

**Festschrift für  
Bernhard Raschauer  
zum 65. Geburtstag**

Sonderdruck

herausgegeben von  
*Daniel Ennöckl, Nicolas Raschauer, Eva Schulev-Steindl  
und Wolfgang Wessely*

2013

ISBN 978-3-902638-95-3

 Jan Sramek Verlag



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren .....	XIII
WALTER BARFUSS	
Wettbewerbspolitik – quo vadis? .....	1
GERHARD BAUMGARTNER	
Öffentlich-rechtliche Aspekte der Unternehmensnachfolge .....	11
WILHELM BERGTHALER	
»Urban Mining« und stoffliche Verwertung – ... und Bernhard Raschauer hat doch Recht! .....	37
WALTER BERKA	
Zur Governance autonomer öffentlicher Institutionen: das Beispiel des öffentlich-rechtlichen Rundfunks .....	49
HARALD EBERHARD	
Handlungsformen und Rechtsstaat .....	65
DANIEL ENNÖCKL	
Was kommt nach der Datenschutzkommission? .....	89
ANNA GAMPER	
Das »Gute« in der Verwaltung – und außerhalb? .....	99

CHRISTOPH GRABENWARTER	
Der Brenner-Tunnel, der Verwaltungsgerichtshof und Artikel 6 EMRK .....	117
MICHAEL GRUBER	
Whistleblowing im Kapitalmarktrecht .....	131
KLAUS HARTMANN	
Koordination und innere Führung in den Bundesministerien .....	143
ANDREAS HAUER	
Der ESM-Vertrag auf dem Prüfstand .....	155
MICHAEL HOLOUBEK	
Handlungsformen, Legalitätsprinzip und Verwaltungsgerichtsbarkeit .....	181
ARNO KAHL	
»Daseinsvorsorge« als Rechtsbegriff? .....	197
FERDINAND KERSCHNER	
Zur Altlastenhaftung des Liegenschaftseigentümers .....	223
BENJAMIN KNEIHS	
Verfahrensvereinfachung und Konzentration im AWG – eine verfassungswidrige Kombination .....	235
CHRISTIAN KOPETZKI	
Das Versandhandelsverbot für »Heilbehelfe« gem § 50 Abs 2 GewO .....	249
HEINZ KREJCI	
Gesetz- und sittenwidrige Vertragsbestimmungen und das öffentlichrechtliche Vergabeverfahren .....	275
DAVID LEEB	
Rechtskraft (Verbindlichkeit) von Bewilligungen samt Nebenbestimmungen bei Änderung der Rechtslage .....	295

BARBARA LEITL-STAUDINGER	
Energieregulierung nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 – Auswirkungen auf Organisation und Rechtsschutz .....	313
PETER LEWISCH	
Aktuelle Fragen des Wirtschaftsstrafrechts im Spannungsfeld von Untreue und Korruption .....	335
GEORG LIENBACHER	
Agrarrecht und die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz .....	351
GERHARD LUF	
Anmerkungen zum Verhältnis von Menschenrechten und Demokratie .....	369
FRANZ MERLI	
Private Vorgaben für den Staat: Akkreditierung nach technischen Normen und Verbandsregeln .....	383
THEO ÖHLINGER/CHRISTOPH KONRATH	
Die neue Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union .....	399
KATHARINA PABEL	
Das Wahlrecht von Auslandsösterreichern .....	421
MAGDALENA PÖSCHL	
Wie erwirbt man subjektive öffentliche Rechte? .....	439
MICHAEL POTACS	
Widersprüche zwischen Bescheiden .....	457
NICOLAS RASCHAUER	
Vom Umweltsenat zum Bundesverwaltungsgericht .....	469
GERO SCHMIED	
Der Tatbestand der Marktmanipulation in der Judikatur des Unabhängigen Verwaltungssenats Wien .....	491

WALTER SCHRAMMEL	
Die Sozialpartner als Normsetzer .....	511
EVA SCHULEV-STEINDL	
Instrumente des Umweltrechts – Wirksamkeit und Grenzen .....	527
KARL STÖGER	
Höhlenforschung, Naturschutz und Privateigentum .....	553
STEFAN STORR	
Energy-Governance .....	575
RUDOLF THIENEL	
Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur GewO 1994 .....	597
MATHIAS VOGL	
Die Sicherheitsbehörden-Neustrukturierung .....	627
KARL WEBER	
Ausbau der alpinen Wasserkraft – neue Herausforderungen, neue Wege .....	653
WOLFGANG WESSELY	
Terra incognita – Die Umweltbeschwerde .....	671
EWALD WIEDERIN	
Öffentliche Interessen im Berufungsverfahren nach dem AVG .....	687
BERND WIESER	
Zur staatsrechtlichen Verantwortlichkeit des Vertreters des Bundespräsidenten .....	711
Curriculum Vitae von Bernhard Raschauer .....	729
Schriftenverzeichnis von Bernhard Raschauer .....	731







# Wie erwirbt man subjektive öffentliche Rechte?\*

## A. Vom Wert des Allgemeinen für das Besondere

»Wozu überhaupt allgemeines Verwaltungsrecht?« wurde *Bernhard Raschauer* vor ein paar Jahren gefragt<sup>1</sup> – und antwortete in seinem zum Standard gewordenen Lehrbuch: um Orientierungen zu geben in der Fülle der Besonderheiten und der immer feiner gesponnenen Vorgaben des Rechts, die letztlich stets »von den ›normalen‹ Verwaltungsbehörden mit den ›normalen‹ Instrumenten des Verwaltungsrechts aufgefangen und im Verwaltungsalltag bewältigt werden müssen«.<sup>2</sup> In der Tat ist das eine der nobelsten Aufgaben des Allgemeinen Verwaltungsrechts, und man könnte vielleicht noch hinzufügen: Indem das Allgemeine Verwaltungsrecht etablierte Instrumente verwahrt und ihr Einsatzgebiet klärt, stellt es auch ein Arsenal an Werkzeugen bereit, mit denen der Gesetzgeber Standardprobleme lösen kann. Dazu mögen neue Konstellationen treten, für die neue Instrumente gefunden werden müssen. Das bringt die alten Probleme aber nicht zum Verschwinden. Zudem sind Innovationen umso eher möglich, je genauer man die Funktionsweise der althergebrachten Instrumente kennt. So hat das Allgemeine Verwaltungsrecht keineswegs nur einen konservativen Zug; es schafft auch die Grundlage für Neuerungen und kann auf diese Weise helfen, die Qualität der Verwaltung dauerhaft zu sichern.

Der Wert einer solchen »Werkzeugkunde« soll im Folgenden an einer Frage gezeigt werden, die sich im Verwaltungsrecht täglich stellt: Wie erzeugt man ein subjektives öffentliches Recht? Dafür existieren verschiedene Verfahrenstypen, die unter bestimmten Bedingungen sehr gut funktionieren, die in der Praxis weiterentwickelt, bisweilen aber auch am falschen Platz verwendet werden.

\* Für Recherchen und anregende Diskussionen zu diesem Beitrag danke ich Lorenz Dopplinger.  
1 *Wiederin*, Allgemeines Verwaltungsrecht: Auf der Suche nach dem Sinn, FS Raschauer (2008) 281 (289).

2 *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (2009) V.

Ein besonders anschauliches Referenzgebiet für einen dysfunktionalen Einsatz dieser Verfahren ist das Gewerbeamt, dem sich der Jubilar wiederholt gewidmet hat, zuletzt in einer Arbeitsgruppe zur legislativen Verbesserung der Gewerbeordnung. Die dort geführten, stets gewinnbringenden und oft auch heiteren Diskussionen gaben den Anstoß zu diesem Beitrag.

