



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38650
Telefax: (43 01) 4000 99 38650
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-101/007/11595/2020-7
A. Ges.m.b.H.

Wien, 02.11.2020

Geschäftsabteilung: VGW-G

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Köhler über die Beschwerde der A. Ges.m.b.H. gegen den Bescheid der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort vom 10.07.2020, Zl. ..., betreffend Feststellung gemäß § 349 GewO, zu Recht erkannt:

I. Der angefochtene Bescheid wird gemäß § 28 VwGVG und § 349 GewO aufgehoben.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Feststellungen und Verfahrensgang:

Die A. Ges.m.b.H. (in der Folge nur A.) ist eine im Firmenbuch zur Nummer FN ... eingetragene Gesellschaft. Die A. verfügt über folgende Gewerbeberechtigungen:

- Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung (Handwerk), seit 02.03.2018, GISA-Zahl ...
- Gärtner verbunden mit Florist (verbundenes Handwerk), seit 28.02.2018, GIA-Zahl ...

- Hausbetreuung, bestehend in der Durchführung einfacher Reinigungstätigkeiten einschließlich objektbezogener einfacher Wartungstätigkeiten, seit 01.03.2018, GISA-Zahl ...
- Schneeräumung, Betreuung und Reinigung von Verkehrsflächen (Sommer- und Winterdienst), seit 21.12.2016, GISA-Zahl ...
- Sammeln und Behandeln von Abfällen und Abwässern, seit 01.03.2018, GISA-Zahl ...
- Durchführung einfacher Gartenarbeiten (Rasen mähen, Bewässern der Grünflächen, Jäten, Mulchen), seit 01.03.2018, GISA-Zahl ...
- [sowie Büroservice (freies Gewerbe), seit 09.02.2018, GISA-Zahl ...]

Die A. stellte mit Schreiben vom 17.05.2019 einen „Antrag auf Umfangsentscheidung gemäß § 349 GewO“. Dieser Antrag langte am 20.05.2019 bei der belangten Behörde ein. Konkret wurde beantragt, festzustellen,

- 1) ob einzelne näher bezeichnete Tätigkeiten/Positionen aus einem Leistungsverzeichnis einer Ausschreibung nach dem BVergG dem Gewerbe „Sammeln und Behandeln von Abfällen und Abwässern“ unterliegen würden,
- 2) ob Tätigkeiten/Positionen aus einem Leistungsverzeichnis einer Ausschreibung nach dem BVergG dem Gewerbe „Denkmal-, Fassen- und Gebäudereinigung (Handwerk)“ unterliegen würden; und
- 3) ob Tätigkeiten/Positionen aus einem Leistungsverzeichnis einer Ausschreibung nach dem BVergG einem anderen Gewerbe unterliegen würden, über welches die A. verfüge.

Dem Antrag war ein Leistungsverzeichnis aus einer Ausschreibung „Reinigungsarbeiten ...-Bäche (2019-2021)“ angeschlossen. Das Leistungsverzeichnis zu diesem Vergabeverfahren umfasste drei Leistungsgruppen (Reinigen; Regiearbeiten – Reinigen; Verfuhr und Entsorgungsleistungen), die jeweils in verschiedene, detailliert umschriebene Einzelpositionen untergliedert werden.

Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichts vom 23.05.2019, VGW-123/074/5617/2019-29, wurde ein Antrag der A. auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren „Reinigungsarbeiten ...-

Bäche (2019-2021)“ abgewiesen. Darin werden auch Inhalt und Umfang von bestimmten Gewerbeberechtigungen erläutert.

