

# ÖZw

Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Gewerberecht als Spiegelbild von  
Staat und Gesellschaft  
(Karl Korinek)

Beständiges und Veränderliches  
im Gewerberecht – Entwicklung  
der GewO 1859 bis 2009  
(Magdalena Pöschl)

Börseausschluss als  
automatische Straffolge?  
(Bernhard Raschauer)

Warnmeldung nach BWG  
ohne entsprechende  
Rechtsschutzmöglichkeiten  
verfassungswidrig  
VfGH 12. 3. 2009, G 164/08  
(Bernhard Moser)

Aktuelles

# Beständiges und Veränderliches im Gewerberecht – Entwicklung der GewO 1859 bis 2009<sup>1)</sup>

*Die Gewerbeordnung hat in den letzten 150 Jahren viel erlebt – den Wechsel von einem großen Reich zu einem Kleinstaat, den damit einhergehenden Wandel der Volkswirtschaft, Weltwirtschaftskrisen, Weltkriege, aber auch den Beitritt zur EU, gravierende technische Fortschritte, gesellschaftliche Veränderungen und nicht zuletzt nahezu hundert Novellen: Was an der Gewerbeordnung 1859 hat nach all dem Bestand und was hat sich verändert? Der vorliegende Beitrag betrachtet den Ausgangs- und den Endpunkt dieser Entwicklung und zieht einen Vergleich.*

**Magdalena Pöschl**

„Mit ihrer Fülle von Novellen, die vom ursprünglichen Gesetzestext nur noch wenige Paragraphen unverändert gelassen haben, ist die heute geltende Gewerbeordnung selbst für den geschulten Juristen, der nicht zugleich gelernter Österreicher ist, ein Geheimbuch voller Rätsel und Unbegreiflichkeiten und nur für einen engen Kreis von Fachleuten der Gegenstand einer Geheimwissenschaft geworden“ –

das schreibt *Merkl* im Jahr 1932,<sup>2)</sup> also ziemlich genau auf halbem Weg zwischen der GewO 1859<sup>3)</sup> und der Gegenwart<sup>4)</sup>. Klagen dieser Art gab es über das Gewerberecht aber auch schon vor der GewO 1859, und sie könnten in vergleichbarer Weise ebenso gut heute erhoben werden. Was in 150 Jahren Gewerberecht beständig und was veränderlich war, lässt sich so gesehen leicht beantworten: Beständig ist seit der GewO 1859 die Forderung nach ihrer Änderung. *Immer* war mit diesem Gesetz jemand unzufrieden – die Wissenschaft (und vielleicht auch die Vollziehung) oft mit der legislativen Qualität, und Gewerbetreibende, aber auch Arbeitnehmer haben zu unterschiedlichen Zeiten den Inhalt der GewO bemängelt: Schien sie den einen zu streng, war sie den anderen schon wieder zu liberal.

So vielfältig und häufig diese Klagen waren, so oft wurde die GewO auch geändert. Seit ihrer Erlassung gab es rund 95 Novellen, im zeitlichen Verlauf freilich mit stark steigender Tendenz. In den staatspolitisch bewegten Jahren von 1859 bis 1973 erlebte die GewO verhältnismäßig ruhige Zeiten, sie wurde im Schnitt nur alle drei Jahre novelliert – ein Beleg für die These, dass Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht aber besteht.<sup>5)</sup> Von 1974 bis 1994 kam es schon zu 31 Novellen und in den letzten 15 Jahren waren es weitere 30, dh nun durchschnittlich zwei Änderungen pro Jahr. Natürlich war nicht jede dieser Novellen gleich bedeutsam, und keineswegs ist jede einzelne hier erwähnenswert. Die wesentlichen Marksteine, die die GewO von 1859 bis

heute passiert hat, wurden an dieser Stelle bereits vorgeführt.<sup>6)</sup> Nun sollen der Ausgangs- und der Endpunkt dieser Entwicklung etwas näher betrachtet werden; ein Vergleich der ersten mit der geltenden GewO wird dann genauer zeigen, was an diesem Gesetz in 150 Jahren Bestand hatte und was sich an ihm verändert hat.

## I. GewO 1859

### A. Die integrative Kraft der GewO 1859

Die GewO 1859 hat sich vor allem dadurch Ruhm erworben, dass sie dem drückenden Zunftwesen ein Ende bereitet und den Bürgern die lang ersehnte Gewerbefreiheit verschafft hat. Aus der Sicht der Regierung war an diesem Gesetz aber zumindest ebenso bedeutsam, dass es dem Vielvölkerstaat Österreich endlich ein *einheitliches* Gewerberecht brachte.<sup>7)</sup> Die durch die GewO bewirkte

1) Der vorliegende Beitrag beruht auf einem Vortrag, den die Autorin im Rahmen des Festaktes „150 Jahre Gewerbeordnung“ am 21. Oktober 2009 in der Wiener Hofburg gehalten hat; der Text wurde sparsam um Fußnoten ergänzt, der Vortragsstil beibehalten.

2) *Merkl*, Reform des Gewerberechts, Der österreichische Volkswirt 1932, 230, abgedruckt in *D. Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann* (Hrsg), Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften, 3. Band/2. Teilband (2009) 21.

3) Kaiserliches Patent vom 20. Dezember 1859, womit eine Gewerbeordnung für den ganzen Umfang des Reiches, mit Ausnahme des venetianischen Verwaltungsgebietes und der Militärgränze, erlassen, und vom 1. Mai 1860 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird, RGBl 1859/227 (im Folgenden GewO 1859).

4) Gewerbeordnung 1994, BGBl 1994/194 idF BGBl I 2010/29 (im Folgenden GewO 1994).

5) *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Band<sup>3</sup> (1924) Vorwort zur dritten Auflage.

6) *Korinek*, Gewerberecht als Spiegelbild von Staat und Gesellschaft (in diesem Heft).

7) Die Grundlage dafür war kurz zuvor in der Reichsverfassung vom 4. März 1849, RGBl 1849/150, geschaffen worden, die alle Gewerbs- und Handelsangelegenheiten zur Reichsangelegenheit erklärte (§ 36 lit g) und den Bürgern flankierend die Freizügigkeit der Person (§ 25) und des Vermögens (§ 31) innerhalb der Reichsgrenzen sowie das Recht zusicherte, „in allen Theilen des Reiches ... jeden gesetzlich erlaubten Erwerbszweig“ auszuüben.

Freisetzung der wirtschaftlichen Kräfte sollte überdies, so hoffte man, das Reich auch auf anderen Gebieten integrieren<sup>8)</sup> – eine Hoffnung, die uns dem Grunde nach aus der jüngeren Vergangenheit und Gegenwart ganz vertraut ist: Auch die EU wollte und will ja nichts anderes als Integration und vor allem Frieden der europäischen Völker durch die Beseitigung wirtschaftlicher Hemmnisse. Diesem ökonomischen Ansatz der EU ist immer wieder angelastet worden, er sei berechnend und kalt, ihm fehle die soziale Wärme.<sup>9)</sup> Wie immer man dazu steht, der GewO 1859 kann ein solcher Vorwurf jedenfalls nicht gemacht werden. Denn sie begreift den Unternehmer erkennbar nicht nur als jemanden, der nach Gewinn strebt und dabei möglichst ungestört bleiben soll. Der Gewerbetreibende ist aus der Sicht der GewO kein Wolf unter Wölfen, sondern ein soziales Wesen, das in vielfältigen Beziehungen zu seiner Umwelt steht und für diese auch Verantwortung trägt. Dementsprechend regelt der Gesetzgeber 1859 nicht nur die Voraussetzungen, unter denen jemand ein Gewerbe antreten darf, also das Verhältnis zwischen dem Gewerbetreibenden und der Behörde. Die GewO bestimmt vielmehr auch, wie der Gewerbetreibende mit seinen Nachbarn, mit den Kunden, mit seinen Gehilfen und Lehrlingen und schließlich ebenso wie er mit seinen Konkurrenten umgehen soll. Der Anspruch dieser Gewerbeordnung ist also im doppelten Sinn umfassend: So wie die GewO die Völker und Provinzen des Kaiserreiches im Großen integrieren soll, soll der Gewerbetreibende im Kleinen eine Integrationsfigur sein – wie sich noch zeigen wird,<sup>10)</sup> freilich eine Integrationsfigur in einem *sehr* patriarchalischen Sinn.

## B. Werkstatt für gute Ideen

Dass die GewO den Unternehmer als ein mehrdimensionales Wesen begreift, erklärt ihre zentrale Stellung in der Rechtsordnung, öffnet sie in besonderer Weise für politische, wirtschaftliche, geistesgeschichtliche und gesellschaftliche Einflüsse und hat damit wohl auch den Boden dafür bereitet, dass die GewO zur einer Art „Werkstatt für gute Ideen“ werden konnte; beginnen wir mit ihrem Fundament – der Einteilung der Gewerbe.

### 1. Einteilung der Gewerbe

Die GewO 1859 sagt nicht, was sie unter einem Gewerbe versteht – das setzt sie voraus.<sup>11)</sup> Sie selbst sagt auch nicht, auf welche Tätigkeiten sie nicht anwendbar ist – das schickt ein Kundmachungspatent voraus.<sup>12)</sup> Die unendliche Masse der dann noch verbleibenden gewerblichen Tätigkeiten teilt die GewO 1859 – das ist ihre erste große Tat im 1. Hauptstück – in freie Gewerbe und in Gewerbe ein, die an eine besondere Bewilligung gebunden sind (§ 1). *Freie Gewerbe* dürfen bei Vorliegen marginaler Voraussetzungen<sup>13)</sup> gegen bloße Anmeldung betrieben werden, also schlicht indem der Unternehmer der Behörde anzeigt, dass er nun ein bestimmtes Gewerbe antreten will (§ 1 iVm § 13). Bewilligungspflichtige Gewerbe sind demgegenüber aus öffentlichen Rücksichten an eine behördliche Genehmigung gebunden – erst wenn sie erteilt ist, darf ein solches Gewerbe aufge-

nommen werden (§ 17). Diese zweite Kategorie nennt die GewO 1859 „*concessionirte*“ Gewerbe (§ 2) und über ihr Verhältnis zu den freien Gewerben stellt sie fest: „Alle Gewerbe, welche nicht als *concessionirte* erklärt werden, sind freie Gewerbe“ (§ 3). Mit diesem einen Satz ist die Gewerbefreiheit auch schon eingeläutet: Das freie Gewerbe soll ab nun der Grundsatz, das konzessionierte hingegen die erklärungsbedürftige Ausnahme sein.