## B. Wie erwirbt man subjektive öffentliche Rechte?

### I. Archetypen

Subjektive Rechte sind bekanntlich vielfältig. Sie können dem Bürger Erlaubnisse, Kompetenzen, Ansprüche auf ein positives Tun oder einen Status verschaffen.<sup>3</sup> Die folgenden Überlegungen konzentrieren sich auf die erste Sorte von Rechten, dh auf Erlaubnisse; hier wiederum interessiert nicht die allgemeine Handlungsfreiheit, die besteht, sofern sie nicht gesetzlich beschränkt ist, sondern die Vielzahl besonderer Handlungsfreiheiten, die der Gesetzgeber nur unter bestimmten materiellen und formellen Voraussetzungen gewährt. Das Spektrum dieser Rechte ist noch immer denkbar weit: Die Erlaubnis, Schuhbänder zu verkaufen, gehört ebenso hierher wie das Recht, Fische zu fangen, einen Verein zu gründen, eine Versammlung abzuhalten, ein Bauwerk zu errichten, eine Betriebsanlage zu erweitern, ein Grundstück zu kaufen, ein Denkmal zu verändern, ein Waldstück zu roden, mit Waffen oder Wertpapieren zu handeln, Arzneimittel zu vertreiben, eine Rundfunkanstalt zu betreiben, Rauchfänge zu kehren und vieles andere mehr.

Welches Verfahren für die Erzeugung solcher Berechtigungen am besten geeignet ist, hängt von verschiedenen Kriterien ab. Maßgeblich sind erstens die Ziele, die der Gesetzgeber mit der Reglementierung verfolgt. Er kann eine Tätigkeit zB eindämmen wollen, weil er sie für gefährlich hält. Er kann sie aber auch dem Grunde nach als unbedenklich ansehen und nur atypische Gefahren ausschließen wollen. Denkbar ist ferner, dass Berechtigungen knapp sind oder dass der Staat an einer Tätigkeit selbst interessiert ist und sie deshalb nur in den besten Händen sehen will: Je nach Ziel empfehlen sich hier unterschiedliche Verfahren. Ein zweiter Faktor, der die Verfahrenswahl bestimmen sollte, sind die materiell-rechtlichen Voraussetzungen, die für den Erwerb einer Berechtigung erforderlich sind; so ist insb die Anwendung ermessensabhängiger

3      Eingehend *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte (2008) 173 ff.

Berechtigungs Voraussetzungen nicht in jedem Verfahren gleichermaßen möglich. Zu berücksichtigen ist drittens, welche Gefahren entstehen, wenn die Behörde materiell-rechtliche Erzeugungshindernisse übersieht oder sie falsch einschätzt: Sind diese Gefahren hoch, wird man Verfahren wählen, die das Fehlerisiko minimieren und/oder die auch eine nachträgliche Fehlerkorrektur im öffentlichen Interesse zulassen. Ein vierter, tendenziell gegenläufiger Faktor ist der Wunsch, den Verwaltungsaufwand für die Behörde möglichst gering zu halten. Damit parallel laufen kann, muss aber nicht, fünftens das Bedürfnis, die Erzeugung der Berechtigung auch für den Bürger unkompliziert zu gestalten und ihm lange Wartezeiten zu ersparen. Seine Berechtigung möglichst bestandsfest zu machen, kann ein sechstes Ziel sein, das die Verfahrenswahl bestimmt. Maßgeblich ist siebentens, ob die Berechtigung neben dem Berechtigungswerber auch andere Personen betrifft, deren Interessen dann angemessen zu wahren sind.

Ein Verfahren, das alle diese Ziele kompromisslos verwirklicht, ist noch nicht erfunden und wird auch nie gefunden werden, weil die genannten Interessen der Allgemeinheit und Drittbetroffener mit jenen des Berechtigungswerbers zum Teil in einem Spannungsverhältnis stehen. Doch haben sich schon vor rund eineinhalb Jahrhunderten für unterschiedliche Problemlagen je eigene, gewissermaßen »archetypische« Verfahren als besonders geeignet herauskristallisiert, um den beteiligten Interessen angemessen Rechnung zu tragen.

## 1. Anmeldeverfahren

Ein Verfahren, das an Schlichtheit kaum zu überbieten ist, hat 1859 die Gewerbeordnung etabliert.<sup>4</sup> Sie sah in ihrem § 13 vor, dass zum Betrieb eines freien Gewerbes berechtigt ist, wer »durch die [...] §§. 4 bis 12 nicht ausgeschlossen erscheint« (Abs 1) und verfügte in Abs 2 weiter: »Der Unternehmer ist aber verpflichtet, vor Antritt des Gewerbes davon der Behörde die Meldung zu machen.« Bei dieser Meldepflicht handelte es sich, wie die Materialien zeigen, nicht bloß um eine Ordnungsvorschrift; die Anmeldung war vielmehr konstitutiv, sollte die Gewerbeberechtigung also erzeugen, wenn die in §§ 4 bis 12 normierten Antrittsvoraussetzungen erfüllt sind.<sup>5</sup> Der Unternehmer konnte seine Berech-

4 Kaiserliches Patent vom 20. December 1859, womit eine Gewerbe-Ordnung für den ganzen Umfang des Reiches, mit Ausnahme des venetianischen Verwaltungsgebietes und der Militärgränze erlassen, und vom 1. Mai 1860 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird, RGBL 1859/227 (im folgenden: GewO 1859).

5 S die bei Praunegger, Das österreichische Gewerbe recht (1924) 2 wiedergegebenen Materialien, die von der »Zulassung [des freien Gewerbes] gegen bloße Anmeldung« sprechen. Die

tigung damit auf denkbar unkomplizierte Weise erlangen. Zudem verursachte er der Verwaltung mit seiner Anmeldung kaum Arbeit: Sah die Behörde die Antrittsvoraussetzungen nicht als gegeben an, musste sie zwar die Gewerbetätigkeit mit Bescheid untersagen, ansonsten brauchte sie aber nur die – ohne ihr Zutun entstandene – Gewerbeberechtigung mit einem Gewerbeschein bestätigen.<sup>6</sup> Die Ausstellung dieser Urkunde musste der Anmelder dabei nicht abwarten, ehe er das Gewerbe antrat; sonst wäre der Gewerbeschein ja, wie die Materialien betonen, »nichts anderes, als eine, wenn auch noch so sehr erleichterte Konzession, und das System wäre nicht mehr das Anmeldungssystem, sondern ein gelindes Konzessionssystem, in welchem sich allmählich alle jene Mißstände (Verzögerungen, Weitwendigkeiten und selbst Plackereien) reproduzieren würden, die den gegenwärtigen Zustand kennzeichnen«.<sup>7</sup> Der Unternehmer, der ein Gewerbe schon nach der Anmeldung aufnimmt, handelt zwar vorerst »auf eigene Wag und Gefahr«, wie auch die Materialien einräumen. Doch verschaffe der Gewerbeschein dem Gewerbetreibenden eine bloß »formelle Gewißheit«, die er »nach der einfachen Natur der für das freie Gewerbe geforderten Bedingungen in den meisten Fällen nicht schwer vermissen wird«.<sup>8</sup> In der Tat konnten diese Bedingungen auch kaum basaler sein: Wer eigenberechtigt, Staatsbürger und vom Gewerbe nicht (insb wegen strafgerichtlicher Verurteilungen) ausgeschlossen war,<sup>9</sup> durfte nach der GewO 1859 ein freies Gewerbe bereits mit der Anmeldung antreten.

