

Gewerbelizenz im freien Spiel der Kräfte

Magdalena Pöschl*

- I. Liberalisierungswünsche ...
- II. ... und mühsam errungene Kompromisse
- III. Nachfragen zur Gewerbelizenz
 - A. Was ist eine Gewerbelizenz?
 - B. Wie entsteht die Gewerbelizenz?
 - C. Wie erweitert man eine Gewerbelizenz?
 - D. Wie steht es um die Umlagepflicht?
 - E. Welche Folgen hat eine Überschreitung der Gewerbelizenz?
 - F. Wer sichert die neuen Gewerbelizenz?
 - G. Was bringt die Gewerbelizenz?
 - H. Wie interpretiert man im freien Spiel der Kräfte?

Verwendete Literatur

Zusammenfassung Unter politisch turbulenten Verhältnissen wurde 2017 die Gewerbeordnung novelliert; wie fast jede Novelle versprach auch sie eine spürbare Liberalisierung. Das gilt besonders für die neu geschaffene Gewerbelizenz – ein Prestigeprojekt der Novelle, das sehr umkämpft war und erst im letzten Moment Eingang in die Gewerbeordnung fand. Der vorliegende Beitrag untersucht, wie die Gewerbelizenz funktioniert, was sie Unternehmern wirklich bringt und welche Auslegungsprobleme entstehen, wenn Normen in einer derart bewegten politischen Situation entstehen.

Abstract The 2017 amendment to the Austrian trade code (“Gewerbeordnung”) occurred in political turbulent times. As all previous amendments this one likewise promised liberalization, in particular with regard to the newly created “single licence”. Intensive discussions accompanied this prestigious project, which in the end only led to a compromise. The essay analyses the new instrument and assesses its value for entrepreneurs. Finally, it discusses the interpretational challenges such amendments pose, given the difficult circumstances of their enactment.

* Univ.-Prof. Dr. *Magdalena Pöschl*, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien, Schottenbastei 10–16, 1010 Wien, Österreich, <magdalena.poeschl@univie.ac.at>.

Bei der Erstellung dieses Beitrages hat mich *Herwig Mitter* durch umfangreiche Recherchen, viele Diskussionen und die kritische Lektüre des Manuskripts sehr unterstützt; *Jakob Taubald* hat hilfreiche Recherchen zur Organisation der Wirtschaftskammern angestellt: Mein bester Dank!

Stichwörter Anmeldeverfahren; Anzeigeverfahren; Auslegung; Befähigungsnachweis; Datenschutz; Gewerbe, einheitliches freies; Gewerbe, reglementierte; Gewerbeberechtigung; Gewerbelizenz; Gewerbeschein; Grundumlage; Kammerumlage; Liberalisierung; Nebenrechte; Pfuscherbekämpfung; Selbstverwaltung; Single Licence; Wirkungsbereich, eigener; Wirtschaftskammer.

Normenverzeichnis § 5, § 32, § 38, § 366 Abs 1 Z 1 und 10, § 367 Abs 1 Z 8, § 371b, § 372 GewO; Art 120a–c B-VG; § 19 Abs 1 Z 1, § 43 Abs 3 Z 2, § 72 Abs 1 und 6 WKG.

I. Liberalisierungswünsche ...

Unablässig ereilt die Gewerbeordnung (GewO) der Ruf nach Liberalisierung, und es gibt kaum eine Novelle der Nachkriegszeit, die den Gewerbetreibenden nicht mehr Freiheiten versprochen hätte. Im Frühjahr 2016 war es wieder soweit, als Bundeskanzler und Vizekanzler sich darauf verständigten, die Neugründung von Unternehmen zu erleichtern.¹

Wer den Gewerbeantritt liberalisieren will, kann doppelt ansetzen, bei den materiellen ebenso wie bei den formellen Antrittsvoraussetzungen. Unter den materiellen Antrittsvoraussetzungen bietet sich der Befähigungsnachweis an, also jene besondere Antrittshürde, die die GewO am häufigsten aufstellt und die zu überwinden viel Zeit und Disziplin kostet. Die GewO weist dem Befähigungsnachweis freilich seit langem eine Schlüsselrolle zu;² entsprechend kunstvoll hat sie ihn auch ausdifferenziert. Sie hat verschiedenste Instrumente etabliert, um das Befähigungsniveau bedarfsadäquat zu gestalten;³ zugleich erweitert sie stetig die Optionen, die verlangte Befähigung nachzuweisen.⁴ Diese Feinmechanik hatten Bundeskanzler und Vizekanzler 2016 allerdings nicht im Blick; sie fokussierten vielmehr den Befähigungsnachweis an sich

¹ Siehe Bundeskanzler Kern: Wir müssen gemeinsames Signal gegen den Stillstand setzen, APA OTS 31.05.2016, online unter <www.ots.at/presseaussendung/OTS_20160531_OTS0161/bundeskanzler-kern-wir-muessen-gemeinsames-signal-gegen-den-stillstand-setzen> (04.07.2018).

² Das zeigt sich schon daran, dass die GewO den Befähigungsnachweis in § 5 Abs 2 zum einzigen Ordnungskriterium erhebt: Bedarf der Antritt eines Gewerbes einer Befähigung, ist es „reglementiert“ oder ein Teilgewerbe, andernfalls ist es „frei“, weitere Einteilungen trifft die GewO nicht.

³ Schon die Befähigungsnachweis-Verordnungen erlauben es, das geforderte Niveau für jedes einzelne Gewerbe zu heben oder zu senken. Punktuell vertieft die GewO die Anforderungen und verlangt eine Befähigung nicht nur von Gewerbetreibenden, sondern ebenso von ihren Arbeitnehmern (§§ 69 f). Häufiger nimmt die GewO aber Anforderungen zurück, so bei Teilgewerben oder Teiltätigkeiten von Gewerben (§§ 19, 31); ferner, wenn sie befähigten Gewerbetreibenden gestattet, in „verbundene Gewerbe“ hinüberzuarbeiten (§ 30 Abs 1 iVm § 94) oder allen Gewerbetreibenden durch Nebenrechte erlaubt, gewisse Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen (§ 32).

⁴ Wer über keinen verordnungsförmig festgelegten, sogenannten generellen Befähigungsnachweis verfügt, kann die verlangte Befähigung seit 2002 auch individuell nachweisen (§ 19). Als befähigend akzeptierte die GewO dabei neben Spezialausbildungen schrittweise auch praktische Berufserfahrungen, Schulbildung und jüngst selbst lebenslanges Lernen (§ 273d Abs 4). Nach und nach öffnete sich die GewO ferner für Befähigungen, die im Ausland erworben wurden (§ 16 Abs 4, § 25 Abs 3, § 31 Abs 4, §§ 373b–e), teils dürfen sie das verordnungsförmig festgelegte Niveau sogar unterschreiten (§ 373d Abs 1 und 3). Wer über keinen dieser Nachweise verfügt, kann die verlangte Befähigung schließlich von einem Geschäftsführer supplieren lassen (§ 16 Abs 1).

und forderten, diese Hürde für alle reglementierten Gewerbe zu evaluieren.⁵ Die damalige Kanzlerpartei wollte die Zahl der reglementierten Gewerbe sogar halbieren.⁶

Bei freien Gewerben ist weniger augenscheinlich, wo der Liberalisierungshebel ansetzen kann: Ihre materiellen Antrittsvoraussetzungen sind schon so basal, dass eine weitere Senkung kaum vertretbar ist.⁷ Das gilt noch mehr für die formellen Antrittsvoraussetzungen, denn eine freisinnigere Zulassung als das Anmeldeverfahren, in dem Bürger ihre Gewerbeberechtigung durch eine Anmeldung selbst erzeugen, gibt es nicht.⁸ Wer hier liberalisieren will, muss schon die Anmeldungspflicht als solche angreifen. Das geschah letztlich auch, als Bundeskanzler und Vizekanzler 2016 sich auf einen „einheitlichen Gewerbeschein für freie Gewerbe“ verständigten⁹ – eine etwas veraltete Redeweise, wurde der „Gewerbeschein“ doch schon vor Jahren vom Registereintrag abgelöst. Gemeint war, dass nicht mehr für den Antritt jedes freien Gewerbes eine eigene Gewerbeberechtigung erforderlich sein sollte; alle freien Gewerbe seien vielmehr zu einem einheitlichen Gewerbe zusammenzufassen, das auf Grund einer einzigen Anmeldung angetreten werden kann.

Flankierend planten Bundeskanzler und Vizekanzler, die Nebenrechte auszubauen, allen voran das Recht der Gewerbetreibenden, ihre eigenen Leistungen durch Leistungen anderer Gewerbe sinnvoll zu ergänzen¹⁰ – dieses dritte Reformziel verband freie wie reglementierte Gewerbe, sollte Unternehmern solcherart doch großzügiger als bisher gestattet werden, in andere Gewerbe „hinüberzuarbeiten“, ohne eine neue Gewerbeberechtigung zu begründen.

II. ... und mühsam errungene Kompromisse

Der Plan, die Nebenrechte auszubauen, war rasch kompromissfähig; die Forderung, die Befähigungsnachweise deutlich zu reduzieren und ein einheitliches freies Gewerbe

⁵ Siehe Mitterlehner: Modernisierung der Gewerbeordnung soll Zugang zum Unternehmertum erleichtern und Bürokratie abbauen, APA OTS 05.07.2016, online unter <www.ots.at/presseaussendung/OTS_20160705_OT0094/mitterlehner-modernisierung-der-gewerbeordnung-soll-zugang-zum-unternehmertum-erleichtern-und-buerokratie-abbauen> (04.07.2018).

⁶ Siehe Schieder: SPÖ will Gewerbeordnung entrümpeln und Selbständigkeit erleichtern, APA OTS 16.09.2016, online unter <www.ots.at/presseaussendung/OTS_20160916_OT0150/schieder-spoewill-gewerbeordnung-entruempeln-und-selbstaendigkeit-erleichtern> (04.07.2018); SPÖ will Zahl der reglementierten Gewerbe halbieren, kurier.at 16.09.2016, online unter <<https://kurier.at/politik/inland/gewerbeordnung-spoewill-zahl-der-reglementierten-gewerbe-halbieren/221.519.264>> (04.07.2018).

⁷ Die GewO fordert für den Antritt freier Gewerbe die Gewerberechtsfähigkeit, das Fehlen persönlicher Ausschlussgründe, die Staatsbürgerschaft bzw ein Aufenthaltsrecht in Österreich, eine Niederlassung im Inland, einen zustellungs- und vollstreckungssicheren Wohnsitz und das Fehlen von Ausübungsverboten; ein allfälliger Firmenwortlaut darf zudem nicht irreführend sein. Diese Erfordernisse sind größtenteils unverzichtbar, im Übrigen sieht die GewO Ausnahmen vor oder lässt im Einzelfall eine Nachsicht zu, näher *Pöschl Magdalena*, System der Gewerbeordnung (2016) Rz 131 ff, 213 ff.

⁸ Näher zu den Unterschieden zwischen Anmelde-, Anzeige- und Bewilligungsverfahren *Pöschl Magdalena*, Wie erwirbt man subjektive öffentliche Rechte?, in Ennöckl Daniel ea (Hg), Festschrift für Bernhard Raschauer (2013) 439 ff.

⁹ Siehe Fn 5.

