

*Herausgeber:*

Heinz Peter Rill  
Georg Lienbacher

## *Abhandlungen*

Magdalena Pöschl:

**Die Geschichte des Anmeldegewerbes –  
ein legistisches quid pro quo**

Harald Eberhard/Barbara Weichselbaum:

**Verfassungsrechtliche Probleme  
der Schutzzonenregelung gemäß  
§ 36a Sicherheitspolizeigesetz**

Rainer Knyrim/Viktoria Haidinger:

**Die Zulässigkeit der Bekanntgabe personen-  
bezogener Daten an Untersuchungs-  
kommissionen am Beispiel Stadt Wien**

## *Judikatur*

Die administrativrechtlichen Entscheidungen  
des VwGH und die verwaltungsrechtlich  
relevanten Entscheidungen des VfGH

Die Entscheidungen der Berufungskommission  
gemäß § 41a BDG

# Die Geschichte des Anmeldeungsgewerbes – ein legistisches quid pro quo\*)

Magdalena Pöschl

- I. Vorbemerkung
- II. Das Konzept des Anmeldeungsgewerbes und seine Metamorphosen
  - A. Gewerbeordnung 1859: Das Konzept
    1. Freie Gewerbe als Grundsatz, konzessionierte Gewerbe als Ausnahme
    2. Drei Aspekte der Gewerbefreiheit
  - B. Novelle 1883: Handwerker
    1. Typenmischung
    2. Gewerberecht mit Dispens als dritter Verfahrensweg
  - C. Novelle 1907: Handelsgewerbe
  - D. Novelle 1934: Gebundene Gewerbe
  - E. Gewerbeordnung 1973: Gewerbeschein als Bescheid
    1. Rückkehr zum Grundsatz der Gewerbefreiheit
    2. Gewerbeschein als Bescheid
    3. Fehlerhafte Gewerbescheine
    4. Scheinbare Rechtssicherheit
  - F. Novelle 1992: Typenverfälschung
  - G. Novelle 1997: Zusammenbruch des Systems
  - H. Novelle 2002: Rückkehr zum System?
    1. Einteilung der Gewerbe
    2. Tarnung der Bewilligungspflicht
    3. Abschied vom Gewerbeschein und Rückkehr alter Probleme
  - I. Novelle 2003: Hektische Reparatur

## III. Resümee

---

### Deskriptoren:

Anmeldeungsgewerbe; Bescheid, Nichtigerklärung; Deregulierung; Gewerbe, bewilligungspflichtige; Gewerbe, Einteilung; Gewerbe, freie; Gewerbe, gebundene; Gewerbe, konzessionierte; Gewerbe, reglementierte; Gewerbebewilligung; Gewerbefreiheit; Gewerberecht, Entwicklung; Gewerberegister, Eintragung; Gewerbeschein; Handwerk; Liberalisierung; Urkunde.

### Rechtsquellen:

§§ 1 bis 18, 146 GewO 1859; § 146 GewO 1859 idF BGBl 1928/189; §§ 5, 6, 340, 363 GewO 1973; §§ 118, 135, 271 GewO 1973 idF BGBl 1993/29; §§ 5, 94, 95, 340, 363, 366 GewO 1994 idF BGBl I 2002/111; § 363 GewO 1994 idF BGBl I 2003/48; § 68 AVG.

## I. Vorbemerkung

Das Anmeldeungsgewerbe gilt als liberal und verspricht Deregulierung – zwei Ziele, die der Gesetzgeber in der Gewerbeordnung seit Jahren zu erreichen sucht<sup>1)</sup>. Mögen diese Ziele auch modern

\*) Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag, den die Verfasserin am 19. November 2004 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Graz gehalten hat.

1) Siehe bereits die GewO 1973, BGBl 1974/50, die sich ausweislich der Materialien dem Grundsatz der Gewerbefreiheit verschreibt und einen Beitrag zur Verwaltungsentlastung leisten will: RV 395 BlgNR 13. GP 100 f, AB 941 BlgNR 13. GP 1; siehe weiters die GewO-Nov 1988, BGBl 1988/399 (RV 341 BlgNR 17. GP 29, AB 690 BlgNR 17. GP 1); die GewO-Nov 1992, BGBl 1993/29 (RV 635 BlgNR 18. GP 72 ff, AB 876 BlgNR 18. GP 1); die GewO-Nov 2002, BGBl I 2002/111 (RV 1117 BlgNR 21. GP 64 f, AB 1149 BlgNR 21. GP 1 f).

klingen, neu sind sie nicht. Schon vor rund 150 Jahren wollte der Gesetzgeber in der Sache nicht Anderes: In der Absicht, von jenen Weitwendigkeiten loszukommen, die das Gewerberecht bis dahin gekennzeichnet hatten, und mit dem Ziel, den Zugang zum Gewerbe möglichst zu erleichtern, erließ er die GewO 1859, die das Anmeldeungsgewerbe erstmals einführt und sogleich zum Regelfall erklärte. Dieser Gewerbetyp hat seither eine erstaunliche Karriere gemacht. Als wollte der gegenwärtige Gesetzgeber die GewO 1859 noch überflügeln, verschaffte er dem Anmeldeungsgewerbe im Jahr 2002 gar eine Monopolstellung: Die Anmeldung soll, wie in den Materialien zu lesen ist, fortan die einzige Form der Gewerbebegründung sein<sup>2)</sup>. Fraglich ist aber,

2) RV 1117 BlgNR 21. GP 73, dazu noch näher unten II. H. 2.

ob dieses Anmeldungsgewerbe noch dem Konzept entspricht, das der GewO des Jahres 1859 zugrunde lag. Der vorliegende Beitrag geht, um diese Frage zu beantworten, zu den Wurzeln des Anmeldungsgewerbes zurück und verfolgt seine Geschichte bis zur Gegenwart – eine Geschichte, in der der Gesetzgeber nur selten neue Anordnungen getroffen, aber häufig Zu- und Unterordnungen geändert, Bezeichnungen ausgetauscht und Namen gewechselt hat: eine Geschichte des *legisticum quid pro quo*.

## II. Das Konzept des Anmeldungsgewerbes und seine Metamorphosen

### A. Gewerbeordnung 1859: Das Konzept

#### 1. Freie Gewerbe als Grundsatz, konzessionierte Gewerbe als Ausnahme

Die GewO des Jahres 1859 verdankt ihren liberalen Ruf<sup>3)</sup> der Tatsache, dass sie bewusst mit den schweren Beschränkungen brach, denen gewerbliche Tätigkeiten bis dahin unterlagen<sup>4)</sup>: Sie folgt dem Grundsatz der Gewerbefreiheit, nimmt also an, dass die Gewerbstätigkeit ab jetzt nicht mehr prinzipiell verboten, sondern grundsätzlich frei, eine Einschränkung dieser Freiheit hingegen die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme sein soll<sup>5)</sup>. Von diesem Gedanken ausgehend teilte der Gesetzgeber des Jahres 1859 die Gewerbe in zwei Kategorien: Er bestimmte zunächst, dass jedes Gewerbe *frei* ist, wenn die GewO nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt<sup>6)</sup>. Das bedeutete erstens: Wer ein derart freies Gewerbe antreten wollte, musste keine besonderen materiellen Voraussetzungen mitbringen, es genügte vielmehr ganz basale allgemeine Voraussetzungen wie Eigenberechtigung, Staatsbürgerschaft und das Fehlen persönlicher Ausschlussgründe, vor allem wegen strafgerichtlicher Verurteilung<sup>7)</sup>. Lagten diese allgemeinen Voraussetzungen vor, so konnte der Rechtsunterworfenen das Gewerbe auf einfachste Weise erlangen: Er

musste der Behörde nur melden, dass er dieses Gewerbe nun antritt. Mit dieser Anmeldung, also allein durch einen Akt des Rechtsunterworfenen, entstand bereits das Recht, das Gewerbe auszuüben<sup>8)</sup>. Der Unternehmer gelangte so unkompliziert auf den Markt, und die Behörde hatte mit ihm kaum Arbeit: Sie musste bloß das ohne ihr Zutun, nämlich mit der Anmeldung entstandene Gewerbe durch die Ausstellung eines Gewerbescheines bestätigen<sup>9)</sup>. Nur wenn sie die gesetzlichen Voraussetzungen nicht als gegeben ansah, untersagte sie dem Gewerbetreibenden die Aufnahme oder Fortsetzung des Betriebes mit Bescheid<sup>10)</sup>.

Anderes galt für eine kleine Gruppe von 14 im Gesetz taxativ aufgezählten, sog. „*concessionierten*“ Gewerben: Diese Gewerbe trugen nach Ansicht des Gesetzgebers ein erhöhtes Gefahrenpotential in sich, das vorab entschärft werden musste<sup>11)</sup>. Für ihre Ausübung wurden daher neben den allgemeinen auch besondere Voraussetzungen verlangt, allen voran eine erhöhte Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden, bei einigen Gewerben auch eine besondere Befähigung, und für manche Gewerbe forderte die GewO überdies den Bedarf nach einem neuen Marktteilnehmer<sup>12)</sup>. Diese Voraussetzungen hatte die Behörde in jedem Einzelfall zu prüfen, dabei kamen ihr erhebliche Entscheidungs- und Ermessensspielräume

3) Siehe exemplarisch *Walter Barfuß*, Der Zugang zum Gewerbe, in *Karl Korinek* (Hrsg.), *Gewerberecht* (1995) 61 (62), der die GewO 1859 als „aus heutiger Sicht geradezu fremdartig [liberal]“ bezeichnet.

4) Bis zur GewO 1859 galt im Gewerbe das Konzessionssystem: Die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit war also grundsätzlich verboten und nur mit behördlicher Genehmigung erlaubt. Siehe zur Entwicklung des österreichischen Gewerberechts bis 1859 *Viktor Mataja*, Gewerbe, in *Mischler/Ulbrich* (Hrsg.), *Österreichisches Staatswörterbuch* II (1906) 463 ff.; *Max Kulisch*, System des österreichischen Gewerbe-rechts I<sup>2</sup> (1912) 36 ff.; *Werner Ogris*, Die Rechtsentwicklung in Österreich 1848 – 1918 (1975) 648 ff.

5) In diesem Sinn bekundet das kaiserliche Patent vom 20. Dezember 1859, womit eine Gewerbe-Ordnung für den ganzen Umfang des Reiches, mit Ausnahme des venetianischen Verwaltungsgebietes und der Militärgrenze, erlassen, und vom 1. Mai 1860 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird, RGBl 1859/227, einleitend die „Absicht ..., die gewerbliche Betriebsamkeit in Unserem Reiche gleichmäßig zu regeln und möglichst zu erleichtern“. Die GewO 1859 garantiert die Gewerbefreiheit also nicht schrankenlos, wohl aber grundsätzlich; sie vermittelt insofern mit klar liberaler Tendenz zwischen zwei radikal entgegengesetzten Entwürfen: dem Entwurf des polizeistaatlich denkenden Handelsministers *Baumgartner* aus 1854, der sich scharf gegen die Gewerbefreiheit wendete, und dem Entwurf seines wirtschaftsliberalen Amtsnachfolgers *Toggenburg* aus 1856. *Toggenburg* wurde zwar gestürzt und das Handelsministerium geschlossen, auf der Basis seines Entwurfes entstand dann aber die GewO 1859, die – wie nicht anders zu erwarten – den einen zu wenig liberal, den anderen zu freisinnig war und von wieder anderen geschätzt wurde; siehe dazu *Kulisch* (FN 4) 125 f, 132 ff.; zur bloß relativen Gewerbefreiheit der GewO 1859 siehe zB *Walter Lunger*, Die Entwicklung der Gewerbefreiheit in Österreich seit 1860, JBl 1951, 145; *Barfuß/Tahedi*, Die Gewerbe-rechtsnovelle 1992. Auf dem Weg zu einer „liberalen“, „deregulierten“ und „europareifen“ Gewerbeordnung? ÖZW 1993, 39 (40); *Barfuß* (FN 3) 64.

6) § 3 GewO 1859: „Alle Gewerbe, welche nicht als concessionirte erklärt werden, sind freie Gewerbe.“

7) §§ 4 bis 12 GewO 1859.

8) § 13 GewO 1859 bestimmte in diesem Sinne in Abs 1: „Wer durch die Bestimmungen der §§. 4 bis 12 nicht ausgeschlossen erscheint, ist zum selbständigen Betriebe eines jeden freien Gewerbes berechtigt.“ und fügt in Abs 2 hinzu: „Der Unternehmer ist aber verpflichtet, vor Antritt des Gewerbes davon der Behörde die Meldung zu machen.“ Dass diese Meldepflicht nicht bloß eine Ordnungsvorschrift, die Anmeldung vielmehr der das Gewerbe erzeugende Akt war, ergibt sich aus den Materialien (wiedergegeben bei *Egon Praunegger*, Das österreichische Gewerbe-recht [1924] 2), die von der „Zulassung [des freien Gewerbes] gegen bloße Anmeldung“ sprechen und wurde auch in Lehre und Judikatur überwiegend so angenommen, siehe dazu mwN *Rudolf von Laun*, Das Recht zum Gewerbebetrieb (1908) 108 ff, der die in dieser Hinsicht geäußerten Mindermeinungen widerlegt; siehe auch *Kulisch* (FN 4) 450 ff.; *Laszky/Nathansky*, Emil Hellers Kommentar zur Gewerbeordnung und zu ihren Nebengesetzen<sup>2</sup> I (1937) 282.

