

Bezugsumwandlung

Arbeits-, Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrechtliches
zur betrieblichen Altersvorsorge

Von EDV bis Vermögensverzeichnis
EO-Novelle

Telekommunikation

Wettbewerbsregulierung und Kartellrecht

Betriebsübergang bei

Schrittweiser Privatisierung

Kapitalansammlungs-RL

§ 3 Kapitalverkehrsteuergesetz bedeutungslos

DBA-Recht

Keine Meistbegünstigung

Keine Internalisierung externer Kosten

Die „neue“ Wegekosten-RL

Gewerbeausübungssperre des § 33 e UWG verfassungskonform?

Für bestimmte Arten des Ausverkaufs bedarf es gem § 33 a UWG einer behördlichen Bewilligung. Nach Ende des Ausverkaufs erlischt die Gewerbeberechtigung; außerdem besteht eine Gewerbeausübungssperre für drei Jahre. Der folgende Beitrag untersucht die Verfassungskonformität dieser Regelung.

CLEMENS EGERMANN / STEPHAN HECKENTHALER

A. AUSVERKAUFSREGELUNG

Mit dem WettbewerbsderegulierungsG 1992 wurde das BG über Ausverkäufe und ausverkaufsfähnliche Veranstaltungen (AusverkaufsG 1985) aufgehoben. Seitdem unterliegen öff angekündigte Ausverkäufe der Bewilligungspflicht der Bezirksverwaltungsbehörde (BVB), sofern der Eindruck erweckt wird, der Gewerbetreibende werde durch besondere Umstände genötigt, Waren in größeren Mengen zu außerordentlichen Bedingungen und Preisen beschleunigt zu verkaufen (§§ 33 a ff UWG). Nicht umfasst sind Bekanntmachungen und Mitteilungen über Saisonschlussverkäufe, -räumungsverkäufe, Inventurverkäufe und dgl und im bezüglichen Geschäftszweig und zu bestimmten Jahreszeiten allgemein übliche Sonderverkäufe (zB Eröffnungs- und Einführungsangebote, bloße Preisermäßigungen in sonst verkaufsschwachen Geschäftszeiten, Jubiläumverkäufe).

Die Bewilligung eines Ausverkaufs hat erhebliche gewerberechtliche Konsequenzen: Gem § 33 e Abs 1 UWG ist mit dem Ablauf des im Bewilligungsbescheid angegebenen Ausverkaufszeitraums die der Verkaufstätigkeit zugrunde liegende Gewerbeberechtigung bzw das Recht zur Ausübung des der Verkaufstätigkeit zugrunde liegenden Gewerbes in der

betreffenden weiteren Betriebsstätte *beendet*, wenn die Bewilligung zur Ankündigung *wegen gänzlicher Geschäftsauflassung* erteilt wurde.¹⁾ Die Bewilligung des Ausverkaufs ist daher ein *Endigungsgrund für die Gewerbeberechtigung*. Der Inhaber der Gewerbeberechtigung sowie im Falle der Verpachtung auch der Pächter, kann darüber hinaus während der nachfolgenden drei Jahre in der Gemeinde des bisherigen Standortes weder einen gleichartigen Gewerbetyp eröffnen oder pachten noch sich an einem solchen in einer Weise beteiligen, dass ihm hieraus ein Gewinn zufließen kann (*Gewerbeausübungssperre*). Dieses Verbot gilt sinngemäß für persönlich haftende Gesellschafter bei Personengesellschaften des Handelsrechts und bei juristischen Personen für Personen mit einem „maßgebenden Einfluss“ auf den Betrieb.

§ 33 e Abs 1 UWG ist im Hinblick auf seine verfassungsrechtliche Zulässigkeit, insb bezüglich der Freiheit der Erwerbsbetätigung, des Gleichheitssatzes und des Legalitätsprinzips näher zu prüfen.

RA Dr. Clemens Egermann ist Partner, Mag. Stephan Heckenthaler ist RAA bei Barnert Egermann Illigasch Rechtsanwälte.

1) Die Bestimmung gilt sinngemäß bei Auflassung einer bestimmten Warengattung. In der Folge wird jedoch nur die gänzliche Geschäftsauflassung untersucht.