¹⁰ Siehe Mitterlehner: Gewerbeordnung wird modernisiert und weiterentwickelt, APA OTS 02.11.2016, online unter <www.ots.at/presseaussendung/OTS_20161102_OT0128/mitterlehner-gewerbeordnung-wird-modernisiert-und-weiterentwickelt> (04.07.2018); 269/ME XXV. GP.

zu schaffen, stieß hingegen auf Widerstand, allen voran bei den Sozialpartnern. Sie traten energisch für die Beibehaltung der Befähigungsanforderungen ein, weil diese die Konsumenten vor mangelhafter Leistung schützten und Lehrplätze, die Qualität des Gewerbes und den Wirtschaftsstandort sicherten.¹¹ Unerlässlich sei ebenso die gesonderte Deklaration jedes freien Gewerbes, nicht nur, weil das WKG für jede Gewerbeberechtigung eine eigene Grundumlage vorschrieb,¹² sondern auch, weil sonst die Einhaltung der Kollektivverträge gefährdet sei, die nach den jeweiligen gewerblichen Tätigkeiten differenzieren.¹³

Angesichts dieser Gegenwehr war bald klar, dass eine Liberalisierung der GewO im avisierten Sinn nicht durchsetzbar war. So wurde im Februar 2017 eine Regierungsvorlage eingebracht, die – neben hier nicht relevanten Änderungen der GewO – nur vorschlug, die Nebenrechte auszubauen und die meisten Teilgewerbe von Befähigungsanforderungen frei zu stellen.¹⁴ Der „einheitliche Gewerbeschein für freie Gewerbe“ wurde inzwischen – schon marktfähiger – „Single Licence“ genannt, fand in die Regierungsvorlage aber keinen Eingang.¹⁵

Nur einen Monat später war alles anders. Von verschiedensten Querschüssen entnervt trat der Vizekanzler im Mai 2017 zurück; kurz danach kündigte der neue Parteiboss der ÖVP die Koalition. Das wiederum veranlasste den Bundeskanzler, bis zur Neuwahl das „freie Spiel der Kräfte“ im Parlament auszurufen.¹⁶ So waren viele ausverhandelte Positionen wieder offen, auch im Gewerberecht. Das galt zwar nicht für den Ausbau der Nebenrechte, der unbestritten war, und auch nicht für eine weitere Reduktion der Befähigungsanforderungen, die unrealistisch blieb, doch lag die „Single Licence“ plötzlich wieder am Verhandlungstisch.¹⁷ Die folgenden Wochen verlie-

¹¹ Siehe Reform der Gewerbeordnung: Kollektivvertragszuordnung und Qualität der Lehrlingsausbildung gewährleisten, APA OTS 21.09.2016, online unter <www.ots.at/presseaussendung/OTS_20160921_OT0029/reform-der-gewerbeordnung-kollektivvertragszuordnung-und-qualitaet-der-lehrlingsausbildung-gewaehrleisten> (04.07.2018); Leitl: Umfassendes Start-up Paket als nachhaltiger Startschuss für mehr Gründerdynamik in Österreich, APA OTS 05.07.2016, online unter <www.ots.at/presseaussendung/OTS_20160705_OT0148/leitl-umfassendes-start-up-paket-als-nachhaltiger-startschuss-fuer-mehr-gruenderdynamik-in-oesterreich> (04.07.2018).

¹² Bundesgesetz über die Kammern der gewerblichen Wirtschaft (Wirtschaftskammergesetz 1998 – WKG), BGBl I 103/1998, damals idF BGBl I 46/2014; konkret ging es um § 123 Abs 7, zu diesem noch näher III.D.

¹³ Siehe die Nachweise in Fn 11.

¹⁴ RV 1475 BlgNR XXV. GP.

¹⁵ Siehe SWV – Matznetter ad Gewerbeordnung: Reform muss Zugang zu Berufen vereinfachen, APA OTS 06.12.2016, online unter <www.ots.at/presseaussendung/OTS_20161206_OT0031/swv-matznetter-ad-gewerbeordnung-reform-muss-zugang-zu-berufen-vereinfachen> (04.07.2018).

¹⁶ Nationalrat – Kuntzl: Selbstbewusstes Parlament wird wichtige Reformen erarbeiten, APA OTS 16.05.2017, online unter <www.ots.at/presseaussendung/OTS_20170516_OT0195/nationalrat-kuntzl-selbstbewusstes-parlament-wird-wichtige-reformen-erarbeiten> (04.07.2018).

¹⁷ Die Single Licence war vor allem ein Anliegen der SPÖ; sie drang damit unmittelbar nach dem Rücktritt des Vizekanzlers im Wirtschaftsausschuss noch nicht durch: SWV – Safferthal zu Reform der Gewerbeordnung: „Wir freuen uns, dass unsere Vorschläge umgesetzt werden.“, APA OTS 11.05.2017, online unter <www.ots.at/presseaussendung/OTS_20170511_OT0185/swv-safferthal-zu-reform-der-gewerbeordnung-wir-freuen-uns-dass-unsere-vorschlaege-umgesetzt-werden> (04.07.2018); erst danach wurde dieses Anliegen aufgegriffen: Schieder: Von Beschäftigung bis Bildung – zukunftsweisende Beschlüsse im Nationalrat, APA OTS 26.06.2017, online unter <www.ots.at/presseaussendung/OTS_20170626_OT0116/schieder-von-beschaeftigung-bis-bildung-zukunftsweisende-beschlusse-im-nationalrat> (04.07.2018).

fen turbulent: Das Plenum des Nationalrates wies den Ausschussbericht zur GewO-Novelle an den Wirtschaftsausschuss zurück;¹⁸ dieser erarbeitete einen neuen Gesetzesvorschlag,¹⁹ der im Plenum im letzten Moment neuerlich abgeändert wurde.²⁰ Die sodann beschlossene GewO-Novelle²¹ baute – wie schon die Regierungsvorlage – die Nebenrechte aus und stellte fast alle früheren Teilgewerbe von Befähigungsanforderungen frei; zudem führte sie – dies war die Änderung im letzten Moment – in § 38 eine „Gewerbelizenz“ ein. Der erste Absatz dieser Vorschrift lautet nun nicht mehr

„Wesen der Gewerbeberechtigung

§ 38. (1) Das Recht, ein Gewerbe auszuüben (Gewerbeberechtigung), ist ein persönliches Recht, das nicht übertragen werden kann; es kann durch Dritte nur insoweit ausgeübt werden, als in diesem Bundesgesetz bestimmt ist.“,

sondern wurde durch vier neue Absätze ersetzt:

„Wesen der Rechte zur Ausübung von Gewerben

§ 38. (1) Das Recht, gewerbsmäßig Tätigkeiten auszuüben (Gewerbelizenz), und das Recht, ein Gewerbe auszuüben (Gewerbeberechtigung), sind persönliche Rechte, die nicht übertragen werden können; sie können durch Dritte nur insoweit ausgeübt werden, als in diesem Bundesgesetz bestimmt ist.

(2) Die Gewerbelizenz wird mit der Anmeldung eines Gewerbes durch einen Gewerbetreibenden, der zum Zeitpunkt dieser Anmeldung über keine Gewerbeberechtigung verfügt hat, begründet und umfasst sämtliche Gewerbe einschließlich der in diesem Bundesgesetz diesen Gewerben eingeräumten Nebenrechte, deren Ausübung dem Gewerbetreibenden nach Maßgabe des Abs. 3 zusteht.

(3) Die Gewerbelizenz wird durch die Anmeldung weiterer Gewerbe erweitert. Sofern die Gewerbelizenz um ein freies Gewerbe erweitert werden soll, ist das freie Gewerbe gemäß § 345 bei der Behörde anzuzeigen; für diese Anzeige gelten die Vorschriften des § 339 Abs. 2 und 3 sinngemäß.

(4) Die Gewerbelizenz wird eingeschränkt durch Beendigung von Gewerben gemäß § 85. Die Gewerbelizenz endet, wenn das letzte Gewerbe, das sie umfasst hat, endet.“

Die Neuregelung der Nebenrechte hat die Lehre bisher am meisten beschäftigt, allen voran den Jubilar,²² auch der (zurückhaltende) Abbau von Reglementierungen

¹⁸ StenProtNR XXV. GP, 181. Sitzung vom 17.05.2017, 115; Nationalrat schickt Gewerbeordnungsnovelle zurück an den Start, Parlamentskorrespondenz Nr 591, 17.05.2017, online unter <www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2017/PK0591/index.shtml> (04.07.2018).

¹⁹ AB 1752 BlgNR XXV. GP.

²⁰ AA 228 XXV. GP.

²¹ Bundesgesetz, mit dem die Gewerbeordnung 1994 geändert wird, BGBl I 94/2017; am selben Tag wurden zwei weitere Novellen zur GewO beschlossen, die im BGBl I 95/2017 und 96/2017 kundgemacht wurden. Sie spielen hier keine Rolle, zeigen aber, „dass der Zeit- und Ergebnisdruk enorm gewesen sein dürfte“, wie *Gruber Gunther*, Zum Ausklang der 25. GP des Nationalrates, ZVR 2017, 369 treffend bemerkt.

²² *Potacs Michael*, Zur Erweiterung von Nebenrechten durch die Gewerbeordnungsnovelle 2017, wbl 2018, 13; siehe ferner *Filzmoser Friedrich/Wagner Josef*, Worin besteht die „Eigenart“ eines Gewerbebetriebs?, *ecolex* 2017, 967; *Handig Christian*, Gewerbeordnungsnovelle(n) 2017 – ein kurzer Überblick, *RdW* 2017, 545 f; *Mosing Florian*, Der neue § 32 GewO, *ecolex* 2017, 983; *Stolzlechner Harald*, Wichtige

wurde literarisch schon behandelt, am eingehendsten abermals von *Michael Potacs*.²³ Weniger Aufmerksamkeit hat in der Lehre hingegen die Gewerbelizenz erfahren,²⁴ obwohl auch sie Anlass zu Nachfragen gibt, nicht nur, weil sie „im freien Spiel der Kräfte“ entstanden ist und hier wiederum im letzten Moment. Als die Gewerbelizenz im Nationalrat vorgeschlagen wurde, schätzten die Abgeordneten sie auch verblüffend unterschiedlich ein. Sahen die einen das einheitliche freie Gewerbe nun realisiert, konnten andere in der Gewerbelizenz nichts von den Ankündigungen des Frühjahrs 2016 entdecken.²⁵

Diese neue Kreation der GewO soll im Folgenden kurz vorgestellt werden (A). Sodann wird geprüft, ob die Gewerbelizenz wirklich so unkompliziert begründet werden kann, wie der Wortlaut des § 38 Abs 2 verheißt (B). Nähere Betrachtung verdient auch die in § 38 Abs 3 geregelte Erweiterung der Gewerbelizenz; sie führt zur systematisch interessanten Frage, was sich ändert, wenn freie Gewerbe nicht mehr anzu-melden, sondern anzuzeigen sind (C). Wissenswert ist ebenso, ob sich die Gewerbelizenz auf die Umlagepflicht auswirkt; immerhin war deren Bemessung ein wesentlicher Einwand gegen das „einheitliche freie Gewerbe“ (D). Praktisch bedeutsam ist sodann, was passiert, wenn Lizenzinhaber unbefugt in andere Gewerbe hin-überarbeiten (E) und wer eigentlich diese Gewerbegrenzen hütet (F). Nach all dem ist zu bilanzieren, was die Gewerbelizenz bringt (G). Die Antwort fällt gemischt aus und erlaubt abschließend ein paar Beobachtungen zur Frage, wie Rechtsvorschriften aus-zulegen sind, die „im freien Spiel der Kräfte“ entstehen (H).

III. Nachfragen zur Gewerbelizenz

A. Was ist eine Gewerbelizenz?

Seit der Novelle 2017 regelt § 38 ausweislich seiner Überschrift nicht mehr das „Wesen der Gewerbeberechtigung“, sondern das „Wesen der Rechte zur Ausübung von Gewerben“. Abs 1 unterscheidet sodann zwei Rechtskategorien: zum einen – wie bisher – die Gewerbeberechtigung, verstanden als „Recht, ein Gewerbe auszuüben“, zum zweiten die neue „Gewerbelizenz“, definiert als „Recht, gewerbsmäßig Tätigkeiten auszuüben“.

Neuerungen der Gewerbe-rechtsreform 2017, ÖZW 2017, 153 ff; *Wiesinger Christoph*, Die Auswirkungen der Gewerbe-rechtsnovelle 2017 auf die Befugnis, ZVB 2017, 418 f.

²³ *Potacs Michael/Wutscher Claudia*, Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Befähigungsnachweiserfordernissen in der GewO, ÖZW 2017, 173; siehe ferner *Handig* (Fn 22) 543 f; *Mosing* (Fn 22) 965 f; *Stolzlechner* (Fn 22) 153; *Wiesinger* (Fn 22) 417 f.

