeordnung

Die Wasserstofftechnik schreitet fort, nach dieser Anlage handelt es sich jedoch bei jeder Erzeugung von Wasserstoff (ohne Mengenschwelle) um eine IPPC-Anlage. Dies würde selbst auf kleine Anlagen zur Energiespeicherung zutreffen und somit alle Versuche der verstärkten Umsetzung von Wasserstofftechnologie unterlaufen. Es wäre daher dringend erforderlich über die Einführung von Mengenschwellen nachzudenken, da kleine Wasserstoffanlagen sicher nicht unter IPPC-Anlagen einzustufen wären.

Zu TOP 16.:

Die Frage der Einstufung von Anlagen zur Wasserstoffelektrolyse als IPPC-Anlagen unter dem geltenden Regime der Industrieemissions-RL wurde bei der 51. Tagung der Technischen Amtssachverständigen im gewerbebehördlichen Genehmigungsverfahren im Jahr 2020 angesprochen und damals im schriftlichen Verfahren diskutiert. Die Antworten der Länder gingen in die Richtung, dass bei einzelnen, kleineren Anlagen nicht von der Herstellung von anorganischen Chemikalien im industriellen Umfang auszugehen wäre, bei Anlagen größerer Kapazität dies jedoch diskussionswürdig sei. Eine eindeutige Mengenschwelle konnte dabei nicht festgelegt werden.

Seit einigen Monaten finden auf Ratsebene Verhandlungen über den Vorschlag für eine Änderung der Industrieemissions-RL statt. Das BMAW hat gegenüber dem für die Verhandlungen federführend zuständigen BMK den Wunsch geäußert, dass die Wasserstoffelektrolyse bis zu einer bestimmten Mengenschwelle vom Geltungsbereich der Industrieemissions-RL ausgenommen werden sollte. Diese Anregung wurde aufgegriffen und Anfang September 2022 ein entsprechender schriftlicher Vorschlag Österreichs in die Ratsverhandlungen eingebracht.

Konkret wurde vorgeschlagen, in den Abschnitt 1 (Energiewirtschaft) des Anhangs I der Industrieemissions-RL eine neue Z „1.5 Herstellung von Wasserstoff durch Elektrolyse von Wasser mit einer Anschlussleistung von über 15 MW“ aufzunehmen und den bestehenden Punkt 4.2.a entsprechend anzupassen.

Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Herstellung von Wasserstoff durch Elektrolyse von Wasser bis zu einem bestimmten Schwellenwert generell vom Regime der Industrieemissions-RL ausgenommen wird.

Das Ergebnis der Diskussionen auf europäischer Ebene bleibt abzuwarten.

IV. Verwaltungsverfahren

17. (Wien) Ablaufhemmung einer materiellrechtlichen Frist in der GewO 1994?

In einem Feststellungsverfahren gemäß § 348 Abs. 4 GewO 1994 ist entscheidungswesentlich, ob der verbleibende Gesellschafter einer eingetragenen Personengesellschaft den Übergang der Gewerbeberechtigung gemäß § 11 Abs. 3 GewO 1994 der Behörde rechtzeitig, nämlich innerhalb von sechs Monaten nach dem Ausscheiden des letzten Mitgesellschafters, angezeigt hat.

Da die in § 11 GewO 1994 normierten Handlungsfristen keine prozessualen Rechtswirkungen auslösen, sondern auf den Eintritt materieller Rechtswirkungen gerichtet sind, nämlich den Übergang der Gewerbeberechtigung auf den Nachfolgunternehmer oder die Endigung der Gewerbeberechtigung, handelt es sich nach der Rechtsprechung um materiellrechtliche Fristen (vgl. etwa VwGH 2003/04/0138 mwN.). Materiellrechtliche Fristen sind nicht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zugänglich und zur Wahrung der Frist muss die Handlung innerhalb der Frist gesetzt werden bzw. die allfällige Eingabe innerhalb der Frist in der Sphäre der Behörde einlangen.

Im Anlassfall endete die sechsmonatige Frist zur Anzeige des Rechtsübergangs an einem Sonntag.

Nach Rechtsprechung und Lehre dienen §§ 902ff. ABGB zur Lückenfüllung auch bei Fristen des materiellen öffentlichen Rechts, soweit es an spezifischen verwaltungsrechtlichen Regelungen mangelt (Reischauer in *Rummel/Lukas*, ABGB4 § 902 ABGB Rn 13 Stand 1.11.2014, rdb.at unter Hinweis auf VfSlg 5814, auf VwGH 2005/12/0099, auf 1 Ob 9/03 k sowie auf *Antoniolli/Koja*, Allg. VerwR³ 482).

Die GewO 1994 enthält keine spezifische Regelung für (materiellrechtliche) Fristen. Gemäß § 903 dritter Satz ABGB tritt der nächstfolgende Werktag an die Stelle eines Sonntags oder anerkannten feiertags, wenn der für die Abgabe einer Erklärung oder für eine Leistung bestimmte letzte Tag auf einen Sonntag oder anerkannten Feiertag fällt.

Den zitierten Regelungen im ABGB wurde durch das Europäische Übereinkommen über die Berechnung von Fristen, BGBl. Nr. 254/1983, (EuFrÜb) teilweise materiell derogiert (so auch Reischauer a.a.O.). Dieses im Rahmen des Europarates abgeschlossene Abkommen ist gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a auf die Berechnung von Fristen auf dem

Gebiet des Zivil-, Handels- und Verwaltungsrechts einschließlich des diese Gebiete betreffenden Verfahrensrechts anzuwenden. Da es sich bei den in Rede stehenden Fristen gemäß GewO 1994 um keine von Parteien vereinbarte Fristen im Sinne von Art. 1 Abs. 1 lit. c handelt, handelt es sich nicht um dispositives Recht. Die Republik Österreich hat lediglich die Anwendung einzelner Artikel des Übereinkommens auf Fristen in Angelegenheiten von Wahlen, Volksabstimmungen und Volksbegehren ausgeschlossen.

Gemäß Art. 4 Abs. 2 des Übereinkommens ist der „dies ad quem“ (Tag, an dem die Frist abläuft) bei in Monaten oder Jahren ausgedrückten Fristen der Tag des letzten Monats oder des letzten Jahres, der nach seiner Zahl dem „dies a quo“ (Tag, an dem die Frist zu laufen beginnt) entspricht, oder, wenn ein entsprechender Tag fehlt, der letzte Tag des letzten Monats. Dies entspricht bei nach Monaten oder Jahren ausgedrückten Fristen § 902 Abs. 2 ABGB, sodass insoweit keine materielle Derogation eingetreten ist.