9) Siehe § 15 Abs 1 GewO 1859: „Wartet gegen die Person, die Beschäftigung und den Standort ein in diesem Gesetze gegründetes Hindernis nicht ob, so fertigt die Behörde dem Unternehmer zu seiner Legitimation einen Gewerbeschein aus.“; näher dann § 144 GewO 1859. Der Gewerbeschein war, wie *Kulisch* (FN 4) 258 treffend feststellte, „die amtliche Beglaubigung über den Bestand des subjektiven Gewerbe-rechts, hat somit rein deklarative Bedeutung.“

10) § 15 Abs 2 GewO 1859: „Im entgegen gesetzten Falle untersagt sie der Partei bis zur Behebung des Anstandes den Beginn oder die Fortsetzung des Betriebes.“

11) § 2 GewO 1859: „Jene Gewerbe, bei denen öffentliche Rücksichten die Nothwendigkeit begründen, die Gestattung der Ausübung derselben von einer besonderen Bewilligung abhängig zu machen, werden als concessionirte bezeichnet.“ Diese Gewerbe wurden sodann in § 16 GewO 1859 aufgelistet, zu ihnen gehörten „Gewerbe, welche auf mechanischem oder chemischem Wege die Vervielfältigung von literarischen oder artistischen Erzeugnissen oder den Handel mit denselben zum Gegenstande haben“ (Z 1), „die Unternehmungen von Leihanstalten für derlei Erzeugnisse und von Lesecabinen“ (Z 2), bestimmte Verkehrsgewerbe (Z 3, 4 und 5), das Gewerbe der Baumeister, Maurer, Steinmetze und Zimmerleute (Z 6), das Rauchfangkehrergewerbe (Z 7), das Canalräumergewerbe (Z 8), das Abdeckergewerbe (Z 9), „die Verfertigung und der Verkauf von Waffen und Munitionsgegenständen und das Gewerbe der Büchsenmacher insbesondere“ (Z 10), Verfertigung und Verkauf von Feuerwerks-, Material- und Feuerwerkskörpern (Z 11), das Trödlergewerbe und Pfandleihergewerbe, soweit es überhaupt gesetzlich gestattet war (Z 12), der Verschleiß von Giften und Medicinalkräutern (Z 13), die Gast- und Schankgewerbe (Z 14).

12) § 18 Abs 1 GewO 1859: „Zur Erlangung eines concessionirten Gewerbes werden nebst den allgemeinen Bedingungen zum selbständigen Betriebe eines Gewerbes (§§. 4 bis 12), Verlässlichkeit und Unbescholtenheit und bei mehreren derselben die in nachstehenden Paragraphen vorgeschriebene besondere Befähigung gefordert“, § 18 Abs 2 leg cit: „Bei der Verleihung der im §. 16 zu Z 1, 2, 4, 7 bis einschließlich 14 erwähnten Gewerbe sind überdieß die Lokalverhältnisse und die Rücksichten der polizeilichen Überwachung ins Auge zu fassen.“

me zu<sup>13</sup>). Schon deshalb konnte das Gewerberecht hier nicht allein durch die Anmeldung entstehen, sondern nur durch einen behördlichen Akt, die „Concession“, um die der Rechtsunterworfenen ansuchen musste. Erst mit dieser Konzession in Händen durfte das Gewerbe angetreten werden<sup>14</sup>). Der Zugang zum Markt war bei diesen Gewerben also materiell schwierig, weil von besonderen Voraussetzungen abhängig, und das Verfahren zur Erlangung eines Gewerberechts war aufwendig. Aber diese Gewerbe waren auch nur die Ausnahmen, die durch öffentliche Rücksichten geboten waren.

## 2. Drei Aspekte der Gewerbefreiheit

Dass der Unterschied zwischen freien und konzessionierten Gewerben nicht verschwimmt, war dem Gesetzgeber des Jahres 1859 ein besonderes Anliegen. Er betont in den Materialien ausdrücklich, dass der Gewerbetreibende bei den freien Gewerben zwar der Behörde noch vor Betriebsbeginn Meldung erstatten muss. Damit sei aber „den Anforderungen der Evidenzhaltung für die Zwecke der Gewerbspolizei, Besteuerung und Statistik Genüge geleistet. Weitergehen und verlangen, daß die Partei die Erledigung über ihre Anmeldung *abzuwarten* habe, ehe sie mit dem Betriebe beginnt, würde weder dem Begriffe einer freien Beschäftigung noch der Natur des Anmeldungssystems entsprechen. Eine solche Erledigung wäre nämlich nichts anderes, als eine, wenn auch noch so sehr erleichterte Konzession, und das System wäre nicht mehr das Anmeldungssystem, sondern ein gelindes Konzessionssystem, in welchem sich allmählich alle jene Mißstände (Verzögerungen, Weitwendigkeiten und selbst Plackereien) reproduzieren würden, die den gegenwärtigen Zustand kennzeichnen.“<sup>15</sup>)

Freilich handelte der Anmelder, wie auch die Materialien zugestehen, „auf eigene Wag und Gefahr“, wenn er den Betrieb beginnt, ohne die Ausfertigung des Gewerbescheines abzuwarten. Denn er erlange ja erst durch diesen Schein die Gewissheit, dass die Behörde keinerlei gesetzliche Hindernisse gegen seinen Gewerbeantritt vorgefunden habe – eine „formelle Gewißheit“ freilich, die er, wie die Materialien sofort hinzufügen, „nach der einfachen Natur der für das freie Gewerbe geforderten Bedingungen in den meisten Fällen nicht schwer vermissen wird“<sup>16</sup>).

Gewerbefreiheit bestand im Sinne der GewO 1859 damit unter drei Gesichtspunkten: Erstens war der Antritt freier Gewerbe nicht von besonderen materiellen Voraussetzun-

gen abhängig. Zweitens entstand das Gewerberecht bei ihnen verfahrensrechtlich ohne Zutun der Behörde. Und der Unternehmer konnte sich dieses Gewerberechts drittens in der Regel auch sicher sein, weil die Antrittsvoraussetzungen einfach und klar geregelt waren, sodass er problemlos aus dem Gesetz ersehen konnte, ob er diese Voraussetzungen erfüllt.

## B. Novelle 1883: Handwerker

### 1. Typenmischung

Diese klare Zweiteilung zwischen freien und konzessionierten Gewerben blieb nach Erlassung der GewO 1859 zunächst ein Vierteljahrhundert lang bestehen. Dann wurde sie gestört von den Handwerkern. Diese hatten schon vor 1859 im Gewerberecht eine sehr dominante Rolle gespielt, sich in Zünften zusammengeschlossen und jeden, der der Zunft nicht angehörte, vom Markt ausgeschlossen<sup>17</sup>). Es war klar, dass die liberale GewO des Jahres 1859 mit diesem Zunft- und Zwangssystem brechen musste. Es war aber auch klar, dass die Handwerker damit kaum zufrieden sein konnten<sup>18</sup>). 1883 meldeten sie sich in die GewO zurück und verlangten Schutz vor Konkurrenz, den der Gesetzgeber auch tatsächlich gewährte<sup>19</sup>): Er reihte die Handwerke zwar nicht in die konzessionierten Gewerbe ein – dafür waren sie zu wenig „gefährlich“, löste sie aber doch aus den freien Gewerben heraus und begründete für sie eine eigene Gewerbekategorie, die Versatzstücke der beiden bereits bestehenden Gewerbetypen enthielt: Wie für die konzessionierten Gewerbe wurde für den Antritt eines Handwerks nun neben den allgemeinen Voraussetzungen auch *eine besondere Voraussetzung* verlangt, nämlich eine besondere Befähigung. Anders als bei den konzessionierten Gewerben konnte der Nachweis dieser Befähigung aber nur streng formalisiert erbracht werden: durch ein Lehrzeugnis und ein Arbeitszeugnis über eine mehrjährige Verwendung als Gehilfe eines Handwerkers<sup>20</sup>). Damit waren drei Fliegen auf einen Schlag erledigt: Erstens hatten die Handwerker, die diese Zeugnisse ausstellten, nun Einfluss darauf, wer künftig als ihr Konkurrent am Markt erscheint<sup>21</sup>). Indem *sie* die Befähigung dieses potentiellen Konkurrenten beurteilten, nahmen

13) So war bereits der Begriff der „Verlässlichkeit“ in § 18 Abs 1 GewO 1859 überaus deutungs offen, ebenso die besondere Befähigung, die für manche Gewerbe verlangt wurde: Bewerber um ein Preßgewerbe mussten sich etwa über eine „zum Betriebe des Gewerbes genügende allgemeine Bildung“ ausweisen (§ 19 Abs 1 GewO 1859), für Schiffergewerbe waren „die nöthigen praktischen Kenntnisse“ darzutun (§ 22 GewO 1859), für Baugewerbe und Rauchfangkehrer „die in wirklicher Verwendung beim Gewerbe erworbene praktische Befähigung“ (§ 23 Abs 1 und § 24 GewO 1859), Büchsenmacher mussten eine „entsprechende Befähigung“ (§ 25 GewO 1859), Erzeuger von Feuerwerkskörpern „die nöthigen Kenntnisse der Pyrotechnik“ (§ 26 GewO 1859) und Giftverschleißer die „erforderliche Kenntniß vor der Medicinalbehörde“ (§ 27 GewO 1859) nachweisen. Ermessensspielräume hatte die Behörde schließlich auch bei der Beurteilung der Lokalverhältnisse und bei der Bedachtnahme auf die Möglichkeit, den jeweiligen gewerblichen Betrieb polizeilich zu überwachen; siehe auch *Lunger* (FN 5) 147.

14) § 17 GewO 1859: „Wer ein an eine Concession gebundenes Gewerbe betreiben will, hat unter Nachweisung der gesetzlichen Erfordernisse um die Concession anzusuchen. Vor erlangter Concession darf mit dem Betriebe nicht begonnen werden.“

15) Motive zum Entwurf der Gewerbeordnung 1859, wiedergegeben bei *Suchanek/Stadler/Meinhold* (Hrsg), Die Gewerbeordnung (1927) 232 (Hervorhebung nicht im Original).

16) Motive zum Entwurf der Gewerbeordnung 1859, wiedergegeben bei *Suchanek/Stadler/Meinhold* (FN 15) 232.

17) Siehe zum Zunftwesen näher *Heinrich Reschauer*, Geschichte des Kampfes der Handwerkerzünfte und der Kaufmannsgremien mit der österreichischen Bürokratie (1882); *Mataja* (FN 4) 464 ff; siehe auch *Gustav Kopetz*, Allgemeine österreichische Gewerbs-Gesetzkunde I (1829) 11 ff.

18) Noch 1848 hatten die Handwerker in zahlreichen Petitionen gegen den „überspannten Freiheitschwindel der Franzosen“ protestiert, siehe etwa die Petition sämtlicher Gewerbsinhaber und Innungen Oberösterreichs an den hohen Reichstag in Wien, wiedergegeben bei *Reschauer* (FN 17) 211 ff; siehe auch die Petition der Gewerbsinhaber aus Oberösterreich an den österreichischen Reichstag (1848), die mit den Worten beginnt: „Frei wollen wir sein, aber wir wollen bei der Freiheit auch eine gesicherte Existenz! Wir wollen leben!“ Diese Proteste dürften erklären, warum sich im sonst so liberalen Grundrechtsentwurf von Kremser keine Garantie der Gewerbefreiheit findet; siehe auch *Ogris* (FN 4) 649.

19) G v 15. März 1883, betreffend die Abänderung und Ergänzung der Gewerbeordnung, RGBl 1883/39.

20) Dementsprechend werden die Handwerke schon in § 1 GewO idF der Nov 1883 definiert als „Gewerbe, bei denen es sich um Fertigkeiten handelt, welche die Ausbildung im Gewerbe durch Erlernung und längere Verwendung in demselben erfordern und für welche diese Ausbildung in der Regel ausreicht“. § 14 Abs 1 leg cit bestimmt sodann, dass zum Antritt eines solchen Gewerbes ein Befähigungsnachweis der oben im Text beschriebenen Art erforderlich ist.

21) Etwas abgeschwächt war dieser Einfluss durch § 14 Abs 4 GewO idF der Nov 1883, nach dem an Stelle des Lehr- und des Arbeitszeugnisses auch ein Zeugnis über den erfolgreichen Besuch einer gewerblichen Unterrichtsanstalt vorgelegt werden konnte, in der eine praktische Unterwei-

sie diese Arbeit zweitens der Behörde ab<sup>22)</sup>). Da die Behörde in dieser Frage weder Entscheidungs- noch Ermessensspielräume hatte, war drittens auch für den Rechtsunterworfenen stets klar ersichtlich, ob er die Voraussetzungen für den Antritt eines Handwerks erfüllt. Dementsprechend wurden Handwerke *verfahrensrechtlich* weiterhin wie freie Gewerbe behandelt: Lagen die allgemeinen und die nun aufgestellten besonderen Voraussetzungen vor, so entstand das Gewerberecht auch beim Handwerk mit der Anmeldung<sup>23)</sup>.

## 2. Gewerberecht mit Dispens als dritter Verfahrensweg

Unter bestimmten Voraussetzungen ließ der Gesetzgeber 1883 allerdings zu, dass ein Handwerk ausnahmsweise auch ohne den formellen Nachweis der Befähigung angetreten wird<sup>24)</sup>. Der Rechtsunterworfene konnte in diesen Fällen um eine Dispens ansuchen, die die Behörde sodann bescheidmässig zu erteilen oder zu verweigern hatte. Wer ein solches Dispensansuchen stellt, legt freilich offen, dass er eine der gesetzlichen Antrittsvoraussetzungen im Zeitpunkt der Anmeldung – noch – nicht erfüllt. Folgerichtig durfte das Gewerbe in einem solchen Fall auch nicht mit der Anmeldung angetreten werden, sondern erst dann, wenn die Dispens tatsächlich erteilt worden ist<sup>25)</sup>.

Die GewO idF der Novelle 1883 gliederte die Gewerbe damit nicht nur nach ihren materiellen Voraussetzungen in drei Gruppen, nämlich in freie, handwerkliche und konzessionierte Gewerbe. Auch verfahrensrechtlich konnte ein Gewerberecht nun auf drei verschiedenen Wegen erworben werden, die mit der materiellrechtlichen Einteilung der Gewerbe nicht völlig korrelierten: Bei freien Gewerben und Handwerken ohne Dispens entstand das Gewerberecht mit der Anmeldung, also allein durch einen Akt des Rechtsunterworfenen, wenn der

Unternehmer die Antrittsvoraussetzungen erfüllte. Bei konzessionierten Gewerben entstand dieses Recht erst mit der behördlichen Bewilligung. Und zwischen diese beiden Verfahrenstypen schob sich nun das Handwerk mit Dispens, bei dem das Gewerberecht mit der Nachsichterteilung entstand, das also – wie das konzessionierte Gewerbe – einen behördlichen Akt voraussetzte. Gegenstand dieses behördlichen Aktes war aber – anders als bei den konzessionierten Gewerben – nicht die Verleihung des Gewerberechts selbst, sondern nur eine gesetzliche Voraussetzung hierfür.