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 10.07.2020 wies die belangte Behörde den Antrag vom 17.05.2019 als unzulässig zurück. Begründend führte die belangte Behörde aus, dass ein Gewerbeinhaber im Rahmen einer Gewerbebeanmeldung bei Vorliegen von Zweifeln über den Umfang der sich aus der (gemeint wohl: zukünftigen) Gewerbeberechtigung ergebenden Befugnisse oder bei (gemeint wohl: zukünftiger bzw. beantragter) Erweiterung einer bestehenden Gewerbeberechtigung einen Feststellungsantrag gemäß § 349 GewO einbringen könne. Ebenso könne das Antragsrecht gemäß dieser Bestimmung die Frage zum Inhalt haben, ob eine gewerbliche Tätigkeit, die Gegenstand einer Gewerbebeanmeldung sei, ein freies Gewerbe sein könne oder in den Berechtigungsumfang eines Teilgewerbes falle oder einem anderen reglementierten Gewerbe vorbehalten sei. Die Entscheidung über einen Antrag gemäß § 349 Abs. 1 Z 1 GewO habe die abstrakte Lösung der Rechtsfrage nach dem Umfang einer Gewerbeberechtigung im Verhältnis zu einer anderen Gewerbeberechtigung zum Gegenstand. Ein solcher Antrag liege jedoch nicht vor, wenn es sich um einen Antrag zur Feststellung des Umfangs der eigenen Gewerbeberechtigung bzw. und Entscheidung über die Zuordnung einer konkreten gewerblichen Tätigkeit im Verhältnis zu einer eigenen Gewerbeberechtigung handle. Es sei davon auszugehen, dass gegenständlich ein Feststellungsantrag eingebracht worden sei, zu dem die Antragstellerin gemäß § 349 GewO nicht legitimiert gewesen wäre.

Zwischen dem Antrag vom 17.05.2019 und dem Bescheid vom 10.07.2020 erging keine weitere Kommunikation zwischen der A. und der belangten Behörde. Es wurde insbesondere kein nach außen erkennbares Ermittlungsverfahren geführt; es wurde kein Parteiengehör gewährt.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die form- und fristgerechte Beschwerde.

Die belangte Behörde verzichtete auf eine Beschwerdeentscheidung und legte die Beschwerde samt Verwaltungsakt dem Verwaltungsgericht samt einem ergänzenden Vorbringen vor.

Mit Schreiben vom 22.09.2020 räumte das Verwaltungsgericht der beschwerdeführenden Gesellschaft schriftliches Parteiengehör ein.

Mit Schreiben vom 22.09.2020 übermittelte das Verwaltungsgericht der Wirtschaftskammer Wien eine Beschwerdemitteilung gemäß § 10 VwGVG iVm § 349 Abs. 6 GewO.

Mit Schreiben vom 25.09.2020 räumte das Verwaltungsgericht der belangten Behörde schriftlich Parteiengehör ein.

Mit Schreiben vom 19.10.2020 erstattete die belangte Behörde ein ergänzendes Vorbringen.

Beweiswürdigung:

Das Verwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, nämlich insbesondere den Antrag vom 17.05.2019, sowie durch Abfrage öffentlicher Register (Firmenbuch und Gewerberegister). Der Sachverhalt ist unstrittig. Insbesondere stehen das beantragte Feststellungsbegehren sowie der Verfahrensgang als auch die vorliegenden Gewerbeberechtigungen der beschwerdeführenden Gesellschaft außer Streit. Die Feststellungen zum Erkenntnis des Verwaltungsgerichts vom 23.05.2019, VGW-123/074/5617/2019-29 (Vergabeverfahren), ergeben sich aus dem zum Akt genommenen Erkenntnis, das der A. zugestellt und ihr gegenüber wirksam erlassen worden war.

Rechtliche Beurteilung:

Die beschwerdeführende Gesellschaft brachte im Wesentlichen vor, dass erkennbar sei, dass die belangte Behörde davon ausgehe, dass aufgrund der Innehabung von Gewerbeberechtigungen durch die A. kein Anmeldeverfahren mehr anhängig sei. Die belangte Behörde habe den Antrag vom 17.05.2019 als Antrag gemäß § 349 Abs. 1 Z 2 GewO ausgelegt. Die Behörde ignoriere den Antragsinhalt sowie den zugrundeliegenden Sachverhalt und wähle ohne Einleitung eines Verbesserungsverfahrens (§ 13 Abs. 3 AVG) oder jegliche Rückfrage bei der A. den Weg der Zurückweisung. All dies geschehe nach 14 Monaten

Bearbeitungszeit. Weiters liege eine willkürliche Missinterpretation des Antrages vor. Eine hinreichende, nachvollziehbare und überprüfbare Begründung fehle. Die Behörde begnüge sich mit einer Wiedergabe von Leerformeln ohne hinreichende Subsumtion des gegenständlichen Sachverhaltes.