Gemäß Art. 5 des Übereinkommens werden Samstage, Sonntage und gesetzliche Feiertage bei der Berechnung einer Frist mitgezählt. Fällt jedoch der „dies ad quem“ einer Frist, vor deren Ablauf eine Handlung vorzunehmen ist, auf einen Samstag, Sonntag, gesetzlichen Feiertag „oder einen Tag, der wie ein gesetzlicher Feiertag behandelt wird“, so wird die Frist dahin verlängert, dass sie den nächstfolgenden Werktag einschließt. (Anmerkung: Anlässlich der Ratifikation des Übereinkommens wurden von der Republik Österreich 14 Feiertage im weiteren Sinne, die zu einer Ablaufhemmung führen, notifiziert.). Reischauer bemerkt in seinem Kommentar zu § 903 ABGB unter Hinweis auf 7 Ob 157/07 z, dass Art. 5 EuFrÜb zum gleichen Ergebnis wie § 903 dritter Satz ABGB führt (also eine Ablaufhemmung bewirkt und die Frist erst am nächstfolgenden Werktag endet).

Im Ergebnis neigt das Amt der Wiener Landesregierung daher der Rechtsmeinung zu, dass die in Rede stehende Frist des § 11 GewO 1994 nicht am Sonntag des sechsten Monats, sondern erst am nächstfolgenden Werktag abgelaufen ist und die am Montag erstattete Anzeige des Rechtsübergangs daher die Endigung der Gewerbeberechtigung abgewendet hat.

Eine Ablaufhemmung kommt unserer Ansicht nach ferner auch bei den gesetzlichen Fristen für Anzeigen nach §§ 43 Abs. 3 leg. cit. (Verzicht auf das Fortbetriebsrecht), für Anträge auf Verlängerung der Gültigkeit der Legitimation für Handlungsreisende gemäß § 62 Abs. 3 leg. cit. und (auf Grund eines Umkehrschlusses aus § 80 Abs. 3 leg. cit.) für die faktische Nichtaufnahme des Betriebs einer Betriebsanlage binnen

fünf bzw. sieben Jahren nach (rechtskräftig) erteilter Genehmigung in Betracht. Hin- gegen ist z.B. die Ausübung eines Gewerbes durch einen Einzelunternehmer, ohne binnen eines Monats die Anzeige der Bestellung eines neuen Geschäftsführers erstat- tet zu haben (§ 16 Abs. 1 iVm. § 367 Z 2 leg. cit.), als Verwaltungsübertretung zu qua- lifizieren, die den Bestand der Gewerbeberechtigung nicht unmittelbar berührt.

Es wird höflich um Bekanntgabe gebeten, ob diese Rechtsmeinung geteilt wird.

Zu TOP 17.:

§ 11 Abs. 3 GewO 1994 normiert folgendes: „Die Gewerbeberechtigung einer einge- tragenen Personengesellschaft geht mit dem Ausscheiden des letzten Mitgesellschaf- ters auf den verbleibenden Gesellschafter über, wenn dieser die Voraussetzungen für die Ausübung des betreffenden Gewerbes erfüllt. Abs. 5 und 6 gelten sinngemäß mit der Maßgabe, dass der verbleibende Gesellschafter den Übergang der Gewerbebe- rechtigung innerhalb von sechs Monaten nach dem Ausscheiden des letzten Mitge- sellschafters der Behörde (§ 345 Abs. 1) anzuzeigen hat.“

Die Frist des § 11 Abs. 3 GewO 1994 stellt eine materiell-rechtliche Frist dar, da an sie materiell-rechtliche Folgen geknüpft sind (Übergang der Gewerbeberechtigung oder Endigung derselben).

Der Ablauf einer materiell-rechtlichen Frist des Verwaltungsrechts ist nach der Judi- katur und Lehre in analoger Anwendung der §§ 902 f ABGB zu ermitteln, soweit es an spezifischen verwaltungsrechtlichen Regeln mangelt (vgl. 1 Ob 9/03k = RS0117587, vgl. auch VwGH 2005/12/0099 – beide unter Berufung auf Antoniolli/Koja, Allgemei- nes Verwaltungsrecht³ 482). In der GewO 1994 findet sich keine Bestimmung zur Be- rechnung der Frist des § 11 Abs. 3 GewO 1994.

Nach § 902 Abs. 2 ABGB fällt das Ende einer nach Monaten bestimmten Frist auf den- jenigen Tag des letzten Monats, welcher nach seiner Benennung oder Zahl dem Tage des Ereignisses entspricht, mit dem der Lauf der Frist beginnt, wenn aber dieser Tag in dem letzten Monat fehlt, auf den letzten Tag dieses Monats.

Gemäß § 903 dritter Satz ABGB tritt im Falle, dass der für die Abgabe einer Erklärung bestimmte letzte Tag auf einen Sonntag oder anerkannten Feiertag fällt, der nächst- folgende Werktag an dessen Stelle.

Des Weiteren zu berücksichtigen ist das Europäische Übereinkommen über die Be- rechnung von Fristen (nachfolgend: EuFrÜb), BGBl. Nr. 254/1983, welches unmittel- bar innerstaatlich anzuwendendes Recht darstellt (Reischauer in Rummel/Lu- kas, ABGB⁴ § 902 ABGB, Rz 1 (Stand 1.11.2014, rdb.at) mit Verweis auf ErläutRV 156 BlgNR 14. GP 8; 7 Ob 157/07 z EF-Z 2008/44). Nach Reischauer derogiert das EuFrÜb

in seinem Anwendungsbereich auch sondergesetzliche Normen des Privatrechts iW S (a. a. O.)

Im gegenständlichen Fall ist das EuFrÜb zu beachten, da dieses gemäß Art. 1 Abs. 1 auf die Berechnung von Fristen auf dem Gebiet des Zivil-, Handels- und Verwaltungsrechts einschließlich des diese Gebiete betreffenden Verfahrensrechts anzuwenden, soweit diese Fristen in einer der in der Bestimmung angeführten Art festgesetzt worden sind - gemäß Art. 1 Abs. 1 lit a leg. cit. findet es auf durch Gesetz festgesetzte Fristen Anwendung. Ausgenommen vom Anwendungsbereich des Übereinkommens sind gemäß Art. 1 Abs. 1 EuFrÜb Fristen, die zurückberechnet werden.

Art. 4 Abs. 2 EuFrÜb normiert, wenn eine Frist in Monaten oder Jahren ausgedrückt ist, so ist der dies ad quem (Tag, an dem die Frist abläuft) der Tag des letzten Monats oder des letzten Jahres, der nach seiner Zahl dem dies a quo (Tag, an dem die Frist zu laufen beginnt) entspricht, oder, wenn ein entsprechender Tag fehlt, der letzte Tag des letzten Monats.