B. ZUR VERFASSUNGS- KONFORMITÄT

1. AUSGANGSLAGE

Das Erlöschen der Gewerbeberechtigung nach Ablauf des im Bewilligungsbescheid angegebenen Ausverkaufszeitraums erscheint von der Struktur mit deren Erlöschen wegen *Zurücklegung* iSd § 86 GewO vergleichbar. Bei dieser muss der Antragsteller die *erkennbare Absicht* haben,²⁾ sein Gewerbe zu beenden. Sofort nach der Zurücklegung kann der Zurücklegende eine neue Gewerbeberechtigung beantragen – auch im selben Geschäftsfeld und am selben Standort. Für das Erlöschen der Gewerbeberechtigung nach § 33 e UWG bedarf es keines diesbezüglichen Antrags und auch nicht des Vorliegens eines Beendigungswillens beim Antragsteller. Das Erlöschen ist die Rechtsfolge der Bewilligung des Ausverkaufs. Auch ein Irrtum über diese Rechtsfolge vermag an dieser Konsequenz nichts zu ändern. Da die Gewerbeberechtigung nur bei Bewilligung des Ausverkaufs wegen gänzlicher Auflassung des Geschäfts erlischt, könnte aus dem entsprechenden Antrag auf Bewilligung des Ausverkaufs zumindest implizit ein Beendigungswille hinsichtlich der Gewerbeberechtigung abgeleitet werden. Deshalb erscheint die Beendigung der Gewerbeberechtigung in diesem Fall nicht *per se* verfassungsrechtlich bedenklich. Jedoch bedarf die in § 33 e Abs 1 UWG angeordnete dreijährige Gewerbeausübungssperre einer besonderen sachlichen Rechtfertigung. Es handelt sich dabei um eine objektive Beschränkung des (neuerlichen) Erwerbsantritts,³⁾ an die strenge Maßstäbe zu legen sind.

Der VfGH hat im Laufe der Zeit für die grundrechtliche Prüfung von Normen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit entwickelt. Beschränkungen der Grundrechtsposition sind demnach nur zulässig, wenn sie durch (i) ein öff Interesse geboten, (ii) zur Zielerreichung geeignet, (iii) adäquat und (iv) auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind.⁴⁾ Regelungsziel der §§ 33 a–f UWG ist einerseits die Lauterkeit des Handelsverkehrs, andererseits der Verbraucherschutz. Sie sollen die Gewerbetreibenden vor unlauterem Wettbewerb und das Käuferpublikum vor psychischer Beeinflussung schützen.⁵⁾ Ein Missbrauch von Ausverkaufsankündigungen wegen Geschäftsauflassung soll verhindert werden.⁶⁾ Dass Verbraucher- und Mitbewerberschutz im öff Interesse liegen, wird hier nicht bezweifelt. Fraglich ist jedoch, ob die Gewerbeausübungssperre adäquat und sachlich zu rechtfertigen ist.

2. GEWERBEAUSSCHLUSSGRÜNDE

§ 13 GewO enthält Gründe, welche die Ausübung eines Gewerbes schon von Gesetzes wegen unzulässig machen (*Gewerbeausschlussgründe*). Bei diesen handelt es sich um besonders schwerwiegende Tatbestände wie etwa Kridadelikte, Konkursabweisung mangels kostendeckenden Vermögens, Verurteilung zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe, sofern diese nicht getilgt ist, und bestimmte Finanzvergehen, sofern seit der Bestrafung noch nicht fünf Jahre vergangen sind. Nach § 26 GewO *hat* die Gewerbebe-

hörde eine Nachsicht von dem Ausschluss ua zu erteilen, wenn nach der Eigenart der strafbaren Handlung und nach der Persönlichkeit des Verurteilten die Begehung der gleichen oder ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes nicht zu befürchten ist bzw aufgrund der nunmehrigen wirtschaftlichen Lage bzw aufgrund der Umstände, die zum Konkursantrag geführt haben, und nach der Persönlichkeit des Gewerbeinhabers erwartet werden kann, dass er den mit der Gewerbeausübung verbundenen Zahlungspflichten nachkommt. Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen besteht ein Rechtsanspruch auf die Nachsichterteilung.⁷⁾ In der Praxis werden auch befristete Nachsichten erteilt. Die Dauer der Befristung bestimmt sich nach dem jeweiligen Nachsichtsgrund.

