



## I. Derzeitiger Gesetzesbefund

Die GewO<sup>1)</sup> ist seit ihrer Entstehung Spiegel des vorherrschenden – mal stärker liberal, mal stärker regulatorisch ausgerichteten – wirtschaftspolitischen Zeitgeists.<sup>2)</sup> Dieser zeigt sich nicht nur an der Ausgestaltung der materiellen Gewerbezugangs- und -ausübungsregelungen, sondern auch an den verfahrensrechtlichen Vorschriften. Die letztbezüglich unbefriedigende derzeitige Rechtslage<sup>3)</sup> lässt sich holzschnittartig wie folgt beschreiben: Wer ein Gewerbe nach der GewO ausüben möchte, benötigt dazu eine Gewerbeberechtigung. Diese entsteht bei Vorliegen der allgemeinen und der gegebenenfalls erforderlichen besonderen Gewerbebeitrittsvoraussetzungen bei den freien sowie den meisten reglementierten Gewerben<sup>4)</sup> durch Einlangen der vollständigen Anmeldung<sup>5)</sup> bei der Gewerbebehörde. Ein behördliches Konzessionsverfahren, welches durch Gestaltungsbescheid abzuschließen ist, ist (im Wesentlichen seit 2002) nicht mehr vorgesehen,<sup>6)</sup> ebenso wenig ein Feststellungsbescheid über die Existenz der Gewerbeberechtigung (Gewerbeschein).<sup>7)</sup> Die Mitwirkung der Behörde beschränkt sich vielmehr bei den meisten Gewerben darauf, das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes zu prüfen und bei positivem Prüfergebnis die Eintragung in das (dezentrale)<sup>8)</sup> Gewerbeverzeichnis zu veranlassen sowie dem Anmelder einen Auszug aus dem Gewerbeverzeichnis zu übermitteln (§ 340 Abs 1 Satz 1 und 2). Die Gewerbeberechtigung entsteht in diesen Fällen ex lege aufgrund (§ 5) und mit dem Tag der Anmeldung.<sup>9)</sup> Lediglich bei negativem Prüfergebnis hat die Behörde bescheidmässig tätig zu werden.<sup>10)</sup>

Anderes gilt bei den in § 95 Abs 1 aufgelisteten Gewerben (sog sensible Gewerbe) sowie dem Rauchfangkehrergewerbe (§ 94 Z 55 iVm §§ 120 ff): Hier reichen die Erfüllung der Voraussetzungen und die Anmeldung zum Erwerb der Gewerbeberechtigung nicht aus. Vielmehr muss zunächst das Vorliegen der Gewerbebeitrittsvoraussetzungen mit Bescheid festgestellt werden (§ 340 Abs 2); erst nach Rechtskraft des Bescheides ist die Eintragung in das Gewerbeverzeichnis zu veranlassen. Mit der Gewerbeausübung darf hier nicht bereits mit Einlangen der Anmeldung, sondern erst mit Rechtskraft des Feststellungsbescheides begonnen werden (§ 95 Abs 1 letzter Satz). Inhalt dieses Bescheides ist anders als beim früheren Gewerbeschein nicht die Feststellung, dass die Gewerbeberechtigung entstanden ist, sondern lediglich, dass die tatsächlichen Gewerbebeitrittsvoraussetzungen gegeben sind.<sup>11)</sup> Die Gewerbeberechtigung entsteht hier also später als im Regelfall des § 5, es handelt sich aber ebenfalls um eine Berechtigung ex lege, da die Behörde lediglich Feststellungen trifft, nicht aber im eigentlichen Sinne rechtsgestaltend tätig wird.<sup>12)</sup> Liegen die Voraussetzungen für die Entstehung der Gewerbeberechtigung nicht vor, hat die Gewerbebehörde auch hier mit Feststellungs- und Untersagungsbescheid vorzugehen (§ 340 Abs 3 GewO 1994).

Noch anders stellt sich die Lage für das Gewerbe der Wertpapiervermittler (§ 94 Z 77) dar:<sup>13)</sup> Hierbei handelt es sich um ein reglementiertes Gewerbe, welches nicht in § 340 Abs 2 genannt und damit nicht bescheidpflichtig ist, welches aber dennoch nicht bereits aufgrund der Anmeldung ausgeübt werden darf. Vielmehr darf mit dem Gewerbe erst begonnen werden, wenn der Anmelder in das Gewerbeverzeichnis eingetragen ist (§ 136b Abs 2 Satz 2 GewO); die Entstehung der Berechtigung knüpft also an den Eintragungsakt an.<sup>14)</sup> Eine ähnliche Konstellation findet sich<sup>15)</sup> auch in § 137c Abs 3 GewO 1994, wonach mit der Tätigkeit des Versicherungsvermittlers (§ 94 Z 76) erst mit Eintragung in das Versicherungsvermittlerregister begonnen werden darf.<sup>16)</sup>

## II. Absichten des Reformgesetzgebers 1973 und 2002/2003

Die skizzierte Rechtslage ist Ergebnis einer langen Entwicklung, die ihren Ausgang bei der GewO 1859 nahm. Für die Zwecke

- 1) Gewerbeordnung 1994 – GewO 1994 (WV), BGBl 1994/194 zuletzt nov BGBl I 2014/60. Paragraphen ohne weitere Kennzeichnung sind solche dieses Gesetzes.
- 2) Überblick über die zahlreichen gesetzgeberischen Aktivitäten: *Pallegel/Barfuß*, GewO<sup>15</sup> (2014) Vorwort; speziell zur Entwicklung des Berufszugangssystems und des Verfahrens *Magdalena Pöschl*, Die Geschichte des Anmeldeverfahrens – ein legistisches quid pro quo, ZfV 2005, 662.
- 3) Einige Aspekte der jüngeren Reformen wie zB die Einführung des „one-stop-shop“-Prinzips sind sicher zu begrüßen.
- 4) Ausnahmen: § 340 Abs 2.
- 5) Vgl § 340 Abs 1 Satz 4, § 5.
- 6) Durch BGBl I 2002/111 wurden die konzessionierten Gewerbe weitestgehend abgeschafft. Nach dieser Novelle war eine Genehmigung noch für das Waffengewerbe im Hinblick auf militärische Waffen und Munition vorgesehen; seit der Gewerbeberechtigungsnovelle 2007 (BGBl I 2008/42) ist auch hier ein Anmeldeverfahren (mit besonderen Zuständigkeiten) vorgesehen, § 148. Relikte der Genehmigungspflichtigkeit finden sich allerdings noch für das Gewerbe der Pfandleiher, die sich erst dann gewerblich betätigen dürfen, wenn der Landeshauptmann die Geschäftsordnung genehmigt hat, § 155 Abs 2.
- 7) Anders bis BGBl I 2002/111: Seit Erlass der GewO 1973 galt der Gewerbeschein (soweit keinem Dritten ein Berufsrecht zustand) kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in § 340 Abs 4 Satz 1 zweiter Halbsatz GewO 1973 als (Feststellungs)Bescheid; vgl dazu *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO<sup>1</sup> (1998) § 340 Rz 23. Zur einigermaßen verworrenen Rechtsentwicklung bis dorthin siehe abermals *Pöschl* (FN 2) ZfV 2005, 663–666.
- 8) Die dezentralen Gewerbeverzeichnisse sind gem § 365 c in einem zentralen Gewerbeverzeichnis beim BMAW zusammenzuführen (derzeit BMWFW). Zur Einführung eines bundeseinheitlichen Registers [Gewerbeinformationssystem Austria (GISA)] siehe den ME betr ein G, mit dem die GewO 1994, das ASVG und das BWG geändert werden, 54 ME 25. GP.
- 9) Eine Besonderheit besteht bei reglementierten Gewerben, wenn der Anmelder den Befähigungsnachweis lediglich nach § 19 erbringen kann; hier gilt als Tag der Anmeldung derjenige, an welchem alle erforderlichen Nachweise nach § 339 Abs 3 bei der Behörde eingelangt sind und zusätzlich die bescheidmässige Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19 (oder eine Nachsicht, Anerkennung oder Gleichhaltung) rechtswirksam erfolgt ist.
- 10) Feststellungs- und Untersagungsbescheid nach § 340 Abs 3; unabhängig davon kommt der Erlass eines Straferkenntnisses nach § 366 Abs 1 Z 1 in Betracht.

- 11) ZB *Roland Winkler*, Die Gewerbebeitrittsvoraussetzungen nach der Gewerbeordnungsnovelle 2002 und dem Öffnungszeitengesetz 2003, wbl 2004, 313 (317).
- 12) Nach *Magdalena Pöschl*, Wie erwirbt man subjektive öffentliche Rechte?, in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely* (Hrsg), FS Bernhard Raschauer (2013) 439 (451), handelt es sich dabei um einen „unter falscher Flagge erteilte[n] Bewilligungsbescheid“, da damit nicht ein bestehendes Rechtsverhältnis festgestellt, sondern die Gewerbeberechtigung des Anmelders erzeugt werde; ähnlich bereits *dies*, Beständiges und Veränderliches im Gewerbeberechtigung – Entwicklung der GewO 1859 bis 2009, ÖZW 2010, 64 (71); im Ergebnis auch *Bernad Wieser*, Der individuelle Befähigungsnachweis nach § 19 GewO, ÖZW 2005, 34 (49). Ähnlich *Winkler* (FN 11) wbl 2004, 317: Bewilligungsverfahren nur de facto, nicht de iure. ME zu weitgehend *Dietmar Pauger*, Gewerbeberechtigung, in *Bernhard Raschauer* (Hrsg), Gewerbeberechtigung<sup>2</sup> (2003) Rz 373, der hier entgegen dem insoweit eindeutigen Normenwortlaut von einem „ganz normale[n] Bewilligungsverfahren“ spricht.
- 13) Seit BGBl I 2011/99 (G, mit dem das Wertpapieraufsichtsg 2007 und die GewO 1994 geändert werden).
- 14) Anders als der Wortlaut suggeriert, handelt es sich hierbei nicht um eine Gewerbeausübungsregelung, sondern um eine Gewerbebeitrittregelung, die die Entstehung der Gewerbeberechtigung abweichend von § 5 GewO regelt. Siehe auch *Pöschl* (FN 12) FS Raschauer 454, die darin einen „vorläufigen Höhepunkt verquerer Verfahren“ erblickt.
- 15) Bereits seit BGBl I 2004/131 (G, mit dem die GewO 1994, das MaklerG, das VersicherungsvertragsG, das Versicherungsaufsichtsg und das BWG geändert werden).
- 16) Die Regelung in § 137c geht auf die RL 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 9. 12. 2002 über Versicherungsvermittlung zurück, dazu noch unten V.

des vorliegenden Beitrags sind von den zahlreichen größeren und kleineren Novellierungen insbesondere diejenigen aus den Jahren 1973<sup>17)</sup> und 2002/2003<sup>18)</sup> relevant.<sup>19)</sup>

### A. GewO 1973

Der Gesetzgeber des Jahres 1973 fand folgende gewerberechtliche Lage vor: Neben den – entgegen der ursprünglichen Intention der GewO 1859<sup>20)</sup> – zahlenmäßig gering ausfallenden freien Gewerben, für die keine besonderen Antrittsvoraussetzungen vorgesehen waren und die allein aufgrund der Anmeldung ausgeübt werden durften,<sup>21)</sup> existierten drei weitere Gewerbetypen: Erstens gebundene Gewerbe, deren Antritt einen formalisierten Befähigungsnachweis („Verwendungsnachweis“) voraussetzte.<sup>22)</sup> Dabei handelte es sich im Wesentlichen um Handelsgewerbe. Zweitens die handwerksmäßigen Gewerbe, zu denen die Meisterprüfung Zugang verschaffte.<sup>23)</sup> Auch diese beiden Gewerbetypen waren als Anmeldegewerbe konzipiert, bei denen die Gewerbeberechtigung bei Vorliegen der gesetzlichen Antrittsvoraussetzungen bereits damals ex lege aufgrund der Anmeldung entstand.<sup>24)</sup> Anders als heute war dem Gewerbetreibenden jedoch gemäß § 144 Abs 2 GewO 1859 (idF BGBl 1968/305) ein Gewerbeschein in Form eines Auszuges der Anmeldung, versehen mit der Bestätigung der erfolgten Eintragung in das Gewerbeverzeichnis,<sup>25)</sup> auszustellen.

Der Gewerbeschein wurde seiner Legitimations- und Beurkundungsfunktion entsprechend bis in die zwanziger Jahre des 20. Jahrhunderts hinein nicht als Bescheid, sondern als bloße Urkunde angesehen.<sup>26)</sup> Fehlerhafte Gewerbescheine konnten von der Gewerbeoberbehörde nach § 146 Abs 4

GewO 1859 von Amts wegen eingezogen werden.<sup>27)</sup> Erst infolge der Einführung des AVG<sup>28)</sup> und des darin vorgesehenen Berufungsverfahrens änderte sich die rechtliche Einordnung des Gewerbescheins:<sup>29)</sup> Dieser musste nun – wollte man die Kassationsmöglichkeit durch die Oberbehörde retten – als Bescheid eingeordnet werden, da sich die Kassationsbefugnis der Oberbehörde künftig auf Bescheide beschränken sollte.<sup>30)</sup> Die Einordnung als Bescheid diente also – wie *Magdalena Pöschl* gezeigt hat – nicht Interessen des Gewerbetreibenden, sondern „praktischen Rücksichten“;<sup>31)</sup> fehlerhafte Gewerbescheine sollten aus der Welt zu schaffen sein.<sup>32)</sup>

Zu den genannten Gewerbetypen kam drittens die Gruppe der konzessionierten Gewerbe hinzu, also der Gewerbe, die nur mit behördlicher Bewilligung ausgeübt werden durften;<sup>33)</sup> diese durfte nur erteilt werden, wenn der Antragsteller nicht nur die allgemeinen Voraussetzungen erfüllte, sondern auch über eine Befähigung gemäß §§ 18 ff GewO 1859 verfügte, sowie verlässlich und unbescholten war. Darüber hinaus musste bei einigen dieser Gewerbe ein örtlicher Bedarf nach Ausübung des betreffenden Gewerbes bestehen.