## C. Novelle 1907: Handelsgewerbe

Rund 25 Jahre, nachdem die Handwerker sich mit Erfolg in die GewO reklamiert hatten, folgten die Handelsgewerbe ihrem Vorbild und verlangten Zugangsbeschränkungen zum Markt, die der Gesetzgeber nach dem bereits erprobten Muster auch tatsächlich gewährte<sup>26)</sup>: Er forderte ab 1907 für manche Handelsgewerbe eine besondere Befähigung<sup>27)</sup>, die wie bei den Handwerken formalisiert nachzuweisen war<sup>28)</sup>. Auch bei diesen Handelsgewerben wurde das Gewerberecht mit der Anmeldung erworben<sup>29)</sup>. Unterschiede zum Handwerk bestanden demnach weder materiell noch in verfahrensrechtlicher Hinsicht<sup>30)</sup>. Wenn der Gesetzgeber befähigungspflichtige Handelsgewerbe dennoch nicht mit den Handwerken in eine Gewerbekategorie zusammenführte, dann wohl nur, um eine überkommene – rechtlich freilich bedeutungslose – Kategorisierung der Gewerbe nach ihrem Gegenstand aufrechtzuerhalten: die Unterscheidung zwischen – handwerklicher – Be- und Verarbeitung von Produkten einerseits und dem reinen Handel mit Produkten anderer-

ung und fachgemäße Ausbildung im betreffenden Gewerbe erfolgte. Auch dann noch stellt das Erfordernis des Befähigungsnachweises aber eine Antrittsschranke dar, die den Zugang zum Markt erschwert und damit den bereits am Markt befindlichen Handwerkern nützt; siehe allgemein zur Funktion des Befähigungsnachweises, Konkurrenzschutz zu gewährleisteten *Gero Schmied*, *Gewerbeordnung und Erwerbsfreiheit*, ÖZV 1989, 39 (41); *Dietmar Pauger*, *Gewerberecht* (1993) 10, 51; *Heinz Peter Rill*, *Das Gewerberecht: Grundfragen, Grundsätze und Standort im Rechtssystem*, in *Korinek* (Hrsg.), *Gewerberecht* (1995) 1 (11); siehe auch *Mataja* (FN 4) 464, der berichtet, dass die Verleihung des Meisterrechts unter Maria Theresia und Josef II. zwar von den Zünften auf die Magistrate und Ortsobrigkeiten übergegangen war; die Mitwirkung der Zünfte beschränkte sich dabei im Wesentlichen auf die Erteilung von Auskünften über die Zurücklegung der Lehr- und Gesellenzeit und die Prüfung des Meisterstückes. Selbst diese begrenzte Ingerenz wussten die Innungen aber, wie *Mataja* festhält, „derart zu benutzen, daß sich die Verhandlungen über Verleihungen gewerbl. Befugnisse auch durch Jahre verzögern konnten.“

- 22) Anders als bei den konzessionierten Gewerben (FN 13) bestimmte die GewO idF der Nov 1883 nämlich in § 14 Abs 3, dass die Zahl der Jahre, welche der Bewerber sich als Lehrling und als Gehilfe verwendet haben muss, im Verordnungsweg festzulegen ist; Gleiches galt nach § 14 Abs 5 leg cit für die Unterrichtsanstalten, an denen ein das Lehr- und Arbeitszeugnis ersetzendes Zeugnis erworben werden konnte. Gesetz und Verordnung zusammen beließen der Behörde damit keine Auslegungsspielräume: Entweder der Anmelder hatte das erforderliche Zeugnis oder er hatte es nicht.
- 23) § 14 iVm § 11 GewO idF der Nov 1883.
- 24) Zum einen dann, wenn in besonders rücksichtswürdigen Fällen der Übergang von einem Gewerbe zu einem verwandten Gewerbe oder wenn der gleichzeitige Betrieb mehrerer verwandter Gewerbe ermöglicht werden sollte. Darüber hinaus ermächtigte die GewO die politische Landesbehörde, „nach Einvernehmung der Genossenschaft ausnahmsweise von der Beibringung des Lehrzeugnisses Umgang zu nehmen“: § 14 Abs 6 und 7 GewO idF der Nov 1883.
- 25) Das ergab sich implizit wohl schon aus § 11 GewO („Wer durch die vorstehenden Bestimmungen des II. Hauptstückes nicht ausgeschlossen erscheint, ist zum selbständigen Betriebe eines jeden freien Gewer-

bes berechtigt“), auf den § 14 GewO idF der Nov 1883 verweist. Die GewO-Nov 1907 stellt dies in § 14c Abs 4 aber ausdrücklich klar: „Vor Erlangung der Dispens darf mit dem Betriebe des Gewerbes nicht begonnen werden.“

- 26) G v 5. Februar 1907, betreffend die Abänderung und Ergänzung der Gewerbeordnung, RGBI 1907/26.
- 27) Es handelte sich hierbei nach § 13a Abs 1 iVm § 38 Abs 3 und 4 GewO idF der Nov 1907 um Gemischtwarenhandel, Kolonial-, Spezerei- und Materialwarenhandel.
- 28) Nämlich durch den Lehrbrief bzw die Lehrzeugnisse über die ordnungsgemäße Beendigung des Lehrverhältnisses und das Zeugnis über eine mindestens zweijährige Dienstzeit in einem Handelsgewerbe; die gesamte Verwendung musste dabei mindestens fünf Jahre umfassen. Akzeptiert wurden auch Zeugnisse über den erfolgreichen Abschluss einer hiezu im Verordnungsweg als geeignet anerkannten Unterrichtsanstalt: § 13a Abs 2 und 4 GewO idF der Nov 1907.
- 29) Handelsgewerbe wurden nämlich nicht zu einer eigenen Gewerbekategorie erklärt. Sie fielen nach § 1 Abs 8 GewO idF der Nov 1907 folglich in die Gruppe der freien Gewerbe („Alle Gewerbe, die nicht als handwerksmäßige oder als konzessionierte erklärt werden, sind freie Gewerbe“), freilich mit der merkwürdigen Besonderheit, dass für manche von ihnen ein Befähigungsnachweis erforderlich war. In der zeitgenössischen Literatur wurde dies scharf kritisiert, siehe etwa von *Laun* (FN 8) 107 f, nach dem „die Novelle 1907 durch die Aufstellung der Kategorie der an einen Befähigungsnachweis gebundenen ‚freien‘ Gewerbe (§ 13a) jede Einteilung in freie, handwerksmäßige und konzessionierte Gewerbe gänzlich über den Haufen geworfen hat“; siehe auch *Lunger* (FN 5) 147, der die Einordnung der an einen Befähigungsnachweis gebundenen in die freien Gewerbe als „rechtslogisch unverständlich“ bezeichnet.
- 30) Als einziger Unterschied wäre zu vermerken, dass eine Dispens vom Befähigungsnachweis bei Handelsgewerben nur erteilt werden konnte, um den Übergang von einem verwandten Gewerbe zu diesem Handelsgewerbe zu erleichtern (§ 13a Abs 6 GewO idF der Nov 1907), während das Dispensregime bei Handwerken weiterhin etwas großzügiger war (§ 14c GewO idF der Nov 1907). Dieser Unterschied ändert aber nichts daran, dass für beide Gewerbe grundsätzlich ein Befähigungsnachweis erforderlich war und dass beide Gewerbe bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen bereits mit der Anmeldung angetreten werden konnten.

seits<sup>31</sup>). In die bislang stringente Einteilung der Gewerbe mischt sich damit ein nostalgisches Element, eine Reminiszenz an früher gültige Gewerbekategorien.

#### D. Novelle 1934: Gebundene Gewerbe

Dass das Herz des Gesetzgebers dabei mehr am guten alten Handwerk hing als am Handelsgewerbe, zeigt sich im Jahr 1934<sup>32</sup>): Neue Gewerbezeige drängen in die Gewerbeordnung und verlangen Schutz vor Konkurrenz, lassen sich aber weder den Handwerken zuordnen, weil sie keine Produkte ver- oder bearbeiten, noch den Handelsgewerben, weil sie auch keine Produkte in Verkehr bringen: „Wäschebügler“ etwa oder „Fußpfleger“. Da mangels Gefährlichkeit auch eine Einreihung in die konzessionierten Gewerbe nicht in Frage kam<sup>33</sup>), führte der Gesetzgeber, um nicht eine weitere Gewerbekategorie schaffen zu müssen, die neuen Gewerbe mit den Handelsgewerben zusammen und taufte sie in „gebundene Gewerbe“ um<sup>34</sup>). Der (formalisiert zu erbringende) Befähigungsnachweis hieß bei diesen Gewerben nun auch „Verwendungsnachweis“ und stand der für das Handwerk fortan abzulegenden „Meisterprüfung“ gegenüber<sup>35</sup>). Substantielle Unterschiede zwischen gebundenen Gewerben und Handwerken bestanden weiterhin nicht<sup>36</sup>). Nostalgie bleibt also ein Systematisierungsgrund, wird aber bereits sprachlich kaschiert: Der Gesetzgeber setzt auf die Kraft der Worte und darauf, dass unterschiedliche Ausdrücke („Verwendungsnachweis“, „Meisterprüfung“) auch Unterschiede in der Sache suggerieren.

#### E. Gewerbeordnung 1973: Gewerbeschein als Bescheid

##### 1. Rückkehr zum Grundsatz der Gewerbefreiheit

Den freien Gewerben, die ursprünglich als der Regelfall konzipiert waren, standen damit drei mächtige unfreie – handwerksmäßige, gebundene und konzessionierte – Gewerbetypen gegenüber, die im Laufe der Zeit zahlenmäßig so sehr zunahmen, dass das freie Gewerbe de facto zur Ausnahme

wurde<sup>37</sup>). Hatte die GewO im Jahr 1859 noch 14 Gewerbe für konzessioniert, den Rest folglich für frei erklärt, so gab es rund ein Jahrhundert später bereits über 300 gebundene, handwerksmäßige und konzessionierte Gewerbe – der freie Rest war denkbar kläglich. Was die GewO 1859 noch als Ausnahme konzipiert hatte – die Beschränkung des Marktzugangs – war damit zum Normalfall geworden. Wenn die Regel zur Ausnahme wird, dann kippt freilich das System, mag dies auch äußerlich nicht erkennbar sein. 1973 tritt der Gesetzgeber mit dem Anliegen an, dieses Verhältnis von Freiheit und Unfreiheit wieder ins Lot zu bringen: Er erlässt eine neue GewO<sup>38</sup>), die zwar die GewO 1859 in der damaligen Fassung ablöst, ihren ursprünglichen Systemgedanken aber wiederzubeleben verspricht: Der Gesetzgeber bekennt sich in den Materialien ausdrücklich zum *Grundsatz der Gewerbefreiheit*, der nur beschränkt werden dürfe, soweit dies aus öffentlichen Rücksichten geboten ist<sup>39</sup>). Dementsprechend baut die GewO 1973 unter anderem schwere Zugangsschranken wie Bedarfsprüfungen weitgehend ab<sup>40</sup>), schränkt die Zahl der konzessionierten Gewerbe und Handwerke ein und reiht diese ebenso wie gebundene Gewerbe zum Teil zu freien um<sup>41</sup>).

##### 2. Gewerbeschein als Bescheid

Auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht bringt die GewO 1973 eine bemerkenswerte Neuerung: Sie sieht wie bisher vor, dass das Gewerberecht bei den freien, handwerksmäßigen und gebundenen Gewerben mit der Anmeldung entsteht, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen<sup>42</sup>). Darüber hinaus bestimmt die GewO 1973 nach wie vor, dass die Behörde dem Anmelder bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ei-

31) Dementsprechend bestimmte auch § 38a GewO idF der Nov 1907, dass dem Inhaber eines Handelsgewerbes die Herstellung oder Verarbeitung von Gewerbeserzeugnissen und die Vornahme von Abänderungen und Reparaturen derselben im Allgemeinen nicht zusteht; erlaubt war ihm nur, „jene Abänderungen an der von ihm angebotenen oder zu liefernden Ware vorzunehmen, welche lediglich der Anpassung der Ware an die Bedürfnisse des Käufers behufs Ermöglichung des Absatzes zum Gegenstand haben.“ Zur Unterscheidung zwischen „Manufakturs-“ und Handelsgewerben siehe schon Kopetz (FN 17) 10 f; Mataja (FN 4) 464; siehe zum Begriff des Handwerks auch Werner Sombart, *Gewerbewesen*, 1. Teil (1904) 42.

32) BG v 19. Oktober 1934 über verschiedene Abänderungen der Gewerbeordnung und des Kundmachungspatentes (Gewerbeordnungs-Novelle 1934), BGBl II 1934/322.

33) Siehe die Erläut der BReg zur Nov 1934, wiedergegeben bei Laszky/Nathansky (FN 8) 128.

34) § 1 GewO idF der Nov 1934 teilt die Gewerbe folglich ein in „a) freie Gewerbe, b) gebundene Gewerbe, c) handwerksmäßige Gewerbe, d) konzessionierte Gewerbe“. Gebundene Gewerbe waren nach § 1a Abs 1 leg cit „Gewerbe, deren Antritt nach dem Gesetze einen Befähigungs(Verwendungsnachweis voraussetzt, ohne daß sie begrifflich unter die handwerksmäßigen eingereicht werden können.“ Diese Gewerbe wurden sodann in § 1a Abs 1 leg cit taxativ aufgezählt.

35) § 1a Abs 1 und § 14 Abs 1 GewO idF der Nov 1934.

36) Siehe auch Laszky/Nathansky (FN 8) 160: „Charakteristisch für die Handwerksmäßigkeit eines Gewerbes ist aber nicht der Umstand allein, daß der Antritt des Gewerbes dem Befähigungsnachweis unterliegt, – dies trifft ja auch bei den gebundenen und bei einzelnen konzessionierten Gewerben zu –, sondern daß der Befähigungsnachweis zu erbringen und das betreffende Gewerbe ausdrücklich als handwerksmäßig erklärt ist.“ (Hervorhebung im Original).

37) Den Höhepunkt dieser Entwicklung hin zur Unfreiheit markierten die GewerbesperrV, BGBl 1933/53, und das UntersagungsG, BGBl II 1934/323 idF 1935/545, das bis 1952 in Kraft stand (BGBl 1952/179). Siehe auch Laszky/Nathansky (FN 8) 122 f, die 1937 feststellen, dass die Zahl der freien Gewerbe zwar theoretisch unbeschränkt ist, dass es aber „heute in der Praxis nicht mehr sehr viele Gewerbe von wirtschaftlicher Bedeutung [gibt], die als freie Gewerbe zu bezeichnen sind“; in diesem Sinn stellt auch Lunger (FN 5) fest, dass das ursprünglich weite Gebiet der freien Gewerbe „heute nur mehr ein ganz kleines Tätigkeitsgebiet“ bildet; die Entwicklung gehe nach der Einführung der liberalen GewO 1859 „zielbewußt in entgegengesetzter Richtung, also in Richtung der Gewerbeunfreiheit oder Gebundenheit, und ist heute noch nicht abgeschlossen“.