An diesem wohlklingenden Postulat stört nur ein Misston, dass nämlich die GewO 1859 bewilligungspflichtige Gewerbe als „*concessionirt*“ bezeichnet, ist die Konzession doch schon wörtlich bloß ein „Zugeständnis“, genauer: ein dem Staat vorbehaltenes Betätigungsrecht, das dieser dem Privaten nur *ver-leiht*,<sup>14)</sup> noch genauer und mit *Otto Mayer*: ein Stück öffentlicher Verwaltung, die zu führen der Staat einem Privaten anvertraut.<sup>15)</sup> Ist es für eine Gewerbeordnung, die sich berüht „liberal“ zu sein, denn nicht unpassend, Erwerbsrechte nicht als Teil der individuellen Freiheit anzuerkennen, sondern sie unverdrossen als vom Staat abgeleitet zu verstehen? Die Literatur beanstandete jedenfalls, dass der Gesetzgeber in der GewO noch immer von „Konzessionen“ spricht.<sup>16)</sup> Betrachtet man die Gewerbe, die die GewO zu konzessionierten erklärt, im Einzelnen, so erscheint diese Kritik allerdings nicht durchgehend berechtigt. Denn wir finden unter ihnen auch Tätigkeiten, für die sich der Staat bis heute verantwortlich sieht, an denen er ein Interesse hat und die er wohl tatsächlich selbst verrichten würde, fände sich kein Privater, der das tut: Dementsprechend steuert er auch die Betriebsführung solcher Gewerbe durch die Festsetzung von Tarifen, die Auferlegung von Betriebspflichten uÄ:<sup>17)</sup> Das geschieht in der GewO 1859 etwa bei Rauchfangkehrern, Canalräumern und Verkehrsgewerben.<sup>18)</sup>

Daneben erklärt die GewO 1859 als konzessioniert aber auch Tätigkeiten, an deren Ausübung der Staat kein

8) S schon *Fischer-Csömör/Kapinus/Schuster*, Gewerbe, in: 100 Jahre im Dienste der Wirtschaft – FS, 2. Band (1961) 6.

9) Was alles unternommen wurde und wird, um diesen Eindruck zu ändern, zeigt instruktiv *Haltern*, Europa – Verfassung – Identität, in: Callies (Hrsg), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund (2007) 21 (30 ff).

10) S unten I.B.5.

11) Vgl Art IV des Kundmachungspatents (KP) zur GewO (FN 3), wonach dieses Gesetz „für alle gewerbsmäßig betriebenen Beschäftigungen“ gilt, „sie mögen die Hervorbringung, Bearbeitung oder Umgestaltung von Verkehrsgegenständen, den Betrieb von Handelsgeschäften, oder die Verichtung von Dienstleistungen und Arbeiten zum Gegenstande haben“. Unter welchen Voraussetzungen eine Beschäftigung als „gewerbsmäßig“ anzusehen ist, wurde erst in § 1 GewO 1973, BGBl 1974/50, legal definiert.

12) Art V, Art VIII und IX KP zur GewO.

13) Zu diesen noch näher unten I.B.2.

14) S zB *Tschannen*, Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts (2008) Rz 196.

15) *O. Mayer* (FN 2) 294 ff.

16) ZB *Herrnritt*, Grundlehren des Verwaltungsrechtes (1921) 274.

17) S zB *Tschannen* (FN 14) Rz 198.

18) § 16 Z 3–5, 7 und 8 GewO 1859; s ferner für den periodischen Personentransport § 20 (behördliche Festsetzung der für den Betrieb „nötig erachteten Bestimmungen“), für das Platzgewerbe § 21 (behördliche Festsetzung der „nötig erachteten örtlichen Dienstordnungen“), für Rauchfangkehrer § 57 (Betriebspflicht), für Rauchfangkehrer, Transport- und Platzdienstgewerbe § 55 (behördliche Preissatzungen).

spezifisches Interesse hat, sondern die er im Gegenteil eher mit Sorge beobachtet, weil sie objektiv mit Gefahren verbunden sind: den Handel mit Waffen, Feuerwerkskörpern oder Giften etwa, oder die Tätigkeit der Baumeister, Maurer, Steinmetze und Zimmerleute.<sup>19)</sup> Für bedrohlich hielt die GewO 1859 aber offenbar auch das ebenfalls konzessionierte Trödler- und das Pfandleihergewerbe,<sup>20)</sup> vermutlich, weil es in Hehlerei umschlagen kann;<sup>21)</sup> ferner das Gast- und Schankgewerbe,<sup>22)</sup> vielleicht, weil es „Schanddirnen ... Unterschleif“<sup>23)</sup> bieten oder sonst Raum für Spiele, Hehlerei und Zusammenrottungen schaffen könnte,<sup>24)</sup> die in der Folge womöglich sogar zu Aufständen verleiten? Konzessioniert waren schließlich auch die Pressgewerbe, also der Druck literarischer oder artistischer Erzeugnisse und der Handel mit ihnen, der Betrieb von Bibliotheken und Lesekabinen: Spätestens hier schickt der Vormärz letzte Grüße in die – offenbar doch nicht so liberale – Gewerbeordnung.<sup>25)</sup>

Die GewO ruft in ihrem ersten Hauptstück also zwar den Grundsatz der Gewerbefreiheit aus. Die gleichzeitige Schaffung konzessionierter Gewerbe zeigt aber erstens, dass diese Freiheit nicht ausnahmslos gilt. Und die nähere Auswahl dieser konzessionierten Gewerbe verrät zweitens, an welchen Tätigkeiten der Staat 1859 ein Interesse hat – das sind die eigentlich konzessionierten Gewerbe – und welche er für gefährlich hält und daher zu kontrollieren sucht; diese Gewerbe hätte der Gesetzgeber treffender „bewilligungspflichtig“ genannt.<sup>26)</sup>

## 2. Gewerbetreibende

In ihrem zweiten Hauptstück gibt die GewO 1859 näher Auskunft, welche Erwartungen sie an den Gewerbetreibenden stellt, dh, unter welchen Bedingungen sie den Antritt eines Gewerbes erlaubt. Sie sagt aber ebenso, auf welche Voraussetzungen sie nun verzichtet: Das Geschlecht sollte fortan, wie § 4 Abs 3 ausdrücklich bestimmt, keinen Unterschied mehr in Bezug auf die Gewerbezulassung begründen. Im Übrigen unterschied die GewO zwischen freien und konzessionierten Gewerben: Bei *freien* Gewerben war die Liste der Antrittsvoraussetzungen kurz. Wer ein Gewerbe antreten wollte, musste, was unmittelbar einleuchtet, sein Vermögen selbst verwalten können, also eigenberechtigt sein; das war damals ab dem 24. Lebensjahr der Fall.<sup>27)</sup>

Gewerbetreibende mussten zweitens, und das erscheint schon weniger zwingend, grundsätzlich Staatsbürger sein;<sup>28)</sup> Ausländer waren der GewO suspekt: Sofern nicht durch Staatsverträge anderes bestimmt war, konnten sie nur „von Fall zu Fall“ zum Gewerbe zugelassen werden, und auch das nur von höchster Stelle, nämlich vom Ministerium des Inneren, das dabei durch die GewO nicht weiter gebunden war,<sup>29)</sup> sich also von rein politischen Erwägungen leiten lassen konnte. Für *Ausländer* blieb die Zulassung zum Gewerbe damit in der Regel ein Zugeständnis – vielleicht wirkt hier ein weiteres Mal die Vorstellung nach, dass der Staat mit der GewO Betätigungsrechte verleiht, die eigentlich ihm vorbehalten sind und die er daher wenn, dann grundsätzlich nur seinen eigenen Bürgern anvertraut.

Nicht selbstverständlich, und zwar auch nicht im internationalen Vergleich, war eine dritte Eigenschaft, die die GewO 1859 von Gewerbetreibenden verlangte: Sie mussten (ähnlich wie Beamte<sup>30)</sup>) eine gewisse *moralische Würdigkeit* und einen guten Lebenswandel vorweisen können.<sup>31)</sup> Der Motivenbericht zur GewO betont zwar, dass die Moralität nun keine so große Rolle mehr spielen sollte wie im früheren System, in dem der Staat „als Wohlfahrtshüter sich auch um die Bürgschaften der guten Bedienung des Publikums [...] bekümmert und zugleich als Verteiler der bürgerlichen Nahrungen dasteht“;<sup>32)</sup> ein bisschen Anstand musste ein Gewerbetreibender aber weiterhin im Leib haben: Personen, die wegen eines Verbrechens oder bestimmter Vergehen, ua gegen die öffentliche Sittlichkeit verurteilt wurden oder denen deshalb die Gewerbeberechtigung entzogen worden war, hatte die Behörde von Gewerben auszuschließen, bei denen Missbrauch zu besorgen

19) § 16 Z 6, 10, 11, 13 GewO 1859.

20) § 16 Z 12 GewO 1859.

21) S Garhofer, Hundert Jahre österreichische Gewerbepolitik, in: Mayer (Hrsg.), Hundert Jahre Österreichische Wirtschaftsentwicklung 1848–1948 (1949) 480 (482).

22) § 16 Z 14 GewO 1859.

23) Vgl § 512 Strafgesetz, RGBl 1852/117.

24) S Garhofer (FN 21) 482.

25) § 16 Z 1 und 2 GewO 1859. Zur damals bedrückenden Lage der Presse näher Olechowski, Die Entwicklung des Preßrechts in Österreich bis 1918 (2004) 367 ff.

26) S schon O. Mayer (FN 2) 295 Fn 1, der „den weitverbreiteten Mißbrauch“ beklagt, „auch die gewerbepolizeiliche Erlaubnis als Konzession zu bezeichnen [...] Die sogenannten Konzessionen der Wirte u.s.w. sind natürlich einfache Polizeierlaubnisse; wenn man diesen die Eisenbahnkonzession schlechthin gleichstellt, so setzt man sich von vorneherein in die Unmöglichkeit, die dadurch erzeugten Rechtsverhältnisse gebührend zu würdigen“; kritisch zum Sprachgebrauch ebenso W. Jelinek, Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1931) 257.

