

Inhaltsübersicht

Vorwort 5

Aktuelle Fragen der Finanzordnung im internationalen und nationalen Recht

Josef Brink, Frankfurt

Rechtliche Probleme der Verschuldung
von Staaten der "Dritten Welt" -
Währungssouveränität und Umschuldung 11

Wolfgang Engshuber, München

Die Rolle des Internationalen Währungsfonds (IWF)
bei der Umschuldungspraxis 47

David Jenny, Basel

Die finanzverfassungsrechtlichen Kompetenzen von
Regierung, Parlament und Volk in der Schweiz
(unter besonderer Berücksichtigung der Ausgaben-
bewilligungskompetenz) 93

Joachim Wieland, Karlsruhe

Ungeschriebene Ausgabenkompetenzen des Bundes in
der geschriebenen Finanzverfassung des Grundge-
setzes? 129

Vom Gewerbepolizeirecht zum Wirtschaftsverwaltungsrecht

Bernhard Losch, Tübingen

Gewerbefreiheit und Gewerbepolizeirecht als
geschichtliche Grundlagen der Wirtschafts-
überwachung 153

Wirtschaftsgestaltung und Wirtschaftslenkung im österreichischen Gewerberecht

Von Franz Merli

Inhaltsübersicht

1. Vorbemerkung	250
2. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	250
2.1 Grundrechte	250
2.2 Kompetenzordnung	253
3. Quellen und Geltungsbereich des österreichischen Gewerberechts	255
4. Ziele des Gewerberechts	257
4.1 Hauptziele	257
4.2 Hilfsfunktionen	264
5. Gewerberechtliche Wirtschaftsgestaltung und -lenkung	266
5.1 Begriffliches	266
5.2 Instrumentarium	269
6. Entwicklungslinien im Gewerberecht	273
7. Tendenzen außerhalb des Gewerberechts	278
7.1 Umweltschutz	278
7.2 Subventionen	281

1. Vorbemerkung

Dieser Beitrag soll eine Hilfe für die erste Orientierung im österreichischen Gewerberecht und Vergleichsmöglichkeiten zur Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland bieten. Aus diesem Grund verzichte ich darauf, Einzelfragen oder theoretische Probleme der Systembildung aufzugreifen und erhebe auch keinen Anspruch auf Originalität oder Vollständigkeit. Wie jede Übersicht leidet auch diese unter Verkürzungen. Wer sich näher für bestimmte Punkte interessiert, sei auf die Literaturangaben verwiesen.

2. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

2.1 Grundrechte

Die österreichische Bundesverfassung enthält weder eine ausdrückliche Garantie des marktwirtschaftlichen Systems noch eine Sozialstaatsklausel¹. Wesentliche Elemente der marktwirtschaftlichen Ordnung stehen aber unter **grundrechtlichem Schutz**²: das Privateigentum (auch an Produktionsmitteln)³, die Freiheit des

1 Zur österreichischen Wirtschaftsverfassung **Schäffer**, Die rudimentäre Wirtschaftsverfassung Österreichs, in: Festschrift Wenger, 1983, S. 3 ff.; **Schambeck**, Wirtschaftsverfassung und Verstaatlichung in Österreich, in: Festschrift Wenger, 1983, S. 39 ff.; **Wenger**, Die Wirtschaftsordnung, in: Schambeck (Hrsg.), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 1980, S. 665 ff.; **Korinek**, Die verfassungsrechtliche Grundlegung der österreichischen Sozial- und Wirtschaftsordnung, in: Mock/Schambeck (Hrsg.), Verantwortung in Staat und Gesellschaft, 1977, S. 245 ff.; **Korinek**, Die verfassungsrechtliche Garantie einer marktwirtschaftlichen Ordnung durch die österreichische Bundesverfassung, WipolBl. 1976 H 5, S. 87 ff.; **Gutknecht**, Das liberale Baugesetz und die Wirtschaftsverfassung, in: Festschrift F. Korinek, 1972, S. 77 ff.; - alle m.w.Nachw.

2 **Schantl**, Berufsfreiheit, Eigentumsfreiheit und Vertragsfreiheit als die wichtigsten Grundrechte der Wirtschaft, in: Festschrift F. Korinek, 1972, S. 129 ff.

3 Art. 5 Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der (Fortsetzung Fußnote)

Liegenschaftsverkehrs⁴, die Freiheit der Erwerbsbetätigung⁵. Die grundrechtlichen Verbürgungen enthalten allerdings wiederum Gesetzesvorbehalte, die weitgehende Eingriffe ermöglichen und dem Gesetzgeber wirtschaftspolitische Gestaltungsfreiheit einräumen.

Dies zeigt sich in typischer Weise an dem für das Gewerberecht wichtigsten Grundrecht, der **Freiheit der Erwerbsbetätigung**: Nach Art. 6 Abs. 1 StGG kann jeder Staatsbürger "unter den gesetzlichen Bedingungen jeden Erwerbszweig ausüben". Der in dieser Formulierung enthaltene Gesetzesvorbehalt ist formaler Art, was sich aus der Entstehungsgeschichte des Grundrechts erklärt: Für eine Rechtsordnung, in der ein zumindest teilweise gewähltes Parlament einer vom Kaiser ernannten und nur diesem verantwortlichen Regierung gegenübersteht und in der die Bindung der Exekutive an das Gesetz keine ausgemachte Sache ist, bedeutet es bereits einen Fortschritt, wenn Eingriffe der Verwaltung einer gesetzlichen Deckung bedürfen. Aus der Sicht der geltenden Bundesverfassung mit ihrem strengen Legalitätsprinzip (Art. 18 B-VG) und der Aufhebung des Gegensatzes von Parlament(smehrheit) und Regierung kann ein derartiger Gesetzesvorbehalt jedoch zum Einfallstor für einfachgesetzliche Maßnahmen werden, die das Grundrecht völlig aushöhlen⁶.

(Fortsetzung Fußnote von vorangegangener Seite)

Staatsbürger 1867 (StGG); Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK; **Öhlinger**, Eigentum und Gesetzgebung in Österreich, EuGRZ 1984, 557 ff.; **Barfuss**, Das Eigentumsrecht und die Vollziehung, EuGRZ 1984, 572 ff.; umfangr. Literaturhinweise finden sich auch in **Adamovich/Funk**, Österreichisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 1985, S. 419 f.

4 Art. 6 Abs. 1 StGG; **Morscher**, Die Niederlassungsfreiheit und die Freiheit des Liegenschaftsverkehrs in Österreich, EuGRZ 1983, 515 ff. m.w.Nachw.

5 Art. 6 Abs. 1 StGG; **Oberndorfer/Binder**, Der verfassungsrechtliche Schutz freier beruflicher, insbesondere gewerblicher Betätigung, in: Festschrift Klecatsky, 1980, II, S. 677 ff.; **Korinek**, Das Grundrecht der Freiheit der Erwerbsbetätigung als Schranke für die Wirtschaftslenkung, in: Festschrift Wenger, 1983, S. 243 ff.

6 Zum Gesetzesvorbehalt **Korinek**, Zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt (Fortsetzung Fußnote)

Der **Verfassungsgerichtshof** (VfGH) versucht, dieser Situation auf zweierlei Weise gerecht zu werden: Einerseits läßt er unter Berufung auf den **Gleichheitssatz** nur "sachlich gerechtfertigte" Einschränkungen der Erwerbsfreiheit zu⁷; andererseits wendet er die aus der Bundesrepublik übernommene Lehre vom **Wesensgehalt** der Grundrechte an⁸. An einem Konzessionssystem hat der VfGH bisher nur Anstoß genommen, wenn auch bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen kein gesetzlicher Anspruch auf Erteilung der Konzession bestand⁹. Auch die Normierung objektiver Marktzugangsvoraussetzungen (vor allem eines Lokalbedarfs an gewerblichen Leistungen) erklärte der VfGH wiederholt, aber ohne Begründung, für verfassungskonform¹⁰; diese ständige Rechtsprechung scheint nun allerdings ins Wanken gekommen zu sein: nur gewichtige öf-

(Fortsetzung Fußnote von vorangegangener Seite)

halt bei Grundrechten, in: Festschrift Merkl, 1970, S. 171 ff.; **Haider**, Die Freiheit der Berufsausübung im sozialen Rechtsstaat, JBl. 1978, 359 ff.

7 So z.B. **VfSlg** 4163/1962, 5871/1968, **VfGH** G 168/85 vom 3.12.1985; zusammenfassend **VfGH** B 698/85-8 vom 12.12.1985: "Eine die Erwerbsausübungsfreiheit einschränkende Vorschrift ist nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten und auch sachlich zu rechtfertigen ist.". Hier klingt auch das Übermaßverbot an.

8 Worin der Wesensgehalt der Erwerbsfreiheit besteht, ist bislang allerdings im Dunkeln geblieben. Die einzige konkrete höchstgerichtliche Äußerung dazu lautet so: "In dieser Hinsicht ist zunächst darauf zu verweisen, daß eine Verstaatlichung der gesamten Unternehmungen mit großem Kapitalbedarf und der gesamten Grundstoffindustrie deshalb dem Gesetzgeber verwehrt war, weil dann das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht des Staatsbürgers auf Freiheit der Erwerbsbetätigung ... in diesem Sektor praktisch beseitigt worden wäre.", **VfSlg** 3118/1956; vgl. auch **VfSlg** 3969/1961, 4163/1962, 7403/1974.

9 **VfSlg** 5240/1966; eine einfachgesetzliche Verbürgung der Gewerbefreiheit (wie in § 1 der deutschen GewO), aus der ein solcher Anspruch ableitbar wäre, enthält die österreichische GewO nicht.

10 Z.B. **VfSlg** 4521/1963, 5225/1966, 6799/1972, 8492/1979, 9698/1983.

fentliche Interessen, nicht aber Konkurrenzschutz als solcher, rechtfertigen objektive Zulassungsvoraussetzungen¹¹.

In engem Zusammenhang mit der Erwerbsfreiheit steht das Grundrecht auf **Freiheit der Berufswahl und -ausbildung**¹². Art. 18 StGG enthält keinen Gesetzesvorbehalt. Trotzdem ist es nach ständiger Rechtsprechung des VfGH zulässig, für gewisse Berufe einen bestimmten Ausbildungsgang gesetzlich vorzuschreiben, weil solche Bestimmungen als Regelung der "Bedingungen für die Ausübung eines Erwerbszweiges" i.S.d. Art. 6 StGG anzusehen seien¹³.

Zusammenfassend läßt die Rechtsprechung des VfGH Tendenzen zu einer strengeren Bindung des Gesetzgebers erkennen. Der grundrechtliche Rahmen für das Gewerberecht bleibt aber relativ groß.

2.2 Kompetenzordnung

Engere Schranken werden dem Gesetzgeber allerdings durch die **bundesstaatliche Kompetenzverteilung**¹⁴ auferlegt. Die "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie" sind Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung¹⁵. Was unter diesem Begriff zu verstehen ist, muß nach der Rechtsprechung des VfGH mit Hilfe der sog. "**Versteinierungstheorie**"¹⁶, also in historischer Interpretation

11 **VfGH** G 70/84 vom 4.10.1984; dazu **Griller**, Verfassungswidrige Schrottlenkung? ÖZW 1985, 85 ff.; **VfGH** B 251/83 vom 7.3.1985; B 698/85-8 vom 12.12.1985.

