

Gedanken zur Frage, ob Gemeinden bei interkommunaler Zusammenarbeit eine Gewerbeberechtigung benötigen bzw. bei welchen Ausformungen.

Vom österreichischen Städtebund wurde an mich die Frage herangetragen, ob Gemeinden eine Gewerbeberechtigung benötigen, wenn sie im Rahmen interkommunaler Zusammenarbeit entgeltlich Tätigkeiten für andere Gemeinden – sei es in hoheitsrechtlichen oder privatrechtlichen Angelegenheiten – erbringen. An Tätigkeiten werden als Beispiel die Schneeräumung genannt, bei der die Gemeinde mit dem eigenen Gerät und dem eigenen Personal in der Nachbargemeinde Schnee räumt, oder die Lohnverrechnung, wo eine Gemeinde mit eigenem Personal auch die Mitarbeiter einer anderen Gemeinde verrechnet. In beiden Fällen wird ein Entgelt für die Leistung erbracht.

Nachstehende Fallkonstellationen sind denkbar:

a. Gemeindeverband:

Die Gemeinden, die in Form einer interkommunalen Zusammenarbeit kooperieren wollen, schließen sich zu einem Gemeindeverband zusammen.

Art. 116a B-VG lautet:

(1) Zur Besorgung einzelner Aufgaben des eigenen Wirkungsbereiches können sich Gemeinden durch Vereinbarung zu Gemeindeverbänden zusammenschließen. Eine solche Vereinbarung bedarf der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Die Genehmigung ist durch Verordnung zu erteilen, wenn eine dem Gesetz entsprechende Vereinbarung der beteiligten Gemeinden vorliegt und die Bildung des Gemeindeverbandes

1. im Falle der Besorgung von Aufgaben der Hoheitsverwaltung die Funktion der beteiligten Gemeinden als Selbstverwaltungskörper nicht gefährdet,
2. im Falle der Besorgung von Aufgaben der Gemeinden als Träger von Privatrechten aus Gründen der Zweckmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Interesse der beteiligten Gemeinden gelegen ist.

(2)

(3) Soweit Gemeindeverbände Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde besorgen sollen, ist den verbandsangehörigen Gemeinden ein maßgebender Einfluss auf die Besorgung der Aufgaben des Gemeindeverbandes einzuräumen.

(4) Die Landesgesetzgebung hat die Organisation der Gemeindeverbände zu regeln, wobei als deren Organe jedenfalls eine Verbandsversammlung, die aus gewählten Vertretern aller verbandsangehörigen Gemeinden zu bestehen hat, und ein Verbandsobmann vorzusehen sind. Für Gemeindeverbände, die durch Vereinbarung gebildet worden sind, sind weiters Bestimmungen über den Beitritt und Austritt von Gemeinden sowie über die Auflösung des Gemeindeverbandes zu treffen.

Das NÖ Gemeindeverbandsgesetz, LGBL 1600-4, führt diese Verfassungsbestimmung wie folgt näher aus:

§ 2

Bildung von Gemeindeverbänden

(1) Die Bildung eines Gemeindeverbandes kann durch Vereinbarung (2. Abschnitt) ... erfolgen.

§ 4

Vereinbarung

(1) Zur Besorgung einzelner Aufgaben des eigenen Wirkungsbereiches können sich Gemeinden durch Vereinbarung zu Gemeindeverbänden zusammenschließen. Eine solche Vereinbarung bedarf der Genehmigung der Aufsichtsbehörde.

(2) Eine Vereinbarung hat die übereinstimmenden Willenserklärungen der beteiligten Gemeinden auf Bildung eines Gemeindeverbandes und die Satzung zu enthalten.

(3) Folgende Änderungen der Vereinbarung bedürfen gleichfalls übereinstimmender Willenserklärungen der jeweils betroffenen Gemeinden und der Genehmigung (§ 22) der Aufsichtsbehörde:

-- Änderung des Aufgabenbereiches (§ 5 Z. 3)

-- Änderung des Kostenersatzes (§ 5 Z. 5).

§ 5

Satzung

(1) Die Satzung hat zu enthalten:

1. Name und Sitz des Gemeindeverbandes,
2. Namen der beteiligten Gemeinden,
3. Bezeichnung der gemeinsam zu besorgenden Aufgaben,
4. Organe des Gemeindeverbandes,
5. Regelung des Ersatzes der Kosten (Personal- und Sachaufwand), die aus der Besorgung der Verbandsaufgaben erwachsen,
6. Regelung der vermögensrechtlichen Ansprüche der verbandsangehörigen Gemeinden gegenüber dem Gemeindeverband und der Haftung für Verbindlichkeiten,
7. Regelung der näheren Voraussetzungen für den Fall des Ausscheidens einer verbandsangehörigen Gemeinde aus dem Grunde, dass ihr eine weitere Verbandszugehörigkeit wirtschaftlich nicht zugemutet werden kann; insbesondere sind die wechselseitigen vermögensrechtlichen Ansprüche und die Haftung für Verbindlichkeiten des Gemeindeverbandes zu regeln,
8. Bestimmungen über die Auflösung des Gemeindeverbandes, die Abwicklung bestehender Dienstverhältnisse und die Verwendung des Vermögens des Gemeindeverbandes aus diesem Anlass.