27) § 4 Abs 1 GewO 1859 iVm § 21 ABGB JGS 1811/946.

28) Anders zB § 1 der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21.6.1869, BGBl Nr 26, S 245: „Der Betrieb eines Gewerbes ist Jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind.“

29) § 10 Abs 1 GewO 1859. Die Zuständigkeit des Ministeriums des Inneren verwundert aus heutiger Sicht, ist aber auf die Auflösung des Handelsministeriums vor Erlassung der GewO zurückzuführen, s dazu schon Korinek, in diesem Heft, 60 Fn 14. Die Zulassung von Handelsreisenden für ausländische Handels- und Industrie-Unternehmungen wurde in § 10 Abs 2 GewO 1859 der Regelung durch eine besondere Vorschrift vorbehalten. Von der Gründung eines Gewerbes im Inland zu unterscheiden war schon nach der GewO 1859 die grenzüberschreitende Verrichtung von Gewerksarbeiten durch im Ausland wohnende Gewerbetreibende bzw in heutiger Terminologie: die Dienstleistung im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit (vgl § 373a GewO 1994). Sie war nach § 53 GewO 1859 bei freien Gewerben unter der Bedingung erlaubt, dass Gleiches den österreichischen Untertanen im jenseitigen Staat gestattet ist. Liberaler verfuhr die GewO 1859 mit Ausländern beim Marktverkehr: Sie wurden hinsichtlich des Rechts zum Marktbesuch wie Inländer behandelt, soweit nicht aus Gründen der Reziprozität anderes verfügt war (§ 64 GewO 1859).

30) Von diesen wurden freilich noch weitergehende Tugenden erwartet, s Heindl, Gehorsame Rebellen (1991) 231 ff.

31) Im Vergleich verlangte die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund (FN 28) eine Zuverlässigkeit (bzw das Fehlen von Anhaltspunkten für eine spezifische Unzuverlässigkeit) nur für ausgewählte Gewerbe, so für Schauspielunternehmer (§ 32), das Gast- und Schankgewerbe (§ 33), die Erteilung von Tanz-, Turn- und Schwimmunterricht (§ 35 Abs 1), Trödler und Pfandleiher (§ 35 Abs 2) sowie Gesindevermieter (§ 35 Abs 3).

32) Wiedergegeben bei Suchanek/Stadler/Meinhold, Die Gewerbeordnung (1927) 222.

war.<sup>33)</sup> Ein abgestrafter Dieb durfte etwa, wie die Materialien veranschaulichen, nicht zum Schlossergewerbe zugelassen werden, und eine wegen Unterstandsgebund abgestrafte Weibsperson sollte kein Gewerbe antreten, bei dem weibliche Hilfsarbeiter eingesetzt werden.<sup>34)</sup>

Für konzessionierte Gewerbe verlangte die GewO 1859 über die Eigenberechtigung und Staatsbürgerschaft hinaus völlige Unbescholtenheit und Verlässlichkeit (§ 18) – ein bisschen Moral genügte für diese Tätigkeiten also nicht. Bei einzelnen konzessionierten Gewerben musste der Unternehmer überdies eine entsprechende Befähigung nachweisen, zB durch eine praktische Verwendung oder durch Prüfungen;<sup>35)</sup> von letzteren konnte die Behörde aber zum Teil „Umgang“ nehmen, wenn die Befähigung anderwärtig feststand,<sup>36)</sup> wenn ein Bürger also, wie man heute sagen würde, einen individuellen Befähigungsnachweis vorlegt.<sup>37)</sup> Bei manchen Gewerben hatte die Behörde bei der Verleihung der Konzession überdies „Localverhältnisse“ und Rücksichten der polizeilichen Überwachung ins Auge zu fassen,<sup>38)</sup> für wieder andere war eine Betriebs- bzw Dienstordnung festzusetzen.<sup>39)</sup> Nur wenn alle geforderten Voraussetzungen erfüllt waren, konnte eine Konzession erteilt werden, und erst sie erlaubte dem Unternehmer die Aufnahme des Gewerbes (§ 17). Die Gewerbeberechtigung erzeugte hier also, anders als beim freien Gewerbe, nicht der Unternehmer selbst durch die Anmeldung, sondern allein die Behörde durch die bescheidmäßige Verleihung der Konzession.

### 3. Nachbarn

Nicht für den Antritt, wohl aber für die Ausübung des Gewerbes verlangte die GewO 1859 vom Gewerbetreibenden außerdem im 3. Hauptstück, dass er auf seine unmittelbare Umwelt Rücksicht nimmt. Hintergrund dieser Forderung war die rapide Zunahme von Fabriken zur damaligen Zeit; dass „die Seifensieder ihr stinkendes Gewerbe beliebig in der Mitte von Ortschaften anpflanzen“, sollte – wie es beispielhaft in Vorarbeiten zur GewO hieß<sup>40)</sup> – nun nicht mehr geduldet werden. Deshalb wurden Betriebsanlagen in zwei Fällen an eine behördliche Genehmigung gebunden: zunächst, wenn sie mit Maschinen betrieben wurden, die der Gesetzgeber typisierend als jedenfalls störend einstufte – das waren damals Feuerstätten, Dampfmaschinen oder Wasserwerke. Einer Genehmigung bedurfte eine Anlage außerdem, wenn sie die Nachbarschaft zu gefährden oder zu belästigen geeignet war; das konnte durch gesundheitsschädliche Einflüsse oder Betriebsarten, die die Sicherheit bedrohen, ebenso geschehen wie durch üblen Geruch oder ungewöhnliches Geräusch (§ 31 GewO 1859).

Die Beachtung dieser Nachbarinteressen lag dabei nicht im Ermessen der Behörde; die Nachbarn konnten ihre Interessen im Betriebsanlagenverfahren vielmehr selbst als Parteien durchsetzen.<sup>41)</sup> Dass sie dem Unternehmer lästig werden, das Verfahren aufhalten und ihre Rechte sogar missbrauchen können, war dem Gesetzgeber freilich auch bewusst. Deshalb trug er der Behörde zunächst allgemein auf, bei Betriebsanlagen „im kürzesten

Wege die allenfalls in Betracht kommenden Uebelstände zu prüfen, und die etwa nöthigen Bedingungen und Beschränkungen vorzuschreiben“.<sup>42)</sup> Im Besonderen sah die GewO 1859 für immerhin 42 Anlagen, darunter auch die erwähnten Seifensiedereien, obligatorisch ein Ediktalverfahren mit Präklusionswirkung vor.<sup>43)</sup> Bedurfte eine Anlage neben der gewerblichen auch einer Baubewilligung, waren die beiden Verhandlungen „thunlich unter einem [...] zu pflegen“ (§ 37 GewO 1859) – eine Koordinationsvorschrift, die später aus der GewO verschwindet, sich heute aber in allgemeiner Form wieder in § 356b GewO und zum Teil in den Bauordnungen der Länder findet.<sup>44)</sup> Nachbarn, die mit diesen Instrumenten der Verfahrensbeschleunigung nicht in den Griff zu bekommen waren, disziplinierte die GewO schließlich monetär: Die Kosten der Bekanntmachung und des Verfahrens hatte zwar grundsätzlich der Unternehmer zu tragen, der von der Anlage ja profitiert; die Kosten mutwilliger Einwendungen trafen nach § 39 GewO 1859 aber den, der diese Einwendungen erhoben hat.

Alles in allem finden wir in diesem kurzen Abschnitt wesentliche Zutaten eines modernen Anlagenverfah-

33) §§ 7 f GewO 1859.

34) Vgl den Motivenbericht zur GewO 1859, wiedergegeben bei Suchanek/Stadler/Meinhold (FN 32) 222.

35) Das galt für die Pressgewerbe, ausgenommen den Handel mit Schul- und Gebetsbüchern, Kalendern und Heiligenbildern (§ 19 GewO 1859), für das Schiffergewerbe (§ 22 GewO 1859), für Maurer, Steinmetze, Zimmerleute und Baumeister (§ 23 GewO 1859), für Rauchfangkehrer (§ 24 GewO 1859), Büchsenmacher (§ 25 GewO 1859), die Erzeugung von Feuerwerksmaterial und -körpern (§ 26 GewO 1859, fälschlich als § 25 beziffert) und für Giftverschleißer (§ 27 GewO 1859).

36) Vgl § 23 GewO 1859 für Baumeister.

37) Vgl § 19 GewO 1994.

38) Das war nach § 18 Abs 2 GewO 1859 bei den in § 16 Z 1, 2, 4 und 7 GewO 1859 genannten Pressgewerben, beim Platzgewerbe und beim Rauchfangkehrergewerbe der Fall. Pressgewerbe durften nach § 19 Abs 1 GewO 1859 außerdem nur an Orten errichtet werden, an denen eine politische Behörde ihren Sitz hat; anderes galt aber nach § 19 Abs 2 GewO 1859 für den Handel mit Schul- und Gebetsbüchern, Kalendern und Heiligenbildern, also mit „unverdächtigen“ Druckwerken.

39) So für den periodischen Personentransport (§ 20 GewO 1859) und das Platzgewerbe (§ 21 GewO 1859).

40) Motive zu dem Entwurfe einer Gewerbeordnung (1856) 28, zit nach Duschaneck, Die Genehmigung gewerblicher Betriebsanlagen, in: Rill (Hrsg), Gewerberecht. Beiträge zu Grundfragen der GewO 1973 (1978) 257 (258).

41) §§ 35 f GewO 1859, § 38 GewO 1859.

42) § 32 GewO 1859 (Hervorhebungen nicht im Original).

