

Univ.Prof.Dr. Peter Pernthaler
Dr. Georg Lukasser
Dr. Irmgard Rath-Kathrein

Gewerbe – Landwirtschaft – Veranstaltungswesen

**Drei Fallstudien zur Abgrenzung der
Bundes- und Landeskompetenzen im
Wirtschafts- und Berufsvertretungsrecht**



Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung
Band 65

WILHELM BRAUMÜLLER

Universitäts-Verlagsbuchhandlung Ges.m.b.H.
Wien 1996

Peter Pernthaler/Georg Lukasser/Irmgard Rath-Kathrein

Gewerbe – Landwirtschaft – Veranstaltungswesen
Drei Fallstudien zur Abgrenzung der Bundes-
und Landeskompetenzen im Wirtschafts- und
Berufsvertretungsrecht

**Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung
Band 65**

**herausgegeben vom
Institut für Föderalismusforschung, Innsbruck
Wissenschaftliche Leitung: Univ.-Prof. Dr. Peter Pernthaler**

Gewerbe – Landwirtschaft – Veranstaltungswesen
Drei Fallstudien zur Abgrenzung der Bundes- und
Landeskompetenzen im Wirtschafts- und Berufsvertretungsrecht

von
Peter Pernthaler/Georg Lukasser/Irmgard Rath-Kathrein



WILHELM BRAUMÜLLER

Universitäts-Verlagsbuchhandlung Ges.m.b.H.
Wien 1996

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Gewerbe – Landwirtschaft – Veranstaltungswesen : drei Fallstudien zur Abgrenzung der Bundes- und Landeskompetenzen im Wirtschafts- und Berufsvertretungsrecht / Peter Pernthaler ; Georg Lukasser ; Irmgard Rath-Kathrein. – Wien : Braumüller, 1996

(Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung; Bd. 65)

ISBN 3-7003-1135-4

NE: Pernthaler, Peter; Lukasser, Georg; Rath-Kathrein, Irmgard;

Institut für Föderalismusforschung < Innsbruck > : Schriftenreihe des Instituts ...

Alle Rechte, auch das der Übersetzung, des photomechanischen Nachdrucks und der Speicherung in elektronischen Datenanlagen, vorbehalten.

© 1996 by Braumüller, Universitäts-Verlagsbuchhandlung Ges.m.b.H.

Druck: Offset Buchdruck Gassler, 6020 Innsbruck

ISBN: 3-7003-1135-4

Vorwort

Im vorliegenden Band werden drei Gutachten veröffentlicht, die sich mit der Abgrenzung der Bundeskompetenzen "*Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie*" (Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG) und "*berufliche Vertretungen mit Ausnahme jener auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet*" (Art 10 und 11 B-VG) von den sachlich entsprechenden Zuständigkeiten der Länder beschäftigen. Die ersten beiden Gutachten wurden im Auftrag der Tiroler Landesregierung, das dritte im Auftrag des Landarbeiterkammertages erstellt. Sämtliche Gutachten wurden redaktionell und inhaltlich überarbeitet, wobei vom dritten Gutachten aus Platzgründen nur die im gegebenen Zusammenhang wesentlichen Teile veröffentlicht werden. Die redaktionelle Bearbeitung des gesamten Buches hat mit viel Verständnis und Sorgfalt *Mag. Gert Schernthanner*, Assistent am Institut für öffentliches Recht, durchgeführt; die Textverarbeitung haben *Angelika Stöckholzer* für das Manuskript und *Claudia Zung* für den Buchdruck in bewährter Geduld und Präzision bewältigt. Die Verantwortung für das gesamte Buch in allen Teilen trägt der Erstautor; während die Mitautoren lediglich die Teile bearbeitet haben, bei denen sie als Autoren genannt werden. Allen Mitarbeitern und Auftraggebern sei für ihre Mitwirkung am Zustandekommen dieser zum Teil außerordentlich subtilen und arbeitsaufwendigen Kompetenzanalyse herzlich gedankt!

Peter Pernthaler

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Einführung.....	1
Univ.Prof.Dr. Peter Pernthaler/Dr. Irmgard Rath-Kathrein	
Die Zuständigkeit des Bundes nach Art 10 (1) Z 8 B-VG zur Regelung von Betriebsanlagen zur Ausübung von Nebengewerben der Land- und Forstwirtschaft (§ 2 Abs 4a Gewerberechtsnovelle 1992)	
I. Einleitung.....	5
II. Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zur Auslegung des Kompetenztatbestandes "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie"	5
A. Die einzelnen Erkenntnisse.....	6
B. Zusammenfassende Betrachtung	15
III. Die Entwicklung der einfachgesetzlichen Lage betreffend die Herausnahme der Land- und Forstwirtschaft und ihrer Nebengewerbe aus der GewO.....	17
A. Die Rechtslage im Versteinerungszeitpunkt	17
1. Die Regelung im Kundmachungspatent.....	17
2. Die zeitgenössische Judikatur des VwGH.....	18
3. Die zeitgenössische Literatur	19
B. Die GewO-Novellen 1933 und 1934.....	21
1. Die Neuregelung der Genossenschaften.....	21
2. Die Gartenbauregelung und andere Erweiterungen.....	21
3. Die neuere VwGH-Rechtsprechung zum Kundmachungspatent.....	23
C. Die GewO-Novelle 1963	25
D. Die GewO 1973.....	25
1. Die Veränderungen im Begriff "Land- und Forstwirtschaft"	26
2. Die Neuformulierung der Nebengewerbe	27
3. Die Ausnahme der Maschinenringe.....	27
4. Die Regelung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.....	28
5. Die Rechtsprechung des VwGH zu § 2 GewO	28
E. Die GewO-Novelle 1988	29
F. Art VII des BGBl 1992/450.....	30
G. Die Gewerberechtsnovelle 1992.....	31
1. Die Biomasse-Regelung.....	31
2. Die "Steiermarkregelung"	31
3. Die Neuregelung der Verarbeitungsnebgewerbe	32

4. Die Sektverarbeitung.....	32
5. Kommunale Dienstleistungen als Nebengewerbe.....	32
6. Das Betriebsanlagenrecht für Nebengewerbe	33
7. Die Neuregelung der Bauernmärkte	34
IV. Fragen der Kompetenzinterpretation	34
A. Die maßgebliche historische Rechtslage und ihre kompetenzrechtliche Deutung.....	34
1. Die Gesetzeslage.....	35
2. Die zeitgenössische Rechtsprechung und Literatur	37
3. Die Schlußfolgerung	38
B. Die Wirkung von GewO-Novellen und das Prinzip der intrasystematischen Fortentwicklung	39
1. Allgemeines	39
2. Der verfassungsrechtliche Nebengewerbebegriff	41
3. Die konkreten Novellen	42

Univ.Prof.Dr. Pernthaler/Dr. Georg Lukasser

Abgrenzung der Bundeskompetenz "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie" von der Landeskompetenz "Veranstaltungswesen" und einige damit zusammenhängende konkrete Rechtsprobleme

I. Fragestellung	47
II. Für die vorliegende Untersuchung relevante Auslegungsgrundsätze der Kompetenzverteilung nach Art 10, 11, 12 und 15 B-VG.....	47
A. Der Vorrang der Wortbedeutung.....	48
B. Die sog Versteinerungstheorie.....	48
C. Die Zulässigkeit der "intrasystematischen Fortentwicklung"	49
D. Die sog "Gesichtspunktetheorie"	50
E. Die sog "Zwecktheorie" und ihre Grenzen	51
F. Der föderalistische Auslegungsgrundsatz.....	52
G. Das Berücksichtigungsprinzip	52
III. Die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes in "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie" (Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG)	53
A. Enge Auslegung der Gewerbekompetenz.....	53
B. Auslegung der Gewerbekompetenz im Sinne der Versteinerungskompetenz.....	54
C. Gewerbekompetenz und Gesichtspunktetheorie.....	55
D. Die kompetenzrechtliche Bedeutung des Kundmachungspatentes zur Gewerbeordnung 1859.....	56
E. Die Beschränkung auf sog "typisch gewerberechtliche Regelungen"	57

IV. Die legislative Allgemeinzuständigkeit der Länder nach Art 15 Abs 1 B-VG, insbesondere die Gesetzgebungskompetenz der Länder im Bereich des "Veranstaltungswesens"	58
V. Die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes in "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie" von der Gesetzgebungskompetenz der Länder im Bereich des "Veranstaltungswesens" (Zusammenfassung)	60
VI. Konsequenzen für die in der vorliegenden Untersuchung angesprochenen Sachverhalte	62
A. Eislauflplätze und Tennisplätze	62
a) ohne Gastgewerbebetrieb	62
b) mit Gastgewerbebetrieb	64
B. Musik- und Tanzveranstaltungen	65
a) ohne Gastgewerbebetrieb	65
b) mit Gastgewerbebetrieb	66
C. Sommerrodelbahnen, Modellflugzeugplätze, Minigolfplätze	66
D. Sog "Traktorzüge" und Straßen-Eisenbahnzüge	67
E. Errichtung einer "Schmelzhütte" als touristische Attraktion	68

Univ.Prof.Dr. Peter Pernthaler/Dr. Irmgard Rath-Kathrein
Berufliche Vertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet

I. Die Entwicklung der Kompetenzlage	71
A. Kompetenzbestimmungen im B-VG	71
B. Kompetenzbestimmungen außerhalb des B-VG	73
II. Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Bedeutung der Landeskompetenz "Einrichtung beruflicher Vertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet"	74
A. Die einzelnen Erkenntnisse	74
1. Die Landeskompetenz umfaßt Arbeitgeber und Arbeitnehmer – VfSlg 1537/1947	74
2. Das KdmPat zur GewO als Maßstab, ob "land- und forstwirtschaftliches Gebiet" vorliegt – VfSlg 1642/1948	74
3. VfSlg 2835/1955	76
4. Betrieb muß auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet sein – unmittelbarer Zusammenhang mit Land- und Forstwirtschaft – VfSlg 4446/1963	76

5. Ein Landesgesetz schöpft die Landeszuständigkeit nicht aus – VfSlg 4835/1964	77
6. Land- und forstwirtschaftliche Tätigkeiten von Genossenschaften nach KdmPat zur GewO zu beurteilen – Irrelevanz der Arbeitnehmertätigkeit – Betrieb maßgeblich – VfSlg 8539/1979.....	77
7. Land- und forstwirtschaftlicher Betriebszweig genügt – VfSlg 11501/1987	79
8. Mitgliedschaft in der Landarbeiterkammer nur bei überwiegender Beschäftigung in einem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb – VfSlg 13639/1993	79
B. Zusammenfassende Betrachtung.....	80
III. Die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum Vorliegen eines "land- und forstwirtschaftlichen Betriebes"	82
A. Die einzelnen Erkenntnisse.....	82
1. VwSlg 3471A/1954.....	82
2. VwSlg 3921A/1955.....	82
3. VwSlg 4181A/1956.....	82
4. VwSlg 5638A/1961.....	83
5. VwGH-Erk v 27.4.1966, Zl 1582/65 ua.....	83
6. VwGH-Erk v 26.3.1971, Zl 2119/70.....	84
7. VwGH-Erk v 23.3.1988, Zlen 87/01/0286–87/01/0290	84
8. VwGH-Erk v 1.6.1988, Zlen 88/01/0041–88/01/0054	85
B. Zusammenfassende Bewertung.....	85
IV. Fragen der Kompetenzinterpretation	86
A. Die These von der Maßgeblichkeit des Gewerberechts	86
1. Historische Verfassungsauslegung.....	87
2. Bedeutung der historischen Landesregelungen	88
3. Bedeutung der historischen Bundesregelungen.....	89
B. Die These von der Maßgeblichkeit des KdmPat zur GewO idF 1933/34	93
1. Die Entwicklung bis 1933/34	93
2. Die Bedeutung des Anknüpfens an das KdmPat idf 1993/34.....	96
C. Die Wirkung von GewO-Novellen und das Prinzip der intrasystematischen Fortentwicklung	97
1. Allgemeines	98
2. Die konkreten Novellen	99
V. Rechtspolitische Erwägungen	102
1. Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Neuformulierung der Land- und Forstwirtschaft als Kompetenzbegriff.....	102
2. Die "tatsächlichen Verhältnisse" in der Land- und Forstwirtschaft als Ansatz einer "intrasystematischen Fortentwicklung"	103

3. Neuartige Betriebsmittel, Betriebszwecke und Organisationsformen der Land- und Forstwirtschaft	104
4. Vorschlag einer verfassungsrechtlichen Neudefinition des Begriffes "Land- und Forstwirtschaft"	108
Auszug aus dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes	111
Literaturverzeichnis	117

Einführung

Die hier zusammengefaßten Fallstudien zur Kompetenzverteilung betreffen die Abgrenzung der Zuständigkeiten des Bundes und der Länder im sensiblen Bereich des Wirtschaftsrechtes und der wirtschaftlichen (beruflichen) Vertretungen. Diese Abgrenzung gewinnt in Zusammenhang mit der EU-Mitgliedschaft Österreichs und der Notwendigkeit der Umsetzung von EU-Recht entsprechend der innerstaatlichen Kompetenzverteilung (Art 23d Abs 5 B-VG) ständig steigende Bedeutung.

An sich sind die Zuständigkeiten des Bundes hier außerordentlich weitreichend, sodaß für ein **"Wirtschaftsrecht des Landes"**, insbesondere ein der Gewerbeordnung entsprechendes **Landes-Betriebsanlagenrecht**, und ein darauf abgestimmtes Berufsvertretungsrecht wenig Raum bleibt. Die Bedeutung der vorliegenden Fallstudien und des darauf bezugnehmenden, im Anhang abgedruckten Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes liegt nun gerade darin, daß an Hand der bekannten und unbestrittenen Auslegungsrichtlinien bzw. Judikaturstandards nachgewiesen wird, daß es klare (im wesentlichen historisch begründete) Grenzen der Gewerbe(Industrie)kompetenz des Bundes und der damit zusammenhängenden Berufsvertretungszuständigkeiten des Bundes gibt.

Die daraus ableitbaren *Landeszuständigkeiten* des Wirtschaftsrechtes und der wirtschaftlichen Vertretungskörper lassen sich *abstrakt* kaum abgrenzen, weil sie der – dynamisch auszulegenden – Allgemeinzuständigkeit der Länder gemäß Art 15 Abs 1 B-VG oder sehr unbestimmt formulierten Ausnahmebestimmungen der Bundeskompetenz entspringen. Eine Schlüsselrolle kommt in diesem Zusammenhang der Auslegung des historischen *"Kundmachungspatentes zur Gewerbeordnung"* (1859) zu. Daher sind die hier verwendeten Begriffe und wirtschaftlichen Betätigungen – insbesondere die **"Land- und Forstwirtschaft"** und ihre *"Nebengewerbe"* – grundsätzlich im Sinne der *Versteinerungstheorie* auszulegen.

Dennoch hat die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes hier für die Landeszuständigkeiten einigen Spielraum der Entwicklung und zeitgemäßen Dynamisierung geschaffen, auf die in den Untersuchungen hingewiesen wird. Demgegenüber bietet die *Gewerbekompetenz* des Bundes im Sinne der vorliegenden Untersuchungen keinen Ansatz dafür, im Wege einer *"intrasystematischen Fortentwicklung"* ein **Betriebsanlagenrecht** außerhalb der historischen begrenzten Bundeszuständigkeit des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG zu begründen, selbst wenn die Betriebsform des Nebengewerbes sich äußerlich überhaupt nicht vom Gewerbebetrieb unterscheidet.

In diesem Zusammenhang ist vor allem auf eine bemerkenswerte Konsequenz hinzuweisen, die das Verfassungsgerichtshof-Erkenntnis vom 28.6.1995, G 89/94, aus dem BVG über den umfassenden **Umweltschutz**, BGBl 1984/491, gezogen hat: Wenn sich aus diesem BVG eine *verfassungsrechtliche Verpflichtung* ergibt, so ist eben der **Landesgesetzgeber** im Rahmen seiner Kompetenzen zur Erfüllung dieses Verfassungsauftrages verpflichtet. Man wird aus dieser Feststellung des Verfassungsgerichts-

hofes abzuleiten haben, daß die Länder im Rahmen ihrer – allerdings sehr beschränkten – Wirtschaftskompetenzen *ein der Gewerbeordnung entsprechendes Betriebsanlagenrecht* zu schaffen haben.

Der letzte Teil der Untersuchung schließt mit einer *rechtspolitischen* Analyse über die traditionelle und die heutige Abgrenzung der gewerblich-industriellen Betriebsformen von der Land- und Forstwirtschaft. Während die historischen Begriffsbildungen vor allem an das Betriebsmittel *"eigener (oder gepachteter) Grund und Boden"* anknüpften, zeigt eine empirische Analyse der heutigen Produktionsbedingungen der Land- und Forstwirtschaft, daß der Produktionsfaktor *"Grund und Boden"* hier gegenüber dem eingesetzten **Kapital** ständig an Bedeutung verliert und nur mehr einen geringen Anteil an der Hervorbringung des Produktionsergebnisses darstellt. Dazu kommt, daß der wirtschaftliche Zweck der Bodenbearbeitung heute nicht mehr ausschließlich in der *"Hervorbringung bestimmter Produkte"* (**Urproduktion**) liegt, sondern in zunehmendem Maße ökologisch bedingt ist; das heißt, daß ein immer größerer Anteil der Land- und Forstwirtschaft der **Pflege und Erhaltung von Lebensräumen** im Sinne einer *"Schutz-, Erholungs- und Wohlfahrtswirkung"* (vgl § 1 Abs 1 Forstgesetz 1975) umgelenkt wird. Die damit verbundenen Erhaltungs-, Rekultivierungs- und Pflegemaßnahmen der Natur und ihre betriebliche Organisationsformen fallen in der Regel aus der historischen Begriffsbildung der *"Urproduktion"* heraus, bilden heute aber vielfach den Kern der Berglandwirtschaft oder reiner Landschaftspflege(Umweltschutz)maßnahmen der Land- und Forstwirtschaft. Auch die **Betriebsorganisation** hat sich in der Land- und Forstwirtschaft drastisch verändert und läßt sich oft kaum mehr vom industriellen Mittel- oder Großbetrieb unterscheiden, vor allem wenn man die Vermarktungs- und Absatzorganisationen und die hochentwickelten Planungs- und Kooperationsformen miteinbezieht.

Die vorliegende Untersuchung zielt aus dieser empirischen Analyse der Betriebsformen der heutigen Land- und Forstwirtschaft, die sich nicht von vergleichbaren gewerblich-industriellen Betriebsformen unterscheiden; den Schluß, daß die traditionelle historische Abgrenzung als *"Restbegriff"* des Gewerbewesens völlig überholt ist. Eine verfassungspolitisch sinnvolle Neuabgrenzung müßte den Begriff *"Land- und Forstwirtschaft"* selbst verfassungsrechtlich definieren, wobei an zeitgemäße betriebswirtschaftliche Definitionen der Land- und Forstwirtschaft anzuknüpfen wäre. Die Untersuchung bringt abschließend ein Beispiel, wie ein solcher Kompetenztatbestand verfassungsrechtlich zu formulieren wäre. Eine solche zeitgemäße Abgrenzung der Land- und Forstwirtschaft hätte nicht nur für das Berufsvertretungsrecht Bedeutung, sondern auch für ein **modernes (Wirtschafts-)Verwaltungsrecht der Landwirtschaft**, das kompetenzrechtlich vor allem in Zusammenhang mit der innerstaatlichen Umsetzung der EU-Normen gemäß Art 23d Abs 5 B-VG Bedeutung erlangen wird.

Univ.Prof.Dr. Peter Pernthaler/Dr. Irmgard Rath-Kathrein

**Die Zuständigkeit des Bundes nach Art 10 (1) Z 8 B-VG
zur Regelung von Betriebsanlagen zur Ausübung von
Nebengewerben der Land- und Forstwirtschaft
(§ 2 Abs 4a Gewerberechtsnovelle 1992)**

I. Einleitung

In der vorliegenden Arbeit soll die Frage geklärt werden, ob die mit der Gewerbenovelle 1992¹ in § 2 Abs 4a GewO verfügte Geltung der Betriebsanlagen-Bestimmungen der GewO für Anlagen zur Ausübung von Nebengewerben der Land- und Forstwirtschaft Deckung im Kompetenztatbestand des Art 10 (1) Z 8 B-VG "*Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie*" findet, bzw welche Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft iS der GewO nicht dem Kompetenztatbestand "*Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie*" unterliegen.

Die in Frage stehende Bestimmung – mittlerweile § 2 Abs 5 GewO – lautet:

"(4a) Auf die Anlagen zur Ausübung von Nebengewerben der Land- und Forstwirtschaft (Abs 1 Z 2 und Abs 4) finden die Bestimmungen über die Betriebsanlagen und die damit zusammenhängenden Bestimmungen dieses Bundesgesetzes (§§ 74 bis 84, 333 bis 338, 353 bis 360, 362, 366 bis 369 und 371 bis 373) Anwendung. Der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten kann im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Arbeit und Soziales und dem Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft durch Verordnung Arten von Anlagen zur Ausübung von Nebengewerben der Land- und Forstwirtschaft bezeichnen, die der Genehmigungspflicht gemäß den §§ 74 ff nicht unterliegen, weil auf Grund der vorgesehenen Ausführung der Anlagen (insbesondere der Betriebsweise, der räumlichen Ausdehnung der Anlage, der Beschaffenheit und Wirkungsweise der Maschinen, Geräte und Ausstattungen der Anlage, der in der Anlage gelagerten oder verwendeten Stoffe) nach Art, Ausmaß und Dauer der Emissionen dieser Anlagen zu erwarten ist, daß die gemäß § 74 Abs. 2 wahrzunehmenden Interessen hinreichend geschützt und Belastungen der Umwelt (§ 69a) vermieden werden."

II. Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zur Auslegung des Kompetenztatbestandes "*Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie*"

Der Verfassungsgerichtshof legt diesen Kompetenztatbestand in ständiger Rechtsprechung historisch im Sinn der sog **Versteinerungstheorie** aus; demnach sind alle Vorschriften, die nach dem Stand der Rechtsordnung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kompetenzbestimmungen (1.10.1925) als gewerberechtliche Vorschriften anzusehen waren, "*Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie*"; darüber hinaus können sich auch Neuregelungen auf diesen Kompetenztatbestand stützen, wenn sie

ihrem Inhalt nach dem Rechtsgebiet Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie angehören².

Trotz dieser ganz unbestrittenen und klaren Ausgangslage soll hier zunächst ein Überblick über die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes gegeben werden, um ihre zentralen Auslegungsgrundsätze und Methoden für die vorliegende Fragestellung allenfalls nutzbar machen zu können.

A. Die einzelnen Erkenntnisse

1. VfSlg 1477/1932 – Maßgeblichkeit des historischen Gewerberechts

Der leading-case zur Auslegung des Begriffes "Angelegenheiten des Gewerbes" in Art 10 (1) Z 8 B-VG hielt fest, daß das B-VG "dem Begriff 'Gewerbe' im Sinne des Artikels 10, Absatz 1, Z 8, im wesentlichen den in der österreichischen Rechtsordnung ausgebildeten Gewerbebegriff beilegen wollte." Die zahlreichen weiteren Kompetenztatbestände in Art 10 betreffend Erwerbstätigkeiten zeigten "eine so weitgehende Übereinstimmung mit den im Artikel V des Kundmachungspatentes zur Gewerbeordnung genannten Ausnahmen, daß sich von selbst die Annahme aufdrängt, daß auch der Verfassungsgeber als 'Gewerbe' wenigstens der Hauptsache nach gerade die in der österreichischen Rechtsordnung als solche behandelten Erwerbstätigkeiten ansehen wollte" und daß daher durch gewerberechtliche Vorschriften **nicht einbezogene Erwerbstätigkeiten** auch nicht unter Art 10 (1) Z 8 B-VG fallen. "*Betätigungen, die zur Zeit des Wirksamkeitsbeginnes der Kompetenzbestimmungen des Bundes-Verfassungsgesetzes in der österreichischen Gesetzgebung nicht als Gewerbe behandelt wurden*", habe das B-VG nicht als Gewerbe iS des Art 10 (1) Z 8 angesehen, und falls sie nicht einem anderen Tatbestand in Art 10 untergeordnet werden könnten, fallen sie gemäß Art 15 Abs 1 B-VG in die Landeskompentenz.

Im konkreten sah der Verfassungsgerichtshof bei der in Frage stehenden Landesregelung betreffend Totalisateur- und Buchmacherwesen "*die größte Ähnlichkeit*" (!) mit der in Art V lit o KdMP genannten Herausnahme der öffentlichen Belustigungen und Schaustellungen aus der Gewerbeordnung, welche wiederum unzweifelhaft Landeskompentenz seien.

2 Siehe die kurzen Zusammenfassungen der VfGH-Judikatur bei Winkler, Gewerbebegriff und Anwendungsbereich der GewO 1973, in: Rill (Hg), Gewerberecht. Beiträge zu Grundfragen der GewO 1973, 1978, 1ff und bei Stolzlechner, Die bundesverfassungsrechtlichen Grundlagen des Betriebsanlagenrechts, in: Stolzlechner/Wendl/Zitta (Hg), Die gewerbliche Betriebsanlage, 1991², 188ff sowie die eingehende Analyse von Morscher, Die Gewerbekompetenz des Bundes, 1987

2. VfSlg 2670/1954 – Maßgeblichkeit des Kundmachungspatentes

Die in diesem Erkenntnis ua zu lösende Kompetenzfrage lautete, ob Bestimmungen eines Gesetzentwurfes des Bundes über **Berufsausübungsvorschriften für Musiker** eine Angelegenheit des Gewerbes nach Art 10 (1) Z 8 B-VG waren; dies sei danach zu prüfen, ob die Betätigung in Fachgebieten der Musiker am 1.10.1925 als Gewerbe im Sinne der GewO anzusehen war. Der Verfassungsgerichtshof verneinte dies, weil aus *"dem Zusammenhalt der lit c, lit o und lit g des Art V des Kundmachungspatentes zur GewO vielmehr einwandfrei zu schließen"* sei, daß die GewO alle musikalischen Produktionen von ihrer Geltung ausschließen und den vorherigen Rechtszustand (Zuweisung musikalischer Produktionen an Polizeibehörden) aufrechterhalten wollte. Ein nach dem KdmP ergangener *Ministerialerlaß*, der eine Behandlung bestimmter Musikunternehmen als freies Gewerbe in der Praxis zur Folge hatte, wurde vom Verfassungsgerichtshof als unerheblich gewertet: Es sei ausschließlich die **gesetzliche** Regelung und nicht die tatsächliche Praxis der Verwaltungsbehörden maßgebend dafür, ob am 1.10.1925 eine Betätigung als Gewerbe anzusehen sei.

3. VfSlg 2733/1954 – Gewerbeschutz, kein ausreichender Grund

In diesem Erkenntnis hob der Verfassungsgerichtshof eine Verwaltungsstrafbestimmung der GewO auf, die eine nicht der GewO unterliegende Tätigkeit unter Strafe gestellt hatte. Dabei stellte er sich die Frage, ob sich die *"im Interesse der befugten Gewerbetreibenden"* erlassene Strafbestimmung *"etwa als eine Maßnahme zum Schutze des Gewerbes und von diesem Standpunkt aus, als eine 'Angelegenheit des Gewerbes' darstellt."* Wegen des **Annexcharakters** der Verwaltungsstrafbestimmungen verneinte er dies, denn *"eine zur GewO erlassene Strafbestimmung darf nicht einen Tatbestand erfassen, der inhaltlich gesehen gar keine der GewO unterliegende Betätigung betrifft."*

4. VfSlg 2977/1956 – Betriebsanlagenkompetenz setzt einen der GewO unterliegenden Betrieb voraus

Prüfungsgegenstand war hier ein Gesetzentwurf des Bundes, der Bestimmungen der Reichsgaragenordnung aufheben wollte; ua sprach der Entwurf Aufhebungen insoweit aus, *"als sie gewerbliche Betriebsanlagen betreffen."* Der Verfassungsgerichtshof qualifizierte nun einerseits einzelne Vorschriften der RGO nach ihrem **Inhalt** als Bau-recht und verneinte deswegen eine Zugehörigkeit zum Gewerberecht, *"zumal die einschlägigen Bestimmungen der Gewerbeordnung seit jeher auf Immissionswirkungen des einzelnen Betriebes gegenüber der Nachbarschaft und auf Abwendung von Gefahren für die im Betriebe beschäftigten Personen abgestellt sind."* Andererseits verneinte er die **ausschließliche** Zuständigkeit des Bundes hinsichtlich gewerblicher Betriebsanlagen aus dem Titel *"Angelegenheiten des Gewerbes"*. Zwar habe die GewO am 1.10.1925 Vorschriften über die Genehmigung und die Beschaffenheit gewerblicher

Betriebsanlagen enthalten, jedoch ergebe sich aus diesen Vorschriften, daß die Notwendigkeit einer **baubehördlichen Bewilligung** dadurch nicht ausgeschlossen werden sollte; der Bundesgesetzgeber sei berechtigt, die ungünstige Auswirkung des Betriebes der gewerblichen Betriebsanlage auf die Nachbarschaft und eine Gefährdung der Beschäftigten vermeidend zu regeln (und unter diesem Gesichtspunkt auch die bauliche Gestaltung der Anlage zu erfassen); der Landesgesetzgeber dürfe jedenfalls auch *"baupolizeiliche Vorschriften über die Errichtung und die Beschaffenheit der auch gewerblichen Zwecken dienenden baulichen Anlagen erlassen."*

Die in diesen Formulierungen deutlich ausgedrückte Notwendigkeit des Vorliegens **eines der GewO unterliegenden Betriebes** für die Gewerbekompetenz des Bundes kommt auch im Rechtssatz dieses Erkenntnis zum Ausdruck:

"2. Der Kompetenztatbestand 'Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie' nach Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG umfaßt auch die Regelung des Betriebes von Garagen und Einstellplätzen im Rahmen eines der GewO unterliegenden Betriebes sowie der Errichtung solcher Anlagen." (Hervorhebungen nicht im Original)

5. VfSlg 3227/1957 – Späterer Einbau einer 1925 bestehenden Auslegung in das Gesetz

Zu beurteilen war hier eine Novelle des **KdmP** aus dem Jahr 1934: Art V lit e KdmP hatte schon 1859 *"die in die Kategorie der häuslichen Nebenbeschäftigungen fallenden und durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes betriebenen Erwerbszweige"* aus der GewO ausgenommen; 1934 erfolgte eine Novellierung, wonach die **örtliche Übung** darüber entscheide, ob ein Erwerbszweig unter diese Ausnahme falle. Der Verfassungsgerichtshof unterstellte diese Regelung der Gewerbekompetenz mit folgenden Argumenten: Die Novelle habe nur eine **vorher bestandene Auslegung** des Begriffes *"häusliche Nebenbeschäftigung"* in das Gesetz eingebaut, denn dieses Kriterium sei bereits in einem Ministerialerlaß von 1883 als maßgeblich hingestellt worden, und auch der Verwaltungsgerichtshof sei in einem Erkenntnis von 1933 *"zum selben Ergebnis gekommen"*; somit habe der Begriff *"häusliche Nebenbeschäftigung"* am 1.10.1925 bereits den Inhalt gehabt, der durch die Novelle 1934 näher präzisiert wurde.

6. VfSlg 3393/1958 – Grenzen der zulässigen Neuregelung

Der Verfassungsgerichtshof verneinte in diesem Erkenntnis die Kompetenzmäßigkeit des BG über die Einbringung von Häuteimport-Umlagen; neben anderen Bundeskompetenzen wurde auch die **Gewerbekompetenz** verneint: Wenn auch die sogenannte Versteinerungstheorie nicht ausschließe, *"auf einem durch den Stand der einfachen Gesetzgebung am 1. Oktober 1925 inhaltlich bestimmten Rechtsgebiet Neuregelungen zu erlassen, so müssen doch diese nach ihrem Inhalt dem betreffenden Rechtsgebiet – hier*

„Angelegenheiten des Gewerbes“ – angehören“ – dafür reiche aber jedenfalls nicht aus, daß die Adressaten der Regelung ihrer Tätigkeit nach der GewO unterworfen sind; vielmehr müsse *„geprüft werden, ob ein inhaltlicher Zusammenhang mit den in der GewO enthaltenen Regelungen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kompetenzartikel besteht.“* Die GewO habe nun zwar am 1.10.1925 Tarifregelungen verschiedener Art gekannt, die Einhebung einer Umlage – wie im Gesetz vorgesehen – könne diesen Tatbeständen aber nicht untergeordnet werden.

7. VfSlg 4117/1961 – Großzügige Annahme von Regelungsansätzen

Der Verfassungsgerichtshof hatte in diesem Erkenntnis zunächst die Bedenken, daß die im MühlenG vorgesehenen Produktionsbeschränkungen in Form von Kontingentfestsetzungen nicht in der Gewerbekompetenz des Art 10 (1) Z 8 B-VG gedeckt seien, *„weil die gewerberechtlichen Regelungen ... 1925 Maßnahmen der Art ... offenbar nicht gekannt haben.“* Es reiche auch nicht aus, daß eine Maßnahme dem Schutz eines Zweiges des Gewerbes diene, vielmehr müsse es sich um eine *„Maßnahme typisch gewerberechtlicher Art handeln“*. Konkret prüfte dann der Verfassungsgerichtshof, ob eine zulässige **Neuregelung** iS von VfSlg 3393/1958³ vorliege und bejahte dies: Es habe im österreichischen Gewerberecht stets *„Regelungen zum Schutze von Gewerben als gewerberechtliche Einrichtungen“* gegeben, wie beispielsweise Vorschriften über den Lokalbedarf; auch seien die Berücksichtigung der Bedürfnisse der Bevölkerung und quantitative Beschränkungen (wie Sperrstunden, Bettenbeschränkungen) bei der Ausübung von Gewerben 1925 im Gewerberecht vorhanden gewesen. *„Wenn nun der Gesetzgeber eine Regelung erläßt, die dem Schutz des Gewerbes dient und Maßnahmen vorsieht, die der Berücksichtigung der Änderung des Bedarfes der Bevölkerung und der Konkurrenzverhältnisse dienen, ... und überdies in einer quantitativen Beschränkung der Gewerbeausübung bestehen, so liegt eine Neuregelung vor, die sich ihrem Inhalte nach als eine Angelegenheit des Gewerbes darstellt. Das ist bei den im Mühlengesetz vorgesehenen Maßnahmen der Fall.“*

8. VfSlg 3640/1959 – Großzügige Annahme von Regelungsansätzen

In diesem Erkenntnis wurden **Enteignungsbestimmungen für Zwecke der Gasversorgung** im Energiewirtschaftsgesetz der Gewerbekompetenz mit dem Argument unterstellt, daß bereits 1925 für Betriebsanlagen von Leuchtgasbereitungs- und Aufbewahrungsanstalten laut § 27 GewO ein Genehmigungsverfahren gegolten habe; dies *„beweist in Verbindung mit Art IV Kundmachungspatent zur GewO, gemäß dem die*

3 Siehe vorhin Pkt 6

*GewO für alle gewerbsmäßig betriebenen Beschäftigungen gilt, daß die Versorgung anderer mit Gas bereits damals ein Gewerbe war."*⁴

9. VfSlg 4227/1962 – Bloßes Vermieten (Campingplätze)

Die in Frage stehende Regelung des **Kärntner CampingplatzG** erfaßte nicht gewerbliche Campingplätze und wurde vom Verfassungsgerichtshof als Landessache nach Art 15 (1) B-VG qualifiziert. Zwar könnten laut Art IV KdMP grundsätzlich auch Dienstleistungen im Zusammenhang mit Vermietungen gewerbliche Tätigkeiten sein; dies gelte aber laut den Erläuterungen zur GewO-Novelle 1934 nicht für eine **bloße Raumvermietung** – wenn diese aber (zutreffenderweise) nicht unter die GewO falle, gelte dies auch für die mietweise Bereitstellung von Grundstücken für Campingzwecke. Überdies gingen die durch das Landesgesetz dem Unternehmer auferlegten Leistungen nicht über die Leistungen hinaus, *"die auch der Eigentümer eines Miethauses erbringt, und die niemals als gewerbebe gründend betrachtet worden sind."*

10. VfSlg 5024/1965 – Für Gewerbemaßnahmen muß die Anlage einem Gewerbebetrieb dienen

Neuerlich stand das Kärntner CampingplatzG zur Debatte, allerdings in einer novellierten Fassung, die auch **gewerbsmäßig geführte Plätze** erfaßte. Der Verfassungsgerichtshof hielt im Anschluß an VfSlg 4227/1962⁵ die Landeszuständigkeit nach wie vor für gegeben. Seine ursprünglichen Bedenken, das Gesetz enthalte (unzulässige) Regelungen betreffend *gewerbliche Betriebsanlagen*, erkannte der Verfassungsgerichtshof als unzutreffend: Nach dem Inhalt der Rechtsordnung nach dem Stand 1.10.1925 habe das Gewerberecht sich auf Maßnahmen beschränkt, *"die dem Umstand entspringen, daß die Anlage dem Betrieb eines Gewerbes dient"* – während keine Maßnahmen vorgesehen gewesen seien, *"die mit diesem Umstand in keiner Beziehung stehen"*. Da der Inhalt des Landesgesetzes in keinem Zusammenhang mit der Frage steht, ob der Campingplatz für Zwecke eines Gewerbebetriebes benützt werde oder nicht, sei die Zuständigkeit der Länder gegeben.

11. VfSlg 5573/1967 – Sammlung von Spenden

Der Verfassungsgerichtshof teilte in diesem Erkenntnis die Meinung des antragstellenden Verwaltungsgerichtshofes, das NÖ SammlungsG regle kompetenzwidrigerweise das Aufsuchen von Bestellungen auf periodische Druckwerke, nicht: Das Landesgesetz regle nur die Sammlung von Spenden – dies sei aber nach dem Stand der Rechtsordnung weder unter *"Pressewesen"* noch unter *"Angelegenheiten des Gewerbes"*

4 Ebenso: VfSlg 5801/1968

5 Siehe oben Pkt 9

gefallen, und zwar auch nicht bei Sammlungen im Zusammenhang mit dem Aufsuchen von Bestellungen auf Druckwerke oder sonstige Waren.

12. VfSlg 7074/1973 – Ausnahmen im KdMP entwicklungsfähig

Der Verfassungsgerichtshof hatte darin den Entwurf einer Novelle des NÖ **PrivatzimmerG** kompetenzrechtlich zu qualifizieren; das Gesetz erlaubte dem Vermieter neben der Abgabe eines Frühstücks auch die Verabreichung von Speisen unter bestimmten Voraussetzungen sowie die Verabreichung alkoholischer Getränke, die im landwirtschaftlichen Betrieb des Vermieters erzeugt werden. Der Verfassungsgerichtshof betonte zunächst ausdrücklich, er halte an der mit VfSlg 1477 begonnenen historischen Auslegung der Gewerbekompetenz fest, und da die **häusliche Nebenbeschäftigung** durch Art V lit e KdMP 1925 aus der GewO ausgenommen war, seien derartige Erwerbsbetätigungen nach dem Stand der Gesetzgebung vom 1.10.1925 nicht als Angelegenheiten des Gewerbes angesehen worden. Daß die **Privatzimmervermietung** als häusliche Nebenbeschäftigung galt und sohin keine Gewerbeangelegenheit war, sei unbestritten und bedürfe keiner näheren Begründung. Daß dabei auch die Verabreichung von Speisen und nicht alkoholischen Getränken erlaubt war, belegte der Verfassungsgerichtshof mit dem Hinweis auf zwei Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes von 1934 und 1935; wenn nun die Novelle auch *alkoholische Getränke* zulasse, "so sieht der Verfassungsgerichtshof darin eine systemimmanente Neuerung, weil die Verabreichung solcher alkoholischer Getränke an beherbergte Fremde ihrer Art nach durchaus dem Typus der häuslichen Nebenbeschäftigung angehört." Daher wurde die Landeskompetenz nach Art 15(1) B-VG bejaht.

13. VfSlg 9543/1982 – Ausschließlich auf Bedarf abstellende Planung

In diesem Erkenntnis qualifizierte der Verfassungsgerichtshof die Regelung des OÖ Raumordnungsg, wonach "Geschäftsbauten für den überörtlichen Bedarf" nur auf Standorten mit genügend großem Einzugsbereich (der durch bestehende Betriebe nicht schon ausreichend versorgt ist) vorgesehen und nur zugelassen werden sollten, "wenn die Nahversorgung der Bevölkerung nicht gefährdet wird", als **gewerberechtliche Regelung** und hob sie wegen Kompetenzwidrigkeit auf.

Ausgehend von der historischen Auslegung des Kompetenztatbestandes "Angelegenheiten des Gewerbes" befand der Verfassungsgerichtshof, daß die GewO 1859 bei Konzessionsverleihungen eine Bedachtnahme auf "**Lokalverhältnisse**" vorgesehen habe und auf das Bedürfnis der Bevölkerung, woraus sich ergebe, "daß die Gewerbebehörde bei Beurteilung des Lokalbedarfes planende Überlegungen darüber anzustellen hatte, ob bestimmte Standorte unter dem Aspekt der Bedürfnisse der Bevölkerung als geeignet in Betracht kommen."; eine Standortplanung, welche Voraussetzungen festlegt, die mit dem Lokalbedarf ident sind, gehe von keiner anderen als einer gewerberechtlichen Betrachtungsweise aus. Der Verfassungsgerichtshof

erachtete die Regelung des OÖ ROG als eine, die **ausschließlich** auf den Bedarf abstelle und somit den Angelegenheiten des Gewerbes zu subsumieren sei.

Diese kompetenzrechtliche Prämisse lag auch allen weiteren Erkenntnissen des Verfassungsgerichtshofes zu **Raumordnungsregelungen** der Länder betreffend *Standortplanung von Einkaufszentren* zugrunde; es wechselte nur die Einschätzung, ob eine Landesregelung ausschließlich auf den Bedarf abstelle oder nicht und dementsprechend kompetenzwidrig oder kompetenzgemäß war⁶.

14. VfSlg 10.050/1984 – Vergleichbare Vorläuferregelung

Darin hatte der Beschwerdeführer die Regelung des § 52(4) GewO (sog. "**Automaten VO**" zum Schutz unmündiger Minderjähriger) als kompetenzwidrig angegriffen, weil eine Regelung des Jugendschutzes vorliege; der Verfassungsgerichtshof bejahte aber die **Gewerbekompetenz**, weil der GewO im Versteinerungszeitpunkt vergleichbare Beschränkungen der gewerblichen Betätigung keineswegs fremd gewesen seien: Der Verfassungsgerichtshof stützte sich auf ein Gesetz von 1922, das die Verabreichung geistiger Getränke an Jugendliche verboten hatte und auf eine Verordnung von 1892, welche Warenautomaten als Betriebsmittel gewertet habe – damit sei unter "*Verabreichung*" auch der "*Vertrieb durch Automaten*" verstanden worden.

15. VfSlg 10.831/1986 – Beschränkung auf "Maßnahmen typisch gewerberechtlicher Art"

Darin hob der Verfassungsgerichtshof **Energiesparbestimmungen in der GewO** (Vorschreibung von Standards für Waren und Dienstleistungen, Auflagen im Betriebsanlagenverfahren zwecks Energiesparen) mangels Deckung in Art 10 (1) Z 8 B-VG auf. Die Antragsteller argumentierten in einer ausführlichen historischen Analyse, daß nach der einfachgesetzlichen Lage im Versteinerungszeitpunkt nur *gewerbespezifische Gefahren* und nicht gesamtwirtschaftliche Gefahren im Gewerbe-recht abgewehrt worden seien, und auch keine zulässige Neuregelung vorliege; die Bundesregierung versuchte, aus Einzelregelungen abzuleiten, daß es historische Ansätze für die Berücksichtigung gesamtwirtschaftlicher Interessen im Gewerbe-recht gegeben habe.

Der Verfassungsgerichtshof legte zunächst seine ständige Rechtsprechung zur historischen Auslegung und der zulässigen Neuregelungen dar und betonte dabei einen, bisher eher am Rande erwähnten Aspekt in VfSlg 4117, daß nämlich "*gesetzliche Maßnahmen nur soweit auf den Kompetenztatbestand 'Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie' gestützt werden können, als es sich um 'Maßnahmen typisch gewerberechtllicher Art'*"⁷ handelt."

⁶ Vgl zB VfSlg 11.393/1987; 11.626/1988; 12.284/1990; B 1065/90 v 27.11.1991

⁷ VfSlg 4117/1961

In der Folge definierte der Verfassungsgerichtshof als solche Maßnahmen jene, "die dem Schutz des Gewerbes⁸, der Abwehr von vom Gewerbebetrieb unmittelbar ausgehenden Gefahren für die Gewerbetreibenden und ihre Arbeitnehmer, die Kunden, andere Gewerbetreibende oder als Nachbarn sonst von der Gewerbetätigkeit unmittelbar betroffene Personen und dem Konsumentenschutz⁹ dienen; diese Maßnahmen werden von der Lehre als gewerbepolizeiliche Maßnahmen bezeichnet."

Die in Frage stehenden Regelungen seien nun nicht solche gewerbepolizeiliche Maßnahmen, "denn auf dem Gebiet des Gewerbes und der Industrie treten weder durch Waren oder Dienstleistungen, die nicht bestimmten Mindestanforderungen zur sinnvollen Nutzung der Energie entsprechen, noch durch Betriebsanlagen, die bestimmten Energiesparstandards nicht gerecht werden, besondere Gefahren derart auf, wie sie typischerweise mit gewerbepolizeilichen Mitteln verhindert werden." In Wahrheit zielten die Regelungen auf eine sinnvolle Energienutzung und damit ein gesamtwirtschaftliches Interesse. Die im Versteinerungszeitpunkt vorhandenen Energiesparvorschriften seien – worauf die Antragsteller richtig hingewiesen hätten – nicht als gewerberechtliche, sondern als kriegswirtschaftliche Vorschriften in Geltung gestanden. "Auch dies zeigt, daß nach der für die Interpretation des Kompetenztatbestandes 'Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie' maßgeblichen historischen Rechtslage derartige Vorschriften eben nicht als solche des Gewerberechts in Geltung standen."