§ 17

Kostenersätze

(1) Zur Deckung des Aufwandes des Gemeindeverbandes sind zunächst die Einnahmen heranzuziehen, die ihm aus der Besorgung seiner Aufgaben zufließen. Der durch diese Einnahmen nicht gedeckte Aufwand ist von den verbandsangehörigen Gemeinden zu ersetzen.

(2) Der Kostenersatz ist in der Satzung zu regeln, wobei darauf Rücksicht zu nehmen ist, daß der vollständige und rechtzeitige Ersatz der Kosten durch die verbandsangehörigen Gemeinden gewährleistet wird. Die Satzung kann Vorauszahlungen in angemessener Höhe vorsehen.

(3) Die Aufteilung des nicht gedeckten Aufwandes (Abs. 1) hat unter Berücksichtigung

1. des Nutzens, den die einzelnen verbandsangehörigen Gemeinden aus der Besorgung von Aufgaben durch den Gemeindeverband ziehen,
2. der Anzahl der für die einzelnen verbandsangehörigen Gemeinden anfallenden Verwaltungsakte,
3. des Verhältnisses der Einwohnerzahlen der verbandsangehörigen Gemeinden,
4. der Finanzkraft der verbandsangehörigen Gemeinden oder
5. des Verhältnisses der Größe der verbandsangehörigen Gemeinden zu erfolgen.

Aus diesen Bestimmungen geht daher klar hervor, dass die Bildung von Gemeindeverbänden im Rahmen der interkommunalen Zusammenarbeit zulässig, ja geradewegs erwünscht ist. Der Gemeindeverband erledigt in weiterer Folge keine „fremden Geschäfte“, sondern ist ausschließlich mit der Besorgung von Aufgaben, zu deren Erledigung er gebildet wurde, betraut. Hier liegt keine gewerbliche Tätigkeit im Sinne des § 1 GewO vor. Unter den Begriff der gewerbsmäßigen Tätigkeit fallen alle jene Tätigkeiten nicht, die zur Befriedigung des Eigenbedarfes des Handelnden gesetzt werden (VwGH 20.10.1999, ZI 99/04/122). Die Finanzierung des Gemeindeverbandes erfolgt gemäß der

Vereinbarung, die seiner Gründung zugrunde liegt. Hier ist der Aufteilungsschlüssel fest zu legen, etwa bei Schneeräumung die zu reinigenden Straßenkilometer, bei Lohnverrechnung die Anzahl der Mitarbeiter.

Somit stellt der Gemeindeverband eine geeignete Form dar, interkommunale Zusammenarbeit auszuüben. Das Verfahren zur Bildung eines Gemeindeverbandes ist – zumindest in NÖ – nicht aufwändiger als die Gründung eines Vereins oder einer GmbH.

b. Verwaltungsgemeinschaft:

Neben der Form des Gemeindeverbandes, der verfassungsrechtlich abgesichert ist, bieten die Landesgesetze, zumeist die Gemeindeordnung, noch die Möglichkeit eine Verwaltungsgemeinschaft zu bilden.

§ 14 NÖ Gemeindeordnung Verwaltungsgemeinschaft

(1) Gemeinden desselben Verwaltungsbezirkes können sich auf Grund übereinstimmender Gemeinderatsbeschlüsse in Angelegenheiten des eigenen und des vom Land übertragenen Wirkungsbereiches zur gemeinschaftlichen Geschäftsführung zusammenschließen (Verwaltungsgemeinschaft). Ein solcher Zusammenschluss bedarf der Genehmigung der Landesregierung, wenn es sich um Angelegenheiten des vom Land übertragenen Wirkungsbereiches handelt.

(2) Die Genehmigung nach Abs. 1 ist zu versagen, wenn die Satzung den Vorschriften des § 15 nicht entspricht und die Errichtung der Verwaltungsgemeinschaft nicht im Interesse der Vereinfachung und Verbilligung der Geschäftsführung der Gemeinden gelegen sowie die Erfüllung der gemeinsam zu führenden Aufgaben nicht gewährleistet ist.

(3) Gegen den Willen auch nur einer Gemeinde kann eine Verwaltungsgemeinschaft, sofern diese zur Erfüllung bestimmter Aufgaben (Abs. 1) oder zur Vereinfachung und Verbilligung der Geschäftsführung der Gemeinden notwendig ist, durch Verordnung der Landesregierung errichtet werden. § 15 gilt sinngemäß.

(4) Die Selbständigkeit der Gemeinden wird durch den Zusammenschluss zu einer Verwaltungsgemeinschaft nicht berührt. Die Verwaltungsgemeinschaft hat das erforderliche Personal und die erforderlichen Sachmittel bereitzustellen. Sie besitzt insoweit Rechtspersönlichkeit. Die gemäß § 15 Z. 3 in der Satzung zu bezeichnenden Geschäfte sind im Namen der jeweils zuständigen Gemeinde unter der Leitung und Aufsicht des Bürgermeisters dieser Gemeinde zu führen.