43) § 33 GewO 1859 zählt diese Anlagen taxativ auf, behält dem Bundesminister für Inneres aber eine Revision dieses Verzeichnisses vor. Die beabsichtigte Unternehmung war nach § 35 GewO 1859 „doppelt“ kundzumachen, nämlich durch Anschlag in der Gemeinde und durch spezielle Mitteilung an den Gemeindevorstand und die bekannten Anrainer; zugleich war eine kommissionelle Verhandlung anzuberaumen, bei der allfällige Einwendungen spätestens vorgebracht werden mussten, „widrigenfalls die Ausführung der Anlage stattgegeben werden wird, soferne sich nicht von Amtswegen Bedenken dagegen ergeben.“

44) § 18 Abs 6 bglld BauG LGBl 1998/10 idF LGBl 2008/53; § 21 Abs 1 nō BauO LGBl 8200-16; § 32 Abs 6 oō BauO LGBl 1994/66 idF LGBl 2008/36; § 24 Abs 4 stmk BauG, LGBl 1995/59 idF LGBl 2010/13. S daneben die in § 39 Abs 2 und 2a AVG vorgesehene Pflicht der Behörde mehrere Verwaltungssachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden, was allerdings voraussetzt, dass für diese Verwaltungssachen ein und dieselbe Behörde zuständig ist. In Bau- und Betriebsanlagenverfahren ist das außerhalb von Statutarstädten nur der Fall, wenn die Gemeinde ihre baubehördliche Zuständigkeit nach Art 118 Abs 7 B-VG auf die Bezirksverwaltungsbehörde übertragen hat.

rens: eine großzügige Umschreibung der geschützten Interessen, Parteistellung der Nachbarn, Maßnahmen zur Verfahrenskonzentration und -beschleunigung und Mittel gegen missbräuchliche Rechtsausübung.

#### 4. Konsumenten

In den beiden folgenden Hauptstücken regelt die GewO den Umfang und die Ausübung der Gewerberechte sowie den Marktverkehr. Hier wird nun auch der Konsument geschützt. Das beginnt beim Hausiererhandel, der beschränkt wurde, um zu verhindern, dass Kunden belästigt oder überrumpelt werden<sup>45)</sup> – ein Problem, das heute durch das Hausieren im virtuellen Raum in neuer Gestalt wieder entsteht.

Zum Schutz der Konsumenten ermächtigt die GewO 1859 das Ministerium des Inneren ferner zur Festsetzung von Preisen, und zwar zunächst beim Rauchfangkehrer-, Transport- und Platzdienstgewerbe (§ 55), also bei konzessionierten Gewerben im eigentlichen Sinn, an deren Führung der Staat ein Interesse hat, die er folgerichtig beaufsichtigt und in deren Betrieb er im Notfall auch eingreifen will. Preisfestsetzungen und auch die Anordnung, die Warenpreise in den Verkaufslokalen ersichtlich zu machen, waren außerdem bei Artikeln erlaubt, die zu den notwendigsten Bedürfnissen des täglichen Unterhaltes gehören (§§ 55 f). Hier tritt der Staat ein weiteres Mal als „Wohlfahrtshüter“ und „Verteiler der bürgerlichen Nahrung“ auf.<sup>46)</sup>

Das geschieht noch deutlicher, wenn die GewO die Behörde dazu ermächtigt, Gewerbetreibenden die Haltung von Vorräten für den notwendigsten Unterhalt vorzuschreiben (§ 56) oder an Wochenmärkten zusätzliche Anbieter zuzulassen, um den lokalen Konsumbedarf zu decken (§ 68), ferner wenn die GewO 1859 Bäckern, Fleischern und Rauchfangkehrern verbietet, ihr einmal begonnenes Gewerbe einfach zu unterbrechen. Wer einen solchen Betrieb einstellen wollte, hatte das der Behörde nicht nur zu melden, sondern musste über ihr Verlangen seinen Betrieb sogar noch zwei Monate lang fortführen (§ 57). Im Interesse der Nahversorgung greift der Staat hier also durchaus auch in die Privatautonomie ein.

#### 5. Arbeitnehmer

In besonderer Intensität regelt die GewO 1859 im 6. Hauptstück schließlich auch das Rechtsverhältnis zwischen dem Gewerbetreibenden und seinem Hilfspersonal durch Vorschriften, die neben das ABGB treten,<sup>47)</sup> das man in dieser Hinsicht als ungenügend empfand. Dass diesem Mangel des ABGB nicht durch eine Novellierung dieses Gesetzes abgeholfen wurde, sondern durch die GewO, also ein Gesetz, das dem öffentlichen Recht zugehört, bezeugt neuerlich den integrativen Ansatz der GewO 1859.

Im Einzelnen sind die Vorschriften dieses Hauptstückes aus vielen Gründen interessant. Sie sind zunächst der Ausgangspunkt für ein modernes Arbeitnehmerschutzrecht, mag uns das Niveau dieses Schutzes auch eher erschrecken als beruhigen. Dass etwa 14-jährige

Kinder nach der GewO 1859 „nur“ mehr 12 Stunden täglich arbeiten durften (§ 87), wäre heute zwar völlig unannehmbar, war aber aus damaliger Sicht ein großer sozialer Fortschritt und zugleich eine Anpassung bzw. Annäherung an das internationale Niveau, wie es etwa in England, Frankreich und Preußen schon bestand.<sup>48)</sup>

Die Vorschriften dieses Hauptstückes zeigen nun zweitens deutlich die patriarchalische Stellung, die die GewO 1859 dem Gewerbetreibenden – wohl im Einklang mit den damaligen gesellschaftlichen Vorstellungen – zuschreibt. So sind minderjährige Lehrlinge einerseits der „häuslichen Zucht“ des Gewerbeinhabers unterworfen, genießen andererseits aber auch seinen Schutz und seine Obsorge (§ 93). Einer Vaterfigur gleich hat der Lehrherr diesen Lehrling zu Arbeitsamkeit und guten Sitten, zur Erfüllung religiöser Pflichten und zum Besuch des gesetzlich vorgeschriebenen Unterrichts zu verhalten (§ 95 Abs 2). Die leiblichen Eltern waren nur bei gravierenden Vorkommnissen zu verständigen, etwa, wenn ein minderjähriger Lehrling erkrankt oder wenn er „entlaufen“ ist (§ 95 Abs 3).

Der entlaufene Lehrling führt zu dem dritten wesentlichen Aspekt dieses Hauptstücks. Es regelt nicht nur die Rechte und Pflichten zwischen Gewerbetreibenden und ihrem Hilfspersonal, sondern verpflichtet auch die Gewerbetreibenden untereinander zu Fairness. Wer einen Lehrling oder Gehilfen, der einem anderen „entwichen“ ist, bei sich aufnimmt, haftet dementsprechend dem Lehrherrn bzw. früheren Dienstherrn für den dadurch entstandenen Schaden<sup>49)</sup> und macht sich, ebenso wie der Gehilfe und der Lehrling selbst, strafbar.<sup>50)</sup> Darüber hinaus kann der frühere Dienstherr sogar behördliche Hilfe in Anspruch nehmen, um den vorzeitig ausgetretenen Gehilfen bzw. Lehrling zur Rückkehr zu verhalten.<sup>51)</sup>

#### 6. Konkurrenten und Genossen

Das 7. Hauptstück regelt dann das Verhältnis der Gewerbetreibenden untereinander auch institutionell: Es soll ein Verhältnis der Solidarität und des Zusammenhalts sein – trotz der Konkurrenz, in der die Gewerbetreibenden ja zueinander stehen. Dieser Zusammenhalt von

45) Dementsprechend wurde das Feilbieten im Herumziehen von Ort zu Ort und das Herumtragen und Anbieten von Waren von Haus zu Haus an eine eigene Hausierbefugnis gebunden (§ 51 GewO 1859); eine Ausnahme galt nur für das Feilbieten von Artikeln des täglichen Verbrauchs (Milch, Butter, Obst ua) nach örtlicher Gewohnheit. Darüber hinaus konnte kleineren Gewerbsleuten zu ihrem besseren Fortkommen das Feilbieten innerhalb des Gemeindebezirkes gestattet werden (§ 52 GewO 1859).

46) S schon oben bei FN 32.

47) Vgl § 72 GewO 1859, wonach die Rechtsverhältnisse zwischen den selbständigen Gewerbetreibenden und ihrem Hilfspersonal nach dem ABGB zu beurteilen sind, sofern nicht die GewO besondere Bestimmungen enthält.

48) Fischer-Csömör/Kapinus/Schuster (FN 8) 9; Mühlbauer, Zur Lage des Arbeiterkindes im 19. Jahrhundert (1991) 225, 236, 255 f; Heywood, A History of Childhood (2001) 140 ff; Boentert, Kinderarbeit im Kaiserreich 1871–1914 (2007) 81 ff, insbes die Tabelle 85 f.

49) § 74 Abs 2 (Gehilfen) und § 101 Abs 1 GewO 1859 (Lehrlinge).

50) § 80 (Gehilfen) und § 101 GewO 1859 (Lehrlinge).

51) § 74 Abs 2 (Gehilfen) und § 101 Abs 2 GewO 1859 (Lehrlinge).

unten wird aber, was doch bemerkenswert ist, von oben verordnet, nämlich durch die zwangsweise Einbeziehung der Gewerbetreibenden in Genossenschaften (§ 107). Diese Genossenschaften traten insoweit an die Stelle der Zünfte, allerdings ohne mit polizeilichen Aufgaben ausgestattet zu sein. Ihr Zweck bestand vielmehr darin, die Interessen des Standes zu fördern, sei es in humanitärer Hinsicht,<sup>52)</sup> durch die Gründung von Fachschulen (§ 114 lit c) oder durch die Erstattung von Gutachten und Auskünften (§ 114 lit e). Darüber hinaus hatten die Genossenschaften aber auch Disziplinargewalt (§ 122) und trugen Streitigkeiten aus dem Lehr- und Dienstverband aus (§ 114 lit b).

### 7. Verfahren und Sanktionen

Die letzten beiden Hauptstücke der GewO 1859 widmen sich Strafen, Verfahren und Behörden. Am Strafkatalog fällt auf, dass die GewO 1859 die unbefugte Gewerbsausübung zwar als erste Tat nennt (§ 132 lit a), sie aber mit einer Strafe bedroht, die nur halb so hoch ist wie die Strafe für das „umgekehrte“ Delikt – dass nämlich ein Fleischer, Bäcker oder Rauchfangkehrer sein Gewerbe einfach einstellt, ohne der Behörde davon Meldung zu machen, oder dass er die vorübergehende Fortführung seines Betriebes verweigert (§ 133 lit b). Mit gleich schwerer Strafe bedrohte die GewO 1859 auch Unternehmer, die ihre Gehilfen und Lehrlinge schlecht behandeln oder ihre Arbeiter bedrücken, indem sie sie statt durch Geld nur durch Waren entlohnen (§ 133 lit a und d). So zeigt die GewO 1859 am Ende noch einmal deutlich, wie wichtig ihr humanitäre und soziale Aspekte sind.