Die Vorteile und Funktionsbedingungen des Anmeldeverfahrens liegen damit offen zutage: Dieses Verfahren eignet sich für die Zulassung von Tätigkeiten, die der Gesetzgeber dem Grunde nach als ungefährlich einstuft und für deren Antritt er daher nur wenige Voraussetzungen aufstellt, die zudem kaum Raum für Auslegungsspielräume oder gar behördliches Ermessen lassen. Unter diesen Bedingungen kann bedenkenlos erlaubt werden, dass der Anmelder die Antrittsvoraussetzungen zunächst selbst prüft und die Tätigkeit gegebenenfalls sofort nach der Anmeldung aufnimmt. Das Vorliegen derart einfach

Literatur hat die Anmeldung denn auch überwiegend als konstitutiv angesehen, s zB von Laun, Das Recht zum Gewerbebetrieb (1908) 108ff, der vereinzelt geäußerte Gegenmeinungen widerlegt, sowie den lange führenden Kommentar von Laszky/Nathansky, Emil Hellers Kommentar zur Gewerbeordnung und zu ihren Nebengesetzen<sup>2</sup> I (1937) 282.

6 § 15 Abs 1 GewO 1859: »Waltet gegen die Person, die Beschäftigung und den Standort ein in diesem Gesetz gegründetes Hindernis nicht ob, so fertigt die Behörde dem Unternehmer zu seiner Legitimation einen Gewerbeschein aus.«

7 Motive zum Entwurf der Gewerbeordnung, wiedergegeben bei Suchanek/Stadler/Meinhold (Hrsg), Die Gewerbeordnung (1927) 232.

8 Motive zum Entwurf der Gewerbeordnung, wiedergegeben bei Suchanek/Stadler/Meinhold, Gewerbeordnung 232.

9 §§ 4 bis 12 GewO 1859.

formulierter Antrittsvoraussetzungen wird er dabei kaum falsch einschätzen, und wenn ausnahmsweise doch, kann die Behörde schnell dagegen vorgehen. Selbst wenn sie ein Antrittshindernis einmal übersehen sollte, war das nach der GewO 1859 leicht zu korrigieren: Die Behörde musste den Gewerbeschein nur als unrichtige Urkunde zurücknehmen und die Fortführung des Gewerbes untersagen.<sup>10</sup> Dass das jederzeit geschehen konnte, war für den Gewerbetreibenden zwar ein gewisses Risiko; es war angesichts der einfachen Natur der Antrittsvoraussetzungen aber zum einen gering, und zum anderen stand ihm als gewichtiger Vorteil gegenüber, dass die Berechtigung mit der Anmeldung rasch und auch für die Behörde unkompliziert erzeugt wurde.

## 2. Anzeigeverfahren

Dem Anmeldeverfahren stellte das VereinsG 1867<sup>11</sup> einen weiteren Verfahrenstyp an die Seite, der auf den ersten Blick etwas weniger liberal ist, in bestimmten Konstellationen aber für den Berechtigungswerber günstiger sein kann als ein Anmeldeverfahren. § 4 VereinsG 1867 sah zunächst vor, dass die »Bildung eines [...] Vereines [...], bevor derselbe in Wirksamkeit tritt, [...] der politischen Landesstelle schriftlich unter Vorlage der Statuten anzuzeigen« ist. War ein solcher Verein »nach seinem Zwecke oder nach seiner Einrichtung gesetz- oder rechtswidrig oder staatsgefährlich«, so hatte die Behörde ihn binnen vier Wochen nach Überreichung der Anzeige zu untersagen (§ 6). Abgesehen von der Frist erinnert das an das Anmeldeverfahren; von diesem deutlich abweichend ordnete § 7 dann aber an, dass der Verein seine Tätigkeit erst beginnen darf, wenn innerhalb der Vier-Wochen-Frist keine Untersagung erfolgt oder wenn die Behörde schon früher erklärt, dass sie den Verein nicht untersagt.

Die den Vereinsgründern solcherart auferlegte Wartezeit war im Abgeordnetenhaus keineswegs unbestritten; angesichts der Materialien zur GewO 1859 lag ein Einwand auch nahe: Dass nämlich ein Verein, der nicht schon mit der

10 § 60 GewO 1859: »Wenn bei einem Gewerbetreibenden der ursprüngliche und noch fortdauernde Mangel eines der gesetzlichen Erfordernisse des selbstständigen Gewerbebetriebes nachträglich zum Vorschein kommt, kann jederzeit der Fortbetrieb des Gewerbes untersagt, beziehungsweise der Gewerbeschein [...] zurückgenommen werden.« Diese Ermächtigung ist später auf verschlungenen Wegen verloren gegangen, was zunächst die Judikatur und dann den Gesetzgeber veranlasst hat, den Gewerbeschein als Bescheid »gelten« zu lassen, der dann im Fall eines ursprünglich fehlenden gesetzlichen Erfordernisses für nichtig erklärt werden konnte. Die Fiktion, der Gewerbeschein sei ein Bescheid, wurde allerdings mit der Novelle BGBI I 2002/111 wieder aufgegeben; s dazu näher *Pöschl*, Die Geschichte des Anmeldegewerbes – ein legistisches quid pro quo, ZfV 2005, 662 (666 ff).

11 Gesetz vom 15. November 1867 über das Vereinsrecht, RGBl 1867/134.

Anzeige tätig werden darf, sondern »zwischen Hangen und Bangen durch vier Wochen warten [muß]«, in Wahrheit auf eine Bewilligung hofft: »Entweder erhält er die Bewilligung oder vier Wochen verstreichen. Nun, das ist dann auch eine stillschweigende Bewilligung. Jedenfalls hängen nichtpolitische Vereine dermalen noch ebenso gut wie früher von der Genehmigung der politischen Behörde ab«<sup>12</sup> – so monierte der Abgeordnete *Dinstl* schon in der Generaldebatte und setzte in der Spezialdebatte noch nach, er halte die Wartefrist »für ganz und gar überflüssig und höchst unnötig«, weil ein Verein, der gefährliche Tendenzen verfolgen will, gewiss nicht so dumm sein werde, das in seinen Statuten offenzulegen. Außerdem sei die Gefährlichkeit eines Vereins, der bereits mit der Anzeige tätig werden darf, leicht abzustellen, denn wenn er »gegen Recht und Gesetz gegründet ist«, stünde es der Behörde ja frei, ihn jederzeit zu sistieren oder aufzulösen.<sup>13</sup> Diesen Einwänden hielt der Berichterstatter *van der Straß* entgegen, einem gesetz- oder rechtswidrigen Verein dürfe nicht einmal für kurze Zeit gestattet werden, seine schädlichen Wirkungen zu entfalten. Die Wartefrist schütze aber auch den Vereinsgründer selbst, verhindere sie doch, dass er für das Wirksamwerden des Vereins Investitionen tätige, die nachträglich durch eine Untersagung nutzlos werden. Besonders energisch bestritt der Berichterstatter, dass der diskutierte Gesetzesentwurf für die Errichtung von Vereinen eine – sei es auch nur indirekte – Bewilligung verlange. Denn »einen bestimmten Termin festzusetzen, innerhalb dem der Regierung das Recht zustehen soll, den Verein zu untersagen«, sei etwas ganz anderes als den Bürger zu verpflichten, im Vorhinein eine Bewilligung zu erwirken, bei der die Behörde »an gar keine Zeitfrist in der Erledigung des Gesuches gebunden ist«.<sup>14</sup> Das schien die Abgeordneten zu überzeugen; sie lehnten *Dinstls* Antrag, Vereine schon ab der Anzeige tätig werden zu lassen, mehrheitlich ab.<sup>15</sup>

*Van der Straß*' Argument, ein Anzeigeverfahren führe deutlich schneller zum Ziel als ein Bewilligungsverfahren, ist heute zwar durch § 73 AVG relativiert, zumal die (auch für Bewilligungen) geltende Entscheidungsfrist von sechs Monaten erheblich verkürzt werden kann. Ein eindeutiger und nach wie vor gültiger Vorteil des Anzeigeverfahrens wurde aber im Herrenhaus hervorgehoben, als *Taaffe* bemerkte, dass »durch das Erfordernis der staatlichen Genehmigung von Statuten eines jeden, noch so unbedeutenden Vereines [...] die Behörden mit mühevollen und umfassenden Geschäften überhäuft werden«.<sup>16</sup> Zwar muss