Mit der GewO 1973 stärkte der Gesetzgeber die Gewerbefreiheit insoweit, als er neben der weitgehenden Abschaffung von Bedarfsprüfungen<sup>34)</sup> eine Reihe von Handwerken, gebundenen und konzessionierten Gewerben zu freien Gewerben machte.<sup>35)</sup> Im Zuge dieser Novellierung ordnete er auch ausdrücklich die Geltung des Gewerbescheins als (Feststellungs-)Bescheid an (§ 340 Abs 4 GewO 1973). Diese Feststellung beinhaltet nach der Judikatur des VwGH den behördlichen Abspruch darüber, „dass zu Folge der Erfüllung der geforderten Voraussetzungen das Gewerbe durch Anmeldung entstanden ist; der Gewerbeschein dokumentierte mit der Wirkung eines (Feststellungs-) Bescheides, dass der Gewerbeinhaber im Besitz des durch die Anmeldung erworbenen Gewerbeberechtigts ist.“<sup>36)</sup>

Im Hinblick auf die Rechtssicherheit für den Gewerbetreibenden handelte es sich bei der Anordnung in § 340 Abs 4 GewO 1973 freilich – entsprechend den oben dargelegten Hintergründen für die Anerkennung des Bescheidcharakters – auch um keinen großen Wurf, da der Gewerbeschein unter den lockeren tatbestandlichen Voraussetzungen des § 363 Abs 1 GewO 1973 durch die Gewerbeoberbehörde für nichtig erklärt werden konnte. Immerhin aber konnte der Gewerbetreibende insoweit auf den Gewerbeschein vertrauen, als

17) BGBl 1974/50 [G v 29. 11. 1973, mit dem Vorschriften über die Ausübung von Gewerben erlassen werden (Gewerbeordnung 1973 – GewO 1973)].

18) BGBl I 2002/111 (G, mit dem die GewO 1994, das BAG, das KSchG, das Neugründungs-FörderungsG und das ArbeitskräfteüberlassungsG geändert werden) sowie BGBl I 2003/48 (G, mit dem das ÖffnungszeitenG 2003 erlassen wird und die GewO 1994, das ArbeitsruheG und das Sonn- und Feiertags-BetriebszeitenG geändert werden). Beide Gesetze zusammen werden in diesem Beitrag, soweit sie die Reform der GewO betreffen, als Novelle 2002/2003 bezeichnet.

19) Auf die Nov 2011 (BGBl I 2011/99) wird unter V. gesondert eingegangen. Zwei weitere Novellen jüngerer Datums (1992 und 1997) können für die Zwecke dieser Untersuchung trotz einiger legislativer Kuriositäten [scharfer *Pöschl* (FN 2) ZfV 2005, 670: „Typenverfälschung“ (1992); „Zusammenbruch des Systems“ (1997)] im Wesentlichen außer Betracht bleiben, da sie für die im Folgenden behandelte Problematik keine grundlegend neue Situation geschaffen haben.

20) Diese sah lediglich 14 konzessionierte Gewerbe vor (§ 16 GewO 1859); alle anderen Gewerbe waren in doppeltem Sinne frei, da es zu ihrer Ausübung keiner besonderen, über die allgemeinen Anforderungen hinausgehenden Qualifikationen bedurfte (§ 14 GewO 1859) und das jeweilige Gewerbe aufgrund der Anmeldung ausgeübt werden durfte (§ 1 GewO 1859). Aufgrund mehrerer Novellierungen war bis 1973 allerdings eine dramatische Entwicklung eingetreten, die den freien Gewerben lediglich eine Außenseiterrolle übrig ließ. Zur Entwicklung *Pöschl* (FN 2) ZfV 2005, 663–666.

21) § 11 Abs 2 iVm § 144 GewO 1859 idF BGBl 1968/305.

22) §§ 13a ff GewO 1859 idF BGBl 1968/305.

23) §§ 14 ff GewO 1859 idF BGBl 1968/305.

24) Gebundene Gewerbe: §§ 13 a und b iVm §§ 11 Abs 2, 144; handwerksmäßige Gewerbe: § 14 iVm §§ 11 Abs 2, 144 GewO 1859 idF BGBl 1968/305.

25) Welches gem § 145 leg cit in abgeordneten Abteilungen für freie, gebundene, handwerksmäßige und konzessionierte Gewerbe zu führen war und bis BGBl I 1997/10 [G, mit dem die GewO 1994 und das FB geändert werden (Gewerbeberechtigungsnovelle 1996)] kein öffentliches Register war. Vgl auch *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO<sup>3</sup> (2011) § 365e Rz 1.

26) *Emil Josef Heller*, Das österreichische Gewerbe (1908) 199: „Die Ausstellung des Gewerbescheins seitens der Gewerbebehörde hat lediglich deklaratorischen Charakter im Gegensatz zur Verleihung einer Konzession, welche eine konstitutive Verfügung bedeutet. ... Der über die Gewerbeanmeldung ausgestellte Gewerbeschein dient einerseits zur Legitimation des Gewerbeinhabers, andererseits bildet er die Beurkundung des Inhalts seiner Gewerbeberechtigung.“

27) Der Wortlaut von § 146 Abs 4 GewO 1859 (Stammfassung: Abs 2) ließ dies aufgrund seiner Weite zu („Kömmt der Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses zur Kenntniß der Oberbehörde, so hat sie von Amtswegen einzuschreiten.“).

28) BGBl 1925/274.

29) Grundlegend VwSlg 14.881 A/1927.

30) Ausführlich: *Pöschl* (FN 2) ZfV 2005, 667 f.

31) *Lasky/Nathansky*, Emil Hellers Kommentar zur GewO und zu ihren Nebengesetzen<sup>2</sup> (1937) I 43 (zit nach *Pöschl* wie vor, dort FN 57).

32) *Pöschl* (FN 2) ZfV 2005, 667 f. Zwischen BGBl 1928/189 und BGBl 1934/322 sah das Gesetz vor, dass nicht dem freien Ermessen der Gewerbebehörde unterliegende gewerbebehördliche Bescheide, die an dem Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses leiden, nichtig sind. Daraus zog die Judikatur allerdings nicht den Schluss, dass es sich um eine ex-lege-Nichtigkeit handelte, sondern verstand Nichtigkeit im Sinne von *Vernichtbarkeit*, also mit Nichtigkeit iSv § 68 AVG bedroht, siehe 2B VwSlg 16.338 A/1930.

33) §§ 15 ff, insb § 22. Hier sah § 144 Abs 3 im Anschluss an die Bewilligung die Ausstellung eines förmlichen Dekrets vor, welches grundsätzlich nur deklaratorischen Charakter hatte (nach § 343 Abs 3 GewO 1973 idF 1987 konnte das Konzessionsdekret unter bestimmten Voraussetzungen als Bescheid gelten, siehe *Heinz Peter Rill*, Säumnis bei Beurkundungen, ZfV 1987, 617 dort FN 25).

34) Vgl *Walter Kinscher*, Voraussetzungen für die Ausübung von Gewerben, in *Heinz Peter Rill* (Hrsg), *Gewerbeberecht. Beiträge zu Grundfragen der GewO 1973* (1978) 103 (123).

35) RV 395 BlgNR 13. GP 100 f; AB 941 BlgNR 13. GP 1.

36) VwSlgNF 16.721 A/2005.

seine Legalisierungswirkung im Falle fehlender Gewerbevoraussetzungen jedenfalls bis zur Nichtigerklärung durch die Gewerbeoberbehörde nach § 363 Abs 1 GewO 1973 Schutz vor einer Gewerbeuntersagung und einem Verwaltungsstrafverfahren wegen Ausübung eines Anmeldegewerbes trotz fehlender Berechtigung (§ 366 Abs 1 Z 1 GewO 1973) bot. Zudem hatte die Anordnung der Geltung als Bescheid den rechtsschutzfreundlichen Nebeneffekt, dass die Rechtsbehelfe des Devolutionsantrags und der Säumnisbeschwerde für den Gewerbetreibenden gesetzlich abgesichert wurden. Konnte damit zwar die Eintragung in das Gewberegister nicht erzwungen werden,<sup>37)</sup> war doch davon auszugehen, dass die Behörde jedenfalls infolge eines Devolutions- bzw Säumnisverfahrens wegen unterlassener Gewerbescheinausstellung auch die entsprechende Registereintragung vornehmen würde. Geschäftspartnern gegenüber konnte sich der Gewerbetreibende immerhin anhand des rechtskräftigen Gewerbescheins oder der Devolutions- bzw Säumnisentscheidung als gewerbebefugt legitimieren.<sup>38)</sup>

## B. GewO-Novelle 2002/2003

Die Novelle BGBl I 2002/111 mit Ergänzung durch BGBl I 2003/48 diente unter anderem der Liberalisierung des Berufszugangs sowie dem Abbau bürokratischer Barrieren.<sup>39)</sup> Im Zuge dieser Reform wurden (zunächst noch mit einer Ausnahme für das Waffengewerbe im Hinblick auf militärische Waffen und militärische Munition)<sup>40)</sup> alle Gewerbe zu Anmeldegewerben umgestaltet. Gleichzeitig wurde der bescheidmäßige Verfahrensabschluss durch Gewerbeschein abgeschafft (gänzlich vom Bescheid trennen mochte sich der Gesetzgeber indes in den Fällen des § 340 Abs 2 nicht). Dass die Abschaffung des Gewerbescheins der Systematik der Anmeldegewerbe geschuldet gewesen wäre, was grundsätzlich ein naheliegender Gedanke wäre,<sup>41)</sup> lässt sich der Regierungsvorlage allerdings nicht entnehmen. Die Abschaffung des Gewerbescheins wurde vielmehr damit begründet, dass die Ausstellung eines gesonderten Dokuments seit Einrichtung des elektronischen Gewberegisters verzichtbar erscheine.<sup>42)</sup> Die daraus resultierende, im Wesentlichen bis heute gültige Rechtslage wurde eingangs bereits dargelegt.

## III. Alte und neue Probleme der Reformen 2002/2003

So gut die Absichten gewesen sein mögen, so wenig kommt man umhin festzuhalten, dass der Gesetzgeber insbesondere mit der Novelle 2002/2003 alte Probleme zementiert, neue geschaffen und das Ziel der Vereinfachung allenfalls vordergründig erreicht hat. Dies lässt sich an drei Fallgruppen demonstrieren, nämlich an erstens der positiven Erledigung der Gewerbeanmeldung trotz Fehlens gesetzlicher Voraussetzungen, zweitens der von der Anmeldung abweichenden positiven Erledigung und drittens der Nichterledigung der Anmeldung.

### A. Anmeldungsgemäße positive Erledigung trotz Fehlens gesetzlicher Voraussetzungen

Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen für die Entstehung der Gewerbeberechtigung nicht vor, erledigt die Behörde die Anmeldung aber dennoch positiv und veranlasst (gegebenenfalls nach Rechtskraft eines Feststellungsbescheides gemäß § 340 Abs 2)<sup>43)</sup> die Eintragung des Anmelders in das Gewberegister, ist der Registereintrag bei isoliert registerrechtlicher Betrachtung zunächst objektiv falsch.<sup>44)</sup> Dennoch erzeugt der übermittelte Gewberegisterauszug für den Anmelder und Dritte zumindest den Anschein, dass die Gewerbeberechtigung aufgrund der Anmeldung entstanden ist, andernfalls die Behörde keine Eintragung hätte veranlassen dürfen.

#### 1. Vor der Novelle 2002/2003: (temporäre) Sanierung durch Gewerbeschein

Nun ist ein falscher Registereintrag und ein damit erzeugter, von der tatsächlichen Rechtslage abweichender Anschein kein neues Phänomen der Novelle 2002/2003. Das Problem konnte aber spätestens seit der ausdrücklichen Anordnung des Bescheidcharakters des Gewerbescheins durch die GewO 1973 nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen einigermassen zufriedenstellend gelöst werden: Auf die bescheidmäßige Erledigung der Anmeldung hatte der Anmelder ein subjektives Recht.<sup>45)</sup> Der bei Vorliegen der Voraussetzungen auszustellende Gewerbeschein dokumentierte in rechtskräftiger Weise, „dass der Gewerbeinhaber im Besitz des durch die Anmeldung erworbenen Gewerberechtes“<sup>46)</sup> war. Wurde der Gewerbeschein rechtskräftig, war auch die erlassende Behörde

37) Welche zum damaligen Zeitpunkt mangels einer dem heutigen § 365e vergleichbaren Auskunftspflicht für den Rechtsverkehr weniger Bedeutung hatte.

38) Ob es sich dabei bei rückwärtsgerichtetem Blick gegenüber der GewO 1859 um einen wirklichen Vorteil handelt [stark skeptisch Pöschl (FN 2) ZfV 2005, 669 dort FN 61 mit dem Hinweis darauf, dass nach der GewO 1859 nicht die unbefugte Gewerbeausübung, sondern lediglich die Ausübung eines nicht angemeldeten Gewerbes strafbar war (§ 132 lit a GewO 1859)], mag an dieser Stelle dahin stehen, da sich jedenfalls zeigen wird, dass durch die Abschaffung des Gewerbescheins und seiner Feststellungswirkung Nachteile, nämlich Rechtsschutzlücken entstanden sind, die nur mit rechtsdogmatisch einigermassen mühsamen Pirouetten zu schließen sind.

39) RV 1117 BlgNR 21. GP 64 und 81.

40) Vgl RV 1117 BlgNR 21. GP 65.

41) Idealtypisch kommt ein Anmeldeverfahren dort zur Anwendung, wo der Gesetzgeber Tätigkeiten als prinzipiell ungefährlich einstuft und daher nur wenige für Antrittsvoraussetzungen aufstellt, deren Erfüllung der Anmelder ohne größeren Aufwand selber beurteilen kann. In diesem Fall ist es unbedenklich, wenn er ohne vorher einzuholenden Bescheid allein aufgrund der Anmeldung mit seiner Tätigkeit beginnen darf; siehe dazu Pöschl (FN 2) FS Raschauer 441 ff, die zugleich (449 ff) darauf hinweist, dass den Antrittsvoraussetzungen nach der derzeitigen GewO 1994 die für das Anmeldeverfahren erforderliche Einfachheit teilweise fehlt.

42) RV 1117 BlgNR 21. GP 87.