12 Art. 18 StGG; **Schantl** (Fn. 2); **Oberndorfer/Binder** (Fn. 5); **Haider** (Fn. 6).

13 Z.B. **VfSlg** 3168/1957, 4578/1964, 5838/1968, 6355/1971, 7559/1976, 9623/1981.

14 Grundsätzlich **Funk**, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung, 1980.

15 Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG.

16 **Azizi**, Wirtschaftssteuerung durch Gewerberecht? Kompetenz- (Fortsetzung Fußnote)

ermittelt werden. Entscheidend dafür ist die einfachgesetzliche Rechtslage zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Kompetenzbestandes im Jahre 1925. Das von der GewO 1859 und ihren Nebengesetzen gebildete Regelungssystem bildet somit den Rahmen, innerhalb dessen bundesrechtliche Vorschriften zulässig sind, auch wenn sie vorhandene Ansätze weiterentwickeln. Für unser Thema ist dabei vor allem von Bedeutung, daß der Bund wirtschaftslenkende Bestimmungen unter Berufung auf die Gewerberechtskompetenz nur dann erlassen kann, wenn ähnliche Regelungen zumindest ansatzweise bereits im Gewerberecht des Jahres 1925 enthalten waren¹⁷. Wenn das nicht zutrifft, fallen solche Maßnahmen – soweit sie nicht Deckung in anderen Bundeskompetenztatbeständen finden¹⁸ – aufgrund der Generalklausel des Art. 15 Abs. 1 B-VG in die Zuständigkeit der Länder. Allerdings können die Länder von dieser Ermächtigung nur Gebrauch machen, wenn sie dabei nicht das Gebot der Einheit des Bundesgebietes als Wirtschaftsgebiet (Art. 4 B-VG)¹⁹ verletzen. Nach herrschender Lehre heißt das, daß die Länder Wirtschaftslenkungsrecht nur nach bundeseinheitlichen Grundsätzen erlassen können²⁰ und daß damit diese Kompetenz zumindest für den Bereich des Gewerberechts praktisch leer bleibt.

(Fortsetzung Fußnote von vorangegangener Seite)
rechtliche Erwägungen am Beispiel der Energiepolitik, ÖZW 1984, 3 ff. m.w.Nachw.

- 17 **Azizi** (Fn. 16), S. 6, 10; **Korinek**, Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung im B-VG, in: Korinek/Rill (Hrsg.), Grundfragen des Wirtschaftslenkungsrechts, 1982, S. 83 ff. m.w.Nachw.
- 18 Z.B. "Waren- und Viehverkehr mit dem Ausland" (Art. 10 Abs. 1 Z 2 B-VG).
- 19 Dazu zuletzt **Azizi**, Zum Verfassungsgebot der Wirtschaftsgebietseinheit und seiner wirtschaftspolitischen Tragweite, ÖJZ 1985, 97 ff., 134 ff.
- 20 **Korinek** (Fn. 17), S. 95 ff.; **Azizi** (Fn. 19); **Wenger**, Zur rechtlichen Problematik wirtschaftslenkender Maßnahmen, WipolBl. 1978 H 2, S. 97 ff.

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Eingriffen in die Gewerbefreiheit ist somit – überspitzt gesagt – weniger ein grundrechtliches als ein kompetenzrechtliches Problem²¹.

3. Quellen und Geltungsbereich des österreichischen Gewerberechts

Die wichtigste Quelle des österreichischen Gewerberechts ist die GewO 1973²², die die Nachfolge der GewO aus 1859²³ angetreten hat. Sie regelt im Prinzip alle gewerblichen Tätigkeiten²⁴ einschließlich des Gastgewerbes²⁵, der Handwerke²⁶ und der Industrie²⁷, doch sind wichtige Gebiete aus ihrem Geltungsbereich ausgenommen²⁸. Dazu gehören vor allem die Land- und Forstwirtschaft, weitgehend auch der Bergbau, sowie die freien Berufe, das Banken- und Versicherungswesen und die Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Auch die Tätigkeit der Schifffahrts-, Luftfahrts- und Kraftlinienunternehmen unterliegt nicht der GewO; für den sog. Gelegenheitsverkehr (Ausflugswagen-, Mietwagen-, Taxi-gewerbe) und für den gewerblichen Gütertransport mit Kraftfahr-

- 21 Hinweise auf einzelne, kompetenzrechtlich zweifelhafte Bestimmungen bei Fn. 51, 157, 161 und 166.
- 22 BGBI. 1974/50 i.d.F. BGBI. 1975/259, 1976/253, 1978/233, 1978/379, 1979/66, 1980/223, 1981/486, 1981/619, 1982/522, 1982/630, 1983/144, 1983/185, 1983/567, 1985/269, 1986/101.
- 23 RGBI. 1859/227; Übersicht über die seither ergangenen Novellen bei **Mache**, Die Gewerbeordnung, 4. Aufl. 1968.
- 24 § 1 Abs. 1 GewO.
- 25 §§ 189–207 GewO.
- 26 Z.B. §§ 6 Z 1, 94–102 GewO.
- 27 Z.B. §§ 7, 129 GewO.
- 28 §§ 2–4 GewO; **Winkler**, Gewerbebegriff und Anwendungsbereich der GewO 1973, in: Rill (Hrsg.), Gewerberecht, 1978, 1 ff.

zeugen bestehen Sondergesetze²⁹, die zum Gewerberecht gezählt werden. Zu den wichtigsten gewerberechtlichen Nebengesetzen gehören schließlich noch das RohrleitungsG³⁰, das die gewerbsmäßige Güterbeförderung in Rohrleitungen und das Recht der zugehörigen Anlagen regelt, das NahversorgungsG³¹, das Vorschriften über kaufmännisches Wohlverhalten im Wettbewerb und eine Versorgungspflicht für Letztverkäufer von Waren des täglichen Bedarfs enthält, das Sonn- und FeiertagsbetriebszeitenG³² und das LadenschlußG³³. Der Arbeitnehmerschutz wurde 1972 aus der GewO herausgenommen und im ArbeitnehmerschutzG³⁴ und im ArbeitsinspektionsG³⁵ zusammengefaßt. Auch das Recht der gewerblichen Berufsausbildung findet sich nicht mehr, wie ursprünglich, in der GewO, sondern ist durch das BerufsausbildungsG³⁶ geregelt.

29 Gelegenheitsverkehrs-G BGBl. 1952/85 i.d.F. BGBl. 1968/305, 1974/50, 1976/253, 1981/486; Güterbeförderungsg BGBl. 1952/63 i.d.F. BGBl. 1963/36, 1963/54, 1974/50, 1974/704, 1981/486, 1982/630.

30 BGBl. 1975/411.

31 BGBl. 1977/392 i.d.F. BGBl. 1980/121.

32 BGBl. 1984/129; dieses Gesetz enthält nur gewerberechtliche Normen; entsprechende arbeitsrechtliche Bestimmungen finden sich dagegen im ArbeitsruheG (BGBl. 1983/144), im BäckereiarbeiterG (BGBl. 1955/59 i.d.F. BGBl. 1960/116, 1975/348, 1978/232) und im Kinder- und Jugendlichenbeschäftigungsg (BGBl. 1948/146, zuletzt i.d.F. BGBl. 1983/81).

33 BGBl. 1958/156 i.d.F. BGBl. 1964/203, 1974/50.

34 BGBl. 1972/234 i.d.F. BGBl. 1974/144, 1981/354, 1982/544; allgemein zum Arbeitnehmerschutz **Floretta/Spielbüchler/Strasser**, Arbeitsrecht I, 2. Aufl. 1984, S. 246 ff.; **Azizi**, Gewerbliches Betriebsanlagenrecht und Arbeitnehmerschutzrecht, ÖZW 1980, 40 ff.

35 BGBl. 1974/143.

36 BGBl. 1969/142 i.d.F. BGBl. 1974/22, 1974/399, 1974/475, 1978/232; **Winkler**, Ordnungsfragen der betrieblichen Berufsausbildung, in: Festschrift Wenger, 1983, S. 911 ff.

4. Ziele des Gewerberechts

Versucht man nun, einen Überblick über diese Vorschriften zu gewinnen, kann dies natürlich in verschiedener Weise geschehen. In unserem Zusammenhang erscheint mir besonders wichtig, die Frage nach den **Zwecken** des Gewerberechts, d.h. nach jenen Gründen zu beantworten, die eine Einschränkung der Gewerbefreiheit rechtfertigen³⁷.

4.1 Hauptziele

Wenn wir zunächst von Hilfsfunktionen absehen, lassen sich folgende **primäre Ziele** unterscheiden:

- Dem **Schutz des Lebens und der Gesundheit** von Menschen dienen allgemein z.B. die Vorschriften über die Genehmigung von Betriebsanlagen³⁸ und über die Ausstattung von Maschinen³⁹ oder die Verpflichtung, bestimmte Arbeiten nur durch geschultes Personal durchführen zu lassen⁴⁰; konkret etwa die Bestimmungen über die Lagerung pyrotechnischer Gegenstände⁴¹ oder das An-

37 Vgl. die Erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage zur GewO: "Die gegenständliche Regierungsvorlage wurde ... nach dem Grundsatz der Gewerbefreiheit ausgestaltet. Die Gewerbefreiheit soll nur dort ihre Schranken finden, wo dies im öffentlichen Interesse geboten ist." (395 BlgNR XIII.GP); ähnlich auch der Bericht des Handelsausschusses (941 BlgNR XIII.GP).

38 §§ 74-84 GewO.

39 § 71 GewO; Allgemeine Maschinen- und Geräte-Sicherheitsverordnung BGBl. 1983/219 i.d.F. BGBl. 1985/575; **Buchmann**, Schutzbestimmungen der GewO 1973, in: Rill (Fn. 28), S. 380 ff. (393 ff.).

40 § 70 GewO und Durchführungsverordnungen; weiters §§ 186, 212 Z 3, 216, 225, 229, 233, 246 Abs. 1, 313, 321 GewO; **Buchmann** (Fn. 39), S. 391 ff.

41 Verordnung des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie (BMHGI), BGBl. 1977/514.

passen von Kontaktlinsen⁴², aber auch die Verbote, Alkohol an Jugendliche auszuschenken⁴³ oder Versandhandel mit Arzneimitteln zu betreiben⁴⁴.

- Andere Vorschriften bezwecken den **Schutz "Dritter" vor Vermögensschäden**, z.B. die Vorschriften über die Berücksichtigung dinglicher Rechte der Nachbarn bei der Betriebsanlagengenehmigung⁴⁵ oder über die Versicherungspflicht für Rohrleitungsunternehmen⁴⁶.
- Das Gewerberecht enthält auch Regelungen zur Vermeidung von **Umweltbeeinträchtigungen**, die über den Schutz der Nachbarschaft hinausgehen: z.B. eine - gegenüber dem Wasserrecht subsidiäre - Bestimmung zum Schutz der Gewässer vor Betriebsanlagen⁴⁷ oder den erst kürzlich neueingeführten § 79a GewO⁴⁸, der der Gewerbebehörde erlaubt, den Inhabern von Betriebsanlagen auf Antrag des Gesundheitsministers zusätzliche Auflagen zur Hintanhaltung "einer über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichenden beträchtlichen Belastung der Umwelt durch Luftschadstoffe oder Lärm oder Erschütterungen" vorzuschreiben; aber auch die Festsetzung des höchstzulässigen Schwefelgehaltes für Heizöl, das in Gewerbebetrieben verwendet oder von ihnen

42 Verordnung des BMHGI BGBI. 1976/698 i.d.F. BGBI. 1979/510.

43 § 197 GewO.