12 StenProt AH 1. Sess, 24. Sitzung am 23. Juli 1867, 534.

13 StenProt AH 1. Sess, 25. Sitzung am 24. Juli 1867, 555.

14 StenProt AH 1. Sess, 25. Sitzung am 24. Juli 1867, 556.

15 StenProt AH 1. Sess, 25. Sitzung am 24. Juli 1867, 556.

16 StenProt HH 4. Sess, 11. Sitzung am 18. Oktober 1867, 154.

die Behörde auch im Anzeigeverfahren die Vereinsstatuten überprüfen; einen Bewilligungsbescheid erlassen muss sie aber nicht, weil die Berechtigung des Vereins tätig zu werden, mit Fristablauf schon ex lege entsteht. Das entlastet nicht nur die Behörde, es hilft auch dem Bürger, der hier anders als im Bewilligungsverfahren nicht gezwungen ist, bei behördlicher Untätigkeit um sein Recht zu kämpfen, im Gegenteil: Die Untätigkeit der Behörde lässt seine Berechtigung gerade entstehen. Diese Berechtigung war nach dem VereinsG 1867 auch bestandsfest, denn nach Ablauf der Wartefrist war der Behörde eine Untersagung verwehrt.<sup>17</sup> So verschafft das Anzeigeverfahren dem Berechtigungsverwerber bei weitem mehr Sicherheit als das Anmeldeverfahren, das *Dinstl* für Vereine forderte und in dem er der Behörde auch freimütig zugestehen wollte, rechtswidrig gegründete Vereine jederzeit aufzulösen – das sollte vielleicht seine Gegner ruhig stellen, hätte aber die Vereine sehr beunruhigen müssen. Denn das Risiko einer nachträglichen Untersagung wäre für sie – anders als für angemeldete Gewerbetreibende nach der GewO – kaum kalkulierbar, ließ das VereinsG 1867 Vereine doch nur zu, wenn sie nicht »gesetz- oder rechtswidrig oder staatsgefährlich« sind. Die Gesetz- oder Rechtswidrigkeit seiner Statuten kann ein Verein vielleicht noch einschätzen, ihre »Staatsgefährlichkeit« aber gewiss nicht.<sup>18</sup> Bei derart vagen Antrittsvoraussetzungen ist es für den Berech-

17 S die oben zitierte Wortmeldung des Berichterstatters im Abgeordnetenhaus, wonach das VereinsG »einen bestimmten Termin [festsetzt], innerhalb dem der Regierung das Recht zustehen soll, den Verein zu untersagen« (StenProt AH 1. Sess, 25. Sitzung am 24. Juli 1867, 556), was e contrario heißt, dass ein Untersagungsrecht nach Ablauf dieser Frist nicht mehr besteht. Folgerichtig verteidigte der Berichterstatter die Wartefrist auch mit dem Argument, sie schütze den Anzeigenden, weil sie ihn vor Investitionen bewahre, die dann durch eine Untersagung unnütz gemacht werden. Auch daraus kann nur geschlossen werden, dass die Behörde die Investitionen des Vereins nach Ablauf der Untersagungsfrist nicht mehr frustrieren darf. Das heute geltende VereinsG 2002 stellt in § 2 zusätzlich klar, dass der Verein als Rechtsperson entsteht, wenn die Untersagungsfrist nach § 13 Abs 1 abgelaufen ist oder die Behörde einen Nichtuntersagungsbescheid nach § 13 Abs 2 erlassen hat. Zum Erlöschen der Untersagungskompetenz s auch *B. Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 821.

18 Diese Antrittsvoraussetzung war wegen ihrer Vagheit im Abgeordnetenhaus auch sehr umstritten, so meinte etwa *Schindler*: »Wer aber die Geschichte Oesterreichs, namentlich seit dem Jahre 1848, verfolgt, der wird einsehen, wie unendlich schwer es ist, zu finden, was denn in Oesterreich dem Staate *zuträglich*, was in Oesterreich dem Staate *gefährlich* ist. [...] Im Jahre 1848 arretirte man auf der Gasse junge Leute, weil sie mit Leder besetzte Beinkleider trugen. (Heiterkeit.) Das war damals staatsgefährlich. (Heiterkeit.) Später arretirte man junge Leute, weil sie der liebe Gott mit einem reichen Haarwuchse gesegnet hatte, den sie der Beschneidung des Friseurs nicht zur Verfügung gestellt hatten. (Heiterkeit.) Ich kann Ihnen Leute, die heute noch leben, namhaft machen, die 5, 6mal aus dem selben staatsgefährlichen Grunde verhaftet worden sind, und vielleicht heute wieder langes Haar tragen. Aber durch die Serie von Regierungen ist Oesterreich seither so stark geworden, daß diese langen Haare heutzutage nicht mehr staatsgefährlich sind.« (StenProt AH 1. Sess, 24. Sitzung am 23. Juli 1867, 537); diese Kritik war zunächst erfolgreich (StenProt AH 1. Sess, 24. Sitzung am 23. Juli 1867, 543),

tigungswerber wesentlich günstiger, wenn er erst nach einer bestimmten Frist tätig werden darf und dafür ab dann vor einer Untersagung (solange keine Neuerungen eintreten) dauerhaft geschützt ist. Für den Gesetzgeber bedeutet das, dass er der Behörde im Gegenzug ausreichend Zeit geben muss, damit sie aus der Masse der »unbedeutenden Vereine«<sup>19</sup> auch bei großer Arbeitsbelastung die wenigen bedenklichen herausfiltern und sie fristgerecht untersagen kann.

Damit sind die wesentlichen Vorteile und Funktionsbedingungen des Anzeigeverfahrens benannt: Dieses Verfahren eignet sich für die Zulassung von Tätigkeiten, die typischerweise ungefährlich sind, in atypischen Konstellationen aber doch gefährlich sein können und deren Antrittsvoraussetzungen im Gesetz so formuliert sind, dass der Behörde spürbare Auslegungs- und Ermessensspielräume bleiben. Für den Bürger hat dieses Verfahren erstens den Vorteil, dass es die Handlungslast auf die Behörde überwälzt, sodass ihre Untätigkeit für ihn nicht nachteilig, sondern vorteilhaft ist. Zweitens verschafft das Anzeigeverfahren dem Bürger – verglichen mit Bewilligungsverfahren – relativ rasch eine Berechtigung, auf die er sich drittens – anders als im Anmeldeverfahren – verlassen kann. Diese Bestandskraft der Berechtigung ist für den Staat zugleich die »offene Flanke« des Anzeigeverfahrens; sie muss durch ausreichend lange Untersagungsfristen geschlossen werden, damit die Behörde Gefahren verlässlich abwehren kann. Den verbleibenden Risiken steht als Vorteil gegenüber, dass die Behörde die Verfahren mehrheitlich ohne besonderen Aufwand, dh ohne Bescheid erledigen kann.

