

# **Bundesgewerbereferententagung 2024 in Feldkirch**

Protokoll

## Inhaltsverzeichnis

### **I. Anwendungsbereich der GewO 1994 und Allgemeine Zugangsvoraussetzungen ..... 4**

1. (Burgenland) Ausnahme von der GewO 1994 - Urproduktion und Zukauf von Futter.....4
2. (Oberösterreich) Häusliche Nebenbeschäftigung (Adventkränze) § 2 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 .5
3. (Niederösterreich) Gewerberechtsfähigkeit des „Bischöflichen Ordinariates“? .....7
4. (Wien) Entstehungszeitpunkt des Fortbetriebsrechtes der Insolvenzmasse.....13
5. (Vorarlberg) Privatzimmervermietung; EU-VO über die Erhebung und den Austausch von Daten im Zusammenhang mit Dienstleistungen der kurzfristigen Vermietung von Unterkünften; geplante Änderungen.....15
6. (Kärnten) Lehre mit Matura – Anrechnung Unternehmerprüfung .....17
7. (Kärnten) Betätigung des gewerberechtl. Geschäftsführers.....18
8. (Wien) Ausländische Gewerbeverbote .....21
9. (Niederösterreich) Zuverlässigkeit gemäß § 95 Abs. 1 GewO 1994.....23
10. (Burgenland) Bewertung von fachlichen Tätigkeiten in unterschiedlichen Gewerben bei einem Dienstgeber in Vollzeitbeschäftigung.....29

### **II. Reglementierte und freie Gewerbe..... 32**

11. (Steiermark) Anerkennung von Zeugnissen durch zuständige Berufs- oder Handelsinstitutionen .....32
12. (Tirol) Reisebüro Gewerbe, eingeschränkt auf Bodentouristik – Auslegungsfragen .....34
13. (Niederösterreich) „Gastgewerbe“ Tätigkeit in leitender Stellung gemäß § 18 Abs. 3 GewO 1994.....36
14. (Vorarlberg) Evolutionspädagogik; Gewerberechtliche Beurteilung der Tätigkeit.....39
15. (Tirol) Vermittlung von IT Arbeitskräfte in Telework (Homeoffice) aus dem Ausland .....41
16. (Kärnten) Ingenieurbüros .....43

### **III. Gewerbliches Betriebsanlagenrecht..... 48**

17. (Wien) Anpassungsverpflichtungen von bestehenden Betriebsanlagenteilen, bei denen erst durch eine Erweiterung der Betriebsanlage das Regelungsregime der Umsetzung der IE-RL anzuwenden ist .....48
18. (Kärnten) Erfahrungsaustausch Überwachung von Betriebsanlagen .....51

19. (Wien) Teilerlöschungen nach Fristablauf bzw. Teilumsetzung von Genehmigungen iZm § 80 Abs. 1 GewO 1994 .....	52
20. (Niederösterreich) Verhältnis der Bestimmung des § 78 Abs. 1 GewO 1994 zu § 360 Abs. 1a GewO 1994 .....	57
21. (Steiermark) Veröffentlichung von IPPC-Bescheiden; Inhalt der Entscheidung .....	61
22. (BMAW) Wasserrechtliche Mitteilungspflichten der gewerberechtlichen Genehmigungsbehörde an die oberste Wasserrechtsbehörde .....	64
<b>IV. Verwaltungsverfahren und Gewerbeausübung durch Ausländer .....</b>	<b>66</b>
23. (BMAW) Organisation der Vollziehung der gewerberechtlichen Bestimmungen zur Vermeidung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.....	66
24. (Oberösterreich) Ruhendmeldungen .....	68
25. (Tirol) Zuständigkeit in Nichtigerklärungs-Verfahren gem. § 363 Gewerbeordnung 1994 nach Standortverlegung in ein anderes Bundesland .....	69
26. (Wien) Nachsichtserteilung vom Ausschluss der Ausübung des Gastgewerbes.....	71
27. (Burgenland) Ausländischer Industriebetrieb – Niederlassung in Österreich in der Form eines Industriebetriebes.....	75
28. (BMAW) Novelle BGBl. I Nr. 130/2024, Ausblick auf GISA-Express .....	76
<b>V. Sonstiges .....</b>	<b>77</b>
29. (Kärnten) Tankstellen .....	77
30. (Oberösterreich) Ausschank und Abgabe von Alkohol an Jugendliche; Ausweiskontrolle...	77
31. (Vorarlberg) Chatbot in gewerblichen Angelegenheiten; bestehende Erfahrungen; Diskussion über zukünftige Anwendungsgebiete .....	79
32. Allfälliges.....	80

# I. Anwendungsbereich der GewO 1994 und Allgemeine Zugangsvoraussetzungen

## 1. (Burgenland) Ausnahme von der GewO 1994 - Urproduktion und Zukauf von Futter

Zufolge § 2 Abs. 2 und Abs. 3 Z 2 GewO 1994 gehören zur Land- und Forstwirtschaft das Halten von Nutztieren zur Zucht, Mästung oder Gewinnung tierischer Erzeugnisse. Wenn das Futter für diese Tätigkeiten zur Gänze zugekauft wird, ist dann immer noch von einer landwirtschaftlichen Urproduktion auszugehen?

Bei pflanzlichen Erzeugnissen und Wein gibt es in der Z 1 der zit. Bestimmung beispielsweise eine definierte Beschränkung des Zukaufs für den betreffenden Betriebszweig.

Bei der Z 2 wird offensichtlich nur auf die Tätigkeit Zucht, Mästung usw. abgestellt, da auch die Pferde- und Hundezucht vom Anwendungsbereich der GewO ausgenommen sind und die Herkunft der Erzeugnisse für diese Tätigkeit offensichtlich irrelevant ist. Wird diese Sichtweise geteilt?

### **Zu TOP 1.:**

Zur - vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommenen - Land- und Forstwirtschaft im Sinne der Gewerbeordnung 1994 gehört gem. § 2 Abs. 3 Z 2 GewO 1994 das Halten von Nutztieren zur Zucht, Mästung oder Gewinnung tierischer Erzeugnisse. Sowohl der Begriff „Nutztier“ als auch jener der „Haltung“ sind weit auszulegen.

Unter „Nutztiere“ sind sämtliche Tiere zu verstehen, durch deren Haltung zur Zucht, Mästung oder der Gewinnung tierischer Erzeugnisse ein idR. finanzieller Nutzen gezogen werden kann. Eine Subsumierung unter den Begriff „Haltung“ ist auch gegeben, wenn sich das Nutztier im Eigentum eines Dritten befindet (zB Lohnmast) und/oder kein Zusammenhang der Tätigkeit mit Grund und Boden gegeben ist. Auch Viehmastbetriebe, bei denen ausschließlich oder überwiegend fremdes Futter verwendet wird, sind vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen.

Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass in der Gewerbeordnung keine abschließende Zuordnung von Tätigkeiten zur Land- und Forstwirtschaft erfolgt ist. Beispielsweise sieht § 30 Abs. 3 Bewertungsgesetz 1955 (BGBl. Nr. 148/1955 idGF) vor, dass die Zucht oder das Halten von Tieren als landwirtschaftlicher Betrieb gilt, wenn zur Tierzucht oder Tierhaltung überwiegend Erzeugnisse verwendet werden, die im eigenen landwirtschaftlichen Betrieb gewonnen worden sind. Diese Einschränkung hinsichtlich der Erzeugnisse, die im eigenen landwirtschaftlichen Betrieb gewonnen wurden, sieht § 2 Abs. 3 Z 2 GewO 1994 nicht vor.

Historischer Abriss: Laszky-Nathansky S. 46

Bis 1930 wurde die Rechtsansicht vertreten, dass die Zucht von Tieren, deren Zucht in der heimischen Landwirtschaft nicht üblich war, wie zB die Hundezucht sowie auch die Zucht exotischer Tiere, als Gewerbe angesehen wurden. 1930 wurde vom seinerzeitigen Wirtschaftsministerium die Rechtsansicht vertreten, dass alle Zweige der Tierhaltung und Tierzucht, die der Gewinnung tierischer Erzeugnisse dienen, als zur Landwirtschaft gehörig anzusehen sind (diese Rechtsansicht kodifizierend: Art. V lit. a der GewO Nov 1934 [Erl. Dem Ausdruck „Nutztier darf also nicht etwa die in der Landwirtschaft im Gegensatz zum Schlachttier übliche Bedeutung beigemessen werden]; dies entspricht dem derzeit in Geltung befindlichen § 2 Abs. 3 Z 2 GewO 1994).

## **2. (Oberösterreich) Häusliche Nebenbeschäftigung (Adventkränze)**

### **§ 2 Abs. 1 Z 9 GewO 1994**

Die Herstellung von Adventkränzen darf im Rahmen des Ausnahmetatbestandes des § 2 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 ausgeübt werden, sofern auch die anderen Voraussetzungen (wie etwa die Ausübung der Nebenbeschäftigung durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes; Eigenart des Betriebes als häusliche Nebenbeschäftigung muss gewahrt bleiben; Neubeschäftigung darf nicht Haupterwerbsquelle sein) vorliegen.

Dazu wurde in TOP 4 der Gewerbereferententagung 1993 festgehalten, dass etwa die regelmäßige Teilnahme an Märkten den Charakter der häuslichen Nebenbeschäftigung sprengen würde.

Nach unserer Ansicht ist der Verkauf von Adventkränzen und die Teilnahme an mehr als einem Markt (etwa an 4 Adventmärkten) noch im Rahmen der häuslichen Nebenbeschäftigung.

Es wird um Erfahrungsaustausch ersucht.

### **Zu TOP 2.:**

Im zitierten TOP 4 der Gewerbereferententagung 1993 erfolgte eine intensive Auseinandersetzung mit dem Thema „häusliche Nebenbeschäftigung“, und das damalige Diskussionsergebnis hat Eingang in die einschlägigen Kommentare gefunden.

Wie Carmen Simon-Klimbacher in „Kunst - Gewerbe - Kunstgewerbe“ auf den Seiten 118 und 119 ausführt, war die häusliche Nebenbeschäftigung seit jeher von der Gewerbeordnung ausgenommen. Der ursprüngliche Zweck der Bestimmung sollte sein, eine zusätzliche Einnahmequelle für arme Familien zu schaffen.

Zu Art. V lit. e des Kundmachungspatents zur Gewerbeordnung 1859 wurde seinerzeit unter anderem ausgeführt, dass „diese Erwerbszweige, zu denen namentlich das Stricken, Nähen, Sticken, Spitzklöppeln, Holzschnitzen, Korbflechten usw. gehört“, zwar in ihrer Gesamtheit einen ansehnlichen Teil der nationalen Arbeit bilden, sich aber fast ausschließlich im Kreise des Familienlebens bewegen.

Zur „Bindung an den Haushalt“ finden sich etwa folgende weitere Abgrenzungskriterien:

Auch wenn das Merkmal des gesetzlichen Ausnahmetatbestandes, dass die Beschäftigung eine häusliche zu sein hat, nicht zu eng ausgelegt werden darf, so muss es sich dennoch insofern um eine häusliche Beschäftigung handeln, als sie im Rahmen des eigenen Hausstandes auszuüben ist (Ennöckl/Raschauer/Wessely, Anm. 39 zu § 2).

Der Verkauf von aus eigener Erzeugung stammendem Brot und Gebäck in einem eigenen Verkaufsort ist keine häusliche Nebenbeschäftigung, ein solcher Verkauf muss „im Weichbild des Hauses“ stattfinden (Paliege-Barfuß/Lechner-Hartlieb, GewO<sup>7</sup>, Anm. 46 zu § 2).

Im Hinblick auf diese - zT auf einschlägiger Rechtsprechung beruhenden - Kriterien empfiehlt es sich, bei der Abgrenzung der häuslichen Nebenbeschäftigung von der

Gewerbeordnung 1994 unterliegenden Tätigkeiten nicht zu überlegen, wie weit der Ausnahmetatbestand noch ausgereizt werden kann. Es wäre vielmehr dem Ansatz des Kundmachungspatents zu folgen, dem zufolge es sich bei der häuslichen Nebenbeschäftigung um Tätigkeiten handelt, bei denen es sich von selbst rechtfertigt, dass sie „außer die Gewerbeordnung gestellt“ wurden, und die sich vermöge ihrer Zartheit jeder gewerbepolizeilichen Einmischung entziehen.

### **3. (Niederösterreich) Gewerberechtsfähigkeit des „Bischöflichen Ordinariates“?**

Von Seiten einer Bezirksverwaltungsbehörde wurde folgende Fragestellung herangezogen:

Eine aus dem Jahre 1962 stammende Gewerbeberechtigung lautet auf den Gewerbeinhaber „Bischöfliches Ordinariat xxx“.

Aktuell wird der Bezirksverwaltungsbehörde zu dieser Gewerbeberechtigung die Bestellung eines neuen gewerberechtl. Geschäftsführers angezeigt und hierbei angegeben, dass dieser im Sinne des § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ angehört.

Die Bezirksverwaltungsbehörde weist iZm der Prüfung der Frage der Gewerberechtsfähigkeit des Gewerbeinhabers auf folgende zwei Erkenntnisse des Obersten Gerichtshofes hin:

Mit Erkenntnis vom 17.01.1950, GZ. 2 Ob 31/50, stellte der OGH in einem Verlassenschaftsverfahren fest, dass „nicht das Erzbistum oder die Erzdiözese noch die Finanzkammer noch das erzbischöfliche Ordinariat Rechtspersönlichkeit genießt, sondern die Römisch-Katholische Kirche in Österreich als öffentlich-rechtliche Körperschaft, vertreten durch ihre organisationsgemäßen Organe, z.B. durch das erzbischöfliche Ordinariat“.

Mit Erkenntnis vom 08.01.1964, GZ. 6 Ob 341/63, stellte der OGH hingegen fest, dass den Diözesen Rechtspersönlichkeit nicht abgesprochen werden kann:

Die römisch-katholische Diözese hat Rechtspersönlichkeit.

Die Eintragung des Bischöflichen Ordinariates als Inhaberin einer Gewerbeberechtigung wäre daher zu Unrecht erfolgt und hätte die römisch-katholische Diözese xxx im Gewerberegister als Gewerbeinhaberin eingetragen werden müssen.

- Sofern diese Feststellung als zutreffend erachtet wird, stellt sich für die Bezirksverwaltungsbehörde hinsichtlich der daraus resultierenden Notwendigkeit der Korrektur der Benennung des Gewerbeinhabers in GISA die Frage, ob die Rechtspersönlichkeit des Gewerbeinhabers richtig „Römisch-Katholische Kirche“ zu lauten hat oder allenfalls auch die „römisch-katholische Diözese xxx“ als Gewerbeinhaberin zulässig ist.

- In weiterer Folge wäre fraglich, wie sich in der zutreffenden Konstellation das Leitungsgremium des Gewerbeinhabers darstellt und wie die Zugehörigkeit zum Leitungsgremium im Sinne des § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 in geeigneter Form nachzuweisen ist.

Von der Abteilung Umwelt- und Anlagenrecht des Amtes der NÖ Landesregierung wird hierzu folgende Rechtsansicht vertreten:

Zu beurteilen ist zunächst die Frage, ob dem „Bischöflichen Ordinariat“ Rechtspersönlichkeit zukommt.

Der Verfassungsgerichtshof stellte in seiner Entscheidung vom 19.06.1996, GZ. B 2756/94, fest:

Rechtssatz:

„Das Handeln des Bischöflichen Ordinariats (bzw. der Diözesanfinanzkammer) wird im Zweifel der jeweiligen Diözese zuzurechnen sein.“

Hieraus ist zu schließen, dass nachgeordneten Organisationseinheiten (wie dem Bischöflichen Ordinariat) keine Rechtspersönlichkeit zukommt.

Hinsichtlich der Diözese Linz wird vom VfGH ausdrücklich festgehalten, dass diese Rechtspersönlichkeit auch für den staatlichen Bereich besitzt (VfGH 16.03.1987, GZ. B 933/86).



Es wird daher von ha. die Rechtsauffassung vertreten, dass das Bischöfliche Ordinariat als unter- bzw. nachgeordnete Organisationseinheit der jeweiligen Diözese zu qualifizieren ist, welcher keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt.

Das Handeln des Bischöflichen Ordinariats kann (im Zweifel) der jeweiligen Diözese zugerechnet werden.

Daraus ergibt sich für den vorliegenden Fall Folgendes:

Zu prüfen wäre, ob nicht eine nur mangelhafte Bezeichnung der Person, die Träger der Gewerbeberechtigung geworden ist, vorliegt.

Sollte sich somit aus dem Verfahrensakt plausibel ergeben, dass das Bischöfliche Ordinariat nur als Vertreterin einer Rechtsperson, nämlich der Diözese, tätig geworden ist und eigentlicher Rechtsträger diese Rechtsperson (die Diözese) ist, würde kein Mangel an Rechtspersönlichkeit der Gewerbeinhaberin vorliegen. In diesem Falle könnte das GISA allenfalls nur richtiggestellt werden.

Andernfalls wäre die Begründung der Gewerbeberechtigung durch die Diözese erforderlich, da eine Gewerbeberechtigung durch Antrag einer Person ohne Rechtspersönlichkeit gar nicht entstanden ist.

Zur abschließenden Frage betr. die Personen („Leitungsgremium“) im Sinne des § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 im Falle einer Diözese:

Die Leitung der Diözese obliegt dem Bischof. Die Vertretung der Diözese durch den Generalvikar entspricht den kirchenrechtlichen Vorschriften (OGH 25.02.1971, 1 Ob 42/71).

**Zu TOP 3.:**

1. Zur Rechtsfähigkeit von Diözesen und bischöflichen Ordinariaten

Gemäß § 9 Abs. 1 GewO 1994 können juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften (offene Gesellschaften und Kommanditgesellschaften) Gewerbe ausüben, müssen jedoch einen Geschäftsführer bestellt haben. Für den Begriff der „juristischen Person“ ist das Zivilrecht maßgebend. Zur Beurteilung der Rechtsfähig-

keit der römisch-katholischen Kirche bzw. derer Untergliederungen ist aus zivilrechtlicher Sicht das Konkordat vom 1. Mai 1934, BGBl. II Nr. 2/1934 idF. BGBl. Nr. 195/1960, heranzuziehen, dessen völkerrechtliche und innerstaatliche Geltung nicht mehr strittig ist.

Artikel II des Konkordats bestimmt, dass die katholische Kirche in Österreich öffentlich-rechtliche Stellung genießt. Ihre einzelnen Einrichtungen, welche nach dem kanonischen Rechte Rechtspersönlichkeit haben, genießen Rechtspersönlichkeit auch für den staatlichen Bereich, insoweit sie bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Konkordates in Österreich bestehen. Künftig zu errichtende erlangen Rechtspersönlichkeit für den staatlichen Bereich, wenn sie unter der in dem Konkordat vorgesehenen Mitwirkung der Staatsgewalt entstehen.

Auch Einrichtungen (Kirchengemeinden, Kultusgemeinden) und Anstalten gesetzlich anerkannter Religionsgesellschaften haben daher Rechtspersönlichkeit, soweit sie diese nach kirchlichem Recht besitzen und ein nach den jeweiligen Spezialgesetzen allenfalls geforderter [...] Akt staatlicher Mitwirkung gesetzt wird. Rechtsfähig sind daher gemäß heutiger Rechtslage beispielsweise

- die römisch-katholische Diözese, vertreten durch den Bischof (Generalvikar, allenfalls Koadjutor),
- das Benefizium des Bischofs,
- die Pfarrkirche, vertreten durch den Pfarrkirchenrat,
- die Pfarrpfründe, vertreten durch den Pfarrer,
- seit 25.01.1984 die nach kanonischem Recht bestehenden (und die zukünftig zu errichtenden) Pfarrgemeinden,
- die einem Orden inkorporierte Pfarrpfründe,
- Orden und Klöster sowie
- ein vom Diözesanbischof gemäß Codex Iuris Canonici als kirchliche juristische Person mit eigener Satzung errichtetes karitatives Institut.

Das bischöfliche Ordinariat ist lediglich eine Einrichtung im Sinne des Can. 469 CIC 1983 (vgl. auch Can. 363 § 1 CIC 1917), welche dem Bischof bei der Besorgung der Verwaltung der Diözese hilft. Ihr kommt keine Rechtspersönlichkeit, sondern lediglich Organfunktion zu (vgl. Schwendenwein, Das Neue Kirchenrecht (1983), 203, zit. nach VfGH 19.6.1996, B 2765/94, FJ 1997, 169).

Der Bezirksverwaltungsbehörde sowie der Abteilung Umwelt- und Anlagenrecht des Amtes der NÖ Landesregierung ist daher beizupflichten, dass eine Diözese Rechtspersönlichkeit besitzt und somit rechtsfähig ist. Es ist der Abteilung Umwelt- und Anlagenrecht des Amtes der NÖ Landesregierung auch zuzustimmen, dass dem bischöflichen Ordinariat keine Rechtspersönlichkeit, sondern lediglich Organfunktion zukommt.

## 2. Zur Nichtigkeit oder Berichtigung

Im konkreten Fall bedeutet dies, dass der Bescheid von 1962, mit dem die Gewerbeberechtigung erteilt wurde, an einem Fehler gemäß § 363 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 leidet (mangelnde Rechtsfähigkeit des bischöflichen Ordinariats) und daher mit Nichtigkeit im Sinne des § 68 Abs. 4 Z 4 AVG bedroht ist, wenn das bischöfliche Ordinariat 1962 selbst das Gewerbe für sich eintragen lassen wollte. Der Bescheid wäre sodann nichtig zu erklären, und die Diözese hätte um eine Gewerbeberechtigung anzusuchen.

Ergibt sich aus dem Verfahrensakt, dass das bischöfliche Ordinariat für die Diözese das Gewerbe eintragen lassen wollte, so liegt eine Vertretungshandlung vor, und es könnte der Fall sein, dass das Gewerbe lediglich irrtümlich für den Vertreter und nicht für den Vertretenen mit Rechtspersönlichkeit eingetragen wurde. Eine Berichtigung der Gewerbeberechtigung erscheint dann möglich.

## 3. Zu der Voraussetzung gemäß § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994

Es wird der Behörde ein gewerberechtl. Geschäftsführer angezeigt und vorgebracht, dass dieser dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ angehöre.

So wie die Rechtsfähigkeit richtet sich auch die Vertretungsbefugnis einer kirchlichen Einrichtung für den staatlichen Bereich nach kirchlichem Recht (OGH 04.06.1987, 6 Ob 556/88).