44 § 50 Abs. 2 GewO.

45 § 77 Abs. 1 i.V.m. § 74 Abs. 2 Z 1 GewO.

46 § 13 RohrleitungsG BGBI. 1975/411; vgl. auch § 78 Abs. 5 GewO.

47 § 74 Abs. 2 Z 5 i.V.m. § 77 Abs. 1 GewO.

48 § 79a wurde durch das UmweltfondsG BGBI. 1983/567 in die GewO eingefügt; zu den Tücken dieser Regelung im einzelnen **Schwarzer**, Die Änderung der Gewerbeordnung 1973 durch das Umweltfondsgesetz - eine versäumte Gelegenheit, ÖZW 1984, 11 ff.

verkauft wird⁴⁹, oder die Verpflichtung, bestimmte Maschinen nur dann in den Verkehr zu bringen, wenn auf ihnen ihre Lautstärke angegeben ist⁵⁰.

- Dem **Energiesparen** dienen die ebenfalls erst unlängst in die GewO eingefügten Bestimmungen der §§ 71a und 77 Abs. 3 und 4: sie ermächtigen den Handelsminister, mit Verordnung für Waren und Dienstleistungen "Mindestanforderungen zur volkswirtschaftlich sinnvollen Nutzung von Energie" zu normieren, und beauftragen die Betriebsanlagengenehmigungsbehörde, "aus energiewirtschaftlichen Gründen" entsprechende Auflagen vorzuschreiben⁵¹.
- Der **Schutz ökonomischer Interessen der Konsumenten**⁵² gewerblicher Leistungen ist Motiv für Regelungen wie die Pflichten der Unternehmer zur Namensführung⁵³ sowie zur Ersichtlichmachung von Geschäftsbedingungen und Preisen⁵⁴ und für die Festsetzung

49 Verordnung des BMHGI, BGBI. 1982/251 i.d.F. BGBI. 1984/73; sie stützt sich auf § 69 Abs. 1 GewO, wo von der "Vermeidung einer Gefährdung von Leben oder Gesundheit von Menschen" die Rede ist; trotzdem hat sie darüber hinaus allgemeine umweltpolitische Bedeutung. Ähnliches gilt für die Verordnung des BMHGI über die Begrenzung des Schwefelgehaltes von Kraftstoffen für nicht zum Betreiben von Kraftfahrzeugen bestimmte Dieselmotoren, BGBI. 1985/549.

50 § 72 GewO; **Buchmann** (Fn. 39), S. 399 ff.

51 GewO-Novelle 1981, BGBI. 619. - Die kompetenzrechtliche Zulässigkeit dieser Vorschriften bestreiten **Duschaneck**, Kompetenzrechtliche Überlegungen zu Energiesparvorschriften im Gewerberecht, ZfV 1981, 260 ff. und **Azizi** (Fn. 16); a.A. **Zluwa**, Energiesparen und Verwaltungsrecht, in: Festschrift Wenger, 1983, S. 885 ff. - Derzeit ist bei **VfGH** ein Verfahren anhängig, das diese Frage klären soll (G 60/82).

52 Allgemein zum Begriff des Konsumentenschutzes **Hanreich**, Verbraucherpolitik durch Wettbewerbsrecht, in: Festschrift Wenger, 1983, S. 539 ff.

53 §§ 63-67 GewO.

54 § 73 GewO; vgl. auch §§ 123 Abs. 4, 239 Abs. 3 GewO sowie Bestimmungen in Durchführungsverordnungen, die Ausübungs- (Fortsetzung Fußnote)

von Höchsttarifen für bestimmte Gewerbe⁵⁵; auch das Verbot bestimmter Geschäftspraktiken⁵⁶, z.B. des Aufsuchens von Privatpersonen zur Sammlung von Kreditvermittlungsaufträgen⁵⁷, ist offensichtlich konsumentenschützerisch motiviert. Gleiches gilt für Schutzbestimmungen, die in Verordnungen zu § 69 Abs. 2 GewO (Ausübungsregeln für einzelne Gewerbe) enthalten sind⁵⁸.

- Die Konsumenten gewerblicher Leistungen sollen aber nicht nur vor Irreführung und Übervorteilung, sondern auch vor unfähigen Anbietern geschützt werden. Der **Sicherung eines entsprechenden Leistungsstandards** dient vor allem der für den Großteil der Gewerbe vorgesehene Befähigungsnachweis⁵⁹, aber auch Bestimmungen wie jene, daß im Gastgewerbe verwendete Papierservietten ein Mindestausmaß von 30 x 30 cm haben müssen⁶⁰.

(Fortsetzung Fußnote von vorangegangener Seite)

regeln für einzelne Gewerbe normieren; weiters §§ 11-11c PreisG, BGBl. 1976/260 i.d.F. BGBl. 1978/271, 1980/288, 1982/311, 1984/265.

- 55 Durchführungsverordnungen zu den §§ 123, 124 (Theaterkartenbüros), 177 (Rauchfangkehrer), 218 (Fremdenführer), 239 (Bestatter), 252 (Kanalräumer), 257 (Abdecker), 261 Abs. 2 Z 1 (Immobilienmakler), 265 (Immobilienverwalter), 269 (Personalkreditvermittler), 309 (Inkassobüros) GewO; vgl. auch die §§ 10-13 Güterbeförderungsg (Fn. 29) und § 10a Gelegenheitsverkehrs-G (Fn. 29).
- 56 Z.B. §§ 54-62 GewO (Sammeln und Entgegennahme von Bestellungen).
- 57 § 6 Abs. 3 Verordnung des BMHGI BGBl. 1977/304.
- 58 Übersicht in **Mache/Kinscher**, GewO, 5. Aufl. 1982, S. 260; **Buchmann** (Fn. 49), S. 397 ff.
- 59 "Die Bedeutung des Befähigungsnachweises liegt darin, einen gewissen Standard der Leistungen des Gewerbes zu sichern; der Verbraucher muß damit rechnen können, daß die bestellte Arbeit den Anforderungen entspricht; der Befähigungsnachweis bedeutet aber auch einen Schutz der Gewerbetreibenden gegen die Konkurrenz durch schlechtere, allenfalls die Preise unterbietende Leistungen.", EB zur RV-Fn. 37; vgl. auch Fn. 141.
- 60 § 1 Abs. 2 Verordnung des BMHGI BGBl. 1981/176.

- Verschiedene Bestimmungen des Gewerberechts haben die **Sicherstellung der Versorgung** der Konsumenten zum Ziel; dazu zählen die kürzlich eingeführten Erleichterungen beim Verkauf mit mobilen Betriebseinrichtungen von Bäckern, Fleischern und Lebensmittelkleinhändlern⁶¹, der Entzug von bedarfsgebundenen Konzessionen bei Nichtausübung⁶², der Kontrahierungszwang für Rauchfangkehrer (Schornsteinfeger) in ihrem Kehrgebiet⁶³ und die durch das Nahversorgungsgesetz geschaffene Verpflichtung der Letztverkäufer, Waren des täglichen Bedarfs an Verbraucher abzugeben⁶⁴. Auch die Regelungen des LadenschlußG, des Sonn- und Feiertags-BetriebszeitenG sind zumindest zum Teil - vor allem was ihre Ausnahmen anbelangt - versorgungsorientiert⁶⁵. Das trifft auch auf die Sperrzeitverordnungen für das Gastgewerbe⁶⁶ zu.

- 61 § 53a GewO, eingefügt durch BGBl. 1981/619; **Demmelbauer**, Wird die Gewerbeordnungs-Novelle 1981 die Nahversorgung verbessern?, ZfV 1982, 221 ff.
- 62 § 89 Abs. 2 GewO; "... daher dient diese Bestimmung auch der Sicherung der Bedarfsdeckung.", EB zur RV-Fn. 37.
- 63 § 176 Abs. 3 GewO; "Mit dieser Bestimmung soll erreicht werden, daß Rauchfangkehrer nicht die Ausführung von Arbeiten in entlegenen Häusern ablehnen, weil durch den längeren Anfahrtsweg die Ausführung dieser Arbeiten nicht den gleichen Verdienst wie andere Arbeiten ermöglicht.", EB zur RV-Fn. 37; als entsprechende Strafbestimmung fungiert § 368 Z 17 GewO.
- 64 § 5 Abs. 1 Nahversorgungsg (Fn. 31); das Ziel geht schon aus dem Titel des Gesetzes hervor: "Bundesgesetz ... zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen"; die zugehörige Strafbestimmung findet sich in § 8 Abs. 1 und 2 Nahversorgungsg.
- 65 Vgl. § 6 Abs. 2 LadenschlußG (Fn. 33); § 3 Abs. 1 Sonn- und Feiertags-BetriebszeitenG (Fn. 32).
- 66 § 198 GewO verpflichtet den Ordnungsgeber, "auf die Bedürfnisse der ortsansässigen Bevölkerung und der Fremden Bedacht zu nehmen". Übersicht über die einzelnen Verordnungen bei **Mache/Kinscher** (Fn. 58), S. 525.

- Zum Kernbestand des Gewerberechts gehören auch Vorschriften, die die Unternehmer vor unerwünschter **Konkurrenz** bewahren sollen. Zu ihnen zählen z.B. die Bestimmungen, die die Konzessionserteilung an einen Bedarf nach gewerblichen Leistungen knüpfen⁶⁷; aber auch die Betriebszeitenregelungen verfolgen u.a. diesen Zweck⁶⁸. Außerdem lassen sich die Konsumentenschutzvorschriften auch weitgehend als Bestimmungen gegen unlauteren Wettbewerb verstehen⁶⁹. Andererseits enthält das Gewerberecht auch konkurrenzfördernde Vorschriften wie großzügige Regelungen der Nebenbetriebsrechte und Erleichterungen beim Übergang auf verwandte Gewerbe⁷⁰.
- Schließlich findet sich im Gewerberecht eine Fülle von Bestimmungen, die den **Schutz anderer öffentlicher Interessen** bezwecken.

In diesem Bereich leistet das Gewerberecht hauptsächlich Hilfsdienste bei der Verfolgung von Zielen anderer Rechtsnormen. Die Spannweite dieser öffentlichen Interessen soll nur an ein paar Beispielen verdeutlicht werden: Die speziellen Auskunfts-

67 § 173 GewO (Rauchfangkehrer), § 238 Abs. 1 Z 2 GewO (Bestatter), § 5 Abs. 1 Gelegenheitsverkehrs-G (Fn. 29), § 6 Abs. 1 lit. c Güterbeförderungsg (Fn. 29), § 5 Abs. 1 Z 5 Rohrleitungsg (Fn. 30); die EB zur RV (Fn. 37) nennen die Bedarfsprüfungen "wirtschaftspolitisch bestimmte Beschränkungen" und verweisen bei den einzelnen Gewerben auf die besondere Bedeutung "gesunder Betriebe".

68 So etwa die RV zum LadenschlußG (478 BlgNR VIII.GP): "Der Entwurf geht von dem Gedanken aus, daß die Ladenschlußregelung einerseits den Verbrauchern den Einkauf zu einer Zeit ermöglichen muß, in der sie nicht selbst berufstätig sind, daß aber andererseits der Wettbewerb unter den Gewerbetreibenden diese nicht zu überlangen Geschäftszeiten nötigen soll, die vielfach betriebswirtschaftlich nicht gerechtfertigt wären."