Die belangte Behörde hielt dem – mit einem ergänzenden Vorbringen in der Beschwerdevorlage sowie mit der Stellungnahme vom 19.10.2020 – entgegen, dass die Entscheidung über einen Antrag gemäß § 349 Abs. 1 Z 1 GewO die abstrakte Lösung einer Rechtsfrage nach dem Umfang einer Gewerbeberechtigung zu einer anderen Gewerbeberechtigung zum Gegenstand habe (Hinweis VwGH 2013/04/0168). Ein Antrag alleine auf Feststellung des Umfangs der eigenen Gewerbeberechtigung bzw. auf Zuordnung einer konkreten gewerblichen Tätigkeit zur eigenen Gewerbeberechtigung stelle keinen Antrag gemäß § 349 Abs. 1 Z 1 GewO dar (Hinweis VwGH 94/04/0236). Mangels Entscheidung in der Sache selbst aufgrund Fehlens der Voraussetzungen für einen Feststellungsantrag nach § 349 GewO sei von der Beiziehung der (Legal-)Parteien bzw. einem ergänzenden Parteiengehör abgesehen worden. Zu welcher anderen, für die beschwerdeführende Partei günstigeren Sachverhaltsgrundlage eine weitere Gelegenheit zur Äußerung geführt hätte, werde in der Beschwerde ebenso wenig konkretisiert (Hinweis VwGH Ra 2018/05/0008 und Ra 2019/05/0245), wie ein Vorbringen zur Tauglichkeit des gegenständlichen Antragsbegehrens, das einer Klärung in einem Verfahren nach § 349 GewO zugänglich gewesen wäre, erstattet worden wäre (Hinweis *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 66 Rz 8). Ausgangspunkt eines Verfahrens nach § 349 GewO sei ein entsprechender Antrag, der den Rahmen für den Gegenstand dieses Verfahrens vorgebe. Dabei komme es auf den objektiven Wortlaut des Antrages an, denn die Behörde könne den Antrag weder einschränken noch erweitern (Hinweis VwGH Ro 2017/04/0001; 91/04/0313; 90/04/0251; *Hanusch*, Kommentar zur GewO § 349 Rz 2). Nach der Judikatur des VwGH sei es der Behörde bei einem eindeutigen Inhalt eines Anbringens verwehrt, diesem eine abweichende, eigene Deutung zu geben (Hinweis VwGH Ro 2015/04/0022). Eine „amtswegige Umdeutung“ des Antrages komme auf Grund der im vorliegenden Verfahren bestehenden Antragsbindung daher weder in Betracht noch bestand Anlass dazu. Dies ergebe sich nicht zuletzt aus dem Umstand, dass das vor dem Verwaltungsgericht zur Zahl VGW-123/074/5617/2019 geführte Verfahren über die von der beschwerdeführenden Gesellschaft beantragte Nichtigerklärung der