Gemäß Art. 5 EuFrÜb werden Samstage, Sonntage und gesetzliche Feiertage bei der Berechnung einer Frist mitgezählt. Fällt jedoch der dies ad quem einer Frist, vor deren Ablauf eine Handlung vorzunehmen ist, auf einen Samstag, Sonntag, gesetzlichen Feiertag oder einen Tag, der wie ein gesetzlicher Feiertag behandelt wird, so wird die Frist dahin verlängert, dass sie den nächstfolgenden Werktag einschließt.

Im Ergebnis tritt daher sowohl nach den zitierten Fristenregeln des ABGB als auch nach den Fristenregeln des EuFrÜb eine Ablaufhemmung ein, wenn der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag fallen würde und läuft folglich die Frist erst am nächsten Werktag ab.

Die Rechtsmeinung des Landes Wien, dass die in Rede stehende Frist des § 11 Abs. 3 GewO 1994 nicht am Sonntag des sechsten Monats, sondern erst am nächstfolgenden Werktag abgelaufen ist und die am Montag erstattete Anzeige des Rechtsübergangs daher die Endigung der Gewerbeberechtigung abgewendet hat, wird daher seitens des BMAW geteilt.

Betreffend die sonstigen vom Land Wien vorgebrachten Fristen, welche für eine Ablaufhemmung in Betracht kommen würden, ist zu differenzieren.

Hinsichtlich der Frist für Anzeigen nach § 43 Abs. 3 GewO 1994 und der Frist nach § 80 Abs. 3 leg. cit. wird die Rechtsansicht des Landes Wien geteilt, dass bei diesen eine Ablaufhemmung in Betracht kommen kann. Bei diesen beiden Fristen handelt es sich wie beim § 11 Abs. 3 leg. cit. um vorwärtsberechnende Fristen und können sohin auch die obigen Ausführungen ins Treffen geführt werden.

Bei der Frist für Anträge auf Verlängerung der Gültigkeit der Legitimation für Handlungsreisende gemäß § 62 Abs. 3 GewO 1994 handelt es sich um jedoch um eine rückgerechnete Frist („spätestens einen Monat vor dem Ende der Gültigkeit zu beantragen“). Der Ablauf der Gültigkeit der Legitimation für Handlungsreisende stellt das fristauslösende Ereignis dar, von dem ausgehend ein Monat zurückgerechnet wird.

Auf rückzurechnende Fristen findet das EuFrÜb gemäß Art. 1 Abs. 1 EuFrÜb keine Anwendung.

Wie der OGH mit Hinweis auf Kolmasch, Die Rückwärtsberechnung von materiellrechtlichen Fristen, Zak 2014/452, 246 [248], ausführt, dienen Rückwärtsfristen „– anders als vorwärtsberechnete Fristen – dem Schutz des Erklärungsgegners, dem ein gewisser Mindestzeitraum zwischen der Handlung und dem Eintritt der Folge zur Vorbereitung zur Verfügung stehen soll. Für den Handelnden selbst läuft keine Frist“ (10 Ob S90/20p). In diesem Fall würde sich der Mindestzeitraum der Bezirksverwaltungsbehörde für die Bearbeitung des Verlängerungsantrages (welcher noch vor Ablauf der Gültigkeit erledigt werden soll) verkürzen. Daher wird ho. die Meinung vertreten, dass bei der Frist des § 62 Abs. 3 GewO 1994, keine Ablaufhemmung - welche zur Unterschreitung der Monatsfrist führen würde- in Betracht kommen wird.

18. (Kärnten) Vereitelung des Zweckes einer Entziehung wegen mangelnder Zuverlässigkeit durch die Neuanschuldung eines Gewerbes (§ 13 Abs. 6 GewO 1994)

Gem. § 13 Abs. 6 GewO 1994 ist natürliche Person, die durch das Urteil eines Gerichtes eines Gewerbes verlustig erklärt wurde oder der eine Gewerbeberechtigung auf Grund des § 87 Abs. 1 Z 3 oder 4 entzogen worden ist, von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wenn durch die Ausübung dieses Gewerbes der Zweck der mit dem Gerichtsurteil ausgesprochenen Verlustigerklärung des Gewerbes oder der Entziehung auf Grund des § 87 Abs. 1 Z 3 oder 4 GewO 1994 vereitelt werden könnte. Dies gilt auch für eine natürliche Person, die wegen Zutreffens der im § 87 Abs. 1 Z 3 oder 4 GewO 1994 angeführten Entziehungsgründe Anlass zu behördlichen Maßnahmen gemäß § 91 Abs. 1 oder 2 GewO 1994 gegeben hat.

Im Falle des Ausschlusses von der Gewerbeausübung gemäß § 13 Abs. 6 GewO 1994 hat die Behörde gem. § 27 GewO 1994 die Nachsicht von diesem Ausschluss zu ertei-

len, wenn sich natürliche Personen, in den Fällen von juristischen Personen und eingetragenen Personengesellschaften die im § 13 Abs. 7 GewO 1994 genannten Personen, später durch

längere Zeit einwandfrei verhalten haben.

Es wird um Diskussion gebeten, in welchen Fällen eine Vereitelung des Zweckes angenommen werden kann und ein Ausschlussgrund nach § 13 Abs. 6 GewO 1994 gegeben ist bzw. eine Nachsicht nach § 27 GewO 1994 zu erteilen ist. In einem konkreten Fall geht es um mehrmalige Verstöße gegen § 9 Abs. 2 GewO 1994.

Zu TOP 18.:

Gemäß § 13 Abs. 6 GewO 1994 ist eine natürliche Person, die durch das Urteil eines Gerichtes eines Gewerbes verlustig erklärt wurde oder der eine Gewerbeberechtigung auf Grund des § 87 Abs. 1 Z 3 oder 4 entzogen worden ist, von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wenn durch die Ausübung dieses Gewerbes der Zweck der mit dem Gerichtsurteil ausgesprochenen Verlustigerklärung des Gewerbes oder der Entziehung auf Grund des § 87 Abs. 1 Z 3 oder 4 vereitelt werden könnte. Dies gilt auch für eine natürliche Person, die wegen Zutreffens der im § 87 Abs. 1 Z 3 oder 4 angeführten Entziehungsgründe Anlass zu behördlichen Maßnahmen gemäß § 91 Abs. 1 oder 2 gegeben hat.

Der Ausschlussgrund nach § 13 Abs. 6 GewO 1994 ist gegeben, wenn durch die Ausübung eines Gewerbes der Zweck der Verwirklichung der Verlustigerklärung oder des Gewerbeentzuges vereitelt werden könnte. Denkbare Fall für die Verlustigerklärung eines Gewerbes mittels Urteils wäre beispielsweise die Verlustigerklärung des Gewerbes »Vermögensverwaltung« nach einer strafrechtlichen Verurteilung wegen Veruntreuung (vgl. *Werinos in Ennöckl/Raschauer/Wessely, GewO § 13, Rz 21* (Stand 1.1.2015, rdb.at)). Folglich würde die Ausübung des Gewerbes „Vermögensverwaltung“ den Zweck der mit dem Urteil ausgesprochenen Verlustigerklärung des Gewerbes vereiteln.