Sowohl der Bischof als auch der Generalvikar für die Diözese sind nach innerkirchlichem Recht vertretungsbefugt (vgl. Can. 393 und 479 § 1 CIC 1983). Es ist der Abteilung Umwelt- und Anlagenrecht des Amtes der NÖ Landesregierung zuzustimmen, dass der Bischof und der Generalvikar zur gesetzlichen Vertretung der Diözese berufen sind. Wird eine andere Person als die beiden zuletzt genannten als gewerberechtl. Geschäftsführer angezeigt, so wäre von der Diözese als Gewerbeinhaberin vor-

zubringen, aufgrund welcher innerkirchlichen Norm(en) der Angezeigte eine Vertretungsbefugnis von Gesetzes wegen im Sinne des § 39 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 innehat. Andernfalls verbleibt nur die Möglichkeit der Bestellung eines Arbeitnehmers im Sinne des § 39 Abs. 2 Z 2 GewO 1994.

## 4. (Wien) Entstehungszeitpunkt des Fortbetriebsrechtes der Insolvenzmasse

Das Fortbetriebsrecht der Insolvenzmasse entsteht gemäß § 44 GewO 1994 mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der gewerbeinnehabenden Person. In der Praxis hat sich nunmehr die Auslegungsfrage gestellt, zu welchem Zeitpunkt das Insolvenzverfahren als „eröffnet“ anzusehen ist. In der Insolvenzdatei finden sich folgende in Betracht kommende Einträge:

1. „Bekannt gemacht am ...“
2. „Eröffnung: Beginn der Wirkung der Eröffnung: ...“
3. „Beschluss vom ...“

*Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher* führen unter Hinweis auf Roth (Exekutions- und Insolvenzrecht<sup>11</sup> § 275ff) dazu Folgendes aus: „*Nach Insolvenzrecht kann ein Insolvenzverfahren auf Antrag des Schuldners oder eines Gläubigers eröffnet werden (§§ 69, 70 IO). Über den Insolvenzverfahrensantrag entscheidet das Gericht mit Beschluss (§ 71 IO). Der Beschluss, mit dem das Insolvenzverfahren eröffnet wird, ist durch Edikt öffentlich bekannt zu geben (§ 74 Abs. 1 IO); dies geschieht durch Aufnahme in die Insolvenzdatei (§ 255 IO). Das Insolvenzverfahren ist folglich mit dem Tag der Aufnahme des betreffenden Gerichtsbeschlusses in die Insolvenzdatei eröffnet.*“ (vgl. GewO<sup>4</sup> zu § 44 GewO 1994 Rz 2).

Ebenso findet sich in Gruber/Paliego-Barfuß (unter Hinweis auf Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kurzkomentar GewO § 44 Anm. 1) die Aussage, dass das Fortbetriebsrecht der Insolvenzmasse mit der Aufnahme des betreffenden Gerichtsbeschlusses in die Insolvenzdatei „entsteht“ (vgl. GewO<sup>7</sup> § 44).

Köhler in Ennöckl, Raschauer, Wessely bezieht sich zunächst auf § 2 Abs. 1 IO, wonach die Rechtswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit dem Beginn des Tages eintreten, der der öffentlichen Bekanntmachung des Inhalts des Insolvenzediktes folgt, führt in der Folge jedoch aus, dass diese Bestimmung durch die speziellere Anordnung des § 44 GewO 1994 verdrängt werde. Insofern entstehe das Fortbetriebsrecht der Insolvenzmasse ex lege und sofort mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Kommentar zur GewO, § 44, Rz 2).

Aus diesen Ausführungen lässt sich aus Sicht des Amtes der Wiener Landesregierung ableiten, dass der Tag der Bekanntmachung (oben Variante 1. „Bekannt gemacht am...“) für die Entstehung des Fortbetriebsrechtes der Insolvenzmasse maßgeblich ist. Hinterfragt wird, ob diese Ansicht zutrifft, bejahendenfalls, weshalb nicht jenes Datum relevant ist, an dem die Rechtswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintreten (oben Variante 2. „Eröffnung: Beginn der Wirkung der Eröffnung: ...“).

Um Erörterung des Themas wird gebeten.

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

Gemäß § 44 GewO 1994 entsteht das Fortbetriebsrecht der Insolvenzmasse mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gewerbeinhabers.

Ein Insolvenzverfahren ist gemäß § 1 IO bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (§§ 66 und 67 IO) auf Antrag zu eröffnen. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist gemäß § 74 Abs. 1 IO durch ein Edikt öffentlich bekanntzumachen.

Wie vom Amt der Wiener Landesregierung bereits angeführt, finden sich in der gewerberechtlichen Literatur zur Frage des Zeitpunktes der Eröffnung des Insolvenzverfahrens folgende Ansichten:

Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher führen unter Verweis auf Roth, Exekutions- und Insolvenzrecht<sup>11</sup> 275 ff) aus: „Nach Insolvenzrecht kann ein Insolvenzverfahren auf Antrag des Schuldners oder eines Gläubigers eröffnet werden (§§ 69, 70 IO). Über den Insolvenzverfahrensantrag entscheidet das Gericht mit Beschluss (§ 71 IO). Der Beschluss, mit dem das Insolvenzverfahren eröffnet wird, ist durch Edikt öffentlich bekannt zu geben (§ 74 Abs. 1 IO); dies geschieht durch Aufnahme in die Insolvenzdatei (§ 255 IO). Das Insolvenzverfahren ist folglich mit dem Tag der Aufnahme des betreffenden Gerichtsbeschlusses in die Insolvenzdatei eröffnet.“ (vgl. GewO<sup>4</sup> zu § 44 GewO 1994 Rz 2).

Ebenso findet sich in Gruber/Paliego-Barfuß (unter Hinweis auf Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kurzkommentar GewO § 44 Anm. 1) die Aussage, dass das Fortbetriebsrecht der Insolvenzmasse mit der Aufnahme des betreffenden Gerichtsbeschlusses in die Insolvenzdatei „entsteht“ (vgl. GewO<sup>7</sup> § 44).

Köhler in Ennöckl, Raschauer, Wessely bezieht sich zunächst auf § 2 Abs. 1 IO, wonach die Rechtswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit dem Beginn des Tages eintreten, der der öffentlichen Bekanntmachung des Inhalts des Insolvenzedikttes folgt, führt in der Folge jedoch aus, dass diese Bestimmung durch die speziellere Anordnung des § 44 GewO 1994 verdrängt werde. Insofern entstehe das Fortbetriebsrecht der Insolvenzmasse ex lege und sofort mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Kommentar zur GewO, § 44, Rz 2).

Da die Gewerbeordnung in § 44 GewO 1994 bei der Entstehung des Fortbetriebsrechts auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens abstellt und nicht auf den später eintretenden Zeitpunkt des § 2 Abs. 1 IO den Beginn der Rechtswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, kann hier der angeführten Literaturmeinung und der daraus folgenden Ableitung der Wiener Landesregierung, dass der Tag der Bekanntmachung (Variante 1. „Bekannt gemacht am...“) für die Entstehung des Fortbetriebsrechtes der Insolvenzmasse maßgeblich ist, gefolgt werden.

## **5. (Vorarlberg) Privatzimmervermietung; EU-VO über die Erhebung und den Austausch von Daten im Zusammenhang mit Dienstleistungen der kurzfristigen Vermietung von Unterkünften; geplante Änderungen**

Von Seiten des Europäischen Parlamentes und des Rates der Europäischen Union wurde die VO (EU) 2024/1028 über die Erhebung und den Austausch von Daten im Zusammenhang mit Dienstleistungen der kurzfristigen Vermietung von Unterkünften und zur Änderung der VO (EU) 2018/1724 beschlossen. Nach unseren Informationen haben sich der Bund, die Bundesländer und weitere Stakeholder im Rahmen der Umsetzung der VO für eine Registrierungspflicht für sämtliche Beherbergungsbetriebe (Privatzimmervermieter und gewerbliche Beherbergungsunternehmen) ausgesprochen. Auch sind in diesem Zusammenhang wieder Diskussionen im Hinblick auf einen erleichterten Zugang zum Gastgewerbe im Bereich der sog. „kleinstrukturierten Kurzzeitvermietung“ sowie um die Ausweitung von zulässigen Nebenleistungen für Privatzimmervermieter entstanden.

Laut Informationen der LandestourismusreferentInnen wurde aus Anlass der vorzitierten Beschlussfassung von Seiten des Bundes diesbezüglich ein Stakeholderprozess

initiiert und mehrere Rechtsgutachten, insbesondere zu Abgrenzungs- und Kompetenzfragen eingeholt.

Da auch die Ämter der LR sowie die Gewerbebehörden grundsätzlich immer wieder sowohl mit Abgrenzungsfragen als auch mit Einzelfallproblematiken (unbefugte Gewerbeausübungen; Problemen bezüglich der Erbringung des erforderlichen Qualifikationsniveaus, udgl) konfrontiert sind, wird das Bundesministerium im Sinne eines entsprechenden Informationsflusses aus gewerberechtlicher Sicht um Mitteilung der bislang erzielten Ergebnisse und einen Ausblick der geplanten weiteren Vorgangsweise in diesen Themengebieten ersucht.

### **Zu TOP 5.:**

Diesbezüglich hat die Tourismussektion folgende Informationen zur Verfügung gestellt:

1. Betreffend die innerstaatliche Durchführung der Verordnung (EU) 2024/1028 („Kurzzeitvermietung“) hat die Landestourismusreferentinnen- und Landestourismusreferentenkonferenz am 6. September 2024 Folgendes beschlossen:

*„Die Landestourismusreferentinnen- und Landestourismusreferentenkonferenz wiederholt ihren gemeinsamen Willen zur Umsetzung der EU-Verordnung über die Erhebung und den Austausch von Daten im Zusammenhang mit Dienstleistungen der kurzfristigen Vermietung von Unterkünften (STR VO).*

*Den Rahmen für die Umsetzung der STR-VO soll eine Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern bilden, in welcher festgeschrieben wird, welche Umsetzungsmaßnahmen der Bund und die Länder in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich setzen. Eine entsprechende Aufteilung der Aufgaben wird derzeit erarbeitet und zwischen Bund und Ländern abgestimmt. In weiterer Folge werden Bund und Länder, sofern erforderlich, innerhalb ihres jeweiligen Wirkungsbereichs entsprechende Gesetze erlassen.*

*Ziel ist die Schaffung eines bundesweiten Registers für sämtliche Beherbergungsbetriebe bis Mai 2026. In diesem sollen Daten bestehender sowie neu zu schaffender Register in einer Weise zusammengeführt werden, die die Umsetzung der EU-Vorgaben gewährleistet und künftige Weiterentwicklungen begünstigt (insb. Digitales Gästebuch).*



*Eine Änderung der bestehenden Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern erscheint aus heutiger Sicht nicht erforderlich und wird nicht angestrebt.*

*Die Landestourismusreferentinnen- und Landestourismusreferentenkonferenz ersucht den Bund, gemeinsam mit den Bundesländern einen abgestimmten Vorschlag für die Einrichtung eines bundesweiten Registers auszuarbeiten. Insbesondere Organisation, Funktionalität und Kosten sind für die Bundesländer wichtige Entscheidungsgrundlagen.“*

2. Weiters existiert ein Bericht der Tourismusstaatssekretärin zum Thema Perspektiven zur Modernisierung der Privatzimmervermietung, dazu wurde allerdings kein Beschluss gefasst.

Konkrete Planungen zu Änderungen sind derzeit nicht absehbar.

3. Der nächste Workshop mit den Bundesländern soll am 23.10.2024 stattfinden.

## **6. (Kärnten) Lehre mit Matura – Anrechnung Unternehmerprüfung**

Gemäß § 8 Abs. 2 der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Durchführung der Unternehmerprüfung (Unternehmerprüfungsordnung), BGBl. Nr. 453/1993, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 418/2023, entfällt der Prüfungsteil Unternehmerprüfung, wenn der Prüfungswerber durch Zeugnisse den erfolgreichen Abschluss einer der dort genannten Schulen nachweist. An das Amt der Kärntner Landesregierung wurde die Problematik herangetragen, dass bei Lehrlingen, welche eine Lehre mit Matura absolvieren, keine Anrechnungsmöglichkeit gegeben ist und wird um Diskussion dazu ersucht.

### **Zu TOP 6.:**

Gemäß § 8 Abs. 2 Unternehmerprüfungsordnung, BGBl. Nr. 453/1993, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 418/2023, entfällt der Prüfungsteil Unternehmerprüfung, wenn der Prüfungswerber durch Zeugnisse den erfolgreichen Abschluss einer der dort genannten Schulen nachweist.

Bei den im § 8 Abs. 2 Unternehmerprüfungsordnung genannten Schulen handelt es sich im Wesentlichen um berufsbildende höhere Schulen, Schulen in denen eine entsprechende betriebswirtschaftlich kaufmännische Ausbildung vermittelt wird oder Schulen bei denen Unterricht im Ausmaß von mindestens 160 Unterrichtseinheiten in den Themenbereichen erteilt wurde, die Gegenstand der Unternehmerprüfung sind.

Betreffend die Anrechnungsmöglichkeit einer Lehrabschlussprüfung normiert § 8 Abs. 1 Z 5 Unternehmerprüfungsordnung, dass der Prüfungsteil Unternehmerprüfung entfällt, wenn der Prüfungswerber durch Zeugnisse nachweist, dass er die Lehrabschlussprüfung in einem kaufmännischen Lehrberuf erfolgreich abgelegt hat.

Der Verordnungsgeber hat daher im Wesentlichen für die Anrechnungsmöglichkeit auf den Prüfungsteil Unternehmerprüfung darauf abgestellt, ob eine einschlägige (Aus-)Bildung in den Themenbereichen vorliegt, die Gegenstand der Unternehmerprüfung sind.

Gemäß § 3 Abs. 1 Berufsreifeprüfungsgesetz (BRPG), BGBl. I Nr. 68/1997, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2022, umfasst die Berufsreifeprüfung folgende Teilprüfungen: „Deutsch“, „Mathematik“, „Lebende Fremdsprache“ und eine Teilprüfung betreffend den „Fachbereich“.

Betreffend die Anrechnungsmöglichkeit bei Personen, welche eine Lehre mit Matura (Berufsreifeprüfung) erfolgreich absolviert haben, auf den Prüfungsteil Unternehmerprüfung ist darauf abzustellen, ob eine einschlägige (Aus-)Bildung in den Themenbereichen vorliegt, die Gegenstand der Unternehmerprüfung sind, welche die Voraussetzungen für eine Anrechnungsmöglichkeit gemäß den Bestimmungen der Unternehmerprüfungsordnung erfüllen.

## **7. (Kärnten) Betätigung des gewerberechtl. Geschäftsführers**

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

Im Zuge der zunehmenden Digitalisierung wird um Diskussion ersucht, inwieweit sich hier Auswirkungen auf die entsprechende Betätigung im Betrieb ergeben und wieweit

eine Betätigung innerhalb eines Konzerns mit mehreren Konzerntöchtern noch als entsprechend anzusehen ist.

### **Zu TOP 7.:**

Die einschlägigen Rechtsvorschriften sind insbesondere:

§ 39 Abs. 2 erster Satz GewO 1994: Der Gewerbeinhaber kann für die Ausübung seines Gewerbes einen Geschäftsführer bestellen, der dem Gewerbeinhaber gegenüber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und der Behörde (§ 333) gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich ist

§ 39 Abs. 2 drittletzter Satz GewO 1994: 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.

§ 15 Aktiengesetz und gleichlautend § 115 GmbH-Gesetz- zum Wesen des Konzerns und des Konzernunternehmens

(1) Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.

(2) Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen.

Die Konzernregelung („Konzernprivileg“) des § 39 Abs. 2 GewO 1994 wurde zuletzt diskutiert in der GRT 2019 TOP 8, weiters zur Betätigung GRT 2009 Top 9, GRT 1995 Top 23. Bei der GRT 2019 wurde hinsichtlich der für Geschäftsführer gemäß § 39 Abs. 2 erster Satz erforderlichen Betätigungsmöglichkeit im Ergebnis die Rechtsansicht vertreten, dass die Betätigungsmöglichkeit auch für den Geschäftsführer innerhalb eines Konzerns gilt, dh er hat diese Anforderung zu erfüllen.

Vor diesem Hintergrund wird die entsprechende Betätigungsmöglichkeit von verschiedenen Umständen abhängig sein, die im Einzelfall zu prüfen sind:

- Art und Umfang des Gewerbes
- Gefahren und Risiken, Erforderlichkeit von Schutzvorkehrungen (Schreibtisch-tätigkeit - praktische Tätigkeit, Risiken bei der Gewerbeausübung für insbe-sondere Gesundheit, Sicherheit-, Vermögensschäden insbes. im Hinblick auf fachlich einwandfreie Ausführung)
- - Gibt es Filialgeschäftsführer, die Kontrollaufgaben durchführen?
- - Gibt es Kontrollsysteme, wenn ja welcher Art?
- - Gibt es genehmigungspflichtige Betriebsanlagen?
- - spezielle gewerberechtliche Regelungen z.B. Sperrstunden-VO
- - Lebensumstände des GF, wie Entfernung des Wohnorts vom Gewerbebestand-ort, sonstige berufliche Verpflichtungen
- - Ausmaß der persönlichen Anwesenheit
- - Prüfung, ob und welche (digitalen) Kontrollen ohne persönliche Anwesenheit möglich sind bzw. eingesetzt werden. Grenzen bei Kontrollen wie Sensoren am Körper, GPS-Verfolgung und Datenanalyse durch künstliche Intelligenz setzt z.B. das Arbeitsrecht bzw. Datenschutz.

Bei begründeten Zweifeln an ausreichender Betätigungsmöglichkeit besteht die Mit-wirkungspflicht des Antragstellers, konkret darzulegen, wie eine ausreichende Betäti-gung durchgeführt werden soll.

Rechtsprechung:

VwGH GZ 2006/04/0038 vom 27.01.2010 RS1: Es muss sohin unter Bedachtnahme auf die **Art und auf den Umfang** des Gewerbebetriebes und auf die **Lebensumstände des Geschäftsführers** die Beurteilung gerechtfertigt sein, dass der Geschäftsführer zu ei-ner derartigen Betätigung in der Lage ist (Hinweis E 30.1.1996, Zl. 94/04/0169). Stammrechtsatz 2000/04/0162 E 26. Juni 2001 RS 1

VwGH GZ 2006/04/0038 vom 27.01.2010 RS3: Handels- und Handelsagentenge-werbe, IT-Dienstleistungen, keine Leistung am Ort des Kunden, keine Leistung an End-verbraucher, keine genehmigungspflichtige Betriebsanlage. GF mit Wohnsitz in DE. Ausmaß von **Anwesenheit 20 bis 30 Stunden persönlich im Monat ausreichend**, um mit täglichen Kontrollen auf elektronischem Weg (wie Videokonferenzen) entspre-chende Betätigung vornehmen. Keine konkreten Gefahren oder Verantwortungslü-cken wurden aufgezeigt, die sich durch die nicht ständige persönliche Anwesenheit des GF ergeben konnten.

VwGH vom 22. November 1988, Zl. 86/04/0107, Baugewerbe, Anwesenheit in **14-tägigen Abständen** und telefonische Kontrollen nicht ausreichend.

**VwGH** 96/04/0206 vom 12.11.1996: Nicht ausreichend: Bereits gewerberechtl. Geschäftsführer bei einer großen Baufirma - (mit Zeitaufwand von 20 Stunden) - in einer **Entfernung von rund 200 km vom Sitz des Gewerbeinhabers**, nun Anmeldung als gewerberechtl. Geschäftsführer (mit geschätztem Zeitaufwand 20 Stunden) im **Gewerbe Pflasterer**.

## 8. (Wien) Ausländische Gewerbeverbote

Beim Amt der Wiener Landesregierung ist ein Schreiben des Amtsgerichtes Hamburg eingelangt, mit welchem – unter Hinweis darauf, dass „aufgrund der zum 01.08.2023 umgesetzten EU-Richtlinie Gewerbeverbote aus anderen EU-Staaten nun auch außerhalb des Erlassstaates Bedeutung entfalten können“ – ein in Deutschland verhängtes Gewerbeverbot einer Person der handelsrechtlichen Geschäftsführung eines in Österreich ansässigen Unternehmens angezeigt wurde. Das Schreiben hat die Frage aufgeworfen, wie sich ein solches Gewerbeverbot auf österreichische Gewerbetreibende auswirkt.

Bei der Gewerbeferententagung 2012, Top 5, Untersagungsverfügung in Deutschland, wurde ein ähnliches Thema erörtert. Damals wurde Folgendes festgehalten: „Gemäß § 35 Abs. 1 der (deutschen) Gewerbeordnung ist die Ausübung eines Gewerbes von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe dar- tun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Will ein deutscher Gewerbetreibender, dem die Gewerbeausübung nach § 35 Abs. 1 (deutsche) GewO untersagt wurde, in Österreich ein Gewerbe ausüben, bei dem als Voraussetzung das Vorliegen der Zuverlässigkeit vorgesehen ist (§ 95 GewO 1994), ist von der Gewerbebehörde zu prüfen, ob die Tatsachen, die im Herkunftsstaat zur Untersagung der Gewerbeausübung geführt haben, auch in Österreich die Zuverlässigkeit beeinträchtigen. Die zuständigen Behörden in Deutschland sind nach § 373i GewO 1994 verpflichtet, der Gewerbebehörde Auskünfte über disziplinarische Sanktionen und die gute Führung des Dienstleisters zu erteilen. Beab-

sichtigt der deutsche Gewerbetreibende, ein Gewerbe auszuüben, das mit keiner Prüfung der Zuverlässigkeit bei Gewerbeantritt verbunden ist, so bildet die Untersagung der Gewerbeausübung in Deutschland keinen Ausschlussgrund im Sinne des § 13 Abs. 6 GewO 1994, da diese Bestimmung den Gewerbeausschluss an eine Entziehung der Gewerbeberechtigung gemäß § 87 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 knüpft [...]“.

Im aktuellen Fall ist auch auf die eingangs erwähnte Richtlinie Bedacht zu nehmen und es wäre zu prüfen, ob eine richtlinienkonforme Interpretation Auswirkungen auf die Rechtslage zur Folge hätte. Nach Recherche dürfte es sich um die Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht (Digitalisierungsrichtlinie) handeln, die unter anderem vorsieht, dass in den Mitgliedstaaten Vorschriften bestehen müssen, nach denen Personen der Geschäftsführung disqualifiziert werden können. Die Umsetzung dieser Bestimmung in Österreich erfolgte durch das Bundesgesetz, mit dem das GmbH-Gesetz, das Aktiengesetz, das Genossenschaftsgesetz, das SE-Gesetz, das SCE-Gesetz und das Firmenbuchgesetz geändert werden (Gesellschaftsrechtliches Digitalisierungsgesetz 2023 – GesDigG 2023, BGBl. I Nr. 178/2023), welches am 01.04.2024 in Kraft getreten ist. Konkret wurde durch das GesDigG 2023 ein gesellschaftsrechtliches Verbot für bestimmte Organstellungen (z.B. Geschäftsführer, Vorstand, Gesellschafter etc.) bei gewissen Verurteilungen eingeführt. Dies gilt auch bei vergleichbaren ausländischen Verurteilungen. Ein direkter Konnex zur GewO 1994 scheint nicht vorzuliegen. In Deutschland wurde die dargelegte Regelung soweit ersichtlich insofern anders umgesetzt, als neben den entsprechenden Verurteilungen auch Verbote aus anderen EU Mitgliedstaaten eine entsprechende Organstellung untersagen (siehe dazu u.a. § 6 Abs. 2 dt. GmbHG).