Zuschlagsentscheidung mit Erkenntnis vom 23.05.2019 abgeschlossen worden sei. Wie die beschwerdeführende Gesellschaft dazu selbst ins Treffen führe, sei „Kernfrage [dieses] Verfahrens, welche Gewerbeberechtigung zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen erforderlich ist“ (Hinweis Antrag vom 17.05.2019, S. 2). Die Befugnis der Teilnahmeberechtigten sei im relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung im erforderlichen Umfang gegeben gewesen. Über die verfahrensgegenständlich zur Entscheidung beantragte Frage sei somit bereits durch ein Verwaltungsgericht entschieden worden (§ 349 Abs. 4 GewO). Ein verbesserungsfähiges Substrat liege der durch einen berufsmäßigen Parteienvertreter vertretenen beschwerdeführenden Gesellschaft nicht zu Grunde. Eine Verpflichtung, die Partei zu einer „Verbesserung“ (in Wahrheit: Änderung) des Anbringens aufzufordern, welche eine stattgebende Entscheidung ermögliche, könne aus § 13 AVG nicht abgeleitet werden (Hinweis VwGH 2007/04/0080; *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 13 Rz 25 ff). Insofern die beschwerdeführende Gesellschaft in ihrem Antrag eine Auflistung einzelner Tätigkeiten übermittelt und eine Entscheidung darüber begehrt habe, ob diese Tätigkeiten unter die bestehenden Gewerbeberechtigungen der Beschwerdeführerin zu subsumieren sind, sei im Lichte der zitierten Judikatur festzuhalten, dass der Antrag nur auf die Zuordnung einzelner Tätigkeiten zu eigenen Gewerbeberechtigungen zum Inhalt gehabt und nicht auf die Entscheidung über den Umfang einer Gewerbeberechtigung im Verhältnis zu einer anderen Gewerbeberechtigung im Sinne des § 349 Abs. 1 Z 1 GewO abgezielt habe. Dies ergebe sich auch aus der Systematik des Antrags, zumal dort in jedem der drei den Gegenstand des Antrags bildenden Punkte jeweils für sich ein Ausspruch darüber begehrt worden sei, ob die aufgelisteten Tätigkeiten vom Umfang der dort genannten, eigenen Gewerbeberechtigung umfasst seien. Eine Rechtsfrage bezogen auf eine Gewerbebeanmeldung bzw. über die Einreihung von gewerblichen Tätigkeiten, die Gegenstand einer Gewerbebeanmeldung seien, die zu einer Antragstellung nach § 349 Abs. 1 Z 2 iVm Abs. 2 Z 1 zweite Variante GewO berechtigen würde, sei vor dem Hintergrund des insoweit eindeutigen Inhalts des Antragsbegehrens der Beschwerdeführerin nicht zu erkennen gewesen (Hinweis VwGH Ro 2015/04/0022). Sinn und Zweck des § 349 GewO sei es, in „Zweifelsfällen“ im Interesse der Rechtssicherheit und Klarheit den Umfang einer Gewerbeberechtigung im Verhältnis zu einer anderen Gewerbeberechtigung oder die Zuordnung einer bestimmten Tätigkeit zu einer bestimmten Gewerbebekategorie

mittels Feststellungsbescheids verbindlich klären zu können. Die Frage, welche Gewerbeberechtigung zur Erbringung ausschreibungsrelevanter Leistungen in einem Vergabeverfahren erforderlich sei, könne nicht zum Gegenstand eines Feststellungsverfahrens nach § 349 GewO gemacht werden.

Die Beschwerde ist berechtigt:

Wie der VwGH wiederholt ausgesprochen hat, ist in jenen Fällen, in denen die Behörde einen Antrag zurückgewiesen hat, „Sache“ eines Beschwerdeverfahrens vor dem Verwaltungsgericht ausschließlich die Rechtmäßigkeit der Zurückweisung (*Leeb* in *Hengstschläger/Leeb*, AVG, § 28 VwGVG Rz 39). Dem Verwaltungsgericht ist es demnach verwehrt, über diesen Rahmen hinaus mit einer Entscheidung über die „Hauptsache“ vorzugehen, weil dadurch der sachlichen Prüfung des gestellten Antrages und damit den Parteien eine Instanz genommen würde (VwGH 18.12.2014, Ra 2014/07/0002; 28.08.2019, Ra 2019/14/0299; 17.12.2019, Ra 2017/04/0141). Dies ist auch im Hinblick auf das in der Beschwerde angesprochene Thema Antragsmodifikation iSd § 13 Abs. 8 AVG zu beachten. Das heißt, dass im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht auch nicht ein anderer/modifizierter Antrag geprüft werden könnte. Es ist auch anzumerken, dass nicht eine Behandlung der Hauptsache in der Form erfolgen kann, dass als (alternativer) Zurückweisungsgrund jener iSd § 349 Abs. 4 GewO geprüft wird, weil es über die gegenständliche Zurückweisung hinausgehend würde.

Liegt ein von der Behörde angenommener Zurückweisungsgrund nicht vor, hat das Verwaltungsgericht den Zurückweisungsbescheid ersatzlos mit der Konsequenz zu beheben, dass die Behörde über den Antrag unter Abstandnahme von dem zunächst gebrauchten Zurückweisungsgrund (im Beschwerdefall: verneinte Legitimation) zu entscheiden hat (VwGH 28.02.2008, 2006/16/0129; 03.04.2019, Ro 2017/15/0046). Im vorliegenden Fall ist es dem Verwaltungsgericht jedenfalls verwehrt, über den Feststellungsantrag vom 17.05.2019 in der Sache selbst zu entscheiden und die beantragten Feststellungen zu treffen. Es ist aber auch kein Austausch des Zurückweisungsgrundes vorzunehmen (in Frage käme insbesondere § 349 Abs. 4 GewO).