### C. Handwerkliche Qualität der GewO 1859

Die GewO 1859 ist, so viel lässt sich nach diesem groben Überblick feststellen, ein großer Wurf, man möchte fast sagen: ein Meisterstück. Auch wenn uns Einzelheiten an ihr heute befremdlich erscheinen, im Ganzen ist die GewO 1859 voll von guten und originellen Ideen und auch handwerklich auf höchstem Niveau. Ihr System ist klar und nachvollziehbar angelegt, alle rechtlichen Instrumente und Konstruktionen sind bis ins Detail wohldurchdacht und auch technisch einwandfrei ausgeführt, und es ist geradezu ein Vergnügen, dieses Gesetz zu lesen.

## II. GewO 2009

Was ist nun aus diesem Meisterstück geworden? Was hat sich daran – in 150 Jahren, nach 95 Novellen, zwei Weltkriegen, der mehrfachen verfassungsrechtlichen Diskontinuität, nach dem Wechsel von einem großen Reich zu einem Kleinstaat, dem damit einhergehenden Wandel der Volkswirtschaft, nach zwei Weltwirtschaftskrisen, gravierenden technischen Fortschritten, gesellschaftlichen Veränderungen, nach dem Beitritt zur EU und nicht zuletzt nach einer verfassungsgerichtlichen Judikatur, die ab den 1980er Jahren auch die Erwerbsfreiheit ernst nimmt, – was hat sich nach all dem an der GewO 1859 bewährt und was hat sich verändert?

## A. Vergleich an der Oberfläche

### 1. Umfang

Flächenmäßig ist Österreich seit 1859 zwar auf einen Bruchteil seiner ursprünglichen Größe geschrumpft, die Gewerbeordnung scheint sich unterdessen in ihrem Umfang aber mehr als verdoppelt zu haben. Zählte die alte GewO noch 152 Paragraphen,<sup>53)</sup> so endet die derzeit geltende GewO bei § 382.<sup>54)</sup>

Der gelehrte Österreicher weiß freilich, dass das nichts zu besagen hat. Dass ein Gesetz bei § 382 endet, darf keinesfalls zu der Annahme verleiten, dieses Gesetz habe tatsächlich 382 Paragraphen. Das gilt insbesondere für die GewO 1994, die auf ihrem langen Weg in die Gegenwart ganze Paragraphen-Strecken verloren hat. Insgesamt machen die Paragraphen, die in Gesetzesausgaben heute nur mehr als „entfallen“ ausgewiesen sind, immerhin 181 aus. Im Gegenzug haben sich die verbliebenen 201 Paragraphen teilweise durch die Anfügung von Kleinbuchstaben wieder vervielfacht – ein besonders anschauliches Beispiel dafür ist § 365 GewO 1994, der durch Einfügung der § 365a bis § 365z und (weil dann das Alphabet leider zu Ende war) weiter durch einen § 365z1 gewissermaßen zu einem 27-stöckigen Paragraphen emporgewachsen ist.<sup>55)</sup> Auf diese Weise sind in der ganzen GewO insgesamt 81 Paragraphen neu entstanden. Rechnet man von den 382 Paragraphen-Grundplätzen die 181 verödeten ab und die 81 neu aufgestockten hinzu, dann kommt man auf 282 Paragraphen. Die GewO ist demnach seit ihrer Entstehung um 130 Bestimmungen angewachsen. Nachdem im Schnitt auch jede Bestimmung für sich länger geworden ist, hat sich die GewO seit ihrem Beginn im Umfang zumindest verdoppelt.

Ihre fraktalisierte, um nicht zu sagen zerklüftete Oberfläche kann man unterschiedlich bewerten. Schön ist sie nicht; wenn man aber – wie an runden Geburtstagen üblich – an der Diachronie eines Gesetzes interessiert ist, muss man einräumen: Die GewO verschleiert nicht, was sie durchgemacht hat. Sie wirkt heute wie ein ehemals wertvoller Mantel, der von Generation zu Generation weitergegeben worden ist, und der je nach Größe und Gewicht des Trägers einmal angestückelt, dann gekürzt, hier erweitert und dort wieder enger gestellt wurde: Die GewO ist ein Flickwerk – das ist für sich noch nichts Schlechtes, solange der Grundschnitt stimmt.

### 2. System

Der Grundschnitt, dh das System ist im letzten Jahrhundert einmal grundlegend überarbeitet worden, und

52) S § 114 lit d GewO 1859 (Gründung von Anstalten zur Unterstützung der Genossen und ihrer Angehörigen bei Krankheit und sonstiger Notlage); § 124 GewO 1859 (Errichtung von sog Gesellenkassen zur Unterstützung hilfsbedürftiger Gehilfen).

53) Das der GewO 1859 vorangestellte Kundmachungspatent enthält weitere zehn Artikel, der der GewO 1859 angefügte Anhang über die Arbeitsbücher weitere 8 Paragraphen.

54) Dazu kommen fünf Anlagen zur GewO 1994: Anlage 1, 3, 4, 5 und 6.

55) Wobei § 365h GewO 1994 in der Zwischenzeit schon wieder „leer steht“, also entfallen ist.

zwar in der GewO 1973.<sup>56)</sup> Das damals geschaffene System besteht im Wesentlichen bis heute, es gliedert die GewO nur mehr in sieben Hauptstücke, hat also zwei zurückgelassen.

Weggefallen ist aus der GewO 1859 das Hauptstück über das gewerbliche Hilfspersonal, aber nur wegen großen Erfolgs und aus systematischen Gründen: Das Arbeitnehmerschutzrecht hat sich in der Zwischenzeit weitgehend zu einem selbständigen Rechtsgebiet entwickelt; bemerkenswerterweise stehen aber einige Vorschriften des VI. Hauptstücks der GewO 1859 noch heute in Kraft.<sup>57)</sup> Sie schützen die gewerblichen Hilfsarbeiter und sollen nach der GewO 1994 „[b]is zur Neuregelung der einschlägigen Bestimmungen“ aufrecht bleiben (§ 376 Z 47 Abs 1). Insoweit hat die GewO 1859 also etwas Bewährtes hervorgebracht, wenn auch für ein Rechtsgebiet, das heute getrennt vom öffentlichen Wirtschaftsrecht existiert.

Weggefallen ist aus der GewO 1859 weiters, und zwar großteils schon 1952,<sup>58)</sup> das Hauptstück über die Genossenschaften, die sich nicht erhalten haben – freilich nur, weil ihre Aufgaben durch andere Institutionen, insbesondere die Handelskammern bzw ihre Fachorganisationen übernommen worden sind.<sup>59)</sup> Dem Grunde nach ist die Aktualität und Leistungsfähigkeit der gesellschaftlichen Selbstorganisation aber ungebrochen; das zeigen nicht zuletzt die jüngst mit dem Nobelpreis ausgezeichneten Arbeiten von Elinor Ostrom und Oliver E. Williamson.

Die übrigen Themen der GewO 1859 hält die GewO 1994 für weiterhin regelungsbedürftig, das gilt auch für das Betriebsanlagenrecht und ist vor allem im Vergleich mit unseren deutschen Nachbarn zu betonen, die das Anlagenrecht 1974 in das Bundes-ImmissionsschutzG und damit in das Umweltrecht übersiedelt haben.<sup>60)</sup> Demgegenüber ist das Gewerberecht in Österreich nach wie vor nicht nur Berufs-, sondern auch Anlagenrecht.

Die nun geltende GewO widmet ihre ersten drei Hauptstücke *materiellrechtlichen* Regelungen. Im I. Hauptstück stellt sie „Allgemeine Bestimmungen“ auf, die im Wesentlichen den Anwendungsbereich der GewO, den Antritt, die Ausübung und das Ende der Gewerbstätigkeit einschließlich des Anlagenrechts regeln (§§ 1–93 GewO 1994). Das II., etwas weniger umfangreiche Hauptstück stellt „Besondere Bestimmungen für einzelne Gewerbe“ auf – eine positive Neuerung gegenüber der GewO 1859, die solche Vorschriften auf die Verordnungsebene auslagerte, was der Übersichtlichkeit des Gewerberechts nicht zuträglich war. In der Sache nicht neu ist das III. (ehemals V.) Hauptstück über die Märkte, das mit seinen 9 Paragraphen aber unterdimensioniert und an dieser Stelle auch verloren wirkt; besser wäre es wohl im I. Hauptstück nach den Ausübungsregelungen aufgehoben. Im IV., V. und VII. Hauptstück regelt die GewO wie viele andere Materiegesetze *organisatorische, Straf- und Übergangsbestimmungen*: Das IV. Hauptstück trifft Verfahrensbestimmungen, die deutlich mehr Raum einnehmen als in der GewO 1859: Kam diese für Behörden und Verfahren noch mit nur 12 Paragraphen aus,<sup>61)</sup> so sind dafür heute mehr als fünfmal so viele Vorschriften

vorgesehen,<sup>62)</sup> denen dann die Strafbestimmungen folgen;<sup>63)</sup> das letzte Hauptstück regelt schließlich „Übergangsbestimmungen und Vollziehung“.<sup>64)</sup>

Ungewöhnlich und zugleich vielsagend ist das VI. Hauptstück, das sich zwischen Straf- und Übergangsbestimmungen schiebt: Es wurde vor dem Beitritt Österreichs zur EU eingefügt<sup>65)</sup> und trägt noch immer den nicht mehr passenden Titel „EWR-Anpassungsbestimmungen“.<sup>66)</sup> Dieses Hauptstück steht in der GewO wie ein ungebetener Gast, der nicht dazugehört, ja lästig ist und der das über ein Jahrhundert liebevoll zusammengeflochtene und nur unter Mühen zusammengehaltene System *bitte* nicht stören soll – jedenfalls wirkt es so, wenn das EWR-Hauptstück durch die Strafbestimmungen wie durch einen Schutzwall von den materiell- und verfahrensrechtlichen Vorschriften der restlichen GewO abgeschirmt wird: Als könnte man der europäischen Integration entrinnen!

