

# TE Lvwg Erkenntnis 2020/10/12 VGW-101/020/11305/2020

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.10.2020

## Entscheidungsdatum

12.10.2020

## Index

50/01 Gewerbeordnung

## Norm

GewO 1994 §349 Abs1 Z1

GewO 1994 §349 Abs1 Z2

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Schopf über die Beschwerde der A. GmbH gegen den Bescheid der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, vom 09.06.2020, Zl. ..., in der Fassung der Beschwerdevorentscheidung der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, vom 28.08.2020, Zl. ... nach Vorlageantrag der Beschwerdeführerin vom 07.09.2020,

zu Recht erkannt:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

## Entscheidungsgründe

Am 07.05.2019 brachte die Antragstellerin bei der für sie zuständigen Gewerbebehörde, dem Magistratischen Bezirksamt ..., das Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe zur Anmeldung.

Das Anmeldeverfahren war zum Zeitpunkt der Einbringung des dem Beschwerdeverfahren zugrundeliegenden Antrags weiterhin bei der zuständigen

Gewerbebehörde anhängig.

Die gewerbliche Tätigkeit der Antragstellerin wurde im Antrag unter Punkt 2. wie folgt umschrieben:

„2.1. Zu den vertriebenen Produkten:

Die Antragstellerin vertreibt optische Glasfasern samt Anschlüssen bzw. Adaptern an Großabnehmer in Europa. Die Fasern können sowohl für optische als auch für

medizinische Geräte verwendet werden.

Alle Fasern haben grundsätzlich eine Länge von 2.5—3 Meter und bestehen entweder aus Silikon oder aus Polyimide (PI). Der Durchmesser der Fasern variiert jedoch abhängig vom Fasertyp und dem verwendeten Material (grundsätzlich 200um-1000um). Darüber hinaus besitzen die Fasern je nach Anwendungsbereich unterschiedliche Spitzen („Tips“). Die Fasern werden grundsätzlich mit dem Standardanschluss (Typ: SMA905) versehen. Viele der Fasern können entweder als einmalig anwendbare oder wiederverwendbare Fasern produziert werden.

2.2.

Die Lieferung der Produkte erfolgt je nach Kundenwunsch in steriler oder offener Form. Letztere werden vom Kunden selbst in Eigenverantwortung sterilisiert, verpackt und etikettiert.

Zu den gängigsten vertriebenen Produkten gehören Fasern für Dioden Laser und

Holmium Laser. Insbesondere Erstere ermöglichen ein vielfältiges Einsatzgebiet. Der Verwendungsbereich von den Fasern für beide Laser-Typen hängt von den jeweiligen verbauten SMA—905 Anschlüssen („damage resistant“, „High Hertz, etc.), sowie dem verwendeten „Tip“ ab. Der Durchmesser dieser Fasern liegt zwischen 200um und 1000um.

Unter diese Kategorie fallen zB die nachstehenden Produkte:

- MFR200/...;
- MFR800....

Zu den gängigsten Produkten gehören auch RadialTip Fasern, welche in zwei Größen (400um und 600um) erhältlich sind. Diese geben das Laserlicht in 360 Grad um die Faser ab.

Dazu zählen die nachstehenden Produkte:

- MF400/...;
- MF600/....

Zur geschäftlichen Abwicklung:

Alle von der Antragstellerin vertriebenen Produkte werden von B. Inc., ..., USA in C., USA, produziert und besitzen die erforderliche CE—Zerti?zierung, Jegliche Nutzung der Fasern setzt die Verwendung einer Energiequelle (z.B. ein kompatibler Laser) voraus, welche weder von der Antragstellerin noch von B. Inc. produziert oder verkauft werden.

Da der Vertrieb und die Kundenbetreuung in Europa für amerikanische Unternehmen insbesondere aufgrund der Zeitumstellung und der Distanz zum Kunden problematisch sind, wurde die Antragstellerin mit dem Vertrieb der Produkte an Großabnehmer in Europa beauftragt. Zu dem Aufgabenbereich der Antragstellerin zählen die Teilnahme an relevanten Messen in Europa, die Kontaktaufnahme mit potenziellen Kunden sowie die Betreuung von bestehenden Kunden. Darüber hinaus fungiert die Gesellschaft als Ansprechstelle für etwaige Reklamationen.