16. VfSlg 10.930/1986 – "Kombinierte Betriebsanlage"

Ergebnis dieses Verfahrens war, daß die **Dampfkesselanlage eines Fernheizkraftwerkes** eine "kombinierte Betriebsanlage" sei, weil sie nicht nur elektrische Energie, sondern auch Fernwärme erzeuge; als Fernwärmeversorgungseinrichtung benötige sie eine gewerberechtliche Genehmigung, da sie insoweit eine **Betriebsanlage** iS der GewO sei. Für die Geltung des Gewerberechts führte der Verfassungsgerichtshof allerdings nur einen Beitrag von **Steffek**, Das Recht der Gas- und Fernwärmeversorgung, in: Korinek (Hg), Beiträge zum Wirtschaftsrecht – FS Karl Wenger (1983) an. An der vom Verfassungsgerichtshof angegebenen Stelle¹⁰ wird kompetenzrechtlich sinngemäß folgende Aussage getroffen: Primär komme zur Regelung der Fernwärmeversorgung **Art 10 (1) Z 8 B-VG** in Betracht, weil auf die Tätigkeit der FVU die "Merkmale der Gewerbsmäßigkeit" zuträfen.

17. VfSlg 11.503/1987 – Bestattergewerbe

Darin hatte der Beschwerdeführer gegen die §§ 237ff GewO (*Bedarfsprüfung beim Bestattergewerbe*) auch vorgebracht, sie seien kompetenzwidrig, weil eine Angelegen-

8 Vgl VfSlg 4117/1961

9 VfSlg 9543/1982

10 819ff

heit des "Leichen- und Bestattungswesens"¹¹ vorliege; dies verneinte der Verfassungsgerichtshof, weil zum Zeitpunkt 1.10.1925 das **Bestattergewerbe** Gegenstand einer gewerberechtlichen Regelung, und zwar als *konzessioniertes Gewerbe*, war.

18. VfSlg 12.996/1992 – Ausnahme durch KdmP lit o (Diskothek)

Die zentrale Frage des diesem Erkenntnis zugrundeliegenden Falles war, ob das Betreiben eines Cafe-Restaurants als **Diskothek** eine Änderung einer Betriebsanlage iS der GewO sei und daher einer gewerberechtlichen Genehmigung bedarf. Die Beschwerdeführerin berief sich auf die Ausnahme der *öffentlichen Belustigungen und musikalischen Darbietungen* aus der GewO in § 2 (1) Z 17 und meinte, es handle sich in ihrem Fall um eine öffentliche Belustigung, die nicht der GewO unterliege. Das BKA-Verfassungsdienst verglich Diskotheken mit dem *Betreiben von Tanzlokalen* und kam nach Anführung zahlreicher historischer Rechtsquellen und Literaturstellen zur Ansicht, im Versteinerungszeitpunkt sei das Betreiben von Tanzlokalen eher nicht unter die GewO gefallen.

Der Verfassungsgerichtshof betonte zunächst, daß die hier entscheidende Frage der Auslegung der Ausnahmebestimmung des § 2 (1) Z 17 GewO insofern auch verfassungsrechtlich bedeutsam sei, "*als die Ausnahmebestimmungen des § 2 GewO 1973 in verfassungskonformer Interpretation im Rahmen ihres Wortsinns jedenfalls so zu verstehen sind, daß die Vorschriften der GewO 1973 nur auf jene gewerblichen Tätigkeiten anzuwenden sind, für die dem Bund eine Kompetenz zur Regelung gewerblicher Fragen zukommt*". Die Gewerbekompetenz wiederum umfasse nach ständiger Judikatur alle Vorschriften, die nach dem Stand und der Systematik der einfachen Gesetze am 1.10.1925 als gewerberechtliche Vorschriften anzusehen waren, wobei es sich einerseits um Maßnahmen typisch gewerberechtlicher Art handeln müsse "*und andererseits um Maßnahmen für Wirtschaftsbereiche, die nach dem Stand der einfachgesetzlichen Rechtsordnung vom 1. Oktober 1925 einer gewerberechtlichen Regelung unterlagen oder sich doch in systemimmanenter Weise aus entsprechenden Tätigkeiten entwickelt haben*."

In der konkreten Anwendung dieser Prämissen pflichtete der Verfassungsgerichtshof zunächst dem vom BKA-Verfassungsdienst geschilderten Befund insofern bei, als "*öffentliche Belustigungen*" bereits durch Art V lit o KdmP aus der GewO ausgenommen waren, und es für solche Veranstaltungen **besondere polizeiliche Vorschriften**¹² gegeben habe; diese rechtliche Situation im Zeitpunkt 1.10.1925 bedeute aber nur, daß eine musikalische Darbietung **als solche** vom Regelungsbereich des Art 10 (1) Z 8 B-VG ausgenommen sei: "*Werden aber musikalische Darbietungen in einem Gewerbebetrieb veranstaltet, so steht es dem Bundesgesetzgeber frei, gewerberechtliche Regelungen für den Gastgewerbebetrieb zu erlassen*". Es entspreche durchaus einer

11 Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG

12 In Form eines Hofkanzleidokrets aus 1827, eines Landesgesetzes von 1905 und eines Ministerialerlasses von 1850

intrasystematischen Weiterentwicklung des Kompetenztatbestandes, daß er auch zu Regelungen für sich neu entwickelnde Betriebsformen von Gastgewerbebetrieben ermächtige.

19. VfSlg 13.237/1992 – Ausnahme durch KdmP lit g (Pflegeheim)

Prüfungsgegenstand dieses Verfahrens war der Entwurf eines **PflegeheimG** des Bundes, das seinem Inhalt nach Personen erfaßte, die ständiger Pflege, aber bloß fallweiser ärztlicher Betreuung bedürfen; im Ergebnis sah der Verfassungsgerichtshof dafür die Zuständigkeit der Länder gemäß Art 15 (1) B-VG gegeben.

Die Kompetenzprüfung des Verfassungsgerichtshofes erstreckte sich auch auf die Frage, ob der Bund unter dem Kompetenztitel *"Angelegenheiten des Gewerbes"* zuständig sei. Dies verneinte der Verfassungsgerichtshof, weil im Versteinerungszeitpunkt das Errichten und Betreiben eines Pflegeheimes nicht als solche Angelegenheit betrachtet worden sei: Einmal seien von der damaligen GewO laut Art IV KdmP nur gewerbsmäßig, dh mit Gewinnabsicht betriebene Beschäftigungen erfaßt worden. Die im Entwurf vorgesehenen Tätigkeiten hätten *"seinerzeit offenbar vor allem im Rahmen von Altersheimen udgl. statt(gefunden), die ohne Gewinnabsicht betrieben wurden und nach dem Gesagten von vornherein nicht unter das Regime des Gewerberechtes fielen. Aber auch allenfalls vorhandene ... auf Gewinn gerichtete Anstalten waren dem Art V lit g des (Kundmachungs-)Patentes zufolge von der Gewerbeordnung 1859 ausgenommen."* Die dort verwendete Formulierung *"Heilanstalten jeder Art"* und die damalige Literaturmeinung spreche für eine weite Auslegung der Ausnahmeregelung des Art V lit g KdmP.

B. Zusammenfassende Betrachtung

1. Der Verfassungsgerichtshof legt den Kompetenztatbestand *"Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie"* seit VfSlg 1477/1932 in ständiger Rechtsprechung **historisch** im Sinn der sog. *Versteinerungstheorie* aus; die stets wiederkehrende Formel lautet, daß alle Vorschriften, die nach dem Stand und der Systematik der einfachen Gesetze am 1.10.1925 als gewerberechtliche Vorschriften anzusehen waren, unter diesen Kompetenztatbestand fallen.

Neuregelungen können sich dann auf den Kompetenztatbestand stützen, wenn sie **ihrem Inhalt** nach dem Rechtsgebiet *Angelegenheiten des Gewerbes und der In-*

dustrie angehören¹³. Seit VfSlg 10.831/1986 vertritt der Verfassungsgerichtshof weiters die Einschränkung, daß sich gesetzliche Maßnahmen als "**Maßnahmen typisch gewerberechtlicher Art**" darstellen müssen, um im Kompetenztatbestand Deckung finden zu können.

2. Die Umsetzung dieser allgemeinen Auslegungsformel bei der Beurteilung einer konkreten Regelung erfolgt methodisch in einem regelmäßig gleichbleibenden ersten Prüfungsschritt: der Suche nach einer zumindest vergleichbaren **gewerberechtlichen** Regelung im Versteinerungszeitpunkt, dh in aller Regel setzt die Suche in der GewO 1859 in ihrer 1925 in Geltung gestandenen Fassung an.
3. Der Verfassungsgerichtshof hat dabei **Art V des Kundmachungspatentes** zur GewO 1859 über die von der GewO ausgenommenen Tätigkeiten bzw Bereiche stets als **Kompetenzgrenze** erachtet: Die Nennung einer Tätigkeit bzw eines Bereiches in Art V KdmP führte ausnahmslos zur Beurteilung, daß diese jedenfalls **keine "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie"** darstellen¹⁴; fraglich kann allenfalls die **Reichweite** der jeweiligen Ausnahmeklausel sein¹⁵. In der Auslegung der Bedeutung der Ausnahmeklausel kann verschiedenstes historisches Material eine Rolle spielen – so haben etwa *Hofkanzleidekrete*, *Ministerialerlässe* aus der Monarchie, *Erläuterungen*, *Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnisse*, ein *Landesgesetz* und die *Literaturmeinung* als Auslegungshilfe gedient¹⁶.
4. Der Verfassungsgerichtshof hat das Prinzip der **intrasystematischen Fortentwicklung** nicht allein den "**Angelegenheiten des Gewerbes**" vorbehalten, sondern er hat **Neuregelungen auch** in den durch Art V KdmP **ausgenommenen** und nicht der Gewerbekompetenz unterliegenden **Bereichen** zugelassen¹⁷.
5. In der älteren Rechtsprechung begnügte sich der Verfassungsgerichtshof in einigen Erkenntnissen mit sehr schwachen oder auch unzutreffenden historischen Anknüpfungspunkten, um iS der *Versteinerungstheorie* und des *Prinzips der intra-systematischen Fortentwicklung* die Gewerbekompetenz zu bejahen¹⁸.

Die **jüngere Judikatur**, und zwar 10.831/1986, B 1060/90 vom 27.2.1992 und KII-2/91 vom 16.10.1992, ist aber wieder klar von der Bereitschaft zu einer **umfassenden, geradezu minutiösen Prüfung der historischen Rechtslage** gekennzeichnet. Dabei

13 So erstmals VfSlg 3393/1958; ferner 4117/1961; 10.050/1984; 10.831/1986

14 VfSlg 1477/1932; 2500/1953; 2670/1954; 3227/1957; 7074/1973; B 1062/90 v 27.2.1992; KII-2/91 v 16.10.1992

15 ZB weite Auslegung in VfSlg 1477/1932; 7074/1973; KII-2/91 v 16.10.1992

16 Siehe VfSlg 2670/1954; 3227/1957; 7074/1973; B 1062/90 und K II-2/91

17 VfSlg 7074/1973

18 Siehe VfSlg 3640/1959; 4117/1961; 5801/1968; 9543/1982; 10.050/1984; vgl dazu auch jeweils die Kritik bei *Morscher*, Gewerbekompetenz, 53, 54f, 57, 103ff und 131ff

erfolgt vor allem auch eine differenzierende Bewertung des aufgefundenen Materials in dem Sinne, daß eben nicht irgendeine Erwähnung im Gewerberecht ausreicht, um bereits kompetenzbegründend zu sein.

III. Die Entwicklung der einfachgesetzlichen Lage betreffend die Herausnahme der Land- und Forstwirtschaft und ihrer Nebengewerbe aus der GewO

Im Sinne der zuvor dargestellten Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ist die kompetenzrechtliche Untersuchung der Anlagenregelung des § 2 Abs 4 a GewO jedenfalls anhand der **historischen Rechtslage** vorzunehmen; jedoch muß auch die spätere Rechtsentwicklung dargestellt werden, um die heutige – recht unübersichtliche – Gesetzeslage verstehen und beurteilen zu können. Die Darstellung kann sich ferner nicht auf die gesetzlichen Regelungen betreffend **Nebengewerbe** beschränken, sondern muß die **Land(Forst)wirtschaft** mit einbeziehen, weil es sich um einen einheitlichen, nicht trennbaren Rechtsbereich handelt.

Wenn schließlich im folgenden auch die Rechtsprechung des **Verwaltungsgerichtshofes** in der Darstellung herangezogen wird, so nicht nur, weil diese in der Verfassungsgerichtshof-Judikatur teilweise eine Rolle spielte, sondern weil ansonsten die Entwicklung der Gesetzeslage unverständlich wäre.

A. Die Rechtslage im Versteinerungszeitpunkt

1. Die Regelung im Kundmachungspatent

Art V lit a des **Kaiserlichen Patent**es vom 20. Dezember 1859, womit eine **Gewerbe-Ordnung** erlassen wird¹⁹, bestimmte, daß die GewO keine Anwendung findet auf *"die land- und forstwirtschaftliche Produktion und ihre Nebengewerbe, soweit diese in der Hauptsache die Verarbeitung eigener Erzeugnisse zum Gegenstande haben, dann der in einigen Landesteilen durch ältere Einrichtungen den Besitzern von Wein- und Obstgärten gestattete Ausschank des eigenen Erzeugnisses."*

Der **Motivenbericht**²⁰ führte dazu aus, daß die Landwirtschaft schon vom Sprachgebrauch her kein Gewerbe sei und sie selbstredend nicht unter das Gewerbegesetz zu stellen gewesen sei. Dies betreffe zweifellos die **erste Gewinnung** des Naturproduktes; die **Umgestaltung** des Naturproduktes sei schwieriger zu beurteilen ("wo die Landwirtschaft aufhört und das Gewerbe beginnt"); die Grenzlinie verlaufe so, daß wenn die

¹⁹ "Kundmachungspatent" – RGBI 1859/227

²⁰ Abgedruckt bei Suchanek/Sindler/Meinold, Die Gewerbeordnung, 1927, 25f

Umgestaltungsarbeiten so innig mit der Bodenbewirtschaftung verbunden sind, "daß ohne sie das Naturprodukt gar nicht in Verkehr gebracht werden könnte" und wenn die **Beschäftigten** der "eigentlich landwirtschaftlichen Bevölkerung" angehören (zB Milchwirtschaft, Käsebereitung, Weinbereitung), dann ginge es nicht an, dies in den Bereich der Gewerbegesetzgebung zu ziehen. Wo aber nur mehr ein zufälliger Zusammenhang mit Bodenbewirtschaftung bestehe, das Naturprodukt zur Nebensache werde und von Arbeitsaufwand und Hilfsstoffen überwogen werde, und wo die Arbeitskräfte nicht mehr landwirtschaftliche Bevölkerung seien (zB Bierbrauerei, Ziegelbrennerei, Zuckersiederei, wo auch die Umgestaltung weit über das Bedürfnis der ersten Kaufrechtmachung hinausreiche), da müsse das Gewerbegesetz gelten. Diese Grenzlinie versuche der Ausdruck "Nebengewerbe, soweit ..." einzuhalten; der Motivenbericht schloß mit der Hoffnung: "Soviel auch diese Bezeichnung noch an wissenschaftlicher Schärfe zu wünschen übriglassen mag, so dürfte sie, vereint mit der in der Vollzugsvorschrift zu gebenden näheren Anleitung doch den vollziehenden Behörden eine hinlänglich sichere Führerin sein, um in jedem gegebenen Falle die richtige Unterscheidung zu geben."

2. Die zeitgenössische Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes

Die nachfolgende **Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes** präziserte diese Bestimmung in mehrfacher Hinsicht, wobei in der Regel die Ausgangsfrage war, ob ein Betrieb eine *Gewerbeanmeldung* oder eine *Betriebsanlagengenehmigung* benötige. Dies wurde danach beurteilt, ob der Betrieb unter die GewO fiel oder unter die Ausnahmebestimmung des Art V lit a KdmP eingereiht werden konnte.

- Ein Schwerpunkt der Verwaltungsgerichtshof-Judikatur lag in der Beurteilung der Gewinnung von **Sand, Steinen, Schotter** ua unorganischen Produkten: Dazu stellte der Verwaltungsgerichtshof in mehreren Erkenntnissen klar, daß Art V lit a nicht jede Urproduktion aus der GewO ausnehme, sondern **nur die land- und forstwirtschaftliche Urproduktion** – diese umfasse im wesentlichen die Erzeugung pflanzlicher Rohstoffe und die Zucht von Tieren; daher könne die Gewinnung von Sand, Steinen, Schotter, Grünerde und Torferde nicht als landwirtschaftliche Produktion im Sinne des Art V lit a KdmP verstanden werden²¹. Das in den Beschwerden jeweils zusätzlich vorgebrachte Argument, es liege jedenfalls ein landwirtschaftliches **Nebengewerbe** vor, **verneinte** der Verwaltungsgerichtshof meist aber mit verschiedenen Begründungen:
- weil der Beschwerdeführer keinen Landwirtschaftsbetrieb führte – ein Nebengewerbe iS des Art V lit a könne nur vorliegen, wenn **überhaupt ein Landwirtschaftsbetrieb vorhanden ist**²²;

21 Budw. 3820/1887; 15.564 A/1900; 3781 A/1905; 5242 A/1907; 9302 A/1912

22 Budw. 3820/1887; 5242 A/1907

- weil keine Verarbeitung erfolgte, sondern reine Produktion²³;
- weil die Gewinnungsweise nicht den Betriebsformen der Landwirtschaft entsprach, sondern bergmännisch war²⁴;
- weil der Betrieb selbständigen Charakter hatte und vom Landwirtschaftsbetrieb völlig unabhängig war – das wesentliche Merkmal eines landwirtschaftlichen Nebengewerbes *"besteht seinem Begriffe nach ja eben darin, daß dasselbe den Betrieb einer Landwirtschaft zur Voraussetzung hat und mit derselben in solchem Zusammenhange steht, daß der Betrieb des Nebengewerbes ohne Landwirtschaftsbetrieb nicht gedacht werden kann"*²⁵.

Bei Sand- und Steinbrüchen hielt der Verwaltungsgerichtshof eine Ausnahme aus der GewO dann für möglich, wenn sie sich als **Nebenbeschäftigung** einer Landwirtschaft darstellten, wobei die Einordnung solcher Tätigkeiten in Art V lit a Kdmp widersprüchlich erfolgte²⁶.

Daß für ein landwirtschaftliches Nebengewerbe der **unselbständige Charakter des Betriebs** Voraussetzung sei, wurde in Budw. 5722 A/1908 neuerlich betont; die in Frage stehende *Schwarzbrotbäckerei* eines landwirtschaftlichen Betriebs wurde als selbständiger Betrieb (und daher nicht als Nebengewerbe) gewertet, weil ein eigener Bäcker und eine eigene Betriebsanlage verwendet wurden, und weil außer dem Bezug des Mehls aus dem Hauptbetrieb kein innerer Zusammenhang mit der Landwirtschaft bestanden habe.

3. Die zeitgenössische Literatur

Aus dieser Rechtsprechung leitete die **zeitgenössische Literatur** allgemeine Begriffsbestimmungen der land- und forstwirtschaftlichen Nebengewerbe ab:

Kulisch²⁷ führte aus, daß neben der eigentlichen Landwirtschaft (in Form von Ackerbau und Viehzucht) häufig auch *gewerbliche Beschäftigungen* in Form der Gewinnung mineralischer Urprodukte, der Verwendung land- und forstwirtschaftlicher Betriebsmittel zu Transportzwecken und der Bearbeitung der eigenen Erzeugnisse erfolgen; wenn eine solche Tätigkeit mit einem land- oder forstwirtschaftlichen Betriebe im Zusammenhang stehe, *"der durch den gemeinsamen Unternehmer und gleichzeitig dadurch hergestellt wird, daß der gewerbliche Betrieb nur gelegentlich oder nur zu Zwecken des forst- oder landwirtschaftlichen erfolgt"*, bestehe eine **wirtschaftliche Abhängigkeit**. Der land- oder forstwirtschaftliche Betrieb bilde somit die Haupt-, der gewerbliche die Nebensache, weswegen das Gesetz den Ausdruck *"Nebengewerbe"* verwende.

23 Gewinnung von Torferde – Budw. 9302 A/1912

24 Budw. 3781 A/1905

25 Budw. 14 564 A/1900

26 Budw. 3820: es liege Nebengewerbe vor; 83 A: der Betrieb sei Teil der landwirtschaftlichen Produktion

27 Kulisch, System des österreichischen Gewerberechtes, I. Band, 1912², 190f

Praunegger²⁸ meinte, das Gesetz habe vor allem die *Be- und Verarbeitung der Rohprodukte* zu marktgängigen Zwischenprodukten aus der GewO ausnehmen wollen. *"Schon der Ausdruck 'land- und forstwirtschaftliche' Nebengewerbe drückt den erforderlichen innigen Zusammenhang des Betriebes mit der Land- und Forstwirtschaft aus. Es darf also der Betrieb kein solcher sein, welcher füglich auch ganz abgesondert von Land- und Forstwirtschaft betrieben werden könnte oder gar allgemein betrieben wird."* Die Bezeichnung *"Nebengewerbe"* bedeute, daß es *"im geringen Umfange neben dem Betriebe der land- und forstwirtschaftlichen Urproduktion hauptsächlich deswegen betrieben wird, um den leichteren Absatz der ... Urprodukte, deren Nebenprodukte oder Abfälle zu ermöglichen."*

Beide Autoren nennen Beispiele von (durch Judikatur oder Praxis) anerkannten Nebengewerben und zählen dabei unter Berufung auf Ministerialerlässe auch **Transportdienste** und den **Verleih von landwirtschaftlichen Maschinen** auf²⁹; dh also Tätigkeiten, die keine Verarbeitungsvorgänge sind, wurden jedenfalls in der Praxis (und unbeanstandet von der Literatur) ebenfalls als mögliche Nebengewerbe zugelassen.

Keine Übereinstimmung bestand dagegen in der dogmatischen Einordnung der **"landwirtschaftlichen Nebenbeschäftigungen"**: Der Begriff wurde im Betriebsanlagenrecht der GewO verwendet; nach § 27 (1) Z 43 war ein besonderes Betriebsanlagenverfahren anzuwenden auf *"Steinbrüche, Ziegelbrennereien, Kalkbrennereien und Gipsbrennereien, insofern dieselben nicht als landwirtschaftliche Nebenbeschäftigungen erscheinen .."*.

Kulisch³⁰ zählte den *"Betrieb eines Steinbruches, einer Ziegel-, einer Kalk- oder einer Gipsbrennerei, wenn der Betrieb nur nebenbei und auf eigenem Boden erfolgt"* zu den land- und forstwirtschaftlichen Nebengewerben und berief sich dabei eben auf *"§ 27, Punkt 43"* der GewO. **Praunegger**³¹ dagegen meinte, landwirtschaftliche Nebenbeschäftigung gemäß § 27 sei *"nicht gleichbedeutend mit 'landwirtschaftlichem Nebengewerbe', da sonst die Steinbrüche von der G.O. überhaupt ausgenommen wären."* Es sei dabei offenbar an Fälle gedacht, wo der Haupterwerb die Landwirtschaft sei und daneben in nur geringem Umfang eine Ziegelei etc betrieben werde. Im Ergebnis aber zählte auch Praunegger diese Nebenbeschäftigung zum aus der GewO ausgenommenen Bereich der Landwirtschaft.

28 *Praunegger, Das österreichische Gewerberecht, 1924, 14f*

29 *Kulisch, System, 192; Praunegger, Gewerberecht, 15f*

30 *Kulisch, System, 191*

31 *Praunegger, Gewerberecht, 17*

B. Die GewO-Novellen 1933 und 1934

1. Die Neuregelung der Genossenschaften

Im Jahre 1933 wurde durch Verordnung der Bundesregierung³² dem Art IV des KdMP der "Genossenschaftsabsatz" angefügt. Laut Laszky/Nathansky/Heller³³ war bis dahin die "Frage der gewerberechtlichen Behandlung der Erwerbs- und Wirtschafts-genossenschaften strittig" gewesen; nunmehr wurden diese Genossenschaften der Gewerbeordnung unterstellt mit Ausnahme der Kreditgenossenschaften und bestimmter land- und forstwirtschaftlicher Erwerbs- und Wirtschafts-genossenschaften. Die neu geschaffene Ausnahmeregelung des Art IV Abs 2 KdMP lautete:

"Die Betriebe von Erwerbs- und Wirtschafts-genossenschaften fallen unbeschadet der Bestimmung des Art V unter die Vorschriften der Gewerbeordnung. Der Betrieb von Sägen, Mühlen, Molkereien, Brennereien, Harzverarbeitungsstätten, Flachsdarren, Schafwollverarbeitungsanlagen, Keltereien und von sonstigen nach altem Herkommen üblichen Zweigen der Bearbeitung land- und forstwirtschaftlicher Erzeugnisse, der Verkauf unverarbeiteter land- und forstwirtschaftlicher Erzeugnisse und der Einkauf land- und forstwirtschaftlicher Betriebserfordernisse durch land- und forstwirtschaftliche Erwerbs- und Wirtschafts-genossenschaften fällt jedoch nicht unter die Vorschriften dieses Gesetzes, wenn die Genossenschaften ihren Geschäftsbetrieb in der die eigentlichen genossenschaftlichen Zwecke verfolgenden Richtung auf die Mitglieder beschränken. Weiters sind auch Kreditgenossenschaften von der Gewerbeordnung ausgenommen. Im Zweifel, ob der Betriebszweig nach altem Herkommen üblich ist, entscheidet das Bundesministerium für Handel und Verkehr im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft."

2. Die Gartenbauregelung und andere Erweiterungen

Durch die Gewerbeordnungsnovelle 1934³⁴ wurden Art IV und V des KdMP folgendermaßen abgeändert:

Im Art IV (2) wurde die bisher geforderte Beschränkung des Geschäftsbetriebes der land- und forstwirtschaftlichen Genossenschaften auf die Mitglieder gelockert: Die Genossenschaften durften nun bei unvermeidbaren Umständen den Geschäftsbetrieb vorübergehend auch auf Nichtmitglieder ausdehnen – dies geschah laut den Erläuterungen³⁵ aus Billigkeitsgründen.

In Art V lit a wurden die Baumschulen, der Gartenbau und das Halten von Nutztieren ausdrücklich als Teil der land- und forstwirtschaftlichen Produktion erklärt und weiters wurde der Fuhrwerksdienst durch Land- und Forstwirte als Nebengewerbe

32 BGBl 1933/52 und 1933/104

33 Laszky/Nathansky/Heller, Dr. Emil Hellers Kommentar zur Gewerbeordnung, 1937, 39

34 BGBl 1934/II Nr 322

35 Abgedruckt bei Langhoff, Die Gewerbe-Ordnung, 1936, 87

ausdrücklich aufgenommen; der aus der GewO ausgenommene Bereich lautete nun in Art V lit a folgendermaßen:

"die land- und forstwirtschaftliche Produktion (hiez zu zählen auch die Baumschulen und der Gartenbau, das ist die Hervorbringung von Blumen, Obst, Gemüse, Bäumen usw auf eigenem oder gepachtetem Grund ohne Rücksicht auf die Betriebsweise sowie das Halten von Nutztieren zur Zucht, Mästung oder Gewinnung tierischer Erzeugnisse) und ihre Nebengewerbe, soweit diese in der Hauptsache die Bearbeitung der eigenen Erzeugnisse zum Gegenstande haben, und die Besorgung von Fuhrwerksdiensten mit anderen als Kraftfahrzeugen durch Land- und Forstwirte als Nebengewerbe im Rahmen der hergebrachten Übung oder in Gegenden, wo das Verkehrsbedürfnis durch Gewerbetreibende nicht ausreichend befriedigt werden kann, soweit sich diese Tätigkeit auf die Verwendung der hauptsächlich im eigenen land- oder forstwirtschaftlichen Betriebe verwendeten Zugtiere, Fuhrwerke und Personen beschränkt; dann der in einigen Landesteilen durch ältere Einrichtungen den Besitzern von Wein- und Obstgärten gestattete Ausschank des eigenen Erzeugnisses".

Das Motiv für die Aufnahme der **Gartenbauregelung** war eine schwankende Verwaltungspraxis in der Frage, ob bzw wann der Gartenbau unter die GewO oder unter Art V lit a KdMP fällt³⁶; zwar hatte das Ministerium per Erlaß einen offenbar weiten Rechtsstandpunkt zugunsten einer Herausnahme vertreten, der aber durch ein restriktives Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnis betr Baumschulen in Gefahr geriet und daher nun im Gesetz verankert wurde³⁷.

Nach den Erläuterungen³⁸ sollte nunmehr klargestellt sein, daß Tätigkeiten des sog. Friedhofgärtners, das bloße Einsetzen von Pflanzen in Behälter zwecks Weiterverkauf oder Verarbeitung zu Sträußen udgl nicht als Landwirtschaft angesehen werden könnten und daher der GewO unterstellt seien. Falls Tätigkeiten, wie zB Blumenbinden, im Rahmen eines landwirtschaftlichen Nebengewerbes ausgeübt würden, *"fallen (sie) dann als solche nicht unter die Gewerbeordnung"*³⁹.

Andererseits fiel nun aber laut gesetzlicher Definition die Züchtung exotischer Pflanzen unter Gartenbau, und die Verwendung geschulter Hilfskräfte und besonderer Vorrichtungen wie Warmhäuser beim Gartenbau wurde zulässig⁴⁰; damit wurde der Verwaltungsgerichtshof-Judikatur⁴¹ eine Absage erteilt, die bei Vorliegen dieser Elemente die GewO zur Anwendung gebracht hatte.

Auch die neue **Tierzuchtregelung** sollte eine vom Ministerium vertretene Rechtsansicht gesetzlich festschreiben: Ursprünglich war von den Gewerbebehörden nur die

36 Laszky/Nathansky/Heller, Hellers Kommentar, 44

37 So die Erläuterungen in Langhoff, Gewerbe-Ordnung, 87; laut Laszky/Nathansky/Heller, Hellers Kommentar, 44f, sei die Rechtsansicht des Ministeriums "über Drängen der landwirtschaftlichen Kreise" zum Gesetz erhoben worden

38 Langhoff, Gewerbe-Ordnung, 87f

39 Ebenso Laszky/Nathansky/Heller, Hellers Kommentar, 45

40 "Da nur bei Verwendung solcher Hilfsmittel ein rationeller Betrieb der Gärtnerei überhaupt möglich ist"; vgl dazu Laszky/Nathansky/Heller, Hellers Kommentar, 45

41 Budw. 4468/1889; 17 010/1932

Zucht *heimischer Tiere* als Landwirtschaft verstanden worden; ab 1930 wurde aber in Ministerialerlassen ein weiteres Verständnis vertreten, insbesondere wurde auch die Zucht exotischer Tiere, Milchmeier und Geflügelfarmen (auch bei Verwendung von fremdem Futter) zur landwirtschaftlichen Produktion iS des Art V lit a KdMP gezählt – diese weite "Rechtsansicht der obersten Gewerbebehörde wurde durch die Gewerbenovelle 1934 zum Gesetz erhoben"⁴².

Die Aufnahme des Fuhrwerksdienstes sollte laut den Erläuterungen die in der Praxis verschieden beantwortete Frage klären, ob die Besorgung von Fuhrwerksdiensten durch Land- und Forstwirte überhaupt ein Nebengewerbe sein könne, wenn Art V lit a nur von der Verarbeitung spreche; die nunmehrige Bestimmung "verfolgt den Zweck, die Rechte der Landwirte in diesem Bereich sicherzustellen, zugleich aber auch zu verhindern, daß dem Fuhrwerksgewerbe ein über die Bedürfnisse der Land- und Forstwirtschaft hinausgehender Wettbewerb erwächst."⁴³.

3. Die neuere Verwaltungsgerichtshof-Rechtsprechung zum Kundmachungspatent

Die nach diesen Novellen erfolgte *Verwaltungsgerichtshof-Rechtsprechung* zu Art V lit a KdMP zeigt thematisch 3 Schwerpunkte:

a) Einmal die Eingrenzung, unter welchen Voraussetzungen die **Schlachtung** von (eigenen) Viehbeständen durch Landwirte als **Nebengewerbe** der Landwirtschaft anzusehen sei⁴⁴. Hierzu wurde als Grundlinie entwickelt, daß die Tätigkeit mit der landwirtschaftlichen Produktion (dem Hauptbetrieb) zusammenhängen muß und ökonomisch untergeordnet sein müsse (wobei das Gesamtbild des landwirtschaftlichen Betriebs zu vergleichen sei). Dagegen sei die Verwendung speziell ausgebildeter Hilfskräfte (Fleischhauer) kein Hindernis für das Vorliegen von Nebengewerben. Abgesehen von diesem letzten Punkt setzte der Verwaltungsgerichtshof damit eine Rechtsansicht fort, die bereits Ministerialerlässe aus 1908 und 1926 zur Zulässigkeit von Viehschlachtung vertreten hatten⁴⁵.

b) Ein weiterer Schwerpunkt war die Beurteilung des **Brotbackens** als Nebengewerbe: Hier trat der Verwaltungsgerichtshof der Ansicht entgegen, es fehle deswegen am Zusammenhang mit der Urproduktion, weil ein Zwischenprodukt (Mehl) weiterverarbeitet werde. Diese Argumentation "geht nicht an" und finde keine Stütze in Art V lit a

42 Laszky/Nathansky/Heller, Hellers Kommentar, 45f; sie betonen aber, daß "irgendein Zusammenhang mit Grund und Boden" bestehen müsse, sodaß zB die Schlangenzucht zur Giftgewinnung ein Gewerbebetrieb sei. Ansonsten werde aber "eine weitestgehende Auslegung zugunsten der Landwirtschaft der Tendenz der Gesetzgebung am ehesten entsprechen", beispielsweise sei daher Fischzucht in gepachteten Teichen oder Bienenzucht auch ohne sonstigen landwirtschaftlichen Betrieb zur Tierhaltung zu zählen

43 Langhoff, Gewerbe-Ordnung, 88

44 VwSlg 332 A/1935; 843 A/1936; 964 A/1936; 3293 A/1954; 3846 A/1955

45 Siehe Laszky/Nathansky/Heller, Hellers Kommentar, 49

KdMP⁴⁶; Art V lit a habe "im allgemeinen keine Grenze hinsichtlich der Art und des Grades der Verarbeitung" gesetzt, womit auch die nebengewerbliche Herstellung eines Endproduktes bei mehrfacher Verarbeitung des Urproduktes möglich sei⁴⁷. Dagegen war der notwendige Zusammenhang mit der Landwirtschaft laut Verwaltungsgerichtshof zerrissen, als der Landwirt sein Getreide in einer fremden Mühle mahlen ließ⁴⁸. Unter Berufung auf diese Entscheidung wurde in VwSlg 4121A/1956 das **Gerben-Lassen von Fellen** beurteilt: zwar seien die Zucht und der Fellverkauf landwirtschaftliche Produktion – wie weit die gewerbliche Verarbeitung der Felle (als Nebengewerbe) gehen dürfe, sei nach dem **Herkommen** zu beurteilen⁴⁹, und danach sei das Fell-Gerben (im Unterschied zur Kleider- oder Möbelerzeugung) an sich noch Nebengewerbe. Das Gerben-Lassen der Felle in einem Gerbereibetrieb mit anschließendem Verkauf liege aber nicht mehr im Rahmen eines Nebengewerbes.

c) Am relativ häufigsten befaßte sich der Verwaltungsgerichtshof schließlich mit Fragen, welche Tätigkeiten im Rahmen einer **landwirtschaftlichen Gärtnerei** als Nebengewerbe gelten könnten: Für **friedhofsgärtnerische Aktivitäten** verwies der Verwaltungsgerichtshof auf die allgemeinen Kriterien des sachlichen Zusammenhanges mit der landwirtschaftlichen Produktion und der ökonomischen Unterordnung – wenn sie bejaht werden konnten, lag Nebengewerbe vor⁵⁰.

Das **Binden von Kränzen und Sträußen** erlaubte der Verwaltungsgerichtshof nur aus selbstgezogenen Blumen und in untergeordneten Umfang; die Verwendung von **Kunstblumen** wurde abgelehnt, weil Art V lit a nur den Zukauf und die Verarbeitung fremder Erzeugnisse gleicher Art erlaube⁵¹. Dagegen wurde das Schmücken von Adventkränzen mit **Kerzen** und **Goldbändern** als prinzipiell erlaubte Verwendung von Hilfsmitteln zur Erzeugung marktgängiger Erzeugnisse gewertet – entscheidend sei, ob es eine eingelebte Übung gebe, daß nur geschmückte Kränze marktgängig seien⁵². Der Versuch, auch die Verwendung von Kunstblumen als Hilfsmittel iS dieses Erkenntnis zu deuten, scheiterte in VwSlg 4694A/1958, weil auch reine Natursträuße marktgängig seien, und Kunstblumen kein Hilfsmittel seien, sondern die gleiche Funktion wie Naturblumen hätten.

Im Zusammenhang mit der landwirtschaftlichen Gärtnerei stellte VwSlg 4827A/1958 klar, daß Art V lit a KdMP die Produktion **samt** dem damit untrennbar verbundenen **Absatz** unverarbeiteter Erzeugnisse im vollen Umfang ausnehmen wollte. Daher sei der Verkauf von Obst und Gemüse außerhalb der Produktionsstätte in eigenen Verkaufslökalen zulässig.

46 VwSlg 995A/1936

47 VwSlg 1202A/1937

48 VwSlg 1323A/1937

49 So schon VwSlg 843A/1936 zur Viehschlachtung

50 VwSlg 1059A/1936; 2632A/1952

51 VwSlg 3334A/1954; 4694A/1958

52 VwSlg 4244A/1956

d) Die "landwirtschaftliche Nebenbeschäftigung" in § 27 Z 43 GewO deutete der Verwaltungsgerichtshof in Erkenntnis Slg 3984A/1956 folgendermaßen: Zu beurteilen war der Betrieb einer Sandgrube durch einen Landwirt: Sie sei kein Teil der Produktion, sondern könne – obwohl bei der Sandgewinnung keine Verarbeitung eigener Erzeugnisse erfolgt – allenfalls als *Nebengewerbe* von der GewO ausgenommen sein, was sich aus § 27 Z 43 der GewO ergebe: Nach dieser Bestimmung solle dem Landwirt gestattet sein, auch *"aus dem für die landwirtschaftliche Nutzung nicht verwertbaren Teil seines Grundbesitzes Nutzen zu ziehen."* Die Anerkennung als landwirtschaftliches Nebengewerbe setze aber voraus, daß die Tätigkeiten *"ohne Zuhilfenahme besonderer Einrichtungen und fremder Hilfskräfte besorgt wird"*, was eine Bedachtnahme auf die fortschreitende Entwicklung der Technik auch im Bereich der Landwirtschaft nicht ausschließe.

C. Die GewO-Novelle 1963

Mit BGBl 1963/35 wurde in Art V lit a Kdmp die sog *Nachbarschaftshilfe* als weitere von der GewO ausgenommene Tätigkeit eingefügt: ausgenommen wurden die *Besorgung von Diensten* (einschließlich bestimmter Transportdienste) mit eigenen land- und forstwirtschaftlichen Maschinen für andere land- und forstwirtschaftliche Betriebe sowie der *Verleih* von eigenen Maschinen an benachbarte Betriebe.

Laut dem Bericht des Handelsausschusses⁵³ sei die bisherige Fassung des Kdmp durch die wirtschaftliche und technische Entwicklung weit überholt gewesen, und es habe insbesondere bei den Dienstleistungen der revolutionären Umstellung auf motorische Zugkraft und Arbeitsmaschinen Rechnung getragen werden müssen.

D. Die GewO 1973

Mit BGBl 1974/50 wurden Art IV (2) und Art V lit a des Kdmp durch umfangreiche und detaillierte Formulierungen in § 2 der GewO abgelöst; die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage charakterisierten diese so, daß die Vorlage im allgemeinen von der geltenden Rechtslage ausgegangen sei und *"nur verschiedene Bestimmungen den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechend schärfer gefaßt"* bzw. *"Klarstellungen"* getroffen habe⁵⁴.

⁵³ 13 BlgNR 10. GP

⁵⁴ 395 BlgNR 13. GP, 104

Die technische Gestaltung der Ausnahmeklausel betreffend die Land- und Forstwirtschaft erfolgte in der Weise, daß § 2 Abs 1 die ausgenommenen Bereiche auflistete⁵⁵, und in Folgeabsätzen jeweils eine **Legaldefinition** durchgeführt wurde⁵⁶.

Als wichtigste (inhaltliche) Veränderungen gegenüber der alten Rechtslage stellen sich überblicksartig folgende Regelungen dar⁵⁷:

1. Die Veränderungen im Begriff "Land- und Forstwirtschaft"

§ 2 Abs 1 Z 1 nahm die "Land- und Forstwirtschaft" aus der GewO aus; den Verzicht auf den früheren Ausdruck "Produktion" erklärten die EB damit, daß nach der alten Formulierung nicht alle von der GewO schon nach der geltenden Rechtslage ausgenommenen Erwerbszweige, wie zB die Schilfgewinnung, erfaßt gewesen seien.

Die Definition der Land- und Forstwirtschaft in § 2 Abs 3⁵⁸ formulierte in Z 1, daß dazu "die Hervorbringung und Gewinnung pflanzlicher Erzeugnisse mit Hilfe der Naturkräfte ..." gehört; dies sollte laut den EB zweifelsfrei stellen, daß auch die Schilfgewinnung durch den Seebauern unter die Ausnahmebestimmung fällt. Der Verzicht auf das in Art V lit a KdMP enthaltene Merkmal der Hervorbringung auf "eigenem oder gepachtetem Grund" beseitigte laut Massauer⁵⁹ die Zweifelsfrage, ob die Heranzucht von Zierpflanzen in Behältern mangels Verbindung zum Boden Gartenbau sei.

Die Anführung von "Jagd und Fischerei" in § 2 Abs 3 Z 3 als Teil der Land- und Forstwirtschaft entsprach laut den EB "Wünschen der landwirtschaftlichen Kreise"; Massauer⁶⁰ sah darin eine wünschenswerte kompetenzrechtliche Klarstellung (weil eindeutig in Landeskompetenz fallend), erklärte aber auch, daß damit den Jagd und Fischerei Ausübenden nunmehr die Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft offen stehen.

Die Ausnahme der Land- und Forstwirtschaft aus der GewO wurde in einer Hinsicht eingeschränkt: Gemäß § 2 Abs 2 fanden die Bestimmungen über das Feilbieten im Umherziehen des 53 Abs 6 (samt Strafbestimmung) GewO Anwendung – demnach dürfen Land- und Forstwirte nur bestimmte, aus eigener Produktion gewonnene Erzeugnisse durch Umherziehen feilbieten. Laut den EB war die Kompetenz des Bundes für diese Regelung darin begründet, daß am 1.10.1925 die GewO das Feilbieten im Umherziehen durch Land- und Forstwirte in § 60 geregelt hatte.

55 Z 1 – Land- und Forstwirtschaft; Z 2 – Nebengewerbe; Z 3 – "Maschinenringe", Z 4 – Genossenschaften; Z 5 – Buschenschank

56 § 2 Abs 3 – Land- und Forstwirtschaft; Abs 4 – Nebengewerbe; Abs 7 – Buschenschank

57 Siehe auch die eingehende Analyse von Massauer, Die Land- und Forstwirtschaft in der GewO einschließlich der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, in: Rill (Hg), Gewerberecht, Beiträge zu Grundfragen der GewO 1973, 1978, 27ff

58 Z 1 – 3

59 Massauer, in: Rill, 34

60 Massauer, in: Rill, 37f

2. Die Neuformulierung der Nebengewerbe

Die laut § 2 (1) Z 2 ausgenommenen Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft erhielten in § 2 Abs 4 in 7 Punkten eine Legaldefinition:

Ziffer 1 umschrieb die Verarbeitungsnebgewerbe als *"die Verarbeitung und Bearbeitung hauptsächlich des eigenen Naturproduktes bis zur Erzielung eines Erzeugnisses, wie es von Land- und Forstwirten in der Regel auf den Markt gebracht wird, soweit die Tätigkeit der Verarbeitung und Bearbeitung gegenüber der Tätigkeit der Erzeugung des Naturproduktes wirtschaftlich untergeordnet bleibt; das gleiche gilt für den Wert der allenfalls mitverarbeiteten Erzeugnisse gegenüber dem Wert des Naturproduktes;"* die Aufnahme der Wendung *"wie es ... in der Regel auf den Markt ..."* sollte nach den EB abgrenzen, wie weit der Grad der Ver- und Bearbeitung gehen könne.

Ziffer 2 nannte als Nebengewerbe den *"Abbau der eigenen Bodensubstanz"*; dies sei laut den EB schon bisher als Nebengewerbe behandelt worden, wie aus § 27 Abs 1 Z 43 der alten GewO hervorgehe.

Ziffer 3 - 7 umschrieben als weitere Nebengewerbe die *"Nachbarschaftshilfe"* (Dienstleistungen, Fuhrwerksdienste, Vermieten), die nicht mit Kraftfahrzeugen geleisteten Fuhrwerksdienste und die Reittiervermietung; im Nachbarschaftshilfebereich kam es gegenüber der vorherigen Rechtslage zu verschiedenen Lockerungen zugunsten der Landwirtschaft – sie werden in den EB auf *"Anträge aus den Kreisen der Land- und Forstwirtschaft"* oder auf das Entsprechen von *"Bedürfnissen der Land- und Forstwirtschaft"* zurückgeführt. Neu aufgenommen wurde in Z 5 das *"Vermieten von Reittieren"* – dies sollte laut Massauer⁶¹ eine Erweiterung der Angebotspalette im Fremdenverkehr bezwecken.

3. Die Ausnahme der Maschinenringe

Die Vermittlung der eben genannten Leistungen⁶² *"durch Vereine, deren satzungsgemäßer Zweck diese Vermittlungstätigkeit umfaßt, zwischen ihren Mitgliedern"* wurde laut § 2 Abs 1 Z 3 aus der GewO ausgenommen; damit waren laut den EB die sog Maschinenringe erfaßt und ausgenommen. Massauer⁶³ führte aus, daß dies im Hinblick auf § 1 Abs 5 der GewO notwendig wurde (danach liegt Gewerbsmäßigkeit an sich auch dann vor, wenn der wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll).