(5) Die mit der gemeinschaftlichen Geschäftsführung verbundenen Kosten (Personal- und Sachaufwand) sind von den beteiligten Gemeinden entsprechend dem in der Satzung festgelegten Beitragsverhältnis zu tragen. Vollstreckbare Kostenanteile sind auf Antrag der Verwaltungsgemeinschaft von der Bezirksverwaltungsbehörde im Verwaltungswege einzubringen.

(6) Der Zusammenschluss zu einer Verwaltungsgemeinschaft sowie ihre Auflösung ist tunlichst mit dem Beginn des Haushaltsjahres (§ 72) festzusetzen. Der Zusammenschluss und die Auflösung sind im Landesgesetzblatt zu verlautbaren.

(7) Die Bestimmungen dieses Gesetzes über die Gemeindeaufsicht finden auf die Verwaltungsgemeinschaft sinngemäße Anwendung.

§ 15

Satzung der Verwaltungsgemeinschaft

Bei Errichtung einer Verwaltungsgemeinschaft nach § 14 ist durch den Gemeinderat der beteiligten Gemeinden die Satzung der Verwaltungsgemeinschaft zu beschließen. Die Satzung hat zu enthalten:

1. die Namen der beteiligten Gemeinden;
2. Name, Sitz, Geschäftsführung und Vertretung der Verwaltungsgemeinschaft;
3. die Bezeichnung der gemeinsam zu führenden Geschäfte;
4. die Bestellung des gemeinsamen Personals;
5. das Verfahren bei Aufnahme und Ausscheiden von Gemeinden;

6. das Beitragsverhältnis der beteiligten Gemeinden zu den Kosten (Personal- und Sachaufwand) der gemeinschaftlichen Geschäftsführung und
7. die Vermögenseinandersetzung bei Auflösung der Verwaltungsgemeinschaft und die Bedingungen des Ausscheidens einzelner Gemeinden.

Die Besonderheit dieser Konstruktion besteht in 2 Bereichen.

Einerseits dürfen sich nur Gemeinden des selben Verwaltungsbezirkes zu einer Verwaltungsgemeinschaft zusammenschließen, was aber zwingend einen Ausschluss der Statutarstädte bedeutet, da diese einen Verwaltungsbezirk bilden.

Zweitens kommt den Verwaltungsgemeinschaften eigene Rechtspersönlichkeit nur bezüglich Personal und Sachmittel zu. Die Verwaltungsgemeinschaft wird nicht im eigenen Namen tätig sondern werden die Geschäfte im Namen der zuständigen Gemeinde geführt. Auch hier liegt also keine gewerbliche Tätigkeit sondern nur eine Besorgung eigener Aufgaben vor. Allerdings muss die Leistung mit Personal oder Sachmitteln der Verwaltungsgemeinschaft besorgt werden. Hier kann nicht eine Gemeinde für die andere Leistungen erbringen.

Als Beispiel seien eine Verwaltungsgemeinschaft „Bädergemeinschaft“, Abwasser- und Wasserversorgungsgemeinschaften genannt.

Der große Unterschied zum Gemeindeverband besteht in der weniger förmlichen Art der Gründung, insbesondere aber der Änderung der Verwaltungsgemeinschaft. Beim Gemeindeverband muss jede Satzungsänderung aufsichtsbehördlich genehmigt werden, bei der Verwaltungsgemeinschaft (in NÖ) lediglich die Gründung, Satzungsänderungen sind nicht mehr genehmigen zu lassen. Damit ergibt sich eine freie Gestaltung.

c. privatrechtliche Formen:

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob auch bei der Wahl privatrechtlicher Formen der interkommunalen Zusammenarbeit keine Gewerbeberechtigung erforderlich ist. Die GewO 1994 sieht für Gemeinden bzw. für kommunale Aufgaben keine grundsätzliche Ausnahme von ihrem Geltungsbereich vor. Näher betrachtet werden soll allerdings folgender Ausnahmetatbestand

§ 2 Abs. 1 Ziff 10 GewO 1994:

10. die zur Berufsausübung zählenden und in deren Rahmen vorgenommenen Tätigkeiten der Rechtsanwälte, Notare, Verteidiger in Strafsachen, Ziviltechniker, Patentanwälte, Versicherungstechniker, Wirtschaftstreuhänder und Börsesensale, den Betrieb von autorisierten Untersuchungs-, Erprobungs- und Materialprüfungsanstalten und den Betrieb von akkreditierten (zugelassenen) Prüf-, Überwachungs- und Zertifizierungsstellen und von öffentlichen Wäg- und Messanstalten sowie die Tätigkeiten sonstiger Personen oder Anstalten, die von der Behörde hiefür besonders bestellt und in Pflicht genommen wurden, die Revision und die damit im Zusammenhang ausgeübte Beratung von Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und ihnen gleichgestellten Vereinen, alle Auswanderungsgeschäfte.