43) Das Problem wird sich in aller Regel nur bei den nicht bescheidpflichtigen (echten) Anmeldegewerben stellen, da bei den 95er Gewerben und dem Rauchfangkehrergewerbe (sog unechte Anmeldegewerbe) eine Eintragung erst nach Rechtskraft des Feststellungsbescheides vorzunehmen ist, mit dem rechtsverbindlich festgestellt wurde, dass die im jeweiligen Verfahren relevanten Gewerbeantrittsvoraussetzungen wie etwa Befähigungsnachweis, Zuverlässigkeit oder auch Bedarf gegeben sind und mit Rechtskraft des Feststellungsbescheides derartige tatsächlich fehlenden Voraussetzungen jedenfalls wegen der materiellen Rechtskraftwirkung des Bescheides unbeachtlich werden. Denkbar ist allerdings, dass zwar ein rechtskräftiger Feststellungsbescheid erlassen wurde, die Anmeldung aber im Übrigen nicht vollständig war, sodass keine Gewerbeberechtigung entstehen konnte [vgl auch Winkler (FN 11) wbl 2004, 317]. Auch hier kann die Frage nach den Rechtswirkungen der unberechtigten Eintragung also jedenfalls theoretisch auftreten.

44) Weder ist der Anmelder – mangels gem § 5 entstandener Gewerbeberechtigung – objektiv „Gewerbeinhaber“ (§ 365a Abs 1 Satz 2 Z 1), noch existiert ein „Standort der Gewerbeberechtigung“ (Z 6) und schließlich mangelt es auch an der korrekten Eintragung des „Beginns ... der Gewerbeberechtigung“. Für juristische Personen gilt Entsprechendes gem § 365b.

45) Vgl VwGH Z 7. 6. 1995, 95/04/0007.

46) Vgl etwa VwSlgNF 16.721 A/2005. Bei den konzessionierten Gewerben war ohnehin ein gestaltender Bescheid zu erlassen.

daran gebunden.<sup>47)</sup> Dementsprechend überwand der inhaltlich unrichtige, aber rechtskräftige Gewerbeschein die an sich fehlende Gewerbeberechtigung und sanierte den ursprünglich fehlerhaften Registereintrag. Der Gewerbetreibende konnte sich vorbehaltlich der Vernichtbarkeit gewerberechtl. Bescheide durch die Gewerbeoberbehörde gemäß § 363 Abs 1 GewO 1973 bzw 1994 auf den Bestand der Berechtigung<sup>48)</sup> verlassen.

## 2. Nach der Novelle 2002/2003: (temporäre) Sanierung durch konstitutive Wirkung der Eintragung

Mit der Abschaffung des Gewerbescheins entfiel diese Lösungsmöglichkeit. Statt der Ausstellung eines Gewerbescheins sieht § 340 Abs 1 nunmehr lediglich die Übermittlung des Gewerberegisterauszugs vor. Auch wenn der Auszug zumindest in Teilen die Legitimationsfunktion des früheren Gewerbescheins übernommen hat,<sup>49)</sup> handelt es sich dabei bereits nach der gesetzlichen Systematik nicht um einen Bescheid,<sup>50)</sup> sondern um eine bloße behördliche Wissenserklärung, die aus sich heraus eine Gewerbeberechtigung weder begründet, noch deren Entstehung in rechtskraftfähiger Weise bezeugt. Seit 2003<sup>51)</sup> knüpft das Gesetz allerdings in bestimmten Fällen an die Eintragung Rechtsfolgen zugunsten des Gewerbetreibenden, nämlich dann, wenn der Anmelder aufgrund der Anmeldung zu Unrecht in das Gewerberegister eingetragen wurde (§ 363 Abs 4). Dann nämlich darf der Anmelder das Gewerbe trotz an sich fehlender Voraussetzungen so lange ausüben, bis die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde in Ausübung ihres Aufsichtsrechts bescheidmäßig die Löschung aus dem Register rechtskräftig verfügt hat. Damit wird der Gewerbetreibende hier zwar im Ergebnis in etwa vergleichbar geschützt wie derjenige, der vor der Gewerberechtsnovelle 2002/2003 im Besitz eines rechtskräftigen Gewerbescheins war;<sup>52)</sup> zudem findet sich nun eine explizite Rechtsgrundlage zur Löschung einer fehlerhaften Registereintragung. Dennoch bleibt im Hinblick auf das Ziel des Gesetzgebers, durch die Abschaffung des Gewerbescheins eine Verfahrensvereinfachung herbeizuführen, ein schaler Beigeschmack: Nachdem die Behörde im Rahmen des Anmeldeverfahrens weder von ihrer Prüfpflicht noch von der Verpflichtung befreit wurde, die Registereintragung zu veranlassen und eine Mitteilung über die Erledigung der Anmeldung zu machen,

besteht die „Vereinfachung“ lediglich in der Befreiung von der Einhaltung der an die Erlassung eines Bescheides gestellten Anforderungen. Da die Gewerbebehörden das Zeitalter der Schreibmaschine längst hinter sich gelassen haben, dürfte diese Vereinfachung im Wesentlichen darin bestehen, die Programmierung einer Software-Maske „Gewerbeschein“ zu ersparen – eine zweifelhafte Vereinfachung, die um den Preis der Einführung einer systemfremden Konstruktion erkaufte werden musste: Der Eintragung in das Gewerberegister kommt nun auf einmal – allerdings nicht immer – rechtsbegründende Wirkung zu. Die weitere Crux aus Sicht des Gewerbetreibenden, nämlich der eher schwache Schutz nach § 363 Abs 1 gegen den Entzug der Berechtigung im Falle einer fehlerhaften rechtlichen Beurteilung durch die Behörde, wurde demgegenüber nicht angegangen, sondern ist mit dem Verweis in § 363 Abs 4 auf § 363 Abs 1 (dazu unten IV. B.) erhalten geblieben.

## B. Von der Anmeldung abweichende Erledigung

Weicht die Behörde bei der Erledigung der Anmeldung von deren Inhalt ab, handelt sie jedenfalls rechtswidrig, da sich die behördliche Erledigung auf die Gewerbebeantragung, so wie sie erstattet wurde, zu beziehen hat.<sup>53)</sup>

### 1. Voraussetzungen für Eintragung gemäß Anmeldung liegen vor

#### a) Bis zur Novelle 2002/2003: Gewerbeschein als Dreh- und Angelpunkt von Legitimation und Rechtsschutz

Liegen die Voraussetzungen für eine anmeldungsgemäße Eintragung vor, erledigt die Behörde den Akt aber abweichend von der Anmeldung, kamen bis zur Gewerberechtsnovelle 2002/2003 zwei unterschiedliche Fehlerquellen (Gewerbeschein und Eintragung) in Betracht. Stellte die Behörde den Gewerbeschein für den Anmelder nachteilig abweichend von der Anmeldung aus (zB durch Bescheinigung bloß eines Teilgewerbes), entstand dennoch die (volle) Gewerbeberechtigung ex lege entsprechend der Anmeldung und war gegen den Gewerbeschein das Rechtsmittel der Berufung gegeben. Entsprach zwar der Inhalt des Gewerbescheins der Anmeldung, wich aber die Registereintragung hiervon zum Nachteil des Anmelders ab, war der Anmelder ebenfalls berechtigt, sein Gewerbe anmeldungsgemäß zu führen und konnte sich in Zweifelsfällen mittels Gewerbeschein legitimieren.<sup>54)</sup> Wurde ein anderes als das angemeldete Gewerbe in den Gewerbeschein *und* das Register eingetragen, konnte der Gewerbeschein ebenfalls angefochten werden.

Eine Möglichkeit, die korrekte Registereintragung zu erzwingen, bestand in allen Fällen mangels geeigneten Rechtsschutzinstrumentariums nicht (was rückblickend jedenfalls seit der Entwicklung zum öffentlichen Register bedenklich erscheint).<sup>55)</sup> Allerdings konnte (wenn auch verfassungsrechtlich unbefriedigend) wenigstens faktisch davon ausgegangen werden, dass der korrekt ausgestellte Gewerbeschein bzw die Autorität einer im Rechtsweg ergangenen oberbehördlichen

47) Siehe VwSlgNF 16.707 A/2005, RS 3: „Bei der Beurteilung, ob die Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes in einer weiteren Betriebsstätte gegeben sind, ist die Behörde an den als Bescheid geltenden Gewerbeschein und den solcherart enthaltenden normativen Abspruch gebunden. Es ist ihr daher verwehrt, entgegen dem Gewerbeschein die Gewerbeberechtigung des damit ausgewiesenen Gewerbeinhabers zu verneinen und – gestützt auf die Auffassung, der Gegenstand des angemeldeten Gewerbes unterliege gar nicht der GewO – die Anzeige zurückzuweisen.“

48) Zur Problematik des § 363 Abs 1 siehe unten IV. B.

49) Die Legitimationsfunktion des übermittelten Auszugs zeigt sich etwa in § 288 Abs 3 GewO, wonach Gewerbetreibende, die ihre Waren auf einem Markt anbieten, die Verständigung über die Eintragung im Gewerberegister stets mitzuführen und auf Verlangen der behördlichen Organe vorzuweisen haben. Mit dieser Pflicht, die an die Stelle der Verpflichtung zur Mitführung des Originalgewerbescheins getreten ist (§ 288 idF bis zur GewR-Nov 2002/2003), soll den behördlichen Organen die Prüfung ermöglicht werden, ob eine Gewerbeberechtigung vorhanden ist [siehe *Grabler/Stolzlechner/Wendl* (FN 25) § 288 Rz 7]. Entsprechendes gilt gem § 53 Abs 3 für das Feilbieten im Umherziehen gem § 53 Abs 3 iVm Abs 1 Z 1, siehe dazu 1117 BlgNR 21. GP 80: „Es war zu berücksichtigen, dass in Hinkunft kein Gewerbeschein mehr ausgestellt werden soll.“

50) Andernfalls wäre der Verweis in § 363 Abs 4 auf § 363 Abs 1 GewO 1994 idGF überflüssig.

51) BGBl I 2003/48; zu den Gründen für die Abspaltung von der eigentlichen GewR-Nov 2002 siehe *Pöschl* (FN 2) ZfV 2005, 672 (dort insb FN 95).

52) Und in gewisser Hinsicht auch besser, da die sonstigen Regelungen bezüglich der Aufhebung von Bescheiden gem §§ 68, 69 AVG hier nicht zur Anwendung kommen.

53) VwGH 26. 5. 1998, 96/04/0256: „Der genauen Bezeichnung des Gewerbes kommt für den Berechtigungsumfang eines Gewerbes entscheidende Bedeutung zu.“

54) Theoretisch ist auch die Konstellation denkbar, dass der Gewerbeschein von der Anmeldung abweicht und die Eintragung sowohl von der Anmeldung als auch vom Gewerbeschein. Hierdurch würden sich allerdings keine grundlegend neuen Fragen ergeben.

55) Zum subjektiven Recht auf Registereintragung und dem unzureichend ausgestalteten Rechtsschutz siehe unten III. C. 2. und IV. A.

oder gerichtlichen Entscheidung ausreichte, um eine fehlerhafte Registereintragung zu korrigieren, auch wenn dies letztlich nicht erzwungen werden konnte.

#### **b) Nach der Novelle 2002/2003: verstärkte Rechtsschutzprobleme**

Nach Abschaffung des Gewerbescheins bleibt von ursprünglich zwei Fehlerquellen in der Sphäre der Behörde lediglich eine übrig, die Eintragung. Bei genauerem Hinsehen bedeutet dies für den Anmelder allerdings Steine statt Brot: Liegen die Voraussetzungen für ein Vollgewerbe vor, entsteht die Gewerbeberechtigung ex lege zwar auch dann in vollem Umfang, wenn die Behörde lediglich ein Teilgewerbe einträgt. Allerdings muss der Anmelder hier mit weiteren behördlichen Schritten rechnen, sollte er über den Umfang eines Teilgewerbes hinaus tätig werden (nach Auffassung der Behörde betreibt er ein Gewerbe ohne Berechtigung, sofern er über die für das Teilgewerbe erlaubten Tätigkeiten hinausgehend tätig wird). Dies könnte ihm ein Straferkenntnis einbringen. Die Klärung durch Vorlage des Gewerbescheins bzw (bei dessen Fehlerhaftigkeit) durch dessen Anfechtung ist nun nicht mehr möglich. Da es dem Anmelder jedoch nicht zumutbar ist, die Berechtigungsfrage in einem provozierten Strafverfahren klären zu lassen,<sup>56)</sup> wird der fehlende bescheidmäßige Anknüpfungspunkt für individuellen Rechtsschutz im Vorfeld eines Strafverfahrens auf einmal zum Problem, welches – wie unten (IV. A.) noch gezeigt wird – nur einigermaßen mühsam bewältigt werden kann.

Wird ein völlig anderes Gewerbe eingetragen als das angemeldete, erfolgt die Eintragung nicht „auf Grund“ der Anmeldung, sondern lediglich aus deren Anlass, sodass für das eingetragene Gewerbe (dessen Voraussetzungen tatsächlich nicht vorliegen) weder eine Gewerbeberechtigung nach § 5 GewO 1994 entsteht, noch § 363 Abs 4 Satz 2 GewO 1994 Schutz vermittelt.<sup>57)</sup> Insoweit hat der Anmelder allerdings auch gar kein Schutzbedürfnis, da er den Irrtum ohne weiteres erkennen kann. Vielmehr entsteht das Gewerberecht dann aufgrund der Anmeldung ex lege für das angemeldete Gewerbe, welches nicht eingetragen wurde. Die sich daran anschließenden Fragen des Auseinanderfallens von tatsächlicher Rechtslage und Registeranschein entsprechen denjenigen der soeben behandelten Eintragung eines Teilgewerbes statt eines Vollgewerbes.

Es lässt sich damit auch hier festhalten: Von Vereinfachung in Wahrheit keine Spur.

#### **2. Voraussetzungen für Eintragung liegen nicht vor**

Auch in den Fällen, in denen eine Eintragung erfolgt, obwohl die Voraussetzungen für die Entstehung der Gewerbeberechtigung nicht gegeben sind und die Eintragung dabei zusätzlich von der Anmeldung abweicht, hat die Novelle 2002/2003 keine Erleichterung gebracht. Zu denken ist hier etwa an die Konstellation, in der der Gewerbetreibende ein Vollgewerbe anmeldet, die Behörde das Fehlen der Voraussetzungen nicht (vollumfänglich) erkennt und statt eines negativen Feststel-

lungs- und Untersagungsbescheides nach § 340 Abs 3 GewO die Eintragung eines Teilgewerbes veranlasst.