38) BG v 29. November 1973, mit dem Vorschriften über die Ausübung von Gewerben erlassen werden (Gewerbeordnung 1973 – GewO 1973), BGBl 1974/50; siehe zu dieser im Detail die Beiträge in Heinz Peter Rill (Hrsg), *Gewerberecht. Beiträge zu Grundfragen der GewO 1973* (1978).

39) RV 395 BlgNR 13. GP 100 f, AB 941 BlgNR 13. GP 1. Kritisch allerdings Pauger (FN 21) 26, nach dem diese Formel nicht viel mehr sei als „ein bloß verbaler, weitgehend im konkreten Interessenausgleich ausfüllungsbedürftiger Kompromiß“.

40) Siehe dazu Walter Kinscher, *Voraussetzungen für die Ausübung von Gewerben*, in Rill (Hrsg), *Gewerberecht* (1978) 103 (123).

41) Siehe RV 395 BlgNR 13. GP 101, AB 941 BlgNR 13. GP 1, sowie die Liste bei Kinscher/Pallege-Barfuß, *Die Gewerbeordnung samt gewerberechtlichen Verordnungen, Nebengesetzen und EU-Recht*, 3. Lfg (2005) § 5 GewO Anm 12; siehe aber auch Walter Barfuß, *Wird die neue Gewerbeordnung das Gewerberecht entscheidend verändern?* ÖZW 1974, 10 (16 f), der in der GewO-Nov 1973 einen konservativen Kompromiss sieht, der die Strukturen des geltenden Gewerberechts nicht entscheidend verändert habe.

42) Siehe § 2 Z 1 GewO 1973, wonach Anmeldungsgewerbe bei Erfüllung der allgemeinen und der etwa vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen auf Grund der Anmeldung des betreffenden Gewerbes ausgeübt werden dürfen; § 6 leg cit zählt sonach als Anmeldungsgewerbe die Handwerke, die gebundenen und die freien Gewerbe auf; siehe auch RV 395 BlgNR 13. GP 115 Erl zu § 5, 251 Erl zu §§ 334 und 335. Die bislang bestehende Ausnahme hiervon wird mit Hilfe einer gesetzlichen Fiktion sogar beseitigt: Wird eine Dispens beantragt, so „gilt“ die Anmeldung fortan erst ab der Dispenserteilung als eingebracht, sodass das Gewerberecht auch in diesem Fall mit der Anmeldung entsteht; § 340 Abs 6 GewO 1973.

nen Gewerbeschein auszustellen hat, der nun aber nach § 340 Abs 4 GewO 1973 – anders als bisher – als *Bescheid* gelten soll. Die Aussage, der Gewerbeschein „gilt“ als Bescheid, gesteht freilich zu, dass der Gewerbeschein in Wahrheit kein Bescheid ist. Dies aber nicht, weil er die im AVG vorgesehenen formalen Voraussetzungen einer Bescheiderlassung nicht erfüllt<sup>43</sup>); denn die Erlassung eines Bescheides könnte spezialgesetzlich auch in einer anderen Form ermöglicht werden<sup>44</sup>). Rätselhaft<sup>45</sup>) ist der bescheidmäßige Abschluss des Anmeldeverfahrens vielmehr deshalb, weil das Recht, ein Gewerbe auszuüben, doch auch nach der GewO 1973 gerade nicht durch eine behördlich gesetzte Norm entstehen sollte, sondern bei ordnungsgemäßer Anmeldung unmittelbar *durch das Gesetz*. Das solcherart erzeugte Recht sollte der Gewerbeschein – zumindest nach seiner ursprünglichen Konzeption – nur bestätigen bzw. beurkunden, er war nicht mehr als eine Legitimationsurkunde, die der Anmelder in Ansehung der klaren Rechtslage „nicht schwer vermissen wird“<sup>46</sup>). Wenn der Gesetzgeber diese Legitimationsurkunde nun plötzlich zu einem Bescheid erklärt, gesteht er dann womöglich zu, dass die Rechtslage doch nicht so klar ist, dass das Gesetz allein dem Anmelder also keine ausreichende Sicherheit mehr zu geben vermag?

43) Mit dieser Begründung verneint lange vor der GewO 1973 *Mannlicher/Coreth*, Das Verwaltungsverfahren<sup>3</sup> (1934) 105 den Bescheidcharakter des Gewerbescheines.

44) *Kurt Ringhofer*, Was ist und woran erkennt man einen Bescheid? ZfV 1987, 109 (113) sah dementsprechend im Gewerbeschein eine vom AVG abweichende Ausfertigung eines Bescheides; ebenso meint *Richard Winkelhofer*, Säumnis von Verwaltungsbehörden (1991) 250, die in der GewO 1973 getroffene Anordnung, der Gewerbeschein gelte als Bescheid, bedeute, dass durch die Ausstellung eines Gewerbescheines die Gewerbeberechtigung erteilt, also ein Bescheid (im Sinne einer Rechtsnorm) erlassen wird; in diesem Sinn auch *Johannes Schnizer*, Ein Stück Papier und was uns daran zu denken gibt, in *GedS Ringhofer* (1995) 119 (122 f).

45) Siehe auch *Bernhard Raschauer*, Verwaltungsrecht (1998) Rz 910, der die Bestimmung des § 340 Abs 4 GewO als „eher dunkel“ bezeichnet.

46) Siehe oben bei FN 16. Dass die Urkunde als eine bloße Wissensäußerung vom Bescheid als einer *normativen* Willens- bzw. Wissensäußerung zu unterscheiden ist, wurde in der Lehre schon oft festgestellt, siehe etwa *Heinz Peter Rill*, Säumnis bei Beurkundungen, ZfV 1987, 615; *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1987) 285; *Antoničič/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 502; *Bernhard Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003) Rz 908; *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts<sup>6</sup> (2003) Rz 384; *Rudolf Thienel*, Verwaltungsverfahren<sup>2</sup> (2004) 52 f.; *Johannes Hengstschläger*, Verwaltungsverfahren<sup>3</sup> (2005) Rz 419 f. *Ringhofer* (FN 44) hat diese Unterscheidung relativiert und darauf hingewiesen, dass der Begriff „Bescheid“ im herkömmlichen Sprachgebrauch zwei voneinander verschiedene Dinge bezeichne, zum einen nämlich die von der Verwaltungsbehörde gesetzte individuell-konkrete Norm, die nur ideell, also nicht sinnlich wahrnehmbar sei; zum anderen aber die sinnlich wahrnehmbare äußere Erscheinungsform dieser Norm. Daran anknüpfend meint auch *Winkelhofer* (FN 44) 248, Bescheid und Beurkundung entstammten gänzlich verschiedenen Kategorien: Der Bescheid sei eine ideelle Rechtsnorm, die Urkunde ein sinnlich wahrnehmbares Stück Papier. Ob Bescheid und Urkunde einander entsprechen, sei eine in sich unlogische Frage. Sinnvoll könne nur die Aussage getroffen werden, dass die Erlassung eines Bescheides (also einer ideellen Norm) durch eine Beurkundung zum Ausdruck gebracht (also sinnlich wahrnehmbar gemacht) wird. Diese Einsicht ändert aber nichts am hier vorliegenden Problem: Die GewO 1973 will einerseits den Gewerbeschein als Bescheid gelten lassen, andererseits hält sie aber daran fest, dass das Gewerbeamt bei ordnungsgemäßer Anmeldung *ex lege* entsteht. Dass die Gewerbeberechtigung dem Unternehmer, wie *Winkelhofer* (FN 44) 250 annimmt, durch die Ausstellung des Gewerbescheines erteilt wird, ist damit schwer vereinbar. Viel mehr spricht im Ergebnis für die von *Rill* (FN 46) 616 vertretene Ansicht, dass hier eine Hilfskonstruktion vorliegt, also die gesetzliche Fiktion eines Bescheides; siehe auch *Michael Potacs*, Gewerbeamt, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht I (2002) 5 (33), nach dem der Gewerbeschein „obwohl er an sich eine öffentliche Urkunde ist – kraft ausdrücklicher Regelung in § 340 Abs 4 GewO als Bescheid gilt“.

### 3. Fehlerhafte Gewerbescheine

Warum der Gesetzgeber sich dazu entschlossen hat, den Gewerbeschein als Bescheid gelten zu lassen, darauf geben die Materialien selbst nur eine dunkle Antwort, die aber ausreicht, um dem Problem auf die Spur zu kommen. Es heißt dort nämlich: Diese Bestimmung entspreche der Verwaltungspraxis<sup>47</sup>). Tatsächlich hatten die Behörden und mit ihnen auch der VwGH in den Jahren zuvor angenommen, der Gewerbeschein sei ein Bescheid<sup>48</sup>). Ihren Ausgang nahm diese Judikatur bei Gewerbescheinen, die irrtümlich ausgestellt worden waren und daher einer Korrektur bedurften. Der Gesetzgeber des Jahres 1859 hatte mit derartigen Fehlern durchaus kalkuliert: Er ermächtigte die Behörde in § 60 GewO, einen Gewerbeschein bzw. eine Konzession zurückzunehmen, wenn der Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses nachträglich zum Vorschein kommt. Mängel, die schon von Anfang an ersichtlich waren, die die Gewerbebehörde nur nicht bemerkt hatte, nahm hingegen die Aufsichtsbehörde nach § 146 Abs 2 GewO wahr, in dem es hieß: „Kömmt der Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses zur Kenntniß der Oberbehörde, so hat sie von Amtswegen einzuschreiten.“ Unter Berufung auf diese Vorschrift wurden in der Praxis irrtümlich ausgestellte Gewerbescheine ebenso zurückgenommen wie fälschlich erteilte Konzessionen. Der VwGH bestätigte diese Praxis über viele Jahre<sup>49</sup>), ohne dass sich die Notwendigkeit ergeben hätte, eine nähere Qualifikation des Gewerbescheines vorzunehmen, war doch die Befugnis des § 146 Abs 2 GewO („von Amtswegen einzuschreiten“) so weit formuliert, dass sie auf Konzessionsbescheide ebenso wie auf Gewerbescheine anwendbar war.

Mit der Einführung des AVG musste der VwGH seine Judikatur allerdings vorläufig unterbrechen: Dem Ausschussbericht zu diesem neuen Verfahrensgesetz war nämlich zu entnehmen, dass mit der Erlassung des § 68 Abs 6 AVG die der Oberbehörde in § 146 (nunmehr:) Abs 4 GewO eingeräumte Befugnis nicht aufrechterhalten werden sollte<sup>50</sup>). Der VwGH folgerte daraus, dass die Gewerbeoberbehörde ihre Kassationsbefugnis nur mehr im Rahmen des § 68 Abs 3 und 4 und § 69 Abs 3 AVG ausüben könne, „insolange nicht eine neue gesetzliche Regelung erfolgt“, die die Voraussetzungen

47) Siehe RV 395 BgNR 13. GP 65, EB zu § 335 Abs 3 und 4, der im Ausschuss, AB 941 BgNR 13. GP 82 (mit hier nicht bedeutsamen Modifikationen) als § 340 Abs 4 vorgeschlagen und im Plenum mit dieser Nummerierung beschlossen wurde.

48) VwSlg 14.881 A/1927, 16.338 A/1930, 17.371 A/1932, 2061 A/1951; VwGH 25.1.1955, ZI 107/52 und 799/52; VwSlg 5361 A/1960, 7458 A/1968, 7707 A/1970; VwGH 17.3.1971, ZI 1297/70.

49) Siehe etwa Budw 3752 A/1905, 4565 A/1906 (Außerkräftsetzung eines Konzessionsbescheides), Budw 6135 A/1908, 6172 A/1908 („Zurücknahme“ eines Gewerbescheines für eine Beschäftigung, die nicht der GewO unterlag), Budw 7167 A/1910 („Außerkräftsetzung“ eines Gewerbescheines für eine Beschäftigung, die nicht der GewO unterlag), Budw 8050 A/1911 (Außerkräftsetzung einer Konzession bloß wegen eines Verfahrensmangels unzulässig), Budw 9149 A/1912, 10.592 A/1914 („Außerkräftsetzung“ eines Gewerbescheines wegen fehlenden Befähigungsnachweises).