Nach § 27 GewO 1994 hat die Behörde im Falle des Ausschlusses von der Gewerbeausübung gemäß § 13 Abs. 6 GewO 1994 die Nachsicht von diesem Ausschluss zu erteilen, wenn sich natürliche Personen, in den Fällen von juristischen Personen und eingetragenen Personengesellschaften die im § 13 Abs. 7 GewO 1994 genannten Personen, später durch längere Zeit einwandfrei verhalten haben.

Eine Nachsicht ist daher zu erteilen, wenn die Person, sich längere Zeit (seit dem „*Zeitpunkt der Verwirklichung des Ausschlussgrundes*“ (*Gruber/Paliego-Barfuß, GewO⁷ § 27, Rz 7* (Stand 1.10.2017, rdb.at))) einwandfrei verhalten hat. Es muss

eine „längere Zeit“ vergangen sein, wobei „es der Gewerbebehörde überlassen bleibt, einzuschätzen, wann die inzwischen verstrichene Zeit ausreichend ist“ (Hanusch, Kommentar zur GewO, 15. Lfg).

19. (Steiermark) Insolvenzmasse – Anmeldung eines gewerberechtlchen Geschäftsführers bei der ÖGK

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass die Insolvenzmasse keinen Geschäftsführer bei der ÖGK mit folgender Begründung anmelden kann:

„Für den Eintritt und Bestand einer Pflichtversicherung müssen die Voraussetzungen eines Dienstnehmers iSd § 4 Abs. 2 ASVG erfüllt sein. Dafür ist es erforderlich, dass eine Tätigkeit in wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit gegen Entgelt vorliegt. Dienstgeber und Dienstnehmer dürfen nicht ident sein. Das liegt unseres Erachtens hier nicht vor und kann daher eine Anmeldung als Dienstnehmer nicht akzeptiert werden, auch wenn er tatsächlich im Betrieb tätig ist und seine Aufgaben als gewerberechtlcher Geschäftsführer wahrnimmt.“

Nachdem aber der Dienstgeber nicht der insolvente Gewerbeinhaber ist, sondern die Insolvenzmasse kann von der behaupteten Identität nicht ausgegangen werden.

Da die rechtliche Grundlage klar ist, wird um Diskussion gebeten, wie damit in der Praxis umgegangen werden soll.

Zu Top 19.:

In diesem Fall sollte offenbar der insolvente Gewerbeinhaber vom Insolvenzverwalter im Namen der Insolvenzmasse als gewerberechtlcher Geschäftsführer eines „sensiblen“ reglementierten Gewerbes angemeldet werden.

Es wird davon ausgegangen, ebenso wie in den Ausführungen der STK, dass die Insolvenzmasse und der bisherige Gewerbeinhaber nicht ident sind. Die Gewerbeordnung spricht von der Fortführung der Gewerbeberechtigung einer **anderen** Person (§ 41 Abs. 1 erster Satz GewO 1994). Das Insolvenzverfahren (ohne Eigenverwaltung, nur dieses ist hier relevant) bewirkt, dass dem Gemeinschuldner die freie Verfügung der Vermögenswerte entzogen wird (§2 Abs. 2 Insolvenzordnung). Sowohl nach der Gewerbeordnung als auch nach der Insolvenzordnung ergibt sich, dass die Insolvenzmasse vertreten durch den Insolvenzverwalter die Verfügungs- und Entscheidungsbezugnis über die Gewerbeberechtigung und die zum Gewerbebetrieb gehörigen Vermögenswerte sowie Rechtsgeschäfte (§§ 21 - 25 IO) zukommt. Es ist auch die freie

Entscheidung des Insolvenzverwalters, ob dieser den insolventen Gewerbeinhaber oder eine andere Person als Geschäftsführer anmeldet.

Die Definition des § 4 Abs. 2 ASVG lautet: Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Aus welchen Gründen eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit in diesem Fall verneint wird, erscheint dem BMAW nicht nachvollziehbar. Eventuell kann die ÖGK auf eine anderweitige Interpretation dieser Bestimmung in anderen Bundesländern bzw. auf das Ergebnis zu diesem Punkt der Gewerbereferententagung hingewiesen werden. (je nach Ergebnis der Diskussion).

Eine Verweigerung der Anmeldung des Geschäftsführers als Dienstnehmer durch die ÖGK sollte jedoch nicht der Eintragung als Geschäftsführer ins GISA entgegenstehen. Das Problem der sozialversicherungsrechtlichen Absicherung bleibt zwar bestehen, dies ist aber keine Frage des Gewerberechts.

20. (Tirol) Dienstleistungsverkehr über die Grenze gemäß § 373a GewO 1994 durch einen deutschen Immobilienverwalter

Der Anfrage liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Inhaber einer deutschen Immobilienverwalter-Berechtigung übt im Dienstleistungsverkehr über die Grenze das Immobilienverwalter Gewerbe nach Tirol aus. Der Großteil des Umsatzes des Unternehmens von mehr als 75 % werden in Deutschland erzielt maximal bis zu 20 25 % in Österreich. Das gegenständliche Immobilienverwalter Unternehmen hat eine Dienstleistungsanzeige gemäß § 373a GewO 1994 beim Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort erstattet. In Tirol befindet sich kein Büro beziehungsweise keine dauerhafte Betriebsstätte des deutschen Immobilienverwalters. Es wird jedoch über einen längeren Zeitraum von mehreren Jahren ein Objekt mit 10 Wohneinheiten vom deutschen Immobilienverwalter in Tirol betreut. Die Mitarbeiter des deutschen Immobilienverwalters kommen zur Abwicklung der Verwaltung (zum Beispiel Hausgemeinschaftsversammlungen) nach Tirol. Vor Ort in Tirol steht kein ständiger dauerhafter Ansprechpartner des Immobilienverwalters zur Verfügung.

Gemäß § 373a Abs. 1 GewO 1994 dürfen Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der EU oder eines Vertragsstaates des EWR, 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 angeführtes Gewerbe oder Tätigkeiten, die diesen Gewerben zuzuordnen sind, zum Gegenstand, so hat der Dienstleister dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die erstmalige Aufnahme der Tätigkeit vorher schriftlich anzuzeigen.

Es stellt sich nunmehr die Frage ob die Tätigkeit eines deutschen Immobilienverwalters in Tirol überhaupt rechtlich im Dienstleistungsverkehr über die Grenze „vorübergehend und gelegentlich“ ausgeübt werden kann wenn der Immobilienverwalter ein Objekt über mehrere Jahre dauerhaft betreut.

