

# TE Lvwg Erkenntnis 2020/3/29 LVwG- 2020/32/0595-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.03.2020

## Entscheidungsdatum

29.03.2020

## Index

50/01 Gewerbeordnung

## Norm

GewO 1994 §348

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Ing. Mag. Herbert Peinstingl nach dem Erlassen der Beschwerdeverentscheidung des Bürgermeisters der Stadt Z vom 24.02.2020, \*\*\*, aufgrund des Antrages der Tiroler Wirtschaftskammer vom 02.03.2020 auf Vorlage der Beschwerde vom 13.01.2020 gegen den Feststellungsbescheid des Bürgermeisters der Stadt Z vom 12.12.2019, \*\*\*, betreffend eine Angelegenheit nach der Gewerbeordnung 1994

zu Recht:

1. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, wonach der angefochtene Feststellungsbescheid vom 12.12.2019 dahingehend abgeändert wird, als dass der Antrag vom 26.09.2019 mit dem Einlaufvermerk der belangten Behörde vom 27.09.2019 auf Feststellung, „dass die von der AA GmbH, FN \*\*\*, angebotenen Leistungen in den Bereichen der Freizeitbetreuung und Schulassistentz (Organisation, Koordination und Durchführung der Freizeitbetreuung und Schulassistentz insbesondere an Volksschulen, Neue Mittelschulen, Sonderschulen in Tirol inklusive Förderabwicklung mit dem Bund und dem Land Tirol nicht der Gewerbeordnung unterliegen“, als unzulässig zurückgewiesen wird.
2. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

### I. Verfahrensgang und Sachverhaltsfeststellungen:

Mit dem Anbringen vom 26.09.2019, eingegangen bei der belangten Behörde am 27.06.2019, hat die AA GmbH, vertreten durch die Rechtsanwälte BB, Adresse 1, Z (in der Folge als Antragstellerin bezeichnet), die im obigen Spruch angeführte Feststellung beantragt. Hilfsweise wurde die amtswegige Feststellung angeregt.

Mit der Email vom 02.10.2019 hat die belangte Behörde unter Bezugnahme auf § 348 Abs 2 GewO 1994 die Tiroler Wirtschaftskammer Tirol (WK Tirol) im Rahmen des Anhörungsrechtes zu einem Gutachten eingeladen. In dieser Email weist die belangte Behörde darauf hin, dass derzeit davon ausgegangen wird, dass diese Tätigkeit von der Gewerbeordnung ausgenommen ist.

Mit dem Gutachten vom 12.11.2019, sohin innerhalb von 6 Wochen nach der Aufforderung durch die belangte Behörde, führt die WK Tirol zu ihrem Standpunkt, wonach die Tätigkeit der Gewerbeordnung unterliegt, aus.

Dazu wurde die Antragstellerin durch die belangte Behörde zur Stellungnahme eingeladen, welche mit dem Schriftsatz vom 22.11.2019 vorliegt. Darin wird die Gewerbsmäßigkeit bestritten.

In der Folge erging der nunmehr angefochtene Feststellungsbescheid vom 12.12.2019, mit dem unter Nennung der §§ 333 GewO 1994 und § 56 AVG im Spruch die Feststellung getroffen wird, dass die gegenständliche Tätigkeit nicht der Gewerbeordnung 1994 unterliegt.

Dieser Feststellungsbescheid wurde auch der WK Tirol übermittelt (laut Postrückschein am 16.12.2019)

Gegen diesen Bescheid hat die WK Tirol mit dem Schriftsatz vom 13.01.2020, eingegangen am 13.01.2020, sohin jedenfalls innerhalb der 4-wöchigen Beschwerdefrist, Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Tirol erhoben. Darin wird im Hinblick auf die behauptete Gewerbsmäßigkeit der gegenständlichen Tätigkeit ausgeführt.

Mit der Beschwerdeverentscheidung vom 24.02.2020 wurde die Beschwerde als unzulässig zurückgewiesen. Begründend führt die belangte Behörde aus, dass kein Feststellungsbescheid nach § 348 GewO 1994 erlassen worden sei. Vielmehr sei eine bescheidmäßige Feststellung in Ansehung der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergangen.

In ständiger Rechtsprechung führt der Verwaltungsgerichtshof nämlich aus, dass eine derartige Feststellung nur dann zulässig ist, wenn sie entweder im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder wenn eine gesetzliche Regelung zwar nicht besteht, die Erlassung eines solchen Bescheides aber im öffentlichen Interesse liegt oder, wenn sie insofern im Interesse einer Partei liegt, als sie für die Partei ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung darstellt. Dieses rechtliche Interesse ist nur dann gegeben, wenn dem Feststellungsbescheid im konkreten Fall die Eignung zukommt, ein Recht oder Rechtsverhältnis für die Zukunft klarzustellen und dadurch eine Rechtsgefährdung des Antragstellers zu beseitigen.