Zu dieser Bestimmung wird im Kommentar zur GewO, Graber Stolzlechner Wendl, 2. Auflage unter RZ 29 zu § 2 festgehalten: *Diese Ausnahmen sind nach herkömmlichen Verständnis Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung erfasst, die auf Privatpersonen, juristische Personen des Privatrechts oder Anstalten übertragen wurden; in der verwaltungsrechtlichen Literatur ist regelmäßig von Beleihung die Rede. Die Aufgabenübertragung erfolgt zumeist durch bescheidförmige Bestellung/Ermächtigung oder auf sonstige Art und Weise („in Pflicht genommen“); Behörde kann eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde sein. Beispielfhaft verwiesen sei etwa auf die Beistellung nichtamtlicher Sachverständiger gem. § 52 Abs 2 AVG oder von gerichtlich beeideten Sachverständigen.*

Ein weiteres Beispiel ist die Aufstellung technischer Normen: Gem § 1 NormenG kann der BMWA einem Verein („Österreichisches Normungsinstitut“), dessen Zweck die Schaffung und Veröffentlichung von (technischen) Normen und dessen Tätigkeit nicht auf Gewinn gerichtet ist, die Befugnis verleihen, die von ihm geschaffenen Normen als „Österreichische Normen“ zu bezeichnen. – Vgl ferner etwa die (bescheidmäßig vorzunehmende) Ermächtigung von Vereinen oder von zur Reparatur von Kraftfahrzeugen berechtigten Gewerbetreibenden zur Vornahme von besonderen Überprüfungen (§ 56 KFG) durch den LH gem. § 57 Abs. 4 KFG; ferner etwa die Ermächtigung zur wiederkehrenden Begutachtung von Kraftfahrzeugen gem. § 57a Abs 2 KFG; weiters die Bestellung von sachverständigen Fahrprüfern gem. § 34 Abs. 1 FSG.

Wenn die nicht über Anforderung der Gerichte entfaltete Sachverständigentätigkeit nicht mehr in untergeordnetem Umfang erfolgt bzw wenn diese Sachverständigentätigkeit den Charakter einer hauptberuflichen Tätigkeit hat, dann kann eine solche Privatgutachtertätigkeit nicht auf die Bestellung als gerichtlich beeideter Sachverständiger gestützt werden; vielmehr würde dann je nach Art der Gutachtertätigkeit eine entsprechende Gewerbeberechtigung erforderlich sein (Protokoll der Bundes-Gewerbereferententagung 1989, Pkt 5, ebenso Prot 2000, Pkt 3).

Was belehnte Unternehmen sind, hat der VfGH in folgenden Erkenntnissen umrissen:

VfGH B514/04, 14.12.2004: „Daran ändert der Umstand nichts, dass mit der Einhebung der Beiträge der KSVF betraut ist, weil der Fonds in dieser Funktion als beliehenes Unternehmen tätig wird, die fraglichen Beiträge somit für den Bund und nicht von vornherein für fremde Rechnung eingehoben werden“.

VfGH G121/03, 2.10.2003: Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis VfSlg. 14.473/1996 ("Austro-Control GmbH") ausgeführt, dass bloß "vereinzelte Aufgaben" zur hoheitlichen Besorgung an ausgegliederte Rechtsträger übertragen werden dürfen. Er hat dann jene Aufgaben, die dem ausgegliederten Unternehmen übertragen wurden und jene, die bei den staatlichen Organen verblieben sind, gegeneinander abgewogen und kam zu dem Schluss, dass die Ausgliederung verfassungsrechtlich zulässig war, weil keine Kernaufgaben übertragen wurden und bei Gesamtbetrachtung gewichtige Aufgaben bei den staatlichen Organen verblieben sind. Hierbei war von besonderem Gewicht, dass "vor allem auch alle im LFG [Luftfahrtgesetz] vorgesehenen Verordnungserlassungskompetenzen beim zuständigen Bundesminister" verblieben.

Daraus folgt, dass die Übertragung der Befugnis zur Erlassung genereller Normen an einen Beliehenen verfassungsrechtlich besonders sensibel ist. Dennoch hat die Verfassung - wie oben dargetan – die Übertragung der Verordnungserlassung an einen Beliehenen nicht schlechthin ausgeschlossen. Bewegt sich eine solche Übertragung der Aufgaben jedoch in einem Kerngebiet der Staatsaufgaben, wie den außenpolitischen Beziehungen zu anderen Staaten, so ist dies verfassungsrechtlich nicht mehr gedeckt.

Werden daher behördliche Aufgaben an ein beliehenes Unternehmen übertragen, so ist dessen Tätigkeit von den Bestimmungen der GewO Kraft gesetzlicher Anordnung ausgenommen.