Die flexiblen Nachsichtsmöglichkeiten indizieren, dass die starre dreijährige Gewerbeausübungssperre des § 33 e UWG sachlich nicht gerechtfertigt und damit verfassungswidrig sein könnte. Wenn sogar bei strafgerichtlichen Verurteilungen die Nachsicht bei Vorliegen bestimmter subjektiver Voraussetzungen zu erteilen ist, müsste dies umso mehr bei den Ausnahmemöglichkeiten des § 33 e Abs 2 UWG⁸⁾ gelten.

3. ENTZUG DER GEWERBE- BERECHTIGUNG

Nach § 87 Abs 1 GewO ist die Gewerbeberechtigung in bestimmten gravierenden Fällen von der Behörde von Amts wegen zu entziehen. In Z 1 *leg cit* wird auf die Gewerbeausschlussgründe des § 13 GewO verwiesen. Bei Vorliegen eines Gewerbeausschlussgrundes soll auch nach Erteilung der Gewerbeberechtigung deren Entzug möglich sein. Die Situation des Betroffenen ist wiederum zu berücksichtigen: Nur wenn nach der Eigenart der strafbaren Handlung und nach der Persönlichkeit des Verurteilten die Begehung einer ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes zu befürchten ist, kann die Gewerbeberechtigung entzogen werden. Neben den Gewerbeausschlussgründen bildet auch die Verletzung von gewissen anderen Schutzinteressen einen Grund für den Entzug der Gewerbeberechtigung. Diese Schutzinteressen sind insb die Hintanhaltung der illegalen Beschäftigung, der Kinderpornographie, des Suchtgiftkonsums und -verkehrs, der illegalen Prostitution sowie gewisse Diskriminierungen. Die Gewerbebehörde kann nach § 87 Abs 3 GewO den Entzug auch nur befristet aussprechen, wenn nach den Umständen des Falles erwartet werden kann, dass dies ausreicht, um ein späteres einwandfreies Verhalten des Gewerbeinhabers zu sichern. Dabei handelt es sich um keine Ermessensentscheidung, sondern um eine Entscheidung im Rahmen der gesetzlichen Gebundenheit.⁹⁾

2) VwGH 20. 1. 1987, 86/04/0056.

3) VfSlg 11.483/1987; 11.625/1988. Eine subjektive Beschränkung (das sind solche, die aus eigener Kraft überwunden werden können, zB Befähigungsnachweise) liegt nicht vor.

4) *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁵ Rz 888.

5) *Wilschek*, UWG⁷ § 33 a–f UWG E 1 a.

6) ErläutRV 338 BlgNR 18. GP 9.

7) VwGH 28. 1. 1993, 92/04/0207.

8) Zu diesen s Pkt B.4.

9) VwGH 29. 5. 1990, 89/04/0131.

Nach § 87 Abs 6 GewO ist auch ein bloß teilweiser Entzug der Gewerbeberechtigung möglich.

Das macht eines deutlich: Der Entzug der Gewerbeberechtigung hat seine Ursache ua in schwerwiegenden Verstößen gegen die Rechtsordnung. Selbst bei Vorliegen dieser Gründe kommt es nicht *ipso iure* zum Gewerbeentzug bzw zur Ausübungssperre, sondern die Behörde hat im Rahmen ihres gebundenen Ermessens zu beurteilen, inwieweit die negativen Voraussetzungen auch in Zukunft vorliegen werden. Selbst bei so verpönten Tatbeständen wie bei Verstößen gegen die oben angeführten Schutzinteressen ist eine bloß zeitlich beschränkte oder teilweise Entziehung der Gewerbeberechtigung möglich. Die undifferenzierte Gewerbeausübungssperre des § 33 e UWG steht dazu im Gegensatz, ist überschießend und auch durch das Regelungsziel des UWG sachlich nicht gerechtfertigt. Dass die Sicherstellung des Verbraucherschutzes eine strengere Sanktion als die Hintanhaltung etwa von Kinderpornographie oder Suchtgifthandel bedarf, wird doch wohl niemand behaupten wollen.