50) AB 360 BgNR 2. GP 21. Nach § 68 Abs 6 AVG lassen die in den vorstehenden Absätzen eingeräumten Aufhebungs- und Abänderungsrechte die der Behörde in den Verwaltungsvorschriften eingeräumten Befugnisse zur Zurücknahme oder Einschränkung einer Berechtigung unberührt, allerdings nur, soweit es sich dabei um Befugnisse „außerhalb eines Berufungsverfahrens“ handelt. Da § 146 GewO unter dem Titel „Rekurse in Gewerbesachen“, wie der AB ausführt, „das Berufungsverfahren regelt, kann auch dessen Absatz 4 nur im Zusammenhange mit dem Verfahren über eine Berufung nach § 66 AVG in Betracht kommen.“ § 146 Abs 4 GewO stelle daher keine Sondervorschrift iSd § 68 Abs 6 AVG dar. Die künftige Verwaltungsgesetzgebung werde sich „der durch § 68 gegebenen Rechtslage dadurch anzupassen haben, daß sie Verletzungen besonders wichtiger formaler oder materieller Vorschriften ausdrücklich mit Nichtigkeit bedroht, um die Konvalidierung derart fehlerhafter Bescheide zu verhindern.“

einer Nichtigerklärung präziser umschreibt, als dies bisher in § 146 Abs 4 GewO geschehen war<sup>51</sup>). Diese neue gesetzliche Regelung musste sich dann freilich auf Bescheide beziehen, nicht auch auf Bescheinigungen, von denen in § 68 AVG ja nicht die Rede war. Wohl deshalb qualifizierte der VwGH den Gewerbeschein nun vorsorglich – und soweit zu ersehen: erstmals – als Bescheid, indem er ganz beiläufig festhielt: „Die belangte Behörde hob ... *den die Erteilung des Gewerbescheines an den Beschwerdeführer beinhaltenden Bescheid* ... auf Grund des § 146, Abs. 4 GewO., unter gleichzeitiger Außerkraftsetzung dieses Gewerbescheines ... auf.“<sup>52</sup>)

Nur wenig später fügte der Gesetzgeber dem § 146 Abs 4 GewO dann auch tatsächlich als präzisierenden Zusatz an: „Gewerbebehördliche Bescheide, die an dem Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses leiden, dessen Beurteilung nicht dem freien Ermessen überlassen ist, sind nichtig.“<sup>53</sup>) Unter Berufung auf diese Vorschrift billigte der VwGH sodann die Nichtigerklärung eines irrtümlich ausgestellten Gewerbescheines<sup>54</sup>) und stellte, ohne auf seine frühere Judikatur zu rekurrieren, in der Sache aber durchaus an sie anknüpfend fest, „daß dieser *die Ausstellung des Gewerbescheines betreffende gewerbebehördliche Bescheid* an dem Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses litt, ... dessen Beurteilung nicht dem freien Ermessen überlassen ist“<sup>55</sup>). In Ansehung dieser Judikatur konnte der Gesetzgeber den ersten Satz des § 146 Abs 4 GewO („Kommt der Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses zur Kenntnis der Oberbehörde, so hat sie von Amts wegen einzuschreiten.“) getrost streichen und den verbleibenden Rest dieser Bestimmung neu fassen, der folglich nur mehr lautete: „Bescheide, die an dem Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses leiden, dessen Beurteilung nicht dem freien Ermessen überlassen ist, können von der Oberbehörde von Amts wegen für nichtig erklärt werden.“<sup>56</sup>) Das Schicksal des Gewerbescheines war damit besiegelt: Spätestens ab jetzt konnte ein fälschlich ausgestellt Gewerbeschein nur mehr korrigiert werden, wenn man ihn als Bescheid qualifiziert. In diesem Sinn meinten dann auch *Laszky/Nathansky* im damals führenden Kommentar zur Gewerbeordnung ganz deutlich: „Diese Nichtigerklärung ist ... nur zulässig, wenn man einen Gewerbeschein, der nur eine Legitimation (§ 13, Abs. 1, GewO.) ist und einen Auszug aus den Gewerbeakten darstellt, *aus praktischen Rücksichten* als einen *Bescheid sui generis* ansieht. Es fehlen ihm zwar die in den Verfahrensgesetzen vorgeschriebenen formalen Merkmale; er enthält jedoch inhaltlich die Feststellung, daß gegen die Gewerbebeanmeldung kein Hindernis obwaltet. Die Qualifikation als Bescheid ist notwendig, will man die Außerkraftsetzung eines Gewerbescheines nicht überhaupt als unzulässig erklären“<sup>57</sup>).

51) VwSlg 14.881 A/1927, 14.940 A/1927.

52) VwSlg 14.940 A/1927 (Hervorhebungen nicht im Original).

53) BGBl 1928/189.

54) VwSlg 16.338 A/1930. Der im konkreten Fall für nichtig erklärte Gewerbeschein war auf „Handel mit Bildern“ ausgestellt, frei war aber nur der Handel mit Originalgemälden; der Handel mit Bildern, die auf chemischem oder mechanischem Wege vervielfältigt werden, war konzessionspflichtig. Eine derartige Konzession hatte der Anmelder aber nie eingeholt.

55) Hervorhebungen nicht im Original. Siehe dann auch die Entscheidung VwSlg 17.371 A/1932, in der der VwGH die Nichtigerklärung eines Gewerbescheines akzeptierte, der trotz fehlenden Befähigungsnachweises für ein Handwerk ausgestellt worden war.

56) BGBl II 1934/322.

57) *Laszky/Nathansky* (FN 8) 43 (Hervorhebungen zum Teil nicht im Original). An dieser, nun auch von der Lehre bestätigten Praxis hielt der VwGH in der Folge fest. Er unternahm zwar noch den einen oder

#### 4. Scheinbare Rechtssicherheit

Die Materialien zur GewO 1973 verweisen zwar auf die Ausführungen von *Laszky/Nathansky* zur Rechtsnatur des Gewerbescheines<sup>58</sup>). Die Not, aus der diese Autoren und vor ihnen der VwGH den Bescheidcharakter des Gewerbescheines fingiert hatten, behob der Gesetzgeber aber nicht. Er ermächtigte die Behörden nicht etwa dazu, irrtümlich ausgestellte Gewerbescheine zurückzunehmen bzw sie zu berichtigen und dem Unternehmer die Fortsetzung seines Gewerbes mit Bescheid zu untersagen; vielmehr schrieb er die bisherige Praxis fest und erklärte den Gewerbeschein nun selbst zum Bescheid. Korrespondierend dazu ermächtigte § 363 Abs 1 Z 3 GewO 1973 die Behörden zur Nichtigerklärung eines solchen Bescheides, wenn „die Frage des Vorliegens der allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen gemäß §§ 8 bis 14 für die Ausübung von Gewerben ... unrichtig oder der Befähigungsnachweis zu Unrecht als erbracht beurteilt worden ist“. Diese Vorschrift bedeutet für konzessionierte Gewerbe weiterhin, dass bestimmte Fehleinschätzungen der Behörde, insbesondere hinsichtlich der Zuverlässigkeit des Unternehmers, durch die Rechtskraft des Konzessionsbescheides heilen. Bei Anmeldungsgewerben hingegen ist das Fehlen *jeder* einzelnen Antrittsvoraussetzung ein Nichtigkeitsgrund. Dass der Behörde bei der Ausstellung des Gewerbescheines ein Fehler unterläuft, nützt dem Unternehmer also weiterhin wenig<sup>59</sup>). Denn sobald der Fehler entdeckt wird,

anderen Versuch, den Bescheidcharakter des Gewerbescheines auf andere Gründe als auf jene „praktischen Rücksichten“ zu stützen; wirklich plausibel waren die dafür ins Treffen geführten Argumente aber nicht: In VwSlg 2061 A/1951 bestätigte der VwGH die Nichtigerklärung eines Gewerbescheines für ein Handwerk und hielt dem Einwand des Beschwerdeführers, ein Gewerbeschein sei kein Bescheid, könne daher auch nicht für nichtig erklärt werden, zwar auch seine Vorjudikatur entgegen. In der Sache lieferte er nun aber eine neue Begründung: Der Bescheidcharakter des Gewerbescheines ergebe sich im vorliegenden Fall schon aus der Tatsache, dass die Behörde die Gültigkeit des Gewerbescheines befristet hatte; damit habe sie über ein Parteibegehren in einer der Rechtskraft fähigen Weise abgesprochen, und diese Befristung sei mangels Anfechtung auch tatsächlich rechtskräftig geworden. Selbst wenn man diese Begründung teilt und die (im Gesetz übrigens nicht vorgesehene) Befristung des Gewerbescheines als eine implizite Untersagung der Gewerbsausübung ab Fristende deutet, läge ein Bescheid eben nur in dieser Hinsicht vor. Warum ein unbefristeter, aber unrichtiger Gewerbeschein ein Bescheid sein sollte, wäre dann aber wieder offen. Ohne auf seine Vorjudikatur zu rekurrieren, meint der VwGH vier Jahre nach dieser Entscheidung, der Gewerbeschein stelle eine Urkunde „nicht nur über den Bestand der Gewerbeberechtigung, sondern auch darüber dar, dass die Gewerbebeanmeldung zur Kenntnis genommen worden ist“ (VwGH 25. 1. 1955, ZI 107/52 und 799/52). „[I]n der zuletzt genannten Hinsicht“ komme dem Gewerbeschein, wie der VwGH sodann in VwSlg 5361 A/1960 erklärte, Bescheidcharakter zu. Diese Feststellung lässt aber offen, inwiefern die bloße Kenntnisnahme einer Anmeldung normativ sein sollte, dies zumal der VwGH die Beurkundung der Kenntnisnahme ja gerade von der Beurkundung der Gewerbeberechtigung unterscheidet. Die Gewerbeberechtigung kann aber nur entweder ex lege aufgrund der Anmeldung entstanden sein oder aufgrund eines normativen Akts der Behörde. In VwSlg 7458 A/1968 wurde die Nichtigerklärung eines Gewerbescheines dann ohne weitere Erörterung der Bescheidqualität und ohne Bezugnahme auf die Vorjudikatur gebilligt. Anknüpfend an VwSlg 2061 A/1951 und 5361 A/1960 meint der VwGH schließlich auch in einer sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheit, der Gewerbeschein, mit dem die Kenntnisnahme der Gewerbebeanmeldung beurkundet wird, habe Bescheidcharakter: VwSlg 7707 A/1970, siehe auch VwGH 17.3.1971, ZI 1297/70.

58) RV 395 BIGNR 13. GP 65, EB zu §§ 334 und 335.

59) Dabei wird nicht verkannt, dass § 363 Abs 1 Z 3 GewO zur Nichtigerklärung nur dann ermächtigt, wenn der nachträglich hervorgekommene Mangel „noch andauert“. Hat der Gewerbebetreibende also nach der Anmeldung etwa die ursprünglich fehlende Eigenberechtigung oder den erforderlichen Befähigungsnachweis erlangt, dann kann sein Gewerbeschein nicht mehr für nichtig erklärt werden. Für diesen Effekt allein hätte der Gewerbeschein aber nicht zum Bescheid erklärt werden müssen. Denn der Unternehmer könnte sich ein Gewerbe pro futuro – systemkonform – auch selbst sichern, indem er sein Gewerbe mit dem Eintritt der ursprünglich fehlenden Voraussetzung ein zweites Mal anmeldet.

kann der Gewerbeschein sofort für nichtig erklärt werden<sup>60</sup>). Mag die Behörde zur Nichtigkeitsklärung auch nicht verpflichtet, sondern nur ermächtigt sein, und mag sie bei der Wahrnehmung dieser Ermächtigung auch auf die Interessen des Unternehmers Rücksicht nehmen: Als Damoklesschwert schwebt die Nichtigkeitsklärung über dem Gewerbebetrieb gleichwohl. Die GewO-Novelle 1973 erklärt den Gewerbeschein nach all dem zwar zum Bescheid, der dem Unternehmer zugegebenermaßen gewisse Vorteile bringt<sup>61</sup>); diese Erklärung geschieht aber – entgegen dem ersten Anschein – nicht, um dem Anmelder mehr Sicherheit über sein Gewerbeamt zu verschaffen, sondern geradezu im Gegenteil: um die Vernichtung unrichtiger Gewerbescheine zu ermöglichen.

Die GewO 1973 rezipiert mit dieser neuen Regelung allerdings nicht nur die bisherige Praxis; sie rührt zugleich an zwei Grundfesten, auf denen das Anmeldungsgewerbe im Jahr 1859 errichtet wurde: Erstens entsteht das Gewerbeamt nun nämlich beim Anmeldungsgewerbe – anders als § 5 GewO ankündigt – nicht mehr allein mit der Anmeldung, und es entsteht auch nicht nur, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Das Fehlen einer gesetzlichen Antrittsvoraussetzung heilt vielmehr (scheinbar) mit der Ausstellung des Gewerbescheines, also mit einem *behördlichen Akt*, der das Gewerbeamt nun hilfswise erzeugt. Dass dieser behördliche Akt dann jederzeit wieder vernichtet werden kann, wäre vielleicht hinzunehmen, wenn der Unternehmer nicht erst durch ihn, sondern schon auf andere Weise ausreichende Sicherheit über

den Bestand seines Gewerbeamtes erhalte – etwa, wie die GewO 1859 annahm, durch das Gesetz, das die Antrittsvoraussetzungen ohnedies einfach und eindeutig genug umschreibt. Auch diese zweite Prämisse des Anmeldungsgewerbes gerät aber ins Wanken, wenn die GewO 1973 den Gewerbeschein als einen Bescheid, und zwar genauer: als einen Feststellungsbescheid qualifiziert<sup>62</sup>). Denn die bescheidmäßige Feststellung rechtserheblicher Tatsachen ist ja nur dann erforderlich, wenn diese Tatsachen *strittig* sind, nicht hingegen, wenn sie, wie der Gesetzgeber im Jahr 1859 angenommen hatte, klar auf der Hand liegen. Die Richtigkeit dieser Annahme musste im Laufe der Jahre freilich zweifelhaft geworden sein, zeigt doch gerade die Judikatur, dass Gewerbescheine in der Praxis immer wieder fälschlich ausgestellt wurden und daher zurückgenommen werden mussten<sup>63</sup>). Wenn schon der Behörde in dieser Hinsicht immer wieder Fehler unterlaufen, warum sollte es dann dem Rechtsunterworfenen anders ergehen? Verschafft ihm das Gesetz allein keine ausreichende Sicherheit über den Bestand seines Gewerbeamtes, weil die Antrittsschranken zu zahlreich und/oder zu komplex (geworden) sind, dann kann diese Sicherheit nur durch eine behördliche Feststellung substituiert werden, auf die sich der Unternehmer verlassen kann. Gerade diese Leistung erbringt der vernichtbare Gewerbeschein der GewO 1973 aber nicht.

Die Gesamtheit dieser Regelungen zeigt die GewO 1973 innerlich zerrissen: Einerseits will sie zum Grundsatz der Gewerbeamtfreiheit zurückkehren und folglich auch am Anmeldungsgewerbe festhalten, als wäre es die Ikone der Liberalität. Andererseits soll das Gewerbeamt nun aber nicht mehr nur durch die Anmeldung, sondern hilfswise auch durch einen Bescheid entstehen. Auf diesen Bescheid ist dann aber wiederum kein Verlass, was widersprüchlich und konsequent zugleich ist: Widersprüchlich, weil ein Bescheid ohne Bestand wenig sinnvoll erscheint, konsequent, weil die GewO in § 5 ja selbst bestimmt, dass ein Gewerbeamt nur unter bestimmten Mindestvoraussetzungen entsteht: Nimmt man das ernst, dann muss ein Gewerbeschein, der diesen Mindestvoraussetzungen nicht entspricht, wenn schon nicht absolut nichtig, so doch zumindest vernichtbar sein. Die GewO 1973 kehrt damit nach einem Umweg über den Bescheid doch wieder zu ihrem Ausgangspunkt zurück. Was dabei aber auf der Strecke bleibt,

60) Kritisch dazu auch Pauger (FN 21) 63, der gegen die Reichweite der Nichtigkeitsgründe im Hinblick auf Art 6 StGG auch verfassungsrechtliche Bedenken anmeldet; ähnlich Josef Aichlreiter, Entscheidungsanmerkung, WBI 1994, 352, nach dem § 363 Abs 1 Z 3 GewO vom Grundgedanken des § 68 Abs 4 Z 4 AVG abweicht, dass eine Nichtigkeitsklärung von Bescheiden nur als ultima ratio und damit nur bei schweren Mängeln stattfinden soll; diese Abweichung vom AVG sei auch nach Art 11 Abs 2 B-VG rechtfertigungsbedürftig, eine solche Rechtfertigung liege aber nicht vor. Keine Zweifel an der Verfassungskonformität des § 146 Abs 4 GewO idF vor der Nov 1973 äußerte hingegen der VfGH, allerdings nur in einem Bescheidbeschwerdeverfahren (VfSlg 1950/1950), sodass § 146 Abs 4 GewO gegen derartige Bedenken nicht immunisiert gewesen wäre; umso mehr gilt dies für Nachfolgebestimmungen dieser Vorschrift; siehe zu den objektiven Grenzen der Rechtskraft von Normprüfungserkenntnissen in dieser Hinsicht mwN Magdalena Pöschl, Die Rechtskraft von Normprüfungserkenntnissen, in Holoubek/Lang (Hrsg.), Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1998) 113 (123 ff).