Gegenständlich stellt sich die Frage, ob sich der Antrag vom 17.05.2019 im Rahmen des § 349 GewO bewegt oder das dort gestellte Feststellungsbegehren vom Anwendungsbereich dieser Bestimmung nicht erfasst ist. Die belangte Behörde begründete die Zurückweisung des Antrages im angefochtenen Bescheid mit der fehlenden Legitimation gemäß § 349 Abs. 1 und 2 GewO. Damit ist wohl im Wesentlichen gemeint, dass außerhalb des § 349 GewO ein Feststellungsbegehren nicht gestellt werden kann.

Der Umstand, dass der Gesetzgeber in § 349 Abs. 1 GewO die Voraussetzungen normiert hat, unter denen ein Feststellungsbescheid über die Abgrenzung unterschiedlicher Gewerbeberechtigungen zueinander (d.h. im Anwendungsbereich der GewO) zu ergehen hat, kann nur dahin verstanden werden, dass er einen sonstigen Feststellungsbescheid, d.h. andere, nicht von § 349 GewO erfasste Feststellungen nicht zulassen wollte (VwGH 17.09.2010, 2008/04/0165; 25.03.2014, 2013/04/0168; *N. Raschauer* in Ennöckl/Raschauer, Wessely (Hrsg), GewO (2015) § 349 Rz 30).

Ausgangspunkt eines Verfahrens nach § 349 GewO ist das Vorliegen eines entsprechenden Antrages, wodurch sich auch der Gegenstand dieses Verfahrens, der sich im Rahmen eines derartigen Antrages zu halten hat, ergibt (VwGH 24.10.2001, 99/04/0230). Die Entscheidung über einen Antrag gemäß § 349 Abs. 1 Z 1 GewO hat die abstrakte Lösung der Rechtsfrage nach dem Umfang einer Gewerbeberechtigung (§ 29 GewO) im Verhältnis zu einer anderen Gewerbeberechtigung zum Gegenstand. Durch die Wortfolge „im Verhältnis zu einer anderen Gewerbeberechtigung“ sollte nach dem Willen des Gesetzgebers ausgeschlossen werden, dass darüber entschieden werden könne, ob einem nicht unter die GewO fallenden Berufszweig das Recht zu einer bestimmten Tätigkeit zusteht oder nicht (VwGH 25.03.2014, 2013/04/0168; 03.03.2020, Ro 2017/04/0001).

Der Gewerbeinhaber kann bei Vorliegen von Zweifeln über den Umfang der sich aus seiner Gewerbeberechtigung ergebenden gewerblichen Befugnisse oder bei Erweiterung einer bestehenden Gewerbeberechtigung (Abs. 1 Z 2) einen Feststellungsantrag gemäß § 349 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 Z 1 erster Fall GewO

einbringen. Diese Sichtweise korrespondiert mit dem Antragsrecht gemäß § 349 Abs. 1 Z 2 GewO, das die Frage zum Inhalt hat, ob eine gewerbliche Tätigkeit, die Gegenstand einer Gewerbebeanmeldung ist, ein freies Gewerbe sein kann oder in den Berechtigungsumfang eines Teilgewerbes fällt oder einem (anderen) reglementierten Gewerbe vorbehalten ist (und daher nicht vom Umfang des zu beurteilenden Gewerbes umfasst sein kann). Zu dieser Antragstellung berechtigt ist gemäß § 349 Abs. 2 Z 1 zweiter Fall GewO eine Person, die eine Gewerbebeanmeldung erstattet hat. Auch dabei handelt es sich um eine Rechtsfrage bezogen auf eine Gewerbebeanmeldung, die vom jeweiligen Antragsteller selbst eingebracht wurde (VwGH 26.09.2017, Ro 2015/04/0022).