### 3. Bewilligungsverfahren

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich im Gegenschluss, wann Bewilligungsverfahren am Platz sind: Ihr Einsatzgebiet ist die Zulassung von Tätigkeiten, die der Gesetzgeber nicht nur in Ausnahmefällen, sondern typischerweise als gefahrgeneigt einstuft. In solchen Konstellationen kann weder riskiert werden, dass der Berechtigungswerber eine Tätigkeit selbst als ungefährlich einschätzt und sie nach einer Anmeldung auf gut Glück beginnt, noch kann hingenommen werden, dass unwiderrufliche Berechtigungen entstehen, nur weil eine überlastete Behörde außerstande war, eine angezeigte Tätigkeit fristgerecht zu untersagen. Verlässlicher Schutz besteht hier nur, wenn die Berechtigung erst mit einer ausdrücklichen behördlichen Bewilligung entsteht, die heute als Be-

scheiterte dann aber doch (StenProt AH 1. Sess, 25. Sitzung am 24. Juli 1867, 566; AH 1. Sess, 26. Sitzung am 25. Juli 1867, 586).  
 19 Vgl *Taaffe*, StenProt HH 4. Sess, 11. Sitzung am 18. Oktober 1867, 154.



scheid – in den Grenzen des § 68 AVG – auch bestandsfest ist.<sup>20</sup> Eine solche Bewilligung zu erteilen, ist für die Behörde aufwendig und kostet den Berechtigungsverwerber Zeit; diese Nachteile sind aber um der Sicherheit willen in Kauf zu nehmen. Ein weiterer Vorteil des Bewilligungsverfahrens ist, dass es Gelegenheit gibt, neben dem Berechtigungsverwerber auch andere Parteien einzubeziehen, etwa, weil auch sie die Erteilung der – dann knappen – Berechtigung anstreben oder weil eine Berechtigung des Antragstellers ihren sonstigen Interessen zuwiderläuft.

## II. Mutanten

Zu diesen drei archetypischen Instrumenten – Anmelde-, Anzeige- und Bewilligungsverfahren – haben sich verschiedenste Varianten entwickelt, die Nachteile der jeweiligen Verfahren zu lindern versuchen bzw die Vorteile mehrerer Verfahren kombinieren; in der Regel müssen dafür freilich andere Probleme in Kauf genommen werden.

Das gilt zB für »Anzeigeverfahren«, in denen die Behörde eine angezeigte Tätigkeit innerhalb der Untersagungsfrist nicht mehr in jede Richtung auf ihre Rechtmäßigkeit prüfen muss, mit der Konsequenz, dass sie diese Tätigkeit wegen anderer, nicht geprüfter Rechtswidrigkeiten weiterhin untersagen kann.<sup>21</sup> Die dadurch gewonnene Sicherheit für den Staat geht deutlich zu Lasten des Bürgers; das kann aber umso eher hingenommen werden, je leichter der Bürger selbst einschätzen kann, ob er jene Antrittsvoraussetzungen erfüllt, deren Fehlen auch nach Ablauf der Untersagungsfrist nicht heilt. Erkennbar treffen hier Elemente des Anzeige- und des Anmeldeverfahrens zusammen.

Mutanten sind auch »Anzeigeverfahren«, in denen die Behörde auf ein Bewilligungsverfahren umsteigen muss, wenn sie das angezeigte Vorhaben nicht fristgerecht prüfen kann,<sup>22</sup> etwa weil das Vorhaben atypisch komplex ist oder weil die Behörde sonst in Zeitnot geraten ist. Das sichert die Wahrung der öffentlichen Interessen, verzögert aber auch die Erlangung der Berechtigung,

20 Das war nicht immer so; die Ermächtigung des § 60 GewO 1859 (FN 10) galt etwa auch für Konzessionen, also für Bescheide, die dem Unternehmer eine Gewerbeberechtigung konzedierten.

21 S § 25 Wiener Leichen- und Bestattungsgesetz, LGBl 2004/38 idF 2010/56, in der Deutung des Erk VwSlg 17.407 A/2008. Hierher gehören auch Baugesetze, nach denen ein angezeigtes Bauvorhaben zeitlich unbegrenzt untersagt werden kann, wenn die Bauanzeige unvollständig oder nicht mängelfrei war, zB § 33 Abs 6 Stmk Baugesetz, LGBl 1995/95 idF LGBl 2012/78, und dazu VwGH 17.8.2010, 2007/06/0255.

22 ZB § 33 Abs 5 Stmk Baugesetz, LGBl 1995/59 idF 2012/78.

weil dann nach dem Anzeige- noch ein Bewilligungsverfahren durchlaufen werden muss.

Ein Mutant neueren Datums ist die mit dem Dienstleistungsgesetz<sup>23</sup> eingeführte »Genehmigungsfiktion«, nach der eine Berechtigung entsteht, wenn die Behörde auf einen Bewilligungsantrag innerhalb der Entscheidungsfrist nicht reagiert. Das sieht auf den ersten Blick wie ein Anzeigeverfahren aus; anders als dort fingiert das Gesetz hier aber, dass ein Bescheid erlassen wurde,<sup>24</sup> den Drittbetroffene anfechten können.<sup>25</sup> Das wahrt wohl die Interessen des Berechtigungswerbers und der Drittbetroffenen, doch könnten dann wiederum öffentliche Interessen auf der Strecke bleiben, soweit sie nicht mit den Interessen der Verfahrensparteien konvergieren.

Die – hier nur beispielhaft genannten – Mutanten variieren die archetypischen Verfahren und gewichten einmal die öffentlichen, dann die Interessen des Berechtigungswerbers und dann wieder die Interessen Drittbetroffener stärker. Das mag man je nach Standpunkt hier mehr und dort weniger begrüßen; in bestimmten Konstellationen »funktionieren« aber auch diese Variationen. Von ihnen zu unterscheiden sind Verfahren, die gewählt werden, obwohl ihre Funktionsbedingungen nicht vollständig vorliegen oder die die Elemente verschiedener Verfahren so unglücklich miteinander kombinieren, dass am Ende niemandem – weder dem Staat noch dem Bürger – ein Vorteil entsteht. Ein derart dysfunktionaler Einsatz von Instrumenten findet in zunehmender Dichte in der Gewerbeordnung statt.

23 Bundesgesetz über die Erbringung von Dienstleistungen (Dienstleistungsgesetz – DLG), BGBl I 2011/100.

24 § 12 Abs 1 DLG: »Soweit die Verwaltungsvorschriften dies vorsehen, gilt die Genehmigung eines Antrages von Gesetzes wegen als erteilt, wenn der Bescheid nicht innerhalb der Entscheidungsfrist erlassen wurde«; s auch RV 317 BlgNR 24. GP 14: »Die Genehmigungsfiktion ersetzt die bescheidmäßige Genehmigung und erledigt den verfahrenseinleitenden Antrag [...]. Sie hat alle Rechtswirkungen eines Bescheides«.

25 Dazu *B. Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 823; *N. Raschauer/Granner*, Die Dienstleistungsrichtlinie und ihre Folgen für das nationale Recht: Über Genehmigungsverfahren und »fiktive Bescheide«, ÖZW 2010, 94 (110).

### III. Abirrungen

#### 1. Anmeldung mit unübersichtlichen Antrittsvoraussetzungen

Nach wie vor sieht die GewO vor, dass freie Gewerbe und in der Zwischenzeit auch reglementierte Gewerbe bei Erfüllung der allgemeinen und der etwa erforderlichen besonderen Voraussetzungen aufgrund der Anmeldung ausgeübt werden dürfen (§ 5 Abs 1<sup>26</sup>). Anders als in der GewO 1859 fehlt diesem Anmelungsverfahren heute aber eine wesentliche Funktionsbedingung: Für den Anmelder wird es zunehmend schwerer einzuschätzen, ob er alle Antrittsvoraussetzungen erfüllt.