#### **a) Bis zur Novelle 2002/2003: doppelt unrichtiger Gewerbeschein als Rechtsschutzaufhänger**

Bis zur Novelle 2002/2003<sup>58)</sup> war in der vorbeschriebenen Konstellation von einem doppelt unrichtigen Gewerbeschein auszugehen. Doppelt unrichtig, weil er erstens mangels Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen gar nicht hätte ausgestellt werden dürfen, und weil er zweitens von der Anmeldung abweicht. Gleichwohl stellte er in rechtskraftfähiger Weise fest, dass der Anmelder das Teilgewerbe ausüben durfte. Allerdings war der Gewerbeschein gemäß § 363 Abs 1 GewO 1973 bzw 1994 mit Nichtigkeit bedroht. Unter Rechtsschutzgesichtspunkten hatte der Anmelder – der ja davon ausging, die Voraussetzungen für das Vollgewerbe zu erfüllen – die Möglichkeit, den Gewerbeschein anzufechten (auch wenn er damit im Ergebnis erfolglos bleiben musste). Entsprechendes galt für den Fall, dass ein anderes als das angemeldete Gewerbe Gegenstand des Gewerbescheins war: Hier konnte nach § 5 keine Gewerbeberechtigung ex lege entstehen, der Gewerbeschein half aber (bis zur Nichtigklärung durch die Oberbehörde) darüber hinweg. Aus Rechtsschutzperspektive war der Gewerbeschein für den Anmelder auch hier (inhaltlich allerdings erfolglos) anfechtbar.

Wich zudem noch zusätzlich die Eintragung vom (seinerseits fehlerhaften) Gewerbeschein ab, stellte der rechtskräftig gewordene oder für nichtig erklärte Gewerbeschein faktisch die Grundlage für die entsprechende Korrektur des Registers dar.

#### **b) Nach der Novelle 2002/2003: verstärkte Rechtsschutzprobleme**

Nach der Novelle 2002/2003 gibt es auch hier wenig Erfreuliches zu berichten: Zwar ist der Anmelder bei Eintragung eines Teilgewerbes trotz Fehlens der Voraussetzungen bis zur Rechtskraft eines Lösungsbescheides geschützt (§ 363 Abs 4 idgF), da ihm (vorübergehend) die Befugnis entsteht, das Teilgewerbe auszuüben. Nach Wegfall des Gewerbescheins existiert jedoch kein *gesetzlicher* Anknüpfungspunkt mehr für subjektiven Rechtsschutz. Nun ließe sich zwar einwenden, es fehle hier ohnedies am Rechtsschutzbedürfnis, weil der Anmelder durch die behördliche Eintragung bereits mehr (Möglichkeit der Ausübung eines Teilgewerbes) erhalten hat, als ihm mangels Vorliegens der gesetzlichen Gewerbebeitrittsvoraussetzungen zugestanden hätte (nämlich ein negativer Feststellungs- und Untersagungsbescheid). Hiergegen spricht jedoch, dass durchaus Fälle denkbar sind, in denen die Rechtslage weniger klar ist,<sup>59)</sup> als es nach dem genannten Beispiel scheint, sodass ein Klärungsbedürfnis des Anmelders nicht von der Hand zu weisen ist. Der Befund lautet hier also, dass die Novelle 2002/2003 durch den Entfall eines ausdrücklichen gesetzlichen Anknüpfungspunktes für Rechtsschutz zu einer Verschlechterung geführt hat.

Wird ein anderes als das angemeldete Gewerbe eingetragen, entsteht die Berechtigung für das angemeldete Gewerbe nicht aufgrund der Anmeldung, da die Voraussetzungen hierfür fehlen; für das eingetragene Gewerbe hilft § 363 Abs 4 auch hier nicht weiter (siehe oben). In Bezug auf das angemeldete Gewerbe

56) Vgl. VwGH 29. 9. 2009, 2009/21/0260 mwN: „Die Zulässigkeit eines Feststellungsbescheides als notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsvertheidigung ist insbesondere dann zu bejahen, wenn sich Parteien im Falle, als sie die Rechtslage ungeklärt lassen, der Gefahr einer Bestrafung aussetzen. ... Das setzt ... voraus, dass der Partei aufgrund eines erst in der Zukunft zu setzenden Verhaltens die Gefahr einer Bestrafung droht.“ (RS 3); siehe auch VwGH 28. 1. 2008, 2004/10/0044; Nachweise auf die strengere ältere Rsp bei *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts<sup>3</sup> (1984) 136.

57) § 363 Abs 4 Satz 1 dürfte in diesem Fall allerdings im Wege eines Größenschlusses hier erst recht anwendbar sein.

58) Ab 1997, da Teilgewerbe erst mit BGBl I 1997/63 eingeführt wurden.

59) Treffend *Pöschl* (FN 12) FS Raschauer 449: „Anders als in der GewO 1859 fehlt diesem Anwendungsverfahren [s: nach der GewO 1994, BGBl 1994/94 (WW) idF BGBl I 2012/85] heute aber eine wesentliche Funktionsbedingung: Für den Anmelder wird es zunehmend schwerer einzuschätzen, ob er alle Antrittsvoraussetzungen erfüllt.“ Dort im Einzelnen näher ausgeführt.

be stellt sich auch hier das Problem des fehlenden gesetzlichen Anknüpfungspunkts für subjektiven Rechtsschutz.

### C. Säumnis mit der Eintragung

#### 1. Bis zur Novelle 2002/2003: Devolutionsantrag bei unterlassener Ausstellung des Gewerbescheins; Eintragung als faktischer Annex

Blieb die Behörde auf die Anmeldung hin völlig untätig, stellte sich die Säumnisfrage vor der Gewerberechtsnovelle 2002/2003 doppelt: einmal bezüglich der Erzwingbarkeit eines Gewerbescheins, zum anderen hinsichtlich der Erzwingung einer Eintragung in das Gewerberegister. Da die Eintragung in das Register ein schlicht-hoheitlicher Akt ist, konnte sie bereits damals nicht unmittelbar mit Säumnisrechtsbehelfen erreicht werden. Allenfalls wäre eine bescheidförmige Feststellung über das Bestehen eines Eintragungsanspruchs<sup>60)</sup> in Betracht gekommen. Hierüber brauchte man sich jedoch keine ernsthaften Gedanken zu machen, da eine jedenfalls vergleichbare Feststellung im Gewerbeschein enthalten war. War die Behörde mit dessen Ausstellung säumig, stand dem Anmelder der Devolutionsantrag nach § 73 AVG zur Verfügung und gegebenenfalls nachfolgend eine Säumnisbeschwerde an den VwGH, da er einen Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung der Anmeldung hatte. Damit konnte er zwar schon damals die Registereintragung nicht erzwingen (zum Problem aus heutiger Sicht unten IV. A. 2. a), da die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde im Säumnisverfahren lediglich den Feststellungsbescheid (bzw der VwGH ein entsprechendes Erkenntnis) erlassen, nicht aber die Eintragung selber vornehmen konnte;<sup>61)</sup> allerdings konnte eine feststellende Entscheidung<sup>62)</sup> über die Anmeldung erkämpft und auch hier wenigstens davon ausgegangen werden, dass die Autorität einer rechtskräftigen, im Devolutionsweg oder mit Säumnisbeschwerde erwirkten Feststellung über den Erwerb der Gewerbeberechtigung (als Ersatz für den bis dahin verabsäumten Gewerbeschein) ausreichte, um die Eintragung de facto zu veranlassen.

#### 2. Nach der Novelle 2002/2003: Säumnisschutz gegen unterlassenes schlicht-hoheitliches Handeln als zentrales Problem

Seit der Novelle 2002/2003 ist bei den echten Anmeldegewerben eine bescheidförmige Erledigung nur noch bei negativem Prüfungsergebnis vorgesehen.<sup>63)</sup> Die bei einem positiven Prüfungsergebnis vorzunehmende Registereintragung ist demgegenüber nach wie vor als schlicht-hoheitliches Handeln

konzipiert.<sup>64)</sup> Damit aber ragt die zuvor umschiffte Klippe des Säumnisschutzes bei verabsäumter Registereintragung wieder auf. Die Novelle 2002/2003 hat also durch Abschaffung des Gewerbescheins das alte Problem der unterlassenen Erledigung der Anmeldung auf die Frage des Säumnisschutzes gegen unterlassenes schlicht-hoheitliches Handeln verlagert und damit zugleich verschärft.

Die der prozessualen Ebene vorgelagerte Frage,<sup>65)</sup> ob der Anmelder überhaupt ein subjektives öffentliches Recht auf Registereintragung hat, ist auf Grundlage der Schutznormtheorie<sup>66)</sup> jedenfalls seit der Gewerberechtsnovelle 1996<sup>67)</sup> zu bejahen. Es ist nämlich davon auszugehen, dass die Eintragung jedenfalls seit diesem Zeitpunkt zumindest auch den Interessen des Gewerbetreibenden selber zu dienen bestimmt ist; dies gilt jedenfalls, soweit die Daten gemäß § 365e iVm § 365a Abs 1 jedermann zur Verfügung zu stellen sind. Hierfür streitet insbesondere die ErläutRV zur Gewerberechtsnovelle 1996, wenn es dort heißt: „In einer marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsordnung tritt der Unternehmer in Kontakt zu zahlreichen Interessenten ... . Dazu gehören vor allem Lieferanten, gewerbliche Kunden, Konsumenten und Mitbewerber. Er könnte sein Gewerbe daher gar nicht ausüben, wenn er bestimmte personenbezogene Daten geheim halten würde. Er wird im Gegenteil ein Interesse an der Erhöhung seines Bekanntheitsgrades haben. ... Über die im § 365a Abs. 1 genannten Daten kann daher unbeschränkt Auskunft erteilt werden.“<sup>68)</sup>

Es handelt sich bei der Eintragung in das Register somit in den auskunftsfähigen Teilen um eine Verwaltungshandlung, die unter den Bedingungen moderner Erwerbswirtschaft ebenso notwendig zur Erwerbsausübung erscheint wie die Werbung eines Unternehmers für seinen Betrieb. Denn wenn jede Gewerbeberechtigung einzutragen und grundsätzlich auskunftsfähig ist, führt die unterlassene Eintragung unweigerlich zu Misstrauen im Geschäftsverkehr, wenn der potentielle Geschäftspartner den Gewerbetreibenden nicht im Register auffinden kann. Die Berufung auf die gesetzlich entstandene Gewerbeberechtigung wäre nicht geeignet, dieses Misstrauen zu beheben.

Hinzu kommt, dass der Anmelder auch aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit auf eine behördliche Reaktion auf die Anmeldung angewiesen ist. Denn andernfalls bliebe er im Ungewissen, wie sich diese zu seiner Anmeldung positioniert (insbesondere, ob er mit einer Untersagung und einem Verwaltungsstrafverfahren zu rechnen hat). Das Argument, die fehlende Rechtsschutzmöglichkeit sei in diesem Fall unerheblich, weil bei Vorliegen der Voraussetzungen die Gewerbeberechtigung ex lege entstanden ist,<sup>69)</sup> greift daher zu kurz: Das Gesetz sieht vor, dass die Anmeldung jedenfalls ein Tätigwerden der Gewerbebehörde auslöst, anhand dessen der Anmelder erkennen kann, wie die Behörde rechtlich zu seiner Anmeldung steht (entweder durch Eintragung ins Gewerberegister oder durch Feststellungs- und Untersagungsbescheid). Unterlässt die Behörde die gesetzlich vorgeschriebene Handlung, ist nicht einzusehen, weshalb der Anmelder, dessen

60) Dies allerdings erst mit Begründung des öffentlichen Charakters des Registers; solange das Register eine rein verwaltungsinterne Informationssammlung war, bestand bereits kein subjektives Recht auf Eintragung.

61) Da die Eintragung ins Register kein normativer behördlicher Akt, mithin kein Bescheid ist, sondern ein der Ausstellung einer Urkunde vergleichbares schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln, konnte auch damals die Verpflichtung zur Vornahme einer Eintragung nicht auf die Oberbehörde bzw den VwGH übergehen.

62) Dabei hatte die Gewerbeoberbehörde bzw der VwGH den Gewerbeschein nicht selber auszustellen, sondern im Fall, dass die Voraussetzungen für die Erlassung durch die erstinstanzliche Gewerbebehörde vorlagen, bescheidmäßig festzustellen, dass die Gewerbeberechtigung durch Anmeldung entstanden ist, siehe *Rifl* (FN 33) ZfV 1987, 618. Entsprechendes galt für das Konzessionsdekret; auch dieses konnte die Oberbehörde nicht selbst ausstellen, siehe wiederum *Rifl* aaO 616.

63) Beim unechten Anmeldeverfahren ist jedenfalls ein Bescheid vorgesehen, sodass die Säumnisproblematik sich in der oben im Text dargelegten Form allenfalls stellt, wenn die Behörde trotz positiver Feststellung des Vorliegens der tatsächlichen Gewerbevoraussetzungen keine Eintragung vornimmt. Ist die Behörde mit dem Erlass des positiven Feststellungsbescheides säumig, gelten die normalen Säumnisregeln.

64) Ein privatwirtschaftliches Handeln kommt nicht in Betracht, da die Eintragung in das Register keine Handlungsform ist, der sich auch ein Rechtsunterwerfener bedienen könnte [zu diesem Erfordernis siehe etwa *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> (2007) Rz 588].

65) Vgl *Bruno Binder*, Untätigkeit in der Verwaltung, in *Peter Oberndorfer* (Hrsg), Bürger und Verwaltung (1981) 67 (71).

66) Vgl *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>5</sup> (2014) Rz 85 mwN; zur Interpretation nach dem Normzweck auch *Binder* (FN 65) 83 f.

67) BGBl I 1997/10.

68) 47 BgNR 20. GP 21.

69) So *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO<sup>3</sup> (2011) § 340 Rz 16.

Gewerbeausübung regelmäßig mit Investitionen verbunden ist, mit der Ungewissheit und damit mit dem Risiko einer Gewerbeuntersagung und eines Verwaltungsstrafverfahrens soll leben müssen.

In welcher Form hier Rechtsschutz möglich oder gegebenenfalls sogar verfassungsrechtlich geboten ist, hängt maßgeblich vom verfassungsrechtlichen Rechtsschutzrahmen ab.