61) „Gilt“ der Gewerbeschein als Bescheid, dann kann seine Ausstellung zunächst nach den Säumnisregeln der §§ 73 AVG und 27 VwGG erzwungen werden, die auf Urkunden nicht anwendbar sind (zu den daraus resultierenden Problemen siehe Rill [FN 46] 615; Winkelhofer [FN 44] 253 ff; Siegbert Morscher, Untätigkeit von Staatsorganen, in FS Adamovich [2002] 477 ff; siehe auch Raschauer [FN 45] Rz 910, der in diesem Effekt sogar das Motiv für die „spezialgesetzliche Kuriosität“ des § 340 Abs 4 GewO vermutet). Außerdem erledigt sich eine Strafbarkeit wegen unbefugten Gewerbebetriebes schon auf der Ebene der Rechtswidrigkeit, wenn der Gewerbeschein als Bescheid gilt, weil der ihm entsprechende Gewerbebetrieb dann jedenfalls rechtmäßig ist. Dieser Vorteil ist allerdings relativ; er kommt nur zum Tragen, wenn der Gesetzgeber die Rechtswidrigkeit der Gewerbeausübung überhaupt pönalisiert, was die GewO 1859 wohlweislich nicht getan hat: Strafbar war nach § 132 lit a leg cit nicht, wer ein Anmeldungsgewerbe unbefugt ausübte, sondern nur, wer ein solches Gewerbe ausübte, ohne sich vorher angemeldet zu haben. Der Unternehmer war folglich auch nach der GewO 1859 durch den Gewerbeschein vor einer Strafe geschützt. Nur relativ ist schließlich auch der Vorteil, den der als Bescheid geltende Gewerbeschein in Beweisfragen bringt: Ein solcher Gewerbeschein ist zwar eine öffentliche Urkunde iSd § 47 AVG und beweist damit das Gewerbeamt, ohne dass der Gegenbeweis seiner inhaltlichen Unrichtigkeit angetreten werden könnte. Eben diese Wirkung erkannte aber wohl auch die GewO 1859 dem Gewerbeschein zu, fertigte doch die Behörde, die sich über das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen vergewissert hatte, nach § 15 Abs 1 „dem Unternehmer zu seiner Legitimation einen Gewerbeschein aus“ (Hervorhebung nicht im Original). Der Gewerbeschein hatte nach dieser Vorschrift also gerade den Zweck, das Gewerbeamt seines Inhabers zu beweisen.

62) Dies ergibt sich implizit aus § 340 Abs 1 GewO 1973. Nach dieser Vorschrift hat die Behörde aufgrund der Anmeldung zunächst zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes durch den Anmelder in dem betreffenden Standort vorliegen, sodann hat sie über das Ergebnis ihrer Feststellungen einen Bescheid zu erlassen. Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen vor und kann der Anmelder überdies die Zahlung oder Stundung der Eintragungsgebühr nach dem HandelskammerG nachweisen, so kann die Erlassung eines solchen Feststellungsbescheides nach § 340 Abs 4 GewO unterbleiben. In diesem Fall ist nur ein Gewerbeschein auszustellen, der dann aber „als Bescheid [gilt]“. Wenn die GewO 1973 den Gewerbeschein als Feststellungsbescheid gelten lässt, folgt sie der Sache nach den oben in FN 57 zitierten Ausführungen von Laszky/Nathansky, auf die sich die Materialien auch allgemein beziehen (siehe schon FN 58); ihnen zufolge enthält der Gewerbeschein „inhaltlich die Feststellung, daß gegen die Gewerbeamtanmeldung kein Hindernis obwaltet.“ AM wohl Ringhofer (FN 44) 113, der im Gewerbeschein eine vom AVG abweichende „Dokumentation der Erlassung des Bescheides über die Zurkenntnisnahme der Gewerbeamtanmeldung“ sieht. Diese Deutung knüpft möglicherweise an das in FN 57 erwähnte Erk VwSlg 5361 A/1960 an, wirft aber wie dieses die Frage auf, inwiefern die Zurkenntnisnahme einer Anmeldung ein behördlicher Willensakt ist.

63) Siehe dazu die Judikaturnachweise oben unter II. E. 3.; das in FN 54 erwähnte Erk VwSlg 16.338 A/1930 zeigt deutlich, dass Fehler bei der Ausstellung eines Gewerbescheines keineswegs immer auf der Hand lagen und daher weder für die Behörde leicht zu vermeiden, noch für den Anmelder leicht zu erkennen gewesen sind.

ist die Rechtssicherheit, die der Gewerbetreibende weder aus dem Gesetz noch aus dem Gewerbeschein erhält.

## F. Novelle 1992: Typenverfälschung

Die Qualifikation des Gewerbescheines als Bescheid relativiert nicht nur das ursprüngliche Konzept des Anmeldungsgewerbes, sie rückt diese Gewerbekategorie auch ein Stück weit an ihren eigentlichen Gegenspieler – das Konzessionsgewerbe – heran. Denn hier wie dort steht nun am Ende des Verfahrens ein Bescheid, mag dieser im Anmeldeverfahren auch wenig wert sein. Die Tendenz, zwei ehemals grundverschiedene Gewerbearten einander anzunähern, setzt die GewO-Novelle 1992 noch weiter fort<sup>64</sup>): Sie lässt zunächst die konzessionierten Gewerbe verschwinden, führt sie aber über die Hintertür wieder als „bewilligungspflichtige Gewerbe“ ein und erklärt sie zu einem Unterfall der gebundenen Gewerbe, die damit in bewilligungspflichtige und nicht bewilligungspflichtige Gewerbe zerfallen<sup>65</sup>). Um auch die Zahl dieser bewilligungspflichtigen Gewerbe zu senken<sup>66</sup>), schlägt der Gesetzgeber drei vormalige Konzessionsgewerbe den Anmeldungsgewerben zu<sup>67</sup>). Auf den Konkurrenzschutz, den diese drei Gewerbe bislang genossen, will er aber nicht verzichten: Er ordnet daher für jedes dieser Gewerbe eine Bedarfsprüfung (oder ein vergleichbares Institut) an, trägt der Behörde auf, das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen – und damit auch des Bedarfes – bescheidmäßig festzustellen und erst dann einen Gewerbeschein auszufertigen. Bemerkenswerterweise dürfen diese Gewerbe überdies nicht schon mit der Anmeldung, sondern erst mit der Rechtskraft dieses Feststellungsbescheides angetreten werden<sup>68</sup>). Das freilich entspricht, wie schon der Gesetzgeber des Jahres 1859 wusste, der Natur eines Anmeldungssystems nicht: Darf ein Gewerbe erst nach der behördlichen Erledigung der Anmeldung begonnen werden, dann ist diese Erledigung in Wahrheit eine Konzession<sup>69</sup>).

Mit diesem Sonderregime fällt die zweite Bastion zwischen konzessionierten und Anmeldungsgewerben: Nicht nur, dass das Gewerberecht im Anmeldeverfahren seit 1973 nicht mehr ausschließlich durch die Anmeldung entsteht, sondern hilfsweise auch durch den Gewerbeschein, der dem Unternehmer die vormals durch das Gesetz gewährleistete Rechtssicherheit freilich nicht wieder gibt. Bei manchen Anmeldungsgewerben wird die Anmeldung nun sogar vollständig durch einen (anmeldungsbedürftigen) Bescheid ersetzt, der das Gewerberecht nicht nur in zweiter Linie, sondern ausschließlich erzeugt<sup>70</sup>).

## G. Novelle 1997: Zusammenbruch des Systems

Die Auflösung der ursprünglich völlig klaren Grenzen zwischen freien und konzessionierten Gewerben erreicht ihren Höhepunkt im Jahr 1997<sup>71</sup>), als der Gesetzgeber bei drei bewilligungspflichtigen Gewerben auf das Erfordernis eines Befähigungsnachweises verzichtet<sup>72</sup>). Er setzt also einen Schritt der Liberalisierung, der aber sofort auf Hindernisse stößt: Da die bewilligungspflichtigen Gewerbe mit der Novelle 1992 in die gebundenen Gewerbe eingereiht worden waren, wurde ein bewilligungspflichtiges Gewerbe ohne Befähigungsnachweis nun nämlich heimatlos. Es konnte weder den gebundenen noch den handwerksmäßigen Gewerben zugeordnet werden, weil ja beide Kategorien durch das Erfordernis eines Befähigungsnachweises definiert sind. Die vom Befähigungsnachweis entlasteten, aber bewilligungspflichtigen Gewerbe fielen damit zwangsläufig in die einzig noch verbleibende Kategorie der freien Gewerbe<sup>73</sup>). Die beiden großen Gegenspieler des Jahres 1859 – das freie und das bewilligungspflichtige Gewerbe – werden damit in einen Gewerbetyp zusammengeführt, der „frei“ heißt, aber bewilligungspflichtig ist. Was „frei“ in diesem Zusammenhang noch bedeuten soll, ist völlig unklar, denn Freiheit besteht weder in verfahrensrechtlicher Hinsicht von einer Bewilligung noch materiellrechtlich von einer besonderen Antrittsvoraussetzung. Es ist nicht übertrieben festzustellen, dass an diesem Punkt der Entwicklung das System zusammenbricht<sup>74</sup>).

64) BGBl 1993/29; siehe zu dieser Nov allgemein *Barfuß/Tahedl* (FN 5) 39 ff; *Günther Feltl*, Die Gewerberechtsnovelle 1992, BGBl. 29/1993 (Eine allgemeine Analyse – ohne Euphorie), Teil 1 und 2, FJ 1993, 62, 88; *Erich Novacek*, Österreichische Gewerbeordnungs-Novelle 1992. Neuregelungen betreffend die Handwerke, GewArch 1993, 232.

65) § 128 GewO idF der Nov 1992: „bewilligungspflichtige gebundene Gewerbe“; siehe schon die Kritik bei *Feltl* (FN 64) 62 f („Etikettenschwindel“); *ders.*, Die GewR-Novelle 2002 – Strukturänderung im gewerblichen Berufsrecht? FJ 2002, 323 (325); *Barfuß/Tahedl* (FN 5) 43, 49 („peinliche „Umetikettierungen““); *Rill* (FN 21) 9; *Dietmar Pauger*, Gewerberecht, in *Bernhard Raschauer* (Hrsg), Österreichisches Wirtschaftsrecht<sup>2</sup> (2003) Rz 354.

66) Dies geschah auch sonst zum Teil nur mit „technische[n] Kniffe[n]“, siehe in diesem Sinn *Feltl* (FN 64) 63 f; siehe auch *denselben*, Umgestaltung der Gewerbelisten in Fünfjahresschritten (GewR-Novellen 1992, 1997 und 2002) – Teil I, FJ 2002, 397 (398), sowie *Schmelz/Stadlmair*, Überblick über die GewR.-Nov. 1997, *ecolex* 1997, 1, nach denen der Gesetzgeber „tief in die legistische Trickkiste [gegriffen hat], um ein äußeres Erscheinungsbild zu schaffen, das den medialen Ansprüchen eines modernen Wirtschaftsrechts gerecht wird“. Auch *Barfuß* (FN 3) 86 attestiert der Nov 1992 in dieser Hinsicht, „da und dort recht vordergründig-kosmetisch in Richtung ‚dekorativer Schönheitspflege‘ zu sein.“

67) Rauchfangkehrer wurden zu Handwerkern (§ 94 Z 12 GewO idF der Nov 1992), das Bestattungsunternehmen zu einem nicht bewilligungspflichtigen gebundenen Gewerbe (§ 126 Z 3 GewO idF der Nov 1992) und der Schleppliftunternehmer sollte nun sogar ein freies Gewerbe betreiben (§ 269 iVm der Überschrift zu § 260 GewO idF der Nov 1992).

68) § 118 Abs 2, § 135 Abs 1, § 271 Abs 1 GewO idF der Nov 1992.

69) Siehe dazu bereits die oben bei FN 15 zit. Materialien zur GewO 1859 sowie *Rill* (FN 21) 10, der die drei genannten Gewerbe als „bewilligungspflichtig“ bezeichnet; ähnlich spricht auch *Barfuß* (FN 3) 85 bei diesen Gewerben von „eine[r] Art bedingte[m] Konzessionssystem“; siehe dann auch die Kritik bei *Barfuß/Tahedl* (FN 5) 48; *Pauger* (FN 21) 43, 65 und (FN 65) Rz 354, der die Einordnung des Rauchfangkehrer-

Bestattungs- und Schleppliftgewerbes in die Anmeldungsgewerbe „unsystematisch“ bzw. „verfehlt“ nennt und das Vorgehen des Gesetzgebers als einen „klassische[n] Fall bloß verbaler Deregulierung“ bezeichnet; ebenso *Rill* (FN 21) 10, nach dem die Nov 1992 legistisch gesehen „eine wohlgedachte Systematik zerstört“ hat; zustimmend *Ulrich Zellenberg*, Der Gewerbezugang nach der Gewerberechtsnovelle 2002, ZfV 2003, 410 (412); siehe auch *Feltl* (FN 64) 63, der von Systembrüchen und kosmetischen Operationen spricht.