²⁴ Siehe die kurzen Darstellungen bei *Handig* (Fn 22) 543; *Stolzlechner* (Fn 22) 155 f; *Wiesinger* (Fn 22) 418.

²⁵ So meint zB der Abg *Axel Kassegger* (FPÖ), die Regierungsparteien habe „bei der Forderung: ein Gewerbeschein für alle freien Gewerbe [der Mut verlassen, der Esprit verlassen]“ (StenProt XXV. GP, 190. Sitzung am 29.06.2017, 215), während der Abg *Matthias Stolz* (NEOS) die Lage ganz anders einschätzt: „Dass Single Licence kommt und dass es die Sozialdemokratie und uns mit als Hebel braucht, damit die Volkspartei [...] davon zu überzeugen ist, [...] das steht halt auf einem anderen Blatt Papier. – Wäre es nach euch von der ÖVP gegangen, wäre Single Licence, also ein Gewerbeschein für 440 freie Gewerbe, nicht gekommen.“ (StenProt XXV. GP, 190. Sitzung am 29.06.2017, 240).

Einer geläufigen Interpretationsregel zufolge ist dem Gesetzgeber zuzusinnen, dass er mit verschiedenen Ausdrücken auch Verschiedenes meint.²⁶ Folgt man dem, müsste jemand, der „ein Gewerbe ausübt“ (Gewerbeberechtigung), etwas anderes tun als jemand, der „gewerbsmäßig Tätigkeiten ausübt“ (Gewerbelizenz). In qualitativer Hinsicht ist ein Unterschied jedoch nicht zu sehen, denn die GewO gebraucht manchmal die eine, dann die andere Wendung, beide aber in derselben Bedeutung.²⁷ Bezeichnenderweise bleibt die GewO diesem Sprachgebrauch selbst in § 38 noch treu: Diese Bestimmung kündigt in ihrer Überschrift an, das Wesen der „Rechte zur Ausübung von Gewerben“ zu regeln und zählt dann dazu auch das Recht, „gewerbsmäßig Tätigkeiten auszuüben“ – dass diese Tätigkeiten, wie die Vorgeschichte erwarten ließe, nicht-reglementiert sein müssen, sagt § 38 an keiner Stelle.

Wenn das Recht, ein Gewerbe auszuüben, und das Recht, gewerbsmäßig Tätigkeiten auszuüben, sich qualitativ nicht erkennbar unterscheiden, könnten Gewerbeberechtigung und Gewerbelizenz immer noch in ihrem Umfang divergieren: Ist die Gewerbeberechtigung womöglich das Recht, ein Gewerbe auszuüben, die Gewerbelizenz hingegen das Recht, mehrere Gewerbe oder gar jede beliebige gewerbliche Tätigkeit auszuüben? Wie § 38 Abs 2 zeigt, ist auch das nicht der Fall.²⁸ Denn danach wird die Gewerbelizenz „mit der Anmeldung *eines* Gewerbes durch einen Gewerbetreibenden [begründet], der zum Zeitpunkt dieser Anmeldung über keine Gewerbeberechtigung verfügt hat“,²⁹ und sie umfasst beileibe nicht alle, sondern nur jene Gewerbe samt Nebenrechten, „deren Ausübung dem Gewerbetreibenden nach Maßgabe des Abs. 3 zusteht.“ Eine neu begründete Gewerbelizenz verschafft dem Anmelde-der also – gerade so wie die Gewerbeberechtigung – das Recht, nur das jeweils angemeldete Gewerbe auszuüben, das abermals frei sein kann, aber auch reglementiert. Die Lizenz hat jedoch das Potential zu mehr und hierin dürfte nun die entscheidende Differenz zur Gewerbeberechtigung liegen.³⁰ Nach dem in § 38 Abs 2 verwiesenen Abs 3 kann die Gewerbelizenz nämlich erweitert werden, und zwar grundsätzlich „durch die Anmeldung weiterer Gewerbe“ (Satz 1). Soll die Lizenz aber um das Recht, ein freies Gewerbe auszuüben, erweitert werden, ist dieses anzuzeigen (Satz 2). Umgekehrt kann die Gewerbelizenz nach Abs 4 auch eingeschränkt werden, nämlich durch

²⁶ Vgl zB *Potacs Michael*, Rechtstheorie (2015) 180 f.

²⁷ Am deutlichsten ist dies, wenn die GewO zunächst in § 1 Abs 1 festlegt, dass sie für näher umschriebene „gewerbsmäßig ausgeübte [...] Tätigkeiten“ gilt, sodann in § 5 Abs 2 Tätigkeiten iSd § 1 Abs 1 in reglementierte Gewerbe, Teilgewerbe und freie Gewerbe einteilt und schließlich in den § 8 ff allgemeine Voraussetzungen für die Ausübung von Gewerben normiert. Sonst spricht die GewO überwiegend davon, dass ein „Gewerbe ausgeübt“ wird. Gebraucht die GewO die Wendung, eine „Tätigkeit“ werde ausgeübt, ist meist eine Teiltätigkeit eines Gewerbes gemeint; dass diese Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt wird, setzt die GewO dann iSd § 1 Abs 1 voraus, siehe zB § 32 Abs 5, § 33 Abs 2, § 53 Abs 1 Z 2, § 62 Abs 2, § 108 Abs 6–8, § 109 Abs 2, § 111 Abs 4 Z 3a, § 113 Abs 2, § 116 Abs 5, § 117 Abs 2 Z 5, § 123 Abs 3, § 125 Abs 6, § 130 Abs 4, § 136b, § 137a Abs 1, § 137b Abs 3 und 7, § 137c Abs 2, § 144 Abs 1, § 340 Abs 2a.

²⁸ Ebenso *Gruber Gunther/Paliego-Barfuß Sylvia*, GewO⁷ § 38 Anm 2 (Stand 01.10.2017, rdb.at).

²⁹ Hervorhebung nicht im Original.

³⁰ Vgl auch *Stolzlechner Harald/Seider Wolfgang/Vogelsang Kai*, GewO Kurzkommentar Gewerbeordnung (2018) § 38 Rz 2: „Wird nur ein einziges Gewerbe angemeldet, erscheint die praktische Bedeutung der Unterscheidung zwischen Gewerbelizenz und Gewerbeberechtigung gering. Die Gewerbelizenz erlangt ihre Bedeutung erst bei Anmeldung weiterer Gewerbe“ (mit Hervorhebungen im Original).

Endigung der „Gewerbe“³¹, die sie umfasst; endet das letzte „Gewerbe“³², endet auch die Gewerbelizenz.

Die Gewerbelizenz ist nach all dem das Recht, zumindest ein Gewerbe samt den damit verbundenen Nebenrechten auszuüben. Sie wird durch die Anmeldung eines Gewerbes begründet, durch Anmeldung bzw Anzeige um zusätzliche Gewerbeberechtigungen erweitert, durch die Endigung einzelner Gewerbeberechtigungen wiederum beschränkt und mit der Endigung der letzten Gewerbeberechtigung beendet. Man kann folglich mehrere Gewerbeberechtigungen haben, aber nur eine Gewerbelizenz.

Wohl in diesem Sinn erläutern auch die Materialien, die Gewerbelizenz ermögliche es, „das Recht zur Ausübung von gewerbsmäßigen Tätigkeiten in seiner Gesamtheit zu begründen“. Stolz fügen die Erläuterungen hinzu, die Novelle etabliere den „Nachweis dieser Berechtigungen als ebenfalls neues von GISA zur Verfügung gestelltes Produkt [...]. Damit wird für das österreichische Gewerberecht die Digitale Gewerbelizenz [...] geschaffen“.³³ Dies verweist wohl auf § 365c, nach dem die Behörde Auskünfte durch einen elektronischen GISA-Auszug zu erteilen hat – allerdings nicht nur über Gewerbelizenzen (Z 1), sondern ebenso über Gewerbeberechtigungen (Z 2–4). Aus gutem Grund spricht die GewO daher, bescheidener als die Materialien, nicht von einer „Digitalen“ Gewerbelizenz: Erstens ist die Lizenz nicht „digital“, nur weil Auskünfte über sie elektronisch erfolgen; zweitens ist die elektronische Auskunft kein Alleinstellungsmerkmal der Gewerbelizenz.

Eine erste Lektüre von Gesetz und Materialien zeigt also: Die Gewerbelizenz bündelt die Gewerbeberechtigungen einer Person zu einem Gesamtrecht, das im GISA erfasst ist und über das die Behörde elektronisch Auskunft erteilt. Offen ist nun nur: Was bringt diese Lizenz?

B. Wie entsteht die Gewerbelizenz?

Die Suche nach dem Sinn der Gewerbelizenz beginnt bei ihrer Entstehung: Wird dieses Recht womöglich leichter erzeugt als die Gewerbeberechtigung? § 38 Abs 2 legt dies *prima vista* nahe, denn nach dieser Vorschrift wird die Lizenz „mit der Anmeldung eines Gewerbes“ begründet. Diese Anmeldung muss zugleich die (erste) Gewerbeberechtigung erzeugen, denn wie die Endigungsregel des § 38 Abs 4 zeigt,³⁴ gibt es keine berechtigungslose Gewerbelizenz.³⁵

Damit gerät § 38 Abs 2 allerdings in ein Spannungsverhältnis zu § 5 Abs 1, der unverändert bestimmt, dass eine Gewerbeberechtigung nur dann mit der Anmeldung entsteht, wenn alle Antrittsvoraussetzungen vorliegen und wenn die GewO zudem nichts anderes vorsieht. Anderes sieht die GewO bekanntlich für sogenannte unechte Anmeldungsgewerbe vor: Hier entsteht die Berechtigung großteils erst mit der

³¹ Gemeint wohl: Gewerbeberechtigungen.

³² Abermals gemeint wohl: die letzte Gewerbeberechtigung.

³³ AA 228 XXV. GP 9.

³⁴ Oben III.A. bei Fn 32.

³⁵ Siehe auch *Stolzlechner/Seider/Vogelsang* (Fn 30) § 38 Rz 2.

bescheidmäßigen Feststellung, dass alle Antrittsvoraussetzungen vorliegen,³⁶ und bei einzelnen Gewerben mit der Eintragung in das GISA³⁷.

Nimmt man § 38 Abs 2 beim Wort, müsste die Gewerbelizenz (und mit ihr die erste Gewerbeberechtigung) abweichend von diesen differenzierten Regeln plötzlich bei jedem Gewerbe mit der bloßen Anmeldung entstehen. Wer dem Gesetzgeber nicht zusinnen will, ein jahrzehntelang etabliertes Regelungssystem ohne jede Erläuterung umzustoßen, wird nach anderen Deutungen des § 38 Abs 2 suchen. So könnte man den Passus, die Gewerbelizenz entstehe „mit der Anmeldung eines Gewerbes“, nur auf Gewerbe beziehen, bei denen die Gewerbeberechtigung nach § 5 Abs 1 wirklich mit der Anmeldung entsteht. Das hätte zum einen zur Folge, dass die Anmeldung eines echten Anmeldungsgewerbes eine Lizenz nur begründet, wenn alle Antrittsvoraussetzungen vorliegen. Zum anderen wären dann unechte Anmeldungsgewerbe von der Lizenz ausgeschlossen – ein Ergebnis, für das kein rechter Grund zu sehen ist.

Wer dem Gesetzgeber auch nicht zusinnen will, Gewerbe grundlos ungleich zu behandeln, wird den Passus, die Gewerbelizenz entstehe „mit der Anmeldung eines Gewerbes“ nur als Kurzformel verstehen, die eigentlich meint: Die Gewerbelizenz entsteht mit dem Recht, das angemeldete Gewerbe anzutreten, dh bei echten Anmeldungsgewerben mit der Anmeldung, sofern die Antrittsvoraussetzungen vorliegen, und bei unechten Anmeldungsgewerben mit Bescheid bzw GISA-Eintragung. Von dieser dritten Deutung gehen Lehre und Praxis derzeit wohl aus;³⁸ sie fügt sich auch am besten in das Gesamtsystem der GewO, verlangt allerdings eine „juristische Turnkunst“³⁹, die sich über den Wortlaut des § 38 Abs 2 hinaussschwingt. So mag man unpräzise Formulierungen der Novelle überwinden; doch welchen Mehrwert die Gewerbelizenz gegenüber der Gewerbeberechtigung hat, bleibt weiterhin offen. Da nur die Lizenz erweitert werden kann, liegt vielleicht darin ihr spezifischer Sinn?