#### IV. Zentrale Probleme nach der Gewerberechtsnovelle 2002/2003: Rechtsschutzlücken, Nichtigserklärung

Die Gewerberechtsnovelle 2002/2003 hat alte Rechts(schutz)probleme zementiert<sup>70)</sup> und zum Teil verschärft<sup>71)</sup> sowie neue Probleme geschaffen.<sup>72)</sup> Dabei stehen zwei Fragen im Mittelpunkt: (1) Auf welchem Weg können – oder müssen – die aufgezeigten Rechtsschutzlücken geschlossen werden, insbesondere dort, wo das Gesetz seit der Novelle 2002/2003 einen Bescheid jedenfalls nicht mehr ausdrücklich vorsieht? (2) Inwieweit ist der Gewerbetreibende im Falle einer Eintragung in das Gewerbeverzeichnis trotz Fehlens der Voraussetzungen gegen die Löschung der Eintragung geschützt?

##### A. Schließung von Rechtsschutzlücken

###### 1. Verfassungsrechtliche Rechtsschutzvorgaben

In Bezug auf Rechtsschutz kämpfte das Anmeldeverfahren bereits vor der Novelle 2002/2003 mit Schwierigkeiten und Unzulänglichkeiten und ist seither endgültig notleidend geworden. Der wesentliche Grund hierfür liegt darin, dass das Gesetz zwar einerseits im Grundsatz die ex-lege-Entstehung der Gewerbeberechtigung vor Augen hat, andererseits in diesem Zusammenhang aber zugleich ein verfahrensabschließendes schlicht-hoheitliches behördliches Tätigwerden mit Außenwirkung (Eintragung in das Gewerbeverzeichnis) vorsieht, welches bei Fehlerhaftigkeit einen von der grundsätzlichen Gesetzeslage abweichenden Rechtsschein vermittelt und dabei unter Umständen auch noch (nämlich bei fehlenden Gewerbevoraussetzungen) aus Vertrauensschutzgründen eine Gewerbeberechtigung entstehen lässt, ohne aber ein Bescheid zu sein.

Dies wirft die grundsätzliche Frage auf, ob der Gesetzgeber bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Gewerbeverfahrens die verfassungsrechtlichen Rechtsschutzvorgaben noch hinreichend umgesetzt hat. Diese Vorgaben lassen sich auf das Wesentliche zusammengefasst mit *Gerhart Holzinger* und *Walter/Mayer* wie folgt beschreiben: Der Rechtsstaat wird wesentlich konstituiert durch eine „effektive, dh insbesondere durch Kontrollmechanismen gesicherte, positiv-rechtliche Ordnung.“<sup>73)</sup> ... Das verfassungsrechtliche Rechtsschutzsystem ist im Wesentlichen an die Rechtsverwirklichung durch Bescheid geknüpft.<sup>74)</sup> Daraus ist abzuleiten, „dass dem Konzept des B-VG eine Rechtsverwirklichung von der Art zu Grunde liegt, dass auf Grund einer generellen Norm ein individualisierender und präzisierender, normativer Akt (Bescheid) zu ergehen hat

(„Dualismus“), auf Grund dessen dann letztlich der Zwangsakt zu setzen ist. Dieses System der Rechtsverwirklichung muss als der gebotene Regelfall angesehen werden.“<sup>75)</sup>

Diese – insbesondere auf klassische Eingriffssituationen abzielende – Erwägungen bedürfen zwar infolge der Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der damit geschaffenen Möglichkeit der Einführung der sog Verhaltensbeschwerde nach Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG<sup>76)</sup> einer Modifikation (auf lange Sicht dürfte der passgenaue Rechtsschutz gegen schlicht-hoheitliches Handeln eine größere Bedeutung erlangen, als er bislang hat); sie sind aber im Übrigen im Kern nach wie vor gültig. Hieraus ist allerdings nicht zu folgern, dass es dem Gewerbegesetzgeber per se verwehrt wäre, Berechtigungen ex lege entstehen zu lassen. Denn die beschriebene rechtsstaatliche Kaskade kann jedenfalls kein Selbstzweck sein, sondern ist insbesondere auf Rechtsverwirklichung angelegt, was zugleich bedeutet: auf effektive Rechtskontrolle und Rechtsschutz.<sup>77)</sup> Damit ist ein System von ex-lege-Berechtigungen aufgrund Anmeldung soweit und solange vereinbar, wie das Gesetz hinreichende Rechtsschutzmöglichkeiten bietet, um die Entstehung oder Nichtentstehung der Berechtigung in Zweifelsfällen rechtsverbindlich im Einzelfall klären zu lassen. Ein explizites oder implizites Gebot, ein Berechtigungsverfahren in jedem Fall bescheidförmig abzuschließen, lässt sich der Verfassung jedenfalls nicht entnehmen.<sup>78)</sup>

Gleichwohl erfordert das Rechtsstaatsprinzip insbesondere in der Ausprägung durch Art 18 B-VG dort, wo die Verwaltung hoheitlich tätig wird, die Beachtung des Gesetzmäßigkeitsgebots, welches seinerseits durch rechtsstaatliche Rechtsschutzgarantien abgesichert wird. Für die *behördliche* Festlegung von Rechtsfolgen hat die Judikatur des VfGH dies ausdrücklich klargestellt: Das Rechtsstaatsprinzip „bringt ... das Gebot mit sich, die behördliche Festlegung von Rechtsfolgen an eine Form zu knüpfen, die einen verfassungsgesetzlich vorgesehenen Rechtsschutz sowie eine inhaltliche Überprüfung des entsprechenden Aktes ermöglicht.“<sup>79)</sup> Diese Form ist auch nach der Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit jedenfalls in aller Regel der behördliche Bescheid.<sup>80)</sup>

Nun ließen sich hier grundsätzliche Einwände dahingehend erheben, dass die Eintragung in das Gewerbeverzeichnis gerade keine *behördliche* Festlegung von Rechtsfolgen ist, sondern ein schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln, dem der *gesetzliche* Rechtsfolgeneintritt (die Entstehung der Gewerbeberechtigung ex lege) in der Regel vorausgeht oder an die das *Gesetz* (bei Fehlen der Gewerbevoraussetzungen) die Rechtsfolgen

75) *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht (1978) 117.

76) Zur Terminologie siehe *Andreas Hauer*, Der Beschwerdegegenstand im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten und dem VwGH, in *Fischer/Pabell/Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 353 (369 Rz 32) mwN. Zur Rechtstypengebundenheit des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzsystems vgl auch *Adler/Fister*, Zum Beschwerdetypus des Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG, *ecolex* 2014, 763.

77) Zum Rechtsstaat als Rechtsschutzstaat vgl *Binder* (FN 65) 80 f.

78) Dies folgt schon daraus, dass die ex-lege-Entstehung subjektiver Rechte bereits in der GewO 1859 und damit weit vor Inkrafttreten des B-VG bekannt (und sogar der damalige gewerberechtliche Regelfall) war. Es ist daher auch nicht davon auszugehen, dass mit der Einführung des AVG 1925 oder mit der Verschärfung von Art 11 Abs 2 B-VG im Jahre 1975 ein bescheidförmiger Abschluss des Gewerbeverfahrens obligatorisch werden sollte. Die Frage, ob eine behördliche oder eine unmittelbar gesetzliche Festlegung von Rechtsfolgen vorgesehen ist, liegt damit dem AVG voraus und ist durch den Materiengesetzgeber im Rahmen des durch die Verfassung geforderten Rechtsschutzniveaus zu entscheiden; dem AVG lässt sich nur in Ausnahmefällen ausdrücklich entnehmen, dass bescheidmäßig zu entscheiden ist (zB §§ 19, 57), vgl auch *Hengstschläger/Leeb* (FN 66) Rz 420.

79) VfSlg 18.941/2009 mwN; vgl auch *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>10</sup> (2014) Rz 81 a.

80) *Öhlinger/Eberhard* (FN 79) Rz 81a.

70) Stichworte: Fehlendes Rechtsschutzinstrumentarium zur Erzwingung einer korrekten Registereintragung; Schutz vor Entzug einer rechtswidrig erlangten aber (quasi) bestandskräftigen Befugnis zur Gewerbeausübung.

71) Stichwort: Säumnis mit Eintragung.

72) Stichwort: Entfall des gesetzlichen Anknüpfungspunkts für Feststellungsansprüche.

73) *Gerhart Holzinger*, Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren, in *Heinz Mayer ua* (Hrsg), Staatsrecht in Theorie und Praxis – FS Robert Walter (1991) 271.

74) *Holzinger* (FN 73) 283 f, der hier vom Rechtsstaat im formellen Sinne spricht.

des § 363 Abs 4 unabhängig von einem Rechtsfolgenwillen der Verwaltung anknüpft. Dies ändert aber nichts am durch das Rechtsstaatsprinzip begründeten Gebot, die rechtlichen Interessen des Anmelders verfahrensrechtlich abzusichern. Denn andernfalls bestünde zum einen die Gefahr einer Entwertung des ex lege eingeräumten Gewerberechts, wenn dessen Bestehen und Umfang in Zweifelsfällen oder bei Nichtreaktion der Behörde nicht rechtsverbindlich geklärt werden könnte, und zum anderen bliebe das Recht auf Registereintragung wertlos, könnte seine Umsetzung nicht erstritten werden. Den Anmelder darauf zu verweisen, dass sich die Berechtigungsfrage unmittelbar aus dem Gesetz ergibt und er sie sich dementsprechend selbst beantworten kann, würde an der Komplexität der gewerberechtlichen Antrittsvoraussetzungen glatt vorbeigehen. Dementsprechend ist – schon vor dem Hintergrund andernfalls drohender Verwaltungsstrafverfahren – aus rechtsstaatlicher Sicht erforderlich, dass der Anmelder jedenfalls dann, wenn seiner Anmeldung nicht durch anmeldungsgemäße Eintragung entsprochen wird,<sup>81)</sup> eine rechtsverbindliche Klärung der Rechtslage sowie eine korrekte Registereintragung erreichen können muss.

## 2. Folgerungen de lege lata und de lege ferenda

*De lege lata* lassen sich die aufgezeigten Rechtsschutzprobleme nach Abschaffung des bescheidförmigen positiven<sup>82)</sup> Verfahrensabschlusses nur mit einigem argumentatorischen Aufwand lösen. *De lege ferenda* kann die Anfang 2014 in Kraft getretene Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit einen Impuls für Verbesserungen geben.

### a) Rechtsschutz bei unterlassener Registereintragung

Unterlässt die Behörde die gebotene Eintragung in das Gewerbeverzeichnis, bleibt für den Anmelder *de lege lata* mangels einfachgesetzlicher Einrichtung einer Verhaltensbeschwerde nach Art 130 Abs 2 Satz 1 Z 1 B-VG derzeit lediglich der Weg über die Säumnisbeschwerde nach § 73 AVG, die ihrerseits allerdings die Säumnigkeit mit dem Erlass eines Bescheides voraussetzt. Dass die Eintragung als solche keinen Bescheidcharakter hat, stellt den Rechtsanwender daher vor Probleme.

Als Lösungsansatz käme bei oberflächlicher Betrachtung zunächst in Betracht, eine Parallele zu denjenigen Fällen zu ziehen, in denen die Judikatur die Ausfertigung einer Urkunde als besondere Form der Bescheiderlassung eingeordnet hat. Zu nennen ist hier insbesondere die Ausstellung eines Führerscheins nach dem KFG 1967 idF BGBl 1967/267,<sup>83)</sup> aber

auch die Erteilung eines Waffenscheins<sup>84)</sup> oder die Ersichtlichmachung eines Sichtvermerks im Reisedokument gemäß § 7 Abs 6 FrG, BGBl 1992/838 idF 1996/436.<sup>85)</sup> Insoweit könnte (entgegen der gesetzgeberischen Absicht)<sup>86)</sup> die Übersendung des Registerauszugs verfassungskonform als besondere Form der Bescheidausfertigung zu deuten sein, sodass Rechtsschutz in üblicher Form möglich wäre. Dagegen sprechen jedoch grundlegende systematische Unterschiede: Nach der Grundkonzeption der genannten Gesetze hatte die Behörde jeweils auf einen Antrag hin eine regelnde (also normative) Entscheidung zu treffen, sie sollte bei Vorliegen der Voraussetzungen willentlich rechtserzeugend tätig werden. Im Hinblick auf die Eintragung in das Gewerbeverzeichnis stellt sich die Lage jedoch anders dar: Wenn die gesetzlichen Gewerbeantrittsvoraussetzungen vorliegen, entsteht die Gewerbeberechtigung ex lege unabhängig von der Eintragung in das Gewerbeverzeichnis und unabhängig von einem behördlichen Regelungswillen. Wenn die gesetzlichen Gewerbeantrittsvoraussetzungen hingegen nicht gegeben sind, kommt zwar der Eintragung konstitutiver Charakter für die Entstehung des Gewerberechts zu, jedoch wird man der Behörde nicht unterstellen können, dass sie mit der (fälschlich vorgenommenen) Eintragung in das Gewerbeverzeichnis eine regelnde Entscheidung im Sinne der Erzeugung einer Gewerbeberechtigung treffen wollte: Denn wenn die Behörde die Eintragung (objektiv rechtswidrig) veranlasst, geht sie (irrig) davon aus, dass die gesetzlichen Gewerbeantrittsvoraussetzungen vorliegen, die Gewerbeberechtigung mithin in diesem Zeitpunkt bereits entstanden ist.<sup>87)</sup> Das bedeutet also, dass die Berechtigung zur Gewerbeausübung in diesen Fällen

dehnung einer] Lenkerberechtigung in der Weise erledigen wollte, dass die [ausgedehnte] Lenkerberechtigung als Ganzes [mit zeitlicher Beschränkung der Gültigkeit] erteilt werde. Die Behörde habe also eindeutig erkennbar behördlich über den Antrag rechtsverbindlich absprechen wollen. Ablehnend *Kurt Ringhofer*, Was ist und woran erkennt man einen Bescheid?, ZfV 1987, 109 (112 ff): Der Führerschein sei eine besondere Urkunde, da ihre Ausstellung einen behördlichen Willen, nämlich die positive Entscheidung über einen auf den Erwerb der Berechtigung abzielenden Antrag voraussetze. Das aber bewirke, dass sie nicht nur den Bestand der Berechtigung, sondern darüber hinaus auch deren Entstehung dokumentiere. Die Urkunde impliziere auf diese Weise den behördlichen Willensakt, den Bescheid. *Dagegen* zutreffend *Rill* (FN 33) ZfV 1987, 616: „Eine (rechtserzeugende) Willensäußerung (sc: liegt) nur dann vor ..., wenn sich deren Autor gegenüber dem Adressaten geäußert hat (Hervorhebung von C.R.). Der Führerschein kann daher in der derzeitigen behördlichen Praxis (sc: der Praxis von 1987) nur die verwaltungsinterne Willensbildung, ... die Lenkerberechtigung zu erteilen, bestätigen. ... Wenn überhaupt, kann daher der Führerschein nur als Bescheid gelten ..., also nur kraft Fiktion (Hilfskonstruktion) ein Bescheid sein.“ In diesem Sinne bereits *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (1984) 270: Fiktion, dass die Urkunde selbst als Bescheid zu behandeln sei; hierbei handelt es sich allerdings nur um eine Hilfskonstruktion. Nach dem aktuell geltenden § 13 Abs 1 FührerscheinG – FSG, BGBl I 1997/120 idF I 2014/52, stellt sich die Frage in diesem Bereich grundsätzlich (mit Ausnahmen in speziellen Konstellationen) nicht mehr, da die Lenkerberechtigung bereits mit erfolgreicher Absolvierung der praktischen Fahrprüfung als erteilt gilt.