In den erläuternden Bemerkungen zum § 373a GewO 1994 ist Folgendes zu finden:

Der vorübergehende und gelegentliche Charakter ist im Einzelfall zu beurteilen, und zwar insbesondere anhand der Dauer, der Häufigkeit, der regelmäßigen Wiederkehr und der Kontinuität der Dienstleistung. Dies entspricht einem Verweis auf die Judikatur des EuGHs (vgl. zB EuGH 30. 11. 1995, Rs C-55/94, Reinhard Gebhard). (EBGewONov 2008)

Vorübergehender und gelegentlicher Charakter müssen kumulativ vorliegen, damit noch von einer Leistung im Dienstleistungsverkehr gesprochen werden kann. In wirtschaftlicher Hinsicht wird die Dienstleistung daher dadurch zu charakterisieren sein, dass diese Tätigkeit im Verhältnis zum Umfang der Tätigkeit eines niedergelassenen Unternehmens, etwa auch gemessen am durchschnittlichen Jahresumsatz, insgesamt einen wesentlich geringeren Umfang aufweist. Analog wird dies auch im Hinblick auf die Dauer der Tätigkeit iS des im Verhältnis anfallenden Arbeitszeiteinsatzes oder auf die Gesamtanzahl der vom konkreten Unternehmen im Heimatstaat bzw. der von einem typischen niedergelassenen Unternehmen dieser Art durchschnittlich während eines Jahres abgewickelten Projekte anzuwenden sein. Dies gilt naturgemäß dann auch bei saisonalen Tätigkeiten, etwa im Baugewerbe, bei dem die Tätigkeit auf Grund der Dienstleistungsfreiheit wesentlich kürzer sein muss als bei einem durchschnittlichen niedergelassenen Unternehmen. Aus dem Kriterium der Gelegentlichkeit wird zu folgern sein, dass, um im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit zu bleiben, das ausländische Unternehmen nicht systematisch oder schwerpunktmäßig nach Ausübungsmöglichkeiten im Aufnahmeland suchen sollte. (EBGewONov 2008)

Um Mitteilung der dortigen Rechtsmeinung darf gebeten werden.

Zu TOP 20.:

Gemäß § 373a Abs. 1 GewO 1994 dürfen Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der EU oder eines Vertragsstaates des EWR, 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 für Wirtschaft und Arbeit die erstmalige Aufnahme der Tätigkeit vorher schriftlich anzuzeigen (Umsetzung der Richtlinie 2005/36/EG (Berufsqualifikationsrichtlinie), insbes. Titel II).

Diese Möglichkeit besteht jedoch bei reglementierten Gewerben lediglich bei Tätigkeiten auf Grundlage der Dienstleistungsfreiheit (vorübergehend und gelegentlich), bei Tätigkeiten auf Grundlage der Niederlassungsfreiheit ist ein Anerkennungsverfahren notwendig. Insofern ist die Frage, wie eine solche Situation wie die gegebene zu beurteilen ist, eine Vorfrage hinsichtlich der Frage, ob ein Anerkennungsverfahren erforderlich ist, oder alleine die Dienstleistungsanzeige ausreicht.

Der Bundesminister für Arbeit und Wirtschaft hat die Ausübung der den Gegenstand der Dienstleistung bildenden Tätigkeit zu verbieten, wenn die Voraussetzungen für die Erbringung der Dienstleistung nicht erfüllt sind. Ein Verbot der Tätigkeit hat auch zu erfolgen, wenn es sich entgegen den Angaben um eine dauerhafte Tätigkeit handelt, ohne dass die hierfür vorgesehenen Erfordernisse eingehalten wurden. (*Gruber/Pallege-Barfuß*, GewO⁷ § 373a FN 8). Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen § 373a Abs. 1 GewO 1994 sind gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 zu bestrafen.

Der vorübergehende und gelegentliche Charakter ist im Einzelfall zu beurteilen, und zwar insbesondere anhand der Dauer, der Häufigkeit, der regelmäßigen Wiederkehr und der Kontinuität der Dienstleistung (Art. 5 Berufsqualifikationsrichtlinie).

Nach den Angaben im Sachverhalt wird der Großteil des Umsatzes des Unternehmens von mehr als 75 % in Deutschland erzielt, maximal bis zu 25 % in Österreich. Es befindet sich zwar kein Büro beziehungsweise keine dauerhafte Betriebsstätte des deutschen Immobilienverwalters in Österreich, es wird jedoch über einen längeren Zeitraum von mehreren Jahren ein Objekt mit 10 Wohneinheiten vom deutschen Immobilienverwalter in Tirol betreut. Die Mitarbeiter des deutschen Immobilienverwalters kommen zur Abwicklung der Verwaltung (zum Beispiel Hausgemeinschaftsversammlungen) nach Tirol. Vor Ort in Tirol steht allerdings kein ständiger dauerhafter Ansprechpartner des Immobilienverwalters zur Verfügung.

Vorübergehender und gelegentlicher Charakter müssen kumulativ vorliegen, damit noch von einer Leistung im Dienstleistungsverkehr gesprochen werden kann. In wirtschaftlicher Hinsicht wird die Dienstleistung daher dadurch zu charakterisieren sein, dass diese Tätigkeit im Verhältnis zum Umfang der Tätigkeit eines niedergelassenen Unternehmens, etwa auch gemessen am durchschnittlichen Jahresumsatz, insgesamt einen wesentlich geringeren Umfang aufweist. Analog wird dies auch im Hinblick auf die Dauer der Tätigkeit in des im Verhältnis anfallenden Arbeitszeiteinsatzes oder auf die Gesamtanzahl der vom konkreten Unternehmen im Heimatstaat bzw. der von einem typischen niedergelassenen Unternehmen dieser Art durchschnittlich während eines Jahres abgewickelten Projekte anzuwenden sein. Dies gilt naturgemäß dann auch bei saisonalen Tätigkeiten, etwa im Baugewerbe, bei dem die Tätigkeit auf Grund der Dienstleistungsfreiheit wesentlich kürzer sein muss als bei einem durchschnittlichen niedergelassenen Unternehmen. Aus dem Kriterium der Gelegentlichkeit wird zu folgern sein, dass, um im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit zu bleiben, das ausländische Unternehmen nicht systematisch oder schwerpunktmäßig nach Ausübungsmöglichkeiten im Aufnahmeland suchen sollte. (*Gruber/Paliego-Barfuß*, GewO⁷ § 373a FN 4)

Ob hier eine (zufällige) Gelegenheit („gelegentlich“) für eine Dienstleistungserbringung wahrgenommen wurde, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen, wird aber bei einem Unternehmen dieser Art nicht unbedingt wahrscheinlich sein. Jedenfalls ist dieses Kriterium auf den Abschluss des Verwaltungsvertrages mit der Wohnungseigentümergeinschaft anzulegen, die jährlich wiederkehrenden Betreuungstermine ergeben sich aus dem grundlegenden Verwaltungsvertrag; diese wären im Einzelnen also wohl kaum als „gelegentlich“ anzusehen. Es wäre zu klären, wie der Verwaltungsvertrag zustande gekommen ist. Nach systematischer Suche seitens des Unternehmens oder zufällig, etwa durch Kontaktnahme durch die Eigentümergemeinschaft, ohne spezielles vorbereitendes Zutun des Unternehmens.