C. Wie erweitert man eine Gewerbelizenz?

Nach § 38 Abs 3 Satz 1 wird die Gewerbelizenz „durch die Anmeldung weiterer Gewerbe erweitert“. So setzen sich die Auslegungsprobleme des Abs 2 fort; wie dort sprechen auch bei Abs 3 systematische und teleologische Erwägungen dafür, die Gesetzgebung nicht beim Wort zu nehmen. Gemeint ist mit Abs 3 Satz 1 wohl, dass die Lizenz zum einen um echte Anmeldungsgewerbe erweitert werden kann, und zwar durch Anmeldung, wenn alle Antrittsvoraussetzungen vorliegen, und zum anderen um unechte Anmeldungsgewerbe, bei diesen allerdings erst durch Bescheid bzw GISA-Eintragung.

³⁶ Das gilt für die in § 95 genannten Zuverlässigkeitsgewerbe und die sicherheitsrelevanten Tätigkeiten des Rauchfangkehrergewerbes (§§ 125 Abs 3 erster Satz, 340 Abs 2a).

³⁷ Das gilt für Vermögensberater- sowie Wertpapier-, Kredit- und Versicherungsvermittlungs-Gewerbe (§ 136a Abs 4 und 9, § 136b Abs 2, § 136e Abs 3, § 137c Abs 3, jeweils letzter Satz).

³⁸ *Stolzlechner/Seider/Vogelsang* (Fn 30) § 38 Rz 5; *Stolzlechner* (Fn 22) 156; wohl auch *Gruber/Palieg-Barfuß* (Fn 28) § 5 Anm 3a (Stand 01.10.2017, rdb.at), wonach § 5 GewO durch § 38 GewO nicht geändert wurde.

³⁹ Vgl in jeweils anderem Kontext *Mayer Otto*, Neues vom öffentlichen Eigentum, AöR 1920, 83 f; *Merli Franz*, Rechtsschutz neu: Die Verwaltungsgerichte, in *ÖJK* (Hg), Der Österreich-Konvent. Zwischenbilanz und Perspektiven (2004) 185.

Eine Erleichterung könnte allerdings § 38 Abs 3 Satz 2 bringen, der eine Sonderregelung für freie Gewerbe trifft: Wer eine Gewerbebelizenz um die Berechtigung erweitern will, ein freies Gewerbe auszuüben, muss dieses nicht anmelden, sondern gemäß § 345 anzeigen. Für diese Erweiterungsanzeige gilt jedoch, wie § 38 Abs 3 sogleich hinzufügt, § 339 Abs 2 und 3 sinngemäß, sodass für sie dieselben Informationen beizubringen sind wie für eine Gewerbebeanmeldung. Im Übrigen nähert schon § 345 das Anzeigeverfahren stark an das (echte) Anmeldeverfahren an: So gelten für die Einbringung von Anzeigen dieselben Erleichterungen wie für Anmeldungen.⁴⁰ Erweist sich die angezeigte Tätigkeit als gesetzwidrig, hat die Behörde dies mit Bescheid festzustellen und die Tätigkeit zu untersagen;⁴¹ ist die Tätigkeit hingegen gesetzeskonform, trägt die Behörde sie in das GISA ein.⁴² Genauso – Feststellung und Untersagung bzw GISA-Eintragung – verfährt die Behörde mit Gewerbebeanmeldungen.⁴³ Nur die positive Erledigung divergiert in zwei Details: Anmelder sind binnen drei Monaten in das GISA einzutragen und davon mit einem GISA-Auszug zu verständigen.⁴⁴ Im Anzeigeverfahren besteht eine solche Erledigungsfrist nicht; zudem genügt, dass Anzeigende „von der Eintragung [verständigt]“ werden:⁴⁵ Das kann, muss aber nicht durch einen GISA-Auszug geschehen, solange der Anzeigende danach nicht ausdrücklich verlangt.⁴⁶ Verglichen mit der Anmeldung, bringt die Erweiterungsanzeige Lizenzinhabern also keine Vorteile, eher im Gegenteil. Warum, so fragt man sich, wechselt die Gesetzgebung dann bei freien Gewerben die Verfahrensart?

Die Materialien deuten eine Antwort an, wenn sie betonen, dass „jedes freie Gewerbe, das im Rahmen der [Digitalen Gewerbebelizenz] grundsätzlich zusteht, in Zukunft einfach durch Anzeige aktiviert werden“ könne.⁴⁷ Dass die Anzeige nicht „einfacher“ ist als die Anmeldung, wurde bereits dargelegt. Doch nehmen die Materialien offenbar an, die Gewerbebelizenz vermittele von Beginn an eine Art ruhendes, eben „grundsätzlich“ zustehendes Recht, jedes freie Gewerbe auszuüben; wer dieses Recht für ein konkretes Gewerbe nutzen will, müsse es nur „aktivieren“: Hier klingt das einheitliche freie Gewerbe an. Um es zu „aktivieren“, wäre die Anzeige, eine bestimmte gewerbliche Tätigkeit aufzunehmen, durchaus systemkonform. Denn die Anzeige ist in der GewO auch sonst das Mittel der Wahl, wenn jemand eine beste-

⁴⁰ § 345 Abs 3 Satz 1 verweist hier ausdrücklich auf die für das Anmeldeverfahren normierten Regeln in § 339 Abs 4.

⁴¹ § 345 Abs 5.

⁴² § 345 Abs 4.

⁴³ Fehlen die Antrittsvoraussetzungen, stellt die Behörde dies bescheidmäßig fest und untersagt die Gewerbeausübung (§ 340 Abs 3), andernfalls trägt sie das Gewerbe in das GISA ein (§ 340 Abs 1).

⁴⁴ § 340 Abs 1.

⁴⁵ § 345 Abs 4; auf diesen Unterschied weisen schon *Stolzlechner/Seider/Vogelsang* (Fn 30) § 365c Rz 2 hin.

⁴⁶ Vgl § 365c Z 1, wonach die Behörde auf Ersuchen einen Auszug der Gewerbebelizenz aus dem GISA zu übermitteln hat.

⁴⁷ AA 228 XXV. GP 9.

hende Gewerbeberechtigung örtlich,⁴⁸ zeitlich⁴⁹ oder personell⁵⁰ anders ausüben will als bisher. So wie Gewerbeberechtigte zB anzeigen, dass sie ihr Gewerbe künftig in einer anderen Betriebsstätte oder mit einer neuen Geschäftsführerin ausüben oder dass sie es gar beenden wollen, würden Lizenznehmer dann anzeigen, dass sie ihr (gedacht: einheitliches) freies Gewerbe nun in weiterem Umfang ausüben wollen als zuletzt.

Umschließt bereits die Gewerbelizenz das Recht, jedes freie Gewerbe auszuüben, müsste allerdings genügen, dass die Antrittsvoraussetzungen bei der Lizenzbegründung vorliegen: Das wäre dann in der Tat eine Erleichterung, die der Gewerbelizenz einen Sinn gäbe. Nur verträgt sich damit schlecht, dass § 38 Abs 3 an die Erweiterungsanzeige exakt dieselben Anforderungen stellt wie an eine Gewerbebeanmeldung: Unternehmer müssen nicht nur das angestrebte Gewerbe genau bezeichnen und angeben, an welchem Standort sie es ausüben wollen;⁵¹ sie müssen der Behörde auch Urkunden übermitteln, die ihren Vor- und Familiennamen, ihre Wohnung, ihr Alter und ihre Staatsangehörigkeit nachweisen. Juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften haben zudem einen Firmenbuchauszug beizubringen.⁵² All dies dient im Anmeldeverfahren als Nachweis, dass Anmelder die für freie Gewerbe normierten allgemeinen Antrittsvoraussetzungen erfüllen.⁵³ Warum sollte die GewO diesen Nachweis bei der Erweiterungsanzeige verlangen, wenn die Berechtigung für das angezeigte Gewerbe bereits mit der Lizenz entstanden ist? Sinn hat diese Nach-

⁴⁸ ZB wenn jemand sein Gewerbe in einer weiteren Betriebsstätte ausübt (§ 46 Abs 2 Z 1), diese einstellt (§ 46 Abs 2 Z 1) oder den Betrieb des Gewerbes in einen anderen Standort verlegt (§ 46 Abs 2 Z 2).

⁴⁹ ZB wenn jemand seine Gewerbeberechtigung zurücklegt (§ 86), und bei einzelnen Gewerben auch, wenn die Gewerbeberechtigung ruhend gestellt wird (§ 93 Abs 2–5: Versicherungsvermittler, Immobilienreuhänder, Baumeister, Vermögensberater, § 122 Abs 2 letzter Satz: Rauchfangkehrer); das Ruhen des Waffengewerbes ist nach § 147 Abs 2 sogar der Sicherheitsbehörde anzuzeigen; bei allen anderen Gewerben genügt nach § 93 Abs 1 eine Ruhensanzeige an die Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft.

⁵⁰ ZB wenn ein Gewerbetreibender einen Geschäftsführer bestellt bzw wenn dieser ausscheidet (§ 39 Abs 4), Arbeitnehmer beschäftigt, an die die GewO bestimmte Anforderungen stellt (§ 106 Abs 5 und 6: Alarmanlagen-Elektrotechniker, § 116 Abs 6: Herstellung/Großhandel mit Arzneimitteln und Giften, § 130 Abs 9: Berufsdetektive und Bewacher), die Gewerbeberechtigung eines anderen fortbetreibt (§ 41 Abs 5, § 42 Abs 1, § 43 Abs 1, § 44) oder seinen Namen ändert (§ 63 Abs 4).

⁵¹ § 38 Abs 3 iVm § 339 Abs 2.

⁵² § 38 Abs 3 iVm § 339 Abs 3 Z 1 und 3; der ebenfalls verwiesene § 339 Abs 3 Z 2 verlangt die Vorlage eines Befähigungsnachweises, der bei der Anzeige freier Gewerbe von vornherein nicht zum Tragen kommen kann. Von der Vorlage der in § 339 Abs 3 Z 1 genannten Urkunden ist man nur entbunden, soweit die nachzuweisenden Daten bereits im GISA eingetragen sind oder wenn die Gewerbebehörde sich darüber durch automationsunterstützte Abfrage nach § 365a Abs 5 Kenntnis verschaffen kann (§ 345 Abs 3, der insoweit auf § 339 Abs 4 verweist). Die Vorlage des Firmenbuchauszuges entfällt, wenn der Anzeigende diesen bei der Behörde gemäß § 365g einholt.