4. UNKLARE AUSNAHME-MÖGLICHKEITEN

Nach § 33 e Abs 2 UWG kann die BVB Ausnahmen vom Verbot gem Abs 1 *leg cit* bewilligen, wenn (i) eine nicht vom Einschreiter verschuldete Änderung der Umstände, die für die Auffassung des Gewerbebetriebs maßgebend war,¹⁰⁾ eingetreten ist (Fall 1), oder (ii) die Nichtbewilligung der Ausnahme eine schwerwiegende wirtschaftliche Beeinträchtigung des Einschreiters zur Folge hätte (Fall 2). Diese Bestimmung scheint im Hinblick auf das Legalitätsprinzip des Art 18 B-VG bedenklich. Die schon zur Vorgängerbestimmung diesbezüglich geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken¹¹⁾ wurden nicht beseitigt. Ganz allgemein müssen Regeln, die in ein Grundrecht eingreifen (hier insb der Eingriff in die Freiheit der Erwerbstätigkeit), besonders deutlich umschrieben werden.¹²⁾ Die Voraussetzungen für die Bewilligung einer Ausnahme sind noch immer nicht konkret genug. Was mit der nicht vom Einschreiter verschuldeten Änderung der Umstände gemeint sein könnte, ist ebenso unklar wie die schwerwiegende wirtschaftliche Beeinträchtigung des Einschreiters. Liegt eine nicht verschuldete Änderung der Umstände beispielsweise auch dann vor, wenn der Antragsteller im Laufe des Ausverkaufs entscheidet, den Betrieb doch nicht zur Gänze auflösen zu wollen? Während §§ 26 und 87 GewO die Berücksichtigung von subjektiven (in der Person des Gewerbeinhabers gelegenen) Gründen ermöglichen, stellt Fall 1 offenbar nur auf objektive, außerhalb der Person des Antragstellers gelegene Gründe ab; dessen persönliche Situation bleibt unberücksichtigt. Fall 2 ist unscharf und stellt ebenso wenig wie Fall 1 auf den mit dem UWG verfolgten Schutzzweck¹³⁾ ab. Im Übrigen definiert das UWG den Begriff des Einschreiters nicht. Kann damit gar der rechtsfreundliche Vertreter gemeint sein? Meint das „Verbot gem Abs 1“ auch schon das Erlöschen der Gewerbeberechtigung (kann also bereits diese Rechtsfolge durch rechtzeitige Antragstellung auf eine Ausnahme verhindert werden)

oder nur die dreijährige Ausübungssperre? Anders als nach § 26 GewO besteht (zumindest) nach dem Wortlaut des § 33 e UWG zudem kein Rechtsanspruch auf die Ausnahmeerteilung.

Die *lex fugitiva* des § 33 e Abs 1 UWG scheint im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip bedenklich: § 85 Abs 1 GewO soll eine systematische Übersicht über alle in Betracht kommenden Endigungsgründe für die Gewerbeberechtigung bieten.¹⁴⁾ Z 11 *leg cit* erweitert dies in bedenklicher Weise, indem auf sonstige gesetzlich vorgesehene Fälle verwiesen wird. Dass damit auch § 33 e UWG umfasst sein soll, scheint am Maßstab der vom VfGH aufgestellten Grundsätze zur Verständlichkeit von Gesetzen¹⁵⁾ verfassungsrechtlich bedenklich.

5. ÜBERSCHIESSENDE SANKTION

Nach dem VfGH¹⁶⁾ müssen vom Gesetzgeber verhängte Sanktionen, auch wenn es sich formell nicht um Strafen handelt, im Vergleich mit anderen Sanktionen dem aus dem Gleichheitssatz abzuleitenden Sachlichkeitsgebot gehorchen und überdies eine ange-

10) Der Satz ist unklar: Der Relativsatz bezieht sich auf die *Änderung* (*arg „war“*), und nicht auf die (eigentlich maßgeblichen) *Umstände*; für die Bezugnahme auf diese bedürfte es des Plurals („waren“).