Nach Ansicht des Amtes der Wiener Landesregierung ist die Richtlinie daher so zu interpretieren, dass lediglich Regelungen über die gesellschaftsrechtliche Stellung betroffen sind und diese nicht auch die Stellung als gewerberechtliche Geschäftsführung betreffen. Es wird um Mitteilung gebeten, ob dieser Ansicht gefolgt wird.

#### **Zu TOP 8.:**

Die Rechtsansicht der Wiener Landesregierung wird geteilt. Die Unterschiede in der Umsetzung der Digitalisierungs-RL (EU) 2019/1151 in Österreich und Deutschland dürften darauf zurückzuführen sein, dass die Disqualifizierungsgründe für Geschäfts-

führer von GmbHs im österreichischen und im deutschen Gesellschaftsrecht unterschiedlich gestaltet sind. In § 6 Abs. 2 deutsches GmbH-Gesetz werden in den Z. 1 bis 3 Ausschlussgründe für den Geschäftsführer aufgezählt, darunter in der Z 2 ein Gewerbeausübungsverbot. In § 6 Abs. 2 deutsches GmbH-Gesetz findet sich auch wie erwähnt die Ausdehnung auf im EU-Ausland auferlegte Verbote. Das österreichische GmbH-Gesetz sieht keine mit dem Gewerbeausübungsverbot vergleichbaren Disqualifizierungsgründe vor.

Das Unionsrecht erlaubt auch die Beibehaltung von unterschiedlichen Disqualifizierungsgründen. Weiters besteht eine Informationsverpflichtung nur für Disqualifizierungsgründe nach dem nationalen Gesellschaftsrecht, vgl. Art. 13i Abs. 1 GesR-RL (EU) 2017/1132 idF RL (EU) 2019/1151.

Eine Umsetzung von Richtlinienbestimmungen der Digitalisierungs-RL (EU) 2019/1151 in der österreichischen Gewerbeordnung wurde weder von der EK noch dem federführend zuständigen BMJ beim BMAW angefordert oder angeregt.

## **9. (Niederösterreich) Zuverlässigkeit gemäß § 95 Abs. 1 GewO 1994**

**Zurechnung von Verwaltungsvorstrafen, die gegen einen verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 und Abs. 3 VStG verhängt worden sind, direkt zum Vertretenen?**

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 14. Februar 2024, Ro 2023/11/0011-8, (s. Beilage) festgestellt, dass Verwaltungsstrafen, die gegen Personen, die gemäß § 9 Abs. 2 VStG bestellt worden sind, verhängt worden sind, im Zuge der Beurteilung der Zuverlässigkeit direkt dem Vertretenen zuzurechnen sind.

Der der Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt betrifft das Güterbeförderungsgewerbe und im Speziellen die Vereinbarkeit der Regelung des § 9 Abs. 2 VStG mit den Vorgaben der Verordnung (EG) Nr. 1071/2009. Aufgrund der Bestimmung des Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 1071/2009 gelangt der VwGH zur Feststellung, dass Verwaltungsstrafen eines gemäß § 9 Abs. 2 VStG bestellten verantwortlichen Beauftragten direkt dem Unternehmen zuzurechnen sind. Die Frage, ob ein gemäß § 9 Abs. 2 VStG bestellter verantwortlicher Beauftragte eine maßgebliche Person im

Sinne des § 13 Abs. 5 GewO 1994 ist, stellt sich daher gar nicht bzw. ist für die zu beantwortende Rechtsfrage nicht erforderlich.

Abgesehen davon ergibt sich aus diesem Erkenntnis aber auch für den Anwendungsbereich der Gewerbeordnung 1994 ganz allgemein, dass bei der gemäß § 95 Abs. 1 GewO 1994 vorzunehmenden Beurteilung der Zuverlässigkeit Personen auch jene Verwaltungsstrafen zuzurechnen sind, die gegen deren bevollmächtigte Vertreter gemäß § 9 Abs. 2 und Abs. 3 VStG verhängt worden sind. Die Zuverlässigkeitsprüfung gemäß § 95 Abs. 1 GewO 1994 durch die Gewerbebehörde hat sich daher nicht nur auf die Vertretenen, sondern auch auf die gemäß § 9 Abs. 2 und Abs. 3 VStG bestellten verantwortlichen Beauftragten zu beziehen.

Wird diese Rechtsansicht geteilt?

Sollte die Rechtsmeinung vertreten werden, dass das oben genannte Erkenntnis auf den allgemeinen Anwendungsbereich der Gewerbeordnung nicht umgelegt werden kann und daher Verwaltungsstrafen der gemäß § 9 Abs. 2 und Abs. 3 VStG bestellten verantwortlichen Beauftragten – was dessen Zuverlässigkeit betrifft – nicht dem Vertretenen zuzurechnen sind, stellt sich weiters die Frage, ob gemäß § 9 Abs. 2 und Abs. 3 VStG bestellte verantwortliche Beauftragte unmittelbar Personen mit einem maßgeblichen Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte im Sinne des § 13 Abs. 7 iVm Abs. 5 GewO 1994 sind. Diese Rechtsfrage ist von der Entscheidung des VwGH ausgenommen worden.

Den gemäß § 9 Abs. 2 und Abs. 3 VStG bestellten verantwortlichen Beauftragten kommen aufgrund der Gewerbeordnung keinerlei Aufgaben und Verantwortungen zu. Gemäß Abs. 4 dieser Bestimmung müssen diese jedoch ihrer Bestellung nachweislich zugestimmt haben und muss für den ihrer Verantwortung unterliegenden klar abzugrenzenden Bereich eine entsprechende Anordnungsbefugnis zugewiesen worden sein.

Von der Judikatur ist ein solcher maßgeblicher Einfluss aufgrund der organisationsrechtlichen Regelungen z.B. den handelsrechtlichen Geschäftsführern, den Komplementären, dem alleinigen Gesellschafter oder Mehrheitsgesellschaftern zuerkannt worden. Eine gleichwertige Stellung im Unternehmen kommt dem verantwortlichen Beauftragten nicht zu und verfügt dieser nur über eine Anordnungsbefugnis in einem klar abgegrenzten Bereich und kann diese Bestellung jederzeit widerrufen werden.



Nach ha. Rechtsmeinung kommt daher dem gemäß § 9 Abs. 2 oder Abs. 3 VStG bestellten verantwortlichen Beauftragten kein maßgeblicher Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte des Unternehmens im Sinne des § 13 Abs. 7 iVm Abs. 5 GewO 1994 zu.

Wird diese Rechtsansicht geteilt?

#### **Zu TOP 9.:**

Bei der Entscheidung darüber, ob ein Unternehmen im Anforderungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 1071/2009 die Anforderung an die Zuverlässigkeit erfüllt, hat der Mitgliedsstaat gemäß Art 6 Abs. 2 der VO das Verhalten von anderen – vom Verkehrsleiter verschiedenen – „maßgeblichen Personen“ (und auch die gegen diese Personen verhängte Urteile und Sanktionen) zu berücksichtigen.

Der VwGH ging in seinem Erkenntnis davon aus, dass aufgrund dieser unionsrechtlichen Bestimmung (auf die § 5 Abs. 2 GütbefG verweist) die revisionsgegenständlichen Strafen gegen die mitbeteiligte Partei bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit des Unternehmens berücksichtigt werden können.

Das anfragende Bundesland schließt aus dem Erkenntnis, dass bei der gemäß § 95 Abs. 1 GewO 1994 vorzunehmenden Beurteilung der Zuverlässigkeit Personen auch jene Verwaltungsstrafen zuzurechnen sind, die gegen deren bevollmächtigte Vertreter gemäß § 9 Abs. 2 und Abs. 3 VStG verhängt worden sind. Es führt jedoch nicht konkret aus, weshalb sich diese Zurechnung aus dem Erkenntnis (ganz allgemein) für den Anwendungsbereich des Gewerberechts ergibt.

Gemäß dem Erkenntnis konstatiert der VwGH, dass für die Beurteilung der Zuverlässigkeit nicht die Bestimmung des § 9 VStG maßgeblich ist, sondern Frage sich allein nach den anwendbaren Verwaltungsvorschriften (iSd. Art II Abs. 2 EGVG) bestimmt (vgl. Rz 49 des Erkenntnisses).

Nach Ansicht der Gewerberechtsabteilung ist die Zurechnung der Verwaltungsstrafen im Anlassfall nur aufgrund der Spezialnormen (§ 5 Abs. 2 GütbefG iVm. Art 6 der genannten Verordnung) im Bereich der Güterbeförderung möglich und geboten. Die Zurechnungen kann daher nicht allgemein auf die Beurteilung der Zuverlässigkeit in Gewerbeverfahren umgelegt werden.

Zu Alternativfrage:

Für den Anwendungsbereich des Gewerberechts gilt Folgendes: § 9 Abs. 1 VStG bestimmt, dass die Regelungen zum verantwortlichen Beauftragten nur zum Tragen kommen, „sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen“. Im Anwendungsbereich der Gewerbeordnung wird durch den gewerberechtlichen Geschäftsführer eine Regelung zur verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit getroffen, die dem § 9 VStG keine Anwendbarkeit mehr belässt: Der gewerberechtliche Geschäftsführer bildet den „Paradefall“ einer abweichenden Sonderregelung. Die Bestellung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers schließt in deren sachlichen Anwendungsbereich die Verantwortlichkeit der statutarischen Vertretungsorgane iSd § 9 aus [...]. Die GewO sieht die Bestellung verantwortlicher Beauftragter nicht vor [...] (Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG<sup>3</sup> § 9 Rz. 20).

Eine Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten ist daher nur für die Einhaltung von nicht gewerberechtlichen Vorschriften möglich, so zB. Arbeitnehmerschutzrecht (soweit dieses nicht auch gewerberechtlichen Gehalt hat), das Ausländerbeschäftigungsgesetz, das Arzneimittelrecht, das Lebensmittelrecht etc. (Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG<sup>3</sup> § 9 Rz. 21).

Hinsichtlich des gewerberechtlichen Geschäftsführers sieht § 91 Abs. 1 GewO 1994 vor, dass die Behörde die Bestellung des Geschäftsführers oder Filialgeschäftsführers für die Ausübung des Gewerbes zu widerrufen hat, wenn sich der im § 87 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 genannte Entziehungsgrund auf die Person des Geschäftsführers oder Filialgeschäftsführers bezieht.

Wird bei einer gewerbetreibenden juristischen Person eine natürliche Person, der ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zusteht, unzuverlässig so hat die Behörde gemäß § 91 Abs. 2 GewO 1994 der Gewerbetreibenden eine Frist bekanntzugeben, innerhalb der die Gewerbetreibende diese Person zu entfernen hat. Hat der Gewerbetreibende die genannte natürliche Person innerhalb der gesetzten Frist nicht entfernt, so hat die Behörde die Gewerbeberechtigung zu entziehen.

Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Gewerbeinhabers oder der Gewerbeinhaberin neben dem Geschäftsführer ist gemäß § 370 Abs. 3 GewO 1994 nur gegeben, wenn der Gewerbeinhaber die Verwaltungsübertretung wissentlich duldet oder wenn er bei der Auswahl des Geschäftsführers es an der erforderlichen Sorgfalt hat fehlen lassen.

Im System der Gewerbeordnung bedeutet dies, dass dem Gewerbetreibenden die Sanktionen seines gewerberechlichen Geschäftsführers grundsätzlich nicht zugerechnet werden. Er muss sich nach Widerruf der Geschäftsführerbestellung eines neuen zuverlässigen Geschäftsführers bedienen (§ 91 Abs. 1 GewO 1994). Handelt es sich bei der unzuverlässigen Person um eine Person mit maßgeblichen Einfluss auf den Betrieb der gewerbetreibenden juristischen Person, so hat die Gewerbetreibende eine Frist zur Entfernung der unzuverlässigen Person (§ 91 Abs. 2 GewO 1994). Der Gewerbetreibende ist im Rahmen des § 370 Abs. 3 GewO 1994 selbst verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich ist, nämlich dann, wenn er

- die Verwaltungsübertretungen wissentlich duldet oder
- es bei der Auswahl des Geschäftsführers an der erforderlichen Sorgfalt hat fehlen lassen.

Dies bedeutet für verantwortliche Beauftragte Folgendes:

Gewerbetreibende können für die Einhaltung von nicht genuin gewerberechlichen Vorschriften verantwortliche Beauftragte gemäß § 9 Abs. 2 oder 3 VStG bestellen (Arbeitnehmerschutzrecht, das Ausländerbeschäftigungsgesetz, das Arzneimittelrecht, das Lebensmittelrecht etc., siehe oben). Mit dem Bestellungsakt geht die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit auf den Bestellten über.

Bei der Bestellung von verantwortlichen Beauftragten sind drei Fälle zu unterscheiden: Angehörige eines verantwortlichen Vertretungsorgans können aus ihrem Kreis gemäß § 9 Abs. 2 Satz 1 VStG einen verantwortlichen Beauftragten bestellen. Verantwortliche Vertretungsorgane können auch „anderer Personen“ als Angehörige der statutarischen Vertretungsorgane gemäß § 9 Abs. 2 Satz 2 VStG bestellen, jedoch bedürfen diese verantwortlichen Beauftragten einer entsprechenden Anordnungsbezugnis. Auch ein Einzelunternehmer kann gemäß § 9 Abs. 3 VStG verantwortliche Beauftragte bestellen.

Wenn den verantwortlichen Beauftragten ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zusteht, so kann die Behörde gemäß § 91 Abs. 2 GewO 1994 vorgehen und den Gewerbetreibenden auffordern, den verantwortlichen Beauftragten zu entfernen und hierzu eine Frist bekanntgeben. Hat der Gewerbetreibende die genannte natürliche Person innerhalb der gesetzten Frist nicht entfernt, so hat die Behörde die Gewerbeberechtigung zu entziehen.

## Haben die verantwortlichen Beauftragten einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschäfte?

Wann ein maßgeblicher Einfluss besteht, definiert die GewO nicht abschließend, weil „das Wirtschaftsleben zu vielschichtig ist, um alle Möglichkeiten zu erfassen“. Maßgebenden Einfluss haben aber jedenfalls vertretungsbefugte Organe und Personen, die mehr als die Hälfte der Gesellschaftsanteile einer Gesellschaft besitzen, nicht hingegen gewerberechtliche Geschäftsführer, da sie ja keine kaufmännische Verantwortung tragen. Gemäß den Erläuternden Bemerkungen (RV 395 BlgNR 13 GP 6, 122) steht dem alleinigen Gesellschafter einer GmbH ein maßgeblicher Einfluss zu, den er jederzeit ausüben kann [...]. Ist eine AG 100%ige Eigentümerin einer GmbH, so steht auch den Mitgliedern des Vorstandes der AG ein maßgeblicher Einfluss auf die Geschäfte der GmbH zu (*Pöschl*, System, Rz. 137).

Wird ein Angehöriger eines verantwortlichen Vertretungsorgans gemäß § 9 Abs. 2 1. Satz VStG zum verantwortlichen Beauftragten bestellt, so kommt jenem zwar nicht aufgrund seiner Bestellung, jedoch aufgrund seiner Angehörigkeit zum Vertretungsgremium ein maßgeblicher Einfluss zu. Ein Vorgehen gemäß § 91 Abs. 2 GewO 1994 ist indiziert.

Verantwortlichen Beauftragten, die gemäß § 9 Abs. 2 2. Satz oder Abs. 3 VStG bestellt wurden, kann ein solch maßgeblicher Einfluss bloß aufgrund ihrer Anordnungsbefugnis nicht zugemessen werden.

Der Rechtsmeinung des Landes kann hier zugestimmt werden.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat ebenfalls laut Rz. 14 des Erkenntnisses ausgeführt, dass verantwortlichen Beauftragten kein vergleichbarer Einfluss auf den Betrieb der G-schäfte zustehen wie einem handelsrechtlichen Geschäftsführer oder einem Alleingesellschafter. Ein Verfahren zur Entziehung der Gewerbeberechtigung auf Grund einer Bestrafung eines gemäß § 9 Abs. 2 VStG verantwortlichen beauftragten komme in der Regel nicht zur Anwendung.

Im Gegensatz zur übrigen Auslegung, die der VwGH verworfen hat, ist obiger rechtlicher Ausführung des LVwG Niederösterreich zuzustimmen.

Die anwendbaren Verwaltungsvorschriften der Gewerbeordnung sehen keine Zurechnung der Sanktionen des beauftragten Verantwortlichen an den Gewerbetreibenden

vor. Gegebenenfalls ist auf die anwendbaren Verwaltungsvorschriften wie zB. im Güterbeförderungsgesetz in Verbindung mit der Verordnung (EG) Nr. 1071/2009 zurückzugreifen.

Sehen diese auch keine Zurechnung vor, so könnte die Behörde in Anlehnung an § 370 Abs. 3 GewO 1994 jenen Gewerbetreibenden als unzuverlässig auffassen, welcher es die Verwaltungsübertretungen wissentlich duldet oder es bei der Auswahl eines verantwortlichen Beauftragten an der gebotenen Sorgfalt hat fehlen lassen.

## **10. (Burgenland) Bewertung von fachlichen Tätigkeiten in unterschiedlichen Gewerben bei einem Dienstgeber in Vollzeitbeschäftigung**

Nach § 18 Abs. 3 erster Satz GewO 1994 ist unter fachlicher Tätigkeit eine Tätigkeit zu verstehen, die geeignet ist, die Erfahrungen und Kenntnisse zu vermitteln, die zur selbstständigen Ausübung des betreffenden Gewerbes erforderlich sind (§ 18 Abs. 3 GewO 1994).

In Bezug auf die oben genannte Bestimmung wurde bereits bei der GRETA 2011 zu TOP 8 festgehalten, dass die Tatsache der Arbeitsleistung im Vordergrund steht, gleichgültig in welcher vertraglichen Hülle sie nach außen in Erscheinung tritt. Weiters kommt es vor allem darauf an, ob die Tätigkeit ihrer Art nach fach einschlägig ist und im Hinblick auf das Ausmaß der Beschäftigung für die Vermittlung berufsspezifischer Erfahrungen und Kenntnisse ausreichend ist. Es ist davon auszugehen, dass grundsätzlich nur Vollzeitbeschäftigungen das für die Erbringung des Befähigungsnachweises gemäß § 18 GewO 1994 erforderliche Ausmaß erreichen.

Somit sollte davon auszugehen sein, dass bei der gewerberechtlichen Beurteilung einer fachlichen Tätigkeit für die Befähigung des angestrebten reglementierten Gewerbes nicht auf versicherungs- bzw. dienstrechtliche Rahmenbedingungen abgestellt wird.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie bei einer Beschäftigung bei einem einzigen Dienstgeber, welche zwei oder mehrere fachliche Tätigkeiten von unterschiedlichen Gewerben umfassen und im selben Zeitraum ausgeübt wurden, aus gewerberechtlicher Sicht, vorzugehen ist. Bemerkt wird, dass diese Konstellation sich

des Öfteren in den vorgelegten Dienstzeugnissen als Nachweis der fachlichen Tätigkeiten für die reglementierten Gewerbe der Kosmetiker und Fußpfleger wiederfindet.

Im Hinblick auf die oben angeführten Ausführungen zur fachlichen Tätigkeit ist nach Ansicht des Amtes der Burgenländischen Landesregierung ein Vorliegen eines Dienstverhältnisses in einer Vollzeitbeschäftigung, in dem fachliche Tätigkeiten von zwei oder mehreren Gewerben ausgeübt wurden, nicht gleich generell als Nachweis der Befähigung nach § 18 GewO 1994 als ausreichend anzusehen.

Vielmehr muss nachgewiesen werden, dass die fachliche Tätigkeit für den nach der jeweiligen einschlägigen Befähigungsnachweisverordnung normierten Zeitraum in einer Vollzeitbeschäftigung ausgeübt wurde.

Werden fachliche Tätigkeiten der unterschiedlichen Gewerbe während der Beschäftigungszeit beispielsweise in einem Verhältnis von 70:30 belegt, kommt ein Verfahren zur Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19 GewO 1994 in Betracht.

Es wird um Bekanntgabe gebeten, ob diese Rechtsansicht geteilt wird.

#### **Zu TOP 10.:**

Der Begriff der fachlichen Tätigkeit gemäß § 18 Abs. 3 GewO 1994 ist insbesondere relevant bei der Gewerbebeanmeldung sowie dem Verfahren der Feststellung der individuellen Befähigung (Maßstab der Prüfung sind laut ständiger Rechtsprechung des VwGH die Zugangsvorschriften zum Gewerbe).

In diesem Zusammenhang kann auch der verwandte Begriff der facheinschlägigen Tätigkeit nach § 1 Abs. 1 EU-EWR Anerkennungs-VO betrachtet werden.

Es wird die Rechtsmeinung geteilt, dass grundsätzlich auf Tätigkeit in Vollzeitbeschäftigung abzustellen ist. Dies aus den erwähnten Gründen, die in TOP 8 der GRT 2011 dargelegt wurden. In § 1 Abs. 1 der EU-EWR Anerkennungsverordnung wird außerdem ausdrücklich auf Vollzeitbeschäftigung oder entsprechende Teilzeitbeschäftigung abgestellt. Viele Bestimmungen zur Berücksichtigung von fachlichen Tätigkeiten in den Zugangsverordnungen der einzelnen Gewerbe wurden zur Verhinderung der Inländerdiskriminierung gegenüber der EU-EWR-Anerkennungsverordnung eingefügt. Dies spricht in diesem Punkt auch für eine gleiche Betrachtung der fachlichen

Tätigkeit. Ein weiteres Argument ist § 1 Abs. 4 der Kosmetiker-Verordnung: „Unter einer fachlichen Tätigkeit im Sinne des Abs. 1 ist eine hauptberufliche, nicht im Rahmen eines Lehrverhältnisses zurückgelegte Beschäftigung im Rahmen einer befugten Berufsausübung zu verstehen.“

Im erwähnten Fall der Ausübung mehrerer Gewerbe durch ein Unternehmen und seine Arbeitnehmer wäre aber insbesondere im Rahmen der Feststellung der individuellen Befähigung zu prüfen, inwieweit eine Tätigkeit, die einem Gewerbe zuzuordnen ist, auch eine Tätigkeit sein kann, die relevante Erfahrungen und Kenntnisse vermittelt, die zur selbstständigen Ausübung des anderen Gewerbes erforderlich sind.