69 Vgl. o. Fn. 59.

70 Z.B. §§ 19, 30, 31, 37 GewO; "Diese Maßnahmen sollen insbesondere einer Verbesserung des Wettbewerbes in der Wirtschaft dienen und eine Steigerung der wirtschaftlichen Lage bewirken.", AB-Fn. 37.

pflichten der Kunst- und Antiquitätenhändler⁷¹, der Altwarenhändler⁷² und der Pfandleiher⁷³ dienen der Strafrechtspflege, vor allem der Bekämpfung der Hehlerei⁷⁴. Der Schutz öffentlicher Einrichtungen wie Kirchen, Schulen, Krankenhäuser findet in den Vorschriften über die Betriebsanlagenehmigung⁷⁵ Niederschlag. Ein ganzes Bündel von öffentlichen Interessen schützt die Bestimmung, die die Gewerbeausübung an ihre Standortverträglichkeit knüpft, weil sie die Zielsetzungen von Verbotsnormen etwa des Raumordnungs-, des Bau- und Straßensrechts, des Eisenbahnrechts oder des Naturschutzes effektuieren soll⁷⁶. Dem Interesse der Seilbahnen - die nicht der GewO unterliegen - dient das Verbot der Konzessionserteilung für Schlepplifte, wenn sie für eine Seilbahn eine unzumutbare Konkurrenzierung bedeuteten⁷⁷. Feuerpolizeilich motiviert ist die Gebietsabgrenzung für Rauchfangkehrer⁷⁸.

71 § 109 GewO.

72 § 122 Abs. 2 GewO.

73 § 286 GewO.

74 Die EB zur RV (Fn. 37) sprechen allgemein vom "sicherheitspolizeilichen Interesse".

75 § 74 Abs. 2 Z 3 i.V.m. § 77 Abs. 1 GewO.

76 § 15 Abs. 1 GewO; zum Kreis der Rechtsvorschriften, die die Gewerbeausübung an einem bestimmten Standort verbieten, vgl. **Mache/Kinscher** (Fn. 58), S. 99 f.

77 § 180 Abs. 1 Z 1 GewO; "Die besonderen Verkehrsaufgaben und die damit zusammenhängenden besonderen Verpflichtungen, welche die in Rede stehenden Eisenbahnunternehmen" (gemeint sind Seilbahnen - F.M.) "zu erfüllen haben (s. die Vorschriften über Betriebspflicht, Maximaltarife, Sozialtarife usw.), erfordern auch eine entsprechende Rücksichtnahme auf die besondere Stellung dieser Eisenbahnunternehmen innerhalb der Volkswirtschaft.", EB zur RV-Fn. 37.

78 Gem. § 176 Abs. 1 GewO hat der Landeshauptmann die gebietsweise Abgrenzung zu verfügen, "wenn es aus Gründen der Feuerpolizei zweckmäßig ist".

Schon aus dieser - eher skizzenhaften - Zusammenstellung wird klar, daß natürlich viele Vorschriften mehreren Funktionen zuzuordnen sind. So haben etwa die Bestimmungen über die Gewerbeausübungsvoraussetzungen (Befähigung, Zuverlässigkeit, Bedarf u.ä.⁷⁹) den Zweck, Leben, Gesundheit und ökonomische Interessen der Konsumenten vor unfähigen oder unlauteren Anbietern zu schützen; gleichzeitig sollen sie aber auch einen bestimmten Leistungsstandard sichern und die Gewerbetreibenden vor unerwünschter Konkurrenz bewahren. Höchstarife für Fremdenführer schützen hilflose Ausländer, aber auch den österreichischen Fremdenverkehr. Betriebszeitenregelungen beschränken den Wettbewerb, schützen die Nachbarn und sollen die Versorgung der Bevölkerung sicherstellen. Bei genauerem Hinsehen entpuppen sich fast alle Vorschriften zumindest in ihrer faktischen Wirkung als **multifunktional**: So erhöht etwa jede Schutzbestimmung den Aufwand des Gewerbetreibenden und wirkt damit abschreckend für Billigkonkurrenz. Entscheidend für die Zuordnung bleibt aber die primäre Motivation der jeweiligen Vorschrift.

4.2 Hilfsfunktionen

Zur Hauptfunktion des Gewerberechts - dem Schutz der genannten Interessen - tritt eine Reihe von unselbständigen und einander

79 Die GewO unterscheidet zwischen Anmeldungsgewerben und konzessionierten Gewerben (§ 5). Anmeldung bzw. behördliche Bewilligung sind konstitutiv für die Gewerbeberechtigung. Die Anmeldungsgewerbe teilen sich in die freien Gewerbe, in die Handwerke, deren Ausübung außer den allgemeinen Bedingungen (Eigenberechtigung, kein Ausschluß von der Gewerbeausübung wegen bestimmter Delikte oder Konkurses) die Meisterprüfung voraussetzen, und die gebundenen Gewerbe, für die ein Befähigungsnachweis in anderer Form erbracht werden muß. Für die Ausübung der konzessionierten Gewerbe ist meist ein Befähigungsnachweis, immer Zuverlässigkeit Voraussetzung; außerdem müssen die für einzelne Gewerbe geltenden besonderen Erfordernisse (z.B. Lokalbedarf - Übersicht bei Mache/Kinscher - Fn. 58 - S. 137 f.) erfüllt sein. Im einzelnen Kinscher, Voraussetzungen für die Ausübung von Gewerben, in: Rill (Fn. 28), S. 103 ff.

ergänzenden Hilfsfunktionen. Der **Information** der Behörde dienen vor allem die Pflicht zur Anmeldung der beabsichtigten Gewerbeausübung⁸⁰ die Bestimmungen über die mit Anträgen einzureichenden Unterlagen⁸¹ und vielfältige Anzeigepflichten⁸². Auch die Mitwirkungszuständigkeiten von Bundesgendarmerie und Sicherheitsorganen bei Erhebungen über die gewerberechtliche Zuverlässigkeit⁸³ dient der Informationsbeschaffung.

Instrumente der **Kontrolle** sind z.B. die behördlichen Rechte, Betriebe und Lagerräume zu besichtigen, technische Demonstrationen und Auskünfte zu verlangen, in Geschäftsunterlagen einzusehen und Proben zu entnehmen⁸⁴.

Der **Abwehr unmittelbar drohender Gefahren** dienen die einstweiligen Zwangs- und Sicherheitsmaßnahmen, z.B. die Schließung eines Betriebes oder die Stilllegung von Maschinen⁸⁵.

Sanktionsvorbereitend sind Maßnahmen der Verfolgung von Verwaltungsübertretungen wie Anzeigen, Festnahme und Beschlagnahmen⁸⁶.

An **Sanktionen** (i.w.S.) enthält das Gewerberecht schließlich Verwaltungsstrafen (Geld- und Haftstrafen⁸⁷, Verfall von Gegenständen

80 § 339 Abs. 1 GewO.

81 Z.B. §§ 339 Abs. 3, 341 Abs. 1, 345 Abs. 7, 353 GewO.

82 Vgl. die Zusammenstellung in der Strafbestimmung des § 368 Z 1 GewO.

83 § 336 Abs. 1 Z 3 GewO.

84 § 338 GewO; vgl. auch die Mitwirkungspflichten der Bundesgendarmerie und der Sicherheitsorgane der Bundespolizeidirektionen gem. § 336 GewO; dazu Funk, Gewerbepolizeiliche Maßnahmen, in: Rill (Fn. 28), S. 403 ff.

85 § 360 Abs. 2 GewO; Funk (Fn. 84), S. 425 ff.

86 § 336 GewO; Funk (Fn. 84), S. 420 ff.

87 §§ 366-368 GewO.

den⁸⁸, die Entziehung der Gewerbeberechtigung⁸⁹ und den bescheidmäßigen Auftrag zur Herstellung des gesetzlichen Zustandes, der bis zur Schließung des Betriebes gehen kann⁹⁰. In manchen Fällen normiert die GewO auch ein besonderes Rücktrittsrecht von gesetzwidrigen Verträgen⁹¹; durch seine Schutznormen wirkt das Gewerberecht hier indirekt sanktionierend.

5. Gewerberechtliche Wirtschaftsgestaltung und -lenkung

5.1 Begriffliches

Will man nun das Gewerberecht nach **ordnungs- und lenkungsrechtlichen Gesichtspunkten** betrachten, so setzt dies zunächst eine entsprechende begriffliche Unterscheidung voraus. In der österreichischen Lehre hat sich dazu eine Dreiteilung von staatlichen Eingriffen in die Wirtschaft entwickelt⁹². Dem **Wirtschaftsordnungsrecht** werden Maßnahmen zugerechnet, die die Abwehr von Gefahren, die mit wirtschaftlichen Tätigkeiten verbunden sind, nicht aber deren eigentliche Gestaltung im Hinblick auf bestimmte wirtschaftliche Erfolge zum Ziel haben. Ein typisches Beispiel bieten gewerbepolizeiliche Befugnisse. Zur **Wirtschaftsaufsicht**⁹³ zählen Eingriffe zur Vermeidung oder Korrektur von wirtschaftli-

88 § 369 GewO.

89 §§ 87-91 GewO.

90 § 360 Abs. 1 GewO.

91 §§ 54 Abs. 3, 60 GewO.

92 Allgemein z.B. **Korinek**, Rechtliche Rahmenbedingungen unternehmerischer Tätigkeit, WipolBl. 1985 H 1, S. 16 ff.; **Adamovich/Funk**, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1984, S. 2 f.; **Schäffer** (Fn. 1), S. 15 f.; **Wenger**, Wirtschaftsverwaltung, in: Klose/Mantl/Zsifkovits (Hrsg.), Katholisches Soziallexikon, 2. Aufl. 1980, S. 2695 ff.

93 **Wenger**, Die Wirtschaftsaufsicht als Rechtsinstitut des Wirtschaftsverwaltungsrechts, in: Festschrift Fröhler, 1980, S. 373 ff.; **Schäffer**, Wirtschaftsaufsicht, ÖZW 1978, 33 ff.

chen Fehlentwicklungen, die vor allem die Erhaltung von Betrieben wegen ihrer volkswirtschaftlichen Versorgungsleistung bezwecken. Einen Kernbereich der Wirtschaftsaufsicht bildet das Banken- und Versicherungswesen. Unter direkter **Wirtschaftslenkung**⁹⁴ versteht man schließlich Maßnahmen, mit denen aus volkswirtschaftlichen Gründen unternehmerische durch staatliche Entscheidungen ersetzt werden, also direkte und beschränkende Interventionen in Form von Preisregelung, Bewirtschaftung knapper Güter und administrativen Erzeugungs- und Verteilungsstrukturen, wie sie vor allem in den sog. Wirtschaftslenkungsgesetzen⁹⁵ enthalten sind.