61 Massauer, in: Rill, 64f

62 Z 3 - 7

63 Massauer, in: Rill, 76

4. Die Regelung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften

Die land- und forstwirtschaftlichen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften wurden durch § 2 Abs 1 Z 4 aus dem Geltungsbereich der GewO ausgenommen, und zwar hinsichtlich ihrer dort (lit a – g) näher umschriebenen Tätigkeiten (Verwertung; Zucht-, Absatz-, Saatbau-, Nutzungs- und Einforstungsgenossenschaften). Die Regierungsvorlage hatte vorgesehen, daß alle land- und forstwirtschaftlichen Genossenschaften der GewO unterstellt werden sollen: Dies erachteten die EB für kompetenzrechtlich zulässig, weil im Versteinerungszeitpunkt die Genossenschaften unter die Gewerbekompetenz des Bundes gefallen seien, und ihre Ausnehmung aus der GewO 1933/34 nur ein Regelungsverzicht des Bundes gewesen sei; daher dürfe sie der Bundesgesetzgeber auch wieder in die GewO einbeziehen⁶⁴. Tatsächlich wurden dann nur die sog Lagerhausgenossenschaften in die GewO einbezogen⁶⁵; der Bericht des Handelsausschusses zur RV der GewO 1973⁶⁶ begründete dies damit, daß diese Genossenschaften *"sich nach Erscheinungsbild und Betriebsform gewerblichen Betrieben angenähert haben."*

Die Ausnahme der Genossenschaften aus der GewO wurde laut § 2 Abs 5 aufgehoben, sobald die Genossenschaft auch eine der GewO unterliegende Tätigkeit ausübt – diesfalls unterlag ihre gesamte Tätigkeit der GewO.

Eine weitere Einschränkung der Ausnahme aus der GewO ordnete § 2 Abs 6 an: Die Genossenschaften wurden den Bestimmungen der GewO über das Feilbieten im Umherziehen, das Sammeln und die Entgegennahme von Bestellungen, den Schutzbestimmungen und den Bestimmungen über die Betriebsanlagen unterworfen. Der Bericht des Handelsausschusses⁶⁷ begründete dies damit, daß auch die ausgenommenen Genossenschaften *"jenen Bestimmungen unterworfen werden sollen, die die Gewerbeordnung aus bestimmten öffentlichen Interessen, wie zum Schutz von Leben und Gesundheit von Menschen, zum Schutz der Nachbarschaft vor Belästigungen, zum Schutz der Konsumenten usf für notwendig hält."*

5. Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 2 GewO

Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum nunmehrigen § 2 der GewO knüpfte im wesentlichen an die frühere Judikatur an und läßt insbes keine inhaltlichen Änderungen im Zusammenhang mit Nebengewerben erkennen:

a) In VwSlg 9530 A/1978 wies der Verwaltungsgerichtshof das Argument zurück, der Verkauf von (mit Kerzen, Bändern, Strohsternen etc) geschmückten

64 EB zur RV, 395 BlgNR 13. GP, 105

65 Indem ihre Tätigkeit des Ein- und Verkaufs nicht in die Liste der ausgenommenen Tätigkeiten in § 2 (1) Z 4 lit a – g aufgenommen wurde

66 941 BlgNR 13. GP, 2

67 941 BlgNR 13. GP, 4

Adventkränzen und Gestecken im Rahmen einer landwirtschaftlichen Gärtnerei sei *kein Nebengewerbe* iS des § 2 GewO, weil kein Erzeugnis vorliege, wie es in der Regel von Land- und Forstwirten auf den Markt gebracht wird: § 2 (4) Z 1 knüpfe an eine wesensmäßig gleichartige historische Rechtslage und Rechtsprechung⁶⁸ an und lasse einer Entwicklung Raum – demnach sei entscheidend, ob das Anbieten derartiger Erzeugnisse einer eingelebten Übung innerhalb eines örtlichen Bereichs entspreche.

b) Die Erzeugung von **Kartoffelchips** wurde nicht als Erzeugnis, wie es in der Regel von Land- und Forstwirten auf den Markt gebracht wird, gewertet und das Vorliegen von Nebengewerbe daher verneint⁶⁹.

c) Im Erkenntnis vom 26.2.1991⁷⁰ legte der Verwaltungsgerichtshof die Vorschriften des § 2 Abs 4 Z 1 GewO betr die **Unterordnung** der Verarbeitungstätigkeit gegenüber der Erzeugungstätigkeit aus: Es sei ein Vergleich zwischen der jeweils ausgeübten Erzeugungstätigkeit mit der Ver- bzw Bearbeitung vorzunehmen und dabei in jedem Einzelfall auf *alle wirtschaftlichen Merkmale*, insbes Ausmaß der Wertschöpfung, Höhe des Ertrags und der Kosten und auf den Aufwand von Arbeitskräften und Arbeitszeit Bedacht zu nehmen; in den Vergleich dürften aber Naturprodukte, die nicht be- oder verarbeitet werden, nicht einbezogen werden.

d) Im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 8.10.1982⁷¹ wurde unter Hinweis auf die RV und Hellers Kommentar aus 1937 (!) der **Begriff Nebengewerbe** der Land- und Forstwirtschaft mit den Begriffsmerkmalen *"einer mit der Land- und Forstwirtschaft organisatorisch eng verbundenen Erscheinungsform und der Unterordnung der gewerblichen Tätigkeit gegenüber der Land- und Forstwirtschaft"* umschrieben; wenn die Ausübung der Tätigkeiten *"dem Erscheinungsbild eines Betriebes entspricht, wie er von einem Gewerbebetrieb losgelöst von der Land- und Forstwirtschaft entspricht"*, liege kein Nebengewerbe vor.

E. Die GewO-Novelle 1988

Mit BGBl 1988/399 wurde einmal der Kreis der aus der GewO ausgenommenen **Genossenschaftstätigkeiten** erweitert: In § 2 Abs 1 Z 4 wurde mit **lit h** auch der Betrieb von **Biomasse-Anlagen** zur Erzeugung und Lieferung von Wärme bis 2 MW als Genossenschaftstätigkeit ausgenommen; die Bestimmung war in der RV noch nicht enthalten gewesen, sondern hatte durch einen Änderungsantrag im Ausschuß Eingang in

68 VwSlg 4244 A/1956

69 Erk d VwGH v 22.11.1988, ZI 88/04/0085, ZfVB 1989/5, 1526

70 ZI 90/04/0147, ZfVB 1992/2, 361

71 ZI 81/04/0244, ZfVB 1983/5, 2249

die Gesetzesvorlage gefunden⁷², dessen Bericht aber keine Erläuterungen dazu enthält. Aus den Stenographischen Protokollen der Behandlung der GewO-Novelle 1988 im Nationalrat geht hervor, daß die Zielrichtung dieser Bestimmung in der Sicherung eines kombinierten Einkommens für die landwirtschaftlichen Familien durch Verkauf von Hackschnitzel lag und die Anlegung von Energiewäldern als agrarische Alternative geboten werden sollte⁷³.

Ferner wurde das Nebengewerbe der Reittiervermietung in § 2 Abs 4 Z 5 um das **Einstellen von Reittieren** erweitert; die EB zur RV⁷⁴ erklärten dazu nur, daß in Zukunft nicht nur das Vermieten von Reittieren, sondern auch das Einstellen fremder Reittiere als Nebengewerbe ausgeübt werden können soll; als Nebengewerbe dürfe dies aber nicht Hauptgegenstand der Tätigkeit eines Landwirtes sein.

Aus den StenProt der Behandlung der GewO-Novelle 1988 geht überdies hervor, daß im Vorfeld dieser Novelle Bestrebungen bestanden hatten, die *landwirtschaftlichen Nebengewerbe* bzw *Betriebsanlagen der Nebengewerbe* in die GewO einzubeziehen⁷⁵; das Scheitern dieser Pläne wurde von SPÖ-Seite bedauert, weil damit eine Ungleichheit aufrecht bleibe⁷⁶, während von ÖVP-Seite auf die Notwendigkeit einer **Verfassungsbestimmung** für die Einbeziehung in die GewO verwiesen wurde⁷⁷.

F. Art VII des BGBl 1992/450

BGBl 1992/450 novellierte in Art VI das **Bewertungsgesetz** dahingehend, daß ein landwirtschaftlicher Betrieb fremde Erzeugnisse bis 25% des Umsatzes zukaufen kann, ohne die bewertungsrechtliche Eigenschaft eines einheitlichen Landwirtschaftsbetriebes zu verlieren, wobei für Weinbaubetriebe zulässige Zukaufsmengen von 2000 kg Weintrauben oder 1500 l Wein festgelegt wurden – eine Überschreitung der zulässigen Werte oder Mengen bewirkte die Bewertung als Gewerbebetrieb.

In Art VII des BGBl 1992/450 wurde (offenbar aus Akkordierungsgründen) § 2 Abs 3 Z 1 der GewO ergänzt: als Land- und Forstwirtschaft galten nun "hinsichtlich des Weinbaus ferner der Zukauf von höchstens 1500 l Wein oder 2000 kg Trauben pro Hektar bewirtschafteter Betriebsfläche und Kalenderjahr."

72 AB 690 BlgNR 17. GP

73 StenProtNR 17. GP, 69. Sitzung am 6. Juli 1988, 994

74 341 BlgNR 17. GP, 32

75 StenProtNR 17. GP, 69. Sitzung am 6. Juli 1988, 8003 und 8018, 8006

76 8003

77 8006

G. Die Gewerberechtsnovelle 1992

Die *Gewerberechtsnovelle* 1992⁷⁸ brachte eine Reihe von Änderungen im landwirtschaftlichen Ausnahmehereich; die Materialien enthalten nicht in allen Fällen Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen, sodaß bei einigen Regelungen nur die Stenographischen Protokolle der Verhandlung im Nationalrat Aufschluß über die allfälligen Motive geben.

1. Die Biomasse-Regelung

Die durch die GewO-Novelle 1988 eingeführte **Biomasse-Regelung**⁷⁹ in § 2 Abs 1 Z 4 lit h wurde durch Anhebung der zulässigen Brennstoffwärmeleistung auf 4 MW geändert und durch die Einführung einer **Verordnungsermächtigung** für den Landeshauptmann ergänzt: unter bestimmten Voraussetzungen (Interesse der ökologisch sinnvollen Energienutzung, verbesserte Energieversorgung der Bevölkerung) kann er weitere Biomasse-Anlagen **aus der GewO ausnehmen**. Diese erst im Ausschuß entstandene Fassung⁸⁰ ist im Bericht des Ausschusses nicht erläutert.

2. Die "Steiermarkregelung"

Die Definition der **Land- und Forstwirtschaft** in § 2 Abs 3 Z 1 wurde neuerlich ergänzt: Im *Bundesland Steiermark* sind im Weinbau 3000 kg Trauben als Zukauf erlaubt; den **Baumschulen** wurde ein Zukauf von Erzeugnissen im Ausmaß von 25% eingeräumt.

Auch diese Regelung wurde vom Ausschuß vorgeschlagen und ist im Bericht mit der Feststellung versehen, der Ausschuß gehe davon aus, daß durch den Zukauf von 3000 kg Trauben ein steirischer Weinbaubetrieb die 25%-Grenze des BewertungsG nicht überschreiten dürfe. In der Behandlung im Nationalrat wurde die '*Steiermarkregelung*' gegen den Vorwurf der Unsachlichkeit⁸¹ mit den besonderen Verhältnissen und der jahrzehntelangen Praxis in Steiermark verteidigt⁸². Darin liegt nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes⁸³ in der Tat eine verfassungsrechtliche Begründung für das dadurch geschaffene "*partikuläre Bundesrecht*"⁸⁴.

78 BGBI 1993/29

79 Siehe oben Pkt E

80 876 BlgNR 18. GP

81 StenProtNR 18. GP, 99. Sitzung am 18.12.1992, 11.235f

82 StenProtNR 18. GP, 11.240 und 11.253f

83 VfSlg 11.641/1988 mit Vorjudikatur

84 Vgl *Pernthaler*, Der differenzierte Bundesstaat 1992, 64ff

3. Die Neuregelung der Verarbeitungsnebengewerbe

Die **Definition der Verarbeitungsnebengewerbe** in § 2 Abs 4 Z 1 wurde im Punkt der **wirtschaftlichen Unterordnung** geändert: nunmehr muß die Verarbeitungstätigkeit gegenüber der Erzeugungstätigkeit *"jeweils innerhalb des pflanzlichen oder tierischen Produktionsbereiches wirtschaftlich untergeordnet"* bleiben.

Die Bestimmung wurde im Handelsausschuß eingefügt, ist aber in dessen Bericht nicht erläutert; in der Verhandlung im Nationalrat wurde dieser Spartenvergleich kontrovers bewertet: Einerseits wurde ein – nicht angenommener – Abänderungsantrag auf Streichung dieser Passage gestellt⁸⁵, weil sie die Entfaltungsmöglichkeiten der Bauern zu sehr einenge und nur geringe Weiterverarbeitungsmöglichkeiten biete⁸⁶; demgegenüber wurde die Regelung als Fortschritt gegenüber der bisherigen Lage gesehen, weil nun der gesamte pflanzliche oder tierische Produktionsbereich Vergleichsgröße werde⁸⁷.

4. Die Sektverarbeitung

Als **neues Nebengewerbe** wurde mit Z 1a in § 2 Abs 4 *"das Verarbeiten von Wein zu Sekt (Obstschaumwein), wenn dies durch einen gewerblich befugten Schaumweinerzeuger im Lohnverfahren erfolgt"*, eingeführt.

Die Bestimmung wurde erst in der Verhandlung im Nationalrat beantragt⁸⁸ und angenommen; sie wurde damit begründet, daß neuen Trends in Vermarktung und Produktion Rechnung getragen werden soll, indem Bauern eigenproduzierten Wein in gewerblichen "Versektereien" zu Sekt verarbeiten lassen können und ihn dann selbst vermarkten können.

5. Kommunale Dienstleistungen als Nebengewerbe

Die **Dienstleistungsnebengewerbe** in § 2 Abs 4 Z 3 wurden über den Kreis der Nachbarschaftshilfe auf bestimmte kommunale Dienstleistungen **ausgedehnt**: Dienstleistungen zur Kulturpflege im ländlichen Raum, des Kompostierens von fremden Abfällen und für den Winterdienst wurden als lit a – c in das Gesetz eingeführt.

85 StenProtNR 18. GP, 99. Sitzung v 18.12.1992, 11.252

86 StenProtNR 18. GP, 11.251

87 StenProtNR 18. GP, 11.254

88 StenProtNR 18. GP, 99. Sitzung am 18.12.1992, 11.241

Die EB zur RV⁸⁹ führen aus, daß damit die im sogenannten "Kommunalerlaß" des Wirtschaftsministeriums von 1991 genannten Nebengewerbetätigkeiten in das Gesetz eingebaut werden; es sei dabei nur die Verwendung eigener land- und forstwirtschaftlicher Betriebsmittel erlaubt sowie die örtliche Beschränkung des § 2 (4) Z 3 zu beachten.

6. Das Betriebsanlagenrecht für Nebengewerbe

Neu eingefügt wurden in § 2 die Abs 4a und 4b betreffend die Geltung des Betriebsanlagenrechtes für Nebengewerbe: Laut Abs 4a gilt das Betriebsanlagenrecht der GewO für die Anlagen zur Ausübung von Nebengewerben der Land- und Forstwirtschaft; durch Verordnung können Anlagen aus der Genehmigungspflicht ausgenommen werden, wenn die Anlagenausführung erwarten läßt, daß die Interessen des § 74 (2) GewO ausreichend geschützt und Umweltbelastungen vermieden werden. Gemäß Abs 4b tritt der Abs 4a am 1. Juli 1994 in Kraft, wobei Ausnahmereverordnungen iS des Abs 4a bereits früher erlassen werden können.

Art IV Abs 9 der Gewerberechtsnovelle 1992 bestimmt schließlich, daß bis 1.7.1993 errichtete Betriebsanlagen der Nebengewerbe keine Genehmigung brauchen, daß aber § 79 (nachträgliche Auflagen) und § 81 (Änderung der Anlage) der GewO auf diese Anlagen sinngemäß anzuwenden sind.

Abs 4a war bereits in der RV enthalten und wurde in den EB⁹⁰ wie folgt begründet:

"Im Interesse eines möglichst lückenlosen und einheitlichen Umweltschutzes im Anlagenbereich sollen auch Anlagen zur Ausübung von Nebengewerben der Land- und Forstwirtschaft dem Betriebsanlagenrecht der Gewerbeordnung 1973 unterliegen. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits im Jahre 1905 (Sammlung Budwinski 3781) ausgesprochen hat, gehört zum Begriff eines landwirtschaftlichen Nebengewerbes, daß dessen Betrieb ohne Landwirtschaft nicht gedacht werden kann. In den letzten Jahrzehnten haben sich die als 'Nebengewerbe' ausgeübten Tätigkeiten immer mehr von diesem Grundsatz entfernt und ein äußeres Erscheinungsbild angenommen, das von dem einschlägiger Gewerbetätigkeiten kaum zu unterscheiden ist."

Im Ausschuß wurde die VO-Ermächtigung des Abs 4a näher präzisiert und Abs 4b als "Übergangsbestimmung" eingefügt; der Bericht des Ausschusses⁹¹ führt zu Abs 4a nur an, daß die bestehenden Anlagen nicht genehmigungspflichtig werden.

In der Verhandlung im Nationalrat fand die Bestimmung mehrfache Beachtung: Ein – nicht angenommener – Entschließungsantrag forderte den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten auf, umgehend entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, weil die Regelung der landwirtschaftlichen Nebengewerbe nicht in die Bundeskompetenz falle, und für deren Betriebsanlagen landesgesetzliche Regelungen erforderlich

89 635 BlgNR 18. GP, 78

90 635 BlgNR 18. GP, 78

91 876 BlgNR 18. GP, 3

seien⁹²; diese Meinung sei im Unterausschuß von den dort anwesenden Experten einhellig vertreten worden⁹³. Die Bestimmung wurde aber auch begrüßt, weil sie dem Umweltschutz und der Herstellung von Wettbewerbsfähigkeit diene⁹⁴.

Schließlich wurde dargelegt, daß die Regelung das Ergebnis eines Interessenausgleiches gewesen sei: Um die Fortschritte zugunsten der Landwirtschaft auf anderen Gebieten der GewO zu erreichen, habe man die Neuregelung des Anlagenrechtes akzeptieren müssen; es sei aber erreicht worden, daß mit Verordnung Ausnahmen festgesetzt werden, *"weil gar nicht an eine generelle Einbeziehung gedacht ist, sondern an eine Gleichstellung in bestimmten Größenordnungen von Anlagen"*⁹⁵.

7. Die Neuregelung der Bauernmärkte

In § 324 Abs 2a wurden die **Bauernmärkte** aus den (neugestalteten) Marktregelungen der GewO ausgenommen; als Bauernmärkte wurden Verkaufsveranstaltungen definiert, bei denen Land- oder Forstwirte aus eigener Produktion Erzeugnisse, wie sie von Land- oder Forstwirten in der Regel auf den Markt gebracht werden, verkaufen.

Die EB zur RV führen aus, daß die Gemeinde ermächtigt sei, mit VO das Feilbieten und Verkaufen von Waren auf Märkten bestimmten Personengruppen vorzubehalten; damit *"sollen vor allem die sogenannten 'Bauernmärkte' in die Regelungssystematik der Gewerbeordnung Eingang finden und zugleich an bestimmte vom Gesetz normierte rechtliche Voraussetzungen gebunden werden"*⁹⁶.

In der Verhandlung im Nationalrat war vor allem die Beschränkung auf den Verkauf eigener Erzeugnisse Debattengegenstand. Man habe damit Mißbräuche abstellen wollen, daß Billigprodukte aus Diskontläden auf Bauernmärkten verkauft werden⁹⁷; Abänderungsanträge, auch den Verkauf zugekaufter Waren bis zu einem bestimmten Ausmaß zuzulassen⁹⁸, wurden abgelehnt.

IV. Fragen der Kompetenzinterpretation

A. Die maßgebliche historische Rechtslage und ihre kompetenzrechtliche Deutung

Nach der oben unter II. dargestellten Verfassungsgerichtshof-Rechtsprechung ist für die Unterstellung des § 2 Abs 4a der GewO unter die Gewerbekompetenz des Bundes nach Art 10 (1) Z 8 B-VG der *Stand der gewerberechtl. Rechtsordnung am 1.10.1925*

92 StenProtNR 18. GP, 99. Sitzung am 18.12.1992, 11.215

93 StenProtNR 18. GP, 11.215 und 11.225

94 StenProtNR 18. GP, 11.222

95 StenProtNR 18. GP, 11.241

96 635 BlgNR 18. GP, 101

97 StenProtNR 18. GP, 99. Sitzung am 18.12.1992, 11.239

98 StenProtNR 18. GP, 11.211 und 11.252

maßgeblich. Die ausschlaggebende Fragestellung lautet also, ob die Rechtslage im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kompetenzbestimmungen **gewerberechtliche Anlagenbestimmungen** für Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft enthielt oder zumindest **entwicklungsfähige Ansätze** einer gewerberechtlichen Regelung von Nebengewerben der Land- und Forstwirtschaft aufwies. Nur wenn der Nachweis einer, dem entsprechenden, *gewerberechtlichen Regelung* gelingt, läge eine auf Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG stützbare Kompetenz des Bundes vor.

1. Die Gesetzeslage

Art V lit a des KdmP erklärte, daß auf *"die land- und forstwirtschaftliche Produktion und ihre Nebengewerbe, soweit diese in der Hauptsache die Verarbeitung der eigenen Erzeugnisse zum Gegenstande haben"* die GewO keine Anwendung finde; die Frage der Reichweite dieser **Herausnahme** stellt sich wie folgt dar:

a) Art V lit a KdmP sprach eine **uneingeschränkte**, nicht zu durchbrechende **Herausnahme** vom Geltungsbereich der GewO aus: Wie nämlich schon der Motivenbericht zum KdmP⁹⁹ ausführte, waren die in Art V KdmP aufgelisteten ausgenommenen Tätigkeiten in zwei Gruppen zu unterteilen: Einerseits waren solche ausgenommen, die aus *"besonderen öffentlichen Rücksichten"* eine **spezielle (Gewerbe)Regelung** benötigten und die – hätte man sie in die GewO aufgenommen – das Gesetz zu einem *"mißgestalteten Kodex"* hätten anwachsen lassen. In diesen Fällen konnte aber die spezielle Regelung auch Teile der GewO für anwendbar erklären – beispielsweise nahm Art V lit f KdmP die Geschäfte der Ingenieure aus der GewO aus, für sie galt im Versteinerungszeitpunkt eine Ziviltechnikerverordnung¹⁰⁰, nach deren §§ 7 und 8 die Bestimmungen der GewO über Hilfspersonal und Betriebsanlagen (teilweise) anwendbar waren.

Die zweite Gruppe der in Art V KdmP ausgenommenen Tätigkeiten umfaßte laut Motivenbericht solche, die *"nicht als Gewerbe gelten, bei denen es aber der größten Bestimmtheit und der sicheren Handhabung des Gesetzes willen doch rätlich schien, ausdrücklich zu erklären, daß sie nicht unter die Wirksamkeit des Gewerbegesetzes fallen"* – zu dieser zweiten Gruppe sei unzweifelhaft die lit a zu zählen. Damit wurden also die Landwirtschaft und ihre Nebengewerbe eindeutig als ein **dem Gewerberecht überhaupt gänzlich entzogener Bereich** betrachtet.

b) Dementsprechend enthielt auch die GewO selbst keine Regelung, die diese **prinzipielle und umfassende Herausnahme** in Frage stellte. Soweit die GewO nämlich

99 Suchanek/Stadler/Meinold, Gewerbeordnung, 25

100 RGBI 1913/77 idF BGBl 1925/21

3. Die Schlußfolgerung

Die Rechtslage im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kompetenzbestimmungen des B-VG zeigt völlig eindeutig, daß die **Land- und Forstwirtschaft und ihre Nebengewerbe nicht Gegenstand gewerberechtlicher Regelungen waren; somit besteht weder für die Land (Forst)wirtschaft noch für ihre Nebengewerbe eine auf Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG stützbare Kompetenz des Bundesgesetzgebers.** Dieses Ergebnis korrespondiert auch mit der bisherigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu anderen, durch Art V KdMP ausgenommenen, Bereichen, wo der Verfassungsgerichtshof durchgehend zum Schluß kam, daß die **Herausnahme durch das KdMP die Unterstellung unter den Kompetenztatbestand "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie" verhindert**¹¹¹.

Bezeichnenderweise haben die EB der RV zur Gewerberechtsnovelle 1992¹¹² für die Einbeziehung der Nebengewerbe-Anlagen auch gar nicht eine Gewerbekompetenz behauptet, sondern das *"Interesse eines möglichst lückenlosen und einheitlichen Umweltschutzes"* angeführt; tatsächlich steht dem Bund inzwischen auch eine Reihe von Umweltschutzkompetenzen, insbesondere nach Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG (*Luftreinhaltung, Abfallwirtschaft, Immissionsgrenzwerte*) zu. Diese **Umweltschutzkompetenzen des Bundes** können aber den § 2 Abs 4a der GewO sicher **nicht voll decken**: Die Bestimmung des § 2 Abs 4a ordnet ja die **volle Geltung** des Betriebsanlagenrechtes der GewO an, somit also auch die Wahrung des Schutzes der Nachbarn, der Kunden, Gewerbetreibenden sowie der weiteren in § 74 Abs 2 GewO genannten Interessen. Damit regelt § 2 Abs 4a GewO bei den Nebengewerbe-Anlagen Bereiche, die sicher nicht in die Umweltschutzkompetenzen des Bundes¹¹³ fallen, sondern iS von VfSlg 10.831/1986 typisch gewerberechtliche Regelungen sind.

Es bleibt also festzuhalten, daß nicht nur **keine Gewerbekompetenz des Bundes** für § 2 Abs 4a GewO besteht, sondern daß auch **keine sonstige Bundeskompetenz**, insbesondere keine der Umweltschutzkompetenzen des Bundes, die Bestimmung vollinhaltlich decken können.

§ 2 Abs 4a und Abs 4b der GewO sind daher verfassungswidrig, weil dem Bundesgesetzgeber zu ihrer Erlassung keine Kompetenz zukommt.

111 Siehe oben II.A. und II.B.3.

112 635 BlgNR 18. GP, 78; siehe oben III.G.6.

113 Siehe dazu *Funk*, Die neuen Umweltschutzkompetenzen des Bundes, in: *Walter (Hg)*, Verfassungsänderungen 1988, 1989, 63If; *Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung (3), 1990, 539ff

B. Die Wirkung von GewO-Novellen und das Prinzip der intrasystematischen Fortentwicklung

1. Allgemeines

Die oben ab III.B. geschilderten Novellen der GewO *im Ausnahmebereich der Land- und Forstwirtschaft und ihrer Nebengewerbe* haben nach 1925 ganz überwiegend **Erweiterungen des ausgenommenen Gebietes** gesetzlich festgeschrieben – nur im Zusammenhang mit Genossenschaften und zuletzt mit § 2 Abs 4a wurden Verengungen eingeführt.

Grundsätzlich ist dazu zunächst festzuhalten, daß diese einfachgesetzlichen **Änderungen der Ausnahmeklausel** für sich **allein keine kompetenzrechtlichen Wirkungen** in dem Sinn haben können, daß damit **gleichzeitig die Landeskompetenz** betreffend Land- und Forstwirtschaft **verändert** (= verengt oder erweitert) wird. **Der einfache Gesetzgeber** ist nämlich nicht befugt, Kompetenzgrenzen zu ändern, vielmehr muß er **selbst innerhalb** der verfassungsrechtlichen **Kompetenzschränken** bleiben.

a) Das bedeutet konkret für den Gewerberechtsgesetzgeber, daß er **Verengungen** des von der GewO ausgenommenen Bereiches zulässigerweise nur dann vornehmen darf, wenn der jeweilige, der GewO **neu unterstellte**, Bereich im Sinne des Versteinerungsprinzips als **"Angelegenheit des Gewerbes"** qualifiziert werden kann¹¹⁴, oder wenn die nunmehrige Unterstellung unter die GewO als **intrasystematische Fortentwicklung** des historischen Normbestandes gedeutet werden kann. Nach ständiger Verfassungsgerichtshof-Judikatur¹¹⁵ bewirkt nämlich das Versteinerungsprinzip nicht, daß der Inhalt eines Kompetenztatbestandes **nur** durch die im Versteinerungszeitpunkt vorhandenen konkreten gesetzlichen Regelungen bestimmt ist. Vielmehr sind auch Neuregelungen zulässig, sofern sie *nach ihrem Inhalt* systematisch dem gleichen Kompetenzgrund angehören – die Neuregelung muß sich **nur innerhalb des durch die historische Rechtslage vorgezeichneten Systems halten** (*Prinzip der intrasystematischen Fortentwicklung*).

Ob die Systemzugehörigkeit einer Neuregelung in diesem Sinne bejaht wird, hängt von der **Abstraktionshöhe** ab, mit der das "System" ermittelt wird¹¹⁶: Je abstrakter das System gebildet wird, desto weiter wird der Kompetenztatbestand, je konkreter, desto enger wird die kompetenzrechtliche Deckung neuer Regelungen. In der praktischen Anwendung durch den Verfassungsgerichtshof ist die *"intrasystematische Fortentwicklung"* auch entscheidend **von Wertungen abhängig**¹¹⁷: Abgewogen wird bei

114 Wenn er also nach dem Stand der GewO von 1925 und der damals geltenden Abgrenzung im KdmPat Gewerbe war

115 Vgl die Nachweise bei *Funk*, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung, 1980, 78; *Pernthaler*, Kompetenzverteilung in der Krise, 1989, 82; speziell zu Art 10 (1) Z 8 siehe oben II.A.

116 *Funk*, System; *Pernthaler* Kompetenzverteilung

117 *Funk*, System, 79; *Pernthaler*, Kompetenzverteilung, 82

dieser, sehr unbestimmten Auslegungsmethode insbesondere auch zwischen der Entscheidung, ob eine **Kompetenzerweiterung** für die Länder zugelassen wird oder ob dem Bund "*sachlich zusammengehörige Bereiche*" erhalten bleiben sollen.

Im vorliegenden Zusammenhang ist nun offenkundig, daß eine nach diesen Kriterien durchgeführte "intrasystematische Fortentwicklung", die auf eine **Verengung** der die "Land- und Forstwirtschaft" *umschreibenden Ausnahmeklausel* in der GewO hinausläuft, auch die **Landeskompetenz** beschneiden würde: Sofern Landesgesetze einen der GewO neu unterstellten Regelungsbereich betreffen, würden sie dadurch verfassungswidrig! Hält man dagegen die gesetzliche Verengung der Ausnahmeklauseln von der GewO nach den angeführten Grundsätzen der "*intrasystematischen Fortentwicklung*" für **unzulässig**, so wird dadurch die Landeskompetenz Land- und Forstwirtschaft *nicht erweitert*, sondern bleibt nur unberührt.

Aber nicht nur diese grundsätzliche verfassungsrechtliche Abwägung der Auswirkungen auf die Kompetenzbereiche spricht gegen eine Erweiterung der Bundeskompetenz "Angelegenheiten der Gewerbe" im Wege der intrasystematischen Interpretation auf die zuvor ausgenommenen Betriebsanlagen land- und forstwirtschaftlicher Nebenbetriebe. Ausschlaggebend ist vielmehr die in ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes¹¹⁸ festgehaltene **Systembildung der Gewerbekompetenz** nach den *Grundsätzen der historischen Gewerbeordnung*: Wenn diese – ganz unbestritten – von der **Einheit des Betriebsanlagenrechts und der übrigen (kompetenzmäßigen) Gewerbevorschriften** ausgegangen ist, so entbehrt eine bloße Übertragung des gewerblichen Betriebsanlagenrechts auf Betriebe, die kompetenzmäßig **keine Gewerbebetriebe** sind, jeglichen systematischen Ansatzpunktes im historischen Normenmaterial: **Ein gewerbliches Betriebsanlagenrecht** für Nichtgewerbebetriebe hat es historisch nie gegeben und darf es kompetenzrechtlich unter dem Geltungsbereich des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG ("*Angelegenheiten des Gewerbes*") auch heute nicht geben!

b) **Erweiterungen** der Ausnahmeklausel durch den Gewerberechtsgesetzgeber können kompetenzrechtlich grundsätzlich zweierlei sein: Entweder handelt es sich um einen **Verzicht** des Bundesgesetzgebers auf einen ihm an sich zustehenden Regelungsbereich¹¹⁹. Eine solche kompetenzrechtliche "**Freilassung**" zieht keine Auswirkungen für die Landeskompetenz nach sich und ermöglicht es dem Bundesgesetzgeber, die Sache auch wieder an sich zu ziehen.

Es kann sich bei einem solchen "Zurückziehen" des Bundesgesetzgebers aber auch um eine **Fortentwicklung** des Bereiches der **Land- und Forstwirtschaft** iS des Prinzips der intrasystematischen Fortentwicklung handeln, der der Bundesgesetzgeber Rechnung trägt. In diesem Falle vollzieht die Erweiterung der Ausnahmeklausel des Bundesgesetzes eine (schon stattgefundene) verfassungsrechtliche Erweiterung der

118 Siehe II.A. und B.

119 Kompetenzrechtliche "Freilassung"; vgl. Massauer, in: Rill, 32 und 102; ähnlich die EB zur geplanten Einbeziehung von Genossenschaften in die GewO 1973; siehe oben III.D.4.

Landeskompetenz auf einfachgesetzlicher Ebene nach¹²⁰. Wie nämlich **Massauer**¹²¹ bereits nachdrücklich festgehalten hat, darf auch die aus der GewO (und damit aus der **Bundeskompentenz**) **ausgenommene "Land- und Forstwirtschaft"** nicht auf dem Status von 1925 fixiert werden, sondern muß offen sein für **"intrasystematische Fortentwicklungen"** und daher **"systemkonforme Ausdehnungen der Landeskompetenz"** ermöglichen. Die Möglichkeit der systemimmanenten Fortentwicklung eines aus der GewO ausgenommenen Bereiches hat auch der Verfassungsgerichtshof im Fall der häuslichen Nebenbeschäftigung in VfSlg 7074/1973 ausdrücklich bestätigt¹²². Allerdings ist die Beantwortung der Frage, ob eine Neuregelung danach noch **"intrasystematisch"** dem Kompetenzbereich **"Land- und Forstwirtschaft"** angehört, letztlich auch eine **Wertungsfrage**, wobei naturgemäß ein Spannungsverhältnis zur ebenfalls entwicklungsfähigen Gewerbekompetenz entsteht. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, daß die Landeskompetenz hier nicht unmittelbar in der Allgemeinzuständigkeit der Länder¹²³ begründet ist, sondern auf einer historisch fixierten Ausnahme von der Bundeskompetenz **"Angelegenheiten des Gewerbes"** beruht, sodaß die **"Versteinerung der Landeskompetenz"** hier ausnahmsweise auch verfassungsdogmatisch korrekt erscheint¹²⁴.

2. Der verfassungsrechtliche Nebengewerbebegriff

Aus den eben dargelegten Erwägungen ergibt sich, daß der **einfachgesetzliche** Begriff der Nebengewerbe nicht zwingend identisch ist mit dem **kompetenzrechtlichen** Nebengewerbebegriff. Dieser **verfassungsrechtliche Nebengewerbebegriff** wiederum muß – da die Gewerberechtslage vom Stand 1925 die Kompetenzgrenze markiert – **historisch bestimmt** werden.

Hiebei zeigt sich eindeutig, daß die damalige Gesetzeslage jedenfalls keine Fixierung auf **bestimmte** Nebengewerbe (als von der GewO ausgenommen) aussprach: Schon der **Gesetzeswortlaut** des Art V lit a KdmP hat **"Nebengewerbe"** als **offenen und entwicklungsfähigen Begriff** konzipiert – er sollte laut dem Motivenbericht ja gerade keine Fixierung herbeiführen, sondern eine allgemeine Begriffsbestimmung liefern, die von der Vollziehung ausgefüllt werden sollte¹²⁵. Diese hat dann auch beispielsweise über Verarbeitungsvorgänge hinaus andere Tätigkeiten als Nebengewerbe anerkannt¹²⁶ und damit Entwicklungen Rechnung getragen. Ebenfalls schon laut Gesetzestext waren die Land (Forst)wirtschaft und ihre Nebengewerbe untrennbar miteinander verbunden, sodaß eine Erweiterung des Produktionsbereiches automatisch die zulässigen Nebengewerbe anwachsen ließ.

120 So auch *Pauger/Rack*, Rechtsfragen des Buschenschanks, ZfV 1981, 436

121 *Massauer*, in: Rill, 30ff

122 Siehe oben II.A.

123 Art 15 Abs 1 B-VG

124 *Pernthaler/Weber*, Versteinerung von Landeskompetenzen?, FS Melichar 1983, 149ff

125 Motivenbericht bei *Suchanek/Stadler/Meinold*, Gewerbeordnung, 26; siehe oben III.A.1.

126 Siehe oben III.A.3.

Schließlich hat auch die *historische Verwaltungsgerichtshof-Rechtsprechung*¹²⁷ den Begriff "Nebengewerbe" in Art V lit a KdMP mit allgemeinen Kriterien zu erfassen gesucht, die sie in **ausreichend engem Zusammenhang** mit der Land (Forst)wirtschaft und der **ökonomischen Unterordnung** der Nebengewerbetätigkeit fand – dieser Begriffsrahmen wurde vom Verwaltungsgerichtshof bis heute aufrecht erhalten¹²⁸.

Der **verfassungsrechtliche Nebengewerbebegriff** entzieht sich also einer abschließenden, bestimmte Tätigkeiten erfassenden Umschreibung, er kann vielmehr nur auf *typologische Weise* mit den Merkmalen des **Zusammenhanges** und der **Unterordnung zur Land (Forst)wirtschaft** eingegrenzt werden. Somit ist die (für die *Kompetenz des einfachen Bundesgesetzgebers* maßgebliche) Frage, welche Nebengewerbe nicht unter den Kompetenztatbestand "*Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie*" fallen, in allgemeiner Weise zunächst nur so zu beantworten: Solche Nebengewerbe, die im geschilderten verfassungsrechtlichen Begriff des **Zusammenhanges** und der **Unterordnung** zur Land- und Forstwirtschaft bleiben, fallen nicht unter Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG und dürfen daher auch nicht bundesgesetzlich (durch die GewO) geregelt werden.

3. Die konkreten Novellen

Was nun die kompetenzrechtliche Beurteilung der tatsächlich stattgefundenen Novellierungen der Ausnahmeklausel anlangt, ist folgendes festzuhalten:

a) Die GewO-Novellen der Jahre 1933/34 sind – wie oben unter III.B. dargelegt – im wesentlichen als **Erweiterungen** des Bereiches der Land- und Forstwirtschaft, als gesetzliche Klarstellungen einer seit 1925 eingetretenen **Fortentwicklung** dieses Bereiches zu betrachten. Eine (indirekte) Bestätigung dieser Ansicht kann in VISlg 1642/1948 erblickt werden, wo in einer, die Berufsvertretungskompetenz der Länder betreffenden Frage der Bereich Landwirtschaft *nach dem Stand des KdMP idF 1933/34* bestimmt wurde.

b) Die Materialien zur Novellierung des KdMP aus dem Jahre 1963¹²⁹ lassen eindeutig erkennen, daß damit einer schon lange eingetretenen **Fortentwicklung der Land- und Forstwirtschaft** Rechnung getragen werden sollte¹³⁰ und kompetenzrechtlich kein "Verzicht", sondern eine **Anerkennung** dieser (kompetenzrechtlich relevanten) Entwicklung durch den Gewerberechtsgesetzgeber vorlag¹³¹.

127 Siehe III.A.2.

128 Siehe III.B.3.

129 BGBl 1963/65; siehe oben III.C.

130 Bericht des Handelsausschusses, 13 BlgNR 10. GP

131 Massauer, in: Rill, Gewerberecht, 60

c) Auch die Materialien zur GewO 1973¹³² charakterisieren die Neufassung der Ausnahmeklausel betreffend Land- und Forstwirtschaft generell nur als "*Klarstellung*" oder *Präzisierung*. Die von Massauer¹³³ akribisch durchgeführte Analyse der einzelnen Neuregelungen kommt zum verfassungsrechtlichen Ergebnis, daß die GewO 1973 sich jeweils innerhalb der Grenzen gehalten habe und daß auch die **Lockerungen zugunsten der Länder** (wie zB Unterstellung der Pflanzenzucht in Behältern unter den ausgenommenen Begriff "*land- und forstwirtschaftliche Produktion*"; leichte Erweiterung der ausgenommenen Bereiche *Nachbarschaftshilfe* und "*Fuhrwerksdienste*"; keine Beschränkung der Nebengewerbe auf *Verarbeitungsvorgänge*) **durch entsprechende Ansätze im Kompetenzbereich der Länder gedeckt seien**¹³⁴. Diesem Befund ist im wesentlichen zuzustimmen, wobei allenfalls die "*Genossenschaftsregelung*" eine kompetenzrechtlich unsicher begründete Einengung des Ausnahmereiches darstellt.

d) Zur der durch die GewO-Novelle 1988 geschaffenen **Biomasse-Regelung** und Reittiereinstellung schweigen die Materialien; aus den StenProt des Nationalrates¹³⁵ läßt sich erkennen, daß der Gesetzgeber die Biomasseregelung jedenfalls als **Fortentwicklung** des Bereiches der Land- und Forstwirtschaft sah – dies verstand der Gesetzgeber aber nicht als eine Ausdehnung von Nebengewerben, sondern als eine Erweiterung des Kreises der von der GewO ausgenommenen Genossenschaftstätigkeiten.

e) Am Beispiel der Gewerberechtsnovelle 1992 zeigt sich die oben angesprochene Abstraktions- und Wertungsabhängigkeit des Prinzips der intrasystematischen Fortentwicklung besonders klar: Die Erweiterungen etwa im Bereich der Dienstleistungen und die Neuregelung betreffend *Sektverarbeitung*¹³⁶ anerkennen quasi **Nebenbeschäftigungen und Zuerwerbstätigkeiten** land- und forstwirtschaftlicher Betriebe als "*Nebengewerbe*" – eine Tendenz, die schon in der *Reittierregelung* 1973 und 1988 und der *Biomasseregelung* zum Ausdruck kam.

Legt man den Abstraktionsgrad hoch an – wofür sich gewisse Ansätze in der Verwaltungsgerichtshof-Rechtsprechung zum Versteinerungszeitpunkt finden lassen, nämlich die Anerkennung der *Gewinnung von Sand, Steinen und Schotter* als "*landwirtschaftliche Nebenbeschäftigung*"¹³⁷ – kann man diese Erweiterungen als *intrasystematische Fortentwicklung* des verfassungsrechtlichen Kompetenzbegriffes "*Nebengewerbe*" deuten. Legt man aber die Grenze niedriger, indem man etwa auf einem *engeren Zusammenhang mit der Produktion* besteht, handelt es sich um bloß einfachgesetzliche Nebengewerbe, für die die **Gewerbekompetenz** gegeben ist.

Die **verfassungsrechtliche Beurteilung des § 2 Abs 4a GewO** ändert sich aber auch in diesem Fall nicht: Da der verfassungsrechtliche Kompetenzbegriff "*Nebengewerbe*"

132 Siehe oben III.D.

133 Massauer, in: Rill, Gewerberecht, 33ff

134 Massauer, in: Rill, Gewerberecht, 33f, 57ff, 61ff, 67f

135 Siehe oben III.E.

136 Siehe oben II.G.4. und 5.

137 Budw. 3781 A/1905

(zur Land- und Forstwirtschaft) eine unübersteigbare Kompetenzschranke für den einfachen Bundesgesetzgeber darstellt, ist die Formulierung des § 2 Abs 4a GewO zunächst daran zu messen. Nichts deutet darauf hin, daß der einfache Bundesgesetzgeber hier einen, von der Versteinerung der Bundeskompetenz längst vorgeprägten Begriff "Nebengewerbe" in irgendeiner anderen Bedeutung verwenden wollte. Im Gegenteil! Die Materialien¹³⁸ lassen eindeutig erkennen, daß es dem Gesetzgeber gerade auf die möglichst umfassende Erfassung aller traditionellen Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft angekommen ist. Dieser Begriff "Nebengewerbe" ist aber identisch mit dem verfassungsrechtlichen Kompetenzbegriff und damit einer inhaltlichen bundesgesetzlichen Regelung entzogen: Die allgemeine Einbeziehung aller Nebengewerbe-Anlagen der Land- und Forstwirtschaft in das gewerbliche Betriebsanlagenrecht ist kompetenzwidrig!

138 Siehe III.G.6.

Univ.Prof.Dr. Peter Pernthaler/Dr. Georg Lukasser

**Abgrenzung der Bundeskompetenz "Angelegenheiten des
Gewerbes und der Industrie" von der Landeskompetenz
"Veranstaltungswesen" und einige damit zusammen-
hängende konkrete Rechtsprobleme**

I. Fragestellung

Mit Hilfe der vorliegenden Arbeit sollen folgende Fragen in verfassungsrechtlicher Hinsicht geklärt werden:

1. Wie ist die Gesetzgebungskompetenz des Bundes in "**Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie**" (Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG) von der legislativen Allgemeinzuständigkeit der Länder nach Art 15 Abs 1 B-VG, insbesondere von deren Gesetzgebungskompetenz im Bereich des "**Veranstaltungswesens**", abzugrenzen?
2. Inwieweit kommen dem Bund oder den Ländern Gesetzgebungskompetenzen in Bezug auf die folgenden, in der Verwaltungspraxis problematischen, Sachverhalte zu:
 - a) Eislaufplätze und Tennisplätze (allenfalls auch in betriebsorganisatorischer Einheit mit einem Gastgewerbebetrieb)
 - b) Musik- und Tanzveranstaltungen (allenfalls auch in betriebsorganisatorischer Einheit mit einem Gastgewerbebetrieb)
 - c) Sommerrodelbahnen, Modellflugzeugplätze, Minigolfplätze
 - d) sog "Traktorzüge" oder Straßen-Eisenbahnzüge
 - e) Errichtung einer "Schmelzhütte" als touristische Attraktion

II. Für die vorliegende Untersuchung relevante Auslegungsgrundsätze der Kompetenzverteilung nach Art 10, 11, 12 und 15 B-VG

Der Verfassungsgerichtshof und die Lehre haben zu der sog allgemeinen Kompetenzverteilung der Art 10, 11, 12 und 15 B-VG¹ eine Reihe von Auslegungsgrundsätzen, sog "Theorien", entwickelt. Diese Prinzipien sollen hier nur insoweit kurz dargestellt werden, als sie für diese Untersuchung von Bedeutung sind.