Bei den erwähnten Gewerben Kosmetik und Fußpflege besteht eine beliebte Kombi-lehre, sodass es eine Vielzahl von Arbeitnehmern gibt, die über Lehrabschlüsse in beiden Lehrberufen verfügen und danach beide Berufe im Rahmen ihrer (einzigen) Arbeitsstelle ausüben.

Bei Betrachtung der Tätigkeiten der Gewerbe kommen als überschneidende Tätigkeiten, die gegenseitig relevante Erfahrungen und Kenntnisse vermitteln etwa in Betracht: kaufmännische Tätigkeiten, Hygienemaßnahmen, Desinfektion, Hautanalyse, Nagelkürzen, Massage.

## II. Reglementierte und freie Gewerbe

### 11. (Steiermark) Anerkennung von Zeugnissen durch zuständige Berufs- oder Handelsinstitutionen

In vielen Zugangsverordnungen reglementierter Gewerbe ist festgelegt, dass die fachliche Qualifikation zum Antritt des Gewerbes ua. als erfüllt anzusehen ist durch den Nachweis von Belegen über eine bestimmte Zeitdauer einschlägige Tätigkeit als Selbstständiger oder Betriebsleiter, wenn für die Tätigkeit eine gewisse Zeit dauernde erfolgreich abgeschlossene Ausbildung nachgewiesen wird, die durch ein staatlich anerkanntes Zeugnis bestätigt oder von einer zuständigen Berufs- oder Handelsinstitution als vollwertig anerkannt ist.

Es stellt sich die Frage, ob als zuständige Berufsinstitution die Meisterprüfungsstellen der WKO bzw. die Fachgruppen/Fachverbände der WKO anzusehen sind. Kann es als vollwertig anerkannt angesehen werden, wenn eine Meisterprüfungsstelle der WKO der Auffassung ist, dass Teile der Meister- bzw. Befähigungsprüfung aufgrund der Absolvierung einer entsprechenden Schule entfallen.



## **Zu TOP 11.:**

Die Meisterprüfungsstellen sind gemäß § 350 GewO 1994 zur Durchführung der Meister- und Befähigungsprüfungen und der Unternehmerprüfung im übertragenen Wirkungsbereich der Landeskammern der gewerblichen Wirtschaft eingerichtet.

Zu der Frage, ob es als vollwertig anerkannt angesehen werden kann, wenn eine Meisterprüfungsstelle der WKO der Auffassung ist, dass Teile der Meister- bzw. Befähigungsprüfung aufgrund der Absolvierung einer entsprechenden Schule entfallen, ist Folgendes anzuführen:

Gemäß § 24 Abs. 1 GewO 1994 hat die zuständige Fachorganisation der Wirtschaftskammer Österreich die in der jeweiligen Meister- oder Befähigungsprüfung bzw. in der jeweiligen Zusatzprüfung zu überprüfenden Lernergebnisse unter Berücksichtigung der für die Berufsausübung charakteristischen Kenntnisse, Fertigkeiten und Kompetenz durch Verordnung festzulegen (Prüfungsordnungen). Dabei sind auch allfällige Anrechnungen anderer fachbezogener Prüfungen oder Ausbildungen festzulegen. Sind mehrere Fachorganisationen zuständig, so erlässt die Wirtschaftskammer Österreich die Verordnung.

Es ist daher in der jeweiligen Verordnung der Meister- oder Befähigungsprüfungsordnung festgelegt, welche Anrechnungsmöglichkeiten es für die jeweilige Meister- oder Befähigungsprüfung gibt und welche Prüfungen oder Ausbildungen auf die jeweilige Prüfung angerechnet werden. Die Meisterprüfungsstellen haben eine Anrechnung entsprechend dieser Bestimmungen vorzunehmen.

Es wird darauf hingewiesen, dass die Meisterprüfungsstellen keinerlei Befugnis haben, Ausbildungen allgemein anzuerkennen - in Betracht kommen allenfalls Anrechnungen innerhalb von Prüfungsmodulen, dies ist dann aber nicht Gegenstand dieser Zugangsverordnungstatbestände.

## 12. (Tirol) Reisebüro Gewerbe, eingeschränkt auf Bodentouristik – Auslegungsfragen

Im § 12 der neuen Reisebüro-Befähigungsprüfungsordnung ist eine Sonderregelung enthalten, welche eine eingeschränkte Befähigungsprüfung für das „Reisebürogewerbe eingeschränkt auf Bodentouristik“ vorsieht. Im Zuge dieser eingeschränkten Befähigungsprüfung entfällt das Tarifwesen aus dem Flugbereich. Eine Rückfrage bei der Fachvertretung in der Wirtschaftskammer Tirol hat ergeben, dass die Fachkreise die Bodentouristik für alle Verkehrsmittel ausgenommen Flugzeuge interpretieren. Weiters sind bei diesem Wortlaut nach Ansicht der Wirtschaftskammer auch die Pauschalreisen mit allen Verkehrsmitteln außer Flugzeugen enthalten. Diese Rechtsansicht wird auch vom Amt der Tiroler Landesregierung geteilt da bei der Befähigungsprüfung lediglich der Gegenstand „Tarifwesen aus dem Flugbereich“ gemäß § 8 wegfällt.

Gemäß § 1 Abs. 2 der Reisebüro-Zugangsverordnung ist die Befähigung für eine auf Teiltätigkeiten, ausgenommen die Veranstaltung von Pauschalreisen gemäß Art. 2 Z 1 der Richtlinie des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen (90/314/EWG), eingeschränkte Ausübung des Reisebürogewerbes nachzuweisen durch

1. Zeugnisse über eine der im Abs. 1 Z 1 bis 6 genannten Ausbildungsarten, wobei die Dauer der fachlichen Tätigkeit jeweils ein halbes Jahr weniger beträgt, oder
2. das Zeugnis über die erfolgreich abgelegte Befähigungsprüfung für die eingeschränkte Ausübung des Reisebürogewerbes.

### In der Vollzugspraxis hat sich nunmehr folgendes Problem gestellt:

Aufgrund der Regelung im oben zitierten § 1 Abs. 2 Reisebüro-Zugangsverordnung sind von der eingeschränkten Reisebürobefähigung alle Pauschalreisen ausgenommen. Dies würde auch bedeuten das Pauschalreisen im Bereich der Bodentouristik von diesem Wortlaut ausgenommen sind. In der Praxis stellt sich die Frage wie bei Gewerbeanmeldungen vorzugehen ist, wenn jemand ein eingeschränktes Prüfungszeugnis gemäß § 12 Reisebüro Prüfungsordnung vorlegt.

Zum einen ist fraglich welcher Gewerbewortlaut hier zu wählen ist? Zum Beispiel „Reisebüro, eingeschränkt auf Bodentouristik“ oder „Reisebüro, ausgenommen Flugpauschalreisen (Bodentouristik)“. Da nirgends in der Gewerbeordnung oder der Zugangsverordnung der Begriff Bodentouristik verwendet wird ist nicht klar was darunter zu verstehen ist. Es würde daher wahrscheinlich der zweite Wortlaut zu bevorzugen sein.

Weiters stellt sich die Frage ob bei Anmeldung dieses eingeschränkten Gewerbes ein Zugang gemäß § 18 Gewerbeordnung 1994 oder gemäß § 19 Gewerbeordnung 1994 einzutragen ist. Bei formaler Betrachtung spricht einiges dafür, dass die Anmeldung eines Gewerbes mit einem Zeugnis gemäß § 12 Reisebüro Befähigungsprüfungsordnung nicht einen formellen Zugang gemäß § 18 erfüllt, weil die Kriterien gemäß § 1 Abs. 2 Reisebüro Zugangswohnung nicht erfüllt sind – nach diesem Wortlaut wären alle Pauschalreisen ausgenommen.

Um Diskussion und Mitteilung der dortigen Rechtsmeinung darf gebeten werden.

### **Zu Top 12.:**

Gemäß § 18 Abs. 1 GewO 1994 hat der Bundesminister für (nunmehr) Arbeit und Wirtschaft für jedes reglementierte Gewerbe durch Verordnung festzulegen, durch welche Belege die Zugangsvoraussetzungen zum betreffenden Gewerbe, gegebenenfalls für dessen eingeschränkte Ausübung, als erfüllt anzusehen sind. Als ein solcher Beleg ist gemäß Abs. 2 ein Zeugnis über eine Befähigungsprüfung anzusehen.

Die mit 1.1.2023 in Kraft getretene Reisebürogewerbe-Befähigungsprüfungsordnung regelt die Durchführung der Befähigungsprüfung für das uneingeschränkte Gewerbe der Reisebüros sowie die Durchführung der Befähigungsprüfung für das auf den Bodentourismus eingeschränkte Gewerbe der Reisebüros.

Die zum Antritt des Gewerbes der Reisebüros erforderliche fachliche Qualifikation ist mit erfolgreicher Absolvierung der o.g. Befähigungsprüfung für das uneingeschränkte Reisebürogewerbe gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 Reisebüro-Verordnung gegeben.

Eine Regelung des Zuganges zum Gewerbe der Reisebüros bei Absolvierung der o.g. Befähigungsprüfung für das auf den Bodentourismus eingeschränkte Reisebürogewerbe ist durch die Reisebüro-Verordnung nicht erfolgt. In § 2 Abs. 2 Z 2 der Reisebüro-Verordnung ist ausschließlich der - nicht die Veranstaltung von Pauschalreisen

umfassende - Zugang zum Gewerbe der Reisebüros im Falle der erfolgreichen Absolvierung einer nicht auch die Veranstaltung von Pauschalreisen umfassenden Befähigungsprüfung geregelt. Eine solche Prüfung ist derzeit nicht existent. Die o.g. Befähigungsprüfung für das auf den Bodentourismus eingeschränkte Reisebürogewerbe umfasst - dem Wortlaut folgend - auch die Veranstaltung von Pauschalreisen im Bereich des Bodentourismus.

Bei erfolgreicher Absolvierung der Befähigungsprüfung für das auf den Bodentourismus eingeschränkte Reisebürogewerbe erfolgt der Zugang zum auf den Bodentourismus eingeschränkten Reisebürogewerbe gemäß § 19 GewO 1994.

Soweit aus den Erläuterungen zu § 13 der Reisebürogewerbe-Befähigungsprüfungsordnung erkennbar, handelt es sich bei dem Begriff des „Bodentourismus“ um einen die Bereiche Incoming, Busreisen, Bahnreisen, Zimmervermittlung etc. umfassenden geläufigen Begriff (§ 29 2. Satz GewO 1994 „...die in den gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen...“). Eine bloße Ausnahme von Flugpauschalreisen wäre zu eng, zumal auch die bloße Vermittlung von Beförderungen mit Luftfahrzeugen nicht vom Begriff des „Bodentourismus“ umfasst sind

### **13. (Niederösterreich) „Gastgewerbe“ Tätigkeit in leitender Stellung gemäß § 18 Abs. 3 GewO 1994**

Von Seiten einer Bezirksverwaltungsbehörde wurden folgende Fragestellungen unter Hinweis auf TOP 9 des Protokolls der Bundesgewerbereferententagung 2016 aufgeworfen:

In TOP 9/2016 wurde unter Verweis auf die durch die Gewerberechtsnovelle BGBl. I Nr. 85/2013 geänderte Rechtslage bezüglich der zuvor als sog. „freie Gastgewerbe“ eingeordneten Tätigkeiten festgestellt, dass der Nachweis gemäß § 1 Abs. 1 Z 8 Gastgewerbe-Verordnung unabhängig davon erbracht wird, ob die Tätigkeit in einem Gastgewerbe erfolgt ist, das nur mit Befähigungsnachweis angetreten werden kann oder in einem Gastgewerbe, das auch ohne Befähigungsnachweis angemeldet werden kann.

§ 1 Abs. 1 Z 8 Gastgewerbe-Verordnung verweist hinsichtlich des Tatbestandselementes der „Tätigkeit in leitender Stellung“ auf § 18 Abs. 3 GewO 1994.

Im als Beilage angeschlossenen Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes NÖ vom 02.11.2016, LVwG-AV-1074/001-2016, S. 12 oben, wird zur Tatbestandsvoraussetzung der „Tätigkeit in leitender Stellung“ gemäß § 18 Abs. 3 GewO 1994 Folgendes ausgeführt:

“Unter Tätigkeit in leitender Stellung“ ist gemäß § 18 Abs. 3 GewO 1994 eine Tätigkeit zu verstehen, die überwiegend mit fachspezifischen Aufgaben und mit der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens verbunden ist.

Damit wird eine abteilungsweise Gliederung des Unternehmens vorausgesetzt, was gegenständlich nicht der Fall ist.

Darüber hinaus können mit Tätigkeiten im freien Gewerbe nicht alle für die Ausübung eines reglementierten Gewerbes erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen erworben werden, sodass § 18 Abs. 3 GewO 1994 nur auf eine Tätigkeit im reglementierten Gewerbe abstellt.“

Unter Außerachtlassung der Diktion „freie Gewerbe“ sowie der Ausführungen zu § 19 GewO 1994 stellen sich jedoch im gegebenen Zusammenhang folgende Fragen:

Die ununterbrochene Tätigkeit muss „in leitender Stellung“ erfolgt sein (§ 1 Abs. 1 Z 8 Gastgewerbe-Verordnung).

Verwiesen wird hinsichtlich der Definition der „Tätigkeit in leitender Stellung“ auf § 18 Abs. 3 GewO 1994.

Diese liegt dann vor, wenn die Tätigkeit

- 1) überwiegend mit fachspezifischen Aufgaben und
- 2) mit der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens verbunden ist.

ad 1):

Eine Tätigkeit, welche überwiegend mit fachspezifischen Aufgaben verbunden ist, liegt unter Zugrundelegung der Ausführungen in TOP 9 des Protokolls der Bundesgewerbereferententagung 2016 nach ha. Rechtsauffassung auch dann vor, wenn der

Nachweis über eine Tätigkeit in einem Gastgewerbe, welches auch ohne Befähigungsnachweis angetreten werden kann (also vor Inkrafttreten der Gewerberechtsnovelle BGBl. I Nr. 85/2013 in einem sog. „freien Gastgewerbe“) erbracht wird.

Wird dieser Ansicht zugestimmt?

ad 2):

Eine Tätigkeit, welche mit der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens verbunden ist, setzt nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut voraus, dass das Unternehmen abteilungsweise gegliedert ist.

Wird dieser Rechtsansicht zugestimmt?

Anm.:

Ein anderes Ergebnis würde nur dann erzielt, wenn das Gesamtunternehmen als „Abteilung“ gesehen wird und die Tätigkeit in diesem „Gesamtunternehmen“ überwiegend mit fachspezifischen Aufgaben erfolgt - diese Auslegung müsste jedoch als „contra verba legalia“ angesehen werden.

**Zu TOP 13.:**

Zur Frage 1: Der Rechtsansicht wird zugestimmt und somit die damalige Rechtsmeinung (Top 9 GRT 2016) beibehalten, auch Tätigkeiten im sogenannten freien Gastgewerbe können geltend gemacht werden. Es wird kein Anlass gesehen, von der bisherigen Rechtsmeinung abzugehen.

Zu Frage 2: Es wird der Auffassung zugestimmt, dass der Nachweis einer Tätigkeit, welche mit der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens verbunden ist, nur dann möglich ist, wenn das Unternehmen abteilungsweise gegliedert ist.

Dies entspricht der Judikatur des VwGH, siehe VwGH-Erk. GZ 2010/04/0114 vom 25.09.2012 (in Bezug auf Zugangsvoraussetzung-VO Elektrotechnik). „Dass die ZugangsvoraussetzungsV Elektrotechnik 2003 wie übrigens auch § 18 Abs. 2 Z. 9 iVm Abs. 3 GewO 1994 - für eine Tätigkeit in leitender Stellung die Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens und somit eine abteilungsweise Gliederung des Unternehmens voraussetzt, kann im Hinblick auf die bereits in § 16 Abs. 2

GewO 1994 angeführte Funktion des Befähigungsnachweises nicht als unsachlich angesehen werden, zumal es auch weitere Möglichkeiten gibt, den geforderten Befähigungsnachweis zu erbringen.“

## **14. (Vorarlberg) Evolutionspädagogik; Gewerberechtliche Beurteilung der Tätigkeit**

Die I.P.P. GmbH, Institut für Praktische Pädagogik, in München (<https://evoped.com/de/>) bietet eine Ausbildung mit dem Titel „Evolutionspädagogik“ an. Laut eigener Ausbildungsbeschreibung umfasst die in Modulen aufgebaute Ausbildung 9 Module (ua Methodik, Pädagogische Diagnostik und Intervention, usw. (Details siehe Anlage).

Das Unternehmen wirbt auch damit, dass sich Evolutionspädagoginnen und Evolutionspädagogen nach Absolvierung der Ausbildung in Österreich nach ISO/IEC 17024 durch das TÜV AUSTRIA Zertifizierungsprogramm (Personenzertifikat) zertifizieren lassen können.

In der „pädagogischen Beratung“ sollen lt. unternehmenseigener Tätigkeitsumschreibung Probleme im Lern- und Sozialverhalten von Kindern und Erwachsenen erkannt, der entsprechenden Gehirnentwicklungsstufe zugeordnet und mit speziell dafür abgestimmten Bewegungsabläufen im Gehirn neu vernetzt werden. In dieser Tätigkeit sollen Lernprobleme und Verhaltensschwierigkeiten erkannt und mit entsprechenden Kommunikations- und Interaktionsmöglichkeiten sowie gezielten Bewegungsübungen gelöst werden. Die Ausbildung soll ein entsprechendes Beratungs-, Trainings- und Bewegungskonzept bei Lern- und Verhaltensproblemen bieten. Weiters bietet das Unternehmen eine auf die erwähnte Evolutionspädagogik aufbauende Ausbildung für die sog. „90° Coaching-Methode nach Ludwig Koneberg“ an, welche Konfliktbewältigung und Stressabbau in privaten und beruflichen Krisensituationen zum Inhalt hat.

Laut Unternehmenshomepage sind in Österreich – verteilt im ganzen Bundesgebiet – ca. 280 Unternehmen auf Franchisebasis in diesen Tätigkeitsfeldern unternehmerisch tätig.

Aufgrund entsprechender Anzeigen wegen des Verdachtes der unbefugten Ausübung des Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung sind hier in Vorarlberg derzeit Verfahren anhängig.

Im Sinne einer möglichst einheitlichen Vollzugspraxis wird um Mitteilung der Rechtsansicht des Bundesministeriums zur gewerberechtlichen Einreihung des oben angeführten Themenbereiches bzw. um einen Erfahrungsaustausch mit den anderen Bundesländern ersucht.

Unsere Sichtweise:

Grundsätzlich ist die Beratung und Betreuung von Personen und Institutionen in den Gebieten der Persönlichkeitsentwicklung und Problemlösung in persönlichen Beziehungsthemen, wie Erziehungsthemen, usw. dem Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung zuzuordnen. Zu diesem Bereich sind uE auch individuelle Beratungen und Betreuungen im Bereich von pädagogischen Fragestellungen und Themenbereichen Schule und Lernen dazuzuzählen. Unbestritten ist auch, dass der Bereich des Coachings sowohl dem Lebens- und Sozialberatergewerbe als auch der Unternehmensberatung zuzuordnen ist. Unseres Erachtens darf in diesem Zusammenhang jedoch auch nicht außer Acht gelassen werden, dass - sofern der Kern der Dienstleistung eine Wissensvermittlung darstellt - hier der Ausnahmetatbestand „Erwerbszweig des Privatunterrichts und der Erziehung“ gemäß § 2 Abs. 1 Z. 12 GewO 1994 zum Tragen kommen kann.

**Zu TOP 14.:**

Aus der Ausbildungsdatenbank des AMS ist zB unter Evolutionspädagogik ersichtlich:

*„Evolutionspädagogen sind Praktische Pädagogen, die Lernblockaden, Wahrnehmungsstörungen und auffälliges Sozialverhalten von Menschen professionell beheben.“ und weiter „Ein wesentliches Merkmal unserer Arbeit ist, dass nicht an den Defiziten gearbeitet wird; stattdessen werden die Lern- und Verhaltensblockaden identifiziert und die "Bahnen" zu den Talenten und Fähigkeiten freigelegt. Lern- und Verhaltensprobleme sind (nach unseren langjährigen Erfahrungen) sehr häufig sogenannte neurologische "Verschaltungen" (Blockaden), die es den Schülern unmöglich machen, ihre Fähigkeiten zu zeigen und optimal einzusetzen.“*



Offenkundig existiert aktuell kein abgrenzbares Berufsfeld, das unter dem Begriff „Evolutionpädagogik“ verlässlich und einheitlich beschrieben werden könnte. Vielmehr dürfte es sich dabei um eine Methodik handeln, die zu völlig unterschiedlichen Zwecken eingesetzt werden kann, die vom Bereich der Nachhilfe (also dem nicht der GewO 1994 unterliegenden Privatunterricht) über das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung bis auch hin zu Feldern führen kann, die den Psychologen und Psychotherapeuten vorbehalten sind.

Auch aus der beiliegenden Homepage der Anbieterin geht hervor, dass es sich um eine Ausbildung in einer bestimmten Methodik handelt, die sich dann zum Einsatz bei unterschiedlichen Tätigkeiten eignen soll.

Eine Methodik oder die Bezeichnung einer Ausbildung alleine kann für sich genommen nicht Gegenstand einer Gewerbeberechtigung bzw. eines Gewerbeortlautes sein, da auf diese Weise dem Gewerbeortlaut die Information fehlen würde, welche Tätigkeit eigentlich ausgeübt werden soll und damit der Gewerbeortlaut dem Bestimmtheitsgebot des § 339 GewO 1994 widersprechen würde.

Eine Methodik kann allenfalls Bestandteil einer Einschränkung eines Gewerbeortlautes sein, dazu muss allerdings vorher feststehen, welches Gewerbe ausgeübt werden soll.

Es wird abschließend darauf hingewiesen, dass der Umstand, dass es wohl möglich ist, ein Gewerbe auf eine bestimmte Methodik einzuschränken, bei reglementierten Gewerben nicht gleichzeitig bedeutet, dass auf diese Weise der erforderliche Befähigungsnachweis durch Wählen einer willkürlich beliebigen Methodik umgangen werden kann.

## **15. (Tirol) Vermittlung von IT Arbeitskräfte in Telework (Homeoffice) aus dem Ausland**

In letzter Zeit häufen sich in der Vollzugspraxis Fälle in denen verschiedene Startups die „Vermittlung von Remote work“ aus dem Ausland durchführen. Konkret werden dabei spezielle IT Arbeitskräfte in Telework (Homeoffice) aus Asien oder Afrika an Unternehmen in Österreich vermittelt. Diese Arbeitskräfte verbleiben in ihren Heimatstaaten, die Vermittler haben ihren Standort hier in Österreich. Im gegenständlichen

Fall stellt sich die Frage welches Gewerbe die Startups mit Sitz in Österreich für diese Tätigkeit anmelden müssen.