Sie begegnet einem doch auch in der GewO schon sprachlich auf Schritt und Tritt, beginnend bei den land- und forstwirtschaftlichen Zukaufsrechten in § 2 GewO 1994, die von Wein und Trauben aus dem EWR sprechen;<sup>67)</sup> weiter zum Abschnitt über die Antrittsvoraussetzungen, der für Angehörige von EU- bzw EWR-Bürgern Sonderregelungen vorsieht.<sup>68)</sup> Bei den Vorschriften über den gewerberechtlichen Geschäftsführer trifft man dann erstmals auch direkt auf einen EWR-Bürger,<sup>69)</sup> ebenso beim Gewerbe der Arbeitsvermittlung,<sup>70)</sup> der Überlassung von Arbeitskräften,<sup>71)</sup> der Versicherungsvermittlung<sup>72)</sup> und beim Waffengewerbe<sup>73)</sup>. Wir finden auch bei der Einteilung der Gewerbe in freie und – nun – „reglementierte“ (§ 5 Abs 2 GewO 1994) einen Ausdruck, der aus dem Unionsrecht stammt,<sup>74)</sup> und ganz gehäuft werden europäische Begriffe, Kategorien und Institutionen im Anlagenrecht verwendet.<sup>75)</sup> Wäre es da nicht an der Zeit, auch das VI. Hauptstück aus dem Korridor zu holen? Das ist mE der gravierendste Einwand, der gegen die Ordnung der geltenden GewO zu erheben ist: Dieses Satellitenhauptstück sollte schleunigst in das Gesamtsystem aufgenommen werden. Derzeit führt es nur dazu, dass zwei Parallelsysteme entstehen, die aber inhaltlich gleichgeschaltet werden müssen, um verfassungs- und EU-widrige Diskriminierungen zu verhindern. Diese Politik des „separate but equal“ ist schon im Ansatz widersprüchlich; dementsprechend groß sind auch die Schwierigkeiten, die sie erzeugt.

## B. Vergleich ausgewählter Details

### 1. Einteilung der Gewerbe

Andere Probleme sieht man an der Oberfläche noch nicht so deutlich; auf alle kann hier nicht eingegangen werden, aber doch auf ein paar ausgewählte Details. Beginnen wir wie die GewO 1859 mit der Einteilung der Gewerbe in freie und konzessionierte. Freie Gewerbe gibt es nach wie vor,<sup>76)</sup> was aber ist aus den konzessionierten geworden?

In der GewO findet man weder sie noch ihr kleineres Geschwisterkind, das bewilligungspflichtige Gewerbe. Das besagt freilich noch nichts; und es hat auch nichts

zu bedeuten, dass die GewO 1992 den Materialien zufolge auf konzessionierte Gewerbe „verzichtet“,<sup>77)</sup> denn tatsächlich wurden die konzessionierten Gewerbe nur in bewilligungspflichtige umbenannt.<sup>78)</sup> Ebenso wenig sollte man sich beeindrucken zu lassen, wenn die Materialien 2002 stolz verkünden, mit dem Verschwinden der bewilligungspflichtigen seien nun alle Gewerbe Anmelde-gewerbe<sup>79)</sup> – denn das konzessionierte Gewerbe lebt, ebenso wie das bewilligungspflichtige Gewerbe.

Um das zu sehen, muss man nur das rechtliche Schicksal jener Gewerbe verfolgen, die 1859 zu „konzessionierten“ erklärt wurden. Das waren, wie erwähnt, zum einen Tätigkeiten, deren Ausübung der Staat wegen ihrer objektiven Gefährlichkeit zu kontrollieren suchte. Bei Bau- und Zimmermeistern, Pyrotechnikunternehmen, beim Waffengewerbe und bei der Herstellung von Arzneimitteln und Giften und dem Großhandel mit diesen Produkten geschieht das nach wie vor<sup>80)</sup> – zum Glück, möchte man sagen. Für den Antritt dieser und neuerer, ebenso gefahrgeneigter Gewerbe<sup>81)</sup> verlangt der Gesetzgeber wie 1859 eine besondere Zuverlässigkeit.<sup>82)</sup> Formal müssen diese Gewerbe zwar „nur“ angemeldet werden; wie § 95 Abs 1 letzter Satz GewO 1994 verschämt hinzufügt, darf der Unternehmer eine solche Tätigkeit aber erst antreten, wenn die Behörde das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen mit Bescheid *festgestellt* hat. Die Gewerbeberechtigung entsteht hier also nicht – wie es für Anmelde-gewerbe charakteristisch wäre – durch einen Akt des Rechtsunterworfenen, sondern durch einen Akt der Behörde, den die GewO nennen kann wie sie will: In der Sache ist das ein Bewilligungsbescheid.<sup>83)</sup> Unter den 1859 als konzessioniert erklärten Gewerben gab es weiters solche, die der Staat nicht fürchtete, sondern an deren Ausübung ihm im Gegenteil gelegen war, die er deshalb durch Bedarfsprüfungen und Betriebspflichten sicherte und für die er auch Höchsttarife festsetzte. All das geschah 1859 beim Rauchfangkehrer, und es geschieht bis heute.<sup>84)</sup> Sinnvollerweise kann seine Gewerbeberechtigung erst entstehen, wenn die Behörde das Vorliegen der Antrittsvoraussetzungen, insbesondere den Bedarf nach einem neuen Marktteilnehmer geprüft hat; dennoch will uns die GewO 1994 weismachen, dass der Rauchfangkehrer ein Anmelde-gewerbe betreibt: Sie reiht es nicht einmal unter die Zuverlässigkeit-gewerbe des § 95 ein, sondern sieht ganz nebenbei vor, dass der Rauchfangkehrer sein Gewerbe erst antreten darf, wenn die Behörde das Vorliegen der Voraussetzungen bescheidförmig *festgestellt* hat<sup>85)</sup> – auch wenn die GewO es nicht mehr sagen will: In der Sache ist auch das zumindest eine Bewilligung, angesichts der behördlichen Einflussnahme auf die Betriebsführung<sup>86)</sup> wohl sogar eine Konzession. Außerhalb der GewO 1994 ist der Gesetzgeber in dieser Hinsicht ehrlicher, was auch verständlich ist, denn konzessionierte Gewerbe haben in der GewO streng genommen nichts verloren. Dementsprechend wurden die Verkehrsgewerbe systematisch mE zu Recht in einem eigenen Gesetz jenseits der GewO geregelt und dort dann auch nominell für konzessionspflichtig erklärt.<sup>87)</sup>

56) Vgl FN 11.

57) §§ 72, 73 und 76–78e, 82–84, 86, 88 und 90–92 GewO 1859 idF BGBl 1974/399.

58) Art XXIV Gewerberechtsnovelle 1952, BGBl 1952/179.

59) Vgl zB *Mache*, Die Gewerbeordnung\* (1968) 204; *Retter*, Die Wirtschaftskammerorganisation (1997) 145.

60) Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG), BGBl 1974 I, S 721.

61) §§ 141–152 GewO 1859.

62) §§ 333–365z1 GewO 1994, davon mehr als die Hälfte „Stockwerksparagrafen“ (§ 365a, § 365b etc) im oben beschriebenen Sinn.

63) V. Hauptstück: §§ 366–373 GewO 1994.

64) VII. Hauptstück: §§ 375–382 GewO 1994.

65) BGBl 1994/194, damals noch als „Va. Hauptstück“.

66) In diesem Hauptstück finden sich Regelungen materiell- und verfahrensrechtlicher Natur, zunächst über vorübergehende grenzüberschreitende Dienstleistungen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit (§ 373a GewO 1994), die für alle EU- bzw EWR-Bürger, also auch für Österreicher gelten und die zum Teil auch auf Schweizer Bürger erstreckt werden (§ 373b GewO 1994); ferner Vorschriften über die Anerkennung von Ausbildungsnachweisen, die EU- bzw EWR-Bürger in einem EU- bzw EWR-Staat erworbenen haben (§§ 373c–373g GewO 1994); schließlich Regelungen, die die Behörden im Zusammenhang damit zur Ausstellung von Bescheinigungen (§ 373h GewO 1994) und zur Zusammenarbeit mit Behörden anderer EU- bzw EWR-Staaten und der Schweiz verpflichten (§ 373i GewO 1994).

67) § 2 Abs 3 Z 1 GewO 1994.

68) § 14 Abs 3 GewO 1994.

69) § 39 Abs 2a lit b GewO 1994.

70) § 97 Abs 2 GewO 1994.

71) § 135 Abs 3 GewO 1994.

72) Vgl § 137b Abs 7 GewO 1994, der sogar noch weiter von in einem EU/EWR-Mitgliedstaat eingetragenen Versicherungsvermittlern spricht.

73) § 139 Abs 1 Z 1 iVm § 141 Abs 3 GewO 1994.

74) S auch RV 1117 BlgNR XXI. GP, 81.

75) Insb § 82b Abs 5, §§ 84a ff GewO 1994.

76) § 5 Abs 2, §§ 151 ff GewO 1994.

77) RV 635 BlgNR XVIII. GP, 74.

78) Vgl § 128 GewO 1973 idF der Novelle BGBl 1993/29.

79) RV 1117 BlgNR XXI. GP, 73.

80) § 94 Z 5, 18, 32, 80, 82 GewO 1994.

81) § 94 Z 10 (Chemische Laboratorien), 16 (Elektrotechnik), 25 (Gas- und Sanitärtechnik), 36 (Inkassoinstitute), 56 (Reisebüros), 62 (Sicherheitsgewerbe), 65 (Sprengungsunternehmen), 75 GewO 1994 (gewerbliche Vermögensberatung).

82) § 95 Abs 1 GewO 1994.

83) S zur Novelle 1992 schon *Rill*, Grundfragen des Gewerberechts, in: Korinek (Hrsg), Gewerberecht. Grundfragen der GewO 1994 in Einzelbeiträgen (1995) 1 (10); zur GewO idF der Novelle 2002 zB *Pauger*, Gewerberecht, in: Raschauer (Hrsg), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts<sup>2</sup> (2003), Rz 373; *Potacs*, Gewerberecht, in: Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht Band 1<sup>2</sup> (2007) 25 f. In der Sache ebenso *Feltl*, Die GewR-Novelle 2002 – Strukturänderung im gewerblichen Berufsrecht?, FJ 2002, 323 (328); *Winkler*, Die Gewerbeanmeldung nach der Gewerbeordnungs-novelle 2002 und dem Öffnungszeitengesetz 2003, wbl 2004, 313 (316 f).

84) Vgl § 121 Abs 1 Z 4 und Abs 2 (Bedarfsprüfung), § 122 Abs 2 (Anzeige-pflicht bei Einstellung oder Ruhen der Gewerbsausübung durch mehr als zwei Monate; Fortführung der notwendigen Arbeiten in dieser Zeit durch einen [notfalls behördlich beauftragten] anderen Gewerbetreibenden), § 123 Abs 3 iVm § 125 Abs 1 und 2 GewO 1994 (Betriebspflicht unter Bindung an Höchsttarife).