81) Ist der Gewerbetreibende anmeldungsgemäß aber zu Unrecht in das Gewerbeverzeichnis eingetragen worden, entsteht ihm kein Rechtsnachteil, sodass für erzwingbaren subjektiven Rechtsschutz im Hinblick auf Entstehung und Inhalt der Befugnis zur Gewerbeausübung kein Bedürfnis besteht. Er muss zwar mit einem Lösungsverfahren nach § 363 Abs 4 GewO rechnen, steht aber nicht schlechter als bei Ausstellung eines Bescheides, da ein entsprechender Bescheid gemäß § 363 Abs 1 GewO mit Nichtigkeit bedroht wäre und § 364 Abs 4 auf die Voraussetzungen von § 363 Abs 1 GewO verweist. Die Rechtsschutzfrage konzentriert sich hier also auf den Schutz vor Löschung der Eintragung aus dem Register.

82) Die negative Entscheidung hat nach wie vor durch Bescheid zu erfolgen und ist daher in Bezug auf Rechtsschutz unkritisch.

83) So hat der VwGH in VwSlgNF 9698 A/1978 zum KFG 1967 idF BGBl 1967/267 die Bescheidqualität des Führerscheins bejaht, obwohl dieser ausweislich § 71 Abs 1 Satz 1 KFG 1967 lediglich eine Bestätigung über die erteilte Lenkerberechtigung und damit grundsätzlich lediglich eine Wissenserklärung, eine Urkunde war, keine behördliche Willenserklärung mit normativem Inhalt. Als Bescheid sah das Gesetz vielmehr eine zuvor zu erteilende Lenkerberechtigung nach §§ 64 ff KFG 1967 vor. Trotzdem erkannte der VwGH in der Ausstellung des Führerscheins jedenfalls dann, wenn zuvor keine Lenkerberechtigung erteilt wurde, einen die nicht erlassene Lenkerberechtigung ersetzenden Bescheid. Zur Begründung führte der Gerichtshof aus, es könne kein Zweifel daran bestehen, dass die Behörde hiermit den Antrag auf [Aus-

84) VwSlgNF 6807 A/1965. Siehe jetzt § 20 Abs 1 WaffG BGBl I 1997/12 idF 2013/161 für den Waffenpass.

85) G über die Einreise und den Aufenthalt von Fremden (FremdenG – FrG), BGBl 1992/838 idF BGBl 1996/436. Dazu VwGH 29. 2. 1996, 94/18/1109, mit Hinweis auf *Kurt Ringhofer*, Verwaltungsverfahrensgesetze I (1987) 506 f; dagegen sprechen allerdings dieselben Argumente, wie sie von *Rill* (FN 33) ZfV 1987, 616, gegen den Bescheidcharakter des Führerscheins eingewendet wurden. Auch hier kann es also allenfalls um eine Bescheidfiktion gehen. Für § 14 Abs 2 FRG 1997 iVm der FrG-DV siehe auch VwGH 98/08/0330 (wie VwGH 94/18/1109).

86) Vgl den Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Industrie über den Antrag 549/A der Abgeordneten *Dr. Reinhold Mitterlehner*, *Dr. Hannes Bauer*, Kolleginnen und Kollegen betreffend ein G, mit dem die GewO 1994 geändert wird [AB 420 BgNR GP 23 zu Z 69 (§ 363 Abs 4)]: „Da das Verfahren zur Nichtigerklärung grundsätzlich an die Erlassung eines Bescheides anknüpft, muss das neu geregelte Anzeigeverfahren, das eine Eintragung in das Gewerbeverzeichnis ermöglicht, ohne dass die Behörde einen Bescheid erlassen hat, (sc: durch Einfügung einer gesonderten Verweisungsnorm) berücksichtigt werden.“

87) Abgesehen von Fällen des Rechtsmissbrauchs, die aber jedenfalls nicht als Prototyp für die Annahme eines Regelungswillens gelten können.

unabhängig von einem normativen Willen der Behörde ebenfalls ex lege entsteht.

Damit führt der Weg letztlich nur über die Anerkennung eines ungeschriebenen Anspruchs auf Erlassung eines Bescheides, mit dem festgestellt wird, dass der Anmelder infolge der gesetzlichen Entstehung der Gewerbeberechtigung einen Anspruch auf anmeldungsgemäße Registereintragung hat.<sup>88)</sup> Dieser Anspruch dürfte durch die Anmeldung konkludent als „hilfsweise“ geltend gemacht zu behandeln sein,<sup>89)</sup> sollte aber sicherheitshalber<sup>90)</sup> ausdrücklich spätestens dann gestellt werden, wenn sich Untätigkeitsprobleme abzeichnen.

Die Voraussetzungen für einen derartigen Anspruch (strittiges Rechtsverhältnis; Feststellungsbescheid als notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung;<sup>91)</sup> rechtliches Interesse; keine Möglichkeit der Feststellung in anderem, gesetzlich vorgezeichnetem Verfahren; Klarstellung für die Zukunft von Bedeutung)<sup>92)</sup> werden nach den vorstehenden Ausführungen zwar regelmäßig vorliegen.<sup>93)</sup> Allerdings handelt es sich hierbei aus rechtsstaatlicher Sicht eher um ein Feigenblatt: Denn zum einen ist es kein Zeichen gelungener Legistik, wenn Reformen mangels geeigneter Rechtsschutzalternativen aus verfassungsrechtlichen Gründen dazu nötigen, einen Bescheid sozusagen interpretatorisch durch die Hintertüre wieder einführen zu müssen, wo ihn der Gesetzgeber am Hauptausgang hinausbefördert hat. Zum anderen dürfte ein solcher Feststellungsbescheid (mit dem zugleich auch eine feststellende Entscheidung über die Gewerbeberechtigung getroffen wird) nach der Judikatur des VfGH nur so lange zulässig sein, wie die in Frage stehende Tätigkeit noch nicht ausgeübt wird.<sup>94)</sup> Und schließlich ist es

auch vor dem Hintergrund der jüngeren Judikatur des VfGH<sup>95)</sup> verfassungsrechtlich mindestens bedenklich, wenn das subjektive Recht auf (korrekte) Registereintragung nicht durch einen auf das eigentliche Rechtsschutzziel ausgerichteten, gesetzlich vorgesehenen Rechtsbehelf erstritten werden kann.

Eine rechtsstaatlichen Erfordernissen besser entsprechende gesetzliche Regelung müsste in Säumnisfällen zum einen zur Klärung der Gewerbeberechtigung führen, zum anderen sollte der Rechtsschutz so ausgestaltet werden, dass an den Erfolg des Säumnisrechtsbehelfs zumindest eine gesetzliche Verpflichtung der Behörde anschließt, die Eintragung vorzunehmen. Denkbar sind insoweit jedenfalls zwei Wege: Zum einen eine Rückkehr zur (feststellungs)bescheidmäßigen Erledigung, die gegebenenfalls auch den Wirtschaftskammern im übertragenen Wirkungsbereich zugewiesen werden könnte und für die jedenfalls der Gesichtspunkt der Rechtsklarheit sprechen würde. Hieran anschließend könnte beispielsweise eine gesetzliche Verpflichtung der Gewerbebehörde zur Vornahme der Eintragung bei Erfolg einer Säumnisbeschwerde vorgesehen werden.<sup>96)</sup> Will man nicht zurück zum Bescheid, bietet sich anknüpfend an das tatsächliche Element der Eintragung die einfachgesetzliche Schaffung einer Verhaltensbeschwerde nach Art 130 Abs 2 Satz 1 Z 1 B-VG an, wobei etwa § 88 Abs 2 und 4 SPG Pate für eine Neuregelung stehen könnte.<sup>97)</sup> Dass auch ein Unterlassen ein Verhalten iSd Art 130 Abs 2 Satz 1 Z 1 B-VG sein kann, steht soweit ersichtlich außer Streit.<sup>98)</sup> Nachdem gemäß § 53 VwGVG auf die Verhaltensbeschwerde grundsätzlich die Vorschriften über die Beschwerde gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt anwendbar sind, hätte der Ausspruch, dass die Nichteintragung in das Register für rechtswidrig erklärt wird, zur Folge, dass die Behörde gemäß § 28 Abs 6 Satz 2 VwGVG gesetzlich verpflichtet wäre, den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichts entsprechenden Zustand herzustellen, was bedeutet: die Eintragung vorzunehmen.

#### b) Rechtsschutz bei von der Anmeldung abweichender Registereintragung

Ist der Gewerbetreibende in das Register eingetragen worden, weicht die Eintragung aber von der Anmeldung ab, verlagert

88) Die Alternative eines bescheidförmig zu erledigenden Anspruchs auf Erlassung eines Zurückweisungsbescheides [so *Hengstschläger/Leeb* (Hrsg), AVG (2009) § 73 Rz 151] dürfte mit dem tatsächlich verfolgten, diametral entgegengesetzten Rechtsschutzziel nur schwer in Einklang zu bringen sein.

89) Vgl VwSlgNF 16154 A/2003 für den Fall der Säumnis mit der Erledigung eines Antrags auf Ausstellung einer Urkunde unter Hinweis auf *Rill* (FN 33) ZfV 1987, 619. Der dahinterstehende Gedanke bei *Rill* ist, dass dann, wenn die Behörde zu einer negativen Entscheidung gelangt, mit Bescheid zu entscheiden ist. Legt der Betroffene hiergegen Rechtsmittel ein, dann hat die Rechtsmittelinstanz bei Erfolg des Rechtsmittels festzustellen, dass die Gewerbeberechtigung entstanden ist. Nach *Rill* ist nicht einzusehen, weshalb im Säumnisverfahren etwas anderes gelten soll. Nach VfGH enthält der Antrag auf Ausstellung einer Urkunde damit stets auch den Antrag, „die Behörde möge feststellen, dass die Voraussetzungen für die Ausstellung der beantragten Urkunde vorliegen“; vgl *Hengstschläger/Leeb* (FN 88) § 73 Rz 156 mwN; dies allerdings nur unter der Voraussetzung, dass auf das schlicht-hoheitliche Handeln ein Anspruch besteht; vgl auch *Bernhard Raschauer*, Realakte, schlicht hoheitliches Handeln und Säumnisschutz, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit (2011) 265 (279): Antrag auf Vornahme des Realakts bedeutet Fälligkeitstellung des Anspruchs auf den Realakt; im Falle der Säumnis ist Gegenstand der Entscheidung im Säumnisverfahren der Abspruch darüber, ob der Realakt gebührt oder nicht. An letztgenanntem Vorschlag problematisch ist allerdings, dass dadurch der Säumnisinstanz eine Bescheidbefugnis zukäme, die der Ausgangsbehörde nicht zusteht, weshalb *Raschauer* als Mindestvoraussetzung statuiert, dass die Ausgangsbehörde jedenfalls grundsätzlich bescheidbefugt sein muss und das AVG anzuwenden hat. *Konstruktiv* wird man mE daher eher davon auszugehen haben, dass bereits die Ausgangsbehörde zum Erlass eines Feststellungsbescheides verpflichtet ist, wenn sie die Eintragung nicht zeitgerecht (dh binnen der 3-monatigen Entscheidungsfrist nach § 340 Abs 1 Satz 2 GewO 1994 idGF vornimmt). *Faktisch* wird ein solcher positiv ausfallender Feststellungsbescheid seitens der Gewerbebehörden ohnehin kaum je zu erwarten sein.

90) Je nach Lesart kann man bei formalistischer Betrachtung zu dem Ergebnis kommen, dass eine Anmeldung (mangels Hauptantrags im engeren Sinne) nicht zugleich auch einen konkludenten (Hilfs-)Antrag enthält.

91) Auch wenn das eigentliche Rechtsschutzziel (Eintragung) damit nicht unmittelbar erreicht werden kann, dürfte es sich jedenfalls mangels effektiverer Rechtsbehelfe um ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung handeln.

92) Statt vieler: *Hengstschläger/Leeb* (FN 66) Rz 425 mwN.

93) Geht es hingegen lediglich um Falscheintragungen in Bezug auf persönliche Daten, dürfte der datenschutzrechtliche Lösungs- und Berichtigungsanspruch nach § 27 DSGVO 2000 BGBl I 1999/165 idF 2013/183 ausreichen.

94) VfGH 4. 9. 2008, 2008/17/0034, mwN: „Der Verwaltungsgerichtshof geht ... davon aus, dass das Interesse der Rechtsunterworfenen, Klarheit über

die Zulässigkeit bestimmter Tätigkeiten oder Maßnahmen zu erhalten, zur Zulässigkeit der Erlassung von Feststellungsbescheiden führt, wenn die Tätigkeit oder Maßnahme noch nicht aufgenommen wurde oder gesetzt wurde.“ Ob in Bezug auf die Feststellung des Eintragungsanspruchs großzügiger zu entscheiden wäre, weil es hier nicht nur um die Frage der Berechtigung, sondern auch um die Öffentlichkeitswirkung des Registereintrags geht, ist jedenfalls zweifelhaft.