Als Beispiele für beliehene Unternehmen seien genannt:

Das Österreichische Institut für Bautechnik (OIB) ist ein nach österreichischen vereinsrechtlichen Bestimmungen gegründeter gemeinnütziger Verein, der mit hoheitlichen (behördlichen) Aufgaben betraut ist (beliehenes Unternehmen). Vereinsmitglieder sind die neun Bundesländer. Der Verein hat seinen Sitz in Wien.

Der Verein, dessen Tätigkeit nicht auf Gewinn gerichtet ist, bezweckt die Wahrnehmung gemeinsamer Interessen der Länder im Bereich der Bautechnik. Die Tätigkeit des Vereines ist auf Kostendeckung ausgerichtet.

Unter Bedachtnahme auf die jeweils geltende Gesetzeslage sind folgende Aufgaben zu besorgen: die Anerkennung (Akkreditierung) von Prüf-, Überwachungs- und Zertifizierungsstellen für Bauprodukte gemäß Art 6 der Vereinbarung der Länder gemäß Art 15a B-VG über die Zusammenarbeit im Bauwesen; die Erteilung der europäischen technischen Zulassung gemäß Art 10 der Vereinbarung der Länder gemäß Art 15a B-VG über die Zusammenarbeit im Bauwesen; die Koordinierung der Arbeit von Ausschüssen für die Erstattung technischer Gutachten für die Harmonisierung von Bauvorschriften; die Koordinierung der Interessen der Vereinsmitglieder im Rahmen der Arbeit nationaler und internationaler – insbesondere europäischer – technischer Gremien und Vereinigungen technischer Stellen für Bauprodukte und im Bereich des technischen Normenwesens, insbesondere durch die Vorbereitung, Koordinierung und Mitwirkung bei der Ausarbeitung bautechnischer Regelungen auf europäischer Ebene sowie durch die Koordinierung und Mitwirkung bei der nationalen und internationalen Normung sowie durch die Koordinierung und Mitwirkung im europäischen Gremium der Zulassungsstellen; die Durchführung des Verfahrens zur Feststellung, ob die Verwendung von Bauprodukten, für die keine europäischen technischen Spezifikationen vorliegen, als konform mit den österreichischen Vorschriften oder mit ausländischen nationalen Vorschriften gelten kann (Sonderverfahren nach Art 16 EG-Bauproduktenrichtlinie, die aufgrund des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum, Anhang II, Abschnitt XXI – Bauprodukte – 389 L 0106: Richtlinie 89/106/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über Bauprodukte, Abl Nr L 40 vom 11. Februar 1989, S 12, anzuwenden ist); die Führung eines jeweils auf dem letzten Stand befindlichen Verzeichnisses aller in Österreich gültigen oder abgelehnten Zertifizierungen und europäischen technischen Zulassungen sowie der in Österreich akkreditierten Überwachungs- und Prüfstellen sowie der österreichischen Zertifizierungsstellen und weiters die jährliche Veröffentlichung einer Liste über erteilte österreichische technische Zulassungen; die Anregung, Begutachtung und Betreuung von bautechnischen Untersuchungen, insbesondere von Bauforschungsaufträgen, sowie die Auswertung von Bauforschungsberichten (in diesem Zusammenhang liegt derzeit eine fast unterzeichnungsfertige Vereinbarung nach Art 15a B-VG vor, in der sich die Länder verpflichten, keine näheren oder abweichenden Regelungen zu den in der Vereinbarung festgelegten bautechnischen Anforderungen aufrecht zu erhalten oder neu zu erlassen) sowie die Mitwirkung bei der Erteilung der österreichischen technischen Zulassung (Anfragebeantwortung des Salzburger Landtages 6. Session der 12. Gesetzgebungsperiode, Nr. 46 der Beilagen zum stenographischen Protokoll des Salzburger Landtages)

GIS Gebühren Info Service GmbH:

Als beliehenes Unternehmen (eine Außenstelle des Bundesministeriums für Finanzen mit dem Recht, über Anträge zu entscheiden und Inkassos durchzuführen) kommt der GIS im Zusammenhang mit der Einbringung der Rundfunkgebühren eine ganze Reihe von Aufgaben zu:

- **eine gezielte Öffentlichkeitsarbeit mit dem Ziel, die Anzahl der Teilnehmer weiterzuentwickeln und dadurch mehr Aufkommensgerechtigkeit zu schaffen**
- **die Erfassung der Rundfunkteilnehmer auch auf Grundlage von Meldedaten**
- **die Aufforderung zur Abgabe einer Mitteilung, dass an einem Standort keine Rundfunkempfangseinrichtungen betrieben oder betriebsbereit gehalten werden**

- nötigenfalls die Veranlassung der Einbringung von Gebühren im Verwaltungsweg
- die Abrechnung der eingehobenen Gebühren, Abgaben und Entgelte und
- deren Weiterleitung an Bund, Länder und ORF
- die Entscheidung über Anträge auf Befreiung von den Rundfunkgebühren und auf Zuschussleistung zum Fernsprechentgelt

(Quelle: Homepage der angeführten Gesellschaft)

Die Wiener Börse AG: Die Leitung und Verwaltung der Wiener Börse erfolgte bis 1998 durch die öffentlich-rechtliche Börsekammer, seit April 1998 wird die Wiener Börse von einem privaten Unternehmen verwaltet. Die Wiener Börse AG wird dabei in Teilbereichen (etwa der Zulassung von Wertpapieren) als beliehenes Unternehmen behördlich tätig (Quelle Homepage der angeführten Firma)

Weitere Beispiele wären die e-control GmbH, die Österreichische Nationalbank, die ÖKO-Energie AG, das Österreichische Netzwerk Mediation.