Nach einer ständig steigenden Novellierungsfrequenz ist das System der GewO in der Zwischenzeit nämlich so mangelhaft geworden, dass man Mühe hat festzustellen, welche Voraussetzungen für den Antritt eines Gewerbes überhaupt erforderlich sind: Bei unbefangener Lektüre möchte man meinen, dass im Abschnitt »3. Allgemeine Voraussetzungen für die Ausübung von Gewerben« (§§ 8–15) die allgemeinen Antrittsvoraussetzungen – und nur sie – abschließend geregelt sind. Tatsächlich finden sich in diesem Abschnitt aber auch Vorschriften, die mit dem Gewerbeantritt nichts zu tun haben; das gilt für § 11, der regelt, wann die Gewerbeberechtigung einer juristischen Person endet, und ebenso für § 12, nach dem bestimmte gesellschaftsrechtliche Umwandlungen die Gewerbeberechtigung nicht berühren. Die verbleibenden Paragraphen legen zwar tatsächlich allgemeine Antrittsvoraussetzungen fest, nämlich die Eigenberechtigung (§ 8), die Bestellung eines Geschäftsführers bei juristischen Personen (§ 9), das Fehlen von Ausschlussgründen (§ 13)<sup>27</sup>, eine Aufenthaltsberechtigung (höchst umständlich: § 14) und das Fehlen von Ausübungsverboten (§ 15). Vier Abschnitte später erfährt man dann aber unter der Überschrift »7. Ausübung von Gewerben« (§§ 38–73a), dass der Gewerbeinhaber außerdem einen Geschäftsführer bestellen muss, wenn er keinen Wohnsitz im Inland bzw in einem Staat hat, in dem (vereinfacht gesagt) Vollstreckungssicherheit besteht (§ 39 Abs 1). Das kann wohl nur so verstanden werden, dass auch ein solcher Wohnsitz des Anmelders eine allgemeine Antrittsvoraussetzung ist,<sup>28</sup> die allerdings durch einen Geschäftsführer mit entsprechendem Wohnsitz suppliert

26 Die folgenden §§ beziehen sich, wenn nicht ausdrücklich anderes gesagt wird, auf die GewO, BGBl 1994/194 (WV) idF BGBl I 2012/85.

27 § 10 wurde mit BGBl I 2006/161 aufgehoben.

28 Dementsprechend ordnet zB *Ennöckl*, Gewerbeamt, in B. Raschauer (Hrsg), Grundriss des Österreichischen Wirtschaftsrechts<sup>3</sup> (2010) Rz 336, das Wohnsitzerfordernis bei den Antrittsvoraussetzungen ein; zuvor auch schon *Pauger*, Gewerbeamt, in B. Raschauer (Hrsg), Grundriss des Österreichischen Wirtschaftsrechts<sup>2</sup> (2003) Rz 363.

werden kann, gerade so wie der Anmelder bei reglementierten Gewerben einen Befähigungsnachweis vorweisen muss, dessen Fehlen er durch einen entsprechend befähigten Geschäftsführer kompensieren kann (§ 16 Abs 1, § 39 Abs 1).

Keineswegs besser ist es legistisch um die besonderen Voraussetzungen bestellt, die die GewO für bestimmte Gewerbe aufstellt. Enttäuscht wird jedenfalls, wer glaubt, diese Voraussetzungen im Abschnitt »4. Besondere Voraussetzungen für die Ausübung von Gewerben« (§§ 16–23a) abschließend vorzufinden; das trifft nicht einmal auf den Befähigungsnachweis zu, der in diesem Abschnitt nur teilweise geregelt wird. Wie im EWR erworbene Befähigungen nachzuweisen sind, erfährt man erst am Ende der GewO im unübersichtlich stilisierten VI. Hauptstück unter dem (nicht mehr zeitgemäßen) Titel »EWR-Anpassungsbestimmungen« (§§ 373a–373i). Ganz allgemein braucht gute Nerven, wer in Österreich mit einer im Ausland erworbenen Befähigung gewerblich tätig werden will. Denn die dazu getroffenen Regelungen der GewO sind zersplittert, mehrgleisig und konzeptlos: § 16 Abs 4 sieht eine Akzeptanz im Ausland erworbener Qualifikationen durch Staatsvertrag und Verordnung vor. Nach § 23 Abs 3 »bestimmt« der Bundesminister im Einzelfall, ob im Ausland erworbene Zeugnisse die Unternehmerprüfung ersetzen; Gleiches gilt nach § 31 Abs 4 für die Befähigung zu einem Teilgewerbe. Dazu kommen die Vorschriften der §§ 373c ff, die für im EWR erworbene Qualifikationen eine Anerkennung als gleichwertig bzw eine Gleichhaltung leicht niedrigerer Qualifikationen vorsehen, beides allerdings nur für EWR-Bürger.

Bei einem solchen Wirrwarr an Antrittsvoraussetzungen wird es für Unternehmer zusehends riskanter, das Gewerbe schon mit der Anmeldung anzutreten; selbst wer aber – ähnlich wie in einem Anzeigeverfahren – wartet, bis die Behörde ihn in das Gewerberegister eingetragen hat, kann sich seiner Gewerbeberechtigung nicht sicher sein. Denn die Registereintragung ist – wie der Gewerbeschein nach der GewO 1859 – nicht konstitutiv, sondern bestätigt nur die durch die Anmeldung entstandene Gewerbeberechtigung.<sup>29</sup> Folgerichtig kann die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde ein Antrittshindernis, das bei der Registereintragung übersehen wurde, jederzeit zum Anlass nehmen, um

29 Das geht ganz eindeutig aus der Entstehungsgeschichte hervor: Die Novelle BGBl I 2002/111 ersetzte den Gewerbeschein durch die Registereintragung, erklärte sie (bzw den Auszug aus dem Gewerberegister) aber – anders als dies die GewO seit BGBl 1974/50 beim Gewerbeschein getan hatte – nicht mehr zum Bescheid; zur fehlenden Bescheidqualität der Registereintragung s auch VwSlg 16.721 A/2005.

die Registereintragung zu löschen (§ 363 Abs 4). Das passt zwar zum Anmeldeungsgewerbe, ist für den Gewerbetreibenden aber nur erträglich, wenn er das fragliche Antrittshindernis auch selbst leicht erkennen kann. Genau das ist angesichts der systematischen Schwächen der GewO aber nicht mehr durchwegs der Fall.

## 2. Anmeldung mit Bewilligung

Für gefahrengeneigte Gewerbe sah die GewO 1859 neben den allgemeinen auch besondere Antrittsvoraussetzungen vor, die in hohem Maß ermessensabhängig waren, insb eine erhöhte Zuverlässigkeit,<sup>30</sup> bei manchen Gewerben auch einen Bedarf nach einem weiteren Marktteilnehmer.<sup>31</sup> Da sich das Anmeldeverfahren weder für solche Antrittsvoraussetzungen noch für gefahrengeneigte Tätigkeiten eignet, ließ die GewO 1859 den Gewerbeantritt erst zu, wenn die Behörde dem Unternehmer nach sorgfältiger Prüfung aller Antrittsvoraussetzungen mit Bescheid die Gewerbeberechtigung erteilt.<sup>32</sup> Dieses zunächst »Concessions«- und später<sup>33</sup> »Bewilligungsverfahren« genannte System hat sich 143 Jahre hindurch bewährt; ab dann verfügte der Gesetzgeber scheinbar anderes:<sup>34</sup> Nach § 5 Abs 1 der nunmehr geltenden GewO sollen alle, also auch gefahrengeneigte und von einer Bedarfsprüfung abhängige Gewerbe aufgrund der Anmeldung entstehen, wenn die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen vorliegen. An späterer Stelle der GewO erfährt man allerdings, dass der Unternehmer diese Gewerbe erst antreten darf, wenn die Behörde das Vorliegen der Antrittsvoraussetzungen mit Bescheid festgestellt hat (§ 95 Abs 1, § 125 Abs 4, § 340 Abs 2). Entgegen der Diktion der GewO wird mit einem solchen Bescheid nicht ein bestehendes Rechtsverhältnis »festgestellt«, sondern die Gewerbeberechtigung des Anmelders erzeugt: Denn dass der Anmelder die Gewerbeausübung erst mit Rechtskraft des (positiven) Feststellungsbescheides beginnen darf, ist keine schlichte Ausübungsregelung und das Fehlen eines Feststellungsbescheides folglich auch nicht bloß ein Ausübungshindernis. Das Recht, das Ge-

30 § 18 Abs 1 GewO 1859 (»Verlässlichkeit und Unbescholtenheit«).