95) VfSlg 18.747/2009: Hier erklärte der VfGH die damalige Ausgestaltung von § 4 Abs 7 BWG (BGBl 1993/532 in der damals gültigen Fassung) als unsachlich und mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar, weil das Gesetz gegen die zum Eingriff in Grundrechte jedenfalls geeignete öffentliche Warnmeldung der Finanzmarktaufsicht (schlicht-hoheitliches Handeln) kein geeignetes Rechtschutzinstrumentarium zur Verfügung stellte, mittels dessen eine Überprüfung und öffentlichkeitswirksame Korrektur einer rechtswidrigen Warnung hätte erreicht werden können.

96) Vergleichbar der behördlichen Richtigstellungspflicht in § 4 Abs 7 BWG idF BGBl I 2013/184. Zu denkbaren weitergehenden Regelungen, die dann eher an eine echte Leistungsklage angenähert wären, siehe unten V.

97) G über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei (SicherheitspolizeiG – SPG), BGBl 1991/566 idF BGBl I 2014/43. Auf einfachgesetzlicher Ebene finden sich verfahrensrechtliche Regelungen für die Verhaltensbeschwerde im G über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (VerwaltungsgerichtsverfahrensG – VwGVG), BGBl I 2013/33 idF 2013/122. Mit diesem Ansatz könnten zugleich die Fälle der abweichenden Registereintragung (unten IV.A.2.b) sowie die unten (V.) zu behandelnden Sonderkonstellationen (mit den dort vorgestellten eventuellen Erweiterungen) in den Griff bekommen werden. Soweit die Beschwerde an ein Unterlassen anknüpft, wäre zu bedenken, dass diese erst nach Ablauf der 3-Monats-Frist des § 340 Abs 1 Satz 2 möglich sein sollte.

98) Siehe nur *Hauer* (FN 76) 369 Rz 32 mwN.

sich die Rechtsschutzfrage von der Eintragung in das Register überhaupt auf die Erzwingung einer inhaltlich korrekten Eintragung.

Auch hier bleibt *de lege lata* als rechtsstaatliche Notlösung lediglich die Anerkennung eines ungeschriebenen Anspruchs auf Feststellung, dass der Anmelder infolge der gesetzlichen Entstehung der Gewerbeberechtigung einen Anspruch auf anmeldungsgemäße Registereintragung (und damit auf Berichtigung des Eintrags)<sup>99)</sup> hat. *De lege ferenda* käme hier ebenfalls eine Rechtsschutzausgestaltung entsprechend den vorstehenden Ausführungen in Betracht.

## B. Schutz gegen Nichtigerklärung

Die weitere hier zu behandelnde Frage der Rechtssicherheit durch Schutz gegen Löschung aus dem Gewerbeverzeichnis bei Unrecht erfolgter Eintragung ist zwar formal, nicht aber in der Sache eine Neuschöpfung der Novelle 2002/2003.<sup>100)</sup> Sie wurde allerdings durch den 2003 eingefügten § 363 Abs 4, der auf die Voraussetzungen des Abs 1 verweist, wieder in den Vordergrund des (insbesondere auch verfassungsrechtlichen) Interesses gerückt. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Durchführung eines Lösungsverfahrens sind relativ gering, reicht es doch bereits aus, dass gemäß § 363 Abs 4 iVm Abs 1 Z 3 „die Frage des Vorliegens der allgemeinen Voraussetzungen gemäß §§ 8 bis 14 für die Ausübung von Gewerben durch den Gewerbeinhaber oder für die Ausübung der Tätigkeit als Geschäftsführer oder Filialgeschäftsführer unrichtig oder der Befähigungsnachweis (§§ 18 und 19) zu Unrecht als erbracht beurteilt worden ist und in allen diesen Fällen der Mangel noch andauert“. Dies wird bei fehlerhafter Eintragung in das Register regelmäßig der Fall sein – gegebenenfalls über lange Zeit hin unbemerkt. Das kann zu der für den Gewerbetreibenden gegebenenfalls existenzbedrohenden Situation führen, dass er das Gewerbe infolge der fehlerhaften Eintragung bereits Jahrzehnte betreibt, die Fehlerhaftigkeit erst dann auffällt<sup>101)</sup> und die Eintragung (und damit zugleich die Gewerbeberechtigung) unter relativ lockeren tatbestandlichen Voraussetzungen beseitigt werden kann. Damit verbinden sich zwei Fragen, nämlich nach den zeitlichen Grenzen der Löschungsmöglichkeit und nach der Auflösung der verfassungsrechtlichen Problematik des § 363 Abs 1.

### 1. Keine starre zeitliche Grenze

Zur ersten Frage: Die GewO sieht auf tatbestandlicher Seite keine starre zeitliche Grenze für die Durchführung eines Lösungsverfahrens vor. Auch verfassungsrechtlich lässt sich eine solche nicht nachweisen, zumal nach älteren Entscheidungen des VfGH die materielle Rechtskraft bzw hier die „Quasirechtskraft“, die § 363 Abs 4 bewirkt, kein allgemein verfassungsrechtlich vorgegebenes Prinzip ist.<sup>102)</sup> Der Faktor

Zeit ist damit lediglich im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen.

### 2. Gebot grundrechtskonformer Gesetzesanwendung

Zur zweiten Frage: Bei dem in § 363 Abs 4 GewO 1994 verwiesenen § 363 Abs 1 GewO 1994 handelt es sich um Anwendungsfälle von durch gesetzliche Vorschrift ausdrücklich mit Nichtigkeit bedrohten Fehlern iSv § 68 Abs 4 Z 4 AVG.<sup>103)</sup> Die Materialien zum AVG 1925 legen allerdings nahe, dass § 68 Abs 4 Z 4 AVG den Materiengesetzgeber lediglich dazu ermächtigen sollte, „die Verletzung *besonders wichtiger* formaler und materieller Vorschriften ausdrücklich mit Nichtigkeit“<sup>104)</sup> zu bedrohen. Dementsprechend werden in der Literatur Vorschriften in den Materiengesetzen, die – wie § 363 Abs 1 GewO 1994 – weitgehende Nichtigkeitsgründe normieren, unter dem Gesichtspunkt von Art 11 Abs 2 B-VG als kritisch eingestuft.<sup>105)</sup> Bei allzu großzügiger Handhabung der Ermächtigung des § 68 Abs 4 Z 4 AVG und damit einem weitgehenden Ausschluss der materiellen Rechtskraft würden zudem – so die Literatur – dem Betroffenen in rechtsstaatlich bedenklicher und auch aus grundrechtlicher Sicht problematischer Weise<sup>106)</sup> einseitig die Folgen einer nicht endgültigen, potentiell rechtswidrigen behördlichen Entscheidung auferlegt, und damit Verantwortlichkeiten ungerechtfertigt überwältigt.<sup>107)</sup> Daher müssten Ausnahmen von dem Grundsatz der materiellen Rechtskraft sachlich fundiert sein und gewichtige Gründe vorliegen, die es rechtfertigen, dem Betroffenen den aus dem Gleichheitssatz folgenden Vertrauensschutz zu versagen, wozu die bloße Rechtswidrigkeit des Bescheides jedenfalls nicht ausreichen könne.<sup>108)</sup>

Diesen berechtigten Bedenken kann im vorliegenden Zusammenhang Rechnung getragen werden, wenn man die niedrige tatbestandliche Nichtigkeitsschwelle<sup>109)</sup> durch entsprechende Sorgfaltsanforderungen im Rahmen der (ausreichend zu begründenden)<sup>110)</sup> Ermessensausübung kompensiert. Auf dieser Linie dürfte auch die Judikatur des VfGH liegen, die fordert, die Behörde habe „im Zuge der Ermessensausübung die nach-

(2007) 27 (43), der der neueren Rsp des VfGH (zB VfSlg 11.865/1988) entnimmt, dass dem einfachen Gesetzgeber bezüglich der Durchbrechung der materiellen Rechtskraft gewisse Grenzen gesetzt sind.

103) ZB VfGH 11. 9. 2013, 2012/04/0146.

104) AB 360 BlgNR 2. GP 21 zum AVG 1925, zit nach *Hengstschläger/Leeb* (FN 88) § 68 Rz 122 (Hervorhebung von C.R.); vgl auch *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts<sup>3</sup> (2003) Rz 668; außerdem *Walter Barfuß*, Gedanken zur materiellen Rechtskraft im österreichischen Verwaltungsrecht, JBl 1974, 293 (302 f mwN).

105) Speziell im Hinblick auf § 363 Abs 1 Z 3 GewO 1994 *Aichlreiter* (FN 101) wbl 1994, 352; grundsätzlicher *Hengstschläger/Leeb* (FN 88) § 68 Rz 122 f; *Öhlinger* (FN 102) 40. Dahinter dürfte die Überlegung stehen, dass zwar das AVG den Materiengesetzgeber zur Normierung von Nichtigkeitsgründen unabhängig von der Erforderlichkeit iSv Art 11 Abs 2 B-VG ermächtigt, weil die allgemeine verwaltungsrechtliche Gesetzgebung sich schwer tut, abschließend für alle Rechtsgebiete diejenigen Fehler herauszukristallisieren, deren Schwere eine Nichtigerklärung rechtfertigt [vgl *Walter/Mayer* (FN 104) Rz 668; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 567]. Das Gesetz sieht eine einheitliche Regelung insoweit also nicht erforderlich an. Bei der Normierung von weniger schwerwiegenden Nichtigkeitsgründen handelt es sich jedoch um eine Abweichung, die nach Art 11 Abs 2 letzter Halbsatz B-VG nur bei Erforderlichkeit gerechtfertigt ist.

106) *Hengstschläger/Leeb* (FN 88) § 68 Rz 124 im Anschluss an *Öhlinger* (FN 102) 42.

107) *Öhlinger* (FN 102) 41 unter Hinweis auf VfSlg 11.196/1986 betreffend den generellen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln; ihm folgend *Hengstschläger/Leeb* (FN 88) § 68 Rz 123 mwN.

108) *Hengstschläger/Leeb* (FN 88) § 68 Rz 124 mwN.

109) Ein spezielles Problem entsteht im Rahmen des § 363 Abs 1 Z 1 dann, wenn die Tätigkeit (wie jüngst vom VfGH für die Wettkundenvermittlung erkannt) nicht nur nicht in den Anwendungsbereich der GewO fällt, sondern darüber hinaus der geregelte Lebensbereich in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt; siehe dazu *Thomas Trentinaglia*, Das Ende der Gewerbeberechtigungen für Wettkundenvermittler, *ecolex* 2014, 569 (570).

110) VfGH 11. 9. 2013, 2012/04/0146.

reiligen Wirkungen des Bescheides in Bezug auf das öffentliche Interesse, das durch die verletzte Norm geschützt ist, gegen allfällige Nachteile, welche die Nichtigerklärung des Bescheides für die rechtlichen Interessen des Betroffenen, der auf die Rechtssicherheit, das heißt auf den durch die Rechtskraft gesicherten Bestand des Bescheides vertraut, mit sich brächte, abzuwägen“.<sup>111)</sup> Daraus folgert der Gerichtshof, es stehe „der Oberbehörde nicht zu, wegen jeder noch so geringfügigen Rechtswidrigkeit, die keine oder nur unbedeutende Auswirkungen auf das geschützte öffentliche Interesse nach sich zieht, in rechtskräftige Bescheide einzugreifen“.<sup>112)</sup> Diese Ausführungen gelten für das Lösungsverfahren nach § 363 Abs 4 GewO 1994 entsprechend und laufen auf das Gebot verhältnismäßigen, insbesondere grundrechtskonformen Gesetzesvollzugs hinaus.<sup>113)</sup> Berücksichtigt man weiter, dass die Behörde ihr Ermessen im Sinne des Gesetzes auszuüben hat (vgl Art 130 Abs 3 B-VG) ist daher in jedem einzelnen Fall zunächst herauszuarbeiten, welcher Gesetzesverstoß in concreto vorliegt, welches Interesse die verletzte Norm schützen soll und ob der Verstoß so schwerwiegend ist, dass das Interesse des Betroffenen am Bestand des status quo dahinter zurückstehen muss. Als grobe Orientierung kann dabei zunächst die Überlegung dienen, ob die Vorschrift, die Anlass für die Einleitung eines Lösungsverfahrens war, der Qualitätssicherung, dem Gläubigerschutz oder reinen Ordnungsinteressen<sup>114)</sup> dient. Will die Behörde die Verletzung bloßer Ordnungsvorschriften zum Anlass eines Lösungsverfahrens nehmen, wird sie eine höhere Rechtfertigungslast haben als bei Verletzung von Gläubigerschutz- oder Qualitätssicherungsvorschriften. Darüber hinaus wird ein Lösungsverfahren umso eher möglich sein, je größer die abstrakte Gefahr für die Allgemeinheit ist, der mit einer Vorschrift begegnet werden soll.<sup>115)</sup> Gegenläufig ist zu beachten, wie lange der Betroffene das Gewerbe mittlerweile ausübt und ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass sich Gefahren, denen die nicht erfüllte Vorschrift begegnen sollte, bereits konkret realisiert haben. Je mehr Zeit ins Land gegangen ist, umso eher wird von einem Lösungsverfahren abzusehen sein, wenn die Gewerbeausübung im Übrigen unauffällig, sprich: in der Sache fachgerecht, erfolgt ist. Gegebenenfalls kann dem Betroffenen vor der förmlichen Einleitung eines Lösungsverfahrens Gelegenheit zu geben sein, eine bereits vorhandene Befähigung noch nachzuweisen sowie gegebenenfalls eine fehlende Qualifikation noch zu erwerben. Weiter wird zu beachten sein, ob der Betroffene den Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen ohne große Mühe selbst erkennen konnte, oder ob dazu Fachwissen<sup>116)</sup> erforderlich ist. Und schließlich können zur Gewichtung der gegenläufigen Interessen auch Wertungen aus anderen Vorschriften der GewO heranzuziehen sein. So

hat es der VwGH zum Nachteil des Gewerbetreibenden (eines Nicht-EU-Mitgliedstaates) unbeanstandet gelassen, dass die Behörde zur Begründung des öffentlichen Interesses an der Löschung aus dem Gewerbeverzeichnis mit der Wertung des § 88 GewO argumentiert hat.<sup>117)</sup> Als Beispiel für eine zugunsten des Gewerbetreibenden heranzuziehende Wertung mag § 26 GewO 1994 dienen: Liegen die Voraussetzungen vor, unter denen die Behörde eine Nachsicht zu erteilen hätte, spricht dies dafür, dass das private Bestandsinteresse das öffentliche Lösungsinteresse überwiegt.