Der Vertragsabschluss erfolgt zwischen der Antragstellerin und dem jeweiligen Kunden unter Vertragsbeitritt der 'B. Inc. Die Überprüfung der Reklamationen, sowie die "Feststellung ob Garantie— oder Gewährleistungsfälle vorliegen obliegt jedoch ausnahmslos dem Hersteller der Produkte, der B. Inc. Das Know—How kommt ausschließlich von B. Inc. Die Haftung; einschließlich der Produkthaftung trägt die B. Inc-.

Die Produkte werden von der Antragstellerin beim Hersteller in den USA gekauft und im Rahmen eines Reihengeschäfts, unter Verwendung der Incoterms Ex Works („Ab Werk“; „EXW“) an die Kunden in Europa geliefert. Der Kundenstamm umfasst Unternehmen aus diversen Europäischen Staaten — es gibt jedoch keine Kunden aus bzw. in Österreich. Wesentlich ist festzuhalten, dass die Antragstellerin die Produkte nicht an den Endkunden, sondern lediglich an Großabnehmer verkauft.

Zweifelhaft- ist, ob die unter Punkt 2 beschriebene, gewerbliche Tätigkeit ein freies Gewerbe (§ 5 Abs 2 GewO) darstellt oder aber unter ein reglementiertes Gewerbe (§ 94 GewO) zu subsumieren ist. Soweit für die Antragstellerin ersichtlich, wurde dieser spezi?sche Fall auch noch nicht durch Lehre und/oder Rechtsprechung geklärt. Eine Auslegung durch den BMDW scheint daher erforderlich.“

Die Anmelderin stellte sohin den Antrag:

„Der Bundesminister für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort als zuständige Behörde für Feststellungsanträge gemäß § 349 GewO möge feststellen, ob die in diesem Antrag unter Punkt 2. beschriebene gewerbliche Tätigkeit ein freies Gewerbe im Sinne des § 5 Abs 2 GewO oder ein reglementiertes Handelsgewerbe gemäß § 94 GewO darstellt.“

Am 23.06.2019 erlangte die Beschwerdeführerin für das von der Anmeldung umfasste Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe die Gewerbeberechtigung. Die Gewerbeberechtigung ist noch aufrecht, das Anmeldeverfahren fand somit seinen Abschluss und die Beschwerdeführerin ist nunmehr nicht mehr eine Person, die eine Gewerbeanmeldung erstattet sondern Gewerbeinhaberin.

Der nunmehr verfahrensgegenständliche Feststellungsantrag wurde mit Bescheid der belangten Behörde vom 09.07.2020, BMDW-... als unzulässig zurückgewiesen, wobei die Behörde dies zusammengefasst damit begründete, dass die Antragstellerin einen Feststellungsantrag eingebracht habe, zu dem sie nicht legitimiert gewesen sei.

Dagegen wurde gegenständliche Beschwerde erhoben, mit welcher das Vorgehen der Behörde und die Begründung gerügt und weiters ausgeführt wurde, wenn die Behörde offenkundig die Antragslegitimation verneine, so sei dem entgegenzuhalten, dass das Verfahren zur Gewerbeanmeldung im Antragszeitpunkt anhängig und noch nicht entschieden gewesen sei. Eventualiter wurde vorgebracht, dass die Behörde den Antrag – im Falle der Zurückweisung mangels Erfüllung der Voraussetzungen gemäß § 349 Abs. 1 Z 1 GewO – im Sinne des § 349 Abs. 1 Z 1 zu lösen gehabt hätte. Es wurde folglich die Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht, die Entscheidung in der Sache durch das Verwaltungsgericht, in eventu die Aufhebung und Zurückverweisung an die Behörde beantragt.

Daraufhin erließ die belangte Behörde eine Beschwerdeentscheidung vom 28.08.2020, GZ.: ..., mit welcher die Beschwerde unter Spruchabänderung des angefochtenen Bescheides abgewiesen wurde. Im Wesentlichen kommt die Behörde zu dem Schluss, dass mit der Eintragung der Gewerbeberechtigung und damit Bestätigung, dass die Voraussetzungen zur Ausübung des nicht reglementierten Handelsgewerbes gegeben seien, die Beschwerdeführerin nicht mehr Gewerbeanmelderin sondern als Gewerbeinhaberin zu qualifizieren gewesen sei und insbesondere die betreffende gewerbliche Tätigkeit nicht mehr „Gegenstand eines Anmeldeverfahrens“ gewesen sei.