70) Flankierend dazu verwischt die GewO die Grenzen zwischen Anmelde- und konzessionierten Gewerben auch auf der „symbolischen“ Ebene: Für bewilligungspflichtige Gewerbe ist ab nun kein „Konzessionsdekret“ mehr auszustellen (siehe § 341 GewO idF der Nov 1992 und den dazu ergangenen Durchführungserlass sowie *Pauger* [FN 21] 64). Als Nachweis für das Gewerberecht dient dem Unternehmer vielmehr der Bewilligungsbescheid, darüber hinaus kann ihm aber auch ein Gewerbeschein ausgestellt werden, also ein Dokument, das bislang den Anmeldungsgewerben vorbehalten war.

71) BGBl I 1997/63, siehe zu dieser Nov der GewO den Überblick bei *Schmelz/Stadlmair* (FN 66) 1; *Friedrich Filzmoser*, Die GewO-Novelle, RdW 1997, 437; für Probleme im Detail siehe *Günther Feltl*, Das System der Gewerbe nach der GewR-Novelle 1997, Teil 1-3, FJ 1997, 249, 283, 317.

72) Pfandleiher, Versteigerung beweglicher Sachen und Wechselstuben: §§ 275a f, 284a, 284e GewO idF der Nov 1997.

73) Dementsprechend wurden sie in den 7. Abschnitt betreffend „Bestimmungen für einzelne freie Gewerbe“ aufgenommen.

74) Ein historischer Vorläufer dieses Zusammenbruches fand sich bereits in der GewO-Nov 1907, die bestimmte Handelsgewerbe als „freie“ Gewerbe einstufte, aber an einen Befähigungsnachweis band. Diese Handelsgewerbe waren dann aber wenigstens verfahrensrechtlich frei, weil das Gewerberecht bei ihnen schon mit der Anmeldung entstand, siehe dazu schon oben II. C. insb FN 29.

## H. Novelle 2002: Rückkehr zum System?

## 1. Einteilung der Gewerbe

Die GewO-Novelle 2002<sup>75)</sup> verspricht ausweislich der Materialien, die Systematik der Gewerbekategorien zu vereinfachen<sup>76)</sup>. Aber auch sie hält dieses Versprechen nicht. Äußerlich werden die Gewerbe nun danach eingeteilt, ob für sie ein Befähigungsnachweis erforderlich ist oder nicht<sup>77)</sup>. Im ersten Fall spricht die GewO von „reglementierten“, im zweiten Fall von freien Gewerben<sup>78)</sup>. Die längst überholte Klassifizierung zwischen Handwerk und gebundenem Gewerbe<sup>79)</sup> scheint damit ebenso aufgegeben wie die Kategorie der bewilligungspflichtigen Gewerbe<sup>80)</sup>. Innerhalb der Befähigungsnachweise hebt die GewO dann aber doch wieder die Meisterprüfung als einen möglichen Zugangsweg zum Handwerk hervor<sup>81)</sup>. Außerdem verlangt sie bei manchen Gewerben zusätzlich zum Befähigungsnachweis eine besondere Zuverlässigkeit und damit ein typisches Erfordernis ehemals bewilligungspflichtiger Gewerbe<sup>82)</sup>. In der Sache leben die gewohnten Gewerbekategorien also weiter, mit dem einen Unterschied freilich, dass diese Kategorien nun namenlos geworden sind<sup>83)</sup>.

## 2. Tarnung der Bewilligungspflicht

In verfahrensrechtlicher Hinsicht verkündet die GewO in § 5 stolz, dass jedes Gewerbe bei Erfüllung der allgemeinen und der allenfalls vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen auf Grund der Anmeldung ausgeübt werden darf<sup>84)</sup>, soweit die

GewO nicht hinsichtlich einzelner Gewerbe anderes bestimmt. Die Materialien bekräftigen dies mit der Erläuterung: „Es gibt keine Gewerbe mehr, deren Ausübung an die Erteilung einer Bewilligung gebunden ist.“ und: „Die einzige Form der Gewerbebegründung ist die Anmeldung.“<sup>85)</sup> Und in der Tat hängt nun (mit einer Ausnahme) formal kein Gewerbe mehr von einer Bewilligung ab. Das Rauchfangkehrergewerbe und jene Gewerbe, für die eine besondere Zuverlässigkeit erforderlich ist, dürfen aber, wie man in § 95 GewO erfährt, nicht schon mit der Anmeldung, sondern erst dann angetreten werden, wenn die Behörde das Vorliegen aller gesetzlichen Voraussetzungen rechtskräftig festgestellt hat<sup>86)</sup>. Das im Jahr 1992 geschaffene Sonderregime macht also Schule: Nach seinem Muster wird die Bewilligungspflicht jetzt einheitlich getarnt<sup>87)</sup>. Nur in einem einzigen Fall verschleiert der Gesetzgeber die Bewilligungspflicht nicht: beim Waffengewerbe hinsichtlich militärischer Waffen und Munition<sup>88)</sup>, dessen Liberalisierung – sei sie auch nur scheinbar – sich politisch tatsächlich schwer vertreten lässt.

Andreas Hanusch, Kommentar zur Gewerbeordnung, 12. Lfg (2004) § 5 GewO Rz 1; Kinscher/Pallege-Barfuß (FN 41) § 5 GewO Anm 3, § 339 GewO Anm 1, 4 und 5.

- 75) BGBl I 2002/111. Siehe zu dieser Nov den Überblick bei *Christian Handig*, Gewerberechtsnovelle 2002 – Ein kurzer Überblick, RdW 2002, 522; *Siegfried Lachmair*, Die Gewerbeordnungsnovelle 2002 im Überblick, ecolo 2002, 777; zu Problemen im Detail siehe zB *Feltl* (FN 65) 323; *ders* (FN 66) FJ 2002, 397, FJ 2003, 8; *ders*, Varianten des Befähigungsnachweises nach der GewR-Novelle 2002, Teil I-IV, FJ 2003, 43, 70, 153, 186; *Friedrich Filzmoser*, Gewerbliches Berufsrecht nach der GewO-Novelle 2002 (2003); *Zellenberg* (FN 69) 410; *Roland Winkler*, Die Gewerbebeanmeldung nach der Gewerbeordnungsnovelle 2002 und dem Öffnungszeitengesetz 2003, wbl 2004, 314; *Bernd Wieser*, Der individuelle Befähigungsnachweis nach § 19 GewO, ÖZW 2005, 34.
- 76) RV 1117 BlgNR 21. GP 81.
- 77) § 5 Abs 2 GewO idF der Nov 2002.
- 78) Folglich enthält die GewO nun nicht mehr drei Listen, in denen Handwerke, gebundene nicht bewilligungspflichtige und gebundene bewilligungspflichtige Gewerbe aufgeführt werden; die Gewerbe aller drei Kategorien finden sich nun vielmehr in einer einheitlichen Liste in § 94 GewO idF der Nov 2002; siehe zu den dabei vorgenommenen Änderungen *Feltl* (FN 66) FJ 2003, 8 ff.
- 79) Zu dieser siehe schon oben unter II. C. und II. D. Zur mangelnden Stringenz dieser Unterscheidung auch *Zellenberg* (FN 69) 413.
- 80) Siehe in diesem Sinn auch RV 1117 BlgNR 21. GP 81: „... die bisherige Unterscheidung in Handwerke und gebundene Gewerbe [ist] weggefallen“, sowie RV 1117 BlgNR 21. GP 65, AB 1149 BlgNR 21. GP 1, wonach die Kategorie der bewilligungspflichtigen gebundenen Gewerbe entfällt.
- 81) Siehe § 18 Abs 2 Z 1 und § 20 GewO idF der Nov 2002; siehe auch die in § 94 GewO idF Nov 2002 aufgestellte Liste der reglementierten Gewerbe, die einige Gewerbe ausdrücklich als Handwerke ausweist. Materiell war der Unterschied zwischen Meisterprüfung und sonstigem Befähigungsnachweis schon in der Nov 1992 stark aufgeweicht worden, als alternativ zur Meisterprüfung auch andere Befähigungsnachweise für ein Handwerk zugelassen wurden; siehe dazu *Feltl* (FN 65) 325.
- 82) § 95 Abs 1 GewO idF der Nov 2002.
- 83) Kritisch dazu schon *Feltl* (FN 65) 329, nach dem die GewO-Nov 2002 die versprochene „Vereinfachung der Systematik“ auch deshalb nicht erreicht hat, weil „fortbestehende Rechtsinstitute (bewilligungspflichtige Gewerbe, gebundene Gewerbe) ihrer klaren gesetzlichen Bezeichnung entkleidet wurden, was für die Praxis die Möglichkeit sie anzusprechen erschwert.“
- 84) Auch die Lehre geht weiterhin davon aus, dass die Gewerbebeanmeldung für das Entstehen des Gewerberechts konstitutiv ist, siehe etwa *Feltl* (FN 65) 324; *Potacs* (FN 46) 28 f; *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO<sup>2</sup> (2003) § 340 GewO Rz 8, 20; *Pauger* (FN 65) Rz 373; *Zellenberg* (FN 69) 422; *Rudolf Feik*, Gewerberecht, in *Susanne Bachmann ua* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht<sup>5</sup> (2004) 145 (154);

85) RV 1117 BlgNR 21. GP 73; siehe auch RV 1117 BlgNR 21. GP 65, wonach die Kategorie der bewilligungspflichtigen gebundenen Gewerbe entfällt.

86) Auch die Eintragung in das Gewerbeverzeichnis erfolgt nach § 340 Abs 2 GewO idF der Nov 2002 erst ab Rechtskraft des Bescheides, mit dem festgestellt wurde, dass die Antrittsvoraussetzungen (einschließlich der Zuverlässigkeit) vorliegen.

87) Die Lehre spricht hier bisweilen von „unechten“ Anmeldungsgewerben, siehe etwa *Feltl* (FN 65) 328; *Feik* (FN 84) 154; *R. Winkler* (FN 75) 315, eben weil das Gewerbeamt bei ihnen nicht schon mit der Anmeldung entsteht, sondern erst mit dieser und dem rechtskräftigen Feststellungsbescheid (in diesem Sinn wohl auch *Pauger* [FN 65] Rz 373; *Potacs* [FN 46] 29). Nach *Zellenberg* (FN 69) 422 entsteht das Gewerbeamt auch hier mit der Anmeldung, dieses Recht dürfe nur bis zur Rechtskraft des Feststellungsbescheides noch nicht ausgeübt werden. Dagegen hat *R. Winkler* aaO 316 mE zu Recht eingewendet, dass sich Gewerbeausübung und Gewerbeberechtigung nicht derart trennen lassen: Die Gewerbeausübung, die nach § 95 GewO erst ab Rechtskraft des Feststellungsbescheides zulässig ist, macht gerade den Inhalt der Gewerbeberechtigung aus. Zu Recht stellt denn auch *Zellenberg* (FN 69) 413 fest, dass in diesen Fällen aus der Perspektive des Anmelders im Effekt kein wesentlicher Unterschied zu einer Bewilligung besteht. Einigkeit dürfte auch darüber zu erzielen sein, dass diese, vom Gesetzgeber gewählte Konstruktion befremdlich ist, siehe auch die Kritik bei *Pauger* (FN 65) Rz 354: „In der Sache wurde dieser Sündenfall [gemeint jener der GewO-Novelle 1992] mit der GewRN 2002 ausgebaut“; kritisch auch *Feltl* (FN 65) 328. Geplant war anscheinend eine transparente Lösung: Das Regierungsprogramm vom Februar 2000 kündigte in Kapitel 8 noch eine „Vereinfachung der Systematik bei den Kategorien von Gewerben (nur noch freie und bewilligungspflichtige, die eine Berufsbefähigung erfordern)“ an. In den Erläut. zur GewO-Nov 2002 heißt es dann aber, das Regierungsprogramm habe die reglementierten Gewerbe „etwas missverständlich bewilligungspflichtige genannt“ (RV 1117 BlgNR 21. GP 81). Für die drei Gewerbe, nach deren Vorbild die Bewilligungspflicht nun verschleiert wurde, galt in der Zwischenzeit zum Teil schon wieder anderes: Beim Bestattungsgewerbe wurde die Bedarfsprüfung und bei Schleppliftunternehmen der vergleichbare Konkurrenzschutz beseitigt (§ 101, § 156 GewO idF der Nov 2002); folglich konnten auch die Sonderbestimmungen für den Antritt dieser zwei Gewerbe fallen gelassen werden. Das Rauchfangkehrergewerbe ist hingegen weiterhin an eine Bedarfsprüfung gebunden (§ 121 Abs 1 Z 4 GewO idF der Nov 2002); es darf dementsprechend, wie erwähnt, erst mit Rechtskraft des Feststellungsbescheides angetreten werden (§ 95 und § 125 Abs 4 GewO idF der Nov 2002). Pfandleiher, Versteigerung beweglicher Sachen und Wechselstuben sind seit der GewO-Nov 2002 nicht mehr „bewilligungspflichtige freie“ Gewerbe, sondern freie Anmeldungsgewerbe. Der Pfandleiher darf das Gewerbe aber erst antreten, wenn der LH seine Geschäftsordnung genehmigt hat (§ 155 Abs 2 GewO idF der Nov 2002). Ähnliches gilt nach § 137c Abs 3 GewO nun auch für das Gewerbe der Versicherungsvermittlung: Das Gewerbeamt wird hier zwar mit der ordnungsgemäßen Anmeldung erworben, das Gewerbe darf aber erst ab dem Zeitpunkt der Eintragung in das Versicherungsvermittlerregister ausgeübt werden.

88) Für dieses Gewerbe ist nach § 148 GewO idF der Nov 2002 eine Gewerbeberechtigung erforderlich, die der BMWA im Einvernehmen mit dem BMI zu erteilen hat.