Dieses begriffliche Instrumentarium erweist sich jedoch für meinen Zweck - die Analyse des Gewerberechts - als relativ unfruchtbar, weil seine Anwendung zu dem Ergebnis führen würde, daß das Gewerberecht im großen und ganzen nur ordnungsrechtliche Vorschriften kennt. In Randbereichen ließe sich darüber zwar streiten - etwa wenn man die Energiesparvorschriften⁹⁶, die Prüfung eines "volkswirtschaftlichen" Bedarfs an Rohrleitungen⁹⁷ oder die Versorgungspflicht nach dem Nahversorgungsgesetz⁹⁸ ins Auge faßt; es wäre auch zu fragen, ob etwa gewerberechtliche Preisregelungen wirklich in allen Fällen - z.B. im Gütertransportrecht - gewerbepolizeilicher Natur sind⁹⁹; und ob Bedarfsprüfungen im

94 **Korinek/Rill** (Fn. 17); **Berger**, Das Institut der Marktordnung als Instrument der wirtschaftslenkenden Verwaltung, ÖZW 1981, 35 ff.; **Wenger** (Fn. 20).

95 PreisG 1976 BGBl. 260, Marktordnungsg 1967 BGBl. 1968/36, ViehwirtschaftsG 1983 BGBl. 621, LandwirtschaftsG 1976 BGBl. 299, VersorgungssicherungsG 1980 BGBl. 282, SchrottlenkungsG 1978 BGBl. 275, LebensmittelbewirtschaftungsG 1952 BGBl. 183, EnergielenkungsG 1982 BGBl. 545, Erdöl-Bevorratungs- und MeldeG 1982 BGBl. 546; jeweils in der geltenden Fassung.

96 Vgl. o. Fn. 51.

97 Vgl. o. Fn. 67.

98 Vgl. o. Fn. 64.

99 Zur Preisregelung durch Gewerberecht **Rill**, Grundfragen des (Fortsetzung Fußnote)

Gewerberecht im Sinne der Funktionsschutztheorie¹⁰⁰ nicht dem Wirtschaftsaufsichtsrecht zuzuordnen wären.

Hier soll es aber nicht um diese Einordnungsprobleme gehen, die ihren Grund in der Unschärfe der traditionellen Begriffe hat. Die Eigenheiten des Gewerberechts lassen sich meines Erachtens besser erfassen, wenn man auf das gängige Begriffsschema verzichtet. Dann wird der Blick dafür frei, daß das Gewerberecht neben den Sicherheitsvorschriften als Kernbestand ein ganzes Set von wirtschaftsgestaltenden Regelungen enthält. Möchte man nun diesen Bereich der "gewerblichen Wirtschaftsgestaltung" zumindest in groben Zügen abstecken, so ist dafür zunächst eine Analyse der Ziele gewerberechtlicher Vorschriften erforderlich (wie sie oben angedeutet wurde): Denn verfolgt eine Regelung nicht in erster Linie ein wirtschaftspolitisches Ziel, so wird man ihr den wirtschaftsgestaltenden Charakter absprechen müssen - selbst dann, wenn sie intensive wirtschaftliche Nebenwirkungen nach sich zieht; anderenfalls wäre eine Abgrenzung gar nicht möglich, weil jede gewerberechtliche Bestimmung notwendigerweise wirtschaftliche Folgen hat. Verlangt also eine Vorschrift des Gewerberechts z.B. Lärmschutzvorrichtungen für Betriebsanlagen, ist sie nicht wirtschaftsgestaltend, obwohl sie die Wettbewerbsverhältnisse in bestimmten Sektoren verändert, die Marktposition von Herstellern dieser Einrichtungen verbessert und unter Umständen auch die Einstellung von Fachkräften erfordert und damit deren Chancen auf dem Arbeitsmarkt erhöht.

Als primär wirtschaftspolitisch motivierte Regelungen des Gewerberechts kommen nun vor allem jene in Frage, die dem (ökonomischen) Konsumentenschutz einschließlich der Versorgungssicherung und der Leistungssteigerung, der Wettbewerbsregelung und dem

(Fortsetzung Fußnote von vorangegangener Seite)
österreichischen Preisrechts I, ÖZW 1974, 97 (100 ff.).

100 **Funk**, Das System des österreichischen Wirtschaftslenkungsrechts, in: Korinek/Rill (Fn. 17), S. 53 (77 f.).

Energiesparen dienen¹⁰¹. Unter ihnen stechen wiederum einige heraus, die besonders eingriffsintensiv sind - vor allem jene, die die Berechtigung zur Gewerbeausübung von Umständen abhängig machen, die nicht in der Sphäre des Unternehmers liegen, oder die darüber bestimmen, zu welchen Preisen oder wem gegenüber eine Leistung zu erbringen ist. Diese besonders intensiven, wirtschaftspolitisch motivierten Eingriffe in die Gewerbefreiheit möchte ich hier als Maßnahmen der "gewerberechtlichen Wirtschaftslenkung bezeichnen"; sie sind auch das, was dem Wirtschaftslenkungsrecht im "klassischen" Sinn am nächsten kommt.

5.2 Instrumentarium

Durchforstet man das österreichische Gewerberecht nach solchen Erscheinungen, ergibt sich folgendes Bild:

- Eine **Bedarfsprüfung** ist nur in fünf Fällen vorgesehen¹⁰²: Bei den Rauchfangkehrern und den Bestatern, beim Gütertransport mit Kraftfahrzeugen, beim Gelegenheitsverkehr (Ausflugwagen-, Fiaker-, Mietwagen- und Taxigewerbe) und für die Beförderung von Gütern in Rohrleitungen; ähnliche Funktion hat die Bestimmung, daß eine Konzession für Schleplifte nur erteilt werden darf, wenn diese keine unzumutbare Konkurrenz für Seilbahnen darstellen¹⁰³.

- **Administrative Preisregelungen**¹⁰⁴ in Form von Höchsttarifen er-

101 Auch die Bestimmung über die Standortverträglichkeit der Gewerbeausübung dient insoweit wirtschaftspolitischen Zielsetzungen, als die Vorschriften außerhalb des Gewerberechts, deren Effektivierung sie sicherstellen soll (z.B. Raumordnungsnormen), wirtschaftspolitisch motiviert sind; diese Ziele sind aber eben nicht gewerberechtliche, und daher klammere ich sie im folgenden aus.

102 Vgl. o. Fn. 67.

103 Vgl. o. Fn. 77.

104 Vgl. o. Fn. 55.

laubt das Gewerberecht für die Leistungen von Theaterkartenbüros, Fremdenführern, Kanalräumern, Abdeckern, Immobilienmaklern und -verwaltern, Personalkreditvermittlern, Inkassobüros; für Bestatter und Rauchfangkehrer mit Gebietsabgrenzung sind Höchsttarife festzusetzen; Tarifregelungen sind auch für den Gelegenheitsverkehr und den gewerblichen Gütertransport zulässig.

- Direkte **Betriebspflichten** kennt das Gewerberecht nicht; doch sieht es regelmäßig den Entzug einer bedarfsgebundenen Konzession vor, wenn das Gewerbe länger als ein Jahr nicht ausgeübt wird¹⁰⁵. Außerdem verpflichtet es bestimmte Gewerbetreibende, die beabsichtigte Betriebseinstellung der Behörde vorher anzuzeigen¹⁰⁶ und Vorsorge für die Fortführung der notwendigen Arbeiten durch einen anderen Gewerbetreibenden zu treffen¹⁰⁷.
- Vereinzelt schafft das Gewerberecht verwaltungsrechtlich sanktionierte **Kontrahierungszwänge**, so für die Rauchfangkehrer in ihrem Kehrgebiet¹⁰⁸ und für die Letztverkäufer von täglichen Bedarfsgütern¹⁰⁹.

Überblickt man diese Regelungen, wird klar, daß sie vor allem konzessionspflichtige Tätigkeiten betreffen, die öffentliche Aufgaben berühren (z.B. Feuerpolizei, Bestattungswesen, Abwasserbeseitigung, öffentlicher Verkehr) und daß Wettbewerbsbeschränkungen im Interesse dieser Gewerbetreibenden fast immer mit Eingriffen in die unternehmerische Dispositionsfreiheit verbunden sind,

105 Vgl. o. Fn. 62.

106 §§ 175 (Rauchfangkehrer), 251 (Kanalräumer), 292 (Pfandleiher), 376 Z 37 (Güterbeförderung mit Kfz) GewO; § 8 Abs. 7 Gelegenheitsverkehrs-G (Fn. 29).

107 §§ 175 (Rauchfangkehrer), 251 (Kanalräumer), 292 (Pfandleiher) GewO.

108 Vgl. o. Fn. 63.

109 Vgl. o. Fn. 64.

die den Mißbrauch der privilegierten Anbieterstellung verhindern sollen. Gewerberechtliche Wirtschaftslenkungsmaßnahmen treten also meist kombiniert auf; sie bilden Ansätze eines Systems des Sondergewerberechts für Unternehmer, die öffentliche Aufgaben erfüllen¹¹⁰.

Das Instrumentarium des "allgemeinen" Gewerberechts läßt sich ordnen, wenn man den Blick auf den Ansatzpunkt der jeweiligen Regelung richtet:

- Verschiedene Bestimmungen stellen Anforderungen an die **Produzenten** gewerblicher Leistungen. Darunter fallen etwa die Vorschriften über Fremdsprachenkenntnisse von Reisebüroangestellten¹¹¹, vor allem aber die Regelung der subjektiven Antrittsvoraussetzungen für die Gewerbeausübung mit Hilfe eines kombinierten Anmeldungs- und Konzessionssystem¹¹². Hauptinstrument in diesem Bereich ist der Befähigungsnachweis. Heute gibt es 84 Handwerke, 90 gebundene und 44 konzessionierte Gewerbe, neben denen wenig Raum für freie Gewerbe bleibt¹¹³. Für alle gebundenen Gewerbe und Handwerke sowie für den Großteil der konzessionierten Gewerbe ist ein Befähigungsnachweis Ausübungsvoraussetzung¹¹⁴, dessen Erlangung wiederum meist entspre-

110 An diesem Punkt wird auch deutlich, warum die Energiesparvorschriften im Gewerberecht (Fn. 51) eine Sonderstellung einnehmen: Abgesehen davon, daß ihr Ziel dem Gewerberecht bisher fremd war, unterscheiden sie sich von den anderen wirtschaftslenkenden Bestimmungen des Gewerbe-rechts dadurch, daß sie nicht auf bestimmte Gewerbe beschränkt sind.

111 § 3 Verordnung des BMHGI BGBl. 1975/315 i.d.F. BGBl. 1982/407.

112 Vgl. Text in Fn. 79.

113 Zusammenstellung bei **Mache/Kinscher** (Fn. 58), S. 856 ff.; zur Einteilung der Gewerbe Fn. 79.

114 § 16 Abs. 1 GewO.

chenden Schulbesuch und mehrjährige Berufspraxis erfordert¹¹⁵. Die Freiheit der Erwerbsausübung ist somit weitgehend von der Freiheit der Berufsausbildung abhängig, und diese besteht wiederum darin, etwas gesetzlich detailliert Geregelteres zu tun¹¹⁶. Die wirtschaftlichen Implikationen dieser Bestimmungen liegen auf der Hand: Sie wirken vor allem wettbewerbsbeschränkend¹¹⁷.