Im gegenständlichen Fall kommt die Anmeldung des Gewerbes „Arbeitsvermittlung“ oder „Vermittlung von Werk- und Dienstleistungsverträgen an Befugte unter Ausschluss der Übernahme von Aufträgen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung sowie ausgenommen der den Immobilientreuhändern, Reisebüros, Transportagenten, Spediteuren, Vermögensberatern, Versicherungsvermittlern und Wertpapiervermittlern vorbehaltenen Tätigkeiten“ in Frage.

Im § 151a Abs. 1 Gewerbeordnung 1994 wird die Arbeitsvermittlung definiert als „die Zusammenführung von Arbeitsuchenden mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen oder von Arbeitsuchenden mit Auftraggebern (Zwischenmeistern, Mittelspersonen) zur Begründung von Heimarbeitsverhältnissen im Sinne des Heimarbeitsgesetzes 1960, BGBl. Nr. 105/1961“. Aus dem Aufbau und dem Zweck des Heimarbeitsgesetzes ist abzuleiten, dass dieses Gesetz nur für Heimarbeit gilt wo der Ort der Heimarbeit in Österreich liegt. Im gegenständlichen Fall kommt es aber nicht zu einem klassischen Arbeitsverhältnis in Österreich, es fehlt daher der örtliche Anknüpfungspunkt.

Das Arbeitsmarkt Service wurde mit dem gegenständlichen Fall befasst und hat in seiner Stellungnahme folgende rechtliche Einschätzung vorgenommen:

*„Nach Durchsicht der besprochenen Website (hirefair.de) kann für die darin beworbene Suche nach Personal für Remote Work (Verbleib der IT-Arbeitskräfte im Heimatstaat) für österreichische Unternehmen aufgrund des Territorialitätsprinzips keine Bedeutung für das AMS erkannt werden:*

- *Das Ausländerbeschäftigungsgesetz und das ASVG sind jeweils nicht anwendbar. § 1 Abs. 1 AuslBG und § 1 ASVG erfordern physische Anwesenheit im Bundesgebiet.*
- *Das Arbeitsmarktförderungsgesetz scheint ebenfalls nicht anwendbar, da § 2 Abs. 2 leg cit u.a. eine Vermittlung "vom Ausland nach Österreich" erfordert.“*

Aufgrund der oben angeführten gesetzlichen Bestimmungen sowie der Rechtsansicht des AMS vertritt auch das Amt der Tiroler Landesregierung die Rechtsmeinung, dass mangels örtlichen Anknüpfungspunktes eines Arbeitsverhältnisses in Österreich der

Arbeitsvermittler eher nicht in Betracht kommt. Im gegenständlichen Fall wird daher die Anmeldung eines freien Geschäftsvermittler-Gewerbes die bessere Wahl sein.

Um Diskussion und Mitteilung der dortigen Rechtsmeinung darf gebeten werden.

#### **Zu TOP 15.:**

In Abstimmung mit dem Verwaltungsbereich Arbeit wird dazu ausgeführt:

Die gewerberechtliche Definition der Arbeitsvermittlung (§ 151 Abs. 1 GewO 1994) verwendet den Begriff „Begründung von Arbeitsverhältnissen“. Damit sind im Lichte des Territorialitätsprinzips keine Arbeitsverhältnisse gemeint, bei denen die Arbeitnehmer die Arbeit ausschließlich im Herkunftsstaat und nicht in Österreich verrichten. Dies gilt ebenso für Heimarbeitsverhältnisse. Eine Anwendung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes und des Arbeitsmarktförderungsgesetzes scheidet damit aus.

Das freie Geschäftsvermittler-Gewerbe mit dem Wortlaut: „Vermittlung von Werk- und Dienstleistungsverträgen an Befugte unter Ausschluss der Übernahme von Aufträgen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung sowie ausgenommen der den Immobilientreuhändern, Reisebüros, Transportagenten, Spediteuren, Vermögensberatern, Versicherungsvermittlern und Wertpapiervermittlern vorbehaltenen Tätigkeiten“ kann in diesen Fällen gewählt werden.

## **16. (Kärnten) Ingenieurbüros**

Gemäß § 134 Abs. 1 GewO umfasst der Gewerbeumfang der Ingenieurbüros (§ 94 Z 69) die Beratung, die Verfassung von Plänen, Berechnungen und Studien, die Durchführung von Untersuchungen, Überprüfungen und Messungen, die Ausarbeitung von Projekten, die Leitung von Projekten, die Überwachung der Ausführung von Projekten, die Abnahme von Projekten und die Prüfung der projektgemäßen Ausführung einschließlich der Prüfung der projektbezogenen Rechnungen sowie die Erstellung von Gutachten auf einschlägigen Fachgebieten, die einer Studienrichtung oder einem mindestens viersemestrigen Aufbaustudium einer inländischen Universität, einer Fachhochschule oder Hochschule künstlerischer Richtung oder einer einschlägigen inländischen berufsbildenden höheren Schule entsprechen.

In der Praxis kommt es immer wieder zu Problemen mit der Anforderung des letzten Satzes wie folgender Fall zeigt: ein Gewerbeanmelder legt bei der Wirtschaftskammer eine Zusatzprüfung im Fachgebiet „Mess-, Steuer- und Regelungstechnik“ ab und möchte dieses Fachgebiet anmelden. Soweit ersichtlich gibt es jedoch keine dem letzten Satz des § 134 Abs. 1 GewO entsprechende Ausbildung. Diese würde zB. auf dem Fachgebiet „Automatisierungstechnik“ bestehen, welches inhaltlich zwar in weiten Teilen deckungsgleich aber nicht gänzlich ident ist. Die Recherche, ob ein entsprechendes Fachgebiet vorliegt wird ob der zunehmenden Ausbildungsmöglichkeiten und unterschiedlichen Bezeichnungen immer schwieriger.

Es wird um Diskussion ersucht, wie mit solchen Fällen umzugehen ist und angeregt, eine bundesweit einheitliche Liste an möglichen Fachgebieten zu erstellen.

Zusatzfrage:

Gemäß § 22 Abs. 3 GewO sind Personen, die eine Befähigungsprüfung erfolgreich abgelegt haben, berechtigt, ihrer Berufsbezeichnung die Bezeichnung „staatlich geprüfter“ bzw. „staatlich geprüfte“ voranzustellen. Unternehmen, deren Inhaber oder deren gewerberechtigter Geschäftsführer eine Befähigungsprüfung erfolgreich abgelegt haben, dürfen bei der Namensführung und bei der Bezeichnung der Betriebsstätte den Begriff „staatlich geprüft“, verwenden. Laut Verordnung der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort über ein Gütesiegel für reglementierte Gewerbe, die keine Handwerke sind, BGBl. II Nr. 362/2019, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 153/2023, lautet das Gütesiegel „Ingenieurbüro – staatlich geprüft“. Dies bezieht sich nach Ansicht des Amtes der Kärntner Landesregierung jedoch nicht auf einzelne Fachgebiete, sodass durch Ablegung einer Befähigungsprüfung und Anmeldung eines Ingenieurbüros auf einem der GewO 1994 entsprechenden (anderen) Fachgebiet trotzdem die Voraussetzungen erfüllt wären.

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

**Zu TOP 16.:**

Gemäß § 134 Abs. 1 GewO 1994 umfasst der Gewerbeumfang der Ingenieurbüros (§ 94 Z 69) die Beratung, die Verfassung von Plänen, Berechnungen und Studien, die Durchführung von Untersuchungen, Überprüfungen und Messungen, die Ausarbeitung von Projekten, die Leitung von Projekten, die Überwachung der Ausführung von

Projekten, die Abnahme von Projekten und die Prüfung der projektgemäßen Ausführung einschließlich der Prüfung der projektbezogenen Rechnungen sowie die Erstellung von Gutachten auf einschlägigen Fachgebieten, die einer Studienrichtung oder einem mindestens viersemestrigen Aufbaustudium einer inländischen Universität, einer Fachhochschule oder Hochschule künstlerischer Richtung oder einer einschlägigen inländischen berufsbildenden höheren Schule entsprechen.

Für die Gewerbebeanmeldung eines Ingenieurbüros ist es daher erforderlich, dass das einschlägige Fachgebiet einer Studienrichtung oder einem mindestens viersemestrigen Aufbaustudium einer inländischen Universität, einer Fachhochschule oder Hochschule künstlerischer Richtung oder einer einschlägigen inländischen berufsbildenden höheren Schule entspricht. Als Fachgebiet sollte daher jenes Fachgebiet angemeldet werden, auf welchem der Gewerbebeanmelder ein Studium oder eine berufsbildende höhere Schule absolviert hat.

Im Falle des Nachweises der individuellen Befähigung gemäß § 19 GewO 1994 gibt es allerdings keine rechtliche Handhabe, den Gewerbebeanmelder dazu zu bewegen, als Fachgebiet stets jenes Fachgebiet anzumelden, auf welchem ein Studium oder eine berufsbildende höhere Schule absolviert wurde. Vom Standpunkt des Gewerbebeanmelders ist dies jedoch zweifelsohne zu empfehlen, da der dem angemeldeten Fachgebiet entsprechende Studienplan einen wesentlichen Prüfungsmaßstab für die Beantwortung der Frage bildet, ob durch die vom Feststellungswerber vorgelegten Nachweise etwa über ein anderes Studium die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten auf dem erwünschten Fachgebiet nachgewiesen werden.

Sollte ein Gewerbebeanmelder das Gewerbe Ingenieurbüro für ein Fachgebiet anmelden wollen, welches nur einem Teil eines einschlägigen Fachgebiet einer Studienrichtung oder einem mindestens viersemestrigen Aufbaustudium einer inländischen Universität, einer Fachhochschule oder Hochschule künstlerischer Richtung oder einer einschlägigen inländischen berufsbildenden höheren Schule entspricht, so könnte im Falle des Nachweises der individuellen Befähigung gemäß § 19 GewO 1994 dies für dieses eingeschränkte Fachgebiet angemeldet werden.

Im gegenständlich angefragten Fall könnte (auch nach Ansicht des Fachverbands Ingenieurbüros) bei Vorliegen der Befähigung das Fachgebiet „Automatisierungstechnik eingeschränkt auf Mess-, Steuer- und Regelungstechnik“ angemeldet werden.

Zur vorgebrachten Anregung, eine bundesweit einheitliche Liste an möglichen Fachgebieten zu erstellen, kann darauf hingewiesen werden, dass der Fachverband Ingenieurbüros eine solche demonstrative Liste führt.

Zur Zusatzfrage:

Gemäß § 22 Abs. 3 GewO 1994 sind Personen, die eine Befähigungsprüfung erfolgreich abgelegt haben, berechtigt, ihrer Berufsbezeichnung die Bezeichnung „staatlich geprüfter“ bzw. „staatlich geprüfte“ voranzustellen. Unternehmen, deren Inhaber oder deren gewerberechtl. Geschäftsführer eine Befähigungsprüfung erfolgreich abgelegt haben, dürfen bei der Namensführung und bei der Bezeichnung der Betriebsstätte den Begriff „staatlich geprüft“, verwenden. Der Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft kann in dem § 21 Abs. 4 entsprechendes Gütesiegel zur Verwendung durch Unternehmen, deren Inhaber oder gewerberechtl. Geschäftsführer eine Befähigungsprüfung absolviert haben, mit Verordnung festlegen.

Gemäß der Verordnung der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort über ein Gütesiegel für reglementierte Gewerbe, die keine Handwerke sind, BGBl. II Nr. 362/2019, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 153/2023, lautet das Gütesiegel „Ingenieurbüro – staatlich geprüft“. Die Verordnung differenziert hier nicht nach Art des Fachgebiets innerhalb des reglementierten Gewerbes der Ingenieurbüros, sondern legt ein Gütesiegel für das reglementierte Gewerbe der Ingenieurbüros fest.

Da die Bestimmung des § 22 Abs. 3 GewO 1994 auf die erfolgreiche Ablegung einer Befähigungsprüfung abstellt und auch das Gütesiegel keine Differenzierung auf einzelne Fachgebiete innerhalb des reglementierten Gewerbes Ingenieurbüro vornimmt, kann der Rechtsansicht des Amtes der Kärntnerischen Landesregierung insofern gefolgt werden, dass durch die erfolgreiche Ablegung einer Befähigungsprüfung auf einem Fachgebiet des reglementierten Gewerbes der Ingenieurbüros die Voraussetzungen gemäß § 22 Abs. 3 GewO 1994 erfüllt sind, es darf jedoch zu keiner Irreführung kommen. Die Person, die eine Befähigungsprüfung erfolgreich abgelegt hat, darf die Bezeichnung „staatlich geprüft“ bzw. „staatlich geprüfte“ bei der Angabe des Fachgebiets auch aus wettbewerbsrechtlichen Gründen nur für das Fachgebiet voranstellen, für welches Sie die Befähigungsprüfung erfolgreich abgelegt hat. Das gleiche gilt sinngemäß auch für den Begriff „staatlich geprüft“ und das Gütesiegel im

Sinne des § 22 Abs. 3 GewO 1994, welches auch aus wettbewerbsrechtlichen Gründen nicht irreführend verwendet werden dürfen. Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang auf das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG. So verbietet das UWG unter anderem irreführende Geschäftspraktiken (§ 1 iVm § 2 UWG).

### III. Gewerbliches Betriebsanlagenrecht

#### 17. (Wien) Anpassungsverpflichtungen von bestehenden Betriebsanlagenteilen, bei denen erst durch eine Erweiterung der Betriebsanlage das Regelungsregime der Umsetzung der IE-RL anzuwenden ist

In gewissen Fällen sind die Bestimmungen in Umsetzung der Industrie-Emissions-RL erst bei Überschreiten gewisser Schwellenwerte anzuwenden. Es sind nunmehr in Wien gleichzeitig mehrere Fälle dieser Konstellation anhängig und ist dabei die Frage aufgetreten, in welchem Ausmaß und ab welchem Zeitpunkt die bisherigen Anlagenteile auch an den Stand der Technik anzupassen wären.

Zunächst wird davon ausgegangen, dass die bisherige – für sich genommen – nicht der Anlage 3 unterliegende Betriebsanlage rechtskräftig genehmigt und rechtmäßig betrieben wird. Erst durch die projektierte Hinzunahme weiterer, neuer Anlagenteile wird der Schwellenwert der Anlage 3 überschritten. Sowohl die Altanlage, als auch der neue (beantragte) Anlagenteil üben die gleiche Haupttätigkeit aus und überschreiten erst gemeinsam den relevanten Schwellenwert. Diese Konstellation wird nach Auffassung des Amtes der Wiener Landeregierung weder in der RL noch in deren Umsetzung ausdrücklich geregelt.

Es könnten nun verschiedene Standpunkte vertreten werden, die jedoch massivste wirtschaftliche Auswirkungen auf den Betrieb der genehmigten Anlagen haben könnten:

- a) So könnte vertreten werden, dass mit der projektierten Änderung (Erweiterung) die gesamte Anlage insgesamt dem IPPC-Regime unterliegt und daher der bestehende Teil bereits im Zeitpunkt der Inbetriebnahme des neuen, auslösenden Anlagenteils an den aktuellen Stand der Technik anzupassen wäre.
- b) Andererseits könnten auch die Übergangsregelungen für die erstmalige Anpassung an den Stand der Technik bei Altanlagen (nach 10 Jahren) ab Inkrafttreten der IE-RL analog angewendet werden.



- c) Weiters könnte die Behörde auf die Anpassungsverpflichtung an neue BVT-Schlussfolgerungen anknüpfen und von einer Frist von vier Jahren ab rechtskräftiger Genehmigung des neuen Anlagenteils und damit ab Anwendbarkeit des IE-RL-Regimes ausgehen.
- d) Schließlich kann auch auf dem Grundsatz des Bestandschutzes aufbauend vertreten werden, dass eine Anpassungsverpflichtung des altgenehmigten Anlagenteils überhaupt erst mit der Verlautbarung von neuen BVT-Schlussfolgerungen für die auslösende Haupttätigkeit eintreten wird (1 Jahr/4 Jahre ab Kundmachung iSd § 81b GewO 1994).

Das Amt der Wiener Landesregierung tendiert deutlich dazu, den unter lit. d) angeführten Standpunkt zu vertreten, wobei natürlich im Fall von technischen Verbindungen des alten mit dem neuen Anlagenteil, die relevante Auswirkungen auf die Umwelt haben, darauf zu achten wäre, ein diesbezüglich dem Stand der Technik entsprechendes System der gesamten betroffenen Betriebsanlage zu gewährleisten.

Es wird um Bekanntgabe ersucht, ob dieser Rechtsansicht und Position zugestimmt werden kann.

#### **Zu TOP 17.:**

Es trifft zu, dass die Industrieemissionsrichtlinie 2010/75/EU (IE-R), die GewO 1994 und im Übrigen auch die Richtlinie (EU) 2024/1785 betreffend die Änderung der IE-R keine Regelungen enthalten, wie mit dem „normalen“ Betriebsanlagenrecht unterliegenden Anlagen umzugehen ist, die auf Initiative des Anlageninhabers zu IPPC-Anlagen werden. Anpassungsregelungen gibt bzw. gab es nur für die Fälle, in denen das EU-Recht selbst Verschiebungen von Anlagen, die bisher nicht von der IE-R erfasst waren, in das IE-R - Regime verursacht hat.

Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 1 IE-R verpflichtet die Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass ua keine IPPC-Anlage ohne eine Genehmigung (im Sinne der IE-R) betrieben wird. Nach der GewO 1994 kann diesem Grundsatz wie folgt Rechnung getragen werden:

Beabsichtigt der Anlageninhaber eine Erweiterung seiner Betriebsanlage in dem Ausmaß, dass sie im Hinblick auf die Anlage 3 zur GewO 1994 zu einer IPPC-Betriebsanlage oder zu einer Betriebsanlage mit IPPC-relevanten Anlagenteilen wird, so wird er einen Änderungsantrag gemäß § 81 GewO 1994 iVm 81a Z 1 GewO 1994 zu stellen

haben. Industrieemissionsrechtskonform wird dieser Änderungsgenehmigungsantrag (zumindest) alle IPPC-relevanten Anlagenteile iSd § 71b Z 1 GewO 1994 zu umfassen haben.

Gemäß § 81 Abs. 1 GewO 1994 („bedarf auch die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung im Sinne der vorstehenden Bestimmungen“) und § 81a Z 1 GewO 1994 („bedarf einer Genehmigung im Sinne der §§ 77a und 77b“) sind Änderungsgenehmigungsverfahren in gleicher Weise durchzuführen wie Neugenehmigungen.

Auf diese Weise wird Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 1 IE-R Rechnung getragen.

Zu den dargestellten verschiedenen Standpunkten ist Folgendes auszuführen:

ad a):

Die von Wien dargelegte Auslegungsmöglichkeit kommt den obigen Ausführungen am nächsten. Zu der Unterscheidung zwischen dem „bestehenden Teil“ und dem „neuen, auslösenden Anlagenteil“ ist darauf hinzuweisen, dass § 71b Z 1 GewO 1994 zu beachten ist (dass zu einer IPPC-Anlage also auch unmittelbar mit IPPC-Tätigkeiten verbundene, in einem technischen Zusammenhang stehende Tätigkeiten gehören, die Auswirkungen auf die Emissionen und die Umweltverschmutzung haben können; dies kann auch Anlagenteile mit Tätigkeiten umfassen, die für sich allein betrachtet keine IPPC-Tätigkeiten wären), und dass der Zusammenrechnungsregel der Anlage 3 Z 2 GewO 1994 zu folgen ist („Werden mehrere Tätigkeiten derselben Kategorie in ein- und derselben Betriebsanlage durchgeführt, so sind die Kapazitäten dieser Tätigkeiten zusammenzurechnen.“).

Zu den „massivsten wirtschaftlichen Auswirkungen auf den Betrieb der genehmigten Anlagen“ ist anzumerken, dass eine derartige Erweiterung (bzw. Anpassung der bestehenden Anlagenteile) für den Anlageninhaber ja nicht überraschend kommt und daher mit entsprechender Vorlaufzeit geplant werden kann.

ad b)

Eine „Zehn-Jahresregelung“ hat die GewO 1994 (entsprechend dem ursprünglichen IPPC-Regime) vor der Umsetzung der IE-R gekannt; seit der Gewerbeordnungsnovelle

BGBI. I Nr. 125/2013 gibt es sie nicht mehr. Für eine analoge Anwendung bleibt kein Raum.

ad c):

Die Vierjahresfrist bezieht sich nach der IE-R und nach der GewO 1994 ausdrücklich nur auf die Anpassung an jeweils neue BVT-Schlussfolgerungen. Dafür, diese Frist auf Genehmigungsverfahren „umzulegen“, fehlt jegliche Grundlage.

ad d):

Abgesehen davon, dass dieser Lösungsansatz völlig offenlässt, wonach sich denn der Stand der Technik im Änderungsgenehmigungsverfahren richten sollte, könnte er - bei später Erlassung „neuer“ BVT-Schlussfolgerungen - dazu führen, dass einer der Kernbereiche des Industrieemissionsregimes vielleicht erst nach vielen Jahren einzuhalten wäre. Das wäre mit der Richtlinie nicht in Einklang zu bringen.

Darüber hinaus wird zu bedenken gegeben, dass gerade die IE-R mit ihren zahlreichen Anpassungsverpflichtungen keinen Bestandschutz kennt.

## **18. (Kärnten) Erfahrungsaustausch Überwachung von Betriebsanlagen**

Das Amt der Kärntner Landesregierung wurde von den Bezirksverwaltungsbehörden ersucht, die Problematik der Überwachung der Gewerbebehörde nach § 359 GewO 1994 im Gegensatz zu der Selbstüberprüfungspflicht des Inhabers nach § 82b GewO 1994 im Hinblick auf die ergangene Entscheidung des OGH vom 07.09.2021, 1Ob151/21v, zu diskutieren.

### **Zu TOP 18.:**

Es wurde einhellig festgestellt, dass die zitierte OGH-Entscheidung aus dem Jahr 2021 im Wesentlichen nichts Neues bringt; sie verweist auf das sogenannte „Handlauf-Erkenntnis“ aus dem Jahr 1992 (1Ob16/92). Hier wurde der Gewerbebehörde die Unterlassung der Überwachung erteilter Auflagen zum Vorwurf gemacht. „Gewähr für

die Befolgung der Auflagen konnte der Behörde ... einzig und allein deren wirksame Überwachung bieten“.