85) § 125 Abs 4 iVm § 340 Abs 2 GewO 1994.

86) S FN 84.

87) Vgl zB §§ 1 ff Güterbeförderungsgesetz, BGBl 1995/593 idF BGBl I 2006/153; §§ 1 ff Gelegenheitsverkehrs-Gesetz, BGBl 1996/112 idF BGBl I 2006/153; § 7 ff Kraftfahrli-niengesetz, BGBl I 1999/203

Hat sich die Einteilung der Gewerbe in freie und konzessionierte also bewährt? Empirisch ja, denn es gibt beide Kategorien noch immer. Dogmatisch ja und nein, denn die Kategorie der konzessionierten Gewerbe wurde in der GewO 1859 überschießend auch für Gewerbe verwendet, an deren Ausübung der Staat kein Interesse hat, sondern die er wegen ihrer Gefahreneigenschaft „nur“ kontrollieren wollte – sie wären als bewilligungspflichtige Gewerbe in einer dritten Kategorie zu erfassen gewesen, die sich mit einer liberalen Gewerbeordnung durchaus verträgt. Marketingtechnisch hat sich aber weder die Kategorie der konzessionierten noch die der bewilligungspflichtigen Gewerbe bewährt. Denn der Gesetzgeber will uns in der GewO unter dem Etikett der Liberalität schlicht *alle* Gewerbe als Anmeldungsgewerbe verkaufen – auch wenn sie es nicht sind. Sollte man nicht erwarten können, dass der Gesetzgeber dem Normadressaten – und „Kunden“ der GewO – gegenüber zumindest jene Ehrlichkeit an den Tag legt, die er selbst zum Schutz der Konsumenten vom Gewerbetreibenden verlangt?

## 2. Gewerbetreibende

Was erwartet die GewO, abgesehen von einer gewissen Redlichkeit dem Konsumenten gegenüber, heute sonst noch vom Gewerbetreibenden?

Der 1859 geschaffene Typus des Gewerbetreibenden hat sich verändert, und zwar gravierend. Gewerbetreibende von heute sind zunächst *jünger* geworden,<sup>88)</sup> das ist aber nur eine Folge der Senkung des Volljährigkeitsalters und daher nicht weiter verwunderlich.

Unternehmer müssen, und das ist schon bemerkenswerter, zweitens keine Staatsbürger mehr sein, auch *Ausländer* sind zum Gewerbe zugelassen, sofern sie in Österreich aufenthaltsberechtigt sind.<sup>89)</sup> Der Weg hierher war allerdings weit. Mit der Novelle 1883 öffnete sich die GewO zunächst für Ausländer, deren Herkunftsstaat umgekehrt auch Österreicher zum Gewerbe zuließ.<sup>90)</sup> Diese Reziprozität festzustellen konnte im Einzelfall mit einem erheblichen Verwaltungsaufwand verbunden sein; dogmatisch schwierig wurde diese Feststellung aber, als auch Staatenlose die Zulassung zum Gewerbe beantragten, was nach dem Zerfall der Monarchie vermehrt geschah. Da sich die Reziprozitätsvorschrift ausdrücklich nur auf Angehörige anderer Staaten bezog, stellte sich nun die Frage, ob Staatenlose gewerberechtlich Inländern oder Ausländern gleichzuhalten seien. Der Bundesgerichtshof entnahm der GewO in dieser Hinsicht eine „ausgesprochen fremdenfreundliche Tendenz“; die Novelle 1883 habe nur Ausländer fernhalten wollen, deren Heimatstaat Österreicher besonders unfreundlich, dh schlechter als eigene Staatsangehörige behandelt. Bei Staatenlosen bestehe eine solche Notwendigkeit von vornherein nicht; daher seien sie Inländern gleich zum Gewerbe zuzulassen.<sup>91)</sup> Einen nächsten Schritt der Öffnung setzte die GewO 1973, indem sie Gewerbetreibenden, die die österreichische Staatsbürgerschaft verloren, die Fortführung ihres Gewerbes erlaubte.<sup>92)</sup> Dass die Behörde bei Ausländern ansonsten weiterhin in jedem Einzelfall prüfen musste, ob materielle Rezi-

prozität vorliegt, schien dem Gesetzgeber schließlich 2002 zu aufwendig.<sup>93)</sup> Deshalb lässt er seither nur mehr die formelle, also in einem Staatsvertrag niedergelegte Reziprozität gelten. Bei Ausländern, die eine solche Reziprozität nicht nachweisen können, begnügt sich die GewO dafür flankierend mit einer aufrechten Aufenthaltsberechtigung.<sup>94)</sup> Damit ist Österreich heute dort angelangt, wo etwa Deutschland schon seit 150 Jahren steht.<sup>95)</sup>

Zurückgeschraubt hat die GewO schließlich auch ihre moralischen Erwartungen an den Gewerbetreibenden: Er ist nicht mehr der Patriarch, der seinem Umfeld als leuchtendes Vorbild der Tugendhaftigkeit vorangehen muss. Die GewO 1994 erwartet von Unternehmern heute im Wesentlichen eine allgemeine Rechtstreue, also keine Vorstrafen über 3 Monate<sup>96)</sup> und darüber hinaus – und unabhängig von der Strafhöhe – keine Delikte wegen Gläubigerschädigung,<sup>97)</sup> keine Finanzvergehen<sup>98)</sup> und keine unrettbaren Fälle von Insolvenz.<sup>99)</sup> Soweit die geltende GewO also überhaupt noch einen „sittlichen“ Anspruch an den Gewerbetreibenden stellt, hat sie in erster Linie seine *Zahlungsmoral* im Auge.

Alter, Staatsbürgerschaft und Moral haben damit in den letzten 150 Jahren als Antrittsvoraussetzungen an Bedeutung verloren. Im Gegenzug hat eine andere Eigenschaft erheblich an Einfluss gewonnen – die *Befähigung*, die 1883 zunächst mit den Handwerken prominent Einzug in die GewO hielt<sup>100)</sup> und dann schrittweise auch viele andere Gewerbe erobert hat.<sup>101)</sup> Der zentralen Bedeutung dieser Antrittsvoraussetzung entspricht, dass die GewO die Gewerbe heute nur mehr danach einteilt, ob für sie ein Befähigungsnachweis erforderlich ist – dann sind sie „reglementiert“ – oder ob sie auch ohne Befähigung ausgeübt werden dürfen – dann gelten sie als frei (§ 5 Abs 2).

idF BGBl I 2006/153; s nun aber auch die VO 1370/2007/EG, ABI 2007/L 315/1.

88) § 8 GewO 1994 iVm § 21 ABGB: Vollendung des 18. Lebensjahres.

89) § 14 Abs 1 GewO 1994.

90) § 8 GewO 1859 idF RGBl 1883/39.

91) BGH 22.5.1935, A 132/34; auszugsweise wiedergegeben in Laszky/Nathansky/Heller, Kommentar zur Gewerbeordnung, 1. Band (1937) 274.

92) § 14 Abs 5 GewO 1973, BGBl 1974/50.

93) Vgl RV 1117 BlgNR XXI. GP, 74.

94) § 14 Abs 1 Satz 2 GewO 1994 idF BGBl I 2002/111.

95) S schon oben FN 28.

96) § 13 Abs 1 lit b GewO 1994.

97) § 13 Abs 1 lit a GewO 1994.

98) § 13 Abs 2 GewO 1994.

99) § 13 Abs 3 GewO 1994; etwas strenger aus unionsrechtlichen Gründen § 13 Abs 4 GewO 1994 bei Tätigkeiten der Versicherungsvermittlung.

100) Vgl § 1 und § 14 GewO 1859 idF RGBl 1883/39; zuvor wurde ein Befähigungsnachweis nur für einzelne konzessionierte Gewerbe verlangt, s oben FN 35.

101) Vgl zunächst die Novelle RGBl 1907/26, die in § 13a iVm § 38 Abs 3 und 4 GewO 1859 für bestimmte Handelsgewerbe einen Befähigungsnachweis verlangt, und dann die Novelle BGBl II 1934/322, die in § 1 und § 1a GewO 1859 das „gebundene Gewerbe“ als weitere befähigungspflichtige Gewebekategorie neben dem Handwerk schafft.

Die Funktion des Befähigungsnachweises ist ambivalent, einerseits passt dieses Erfordernis perfekt in unser sehr stark ausdifferenziertes Bildungssystem, andererseits schützt es – nicht immer leistungsfördernd – schon am Markt befindliche Unternehmer vor neuer Konkurrenz. Seinen Zenit hat der Befähigungsnachweis in der Zwischenzeit wohl schon überschritten: Seit der Novelle 1997 verlangt die GewO nämlich nicht mehr, dass Unternehmer die für ein Gewerbe erforderliche Befähigung selbst besitzen; vielmehr genügt, dass der Gewerbeinhaber einen befähigten Geschäftsführer bestellt.<sup>102)</sup> Das Gleiche gilt übrigens seit langem für den Wohnsitz im Inland; auch dieses Antrittserfordernis kann der Gewerbeinhaber durch einen entsprechenden Geschäftsführer supplieren.<sup>103)</sup>

Als Integrationsfigur scheint der Gewerbetreibende also langfristig zu diffundieren: Er selbst muss nicht mehr alles zugleich *sein*, aber er muss organisieren und finanzieren können, dass in seinem Betrieb alles Erforderliche vorhanden ist. Das entspricht auch der Erwartung der Konsumenten, die – selbst in Zeitnot – nicht mehr auf den Fleischmarkt, den Wildpretmarkt und den Bauernmarkt gehen wollen, um Fleisch, Brot und Gemüse zu kaufen, sondern in den Supermarkt, wo es zwar keine persönliche Betreuung, dafür aber alle Waren auf einmal gibt. Auch diesem Trend hat sich die GewO angepasst und die Nebenrechte der Gewerbetreibenden zunehmend ausgedehnt, eine Erweiterung freilich, die ihrerseits nur durch die laufend steigende Zahl an befähigungsnachweispflichtigen Gewerben erforderlich geworden ist, deren Ausübung dann folgerichtig den Befähigten vorbehalten bleiben musste.<sup>104)</sup>