Für den Gemeindebereich kommen als beliehene Unternehmen die Rauchfangkehrer bezüglich der Feuerbeschau in Frage.

Übereinstimmend ist also festzuhalten, dass beliehene Unternehmen nur im Bereich der Hoheitsverwaltung, nicht aber im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung tätig werden können. Die Möglichkeit eine hoheitliche Aufgabe an ein beliehenes Unternehmen zu übertragen bedarf aber nach herrschender Lehre einer gesetzlichen Grundlage.

Es stellt sich nunmehr die weitere Frage, wer beliehener Unternehmer sein kann. Der Verfassungsgerichtshof hat hiezu keine eindeutige Antwort gegeben, die Lehre geht davon aus, dass nur private Rechtsträger beliehen werden können (Walter Mayer, Bundesverfassungsrecht 9. Auflage RZ 551). Dies würde aber bedeuten, dass Gebietskörperschaften oder Körperschaften öffentlichen Rechts ausgeschlossen wären. Eine nähere Begründung hiefür wird nicht angeführt. Andererseits führen Walter-Mayer aus, dass der Gleichheitsgrundsatz (nur) österreichischen Staatsbürgern und inländischen juristischen Personen ein subjektives Recht gewährt. So auch der Verfassungsgerichtshof VfSlg 13.404. Bei konsequentem Weiterdenken des Gleichheitssatzes steht dieser auch den Körperschaften öffentlichen Rechts zu. Tatsächlich sind in NÖ die Freiwilligen Feuerwehren als Körperschaften öffentlichen Rechts eingerichtet. In § 5 Abs.3 des NÖ Feuerwehrgesetzes wird normiert, dass für den Fall, dass in einer Gemeinde keine Feuerwehr besteht, sie mit einer Nachbargemeinde vereinbaren kann, dass deren Feuerwehr (en) die ihr gesetzlich obliegenden Aufgaben der örtlichen Feuerpolizei erfüllen. Hier ist also von dem beliehenen Unternehmen Feuerwehr, somit einer beliehenen Körperschaft öffentlichen Rechts auszugehen. Nachdem dieses Gesetz Rechtsbestand darstellt, im Gesetzwerdungsverfahren auch das Bundeskanzleramt keine verfassungsrechtlichen Bedenken geäußert hat, ist von dessen Rechtskonformität auszugehen.

Ergebnis:

Übertragen Gemeinden hoheitliche Aufgaben auf beliehene Unternehmen, dies können auch Körperschaften öffentlichen Rechts, also Gemeinden sein, so sind gemäß § 2 Abs. 1

Ziff 10 GewO die Bestimmungen der Gewerbeordnung auf diese beliebigen Unternehmen nicht anzuwenden, sie benötigen keine Gewerbeberechtigung.

Privatwirtschaftsverwaltung:

Bei Aufgaben, die der Privatwirtschaftsverwaltung zugerechnet werden, unterliegen die Gemeinden den selben Regelungen, wie eine juristische Person des Privatrechtes. Hier ist demnach zu untersuchen, ob die Tätigkeit im Sinne des § 1 GewO gewerbsmäßig ausgeübt wird.

Gewerbsmäßig wird eine Tätigkeit ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Allein die Gewinnerzielungsabsicht ist Voraussetzung, ob tatsächlich ein Gewinn erzielt wird, ist irrelevant. Ertrag oder sonstiger wirtschaftlicher Vorteil ist jede wirtschaftlich positive Wirkung, namentlich die Erzielung eines geldlichen Gewinns, aber auch sonstige den Geschäftszielen dienliche positive Effekte, wie z.B. Festigung bestehender Geschäftsbeziehungen, Vergrößerung des Kreises der Kunden, Steigerung des Bekanntheitsgrades Verbesserung der Kreditwürdigkeit (Grabler Stolzlechner Wendl, RZ 10 zu § 1) Auch bloß mittelbarer Gewinn wäre gewerbebegründend. Wenn Waren zum Selbstkostenpreis verkauft werden ist dennoch Gewerbsmäßigkeit anzunehmen, wenn die gesamte Tätigkeit auf Gewinn gerichtet ist (VwGH 12.1.1963, 2761/50). Die anbietende Gemeinde, und nur auf sie wird abgestellt, wird daher auf die Gewinnerzielungsabsicht zu prüfen sein. Bietet sie die Leistung zum Selbstkostenpreis an, so wird keine Gewinnerzielungsabsicht anzunehmen sein, da die kommunale Tätigkeit nicht auf Gewinn für die Gebietskörperschaft ausgerichtet ist bzw. ausschließlich oder großteils über Steuern und Abgaben finanziert wird. Die Judikatur des VwGH zeigt auch, dass die Gewinnerzielungsabsicht nicht auf das einzelne Geschäft, den einzelnen Vertrag, sondern vielmehr auf den gesamten Geschäftszweig auszurichten ist.