Dass die Selbstprüfungspflicht gemäß § 82b GewO 1994 die Überwachungspflicht der Behörde nicht ersetzt, ist bereits unter TOP 41 des Protokolls über die Gewerbereferententagung 1991 festgehalten und auch in den einschlägigen Kommentaren nachzulesen.

Der TOP wurde zum Anlass genommen, einen Erfahrungsaustausch durchzuführen.

## **19. (Wien) Teilerlöschungen nach Fristablauf bzw. Teilumsetzung von Genehmigungen iZm § 80 Abs. 1 GewO 1994**

In zahlreichen Anlassfällen sind Fragen und Probleme im Zusammenhang mit dem Erlöschen und Nicht-Umsetzen von Änderungsgenehmigungen an das Amt der Wiener Landesregierung herangetragen worden.

So wurde beispielsweise bei einer größeren Betriebsanlage im Jahr 2019 ein Umbauprojekt dahingehend genehmigt, dass eine Halle abgebrochen und stattdessen Lagerbereiche geschaffen und Container aufgestellt werden sollen. Der Abbruch ist bis dato nicht umgesetzt worden. Diesen Teil der Änderung will der Betreiber nun ausdrücklich nicht umsetzen, und die noch bestehende, genehmigte Halle weiter wie bisher nutzen.

§ 80 Abs. 1 GewO 1994 normiert u.A. unter bestimmten Voraussetzungen das Erlöschen der Betriebsanlagengenehmigung bei Nichtaufnahme bzw. qualifizierter Unterbrechung des Betriebes.

Es war in der Folge die Frage zu klären, ob § 80 GewO 1994 (bzw. die darin genannten Fristen) analog für Änderungsgenehmigungen herangezogen werden bzw. die genehmigte Änderung separat von dem davor bestehenden (und umgesetzten) Konsens betrachtet werden kann und dementsprechend die genehmigte Änderung einer Betriebsanlage für sich alleine nach Fristablauf erlöschen würde.

Der Sinn der Bestimmung über das Erlöschen der Genehmigung ist darin gelegen, zu verhindern, dass eine Genehmigung, von der in der nächsten Zeit gar nicht Gebrauch

gemacht werden soll, nur deswegen angestrebt wird, weil sie in einem späteren Zeitpunkt nur unter schwereren Bedingungen und Auflagen erreicht werden könnte. Im damaligen Begutachtungsverfahren wurde darauf hingewiesen, dass dieselben Erwägungen, wie sie für das Erlöschen der Genehmigung im Falle der Nichtaufnahme des Betriebes ins Treffen geführt werden, auch für ein Erlöschen der Genehmigung in den nicht seltenen Fällen der längeren Unterbrechung des Betriebes sprechen. Es solle sich niemand auf die Genehmigung einer jahrzehntelang nicht betriebenen Anlage berufen können. Ein Horten von Genehmigungen hätte den weiteren Nachteil, dass ein veralteter Stand der Technik „konserviert“ würde. Zudem ist es auch konsequent, eine Genehmigung, die auf den „tatsächlichen örtlichen Verhältnissen“ basiert, an einen zeitnahen Realisierungstermin zu koppeln (siehe *Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher* in *Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher* (Hrsg), GewO<sup>4</sup> (2020) zu § 80 GewO 1994 sowie EB zur GewO 1973 [RV 395 BlgNR 13. GP]).

Würde die Bestimmung in § 80 GewO 1994 somit nicht analog für Änderungsgenehmigungen herangezogen werden, so würde dies dem angestrebten Sinn der Bestimmung dahingehend widersprechen, dass nach einer erfolgten Grundgenehmigung eine Vielzahl an Änderungsgenehmigungen gemäß § 81 GewO 1994 auf „Vorrat“ beantragt werden könnten.

Auch im *Paliege-Barfuß/Lechner-Hartlieb*-Kommentar zur GewO wird in Übereinstimmung damit ausgeführt, dass *“aus dem Umstand, dass die Bestimmung über das Erlöschen der Genehmigung der Betriebsanlage (§ 80) vor der Bestimmung über die Genehmigungspflicht der Änderung der genehmigten Anlage (§ 81) gereiht ist, nämlich nicht der Schluss gezogen werden kann, die Bestimmungen des § 80 seien nur auf genehmigte Betriebsanlagen nach § 74 anzuwenden. Es können sohin auch gewerbebehördliche Genehmigungen der Änderungen von genehmigten Betriebsanlagen wegen nicht rechtzeitiger Inbetriebnahme gemäß § 80 erlöschen. Denn es könnte sich nach Ablauf der gesetzlichen Frist zur Inbetriebnahme der genehmigten Betriebsanlagenänderung eine wesentliche Änderung hinsichtlich der Situation der gemäß § 74 Abs. 2 wahrzunehmenden Schutzinteressen ergeben. (GRT 1976 Pkt. 50)“*. (*Paliege-Barfuß/Lechner-Hartlieb*, GewO<sup>7</sup> RZ 6 zu § 80).

Bekräftigt wird dies auch durch die Ausführungen in *Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher* (Hrsg), GewO<sup>4</sup> (2020) zu § 80 GewO 1994. Demnach wird zwischen Genehmigungen inklusive nachfolgenden Änderungsgenehmigungen, bei denen die Betriebsanlage noch gar nicht in Betrieb genommen wurde (hierbei läuft die

Frist des § 80 für ein Erlöschen der [modifizierten] Genehmigung ab der ursprünglichen Grundgenehmigung) und einer Änderungsgenehmigungen für bereits in Betrieb genommene Betriebsanlagen (hierbei beginnt die Frist für das Erlöschen der Genehmigung der Änderung ab der Rechtskraft des gegenständlichen Änderungsgenehmigungsbescheides nach § 81 zu laufen) unterschieden.

Zusammenfassend erscheint somit klargelegt, dass jede Änderungsgenehmigung selbst bzw. auch das davon erfasste Projekt für sich genommen mangels rechtzeitiger Umsetzung „erlöschen“ kann. Auch treffen dabei die Grundsätze der Wirkung der Teilumsetzung bzw. des notwendigen Betriebs von wesentlichen Teilen dieser Änderung, um ein Erlöschen zu verhindern, zu. Auch die Verlängerungsoption wird als anwendbar anzusehen sein.

Aus dem Blickwinkel der Rechtssicherheit wäre aber in der Folge auch zu beantworten, ob schon vor Ablauf der normierten Frist von 5 Jahren für das Erlöschen ein ausdrücklicher Verzicht auf eine rechtskräftig erteilte, aber nicht umgesetzte Änderungsgenehmigung möglich ist.

Nach der Judikatur des VwGH ist ein Verzicht auf subjektive öffentlich-rechtliche Ansprüche zulässig, wenn nicht eine gesetzliche Bestimmung ausdrücklich etwas anderes anordnet oder öffentliche Interessen entgegenstehen. Die Voraussetzungen, unter welchen ein Verzicht auf solche Ansprüche rechtswirksam wird, richten sich nach der für den bestimmten Anspruch getroffenen gesetzlichen Regelung. Vom Verzicht auf einzelne subjektive Rechte ist der Verzicht auf „ganze Rechtsverhältnisse“ zu unterscheiden. Dort, wo nicht nur ein Recht eingeräumt wird, sondern sich auch Pflichten des Rechtsunterworfenen, der am „Rechtsverhältnis“ (sei es ex lege oder als Bescheidadressat) beteiligt ist, ergeben, kommt der Verzicht nicht (oder nur unter besonderen Voraussetzungen) in Betracht, sofern er nicht ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist. Die Zulässigkeit des Verzichtes auf eine im öffentlichen Recht begründete Rechtsposition ist damit jedenfalls davon abhängig, dass es sich hierbei (allein) um die freiwillige Aufgabe eines subjektiven Rechtes und nicht um den Verzicht auf „ganze Rechtsverhältnisse“ handelt, weil diese neben Rechten auch Pflichten der berechtigten Person begründen. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, dass jedes Rechtsverhältnis durch einseitige Erklärung beendet werden könne, besteht nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht (siehe VwGH 27.08.2014, Ro 2014/05/0061).

Grundsätzlich ist nach der Ansicht des Amtes der Wiener Landesregierung auf Basis der folgenden Literatur davon auszugehen, dass *„ein BA-Inhaber berechtigt, aber*

*nicht verpflichtet ist, von den die BA betreffenden Genehmigungen und Bewilligungen Gebrauch zu machen. Das nicht genutzte Recht zum Betrieb der Anlage geht wieder verloren. Der Verlust des Rechtes tritt ex lege nach Ablauf von fünf Jahren ein (§ 80 Abs. 1 erster Satz). Werden Teilgenehmigungen erteilt, so wird die Frist im Umfang der Teilgenehmigungen in Gang gesetzt. Die Frist beginnt jeweils mit Eintritt der formellen Rechtskraft. Es ist eine materiellrechtliche Frist, auf die die Bestimmungen des ABGB (§ 902 f ABGB) analog anzuwenden sind. Diese Frist läuft auch während der Dauer der Errichtung der BA. Verzögert sich die Errichtung der Anlage, so besteht die Möglichkeit, gemäß § 80 Abs. 3 eine Verlängerung der Genehmigung (bzw. Frist) zu beantragen.“ (Hanusch, Kommentar zur Gewerbeordnung (10. Lfg 2003) zu § 80 GewO Rz 1).*

Die Gewerbebehörden in Wien gehen daher davon aus, dass auch formal auf eine rechtskräftig erteilte Genehmigung einer Änderung ausdrücklich verzichtet werden kann. Es soll ja auch aus unternehmerischer Sicht nicht notwendig sein, die Frist von fünf Jahren verstreichen lassen zu müssen.

Demgegenüber gibt es jedoch regelmäßig Fälle, bei denen ein Projekt eingereicht und genehmigt wird, um behördliche Maßnahmen oder Vorschriften im Sinne des § 79 GewO 1994 präventiv durch ein eigenes Projekt zu verhindern oder werden gesetzliche Anpassungsverpflichtungen (zB. VbF-Anpassungen) zum Anlass für größere Umgestaltungen der Betriebsanlage gemacht. In solchen Fällen kann von einer im Einzelfall zu beurteilenden Pflicht zur Umsetzung ausgegangen werden und es sind oftmals Fristen zur Umsetzung bzw. Beschränkungen des Betriebs bis zur Umsetzung zweckmäßiger Weise bereits in den Bescheid aufzunehmen (z.B. in Auflagen oder als Projektbestandteil).

Zudem ist auch von einer Umsetzungsverpflichtung von einander bedingenden Teilen auszugehen. So wäre beispielsweise bei einer im Zuge eines Änderungsprojekts neu errichteten Lackierkabine auch die dazugehörige Filteranlage verpflichtend umzusetzen, auch wenn sie maschinenbautechnisch völlig separat aufgestellt wird.

Somit wird im Einzelfall auch zu beachten sein, ob die projektierte und genehmigte Änderung auch nur in einem Teil realisiert und rechtmäßig ohne Beeinträchtigung der Schutzinteressen des § 74 GewO 1994 betrieben werden kann.

Schließlich geht das Amt der Wiener Landesregierung auch davon aus, dass bei einem ordnungsgemäßen und zulässigen Verzicht oder bei einem gesetzlichen Erlöschen ei-

ner Änderungsgenehmigung durch Fristablauf der ursprüngliche Konsens wiederauflebt und weiter konsumiert werden kann. Es ist in der Folge lediglich in besonderen Fällen zu prüfen, ob durch diesen „wieder auflebenden Konsens“ die Schutzinteressen ausreichend im Sinne des § 79 GewO 1994 gewahrt sind und allfällige Anpassungen verpflichtend durchzuführen wären.

Für die konkret angefragte Halle würde – vorbehaltlich einer detaillierten Prüfung im Einzelfall – somit durchaus die Auffassung vertreten werden, dass der Hallenabbruch nicht konsumiert werden muss, ein ausdrücklicher Verzicht zulässig wäre und der diesbezügliche Altkonsens weiterhin besteht. Zu achten wäre nur etwa, ob die Feuerwehrezufahrten, Verkehrswege, Notausgänge etc. durch die neu aufgestellten Container nachteilig beeinträchtigt werden.

Es wird um Einschätzung der Rechtslage ersucht, ob den dargestellten Rechtsansichten beigespflichtet werden kann.

#### **Zu Top 19.:**

Grundsätzlich besteht die Anforderung des § 80 GewO 1994 für das Erlöschen der Genehmigung der gewerblichen Betriebsanlage darin, dass der Betrieb

- binnen von fünf Jahren nach erteilter Genehmigung nicht in zumindest einem für die Erfüllung des Anlagenzwecks wesentlichen Teil der Anlage aufgenommen wird oder
- durch mehr als fünf Jahre in allen für die Erfüllung des Anlagenzwecks wesentlichen Teilen der Anlage unterbrochen wird.

Sobald also auch nur ein wesentlicher Betriebsteil entweder aufgenommen oder fortbetrieben wird, erlischt die Genehmigung nicht. Ein „Teilerlöschen“ ist in § 80 GewO 1994 nicht vorgesehen.

Es trifft aber - wie in der Anfrage auch mit zahlreichen Fundstellen untermauert - zu, dass sich das Erlöschen auch auf einen Bescheid beziehen kann, mit dem die Genehmigung der Änderung erteilt worden ist. Aber auch hier gilt, dass sich das Erlöschen entweder auf den gesamten Änderungsbescheid bezieht oder der gesamte Änderungsbescheid nicht erlischt.



Für den Anfragegegenstand des „Verzichts“ auf einen Änderungsbescheid bietet das gewerbliche Betriebsanlagenrecht zwei Möglichkeiten:

Entweder ist es möglich, erneut eine Genehmigung der Änderung gemäß § 81 GewO 1994 zu erwirken. Oder es besteht auch die Möglichkeit einer Auflassungsanzeige gemäß § 83 GewO 1994.

Ein erneutes Änderungsverfahren wird vor allem dann zweckmäßig sein, wenn durch die Genehmigung der Änderung ein Zustand hergestellt werden sollte, der zur Modernisierung dient und ggfs. auch den Inhaber vor möglichen Konsequenzen des Betriebs einer veralteten Anlage (vor allem etwa in Hinblick auf Sanierungsverfahren gemäß § 79 GewO 1994 oder Maßnahmen gemäß § 360 GewO 1994) bewahren sollte.

Die Anzeige der Auflassung gemäß § 83 GewO 1994 wird hingegen dann sinnvoll sein, wenn es sich um einen abgrenzbaren Änderungsbescheid gehandelt hat, dessen ganzer oder teilweiser Entfall nicht zu Folgeproblemen hinsichtlich der gemäß § 74 Abs. 2 Z 1 bis 5 GewO 1994 geschützten Interessen führt. § 83 GewO 1994 erfordert auch nicht explizit, dass der Konsens errichtet und betrieben worden ist; es ist also möglich, die Auflassung (ggfs. auch von Teilen) auch dann anzuzeigen, wenn diese noch nicht errichtet worden sind.

Das Argumentieren und Etablieren eines „Verzichtserklärungsverfahrens“ (oder gar eines Teilverzichts) einer Genehmigung der Änderung, um so vor Ablauf der fünf Jahre zu einem vorzeitigen Erlöschen zu kommen, ist weder erforderlich noch sinnvoll.

## **20. (Niederösterreich) Verhältnis der Bestimmung des § 78 Abs. 1 GewO 1994 zu § 360 Abs. 1a GewO 1994**

Von Seiten eines Magistrates wurde folgende Problemstellung aufgezeigt:

Eine Bezirksverwaltungsbehörde hat einen Betriebsanlagengenehmigungsbescheid für die Errichtung und den Betrieb eines Fast Food-Restaurants erlassen, gegen den Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht erhoben wurde.

Die Betriebsanlage wurde unter Inanspruchnahme des § 78 Abs. 1 GewO 1994 errichtet und der Betrieb aufgenommen.

Nachdem das Landesverwaltungsgericht innerhalb von drei Jahren keine Entscheidung getroffen hat, wurde der Betrieb von der Behörde nach Aufforderung Bescheid mäßig gemäß § 360 Abs. 1 GewO 1994 geschlossen.

Gegen diesen Bescheid wurde vom Anlageninhaber Beschwerde erhoben und vorgebracht, dass die Behörde von der Bestimmung des § 360 Abs. 1 Z 1a GewO Gebrauch hätte machen müssen/können. Die Argumentation ging dahin, dass sich der Anlagenbetreiber nach Ablauf der Frist des § 78 Abs. 1 GewO 1994 in derselben Rechtsposition befände, wie wenn gar kein Antrag gestellt worden wäre. Damit sei § 360 Abs. 1a GewO 1994 - bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen - sehr wohl anwendbar bzw. zwingend analog anzuwenden.

Das LVwG übernahm die Rechtsansicht des Anlageninhabers und behob nach einigen Monaten Verfahrensdauer den Schließungsbescheid.

Die dagegen erhobene Amtsbeschwerde wurde vom Verwaltungsgerichtshof nicht inhaltlich behandelt, da die Schließung - aufgrund des zwischenzeitlichen Vorliegens einer rechtskräftigen Betriebsanlagengenehmigung - bereits aufgehoben war. Mögliche Amtshaftungsansprüche hindern nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes nicht die Einstellung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens wegen Gegenstandslosigkeit (VwGH 2. Mai 2024, Ro 2022/04/0032-7).

Da die Entscheidungsdauer des LVwG in Betriebsanlagenverfahren immer wieder mehrere Jahre beträgt, wird seitens der Bezirksverwaltungsbehörde um Diskussion ersucht, ob bei Überschreitung der Dreijahresfrist des § 78 Abs. 1 GewO 1994 das Recht zur Errichtung und zum Betrieb der Betriebsanlage endet oder ob in diesem Falle § 360 Abs. 1a GewO 1994 anzuwenden ist.

Hierzu wird von der Abteilung Umwelt- und Anlagenrecht des Amtes der NÖ Landesregierung folgende Rechtsansicht vertreten:

Das LVwG erstreckte aus ha. Sicht unzulässiger Weise den Anwendungsbereich des § 360 Abs. 1a GewO 1994 auf bereits genehmigte Betriebsanlagen. Dies aus folgenden Gründen:

Bei der Auslegung von Verwaltungsgesetzen ist vom Vorrang der Wortlautinterpretation in Verbindung mit der systematischen Interpretation der Norm auszugehen. Das LVwG hat entgegen dem klaren Wortlaut des § 360 Abs. 1a GewO 1994 eine unzulässige Interpretation „contra legem“ vorgenommen:

§ 360 Abs. 1a GewO 1994 kommt lediglich im Falle von (noch) nicht genehmigten Betriebsanlagen zur Anwendung - ein Genehmigungsansuchen ist erst zu stellen.

§ 78 Abs. 1 GewO 1994 kommt hingegen dann zur Anwendung, wenn eine (noch nicht rechtskräftige) Genehmigung vorliegt, deren Rechtmäßigkeit im Rechtsmittelweg bestritten wird. Ein Genehmigungsansuchen wurde in diesem Falle bereits gestellt und hierüber abgesprochen.

Die Einfügung des § 360 Abs. 1a GewO 1994 in das Kapitel „Einstweilige Zwangs- und Sicherheitsmaßnahmen“ durch die 4. GewO-Nov. 2012 deutet bei systematischer Interpretation auch darauf hin, dass der Gesetzgeber nicht beabsichtigte, dass diese Bestimmung auch auf bereits genehmigte Betriebsanlagen zur Anwendung kommt.

§ 360 Abs. 1a GewO 1994 ist klar formuliert und in systemkonformer Auslegung iZm § 78 Abs. 1 GewO 1994 ausschließlich auf Betriebsanlagen anzuwenden, die noch gar kein Genehmigungsverfahren durchlaufen haben (der entsprechende Genehmigungsantrag ist erst zu stellen - vgl. § 360 Abs. 1a Z 2 GewO 1994).

Die Auslegung des LVwG würde dazu führen, dass eine noch nicht rechtskräftig genehmigte Betriebsanlage nach Ablauf der Dreijahresfrist iSd § 78 Abs. 1 GewO 1994 zunächst ohne weitere Befristung weiterbetrieben werden darf, wodurch gewissermaßen ein „geduldeter Schwebezustand“ zunächst ohne zeitliche Begrenzung eintritt - ein Schwebezustand, welcher erst mit der Entscheidung durch die Rechtsmittelinstanz endet.

Der Gesetzgeber hat sich jedoch explizit für eine - max. - Dreijahresfrist entschieden, in der noch nicht rechtskräftig genehmigte Betriebsanlagen betrieben werden dürfen.

Auch wäre die behördliche Bestimmung einer Frist iSd § 360 Abs. 1a Z 2 GewO 1994 nicht möglich, da ein zweiter Genehmigungsantrag nicht gestellt werden muss.

Jedenfalls ist der in der Verfahrensordnung (§ 360 Abs. 1a Z 2 iVm Abs. 1 GewO 1994) von der Behörde zwingend zu formulierende Aufforderungsgegenstand

bei der vom LVwG erfolgten Auslegung nicht klar - ein Genehmigungsansuchen liegt ja bereits vor.

Schließlich stellt sich die Frage, inwiefern die Dreijahresfrist des § 78 Abs. 1 GewO 1994 überhaupt noch faktisch bedeutsam ist, wenn im Ergebnis ohnehin eine Duldung nach § 360 Abs. 1a GewO 1994 erfolgen wird.

Dieser Umstand kann nach ha. Auffassung auch nicht durch den Einwand entkräftet werden, dass § 78 Abs. 1 GewO 1994 ein Betriebsrecht, § 360 Abs. 1a GewO 1994 jedoch die Duldung eines an sich rechtswidrigen Zustandes vorsehe.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass § 78 Abs. 1 GewO 1994 und § 360 Abs. 1a GewO 1994 in einem systematischen Zusammenhang stehen, jedoch zwei Anwendungsfälle zum Gegenstand haben.

Die Bestimmung des § 360 Abs. 1a GewO 1994 ist nur auf noch nicht genehmigte Betriebsanlagen (ohne bereits gestelltes Genehmigungsansuchen) anzuwenden, nicht jedoch auf gewerbebehördlich genehmigte Betriebsanlagen nach Ablauf der Dreijahresfrist des § 78 Abs. 1 GewO 1994.

#### **Zu TOP 20.:**

Die von Niederösterreich vertretene Rechtsansicht wird geteilt.

Nach § 78 Abs. 1 GewO 1994 darf, kurz gesagt, eine Anlage bereits ab Zustellung des Genehmigungsbescheides betrieben werden, auch wenn noch ein Beschwerdeverfahren beim Landesverwaltungsgericht anhängig ist (siehe Ennöckl/Raschauer/Wessely, GewO, Anm. 9 zu § 78). Entfällt dieses Recht durch Zeitablauf, so liegt bei Weiterbetrieb ein Verstoß gegen § 366 Abs. 1 Z 2 oder Z 3 GewO 1994 vor. Unabhängig von der Einleitung eines Strafverfahrens hat die Behörde die im § 360 Abs. 1 GewO 1994 festgelegten Schritte zu setzen.