⁵³ Die Angabe des Alters weist die Eigenberechtigung (§ 8 Abs 1) nach, die Staatsangehörigkeit das Erfordernis der Staatsbürgerschaft bzw des Aufenthaltsrechts (§ 14 Abs 1), die Bezeichnung des angestrebten Gewerbes ermöglicht der Behörde festzustellen, ob ein Ausübungsverbot vorliegt (§ 15); der Firmenbuchauszug erlaubt ihr festzustellen, ob der Firmenwortlaut irreführend ist (§ 340 Abs 1 letzter Satz), der angestrebte Standort weist die Niederlassung im Inland (zu dieser impliziten Antrittsvoraussetzung *Pöschl* [Fn 7] Rz 145 ff) und der Wohnort den zustellungs- und vollstreckungssicheren Wohnsitz (§ 39 Abs 1) nach. Das Fehlen persönlicher Ausschlussgründe (§ 13) kann die Behörde durch Einsicht in das Straf- und Insolvenzregister feststellen.

weispflicht nur, wenn erst die Anzeige die fragliche Berechtigung erzeugt, sofern die Antrittsvoraussetzungen (immer noch) vorliegen.⁵⁴

Dass die Berechtigung, ein weiteres freies Gewerbe auszuüben, nach der GewO erst mit der Anzeige entsteht, setzt sichtlich auch § 367 Z 8 voraus: Danach ist zu bestrafen, wer „ein freies Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Berechtigung zur Ausübung des von der Gewerbelizenz umfassten Gewerbes erlangt zu haben“. Diese zwiespältige Formulierung lässt erahnen, dass um das einheitliche freie Gewerbe zäh, letztlich aber erfolglos gerungen wurde: Obwohl die Gewerbelizenz das freie Gewerbe „umfasst ...“, ist der Lizenzinhaber nicht berechtigt, dieses Gewerbe auszuüben – ein sprachliches Kunststück! Seine rechtliche Bedeutung ist jedoch klar: Das Recht, das angezeigte freie Gewerbe auszuüben, entsteht – anders als die Materialien suggerieren – nicht schon mit der Lizenz, sondern erst mit der Erweiterungsanzeige, und auch das nur, wenn alle Antrittsvoraussetzungen vorliegen. Deshalb müssen Anzeigende tun, was sie schon bei der Lizenzbegründung getan haben: Sie haben nachzuweisen, dass sie die Antrittsvoraussetzungen (noch immer) erfüllen.

Es bleibt also dabei: Das Anzeigeverfahren verschafft Unternehmern keinen Vorteil. Dass der Behörde für die positive Erledigung der Anzeige keine Frist gesetzt ist und dass sie einen GISA-Auszug nur auf Verlangen übermitteln muss, ist sogar ein Nachteil. Beabsichtigt waren diese Verschlechterungen wohl nicht, denn die Gewerbelizenz sollte Unternehmern das Leben eher erleichtern, gewiss aber nicht erschweren.⁵⁵ Wer diesen guten Willen des Gesetzgebers für sein Werk stehen lassen will, mag in den Regeln zur Erweiterungsanzeige eine planwidrige Lücke sehen, die durch analoge Anwendung der Frist- und Verständigungsregeln des Anmeldeverfahrens zu schließen ist.

Geht man so vor, bleibt nur mehr ein Rätsel: Warum ordnet die Novelle an, dass das echte Anmeldeverfahren bei freien Gewerben durch ein Anzeigeverfahren zu ersetzen ist, das solange modifiziert wird, bis es vollständig dem echten Anmeldeverfahren entspricht? Diese merkwürdige Metamorphose erinnert an die GewO-Novelle 2002: Sie hat das Bewilligungsverfahren in ein „Anmeldeverfahren“ umgebaut, in dem die Gewerbeberechtigung aber gerade nicht mit der Anmeldung entsteht, sondern weiterhin durch Bescheid.⁵⁶ Offenbar wiederholt sich hier die Geschichte. So wie 2002 ein unechtes Anmeldegewerbe geschaffen wurde, das in Wahrheit ein Bewilligungsverfahren geblieben ist, wurde 2017 ein unechtes Anzeige-

⁵⁴ Davon gehen auch *Gruber/Pallege-Barfuß* (Fn 28) § 15 Anm 2 (Stand 01.10.2017, rdb.at) aus, wenn sie annehmen, dass die Behörde bei einer Erweiterungsanzeige gleich wie bei einer Gewerbebeanmeldung prüfen muss, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des angezeigten Gewerbes in dem betreffenden Standort vorliegen.

⁵⁵ Siehe den bereits zitierten Abänderungsantrag AA 228 XXV. GP 9, wonach „jedes freie Gewerbe, das im Rahmen der [Digitalen Gewerbelizenz] grundsätzlich zusteht, in Zukunft einfach durch Anzeige aktiviert werden“ könne. Der Abg *Peter Haubner* spricht sodann (auch im Zusammenhang mit der „digitalen Gewerbelizenz“) davon, dass Anmeldeverfahren „sehr erleichtert“ würden (StenProtNR XXV. GP, 190. Sitzung am 29.06.2017, 216). In dieselbe Richtung meint der BMWFW: „dann gehen Sie her und lösen in Zukunft diese eine digitale Gewerbelizenz [...]. Sie zeigen nur mehr an, in welchem Bereich Sie tätig sind, und können dann frei tätig sein.“ (StenProtNR XXV. GP, 190. Sitzung am 29.06.2017, 242). Eine große „Erleichterung“ sieht in dem (vermeintlichen) „einen Gewerbebeschein“ ebenso der Abg *Gabriel Obernosterer* (StenProtNR XXV. GP, 190. Sitzung am 29.06.2017, 244).

⁵⁶ Näher *Pöschl* (Fn 7) Rz 114 ff.

verfahren eingeführt, das bei Licht besehen weiterhin ein echtes Anmeldeverfahren ist.⁵⁷ Mit beiden Kreationen hat sich der Gesetzgeber wohl aus einem politischen Patt befreit. Er hat eine offenbar nicht durchsetzbare Liberalisierungsforderung ruhiggestellt, indem er die GewO änderte, ohne sie zu ändern – das ist eine Kunst für sich, die die zuständigen Legisten virtuos beherrschen. „Die haben ein bisschen mit uns zu tun gehabt“, meinte denn auch der Verhandlungsführer der SPÖ im Nationalrat: „Das lag natürlich auch daran, dass wir versucht haben, einen nicht ganz einfachen Kompromiss divergierender Interessen zu finden – sagen wir es einmal so.“⁵⁸

Eine Zwischenbilanz: Legt man § 38 nach seinem Wortlaut, seiner systematischen Stellung und seiner aus der Entstehungsgeschichte hervorleuchtenden Zielsetzung aus, so ist die Gewerbelizenz das Recht, ein Gewerbe auszuüben, das unter denselben Voraussetzungen entsteht wie eine Gewerbeberechtigung. Anders als diese kann die Gewerbelizenz aber auch erweitert werden. Um das Recht, ein reglementiertes Gewerbe auszuüben, wird die Lizenz unter denselben Voraussetzungen erweitert, unter denen bisher eine neue Gewerbeberechtigung begründet wurde. Wer seine Lizenz hingegen um das Recht erweitern will, ein freies Gewerbe auszuüben, muss keine Anmeldung, sondern eine Anzeige erstatten; das sodann zu führende Anzeigeverfahren entspricht aber in allen wesentlichen Punkten dem (echten) Anmeldeverfahren. So gesehen ist die Gewerbelizenz, wie in der Literatur zu Recht kritisch bemerkt wurde, tatsächlich ein Fall der „semantischen Reformoptik“.⁵⁹

D. Wie steht es um die Umlagepflicht?

Ein freies Gewerbe anzutreten, ist nach der Novelle 2017 also gewerberechtlich nicht leichter als zuvor, insbesondere muss weiterhin für jedes freie Gewerbe eine eigene Berechtigung begründet werden. Dass Unternehmer dies als drückend empfinden, liegt jedoch nicht primär an den bürokratischen Hürden, die in der GewO ohnedies niedrig sind. Was die Unternehmer im Vorfeld der Novelle 2017 eigentlich beklagten, war, dass sie für jede einzelne Gewerbeberechtigung eine Grundumlage an die Wirtschaftskammer entrichten mussten.⁶⁰ Je vielfältiger die Leistungen und daher auch die Gewerbeberechtigungen eines Unternehmens sind, desto höher wurde folglich die Umlagepflicht. Echte Entlastungseffekte waren daher nicht in der GewO zu erzielen, sondern in ihrem kammerrechtlichen Hinterland, dem WKG.

So wurde 2017 auch dieses Gesetz geändert, weil die Mehrfachbelastung der Unternehmer durch Umlagen, wie die Materialien diplomatisch formulieren, nicht „zukunfts-

⁵⁷ Kritisch auch *Gruber* (Fn 21) 370: „Worin im Übrigen die große Liberalisierung/Entbürokratisierung in Form der Ersetzung des Anmeldeverfahrens nach § 339f GewO durch ein Anzeigeverfahren nach § 345 GewO liegen soll, bleibt dunkel.“

⁵⁸ So der Abg *Christoph Matznetter*, der sich dem Dank des Abg *Haubner* „für die Legisten des Wirtschaftsministeriums“ anschließt (StenProtNR XXV. GP, 190. Sitzung am 29.06.2017, 232). „Vielen, vielen herzlichen Dank für diese kurzfristige intensive legistische Leistung, ohne die das nicht zustande gekommen wäre!“ spricht auch der BMFWF aus (StenProtNR XXV. GP, 190. Sitzung am 29.06.2017, 242).

⁵⁹ *Gruber* (Fn 21) 370.

⁶⁰ Siehe § 123 Abs 7 WKG, der in der damals geltenden Fassung BGBl I 120/2013 vorsah, dass die Grundumlage für jede Gewerbeberechtigung zu entrichten ist.

fähig“ ist.⁶¹ Nach dem WKG setzt die Grundumlage nun nicht mehr bei der Gewerbeberechtigung an, sondern bei der Mitgliedschaft in einer Fachorganisation der Wirtschaftskammer, die mehrere Gewerbe bündelt. Mehrfache Grundumlagen fallen daher nur mehr an, wenn ein Kammermitglied auf Grund seiner Gewerbeberechtigungen verschiedenen Fachorganisationen zugeordnet ist.⁶² Das ist zB nicht der Fall, wenn jemand Fußpflege und Massagen anbietet, weil beide Gewerbe zur selben Fachorganisation gehören.⁶³ Bietet aber eine Hotelbesitzerin (über ihre Nebenrechte hinaus) Fußpflegeleistungen an, ist sie zwei verschiedenen Fachorganisationen zugeordnet.⁶⁴ Betreibt sie außerdem ein Fitnesscenter, gehört sie einer dritten Fachorganisation an.⁶⁵ Bietet sie zusätzlich ein Transportservice an, fällt sie bereits in eine vierte Fachorganisation.⁶⁶ Je eher das Angebot eines Gewerbetreibenden quer zu den Fachorganisationen der Wirtschaftskammer verläuft, desto höher wird seine Umlagepflicht also bleiben. Für Unternehmer, deren Gewerbeberechtigungen zu ein und derselben Fachorganisation gehören, bringt die WKG-Novelle hingegen Erleichterungen.

E. Welche Folgen hat eine Überschreitung der Gewerbelizenz?

Während die WKG-Novelle die Grenzen zwischen fachverwandten Gewerben umlagerechtlich aufhebt, relativiert die GewO-Novelle 2017 gewisse Grenzen auch gewerberechtlich, dies aber jenseits des § 38. Eine erste Änderung setzt bei den Nebenrechten an, insbesondere beim Recht der Gewerbetreibenden, ihre eigene Leistung um Leistungen anderer freier Gewerbe zu ergänzen, wenn das wirtschaftlich sinnvoll ist. Seit der Novelle 2017 dürfen Unternehmer mit diesen anderen Leistungen bis zu 30 % des Gesamtumsatzes verdienen, den sie in einem Wirtschaftsjahr erzielen (§ 32 Abs 1a).⁶⁷ Das ist deutlich mehr als bisher und hat zur Folge, dass nicht wegen jeder kleinen Zusatzleistung eine neue Gewerbeberechtigung begründet werden muss.

⁶¹ IA 2142/A BlgNR XXV. GP 8.

⁶² Dementsprechend wurden die ersten drei Sätze des § 123 Abs 7 WKG („Die Grundumlage ist für jede Berechtigung nach § 2 zu entrichten. Dies gilt auch, wenn die Mitgliedschaft zu mehreren Fachgruppen [Fachverbänden] durch nur eine Berechtigung begründet ist. Der Erlangung einer Berechtigung nach § 2 ist die Begründung einer weiteren Betriebsstätte gleichzuhalten.“) mit BGBl I 73/2017 wie folgt neu gefasst: „Die Grundumlage ist für die Mitgliedschaft je Fachgruppe (Fachverband) zu entrichten. Dies gilt auch, wenn die Mitgliedschaft zu mehreren Fachgruppen (Fachverbänden) durch nur eine Berechtigung begründet ist.“

⁶³ Auf Bundesebene wäre dies der Fachverband für Fußpfleger, Kosmetiker und Masseur (§ 2 Z 20 Fachorganisationsordnung [FOO]), auf Landesebene (zB in Wien) die Landesinnung für Fußpfleger, Kosmetiker und Masseur.