### 3. Abschied vom Gewerbeschein und Rückkehr alter Probleme

Alle anderen Gewerbe – freie Gewerbe und Gewerbe, für die zwar ein Befähigungsnachweis, aber keine besondere Zuverlässigkeit erforderlich ist – dürfen bereits mit der Anmeldung angetreten werden (§ 5 Abs 1 GewO). Fehlt es an einer allgemeinen oder besonderen Voraussetzung, so hat die Behörde dies wie bisher mit Bescheid festzustellen und die Gewerbeausübung zu untersagen<sup>89)</sup>. Liegen die Voraussetzungen aber vor, so muss die Behörde den Anmelder nun – anders als bisher – nur in das Gewerberegister eintragen und ihm einen Auszug aus diesem Register übermitteln<sup>90)</sup>. Dass diese Eintragung oder der Auszug aus dem Gewerberegister als Bescheid „gilt“, sagt die GewO nicht mehr. In diesem *einen* Punkt kehrt sie also zum Konzept der GewO 1859 zurück, dies allerdings, ohne die dazu gehörigen Vorkehrungen zu treffen: Weder wurden die Antrittsvoraussetzungen nun nämlich spürbar einfacher und klarer gefasst, sodass das Gesetz allein dem Anmelder wieder ausreichende Sicherheit über den Bestand seines Gewerberechts hätte geben können, noch regelte die GewO, was zu geschehen hat, wenn die Behörde die Antrittsvoraussetzungen fälschlich als gegeben ansieht. Diese Frage war nun ebenso offen wie vor der Erlassung der GewO 1973. Die Situation war freilich noch etwas vertrackter, denn die Hilfskonstruktion, zu der der VwGH und *Laszky/Nathansky* damals gegriffen hatten, war nun ja versperrt: Da die Mitteilung über die erfolgte Eintragung in das Gewerberegister kein Bescheid ist<sup>91)</sup> und auch nicht ex lege als solcher gilt, kam seine Nichtigkeitsklärung nicht in Frage; zu einer anderen Form der Korrektur hatte der Gesetzgeber die Behörden aber nicht ermächtigt<sup>92)</sup>.

#### 1. Novelle 2003: Hektische Reparatur

Dass im Gesetz eine Regelung zur Korrektur unrichtiger Eintragungen in das Gewerberegister fehlte, war zumindest der

Bürokratie schon früh bewusst: Exakt in jener Sitzung, in der der Nationalrat die Novelle 2002 in dritter Lesung beschlossen hatte, langte im Parlament ein Initiativantrag ein, der eine neuerliche Änderung der GewO vorschlug<sup>93)</sup>. Nach diesem Initiativantrag sollte den für Bescheide geltenden Nichtigkeitsbestimmungen eine eigene Vorschrift angefügt werden<sup>94)</sup>, die allerdings aufgrund bestimmter Verstrickungen erst im Jahr 2003 beschlossen und kundgemacht werden konnte<sup>95)</sup>. Der nunmehr geltende § 363 Abs 4 GewO ermächtigt die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde, eine Eintragung in das Gewerberegister mit Bescheid zu löschen, wenn die Voraussetzungen für eine Nichtigkeitsklärung nach § 363 Abs 1 Z 1, 2 und 3 GewO vorliegen; die zuletzt genannte Ziffer bezieht sich auf das Fehlen der allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen nach den §§ 8 bis 14 GewO und einen zu Unrecht als erbracht beurteilten Befähigungsnachweis. Bis zur Rechtskraft dieses Lösungsbescheides darf das Gewerbe aber nach § 363 Abs 4 GewO ausgeübt werden. Diese Anordnung kann nur so gedeutet werden, dass das Gewerbe mit der (fehlerhaften) Eintragung in das Gewerberegister bzw mit der Übermittlung des Registerauszuges entsteht, und das heißt: dass diesem behördlichen Akt konstitutive Kraft zukommt<sup>96)</sup>. Die rechtsgestaltende Wirkung der Übermittlung des Registerauszuges durchbricht damit erstens neuerlich die in § 5 GewO aufgestellte Regel, dass das Gewerbe mit der Anmeldung nur bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen entsteht. Die Rechtssicherheit, die die Eintragung in das Gewerberegister vermittelt, besteht zweitens wie bisher nur vorläufig: Denn jeder Fehler, der der Behörde bei der Eintragung unterläuft, kann weiterhin sofort durch Löschung korrigiert werden. Was jetzt aber drittens noch hinzukommt, ist, dass die Eintragung in das Gewerberegister bzw die Übermittlung des Auszuges das Kunststück vollbringt, einerseits eine subjektive Gewerbeberechtigung zu erzeugen, andererseits aber kein Bescheid zu sein. Wäre sie ein Bescheid,

89) § 340 Abs 3 GewO idF der Nov 2002.

90) § 340 Abs 1 GewO idF der Nov 2002; siehe allgemein zum Gewerberegister *Morscher/Christ*, Öffentliche Bücher, Evidenzen, Listen, Register, Verzeichnisse, ZfV 2005, 158 (169).

91) Siehe auch *Grabler/Stolzlechner/Wendl* (FN 84) § 340 GewO Rz 17; *Zellenberg* (FN 69) 422; *R. Winkler* (FN 75) 316.

92) *Pauger* (FN 65) Rz 372 meinte in Ansehung dieser Situation, das Gewerbe muss auch durch eine nicht rechtmäßige (zB unvollständige) Gewerbebeantragung entstehen, wenn ein Auszug aus dem Gewerberegister einmal übermittelt ist; andernfalls wäre die Rechtssicherheit in unsachlicher Weise beeinträchtigt. Um die Rechtssicherheit war es allerdings zum einen vor der Nov 2002 auch nicht besser bestellt, konnte ein gesetzwidrig ausgestellter Gewerbeschein doch jederzeit für nichtig erklärt werden. Schwere wiegt jedoch zum anderen, dass das Gewerbe nach dem klaren Wortlaut des § 5 GewO idF Nov 2002 ja nur bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen entsteht. Zwar wäre denkbar, dass der Gesetzgeber von dieser Regel eine Ausnahme macht, wenn die Behörde dem Anmelder einen Gewerberegisterauszug übermittelt. Dann freilich hätte die Übermittlung dieses Auszuges konstitutive Kraft, und der Bescheid, von dem sich der Gesetzgeber gerade verabschiedet hat, würde über die Hintertür wieder eingeführt (die Position *Paugers* bezweifelt auch *Zellenberg* [FN 69] 422; *R. Winkler* [FN 75] 315). Bedenkt man dies, dann muss wohl akzeptiert werden, dass der Anmelder, der die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, nach der Nov 2002 zur Ausübung des Gewerbes auch nicht berechtigt war und dies auch dann nicht werden konnte, wenn die Behörde das nicht existente Gewerbe fälschlich in das Register einträgt, gerade so, wie auch ein irrtümlich ausgestellter Staatsbürgerschaftsnachweis keine Staatsbürgerschaft begründen kann. Die Nichtigkeitsbestimmung des § 363 Abs 1 GewO wäre bei dieser Deutung mE nicht unverständlich geworden (aM *Pauger* [FN 65] Rz 372). Diese Bestimmung ist zwar auf Eintragungen in das Gewerberegister nicht anwendbar, wohl aber auf fehlerhafte Feststellungsbescheide, die weiterhin im „unechten“ Anmeldeverfahren zu erlassen sind. Gleiches gilt mutatis mutandis für die §§ 87 f GewO, die zur Entziehung der Gewerbeberechtigung ermächtigen: Auch diese Ermächtigung wird nicht überflüssig, wenn man annimmt, dass eine unrichtige Registereintragung ein Gewerbe nicht erzeugen kann. Das nicht entstandene Gewerbe kann dann

zwar sinnvollerweise auch nicht entzogen werden. Die Entziehung der Gewerbeberechtigung dient aber auch nicht dazu, Fehler zu berichtigen, die der Behörde im Anmeldeverfahren unterlaufen sind; mit ihrer Hilfe soll vielmehr eine korrekt entstandene Gewerbeberechtigung beseitigt werden, wenn eine der Antrittsvoraussetzungen nachträglich wegfällt. *Zellenberg* (FN 69) 423 meinte deshalb, die Behörde habe im Fall einer unrichtigen Eintragung in das Gewerberegister nach § 340 Abs 3 GewO vorzugehen, das Fehlen der Antrittsvoraussetzungen also mit Bescheid festzustellen und die Ausübung des Gewerbes zu untersagen. Der Untersagungstatbestand des § 340 Abs 3 GewO ist allerdings als Alternative zur Eintragung in das Gewerberegister gedacht, nicht zu deren Korrektur (siehe auch *R. Winkler* [FN 75] 319). Ist die Behörde zur Untersagung der Gewerbeausübung nicht ermächtigt, bleibt ihr wohl nur, gegen den Unternehmer ein Verwaltungsstrafverfahren wegen unbefugter Gewerbeausübung einzuleiten (§ 366 Abs 1 Z 1 GewO). Aber auch das erscheint problematisch, müsste dem Unternehmer dann doch als Schuld angelastet werden, dass er vom Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ebenso ausgegangen ist wie die Behörde selbst.

93) IA 713/A 21. GP idF des AB 1222 BlgNR 21. GP.

94) Dies aufgrund des Abänderungsantrages AA-246 StenProtNR 21. GP 110. Sitzung 193 f idF AA-246 StenProtNR 21. GP 110. Sitzung 205, der, wie der Abgeordnete *Mitterlehner* erläuterte, „nichts anderes als technische und praxisorientierte Klärungen“ enthält: StenProtNR 21. GP 110. Sitzung 193.

95) Der IA wurde zwar samt allen Änderungsanträgen vom NR angenommen (StenProtNR 21. GP 110. Sitzung 208), auch der BR erhob gegen ihn keinen Einspruch (StenProtBR 21. GP 690. Sitzung 65). Der in diesem Antrag vorgeschlagene § 333 Abs 3, nach dem Entscheidungen der Bezirksverwaltungsbehörde in Verfahren nach der GewO unmittelbar beim UVS angefochten werden können, fand aber (noch) nicht die nach Art 129a Abs 2 B-VG erforderliche Zustimmung der Länder. Die hier interessierende Vorschrift des § 363 Abs 4 GewO wurde daher im Rahmen einer weiteren GewO-Novelle neuerlich vorgeschlagen, und zwar im Zuge der Ausschussberatungen zur RV 80 BlgNR 22. GP: AB 170 BlgNR 22. GP. Diese Novelle wurde sodann im BGBl I 2003/48 kundgemacht.

96) In diesem Sinn bereits *R. Winkler* (FN 75) 314 f.

so hätte es einer eigenen Lösungsbestimmung ja gar nicht bedurft<sup>97)</sup>. Der Gesetzgeber hat nach all dem mit der Novelle 2003 ohne Not einen Rechtsakt eigener Art geschaffen, der nicht nur systemwidrig ist, sondern der auch eine Sicherheit verspricht, die er tatsächlich nicht halten kann.

### III. Resümee

Betrachtet man die nunmehr geltende Gewerbeordnung nicht isoliert, sondern als den Endpunkt einer fast 150 Jahre dauernden Entwicklung, dann wird deutlich, wie tief der Graben ist, der zwischen ihr und der historisch ersten Gewerbeordnung 1859 liegt. Novelle um Novelle hat der Gesetzgeber ein rechtliches Phänomen nach dem anderen neu benannt, immer wieder etwas als etwas anderes ausgegeben, bis die ursprünglich klaren Begriffe des bewilligungspflichtigen, des freien und des Anmeldeungsgewerbes im Jahr 1997 ihre Konturen verloren haben: Gewerbe, die nicht mit der Anmeldung angetreten werden dürfen, wurden dennoch in die Kategorie der Anmeldeungsgewerbe eingereiht. Gewerbe, für die neben allgemeinen auch besondere Voraussetzungen erforderlich waren, wurden gleichwohl „frei“ genannt. Freie Gewerbe waren plötzlich nicht mehr automatisch Anmeldeungsgewerbe. Und Gewerbe wurden als „frei“ bezeichnet, obwohl sie bewilligungspflichtig sind.

Beliebig gewordene Begriffe laufen Gefahr, als bedeutungslos eliminiert zu werden, vor allem dann, wenn die Sache, die sie ursprünglich bezeichnet haben, unliebsam geworden ist. So ist auch zu erklären, dass der Gesetzgeber die vormals geschaffene Begriffsverwirrung im Jahr 2002 zwar lindert, das bewilligungspflichtige Gewerbe aber als eigene Kategorie aus der GewO entfernt, obwohl es in der Sache weiterlebt. Das „Anmeldeungsgewerbe“, das in der GewO nunmehr verblieben ist, entspricht keineswegs dem Konzept der liberalen GewO

1859. Dies gilt nicht nur für die bewilligungspflichtigen Gewerbe, die der Gesetzgeber nun plump als Anmeldeungsgewerbe tarnt. Es gilt auch für alle anderen Gewerbe: Kann der Anmeldeur dem Gesetz nämlich nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen, ob er die Antrittsvoraussetzungen erfüllt, so mag er zwar theoretisch berechtigt sein, das Gewerbe bereits mit der Anmeldung anzutreten. De facto ist er aber gezwungen, die Erledigung seiner Anmeldung abzuwarten, ehe er mit dem Betrieb beginnt. Ist dann aber auch auf diese Erledigung kein Verlass, so sind die zwei wesentlichen Grundfesten des Anmeldeungsgewerbes verloren: Die (auch faktische) Freiheit des Unternehmers, ein Gewerbe allein aus eigenem Entschluss zu beginnen, und die Sicherheit, zur Ausübung dieses Gewerbes berechtigt zu sein.

Diese Metamorphose des Anmeldeungsgewerbes hat sich nicht nur vom Ausgangskonzept der GewO 1859 weit entfernt. Es muss auch bezweifelt werden, dass sie der Liberalisierung und Deregulierung förderlich ist, die der Gesetzgeber anstrebt. Da der Umbau der Gewerbekategorien und des Verfahrens im Wesentlichen ein Spiel mit Worten war, fand durch sie allein eine Liberalisierung jedenfalls nicht statt. Für die angestrebte Deregulierung war dieser Umbau sogar kontraproduktiv. Denn Rechtsnormen, die keinem System mehr folgen, sind nicht nur schwer zu verstehen, sie sind auch schwer zu vollziehen. Der Gesetzgeber mag also an anderen Stellen der GewO Freiheit säen: Hier streut er dem Rechtsunterworfenen Sand in die Augen und er streut auch Sand in das Getriebe des Verwaltungsapparates.

97) Siehe auch *R. Winkler* (FN 75) 316, der aaO 314 noch auf einen weiteren Systembruch aufmerksam gemacht hat: Das Gewerberegister ist als eine bloße Informationssammlung im Rahmen der schlichten Hoheitsverwaltung konzipiert; Eintragungen in dieses Register kann daher – systemkonform – keine konstitutive Kraft zukommen.



#### Die Autorin:

Univ.-Prof. Dr. Magdalena Pöschl  
Fachbereich für öffentliches Recht  
Universität Salzburg  
Kapitelgasse 7, A-5020 Salzburg  
E-mail: magdalena.poeschl@sbjg.ac.at