§ 360 Abs. 1 GewO 1994 wurde durch die Gewerbeordnungsnovelle BGBl. I Nr. 85/2012 um den § 360 Abs. 1a leg.cit. ergänzt, der den Ausführungen in der Regierungsvorlage 1800 dB XXIV.GP zufolge der Behörde die Möglichkeit geben soll, den Umstand zu berücksichtigen, dass im konkreten Einzelfall keine Gefährdung oder Beeinträchtigung der von § 74 Abs. 2 GewO 1994 geschützten Interessen auftritt, und die Behörde daher nicht verpflichtet, auch in Fällen, in denen eine Maßnahme gemäß

§ 360 Abs. 1 GewO 1994 die Existenz eines Betriebes gefährdet, solche Maßnahmen zu verfügen, selbst wenn damit keine Gefährdung verbunden ist.

Auf den ersten Blick scheint § 360 Abs. 1a GewO 1994 somit für den dargestellten Fall des Schicksals einer Anlage nach Ablauf der Frist gemäß § 78 Abs. 1 GewO 1994 geradezu prädestiniert zu sein. Auf den zweiten Blick zeigt sich aber, dass es bei der Einräumung einer Frist gemäß § 360 Abs. 1a GewO 1994 nicht nur auf die - auf einer Grobprüfung basierende - Bedenkenfreiheit der Behörde im Hinblick auf die Schutzinteressen des § 74 Abs. 2 GewO 1994 und die Vermeidung von Belastungen der Umwelt (§ 69a leg.cit.) ankommt, sondern dass ein Genehmigungsansuchen (§ 353 GewO 1994) eingebracht werden muss.

Wenn auch das Recht gemäß § 78 Abs. 1 GewO 1994 spätestens drei Jahre nach der Zustellung des Genehmigungsbescheides an den Genehmigungswerber endet, so ändert das nichts daran, dass nach wie vor ein - auf einem entsprechenden Antrag beruhendes - Verfahren läuft. § 360 Abs. 1a GewO 1994 würde also in diesem Fall darauf hinauslaufen, dass der Anlageninhaber dazu verhalten wird, ein weiteres Genehmigungsansuchen für dasselbe Anlagenprojekt vorzulegen. Eine solche Regelungsabsicht kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden.

## **21. (Steiermark) Veröffentlichung von IPPC-Bescheiden; Inhalt der Entscheidung**

Um Diskussion folgender Fragen wird gebeten:

1. Welche konkreten Daten sind iSd Auslegung des Art 24 Abs. 2 IE-RL zu veröffentlichen? Ist auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie auf personenbezogene Daten Rücksicht zu nehmen? Wenn ja, in welcher Form, zumal § 77a Abs. 7 GewO 1994 lediglich vorsieht, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse „zu wahren sind“?
2. Wie ist die in § 77a Abs. 7 GewO 1994 enthaltene Wortfolge „Inhalt der Entscheidung“ auszulegen?

Im Sinne der Verfahrensökonomie und Schonung der Verwaltungsressourcen wird um Erörterung ersucht, ob Bescheide uneingeschränkt hochgeladen werden können, wo-

rauf die Regelung aus Sicht der Steiermark hindeutet, oder ob auf Grund des Datenschutzes und der Wahrung von (allenfalls besonders schutzwürdigen?) Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen Schwärzungen vorzunehmen sind. Dies insbesondere auch in Hinblick auf die Tatsache, dass Bescheide ohnehin 6 Wochen gemäß § 77a Abs. 7 GewO 1994 uneingeschränkt öffentlich aufzulegen sind.

#### **Zu TOP 21.:**

Anknüpfend an die Erlässe vom 23. März 2020, Zl. 2020-0.178.119, und vom 7. August 2020, Zl. 2020-0.504.196, sowie die (unter einem behandelten) TOP's 23 und 24 der Gewerbereferententagung 2018 sowie TOP 10 der Gewerbereferententagung 2023 wird zunächst neuerlich darauf aufmerksam gemacht, dass die Kommission höchsten Wert auf einen unkomplizierten Internet-Zugang zu IPPC - Bescheiden legt; aus den veröffentlichten Dokumenten muss die Konformität mit dem Industrieemissionsrecht nachvollziehbar sein.

Die Kommission nimmt dabei keine Rücksicht auf die Rechtssysteme und die jeweiligen Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten vor der IE-R bzw. abseits des IE-R - Systems. Im Idealfall schwebt der Kommission ein jeweils aktueller „einheitlicher IPPC-Bescheid“ vor. Das zeigt sich auch in der Richtlinienänderung 2024/1785, die bis 1. Juli 2026 umzusetzen sein wird: in Art. 24 Abs. 2 lit. a werden die Veröffentlichungspflichten ua um „gegebenenfalls einschließlich konsolidierter Genehmigungsaufgaben“ erweitert.

Was die Wortfolge „Inhalt der Entscheidung“ (Art. 24 Abs. 2 lit. b IE-R, § 77a Abs. 7 letzter Satz GewO 1994) betrifft, so wird Art. 24 Abs. 2 IE-R in der mit Gründen versehenen Stellungnahme im laufenden Vertragsverletzungsverfahren „lediglich“ in Zusammenhang mit Forderung nach der Zugänglichmachung im Internet thematisiert. Hier hält die Kommission fest, dass die Informationen in Bezug auf den Inhalt der Entscheidung, der Entscheidungsgründe und die Gewährung von Ausnahmen selbst über das Internet zugänglich zu machen sind und nicht nur Informationen über die Zugangsmodalitäten zur Papierfassung der betreffenden Dokumente.

Die Umsetzung des Art. 24 Abs. 2 IE-R beispielsweise im AWG 2002 wird in der mit Gründen versehenen Stellungnahme nicht bemängelt. Insofern spricht nichts dagegen, weiterhin die Ausführungen im Protokoll der Gewerbereferententagung 2018 heranzuziehen, wonach jedenfalls Spruch, Begründung, die Angabe, welches BVT-

Merkblatt bzw. welche BVT-Merkblätter für die jeweilige Anlage maßgeblich sind, sowie allfällige Festlegungen weniger strenger Emissionsgrenzwerte iSd § 77a Abs. 3 GewO 1994 der Öffentlichkeit im Internet zugänglich sein müssen. Wichtig ist ua, dass die einzuhaltenden Emissionsgrenzwerte (leicht) erkennbar sind, da dies aus europäischer Sichtweise geboten ist.

Es bleibt der jeweiligen Behörde unbenommen, gesamte Bescheide mit IE-R - Relevanz hochzuladen. Im Hinblick auf die leichtere Nachvollziehbarkeit für die Kommission und andere Interessierte empfiehlt es sich aber, den Bescheid so zu gliedern, dass die Teile mit IE-R - Belang leicht aufzufinden sind und gegebenenfalls auch gesondert von den anderen Bescheidbestandteilen veröffentlicht werden können.

Weder die IE-R noch die GewO 1994 entbinden von der Verpflichtung zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen oder von der Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben. Das bedeutet, dass die zur Veröffentlichung vorgesehenen Informationen zunächst durchzusehen und die erforderlichen Vorkehrungen (etwa die Vornahme von Schwärzungen) zu treffen sind. Mit einer Bescheidgliederung könnten allfällige Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse oder datenschutzrechtliche Erfordernisse im Hinblick auf die IE-R - Veröffentlichungspflicht von vornherein berücksichtigt werden.

Abschließend wird darauf hingewiesen, dass die Richtlinienänderung 2024/1785 ausdrücklich vorsieht, dass die Veröffentlichungen systematisch, kostenlos und ohne Einschränkung des Zugangs auf angemeldete Benutzer über das Internet auf einer leicht auffindbaren Website zugänglich gemacht werden müssen.

Wie das BMK den Ämtern der Landesregierungen im April 2024 mitgeteilt hat, steht mit IPPC Austria ([ippc.gv.at](http://ippc.gv.at)) nun eine digitale Plattform zur Verfügung, aus der Informationen über IPPC-Anlagen in Österreich zentral dargestellt werden. Dort können auch Bescheide, die der Veröffentlichungspflicht unterliegen, einsehbar gemacht werden. Es wird empfohlen, diese Plattform zu nutzen.

## **22. (BMAW) Wasserrechtliche Mitteilungspflichten der gewerbe- rechtlichen Genehmigungsbehörde an die oberste Wasserrechts- behörde**

Gemäß § 33b Abs. 10 WRG darf, wenn im Einzelfall auf Grund besonderer Umstände mit wirtschaftlich zumutbarem Aufwand das Einhalten von nach Abs. 3 verordneten Emissionswerten technisch nicht möglich ist, eine Bewilligung der Abwassereinleitung mit weniger strengen Regelungen dann erteilt werden, wenn

- a) das öffentliche Interesse an der die Einleitung erfordernden Maßnahme jenes an der Gewässerreinigung überwiegt, oder wenn
- b) die Überschreitung der Emissionswerte im Hinblick auf die gegebenen wasserwirtschaftlichen Verhältnisse vorübergehend hingenommen werden kann.

Diesbezüglich regelt § 33b Abs. 10 WRG ausdrücklich, dass der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Regionen und Wasserwirtschaft die Möglichkeit zur Erhebung einer Amtsbeschwerde gemäß § 116 WRG hat.

Die Möglichkeit, dass eine Bewilligung im Sinne dieser Bestimmung erteilt wird, besteht auch im konzentrierten Betriebsanlagengenehmigungsverfahren gemäß § 356b GewO 1994; diesbezüglich hätte der BMLFRW aber dann auch die Möglichkeit der Amtsbeschwerde.

Der Erfahrungsaustausch hat ergeben, dass solche Fälle im konzentrierten Genehmigungsverfahren zwar selten vorkommen, die Ämter der Landesregierungen werden jedoch den Bezirksverwaltungsbehörden im Bereich des Gewerberechtsvollzugs diese Übermittlungspflicht ins Bewusstsein rufen.

### **Zu TOP 22.:**

zu 1):

§ 21 Abs. 5 GewO 1994 regelt ausdrücklich, dass die Eintragung auf Verlangen vorzunehmen ist. Es handelt sich daher um einen antragsbedürftigen Behördenakt. Eintragungen des Meistertitels ohne (oder womöglich sogar gegen) Willenserklärung der betreffenden Person sind von der Behörde daher nicht durchzuführen.

zu 2):



Es kommt darauf an, ob die Meisterprüfungsstelle die Ablegung der Meisterprüfung als vollständig erfolgreich bestanden anerkennt; in diesem Fall wird dann auch ein Prüfungszeugnis ausgestellt. Wenn die Meisterprüfungsstelle für das erfolgreiche Ablegen einzelne Module nachsieht (bzw. andere Ausbildungen dafür anerkennt), dann ändert dies nichts daran, dass die Meisterprüfung vollständig absolviert worden ist.

Es kommt also in der Praxis darauf an, dass die betreffende Person ein Meisterprüfungszeugnis für die gesamte Prüfung vorlegen kann.

zu 3):

Dieser Sichtweise wird zugestimmt. Auf Grundlage der Baumeisterprüfung kann der Meistertitel gemäß § 21 Abs. 5 GewO 1994 in der aktuell geltenden Rechtslage nicht eingetragen werden.

In diesem Zusammenhang wird auch auf § 99 Abs. 5 GewO 1994 hingewiesen, wonach die Bezeichnung „Baumeister“ jenen Gewerbetreibenden vorbehalten ist, deren Gewerbeberechtigung das Recht zur umfassenden Planung beinhaltet. Daran hat auch § 22 Abs. 3 GewO 1994 betreffend die Einführung des Zusatzes „staatlich geprüft“ bei erfolgreicher Ablegung einer Befähigungsprüfung nichts geändert, da man zunächst grundsätzlich berechtigt sein muss, die Bezeichnung „Baumeister“ zu führen, ehe man berechtigt sein kann, diese Bezeichnung mit dem Zusatz „staatlich geprüft“ zu führen.

Personen, welche die Voraussetzungen des § 99 Abs. 5 GewO 1994 zur Führung der Bezeichnung „Baumeister“ nicht erfüllen, können somit nicht im Umweg des § 22 Abs. 3 GewO 1994 die Bezeichnung als „staatlich geprüfter Baumeister“ in Anspruch nehmen.

## IV. Verwaltungsverfahren und Gewerbeausübung durch Ausländer

### 23. (BMAW) Organisation der Vollziehung der gewerberechtlichen Bestimmungen zur Vermeidung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Die Erfüllung der Voraussetzungen der Anforderungen der FATF sind für das BMAW von allerhöchster Wichtigkeit, sodass alles darangesetzt wird, diesen Anforderungen zu entsprechen. Das Thema wurde zur höchsten Priorität erklärt und soll daher nun auch noch im Rahmen der Gewerbereferententagung zwischen den Vertretern der Länder und des Bundes neuerlich aktuell besprochen werden:

Wesentliche Schwerpunkte sind:

1. Zentralisierung
2. Aktionsplan
3. Handbuch

#### 1. Zentralisierung

Die im Zuge des Projektes mit dem Europarat (TSI = technical support instrument) und der EU - Kommission angestellten Analysen (Analysebericht) weisen darauf hin, dass die in Österreich vorherrschende Struktur mit vielfältigen Zuständigkeiten für Beurteilungen des Gesamtsystems eher ungünstig sind. Eine solche Struktur weist auch das Gewerbe auf, da hier in mittelbarer Bundesverwaltung vollzogen wird und damit naturgemäß uneinheitliche Lösungen und Gestaltungen auftreten. In der Außensicht dürften die daraus resultierenden verschiedenartigen Vorgehensweisen dazu führen, dass der Eindruck entsteht, dass keine optimale Vorgehensweise vorhanden ist und wohl auch, dass durch die verschiedenen Vorgehensweisen auch die Risikoeinschätzungen der Behörden unterschiedlich sind (vgl. Dashboard, uneinheitliche Erhebungsweisen führen zu unrichtiger Darstellung des Gesamtergebnisses). Um diesen Effekt zu vermeiden ist eine „**Zentralisierung**“ anzustreben.

Nun wurde schon seit längerem angeregt, Lösungen mit sog. Kompetenzzentren zu überlegen. Praktisch heißt das, dass in den jeweiligen Bundesländern eine der Bezirksverwaltungsbehörden gesammelt die Agenda der Geldwäsche/Terrorismusfinanzierungsbekämpfung übernimmt. Der Vorteil daran liegt in einer leichteren Gewährleistung von größerer inhaltlicher Know-How-Tiefe sowie wohl erleichterte Kommunikation und Koordination durch kürzere Wege. Natürlich kommt es auch hier auf die Gewährleistung einer adäquaten Personalausstattung an.

Erste Beispiele dafür gab es und gibt es in NÖ, OÖ (Perg), sowie Steiermark (Mürzzuschlag) und Vorarlberg. Ähnliche Vorgehensweisen planen soweit bekannt Salzburg sowie das Burgenland (BH Oberwart). Erfahrungsberichte sind sehr positiv und auch in der Außenwelt wurde eine solche Gestaltung positiv aufgenommen (Europarat).

Aus Sicht des BMAW und sicherlich auch der im Rahmen des TSI hinzugezogenen Experten wären die genannten Beispiele jedenfalls als Best Practice anzusehen und deren allgemeine Anwendung sehr wünschenswert.

## 2. Aktionsplan:

Im Zuge des TSI ist auch ein wesentlicher Punkt die Erstellung eines Aktionsplanes, der inhaltlich und zeitlich geeignete Maßnahmen darstellt, um die in der ersten Phase festgestellten Defizite des gewerblichen Systems zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung systematisch und längerfristig zu verbessern. In mehreren Terminen wurde ein umfangreiches Dokument ausgearbeitet, das in der Folge abgearbeitet werden muss.

Die Notwendigkeit hierzu ergibt sich einerseits aus der unbedingten Erforderlichkeit wesentliche Systemverbesserungen auch dauerhaft zu erzielen, ein Aspekt, dem insgesamt auch beim weiteren Vorgehen wesentliche Aufmerksamkeit zukommen muss und insbesondere auch deshalb, weil Österreich bei seinen Maßnahmen sicherlich auch international Aufmerksamkeit finden dürfte. Sollten also Initiativen nicht erfolgreich verwirklicht werden können, wäre das mit einem kaum wieder zu behebbenden internationalen Imageschaden verbunden.

Umso wesentlicher ist es, dass von Seiten aller Beteiligten alles darangesetzt wird, die im Aktionsplan angelegten Maßnahmen tatsächlich zu verwirklichen und das möglichst auch innerhalb der dafür vorgesehenen Zeitfristen.

Der Aktionsplan enthält mehrere inhaltliche Schwerpunkte:

- Finanzierung des Planes
- Anwendung des risikobasierten Ansatzes
- Rolle der Wirtschaftskammern
- Nutzung des Dashboards
- Aufsichtstätigkeiten
- Fähigkeiten und Möglichkeiten zur Aufsicht auf Seiten der Behörden
- Kooperation

### 3. Handbuch:

Output 6 des TSI - Projektes ist auch die Erstellung eines Handbuchs für die Behörden. Dieses dient der Vereinheitlichung des Vorgehens, der Orientierung der Mitarbeiter, der Qualitätssicherung sowie auch zur Sicherung des behördlichen Know-How bezüglich geeigneter Vorgehensweisen, um auf diese Weise Informationen für die Einschulung neuer Mitarbeiter bereit zu haben und entsprechend auf Fluktuationen reagieren zu können.

Das Handbuch wird grundsätzlich durch das Sekretariat des Europarates erstellt werden, benötigt aber den entsprechenden Input aus der behördlichen Praxis, um eine realistische Hilfe im Vollzug darstellen zu können. Das Handbuch findet sich damit in einer Reihe von wesentlichen Informationsmaterialien und Grundlagen, zusammen mit der Prüfstrategie, den von den Behörden im Einzelnen zu erstellenden Prüfplänen sowie den noch zu finalisierenden Checklisten. Der Zeitrahmen für die Erstellung ist in den Monaten 10 bis 16 des Projektes vorgesehen, somit von Juli 2024 bis Dezember 2024, wobei soweit bekannt wurde, die Arbeiten durch den Europarat bereits begonnen wurden, allerdings wohl unter Nutzung eines flexiblen Projektverständnisses insgesamt sicherlich sich noch bis ins Jahr 2025 erstrecken werden.

## **24. (Oberösterreich) Ruhendmeldungen**

Die Bezirksverwaltungsbehörden werden seit 2023 von der WKOÖ nicht mehr über das Ruhen und die Wiederaufnahme von Gewerbeausübungen informiert.

Das führt in der Praxis nicht nur zu einem erheblichen Mehraufwand für die Behörden um an die erforderlichen Informationen zu gelangen, sondern wird dadurch auch die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben nahezu verunmöglicht.

Beispiel:

Die Gewerbeausübung eines sensiblen Gewerbes wird ruhend gemeldet. Während des Ruhens der Gewerbeausübung scheidet der gewerbliche Geschäftsführer aus. In der Folge wird die Gewerbeausübung – ohne gewerberechtigten Geschäftsführer - wiederaufgenommen. Die Behörde wird darüber nicht informiert.

Die Nichtkenntnis über das Ruhen erschwert auch die Erstellung von Überprüfplänen zur Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, sowie die Ahndung von Verstößen gegen die Anzeigepflicht.

Um Erfahrungsaustausch wird ersucht.

**Zu TOP 24.:**

Aus Sicht des BMAW ist dieser Datentransfer sowohl zulässig als auch zur Gewährleistung des Vollzuges der Bestimmungen betreffend die Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung geboten.

## **25. (Tirol) Zuständigkeit in Nichtigerklärungs-Verfahren gem. § 363 Gewerbeordnung 1994 nach Standortverlegung in ein anderes Bundesland**

Der Anfrage liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Im Zuge eines Gewerbeanmeldungsverfahrens erfolgt durch die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde eine Eintragung des angemeldeten Gewerbes im GISA. In weiterer Folge wird der Gewerbebestandort mittels Anzeige in ein anderes Bundesland verlegt. Nach erfolgter Durchführung der GISA-Eintragung dieser Standortverlegung durch die für den neuen Standort zuständige Bezirksverwaltungsbehörde kommen Nichtigerklärungsgründe gemäß § 363 Abs. 4 Gewerbeordnung 1994 hervor.

Es stellt sich nunmehr die Frage welcher Landeshauptmann für die Durchführung dieses Nichtigerklärungs-Verfahrens zuständig ist (der Landeshauptmann dessen Bezirks-

verwaltungsbehörde die Gewerbeanmeldung im GISA eingetragen hat oder jener Landeshauptmann in dessen Hoheitsgebiet sich nun der Sitz des Unternehmens befindet)?

Gemäß § 3 Z 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 richtet sich die örtliche Zuständigkeit in Sachen die sich auf den Betrieb eines Unternehmens oder einer sonstigen dauernden Tätigkeit beziehen nach dem Ort an dem das Unternehmen betrieben oder die Tätigkeit ausgeübt wird.

Um Diskussion und Mitteilung der dortigen Rechtsmeinung darf gebeten werden.

### **Zu TOP 25.:**

§ 363 Abs. 1 GewO 1994 normiert, dass die in den Z 1 bis 5 angeführten Fehler mit Nichtigkeit gemäß § 68 Abs. 4 AVG bedroht sind. Die sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde kann gemäß § 68 Abs. 4 AVG Bescheide von Amts wegen in Ausübung des Aufsichtsrechtes als nichtig erklären.

Die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde ist in jedem Fall die Berufungsbehörde (nicht das VwG), darüber hinaus auch jede sonstige Behörde, die - im Fall des Ausschlusses einer Berufung - durch Ausübung des Weisungs- oder auch Aufsichtsrechtes (Fach- oder Dienstaufsicht) den Inhalt der Entscheidung hätte bestimmen können.

Sachlich in Betracht kommende Oberbehörde einer Bezirksverwaltungsbehörde, die gemäß § 333 GewO 1994 grundsätzlich für die Führung der Gewerbeverfahren zuständig ist, ist der Landeshauptmann (Gruber/Paliego-Barfuß, GewO7 § 363 Rz. 19).

Auch wenn kein Bescheid vorliegt (Eintragung ins GISA bzw. Standortverlegung) kann die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde gemäß § 363 Abs. 4 GewO 1994 in Ausübung des Aufsichtsrechtes die Löschung einer Eintragung verfügen, wenn die Voraussetzungen des Abs. 4 Z 1 und Z 2 erfüllt sind.

In Ausübung des Aufsichtsrechtes bedeutet, dass zB. der Landeshauptmann als sachlich zuständige Oberbehörde nur Bescheide (oder Eintragungen ins GISA bzw. Standortverlegungen) der ihm untergeordneten Behörden für nichtig erklären kann.