1 Adamovich/Funk, Österreichisches Verfassungsrecht, 1985³, 173

A. Der Vorrang der Wortbedeutung

Wie für die Auslegung von Recht überhaupt gilt auch für die Interpretation von Verfassungsrecht der Satz *in claris non fit interpretatio*: Ist der Wortlaut einer Bestimmung klar und eindeutig, so ist auf die Heranziehung weiterer Auslegungsmethoden zu verzichten.²

Da jedoch menschliche *Sprache* in einem hohen Grad *unbestimmt* und mehrdeutig ist, kommt es kaum vor, daß der Gesetzeswortlaut nur eine Auslegungsmöglichkeit (sog "Normhypothese") zuläßt. Liegen *mehrere Verständnismöglichkeiten* vor, so ist unter ihnen mit Hilfe weiterer Auslegungsregeln eine *Auswahl* zu treffen.³

Der "*nach dem Sprachgebrauch noch mögliche Wortsinn*" begrenzt jedenfalls die Reichweite zulässiger Auslegung⁴; der Verfassungsinterpret darf kein der Wortbedeutung widersprechendes Ergebnis erzielen.

Die im B-VG getroffene Regelung der **Kompetenzverteilung** zwischen dem Bund und den Ländern enthält eine **Fülle außerordentlich unbestimmter Begriffe**⁵; als Beispiele solcher besonders vager Begriffe seien nur "Bergwesen" (Art 10 Abs 1 Z 10 B-VG) oder "Gesundheitswesen" (Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG) genannt.

Die Auslegung der Kompetenztatbestände kann sich daher iaR nicht auf die Ermittlung der Wortbedeutung beschränken; um Sinngehalt und Reichweite insbesondere der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes – etwa auch jener in "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie" (Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG) – in Erfahrung zu bringen, muß man sich daher weiterer Interpretationsmethoden bedienen.⁶

B. Die sog Versteinerungstheorie

Die "Versteinerungstheorie" ist eine vom Verfassungsgerichtshof in ständiger Judikatur entwickelte und angewandte⁷ **Form der objektiv-historischen Verfassungsauslegung**.

Dabei werden in Verfassungsbestimmungen verwendete Begriffe in dem Sinn verstanden, den sie im Zeitpunkt des Inkrafttretens der betreffenden Bestimmung (sog "*Versteinerungszeitpunkt*") nach dem damaligen *Stand der einfachgesetzlichen Rechtslage* hatten.⁸

2 VfsIsg 4442/1963, 5019/1965, 5679/1968, 7698/1975; Adamovich/Funk, Verfassungsrecht³, 59

3 Adamovich/Funk, Verfassungsrecht³, 32

4 Bydlinsky, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1991², 441; Korinek, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in: FS Walter, 1991, 379

5 Pernthaler/Weber, Versteinerung von Landeskompetenzen? Ein Beitrag zur Auslegung von Art 15 Abs 1 B-VG, in: FS Melichar, 1983, 150

6 Adamovich/Funk, Verfassungsrecht³, 190; Funk, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung, 1980, 68f

7 VfsIsg 1477/1932, 2319/1952, 4349/1963, 5019/1965, 5679/1968, 8478/1979, 9337/1982 uva

8 Neisser/Schantl/Welan, Betrachtungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 1974, 369; Schäffer, Verfassungsinterpretation in Österreich. Eine kritische Bestandsaufnahme, 1971, 97ff; Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 1992⁷, Rz 296

Da bei der Auslegung der Kompetenzartikel des B-VG die wörtliche Auslegung allein kaum zu brauchbaren Ergebnissen führen kann (siehe A.), hat die Versteinerungstheorie hier besonders große Bedeutung.⁹

Als für die Versteinerung von Kompetenzbegriffen (sog "Kompetenztatbeständen") maßgeblicher Zeitpunkt ist idR der 1.10.1925, der Tag des erstmaligen Inkrafttretens der Kompetenzartikel des B-VG, anzusehen.¹⁰

Die Auslegungsmethode der Versteinerungstheorie ist nur bei der Interpretation von Bundeskompetenzen zulässig: Den Ländern kommt auf Grund der Generalklausel des Art 15 Abs 1 B-VG eine *Allgemeinzuständigkeit* zu, "soweit eine Angelegenheit nicht ausdrücklich durch die Bundesverfassung der Gesetzgebung oder auch der Vollziehung des Bundes übertragen ist".¹¹

Der Sinn der Allgemeinzuständigkeit der Länder besteht eben darin, "daß alle Zuständigkeiten, die nicht ausdrücklich dem Bund zugewiesen sind, bei den Ländern verbleiben"; eine historisch abgeschlossene Aufzählung von Landeskompetenzen, die allein eine versteinemde Auslegung rechtfertigen würde, kann es daher nicht geben.¹²

C. Die Zulässigkeit der "intrasystematischen Fortentwicklung"

Ein ausschließlich auf der Versteinerungstheorie basierendes Verhältnis der Bundeskompetenzen würde zu einer "völligen begrifflichen Erstarrung"¹³ der Kompetenzzuweisung führen; dieser Gefahr beugt der Verfassungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung¹⁴ dadurch vor, daß er die sog *intrasystematische Fortentwicklung von Kompetenztatbeständen* zuläßt:

Nicht die zum Versteinerungszeitpunkt bestehende konkrete Regelung soll nämlich "versteinert" werden, sondern der durch die damals geltende Rechtslage *vorgezeichnete institutionelle Rahmen*¹⁵ oder "Kompetenztypus".¹⁶

Der Inhalt eines Kompetenzartikels erschöpft sich daher nicht "in der Gesamtheit der am Tage seines Wirksamwerdens geltenden Gesetze"; auch *Neuregelungen* sind *zulässig*, "sofern sie nach ihrem Inhalt systematisch dem [selben] Kompetenzgrund angehören".¹⁷

9 Mayer, Entwicklungstendenzen in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, ÖJZ 1980, 337; Pernthaler/Weber, FS MELICHAR, 150

10 VfSlg 2721/1954; Funk, Die grundlegenden Ordnungsprobleme im System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, JBl 1976, 451f, FN 15; Kafka/Novak, Praxis des Verfassungsrechtes, Eine Fallsammlung. II Teil: Lösungen, 1974, 23; Schäffer, Verfassungsinterpretation, 103f

11 Adamovich/Funk, Verfassungsrecht³, 190; Funk, System, 73; Mayer, Neue Wege in der Kompetenzinterpretation?, ÖJZ 1986, 518; Pernthaler/Weber, FS MELICHAR, 140ff

12 Pernthaler, Zivilrechtswesen und Landeskompetenzen, 1987, 27, 31f

13 Pernthaler/Weber, FS MELICHAR, 151f

14 VfSlg 2658/1954, 3393/1958, 3670/1960, 5679/1968, 6137/1970, 7567/1975 uva

15 Funk, System, 77

16 Kafka/Novak, Praxis II, 23

17 VfSlg 3670/1960; Adamovich/Funk, Verfassungsrecht³, 191; Neisser/Schantl/Welan, ÖJZ 1974, 370; Schäffer, Verfassungsinterpretation, 107f

Neuregelungen sind also dann kompetenzrechtlich zulässig, wenn zwischen ihnen und der auf Grund des in Anspruch genommenen Kompetenztatbestandes zum Versteinerungszeitpunkt geltenden Rechtslage ein *inhaltlich-systematischer Zusammenhang* besteht.¹⁸

Eine "intra-systematische Fortentwicklung" erfordert als logisch ersten Schritt die Ermittlung des jeweils maßgeblichen "Systems". Dabei ist letztlich die *Abstraktionshöhe* entscheidend: Je höher der gewählte Abstraktionsgrad ist, desto größer ist der dem einfachen Gesetzgeber zugestandene Entwicklungsspielraum und damit die Möglichkeit, auf Grund der betreffenden Bundeskompetenz neue Regelungen zu erlassen.¹⁹

Bei der Ermittlung des durch einen bestimmten Bestand an Normen gebildeten Systems spielt die Frage nach den jeweiligen *Regelungszwecken* eine wesentliche Rolle, da diese das ein "System" einigende Charakteristikum darstellen können.²⁰ Schon aus diesem Grund erscheint die sog Zwecktheorie (siehe unten E.) in ihrer traditionellen Ausprägung widerlegt.

Der Grundsatz der intrasystematischen Fortentwicklung setzt logisch die Geltung der Versteinerungstheorie voraus: Inhaltlich neue **Landesgesetze** müssen daher keineswegs in einem inhaltlich-systematischen Zusammenhang mit dem am 1.10.1925 geltenden Landesrecht stehen. Die den Ländern durch die *Generalklausel des Art 15 Abs 1 B-VG* zuerkannten Kompetenzen sind grundsätzlich *jeder* dynamischen Fortentwicklung zugänglich und ermöglichen damit auch die Bewältigung völlig neuer Staatsaufgaben.²¹

Dies entspricht auch dem Postulat von der **lückenlosen Erfassung aller möglichen und zulässigen Staatsaufgaben** durch die bundesstaatliche Kompetenzverteilung.²² Durch das Zusammenspiel von Enumeration (Bundeskompetenzen) und Generalklausel (Landeskompetenzen) kann es "kompetenzfreie Räume" nicht geben.

D. Die sog "Gesichtspunktetheorie"

Für die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern gilt der **Grundsatz der Kompetenztrennung**²³: Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes sind der österreichischen Bundesverfassung in der Regel *konkurrierende* Gesetzgebungskompetenzen fremd; ein und dieselbe Materie kann daher nur einem einzigen Kompetenztatbestand zugeordnet werden.²⁴ Die *Kompetenzbereiche von Bund und Ländern* stehen zueinander in einem *Verhältnis strenger Exklusivität*.²⁵

18 Mayer, ÖJZ 1980, 337; Walter/Mayer, Grundriß⁷, Rz 296

19 Funk, System 78; Pernthaler, Kompetenzverteilung in der Krise. Voraussetzungen und Grenzen der Kompetenzinterpretation in Österreich, 1989, 82

20 Funk, System, 78

21 Funk, System, 51; Pernthaler/Weber, FS MELICHAR, 154f

22 Pernthaler, Kompetenzverteilung, 40f; Schäffer, Verfassungsinterpretation, 83

23 Funk, System, 37; Weber, Die Bundesaufsicht als staats- und verfassungstheoretisches Problem, in: Pernthaler/Weber, Theorie und Praxis der Bundesaufsicht in Österreich, 1979, 24

24 VfSlg 4348/1963, 6770/1972, 7792/1976 ua

25 Funk, JBl 1976, 450

Das schließt aber nicht aus, daß bestimmte Sachverhalte unter *verschiedenen Gesichtspunkten* von *verschiedenen Gesetzgebern* geregelt werden können.²⁶

So kann beispielsweise die *Prostitution* unter dem Aspekt der Sittlichkeitspolizei durch Landesgesetz, unter dem Aspekt der Gesundheitspolizei jedoch durch Bundesgesetz geregelt werden.²⁷

Dieser als *Gesichtspunktetheorie* bezeichnete Gedanke spielt in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes eine bedeutende Rolle.²⁸

E. Die sog "Zwecktheorie" und ihre Grenzen

Nach einer älteren Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes²⁹ sei bei der *kompetenzrechtlichen Beurteilung* einer Regelung *grundsätzlich nur der Inhalt relevant*; der jeweilige Regelungszweck sei nur dann in Betracht zu ziehen, wenn der zugrundeliegende Kompetenztatbestand ausdrücklich auf einen Zweck Bezug nehme.³⁰ Einen derartigen "zweckbezogenen" Kompetenztatbestand enthalte etwa Art 10 Abs 1 Z 10 B-VG ("Regulierung und Instandhaltung der Gewässer zum Zwecke der unschädlichen Ableitung der Hochfluten oder zum Zwecke der Schifffahrt und Flößerei").

Dieses Prinzip ist allerdings in der vom Verfassungsgerichtshof ursprünglich verwendeten absoluten Formulierung verfehlt: Schon bei der *Auslegung der kompetenzrechtlich zu beurteilenden Regelung* können die vom Gesetzgeber verfolgten oder zumindest anvisierten Ziele nicht außer acht gelassen werden;³¹ dies gilt auch für die Auslegung des 1925 geltenden einfachgesetzlichen Rechtes, auf die nach der *Versteinerungstheorie* zu rekurrieren ist.³² Die Abgrenzung von Gesetzgebungskompetenzen nach der *Gesichtspunktetheorie* schließlich ist ohne Betrachtung der Finalität der Regelungen bzw ihrer Zweckverschiedenheit gar nicht möglich.³³

Mittlerweile ist der *Verfassungsgerichtshof* von dieser *grundsätzlichen Nichtbeachtung des Regelungszweckes* abgegangen: In dem Erkenntnis Slg 10.831/1986, in dem er einige in die Gewerbeordnung aufgenommene Energiesparbestimmungen aufhob (siehe unten III.E.), definierte er sog "*Maßnahmen typisch gewerberechtlicher Art*" im wesentlichen durch die Anführung typisch gewerberechtlicher *Regelungszwecke* (zB

26 Funk, System, 38, 48ff; Morscher, Entscheidungsbesprechung zu VfSlg 7169/1973, JBl 1975, 644; Walter/Mayer, Grundriß⁷, Rz 297

27 VfSlg 7960/1976; Mayer, ÖJZ 1980, 338; Pernthaler, Die Zuständigkeit zur Regelung der Angelegenheiten der Prostitution, ÖJZ 1975, 287ff

28 ZB VfSlg 2447/1952, 6137/1970, 7516/1975, 8035/1977, 9337/1982

29 VfSlg 2452/1952, 3685/1960, 6549/1967, 6344/1970 uva

30 Adamovich/Funk, Verfassungsrecht³, 191; Funk, JBl 1976, 452

31 Teleologische Interpretation: Schäffer, Verfassungsinterpretation, 116

32 Funk, JBl 1976, 461

33 Adamovich/Funk, Verfassungsrecht³, 191f; Funk, System, 50, 82

"Schutz des Gewerbes" oder "Abwehr von vom Gewerbebetrieb unmittelbar ausgehenden Gefahren").

F. Der föderalistische Auslegungsgrundsatz

Der Verfassungsgerichtshof geht – im Zweifel – von einem **Vorrang der Landeskompetenzen** aus. Danach sind die Kompetenztatbestände der Art 10 – 12 B-VG "gegenüber der allgemeinen Kompetenz der Länder nach Art 15 [B-VG] iS des föderalistischen Prinzips der österreichischen Bundesverfassung einschränkend auszulegen".³⁴

Die "föderalistische Auslegungsmaxime"³⁵ ist in der Literatur *weitgehend anerkannt*.³⁶ Bedauerlicherweise genießt sie aber in der Verfassungsrechtsprechung nicht die praktische Bedeutung, die sie nach den zitierten grundsätzlichen Aussagen des Verfassungsgerichtshofes haben könnte.³⁷

G. Das Berücksichtigungsprinzip

Der als Berücksichtigungsprinzip bekannte Grundsatz der Kompetenzhandhabung durch den Gesetzgeber hat **zwei Seiten**: Er ist zum einen Ermächtigung, zum anderen Schranke für den einfachen Gesetzgeber.³⁸

Schon seit Jahrzehnten ist in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes anerkannt, daß der Landes- und der Bundesgesetzgeber bei der Regelung einer Materie **alle öffentlichen Zwecke** und daher auch die *der jeweils anderen Gebietskörperschaft berücksichtigen dürfen*³⁹; die Befugnis, die Interessen der gegenbeteiligten Gebietskörperschaft zu berücksichtigen, darf jedoch nicht dazu mißbraucht werden, die der anderen Gebietskörperschaft obliegenden Regelungen selbst vorzunehmen.⁴⁰

In dem vielbeachteten Erkenntnis **Slg 10.292/1984** postulierte der Verfassungsgerichtshof in einem weiteren Schritt eine **wechselseitige Rücksichtnahmepflicht**⁴¹: Danach ist der rechtspolitische Gestaltungsfreiraum des Bundesgesetzgebers "insoweit

34 VfSlg 2977/1956; weiters VfSlg 1030/1928, 2066/1950, 2192/1951

35 *Walter/Mayer*, Grundriß⁷, Rz 302

36 *Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 1971⁶, 136; *Adamovich/Funk*, Verfassungsrecht⁹, 192; *Kafka/Novak*, Praxis II, 21 f; *Morscher*, Die Gewerbekompetenz des Bundes, 1987, 16f; *Neisser/Schantl/Welan*, ÖZ 1974, 371; *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, 1986, 427

37 *Funk*, System, 88; *Morscher*, Gewerbekompetenz, 18

38 *Pernthaler*, Entscheidungsbesprechung zu VfSlg 10292/1984, ÖZW 1985, 95; *ders*, Kompetenzverteilung, 60ff

39 VfSlg 3163/1957, 4486/1963, 7138/1973, 8831/1980 ua; *Funk*, JBl 1976, 451; *ders*, System, 51f; *Pernthaler*, Militärisches Sperrgebiet und Naturschutz. Ein Beispiel des Verfassungsgebotes der Koordination im Raumordnungsrecht, ZfV 1977, 5

40 VfSlg 9543/1982; *Funk*, System, 52f; *Mayer*, Genehmigungskonkurrenz und Verfahrenskonzentration, 1985, 40f; *Pernthaler*, Kompetenzverteilung, 61

41 *Morscher*, Wechselseitige Rücksichtnahmepflicht Bund-Länder, Bemerkungen zum Erkenntnis VfGH 3.12.1984, G 81, 82/84, JBl 1985, 479f

eingeschränkt, als es ihm verwehrt ist, Regelungen zu treffen, die sich als sachlich nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung der Effektivität landesgesetzlicher Regelungen darstellen; dasselbe gilt auch umgekehrt im Verhältnis des Landesgesetzgebers zum Bundesgesetzgeber".

Diese "der Bundesverfassung innewohnende Rücksichtnahmepflicht" verbiete "dem Gesetzgeber der einen Gebietskörperschaft die vom Gesetzgeber der anderen Gebietskörperschaft wahrgenommenen Interessen zu negieren und dessen gesetzliche Regelung damit zu unterlaufen" und erfordere "eine zu einem angemessenen Ausgleich führende Abwägung der eigenen Interessen mit jenen der anderen Gebietskörperschaft".

Das derart vom Verfassungsgerichtshof systematisch ausgebaute **Berücksichtigungsprinzip** wurde in der Lehre weithin *positiv aufgenommen*.⁴²

III. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes in "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie" (Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG)

Nach Art 10 Abs 1 Z 8, 1. Satzteil B-VG ist die Gesetzgebungskompetenz und die Vollziehung in "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie" Bundessache.

Im folgenden soll anhand der Verfassungsjudikatur und der damit befaßten Literatur gezeigt werden, wie dieser Kompetenztatbestand zu verstehen ist.

A. Enge Auslegung der Gewerbekompetenz

Außer Zweifel steht, daß der Begriff "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie" **überaus unbestimmt** und "gewiß nicht eindeutig" (VfSlg 1477/1932) ist.⁴³ Eine bloße Wortinterpretation würde deshalb zu einer wohl unüberschaubaren Zahl von "Normhypothesen"⁴⁴, aber zu keinem operablen Ergebnis führen.

Der Verfassungsgerichtshof erkannte schon in frühester Rechtsprechung, daß der hier interessierenden "Gewerbekompetenz"⁴⁵ "die denkbar weiteste [...] Auslegung nicht gegeben werden darf" (VfSlg 1477/1932), schon deshalb nicht, weil die Kompetenzbestimmungen des Art 10 B-VG eine ganze Reihe von Erwerbsbetätigungen neben den in Abs 1 Z 8 genannten "Angelegenheiten des Gewerbes" anführen. Gegenüber einem

42 ZB U. Dwy, Zur Bedeutung des bundesstaatlichen Rücksichtnahmegebotes für Normenkonflikte, ÖJZ 1986, 302; Pernthaler, ÖZW 1985, 94: "Markstein für die Auslegung der Bundesverfassung"; Schäffer, Kompetenzverteilung und Rücksichtnahmepflicht im Bundesstaat. Das Erkenntnis "Jagdrecht/Forstrecht" und die Neuorientierung der Kompetenzinterpretation, ZfV 1985, 360f

43 Morscher, Gewerbekompetenz, 29

44 Adamovich/Funk, Verfassungsrecht³, 31 uva

45 Morscher, Gewerbekompetenz

möglichem Verständnis der Wortbedeutung sind die "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie" daher eng auszulegen.⁴⁶

B. Auslegung der Gewerbekompetenz im Sinne der Versteinerungstheorie

Wie bei der Interpretation von Kompetenzbestimmungen überhaupt (siehe II.B.) ist auch bei der Auslegung des Kompetenztatbestandes der "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie" die **Versteinerungstheorie** von zentraler Bedeutung: Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes fallen unter Art 10 Abs 1 Z 8, 1. Satzteil B-VG "alle Vorschriften, die nach dem Stand und der Systematik der einfachrechtlichen Gesetzgebung am 1.10.1925 als gewerberechtliche Vorschriften anzusehen waren".⁴⁷

Es ist also davon auszugehen, daß der Verfassungsgesetzgeber "dem Begriff 'Gewerbe' [...] im wesentlichen den in der österreichischen Rechtsordnung [zum Versteinerungszeitpunkt] ausgebildeten Gewerbebegriff beilegen wollte".⁴⁸

Aus der Verwendung des umfassenden Begriffes "Rechtsordnung" geht hervor, daß sich die Betrachtung der am 1.10.1925 geltenden Rechtslage nicht auf die Gewerbeordnung aus 1859 beschränken soll, sondern die einschlägigen **gewerberechtlichen Nebengesetze** einschließen muß.⁴⁹

Man sollte sich bei dieser historischen Betrachtung grundsätzlich mit der **einfachgesetzlichen Rechtslage** begnügen; die Kompetenzbestimmungen der Bundesverfassung sollten nicht "aus den unergründlichen Tiefen der monarchischen Verwaltungspraxis"⁵⁰ heraus interpretiert werden.⁵¹ Zum besseren Verständnis der historischen einfachgesetzlichen Rechtslage ist jedoch bis zu einem gewissen Ausmaß die Heranziehung von Verordnungen, Erlässen, Dekreten udgl unumgänglich, dies schon deshalb, weil auch der Verfassungsgerichtshof bei der Anwendung der Versteinerungstheorie häufig so operiert.

Die Anwendung der Versteinerungstheorie auf den Gewerbekompetenztatbestand ist auch in der *Literatur* unbestritten und anerkannt.⁵²

Schon in der oben wiedergegebenen versteinernenden Umschreibung der Gewerbekompetenz klingt deutlich an, daß dem einfachen Gesetzgeber auch hier die Möglichkeit der **intrasystematischen Fortentwicklung** (siehe II.C.) offensteht:

46 Morscher, Gewerbekompetenz, 37f, 45; Winkler, Gewerbebegriff und Anwendungsbereich der GewO 1973, in: Rill (Hg), Gewerberecht, Beiträge zu Grundfragen der GewO 1973, 1978, 4

47 VfSlg 10.050/1984; weiters VfSlg 2500/1953, 3640/1959, 4227/1962, 5024/1965, 11.503/1987, Erk vom 27.2.1992, B 1062/92 ua, 23f

48 VfSlg 1477/1932; ebenso 7074/1973

49 So ausdrücklich VfSlg 5801/1968

50 Morscher, Gewerbekompetenz 43

51 VfSlg 1477/1932, 2670/1954

52 ZB Fröhler/Oberndorfer, Raumordnung und Gewerberecht, 1980, 40; Morscher, Gewerbekompetenz, 37ff, 45f; Paugerl/Rack, Rechtsfragen des Buschenschankes, ZfV 1981, 434f; Rill, Grundfragen des österreichischen Preisrechts, ÖZW 1974, 100; Schambeck, Die verfassungsrechtliche Problematik der Kompetenz zur gesetzlichen Regelung der Privatzimmervermietung, JBl 1966, 451f

So stellte VfSlg 7074/1973 für den Kompetenztatbestand "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie" klar, daß Neuregelungen "auf einem durch den Stand der einfachen Gesetzgebung am 1.10.1925 inhaltlich bestimmten Rechtsgebiet [...] nicht ausgeschlossen seien"; sie mußten aber "nach ihrem Inhalt dem **betreffenden Rechtsgebiet**, wie es durch die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kompetenzartikel bestehende gesetzliche Regelung bestimmt ist, systematisch angehören".⁵³

Zur "intrasystematischen Fortentwicklung" ist allerdings relativierend anzumerken, daß sie schon logisch einen bereits im Jahre 1925 bestehenden rechtlichen Ansatzpunkt voraussetzt; ein gewisser "Regelungskern"⁵⁴ muß schon zum Versteinerungszeitpunkt bestanden haben. So dürfen etwa im Jahr 1925 schon existente, aber nicht einer Bundesregelung unterworfenen Tätigkeiten nicht nach Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG geregelt werden.

C. Gewerbekompetenz und Gesichtspunktetheorie

Die kompetenzrechtliche Betrachtungsweise der **Gesichtspunktetheorie** (siehe II.D.) ist – wegen der zunehmenden Komplexität der rechtlich zu erfassenden Sachverhalte und der im modernen Staat wegen seiner umfassenden Staatsaufgaben⁵⁵ unvermeidlichen **Vernetztheit von Einzelkompetenzen** – von großer Bedeutung und auch im Zusammenhang mit der Gewerbekompetenz unverzichtbar:

In VfSlg 5024/1965 hatte sich der Verfassungsgerichtshof mit Bestimmungen des Kärntner Campingplatzgesetzes aus 1963 zu befassen; er stellte ua fest, daß "die Zuständigkeit des Bundes, gemäß dem Kompetenztatbestand 'Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie' gesetzliche Regelungen betreffend die *Erfordernisse gewerblicher Betriebsanlagen* zu erlassen, es nicht ausschließt, daß der Landesgesetzgeber im Rahmen seiner Kompetenzen die Errichtung und die Benützung derselben Anlagen einer Regelung unterwirft".

Nur soweit Maßnahmen "mit dem Umstand verknüpft" seien, "daß die Anlagen dem Gewerbebetrieb dienen", sei "der Gewerberechtsgesetzgeber [...] zuständig, sie zu erlassen; soweit es sich aber um Umstände" handle, "die zu einer Materie zählen, in der die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern liegt", sei "der Landesgesetzgeber zuständig, die damit verknüpften Maßnahmen zu regeln".

Da der Inhalt der geprüften Bestimmungen des Kärntner Campingplatzgesetzes in keinem Zusammenhang mit der Frage stehe, ob ein Campingplatz für *Zwecke eines Gewerbebetriebes* benützt wird oder nicht, sei der Bund zur Erlassung dieser Bestimmungen *nicht* nach Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG zuständig.

Im zitierten Erkenntnis wandte also der Verfassungsgerichtshof die *Gesichtspunktetheorie* auf die Gewerbekompetenz an, wobei er den Begriff "Gesichtspunkte" auch ausdrücklich gebrauchte und auf seine einschlägige frühere Judikatur verwies.

53 Vgl weiters VfSlg 3393/1958, 3670/1960, 5748/1968, jüngst Erk vom 27.2.1992, B 1062/92 ua; Fröhler/Oberndorfer, Raumordnung, 40; Pauger/Rack, ZfV 1981, 435; Rill, ÖZW 1974, 100

54 Morscher, Gewerbekompetenz, 38

55 Pernthaler, Staatslehre, 10f

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß die *Gesichtspunktetheorie* auch in *Fragen der Gewerbekompetenz* des Bundes große Bedeutung hat.⁵⁶ Eine nach Gesichtspunkten differenzierende Betrachtungsweise ist – wie sich zeigen wird – auch bei der kompetenzrechtlichen Beurteilung der in der vorliegenden Arbeit angesprochenen Sachverhalte unverzichtbar.

D. Die Bedeutung des Kundmachungspatentes zur GewO 1859

Wie gezeigt wurde, ist für die versteinemde Betrachtung die am 1.10.1925 geltende gewerberechtliche Rechtslage maßgeblich, dh im wesentlichen die **Gewerbeordnung vom 20.12.1859**, RGBI 227, in der damals geltenden Fassung.

Von zentraler Bedeutung ist aber auch das damals ebenfalls noch geltende "Kaiserliche Patent vom 20. Dezember 1859", RGBI 227/1859, das sog "**Kundmachungspatent zur GewO 1859**" (im folgenden: KdmP). Für die Abgrenzung der Gewerbekompetenz des Bundes ist insbesondere dessen Art V wesentlich, der eine *Reihe von "Beschäftigungen und Unternehmungen" von der Geltung der GewO 1859 ausnimmt*, etwa die "land- und forstwirtschaftliche Produktion" (lit a), die "Kategorie der häuslichen Nebenbeschäftigungen" (lit e) oder die "Ausübung der Heilkunde" (lit g).

Der Verfassungsgerichtshof hat sich in seiner Rechtsprechung zur Gewerbekompetenz immer wieder auf Art V KdmP berufen⁵⁷ und klargemacht, daß der Bund für die durch diese Bestimmung vom Gewerberecht des Jahres 1925 ausgenommenen Betätigungen entsprechend der Versteinierungstheorie *nicht* auf Grund von Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG zuständig sein kann.

Ist der Bund zur Regelung einer derartigen Betätigung auch nicht auf Grund eines anderen Kompetenztatbestandes⁵⁸ zuständig, so "verbleibt" die Angelegenheit gemäß Art 15 Abs 1 B-VG in der *legislativen und administrativen Kompetenz des Landes*.⁵⁹

Für die vorliegende Untersuchung ist Art V lit o KdmP von entscheidender Bedeutung: Diese Bestimmung nimmt "*Unternehmungen öffentlicher Belustigungen und Schausstellungen aller Art*" von der Geltung der GewO 1859 aus. Der Umfang dieser Ausnahmebestimmung ist bei konsequenter Anwendung der Versteinierungstheorie für die kompetenzrechtliche Abgrenzung ausschlaggebend⁶⁰ und wird noch näher zu untersuchen sein (siehe unten IV.).

56 Fröhler/Oberndorfer, Raumordnung, 47ff

57 ZB VfSlg 1477/1932, 1642/1948, 2670/1954, 7074/1973, 8539/1979; Erk vom 27.2.1992, B 1062/90 ua

58 Vgl nur beispielsweise Art 10 Abs 1 Z 12, 1. Satzteil B-VG: "Gesundheitswesen"

59 VfSlg 1477/1932; Morscher, Gewerbekompetenz, 41f; Pernthaler/Weber, FS MELICHAR, 157; Schambeck, JBl 1966, 451ff; Winkler, in: Rill, Gewerberecht, 4

60 Lebitsch, Probleme der präventiven Veranstaltungspolizei im Lichte der Kunstfreiheit, ÖJZ 1984, 478

E. Die Beschränkung auf sog "typisch gewerberechtliche Regelungen"

Durch die Verfassungsrechtsprechung gesichert ist, daß nicht "jede Maßnahme zum Schutz eines Zweiges des Gewerbes oder der Industrie unter den Kompetenztatbestand 'Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie' fällt". Es muß sich dabei vielmehr – bei inhaltlicher Betrachtung – um eine **"Maßnahme typisch gewerberechtlicher Art"** handeln.⁶¹

Solche Maßnahmen typisch gewerberechtlicher Art sind etwa die *"Abwehr von vom Gewerbebetrieb unmittelbar ausgehenden Gefahren"* für die Gewerbetreibenden und ihre Arbeitnehmer, die Kunden, andere Gewerbetreibende oder als Nachbarn sonst von der Gewerbetätigkeit unmittelbar betroffene Personen", der **Konsumentenschutz** und *bestimmte* Maßnahmen zum Schutz des Gewerbes.⁶²

Typisch gewerberechtliche Maßnahmen bezwecken daher letztlich immer den *Schutz vor mit der Ausübung von Gewerben typischerweise verbundenen Gefahren*; sie gehören, da sie der "Abwehr von bereichstypischen Gefahren"⁶³ dienen, zur **Verwaltungspolizei**.

Maßnahmen, die der *Energieeinsparung* dienen, sind beispielsweise keine derartigen Maßnahmen gewerberechtlicher Gefahrenabwehr; so konnte sich die durch die GewO-Novelle BGBl 619/1981 bewirkte Bindung an bestimmte Energiesparstandards für gewerbliche Waren, Dienstleistungen oder Betriebsanlagen nicht auf den Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 8, 1. Satzteil B-VG stützen und wurde daher vom Verfassungsgerichtshof als verfassungswidrig aufgehoben.⁶⁴ Dem aufhebenden Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes waren in der Literatur mehrfach geäußerte Bedenken vorausgegangen.⁶⁵

In Übereinstimmung mit Rechtsprechung und Lehre⁶⁶ kann also festgehalten werden, daß der Kompetenztatbestand des **Art 10 Abs 1 Z 8, 1. Satzteil B-VG** eine **deutliche gewerbepolizeiliche Ausrichtung** aufweist: Allgemeiner Grundgedanke der Gewerbekompetenz ist der "Schutz vor gewerbespezifischen Gefahren".⁶⁷

61 VfSlg 4117/1961

62 VfSlg 10.831/1986; vgl auch VfSlg 2977/1956

63 Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1987³, 161

64 VfSlg 10.831/1986

65 ZB Azizi, Wirtschaftssteuerung durch Gewerberecht? Kompetenzrechtliche Erwägungen am Beispiel der Energiepolitik, ÖZW 1984, 3ff insbes 8ff; Duschanek, Kompetenzrechtliche Überlegungen zu Energiesparvorschriften im Gewerberecht, ZfV 1981, 261ff

66 Duschanek, Offene Fragen im Altölgesetz, ZfV 1980, 293f; ders, ZfV 1981, 262f; Morscher, Gewerbekompetenz, 61ff; Rill, ÖZW 1974, 101f

67 Azizi, ÖZW 1984, 6f

IV. Die legislative Allgemeinzuständigkeit der Länder nach Art 15 Abs 1 B-VG, insbesondere die Gesetzgebungskompetenz der Länder im Bereich des "Veranstaltungswesens"

Art 15 Abs 1 B-VG stellt eine Generalklausel zugunsten der Länder dar: Danach "verbleibt" eine Angelegenheit, die nicht "ausdrücklich durch die Bundesverfassung der Gesetzgebung oder auch der Vollziehung des Bundes übertragen ist", im "selbständigen Wirkungsbereich der Länder".

Das dem Wortlaut dieser Bestimmung zugrundeliegende Bundesstaatskonzept ist von einer "primären und umfassenden Allgemeinzuständigkeit der Länder" gekennzeichnet: Diesen kommt im System der österreichischen Bundesverfassung "selbständige" Staatlichkeit zu, die ihnen nicht (wie Selbstverwaltungskörpern) "übertragen" wird, sondern als (bereits vorhandene) Zuständigkeit "verbleibt"; die Bundeskompetenzen hingegen werden aus der ursprünglichen Staatlichkeit der Länder ausgeschieden und dem Bund "übertragen".⁶⁸

Die "Generalkompetenz zur Gesetzgebung" liegt also "nach dem System der Bundesverfassung bei den Ländern".⁶⁹ Diese "generelle Kompetenz"⁷⁰ oder "Allgemeinzuständigkeit"⁷¹ der Länder genießt im Zweifel Vorrang vor den in Art 10, 11 und 12 B-VG begründeten Kompetenzen des Bundes (siehe II.F. mit Nachweisen).

Die österreichische Bundesverfassung umschreibt also die Kompetenzen der Länder mit einer grundsätzlich für neue Entwicklungen der Staatlichkeit offenen Generalklausel; sie kennt keine abschließende Aufzählung der Länderkompetenzen. "Kompetenztatbestände" in diesem Sinn enthalten nur die Art 10, 11 und 12 B-VG, die eine Enumeration der Bundeskompetenzen vornehmen.

Eine "Versteinerung" von Landeskompetenzen wäre mit diesem, von der Bundesverfassung vorgegebenen System der Kompetenzverteilung logisch unvereinbar und daher verfehlt (siehe II.B. mit Nachweisen).

Im Zuge der Auslegung von Bundeskompetenzen hingegen ist nach der Versteinerungstheorie – wie ausgeführt – eine eingehende Betrachtung des historischen Regelungsbestandes unerlässlich; dabei vorgefundene Regelungsausnahmen können wiederum für konkrete Gesetzgebungskompetenzen der Länder ganz entscheidend sein. Dies trifft auch auf die hier interessierende Ausnahmebestimmung des Art V lit o Kdmp (dazu gleich unten) zu.

Art 15 Abs 3 B-VG erwähnt die "landesgesetzlichen Bestimmungen in den Angelegenheiten [...] der öffentlichen Schaustellungen, Darbietungen und Belustigungen"; damit ist die hier interessierende Gesetzgebungskompetenz der Länder im Bereich des sog "Veranstaltungswesens" angesprochen.⁷²

68 Pernthaler, Kompetenzverteilung, 43ff

69 VfSlg 8195/1977, 11.503/1987 uva

70 Adamovich, Handbuch⁶, 136

71 Pernthaler, Zivilrechtswesen, 32

72 Vgl VfSlg 1477/1932

Die Erwähnung dieser Kompetenz in *Art 15 Abs 3 B-VG* darf jedoch – auf Grund des erläuterten Systems der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung – nur als *demonstrativ oder exemplarisch* verstanden werden: Aussagen über Umfang und Reichweite der "Veranstaltungskompetenz" der Länder können aus *Art 15 Abs 3 B-VG* nicht abgeleitet werden.

Der Verfassungsgerichtshof hat für den ebenfalls in *Art 15 Abs 3 B-VG* gebrauchten Ausdruck "*Kinowesen*" ausdrücklich klargestellt, daß damit "keineswegs ein besonderer Landeskompetenztatbestand [...] geschaffen wurde". Die "Zuständigkeit der Länder in Kinoangelegenheiten" ergibt sich "vielmehr – wie jede andere Landeszuständigkeit – ausschließlich aus der Generalklausel des *Art 15 Abs 1 B-VG*".⁷³

Auch auf dem Gebiet des Veranstaltungswesens können daher die Länder alle jene Regelungen treffen, zu deren Erlassung nicht ausnahmsweise der Bund nach *Art 10, 11* oder *12* berufen ist.

Die oben erwähnte Ausnahmebestimmung des *Art V lit o KdmP* stellt seit jeher den Ansatzpunkt für *wesentliche Regelungskomplexe außerhalb der Gewerbeordnung* dar. Diese Regelungen sind, soweit sie zum Versteinerungszeitpunkt in Geltung standen, für die hier vorzunehmende Abgrenzung der Gewerbekompetenz des Bundes von großer Bedeutung.⁷⁴

Ernst Mayerhofers "*Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst*" nennt in seinem 6. Band aus 1900 drei Normenbereiche, die die von der Gewerbeordnung ausgenommenen "Unternehmungen öffentlicher Belustigungen und Schaustellungen aller Art" regelten, und zwar "*Theaterpolizeiliche Vorschriften*", "*Polizeivorschriften betr[effend] öffentliche Productionen und Schaustellungen*" und "*Polizeivorschriften betr[effend] öffentliche Belustigungen*".⁷⁵

Für den Bereich des heutigen "Veranstaltungswesens" sind insbesondere die zwei letzteren Normenbereiche aufschlußreich:

So reglementierten die gegen Ende der Monarchie bestehenden "*Polizeivorschriften betr[effend] öffentliche Productionen und Schaustellungen*" in einer Fülle von Hofkanzleidekreten, Ministerialerlässen sowie Verordnungen und Dekreten der verschiedenen Statthaltereien ua die folgenden Veranstaltungen: Darbietungen "herumziehender Schauspielertruppen, Seiltänzer, gymnastischer Künstler, Menageriebesitzer, Musikanten, Drehorgelspieler, Kunstreiter, Bärenführer, Taschenspieler" usw, die Präsentation von "Guckkästen, Marionettentheatern, Wachsfigurencabinetten, Zimmerschießstätten, Abnormitäten und Curiositäten aller Art", die Abhaltung von öffentlichen Bällen und "anderen öffentlichen Belustigungen" wie "Concerten oder anderen Musikproductionen", Schaustellungen udgl, den Betrieb von Singspielhallen, "Volkssängervorstellungen", Vorträge und Vorlesungen.⁷⁶

73 VfsIlg 2527/1953; ähnlich VfsIlg 2721/1954, 4037/1961; *Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung I, 1975, 139, FN 565

74 Vgl etwa VfsIlg 2670/1954; VfGH 27.2.1992, B 1062/90 ua

75 812, FN 3

76 *Mayerhofer*, Handbuch IV, 1348ff

Den "Polizeivorschriften betr[effend] öffentliche Belustigungen" unterlagen ua Tanzunterhaltungen und Bälle, Kinder- und Schulfeste, Nachtmusiken, die "Abhaltung sogenannter Ständchen", das Halten von Eislaufplätzen sowie die Erteilung von Tanzunterricht.⁷⁷

Diese *Polizeivorschriften* außerhalb der Gewerbeordnung galten, wie ein Blick in Gewerberechtskommentare aus den Jahren 1924 und 1927 zeigt, zum überwiegenden Teil auch noch im *Versteinerungszeitpunkt*.⁷⁸

Das *Wiener Theatergesetz* vom 11.7.1928, LGBl 1929/1 idF LGBl 1930/22, schließlich regelte nicht nur das Theaterwesen, sondern "*Vergnügungsveranstaltungen aller Art*" mit Ausnahme der Kinounternehmungen und erklärte so gut wie alle der oben aus *Mayerhofers* "Handbuch" zitierten Veranstaltungen für anmeldepflichtig.⁷⁹

V. Die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes in "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie" von der Gesetzgebungskompetenz der Länder im Bereich des "Veranstaltungswesens" (Zusammenfassung)

1. Wie oben (II.) dargelegt wurde, ist die **Gewerbekompetenz** des Bundes aus einer Reihe von Gründen **einschränkend auszulegen**. Diese lassen sich wie folgt zusammenfassen:
2. Die Gewerbekompetenz kann schon aus logisch-systematischen Gründen **nicht** alle Tätigkeiten umfassen, die sich als "**gewerbsmäßig betriebene Beschäftigungen**" (Art IV KdMP) darstellen; dies schon deshalb nicht, weil etliche weitere Kompetenzbestände ua des Art 10 B-VG derartige Tätigkeiten betreffen (III.A.).
3. Wie jede Kompetenz des Bundes ist auch die Gewerbekompetenz **streng versteinern** **auszulegen**; die Interpretationsmethode der sog intrasystematischen Fortentwicklung darf ja gerade *nicht* dazu führen, daß sich der einfache Bundesgesetzgeber über die durch das im Jahr 1925 geltende Gewerberecht vorgegebene Systematik und Struktur der Gewerbekompetenz hinwegsetzt (III.B. und C.).
4. Zu der erwähnten Systematik und Struktur der Gewerbekompetenz gehört auch ihre – nach der Rechtslage von 1925 eindeutig festzustellende – **gewerbepolizeiliche**

⁷⁷ *Mayerhofer*, Handbuch IV, 1371ff

⁷⁸ Siehe *Praunegger*, Das österreichische Gewerberecht nebst den einschlägigen sozialpolitischen, technischen, sanitäts- und veterinär- polizeilichen Vorschriften mit Berücksichtigung der Rechtsprechung, 1. Teil, Band I, 1924, 96f; *Suchanek/Stadler/Meinold*, Die Gewerbeordnung mit den dazugehörigen Gesetzen und einschlägigen Vorschriften. Nach dem Stand der Gesetzgebung vom 1. April 1927, 1. Band, 1927, 64f

⁷⁹ *Laszky/Nathansky/Heller*, Hellers Kommentar zur Gewerbeordnung, 1. Band, 1937², 80f

Ausrichtung. Regelungen können nur insoweit auf Art 10 Abs 1 Z 8, 1. Satzteil gestützt werden, als sie dem Schutz vor den spezifisch mit der Ausübung von Gewerben verbundenen Gefahren dienen (III.E.).

5. Schließlich spricht auch die **föderalistische Auslegungsmaxime (II.F.)**, wonach im Zweifel eine Kompetenz der Länder anzunehmen ist, für ein restriktives Verständnis der Gewerbekompetenz im Verhältnis zu den Gesetzgebungskompetenzen der Länder, insbesondere zu deren Kompetenz auf dem Gebiet des Veranstaltungswesens.
6. Der am 1.10.1925 noch geltende **Art V lit o KdmP** zur GewO 1859 nahm von der Geltung der GewO die "Unternehmungen öffentlicher Belustigungen und Schaustellungen aller Art" aus. Damit fällt dieser, in der Regel als "Veranstaltungswesen" bezeichnete Bereich entsprechend der Versteinerungstheorie nicht in die Gewerbekompetenz des Bundes, sondern nach Art 15 Abs 1 B-VG in die legislative Zuständigkeit der Länder (III.D. und IV.).⁸⁰ Dies ist in der Verfassungsrechtsprechung seit Jahrzehnten anerkannt.⁸¹
7. Die Zuständigkeit der Länder zur Regelung des Veranstaltungswesens beruht ausschließlich auf der **Generalklausel des Art 15 Abs 1 B-VG**. Aus der Erwähnung des "Theater-, Kino- und Veranstaltungswesens" in Art 15 Abs 3 B-VG kann keine begriffliche Abgrenzung dieser Bereiche der Gesetzgebungskompetenz der Länder (etwa mittels Versteinerungstheorie) gewonnen werden (II.B. und IV.).
8. Die Ausnahme des **Art V lit o KdmP** ("Unternehmungen öffentlicher Belustigungen und Schaustellungen *aller Art*") stellt in ihrer sprachlichen Fassung eine **sehr weite und entwicklungsfähige Umschreibung** des Veranstaltungswesens dar. Da sich aus der Bestimmung auf Grund des dargestellten Systems der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung eine **Gesetzgebungskompetenz der Länder** nach Art 15 Abs 1 B-VG ableitet, soll diese Umschreibung auch im Hinblick auf den föderalistischen Auslegungsgrundsatz im Sinne ihrer sprachlichen Weite und Entwicklungsfähigkeit ausgelegt werden.
Wie gezeigt wurde (siehe oben IV.), bestanden schon zum *Versteinerungszeitpunkt* auf Grund des Art V lit o KdmP *weite Regelungsbereiche*, sog Polizeivorschriften, *außerhalb der Gewerbeordnung*.
9. Aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung lassen sich nur wenige **Anhaltspunkte für den Veranstaltungsbegriff** gewinnen:

⁸⁰ Lebitsch, ÖJZ 1984, 478

⁸¹ VfSlg 1809/1949, 2500/1953, 2721/1954, 4927/1965 uva

Ein ganz wesentliches Element dieses Veranstaltungsbegriffes ist, wie schon aus dem Wortlaut des Art V lit o KdMP klar hervorgeht, eine gewisse **Öffentlichkeit**. Eine nicht öffentliche Rundfunk-Übertragung aus einem Studio ist beispielsweise keine Veranstaltung in dem hier interessierenden Sinn (VfSlg 2721/1954).