- Andere Bestimmungen regeln die **Produktion**, z.B. durch Betriebszeitenbeschränkungen¹¹⁸, oder die **Produktionsmittel**, etwa durch Ausstattungsanforderungen an Gaststätten¹¹⁹ oder Kontaktlinsenoptikerbetriebe¹²⁰.
- Manchmal betreffen gewerberechtliche Regelungen die **Produkte** selbst, z.B. die Mindestanforderungen an Waren und Dienstleistungen aus Energiespargründen¹²¹.
- Schließlich verfügt das Gewerberecht Beschränkungen der unternehmerischen Handlungsfreiheit, die sich auf das Umfeld der

115 Wer etwa selbständiger Maler und Anstreicher werden will, muß nach Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht, nach der dreijährigen Lehre (Verordnung BGBl. 1975/268, zuletzt i.d.F. BGBl. 1984/419) einschl. des Berufsschulbesuches (§ 20 SchulpflichtG BGBl. 1962/241, zuletzt i.d.F. BGBl. 1982/366) und nach der Lehrabschlußprüfung eine mindestens zweieinhalbjährige Verwendungszeit im Beruf hinter sich bringen, bevor er zur Meisterprüfung antreten kann (§ 18 Abs. 3 GewO). Zum zeitlichen Aufwand kommen bei entsprechender Arbeitsmarktlage noch die Schwierigkeiten, eine Lehrstelle und auch danach Arbeit zu finden; vgl. auch Fn. 144.

116 Vgl. auch o. bei Fn. 12 und 13.

117 Vgl. Text in Fn. 59.

118 Vgl. Nachw. o. Fn. 32, 33, 66.

119 Vgl. Nachw. o. Fn. 60.

120 Vgl. Nachw. o. Fn. 42.

121 Dazu Fn. 51.

Produktion beziehen, z.B. auf die Geschäftsanbahnung¹²² oder die Werbung¹²³.

Der Schwerpunkt des gewerberechtlichen Instrumentariums mit wirtschaftspolitischer Zielsetzung liegt aber eindeutig in produzentenorientierten Regelungen.

6. Entwicklungslinien im Gewerberecht

Vergleicht man diesen Befund über den status quo (Teile 4 und 5) mit früheren Regelungen¹²⁴, vor allem mit der GewO 1859¹²⁵, lassen sich in ganz groben Zügen folgende Entwicklungen feststellen:

122 Vgl. Nachw. o. Fn. 56 und 57.

123 **Haller**, Gewerberechtliche Probleme der Werbung, in: Aicher (Hrsg.), Das Recht der Werbung, 1984, S. 181 ff.

124 Darstellungen des Gewerberechts im 19. Jahrhundert und seiner Vorläufer finden sich z.B. bei **Kopetz**, Österreichische Gewerbs-Gesetzkunde I 1829, II 1830; **Seltsam/Posselt**, Kommentar zur Gewerbeordnung, 2. Aufl. 1885; **Seltsam**, System des österreichischen Gewerberechts, 1899; **Mayerhofer/Pace** (Hrsg.), Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst VI, 5. Aufl. 1900, S. 801 ff.; **Mischler/Ulbrich** (Hrsg.), Österreichisches Staatswörterbuch II, 2. Aufl. 1906, S. 463 ff.; für die weitere Entwicklung vgl. **Heller**, Das österreichische Gewerberecht, 1908; **Dokupil** (Hrsg.), Die Gewerbeordnung, 1908; **Heilingner**, Österreichisches Gewerberecht, 3. Aufl. 1909; **Kulisch**, System des österreichischen Gewerberechts, 2. Aufl. 1912; **Praunegger**, Das österreichische Gewerberecht I 1924, II 1926, III 1927; **Heller/Lassky/Nathansky**, Kommentar zur Gewerbeordnung, 1935; **Praunegger**, Die österreichische Gewerbeordnung, 1948; **Mache** (Fn. 23). Eine kurze Zusammenfassung der Entwicklung gibt **Adamovich** sen., Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts II, 1953, S. 184 ff. Zu den Neuerungen durch die Einführung der Gewerbeordnung 1973 **Barfuss**, Wird die neue Gewerbeordnung das Gewerberecht entscheidend verändern? ÖZW 1974, 10 ff.; **Kupka**, Die Neuerungen in der Gewerbeordnung 1973, 1973; **Oberndorfer**, Das neue österreichische Gewerberecht, GewArch 1974, 319 ff.; **Kupka**, Die Wirkungen der neuen Gewerbeordnung, WipolBl. 1985 H 1, 32 ff.

125 Vgl. Nachw. o. Fn. 23.

6.1 An den Zielen des Gewerberechts hat sich wenig geändert. Auch die GewO 1859 enthielt Bestimmungen zum Schutz von Leben, Gesundheit und Vermögen der Beteiligten¹²⁶, zum Konsumentenschutz¹²⁷, zur Versorgungssicherung¹²⁸, zur Sicherung eines bestimmten Leistungsstandards¹²⁹ und zur Wettbewerbsregelung¹³⁰. Weggefallen sind der Arbeitnehmerschutz¹³¹ und die mit der Regelung der gewerblichen Berufsausbildung¹³² verbundenen Ziele, weil sich die entsprechenden Rechtsbereiche verselbständigt haben¹³³. Neu hinzugekommen sind dagegen das Energiesparen¹³⁴

126 Z.B. §§ 31 ff. GewO 1859 (Betriebsanlagen); aber auch die Anforderungen an die Fähigkeiten und Kenntnisse des Gewerbetreibenden dürften ursprünglich eher sicherheitspolizeilich motiviert gewesen sein - vgl. Fn. 129 und 141.

127 Z.B. §§ 50 (Verbot des Verkaufs im Umherreisen), 55 (Preissetzungen), 56 (Ersichtlichmachung von Preisen) GewO 1859.

128 §§ 56 (Pflicht zur Vorratshaltung von täglichen Bedarfswaren), 57 (Betriebspflicht für Bäcker, Fleischer und Rauchfangkehrer) GewO 1859.

129 Z.B. § 19 GewO 1859, der für die "mit Preßerzeugnissen sich befassenden Gewerbe ... genügende allgemeine Bildung" verlangt; weitere Befähigungserfordernisse normieren die §§ 22 (Schiffergewerbe), 23 (Baugewerbe), 24 (Rauchfangkehrer), 25 (Rüchsenmacher), 26 (Erzeuger von Feuerwerkskörpern), 27 (Giftverschleißer) GewO 1859; vgl. auch § 30 GewO 1859.

130 § 18 GewO 1859 verlangt die Berücksichtigung der "Localverhältnisse" bei der Konzessionserteilung für 10 Gewerbe; vgl. auch § 30 GewO 1859.

131 Der Arbeitnehmerschutz war in der GewO 1859 noch kaum berücksichtigt; die §§ 72 ff. GewO handelten allgemein von den arbeitsrechtlichen Beziehungen "zwischen den selbständigen Gewerbetreibenden und ihrem Hilfspersonal". Erst die Novelle 1885 (RGBl. 22) brachte spezifische Arbeitnehmerschutzbestimmungen.

132 §§ 88 ff. GewO 1859.

133 Vgl. dazu Fn. 34 und 36.

134 Vgl. o. Fn. 51.

und der Umweltschutz, soweit er über den Schutz der Nachbarn von Betriebsanlagen hinausgeht¹³⁵.

Größere Veränderungen hat die Rechtsentwicklung aber in der **Gewichtung** einzelner Ziele und in der **Dichte** der entsprechenden Regelungen mit sich gebracht, was natürlich auch mit dem Fortschritt der Technik und gesteigerten rechtsstaatlichen Anforderungen zusammenhängt.

- Die gewerblichen **Sicherheitsvorschriften** sind viel genauer und differenzierter geworden. Fand etwa die GewO 1859 bei der Genehmigung von Betriebsanlagen im wesentlichen mit dem Auftrag das Auslangen, die Behörde habe "die allenfalls in Betracht kommenden Übelstände zu prüfen und die etwa nötigen Bedingungen und Beschränkungen vorzuschreiben"¹³⁶, so umfaßt das geltende Betriebsanlagenrecht zehn ausführliche Paragraphen mit einer Vielzahl von Definitionen, Abwägungsklauseln und Verordnungsermächtigungen¹³⁷.

- Der von der GewO 1859 nur punktuell berücksichtigte **Konsumentenschutz** hat im Lauf der Zeit eine starke Aufwertung erfahren und Niederschlag vor allem in Ausübungsregeln in Verordnungsform für einzelne Gewerbe¹³⁸, aber auch in allgemeinen Bestimmungen der GewO 1973 über Informationspflichten und Verbote bestimmter Geschäftspraktiken¹³⁹ gefunden.

- Die größte Veränderung betrifft wohl die Sicherung des gewerblichen **Leistungsstandards**. Die GewO 1859 verlangte nur für den

135 Vgl. o. Fn. 48.

136 § 31 GewO 1859; vgl. auch § 36.

137 §§ 74-84 GewO 1973; Gesamtdarstellung bei **Stolzlechner/Wendl/Zitta** (Hrsg.), Die gewerbliche Betriebsanlage, 1986; weiters **Duschaneck**, Die Genehmigung gewerblicher Betriebsanlagen, in: Rill (Fn. 28), S. 257 ff.

138 Vgl. o. Fn. 58.

139 Vgl. Nachw. o. Fn. 53, 54, 55, 56.

Antritt weniger konzessionierter Gewerbe die nötigen Kenntnisse oder Fähigkeiten¹⁴⁰. Durch die GewO-Novelle 1883 wurde der gesetzliche Befähigungsnachweis für den neuen Gewerbetypus der Handwerke eingeführt¹⁴¹. Nach und nach stiegen die Anforderungen an die Kenntnisse des Bewerbers (Einführung der obligatorischen Gesellenprüfung 1907¹⁴², obligatorische Meisterprüfung 1934¹⁴³), und die Prüfungsvorschriften wurden immer umfangreicher¹⁴⁴.

- Im Bereich der Regelung des gewerblichen **Wettbewerbs** verlief die Entwicklung dagegen nicht so linear. Im Gegensatz zu vorangegangenen Regelungen war die GewO 1859 von liberalem Geist getragen; sie kannte nur 14 konzessionierte Gewerbe; alle übrigen waren zunächst freie Gewerbe¹⁴⁵. Im Lauf der Zeit verschob sich das Verhältnis soweit zuungunsten der freien Gewerbe¹⁴⁶, so daß "vom Grundsatz der Gewerbefreiheit ... faktisch

140 Vgl. o. Fn. 129.

141 RGBl. 39; den doppelten Zweck des Befähigungsnachweises (Leistungssteigerung und Konkurrenzschutz - vgl. Fn. 59) macht schon die Begründung der GewO-Novelle 1883 (Bericht des Gewerbeausschusses des Abgeordnetenhauses) klar: Entscheidend sei der "Schutz der redlichen Arbeit und der bestehenden Gewerbebetriebe gegen Konkurrenz und Schleuderproduktion, ein Schutz gegen Unerfahrenheit, ungenügendes Können und Vermögen sowie Leichtsinns beim Antritt des Gewerbes sowie ein Schutz der Konsumenten, der Käufer von unsolider Ware" (zit. nach **Mache/Kinscher** - Fn. 58 - IV).

142 RGBl. 26.

143 BGBl. II, 322.

144 Übersicht über die geltenden Meisterprüfungsordnungen und Verordnungen über Befähigungsnachweise für gebundene und konzessionierte Gewerbe bei **Mache/Kinscher** (Fn. 58), S. 112 ff., 120 ff.

145 §§ 3, 16 GewO 1859.