Die Beschwerdeführerin stellte innerhalb offener Frist einen Vorlageantrag, der im Wesentlichen damit begründet ist, dass der Antrag bereits im Rahmen des Gewerbeanmeldeverfahrens gestellt worden sei und damit die formalen Voraussetzungen erfüllt seien. Wenn die belangte Behörde aus der Eintragung der Gewerbeberechtigung impliziere, dass die Voraussetzungen eines freien und nicht reglementierten Handelsgewerbes vorlägen, und damit jegliche Zweifelsfrage beseitigt worden sei, so lasse sie die Möglichkeit einer Löschung der Eintragung gemäß § 363 Abs. 4 GewO 1994 außer Betracht. Nur bei gehöriger Erledigung gegenständlichen Antrages wäre die Zweifelsfrage mittels Feststellungsbescheides verbindlich geklärt. Nur mittels Feststellungsbescheids könne Klarheit und Rechtssicherheit für die Beschwerdeführerin geschaffen werden.

Dies konnte auf Grund des eigenen Vorbringens der Beschwerdeführerin in Zusammenhalt mit dem unbedenklichen und unbestrittenen Akteninhalt als erwiesen angenommen werden.

Gemäß § 349 Abs. 1 GewO 1994 ist zur Entscheidung

1. über den Umfang einer Gewerbeberechtigung (§ 29) im Verhältnis zu einer anderen Gewerbeberechtigung und
2. über die Frage, ob eine gewerbliche Tätigkeit, die Gegenstand einer Gewerbeanmeldung ist, ein freies Gewerbe sein kann oder in den Berechtigungsumfang eines Teilgewerbes fällt oder einem reglementierten Gewerbe vorbehalten ist, der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit berufen.

Nach Abs. 2 kann der Antrag auf Entscheidung gemäß Abs. 1

1. vom Gewerbeinhaber oder einer Person, die eine Gewerbeanmeldung erstattet, und
2. von einer berührten Gliederung der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft gestellt werden. Der Antrag ist schriftlich zu stellen und zu begründen.

Ausgangspunkt eines Verfahrens nach § 349 GewO 1994 ist das Vorliegen eines entsprechenden Antrages, wodurch sich auch der Gegenstand dieses Verfahrens, der sich im Rahmen eines derartigen Antrages zu halten hat, ergibt (vgl.

VwGH 24.10.2001, 99/04/0230, mwN). 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. Liegt demnach eine lex specialis vor, ist nach dieser alleine die Zulässigkeit des Feststellungsantrages zu beurteilen (vgl. im Zusammenhang mit § 348 GewO 1994 das E vom 17. September 2010, 2008/04/0165, mwN). Im Beschwerdefall ist dies § 349 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 (VwGH 03.03.2020, Ro 2017/04/0001).

Die sich aus § 349 Abs. 2 Z 1 erster Fall GewO 1994 ergebende persönliche Antragslegitimation ist in Zusammenhang mit § 349 Abs. 1 GewO 1994 zu lesen, der regelt, welche Frage zum Gegenstand des Antrages auf Entscheidung durch die oberste Gewerbebehörde gemacht werden kann (VwGH 26.09.2017, Ro 2015/04/0022). Zur Antragslegitimation hat der Gerichtshof in diesem Erkenntnis ausgeführt: „Der Gewerbeinhaber kann bei Vorliegen von Zweifeln über den Umfang der sich aus seiner Gewerbeberechtigung ergebenden gewerblichen Befugnisse oder bei Erweiterung einer bestehenden Gewerbeberechtigung (Abs. 1 Z 2) einen Feststellungsantrag gemäß § 349 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 Z 1 erster Fall GewO 1994 einbringen. Diese Sichtweise korrespondiert mit dem Antragsrecht gemäß § 349 Abs. 1 Z 2 GewO 1994, das die Frage zum Inhalt hat, ob eine gewerbliche Tätigkeit, die Gegenstand einer Gewerbebeanmeldung ist, ein freies Gewerbe sein kann oder in den Berechtigungsumfang eines Teilgewerbes fällt oder einem (anderen) reglementierten Gewerbe vorbehalten ist (und daher nicht von Umfang des zu beurteilenden Gewerbes umfasst sein kann). Zu dieser Antragstellung berechtigt ist gemäß § 349 Abs. 2 Z 1 zweiter Fall GewO 1994 eine Person, die eine Gewerbebeanmeldung erstattet hat.“

Wie sich etwa aus VwGH 24.04.2018, 207/05/0215 Rz 25 und anderen ergibt, geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass eine Antragslegitimation während eines Verfahrens verloren gehen kann, was zur Zurückweisung des Antrages führen muss.