Negativ muß die Veranstaltung etwa **von der Versammlung und Vereinsversammlung abgegrenzt** werden. Eine Versammlung im Sinne des Art 12 StGG ist eine Ansammlung von Menschen zum Zweck eines "gemeinsamen Wirkens"; Vereinsversammlungen sind "nicht selbständig gebildete Vereinigungen", die dem Vereinszweck dienen und daher "dem Verein zuzurechnen" sind.⁸²⁾ Zur Regelung der Versammlung und der Vereinsversammlung ist gemäß Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG der Bundesgesetzgeber berufen.

VI. Konsequenzen für die in der vorliegenden Untersuchung angesprochenen Sachverhalte

A. Eislaufplätze und Tennisplätze

a) ohne Gastgewerbebetrieb

Die Frage der Regelungskompetenz in Hinblick auf Eislaufplätze und Tennisplätze allein stellt sich als relativ unproblematisch dar:

Das **Halten von Eislaufplätzen** unterlag seit jeher keiner gewerberechtlichen Regelung, da es unter die Ausnahmebestimmung des *Art V lit o KdMP* subsumiert wurde: "Das Halten von Eislaufplätzen ist keine Gewerbsunternehmung, sondern fällt unter den Begriff der Veranstaltung öffentlicher Belustigungen".⁸³ Dies galt auch noch zum Versteinerungszeitpunkt.⁸⁴

Auf Grund der erläuterten kompetenzrechtlichen Bedeutung des Art V lit o KdMP sind daher zur Regelung des Haltens von Eislaufplätzen heute die **Länder im Rahmen ihrer das "Veranstaltungswesen" betreffenden Gesetzgebungskompetenz** zuständig.

Das Halten von Eislaufplätzen ist also eine **Veranstaltung einer öffentlichen Belustigung**. Dabei stellt der Unternehmer seinen Kunden eine bestimmte, von ihm instandgehaltene Anlage zur Verfügung, die diese zu ihrer Belustigung nutzen, wobei sie selbst aktiv werden. Damit sind die *verallgemeinerungsfähigen Charakteristika* der "Veranstaltung einer öffentlichen Belustigung" im wesentlichen umrissen.

82 VfSlg 4586/1963

83 Mayerhofer, Handbuch IV, 1379

84 Siehe Praunegger, Gewerberecht I/1, 96

Diese treffen auch auf das Anbieten von Tennisplätzen zu. Auch das **Halten von Tennisplätzen** ist daher eine Unternehmung einer *öffentlichen Belustigung im Sinne des Art VI lit o KdMP*, zu deren Regelung der *Landesgesetzgeber* zuständig ist.

Zu diesem Ergebnis gelangt auch ein *Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes*: Beim Betrieb von Tennisplätzen handle es sich um "eine vom Anwendungsbereich des Art 15 Abs 3 B-VG erfaßte Angelegenheit".⁸⁵

Dieses Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnis steht im Widerspruch zur bisherigen behördlichen Praxis, die davon ausgegangen ist, daß der Betrieb von Sportanlagen, insbesondere von Tennisplätzen ein freies Gewerbe sei und insofern einer gewerberechtlichen Bewilligung bedürfe. Die dadurch verursachte Unsicherheit bei den Behörden ist groß, was durch einen Schriftverkehr zwischen dem BMfWA *Ditz*⁸⁶ und Volksanwalt *Schender*⁸⁷ sowie die auf Ersuchen des BMfWA ergangenen Stellungnahmen aller neun Bundesländer dokumentiert wird, deren unterschiedliche Standpunkte man wohlwollend als "gelebten Föderalismus" interpretieren könnte, die aber letztlich Ausdruck großer Rechtsunsicherheit sind. Während nämlich die gewerbmäßige Zurverfügungstellung (Vermietung) von Tennisplätzen für den Publikumssport in Wien als "Veranstaltung" im Sinne des *Wiener Veranstaltungsgesetzes*, LGBl 1971/12 angesehen wird, wird sie in allen übrigen Bundesländern als "freies Gewerbe" behandelt. Diese unterschiedliche Behördenpraxis wird auch in der Lehre kritisiert; so forderten gerade in jüngster Zeit beispielsweise *Filzmoser*⁸⁸ oder *Rosenmayr-Klemen*⁸⁹ die Anwendung des Gewerberechts auf den Betrieb von Tennisplätzen mit Ausnahme der Abhaltung von Tennisturnieren, weil ihrer Ansicht nach gewerberechtliche Merkmale, wie die sachgemäße Pflege und Wartung der Anlage sowie die vom Tennisspiel typischerweise ausgehenden Lärmemissionen, überwiegen. Doch erscheint diese Sicht der Dinge als zu einseitig und vermag deshalb nicht restlos zu überzeugen. Insbesondere bleibt unklar, welche substantiellen Unterschiede zwischen dem – seit jeher von der GewO ausgenommenen – Betrieb eines Eislaufplatzes und dem Betrieb eines Tennisplatzes bestehen sollen. Beide Sportarten können vom Publikum entweder ernstlich im Sinne einer körperlichen Ertüchtigung oder spielerisch als "Belustigung" ausgeübt werden. Allein der Umstand, daß man am Eislaufplatz in den Genuß musikalischer Darbietungen kommt, auf dem Tennisplatz aber nicht, kann für die kompetenzrechtliche Zuordnung zum Gewerberecht oder zum Veranstaltungsrecht wohl nicht ausschlaggebend sein.

85 VwSlg 12.503 A/1987

86 Vgl die Schreiben des BMfWA vom 16.5., 16.6. und 5.7.1995, GZ 317.715/2,3,4 – III/A/2a/95

87 Vgl die Schreiben des Volksanwaltes vom 27.6. und 28.7.1995, VA 19-HGI/92

88 *Filzmoser*, Gewerblicher Betrieb von Sportanlagen und Anwendbarkeit der Gewerbeordnung?, ÖZW 1993, 105ff

89 *Rosenmayr-Klemen*, Betrieb von Tennisplätzen – freies Gewerbe oder Veranstaltung?, ÖZW 1995, 72ff

In diesem Zusammenhang erscheint auch interessant, daß das *Wiener Theatergesetz vom 11.7.1928*, LGBl 1929/1 idF LGBl 1930/22, den "Betrieb von Eislauf- und Tennisplätzen" als anmeldepflichtige Veranstaltung regelte.⁹⁰

b) mit Gastgewerbebetrieb

Bei einem Eislaufplatz oder Tennisplatz, dem *in betriebsorganisatorischer Einheit* ein *Gastgewerbebetrieb* angehört, handelt es sich um ein typisches Beispiel eines nach der *Gesichtspunktetheorie* zu beurteilenden Sachverhaltes.

Der *Verfassungsgerichtshof* hatte sich in dem *Erkenntnis vom 27.2.1992, B 1062/90 ua*, mit einem dieser Konstellation vergleichbaren Fall zu befassen, nämlich mit der Veranstaltung musikalischer Darbietungen in einem Gastgewerbebetrieb (*Diskotheken-Fall*).

Das Höchstgericht führte dabei aus, die "musikalische Darbietung als solche" sei vom Regelungsbereich des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG ausgenommen (siehe dazu gleich unten B.a); würden aber musikalische Darbietungen "in einem Gastgewerbebetrieb veranstaltet", so stehe es "dem Bundesgesetzgeber frei, gewerberechtliche Regelungen für den Gastgewerbebetrieb zu erlassen".

Es bestehe "kein Anlaß anzunehmen, daß der Bund die Kompetenz zur Regelung von *bei Gastgewerbebetrieben auftretenden typisch gewerberechtlichen Fragen*" verliere, "sofern Gastwirte Tanzveranstaltungen in ihren Lokalen gestatten oder durchführen. Bloß die Veranstaltung von Tanzunterhaltungen oder anderer öffentlicher Belustigungen für sich" falle "somit *nicht* unter den Kompetenztatbestand 'Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie'".

Die Zuständigkeit zur Vornahme einzelner legislativer Maßnahmen in Bezug auf Musik- und Tanzveranstaltungen in Gastgewerbebetrieben ist also unter dem *Gesichtspunkt der konkreten Regelung* zu beurteilen. Befaßt sich die Regelung mit für Gastgewerbebetriebe typischen gewerberechtlichen Fragen, so fällt sie in die Gewerbekompetenz des Bundes. Die Regelung der Musik- oder Tanzveranstaltung *als solcher* unterliegt der Veranstaltungskompetenz der Länder.

Das zitierte Erkenntnis ging einerseits von einer *streng historischen Sicht* der Gewerbekompetenz im Sinne der Versteinerungstheorie aus und betonte andererseits deren *gewerbepolizeiliche Ausprägung* ("Maßnahmen typisch gewerberechtllicher Art"; vgl oben III.B. und E.). Der Verfassungsgerichtshof führte außerdem im Anschluß an die Stellungnahme des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst einige der 1925 bestehenden, auf Art V lit o KdMP basierenden Regelungen in Bezug auf Tanzmusik, Tanzunterhaltungen, öffentliche Bälle, Redouten uä an, nahm also eine *historische Auslegung* der Ausnahmebestimmung des Art V lit o KdMP vor (vgl oben III.D. und IV.).

⁹⁰ Siehe *Laszky/Nathansky/Heller*, *Hellers Kommentar*² I, 81

Das so erzielte Ergebnis steht im Einklang mit der erläuterten ständigen Rechtsprechung im Sinne der Gesichtspunktetheorie und erscheint durchaus vertretbar und angemessen.

Für die **Verbindung eines Gastgewerbebetriebes mit einem Eislauf- oder Tennisplatz** folgt daraus in analoger Weise:

Typisch gewerberechtliche Fragen, die in diesem Fall solche des Schutzes vor mit der Ausübung des Gastgewerbes typischerweise verbundenen Gefahren ("bereichstypische Gefahrenabwehr"; vgl. III.E.) dürfen vom Bundesgesetzgeber geregelt werden.

Es muß sich also dabei um Regelungen handeln, die unabhängig vom Betrieb eines Eislauf- oder Tennisplatzes typischerweise im Zusammenhang mit einem Gastgewerbe kompetenzmäßig geregelt werden können. Nicht aber dürfen jene polizeilichen Maßnahmen vom Bundesgesetzgeber getroffen werden, die sich spezifisch aus der Verbindung von Gastgewerbe und den erwähnten Veranstaltungsbetrieben ergeben, etwa Beschränkungen der Konsumation von Speisen und Getränken auf den Veranstaltungsflächen, Sicherheits- oder Betriebsvorschriften für den Gastgewerbebetrieb, die durch den Veranstaltungsbetrieb bedingt sind uä.

Zusammenfassend läßt sich also die *Landeskompetenz* in diesem Fall wie folgt abgrenzen: Die *Normierung des Haltens eines Tennisplatzes oder Eislaufplatzes als solches* und alle damit zusammenhängenden "polizeilichen" Regelungen, dh solche, die der Abwehr spezifischer, von der Errichtung oder dem Betrieb derartiger Anlagen ausgehender Gefahren dienen, gehören ausschließlich zum Veranstaltungswesen und damit in die Kompetenz der Länder, auch dann, wenn mit einer solchen Anlage ein Gastgewerbebetrieb verbunden ist.

B. Musik- und Tanzveranstaltungen

a) ohne Gastgewerbebetrieb

Musik- und Tanzveranstaltungen fallen seit jeher unter die Ausnahmebestimmung des Art V lit o KdMP und unterlagen daher im Versteinerungszeitpunkt keiner gewerberechtlichen Regelung. Mayerhofers "Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst" nennt unter den "Polizeivorschriften, betreffend öffentliche Belustigungen" etliche Normen der Spektakelpolizei, die sich mit Musik- und Tanzveranstaltungen befaßten, so zB das Vorarlberger Landesgesetz vom 3.4.1896 über die Abhaltung von Tanzveranstaltungen, LGBI 94, das Hofkanzleidekret vom 12.5.1827 hinsichtlich der Tanzmusiken und Bälle, PolGSIG Nr 60, oder die Polizeiordnung für Steiermark vom 28.9.1858, LGBI 22, deren § 11 eine "Vorschrift hinsichtlich der Nachtmusiken und der Abhaltung sogenannter Ständchen" enthielt.⁹¹

⁹¹ Handbuch IV, 1372f, 1378; vgl etwa auch Praunegger, Gewerberecht I/1, 97, für die "Unternehmung von Konzertdarstellungen"

Die Gesetzgebung in Bezug auf Musik- und Tanzveranstaltungen fällt daher als Teilbereich des Veranstaltungswesens in die **Kompetenz der Länder**.⁹²

An dieser Gesetzgebungskompetenz der Länder ändert sich auch dann nichts, wenn im Rahmen einer Musik- oder Tanzveranstaltung in einem geringen Ausmaß Getränke ausgeschenkt oder Speisen verabreicht werden, sofern dies – etwa mangels Regelmäßigkeit der Tätigkeit, Selbständigkeit oder Gewinnabsicht⁹³ – keine gewerbsmäßig betriebene Beschäftigung darstellt.

b) mit Gastgewerbebetrieb

Die betriebsorganisatorische Verbindung eines Gastgewerbebetriebes mit einer Musik- oder Tanzveranstaltung ist kompetenzrechtlich nach der **Gesichtspunktetheorie** zu beurteilen: Dazu kann auf VI.A.b) und das dort angeführte *Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes B 1062/90 ua* verwiesen werden.

C. Sommerrodelbahnen, Modellflugzeugplätze, Minigolfplätze

Sommerrodelbahnen waren im Jahr 1925 noch nicht bekannt. Das Halten einer Sommerrodelbahn läßt sich aber problemlos unter die in A.a) allgemein umschriebene "Veranstaltung einer öffentlichen Belustigung" subsumieren. Auch hiebei beschränkt sich der Unternehmer auf das Zur-Verfügung-Stellen einer instandgehaltenen Anlage, die seine Kunden unter Entfaltung eigener Aktivität zu ihrer Belustigung nutzen.

Damit wäre eine Sommerrodelbahn zum Versteinerungszeitpunkt unter Art V lit o KdmP gefallen; somit gehört die Regelung der mit einer Sommerrodelbahn zusammenhängenden Fragen in die **Gesetzgebungskompetenz der Länder**.

Das schon mehrfach, zuletzt unter A.a) zitierte *Wiener Theatergesetz vom 11.7.1928* führt denn auch den Betrieb von (Winter-)Rodelbahnen als anmeldepflichtige Veranstaltungen an.

Modellflugzeugplätze und Minigolfplätze sind kompetenzrechtlich ebenso zu beurteilen; auch das Halten von Modellflugzeugplätzen und Minigolfplätzen stellt sich als Veranstaltung einer öffentlichen Belustigung dar.

Für die *Verbindung* derartiger Anlagen mit Gastgewerbebetrieben gilt kompetenzrechtlich wiederum die Gesichtspunktetheorie und damit die unter A.b) angeführte Kompetenzabgrenzung.

⁹² So auch eindeutig das unter VI.A.b) zitierte Erkenntnis des VfGH B 1062/90 ua

⁹³ Praunegger, Gewerberecht I/1, 71f; heute § 1 Abs 2 GewO, siehe dazu Mache/Kinscher (Hg), Gewerbeordnung sowie die gewerberechtlichen Nebengesetze und Verordnungen mit erläuternden, kommentierenden und verweisenden Anmerkungen unter Heranziehung der Judikatur der Höchstgerichte, der Gesetzesmaterialien und ministerieller Durchführungserlässe, 1982⁵, 8ff

D. Sog "Traktorzüge" oder Straßen-Eisenbahnzüge

Die Gewerbeordnung in der zum Versteinerungszeitpunkt geltenden Fassung kannte das konzessionierte Gewerbe der "Unternehmungen periodischer Personentransporte".⁹⁴ Danach bedurfte der "mit einer gewissen Regelmäßigkeit betriebene Verkehr" innerhalb einer Ortsgemeinde oder auf Rundfahrtstrecken – "gleichgiltig, welche Art von Beförderungsmitteln (Pferdefuhrwerk, Kraftfahrzeug, Elektromobil, Schlitten usw.) in Gebrauch stehen" – einer Konzession.⁹⁵

Für die kompetenzrechtliche Beurteilung der als "Traktorzüge" oder Straßen-Eisenbahnzüge bezeichneten Phänomene ist wohl letztlich entscheidend, ob sie ernstlich dem Transport von Personen dienen, oder ob nicht vielmehr dabei die Vergnügung oder Belustigung der Fahrgäste eindeutig im Vordergrund steht.

Dabei ist der Begriff "Personentransport" historisch-systematisch nach den Begriffsmerkmalen begrenzt,⁹⁶ die ihm im Jahre 1925 zukamen. Danach ist es für den Personentransport begriffswesentlich, daß die Überwindung räumlicher Distanzen durch ein Verkehrsmittel als Zweck im Vordergrund steht, während das Vergnügen an der Benützung des Verkehrsmittels in einer Durchschnittsbetrachtung kein wesentlicher Aspekt ist, wenngleich er im Einzelfall durchaus gegeben sein kann (etwa Luxusreizezüge oder Kreuzfahrten von Schiffen).

Bei den hier zu prüfenden Verkehrsmitteln tritt dagegen der klassische Verkehrsaspekt⁹⁷ völlig in den Hintergrund oder fehlt überhaupt, sodaß es sich kompetenzrechtlich nicht um Fälle des Personentransportes im angeführten Sinne handelt.

So ist etwa eine sich nur auf dem Gelände eines sog Vergnügungsparks bewegende Miniaturbahn zweifellos als "Unternehmung einer öffentlichen Belustigung" im Sinne des Art V lit o KdMP zu qualifizieren, wie dies bei "Schießstätten behufs Abhaltung von Bestschießen mit Flaubertgewehren" – auch in einem Gastgewerbebetrieb – seit jeher angenommen wurde.⁹⁸

So ist es kompetenzrechtlich durchaus konsequent, daß das zitierte Wiener Theatergesetz vom 11.7.1928 alle "pratermäßigen Volksvergnügungen", darunter beispielsweise Wasserbahnen, Dräsinenbahnen, Hippodrome und Autodrome, als anmeldspflichtige Veranstaltungen regelte.

94 § 15 Abs 1 Z 3; siehe dazu etwa Praunegger, Gewerberecht I/1, 298ff

95 Laszky/Nathansky/Heller, Hellers Kommentar² I, 423

96 Versteinerungstheorie, siehe oben II.B. und C.

97 Vgl Klecatsky, Staat und Verkehr, 1968, 33f

98 Praunegger, Gewerberecht I/1, 97; Suchanek/Stadler/Meinold, Gewerbeordnung I, 65

E. Errichtung einer "Schmelzhütte" als touristische Attraktion

Damit ist *folgendes gemeint*: In einem zur Besichtigung geöffneten ehemaligen Bergwerk wird den Besuchern in einer historisch nachempfundenen "Schmelzhütte" die Möglichkeit geboten, für sich eigenhändig "Erinnerungsbarren" zu gießen.

Dieser Tatbestand ist kompetenzrechtlich nach der Gesichtspunktetheorie (II.D.) wie folgt zu differenzieren:

Die mit dem Betreten des ehemaligen Bergwerkes zusammenhängenden Ordnungsprobleme (Besucherlaubnis, Sicherheitsfragen, technische Anforderungen, Aufsicht, Verantwortlichkeit uä) dürften dem Kompetenztatbestand "Bergwesen" (Art 10 Abs 1 Z 10 B-VG) zuzuordnen sein. Denn das Bergrecht in seinem historischen Bedeutungsgehalt⁹⁹ regelte nicht nur den Betrieb von Bergbauanlagen und alle polizeilichen Vorschriften, die mit den dabei auftretenden Gefahren zusammenhängen, sondern auch die Sicherung von aufgegebenen Bergbauanlagen und die Abwehr aller Gefahren, die daraus entstehen können.

Das Betreten einer ehemaligen Bergbauanlage ist daher eine bergrechtliche Ordnungsaufgabe, auch wenn längst kein Bergbau mehr der Grund für das Betreten ist, sondern damit eine kulturelle (Museum, "Schaubergwerk", Führungen uä) oder fremdenverkehrsmäßige (Unterhaltung, "Animation", Freizeitgestaltung oä) Funktion der ehemaligen Bergbauanlage verbunden ist. Auch der Verfassungsgerichtshof vertritt in einem neueren Erkenntnis die Auffassung, die Nutzung eines stillgelegten Bergwerks zu touristischen Zwecken als "Schaubergwerk" falle unter den Kompetenztatbestand "Bergwesen" (Art 10 Abs 1 Z 10 B-VG), soweit diese Verwendung den Einsatz bergbautechnischer Mittel und Methoden erfordere.¹⁰⁰

Davon zu unterscheiden ist der Betrieb der erwähnten "Schmelzhütte". Da es sich dabei um *keine "Bergbauanlage"* im bergrechtlichen Sinn handelt, ist nur die Abgrenzung "Gewerbewesen" – "Veranstaltungspolizei" zu prüfen.

Im Sinne der oben angeführten weiten Begriffsbildung des Art V lit o KdMP kann es dabei kaum einen Zweifel geben, daß es sich bei der "Schmelzhütte" nicht um eine gewerbliche Betriebsanlage, sondern um eine Anlage handelt, die ein Veranstalter für sein Publikum bereit hält, das einerseits die "Schaustellung" dieser historisierten Anlage genießt und andererseits sich ihrer durch *eigene Aktivität* zur Unterhaltung bedient und sie nicht zur "Produktion" (also gewerblich) nutzt.

Daraus folgt, daß der Landesgesetzgeber zuständig ist, den Betrieb einer derartigen Schmelzhütte veranstaltungspolizeilich zu regeln; im Hinblick auf die dabei auftretenden Sicherheitsprobleme sind derartige Regelungen auch dringend zu empfehlen.

⁹⁹ Vgl dazu das Allgemeine Berggesetz, RGBI 1854/146 idF BGBl 1925/277

¹⁰⁰ Erkenntnis vom 12.12.1992, G 171/92 ua, 95ff

Univ.Prof.Dr. Peter Pernthaler/Dr. Irmgard Rath-Kathrein

**Berufliche Vertretungen auf land- und
forstwirtschaftlichem Gebiet**

I. Die Entwicklung der Kompetenzlage

A. Kompetenzbestimmungen im B-VG

Nach der derzeitigen Kompetenzregelung des B-VG steht die Regelung der *beruflichen Vertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet* den Ländern gemäß Art 15 (1) zu; diese Landeszuständigkeit wird durch eine dreifache Herausnahme aus Bundeskompetenzen bewirkt:

- * **Art 10 (1) Z 8 B-VG:** *"Einrichtung beruflicher Vertretungen, soweit sie sich auf das ganze Bundesgebiet erstrecken, mit Ausnahme solcher auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet";*
- * **Art 10 (1) Z 11:** *"Kammern für Arbeiter und Angestellte, mit Ausnahme solcher auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet";*
- * **Art 11 (1) Z 2:** *"berufliche Vertretungen, soweit sie nicht unter Art 10 fallen, jedoch mit Ausnahme jener auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet".*

Die Entwicklung bis zu diesem heutigen Stand der Kompetenzbestimmungen des B-VG vollzog sich in mehreren Etappen:

1. Im **B-VG 1920** (BGBl 1920/450) bestand noch allein die Herausnahme des **Art 11 (1) Z 2:** Bundessache ist die Gesetzgebung, Landessache die Vollziehung für *"berufliche Vertretungen, soweit sie nicht unter Artikel 10 fallen, jedoch mit Ausnahme jener auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet"*. Somit waren bereits nach dem B-VG 1920 die Länder für die beruflichen Vertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet zuständig.

Dies war in den Vorarbeiten zum B-VG 1920 keineswegs unumstritten gewesen: Die Sozialdemokraten wollten zunächst die vollständige Bundeskompetenz für alle Berufsvertretungen, dann zumindest die Gesetzgebungskompetenz des Bundes erreichen, während die Christlichsozialen von Anfang an für eine volle Landeskompetenz betreffend die Berufsvertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet eintraten¹. Bei den Beratungen der Bundesverfassung im Plenum der konstituierenden Nationalversammlung schien sich auch der Vorschlag der Sozialdemokraten durchzusetzen – zuerst wurde nämlich Art 11 (1) Z 2 B-VG **ohne** den Zusatz *"... jedoch mit Ausnahme ..."* beschlossen; erst bei einer neuerlichen Abstimmung über Art 11 (1) Z 2 B-VG wurde auf Antrag der Christlichsozialen die Herausnahme der

¹ Vgl dazu im einzelnen *Ermacora*, Die Entstehung der Bundesverfassung 1920: Materialien und Erläuterungen (III): Die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern, 1986, 167, 176f, 198, 228, 230, 243, 267, 269

Berufsvertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet aus der Bundeskompetenz beschlossen².

2. Mit der **Bundes-Verfassungsnovelle 1929** (BGBl 1929/392) wurde in **Art 10 (1) Z 8 B-VG** die Bundeskompetenz "Einrichtung beruflicher Vertretungen, soweit sie sich auf das ganze Bundesgebiet erstrecken, mit Ausnahme solcher auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet" neu geschaffen. Damit sollte es dem Bund ermöglicht werden, auch für Ärzte, Apotheker, Zahntechniker ua Berufe (und zwar solcher, für deren Berufsvertretungen dem Bund nicht schon nach Art 10 (1) B-VG, sondern nur nach Art 11 (1) Z 2 B-VG Kompetenzen zukamen) eine **Zentralvertretung** zu errichten³; es entspreche nämlich dem Bedürfnis sehr lebenswichtiger Berufe, berufliche Vertretungen mit einem über das einzelne Bundesland hinausgehenden Wirkungskreis zu besitzen⁴.

Da der Verfassungsgesetzgeber in Art 10 (1) Z 8 B-VG wiederum die Berufsvertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet ausnahm, bedeutete die Einführung dieser neuen Bundeskompetenz keine Änderung der Landeskompetenz für Berufsvertretungen.

3. Die Schaffung des Bundeskompetenztatbestandes "*Kammern für Arbeiter und Angestellte*" in **Art 10 (1) Z 11 B-VG** war erst durch die **Bundes-Verfassungsnovelle 1925**⁵ erfolgt – zuvor waren diese Berufsvertretungen daher unter Art 11 (1) Z 2 B-VG gefallen und wären somit nur hinsichtlich der Gesetzgebung Bundessache gewesen. 1925 wurde aber nur die Wortfolge "*Kammern für Arbeiter und Angestellte*" in Art 10 (1) Z 11 B-VG aufgenommen; die Anfügung der Worte "*mit Ausnahme solcher auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet*" in Art 10 (1) Z 11 B-VG wurde durch die **B-VG-Novelle 1974** vorgenommen – dies sollte aber nur der **Klarstellung** dienen, daß die Regelung der Landarbeiterkammern weiterhin den Ländern zusteht⁶ – es hätten sich nach dem in der RV vorgesehenen Plan, das **Arbeitsrecht zur Gänze** – unter Einschluß der Land- und Forstwirtschaft – dem **Art 10 Z 11** zu unterstellen, nach Meinung der RV sonst Zweifel ergeben können, ob nicht der Bund unter dem Titel "*Kammern für Arbeiter und Angestellte*" zur Regelung der Landarbeiterkammern zuständig geworden wäre. Obwohl schließlich dieser Plan nicht durchgeführt und das land- und forstwirtschaftliche Arbeitsrecht in Art 12 belassen wurde, blieb es bei der Beifügung der Ausnahme in Art 10 (1) Z 11 B-VG. Eine Kompetenzänderung wurde damit für die Länder nicht herbeigeführt.

2 *Ermacora*, Entstehung, 284

3 So *Adamovich*, Die Bundesverfassungsgesetze, 1953, 54

4 Bericht des Verfassungsausschusses über die Regierungsvorlage zur B-VG-Novelle 1929, abgedruckt bei *Berchold*, Die Verfassungsreform von 1929, Teil II (1929), 1979, 266

5 BGBl 1925/268

6 Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage, 182 BlgNR 13. GP, 11

B. Kompetenzbestimmungen außerhalb des B-VG

Das "Bundesverfassungsgesetz vom 2. Juni 1948, betreffend die Zuständigkeit des Bundes auf dem Gebiete des Arbeitsrechtes sowie des Arbeiter- und Angestellten-schutzes und der Berufsvertretung"⁷ trifft eine **Sonderkompetenzregelung**: § 1 (1) dieses BVG erklärt Angelegenheiten des Arbeiterrechtes, des Arbeiter- und Angestellten-schutzes und der **beruflichen Vertretung für bestimmte Dienstnehmer zur Bundessache** in Gesetzgebung und Vollziehung; betroffen davon sind gemäß § 1 (1) des BVG **Dienstnehmer in Sägen, Harzverarbeitungsstätten, Mühlen und Molkereien, die von land- und forstwirtschaftlichen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften betrieben werden, sofern in diesen Betrieben eine bestimmte Anzahl von Dienstnehmern dauernd beschäftigt ist**. Diese gemäß § 1 (2) des BVG 1948 durch **einfaches Bundesgesetz festzulegende Anzahl** beträgt gemäß § 2 des Landarbeitsgesetzes 1948 – ebenso wie heute gemäß § 2 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl 1984/287 idF BGBl 1990/450 (Art IV) – **mehr als 5 Dienstnehmer**.

Den Hintergrund dieses BVG 1948 bildet ein politischer Kompromiß bei der Ausarbeitung des Landarbeitsgesetzes 1948: Es zeichnete sich dabei nämlich bereits ab, daß die damalige Rechtslage – Erfassung von Dienstnehmern in Großbetrieben der Land- und Forstwirtschaft und in land(forst)wirtschaftlichen Genossenschaften mit mehr als 10 Arbeitskräften durch das **Arbeiterkammergesetz** – gegen die Berufsvertretungskompetenzen der Länder verstieß und somit verfassungswidrig war, daß aber die SPÖ auch nur schwer bereit sein würde, diese Dienstnehmer völlig aus der Arbeiterkammer zu entlassen; außerdem vertrat die SPÖ gegen den Widerstand der ÖVP die Forderung, das Landarbeiterrecht zur Gänze in Bundeskompetenz überzuführen bzw zumindest Genossenschaften arbeitsrechtlich gänzlich dem Bund zu unterstellen.

Als Kompromiß dieser widerstreitenden Vorstellungen wurde dann eben mit dem BVG 1948 für bestimmte land(forst)wirtschaftliche Genossenschaften eine Sonderkompetenz zugunsten des Bundes geschaffen⁸.

Dies bedeutete zweifellos eine Schmälerung der Landeskompetenz: Ohne das BVG 1948 wäre die Regelung der beruflichen Vertretung dieser Dienstnehmer gemäß den Kompetenzbestimmungen des B-VG und der sie auslegenden Verfassungsgerichtshof-Judikatur⁹ Sache der Länder gewesen.

⁷ BGBl 1948/140

⁸ Vgl näher zum Hintergrund des BVG 1948: *Berchtold*, Die Kompetenzverteilung auf dem Gebiet des Landarbeiterrechts, in: Schnorr-FS, 1988, 455ff

⁹ VfSlg 1642/1948

II. Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Bedeutung der Landeskompetenz "Einrichtung beruflicher Vertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet"

A. Die einzelnen Erkenntnisse

1. Die Landeskompetenz umfaßt Arbeitgeber und Arbeitnehmer

VfSlg 1537/1947 hielt fest, daß sich die Landeskompetenz sowohl auf *selbständig* als auch auf *unselbständig* Erwerbstätige im Bereich der Land- und Forstwirtschaft erstreckt. Der Verfassungsgerichtshof erteilte der Ansicht der anfechtenden Bundesregierung, der Kompetenztatbestand "*Kammern für Arbeiter und Angestellte*" in Art 10 (1) Z 11 erfasse auch die Arbeiter und Angestellte auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet, eine Absage: Die Verwendung des Wortes "*Gebiet*" in Art 11 (1) Z 2 B-VG schließe es schon aus, daß nur die land- und forstwirtschaftlichen **Arbeitgeber** gemeint seien; ferner lasse auch die gesetzgeberische Absicht bei Schaffung des Arbeiterkammer-Tatbestandes (1925) keinen Anhaltspunkt in diese Richtung zu. Daß die Landeskompetenz auch die *Arbeitnehmer* erfaßt, habe schließlich 1929 die Ergänzung der Ziffer 8 in Art 10 (1) B-VG unmißverständlich bestätigt: Die neuerliche Verwendung des Wortes "*Gebiet*" bedeute, daß der Bund gemäß Art 10 (1) Z 8 B-VG nicht einmal für das ganze Bundesgebiet Vertretungen auf dem Gebiet der Land- und Forstwirtschaft errichten könne; noch viel weniger könne er das für ein Land.

Mit dieser Begründung befand der Verfassungsgerichtshof daher, daß die in § 1 des Vorarlberger Gesetzes über die Wiedererrichtung einer "**Bauernkammer für Vorarlberg**" normierte "*Wahrnehmung und Vertretung der berufsständischen Interessen der landwirtschaftlichen Arbeiterschaft*" kompetenzmäßig war.

2. Das KdmPat zur GewO als Maßstab, ob "land- und forstwirtschaftliches Gebiet" vorliegt

VfSlg 1642/1948 stellte mit **Rechtssatz** fest:

"Die Gesetzgebung und Vollziehung in Angelegenheiten der beruflichen Vertretungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet steht nach dem gegenwärtigen Stande der Kompetenzverteilung gemäß Art 15 Abs 1 B-VG in der Fassung von 1929 ohne Rücksicht auf die Art der Rechtspersönlichkeit des Betriebsinhabers, auf den Umfang des Betriebes und auf die Zahl der in den Betrieben dauernd beschäftigten Arbeitnehmer den Ländern zu."

Die vom Verfassungsgerichtshof in diesem Erkenntnis zu lösende Kompetenzfrage lautete, ob die im Gesetz über die Wiedererrichtung der Arbeiterkammern¹⁰ ausgesprochene Einbeziehung von Dienstnehmern "*in land-(forstwirtschaftlichen) Genos-*

10 StGBI 1948/95

senschaften und deren Verbänden, die dauernd mehr als 10 Arbeitskräfte beschäftigen" (§ 1 (2) lit c) sowie von Dienstnehmern in Großbetrieben der Land- und Forstwirtschaft (§ 1 (2) lit b) in den Wirkungsbereich der **Arbeiterkammern** als bundes- oder landesgesetzliche Bestimmung in Kraft stehe.

Die Beantwortung dieser Frage machte der Verfassungsgerichtshof davon abhängig, ob diese Betriebe unter den Begriff *"land- und forstwirtschaftliches Gebiet"* zu subsumieren seien. Er bejahte dies letztlich, und zwar mit folgender Begründung: Bei den Dienstnehmern in **Großbetrieben** seien die Länder für die Einrichtung einer Berufsvertretung zuständig, weil es sich hier eindeutig um Betriebe auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet handle. Bei den in § 1 (2) lit c angesprochenen **Genossenschaften** liege die Frage weniger klar – hier werde die *"Frage aktuell, wie weit der Verfassungsgesetzgeber den Begriff land- und forstwirtschaftliches Gebiet gezogen wissen wollte."* Der Begriff *"land- und forstwirtschaftliches Gebiet"* sei in der Verfassung ohne Einschränkung gebraucht und auch vom Verfassungsgesetzgeber nicht authentisch interpretiert worden; der Verfassungsgerichtshof müsse die *tatsächlichen Verhältnisse* in Betracht ziehen und aus ihrer Gestaltung den Rechtssatz ableiten, ob und inwieweit Genossenschaften noch als unter das land- und forstwirtschaftliche Gebiet fallend betrachtet werden können.

Der Verfassungsgerichtshof griff dazu auf die Formulierungen der Artikel IV (2) und V lit a des **Kundmachungspatentes zur Gewerbeordnung idF 1933 und 1934** zurück: Sie wurden als **Hilfsmittel für die Auslegung** des Begriffes *"land- und forstwirtschaftliches Gebiet"* herangezogen und führten den Verfassungsgerichtshof zur These: Alle in diesen Artikeln genannten Betätigungen hängen mit der Land- und Forstwirtschaft **unmittelbar zusammen** und sind diesem Gebiet zuzuzählen. Betätigt sich eine Genossenschaft derart, kommt es nicht auf die Zahl der Beschäftigten an (und übrigens auch nicht auf die Beschränkung des Geschäftsbetriebes auf Mitglieder), sondern die Genossenschaft fällt *kraft ihrer Tätigkeit* unter den Begriff land- und forstwirtschaftliches Gebiet. Die Einrichtung von Berufsvertretungen für Dienstnehmer in solchen Genossenschaften ist daher Landessache. Eine von Genossenschaften über diesen Rahmen hinaus betriebene Tätigkeit sei aber nicht mehr als Betätigung auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet anzusehen, *"denn nur der unmittelbare Zusammenhang mit der Land- und Forstwirtschaft kann hier maßgeblich sein, nicht aber ein nur entfernter Berührungspunkt mit diesen Gebieten."*

Aufgrund dieser Erwägungen sprach der Verfassungsgerichtshof – neben dem eingangs zitierten Rechtssatz – daher auch aus, daß die erwähnten Bestimmungen des AKG als Berufsvertretungs-Regelungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet seit dem 21.10.1945¹¹ als **Landesgesetz** weitergegolten hatten, und der Landesgesetzgeber auch zu ihrer Aufhebung zuständig war.

11 Inkrafttreten von Art II (1) VerfG StGBI 1945/196

3. Laut VfSlg 2835/1955 enthält die Landeskompetenz auch die Befugnis, den *Wirkungsbereich der Kammern* in sachlicher und persönlicher Hinsicht festzulegen. Das B-VG verlange nur, daß jene Personen, die **berufsmäßig** in der Land- und Forstwirtschaft tätig sind, erfaßt werden sollen, wobei auch die Frage, welche Merkmale einer solchen Betätigung den Charakter der Berufsmäßigkeit verleihen, Landeskompetenz ist.

Im konkreten Fall hielt es der Verfassungsgerichtshof für kompetenzrechtlich zulässig, daß das Bauernkammergesetz der Steiermark ua ein Mindestmaß an bewirtschaftetem Boden und eine hauptberufliche Tätigkeit in der Land- und Forstwirtschaft als Voraussetzungen für die Kammerzugehörigkeit statuierte.

4. **Betrieb muß auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet sein – unmittelbarer Zusammenhang mit Land- und Forstwirtschaft**

VfSlg 4446/1963 sprach mit Rechtssatz aus:

"Die Gesetzgebung und Vollziehung in Angelegenheiten der beruflichen Vertretungen der Arbeitnehmer auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet steht gemäß Art 15 Abs 1 B-VG ohne Rücksicht auf die Art der Rechtspersönlichkeit des Betriebsinhabers den Ländern zu, und zwar auch dann, wenn es sich um land- und forstwirtschaftliche Betriebe von Fachorganisationen im Sinne des § 29 des Salzburger Landwirtschaftskammergesetzes 1958, LGBl Nr 83, handelt."

Die an den Verfassungsgerichtshof herangetragene Kompetenzfrage lautete, ob die Einbeziehung von Dienstnehmern bei (gemäß § 29 Sa LandwirtschaftskammerG anerkannten) Fachorganisationen in den Wirkungsbereich der Salzburger Landarbeiterkammer Landessache ist. Dazu stellte der Verfassungsgerichtshof zunächst fest, er müsse vom Rechtssatz des Erkenntnisses VfSlg 1642/1948 ausgehen, weil diesem Rechtssatz die **Wirkung einer authentischen Interpretation** der Kompetenzregelungen der Verfassung auf der Stufe eines Bundesverfassungsgesetzes zukomme. Also sei entscheidend, ob die Dienstnehmer solche auf *"land- und forstwirtschaftlichem Gebiet"* sind und damit, ob die Fachorganisationen Geschäfte auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet betreiben. Aus dem Erkenntnis VfSlg 1642/1948 ergebe sich nämlich, daß Arbeitnehmer auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet dann vorliegen, wenn sie in **Betrieben** beschäftigt sind, deren Tätigkeit unter den Begriff land- und forstwirtschaftliches Gebiet fällt; ferner müsse laut VfSlg 1642/1948 die Tätigkeit in **unmittelbarem Zusammenhang** mit der Land- und Forstwirtschaft stehen.

Im konkreten war nun der Entwurf des Sa LandarbeiterkammerG, wonach Dienstnehmer **aller** Fachorganisationen, die nach Sa LandwirtschaftskammerG anerkannt waren, kammerzugehörig sein sollten, nach Meinung des Verfassungsgerichtshofes nicht von der Landeskompetenz für Berufsvertretungen gedeckt: Unzulässigerweise würden damit auch Fachorganisationen auf nicht land- und forstwirtschaftlichem Gebiet erfaßt, deren Tätigkeit etwa gar nicht land- und forstwirtschaftlich sei (zB Weitergabe von Erkenntnissen über die technische Wartung landwirtschaftlicher Maschinen) oder

deren land- und forstwirtschaftliche Tätigkeit im Verhältnis zur sonstigen Tätigkeit nur geringfügig und untergeordnet sei (zB bei einer Fachorganisation, deren Aufgabe die Entwicklung landwirtschaftlicher Maschinen sei und die dabei Getreide anbaue).

Ebenso wie der Landesgesetzgeber sei aber für eine solche Regelung auch der Bundesgesetzgeber nicht zuständig, *"weil dieser überhaupt nicht zuständig ist, die Zugehörigkeit zur Landarbeiterkammer zu regeln."*

5. Ein Landesgesetz schöpft die Landeszuständigkeit nicht aus

VfSlg 4835/1964 betraf einen Fall, in dem eine Behörde ein Landesgesetz fehlerhaft angewendet hatte, wobei der Verfassungsgerichtshof andeutete, daß der Landesgesetzgeber die ihm zustehende Kompetenz nicht voll ausgenützt hatte: Das damals geltende Steiermärkische LandarbeiterkammerG hatte taxativ die land- und forstwirtschaftlichen Betriebe, deren Dienstnehmer kammerzugehörig sind, festgelegt, nämlich land- und forstwirtschaftliche Produktionsbetriebe und ihre Nebenbetriebe, Betriebe land- und forstwirtschaftlicher Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, sofern sie gemäß Art IV KdmPat aus der GewO ausgenommen waren, sowie Betriebe von Agrargemeinschaften.

Der Vorwurf lautete nun, daß entgegen diesen Bestimmungen auch Dienstnehmer von land- und forstwirtschaftlichen Verbänden und Vereinen, die keinen eigenen land- und forstwirtschaftlichen Betrieb führen, als kammerzugehörig behandelt und in Wählerverzeichnisse aufgenommen worden seien. Die Verteidigung der Behörde, es komme verfassungsrechtlich nur auf das Vorliegen des *"land- und forstwirtschaftlichen Gebietes"* an, und dies sei gegeben gewesen, hielt der Verfassungsgerichtshof für so nicht zutreffend: Zwar bestimme das Vorliegen des land- und forstwirtschaftlichen Gebietes den Kompetenzbereich der Landesgesetzgebung; entscheidend sei dann aber, wie der Landesgesetzgeber innerhalb seines Kompetenzbereiches die Regelung treffe: Zwar gebe es über die im St LandarbeiterkammerG beschriebenen Betriebe hinaus zweifellos *"noch eine Anzahl von Vereinen, Verbänden, Genossenschaften usw, die ebenfalls auf dem Gebiete der Land- und Forstwirtschaft ... tätig sind"* – wenn diese aber nicht die im St Gesetz geforderten Merkmale aufweisen, seien ihre Dienstnehmer nicht kammerzugehörig.

6. Land- und forstwirtschaftliche Tätigkeiten von Genossenschaften nach KdmPat zur GewO zu beurteilen – Irrelevanz der Arbeitnehmertätigkeit – Betrieb maßgeblich

In VfSlg 8539/1979 hielt der Verfassungsgerichtshof ausdrücklich an VfSlg 1642/1948 und der dort gegebenen Abgrenzung des land- und forstwirtschaftlichen Gebietes mit Hilfe des KdmPat fest:

Allgemein führte der Verfassungsgerichtshof aus, daß für den Umfang der Berufsvertretungskompetenz der Länder *"die Abgrenzung des 'land- und forstwirtschaftlichen*

Gebietes', insbesondere gegenüber dem gewerblichen Bereich, von entscheidender Bedeutung" sei, und daß die Grenze zwischen dem land(forst)wirtschaftlichen und dem gewerblichen Betrieb durch VfSlg 1642/1948 festgestellt worden sei.

Im konkreten hob der Verfassungsgerichtshof dann zwei Bestimmungen des Steiermärkischen LandarbeiterkammerG wegen Überschreitung der Landeskompetenz auf:

Das Stmk LandarbeiterkammerG bezog auch Dienstnehmer von Genossenschaften ein, die mit dem Verkauf **verarbeiteter land- und forstwirtschaftlicher Erzeugnisse** befaßt sind. Diese Tätigkeit stellte nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes keine land- und forstwirtschaftliche Tätigkeit, sondern Gewerbe dar, weil Art IV (2) des KdmPat zur GewO bei Genossenschaften nur den Verkauf **unverarbeiteter Erzeugnisse** zur Land- und Forstwirtschaft zähle. Der **bloße Verkauf von** (von Mitgliedern oder Dritten) **verarbeiteten Produkten** durch eine Genossenschaft sei als **Gewerbe** zu beurteilen, allenfalls könne gemäß KdmPat der Verkauf selbstverarbeiteter Erzeugnisse durch die im KdmPat genannten Verarbeitungsbetriebe (Sägen, Mühlen, Molkereien etc) dem Bereich der Land- und Forstwirtschaft zugezählt werden. Der Versuch der Landesregierung, durch eine liberalere Interpretation des KdmPat auch die *Verwertung von Produkten der Mitglieder durch die Genossenschaft* als Land- und Forstwirtschaft zu qualifizieren, blieb erfolglos.