146 Einführung der Handwerke 1883 (Fn. 141), vielfache Konzessionierungen von Gewerben durch eigene Gesetze oder Verordnungen aufgrund § 30 GewO 1859 (Übersicht in **Mischler/Ulbrich** - Fn. 124 - S. 470), (vorübergehende) Gewerbesperre (Fortsetzung Fußnote)

nichts mehr übrig (blieb)"¹⁴⁷. Die GewO 1973 brachte dagegen wieder eine Liberalisierung, die sich in einer weitgehenden Abschaffung der Bedarfsprüfung, der Verringerung der Konzessionsgewerbe und Handwerke, der Herabsetzung des Mindestalters, dem Ausbau der gewerblichen Nebenrechte und in der Erleichterung des Übergangs in verwandte Gewerbe äußerte¹⁴⁸.

6.2 Auch im Bereich des wirtschaftspolitischen **Instrumentariums** zeigt ein Vergleich, daß Veränderungen eher den Stellenwert einzelner Instrumente als ihren Katalog betreffen.

Sieht man von Energiesparvorschriften ab, finden sich schon in der GewO 1859 jene Instrumente, die hier als gewerberechtliche Wirtschaftslenkungsmaßnahmen bezeichnet werden: die Bedarfsprüfung¹⁴⁹, die Preisregelung¹⁵⁰, die Betriebspflicht¹⁵¹; einen Kontrahierungszwang enthielt die GewO 1859 nicht, dafür aber die Pflicht zur Vorratshaltung von Waren des täglichen Bedarfs¹⁵¹.

Darüber hinaus aber hatten die meisten Instrumente, die heute wirtschaftsgestaltend wirken, noch kaum diesen Charakter, sondern dienten vor allem dem Schutz von Leben, Gesundheit und Sicherheit der Menschen. Exemplarisch zeigt sich das an den Anforderungen an die Fähigkeiten und Kenntnisse des Gewerbetreibenden, die erst mit der Einführung des gesetzlichen Befähigungsnachweises 1883 ihre starke wettbewerbsregelnde Bedeutung er-

(Fortsetzung Fußnote von vorangegangener Seite)
1933 (BGBl. 53 und 84), Einführung der gebundenen Gewerbe durch die GewO-Novelle 1934 (BGBl. II, 322).

147 **Mache/Kinscher** (Fn. 58) V.

148 **Barfuss, Kupka, Oberndorfer** (Fn. 124); vgl. auch die EB zur RV (Fn. 37).

149 Vgl. Nachw. o. Fn. 130.

150 Hierzu Nachw. o. Fn. 127.

151 Vgl. o. Fn. 128.

hielten¹⁵². Auch produktionsbezogene Regelungen waren nur am Rande wirtschaftsgestaltend¹⁵³. Produktorientierte Vorschriften aus wirtschaftspolitischen Gründen fehlten in der GewO 1859 überhaupt. Nur im Bereich des Umfeldes der Produktion finden sich bereits deutliche Vorläufer heutiger (konsumentenschützender) Instrumente¹⁵⁴.

6.3 Will man nun eine **Prognose** abgeben, so kann man getrost die linearen Entwicklungstendenzen des Gewerberechts fortschreiben: Zu erwarten sind somit Ausbau und Verfeinerungen der Sicherheits-, Umweltschutz- und Konsumentenschutzregelungen und wohl auch eine weitere Steigerung der Anforderungen an die Qualität der Leistungen.

7. Tendenzen außerhalb des Gewerberechts

Das gezeigte Bild bleibt aber bruchstückhaft, wenn man nicht auch Tendenzen außerhalb des Gewerberechts berücksichtigt, die für die Gewerbeausübung bedeutend sind und denen auch ähnliche Ziele wie dem Gewerberecht zugrundeliegen. Ich möchte das nur in zwei Punkten verdeutlichen, die aktuelle Entwicklungen betreffen.

7.1 Umweltschutz

Ist der Umweltschutz auch eines der Hauptanliegen des gewerblichen Betriebsanlagenrechts, so erschöpft er sich aber keinesweges in diesen zehn Paragraphen der GewO. Nach dem Kumulationsprin-

152 Vgl. dazu Fn. 129 und 141.

153 Z.B. die Ausnahmen von der Polizeistunde im Gastgewerbe, die der Bedarfsdeckung dienen; **Mischler/Ulbrich** (Fn. 124), S. 500.

154 Vgl. hierzu o. Fn. 127.

zip des österreichischen Verwaltungsrechts¹⁵⁵ ist für die Errichtung einer gewerblichen Betriebsanlage je nach ihrer Beschaffenheit eine Vielzahl von Bewilligungen nach anderen Vorschriften¹⁵⁶ notwendig; gerade in ihrem Bereich sind große umweltpolitisch motivierte Veränderungen festzustellen. Drei Beispiele sollen das illustrieren:

- Das Forstgesetz 1975 machte Anlagen, die forstschädliche Luftverunreinigungen verursachen, bewilligungspflichtig¹⁵⁷. Interessant sind dabei aber vor allem die behördliche Pflicht zur Feststellung von Verursachern von Immissionsgrenzwertüberschreitungen¹⁵⁸ und die Sonderregelungen über die Haftung der Verursacher - vor allem die Einführung der Gefährdungshaftung¹⁵⁹, die gesetzlichen Vermutungen über die Verursachung und die damit verbundene Beweislastumkehr in bestimmten Fragen¹⁶⁰.
- Nach dem 1981 in Kraft getretenen Dampfkessel-Emissionsgesetz haben neuerrichtete Dampfkesselanlagen unabhängig vom Schutz der Nachbarn Emissionen zu vermeiden, soweit dies nach dem

155 **Adamovich/Funk** (Fn. 92), S. 229.

156 Übersicht bei **Merli**, Die Betriebsanlage im sonstigen öffentlichen Recht, in: **Stolzlechner/Wendl/Zitta** (Fn. 137), S. 105 ff.

157 § 49 ForstG 1975, BGBl. 440 i.d.F. BGBl. 1977/231, 1978/142; **Duschanek**, Luftreinhaltepflichten nach dem Forstgesetz, ZfV 1983, 255 ff., hält diese Regelungen aus kompetenzrechtlichen Gründen für verfassungswidrig; ebenso **Funk**, Verfassungsrechtliche Fragen der Bundeszuständigkeit zur Abwehr gefährlicher Umweltbelastungen, 1984, S. 14.

158 §§ 51 Abs. 1, 52 ForstG 1975.

159 § 53 ForstG 1975; **Jabornegg**, Bürgerliches Recht und Umweltschutz, Gutachten zum 9. Österreichischen Juristentag, 1985, I/4, S. 82 ff.

160 § 54 ForstG 1975; vgl. auch § 53 Abs. 2.

Stand der Technik möglich ist¹⁶¹. Im Augenblick ist gerade eine Novelle zu diesem Gesetz in Vorbereitung, die eine dynamische Anpasungspflicht aller Dampfkesselanlagen an den jeweils durch Verordnung neudefinierten Stand der Technik vorsieht¹⁶². Vom Betriebsanlagenrecht der GewO unterscheiden sich diese Regelungen durch das Vorsorgeprinzip (Vermeidung von Emissionen unabhängig von konkreten Immissionsfolgen) und durch die ex lege und allgemein geltende Anpassungspflicht (die GewO sieht ja nur nachträgliche Auflagen durch individuelle Verwaltungsakte vor¹⁶³).

- Schließlich sind in einer Regierungsvorlage¹⁶⁴ wesentliche Neuerungen für die verschiedenen Anlagenbewilligungsverfahren vorgesehen, die die Konzentration von Bewilligungsverfahren und die Beteiligung von Bürgern ohne Berufung auf subjektive Rechte betreffen. Darüber hinaus ist ein Gesetz zur Einführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung für Großprojekte in Vorbereitung¹⁶⁵.

Auch außerhalb des Betriebsanlagenrechts gibt es einige neue Umweltschutzgesetze, die für Gewerbebetriebe wesentlich sind. Genannt seien nur das Altölgesetz aus 1979¹⁶⁶ und das Sonderab-

161 § 2 Abs. 1 lit. a DKEG, BGBl. 1980/559; **Duschaneck**, Das Dampfkessel-Emissionsgesetz - ein Modell künftiger Umweltschutzgesetzgebung? ÖZW 1981, 104 ff., bezweifelt die Verfassungsmäßigkeit des DKEG aus kompetenzrechtlichen Gründen; ebenso **Funk** (Fn. 157), S. 15 ff.

162 Entwurf des Bundesministeriums für Bauten und Technik, Zl. 47310/1-IV/7/85.

163 **Schäffer**, Bescheidänderung, in: **Stolzlechner/Wendl/Zitta** (Fn. 137), S. 140 ff.

164 841 BlgNR XVI.GP.

165 Entwurf des Bundesministeriums für Gesundheit und Umweltschutz, Zl. IV-52.190/97-2/85.

166 BGBl. 1979/138; **Duschaneck**, Offene Fragen im Altölgesetz, ZfV 1980, 289 ff.; **Fischer**, Gedanken zum österreichischen Altölgesetz, ÖGZ 1980, 219 ff.; auch hier werden in Teilbe-
(Fortsetzung Fußnote)

fallgesetz aus 1983¹⁶⁷, die Sondervorschriften für die Behandlung bestimmter gewerblicher Abfälle enthalten, sowie das Waschmittelgesetz aus 1984¹⁶⁸ und das Düngemittelgesetz aus 1985¹⁶⁹, die aus umweltpolitischen Gründen Qualitätsanforderungen an gewerbliche Produkte stellen. Alle diese Vorschriften stützen sich zum Teil auf die Gewerberechtskompetenz des Bundes¹⁷⁰ und hätten daher insofern genauso gut in die GewO integriert werden können.

7.2 Subventionen

Die Förderungsverwaltung ist gerade für das Gewerbe und die Industrie in der letzten Zeit immer wichtiger geworden¹⁷¹. Heute ist eine Übersicht über die verschiedenen Subventionsmöglichkeiten kaum mehr möglich¹⁷². Im folgenden sollen nur einige grundsätzliche Fragen stichwortartig behandelt werden, die für diesen Bereich typisch sind und auch zeigen, daß sich die österreichische

(Fortsetzung Fußnote von vorangegangener Seite)
reichen kompetenzrechtliche Zweifel vorgebracht, die sich auf das SonderabfallG übertragen lassen.

167 BGBl. 1983/186.

168 BGBl. 1984/300.

169 BGBl. 1985/488.

170 Vgl. die Materialien: AB 1238 BlgNR XIV.GP (AltölG); RV 1228, AB 1479 BlgNR XV.GP (SonderabfallG); RV 185, AB 332 BlgNR XVI.GP (WaschmittelG); RV 670, AB 744 BlgNR XVI.GP (DüngemittelG); freilich ist diese kompetenzrechtliche Begründung nicht unumstritten.

171 Dies zeigt schon ein Vergleich der Bundesfinanzgesetze 1970 und 1985 (jeweils BGBl. 1): Unter dem Ansatz 1/631 (BMHGI, Förderungsmaßnahmen, laufende Ausgaben und Vermögensgebarung) sind 1970 346,571 Mio S veranschlagt (S. 118), während es 1985 2253,434 Mio S sind (S. 134).

172 Eine Zusammenstellung findet sich in der Ringmappe: Kreditmöglichkeiten für die gewerbliche Wirtschaft, 9. Aufl. 1984, herausgegeben von der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft.

Rechtslage in manchem wesentlich von jener der Bundesrepublik unterscheidet.