⁶⁴ Auf Bundesebene wäre dies der Fachverband Hotellerie (§ 7 Z 2 FOO), auf Landesebene (zB in Wien) die Fachgruppe Hotellerie.

⁶⁵ Auf Bundesebene wäre dies der Fachverband der Freizeit- und Sportbetriebe (§ 7 Z 6 FOO), auf Landesebene (zB für Wien) die Fachgruppe der Freizeit- und Sportbetriebe.

⁶⁶ Auf Bundesebene wäre dies der Fachverband für die Beförderungsgewerbe mit Personenkraftwagen (§ 6 Z 5 FOO), auf Landesebene (zB für Wien) die Fachgruppe der Beförderungsgewerbe mit Personenkraftwagen.

⁶⁷ Innerhalb dieser Grenze dürfen nach § 32 Abs 1a auch ergänzende Leistungen aus reglementierten Gewerben erbracht werden; diese Leistungen müssen dann allerdings – anders als Leistungen aus den hier interessierenden freien Gewerben – in einem unmittelbaren Vertragszusammenhang stehen, dh der Auftraggeber muss sie bei Zielschuldverhältnissen bis zur Abnahme und bei Dauerschuldverhältnissen bis

Die zweite Änderung setzt im Strafrecht an. Wer auf Grund einer Gewerbelizenz ein freies Gewerbe ausübt, dabei aber unbefugt (dh selbst durch Nebenrechte nicht gedeckt) in andere freie Gewerbe hinüberarbeitet, ist nicht mehr sofort zu bestrafen. Nach § 371b muss die Behörde den Betroffenen vielmehr zunächst auffordern, binnen drei Wochen „die erforderliche Anzeige zu erstatten“. Erweitert der Unternehmer daraufhin seine Lizenz um das zuvor unbefugt ausgeübte Gewerbe, ist die Überschreitung nicht weiter zu verfolgen. Mit dieser strafbefreienden Wirkung schafft § 371b also ein Privileg, dies aber nur für das unbefugte Hinüberarbeiten in freie Gewerbe und nur für Personen, die „das von der Gewerbelizenz umfasste Ausmaß angezeigter Gewerbe [...] überschreiten“, kurz gesagt: nur für Lizenzinhaber, die (zumindest) ein freies Gewerbe berechtigt ausüben. Hinter dieser doppelten Beschränkung steht wohl neuerlich das Anliegen, ein einheitliches freies Gewerbe zu schaffen: Wer ein freies Gewerbe befugt ausübt, soll auch Zugang zu jedem anderen freien Gewerbe erhalten. Noch existiert dieses Einheitsgewerbe zwar nicht, denn *de iure* gelangt man von einem freien Gewerbe zum anderen nur über die (anmeldungsgleiche) Erweiterungsanzeige. Die strafbefreiende Wirkung der Anzeige soll diesen Weg aber offenbar ebnen. Fragwürdig ist allerdings, dass diese Erleichterung nur Lizenzinhabern gewährt wird, nicht hingegen Personen, die vor der Novelle 2017 für ein freies Gewerbe „nur“ eine Gewerbeberechtigung erworben haben. Da diese Berechtigung, wie gezeigt,⁶⁸ unter denselben Voraussetzungen entstanden ist, unter denen nun die Gewerbelizenz entsteht, ist nicht zu sehen, warum befugte Gewerbetreibende hier benachteiligt werden, nur weil sie keine Lizenz haben.

Erwirbt ein nach § 371b Privilegierter für das unbefugt ausgeübte Gewerbe nicht fristgerecht eine Berechtigung, droht eine Strafe.⁶⁹ Sie ist seit der Novelle allerdings nicht mehr wegen unbefugter Gewerbeausübung nach § 366 Abs 1 Z 1 zu verhängen, sondern nach § 367 Z 8, der einen milderen Strafrahmen vorsieht.⁷⁰ Wie erwähnt, greift diese Bestimmung, wenn jemand „ein freies Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Berechtigung zur Ausübung des von der Gewerbelizenz umfassten Gewerbes erlangt zu haben“. Auch die mildere Strafdrohung des § 367 Z 8 gilt also nur für Lizenzinhaber; doch behandelt sie diese – anders als § 371b – alle gleich, erfasst also nicht nur jene, die ein freies Gewerbe befugt ausüben. Wird dieser Straftatbestand wiederholt verwirklicht, droht eine höhere Strafe nach § 366 Abs 1 Z 10; erst diese Strafe kann dann nach § 87 Abs 1 Z 4 auch eine Entziehung der Gewerbeberechtigung zur Folge haben.

Für eine unbefugte Gewerbeausübung, die weder § 367 Z 8 noch § 366 Abs 1 Z 10 unterfällt, gilt weiterhin § 366 Abs 1 Z 1: Er kommt zur Anwendung, wenn jemand ein reglementiertes Gewerbe ausübt, ohne die dafür erforderliche Berechtigung zu besitzen; ebenso wenn jemand ein freies Gewerbe ausübt, ohne zur Ausübung irgendeines Gewerbes berechtigt zu sein. Fraglich ist aber, wie Personen zu bestrafen sind, die unbefugt in ein freies Gewerbe hinüberarbeiten, und zwar über eine andere Gewerbeberechtigung verfügen, nicht aber über eine Gewerbelizenz. Systemkonform wäre

zur Kündigung beauftragt haben; außerdem dürfen diese Leistungen nicht mehr als 15 % der gesamten Leistung ausmachen.

⁶⁸ Oben III.B.

⁶⁹ Dabei gilt nach § 371b die Aufforderung zur Anzeige bereits als Verfolgungshandlung iSd § 32 VStG.

⁷⁰ § 366: Geldstrafe bis zu 3.600 Euro, § 367: Geldstrafe bis zu 2.180 Euro.

hier die milde Strafdrohung des § 367 Z 8; sie erfasst aber nur Lizenznehmer. So bleibt nur eine – zu strenge – Bestrafung nach § 366 Abs 1 Z 1. Der Auffangtatbestand des § 368 ist auf die Überschreitung von Nebenrechten mE nicht anwendbar⁷¹ und selbst wenn er es wäre,⁷² bliebe das Problem, weil die Strafdrohung des § 368 niedriger ist als jene des § 367 Z 8 und daher für die beschriebene Fallkonstellation wiederum zu mild wäre.

Dass der Gesetzgeber wirklich eine so unschlüssige Strafkaskade schaffen wollte, mag man bezweifeln; doch die Auslegung kommt hier an ihre Grenzen, weil der Wortlaut der genannten Vorschriften eindeutig ist und auch die Materialien keinen Ansatzpunkt dafür liefern, den Adressatenkreis der strafbefreienden Erweiterungsanzeige nach § 371b und der milderen Strafdrohung des § 367 Z 8 weiter zu fassen.⁷³ Lässt man diese Pannen beiseite, bleibt in der Sache, dass die Novelle 2017 die Grenzen zwischen freien Gewerben relativiert und damit einen Schritt hin zum einheitlichen freien Gewerbe setzt; nur geschieht das nicht in § 38, sondern durch die Ausdehnung der Nebenrechte und der sie begleitenden Strafvorschriften.

F. Wer sichert die neuen Gewerbebegrenzen?

Die Frage ist nun, wie die neuen Gewerbebegrenzen gesichert werden, praktisch gesprochen: Wie erfährt die Gewerbebehörde eigentlich, dass jemand die Grenzen seiner Gewerbeberechtigung überschreitet oder ein Gewerbe sogar völlig unbefugt betreibt?

Geht es nach der GewO, hat die Gewerbebehörde für Ermittlungen in Strafverfahren primär geeignete Organe heranzuziehen, die ihr zur Verfügung stehen (§ 336 Abs 4); im Übrigen wird sie von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes unterstützt (§ 336 Abs 1). In der Praxis erhielten Gewerbebehörden jedoch jahrelang wertvolle Informationen von einer Seite, die man *prima vista* nicht erwarten würde: Mehrere Landeskammern der gewerblichen Wirtschaft gingen – teils durch beauftragte Berufsdetektive,⁷⁴ teils durch eigene Mitarbeiter⁷⁵ – systematisch auf „Pfuscherjagd“, speicherten die dabei gesammelten Daten und gaben sie an die Gewerbebehörden weiter.⁷⁶ Bisweilen ersuchten diese Behörden sogar ihrerseits eine Landeskammer

⁷¹ So auch die Rechtsprechung, zB VwGH 16.03.2016, Ra 2015/04/0042, Rz 13.

⁷² So wohl *Grabler Hermann/Stolzlechner Harald/Wendl Harald*, Kommentar zur GewO³ (2011) § 32 Rz 30, allerdings noch zur früheren Rechtslage.

⁷³ Eher im Gegenteil, siehe AA 228 XXV. GP 10: „Eine unbefugte Gewerbeausübung im Bereich freier Gewerbe wird in Zukunft ausschließlich nur mehr dann vorliegen, wenn ein freies Gewerbe ausgeübt wird und der Gewerbetreibende nicht einmal über eine Gewerbelizenz verfügt.“ Diese Formulierung legt nahe, dass Personen, die „nur“ eine vor der Novelle 2017 erworbene Gewerbeberechtigung haben, nach § 366 Abs 1 Z 1 strafbar sind; nicht auszuschließen ist freilich auch, dass die Materialien nur die Lizenznehmer vor Augen hatten, zu anderen Gewerbeberechtigten also gar keine Aussage treffen wollten.

⁷⁴ Siehe den Sachverhalt, der den Entscheidungen der DSK 24.07.2009, K211.897/0004-DSK/2009 sowie der DSB 08.06.2017, DSB-D213.535/0004-DSB/2017 zugrunde lag.

⁷⁵ Siehe den Sachverhalt, der der Entscheidung der DSB 09.05.2016, DSB-D213.438/0002-DSB/2016 zugrunde lag.

⁷⁶ Siehe die Sachverhalte in den in Fn 74 f genannten Entscheidungen der DSK bzw DSB.

um Ermittlungshilfe, die dann auch geleistet wurde.⁷⁷ Ganz selbstlos war das Engagement der Kammern indes nicht; ein Motiv für ihren Einsatz dürfte gewesen sein, dass alle Geldstrafen, die die Gewerbebehörde wegen berufsrechtlicher Übertretungen verhängt, *ex lege* den Landeskammern zufließen (§ 372 Abs 1) – das sind beachtliche Summen.⁷⁸ Besonders ertragreich war dies für die Tiroler Wirtschaftskammer, die zwischen 2005 und 2015 Straf gelder in der Höhe von 2.638.860,48 Euro erhielt; diesem Betrag standen deutlich niedrigere Kontrollkosten von 1.607.933,21 Euro gegenüber.⁷⁹

Dass die Überführung von Pfuschern für die Kammern offenbar rentabel ist, liefert einen verständlichen Grund, aber noch keine ausreichende Rechtsgrundlage für ihre Aktivitäten. Die GewO deckt die Ermittlungen der Kammern jedenfalls nicht. Weder ermächtigt sie sie explizit dazu,⁸⁰ noch kann die Zuweisung der Straf gelder als implizite Ermächtigung verstanden werden: Nach § 372 Abs 1 sind diese Gelder nämlich ausschließlich für die Wirtschaftsförderung oder für in Not geratene Gewerbetreibende zu verwenden, also offensichtlich nicht als Entgelt für Kontrolltätigkeiten gedacht.