31 § 18 Abs 2 GewO 1859, wonach die Behörde bei bestimmten Press-, Verkehrs- und beim Rauchfangkehrergewerbe »die Localverhältnisse [...] ins Auge zu fassen« hatte.

32 § 17 GewO 1859: »Vor erlangter Concession darf mit dem Betriebe nicht begonnen werden.«

33 Ab BGBl 1993/23.

34 BGBl I 2002/111.

werbe anzutreten, ist der zentrale Inhalt der Gewerbeberechtigung,<sup>35</sup> daher hat der vermeintliche Feststellungsbescheid konstitutive Wirkung: Er ist ein (wenn auch unter falscher Flagge segelnder) Bewilligungsbescheid. Dass der Gesetzgeber dies nicht mehr klar deklariert, hat wohl marketingtechnische Gründe: Offenbar soll der Anschein erweckt werden, die als illiberal geltende Bewilligungspflicht sei aus der GewO eliminiert, und das gesamte Berufsrecht werde rasch und unkompliziert in Anmeldeverfahren abgewickelt. Dieser pseudo-liberale Anschein hat aber einen Preis, und zwar nicht nur für den Bürger, sondern auch für die öffentlichen Interessen, die der Gesetzgeber eigentlich befördern oder doch zumindest nicht schädigen will.

Aus der Sicht des Bürgers ist das unechte Anmeldeverfahren schon deshalb ungünstiger als ein deklariertes Bewilligungsverfahren, weil Anmeldungen nach Judikatur und Lehre keiner Verbesserung iSd § 13 Abs 3 AVG zugänglich sind;<sup>36</sup> folgt man dem, wäre die Behörde berechtigt, auf eine unvollständige Anmeldung sofort mit einem Untersagungsbescheid zu reagieren. Das macht die Erlangung der Gewerbeberechtigung für Bürger – anders als der Einsatz des Anmeldeverfahrens suggeriert – mühsam, nicht unkompliziert.

Probleme bereitet ferner, dass die Behörde nach der Judikatur im Anmeldeverfahren bei der Prüfung der Antrittsvoraussetzungen auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Anmeldung abzustellen hat:<sup>37</sup> Zu diesem Termin müssen alle erforderlichen Voraussetzungen gegeben sein;<sup>38</sup> später eintretende Änderungen des Sachverhalts bleiben daher außer Betracht, ebenso materiellrechtliche Bestimmungen, die die Antrittsvoraussetzungen ändern.<sup>39</sup> Der VwGH leitet dies aus dem konstitutiven Charakter der Anmeldung ab, was völlig überzeugt. Vor kurzem hat er dieselbe Aussage aber (vielleicht auch nur nebenher) ebenso für das Elektrotechnikgewerbe getroffen,<sup>40</sup> also für ein Gewerbe,

35 Das schließt mE die Annahme aus, die Gewerbeberechtigung entstehe auch hier schon durch die Anmeldung und werde mit Bescheid nur festgestellt, sodass bis zur Erlassung dieses Bescheids ein bloßes Ausübungshindernis besteht, anders *Zellenberg*, Der Gewerbezugang nach der Gewerbeberechtigungsnovelle 2002, ZfV 2003, 410 (422); wie hier *Pauger*, Gewerbe-recht Rz 373; *R. Winkler*, Die Gewerbebeanmeldung nach der Gewerbeordnungs-novelle 2002 und dem Öffnungszeitengesetz 2003, wbl 2004, 313 (316 f); *Wieser*, Der individuelle Befähigungsnachweis nach § 19 GewO, ÖZW 2005, 34 (49).

36 VwGH 17.12.2002, 2002/04/0108; *Gruber/Pallege-Barfuß*, GewO, 11. Lfg 2011, § 340 Anm 25; *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO<sup>3</sup> (2011) § 340 Rz 8.

37 VwSlg 17.598 A/2009; VwGH 20.5.2010, 2009/04/0210; 25.9.2012, 2010/04/0114; dem folgend VfSlg 18.678/2009.

38 Das gilt auch für einen allenfalls bestellten Geschäftsführer: VwGH 13.12.2000, 2000/04/0172.

39 VwGH 6.11.1995, 94/04/0103.

40 VwGH 25.9.2012, 2010/04/0114. Der Jubilar sähe das wohl, und mE zu Recht, kritisch: *B. Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 912.

bei dem die Gewerbeberechtigung gerade nicht mit der Anmeldung, sondern erst mit Bescheid entsteht (§ 95 Abs 1 iVm § 94 Z 16). Dass selbst bei diesen bescheidpflichtigen Gewerben auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Anmeldung abzustellen ist, scheint zum Teil auch die Literatur zu vertreten.<sup>41</sup>

Folgen die Behörden dieser Linie, müssen sie das Vorliegen der Antrittsvoraussetzungen auch dann mit Bescheid feststellen und den Adressaten folglich zum Gewerbe zulassen, wenn die Antrittsvoraussetzungen nach der Anmeldung wieder verloren gegangen sind. Dieser Änderung der Sachlage könnte nur in einem zweiten Bescheid Rechnung getragen werden, der dem Gewerbetreibenden die – soeben erzeugte – Gewerbeberechtigung wieder entzieht. Das verursacht nicht nur einen völlig überflüssigen Verfahrensaufwand; es setzt auch voraus, dass der Wegfall jeder einzelnen Antrittsvoraussetzung einen Entziehungsgrund bildet. Das ist zB bei den Ausschlussgründen nach § 13 Abs 1, 2, 4 und 5 der Fall (§ 87 Abs 1 Z 1 und 2), und auch ein Verlust der besonderen Zuverlässigkeit berechtigt die Behörde zur Entziehung der Gewerbeberechtigung (§ 87 Abs 1 Z 3).

Es gibt aber auch Antrittsvoraussetzungen, deren Wegfall die Gewerbeberechtigung ex lege beendet, so etwa der Ausschlussgrund der Insolvenz (§ 13 Abs 3): Tritt sie bei bescheidpflichtigen Gewerben nach der Anmeldung ein, müsste die mit Bescheid gleichwohl zuzuerkennende Gewerbeberechtigung in der logischen Sekunde ihres Entstehens nach § 85 Z 2 wieder untergehen – ein Ergebnis, das der Unternehmer kaum verstehen kann und das sich durch die richtige Verfahrenswahl auch leicht vermeiden ließe: Denn in einem »gewöhnlichen« Bewilligungsverfahren hätte die Behörde einen Antrag angesichts einer im Entscheidungszeitpunkt vorliegenden Insolvenz schlicht abzuweisen.

Schließlich gibt es auch Antrittsvoraussetzungen, deren nachträglicher Wegfall eine einmal erzeugte Gewerbeberechtigung unberührt lässt. Das ist etwa der Fall, wenn der nach § 121 Z 4 erforderliche Bedarf nach einem Rauchfangkehrer unter das erhebliche Maß sinkt: Das berechtigt die Behörde nicht zur Entziehung der bestehenden Gewerbeberechtigung und bildet auch sonst keinen Endigungsgrund. In solchen Konstellationen produziert die Wahl des Anmeldeverfahrens daher auch keinen unnötigen Verwaltungsaufwand (weil die zugesprochene Gewerbeberechtigung nicht sofort wieder entzogen werden muss), und sie schafft auch keine verwirrende Rechtslage (weil die zuerkannte Gewerbeberechtigung nicht ex lege sofort wieder untergeht), wohl aber behindert sie die Verwirklichung der öffentlichen Interessen, die der Gesetzge-

41 Vgl. Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO § 340 Rz 25, die die genannte Judikatur des VwGH ohne Einschränkung auch im Kontext der bescheidpflichtigen »Anmeldungs« gewerbe referieren.

ber durch die Bedarfsprüfung doch verfolgen will. Denn die Behörde müsste dann zB einen Rauchfangkehrer zum Markt zulassen, obwohl an seiner Gewerbeausübung (zB nach einem länger dauernden Verfahren im zweiten Rechtsgang) kein Bedarf mehr besteht.