Der Klammerverweis in § 349 Abs. 1 Z 1 GewO macht deutlich, dass dieses Verfahren der allfälligen Feststellung des in § 29 GewO definierten Umfangs einer Gewerbeberechtigung dient und zur Beurteilung die dort genannten Kriterien heranzuziehen sind. § 29 GewO nennt als maßgebend für den Umfang der Gewerbeberechtigung „den Wortlaut der Gewerbebeanmeldung (§ 339 GewO) oder des Bescheides nach § 340 Abs. 2 im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften“. Ergibt sich daraus kein klarer Aufschluss über den Umfang des Gewerbes, sind die weiteren Kriterien gemäß § 29 zweiter Satz GewO heranzuziehen (VwGH 26.09.2017, Ro 2015/04/0022; 03.03.2020, Ro 2017/04/0001).

§ 349 Abs. 1 Z 2 GewO ermöglicht hingegen die Entscheidung darüber, ob eine gewerbliche Tätigkeit, die Gegenstand einer Gewerbebeanmeldung ist, ein freies Gewerbe sein kann oder in den Berechtigungsumfang eines Teilgewerbes fällt oder einem reglementierten Gewerbe vorbehalten ist. Die Bestimmung spricht vom „Gegenstand einer Gewerbebeanmeldung“. § 349 Abs. 2 GewO sieht die Antragslegitimation beim „Gewerbeinhaber oder einer Person, die eine Gewerbebeanmeldung erstattet“. Es kann auch ein Gewerbeberechtigter, dessen Gewerbebeanmeldung bereits abgeschlossen ist, einen Feststellungsantrag gemäß § 349

GewO stellen; ein noch offenes Anmeldeverfahren ist nicht notwendig (siehe auch VwGH 26.09.2017, Ro 2015/04/0022, Rz 35 f: „Gewerbeinhaber“). Ausgehend von dieser Rechtsansicht ist der Gewerbeinhaber berechtigt, bei Vorliegen von Zweifeln den Umfang der Ausübungsbefugnisse bezogen auf seine

eigene Gewerbeberechtigung feststellen zu lassen (VwGH 26.09.2017, Ro 2015/04/0022, Rz 36).

Die (grundsätzliche) Legitimation zur Stellung eines Feststellungsantrages bezogen auf die eigene Gewerbeberechtigung ergibt sich aus § 349 Abs. 2 Z 1 iVm Abs. 1 Z 1 GewO (VwGH 26.09.2017, Ro 2015/04/0022, Rz 35 und 36). Nicht jeder Gewerbeinhaber, sondern nur derjenige ist zur Antragstellung berufen, dessen Befugnisse bestritten werden oder der sie für sich in Anspruch nimmt (*Gruber/Pallege-Barfuß*, GewO⁷ § 349 Anm 4). Gerade um die eigenen Befugnisse ging es der A. mit ihrem Antrag, die sich für sich klären und in Anspruch nehmen wollte.

Die A. verfügt über sechs Gewerbeberechtigungen, die im Hinblick auf das hinter dem Feststellungsantrag stehende Vergabeverfahren und das dortige Leistungsverzeichnis, denkbar einschlägig sind. § 349 Abs. 2 Z 1 GewO sieht die Antragslegitimation beim „Gewerbeinhaber oder einer Person, die eine Gewerbebeanmeldung erstattet“. Die A. ist insofern zur Antragstellung grundsätzlich legitimiert. Freilich ist der Einleitungssatz des § 349 Abs. 2 GewO mitzulesen, wonach es sich um einen „Antrag auf Entscheidung gemäß Abs. 1“ handeln muss. Nachdem es keine weitere Einschränkung gibt, kann es sich um einen Antrag nach Abs. 1 Z 1 oder 2 handeln.

Mit dem Antrag vom 17.05.2019 wird die Feststellung der Zuordnung dort umschriebener Leistungen zu zwei konkreten Gewerbeberechtigungen, über die die A. tatsächlich verfügt (Gewerbe „Sammeln und Behandeln von Abfällen und Abwässern“ sowie Gewerbe „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung (Handwerk)“) begehrt und es wurde gefragt, ob Tätigkeiten/Positionen aus dem Leistungsverzeichnis einem anderen Gewerbe unterliegen würden, über welches die A. verfügt. Der Antrag wurde explizit auf § 349 GewO gestützt.