Kommt es zu einem Wechsel der örtlichen Zuständigkeit für ein Gewerbe aufgrund einer Standortverlegung von Bundesland A in Bundesland B, so kann dies daher nicht dazu führen, dass der Landeshauptmann von B als sachlich zuständige Oberbehörde der nun zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde den Bescheid oder die Eintragung ins GISA der vormals zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde des Bundeslandes A für nichtig erklärt.

Vielmehr kann nach Ansicht der Gewerberechtsabteilung in diesem Fall nur die sachlich zuständige Oberbehörde der ehemals zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde im Bundesland A den fehlerhaften Rechtsakt für nichtig erklären, wenngleich nun die Zuständigkeit einer anderen Bezirksverwaltungsbehörde gegeben ist. Die Ermächtigung zur amtswegigen Nichtigerklärung verbleibt bei der sachlich zuständigen Oberbehörde jener Behörde, welche den Bescheid erlassen hat, unabhängig von der momentanen Zuständigkeit.

## **26. (Wien) Nachsichterteilung vom Ausschluss der Ausübung des Gastgewerbes**

In der Praxis wurde festgestellt, dass in der Vollziehung der Bundesländer eine unterschiedliche Vorgehensweise bei der Handhabung der Erteilung der Nachsicht vom Gewerbeausschluss betreffend das Gastgewerbe herrscht. Insbesondere hat sich die Frage gestellt, ob auch bei einem Antrag auf Nachsicht vom Gewerbeausschluss gemäß §§ 26 und 27 GewO 1994 für das Gastgewerbe bereits eine bestimmte Betriebsart angegeben werden muss bzw. ob die Erteilung einer Nachsicht vom Gewerbeausschluss für das Gastgewerbe in einer bestimmten Betriebsart (z.B. die Betriebsart Restaurant) auch für Gastgewerbe in anderen Betriebsarten (z.B. die Betriebsart Bar) gilt.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Frage, ob Nachsichtsvoraussetzungen vorliegen, in Bezug auf die vom Nachsichtswerber beabsichtigte Gewerbeausübung zu prüfen, da nur dann der nach dem Inhalt der Bestimmung erforderliche konkrete Sachverhaltsbezug hergestellt ist (vgl. VwGH 28.01.1993, 92/04/0207).

Gemäß § 111 Abs. 5 GewO 1994 ist bei der Gewerbeanmeldung eines Gastgewerbes die Betriebsart zu bezeichnen, in der das Gastgewerbe ausgeübt werden soll.

Gemäß § 26 Abs. 1 GewO 1994 hat die Behörde im Falle des Ausschlusses von der Gewerbeausübung aufgrund einer gerichtlichen Verurteilung die Nachsicht von diesem Ausschluss zu erteilen, wenn nach der Eigenart der strafbaren Handlung und nach der Persönlichkeit des Verurteilten die Begehung der gleichen oder einer ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes nicht zu befürchten ist.

Gemäß § 26 Abs. 2 GewO 1994 hat die Behörde im Falle des Ausschlusses von der Gewerbeausübung auf Grund der Nichteröffnung oder Aufhebung eines Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens die Nachsicht von diesem Ausschluss zu erteilen, wenn auf Grund der nunmehrigen wirtschaftlichen Lage des Rechtsträgers erwartet werden kann, dass er den mit der Gewerbeausübung verbundenen Zahlungspflichten nachkommen wird.

Nach Ansicht des Amtes der Wiener Landesregierung können die Nachsichtsvoraussetzungen sowohl im Falle des Gewerbeausschlussgrundes der gerichtlichen Verurteilung, als auch bei Vorliegen des Gewerbeausschlussgrundes der Nichteröffnung bzw. Aufhebung eines Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens abhängig von der Betriebsart des Gastgewerbes unterschiedlich beurteilt werden.

Wenngleich dies in der Praxis häufig nicht der Fall sein wird, könnte etwa die Prognosebeurteilung im Falle einer Verurteilung aufgrund eines Suchtmitteldelikttes unterschiedlich ausfallen, je nachdem, ob die Nachsicht für das Gastgewerbe in der Betriebsart Bar oder etwa in der Betriebsart Imbissstand beantragt wird, weil die Gefahr der Begehung der gleichen oder einer ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes im ersten Fall höher eingeschätzt werden könnte. Noch naheliegender erscheint eine unterschiedliche Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der antragstellenden Person nach einer rechtskräftigen Nichteröffnung bzw. Aufhebung eines Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens. Die Frage, ob die antragstellende Person den mit der Gewerbeausübung verbundenen Zahlungspflichten nachkommen wird, könnte nämlich unterschiedlich zu beurteilen sein, je nachdem, ob etwa das Gastgewerbe in der Betriebsart Lieferküche oder in der Betriebsart Hotel ausgeübt werden soll.

Das Amt der Wiener Landesregierung vertritt vor diesem Hintergrund die Auffassung, dass die Gewährung der Nachsicht für das Gastgewerbe in einer bestimmten Betriebsart nicht ohne weiteres auch für die Ausübung eines Gastgewerbes in allen anderen Betriebsarten gelten kann.



Da aus diesem Grund in der Praxis aber häufig mehrere Anträge für unterschiedliche Betriebsarten eingebracht werden, stellt sich weiters die Frage, ob eine Antragstellung für das Gastgewerbe, ohne Angabe einer bestimmten Betriebsart, zulässig ist.

*Gruber/Pallege-Barfuß* führen dazu aus, dass bei Erteilung von Nachsichten gemäß §§ 26 und 27 GewO 1994 davon ausgegangen werden muss, dass die Frage, ob die Nachsichtsvoraussetzungen vorliegen, nicht unabhängig davon beurteilt werden kann, welches Gewerbe der Nachsichtswerber auszuüben beabsichtigt. Es wird daher in der Regel die Nachsicht vom Ausschluss von der Gewerbeausübung nur für die Erlangung einer bestimmten Gewerbeberechtigung erteilt werden können. Es ist aber auch denkbar, dass die Behörde in bestimmten Einzelfällen zu dem Schluss kommt, dass die Nachsichtsvoraussetzungen schlechthin, das heißt nicht nur in Beziehung auf bestimmte Gewerbe, gegeben sind (vgl. *Gruber/Pallege-Barfuß*, GewO<sup>7</sup> Vorbemerkungen zu Abschnitt 5 Anm. 9).

Die rechtliche Relevanz der Betriebsart besteht darin, dass aus ihr der Berechtigungsumfang iSd § 111 Abs. 1 GewO 1994 und insbesondere die Sperrstunde abzuleiten sind (vgl. *Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher*, GewO<sup>4</sup> (2020) zu § 111 GewO 1994 Rz 44). Dass im Zuge eines Antrages auf Nachsicht bereits die Betriebsart des Gastgewerbes angegeben werden muss, ergibt sich aber weder aus der Gewerbeordnung, noch erscheint diese Angabe für die Durchführung des Nachsichtsverfahrens zwingend erforderlich.

Wird ein Antrag auf Nachsicht vom Gewerbeausschluss für das Gewerbe „Gastgewerbe“ ohne nähere Bezeichnung der Betriebsart gestellt, könnten die Voraussetzungen für die Gewährung der Nachsicht im Hinblick auf alle potentiellen Betriebsarten geprüft werden. Wenn die Voraussetzungen für jene Betriebsart erfüllt sind, von der die größte Gefahr der Begehung der gleichen oder einer ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes ausginge bzw. mit der die höchsten potentiellen Zahlungsverpflichtungen verbunden wären, könnte die Nachsicht für das Gastgewerbe in seiner Gesamtheit, ohne nähere Einschränkung auf eine bestimmte Betriebsart, erteilt werden.

In diesem Fall hätten Personen, die die Voraussetzungen für die Erteilung einer Nachsicht für alle denkbaren Betriebsarten schlechthin erfüllen, die Möglichkeit, mit nur einem Antrag die Gewährung der Nachsicht zu erlangen. Personen, die die Voraussetzungen eventuell nur im Hinblick auf eine oder mehrere Betriebsarten erfüllen, bliebe

es hingegen unbenommen, einen Antrag auf Nachsicht mit einer entsprechenden Einschränkung zu stellen.

Da eine bundesweit einheitliche Vorgehensweise für sinnvoll erachtet wird, wird das Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft um Darlegung seiner Rechtsansicht bzw. um Mitteilung gebeten, ob die Rechtsansicht des Amtes der Wiener Landesregierung geteilt wird.

**Zu TOP 26:**

Es wird die Rechtsansicht des Amtes der Wiener Landesregierung geteilt, dass die Gewährung der Nachsicht für das Gastgewerbe in einer bestimmten Betriebsart nicht ohne weiteres auch für die Ausübung eines Gastgewerbes in allen anderen Betriebsarten gelten kann.

Zur Frage, ob eine Antragstellung für das Gastgewerbe ohne Angabe einer bestimmten Betriebsart zulässig ist:

Wenngleich in §§ 26f GewO 1994 nicht ausdrücklich festgelegt, ist aus dem Normzweck (ausschließliches Interesse des Nachsichtwerbers) unstrittig erkennbar, dass eine Nachsichtserteilung nur auf Antrag erfolgen darf. Es besteht keine Manuduktionspflicht der Behörde gemäß § 13a AVG. Aus dem Antrag des Nachsichtwerbers muss klar erkennbar sein, für welche Person, für welchen Zweck für welchen Ausschlussgrund der Antrag gestellt wurde.

Die Angabe der Betriebsart erfüllt die Anforderungen zweifelsohne. Der laut dem in der Frage zitierten VwGH-Erkenntnis erforderliche konkrete Sachverhaltsbezug in Bezug auf die beabsichtigte Gewerbeausübung kann jedoch auch ohne Angabe der Betriebsart gegeben sein. Je nach dem konkreten Lebenssachverhalt kann es für den Nachsichtswerber zweckmäßig sein, sein Ansuchen ohne Angabe einer oder mehrerer Betriebsarten zu stellen. Bei einem solchen Antrag sind dann die Voraussetzungen für die Gewährung der Nachsicht im Hinblick auf alle potentiellen Betriebsarten zu prüfen.

## **27. (Burgenland) Ausländischer Industriebetrieb – Niederlassung in Österreich in der Form eines Industriebetriebes**

Bei der Bundesgewerbereferententagung 1994 wurde zu Frage TOP 7 hinsichtlich eines Industrieunternehmens, welches seinen Unternehmenssitz in der Bundesrepublik Deutschland hat und keine in Österreich gelegene Betriebsstätte besitzt, in der das Gewerbe in der Form eines Industriebetriebes ausgeübt wird, ua ausgeführt, dass § 7 Abs. 4 GewO 1994 hierbei keine Anwendung findet, da diese Bestimmung (zumindest) eine in Österreich gelegene Betriebsstätte, in der ein Gewerbe in der Form eines Industriebetriebes ausgeübt wird, voraussetzt.

Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob die oben angeführte Rechtsmeinung weiterhin zur Anwendung gelangt oder ob diese Vorgehensweise eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit eines anderen Mitgliedstaates darstellt und somit einer unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechtes entgegensteht.

Es wird um Erfahrungsaustausch zur gegenständlichen Thematik und um Mitteilung der Rechtsansicht von Seiten des Bundesministeriums gebeten.

### **Zu TOP 27.:**

Im Falle der beabsichtigten Ausübung eines Gewerbes in Form eines Industriebetriebes gemäß § 7 GewO 1994 ist dies bei der Anmeldung des betreffenden Gewerbes anzugeben. Mit der Gewerbeordnung 1973 ist das für das Vorliegen eines fabrikmäßig betriebenen Unternehmens (nunmehr: „in Form eines Industriebetriebes“) erforderliche Merkmal der „geschlossenen Werkstätte“ weggefallen. Nunmehr genügt es, wenn die Betriebsstätten organisatorisch zusammenhängen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Gewerbebehörde bei der Prüfung des Vorliegens der von § 7 GewO 1994 normierten Kriterien für das Vorliegen der Ausübung eines Gewerbes in Form eines Industriebetriebes im Gewerbeanmeldungsverfahren auch Betriebsstätten eines Unternehmens, die sich im Ausland und somit außerhalb des Geltungsbereiches der Gewerbeordnung 1994 befinden, in ihre Prüfung miteinzubeziehen hätten. Die bei der GRT 1994 zu Top 7 vertretene Rechtsauffassung wird sohin aufrechterhalten.

## **28. (BMAW) Novelle BGI. I Nr. 130/2024, Ausblick auf GISA-Express**

Siehe Präsentation in der Beilage

## V. Sonstiges

### 29. (Kärnten) Tankstellen

Im Hinblick auf die zunehmende Tendenz, dass Handelsbetriebe an den Tankstellen expandieren wird um Erfahrungsaustausch ersucht. Die Rechtslage wurde bereits in der Bundesgewerbereferententagung 2010 unter TOP 40 erörtert.

Zu TOP 29:

Der Erfahrungsaustausch wurde durchgeführt. Die Ergebnisse der GRT 2010, TOP 40, sind unverändert relevant.

### 30. (Oberösterreich) Ausschank und Abgabe von Alkohol an Jugendliche; Ausweiskontrolle

Das in § 114 GewO 1994 normierte Verbot des Ausschanks und der Abgabe von Alkohol an Jugendliche“ richtet sich an alle Gewerbetreibende. (also auch an Handelsgewerbebetreibende). Darunter ist auch der Ausschank von alkoholischen Getränken durch Automaten an Jugendliche zu verstehen.

Die Gewerbetreibenden und die im Betrieb beschäftigten Personen müssen die Vorlage eines Lichtbildausweises der zum Nachweis des Alters geeignet ist, verlangen, um das Alter der Jugendlichen festzustellen.

Streng genommen wäre daher der Verkauf von alkoholischen Getränken ohne physische Anwesenheit einer Person, die das Alter durch Ausweiskontrolle kontrolliert, durch Gewerbetreibende faktisch nicht möglich.

Jedoch gibt es bereits Erkennungssysteme, die eine physische Anwesenheit ersetzen (können).

Der Betreiber eines solchen Systems müsste jedenfalls nachweisen, dass das System eine physische Anwesenheit ersetzen kann.

Gibt es bereits Erfahrungen mit solchen Systemen?

Was muss ein Betreiber eines solchen Systems nachweisen?

**Zu TOP 30.:**

Die Gewerbeordnung enthält für den Verkauf von alkoholischen Getränken besondere Anforderungen, wie das Alkohol außerhalb der Betriebsstätte nicht mittels Automaten verkauft werden darf (§ 52 Abs. 2 GewO 1994) und kein Verkauf von Alkohol an Jugendliche erfolgen darf, wenn diesen nach den landesrechtlichen Jugendschutzbestimmungen der Genuss von Alkohol verboten ist (§ 114 GewO 1994). Das gewerberechtliche Verbot des § 114 GewO 1994 knüpft damit an das jugendschutzrechtliche Alkoholgenussverbot an und erfordert eine Kontrolle des Alters der jugendlichen Personen. Gewerbetreibende und die im Betrieb beschäftigten Personen müssen die Vorlage eines amtlichen Lichtbildausweises oder einer speziellen Jugendkarte, die nach den jeweiligen landesrechtlichen Jugendschutzbestimmungen zum Nachweis des Alters geeignet ist, verlangen, um das Alter der Jugendlichen festzustellen.

Die Rechtslage in den Bundesländern ist bezüglich der für den Altersnachweis vorgesehenen Ausweise unterschiedlich, da abhängig vom Bundesland neben dem amtlichen Lichtbildausweis auch noch andere Nachweise akzeptiert werden. Das Salzburger Jugendgesetz ermöglicht etwa den Altersnachweis durch eine spezielle Jugendkarte mit Lichtbild. Gemeinsam ist allen in den Bundesländern für den Altersnachweis vorgesehenen Ausweisen, dass sie mit einem Lichtbild ausgestattet sind.

Daraus ist zu schließen, dass es bei der Kontrolle des Altersnachweises, der nach derzeitiger Rechtslage durch ganz bestimmte Ausweise erfolgen muss, nicht nur darauf ankommt, dass auf der jeweiligen Karte das Geburtsdatum oder Alter angegeben ist, sondern es ist auch die Feststellung relevant, dass es sich bei der Person, die den Ausweis vorweist, tatsächlich um darauf ausgewiesene Person handelt. Die bloße Abfrage eines Geburtsdatums oder des Alters auf einer Karte mittels technischer Vorkehrung ohne Bezugnahme auf die Person, die die Karte oder den Ausweis verwendet, reicht jedenfalls nicht aus.

Möglich wäre ein Altersnachweis mittels digitaler Ausweise, die die Voraussetzungen eines Elektronischen Identitätsnachweis (E-ID) gemäß § 2 Z 10 E-Government-Gesetz erfüllen, und die kontrollierende Person über die notwendigen technischen Voraussetzungen

zur Überprüfung der erforderlichen Daten verfügt (siehe auch § 11 Abs. 2 des Oö. Jugendschutzgesetz 2001).

Weiters ist darauf hinzuweisen, dass der Verwaltungsgerichtshof auch im Zusammenhang mit § 114 GewO 1994 die Notwendigkeit der Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems (bestehend aus mehreren Elementen wie präventiven Maßnahmen und Sanktions- und Überwachungsmaßnahmen) festgehalten hat; es müssen alle Maßnahmen getroffen und glaubhaft gemacht werden, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund erwarten lassen (siehe etwa VwGH 29.01.2018, Ra 2017/04/0144; VwGH 02.02.2021, Ro 2019/04/0007).

### **31. (Vorarlberg) Chatbot in gewerblichen Angelegenheiten; bestehende Erfahrungen; Diskussion über zukünftige Anwendungsgebiete**

In der Vergangenheit kommen in verschiedenen Bereichen – auch innerhalb der Verwaltung – immer häufiger sogenannte Chatbots zum Einsatz. Ein Chatbot ist ein technisches, textbasiertes Dialogsystem, mit welchem auf Grund vorprogrammierten Fragestellungen kommuniziert werden kann. An Hand dieser Möglichkeiten können – vor allem im Bereich der immer wieder auftretenden gleichen Fragen und Problemstellungen – ressourcenschonend Kundenanfragen beantwortet werden. Unseres Wissens nach ist beispielsweise bei der Stadt Wien 2021 ein Gewerbebot in Betrieb genommen worden.

Aus unserer Sicht wäre es interessant hier von Seiten der Stadt Wien entsprechende Einblicke über den Aufbau des Chatbots, die Funktionsweise sowie die bisherigen Erfahrungen und die Akzeptanz des Systems durch die Kunden zu erhalten.

In weiterer Folge wird um Diskussion ersucht, ob es allenfalls auf der Ebene des Bundesministeriums oder anderer Bundesländern Initiativen und Erfahrungen in diesem Bereich gibt. Auch möchten wir eine Diskussion anregen, ob allenfalls eine gemeinsame Strategie und Kooperation in diesem Bereich sinnvoll wäre.

## **Zu TOP 31:**

Im Rahmen des Erfahrungsaustausches hat das Land Wien den von der Wiener Gewerbeverwaltung betriebenen Chatbot präsentiert und berichtet, dass der Chatbot durchaus rege in Anspruch genommen wird. Andere Länder haben bislang noch keinen Chatbot in Betrieb, das Land Wien ist jedenfalls bereit, die Erfahrungen aus dem Wiener Projekt zu teilen, weist aber darauf hin, dass es sich dabei um ein aufwendiges Projekt handelt, für welches auch ständige Betreuungs- und Weiterentwicklungsressourcen eingeplant werden sollten.

## **32. Allfälliges**

### **32.1. Genehmigungsfreiheit E-Ladestationen, TOP 17 GRT 2016 und Erlass GZ.: 2021-0.118.512 vom 1.3.2021:**

Gegenstand des Erlasses waren E-Ladestationen nach dem Stand der Technik und der allgemeinen Verbreitung in den Jahren 2016 und 2021. Mittlerweile sind auch Ladestationen in Verkehr, die eine aktive Kühlung bedürfen („Schnellladestationen“). Solche aktive gekühlten Ladestationen sind nicht Gegenstand des Erlasses, sondern werden angesichts ihrer durch die aktive Kühlung bewirkte Eignung zur Erregung von Lärmbelästigung, vor allem im verbauten Wohngebiet, einer Einzelfallprüfung zu unterziehen sein.

### **32.2. Umfrage der Sichtweise betreffend Anbieten von Tätigkeiten im Internet, die in häuslicher Nebenbeschäftigung ausgeübt werden (sollen).**

Nach Ansicht des BMAW kommt es auf die Kriterien des § 2 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 an, die jedoch kein Kriterium darüber enthalten, wie die Anbahnung im Wirtschaftsverkehr gestaltet ist. Das Anbieten im Internet ist für sich genommen kein Anlass zur Feststellung, dass eine Tätigkeit nicht der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 unterliegen kann.

Die WKÖ-rp sieht dies ebenfalls so, hat aber um thematisierende Umfrage ersucht, wie dazu die Sichtweise in der Gewerbeverwaltung ist bzw. ob dies anders gesehen wird. Die Umfrage ergibt, dass diesbezüglich keine anderen Sichtweisen in den Gewerbeverwaltungen der Länder hervorgekommen sind.



### **32.3. Aufhebung des § 1 Abs. 1 Z 2 der Gastgewerbe-Verordnung**

Das Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft weist angesichts des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes vom 28.2.2024, V 362/2023, mit welchem § 1 Abs. 1 Z 2 der Gastgewerbe-Verordnung aufgehoben worden ist, darauf hin, dass damit angesichts des § 1 Abs. 1 Z 3, wonach die fachliche Qualifikation auch durch Zeugnis über den erfolgreichen Abschluss eines Fachhochschul-Studienganges, dessen schwerpunktmäßige Ausbildung im Bereich des Tourismus liegt, nachgewiesen werden, eine Lücke entstanden ist. In der nach wie vor geltenden Z 3 sind lediglich die Fachhochschulen geregelt worden, da die Universitätsabschlüsse von Studien, deren schwerpunktmäßige Ausbildung im Bereich des Tourismus liegt, von der allgemeinen Regelung der durch das Erkenntnis aufgehobenen allgemeinen Universitätsabschlussregelung mitumfasst waren.

Diese Lücke ist durch einen Größenschluss zu schließen; wenn schon Fachhochschul-Studiengänge, deren schwerpunktmäßige Ausbildung im Bereich des Tourismus liegt, die fachliche Qualifikation nachzuweisen geeignet sind, dann muss dies umso mehr für universitäre Studiengänge und Abschlüsse gelten, deren schwerpunktmäßige Ausbildung im Bereich des Tourismus liegt..

**Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft**

Stubenring 1, 1010 Wien

+43 1 711 00-805609

[gewerbe@bmaw.gv.at](mailto:gewerbe@bmaw.gv.at)

[bmaw.gv.at](http://bmaw.gv.at)