Der Jubilar würde vermutlich einwenden, dass dies kein Schaden sei, weil die Bedarfsprüfung beim Rauchfangkehrergewerbe ohnedies überzogen ist. Deshalb sei der Vollständigkeit halber noch darauf hingewiesen, dass das Anmeldeverfahren bei bescheidpflichtigen Gewerben auch für den Berechtigungserber beschwerlich sein kann, dann nämlich, wenn er die erforderlichen Antrittsvoraussetzungen erst nach der Anmeldung erfüllt. Ändert sich etwa während eines längeren »Anmeldungs«verfahrens die Bedarfslage zu seinen Gunsten, sinken im Verfahren die rechtlichen Voraussetzungen, sodass seine Befähigung nun genügt oder verlegt der Berechtigungserber seinen Wohnsitz ins Inland, so könnte all das – folgt man der oben vorgezeichneten Linie – nicht mehr berücksichtigt werden; die Behörde hätte das Fehlen der – im Anmeldezeitpunkt fehlenden, nun aber vorliegenden – Voraussetzungen festzustellen und die Gewerbsausübung zu untersagen.

Zwar legen all diese Komplikationen nahe, die Antrittsvoraussetzungen bei bescheidpflichtigen Gewerben nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Bescheiderlassung zu beurteilen, wie das auch der Jubilar in anderem Zusammenhang vorgeschlagen hat.<sup>42</sup> Noch mehr sprechen diese Komplikationen aber dafür, in der GewO klare Verhältnisse zu schaffen und Bewilligungsverfahren nicht als Anmeldeverfahren zu tarnen, weil das außer Verwirrung weder der Behörde noch dem Bürger etwas bringt.

### 3. Registereintragung als Bewilligungsersatz

Den vorläufigen Höhepunkt verquerer Verfahren hat die GewO mit einer Novelle aus dem Jahr 2011 erreicht.<sup>43</sup> Sie reagiert auf Missstände in der Finanzwirtschaft und unterwirft Wertpapiervermittler (vormals: Finanzdienstleistungsassistenten) in § 136b strengeren Regelungen. Unter anderem verlangt die GewO für den Antritt dieses zuvor freien Gewerbes nun einen Befähigungsnachweis (§ 94 Z 77<sup>44</sup>) und den Nachweis des Bestehens eines Vertretungsverhältnisses<sup>45</sup> (§ 136a Abs 4 und § 136b Abs 2). Das Vorliegen dieser zusätzlichen Antrittsvor-

42 B. Raschauer, Verwaltungsrecht Rz 912.

43 BGBl I 2011/99.

44 Alphabetisch richtig wäre eine Einreihung nach Z 80 Waffengewerbe.

45 Damit ist das Bestehen eines Haftungsdaches gemeint: RV 1385 BlgNR 24. GP 5.



aussetzungen ist für den Anmelder an sich leicht feststellbar: Entweder er hat die geforderten Nachweise oder er hat sie nicht. Dennoch wollte der Gesetzgeber diese Gewerbetreibenden zum Markt erst zulassen, nachdem die Behörde sich über das Vorliegen aller Antrittsvoraussetzungen vergewissert hat. Das ist auch verständlich, war die Neuregelung dieser Gewerbe doch dadurch motiviert, dass »[...] das Vertrauen der Anleger in die Integrität und Stabilität des gesamten Marktes durch Unternehmensskandale im In- und Ausland sowie die im Jahre 2008 einsetzende Finanzkrise erschüttert [wurde].«<sup>46</sup> Angesichts dieser Vertrauensverluste wäre es nicht ganz fern gelegen, hier von den Gewerbetreibenden eine besondere Zuverlässigkeit zu verlangen, wie das in der GewO zB auch bei gewerblichen Vermögensberatern und selbst bei Reisebüros geschieht (§ 95 Abs 1 iVm § 94 Z 75 und 56). Das hätte zur Folge gehabt, dass Wertpapiervermittler in die Zuverlässigkeitsgewerbe einzureihen und daher nach § 95 Abs 1 bescheidpflichtig wären. Das wollte der Gesetzgeber aber nicht. Wie das Beispiel der Rauchfangkehrer zeigt, hat der Gesetzgeber eine Bescheidpflicht freilich auch schon bei Gewerben angeordnet, für die keine besondere Zuverlässigkeit erforderlich ist (§ 125 Abs 4). Auch diesem »Vorbild« wollte der Gesetzgeber nicht folgen. Warum, ist den Materialien nicht zu entnehmen, doch ist zu vermuten, dass der Gesetzgeber befürchtet hat, eine Bescheidpflicht könnte auf die betroffenen Kreise unpopulär wirken. Wohl deshalb ordnete er an, dass Wertpapiervermittler mit der Ausübung ihrer Tätigkeit »erst ab dem Zeitpunkt der Eintragung in das Gewerberegister beginnen« dürfen (§ 136a Abs 4 und § 136b Abs 2).

Damit gelingt der GewO das Kunststück, die Gewerbeberechtigung weder durch die Anmeldung noch (wie im Anzeigeverfahren) durch behördliche Untätigkeit noch (wie im Bewilligungsverfahren) durch einen Bescheid entstehen zu lassen, sondern durch einen positiven Akt der Behörde, der nach dem klaren Willen des Gesetzgebers *kein* Bescheid ist. Wie soll sich der Unternehmer dann aber gegen eine behördliche Säumnis wehren? Nicht einmal ein Antrag, das Vorliegen der Antrittsvoraussetzungen bescheidmäßig festzustellen, hilft hier weiter. Denn selbst wenn ein solcher Bescheid erlassen würde, dürfte das Gewerbe nach dem klaren Wortlaut der GewO weiterhin nur aufgrund der Registereintragung ausgeübt werden. Zu dieser Rechtsschutzbeeinträchtigung, die einer verfassungsrechtlichen Prüfung wohl nicht standhalten wird, kommen alle oben beschriebenen Komplikationen und Beschwerlichkeiten, die bereits

46 RV 1385 BlgNR 24. GP 1.

bei den bescheidpflichtigen Gewerben im »Anmeldungs«verfahren entstehen. Zwar sind der Phantasie kaum Grenzen gesetzt, aber ein Verfahren, das Nachteile noch unglücklicher kumuliert, muss erst erfunden werden.

### **C. Vom Wert des Besonderen für das Allgemeine**

Unser kurzer Streifzug durch das gewerberechtliche Versuchslabor macht nicht gerade Lust auf weitere Experimente. Eher legen die geschilderten Pannen nahe, dass es erstens einen Grund hat, wenn bestimmte Verfahrensarten mehrere Jahrhunderte hindurch überleben und dass zweitens nichts dafür spricht, über so lange Zeit hinweg fein austarierte Mechanismen leichtfertig durch Ad-hoc-Konstruktionen zu ersetzen.

Doch kann es nie einen Einwand dagegen geben, Bewährtes weiter zu verbessern. Geglückte Innovationen vermag freilich nur zu entdecken, wer verschiedenste Verwaltungsmaterien kennt, denn gerade dort wird das Neue versucht und nur dort kann auch beobachtet werden, ob sich ein Verfahren in der Praxis bewährt und auf andere Materien ausbreitet, sodass von einem neuen Typ gesprochen werden kann. Wie das Besondere Verwaltungsrecht ohne das Allgemeine planlos macht und verwirrt, wäre eine Darstellung des Allgemeinen Verwaltungsrechts ohne das Besondere blutleer und starr. Auch deshalb ist das Allgemeine Verwaltungsrecht beim Jubilar in guten Händen, denn ein besserer Kenner der Verwaltung in ihrer ganzen Buntheit ist zumindest der Autorin nicht bekannt.