Das Kriterium „vorübergehend“ wird wohl jedenfalls eher als gegeben angesehen werden können, wenn im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bzw. der Tätigkeitsaufnahme schon ein Endzeitpunkt der Tätigkeit bekannt ist. Ist dies nicht der Fall, so wird eine Tätigkeit dennoch als vorübergehend angesehen werden können, wenn sie in Relation zu einem bestimmten Zeitraum (zB ein Jahr) diesen Zeitraum nur zu einem geringen Anteil ausfüllt.

Ein Endzeitpunkt der Tätigkeit dürfte hier nach dem Sachverhalt nicht gegeben/bekannt sein.

Unter Heranziehung des Umsatzverhältnisses, gemäß dem in wirtschaftlicher Hinsicht die Dienstleistung daher dadurch zu charakterisieren wäre, dass diese Tätigkeit im Verhältnis zum Umfang der Tätigkeit eines niedergelassenen Unternehmens, etwa auch gemessen am durchschnittlichen Jahresumsatz, insgesamt einen wesentlich geringeren Umfang aufweist, wäre dies hier mit lediglich 25% des Gesamtumsatzes der Tätigkeit in Österreich wohl zu bejahen.

Zieht man dieses Kriterium auch in zeitlicher Hinsicht analog heran, ergibt sich wieder das Problem, dass im Hinblick auf die Dauer der Tätigkeit ist das im Verhältnis anfallenden Arbeitszeiteinsatzes oder auf die Gesamtanzahl der vom konkreten Unternehmen im Heimatstaat bzw. der von einem typischen niedergelassenen Unternehmen dieser Art durchschnittlich während eines Jahres abgewickelten Projekte hier keine Daten genannt wurden.

Um eines der genannten Kriterien anlegen zu können, müsste die Behörde zuerst den gesamten Arbeitseinsatz oder die Gesamtzahl der Projekte des gegenständlichen Unternehmens erheben und dann eine analoge quantitative Größe heranziehen. Aufgrund des Umsatzverhältnisses könnte jedoch bereits vermutet werden, dass auch das Arbeitszeitverhältnis bzw. das Verhältnisses der Projektanzahlen ähnlich sein werden.

Fraglich könnte auch noch sein, ob eine Dienstleistungserbringung allenfalls voraussetzt, dass es sich um eine Tätigkeit in einem Stück - im Gegensatz zu sich wiederholenden, regelmäßigen Tätigkeiten - handelt, auf welche die Kriterien Gelegentlichkeit und vorübergehende Tätigkeit anzulegen wäre. Sich wiederholende, regelmäßige Tätigkeiten wie im gegenständlichen Fall wären dann hier aber ausgeschlossen. Gegen eine solche Auslegung spricht aber, dass Art. 5 Berufsqualifikationsrichtlinie selbst nicht nur die Dauer, sondern auch die Häufigkeit, die Regelmäßigkeit der Wiederkehr und die Kontinuität der Dienstleistung als Faktoren nennt; daraus wäre zu schließen, dass eben die Intensität der erwähnten Faktoren relevant sein soll und nicht das Vorliegen oder Nichtvorliegen. Zudem würde es etwa bei generellem Ausschluss einer regelmäßigen Tätigkeit für eine solche auf Basis der Dienstleistungsfreiheit dies auch dazu führen können, dass nach § 1 GewO 1994 generell mangels Regelmäßigkeit die Gewerbeordnung eventuell gar nicht anwendbar wäre.

21. (Wien) Eignungsprüfung im Rahmen eines Gleichhaltungsverfahrens gemäß § 373d GewO 1994

Wird im Rahmen eines Verfahrens zur Gleichhaltung gemäß § 373d GewO 1994 festgestellt, dass die im Herkunftsstaat erworbene und nachgewiesene Berufsqualifikation dem österreichischen Befähigungsnachweis nicht äquivalent ist, so kann zur Erreichung der Äquivalenz gemäß Abs. 4 eine Eignungsprüfung als Bedingung im Bescheid vorgeschrieben werden.

Gemäß § 373d Abs. 6 GewO 1994 kann als Inhalt dieser Eignungsprüfung die Ablegung bestimmter Befähigungs- oder Meisterprüfungen oder von Teilen dieser Prüfungen vorgesehen werden.

Das Amt der Wiener Landesregierung macht von dieser gesetzlichen Möglichkeit des Ausspruchs der Gleichhaltung unter Vorschreibung der Bedingung der Ablegung einer Eignungsprüfung regelmäßig Gebrauch, insbesondere bei Gewerben, deren Zugangsverordnungen als Voraussetzung für die Befähigung neben Ausbildung und fachlich einschlägiger Tätigkeit auch die Ablegung der einschlägigen Befähigungsprüfungen normieren. Zu nennen sind hier beispielhaft die Gewerbe „Überlassung von Arbeitskräften“, „Immobilientreuhänder (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger)“ oder „Fußpflege“.

Als Teile der Befähigungs- oder Meisterprüfungen werden in der Regel Module, aber auch einzelne Modulgegenstände vorgeschrieben, so etwa jene, die Kenntnisse des österreichischen Rechts zum Inhalt haben.

Für einige Gewerbe wurden jedoch neue Prüfungsordnungen gestaltet, welche aufgrund eines völlig anderen Aufbaus mit der Aufzählung von Lernergebnisse, Kenntnissen und Fertigkeiten im Anhang - wie etwa die Prüfungsordnung für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung - nur mehr einen einzigen Gegenstand mit der Aufzählung von Lernergebnissen pro Modul vorsehen.

Orientiert man sich an den Modulen oder Modulgegenständen, führt dies dazu, dass entweder – im Vergleich zu von der antragstellenden Person bereits nachgewiesenen Ausbildungen -

unverhältnismäßig viel oder zu wenig Inhalt als Eignungsprüfung vorgeschrieben werden kann.