Was den Rechtsschutz gegen den Lösungsbescheid betrifft, gilt bezüglich der Ermessenskontrolle durch das Verwaltungsgericht erster Instanz, dass das jeweilige LVwG (Art 131 Abs 1 B-VG) bei reformatorischer Entscheidung unter den Voraussetzungen von § 28 Abs 2 VwGVG nicht auf die Prüfung der ordnungsgemäßen Ermessensausübung (im Sinne der Ermessensfehlerlehre) durch die Behörde beschränkt ist, sondern das LVwG seine *eigene Ermessensentscheidung* an die Stelle der behördlichen zu setzen hat. Für das Revisionsverfahren beim VwGH ist zu differenzieren: Soll allein die Ermessensausübung des LVwG zum Anlass für eine Aufhebung oder Abänderung des mit der Revision angefochtenen Erkenntnisses genommen werden, ist dies nur im Falle eines *Ermessensfehlers* möglich, andernfalls das erstinstanzliche Erkenntnis (jedenfalls aus diesem Grunde) nicht rechtswidrig ist (arg e Art 133 Abs 3 B-VG). Liegt ein solcher Ermessensfehler (und damit inhaltliche Rechtswidrigkeit) jedoch vor oder leidet das erstinstanzliche Erkenntnis an einem sonstigen Aufhebungsgrund gemäß § 42 VwGG und kann der VwGH gemäß § 42 Abs 4 VwGG in der Sache selbst entscheiden, hat er dieselben Vorschriften anzuwenden, wie das Verwaltungsgericht erster Instanz (§ 62 Abs 2 VwGG) und damit auch ein gesetzlich vorgesehenes *Ermessen selbst auszuüben*.<sup>118)</sup>

## V. Sonderfälle Wertpapiervermittler, Versicherungsvermittler

Abschließend soll noch eine Konstellation näher beleuchtet werden, die soweit ersichtlich erstmals von *Magdalena Pöschl*<sup>119)</sup> (auch) aus verfassungsrechtlicher Sicht für den Bereich der Wertpapiervermittler problematisiert worden ist, und die entsprechend auch für Versicherungsvermittler besteht.

Mit der Novelle BGBl I 2011/99 reagierte der Gesetzgeber auf die Erschütterungen durch die seit 2008 aufgekeimte Finanzkrise, indem er das System der Anlageberatungsberufe neu regelte. Dazu verwandelte er das bis dahin freie Gewerbe des Finanzdienstleistungsassistenten in das neue, reglementierte Gewerbe Wertpapiervermittler (§ 94 Z 77), ohne dieses allerdings (vollständig) den sonst für reglementierte Gewerbe geltenden Antrittsbestimmungen zu unterwerfen. Vielmehr machte er

111) Wie vorherige FN.

112) VwGH 11. 9. 2013, 2012/04/0146 (RS 2); hierzu grundsätzlich quer *Alfred Grof*, Ermessensentscheidung der Oberbehörde bei Nichtigerklärung eines Bescheides gemäß § 68 Abs 4 AVG?, ZfV 1984, 380, der in den Fällen des § 68 Abs 4 AVG von einer gebundenen Entscheidung ausgeht; dagegen *Michael Schaden*, Räumt § 68 Abs 4 AVG der Oberbehörde Ermessen ein?, ZfV 1985, 20.

113) Vgl VwGH 22. 10. 2001, 2001/19/0018: „Der Grundsatz der möglichststen Schonung erworbener Rechte statuiert ein Gebot der Verhältnismäßigkeit des Eingriffes in erworbene Rechte.“

114) Vgl *Potacs* (FN 101) 8.

115) So wird die Löschung eines zu Unrecht eingetragenen Baumeistergewerbes bei fehlendem Befähigungsnachweis wegen des mit der Ausübung verbundenen hohen Gefährdungspotentials (vgl etwa VfSlg 16.734/2002) unter dem Gesichtspunkt der Gefahren für die Allgemeinheit eher möglich sein als die Löschung im Zusammenhang etwa mit dem Buchbinder- oder dem Schuhmachergewerbe.

116) Zu denken ist hier etwa an das Erfordernis eines Anerkennungsverfahrens nach §§ 373c ff.

117) VwGH 11. 9. 2013, 2012/04/0146: Gem § 88 Abs 1 hat die Gewerbebehörde (gebundene Entscheidung!) die Gewerbeberechtigung zu entziehen, wenn sich der Gewerbeinhaber nicht mehr zulässigerweise in Österreich aufhält. Der VwGH folgte im Wege des Größenschlusses, dass die in § 88 normierten öffentlichen Interessen umso mehr für den Fall gelten, dass sich der Gewerbeinhaber niemals legal in Österreich aufgehalten hat, und leitete hieraus ferner ab, dass es sich hierbei nicht um eine geringfügige Rechtswidrigkeit handelt. Daher wies er die Beschwerde gegen den Lösungsbescheid ab.

118) Statt vieler: *Andreas Hauer*, Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts<sup>3</sup> (2014) Rz 459 ff.

119) *Pöschl* (FN 12) FS Raschauer 454 ff.

den Gewerbeantritt von der Eintragung in das Gewerbeverzeichnis abhängig (§ 136b Abs 2 Satz 2).<sup>120)</sup>

In vergleichbarer Weise sieht § 137c Abs 3 GewO 1994 (von der Literatur wenig beachtet bereits seit BGBl I 2004/131) vor, dass der Anmelder eines Versicherungsvermittlungsgewerbes (§ 94 Z 76)<sup>121)</sup> mit der Gewerbeausübung erst ab dem Zeitpunkt der Eintragung in das Versicherungsvermittlerregister beginnen darf. Die Regelung in § 137c geht auf die RL 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. 12. 2002 über Versicherungsvermittlung zurück, aus der im Ergebnis folgt, dass die Registereintragung als Gewerbeantrittsvoraussetzung unionsrechtlich vorgegeben ist.<sup>122)</sup>

In beiden Fällen kommt der jeweiligen Registereintragung damit auch bei Vorliegen der übrigen Antrittsvoraussetzungen konstitutive Wirkung für die Entstehung der Gewerbeberechtigung zu.

Nimmt die Behörde die Eintragung gesetzwidrig nicht vor, kann der Anmelder somit keinen Anspruch auf Feststellung, dass die Gewerbeberechtigung aufgrund der Anmeldung ex lege entstanden ist, haben.<sup>123)</sup> Aber auch ein bescheidmäßig zu erledigender Anspruch auf Feststellung, dass die gewerberechtlichen Voraussetzungen für die Eintragung gegeben sind, hilft ihm nur begrenzt, da er weder hierdurch noch durch ein allfälliges gerichtliches Erkenntnis unmittelbar zur Gewerbeberechtigung gelangt, das Verwaltungsgericht die Eintragung nicht selber vornehmen oder beauftragen kann<sup>124)</sup> und die Behörde infolge des Erkenntnisses auch nicht explizit gesetzlich zur unverzüglichen Eintragung verpflichtet ist. Das bedeutet letztlich, dass der Gewerbeanmelder bei Säumnis der Behörde hier keine wirklich effektive Möglichkeit hat, die Gewerbeberechtigung gerichtlich zu erstreiten. Er kann allenfalls darauf hoffen, dass die Behörde auf ein ihm günstiges Feststellungserkenntnis hin tätig wird und die Eintragung vornimmt. Mag dies in Fällen, in denen die Gewerbeberechtigung auch ohne Eintragung bereits ex lege aufgrund der Anmeldung entstanden ist, rechtsstaatlich noch hinnehmbar sein, muss anderes gelten, wo die Berechtigung zum Gewerbeantritt gerade auch von

der Eintragung abhängt. Eine verfassungskonforme Lösung erscheint hier *de lege lata* nicht möglich,<sup>125)</sup> vielmehr ist eine Neuregelung dringend erforderlich. Soweit die konstitutive Wirkung der Eintragung erhalten bleiben soll,<sup>126)</sup> bietet sich hier noch mehr als bei anderen Gewerben die Einrichtung einer an die (unterlassene/fehlerhafte) Eintragung anknüpfende Verhaltensbeschwerde gemäß Art 130 Abs 2 Satz 1 Z 1 B-VG (dazu bereits oben IV.A.2.a) an. Über § 53 iVm § 28 Abs 6 VwGVG hinaus wäre hier zudem aus Klarstellungsgründen eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung der Behörde zu empfehlen, infolge eines rechtskräftigen stattgebenden Erkenntnisses unverzüglich die Eintragung vorzunehmen. Dies dürfte aus rechtsstaatlicher Sicht jedenfalls so lange ausreichend sein, wie davon ausgegangen werden kann, dass die Gewerbebehörden die an das Erkenntnis anknüpfende gesetzliche Handlungsanordnung befolgen. Andernfalls wäre an eine Regelung zu denken, nach der das Verwaltungsgericht zur Entscheidung in der Sache selbst ermächtigt ist und ihm in Anlehnung an § 63 Abs 2 VwGG zugleich die Befugnis eingeräumt wird, eine Verwaltungsbehörde mit der Vollstreckung des Erkenntnisses zu beauftragen. Damit wäre allerdings deutlich der Weg in Richtung Leistungsklage eingeschlagen.<sup>127)</sup>

## VI. Fazit

Mit der Abschaffung des Gewerbebescheins durch die Gewerbeberechtigungsnovelle 2002/2003 hat der Gesetzgeber kaum eine Verfahrensvereinfachung erreicht, sondern stattdessen alte Rechtsschutzprobleme zementiert oder verschärft sowie neue geschaffen. Gesetzesinterpretation kann dies zum Teil nur mit einigen Mühen auffangen. Eine befriedigende Lösung bedarf neuerlichen gesetzgeberischen Tätigwerdens. Will man nicht generell zum bescheidmäßigen Verfahrensabschluss zurück, ist die Einrichtung einer Verhaltensbeschwerde gegen eine unterlassene oder von der Anmeldung abweichende Registereintragung das Mittel der Wahl.

Die Regelungen für die Gewerbe der Wertpapiervermittler sowie der Versicherungsvermittler, die die Entstehung der Gewerbeberechtigung bei Vorliegen der Gewerbeantrittsvoraussetzungen von einer Registereintragung abhängig machen, ohne dass der Anmelder diese Eintragung im Rechtsschutzweg effektiv durchsetzen kann, entsprechen nicht den verfassungsrechtlichen Rechtsschutzvorgaben. Auch hier wäre die Verhaltensbeschwerde ein geeigneter Ansatz, der jedenfalls die Einhaltung der rechtsstaatlichen Mindestanforderungen an einen effektiven Rechtsschutz sichern könnte.

120) Entsprechend die Anordnung in § 136a Abs 4 Satz 2 GewO 1994, soweit gewerbliche Vermögensberater (§ 94 Z 75 GewO 1994) Wertpapiervermittlung betreiben.

121) Oder des (sensiblen) Gewerbes der gewerblichen Vermögensberatung (§ 95 Z 75 GewO 1994) bezüglich Lebens- und Unfallversicherung, vgl § 136a Abs 1 Z 2 lit c. Hier bedarf es zusätzlich eines rechtskräftigen Bescheides gem § 340, vgl RV 616 BlgNR 22. GP 12.

122) Danach sind gem Art 3 Abs 1 Versicherungs- und Rückversicherungsvermittler bei der zuständigen Behörde einzutragen, wobei die Eintragung von der Erfüllung der beruflichen Anforderungen nach Art 4 der RL abhängig gemacht wird. Darüber hinaus haben die Mitgliedstaaten gem Art 8 der RL angemessene Sanktionen für den Fall vorzusehen, dass eine Person, die die Tätigkeit des Versicherungs- oder Rückversicherungsvermittlers ausübt, nicht in einem Mitgliedstaat eingetragen ist. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Eintragung in das Register als Gewerbeantrittsvoraussetzung unionsrechtlich gefordert ist. Die konkrete – hier: mangels adäquater Rechtsschutzmöglichkeiten verfassungswidrige – Ausgestaltung des Eintragungsverfahrens und des damit zusammenhängenden Rechtsschutzes ist dem nationalen Gesetzgeber indes nicht vorgegeben.

123) Denn die Anmeldung bewirkt hier nicht die ex-lege-Entstehung des Gewerbebescheins.

124) Das Gericht entscheidet zwar in Säumnisfällen gem § 28 Abs 7 VwGVG „durch Erkenntnis in der Sache selbst“, die an es herangetragene Sache kann aber lediglich der unterlassene behördliche Feststellungsbescheid sein, wie sich aus Abs 7 Satz 1 („auftragen, den versäumten Bescheid ... zu erlassen“) ergibt (Hervorhebung von C.R.). Allenfalls dann, wenn die Behörde einen Antrag auf Feststellung des Vorliegens der Eintragungsvoraussetzungen abgewiesen hätte und das Verwaltungsgericht erster Instanz diesen Bescheid aufhob, ergäbe sich aus § 28 Abs 5 VwGVG mittelbar die Verpflichtung zur Vornahme der Eintragung, wenn sich dem Erkenntnis unzweideutig entnehmen ließe, dass das Gericht die Voraussetzungen für die Eintragung für gegeben hält. Da das Gericht in diesem Fall aber bereits gem § 28 Abs 2 VwGVG in der Sache selbst zu entscheiden hätte, könnte § 28 Abs 5 VwGVG allenfalls analog angewendet werden.

125) Für § 136b Abs 2 Satz 2 daher zutreffend Pöschl (FN 12) 455.

126) Was jedenfalls für § 137c aufgrund des in FN 122 geschilderten unionsrechtlichen Hintergrundes plausibel erscheint.

127) Vgl Clemens Jabloner, Art 132 B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (9. Lfg, 2009) Rz 45 f.



### Der Autor:

Ass.-Prof. Dr. Carsten Roth  
Institut für Öffentliches Wirtschaftsrecht  
Johannes Kepler Universität Linz  
Taubenmarkt 1  
A-4020 Linz  
E-Mail: Carsten.Roth@jku.at

Foto privat