Bei der Prüfung der zweiten – schließlich als kompetenzwidrig erachteten – Bestimmung bestätigte der Verfassungsgerichtshof seine bereits früher vertretene Ansicht, daß der Begriff *"land- und forstwirtschaftliches Gebiet"* auf den **Betrieb** abstelle: **Nicht die Tätigkeit des einzelnen Arbeitnehmers "auf dem Feld oder im Wald und an Erzeugnissen des Bodens"** sei entscheidend, sondern ob der Betrieb land- und forstwirtschaftlich sei. Zur Begründung führte der Verfassungsgerichtshof an, Land- und Forstwirtschaft sei ein **wirtschaftlicher Begriff**, eine Erscheinung des Wirtschaftslebens; auch der in Art V lit a KdmPat verwendete Begriff der *"land- und forstwirtschaftlichen Produktion"* sei ein wirtschaftlicher und daher müsse die Tätigkeit des Arbeitnehmers im Rahmen des Betriebes der Land- und Forstwirtschaft entfaltet werden: *"Ist ein Betrieb (Betriebszweig) aber kein land- und forstwirtschaftlicher (etwa weil die Hervorbringung von Pflanzen nur auf eigenem oder gepachtetem Grund zur Landwirtschaft zählt), sondern ein Gewerbebetrieb, so sind die dort beschäftigten Dienstnehmer nicht dem Gebiet der Land- und Forstwirtschaft zuzuzählen."*

Die im Stmk LandarbeiterkammerG ausgesprochene Einbeziehung von "Dienstnehmern, die überwiegend auf dem Grund und Boden Dritter Tätigkeiten ausüben, die bei Identität des Dienstgebers mit dem Besitzer des bearbeiteten Grund und Bodens unter die Steiermärkische Landarbeitsordnung 1972 fallen würden", stelle nach Meinung des Verfassungsgerichtshofes eine solche kompetenzwidrige Zuordnung von Dienstnehmern zum Gebiet der Land- und Forstwirtschaft dar, weil sie offenkundig nicht auf den Betrieb des Arbeitgebers, sondern nur auf die Tätigkeit des Arbeitnehmers abstellte.

7. Land- und forstwirtschaftlicher Betriebszweig genügt

VfSlg 11501/1987 betont neuerlich, daß der Betrieb zum *Wirtschaftszweig Land- und Forstwirtschaft* gehören müsse, und nicht die Tätigkeit des einzelnen Arbeitnehmers entscheidend sei. Es müsse aber **nicht notwendig der Gesamtbetrieb** der Land- und Forstwirtschaft zuzuordnen sein, vielmehr könne es auch bloß ein **Betriebszweig** sein. Auch er müsse aber wegen seines Gepräges **im Wirtschaftsleben land- und forstwirtschaftlich** sein, nicht wegen einer Tätigkeit auf dem Feld, dem Wald und an Erzeugnissen des Bodens. Mit dieser Begründung hielt zwar die Bestimmung des Steiermärkischen LandarbeiterkammerG über die Kammerzugehörigkeit von Dienstnehmern eines Betriebszweiges, in dem eine land- und forstwirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird, der verfassungsgerichtlichen Prüfung stand; die belangte Behörde hatte aber bei ihrer Feststellung der Kammerzugehörigkeit von Bediensteten der Graz-Köflacher-Eisenbahn- und Bergbaugesellschaft – Abteilung Forstbetrieb nach Meinung des Verfassungsgerichtshofes dem Gesetz einen verfassungswidrigen Inhalt unterstellt: Die Behörde habe nur auf die *Eigenart der Tätigkeit der einzelnen Arbeitnehmer* abgestellt und nicht *"die wirtschaftlichen Verhältnisse und Zusammenhänge"* klargestellt, *"die eine Zuordnung zu dem einen oder anderen Wirtschaftszweig ermöglichen"*.

8. Mitgliedschaft in der Landarbeiterkammer nur bei überwiegender Beschäftigung in einem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb

Mit dem erst jüngst ergangenen Erkenntnis VfSlg 13639/1993 wurde ein Bescheid der Tiroler Landesregierung aufgehoben, der die Mitgliedschaft in der Landarbeiterkammer und die Kammerumlagepflicht des im Bauhof der Marktgemeinde Jenbach tätigen Beschwerdeführers festgestellt hatte, weil dieser 19,5 Stunden mit gärtnerischen Arbeiten (für die Gartenanlagen der Marktgemeinde) beschäftigt war, obwohl seine Beschäftigung bei der Müllabfuhr 20,5 Stunden und 9 Überstunden betrug. Damit wurde dem Gesetz (konkret: § 4 Abs 1 lit a Tiroler Landwirtschaftskammergesetz) von der Behörde ein verfassungswidriger, die Grenzen der Kompetenz des Landesgesetzgebers überschreitender Inhalt unterstellt, und der Beschwerdeführer in seinem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Unversehrtheit des Eigentums verletzt.

In seiner Begründung geht der Verfassungsgerichtshof auf die – in der bisherigen Rechtsprechung noch nicht untersuchte – Frage ein, ob und auf welche Art ein und dasselbe Dienstverhältnis die Zugehörigkeit zu mehreren Kammern für Arbeiter und Angestellte begründen kann. Dazu führt der Verfassungsgerichtshof aus, daß aus dem Umstand, daß verschiedene Arbeitnehmer ein und desselben Betriebes je nach dem Betriebszweig, in dem sie beschäftigt werden, verschiedenen Interessenvertretungen angehören können, **nicht** abgeleitet werden könne, daß auch **ein und dasselbe Arbeitsverhältnis** deshalb mehreren Wirtschaftszweigen zugeordnet werden kann, weil die Arbeit in mehreren Wirtschaftszweigen verrichtet wird. Ein Arbeitsverhältnis bilde nämlich eine auch dem (historischen) Verfassungsgesetzgeber vorgegebene **Einheit**

privatrechtlicher Gestaltung. Das Fehlen irgendwelcher Anhaltspunkte für eine bei anteiliger Zuordnung zu erwartende, weil notwendige Regelung der Aufteilung der Bemessungsgrundlage für die Kammerumlagen (Kammerbeiträge) lege – so der Verfassungsgerichtshof weiter – die Vermutung nahe, daß jedes Dienstverhältnis die Grundlage **nur einer Kammerzugehörigkeit** bilden soll.

Sowohl auf Grund der Notwendigkeit einer einheitlichen Zuordnung des Arbeitsverhältnisses für den Kompetenztatbestand "Arbeitsrecht" als auch aus Gründen der Praktikabilität nimmt der Verfassungsgerichtshof daher mit der bestehenden arbeitsrechtlichen Praxis an, daß ein und dasselbe Dienstverhältnis kompetenzrechtlich (im Lichte des Art 12 Abs 1 Z 6 B-VG) nur **entweder** als land- und forstwirtschaftliches oder als nicht land- und forstwirtschaftliches zu qualifizieren sein kann, nicht aber teils als dieses, teils als jenes. Bei Beurteilung des vorliegenden Beschwerdefalles kommt der Verfassungsgerichtshof zum Ergebnis, daß der Landesgesetzgeber die Mitgliedschaft in der Landarbeiterkammer nur für Dienstnehmer vorsehen kann, die (bei längerfristiger Betrachtung) überwiegend in einem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb (Betriebszweig) beschäftigt sind, während die überwiegend nicht in einem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb beschäftigten Dienstnehmer – wie beispielsweise der Beschwerdeführer – der Arbeiterkammer angehören und in ihren gesamten Interessen von dieser vertreten werden.

B. Zusammenfassende Betrachtung

Nach den ersten grundsätzlichen Abklärungen über das Ausmaß der Landeskompetenz "*Einrichtung beruflicher Vertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet*"¹² waren in der Folge jeweils verschiedene Landarbeiterkammer-Gesetze Prüfungsgegenstand; entscheidungswesentliche Frage war regelmäßig, ob die landesgesetzliche Regelung betreffend die Kammerzugehörigkeit von Dienstnehmern verfassungskonform getroffen worden war. Aus dieser Judikatur lassen sich folgende Grundlinien herausarbeiten:

- * Die Landeskompetenz setzt das Vorliegen von **land- und forstwirtschaftlichem Gebiet** voraus; dieser Begriff ist mit Hilfe des Kundmachungspatents zur GewO idF 1933/34 auszulegen. Entgegen ersten Ansätzen, das KdmPat nur als **Auslegungshilfe** für die Klärung des Begriffes "*land- und forstwirtschaftliches Gebiet*" zu verwenden¹³, hat die folgende Judikatur bei der Beurteilung von **Genossenschaften** ein **sehr eng am Wortlaut des Kdm Pat** bleibendes Verständnis entwickelt: Dieses läuft im Ergebnis darauf hinaus, nur solche Genossenschaften dem land- und forstwirtschaftlichen Gebiet zuzurechnen, deren Betätigungen laut KdmPat aus der GewO

12 VfSlg 1537/1947 und 1642/1948

13 So VfSlg 1642/1948; 4835/1964

ausgenommen sind, wobei auch keine Ansätze einer **intrasystematischen Fortentwicklung** zugelassen werden¹⁴.

- * Die Einbeziehung von Arbeitnehmern in den Wirkungsbereich der Landarbeiterkammern darf nicht allein an der Tätigkeit des **einzelnen Arbeitnehmers** anknüpfen; es genügt nicht, daß die Arbeitstätigkeit auf dem Feld, dem Wald oder an Erzeugnissen des Bodens entfaltet wird. Vielmehr muß die Arbeitstätigkeit im Rahmen eines **Betriebes der land- und Forstwirtschaft** erfolgen¹⁵.

Wann aber von der Zugehörigkeit eines Betriebes zur Land- und Forstwirtschaft gesprochen werden kann (oder auch, wann ein Betrieb überhaupt vorliegt), ist vom Verfassungsgerichtshof in den vorliegenden Erkenntnissen nur für **Genossenschaften** präzise festgelegt worden (deren Betriebseigenschaft offenbar vorausgesetzt wurde): Bei ihnen ist der **Wortlaut des KdmPat** mit seinen Genossenschaftsregelungen Maßstab dafür, ob sie als Betriebe der Land- und Forstwirtschaft anzusehen sind.

In jenen Fällen, wo nicht Genossenschaftsregelungen in Landesgesetzen zu prüfen waren, nahm der Verfassungsgerichtshof nicht in derselben direkten und ausdrücklichen Weise auf den Wortlaut der Bestimmungen des KdmPat Bezug: In VfSlg 4463/1963 (Fachorganisationen) wurde mit einem nur mittelbaren Zusammenhang mit Land- und Forstwirtschaft argumentiert, VfSlg 8539/1979 stellte auf die Hervorbringung von Pflanzen auf eigenem oder gepachtetem Grund ab (andernfalls ein Gewerbebetrieb vorliege) und VfSlg 11501/1987 bemängelte fehlende Untersuchungen zu "*wirtschaftlichen Verhältnissen und Zusammenhängen*" in der Frage, ob ein Betriebszweig der Land- und Forstwirtschaft vorliege.

Auch in diesen Fällen liegt der Argumentation des Verfassungsgerichtshof deutlich erkennbar die Auffassung zugrunde, daß die Zugehörigkeit eines Betriebes zur Land- und Forstwirtschaft prinzipiell nur bejaht werden soll, wenn der Betrieb eine Tätigkeit entfaltet, die **im Sinne des KdmPat zur GewO** als Land- und Forstwirtschaft gilt. Ob dabei der Verfassungsgerichtshof so wie bei den Genossenschaften strikt am Wortlaut des KdmPat bleibt oder das KdmPat nur als Rahmen für das Verständnis des Begriffes "*land- und forstwirtschaftliches Gebiet*" versteht und Weiterentwicklungen zuläßt, ist mit der vorliegenden Judikatur schwer zu beurteilen. Auszuschließen ist offenkundig ein grundsätzliches Abgehen des Verfassungsgerichtshofes von der Notwendigkeit eines land(forst)-wirtschaftlichen **Produktionsbetriebes** – dies zeigt die Linie von der Irrelevanz der Arbeitnehmer-tätigkeit mit unmißverständlicher Deutlichkeit.

14 VfSlg 8539/1979; zum Begriff "*intrasystematische Fortentwicklung*" siehe unter IV. C.

15 VfSlg 4446/1963; 8539/1979; 11.501/1987

III. Die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum Vorliegen eines "land- und forstwirtschaftlichen Betriebes"

A. Die einzelnen Erkenntnisse

1. **VwSlg 3471A/1954** stellte klar, daß die im NÖ LandarbeiterkammerG vorge-nommene Definition des landwirtschaftlichen Betriebes (= *Betriebe der landwirt-schaftlichen Produktion und ihrer Nebenbetriebe, soweit sie zur Hauptsache die Verarbeitung der eigenen Erzeugnisse zum Gegenstand haben*) **jede** landwirtschaft-liche Tätigkeit im technischen Sinne schlechthin meine; daher sei die Auslegung der belangten Behörde – der Traktorfürer im Gutsbetrieb eines Gefangenenhauses sei kein Kammerzugehöriger, weil der Gutsbetrieb primär nicht der landwirtschaftlichen Produktion diene, sondern der Beschäftigung der Strafgefangenen – **unrichtig**; ge-mäß der gesetzlichen Betriebsdefinition komme es auf **irgendwelche besonderen wirtschaftlichen Zweckbestimmungen** eines landwirtschaftlichen Betriebes **nicht an**.
2. **VwSlg 3921A/1955** qualifizierte die **Reparaturwerkstätte** einer landwirtschaft-lichen Genossenschaft **nicht als Betrieb der Landwirtschaft**; Rechtsgrundlage war die Definition des land- und forstwirtschaftlichen Betriebes im LandarbeitsG des Bundes von 1948 und die gleichlautenden Definition in der Wiener Landarbeits-ordnung, wonach Genossenschaftsbetriebe dann Betriebe der Land- und Forst-wirtschaft waren, wenn sie gemäß Art IV des Kdm zur GewO von der GewO ausge-nommen waren. Die in Art IV des KdmPat genannten Genossenschaftstätigkeiten betrafen nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes nur solche, die in unmittel-barem Zusammenhang mit der land- und forstwirtschaftlichen Produktion stünden und eine enge Verbundenheit mit ihr verlangten – der Betrieb einer Reparaturwerk-stätte stehe aber **höchstens in mittelbarer Beziehung** zur landwirtschaftlichen Produktion und falle grundsätzlich unter die GewO.
Auch das Argument, es liege ein **Hilfsbetrieb** iS der Betriebsdefinition des Land-arbeitsG bzw der Wiener Landarbeitsordnung vor (Herstellung und Instandhaltung land- und forstwirtschaftlicher Betriebsmittel für den eigenen Bedarf), traf nach Meinung des Verwaltungsgerichtshofes nicht zu, weil nicht für den Bedarf der Genossenschaft, sondern ihrer Mitglieder instandgehalten werde, und der **Bedarf der Genossenschaftsmitglieder mit dem Bedarf der Genossenschaft selbst nicht identisch** sei.
3. **VwSlg 4181A/1956** mußte die Frage klären, ob **Bedienstete der Bundesgarten-verwaltung Schönbrunn** der Arbeiterkammer angehören; die maßgebliche Ge-setzesbestimmung stellte der in Verfassungsrang stehende § 5 (2) lit a des damaligen ArbeiterkammerG dar, wonach Dienstnehmer in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben der Gebietskörperschaften nicht der Arbeiterkammer angehörten. Für den

Verwaltungsgerichtshof war nun zu klären, ob die Bediensteten in einem landwirtschaftlichen Betrieb des Bundes beschäftigt seien – da das ArbeiterkammerG keine Definition des Begriffes "landwirtschaftlicher Betrieb" enthielt, legte der Verwaltungsgerichtshof diesen Begriff "*nach der gewöhnlichen Bedeutung dieses Ausdruckes in der österreichischen Gesetzessprache*", und zwar nach Art V lit a des KdmPat zur GewO aus (für die Heranziehung des Art V lit a KdmPat sprach laut Verwaltungsgerichtshof auch die Tatsache, daß das LandarbeitsG des Bundes bei seiner Betriebsdefinition ebenfalls ausdrücklich darauf verweise); die im Art V lit a KdmPat gegebene Definition des Gartenbaus (Hervorbringung von Blumen, Obst, Gemüse usw auf eigenem oder gepachtetem Grund) traf auf die Tätigkeit der Bediensteten zu, womit sie aus der Arbeiterkammer ausgenommen waren. Neuerlich betonte der Verwaltungsgerichtshof, daß es laut VwSlg 3471A/1954 **nicht darauf ankomme, welchen wirtschaftlichen Zweck** die landwirtschaftliche Tätigkeit der Bundesgartenverwaltung Schönbrunn diene.

4. VwSlg 5638A/1961 betraf einen Fall, in dem die belangte Behörde eine landwirtschaftliche Genossenschaft deswegen als nicht landwirtschaftlichen Betrieb qualifiziert hatte, weil sie ihre **Produkte zu 90% an Nichtmitglieder** absetzte und in der Folge die Bediensteten der Genossenschaft der Gebietskrankenkasse zugeordnet hatte. Die letztlich maßgebliche Rechtsvorschrift war Art IV (2) KdmPat zur GewO¹⁶, und zwar jene Bestimmung, wonach die Genossenschaften ihren Geschäftsbetrieb in der die "*eigentlichen genossenschaftlichen Zwecke verfolgenden Richtung auf die Mitglieder beschränken*" mußten, um aus der GewO ausgenommen zu sein. Dies war laut Verwaltungsgerichtshof aber so zu verstehen, daß die verkauften Produkte von Mitgliedern herrühren müssen bzw daß eingekaufte an sie abgegeben werden müssen. Die von der Behörde vertretene Auslegung sei sinnlos und würde den Genossenschaften die Erfüllung ihres Zweckes laut GenossenschaftsG und KdmPat (*Förderung des Erwerbs und der Wirtschaft ihrer Mitglieder*) unmöglich machen. Erst wenn der Geschäftsbetrieb durch Absatz und Verwertung der Erzeugnisse von Nichtmitgliedern oder durch Abgabe von Betriebserfordernissen an Nichtmitglieder auch anderen Personen zugutekomme, sei die Schranke des Art IV (2) KdmPat überschritten, und der Geschäftsbetrieb unterliege der GewO.
5. Das Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnis vom 27.4.1966, ZI 1582/65, 1583/65, 2008/65, betraf die Zuordnung von Dienstnehmern einer landwirtschaftlichen Lagerhausgenossenschaft zur Gebiets- oder Landwirtschaftskrankenkasse. Entscheidungswesentlich war wiederum, ob ein land- und forstwirtschaftlicher Betrieb

16 Das ASVG ordnete Beschäftigte in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben den Landwirtschaftskrankenkassen zu und verwies bezüglich des Betriebsbegriffes auf das LandarbeitsG des Bundes; darin wiederum wurden Genossenschaftsbetriebe, sofern gemäß Art IV (2) KdmPat aus der GewO ausgenommen, als "land- und forstwirtschaftliche Betriebe" definiert

vorliegt, wobei nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften¹⁷ der Art IV (2) des KdmPat zur GewO maßgeblich war: Da nun die Genossenschaft auch Tätigkeiten entfaltet hatte, die danach von der GewO nicht ausgenommen waren¹⁸, hatte die belangte Behörde das Vorliegen eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs verneint. Der Verwaltungsgerichtshof bemängelte daran, daß dies nur zutreffe, wenn diese Tätigkeiten in einem Betrieb der Genossenschaft ausgeübt würden, nicht aber, wenn sie *eigene*, zum Teil von Gewerbeberechtigten geführte Betriebe darstellten, weil dann Teile der Genossenschaftstätigkeit doch als "*land- und forstwirtschaftliche Betriebe*" qualifiziert werden könnten, und deren Dienstnehmer der Landwirtschaftskrankenkasse angehörten.

6. Das Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnis vom 26.3.1971, ZI 2119/70, qualifizierte Bedienstete des Milchwirtschaftsfonds als nicht zur St. Landarbeiterkammer zugehörig, da sie keine Dienstnehmer auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet seien. Der Verwaltungsgerichtshof berief sich auf VfSlg 1642/1948, wonach ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Land- und Forstwirtschaft vorliegen muß. Dieser fehle bei der Tätigkeit des Fonds, der vor allem Aufgaben im Interesse der Gesamtbevölkerung erfülle und das Gebiet der Landwirtschaft nur berühre.

7. Im Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnis vom 23.3.1988, Zlen 87/01/0286-87/01/0290, war die Zuordnung von Dienstnehmern an der Bundeslehr- und Versuchsanstalt für Wein- und Obstbau, Abteilung Bienenzüchtung, strittig. In dem anzuwendenden NÖ LandarbeiterkammerG, LGBl 9000-2, wonach Dienstnehmer in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben kammerzugehörig sind, war zwar keine Betriebsdefinition gegeben, der Verwaltungsgerichtshof folgte aber den Parteien, die die Betriebsdefinition des LandarbeitsG 1984 für maßgeblich hielten. Danach zählt zur *land- und forstwirtschaftlichen Produktion* auch das "*Halten von Nutztieren zur Zucht*".

Der Verwaltungsgerichtshof bejahte das Vorliegen eines Betriebes und qualifizierte dessen Tätigkeit – *Zucht von Bienen* – als landwirtschaftliche Produktion im Sinne des LandarbeitsG. Die Ansicht der belangten Behörde, wegen des Zwecks des Betriebes, die Zucht nur zu verbessern und nicht Überschüsse zur Weiterveräußerung zu erzielen, sowie wegen des Überwiegens von Versuchsarbeiten liege kein land- und forstwirtschaftlicher Betrieb vor, sah der Verwaltungsgerichtshof im LandarbeitsG nicht verankert; die "*Zucht von Tieren*" bedeute schon nach dem Wortsinn nicht, daß es zu einer Veräußerung von Überschüssen kommen müsse, und daß im Betrieb auch Forschungsaufgaben erfüllt werden, ändere den Charakter des Betriebes als land- und forstwirtschaftlicher Betrieb nicht, weil die Zucht von Bienen den Hauptgegenstand des Betriebes darstelle.

17 ASVG und LandarbeitsG 1948 – siehe vorige Anm.

18 Abgabe von Saatgut und Düngemitteln an Nichtmitglieder; Verkauf eines gebrauchten Traktors an Nichtmitglied; Betrieb einer Reparaturwerkstätte und einer Tankstelle

8. Im Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnis vom 1.6.1988, ZI 88/01/0041-88/01/0054, war strittig, ob die nach ForstG eingerichtete forstliche Ausbildungsstätte (FAST) Ossiach ein *land- und forstwirtschaftlicher Betrieb* iS des KdLandarbeiterkammerG ist¹⁹, und demnach die Dienstnehmer der Landarbeiterkammer angehören; dies hatte die belangte Behörde verneint, während die Beschwerdeführer in der von der FAST durchgeführten Bewirtschaftung eines Lehrforstes eine forstwirtschaftliche Tätigkeit sowie im Lehrforst einen eigenen Betrieb erblickten.

Der Verwaltungsgerichtshof setzte sich zunächst mit dem Betriebsbegriff auseinander. **Hauptelemente eines Betriebes** schlechthin seien: Betriebsinhaber, Betriebsstandort, Beschäftigte, Betriebsmittel, Betriebszweck und Betriebsgegenstand²⁰ sowie Betriebsorganisation.

Die FAST sei demnach ein Betrieb; ein forstwirtschaftlicher Betrieb iS des LandarbeiterkammerG verlange, daß die **Arbeitsergebnisse** des Betriebes in der forstwirtschaftlichen Produktion, nämlich in der Hervorbringung und Gewinnung pflanzlicher Erzeugnisse mit Hilfe der Naturkräfte lägen. Das treffe bei der FAST aber nicht zu, da ihre Arbeitsergebnisse die Weitergabe von Kenntnissen und theoretische und praktische Ausbildung der Kursteilnehmer seien; der Lehrforst sei kein selbständiger Betrieb, nur ein Betriebsmittel der FAST, es werde auf ihm nur ein *Schulbetrieb* durchgeführt und keine *forstwirtschaftliche Produktion*.

B. Zusammenfassende Bewertung

Die zentrale Rechtsfrage der eben vorgestellten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes ist die Bedeutung und Auslegung der in konkreten einfachgesetzlichen Vorschriften verankerten Definitionen des Begriffes "land- und forstwirtschaftlicher Betrieb", weil das Vorliegen eines solchen Betriebes die gesetzliche Voraussetzung für die – in den Erkenntnissen jeweils strittige – Zuordnung von Dienstnehmern zu Landarbeiterkammern oder Landwirtschaftskrankenkassen war.

Eine Gruppe der Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnisse betrifft **Auslegungsfragen des KdMPat zur GewO** (und zwar des Art IV (2) betreffend die Herausnahme von Genossenschaften), das nach den jeweils anzuwendenden Rechtsvorschriften ausdrücklich zu beachten war. Daraus bleibt als auffälligstes Ergebnis festzuhalten, daß der Betrieb einer Reparaturwerkstätte durch eine Genossenschaft kein Betrieb der Landwirtschaft ist, weil er laut Verwaltungsgerichtshof nur *mittelbar* im Zusammenhang mit der land- und forstwirtschaftlichen Produktion steht und daher nicht vom KdMPat erfaßt ist²¹. Andererseits ist der Verwaltungsgerichtshof auch zu restriktiven Auslegungen des

19 Danach sind Betriebe der land- und forstwirtschaftlichen Produktion – welche als die Hervorbringung und Gewinnung pflanzlicher Erzeugnisse mit Hilfe der Naturkräfte definiert ist – land- und forstwirtschaftliche Betriebe iS des Gesetzes

20 Hier laut ForstG Weiterbildung der in der Forstwirtschaft Tätigen, Ausbildung und Weitergabe von praktischen Erfahrungen

21 VwSlg 3921A/1955; VwGH v 27.4.1966, ZI 1582/65

KdmPat entgegengetreten, die das Merkmal der Beschränkung des Geschäftsbetriebes auf die Genossenschaftsmitglieder zu eng interpretierten²² oder die Möglichkeit einer Aufteilung von Genossenschaftstätigkeiten auf mehrere Betriebe nicht beachteten²³.

Die zweite Gruppe der Erkenntnisse beschäftigt sich mit gesetzlichen Betriebsdefinitionen, die auf die **land- und forstwirtschaftliche Produktion** abstellen; Hauptergebnis dabei ist, daß es nicht auf den Zweck eines Betriebes ankommt, sondern auf seine Tätigkeit (Arbeitsergebnisse) – sie muß als land- und forstwirtschaftliche Produktion qualifizierbar sein²⁴.

In methodischer Hinsicht ist schließlich noch bemerkenswert, daß der Verwaltungsgerichtshof **beim Fehlen einer Betriebsdefinition** im anzuwendenden Gesetz auf das KdmPat zur GewO bzw das LandarbeitsG des Bundes und die dort verankerten Definitionen zurückgriff²⁵.

Aus kompetenzrechtlicher Sicht ist zunächst festzuhalten, daß die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes von ihrer verfassungsrechtlichen Aufgabenstellung her **keine unmittelbaren Aussagen zu Kompetenzfragen** des B-VG treffen kann, weil der Verwaltungsgerichtshof ja jeweils die (richtige oder falsche) Anwendung bestehender einfachgesetzlicher Regelungen durch die Behörden zu überprüfen hat.

Im übrigen lassen die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes aber auch **keine Ansätze** erkennen, die den in der **Verfassungsgerichtshof-Judikatur** entwickelten Grundlinien **widersprechen** oder Ausgangspunkt einer weitergehenden Interpretation des Begriffs "*land- und forstwirtschaftlicher Betrieb*" sein könnten: Auch der Verwaltungsgerichtshof stellt nicht auf die Tätigkeit eines Dienstnehmers am Feld oder im Wald, sondern auf den Betrieb ab²⁶, er zeigt bei den Genossenschaften ein ähnlich eng am KdmPat zur GewO orientiertes Verständnis wie der Verfassungsgerichtshof, nimmt keine Gleichsetzung der Genossenschaft mit ihren Mitgliedern²⁷ vor und beruft sich in der Frage des unmittelbaren Zusammenhanges mit der Land- und Forstwirtschaft ausdrücklich auf die Verfassungsgerichtshof-Judikatur.

IV. Fragen der Kompetenzinterpretation

A. Die These von der Maßgeblichkeit des Gewerberechts

Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Judikatur zur Bedeutung der Landeskompetenz "*Einrichtung beruflicher Vertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet*" die

²² VwSlg 5638A/1961

²³ VwGH v 27.4.1966, ZI 1582/65

²⁴ VwSlg 3417A/1954; 4181A/1956; VwGH v 23.3.1988, Zlen 87/01/0286–87/01/0290; VwGH v 1.6.1988, Zlen 88/01/0041–88/01/0054, worin eine allgemeine Schilderung des Betriebsbegriffes gegeben wird

²⁵ VwSlg 4181A/1956; VwGH v 23.3.1988, Zlen 87/01/0286–87/01/0290

²⁶ So auch die Beurteilung der VwGH-Judikatur in VSlg 8539/1979

²⁷ VwSlg 3921A/1955 wie VSlg 8539/1979

Abgrenzung von Landwirtschaft und Gewerbe, wie sie das KdmPat zur GewO in Art IV (2) und Art V getroffen hatte, als entscheidend für den Umfang der Landeskompetenz bezeichnet²⁸.

1. Historische Verfassungsauslegung

Ausgangspunkt dieser These war der Versuch einer historischen Verfassungsauslegung, denn VfSlg 1642/1948 – auf welches sich die Folge-Erkenntnisse dann immer wieder beriefen – führte aus:

"Nun handelt es sich dermalen für den Verfassungsgerichtshof darum, festzustellen, ob und inwieweit die Betätigung der vielfachen Gebilde, die hier in Erscheinung treten, als Betätigung auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet bezeichnet werden kann. Es ließe sich diesfalls ein Schluß auf die Absicht des Verfassungsgesetzgebers ziehen, wenn zur Zeit, als er diesen Begriff aufstellte, also im Jahre 1920, die Artikel IV und V, lit a, des Kundmachungspatentes zur Gewerbeordnung schon die jetzige gehabt hätten. Denn dann könnte ohneweiters der Standpunkt vertreten werden, daß der Verfassungsgesetzgeber mit diesen dort aufgestellten Grundsätzen gerechnet und sie dem Begriff "land- und forstwirtschaftliches Gebiet" zugrunde gelegt habe."

Wenn auch der Verfassungsgerichtshof in Slg 1642/1948 schließlich meinte, auf die "tatsächlichen Verhältnisse" abstellen zu müssen und zu ihrer Beurteilung das KdmPat nur als Hilfsmittel heranzog, klingt hier offensichtlich bereits das sog **Versteinerungsprinzip** an. Dieses Prinzip ist für den Verfassungsgerichtshof eine zentrale Auslegungsmaxime von Kompetenzbegriffen geworden und besagt, daß der *Inhalt von Kompetenzvorschriften in jener Bedeutung zu verstehen ist, die sie beim Wirksamwerden der betreffenden Zuständigkeitsvorschrift in der Rechtsordnung hatten*; der Zeitpunkt des Wirksamwerdens ist jener, an dem die **Kompetenzvorschrift in Kraft getreten ist** (*Versteinerungszeitpunkt* – idR 1.10.1925) und als maßgebliche Erkenntnisquelle für die Ermittlung der Bedeutung dienen **unterverfassungsgesetzliche Rechtsvorschriften**²⁹.

Im Lichte dieser – erst in späten Erkenntnissen in dieser Deutlichkeit ausformulierten – Bedeutung des Versteinerungsprinzips erscheint nun der Auslegungsvorgang in VfSlg 1642/1948 und den sich darauf stützenden Folgeerkenntnissen aus zwei Gründen **methodisch auffällig**: Der Verfassungsgerichtshof gibt weder in VfSlg 1642/1948 noch später irgendeine Begründung, wieso das KdmPat zur GewO das maßgebliche Rechtsmaterial für das Verständnis der Kompetenzvorschrift ist; außerdem lautet der in Frage stehende Kompetenztatbestand **"berufliche Vertretungen ... mit Ausnahme jener auf**

²⁸ VfSlg 8539/1979; 1642/1948

²⁹ VfSlg 4349/1963; 4680/1964; 2751/1954 uva; vgl dazu Funk, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung, 1980, 69ff; Pernthaler, Kompetenzverteilung in der Krise, 1989, 79ff; Pernthaler/Weber, Versteinerung von Landeskompetenzen?, in: Melichar-FS, 1983, 149ff

land- und forstwirtschaftlichem Gebiet" und nicht "land- und forstwirtschaftliches Gebiet" allein. Unter dem Begriff "berufliche Vertretungen" sind nach VfSlg 1936/1950 allgemein *"organisatorische Einrichtungen zur Wahrung der Interessen der durch eine gleichgerichtete und gleichgeartete Berufsausübung zusammengeschlossenen Personengruppen"* zu verstehen.

Im folgenden wird daher versucht, eine Kompetenzuntersuchung **anhand der einfachgesetzlichen Lage auf dem Gebiet der beruflichen Vertretungen im Versteinerungszeitpunkt** durchzuführen und deren Ergebnisse mit der Verfassungsgerichtshof-Judikatur zu konfrontieren.

2. Bedeutung der historischen Landesregelungen

Im Versteinerungszeitpunkt existierten folgende landesgesetzliche Regelungen über berufliche Vertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet, die die selbständig Berufstätigen in der Land- und Forstwirtschaft und in Vorarlberg auch landwirtschaftliche Arbeiter erfaßten:

- * **Burgenland:** "Gesetz vom 13. März 1925 über die Errichtung einer Landwirtschaftskammer (Bauernkammer) für das Burgenland" (LGBI 1925/32)
- * **Kärnten:** "Gesetz vom 3. September 1910 betreffend die Errichtung eines Landeskulturrates" (LGBI 1910/36)
- * **Niederösterreich:** "Gesetz vom 22. Februar 1922 über die Errichtung von Landwirtschaftskammern (Bauernkammern)" (LGBI 1922/59)
- * **Oberösterreich:** "Gesetz betreffend die Errichtung von Bezirksgenossenschaften der Landwirte und eines Landeskulturrates" (LGBI 1886/17 idF LGBI 1904/17, 1909/22, 1912/20 und 1919/129)
- * **Salzburg:** "Gesetz vom 31. Jänner 1924 über den Salzburger Landeskulturrat und dessen Bezirksgenossenschaften" (LGBI 1924/17)
- * **Steiermark:** "Gesetz vom 7. August 1925 betreffend die vorläufige Regelung der land- und forstwirtschaftlichen Berufsvertretung in Steiermark" (LGBI 1925/84)
- * **Tirol:** "Gesetz vom 18. Dezember 1920 betreffend die Errichtung von landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften der Landwirte und des Landeskulturrates für Tirol" (LGBI 1922/13)
- * **Vorarlberg:** "Gesetz vom 10. März 1925 über die Errichtung einer Bauernkammer für Vorarlberg" (LGBI 1925/13).

Diese Landesgesetze können aber **keinesfalls** als das maßgebliche Rechtsmaterial zur **abschließenden Fixierung des Inhalts der Landeskompetenz** betreffend berufliche Vertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet betrachtet werden: Nach dem System der Kompetenzverteilung des B-VG – Enumeration der Bundeskompetenzen, Generalklausel zugunsten der Länder in Art 15 (1) B-VG – können nur die **Bundeskompetenztatbestände** versteinert werden, nicht aber auf Art 15 (1) B-VG beruhende

Landeskompetenzen³⁰. Da sich die Landeskompetenz betreffend berufliche Vertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet aus der **Generalklausel des Art 15 (1) B-VG** ergibt³¹, unterliegt nicht die Landeskompetenz der Versteinerung anhand der historischen Landesrechtslage, sondern die Bundeskompetenz(en) betreffend berufliche Vertretungen sind mit Hilfe der historischen Bundesrechtslage zu bestimmen: Was danach nicht von einer Bundeskompetenz erfaßt ist, fällt in die Generalklausel des Art 15 (1) B-VG.

Die kompetenzrechtliche Bedeutung der im Versteinerungszeitpunkt vorhandenen landesgesetzlichen Regelungen erschöpft sich darin, daß diese eine erste **Orientierungshilfe** dafür bieten, was als Berufsvertretung auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet **grundsätzlich verstanden wurde**. Auch kann aus der Tatsache, daß der **Verfassungsgesetzgeber** beim Wirksamwerden der Kompetenzvorschriften (und auch schon bei deren Schaffung 1920) **einschlägige Landesregelungen vorgefunden hat**, der Schluß gezogen werden, daß die darin geregelten Berufsvertretungen **jedenfalls nicht** in die Bundeskompetenz fallen sollten. Nochmals sei aber betont, daß die historischen Landesregelungen nicht determinieren, *wie weit die Landeskompetenz reicht* – das Fehlen bestimmter Regelungspunkte in den Landesgesetzen bedeutet nicht, daß dafür eine Bundeskompetenz besteht.

Unter Beachtung dieser Einschränkungen zeigt nun der Inhalt der damaligen Landesgesetze **keine Ansätze**, die in **Widerspruch zur späteren Verfassungsgerichtshof-Judikatur** stünden oder die eine **weitere Interpretation** der Landeskompetenz als die des Verfassungsgerichtshofes zuließen: Nach ihrer Grundstruktur knüpfen die Landesgesetze bei der Mitgliedererfassung – auch das Vo Gesetz, das als einziges im Versteinerungszeitpunkt Arbeitnehmer erfaßte – an **Betriebe der land(forst)wirtschaftlichen Produktion** an und stellen auf **eigenen Grund und Boden** ab (also nicht auf bloße *Tätigkeiten* auf Grund und Boden). Die in den historischen Landesgesetzen zum Teil vorgesehene Einbeziehung von Tierärzten, Lehrern und Fachbeamten ist zwar ein Regelungsbereich, der in der Verfassungsgerichtshof-Judikatur nicht behandelt wird, kompetenzrechtlich aber dort auch nicht problematisiert wurde.

3. Bedeutung der historischen Bundesregelungen

Die im *Versteinerungszeitpunkt* vorhandenen **Bundesregelungen über berufliche Vertretungen** sind das primär maßgebliche Rechtsmaterial, um Bedeutung und Umfang der **Bundeskompetenzen** betreffend berufliche Vertretungen im Sinne des Versteinerungsprinzips zu ermitteln. Soweit die damaligen Bundesgesetze Regelungssachverhalte nicht enthalten (auch nicht einen Ansatz dazu), greift nach dem Kompetenzverteilungssystem des B-VG die Generalklausel zugunsten der Länder.

30 Vgl Funk, System, 74; Mayer, Neue Wege der Kompetenzinterpretation?, ÖJZ 1986, 518; Pernthaler, Kompetenzverteilung, 80f; Pernthaler/Weber, Melichar-FS, 153ff

31 So auch die Rechtssätze von VfSlg 1642/1948 und 4446/1963

a) Die **Berufsvertretungskompetenzen** des Bundes waren beim Wirksamwerden der Kompetenzbestimmungen des B-VG (1.10.1925) – so wie auch heute – zum Teil *in einzelnen Tatbeständen des Art 10 (1) B-VG* verankert³²; für alle sonstigen beruflichen Vertretungen (außer denen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet) wies *Art 11 (1) Z 2 B-VG* dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zu.

Allerdings stößt die Überprüfung der einfachgesetzlichen Rechtslage – mit dem Ziel, anhand einer lückenlosen Auflistung von damaligen Bundesregelungen gesicherte Aussagen über den Umfang der Bundeskompetenzen zu treffen – an eine Grenze: Zu den einzelnen Kompetenztatbeständen des **Art 10 (1) B-VG** sind Regelungen des Bundes im Versteinerungszeitpunkt auffindbar – zB betreffend Handels- und Arbeiterkammern, Rechtsanwälte ua – die an zum Teil weit zurückreichende Vorläufer anknüpfen und ausreichendes Rechtsmaterial für die Ermittlung des jeweiligen Kompetenzumfanges darstellen³³.

Bei der auf **Art 11 (1) Z 2 B-VG** beruhenden Bundeskompetenz kann aber das aufgefundene Rechtsmaterial schon von der Konstruktion des Kompetenztatbestandes her **keine endgültige Fixierungsfunktion** ausüben: Es finden sich zwar im Versteinerungszeitpunkt auch diverse auf **Art 11 (1) Z 2 B-VG** gestützte Berufsvertretungsregelungen des Bundes, zB das Gesetz über die Errichtung von Ärztekammern, RGBI 1892/6, das Gesetz betr die Regelung des Apothekenwesens, RGBI 1907/5³⁴, sowie das Gesetz betr die Regelung des Hebammenwesens, BGBl 1925/214³⁵. Diese Regelungen können aber nicht als abschließende Ausnützung des Kompetenztatbestandes gedeutet werden, weil **Art 11 (1) Z 2 B-VG** notwendiger Weise offen ist für Neuregelungen: Der Kompetenztatbestand ist nach seiner Konstruktion ein *Auffangtatbestand*, eine **Generalklausel zugunsten des Bundes**, die dem Bund alle beruflichen Vertretungen außer denen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet zuweist. Schon vom Wortlaut des **Art 11 (1) Z 2 B-VG** kann es also nicht Absicht des Verfassungsgesetzgebers gewesen sein, den Bund nur für die Regelung jener beruflichen Vertretungen zuständig zu machen, die im Versteinerungszeitpunkt bereits Gegenstand von Bundesregelungen waren. Überdies war (und ist) der Gesetzgeber ja nicht verpflichtet, für *alle Berufe* Vertretungen einzurichten, sodaß die im Versteinerungszeitpunkt vorhandenen Gesetze nur **punktuellen Hinweise** auf die Bedeutung und das Ausmaß der Bundeskompetenz in **Art 11 (1) Z 2 B-VG** geben können.

b) Diese Schwierigkeit der Kompetenzinterpretation mag eine Erklärung dafür sein, daß sich der Verfassungsgerichtshof in seiner Judikatur stets nur auf den Satzteil **"auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet"** konzentrierte, weil dieser Begriff die

32 Z.6.: "Angelegenheiten der Notare, der Rechtsanwälte und verwandter Berufe"; Z 8: "Ingenieur- und Ziviltechnikerwesen; Kammern für Handel, Gewerbe und Industrie"; Z 11: "Kammern für Arbeiter und Angestellte"

33 Vgl auch VfSlg 2500/1953 zum Kompetenztatbestand *"Kammern für Handel, Gewerbe und Industrie"* in **Art 10 (1) Z 8 B-VG** und VfSlg 3290/1957 zu **Art 10 (1) Z 6 B-VG** – *"Rechtsanwaltskammern"*

34 Errichtung von Apothekenkammern laut § 63

35 Einrichtung von Hebammengremien laut § 12

entscheidende Kompetenzschranke für die nach Art 11 (2) Z 2 B-VG eingerichtete generelle Bundeskompetenz ist.

Dennoch ist zunächst noch nicht erkennbar, wieso dieser Begriff mit Hilfe des KdmPat zur GewO auszulegen sei, wie der Verfassungsgerichtshof begründungslos behauptet. Daß das **historische Gewerberecht** für die Bedeutung der Berufsvertretungskompetenzen des Bundes nach Art 10 und 11 B-VG tatsächlich eine Rolle spielt, ergibt sich aber aus folgenden Erwägungen:

Der Kompetenztatbestand des Art 11 (1) Z 2 B-VG normiert die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für berufliche Vertretungen, "soweit sie nicht unter Art 10 fallen"; die Kompetenztatbestände "*Kammern für Handel, Gewerbe und Industrie*" in Art 10 (1) Z 8 B-VG und "*Kammern für Arbeiter und Angestellte*" in Art 10 (1) Z 11 B-VG weisen nun im Versteinerungszeitpunkt nach der einfachgesetzlichen Lage einen eindeutigen Bezug zum Gewerberecht auf:

Das "*Gesetz über Kammern für Handel, Gewerbe und Industrie*", StGBI 1920/98, berief die Kammern zur Vertretung der Interessen des Handels, des Gewerbes und der Industrie einschließlich des Bergbaues (§ 1 (1)); wie der Verfassungsgerichtshof in VfSlg 2500/1953 festhielt, umfaßt das Gesetz von 1920 neben Unternehmungen des Handels, des Gewerbes und der Industrie im engeren Sinn auch Unternehmungen des Bergbaues, des Verkehrs sowie Finanz- und Versicherungsunternehmungen. Gemäß § 8 war jeder wahlberechtigt, der ein Handels-, Gewerbe- oder Industrieunternehmen oder einen Bergbau selbständig betrieb oder leitete, wenn das Unternehmen der Erwerbssteuer unterworfen war.

Das "*Gesetz über die Errichtung von Kammern für Arbeiter und Angestellte*", StGBI 1920/100 idF StGBI 1920/649, berief sie zur Vertretung der wirtschaftlichen Interessen der im Gewerbe, in der Industrie, im Handel, Verkehr und im Bergbau tätigen Arbeiter und Angestellten (§ 1 (1)); wahlberechtigt waren gemäß § 8 "*alle Arbeiter und nach Angestellten der im § 4 bezeichneten Art*" – § 4 wiederum bezeichnete als **Arbeiter** alle nach dem Krankenversicherungsg 1888 und dem BruderladenG 1889 krankenversicherungspflichtigen Personen; als **Angestellte** die nach HandlungsgehilfenG, BergG und Pensionsversicherungsrecht als Angestellte erfaßten Personen.

Der Krankenversicherungspflicht gemäß dem Gesetz von 1888 unterlagen zwar auch (bestimmte) land- und forstwirtschaftliche Arbeiten – mit **Praunegger**³⁶ ist aber festzuhalten, daß § 1 bestimmte, welche Arbeiter und Angestellten durch die Kammern vertreten werden, während § 4 nur die Unterscheidung zwischen Arbeiter und Angestellten regelte³⁷.

³⁶ *Praunegger*, Das österreichische Gewerberecht I/1, 1924, 1101

³⁷ Vgl auch die EB zur RV des ArbeiterkammerG 1920 – zitiert nach *März/Weissel*, Die Kammern für Arbeiter und Angestellte, in: Pütz (Hg), Verbände und Wirtschaftspolitik in Österreich, 1966, 394: Es sollen für die in Gewerbe und Industrie, Handel und Verkehr Beschäftigten den Handelskammern völlig gleichwertige Kammern geschaffen werden; später sei geplant, auch für Unternehmer und Arbeiter der Landwirtschaft entsprechende Einrichtungen zu schaffen

Gemäß dieser einfachgesetzlichen Lage im Versteinerungszeitpunkt – die laut VfSlg 2500/1953 den Umfang eines Berufsvertretungskompetenztatbestandes nach Art 10 B-VG bestimmt – waren also die beruflichen Vertretungen der Unternehmungen des *Gewerbes* und der Arbeiter und Angestellten des *Gewerbes* Teil der **Bundeskompetenzen** nach Art 10 (1) Z 8 B-VG und Art 10 (1) Z 11 B-VG. Was nun als "*Unternehmungen des Gewerbes*" bzw als "*Arbeiter und Angestellte des Gewerbes*" zu verstehen war, kann wiederum nur mit Hilfe der Gewerbeordnung und ihrem Stand im Versteinerungszeitpunkt bestimmt werden, wobei auch hier gelten muß, daß die Berufsvertretungskompetenz des Bundes nur Unternehmer/Arbeiter eines **Gewerbebetriebes** umfassen kann. Von einem *Gewerbebetrieb* konnte im weiteren aber nur gesprochen werden, wenn er nicht unter einen der aus der GewO ausgenommenen Bereiche fiel.