### 3. Nachbarn

Noch ein Wort zu den Nachbarn: Das Verhältnis zwischen Gewerbetreibenden und Nachbarn hat sich in den letzten 150 Jahren verschlechtert; Nachbarn gelten heute als querulatorisch und als *die* Bremsen im Betriebsanlagenverfahren.<sup>105)</sup> Das hat den Gesetzgeber dazu veranlasst, den Nachbarn im sog vereinfachten Betriebsanlagenverfahren die Parteistellung zu entziehen und den Anwendungsbereich dieses Verfahrens laufend auszudehnen.<sup>106)</sup> Kurzfristig mag das Unternehmern einen Zeitgewinn bringen, weil sie ihre Betriebsanlage rascher errichten können; dieser Gewinn kann aber leicht wieder verloren gehen, wenn der vom Anlagenverfahren ausgeschlossene Nachbar den Zivilrechtsweg beschreitet und auf Unterlassung der unerwünschten Emissionen klagt.<sup>107)</sup> Davon abgesehen kann die Beseitigung der Parteistellung der Nachbarn im Anlagenverfahren auch an die Grenzen der Verfassung stoßen, wie die Judikatur des VfGH deutlich gezeigt hat.<sup>108)</sup>

Dass sich das Betriebsanlagenrecht der GewO 1859 bewährt hat, kann man allerdings auch nicht sagen. Das ist aber zum einen der rasanten industriellen Entwicklung geschuldet und zum anderen der Umweltbewegung, die im Gegenzug dazu entstanden ist. Diesen zwei Hauptströmungen der modernen Gesellschaft konnte ein Anlagenrecht, das im Angesicht des Seifensieders

konzipiert wurde, schlicht nicht gewachsen sein. Es musste daher schon mit der GewO 1973 grundlegend geändert, genauer: an die Judikatur und die praktischen Erfordernisse angepasst werden,<sup>109)</sup> und wird vermutlich auch noch länger eine Baustelle bleiben, freilich eine Baustelle, in der Europa immer mehr an Raum gewinnt.

### C. Handwerkliche Qualität der geltenden GewO

Diesen Vergleich von alter und neuer GewO könnte man noch lange fortsetzen, zumal jedes Instrument der GewO ein eigener Mikrokosmos ist. Doch kann es hier nicht um alle Einzelheiten gehen. Die bisher ausgewählten Details erlauben immerhin eine Aussage über die handwerkliche Qualität der geltenden GewO. Ihre Ordnung der Dinge im Großen ist mE – mit den genannten Einschränkungen insb zum EWR-Hauptstück – gelungen. Die rechtlichen Instrumente im Einzelnen haben allerdings immer wieder Konstruktionsschwächen oder sogar -schäden. Das unechte Anmeldungsgewerbe, das in Wahrheit einer Bewilligungs- oder sogar Konzessionspflicht unterliegt,<sup>110)</sup> ist dafür nur ein Beispiel; der Wegfall des Gewerbescheines und die Folgen wären ein zweites,<sup>111)</sup> die Errichtung von zwei getrennten Nachweissystemen für im Inland und im EWR erworbene Befähigungen ein drittes.<sup>112)</sup> Oft ist hier schon im Fundament ein Fehler passiert oder in Kauf genommen worden, der dann weitere Probleme nach sich zieht.

### III. Resümee

Damit stehe ich wieder am Anfang und beklage die legisistische Qualität der Gewerbeordnung – wie Generationen vor mir. Woran liegt das? Es liegt nicht nur, aber auch an dem zentralen Platz, den die Gewerbeordnung in der Rechtsordnung einnimmt: Dieses Gesetz betrifft nicht nur einzelne Personengruppen, sondern breite Teile der Bevölkerung, und das nicht nur vorübergehend, sondern auf Dauer. So nachhaltig die GewO auf

102) § 16 Abs 1 GewO 1994 idF BGBl 1997/63.

103) § 39 Abs 1 GewO 1994.

104) S schon *Kupka*, Umfang des Gewerberechts, in: Rill (Hrsg), Gewerberecht. Beiträge zu Grundfragen der GewO 1973 (1978) 315 (331).

105) Diese Einschätzung ist allerdings mehr ein Stereotyp als statistisch belegbar, vgl zB die Studie von *Grün/Michl/Haller/Eder*, Genehmigungsverfahren bei Betriebsanlagen (1998) 30, derzufolge Einwendungen der Nachbarn das Betriebsanlagenverfahren „nicht nennenswert“ hemmen.

106) § 359b GewO 1994 idF BGBl I 1997/63, BGBl I 2000/88 und BGBl I 2005/85.

107) § 364 Abs 2 ABGB und dazu *Wagner*, Die Betriebsanlage im zivilen Nachbarrecht (1997); *Illedits/Illedits-Lohr*, Handbuch zum Nachbarrecht (2008) 215 ff; zur Fragwürdigkeit der Verfahrensbeschleunigung unter diesem Aspekt s mwN auch *Pöschl*, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht, 16. ÖJT I/2 (2008) 38 ff.

108) VfSlg 14.512/1996, 16.103/2001, 17.165/2004.

109) Näher *Duschaneck* (FN 40) 258 f.

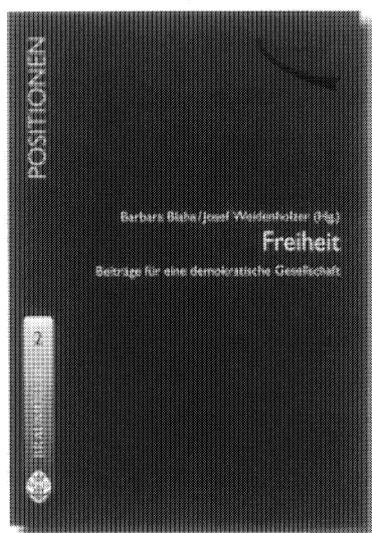
110) II.B.1.

111) Dazu mwN *Pöschl*, Die Geschichte des Anmeldungsgewerbes – ein legisistisches quid pro quo, ZfV 2005, 662.

112) S schon oben II.A.2.

die Gesellschaft einwirkt, so nachhaltig sind auch die Forderungen, die aus der Gesellschaft an die GewO herangetragen werden, und diese Forderungen stehen zueinander oft genug in einem Spannungsverhältnis, das schlicht nicht lösbar ist. Genau diese unlösbaren Konflikte schlagen sich dann – nicht immer, aber auch

nicht selten – in legislativen Konstruktionen nieder, die mehr schlecht als recht funktionieren. So ist nicht nur die zerklüftete Oberfläche der GewO, sondern es sind auch einige Brüche im Detail bloß der Spiegel gesellschaftlicher Konflikte, die niemand verlieren wollte, aber auch niemand gewonnen hat.



Barbara Blaha, Josef Weidenholzer (Hg.)

## Freiheit

Beiträge für eine demokratische Gesellschaft

Positionen, Band 2; hg. von Barbara Blaha und Josef Weidenholzer

Jede politische Gruppierung steht für ein spezifisches Verständnis von „Freiheit“ und legitimiert damit entsprechende politische Forderungen. Während Freiheit für die einen bedeutet, von niemandem an dem gehindert zu werden, was man von sich aus bewerkstelligen könnte, verweisen andere auf die offensichtlichen Einschränkungen der Freiheit durch die unterschiedlichen realen Handlungsmöglichkeiten der Menschen. Zu diesen politischen Termini kommt ein primär ökonomisch geprägter Freiheitsbegriff hinzu, dessen Inhalt vor der Krise weitgehend auf die Idee der Marktfreiheit verengt war; nun zwischenzeitlich den Staat als vorübergehenden Krisenmanager zu schätzen gelernt hat. Der Band stellt aus unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen Ideen vor, die der Wunsch, die Gesellschaft freier und damit demokratischer zu gestalten, verbindet.

ISBN 978-3-7003-1736-4. Kart., ca. 280 Seiten, ca. € 26,90

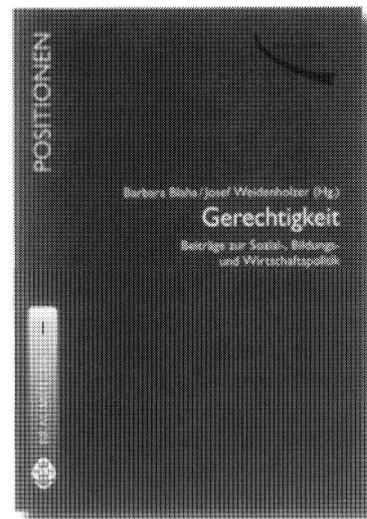
Barbara Blaha, Josef Weidenholzer (Hg.)

## Gerechtigkeit

Beiträge zur Sozial-, Bildungs- und Wirtschaftspolitik

Positionen, Band 1; hg. von Barbara Blaha und Josef Weidenholzer

Neoliberale Denkmuster bestimmen in Politik und Wissenschaft seit Jahren die Debatte. Liegt das Geheimnis dieses Erfolgs in der Tauglichkeit der angebotenen Konzepte oder etwa in der Ratlosigkeit ihrer GegnerInnen? Herausgeberin Barbara Blaha, bekannt als kritische ehemalige ÖH-Vorsitzende, möchte Interessierten aus Politik, Wissenschaft und Wirtschaft die Möglichkeit geben, in kritischer Auseinandersetzung Alternativkonzepte zur herrschenden Praxis zu diskutieren und auf ihre Tauglichkeit zu prüfen. Das Buch fasst 16 ausgewählte Beiträge von jungen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftern in den drei Themenkomplexen Sozial-, Bildungs- und Finanzpolitik zusammen. In allen drei Bereichen dreht es sich darum, wie Gerechtigkeit erreicht werden kann: Autorinnen und Autoren aus dem universitären Bereich, aber auch ExpertInnen von Institutionen wie der Arbeiterkammer widmen sich Themen wie dem Einkommens- und Steuersystem, Umweltpolitik, dem Wert der Bildung, Wohnungsvorsorge und Familienförderung.



ISBN 978-3-7003-1711-1. Kart., 274 Seiten, € 25,90



WILHELM BRAUMÜLLER

Universitäts-Verlagsbuchhandlung Ges.m.b.H.  
A-1090 Wien, Servitengasse 5; Telefon (+43 1) 319 11 39; Telefax (+43 1) 310 28 05  
E-Mail: office@braumueller.at <http://www.braumueller.at>