"Subvention im verwaltungsrechtlichen Sinne ist eine vermögenswerte Zuwendung aus öffentlichen Mitteln, die ein Verwaltungsrechtsträger oder eine andere mit der Vergabe solcher Mittel betraute Institution einem Privatrechtssubjekt zukommen läßt, sofern sich dieses statt zur Leistung eines marktmäßigen Entgelts zu einem im öffentlichen Interesse gelegenen subventionsgerechten Verhalten bereit erklärt."¹⁷³

Verschiedentlich finden sich zwar hoheitliche Subventionsverhältnisse¹⁷⁴, in der Regel erfolgt die Förderung aber mit privatrechtlichem Vertrag. Das Institut des öffentlich-rechtlichen Vertrages ist dem österreichischen Recht fremd¹⁷⁵. Subventionen werden von Bund, Ländern und Gemeinden zum Teil direkt vergeben, zum Teil bedient sich der Staat eigener Rechtsträger (öffentlich-rechtlicher Fonds oder Kapitalgesellschaften des Privatrechts¹⁷⁶) als Subventionsmittler. Für manche Förderungen bestehen eigene Gesetze¹⁷⁷, die meisten beruhen jedoch nur auf internen Erlassen

173 **Wenger**, Funktion und Merkmale eines verwaltungsrechtlichen Subventionsbegriffes, in: Wenger (Red.), Förderungsverwaltung, 1973, S. 15 ff. (42); Abgabenerleichterungen werden in der Regel nicht als Subventionen betrachtet: **Adamovich/Funk** (Fn. 92), S. 180; vgl. auch **Ruppe**, Steuerbegünstigungen als Subventionen?, in: Wenger (diese Fn.), S. 57 ff.

174 Z.B. § 13 Bergbauförderungsgesetz BGBl. 1979/137 i.d.F. BGBl. 1982/636.

175 Ansätze dafür bilden nur gesetzlich vorgesehene Vereinbarungen zwischen Abgabepflichtigem und Behörde über die Modalitäten der Zahlungen, wie z.B. § 3 Abs. 2 Steiermärkisches ParkgebührenG 1979, LGBl. 21; **Wielinger**, Was bringt der verwaltungsrechtliche Vertrag? ZfV 1983, 14 ff.

176 Beispiele bei **Adamovich/Funk** (Fn. 92), S. 180 f.

177 Meist handelt es sich um sog. "Statutar-" oder "Selbstbindungsgesetze", die die privatrechtlich handelnden Organe des Staates binden, ohne aber Außenstehenden Rechtsansprüche einzuräumen; Beispiele bei **Wenger**, Zur Problematik der österreichischen "Selbstbindungsgesetze", in: Festschrift F. (Fortsetzung Fußnote)

und Richtlinien¹⁷⁸.

Die Ziele der verschiedenen Subventionsmaßnahmen sind so vielfältig wie die Staatsaufgaben überhaupt¹⁷⁹. Manche von ihnen fallen mit Zielen des Gewerberechts zusammen, z.B. wenn es um die Wettbewerbsverbesserung durch die Förderung von Klein- und Mittelunternehmen¹⁸⁰, um die Hebung des Leistungsstandards im Gewerbe¹⁸¹, die Versorgungssicherung¹⁸², das Energiesparen¹⁸³ oder den Umweltschutz¹⁸⁴ geht.

Hier wird deutlich, daß der Staat mit Subventionen dasselbe (oder auch mehr) erreichen kann wie mit gewerberechtlichen Instrumen-

(Fortsetzung Fußnote von vorangegangener Seite)

Korinek, 1972, S. 189 ff. (190); vgl. auch **Laurer**, Vom Wesen und Wert der Selbstbindungsgesetze, in: Festschrift Wenger, 1983, S. 109 ff. m.w.Nachw.

178 Z.B. **Binder**, Die neuen Förderungsrichtlinien des Bundes, ÖZW 1977, 77 ff.

179 Eine Übersicht über einige wichtige Förderungsbereiche geben die Beiträge von **Jennersdorfer** (Arbeitsmarkt), **Schmotzer** (Landwirtschaft), **Mayer** (Wohnbau) und **Machold** (Forschung), in: Wenger (Fn. 173).

180 Z.B. Bundesgesetz über Maßnahmen zur Leistungssteigerung kleiner und mittlerer Unternehmungen der gewerblichen Wirtschaft, BGBl. 1982/351; **Stolzlechner**, Mittelstandsförderung. Ein Überblick über die Rechtslage, in: Festschrift Wenger, 1983, S. 665 ff.

181 Vor allem im Fremdenverkehr; vgl. z.B. die Bundesprämienaktion "Komfortzimmer und Sanitäräume" (Ringmappe-Fn. 139-A 5) oder verwandte Einrichtungen der Länder, etwa "Schöneres Gasthaus Niederösterreich" (Ringmappe-Fn. 172-N 9c).

182 Z.B. die Niederösterreichische Merkantil-Sonderaktion für Lebensmittelnahversorger (Ringmappe-Fn. 172-N 9b).

183 Z.B. (Bundes-)Investitionszuschüsse an Industriebetriebe zur Anschaffung von Meßgeräten für die Überwachung des innerbetrieblichen Energieflusses (Ringmappe-Fn 172-A 27).

184 Z.B. UmweltfondsG, BGBl. 1983/567.

ten. Daß Subventionen in den Wettbewerb eingreifen¹⁸⁵ und dadurch auch die unternehmerische Freiheit beschränken können, liegt auf der Hand. Damit stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit derartiger Maßnahmen.

Entscheidend dafür ist nach österreichischem Verständnis nicht ihr Inhalt, sondern ihre **Form**. Hoheitliche Subventionsverhältnisse bereiten im allgemeinen wenig Probleme. Wählt der Staat aber nicht den Bescheid, sondern – wie es in der Regel geschieht – den **privatrechtlichen Vertrag**, so befreit er sich weitgehend von den Schranken, die ihm bei hoheitlicher Gestaltung durch die Kompetenzordnung, das Legalitätsprinzip und die Grundrechte gesetzt sind¹⁸⁶. Probleme der Durchsetzung von Subventionszielen und des Rechtsschutzes werden damit zu solchen des Privatrechts¹⁸⁷. Das mag vom Standpunkt der Flexibilität der Wirtschaftsförderung begrüßenswert sein, birgt aber offensichtlich Mißbrauchsmöglichkeiten in sich. Diese Situation war immer wieder Anlaß für Kritik durch die österreichische Lehre¹⁸⁸, und sie hat auch zu Versuchen geführt, Mißbrauchsverbote aus der Verfassung abzuleiten. Einschlägige Konstruktionen postulieren die Fiskalgeltung der Grundrechte, vor allem des Gleichheitssatzes¹⁸⁹, eine Beschrän-

185 **Stadler**, Renovation als Element einer modernen Mittelstandspolitik, WipolBl. 1985 H 1, 69 ff., gibt an, daß 85 % der direkten Wirtschaftsförderung an Großbetriebe mit mehr als 1000 Beschäftigten gehen, obwohl diese Unternehmen kaum 20 % der Arbeitnehmer beschäftigen.

186 Zusammenfassend zu den Konsequenzen der "Flucht ins Privatrecht" **Adamovich/Funk** (Fn. 92), S. 137 ff. (142 ff.); weiters **Novak**, Konsumentenschutz im Bereich der Subventionsverwaltung, in: Schilcher/Bretschneider (Hrsg.), Konsumentenschutz im öffentlichen Recht, 1984, S. 157 ff.

187 Dazu **Wilhelm**, Privatrechtliche Probleme der Subventionen, in: Wenger (Fn. 173), S. 195 ff.; **Krejci**, Zivilrechtliche Fragen zum neuen Wohnungsbauförderungs- und Wohnhaussanierungsrecht, ÖZW 1985, 1 ff., 33 ff.

188 Hinweise auf die kaum mehr überschaubare Literatur bei **Adamovich/Funk** (Fn. 92), S. 137 f.

189 **Griller**, Drittwirkung und Fiskalgeltung von Grundrechten, (Fortsetzung Fußnote)

kung der Privatrechtsfähigkeit der Gebietskörperschaften¹⁹⁰ oder die Begrenzung der Wahlmöglichkeiten des Staates im Hinblick auf hoheitliche (bescheidmäßige) und privatrechtliche Handlungsformen¹⁹¹.

So verdienstvoll diese Theorien auch sein mögen, sie haben aber den entscheidenden Nachteil, daß es in der Regel – nämlich immer dann, wenn auf Abschluß des privatrechtlichen Förderungsvertrages kein Rechtsanspruch besteht¹⁹² – kein Verfahren gibt, in dem sie vom einzelnen zur Anwendung gebracht werden könnten. Das österreichische Rechtssystem ist rechtsformenbezogen: Beschwerden gegen individuelles Verwaltungshandeln vor dem Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshof sind nur zulässig, wenn es hoheitlich, d.h. in Bescheidform oder als Maßnahme der "unmittelbaren behördlichen Befehls- und Zwangsgewalt" erfolgt¹⁹³. Privatrechtliche Verträge unterliegen dagegen – auch wenn sie Verwaltungshandeln betreffen – der Jurisdiktion der ordentlichen Gerichte. Wem der Vertragsabschluß verweigert wird, dem fehlt ein bekämpfbarer Rechtsakt¹⁹⁴. Gerade die Subventionsvergabe ist so-

(Fortsetzung Fußnote von vorangegangener Seite)
ZfV 1983, 1 ff., 109 ff. m.w.Nachw.

190 **Korinek** (Fn. 17).

191 **Raschauer**, Grenzen der Wahlfreiheit zwischen den Handlungsformen der Verwaltung im Wirtschaftsrecht, ÖZW 1977, 1 ff.; **ders.**, Verfassungsrechtliche Fragen der Wohnbauförderung, in: Festschrift Wenger, 1983, S. 121 ff.

192 Das ist fast immer der Fall; eine Ausnahme bildet z.B. § 4a Abs. 4 MühlenG, BGBl. 1981/206 i.d.F. BGBl. 1982/306, 1984/260.

193 Art. 130 Abs. 1, 144 Abs. 1 B-VG.

194 Privatrechtliche Rechtsschutzmöglichkeiten ergeben sich allenfalls aus dem Titel culpa in contrahendo und auch für Konkurrenten aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (BGBl. 1984/448): Nach dessen §§ 1, 14, 15 und 16 hat ein Mitbewerber einen Anspruch auf Unterlassung und Schadenersatz bei sittenwidrigen Handlungen eines anderen Unternehmers im Geschäftsverkehr; dies betrifft auch die sittenwidrige Subventionsvergabe durch den Staat als Privat- (Fortsetzung Fußnote)

mit ein Feld für rechtspolitische Anliegen, deren Bedeutung mit jener der Förderungsverwaltung wächst.

Rolf Gröschner, Erlangen-Nürnberg

Wirtschaftsüberwachung in gewerbepolizeirechtlicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichem Wandel

177

Paul Henseler, Trier

Wirtschaftslenkung durch Subventionen zwischen Förderung und Gefährdung unternehmerischer Freiheit

203

Franz Merli, Graz

Wirtschaftsgestaltung und Wirtschaftslenkung im österreichischen Gewerberecht

249

Verzeichnis der Autoren

287

Verzeichnis der Teilnehmer

289

(Fortsetzung Fußnote von vorangegangener Seite)
rechtssubjekt; Bernárd, Die Judikatur zum Förderungswesen,
in: Wenger (Fn. 173), S. 273 ff.(284); vgl. auch die in Fn.
187 angeführten Arbeiten.