Aus den oben dargestellten Gründen wird daher für die Verrichtung von Tätigkeiten von einer Gemeinde für eine andere Gemeinde, sofern nur die Selbstkosten verrechnet werden, keine Gewerbeberechtigung notwendig sein.

Verein:

Wie ist der Fall zu beurteilen, wenn ein Verein gegründet wird, der nur Adressen von Gemeinden an andere Gemeinden bekannt gibt, die bestimmte Tätigkeiten ausführen?

Auch hier ist die Prüfung wie oben beschrieben durchzuführen. Nachdem anzunehmen ist, dass der Verein für die Adressenvermittlung (Tippgeber) kein Entgelt lukriert, sondern sich ausschließlich über Mitgliedsbeiträge finanziert, liegt wiederum keine gewerbliche, weil nicht auf Gewinn gerichtete Tätigkeit vor.

Die Gewerbeordnung hat allerdings in Bezug auf Vereine, getrieben durch die Umgehungshandlungen im Gastgewerbe, allgemein formulierte Spezialregelungen erlassen, die Vereinshandeln oftmals als gewerbliche Tätigkeit erscheinen lassen.

Gemäß § 1 Abs. 6 GewO liegt bei Vereinen gemäß dem Vereinsgesetz 1951 die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auch dann vor, wenn die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist und diese Tätigkeit - sei es mittelbar oder unmittelbar - auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist. Übt ein Verein gemäß dem Vereinsgesetz 1951 eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fiele, öfter als einmal in der Woche aus, so wird vermutet, dass die Absicht vorliegt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Nun ist aber die Gründung des Vereins ausschließlich darauf gerichtet, dass die Mitgliedsgemeinden

einen Vermögensvorteil erwirtschaften. Die Auftragnehmergemeinde will ihre Arbeitskräfte besser auslasten und dadurch die Produktivität steigern, die Auftraggebergemeinde erhofft sich durch die Auslagerung der Tätigkeit eine Ersparnis. Bleibt die Frage zu klären, ob die Auftragnehmergemeinde das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist. Hier wird der Verein der Prüfung unterzogen und nicht die beteiligten Gemeinden. Nachdem der Verein nicht nach außen hin auftritt, wahrscheinlich auch kein eigenes Vereinslokal besitzt fehlt eine wesentliche Kennzeichnung des Gewerbebetriebes, nämlich die Publizität. Dies war aber bei den Anlassfällen der Gesetzgebung, nämlich Ausländervereine in Form von Gastgewerbebetrieben gegeben. Daher wird auch die Tätigkeit eines Vereins als Tippgeber bzw. Vermittler von Anbietern und Abnehmern keine Gewerbeberechtigung benötigen.

Anders wird der Fall zu beurteilen sein, wenn der Verein selbst Tätigkeiten ausführt, also wenn selbst ein Fuhrpark angeschafft ist, Garagen betrieben werden, KfZ serviciert werden. Hier wird auch das äußere Erscheinungsbild auf einen Gewerbebetrieb schließen lassen.

Gewerbebetrieb:

Anders ist der Fall zu beurteilen, in dem von der erbringenden Gemeinde tatsächlich eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt, betrieblich agiert wird. Als Beispiel sei die Fernwärmeversorgung genannt, das (bereits bisher) als Gewerbebetrieb agierende Fernwärmeunternehmen benötigt natürlich auch für den Betrieb einer Zweigstelle in einer anderen Gemeinde eine Gewerbeberechtigung, ebenfalls ein Bestattungsunternehmen, das auch in einer anderen Gemeinde tätig wird und eine weitere Betriebsstätte begründet. Hier ergeben sich aber keine Unterschiede zu den bereits derzeit bestehenden Vorgangsmustern.

HINWEIS:

UWG

Gemäß § 1 UWG stellt der Betrieb einer genehmigungspflichtigen Betriebsanlage ohne Vorliegen einer entsprechenden Genehmigung einen Verstoß gegen die guten Sitten dar (OGH 18.12.1990, 4 Ob 158/90), der durch einstweilige Verfügung gemäß § 24 UWG beendet werden kann. Gleiches gilt für das Anbieten gewerblicher Tätigkeiten ohne Gewerbeberechtigung (OGH 27.11.2001, 4 Ob 259/01). Die Erfahrung hat hiebei gezeigt (Tankstelle des Wirtschaftshofes in St. Pölten und Villach), dass die Gerichte im Verfahren nach dem UWG auch Bescheide des BMWA negieren bzw. die Rechtsfrage anders lösen, die Bindungswirkung bzw. Trennung von Justiz und Verwaltung nicht leben. Damit ist aber die größte Gefahr für die interkommunale Kooperation nicht ein allfälliges Verfahren vor einer Verwaltungsbehörde sondern das Einschreiten des Vereins gegen unlauteren Wettbewerb, der aufgrund einer Beschwerde eines (gewerblichen) Mitbewerbers eingeschaltet wird. Hier wäre allenfalls an den Fuhrwerksunternehmer, der die Schneeräumung durchführen kann und darf zu denken, der sich durch die Nachbargemeinde unterboten fühlt, weil hier in den Selbstkostenpreis die Anschaffung des Gerätes nicht eingerechnet wurde oder die gewerbliche Buchhalterin, die ihrem Mitarbeitern einen anderen Lohn zu zahlen hat, als die öffentliche Hand oder arbeitszeitrechtlich andere Bestimmungen einzuhalten hat. Hier wird eine Quersubventionierung unterstellt, die ebenfalls zur Erlassung einstweiliger Verfügungen hinreicht.

§ 2 Abs. 13 GewO:

Für in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallende Tätigkeiten, die ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung ausgeübt werden, gelten die die Ausübung dieser Tätigkeit regelnden Vorschriften dieses Bundesgesetzes oder von auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnungen sinngemäß. Normen der kollektiven Rechtsgestaltung, die für Arbeitsverhältnisse zu

Arbeitgebern gelten, welche ihre Tätigkeiten auf Grund von Gewerbeberechtigungen ausüben, haben auch für Arbeitsverhältnisse zu jenen Arbeitgebern Geltung, welche diese Tätigkeiten ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung ausüben.

Aufgrund dieser Bestimmung ist festzuhalten, dass bei Erbringung von Leistungen, die eine Gewerbeberechtigung voraussetzen, unabhängig vom Vorliegen einer solchen, das ASchG aber auch die Kollektivverträge anzuwenden sind. Damit schafft man aber in Wirklichkeit zwei Klassen von Bediensteten, die eine, die nur Aufgaben der „eigenen“ Gemeinde erledigt, diese unterliegen ausschließlich den landesrechtlichen Bestimmungen wie Bedienstetenschutzgesetz, Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetz oder Gemeinde-Beamtendienstrechtsgesetz. Für jene Bediensteten, die auch im gewerblichen Bereich tätig sind, haben daneben die Kollektivverträge Anwendung zu finden, dies bedeutet, dass jeweils die günstigere Regelung aus den beiden Rechtsquellen zu beachten ist. Nachdem der gewerbliche Bereich als Betrieb einer Gemeinde im Sinne des § 10 Abs. 1 Ziff 2 ASchG anzusehen ist, unterliegen die in diesem Bereich beschäftigten ArbeitnehmerInnen dem ASchG und den darauf erlassenen Verordnungen, insbesondere der AStV. Hier sind diverse Anforderungen an Arbeitsstätten festgelegt, die über die bautechnischen Bestimmungen der Bauordnungen hinausgehen bzw. abweichen. Auch ist im ASchG eine Anpassung der Arbeitsstätten an den Stand der Technik, somit eine Durchbrechung der Rechtskraft, vorgesehen, der in den Bauordnungen oftmals fehlt. Hier kann daher ein wesentlicher Anpassungsbedarf des Gemeindeamtes oder des Wirtschaftshofes entstehen. Zur Prüfung ist dann auch der Arbeitsinspektor zuständig, der als Bundesorgan tätig wird.

§ 74 Abs. 2 GewO:

Daneben stellt die Baulichkeit, die den gewerblichen Betrieb beherbergt auch eine gewerbebehördliche Betriebsanlage dar. Selbst wenn die Betriebsanlagengenehmigung im Sinne des § 74 Abs. 6 GewO durch eine Anzeige ersetzt werden kann, bleibt die Verpflichtung der Anpassung an den Stand der Technik im Sinne des § 79 GewO. Hier können erhebliche Kosten für die Gemeinde erwachsen, die nicht unberücksichtigt bleiben sollen. Insbesondere das unterschiedliche Beurteilungsmaß von Immissionen der Gewerbeordnung im Vergleich zu den Bauordnungen soll herausgestrichen werden.

Zusammenfassung:

Die interkommunale Kooperation ist wichtig und geeignet, die Kosten für notwendige Arbeiten der Gemeinden durch Schaffung größerer Einheiten zu senken. Im Hinblick auf die Schwierigkeiten, die bei privatrechtlichen Konstruktionen auftreten können bzw. werden, erscheint der von der Bundesverfassung vorgezeichnete Weg der Bildung von Gemeindeverbänden durch Vertrag, mit Billigung der Aufsichtsbehörde, aus gewerberechtllicher Sicht der sicherste Weg zu sein. Der Gemeindeverband benötigt für die satzungsmäßige Ausführung der Arbeiten, für die er gebildet wurde, keine Gewerbeberechtigung.