Befragt nach der Rechtsgrundlage für diese „Pfuscherjagd“ verwies der zuständige Bundesminister ab 2016 mehrfach auf das WKG;⁸¹ es trägt den Kammern allgemein auf, „die wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten“ (§ 19 Abs 1 Z 1) und hält die Fachorganisationen im Besonderen an, für einen „lauteren und leistungsgerechten Wettbewerb unter den Mitgliedern“ zu sorgen (§ 43 Abs 3 Z 2). Das umschließe, so der damalige Bundesminister, jedenfalls auch das Jedermannsrecht, der Gewerbebehörde „bei Verdacht auf Verwaltungsübertretungen eine Sachverhaltsdarstellung unter Anschluss allfälliger Beweismittel“ zu erstatten.⁸² Da das WKG die Kammern zudem zu jeder Datenverwendung ermächtigt, die der Erfüllung ihrer Aufgaben dient (§ 72 Abs 1), sei auch nicht zu beanstanden, dass die Kammern pfuscherrelevante Daten sammeln, speichern und weitergeben.

Die Datenschutzbehörde teilte diese Argumente nicht: Sie konnte in den allgemein formulierten Kammeraufgaben des WKG keine Ermächtigung zur Pfuscherbekämpfung entdecken, hielt folglich auch die darauf bezogene Datenverwendung für rechtswidrig und empfahl den Landeskammern zuletzt im Juni 2017, die zur Pfuscherbekämpfung durchgeführte Ermittlung personenbezogener Daten zu unterlassen.⁸³

⁷⁷ Siehe den Sachverhalt, über den die DSB 01.06.2017, DSB-D213.547/0005-DSB/2017 entschieden hat.

⁷⁸ Zwischen 2005 und 2015 flossen an die neun Landeskammern insgesamt 18.566.388,45 Euro, siehe die Angaben des BMWFV in den Anfragebeantwortungen 10917/AB XXV. GP 2 (Burgenland: 815.401,01 Euro), 9674/AB XXV. GP 2 (Kärnten: 1.223.942,81 Euro), 10944/AB XXV. GP 2 (Oberösterreich: 1.704.351,52 Euro), 10911/AB XXV. GP 2 (Niederösterreich: 2.242.402,18 Euro), 10896/AB XXV. GP 3 (Salzburg: 1.221.982,18 Euro), 10912/AB XXV. GP 4 (Steiermark: 1.276.265,76 Euro), 8162/AB XXV. GP Anlage 2 (Tirol: 2.638.860,48 Euro), 10895/AB XXV. GP 2 (Vorarlberg: 731.386,03 Euro) und 10916/AB XXV. GP 2 (Wien: 6.711.796,48 Euro).

⁷⁹ Siehe die Anfragebeantwortung 8162/AB XXV. GP Anlage 2 (Tirol).

⁸⁰ Siehe § 336, der nur die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (Abs 1) und der Behörde zur Verfügung stehende andere geeignete Organe (Abs 4) nennt, zu denen die Kammerorgane aber nicht gehören.

⁸¹ Siehe die Anfragebeantwortungen 8162/AB XXV. GP 1 f (Tirol), 9674/AB XXV. GP 2 (Kärnten), 10896/AB XXV. GP 2 (Salzburg) und 10912/AB XXV. GP 2 (Steiermark).

⁸² Siehe die Anfragebeantwortungen 8162/AB XXV. GP 2 und 9482/AB XXV. GP 1.

⁸³ DSB 08.06.2017, DSB-D213.535/0004-DSB/2017.

Zu diesem Zeitpunkt hatten die Kammern ihre Ermittlungsaktivitäten wohl schon eingestellt;⁸⁴ dem Nationalrat lag aber bereits ein Initiativantrag zu einer WKG-Novelle vor, die bald darauf beschlossen wurde.⁸⁵ Die nun maßgeblichen Bestimmungen des WKG erklären das „Verhindern unbefugter Gewerbeausübung (Pfuscherbekämpfung)“ explizit zur Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereiches der Kammern.⁸⁶ Zudem ermächtigt § 72 WKG die Kammern nun in einem eigens eingefügten Abs 6, zur Erfüllung dieser Aufgabe „personenbezogene Daten unter Einschluss solcher [...] über den Verdacht der Begehung von Verwaltungsstraftaten insbesondere gemäß den §§ 366, 367, 367a und 368 GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994, zu verarbeiten und an die zuständige Strafbehörde [...] zu übermitteln und bis zur rechtskräftigen Erledigung des Strafverfahrens [...] zu speichern“. Bezeichnenderweise finden sich diese Regelungen just in der bereits erwähnten WKG-Novelle, die die umlagenbedingte Mehrfachbelastung der Gewerbetreibenden etwas linderte.⁸⁷ Die Einnahmeverluste, die die Kammern dadurch erleiden, können sie nun also ihrerseits abfedern, indem sie wieder der Pfuscherbekämpfung nachgehen.

Es sieht so aus, als wäre mit dieser Novelle sowohl Gewerbebehörden als auch Kammern gedient: Die Gewerbebehörden werden von ressourcenintensiver Ermittlungsarbeit entlastet, und zwar durch Stellen, die auf Grund ihrer Sachnähe Verwaltungsübertretungen rasch wahrnehmen und Beweise leicht beschaffen können. Die Kammern profitieren von der Pfuscherbekämpfung ohnedies auf allen Linien, entweder weil die von ihnen überführten Personen bestraft werden (was der Kammer Strafgerichte bringt) oder weil sie eine strafbefreiende Erweiterungsanzeige einbringen (was der Kammer Umlagen bringen kann) oder weil sie bestraft werden und eine neue Gewerbeberechtigung begründen, um weitere Strafen zu vermeiden (was der Kammer Strafgerichte und Umlagen bringt).

Zweifelhaft ist allerdings, ob die „Pfuscherbekämpfung“ wirklich eine Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereiches der Kammern ist. Das wäre nur der Fall, wenn diese Aufgabe im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der in den Kammern zusammengeschlossenen Personen liegt und geeignet ist, von dieser Gemeinschaft besorgt zu werden (Art 120a Abs 1 B-VG); dies frei von Weisungen staatlicher Behörden (Art 120b Abs 1 B-VG), dafür aber – als Ausgleich für diese Entkoppelung von der demokratischen Legitimation – durch Organe, die von den Kammermitgliedern

⁸⁴ So die Anfragebeantwortungen 10895/AB XXV. GP 2 (Vorarlberg), 10911/AB XXV. GP 2 (Niederösterreich), 10916/AB XXV. GP 2 (Wien) und 10917/AB XXV. GP 2 (Burgenland).

⁸⁵ BGBl I 73/2017.

⁸⁶ Nach § 19 Abs 1 Z 10 WKG obliegen den Landesammern im eigenen Wirkungsbereich „insbesondere folgende Aufgaben: [...] Z 10 im Rahmen der Möglichkeiten die Beratung und Unterstützung ihrer Mitglieder in rechtlichen und wirtschaftlichen Angelegenheiten einschließlich der Vertretung in arbeits- und sozialrechtlichen Angelegenheiten sowie auf die Aufrechterhaltung des fairen Wettbewerbs hinzuwirken, wozu insbesondere das Verhindern unbefugter Gewerbeausübung (Pfuscherbekämpfung) zählt“. Nach § 43 Abs 3 Z 2 WKG haben die Fachgruppen im eigenen Wirkungsbereich die fachlichen Interessen „ihrer Mitglieder zu vertreten. Als fachliche Angelegenheiten gelten insbesondere: [...] Z 2 die Sicherung der Chancengleichheit der Mitglieder im Wettbewerb, insbesondere die Beseitigung oder Verhütung von Gewohnheiten, Gebräuchen und Neuerungen, welche dem lauterem und leistungsgerechten Wettbewerb unter den Mitgliedern im Wege stehen, wozu insbesondere das Verhindern unbefugter Gewerbeausübung (Pfuscherbekämpfung) zählt“.

⁸⁷ Siehe oben III.D.

demokratisch legitimiert sind (Art 120c Abs 1 B-VG). Keinesfalls im eigenen Wirkungsbereich liegen nach der Judikatur folgerichtig Angelegenheiten, „die sich auf einen anderen Personenkreis beziehen als jenen, welcher dem Selbstverwaltungskörper die erforderliche demokratische Legitimation vermittelt“.⁸⁸

Die erste Frage ist nun, ob die von den Kammern betriebene Pfuscherbekämpfung überhaupt als Verwaltungstätigkeit einzustufen ist; nur dann können die Schranken, die das B-VG der „Selbstverwaltung“ auferlegt, ja greifen. Die Materialien zur WKG-Novelle verneinen dies wohl, wenn sie betonen, die Wirtschaftskammern seien zur Eindämmung der illegalen Gewerbeausübung „[s]eit jeher [...] in Ausübung des Jedermannsrechts aktiv“; ihre Pfuscherbekämpfung bestünde „allein darin [...], unter Achtung der Rechte der Betroffenen Fragen zu stellen, Beobachtungen vorzunehmen und gegebenenfalls Anzeige bei der zuständigen Behörde zu erstatten“. Da die „Legitimität der Pfuscherbekämpfung durch Kammern [...] angezweifelt“ werde, solle sie durch die Novelle ausdrücklich gesetzlich fundiert werden.⁸⁹ Erkennbar antworten die Materialien hier auf die Entscheidungen der Datenschutzbehörde, der es aber primär um die Befugnis der Kammern ging, personenbezogene Daten zu verarbeiten. Diese Befugnis komme den Kammern nur zu, wenn ihnen auch die Aufgabe der Pfuscherbekämpfung zugewiesen sei, was die Datenschutzbehörde verneinte.⁹⁰ Diese Aufgabenzuweisung trägt die WKG-Novelle nun nach und erteilt den Kammern, um alle Zweifel auszuräumen, auch eine eigene Ermächtigung, zum Zweck der Pfuscherbekämpfung personenbezogene Daten zu verarbeiten. Erst diese Befugnis erlaubt den Kammern, in das Datenschutzrecht Gewerbstätiger einzugreifen, und zwar um eine Aufgabe zu erfüllen, die den Kammern *ex lege* übertragen ist. Damit unterscheiden sich die Aktivitäten der Kammern aber deutlich von einem Jedermannsrecht, viel eher ist die Pfuscherbekämpfung nun zu einer Sonderpflicht geworden: Erstens ist sie den Kammern – anders als jedermann – gesetzlich zur Aufgabe gemacht, zweitens verleiht das WKG den Kammern zur Erfüllung dieser Aufgabe Datenverarbeitungsbefugnisse, die Privaten nicht zukommen, und drittens profitieren die Kammern von der Pfuscherbekämpfung – abermals anders als jedermann – durch die Zuweisung von Strafgeldern bzw durch Umlagen zumindest im Effekt finanziell.

Die „Pfuscher“, die die Kammern dabei ins Visier zu nehmen haben, sind zuallererst Personen, die gar keine Gewerbeberechtigung haben und daher außerhalb der Kammer stehen. Sieht man in der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten durch die Kammer eine Außenwirkung, überschreitet die Pfuscherbekämpfung den eigenen Wirkungsbereich der Kammern nach der Judikatur wohl jedenfalls.⁹¹ Selbst wenn man die eher strenge Position dieser Judikatur bei Personen, deren Mitgliedschaft gerade in Frage steht, nicht teilt,⁹² sind jedoch Bedenken angezeigt. Denn dass die Pfuscherbekämpfung im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der Kammern liegt, kann man mit gutem Grund bezweifeln. Zwar stellt die „illegale Gewerbeausübung“,

⁸⁸ Zuletzt VfSlg 19.885/2014, Rz 37; siehe auch VfSlg 19.887/2014, Rz 24; zur Judikatur insgesamt *Eberhard Harald*, Nichtterritoriale Selbstverwaltung (2014) 270 ff.

⁸⁹ IA 2142/A XXV. GP 6.

⁹⁰ Siehe oben bei Fn 83.

⁹¹ Siehe oben Fn 88.

⁹² Siehe etwa die Einwände von *Eberhard* (Fn 88) 284.

wie die Materialien zur WKG-Novelle betonen, „ein großes Problem dar, an deren Eindämmung seitens der Mitglieder der Organisationen der gewerblichen Wirtschaft ein massives Interesse besteht.“⁹³ Dass die GewO die unbefugte Gewerbsausübung verbietet, dient aber auch dem Schutz der Konsumentinnen und der Gläubiger und zudem, wie die Sozialpartner im Vorfeld der GewO-Novelle 2017 erfolgreich geltend gemacht haben,⁹⁴ der Einhaltung der tätigkeitspezifischen Kollektivverträge und damit dem Schutz der Arbeitnehmer. Bei reglementierten Gewerben kommt – wie die Sozialpartner damals ebenfalls eindringlich in Erinnerung gerufen haben⁹⁵ – die Sicherung der Lehrlingsausbildung, der Qualität des Gewerbes und des Wirtschaftsstandortes hinzu.