Um die Problematik zu verdeutlichen, sei das Beispiel eines in der Arbeitskräfteüberlassung in Deutschland tätigen Juristen angeführt, der seinen Antrag darüber hinaus

auf die Gleichhaltung seiner Berufsqualifikation für das auf die Überlassung von Angestellten eingeschränkte Gewerbe Überlassung von Arbeitskräften gestellt hat. Die neue Prüfungsordnung sieht keinen eigenen Gegenstand mehr vor, der Kenntnisse des österreichischen Rechts abfragt, darüber hinaus trifft die Prüfungsordnung auch keine Unterscheidung zwischen der Überlassung von Arbeiterinnen bzw. Arbeitern und Angestellten.

Die Behörde hat den Umfang der Eignungsprüfung daher mit den für die Überlassung von Angestellten wesentlichen Rechtsvorschriften bestimmt, da Kenntnisse des österreichischen Rechts für die Gewerbeausübung unerlässlich sind. Das ganze Modul vorzuschreiben, wäre aufgrund der

Bestimmungen des § 373d Abs. 4 GewO 1994 über das lebenslange Lernen unverhältnismäßig, ohne Überprüfung österreichischer Rechtskenntnisse würde aber die Äquivalenz nicht erreicht.

Es stellt sich daher die Frage, ob es nicht vielmehr darum geht, eine Formulierung zu finden, die den Inhalt der Eignungsprüfung unabhängig vom Normtext der Prüfungsordnung im Hinblick auf die zur Erreichung der Äquivalenz notwendigen Kenntnisse bestimmt. Selbstverständlich muss diese Formulierung einer Bedingung ausreichend bestimmt sein und den Inhalt der Eignungsprüfung genau bezeichnen.

Um Diskussion und Erfahrungsaustausch wird gebeten. Weiters wird um Erfahrungsaustausch gebeten, ob bzw. wie die Meisterprüfungsstellen der anderen Bundesländer diese Eignungsprüfungen abhalten bzw. gestalten.

Zu TOP 21.:

Die Frage der Erfahrungen der Verwaltungspraxis wird von den Vertretern der Bundesländer zu beantworten sein, es handelt sich um ein Verfahren in der Zuständigkeit der Landeshauptleute.

Zur grundsätzlichen Frage des Umgangs mit Prüfungsordnungen, die in Form von Lernergebnissen gestaltet sind:

Es wird die Ansicht vertreten, dass bei der bescheidmäßigen Vorschreibung der Eignungsprüfung ein Bezug zur Prüfungsordnung hergestellt werden sollte. Der Inhalt einer Eignungsprüfung, v.a. wenn sie gemäß § 373d Abs. 6 GewO 1994 als Teil einer Meister- oder Befähigungsprüfung verstanden, kann grundsätzlich nicht unabhängig vom Normtext der Prüfungsordnung betrachtet werden.

Auch in § 373d Abs. 3 GewO 1994 wird etwa die (fehlende) Äquivalenz im Wesentlichen dadurch beschrieben, dass sich die Fächer der vorgelegten Ausbildung wesentlich von den Fächern der Ausbildungsnachweise unterscheiden, die nach der GewO 1994 vorgeschrieben sind. Es geht also um vorgeschriebene Ausbildungsfächer und nicht um Gleichwertigkeit in Gebieten, die anhand der Anforderungen der beruflichen Tätigkeiten von der Behörde selbst festzulegen sind.

Wenn nun in Prüfungsordnungen, die in Form von Lernergebnissen gestaltet sind, Prüfungsinhalte allgemeiner beschrieben werden als zuvor, handelt es sich hier eher um ein Problem der Konkretisierung von Prüfungsteilen bzw. der Gestaltung der Eignungsprüfung durch die Meisterprüfungsstellen. Dazu kann eine Rücksprache mit den Meisterprüfungsstellen, wie nun die Prüfungen in der Praxis durchgeführt werden, welche Prüfungsfragen gestellt werden etc. von Vorteil sein.

Die Lösung im Anlassfall, dass die Eignungsprüfung die für die Überlassung von Angestellten wesentlichen österreichischen Rechtsvorschriften umfassen soll, erscheint auch unter diesen Gesichtspunkten nachvollziehbar und vertretbar. Dieses Wissensgebiet lässt sich aus der Prüfungsordnung ableiten, so wird etwa sowohl bei der mündlichen als auch der schriftlichen Prüfung die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben als Bewertungskriterium angeführt. Außerdem wird in § 2 Abs. 1 Z 1 dieser Prüfungsordnung als Ziel der Prüfung der Nachweis von fortgeschrittenen beruflichen Kenntnisse gefordert, worunter sicherlich die einschlägigen Kenntnisse des Österreichischen zu zählen sind. Auf diese Bestimmungen könnte im Gleichhaltungsbescheid Bezug genommen werden.

V. Sonstiges

22. (Tirol) Aufstellung von Automaten in Geschäftslokalen – Anwendung Öffnungszeitengesetz, Anzeige weitere Betriebsstätte

Ein Unternehmer beabsichtigt in einem beziehungsweise mehreren „Geschäftslokalen“ Automaten für den Handel mit Lebensmitteln aufzustellen. In diesen Geschäftslokalen sind nur Automaten aufgestellt aus welchen Lebensmittel bezogen werden können. Es werden keine Einrichtungen zum Genuss dieser Lebensmittel vor Ort zur Verfügung gestellt also keine Tische Stühle oder Ähnliches. Der Kunde betritt das Geschäftslokal kauft aus einem oder mehreren Automaten Lebensmittel und verlässt das Geschäftslokal dann wieder.

Es stellt sich hier nunmehr die Frage ob diese Geschäftslokale als Verkaufsstellen im Sinne des Öffnungszeitengesetzes gelten und den Öffnungszeiten Bestimmungen unterliegen. Weiters ob eine weitere Betriebsstätte angezeigt werden muss.

Dazu wird von Amt der Tiroler Landesregierung folgende Rechtsmeinung vertreten:

Gemäß § 1 Abs. 1 Öffnungszeitengesetz 2003 gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, sofern sich nicht nach § 2 anderes ergibt, für alle ständigen und nicht-ständigen für den Kleinverkauf von Waren bestimmten Betriebseinrichtungen (Läden und sonstige Verkaufsstellen) von Unternehmungen, die der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) unterliegen. Als Betriebseinrichtung im Sinne des Abs. 1 gelten auch alle Einrichtungen und Veranstaltungen der im Abs. 1 genannten Unternehmungen, bei denen Warenbestellungen im Kleinverkauf entgegengenommen werden.