Nach Ansicht der belangten Behörde liegen die Voraussetzungen zur Erlassung eines Feststellungsbescheides vor. Eine Parteistellung der WK Tirol sein in diesem Verfahren jedoch nicht gegeben. Der Feststellungsbescheid sei der WK Tirol lediglich zu Informationszwecken übermittelt worden.

Die Beschwerdeverentscheidung wurde der WK Tirol laut Postrückschein am 27.02.2020 zugestellt.

Mit dem Schreiben vom 02.03.2020, eingegangen bei der Belangten Behörde am 09.03.2020 – sohin jedenfalls innerhalb der 2-wöchigen Vorlagefrist – hat die WK Tirol die Vorlage ihrer Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Tirol beantragt.

Im Vorlageantrag wird ua zusammengefasst dargelegt, dass entweder eine Entscheidung in einem Feststellungsverfahren nach § 348 GewO 1994 vorliegen würde und aufgrund des fristgerecht widersprechenden Gutachtens der WK Tirol Parteistellung zükäme oder der Feststellungsantrag als unzulässig zurückzuweisen gewesen wäre, da aufgrund der Spezialbestimmung nach § 348 GewO 1994 kein Raum für eine Feststellung nach dem AVG bestehe.

Weiter Sachverhaltsfeststellungen:

Mit dem angefochtenen Bescheid würde über den Feststellungsantrag entschieden.

Dem vorgelegten behördlichen Akt ist nicht zu entnehmen, dass der angefochtene Feststellungsbescheid zur Beantwortung einer Vorfrage in einem Verfahren im Sinn des § 348 Abs 1 GewO erlassen wurde.

II. Beweiswürdigung:

Die vorgenannten Feststellungen lassen sich anhand der bezüglichlichen Schriftstücke, die dem behördlichen Akt einliegen, insbesondere anhand des Feststellungsantrages vom 26.09.2019, der Email an die WK Tirol vom 02.10.2019, des Gutachtens der WK Tirol vom 12.11.2019, der Stellungnahme der Antragstellerin vom 22.11.2019, des angefochtenen Feststellungsbescheides vom 12.12.2019 samt Rückschein, der Beschwerde vom 13.01.2020, der Beschwerdeverentscheidung vom 24.02.2020 samt Rückschein und des Vorlageantrages 02.03.2020, treffen.

Zwar wird im Feststellungsantrag behauptet, dass der Antragstellerin ein Verstoß gegen die Gewerbeordnung (öffentlichkeitswirksam) vorgeworfen wird, doch bestehen aus Sicht des Verwaltungsgerichtes keine Zweifel

dahingehend, dass damit die in den Beilagen zum Antrag erwähnten Vorwürfe angesprochen werden. Zu einem allenfalls anhängigen Verwaltungsstrafverfahren wird kein Bezug hergestellt. Dies stimmt mit der belangten Behörde überein, die ausführt (die belangte Behörde ist Bezirksverwaltungsbehörde und somit zuständig für die Einleitung von Verwaltungsstrafverfahren), dass gerade kein Feststellungsbescheid im Sinne des § 348 GewO 1994 erlassen wurde. Auch aus dem übermittelten Akt ist ein anhängiges Verwaltungsstrafverfahren nicht ersichtlich.

Die Beschwerdeführerin nimmt auf ein bereits abgeschlossenes Verfahren betreffend eine Gewerbeanmeldung vom 12.09.2017 Bezug. Ein anhängiges Verfahren iSd § 348 Abs 1 GewO 1994 kann daraus nicht geschlossen werden. In der Beschwerdevorentscheidung wird ausdrücklich behauptet, nicht auf Grundlage des § 348 GewO 1994 entschieden zu haben. Dem angefochtenen Bescheid ist unter der Überschrift „Vorbringen“ zu entnehmen, dass die rechtsfreundlich vertretene Antragstellerin den hier in Rede stehenden Feststellungsantrag eingebracht hat. In der Beschwerdevorentscheidung wird in der Begründung angeführt, dass die belangte Behörde von einer Antragstellung auf Feststellung nach § 348 GewO 1994 bzw § 56 AVG ausgeht. Dem Spruch des angefochtenen Bescheides ist zu entnehmen, dass die Feststellung auf Grundlage des § 333 GewO 1994 iVm § 56 AVG ergangen ist.