11) Dazu ErläutRV 338 BlgNR 18. GP 10.

12) *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁵ Rz 590 mwN zum Eingriffstatbestand.

13) Dazu Pkt B.1.

14) *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO² § 85 Rz 1.

15) VfSlg 12.420/1990 – Denksporterkenntnis.

16) Etwa VfSlg 16.566/2002 mwN.

messene, nicht überschießende Reaktion auf das Fehlverhalten darstellen.¹⁷⁾ Es ist gleichheitswidrig, wenn Sanktionen in einem exzessiven Missverhältnis zur Art des Gesetzesverstosses stehen bzw wenn für die Verwirklichung von Tatbeständen stark verschiedenen Unrechtsgehaltes stets zwingend die gleiche Sanktion zu verhängen ist.¹⁸⁾ Gerade auch im Hinblick auf diese Judikatur ist die starre Sanktion der Ausübungssperre in § 33 e Abs 1 UWG verfassungsrechtlich bedenklich.

Diese Gewerbeausübungssperre erscheint im Hinblick auf die vom UWG verfolgten Schutzzwecke und sonst zur Verfügung stehenden Sanktionen systemwidrig und überschießend: Während die GewO grundsätzlich die erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten durch Vorschriften über den Antritt, die Ausübung und Beendigung eines Gewerbes in geordnete Bahnen lenken will, ist der Regelungsgegenstand des UWG die Schaffung von Normen, die einen fairen und leistungsgerechten Wettbewerb sicherstellen sollen, wobei neben Konsumenten und sonstigen Marktteilnehmern auch die Allgemeinheit geschützt wird. § 33 f UWG stellt die Ankündigung eines Ausverkaufs ohne die erforderliche behördliche Bewilligung unter Verwaltungsstrafe. Darüber hinaus bestimmt § 34 Abs 3 UWG, dass gegen den Rechtsbrecher zusätzlich zur Verwaltungsstrafe ein Anspruch auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz geltend gemacht werden kann. Dies entspricht dem sonstigen Sanktionssystem des UWG. Auch

nach § 1 UWG kann in Fällen des Rechtsbruches auf Unterlassung und Schadenersatz geklagt werden.¹⁹⁾ Warum es zur Hintanhaltung des Missbrauchs von Ausverkaufsankündigung wegen Geschäftsauflassung darüber hinaus noch der Sanktion der Gewerbeausübungssperre bedarf,²⁰⁾ ist nicht verständlich.²¹⁾

17) ZB VfSlg 10.517/1985; 10.926/1986; 12.763/1991. Diese Jud ist sinngemäß anzuwenden, weil bei der hier interessierenden Fragestellung gerade kein Fehlverhalten, sondern eine Rechtsfolge gesetzeskonformen Verhaltens vorliegt. Daher müssen die vom VfGH aufgestellten Grundsätze umso mehr anwendbar sein.

18) VfSlg 12.240/1989.

19) *Wilschek*, UWG⁷ § 1 E 481 ff.

20) Der Verlust der Gewerbeberechtigung ist ohnedies mit zeitlichem und finanziellem Aufwand zu ihrer (Wieder-)Erlangung verbunden.

21) Aus der Sicht des Konsumenten entstände bei Beseitigung der Ausübungssperre kein Rechtsschutzdefizit. Er hat weder auf diese noch auf die Verhängung der Verwaltungsstrafe oder die zivilrechtlichen Unterlassungsansprüche nach UWG einen Rechtsanspruch.

SCHLUSSTRICH

Die undifferenzierte dreijährige Gewerbeausübungssperre des § 33 e Abs 1 UWG nach Ende des bewilligten Ausverkaufs scheint trotz Ausnahmemöglichkeiten insb im Hinblick auf die Freiheit der Erwerbstätigkeit, das Sachlichkeitsgebot und das Legalitätsprinzip verfassungswidrig. Sie stellt gemessen an den Zielsetzungen des UWG eine überschießende Sanktion dar.