Daraus ergibt sich gegenständlich Folgendes:

Bei Anträgen gemäß § 349 Abs. 1 Z 1 und 2 GewO 1994 handelt es sich um Feststellungsanträge. Feststellungsanträge können, wie oben zitierter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entnommen werden kann, auch ohne ausdrückliche Ermächtigung bei Vorliegen eines entsprechenden Interesses erlassen werden, sofern dadurch nicht den im einzelnen Fall maßgeblichen Rechtsvorschriften widersprochen würde. Liegt demnach eine lex specialis vor, ist nach dieser alleine die Zulässigkeit des Feststellungsantrages zu beurteilen. Dies ist im Falle des § 349 Abs. 1 Z 1 und 2 GewO 1994 der Fall.

§ 349 GewO 1994 bietet somit einerseits dem Gewerbeinhaber und andererseits einer Person die eine Gewerbebeanmeldung erstattet die Möglichkeit, spezielle, vom Gesetzgeber umschriebene Rechtsfragen klären zu lassen. Dabei handelt es sich um getrennte Verfahren mit unterschiedlichem Verfahrensgegenstand und unterschiedlichem Feststellungsinteresse.

Mit der Antragstellung wird somit nicht nur der Verfahrensgegenstand sondern auch festgelegt, in welcher Funktion (ob als Gewerbeinhaber oder als Gewerbebeanmelder) der Antragstellung Parteistellung im Verfahren innehat.

Wer zu einer Antragstellung gemäß § 349 Abs. 1 Z 1 und 2 GewO 1994 legitimiert ist (Gewerbeinhaber oder einer Person, die eine Gewerbebeanmeldung erstattet) legt das Gesetz ausdrücklich fest. Der Behörde steht es nicht zu, auch wenn beim ursprünglich als Gewerbebeanmelder einschreitenden Antragsteller nach Erlangung der Gewerbeberechtigung aus anderen Gründen ein Feststellungsinteresse bestehen mag, in diesem als Antragsverfahren gestalteten Feststellungsverfahren für die (vorliegendenfalls im Übrigen nicht ausdrücklich beantragte) Fortsetzung des Verfahrens Verfahrensgegenstand und Legitimationsgrund für die Antragstellung auszutauschen.

Dass die Antragslegitimation, die bei Einleitung des Verfahrens gegeben war, auch während eines laufenden Verfahrens verloren werden kann, hat der Verwaltungsgerichtshof mehrfach (siehe nicht nur das bereits zitierte Erkenntnis vom 24.04.2018, 207/05/0215, sondern auch die Fälle eines Zeitablaufes bei einer Beantragung einer zeitlich befristeten Bewilligung oder der Verlust der Eigentümerstellung oder der Stellung eines dinglich Berechtigten in Bewilligungsverfahren) bestätigt.

Dass die Antragslegitimation während des gesamten Verfahrens gegeben sein muss und es nicht allein auf den

Zeitpunkt der Antragstellung ankommt, ergibt sich auch aus dem Wortlaut des § 349 Abs. 2 Z 1 GewO 1994 „Person, die eine Gewerbebeanmeldung erstattet“. Der Gesetzgeber stellt damit eindeutig auf ein laufendes Anmeldeverfahren und nicht auf ein abgeschlossenes Verfahren ab. Für den Gewerbeberechtigten, der ein anderes Feststellungsinteresse hat, steht dann ein anderes Verfahren offen.

Die Zurückweisung des gegenständlichen Antrages durch die belangte Behörde erfolgte somit zu Recht, weshalb der Beschwerde in Verbindung mit dem Vorlageantrag keine Folge zu geben war.

Diese Entscheidung konnte ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung getroffen werden. Keine Verfahrenspartei stellte einen Verhandlungsantrag. Es ist der Sachverhalt abschließend geklärt und völlig unstrittig. Es stellten sich lediglich Rechtsfragen. Die mündliche Erörterung kann eine weitere Klärung der Rechtssache nicht bewirken. Feststellungsverfahren nach § 349 GewO fallen auch nicht in den Kernbereich der „civil rights“ (VwSlg. 13.078 A/1989).

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des 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. 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.

### **Schlagworte**

Gewerbeberechtigung; Umfang; Einreihung von Gewerben; Feststellungsantrag; Antraglegitimation

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGWl:2020:VGW.101.020.11305.2020

### **Zuletzt aktualisiert am**

07.06.2021

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

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