Im Ergebnis ist daher zur festzustellen, dass von der belangten Behörde über den eingebrachten Feststellungsantrag entschieden wurde.

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs 2 Z 1 VwGVG entfallen.

Im Übrigen der lag für die Entscheidung maßgebliche Sachverhalt aktenkundig ausreichend vor. Es waren maßgeblich Rechtsfragen zu klären. Ungeachtet des Parteienantrages konnte die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol entfallen. Die Akten haben erkennen lassen, dass eine mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt. Einem Entfall der mündlichen Verhandlung stand weder Art 6 EMRK noch Art 47 GRC entgegen.

### III. Rechtslage:

Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994, BGBl Nr 194/1994 idF BGBl I Nr 85/2013:

„§ 348

(1) Wird eine Gewerbeanmeldung erstattet oder um die Genehmigung einer gewerblichen Betriebsanlage angesucht oder bei der Behörde die Feststellung beantragt, ob die Genehmigungspflicht einer Anlage im Sinne des § 74 gegeben ist, bestehen aber Zweifel, ob auf die betreffende Tätigkeit die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden sind, so hat die Behörde über diese Frage zu entscheiden. Dies gilt auch für den Fall, wenn in einem Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 366 Zweifel bestehen, ob auf die betreffende Tätigkeit die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anwendbar sind.

(2) Vor der Entscheidung hat die Behörde die Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft und die nach der Sachlage in Betracht kommenden gesetzlichen beruflichen Interessenvertretungen zu hören, die ihre Gutachten binnen sechs Wochen abzugeben haben. Diesen steht gegen den Bescheid das Recht der Beschwerde zu, falls die Entscheidung ihren fristgerecht abgegebenen Gutachten widerspricht oder sie nicht gehört worden sind.

(Anm.: Abs. 3 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 85/2013)

(4) Die Behörde hat von Amts wegen oder auf Antrag einer Person, die ein rechtliches Interesse an der Feststellung hat, mit Bescheid festzustellen, ob eine Gewerbeberechtigung aufrecht ist und verneinendenfalls, in welchem Zeitpunkt sie geendet hat.“

Im Übrigen wird auf die Internetseite [ris.bka.gv.at](http://ris.bka.gv.at) (Rechtsinformationssystem des Bundeskanzleramtes) verwiesen.

### IV. Erwägungen:

Der Beschwerde kommt Berechtigung zu:

Im Erkenntnis vom 14.10.2015, GZ 2013/04/0118, hat der Verwaltungsgerichtshof wie folgt ausgeführt:

„...“

4.2. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Feststellungsbescheiden sind die Verwaltungsbehörden berechtigt, aus einem im privaten oder im öffentlichen Interesse begründeten Anlass auch ohne ausdrückliche Ermächtigung Recht(sverhältnisse) bescheidförmig festzustellen, sofern dadurch nicht den im einzelnen

Fall maßgeblichen Rechtsvorschriften widersprochen würde, also die Verwaltungsvorschriften nichts anderes bestimmen (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 17. September 2010, 2008/04/0165, mit Verweis auf Hengstschläger/Leeb, AVG § 56 Rz 73 ff). Liegt demnach eine lex specialis vor, ist nach dieser alleine die Zulässigkeit des Feststellungsantrages zu beurteilen. Im Beschwerdefall ist dies § 348 GewO 1994.

Gemäß § 348 Abs. 1 GewO 1994 hat die Behörde, wenn eine Gewerbebeanmeldung erstattet oder um die Genehmigung einer gewerblichen Betriebsanlage angesucht oder bei der Behörde die Feststellung beantragt wird, ob die Genehmigungspflicht einer Anlage i.S.d. § 74 gegeben ist, aber Zweifel bestehen, ob auf die betreffende Tätigkeit die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden sind, über diese Frage zu entscheiden. Mangels einer im Gesetz vorgesehenen Antragslegitimation beteiligter Personen ist das Verfahren nach § 348 Abs. 1 GewO 1994 nicht auf Antrag, sondern unter den hier normierten Voraussetzungen von Amts wegen durchzuführen (vgl. das bereits oben zitierte hg. Erkenntnis 2008/04/0165, mwN).

4.2.1. Ein Rechtsanspruch auf bescheidmäßige Feststellung, dass die von ihr ausgeübte Tätigkeit nicht den Bestimmungen der Gewerbeordnung unterliege, kommt der Beschwerdeführerin im Sinne der obigen Rechtsausführungen nicht zu. Die Unzulässigkeit des Antrages wäre durch die Berufungsbehörde wahrzunehmen gewesen. Indem die belangte Behörde dies verkannte, hat sie den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit des Inhalts belastet.