Das Verbot der unbefugten Gewerbsausübung dient also gewiss nicht ausschließlich und nicht einmal vorrangig dem Interesse der Kammermitglieder; es berührt darüber hinaus in zumindest gleicher Weise auch vielfältige öffentliche Interessen. Nichts anderes gilt für die Strafnormen, die eine Übertretung dieses Verbotes sanktionieren, und für die Strafverfahren, die auf Grund dieser Verbotsnormen geführt werden. Für solche Strafverfahren personenbezogene Daten zu ermitteln und zu verarbeiten, ist folglich keine Aufgabe, die die Kammern im eigenen Wirkungsbereich besorgen dürfen. Daher spricht einiges dafür, dass das WKG, indem es dies den Kammern aufträgt, eine Verwaltungstätigkeit aus dem verfassungsrechtlich gebotenen Weisungszusammenhang mit einem obersten Vollziehungsorgan löst (Art 19 iVm Art 20 Abs 1 B-VG), ohne dass dies durch Art 120a Abs 1 B-VG gedeckt ist. Folgt man dem, wäre das WKG insoweit verfassungswidrig.

G. Was bringt die Gewerbelizenz?

Was bringt nun die Gewerbelizenz? Die Materialien bezeichnen sie als ein neues „Produkt“⁹⁶ – das ist durchaus treffend; ein Adressatenkreis, dem dieses Produkt verkauft werden kann, muss aber erst gefunden werden. Anders als verschiedentlich behauptet wurde, hat die Gewerbelizenz nämlich kein einheitliches freies Gewerbe geschaffen. Zwar deuten die Materialien ein solches Einheitsgewerbe an; im Gesetzestext wurde es aber nicht realisiert. So muss das Recht, ein freies Gewerbe auszuüben, nach wie vor für jedes Gewerbe gesondert begründet werden (III.B). Neu ist nur, dass Personen, die bereits eine Gewerbelizenz erworben haben, jedes weitere freie Gewerbe nicht mehr anmelden, sondern anzeigen müssen; diese Anzeige verschafft den Gewerbetreibenden aber keinerlei Erleichterung (III.C). Um es kurz und schmerzhaft zu sagen: Den Unternehmern bringt die Gewerbelizenz nichts.

Auch wenn die Gewerbelizenz die Grenzen zwischen den freien Gewerben nicht aufhebt, hat der Gesetzgeber diese Grenzen doch an drei anderen Stellen aufgeweicht. Erstens dürfen Gewerbetreibende auf Grund ihrer Nebenrechte nun wesentlich tiefer in freie Gewerbe hinüberarbeiten als bisher. So wird der Umfang der

⁹³ IA 2142/A XXV. GP 6.

⁹⁴ Siehe oben II. bei Fn 13.

⁹⁵ Siehe oben II. bei Fn 11.

⁹⁶ Fn 33.

Gewerbeberechtigung ausgedehnt und zugleich das geschützte „Revier“ der freien Gewerbe verengt. Wer dieses Revier rechtswidrig betritt, wird zweitens zunächst nur ermahnt; begründet er dennoch keine neue Gewerbeberechtigung, wird er zudem milder bestraft als bisher: So ist das Revier freier Gewerbe nun auch schwächer geschützt (III.E). Mit der Lizenzerweiterung fällt drittens nicht mehr automatisch eine weitere Grundumlage an, sondern nur dann, wenn das neue Gewerbe in eine andere Fachorganisation fällt als die bisher ausgeübten Gewerbe: So werden die Grenzen zwischen fachverwandten Gewerben auch umlagerechtlich entschärft (III.D).

Noch werden die dreifach relativierten Gewerbebegrenzen penibel überwacht (III.F): Die Landeskammern der gewerblichen Wirtschaft verzeichnen Grenzüberschreitungen, zeigen sie der Gewerbebehörde an und profitieren davon zumindest im Effekt, weil ihnen Strafgeder bzw Umlagen zufließen. Dass das WKG den Kammern diese Ermittlungshilfe für Strafverfahren im eigenen Wirkungsbereich aufträgt, ist verfassungsrechtlich allerdings anfechtbar. Würde diese Hilfe beseitigt, lägen die Ermittlungen wieder allein in der Hand der Strafbehörde und den ihr weisungsunterworfenen Organen. Reichen deren Personalressourcen nicht, um die Gewerbebegrenzen effektiv zu kontrollieren, würden diese Grenzen de facto weiter erodieren.

Alle beschriebenen Relativierungen der Gewerbebegrenzen sind freilich von der Gewerbelizenz völlig unabhängig; denn um die Nebenrechte zu erweitern, das Strafrecht zu mildern und die Umlagenpflicht zu senken, hätte es der Einführung einer Gewerbelizenz nicht bedurft. Mag diese Lizenz auch rechtlich nichts bewirken, so hat sie doch einen politischen Konflikt vorübergehend ruhig gestellt, indem sie ein einheitliches freies Gewerbe immerhin avisiert. Noch gibt es dieses Gewerbe zwar nicht; doch wurden erste Schritte gesetzt, die in seine Richtung gehen. Vielleicht genügen sie, um die Probleme soweit zu lindern, dass die Diskussion um ein einheitliches freies Gewerbe nicht mehr aufbricht. Ansonsten kann der Gesetzgeber an den drei genannten Stellschrauben weiter drehen, also das Hinüberarbeiten in freie Gewerbe noch großzügiger gestatten, die Strafen für Grenzüberschreitungen noch weiter senken und den Kammern gebieten, ihre Fachorganisationen weiträumiger zu fassen, sodass die Grundumlage seltener anfällt. Der Gesetzgeber könnte aber auch die – derzeit bedeutungslose – Gewerbelizenz „aktivieren“, indem er zum einen bei der Erweiterung dieser Lizenz um freie Gewerbe auf den Nachweis verzichtet, dass die Antrittsvoraussetzungen (noch immer) vorliegen, und indem er zum zweiten die Straftatbestände des § 366 Z 10 und des § 367 Z 8 entsprechend anpasst, also nicht mehr die unberechtigte Gewerbeausübung sanktioniert, sondern die (bloße) Verletzung der Anzeigepflicht.

H. Wie interpretiert man im freien Spiel der Kräfte?

In der geltenden Fassung ist die Gewerbelizenz also bestenfalls eine ruhende Liberalisierungsoption. Als solche fordert sie die Auslegung heraus, denn sie durchkreuzt die zentrale Prämisse der meisten juristischen Auslegungslehren – dass Normen erlassen werden, um die Rechtslage zu ändern, und daraus folgend, dass eine Norm nicht sinnlos ist und dass sie Verschiedenes meint, wenn sie verschiedene Ausdrücke verwendet.

Wie die Gewerbelizenz zeigt, werden Gesetze aber manchmal ihrem Zweck entfremdet und dazu genützt, einen politisch unlösbaren Konflikt beizulegen, indem sie die Rechtslage nur scheinbar ändern. Unter diesem Prätext erlassene Normen sind keineswegs sinnlos, sie haben nur einen anderen Sinn als den, den man ihnen üblicherweise zuschreibt. Sehr häufig sind solche Normen zwar nicht, doch sie kommen vor, und es mag sogar sein, dass sie zunehmen; denn die Politik steht mehr und mehr vor Problemen, die sich mit Recht im herkömmlichen Sinn nicht immer lösen lassen, deren Lösung die Bevölkerung aber von der Politik erwartet. Regelungen zu Migration und Integration liefern hier laufend Beispiele einer symbolischen Gesetzgebung.⁹⁷

Hat man in einem konkreten Fall erkannt, dass der Gesetzgeber eine Norm bloß zu Beschwichtigungszwecken einsetzt, wird eine Auslegung, die dem Willen des Gesetzgebers zum Durchbruch verhelfen soll, anders verfahren als sonst: Sie wird alles, was die neue Norm zu ändern scheint, im Zweifel als ungewollte Unebenheit betrachten, die im Interpretationsweg abzuschleifen ist. Geht man mit dieser Prämisse an die Gewerbelizenz und ihre Begleitvorschriften heran, lösen sich viele Auslegungsprobleme von selbst: Man wird dann guten Gewissens über den Wortlaut des § 38 hinausgehen und vertreten, dass die Begründung der Gewerbelizenz exakt gleich verlaufen muss wie die Begründung einer Gewerbeberechtigung (III.B) und dass auch die Erweiterungsanzeige vollständig der Erweiterungsanmeldung anzugleichen ist (III.C). Davon ausgehend mag die Praxis sogar Wege finden, Personen, die vor der GewO-Novelle 2017 eine Gewerbeberechtigung begründet haben, aber unbefugt in freie Gewerbe hinüberarbeiten, strafrechtlich gleich mild zu behandeln wie Inhaber einer Gewerbelizenz (III.E). Hat man einmal verinnerlicht, dass die Einführung dieser Lizenz die Rechtslage gerade nicht ändern sollte, fügen sich derart kühne Auslegungen wie von selbst. Mit diesem Schaustück einer Norm, die ganz anderes im Sinn hat, als wir Normsetzern üblicherweise zusinnen, sei der Auslegungslehre des Jubilars ein weiterer Akzent hinzugefügt.

Verwendete Literatur

- Bußjäger Peter*, Der Rückzug des Rechts aus dem Gesetzesstaat (1996).
Eberhard Harald, Nichtterritoriale Selbstverwaltung (2014).
Filzmoser Friedrich/Wagner Josef, Worin besteht die „Eigenart“ eines Gewerbebetriebs?, *ecolex* 2017, 967.
Grabler Hermann/Stolzlechner Harald/Wendl Harald, Kommentar zur GewO³ (2011).
Gruber Gunther, Zum Ausklang der 25. GP des Nationalrates, *ZVR* 2017, 369.
Gruber Gunther/Pallege-Barfuß Sylvia, GewO⁷ (Stand 01.10.2017, rdb.at).
Handig Christian, Gewerberechtsnovelle(n) 2017 – ein kurzer Überblick, *RdW* 2017, 543.
Mayer Otto, Neues vom öffentlichen Eigentum, *AöR* 1920, 77.
Merli Franz, Rechtsschutz neu: Die Verwaltungsgerichte, in *ÖJK* (Hg), *Der Österreich-Konvent. Zwischenbilanz und Perspektiven* (2004) 174.
Mosing Florian, Der neue § 32 GewO, *ecolex* 2017, 983.
Pöschl Magdalena, Wie erwirbt man subjektive öffentliche Rechte?, in *Ennöckl Daniel ea* (Hg), *Festschrift für Bernhard Raschauer* (2013) 439.
Pöschl Magdalena, *System der Gewerbeordnung* (2016).

⁹⁷ Das Phänomen als solches ist aber keineswegs neu, siehe etwa *Bußjäger Peter*, *Der Rückzug des Rechts aus dem Gesetzesstaat* (1996) 49 ff, der eine Schein-, Beschwichtigungs-, Verschleierungs- und Verhinderungsgesetzgebung unterscheidet.

Potacs Michael, Rechtstheorie (2015).

Potacs Michael, Zur Erweiterung von Nebenrechten durch die Gewerberechtsnovelle 2017, wbl 2018, 13.

Potacs Michael/Wutscher Claudia, Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Befähigungsnachweiserfordernissen in der GewO, ÖZW 2017, 173.

Stolzlechner Harald, Wichtige Neuerungen der Gewerberechtsreform 2017, ÖZW 2017, 150.

Stolzlechner Harald/Seider Wolfgang/Vogelsang Kai, GewO Kurzkomentar Gewerbeordnung (2018).

Wiesinger Christoph, Die Auswirkungen der Gewerberechtsnovelle 2017 auf die Befugnis, ZVB 2017, 160 und 417.