Im Ergebnis ist also die These des Verfassungsgerichtshofes von der **Beachtlichkeit des KdmPat zur GewO** nach dem Versteinerungsprinzip jedenfalls **nicht unzutreffend**: Das Gewerberecht ist eine kompetenzrechtliche Schranke für die Berufsvertretungskompetenz der Länder. Dies aber nicht deswegen, weil im KdmPat zur GewO quasi der Begriff "*land- und forstwirtschaftliches Gebiet*" aus Art 11 (1) Z 2 B-VG definiert wurde, sondern, weil nach Art 10 (1) Z 8 und Z 11 B-VG und der dafür maßgeblichen einfachgesetzlichen historischen Rechtslage **Arbeiter und Unternehmungen des Gewerbes in die Berufsvertretungskompetenzen des Bundes fallen**.

Mit dieser Begründung wird auch klarer als in der Verfassungsgerichtshof-Judikatur herausgestellt, daß das *Gewerberecht* zwar eine – in der Praxis auch meistens entscheidende – Kompetenzgrenze ist, daß aber der von der GewO als *land- und forstwirtschaftliche Betriebe* ausgesparte Bereich nicht allein den Kompetenzumfang der Länder für berufliche Vertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet bestimmt: Schon nach der einfachgesetzlichen Landesrechtslage im Versteinerungszeitpunkt wurden nicht nur Personen in die Berufsvertretung einbezogen, die in Produktionsbetrieben gemäß der durch das KdmPat zur GewO geprägten Festlegung tätig waren, sondern auch Fachbeamte, Tierärzte und Lehrer; heute sind es die Kammerangestellten und Dienstnehmer von Berufsvereinigungen, deren Einbeziehung ebenfalls in die Kompetenz für berufliche Vertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet fällt.

B. Die These von der Maßgeblichkeit des KdmPat zur GewO idF 1933/34

Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Judikatur bei der Abgrenzung zwischen Gewerbe und land- und forstwirtschaftlichem Gebiet die Art V lit a und IV (2) des KdmPat zur GewO *nach dem Stand der Gesetzgebung von 1933/34* für maßgeblich erachtet; ehe dies näher untersucht wird, muß die Entwicklung dieser Bestimmungen dargestellt werden.

1. Die Entwicklung bis 1933/34

a) Art V lit a des Kaiserlichen Patentgesetze vom 20. Dezember 1859, womit eine Gewerbe-Ordnung erlassen wird³⁸ bestimmte, daß die GewO keine Anwendung findet auf *"die land- und forstwirtschaftliche Produktion und ihre Nebengewerbe, soweit diese in der Hauptsache die Verarbeitung eigener Erzeugnisse zum Gegenstande haben, dann der in einigen Landesteilen durch ältere Einrichtungen den Besitzern von Wein- und Obstgärten gestaltete Ausschank des eigenen Erzeugnisses."*

Der Motivenbericht³⁹ führt dazu aus, daß die Landwirtschaft schon vom Sprachgebrauch her kein Gewerbe sei und sie selbstredend nicht unter das Gewerbegesetz zu stellen gewesen sei – dies betreffe zweifellos die erste Gewinnung des Naturproduktes. Die Umgestaltung des Naturproduktes sei schwieriger zu beurteilen (*"wo die Landwirtschaft aufhört und das Gewerbe beginnt"*). Die Grenzlinie verläuft laut EB so, daß wenn die Umgestaltungsarbeiten so innig mit der Bodenbewirtschaftung verbunden seien, daß ohne sie das Naturprodukt gar nicht in Verkehr gebracht werden könne, und wenn die Beschäftigten der eigentlichen landwirtschaftlichen Bevölkerung angehörten (zB Milchwirtschaft, Käsebereitung, Weinbereitung), dann gehöre das nicht unter die GewO. Wo aber nur mehr ein zufälliger Zusammenhang mit Bodenbewirtschaftung bestehe, das Naturprodukt zur Nebensache werde und von Arbeitsaufwand und Hilfsstoffen überwogen werde, und wo die Arbeitskräfte nicht mehr landwirtschaftliche Bevölkerung seien (zB Bierbrauerei, Ziegelbrennerei, Zuckersiederei), da müsse das Gewerbegesetz gelten. Diese Grenzlinie versuche der Ausdruck *"Nebengewerbe, soweit ..."* einzuhalten.

b) Die nachfolgende Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes präziserte und konkretisierte diese Bestimmung, wobei häufig die Problematik im Vordergrund stand, ob eine Tätigkeit als landwirtschaftliches Nebengewerbe zu beurteilen sei.

1925 sind folgende Grundlinien der Judikatur feststellbar⁴⁰:

- * Nur die land- und forstwirtschaftliche Urproduktion, nicht die Urproduktion als solche, ist aus der GewO ausgenommen; Landwirtschaft ist zunächst nur eine auf

³⁸ RGBI 1859/227

³⁹ Abgedruckt bei Suchanek/Stadler/Meinhold, Die Gewerbeordnung, 1927, 25f

⁴⁰ Zusammengestellt aus Praunegger, Gewerberecht, 13ff; Suchanek/Stadler/Meinhold, Gewerbeordnung, 27ff; Laszky/Nathansky/Heller, Dr. Emil Heller's Kommentar zur Gewerbeordnung, 1937, 44ff

Pflanzenbau und Viehzucht gerichtete Tätigkeit; die Gewinnung anderer unorganischer Produkte (Sand, Steine, Schotter) ist nur dann Landwirtschaft, wenn sie Nebenerwerb ist und mit den Betriebsmitteln des landwirtschaftlichen Betriebes erfolgt.

- * Der Charakter eines landwirtschaftlichen Betriebes ändert sich nicht, wenn **Ein/Verkauf als Hilfsgeschäfte** dazutreten, um Materialien, Hilfsstoffe und Geräte für Pflanzenbau und Viehzucht herbeizuschaffen oder um die Produkte abzusetzen.
- * Landwirtschaftliche Betriebe sind insbesondere Baumschulen, Bienenzucht, Fischerei, landwirtschaftliche Gärtnerei (Bewirtschaftung von Grund und Boden zur Erzeugung von Gemüsen und Blumen ohne Warmhäuser zur künstlichen Zucht außergewöhnlicher, zum Verkauf bestimmter Erzeugnisse und ohne geschultes Hilfspersonal), Jagd, Viehzucht uva.
- * Ein land- und forstwirtschaftliches **Nebengewerbe** setzt das Vorliegen eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebes voraus; das Nebengewerbe darf kein selbständiges Unternehmen sein, muß in Unterordnung zum land- und forstwirtschaftlichen Betrieb stehen und muß hauptsächlich deswegen betrieben werden, um den leichteren Absatz der erzielten Naturprodukte, deren Nebenprodukte oder Abfälle zu ermöglichen; es müssen dabei die eigenen Erzeugnisse verarbeitet werden.

c) Im Jahre 1933 wurde durch **Verordnung der Bundesregierung**⁴¹ dem Art IV des KdmPat der "**Genossenschaftsabsatz**" angefügt. Bis dahin war die *Frage der gewerberechlichen Behandlung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften strittig gewesen*⁴². Nunmehr wurden diese Genossenschaften der Gewerbeordnung unterstellt mit Ausnahme der Kreditgenossenschaften und bestimmter land- und forstwirtschaftlicher Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Die Ausnahmeregelung des Art IV (2) lautete:

"Die Betriebe von Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften fallen unbeschadet der Bestimmung des Art V unter die Vorschriften der Gewerbeordnung. Der Betrieb von Sägen, Mühlen, Molkereien, Brennereien, Harzverarbeitungsstätten, Flachsbarren, Schafwollverarbeitungsanlagen, Kellereien und von sonstigen nach altem Herkommen üblichen Zweigen der Bearbeitung land- und forstwirtschaftlicher Erzeugnisse, der Verkauf unverarbeiteter land- und forstwirtschaftlicher Erzeugnisse und der Einkauf land- und forstwirtschaftlicher Betriebserfordernisse durch land- und forstwirtschaftliche Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften fällt jedoch nicht unter die Vorschriften dieses Gesetzes, wenn die Genossenschaften ihren Geschäftsbetrieb in der die eigentlichen genossenschaftlichen Zwecke verfolgenden Richtung auf die Mitglieder beschränken. Weiters sind auch Kreditgenossenschaften von der Gewerbeordnung ausgenommen. Im Zweifel, ob der Betriebszweig nach altem Herkommen üblich ist,

41 BGBl 1933/52 und 104

42 Laszky/Nathansky/Heller, Heller's Kommentar, 39

entscheidet das Bundesministerium für Handel und Verkehr im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft."

d) Im Jahre 1934 wurden Art IV und V des KdmPat durch die **Gewerbeordnungsnovelle 1934**, BGBl 1934/II Nr 322, folgendermaßen abgeändert:

Im **Art IV (2)** wurde die bisher geforderte Beschränkung des Geschäftsbetriebes der land- und forstwirtschaftlichen Genossenschaften *auf die Mitglieder* gelockert: Die Genossenschaften durften nun bei unvermeidbaren Umständen den Geschäftsbetrieb vorübergehend auch auf Nichtmitglieder ausdehnen – dies geschah laut den EB⁴³ aus Billigkeitsgründen.

Im **Art V lit a** wurden die *Baumschulen, der Gartenbau und das Halten von Nutztieren* ausdrücklich als Teil der land- und forstwirtschaftlichen Produktion erklärt, und weiters wurde auch der *Fuhrwerksdienst durch Land- und Forstwirte* aufgenommen. Der aus der GewO ausgenommene Bereich lautete nun in Art V lit a folgendermaßen:

"Die land- und forstwirtschaftliche Produktion (hiez zu zählen auch die Baumschulen und der Gartenbau, das ist die Hervorbringung von Blumen, Obst, Gemüse, Bäumen usw auf eigenem oder gepachtetem Grund ohne Rücksicht auf die Betriebsweise sowie das Halten von Nutztieren zur Zucht, Mästung oder Gewinnung tierischer Erzeugnisse) und ihre Nebengewerbe, soweit diese in der Hauptsache die Bearbeitung der eigenen Erzeugnisse zum Gegenstande haben, und die Besorgung von Fuhrwerksdiensten mit anderen als Kraftfahrzeugen durch Land- und Forstwirte als Nebengewerbe im Rahmen der hergebrachten Übung oder in Gegenden, wo das Verkehrsbedürfnis durch Gewerbetreibende nicht ausreichend befriedigt werden kann, soweit sich diese Tätigkeit auf die Verwendung der hauptsächlich im eigenen land- oder forstwirtschaftlichen Betriebe verwendeten Zugtiere, Fuhrwerke und Personen beschränkt; dann der in einigen Landesteilen durch ältere Einrichtungen den Besitzern von Wein- und Obstgärten gestattete Ausschank des eigenen Erzeugnisses".

Das **Motiv** der Aufnahme der **Gartenbauregelung** war eine schwankende Verwaltungspraxis der Zugehörigkeit des Gartenbaues zur GewO, die nun gesetzlich klargestellt werden sollte – insbesondere drohte ein Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnis betreffend Baumschulen die bisherige Ministerialpraxis zu unterlaufen⁴⁴. Die Gartenbaudefinition bewirkte insbesondere, daß Friedhofsgärtner, Gartenarchitekten, Blumenbinder und der Handel mit Gärtnereierzeugnissen *nicht Gartenbau* wurden und unter die GewO fielen⁴⁵; andererseits fielen nun die Azaleen-, Palmen- und Kakteengärtner, die

43 Abgedruckt bei Langhoff, Die Gewerbe-Ordnung, 1936, 87

44 So die EB – Langhoff, Gewerbe-Ordnung, 89; Laszky/Nathansky/Heller, Heller's Kommentar, 44

45 EB – Langhoff, Gewerbe-Ordnung, 89 f; Laszky/Nathansky/Heller, Heller's Kommentar, 44f

früher zu den Gewerbetreibenden zählten, nicht mehr unter die GewO⁴⁶, und die Verwendung von Warmhäusern oder geschultem Personal war nicht mehr entscheidend.

Das **Motiv** für die Aufnahme der Regelung über die **Nutztierhaltung** war, die diesbezügliche Rechtsansicht des Handelsministeriums gesetzlich zu verankern: Ursprünglich war nur die Zucht heimischer Tiere als Landwirtschaft verstanden worden; als ab 1930 in Ministerialerlässen ein weiteres Verständnis vertreten wurde, wonach auch die Zucht exotischer Tiere und Geflügelfarmen (unabhängig davon, ob auch fremdes Futter verwendet wurde) unter den Begriff Landwirtschaft fielen, wurde die Rechtsansicht durch die GewO-Novelle 1934 zum Gesetz erhoben⁴⁷.

Die Aufnahme des **Fuhrwerksdienstes** sollte laut den EB die in der Praxis verschieden beantwortete Frage, ob dieser ein "*Nebengewerbe*" sei (da keine Verarbeitung erfolgt), klären und "*die Rechte der Land- und Forstwirte in diesem Belange sicherstellen*"⁴⁸.

2. Die Bedeutung des Anknüpfens an das KdmPat idF 1933/34

Die vorhin dargestellte Entwicklungsgeschichte des KdmPat zeigt eine mögliche Erklärung dafür auf, daß der Verfassungsgerichtshof in Slg 1642/1948 auf die Fassung der Jahre 1933/34 abstellte: Der Verfassungsgerichtshof prüfte in diesem Erkenntnis ja, ob land(forst)wirtschaftliche **Genossenschaften** zum Begriff land- und forstwirtschaftliches Gebiet zählen könnten; dazu **schwang** das KdmPat **vor** 1933. Da bis dahin die gewerberechtliche Behandlung der Genossenschaften überhaupt umstritten gewesen war⁴⁹, bedeutete das Anknüpfen des Verfassungsgerichtshofes an die Fassung des KdmPat von 1933/34 eine **für die Landeskompetenz eher günstigere Vorgangsweise**.

Auch das Abstellen auf **Art V lit a** KdmPat in der Fassung der Gewerbeordnungsnovelle **1934** durch VfSlg 1642/1948, wonach land(forst)wirtschaftliche Genossenschaften unter den Begriff einer Betätigung auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet fallen, "*sofern ihre Betriebe, Beschäftigungen und Unternehmungen die im Art V, lit a, des Kundmachungspatentes zur Gewerbeordnung in seiner dermaligen Fassung (B.G.Bl. Nr 52/1933 und 322/1934) aufgestellten Merkmale aufweisen*", war für den Umfang der Landeskompetenz günstiger, weil die **GewO-Novelle 1934** auch **Weiterungen** des aus der GewO als Landwirtschaft ausgenommenen Gebietes gegenüber der diesbezüglichen Rechtsprechung, wie sie 1925 bestanden hatte, gesetzlich festschrieb. Die mit der Novelle beabsichtigte Unterstellung bestimmter **gärtnerischer Tätigkeiten** unter die GewO war offenbar bereits 1925 im Ansatz vorhanden.

Insgesamt hat der Verfassungsgerichtshof in **Slg 1642/1948** mit seinem Abstellen auf die "*tatsächlichen Verhältnisse*" im Zeitpunkt der Entscheidung und ihrer Ermittlung nach dem Stand des KdmPat von 1933/34 eine seit **1925** eingetretene Fortentwicklung

46 Laszky/Nathansky/Heller, Heller's Kommentar, 45

47 Laszky/Nathansky/Heller, Heller's Kommentar, 46

48 Langhoff, Gewerbe-Ordnung, 88

49 Laszky/Nathansky/Heller, Heller's Kommentar, 39

des Verständnisses von der Bedeutung des Begriffes "*land- und forstwirtschaftliches Gebiet*" aufgegriffen und akzeptiert, worin ein die Landeskompentenz begünstigender und nicht verengender Effekt zu sehen ist. Nicht übersehen werden darf aber, daß der Verfassungsgerichtshof in der Folge bei der Beurteilung von Genossenschaften auf dem Stand von 1933/34 verharrte und entgegen der hier maßgeblichen föderalistischen Auslegungsregel⁵⁰ keinerlei Fortentwicklung akzeptierte⁵¹. Dies dürfte damit zusammenhängen, daß der Verfassungsgerichtshof nunmehr von der (methodisch verfehlten) Auffassung ausgeht, daß die Landeskompentenz der beruflichen Vertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet in dem Umfang des (verfassungskräftigen) Rechtssatzes der VfSlg 1642/1948 – also nach dem Stand der Rechtsordnung von 1948 – "versteinert" sei.⁵²

C. Die Wirkung von GewO-Novellen und das Prinzip der intrasystematischen Fortentwicklung

Die Landarbeiterkammer- und LandwirtschaftskammerG haben sich bei der Bestimmung ihres Mitgliederkreises zwar nicht ausschließlich, aber doch in weiten Teilen sehr eng zunächst am KdmPat zur GewO idF 1933/34 und später an der GewO 1973 orientiert und damit der Verfassungsgerichtshof-Judikatur zum "*land- und forstwirtschaftlichem Gebiet*"⁵³ Rechnung getragen. Nun stellt sich⁵⁴ die Frage, welche Wirkung eine Änderung der Bestimmungen der GewO über den als Land- und Forstwirtschaft ausgenommenen Bereich (in Form von Vergrößerungen oder Verkleinerungen des ausgenommenen Bereiches) für die Landesgesetze und ihren Kompetenzbereich haben kann. Zu solchen Änderungen der "*Ausnahmeklausel*" ist es auch nach den Novellen 1933/34 mehrmals gekommen: Mit BGBl 1963/35 wurde die sog. "*Nachbarschaftshilfe*" als weitere von der GewO ausgenommene Tätigkeit in Art V lit a KdmPat verankert, die GewO 1973⁵⁵ setzte an die Stelle der Art IV (2) und Art V KdmPat die wesentlich umfangreicheren und detaillierten Formulierungen des § 2 (1) Z 1, 2, 4 u 5 und § 2 (3) – (7) und schließlich nahm die GewO-Novelle 1988⁵⁶ in die Liste der von der GewO ausgenommenen Genossenschaftstätigkeiten die Wärmeherzeugung und -lieferung bestimmter Biomasse-Anlagen neu auf (§ 2 (1) Z 4 lit h).

50 Funk, System, 88ff

51 VfSlg 8539/1979

52 Vgl zur analogen Begriffsbildung des "*land- und forstwirtschaftlichen Grundverkehrs*" als Landeskompentenz die ständige Rechtsprechung des VfGH, dargestellt bei Pernthaler, Zivilrechtswesen und Landeskompentenz, 1987, 26ff

53 VfSlg 1642/1948

54 Angesichts der VfGH-Erk Slg 1642/1948 und 8539/1979

55 BGBl 1974/50

56 BGBl 1988/399

1. Allgemeines

Grundsätzlich ist dazu zunächst festzuhalten, daß diese einfachgesetzlichen **Änderungen der Ausnahmeklausel** für sich allein **keine kompetenzrechtlichen Wirkungen** in dem Sinn haben können, daß damit **automatisch die Landeskompetenz** betreffend berufliche Vertretungen **verändert** (= verengt oder erweitert) wird oder nach dem Verständnis der Verfassungsgerichtshof-Judikatur der verfassungsrechtliche Begriff des *"land- und forstwirtschaftlichen Gebietes"* neu bestimmt wird. Der **einfache Gesetzgeber** ist nämlich nicht befugt, Kompetenzgrenzen zu ändern, vielmehr muß er **selbst innerhalb** der verfassungsrechtlichen **Kompetenzschränken** bleiben.

a) Das bedeutet konkret für den Gewerberechtsgesetzgeber, daß er **Verengungen** des ausgenommenen Bereiches zulässigerweise nur dann vornehmen darf, wenn der der GewO **neu unterstellte Bereich** im Sinne des Versteinerungsprinzips als **"Angelegenheit des Gewerbes"** qualifiziert werden kann⁵⁷, oder wenn die nunmehrige Unterstellung unter die GewO als *"intrasystematische Fortentwicklung"* des historischen Normenbestandes gedeutet werden kann. Nach ständiger Verfassungsgerichtshof-Judikatur⁵⁸ bewirkt nämlich das Versteinerungsprinzip nicht, daß der Inhalt eines Kompetenztatbestandes **nur** durch die im Versteinerungszeitpunkt vorhandenen konkreten gesetzlichen Regelungen bestimmt ist; vielmehr sind auch **Neuregelungen** *zulässig, sofern sie nach ihrem Inhalt systematisch dem gleichen Kompetenzgrund angehören* – die Neuregelung muß sich **nur innerhalb des durch die historische Rechtslage vorgezeichneten Systems** halten (*Prinzip der intrasystematischen Fortentwicklung*). Ob eine Systemzugehörigkeit einer Neuregelung in diesem Sinne bejaht wird, hängt von der Abstraktionshöhe ab, mit der das *"System"* ermittelt wird⁵⁹, und ist in der praktischen Anwendung durch den Verfassungsgerichtshof auch entscheidend **von Wertungen abhängig**⁶⁰. Abgewogen wird zwischen der Entscheidung, ob eine Kompetenzerweiterung für die Länder zugelassen wird, oder ob dem Bund sachlich zusammengehörige Bereiche erhalten bleiben sollen.

Im vorliegenden Zusammenhang ist nun jedenfalls festzuhalten, daß eine nach diesen Kriterien **verfassungsrechtlich zulässige Verengung** der die Land- und Forstwirtschaft umschreibenden Ausnahmeklausel in der GewO auch die Landeskompetenz beschneiden kann: Sofern Landesgesetze einen nunmehr der GewO unterstellten Regelungsbereich betreffen, würden sie verfassungswidrig; eine **verfassungsrechtlich unzulässige Verengung** der Ausnahmeklausel dagegen berührt die Landeskompetenz nicht.

57 Also im Sinne der Versteinerungstheorie nach dem Stand der GewO von 1925 und der damals geltenden Abgrenzung im KdmPat *"Gewerbe"* war

58 Vgl die Nachweise bei Funk, System, 78; Pernthaler, Kompetenzverteilung, 82

59 Funk, System; Pernthaler, Kompetenzverteilung; je abstrakter das System gebildet wird, desto weiter wird der Kompetenztatbestand – je konkreter, desto enger wird die Deckung neuer Regelungen

60 Funk, System, 79; Pernthaler, Kompetenzverteilung, 82

b) **Erweiterungen** der Ausnahmeklausel durch den Gewerberechtsgesetzgeber können kompetenzrechtlich grundsätzlich zweierlei sein: Entweder handelt es sich um einen **Verzicht** des Bundesgesetzgebers auf einen ihm an sich zustehenden Regelungsbereich (kompetenzrechtliche "*Freilassung*")⁶¹, der keine Auswirkungen für die Landeskompetenz nach sich zieht. Oder es handelt sich um ein Zurückziehen des Bundesgesetzgebers, der damit einer **Fortentwicklung** des Bereiches der **Land- und Forstwirtschaft** iS des Prinzips der intrasystematischen Fortentwicklung Rechnung trägt und eine (schon stattgefundene) Erweiterung der Landeskompetenz auf einfachgesetzlicher Ebene nachvollzieht. Wie nämlich **Massauer**⁶² bereits nachdrücklich festgehalten hat, darf auch *die aus der GewO ausgenommene Land- und Forstwirtschaft* nicht auf dem Status von 1925 fixiert werden, sondern muß **offen sein für systemimmanente Fortentwicklungen** und daher auch für Ausdehnungen der Landeskompetenz. Allerdings ist die Beantwortung der Frage, ob eine Neuregelung noch dem Kompetenzgrund angehört, letztlich eine **Wertungsfrage**, wobei die allgemeine Tendenz des Verfassungsgerichtshofes bei der Anwendung des Prinzips der intrasystematischen Fortentwicklung eine **überwiegend zentralistische Ausrichtung** aufweist⁶³. Auch VfSlg 8539/1979 bestätigt diesen Trend, weil darin der Verfassungsgerichtshof bezüglich der Genossenschaften keine Bereitschaft zeigt, über den Stand von 1933/34 hinaus Weiterentwicklungen zugunsten der Länder zuzulassen.

2. Die konkreten Novellen

Was nun die kompetenzrechtliche Beurteilung der tatsächlich stattgefundenen Novellierungen der Ausnahmeklausel und ihre allfälligen Auswirkungen auf die Landeskompetenz anlangt, ist folgendes festzuhalten:

a) **Die GewO-Novellen** der Jahre 1933/34 sind – wie oben dargelegt – im wesentlichen als Erweiterungen des Bereiches der Land- und Forstwirtschaft, als gesetzliche Klarstellungen einer seit 1925 eingetretenen Fortentwicklung dieses Bereiches zu betrachten und wurden vom Verfassungsgerichtshof in VfSlg 1642/1948 implizit auch im Hinblick auf die Berufsvertretungskompetenz der Länder als solche akzeptiert.

b) Mit BGBl 1963/35 wurde der Kreis der in Art V lit a KdmPat ausgenommenen Tätigkeiten um die sog **Nachbarschaftshilfe** erweitert (Besorgung von Diensten und Verleih von eigenen landwirtschaftlichen Maschinen für andere land- und forstwirtschaftliche Betriebe); bis dahin war lediglich die Besorgung von Fuhrwerksdiensten im

61 Vgl **Massauer**, Die Land- und Forstwirtschaft in der GewO einschließlich der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, in: Rill (Hg), *Gewerberecht, Beiträge zu den Grundfragen der GewO 1973, 1978, 32 und 102*

62 **Massauer**, in: Rill, 30ff

63 **Funk**, System, 79 ff; **Pernthaler**, Kompetenzverteilung, 82

KdmPat als Nebengewerbe genannt gewesen. Die Materialien zu dieser Novellierung lassen eindeutig erkennen, daß damit einer schon lange eingetretenen Fortentwicklung der Land- und Forstwirtschaft Rechnung getragen werden sollte⁶⁴, und kompetenzrechtlich kein Verzicht des Gewerberechtsgebers vorlag⁶⁵.

c) Die durch die GewO 1973 vorgenommene Neufassung der Ausnahmeklausel betreffend Land- und Forstwirtschaft ist laut den EB zur RV⁶⁶ im allgemeinen **von der geltenden Rechtslage** ausgegangen und *"hat nur verschiedene Bestimmungen den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechend schärfer gefaßt"*⁶⁷.

aa) Die von Massauer⁶⁸ akribisch durchgeführte Analyse der einzelnen Neueregungen kommt zum verfassungsrechtlichen Ergebnis, daß die GewO 1973 sich jeweils innerhalb der Grenzen gehalten habe, und daß auch die **Lockerungen zugunsten der Länder** (wie zB Unterstellung der *Pflanzenzucht in Behältern* unter den ausgenommenen Begriff *"land- und forstwirtschaftliche Produktion"*; leichte Erweiterung der ausgenommenen Bereiche *"Nachbarschaftshilfe"* und *"Fuhrwerksdienste"*; keine Beschränkung der Nebengewerbe auf Verarbeitungsvorgänge) **durch entsprechende Ansätze im Kompetenzbereich der Länder gedeckt seien**⁶⁹.

In konsequenter Weiterführung des auch in VfSlg 1642/1948 ansatzweise praktizierten Einsatzes des Prinzips der *intrasystematischen Fortentwicklung*⁷⁰ müßten auch die durch GewO-Novellierungen nach 1933/34 bewirkten *Ausdehnungen der Ausnahmeklausel*, die als kompetenzrechtlicher Tribut an eine Weiterentwicklung der Land- und Forstwirtschaft deutbar sind, den Begriff des *"land- und forstwirtschaftlichen Gebietes"* und damit die Berufsvertretungskompetenz der Länder ausweiten.

bb) Bei den bisher von der GewO ausgenommenen land- und forstwirtschaftlichen **Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften** brachte die GewO 1973 eine **Verengung** gegenüber der bisherigen Rechtslage (KdmPat), da die Ein- und Verkaufsgenossenschaften (**Lagerhausgenossenschaften**) nunmehr der GewO unterstellt wurden⁷¹.

Die dafür in den EB zur Regierungsvorlage der GewO 1973⁷² **gegebene kompetenzrechtliche Begründung**, im Versteinerungszeitpunkt seien die Genossenschaften unter die Gewerberechtskompetenz des Bundes gefallen, ihre Ausnehmung 1933/34 sei

64 Bericht des Handelsausschusses, 13 BlgNr 10. GP

65 Massauer, in: Rill (Hg), Gewerberecht, 60

66 395 BlgNR 13. GP, 104

67 Bei den Erläuterungen zu den Einzelbestimmungen betonen die EB mehrfach, man sei im wesentlichen vom KdmPat ausgegangen und habe nur Klarstellungen getroffen

68 Massauer, in: Rill (Hg), Gewerberecht, 33ff

69 Massauer, in: Rill (Hg), 33f, 57ff, 61ff, 67f

70 Siehe oben IV.B.2: Abstellen auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Entscheidung – Fassung des KdmPat von 1933/34

71 Indem sie nicht in die in § 2 (1) Z 4 GewO 1973 verankerte Liste von der GewO nicht unterstehenden Genossenschaftstätigkeiten aufgenommen wurden

72 Nach deren Plan hätten alle land- und forstwirtschaftlichen Genossenschaften der GewO unterstellt werden sollen!

nur ein Regelungsverzicht gewesen, und daher dürfe der Bundesgesetzgeber sie auch wieder einbeziehen⁷³, trifft so nicht zu: In Wahrheit war die Unterstellung der Genossenschaften unter die GewO strittig gewesen⁷⁴ und erfuhr durch die GewO-Novellen 1933/34 eine gesetzliche Klarstellung⁷⁵. Schon eher zutreffend ist die Begründung im Bericht des Handelsausschusses zur RV der GewO 1973, wonach nur die Lagerhausgenossenschaften der GewO unterstellt werden sollen, weil diese "sich nach Erscheinungsbild und Betriebsform gewerblichen Betrieben angenähert haben"⁷⁶. Allerdings kann aus dieser faktischen Entwicklung keine unmittelbare kompetenzrechtliche Konsequenz abgeleitet werden.⁷⁷

Bezeichnenderweise hat der Verfassungsgerichtshof in VfSlg 8539/1979 – also 6 Jahre nach der Erlassung der GewO 1973 – bei der Beurteilung der Berufsvertretungskompetenz bezüglich Genossenschaften **ungeachtet** der durch die GewO 1973 verfügten **Verengung** des Ausnahmebereiches **weiterhin** die Abgrenzung für maßgeblich gehalten, wie sie das KdmPat zur GewO idF 1933/34 getroffen hat – somit ist für den Verfassungsgerichtshof die Einschränkung durch die GewO 1973 bei den Genossenschaften für die Landeskompetenz ohne Wirkung geblieben.

Ebenso hatte bereits 1974 die Novelle des LandarbeitsG (und ihr folgend die LandarbeiterkammerG) bei der Adaptierung der Betriebsdefinition an die Neufassung des § 2 der GewO 1973 die Ein- und Verkaufsgenossenschaften weiterhin unter die land- und forstwirtschaftlichen Betriebe eingereiht und dies mit dem "Kompetenztatbestand 'land- und forstwirtschaftlicher Bereich' gemäß VfSlg 1642/1948" begründet.

d) Zu der durch die GewO-Novelle 1988 geschaffenen *Biomasse-Regelung* enthalten weder die RV (in ihr war die Regelung noch nicht enthalten) noch der Ausschußbericht Erläuterungen; bei der parlamentarischen Behandlung der Novelle im Nationalrat⁷⁸ wurde aber ausgeführt, damit werde der Verkauf von Wärme aus Biomasse bis zwei Megavolt "als landwirtschaftlicher Nebenbetrieb anerkannt". Es sollte den Bauern ermöglicht werden, ihre Hackschnitzel in von bäuerlichen Gemeinschaften betriebenen Anlagen zu verwerten; ebenso sollte die angestrebte Anlegung von Energiewäldern durch entsprechende Verwertungsregelungen sinnvoll ermöglicht werden.

Nach diesen Ausführungen verstand der Gesetzgeber die Einführung der Bestimmung wohl als **Fortentwicklung des Bereichs der Land- und Forstwirtschaft**, wofür ein Systemansatz im Begriff "land- und forstwirtschaftliches Nebengewerbe" gesehen werden könnte.

73 EB zur RV 395 BlgNR 13. GP, 105

74 Laszky/ Nathansky/Heller, Heller's Kommentar, 39

75 Vgl auch Massauer, in: Rill (Hg), Gewerberecht, 83, Anm 182

76 941 BlgNR 13. GP, 2

77 Vgl dazu jetzt besonders deutlich VfGH-ERk v 28.6. 1995, G 89/94

78 StenProt 69. Sitzung v 6. Juli 1988, 17. GP, 7994

V. Rechtspolitische Erwägungen

1. Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Neuformulierung der Land- und Forstwirtschaft als Kompetenzbegriff

Die Analyse der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes hat ergeben, daß eine wesentliche **"Dynamisierung"** des Anwendungsbereiches der Verfassungsbegriffe *"land- und forstwirtschaftliches Gebiet"* bzw. *"land- und forstwirtschaftlicher Betrieb"* auf dem Boden der derzeitigen Verfassungsauslegung nicht zu erreichen ist. Realistischer Weise kann auch nicht mit einer Änderung dieser zum Teil problematischen Verfassungsauslegung gerechnet werden, weil sie im wesentlichen auf (verfassungskräftigen) **Rechtssätzen** nach Art 138 Abs 2 B-VG beruht, von denen der Verfassungsgerichtshof selbst nicht mehr abweichen kann⁷⁹. Im übrigen würde auch eine methodisch korrekte Auslegung der maßgeblichen Kompetenztatbestände – insbesondere des Art 11 Abs 1 Z 2 B-VG – nach der **Versteinerungstheorie** und der damit verknüpften **"intrasystematischen Fortentwicklung"** des seinerzeitigen Rechtsmaterials⁸⁰ keine wesentliche Erweiterung der hier maßgeblichen Begriffsinhalte mit sich bringen, worauf die Untersuchung an Hand des historischen Rechtsmaterials eingehend hingewiesen hat.

Aus diesem Grunde werden im folgenden Vorschläge für eine **zeitgemäße Neuformulierung des Verfassungsbegriffes "land- und forstwirtschaftliches Gebiet"** entwickelt. Diese knüpfen nicht mehr an die überholte **historische** Abgrenzung der Land- und Forstwirtschaft vom *"gewerblichen Betrieb"* an, sondern entsprechen der heutigen wirtschaftlichen Situation der Land- und Forstwirtschaft und ihrer – vorwiegend **ökologisch ausgerichteten** – wirtschaftlichen Randbereiche.

Methodisch wird dabei so vorgegangen, daß soweit als möglich an die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes – insbesondere an die oben (II. A.) angeführten verfassungskräftigen Rechtssätze – angeknüpft wird und ihre, in der Folge nicht weiterentwickelten, Ansätze zu einer **"Dynamisierung"** im Lichte heutiger betriebswirtschaftlicher Gegebenheiten, neuer Berufszweige und ökologischer Ausrichtung verfassungspolitisch weiterentwickelt werden. Damit soll der bisherige Rechtsbestand und die dazu ergangene Rechtsprechung soweit als möglich erhalten und in die notwendige Neuformulierung der Kompetenzbestimmung als weiterhin maßgebliche Grundlage miteinbezogen werden.

Daß eine entsprechende Neuformulierung einer verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsbestimmung – trotz der in der Verfassungsrechtsprechung sonst vorherrschenden **"Versteinerungstheorie"** – durchaus Ansatz einer **"dynamischen Verfassungsauslegung"** sein kann, beweist die Allgemeinzuständigkeit der Gemeinde (Art 118 Abs 2

79 Vgl. Pernthaler/Weber, Melichar-FS, 158ff.

80 Vgl. Funk, System, 69ff und 77ff; Pernthaler, Kompetenzverteilung, 79ff.

B-VG), die in Rechtsprechung und Lehre heute einhellig in diesem Sinne ausgelegt wird⁸¹.

2. Die "tatsächlichen Verhältnisse" in der Land- und Forstwirtschaft als Ansatz einer "intrasystematischen Fortentwicklung"

In seinen beiden grundlegenden Kompetenzfeststellungen zum Gegenstand hat der Verfassungsgerichtshof selbst die entscheidenden Ansatzpunkte einer "**intrasystematischen Dynamisierung**" des Begriffs "*land- und forstwirtschaftliches Gebiet*" grundgelegt.

a) In VfSlg 1642/1948 stellte er zwei elementare Grundsätze klar, die auch für jede Neuregelung maßgeblich bleiben müssen, weil sie die ganze Weite der Begriffsbildung "*Land- und Forstwirtschaft*" begründen:

- * Der Begriff "*land- und forstwirtschaftliches Gebiet*" wird in der Verfassung **ohne Einschränkung** gebraucht und vom Verfassungsgesetzgeber selbst nicht authentisch interpretiert.
- * Zur Auslegung des Begriffes ist daher auf die **tatsächlichen Verhältnisse** abzustellen.

Nimmt man diese beiden Begriffsmerkmale als Ansatzpunkte einer gegenwartsbezogenen Auslegung, so ist nicht auf ein begrenztes **historisches** Begriffsverständnis oder **historische "tatsächliche Verhältnisse"**, sondern auf die tatsächlichen Entwicklungen in der Land- und Forstwirtschaft in einem ganz weiten Begriffsverständnis ("*ohne Einschränkungen*") abzustellen.

b) Im Erkenntnis VfSlg 4446/1963 begründete die Verfassungsrechtsprechung die "**ökonomische Betrachtungsweise**" des Begriffes Land- und Forstwirtschaft durch die beiden folgenden Begriffsmerkmale:

- * Ausschlaggebend ist nicht die Tätigkeit des einzelnen Arbeitnehmers oder die Rechtsform des Unternehmers, sondern die Zugehörigkeit zu einem land- und forstwirtschaftlichen **Betrieb** oder **Betriebszweig**; dabei ist das Begriffselement "*Betrieb*" ("*Betriebszweig*") nach den (sich wandelnden) Erscheinungsformen des **Wirtschaftslebens** zu beurteilen⁸².
- * Nicht nur land- und forstwirtschaftliche Betriebe **im engeren Sinne**, sondern auch solche, deren Tätigkeit *in unmittelbarem Zusammenhang mit der Land- und Forstwirtschaft stehen*, sind solche auf "*land- und forstwirtschaftlichem Gebiet*".

81 *Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung III, 1990, 54ff mwN

82 VfSlg 8539/1979; VfSlg 11.501/1987

Beide Begriffsmerkmale der Verfassungsrechtsprechung bringen wesentliche Ansätze eines dynamischen Verständnisses der Land- und Forstwirtschaft und sollen daher im folgenden in eine zeitgemäße Begriffsbildung "*land- und forstwirtschaftliches Gebiet*" integriert werden: Das Merkmal "**Betrieb**" ("**Betriebszweig**") kann auch heute nicht anders definiert werden als von den **aktuellen** Gegebenheiten und Eigenarten des Wirtschaftslebens, in die er eingebettet ist. Immer wieder gibt es **neuartige** wirtschaftliche Erscheinungsformen, die mit der Land- und Forstwirtschaft entweder den Boden als Produktionsfaktor gemeinsam haben oder in einem solchen **ökonomischen Zusammenhang** stehen, daß ihre Einbeziehung in ein **umfassend** definiertes "*land- und forstwirtschaftliches Gebiet*" ("**ohne Einschränkungen**" – siehe oben) sachlich gerechtfertigt erscheint.

3. Neuartige Betriebsmittel, Betriebszwecke und Organisationsformen der Land- und Forstwirtschaft

Im Lichte der zuvor dargestellten, in der Verfassungsrechtsprechung selbst begründeten Ansatzpunkte eines **dynamischen** Begriffsverständnisses "*land- und forstwirtschaftliches Gebiet*" sind es vor allem drei wesentliche Elemente des "**wirtschaftlichen Betriebes**"⁸³, die als Dynamisierungsfaktoren in Betracht kommen, nämlich

- * Betriebsmittel
- * Betriebszweck und
- * Betriebsorganisation.

a) Die Versteinerung des Begriffes Land- und Forstwirtschaft auf historische Betriebsformen knüpft vor allem an das **Betriebsmittel** "*eigener (oder gepachteter) Grund und Boden*" an⁸⁴.

Nun läßt aber eine empirische Analyse der heutigen Produktionsbedingungen der Land- und Forstwirtschaft – vor allem im Lichte der Situation in der Europäischen Union – unschwer erkennen, daß der Produktionsfaktor "*Grund und Boden*" hier ständig an Bedeutung verliert. Es sind vielmehr das **ingesetzte Kapital** an Maschinen, sonstigen Investitionen, Saatgut, Futtermittel, Pflanzen- und Tierschutzmittel, **Planungen, Kooperations- und Arbeitsteilungsformen** sowie hochkomplexe Lagerungs-, Vermarktungs- und Verarbeitungssysteme, die den wirtschaftlichen Erfolg oder Mißerfolg der Land- und Forstwirtschaft in erster Linie bestimmen. Wo die industrielle Betriebsform nicht schon den Einzelbetrieb prägt, sind es entsprechende **überbetriebliche Planungssysteme und Kooperationsformen**, die diese Produktionsweise weithin

83 Vgl VwGH Erk v 1.6.1988, ZI 88/01/0041 – 0054

84 VfSlg 8539/1979 ua

zwingend vorgeben. Ist dies aber die wirtschaftliche Realität der Land- und Forstwirtschaft von heute und morgen, so kann es nur eine lebensfremde Fiktion sein, den land- und forstwirtschaftlichen Betrieb auf den Produktionsfaktor **"eigener Grund und Boden"** zu beschränken, dem unbestreitbar nur mehr ein ständig geringer werdender **Anteil an der Hervorbringung des Produktionsergebnisses** zukommt.

Unabhängig von der historisch überkommenen Rechtsform **"Genossenschaft"** müssen daher alle heute vorherrschenden Entwicklungs-, Kooperations- und Arbeitsteilungsformen der land- und forstwirtschaftlichen Produktion einbezogen werden (Schlägerungsunternehmen, Maschinenringe, Versuchsanstalten, Lehrbetriebe, Verarbeitungs- und Verwaltungsunternehmungen uva). Aber auch gewerbliche oder industrielle Tierproduktionsbetriebe (Intensivtierhaltung), Saatgut- und Futtermittelunternehmen, Pflanzen- und Tierschuttmittelerzeuger oder -vertreiber, die in organisatorischer Verknüpfung mit der Land- und Forstwirtschaft stehen, gehören zum **"land- und forstwirtschaftlichen Gebiet"** im umfassenden Sinne, weil sie Ausdrucksformen der hier vorangetriebenen besonderen **Planungssysteme, Arbeitsteilung und Kooperation** sind. Im besonderen haben sich aber auch im Bereich des **Gartenbaues** Betriebsformen entwickelt, bei denen das Element **"eigener Grund und Boden"** völlig fehlt, die aber nach den heutigen wirtschaftlichen Gegebenheiten und Verkehrsauffassungen durchaus als **"Gartenbau"** in einem erweiterten Begriffsverständnis anzusprechen wären. Dazu gehören vor allem die Landschaftspflege, Gartengestaltung auf fremdem Grund und Boden, die Verarbeitung und der Vertrieb von Gartenprodukten, die organisatorisch mit einem Gartenbauunternehmen verknüpft sind, uä.

b) Seit Urzeiten der Menschheit bestand der einzige **wirtschaftliche Zweck** der Bearbeitung von fruchtbarem Land oder der Viehhaltung in der **Urproduktion**, dh in der Hervorbringung land- und forstwirtschaftlicher Produkte; einen ganz geringen Anteil hatte daneben auch die ästhetische Absicht einer reinen **"Veredelung der Natur"** zur Gewinnung von Parkanlagen, Lustgärten uä. Vor diesem historischen Hintergrund **"versteinerte"** daher die Judikatur als (einzigen) Betriebszweck land- und forstwirtschaftlicher Betriebe die **"Hervorbringung von bestimmten Produkten"**, die sog **"Urproduktion"** und den Vertrieb **unverarbeiteter** Erzeugnisse dieser Produktion⁸⁵.

Durch die zunehmende Erkenntnis von der Bedeutung der **ökologischen Bedingungen und Zusammenhänge** allen Wirtschaftens und aller Zivilisationserscheinungen (Siedlung, Verkehr, Tourismus, Sportausübung uä) wurde aber ein immer größerer Anteil der Natur- und Bodenbearbeitung von der **Produktion zur Pflege und Erhaltung** im Sinne einer Erzielung von **Schutz-, Erholungs- und Wohlfahrtswirkungen** umgelenkt.⁸⁶

Der Anteil des **privaten Wirtschaftens** trat vielfach in eine untrennbare Symbiose mit der **öffentlichen Wirtschaft**, die durch Planungen, Subventionen und Entschädi-

85 VfsIlg 8539/1979; 11501/1987 ua

86 Vgl dafür paradigmatisch die rechtliche Definition des **Waldes** gemäß § 1 Abs 1 ForstG, BGBl 1975/440 idGF, wo die **"Nutzwirkung"** nur eine der vier Begriffsmerkmale der Waldwirtschaft im Rechtssinn darstellt

gungen ihre Zielsetzungen gegenüber einer rein betriebswirtschaftlich begründeten Bodennutzung durchsetzte. Wenngleich diese gemischte Betriebsform und das ihr zugrundeliegende Wirtschaftsprinzip (*Nachhaltigkeitsgrundsatz*) vor allem in der alpenländischen Land- und Forstwirtschaft einige Tradition hat, ist die Schweregewichtsverschiebung zu reinen **Erhaltungs-, Rekultivierungs- und Pflegemaßnahmen der Natur** eine neuere wirtschaftliche Entwicklung, die in der historischen Begriffsbildung keine Grundlage hat.