...“

In § 348 Abs 1 GewO 1994 ist auch normiert, dass dies auch für den Fall gilt, wenn in einem Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 366 GewO 1994 Zweifel bestehen, ob auf die betreffende Tätigkeit die Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 anwendbar sind.

Auf Sachverhaltsebene wurde bereits festgestellt, dass ein Zweifelsfall im Sinn des § 348 Abs 1 Gewerbeordnung 1994 nicht entschieden wurde. Eine amtswegige Feststellung liegt nicht vor.

In Ansehung der obigen Rechtsprechung kann ein Antrag, wie er von der Antragstellerin eingebracht wurde, nicht zulässig gestellt werden. Der Antrag ist daher unzulässig und als solcher zurückzuweisen, was nunmehr durch das Verwaltungsgericht erfolgt.

Wenn die belangte Behörde vorbringt, dass der Feststellungsbescheid auf Grundlage des § 56 AVG erlassen wurde, so ist ihr zu entgegnen, dass gegenständlich als lex specialis die Bestimmungen nach § 348 GewO 1994 zum Tragen kommen.

Im Erkenntnis vom 03.09.1996, 96/04/0027, führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass in Verfahren nach § 348 Abs 1 GewO 1994 der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft lediglich das Recht auf Erstattung eines Gutachtens und auf Erhebung der Berufung gegen einen diesem Gutachten widersprechenden Bescheid zusteht. Sie ist aber nicht Partei des Verfahrens (sondern Verfahrensbeteiligte).

Nach der nunmehrigen Diktion der angesprochenen Gesetzesstelle steht unter den gleichen Voraussetzungen der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft die Beschwerde an das zuständige Landesverwaltungsgericht zu.

Dem klaren Wortlaut des Spruches des angefochtenen Bescheides sowie der Beschwerdeentscheidung ist zu entnehmen, dass die belangte Behörde sich nicht auf die (richtig anzuwendende) Bestimmung nach § 348 GewO 1994 gestützt hat. Gleichzeitig lässt sie aber keinen Zweifel offen, dass über den eingebrachten Feststellungsantrag entschieden wurde.

Anhand des oben angeführten Verfahrensganges lässt sich ohne Weiteres feststellen, dass die erforderlichen Fristen eingehalten sind und ein der Ansicht der belangten Behörde widersprechendes Gutachten von der Beschwerdeführerin erstattet wurde. Somit liegen die Voraussetzungen vor, welche die WK Tirol als Verfahrensbeteiligte zur Beschwerde gegen den vorliegenden Feststellungsbescheid berechtigen, und zwar unabhängig, davon, ob sich der Bescheid auf die Spezialbestimmung nach der GewO 1994 oder wie hier - unrichtig - auf das AVG stützt.

Das Beschwerderecht der WK Tirol kann nämlich nicht damit umgangen werden, dass von der belangten Behörde unrichtig gesetzliche Bestimmungen in Erledigung beantragter Feststellungen angewendet werden. Entscheidend ist, dass der Antrag nach der anzuwendenden Bestimmung des § 348 Abs 1 GewO 1994 nicht zulässig ist, weshalb dieser von

der belangten Behörde zurückzuweisen gewesen wäre. Diese Zurückweisung erfolgt in Erledigung der vorliegenden Beschwerde mit der gegenständlichen Entscheidung, welche an die Stelle der Beschwerdeentscheidung tritt (vgl. VwGH 17.12.2015, 2015/08/0026).

#### V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

#### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden können.

#### Hinweis:

Die sechswöchige Frist zur Erhebung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof oder einer ordentlichen bzw außerordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist - sofern die ordnungsgemäße Zustellung dieser Entscheidung bis zum 30. April 2020 erfolgt - gemäß § 1 Abs 1 in Verbindung mit § 6 Abs 2 Bundesgesetz betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 im Verwaltungsverfahren, im Verfahren der Verwaltungsgerichte sowie im Verfahren des Verwaltungsgerichtshofes und des Verfassungsgerichtshofes, BGBl I Nr 16/2020, bis zum Ablauf des 30. April 2020 unterbrochen. Sie beginnt mit 1. Mai 2020 neu zu laufen.

Der Bundeskanzler ist allerdings ermächtigt, durch Verordnung die angeordnete allgemeine Unterbrechung von Fristen zu verlängern oder zu verkürzen, soweit dies zur Verhütung und Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Ing. Mag. Peinstingl

(Richter)

#### Schlagworte

unzulässiger Feststellungsantrag

#### European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2020:LVwG.2020.32.0595.1

#### Zuletzt aktualisiert am

15.04.2020

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Tirol LVwG Tirol, <https://www.lvwg-tirol.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)