Gemäß § 2 sind von den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes ausgenommen

1. die Warenabgabe aus Automaten;
2. der Warenverkauf im Rahmen eines Gastgewerbes in dem im § 111 Abs. 4 Z 4 GewO 1994 bezeichneten Umfang und eines Konditorgewerbes in dem im § 150 Abs. 11 GewO 1994 bezeichneten Umfang;
3. Tankstellen für den Verkauf von Betriebsstoffen für Kraftfahrzeuge sowie für den Kleinverkauf von im § 157 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 angeführten Waren nach Maßgabe des § 157 Abs. 2 GewO 1994;

4. Verkaufsstellen im Kasernenbereich, die Waren nur an Angehörige des Bundesheeres oder der Bundespolizei und an die in der Kaserne tätigen Bediensteten abgeben („Marketendereien“), und

5. der Marktverkehr.

Wenn im vorliegenden Fall lediglich Lebensmittel (im Idealfall vor- bzw. fertigverpackte Lebensmittel) über Automaten an Kunden ausgegeben werden und keinerlei Einrichtungen zum Genuss der gegenständlichen Lebensmittel vor Ort zur Verfügung gestellt werden, so kommt nach unserer Rechtsmeinung die Ausnahmebestimmung im § 2 Z 1 des Öffnungszeitengesetzes 2003 zur Anwendung. Dass die Automaten im dafür vorgesehenen Geschäftslokal des Betreibers aufgestellt sind schadet nicht.

Es muss sich jedoch eindeutig um eine Ausgabe aus Automaten handeln. Der Verkauf von Lebensmitteln zum Beispiel in einem Selbstbedienungscontainer oder Selbstbedienungsladen ohne Personal ist nach h.a. Meinung nicht als Automat zu werten und würde den Öffnungszeiten Regelungen unterliegen. Als Automat gilt ein Apparat, der nach Münzeinwurf oder nach einstecken einer Geldkarte, eines Geldscheines oder ähnlichen Wertzeichen selbsttätig etwas ab oder heraus gibt oder eine Dienst- oder Bearbeitungsleistung erbringt.

Im vorliegenden Fall stellt sich weiters die Frage ob für diese Automaten eine Anzeige gemäß § 52 Abs. 1 GewO 1994 genügt oder eine weitere Betriebsstätte gemäß § 46 anzuzeigen ist. Gemäß § 52 Abs. 1 GewO 1994 ist für die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten mittels Automaten, die für die Selbstbedienung durch Kunden bestimmt sind, keine Anzeige einer weiteren Betriebsstätte erforderlich. Die Gewerbetreibenden haben aber die Aufstellung derartiger Automaten außerhalb ihres Standortes oder einer weiteren Betriebsstätte der Gewerbebehörde vorher anzuzeigen. Wenn wie im vorliegenden Fall beschrieben ein eigenes Geschäftslokal zur Verfügung gestellt wird in welchem Automaten des Betreibers aufgestellt werden so spricht dies eher dafür, dass eine weitere Betriebsstätte anzuzeigen ist. Die Anzeige gemäß § 52 Abs. 1 GewO 1994 betrifft eher nur Automaten welche disloziert außerhalb von Betriebsstätten oder Geschäftslokalen des Betreibers zum Beispiel im öffentlichen Raum aufgestellt werden (Bahnhöfe, im Freien, etc.).

Um Mitteilung der dortigen Rechtsmeinung darf gebeten werden.

Zu TOP 22.:

Die Rechtsansicht des Amtes des Tiroler Landesregierung wird vollinhaltlich geteilt. Insbesondere wesentlich ist, wie auch in der Anfrage beschrieben, dass es sich um

Automaten handeln muss und darunter Apparate zu verstehen sind, die nach Münzeinwurf oder nach Einstecken einer Geldkarte, eines Geldscheines oder ähnlichen Wertzeichen selbsttätig etwas ab oder herausgeben oder eine Dienst- oder Bearbeitungsleistung erbringen. Selbstbedienungscontainer bzw. Selbstbedienungshops ohne Personal sind keine Automaten und können nicht unter der Automatenausnahmebestimmung des § 2 Z 1 ÖZG 2003 außerhalb der Öffnungszeiten offen gehalten werden.

Dem Amt der Tiroler Landesregierung wird auch beigeplichtet, dass im Falle von Automaten, die in einem eigens für diese Automaten unterhaltenen Geschäftslokal betrieben werden, die Anzeige einer weiteren Betriebsstätte gemäß § 46 GewO 1994 angebracht ist. Dies kann angesichts des Betriebsaufwandes, um die Automaten sortiert gefüllt und das Geschäftslokal ständig in ordnungsgemäßem Zustand für die Kunden zu halten, nicht mehr als dislozierte technische Einrichtung betrachtet werden.

23. Allfälliges

23.1. Erkenntnis des LVwG NÖ,

mit welchem eine (bereits widerrufen) Schließung einer BA nach § 360 Abs. 1 GewO 1994 als rechtswidrig festgestellt wurde. Die Schließung erfolgte wegen des Ablaufs der 3 Jahres-Frist des § 78 Abs. 1 GewO 1994 – unmittelbar nach Fristende. Das LVwG war jedoch der Ansicht, dass auch in diesem Fall der § 360 Abs. 1a anzuwenden gewesen wäre. NÖ ersucht um Diskussion hinsichtlich der Auswirkung auf die diese 3 Jahres-Frist im Regelfall. Eine Revision an den VwGH ist mittlerweile anhängig. (Beilage)

Das gegenständliche Erkenntnis wurde in einem Erfahrungsaustausch erörtert. Es wird zunächst abzuwarten sein, wie das Verfahren beim Höchstgericht endet. Aus aktueller Sicht erscheint jedoch die angesprochene Revision der Behörde nachvollziehbar, zumal unklar ist, wie ein Auftrag gemäß § 360 Abs. 1a Gewo 1994 zum Einbringen eines Genehmigungsantrages aussehen oder erfüllt werden könnte, wenn exakt in dieser Angelegenheit ein Genehmigungsverfahren anhängig ist, dass lediglich nach längerem Fristlauf beim Verwaltungsgericht noch nicht rechtskräftig geworden ist. Ein Auftrag gemäß § 360 Abs. 1a GewO 1994 liefe daher auf eine Anleitung hinaus, einen Antrag zu stellen, der wegen entschiedener Sache zurückzuweisen wäre.

23.2. Besondere Überwachung bestimmter gewerblicher Betriebsanlagen und Betriebsanlagenteile

Unter Bezugnahme auf den Erlass Zl. 33.310/1-I/8/2002 idF TOP 35 der Gewerbereferententagung 2017 dankt das Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft für die Übermittlung der Erfahrungsberichte für die Berichtsperiode 2017 bis 2021 und macht darauf aufmerksam, dass die Erfahrungsberichte für die Berichtsperiode 2022 bis 2026 bis Ende März 2027 vorzulegen sind.

Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft

Stubenring 1, 1010 Wien

+43 1 711 00-805609

gewerbe@bmaw.gv.at

bmaw.gv.at