Unternehmen und Betriebszweige – auch der öffentlichen Verwaltung –, die sich vorzugsweise diesen **ökologischen** Zielsetzungen der Land- und Forstwirtschaft zuwenden, fallen daher aus der historischen Begriffsbildung "*Land- und Forstwirtschaft*" heraus, müßten aber im Sinne eines dynamischen Verständnisses der "**Naturbearbeitung**" einbezogen werden, weil ihr Anteil ständig an Bedeutung gewinnt und neben die "**industrialisierte**" Land- und Forstwirtschaft als zweite ökologisch unabdingbare Säule der modernen *Naturnutzung und Naturpflege* tritt. Auch in der – gewiß ökonomisch ausgerichteten – Wirtschaftspolitik der **Europäischen Union** tritt dieser *ökologische Aspekt* der Land- und Forstwirtschaft im Rahmen der Förderung der **Berglandwirtschaft** und der Leistungen der Land- und Forstwirtschaft auf den Gebieten des **Umweltschutzes** deutlich hervor.

Aus diesem Grunde müßte eine zeitgemäße Begriffsbildung des "*land- und forstwirtschaftlichen Gebietes*" vor allem alle Betriebe erfassen, welche die Natur unter dem Gesichtswinkel des **Umweltschutzes**, der **Landschaftspflege** (Nationalparks, Biotope uä) oder zur Erzielung reiner **Schutz- und Wohlfahrtswirkungen** (zB Wildbach-, Lawinen-, Staub- und Emissionsschutz) unmittelbar bearbeiten.

Gleichfalls gehören zu den modernen, **nicht-produzierenden** Betriebsformen der Land- und Forstwirtschaft alle jene Unternehmen, welche die Natur oder die Tierhaltung als Gegenstand der Sportbetätigung, des Tourismus oder für Lehr- und Forschungszwecke **betriebllich nutzen**. Dazu zählen etwa die Gestalter und Pfleger von Golfplätzen, die Erhaltung von Schipisten, Wanderwegen, forstlichen Gestaltungseinrichtungen uä, aber auch der Betrieb von Reitställen, Tierparks ua.

c) Einen besonders einschneidenden Wandel erfuhr der dritte wesentliche Betriebsfaktor der Land- und Forstwirtschaft, die **Betriebsorganisation**. Schon beim Betriebsfaktor "*eigener Grund und Boden*" wurde darauf hingewiesen, daß die **industrielle** Betriebsform auch in der Land- und Forstwirtschaft ständig im Vordringen ist und die klassischen Organisationsformen der "**Bauernwirtschaft**" bzw der auf wechselseitiger **Selbsthilfe** angelegten Kooperationsformen (Genossenschaften, Agrarge-meinschaften uä) zurückdrängt bzw von innen her verwandelt. Der ständig steigende Konkurrenzdruck – vor allem auch durch internationale und supranationale Verflechtungen und Steuerungssysteme – und der zunehmende Kapitaleinsatz in den Einzelwirtschaften und Vermarktungsorganisationen zwingen zu neuartigen Planungs- und Kooperationsformen auch dort, wo noch kleinere Einzelunternehmen auf Eigentumsbasis weiterbestehen.

Die ausschlaggebenden wirtschaftlichen Entscheidungen werden durch *kollektive Planungssysteme* in entscheidender Weise vorgeprägt oder überhaupt dem Einzelunternehmen entzogen. *Kollektive Betriebsformen und Vertriebssysteme* müssen gewählt werden, um die notwendigen Investitionen rentabel zu machen; die *wechselseitige Abstimmung* der Wirtschaftsplanungen und ein *intensiviert arbeitsteiliges Wirtschaften* werden zur Bedingung des Überlebens kleiner und mittlerer Unternehmen der Land- und Forstwirtschaft.

Seit langem sind wichtige Teile der klassischen ("geschlossenen") land- und forstwirtschaftlichen Produktion aus den Einzelunternehmen ausgelagert und der öffentlichen Hand oder kollektiven Organisationsformen übertragen worden: Kein Bauer oder Forstunternehmer kann heute die notwendige Forschung und Entwicklung, die hochspezialisierte Ausbildung zu Führungskräften und Facharbeitern, die Saatgutgewinnung, Futtermittelerzeugung, Zuchttechniken, den Pflanzen- und Tierschutz uä autonom, im *eigenen Betrieb* bewältigen. Für den Absatz und die *Vermarktung* land- und forstwirtschaftlicher Produkte gilt dasselbe: Auch hier haben überbetriebliche Organisationsformen den Hauptteil der - traditionell der Land- und Forstwirtschaft zugerechneten - Neben- und Hilfgeschäfte mit land- und forstwirtschaftlichen Produkten übernommen. In noch stärkerem Maße sind Gewerbe und Industrie in die - ehemals in geschlossener Eigenwirtschaft durchgeführte - Erzeugung, Pflege und Reparatur von *Produktionsmitteln und Maschinen* (früher: "Geräte") der hochtechnisierten und kapitalintensiven Betriebsformen der Land- und Forstwirtschaft eingedrungen.

d) Als Ergebnis der geschilderten Entwicklung der wichtigsten Betriebsfaktoren der Land- und Forstwirtschaft ist daher festzuhalten:

Der prinzipielle Unterschied zwischen *gewerblich-industrieller* und *land- und forstwirtschaftlicher Betriebsform* ist durch die heutigen Betriebsformen der Land- und Forstwirtschaft stark verwischt oder überhaupt aufgehoben worden. Er kann daher nicht länger als sinnvoller Ansatz einer rechtlichen Differenzierung oder gar einer so grundlegenden verfassungsrechtlichen Abgrenzung, wie es die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern darstellt, genommen werden. Die oben dargestellten letztlich unverständlichen und verkrampft wirkenden Abgrenzungsversuche der Rechtsprechung der Höchstgerichte zwischen "*Gewerbe*" (*Industrie*) und "*Landwirtschaft*" gehen auf dieses Auseinanderklaffen zwischen der Entwicklung der ökonomischen Wirklichkeit und den "*versteinerten*" historischen Unterschieden zwischen beiden Betriebsformen zurück. Eine sinnvolle verfassungsrechtliche Neuabgrenzung kann daher nicht länger an die historischen Unterschiede zwischen Gewerbe und Landwirtschaft anknüpfen, sondern muß nach anderen, zeitgemäßen Abgrenzungskriterien suchen.

4. Vorschlag einer verfassungsrechtlichen Neudefinition des Begriffes "Land- und Forstwirtschaft"

Will man aus der festgefahrenen Judikatur und der "versteinerten" Begriffsbildung des "land- und forstwirtschaftlichen Gebietes" herauskommen, so kann dies nach allen bisherigen Darlegungen nur auf der Grundlage einer verfassungsrechtlichen Neudefinition des Begriffes "Land- und Forstwirtschaft" geschehen.

a) Eine solche Neudefinition, die sich auch sehr gut in den Rahmen einer echten "Strukturreform der Kompetenzverteilung" fügen würde⁸⁷, müßte folgende verfassungspolitische Grundlinie verfolgen:

Nicht die Abgrenzung von einem umfassend verstandenen Begriff des "Gewerbes" (der "Industrie") kann im Subtraktionsverfahren den "Restbegriff" Land- und Forstwirtschaft ergeben, sondern die Verfassung müßte – ausgehend von den heutigen wirtschaftlichen Gegebenheiten – eine **selbständige Begriffsbildung "Land- und Forstwirtschaft"** vornehmen.

Dies hätte zur Folge, daß bei scheinbaren Überschneidungen und Zweifelsfragen nicht automatisch die **Bundeskompentenz "Gewerbe" ("Industrie")** zum Tragen kommt⁸⁸, sondern beide Begriffe prinzipiell gleichwertig miteinander zu vergleichen und abzuwägen wären.

b) Um Überschneidungsprobleme auf ein Minimum zu reduzieren, soll im folgenden eine Formulierung vorgeschlagen werden, die eine ganz andere Rechtstechnik als die bisherige Kompetenzverteilung verwendet: Sie vermeidet die höchst problematische Abgrenzung vom Begriff "Gewerbe" ("Industrie") von vornherein und knüpft an eine verhältnismäßig präzise **betriebswirtschaftliche Definition** der Land- und Forstwirtschaft im heutigen Sinne an.

Zur Auslegung dieses **neuen Verfassungsbegriffes "Land- und Forstwirtschaft"** müßten die Erläuternden Bemerkungen ausführlich Hinweise über die heutige Situation der Betriebsmittel, der Betriebszwecke und der Betriebsorganisation in der Land- und Forstwirtschaft enthalten, die den Grund für die verfassungsrechtliche Neuabgrenzung bilden. Aus prinzipiellen verfassungsdogmatischen Erwägungen sollte die Neuformulierung nicht durch eine isolierte Verfassungsbestimmung oder Verfassungsnorm⁸⁹, sondern durch eine Ergänzung der *allgemeinen Kompetenzverteilung* – entweder in Art 11 Abs 1 oder in einem neuen Art 15 Abs 11 B-VG – erfolgen.

87 Vgl dazu *Pernthaler*, Überlegungen für eine Strukturreform der Kompetenzverteilung in Österreich, Loebenstein-FS, 1991, 133ff und den Schlußbericht der beim Bundeskanzleramt eingesetzten Expertenkommission, Neuordnung der Kompetenzverteilung in Österreich, 1991, 523ff

88 So der derzeitige Zustand; vgl dazu *Mayer*, Neue Wege der Kompetenzinterpretation?, ÖJZ 1986, 517f

89 Wie zB das BVG, BGBl 1948/139 oder § 5 Arbeiterkammergesetz, BGBl 1954/105 idF BGBl 1988/685

c) Vorgeschlagen wird etwa folgende Formulierung des Verfassungstextes:

"Berufsvertretungen auf land- und forstwirtschaftlichem Gebiet umfassen alle jene Berufszweige und wirtschaftlichen Betriebe, welche die Natur als Produktionsfaktor oder als Gegenstand der Pflege und Erhaltung sowie zur Erzielung von Schutz- und Wohlfahrtswirkungen bearbeiten. Zur Land- und Forstwirtschaft gehören auch betrieblich notwendige Nebenbetätigungen, Einkaufs-, Verarbeitungs- und Vermarktungsorganisationen, Beratungs- und Schulungseinrichtungen sowie gewerbliche Betriebe, die ausschließlich land- und forstwirtschaftliche Tätigkeiten entfalten oder unterstützen."

Anhang

Das dem von PERNTHALER/RATH-KATHREIN verfaßten Beitrag über "Die Zuständigkeit des Bundes nach Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG zur Regelung von Betriebsanlagen zur Ausübung von Nebengewerben der Land- und Forstwirtschaft (§ 2 Abs 4a Gewerberechtsnovelle 1992)" zugrundeliegende Problem wurde vom Verfassungsgerichtshof mit dem Erkenntnis G 89/94-7 vom 28. Juni 1995 einer Lösung zugeführt. Im folgenden wird dieses Erkenntnis auszugsweise abgedruckt:

Verfassungsgerichtshof
Judenplatz 11, 1010 Wien
G 89/94-7

Im Namen der Republik!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des
Präsidenten

Dr. Adamovich,

in Anwesenheit des Vizepräsidenten

Dr. Piska

und der Mitglieder

Dr. Fessler,
Dr. Gottlich,
Dr. Heller,
Dr. Kienberger,
Dr. Korinek,
Dr. Lass,
Dr. Machacek,
Dr. Morscher,
Dr. Oberndorfer,
Dr. Roessler und
Dr. Spielbüchler

sowie des Ersatzmitgliedes

D D r . R u p p e

als Stimmführer, im Beisein des Schriftführers

D r . K r a f t ,

über den Antrag der Tiroler Landesregierung auf Aufhebung des § 2 Abs 4a und 4b Gewerbeordnung 1973, BGBl 50/1974 in der Fassung der Gewerberechtsnovelle 1992, BGBl 29/1993, sowie des Art IV Abs 9 der Gewerberechtsnovelle 1992, wegen Verfassungswidrigkeit, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art 140 B-VG zu Recht erkannt:

§ 2 Abs 5 und 6 der Gewerbeordnung 1994, sowie Abs 6 der Anlage 2 zur Kundmachung des Bundeskanzlers und des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten, mit der die Gewerbeordnung 1973 wiederverlautbart wird, BGBl Nr 194/1994, werden als verfassungswidrig aufgehoben.

Frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Wirksamkeit.

Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt verpflichtet.

...

II. Der Verfassungsgerichtshof hat erwogen:

1. Der Gesetzesprüfungsantrag der Tiroler Landesregierung ist trotz der – bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung – fehlsamen Bezeichnung der angefochtenen Gesetzesbestimmungen zulässig. Zum Zeitpunkt der Einbringung des Gesetzesprüfungsantrages, der am 25. März 1994, galten nämlich die von der Tiroler Landesregierung angefochtenen Abs. 4a und 4b des § 2 der GewO 1973, in der Fassung der Gewerberechtsnovelle 1992, sowie der Abs 9 des Art IV der Gewerberechtsnovelle 1992, auf Grund der Wiederverlautbarung dieser Rechtsvorschriften durch die Kundmachung des Bundeskanzlers und des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten, BGBl Nr 194/1994, ausgegeben am 18. März 1994, bereits als Abs 5 und 6 des § 2 der GewO 1994, bzw als Abs 6 der Anlage 2 zur Wiederverlautbarungs-Kundmachung. Wie der Verfassungsgerichtshof in seinen Erkenntnissen VfSlg 6281a und 6282/1970 in Abkehr von seiner früheren Judikatur feststellte, bilden die vom Gesetzgeber erlassenen mit den darauffolgenden wiederverlautbarten Normen identische Normen, so zwar, daß "die alten Normen ... auch jetzt noch vorhanden (sind)" und "die wiederverlautbarten Normen ... identisch mit den in der früheren Fassung des Gesetzes enthalten gewesenen (sind)". Die Anfechtung der "alten" Normen anstelle ihrer wiederverlautbarten Fassung durch die Tiroler Landesregierung macht daher den Gesetzesprüfungsantrag nicht unzulässig.

Da es ferner entsprechend der vom Verfassungsgerichtshof VfSlg 6460/1971 vertretenen Auffassung für die Zulässigkeit eines Gesetzesprüfungsantrags im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle nichts schadet, daß eine angefochtene Gesetzesbestimmung erst nach dem Zeitpunkt der Antragstellung in Kraft tritt, ist der Antrag der Tiroler Landesregierung zulässig.

2. Er ist auch in der Sache begründet.

2.1. Die angefochtenen Bestimmungen wurden vom Bundesgesetzgeber kompetenzrechtlich gestützt auf den Tatbestand des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG erlassen, demzufolge Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache sind. Dies ergibt sich schon daraus, daß § 2 Abs 5 GewO 1994 die gesetzlichen Bestimmungen über gewerbliche Betriebsanlagen anlagenbezogen mit einem erweiterten Geltungsbereich ausstattet. Gegenstand der zu prüfenden gesetzlichen Regelungen sind alle, (insbesondere der Nachbarschaft aus einer für Zwecke eines landwirtschaftlichen Nebengewerbes betriebenen Anlage erwachsenden) Gefahren und sonstigen Einwirkungen. Damit scheiden trotz der Berufung auf den "Umweltschutz" in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu § 2 Abs 4a GewO 1973 idF der Gewerbe-rechtsnovelle 1992 (635 BlgNR 18. GP, S 78) die auf spezifische Umweltgefährdungen abstellenden Kompetenzen des Bundes in Gesetzgebung und Vollziehung gemäß Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG ("Maßnahmen zur Abwehr von gefährlichen Belastungen der Umwelt, ..."; "Luftreinhaltung, ..."; "Abfallwirtschaft ...") als kompetenzrechtliche Grundlagen der angefochtenen Gesetzesbestimmungen von vornherein aus.

Im Hinblick auf den in der Äußerung der Bundesregierung enthaltenen Hinweis auf die durch das Bundesverfassungsgesetz über den umfassenden Umweltschutz bewirkte Notwendigkeit eines Ausbaus des Umweltschutzes, erscheint es dem Verfassungsgerichtshof nicht überflüssig, darauf hinzuweisen, daß das Bundesverfassungsgesetz über den umfassenden Umweltschutz keine Veränderung der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern und daher auch keine Erweiterung bestehender Bundeskompetenzen zu Lasten der Länder bewirkt hat. Gemäß § 1 Abs 1 des zitierten Bundesverfassungsgesetzes sind vielmehr Bund, Länder und Gemeinden jeweils im Rahmen ihrer verfassungsmäßigen Kompetenzen zum umfassenden Umweltschutz verpflichtet.

Der Verfassungsgerichtshof hat daher zu prüfen, ob zu den "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie", die dem Bund gemäß Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG in Gesetzgebung und Vollziehung überlassen sind, auch die Regelung und Vollziehung von Vorschriften zählen, mit denen das gewerberechtliche Betriebsanlagenrecht auf landwirtschaftliche Nebengewerbe ausgedehnt wird.

2.2. Nach der als "Versteinerungstheorie" bezeichneten ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ist der Kompetenztatbestand "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie" (Art 10 Abs 1 Z 8 erster Fall B-VG) in dem Sinn zu verstehen, der ihm nach dem Stand und der Systematik der Rechtsordnung zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens, das war der 1. Oktober 1925, zukam. Neue Regelungen können sich daher nur insoweit auf den genannten Kompetenztatbestand stützen, als sie ihrem Inhalt nach dem betreffenden Rechtsgebiet, wie es durch die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kompetenzartikel bestehenden gesetzlichen Regelungen bestimmt ist, systematisch zugehören (VfSlg 7074/1973, 10831/1986, 12996/1992 und 13237/1992, jeweils mit Hinweisen auf die Vorjudikatur).

2.3. Nun bestimmte am 1. Oktober 1925 Art V lit a des Kundmachungspatentes zur GewO 1859, daß die Gewerbeordnung auf "die land- und forstwirtschaftliche Produktion und ihre Nebengewerbe, soweit diese in der Hauptsache die Verarbeitung der eigenen Erzeugnisse zum Gegenstand haben", keine Anwendung findet.

Die betreffenden, mit der land- und forstwirtschaftlichen Produktion zusammenhängenden und hauptsächlich der Verarbeitung eigener Erzeugnisse dienenden Erwerbsbetätigungen wurden also nach dem Stande der Gesetzgebung vom 1. Oktober 1925 nicht als Angelegenheit des Gewerbes angesehen. Wie der Verfassungsgerichtshof mehrfach (vgl nur in anderem Zusammenhang VfSlg 7074/1973 zur Privatzimmervermietung als häuslicher Nebenbeschäftigung und VfSlg 13237/1992 zum Betrieb von Pflegeheimen) der Sache nach feststellte, werden Tätigkeiten, die zum Versteinerungszeitpunkt am 1. Oktober 1925 ausdrücklich von einem gewerberechtlichen Regime ausgenommen waren, auch nicht dadurch zu einer "Angelegenheit des Gewerbes" im verfassungsrechtlichen Sinn, daß sich im Zuge der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklung die betreffenden Tätigkeiten fortentwickelten und möglicherweise eine Dimension gewonnen haben, die sie aus faktischer Sicht den "Angelegenheiten des Gewerbes" vergleichbar machen.

Der Verfassungsgerichtshof bleibt bei dieser Rechtsprechung, auch soweit es sich um Regelungen betreffend gewerbliche Betriebsanlagen handelt: Dem von der Bundesregierung ins Treffen geführten Umstand, daß sich die als landwirtschaftliche Verarbeitungsnebgewerbe ausgeübten Tätigkeiten sowie die diesen Tätigkeiten dienenden Anlagen in den letzten Jahrzehnten von dem zum Versteinerungszeitpunkt gegebenen Erscheinungsbild der Verarbeitungsnebgewerbe immer mehr entfernten und dem Erscheinungsbild einschlägiger Gewerbetätigkeiten und einschlägiger Betriebsanlagen annäherten, kann keine verfassungsrechtliche Bedeutung zukommen.

Entsprechend der aus bundesstaatlicher Sicht entwickelten Versteinerungstheorie dürfen die im Versteinerungszeitpunkt am 1. Oktober 1925 durch Art V des Kundmachungspatentes zur GewO 1859 vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung und

damit von der Kompetenz des Bundesgesetzgebers gemäß Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG ausgenommenen Tätigkeiten und Anlagen auch nicht im Wege einer intrasystematischen Fortentwicklung des, gewerbliche Betriebsanlagen regelnden Normenbestandes reduziert werden. Zwar mag es, wie die Bundesregierung vermeint, "aus der Sicht des Umweltschutzes " nicht einsichtig sein, " etwa ein der Gewerbeordnung 1994 unterliegendes Sägewerk den strengen Bestimmungen des gewerblichen Betriebsanlagenrechtes (vor allem hinsichtlich des Nachbarschaftsschutzes)" zu unterstellen, "ein als Anlage zur Ausübung eines Verarbeitungsnebgewerbes betriebenes Sägewerk von den betriebsanlagenrechtlichen Regelungen (aber) auszunehmen". Darin kann aber nur ein rechts- und verfassungspolitischer Einwand gegen die am 1. Oktober 1925 in Kraft getretene bundesstaatliche Kompetenzverteilung erblickt werden, über den zu urteilen der Verfassungsgerichtshof nicht befugt ist. Wie in der Literatur (Morscher, Die Gewerbekompetenz des Bundes, 1987, S 38 ff) zu Recht ausgeführt wurde, fallen die durch Art V des Kundmachungspatentes zur GewO 1859 vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommenen Tätigkeiten und Anlagen einschließlich der landwirtschaftlichen Verarbeitungsnebgewerbe mangels eines gewerberechtlichen Ansatzpunktes, der einer intrasystematischen Weiterentwicklung zugänglich wäre, keinesfalls unter den verfassungsrechtlichen Kompetenztatbestand der "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie". Sofern aus Gründen des, wie oben dargetan, verfassungsrechtlich verankerten Umweltschutzes bei Betriebsanlagen für Zwecke landwirtschaftlicher Verarbeitungsnebgewerbe ein entsprechendes Regelungsbedürfnis besteht, sind entsprechend dem System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung eben die Länder berufen, diesem nachzukommen.

2.4. Wie in VfSlg 10831/1986 (vgl auch VfSlg 2977/1956 und 4227/1962) vom Verfassungsgerichtshof dargelegt, zählen zu den Maßnahmen typisch gewerberechtlicher Art ua solche, die der "Abwehr von vom Gewerbebetrieb unmittelbar ausgehenden Gefahren für die Gewerbetreibenden und ihre Arbeitnehmer, die Kunden, andere Gewerbetreibende oder als Nachbarn sonst von der Gewerbetätigkeit unmittelbar betroffene Personen" dienen. Gewerbepolizeiliche Regelungen dieser Art enthalten insbesondere auch die Bestimmungen über Betriebsanlagen und die damit zusammenhängenden Vorschriften der §§ 74 bis 84, 333 bis 338, 353 bis 360, 362, 366 bis 369 und 371 bis 373 GewO 1994, deren Anwendung auf die Anlagen zur Ausübung von Nebengewerben der Land- und Forstwirtschaft durch § 2 Abs 5 erster Satz GewO 1994 angeordnet wurde. Die in § 2 Abs 5 zweiter Satz GewO 1994 vorgesehene Möglichkeit, durch Verordnung Ausnahmen von der Genehmigungspflicht für Anlagen zur Ausübung von Nebengewerben der Land- und Forstwirtschaft festzulegen, die Vorschrift über das Inkrafttreten dieser Bestimmungen im § 2 Abs 6 GewO 1994 sowie die Übergangsvorschrift des Abs 6 der Anlage 2 zur Wiederverlautbarungs-Kundmachung beziehen sich inhaltlich auf die Anordnung der prinzipiellen Anwendbarkeit des gewerberechtlichen Betriebsanlagenrechts auf Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft und stehen damit in untrennbarem Zusammenhang. Wie gezeigt, bietet der

Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG "Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie" ebensowenig wie ein anderer Kompetenztatbestand dem Bundesgesetzgeber die notwendige verfassungsrechtliche Grundlage, die geschilderten Regelungen zu erlassen. Dem Antrag der Tiroler Landesregierung war sohin stattzugeben: § 2 Abs 5 und 6 der GewO 1994 sowie Abs 6 der Anlage 2 zur Wiederverlautbarungskundmachung, BGBl Nr 194/1994, waren als verfassungswidrig gemäß Art 140 Abs 1 B-VG aufzuheben.

3. Dem Antrag der Bundesregierung, gemäß Art 140 Abs 5 B-VG für das Außerkrafttreten eine Frist zu bestimmen, um die allenfalls erforderlichen legislativen Vorkehrungen zu ermöglichen, vermochte der Verfassungsgerichtshof schon deshalb nicht nahezutreten, weil ein etwaiges Regelungsbedürfnis von keinem der verfassungsrechtlich dafür zuständigen Länder zum Ausdruck gebracht wurde.

Die Verpflichtung zur Kundmachung der Aufhebung stützt sich auf Art 140 Abs 5 B-VG, der Ausspruch, daß frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder in Wirksamkeit treten, auf Art 140 Abs 6 B-VG.

4. Dies konnte gemäß § 19 Abs 4 erster Satz VerfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

Wien, am 28. Juni 1995

Der Präsident:

Dr. A d a m o v i c h

Schriftführer:

Dr. K r a f t

Literaturverzeichnis

- Adamovich**, Die Bundesverfassungsgesetze, 8. Aufl (1953)
- Adamovich**, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 6. Aufl (1971)
- Adamovich/Funk**, Österreichisches Verfassungsrecht. Verfassungsrechtslehre unter Berücksichtigung von Staatslehre und Politikwissenschaft, 3. Aufl (1985)
- Adamovich/Funk**, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl (1987)
- Azizi**, Wirtschaftssteuerung durch Gewerberecht? Kompetenzrechtliche Erwägungen am Beispiel der Energiepolitik, ÖZW 1984, 3ff
- Berchtold**, Die Verfassungsreform von 1929, Teil II (1929), (1979)
- Berchtold**, Verfassungsgeschichtliches zur Kompetenzverteilung auf dem Gebiet des Landarbeiterrechts, in: FS SCHNORR (1988), 439ff
- Bundeskanzleramt** (Hg), Neuordnung der Kompetenzverteilung in Österreich, (1991)
- Bydlinski**, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl (1991)
- U. Davy**, Zur Bedeutung des bundesstaatlichen Rücksichtnahmegebotes für Normenkonflikte, ÖJZ 1986, 225ff, 298ff
- Duschanek**, Offene Fragen im Altölgesetz, ZfV 1980, 289f
- Duschanek**, Kompetenzrechtliche Überlegungen zu Energiesparvorschriften im Gewerberecht, ZfV 1981, 260ff
- Duschanek**, Entscheidungsbesprechung zu VfGH 27.2.1992, B 1062/90 ua, ÖZW 1993, 26
- Ermacora**, Die Entstehung der Bundesverfassung 1920: Materialien und Erläuterungen (III): Die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern (1986)
- Filzmoser**, Gewerblicher Betrieb von Sportanlagen und Anwendbarkeit der Gewerbeordnung?, ÖZW 1993, 105ff
- Fröhler/Oberndorfer**, Raumordnung und Gewerberecht (1980)
- Funk**, Die grundlegenden Ordnungsprobleme im System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, JBl 1976, 449ff
- Funk**, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung (1980)
- Funk**, Die neuen Umweltschutzkompetenzen des Bundes, in: Walter (Hg), Verfassungsänderungen 1988 (1989), 63ff
- Kafka/Novak**, Praxis des Verfassungsrechtes, Eine Fallsammlung. II. Teil: Lösungen (1974)
- Klecatsky**, Staat und Verkehr (1968)
- Korinek**, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in: FS WALTER (1991), 363ff
- Kulisch**, System des österreichischen Gewerberechtes, 1. Band, 2. Aufl (1912)
- Langhoff**, Die Gewerbe-Ordnung (1936)
- Laszky/Nathansky/Heller**, Hellers Kommentar zur Gewerbeordnung, 2. Aufl, 1. Band (1937)

- Lebitsch**, Probleme der präventiven Veranstaltungspolizei im Lichte der Kunstfreiheit, ÖJZ 1984, 477ff
- Mache/Kinscher** (Hg), Gewerbeordnung sowie die gewerberechtlichen Nebengesetze und Verordnungen mit erläuternden, kommentierenden und verweisenden Anmerkungen unter Heranziehung der Judikatur der Höchstgerichte, der Gesetzesmaterialien und ministerieller Durchführungserlässe, 5. Aufl (1982)
- März/Weissel**, Die Kammern für Arbeiter und Angestellte, in: Pütz (Hg), Verbände und Wirtschaftspolitik in Österreich (1966), 393ff
- Massauer**, Die Land- und Forstwirtschaft in der GewO einschließlich der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, in: Rill (Hg), Gewerberecht, Beiträge zu Grundfragen der GewO 1973 (1978), 27ff
- Mayer**, Entwicklungstendenzen in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, ÖJZ 1980, 337ff
- Mayer**, Genehmigungskonkurrenz und Verfahrenskonzentration (1985)
- Mayer**, Neue Wege in der Kompetenzinterpretation?, ÖJZ 1986, 513ff
- Mayerhofer**, Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst, 3. Band (1898) und 6. Band (1900)
- Morscher**, Entscheidungsbesprechung zu VfSlg 7169/1973, JBl 1975, 643ff
- Morscher**, Wechselseitige Rücksichtnahmepflicht Bund – Länder, Bemerkungen zum Erkenntnis VfGH 3.12.1984, G 81, 82/84, JBl 1985, 479ff
- Morscher**, Die Gewerbekompetenz des Bundes (1987)
- Neisser/Schantl/Welan**, Betrachtungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit (Slg 1971), ÖJZ 1974, 365ff
- Pauger/Rack**, Rechtsfragen des Buschenschanks, ZfV 1981, 433ff
- Pernthaler**, Raumordnung und Verfassung, 1. Band: Raumordnung als Funktion und Schranke der Gebietshoheit (1975)
- Pernthaler**, Die Zuständigkeit zur Regelung der Angelegenheiten der Prostitution, ÖJZ 1975, 287ff
- Pernthaler**, Militärisches Sperrgebiet und Naturschutz. Ein Beispiel des Verfassungsgebotes der Koordination im Raumordnungsrecht, ZfV 1977, 1ff
- Pernthaler**, Entscheidungsbesprechung zu VfSlg 10.292/1984, ÖZW 1985, 94ff
- Pernthaler**, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre (1986)
- Pernthaler**, Zivilrechtswesen und Landeskompetenzen (1987)
- Pernthaler**, Kompetenzverteilung in der Krise. Voraussetzungen und Grenzen der Kompetenzinterpretation in Österreich (1989)
- Pernthaler**, Raumordnung und Verfassung, 3. Band: Neuere Entwicklungen (1990)
- Pernthaler**, Überlegungen für eine Strukturreform der Kompetenzverteilung in Österreich, in: FS LOEBENSTEIN (1991), 133ff
- Pernthaler**, Der differenzierte Bundesstaat (1992)
- Pernthaler/Weber**, Versteinierung von Landeskompetenzen? Ein Beitrag zur Auslegung von Art 15 Abs 1 B-VG, in: FS MELICHAR (1983), 149f

- Praunegger**, Das österreichische Gewerberecht nebst den einschlägigen sozialpolitischen, technischen, sanitäts- und veterinär-polizeilichen Vorschriften mit Berücksichtigung der Rechtsprechung, I. Teil, Band 1 (1924)
- Rill**, Grundfragen des österreichischen Preisrechts, ÖZW 1974, 97 ff, ÖZW 1975, 65 ff
- Rosenmayr-Klemenz**, Betrieb von Tennisplätzen – freies Gewerbe oder Veranstaltung?, ÖZW 1995, 72ff
- Schäffer**, Verfassungsinterpretation in Österreich. Eine kritische Bestandsaufnahme (1971)
- Schäffer**, Kompetenzverteilung und Rücksichtnahmepflicht im Bundesstaat. Das Erkenntnis "Jagdreht/Forstreht" und die Neuorientierung der Kompetenzinterpretation, ZfV 1985, 357ff
- Schambeck**, Die verfassungsrechtliche Problematik der Kompetenz zur gesetzlichen Regelung der Privatzimmervermietung, JBl 1966, 451ff
- Seltsam/Posselt**, Die österreichische Gewerbe-Ordnung, 2. Aufl (1885)
- Steffek**, Das Recht der Gas- und Fernwärmeversorgung. Aktueller Überblick und Entwicklungstendenzen, in: Korinek (Hg), Beiträge zum Wirtschaftsrecht – FS WENGER (1983), 793ff
- Stolzlechner**, Die bundesverfassungsrechtlichen Grundlagen des Betriebsanlagenrechts, in: Stolzlechner/Wendl/Zitta (Hg), Die gewerbliche Betriebsanlage, 2. Aufl (1991), 188ff
- Suchanek/Stadler/Meinold**, Die Gewerbeordnung mit den dazugehörigen Gesetzen und einschlägigen Vorschriften. Nach dem Stand der Gesetzgebung vom 1. April 1927, 1. Band (1927)
- Walter/Mayer**, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 7. Aufl (1992)
- Weber**, Die Bundesaufsicht als staats- und verfassungstheoretisches Problem, in: Pernthaler/Weber, Theorie und Praxis der Bundesaufsicht in Österreich (1979), 7ff
- Winkler**, Gewerbebegriff und Anwendungsbereich der GewO 1973, in: Rill (Hg), Gewerberecht, Beiträge zu Grundfragen der GewO 1973 (1978), 1ff

SCHRIFTENREIHE DES INSTITUTS FÜR FÖDERALISMUSFORSCHUNG

- Bd. 1 **Peter Pernthaler**, Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiete der Verwaltungsorganisation. 1976. (S 98,-)
- Bd. 2 **Theo Öhlinger**, Der Bundesstaat zwischen Reiner Rechtslehre und Verfassungsrealität. 1976. (S 68,-)
- Bd. 3 **Felix Ermacora**, Österreichischer Föderalismus. Vom patrimonialen zum kooperativen Bundesstaat. 1976. (S 395,-)
- Bd. 4 **Peter Pernthaler**, Die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag. 1977. (S 165,-)
- Bd. 5 **Martin Usteri**, Die Funktion der Regierung im modernen föderalistischen Staat. 1977. (S 58,-)
- Bd. 6 **Fried Esterbauer, Guy Heraud, Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalismus als Mittel permanenter Konfliktregelung. 1977. (S 160,-)
- Bd. 7 **Manfried Gantner**, Der abgestufte Bevölkerungsschlüssel als Problem der Länder und Gemeinden. 1978. (S 250,-)
- Bd. 8 **Siegbert Morscher**, Rechtliche Probleme bei der Schaffung innerstaatlicher grenzüberschreitender Einrichtungen und Organe durch die österreichischen Bundesländer. 1978. (S 240,-)
- Bd. 9 **Theo Öhlinger**, Verträge im Bundesstaat. 1978. (S 140,-)
- Bd. 10 **Erich Thöni**, Privatwirtschaftsverwaltung und Finanzausgleich. 1978. (S 138,-)
- Bd. 11 **Georg Schmitz**, Der Landesamtsdirektor. 1978. (S 138,-)
- Bd. 12 **Felix Ermacora**, Die bundesstaatliche Kostentragung gemäß § 2 F-VG. 1979. (S 110,-)
- Bd. 13 **Peter Pernthaler, Karl Weber**, Theorie und Praxis der Bundesaufsicht in Österreich. 1979. (S 168,-)
- Bd. 14 **Peter Pernthaler**, Die Staatsgründungsakte der österreichischen Bundesländer. Eine staatsrechtliche Untersuchung über die Entstehung des Bundesstaates. 1979. (S 298,-)
- Bd. 15 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Direkte Demokratie in den Ländern und Gemeinden. 1980. (S 198,-)
- Bd. 16 **Peter Häberle**, Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat. 1980. (S 280,-)
- Bd. 17 **Bernd-Christian Funk**, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung. 1980. (S 280,-)
- Bd. 18 **Karl Weber**, Kriterien des Bundesstaates. Eine systematische, historische und rechtsvergleichende Untersuchung der Bundesstaatlichkeit der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich. 1980. (S 480,-)
- Bd. 19 **Peter Pernthaler**, Das Förderungsprogramm der österreichischen Bundesländer. 1980. (S 390,-)
- Bd. 20 **Wilhelm Kundratitz** (Herausgeber), Staat, Recht, Politik. Eine Befragung Jugendlicher zum Bildungshintergrund. 1981. (S 280,-)

- Bd. 21 **Siegbert Morscher**, Land und Provinz. Vergleich der Befugnisse der autonomen Provinz Bozen mit den Kompetenzen der österreichischen Bundesländer. 1981. (S 188,-)
- Bd. 22 **Wolfgang Pesendorfer**, Der innere Dienstbetrieb im Amt der Landesregierung. 1981. (S 148,-)
- Bd. 23 **Peter Pernthaler**, (Herausgeber), Dezentralisation und Selbstorganisation. Theoretische Probleme und praktische Erfahrungen. 1982. (S 333,-)
- Bd. 24 **Theo Öhlinger**, Die Anwendung des Völkerrechts auf Verträge im Bundesstaat. 1982. (S 185,-)
- Bd. 25 **Harald Stolzlechner**, Republik – Bund – Land. Fragen der Vermögensaufteilung in einem Bundesstaat. 1982. (S 198,-)
- Bd. 26 **Peter Pernthaler – Irmgard Kathrein – Karl Weber**, Der Föderalismus im Alpenraum. Voraussetzungen, Zustand, Ausbau und Harmonisierung im Sinne eines alpenregionalen Leitbildes. 1982. (S 680,-)
- Bd. 27 **Peter Pernthaler**, Land, Volk und Heimat als Kategorien des österreichischen Verfassungsrechts. 1982. (S 160,-)
- Bd. 28 **Peter Pernthaler, Karl Weber**, Landesbürgerschaft und Bundesstaat. Der Status des Landesbürgers als Kriterium des Bundesstaates und Maßstab der Demokratie in den Ländern. 1983. (S 280,-)
- Bd. 29 **Irmgard Kathrein**, Der Bundesrat in der Ersten Republik. Studie über die Entstehung und die Tätigkeit des Bundesrates der Republik Österreich. 1983. (S 200,-)
- Bd. 30 **Richard Schmidjell – Karl Fink – Werner Plunger – Hans Moser**, Regionalpolitik der österreichischen Bundesländer. 1983. (S 480,-)
- Bd. 31 **Siegbert Morscher** (Herausgeber), Föderalistische Sozialpolitik. 1983. (S 280,-)
- Bd. 32 **Josef Werndl**, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern. Ihre Ausgangslage, Entwicklung und Bedeutungsverschiebung auf der Grundlage des Bundes-Verfassungsgesetzes von 1920. 1984. (S 371,-)
- Bd. 33 **Peter Pernthaler**, Österreichische Finanzverfassung. Theorie – Praxis – Reform. 1984. (S 455,-)
- Bd. 34 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Die Rolle der Länder in der Umfassenden Landesverteidigung. 1984. (S 270,-)
- Bd. 35 **Christian Smekal, Manfred Gantner**, Die längerfristige Entwicklung der öffentlichen Finanzwirtschaft in Österreich im Zeitraum 1950 – 1983. 1985. (S 720,-)
- Bd. 36 **Georg Schmitz**, Die Anfänge des Parlamentarismus in Niederösterreich. Landesordnung und Selbstregierung 1861 – 1873. 1985. (S 660,-)
- Bd. 37 **Bernd Stampfer**, Recht der Abfallwirtschaft in Österreich. Analyse einer komplexen Verwaltungsaufgabe zwischen Bund und Ländern. 1986. (S 520,-)
- Bd. 38 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalistische Verwaltungsrechtspflege als wirksamer Schutz der Menschenrechte. 1986. (S 195,-)
- Bd. 39 **Siegbert Morscher**, Die Gewerbekompetenz des Bundes. 1987. (S 320,-)
- Bd. 40 **Peter Pernthaler**, Zivilrechtswesen und Landeskompetenz. 1987. (S 180,-)

- Bd. 41 **Karl Weber**, Die mittelbare Bundesverwaltung. Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Untersuchung der Organisation und Verwaltung des Bundes im Bereich der Länder außer Wien, zugleich eine Geschichte der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern außer Wien. 1987. (S 820,-)
- Bd. 42 **Klaus Berchtold**, Die Verhandlungen zum Forderungsprogramm der Bundesländer seit 1956. 1988. (S 280,-)
- Bd. 43 **Peter Pernthaler**, Föderalistische Bedeutung der Landes-Hypothekenbanken. 1988. (S 280,-)
- Bd. 44 **Stefan Huber, Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalismus und Regionalismus in europäischer Perspektive. 1988. (S 160,-)
- Bd. 45 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalistische Kulturpolitik. 1988. (S 250,-)
- Bd. 46 **Peter Pernthaler**, Kompetenzverteilung in der Krise. Voraussetzungen und Grenzen der Kompetenzinterpretation in Österreich. 1989. (S 340,-)
- Bd. 47 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Auswirkungen eines EG-Beitrittes auf die föderalistische Struktur Österreichs. 1989. (S 290,-)
- Bd. 48 **Wolfgang Bartscher**, EG-Beitritt und Föderalismus. Folgen einer EG-Mitgliedschaft für die bundesstaatliche Ordnung Österreichs. 1990. (S 290,-)
- Bd. 49 **Fried Esterbauer, Peter Pernthaler** (Herausgeber), Europäischer Regionalismus am Wendepunkt – Bilanz und Ausblick. 1991. (S 330,-)
- Bd. 50 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Außenpolitik der Gliedstaaten und Regionen. 1991. (S 320,-)
- Bd. 51 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Neue Wege der Föderalismusreform. 1992. (S 320,-)
- Bd. 52 **Bernd-Christian Funk - Joseph Marko - Peter Pernthaler**, Die innerstaatliche Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG. 1992. (S 230,-)
- Bd. 53 **Peter Pernthaler**, Das Länderbeteiligungsverfahren an der europäischen Integration. 1992. (S 210,-)
- Bd. 54 **Stefan Hammer**, Länderstaatsverträge. Zugleich ein Beitrag zur Selbständigkeit der Länder im Bundesstaat. 1992. (S 435,-)
- Bd. 55 **Peter Pernthaler**, Der differenzierte Bundesstaat. Theoretische Grundlagen, praktische Konsequenzen und Anwendungsbereiche in der Reform des österreichischen Bundesstaates. 1992. (S 260,-)
- Bd. 56 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Unabhängige Verwaltungssenate und Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1993. (S 584,-)
- Bd. 57 **Heinz Schäffer, Harald Stolzlechner** (Herausgeber), Reformbestrebungen im österreichischen Bundesstaatssystem. 1993. (S 240,-)
- Bd. 58 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalistische Raumordnung — eine europäische Herausforderung. 1994
- Bd. 59 **Gerhard Thurner**, Der Bundesstaat in der neueren Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzverteilung. 1994

- Bd. 60 **Michael Morass**, Regionale Interessen auf dem Weg in die Europäischen Union. Strukturelle Entwicklung und Perspektiven der Interessenvermittlung österreichischer und deutscher Landesakteure im Rahmen der Europäischen Integration 1994. (S 520,—)
- Bd. 61 **Peter Pernthaler**, Reform der föderalistischen Finanzordnung. 1994. (S 320,—)
- Bd. 62 **Karl Weber/Martin Schlag**, Sicherheitspolizei und Föderalismus. Eine Untersuchung über die Organisation der Sicherheitsverwaltung in Österreich. 1995. (S 320,—)
- Bd. 63 **Peter Bußjäger**, Die Naturschutzkompetenzen der Länder. 1995. (S 320,—)
- Bd. 64 **Klaus Eisterer**, Die Schweiz als Partner. Zum eigenständigen Außenhandel der Bundesländer Vorarlberg und Tirol mit der Eidgenossenschaft 1945—1947. 1995. (S 180,—)
- Bd. 65 **Peter Pernthaler/Georg Lukasser/Irmgard Rath-Kathrein**, Gewerbe — Landwirtschaft — Veranstaltungswesen. Drei Fallstudien zur Abgrenzung der Bundes- und Landeskompentzen im Wirtschafts- und Berufsvertretungsrecht. 1996.

SCHRIFTENREIHE VERWALTUNGSRECHT

- Bd. 1 **Eberhard W. Lang**, Tiroler Agrarrecht I, Das Recht der Grundzusammenlegung, Flurbereinigung und des landwirtschaftlichen Siedlungsverfahrens. 1989. (S 360,—)
- Bd. 2 **Eberhard W. Lang**, Tiroler Agrarrecht II, Das Recht der Einforstungsrechte (Wald- und Weideservituten) und der agrargemeinschaftlichen Grundstücke. 1991. (S 280,—)
- Bd. 3 **Peter Pernthaler – Evelyn Maria Stefani**, Der autonome Sektor der Sozialpolitik in Vorarlberg. Modell einer Entwicklung des Sozialstaates auf der Grundlage von Subsidiarität und Solidarität. 1990. (S 270,—)
- Bd. 4 **Günter Reimeir**, Rechtsprobleme der Planung von Einkaufszentren. 1992. (S 360,—)
- Bd. 5 **Helmut Schwamberger – Eberhard W. Lang**, Tiroler Agrarrecht III, Bringungsrechte. 1993. (S 290,—)

INSTITUT FÜR FÖDERALISMUSFORSCHUNG

Direktor:

Univ.-Prof. Dr. Peter PERNTHALER

Kuratorium:

Landesamtsdirektor Dr. Herfrid HUEBER, Salzburg

Univ.-Prof. DDr. Friedrich KOJA, Salzburg

Hofrat Dr. Eduard PAULUS, Salzburg

Hofrat Dr. Ferdinand FABER, Salzburg

Landesamtsdirektor Dr. Hermann ARNOLD, Tirol

Landesamtsdirektor-Stellvertreter Dr. Helmut SCHWAMBERGER, Tirol

Hofrat Univ.-Doz. Dr. Eberhard LANG, Tirol

Hofrat Dr. Anton GSTÖTTNER, Tirol

Landesamtsdirektor Dr. Werner BRANDTNER, Vorarlberg

Hofrat Dr. Johannes MÜLLER, Vorarlberg

Dr. Peter BUSSJÄGER, Vorarlberg

Dr. Wolfgang HERZOG, Vorarlberg

Das Institut für Föderalismusforschung ist eine Einrichtung der Länder Tirol, Vorarlberg und Salzburg. Es befaßt sich mit der wissenschaftlichen Forschung auf dem Gebiet des Föderalismus, darüber hinaus will es die Verbreitung und Pflege der Idee des Föderalismus in der Bevölkerung fördern.

Zur Erreichung dieser Ziele gibt das Institut eine Schriftenreihe für wissenschaftliche Veröffentlichungen, einen alljährlichen Bericht über die Lage des Föderalismus in Österreich sowie ein periodisches Mitteilungsblatt heraus, veranstaltet Fachtagungen und unterhält eine Dokumentation zum Thema Föderalismus.