Ausgehend von der eben dargelegten Rechtsansicht ist der Gewerbeinhaber grundsätzlich berechtigt, bei Vorliegen von Zweifeln den Umfang der Ausübungsbefugnisse bezogen auf seine eigene Gewerbeberechtigung feststellen zu lassen (VwGH 26.09.2017, Ro 2015/04/0022, Rz 36).

Gegenständlich wurde durch das explizite Anführen des § 349 GewO als Rechtsgrundlage im Antrag der Gegenstand des Verfahrens abgegrenzt.

Ein Nachschieben von alternativen Zurück- oder Abweisungsgründen nach Erlassung eines Zurückweisungsbescheides ist auch wegen des beschränkten Prüfgegenstandes im nachprüfenden Beschwerdeverfahren (konkreter Zurückweisungsgrund; kein Austausch) nicht möglich.

Wenn die belangte Behörde meint, dass Gehör oder sonstige Parteienrechte bei Erlassung der gegenständlichen Entscheidung nicht geboten waren, ist umso verwunderlicher, wieso zwischen dem Antrag vom 17.05.2019 und dem angefochtenen Bescheid vom 10.07.2020 knapp 14 Monate vergehen mussten.

§ 349 Abs. 5 GewO legt eine besondere Form des Parteiengehörs (vgl. allgemein § 45 Abs. 3 AVG) in Bezug auf die Parteien eines Verfahrens gemäß § 349 Abs. 1 GewO fest. Der Bundesminister ist danach jedenfalls verpflichtet, – wenn nicht bereits eine Erledigung nach § 349 Abs. 4 GewO erfolgt und das ist gegenständlich nicht der Fall gewesen – „schriftliche Stellungnahmen“ zum Ergebnis seiner Beweisaufnahme und zwar von allen in § 349 Abs. 2 GewO erwähnten Parteien (Gewerbeanmelder, Gewerbeinhaber, antragstellende Gliederung der Landes-Wirtschaftskammer) oder von einer sonst sachlich beteiligten Gliederung einer Landes-Wirtschaftskammer (die keinen Antrag gemäß Abs. 2 Z 2 gestellt hat) einzuholen (*Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO³ § 349 Rz 16). Dadurch soll rechtliches Gehör sichergestellt werden (*N. Raschauer* in *Ennöckl/Raschauer, Wessely* (Hrsg), GewO (2015) § 349 Rz 18).

Im Beschwerdefall ist das nicht passiert. Durch dessen Zitierung im Antrag hat die A. ein Verfahren nach § 349 GewO gewählt. Das in Abs. 5 dieser Bestimmung einzuräumende Parteiengehör war jedenfalls einzuräumen. Ausnahmen hiervon wären nur die Erledigungs-/Verfahrensvarianten des § 349 Abs. 4 GewO gewesen; eine solche liegt jedoch gegenständlich nicht vor. Gegenständlich wäre also Parteiengehör einzuräumen gewesen.

Bei auf Antrag eingeleiteten Feststellungsverfahren bestimmt der Antragsteller den Feststellungsgegenstand. In diesem Fall ist es Sache des Antragstellers, die Sache,

auf die sich das Feststellungsverfahren beziehen soll, zu spezifizieren bzw. konkretisieren. Anzugeben sind vom Antragsteller für die Beurteilung relevante Umstände. Die Spezifizierung der Sache, auf welche sich der Feststellungsantrag bezieht, ist somit Sache desjenigen, der eine Feststellung von der Behörde begehrt. Mit dem Antrag ist der Gegenstand des gewünschten Feststellungsverfahrens abzugrenzen. Unterlässt dies ein Antragsteller, ist der Antrag mit einem Mangel behaftet. Es ist dann nach § 13 Abs. 3 zweiter Satz AVG ein Verbesserungsauftrag zu erteilen (VwGH 17.12.2015, 2013/07/0068). Eine Zurückweisung eines Feststellungsantrages als unzulässig hat erst nach Ermöglichung einer Verbesserung durch den Antragsteller zu erfolgen (VwGH 26.04.2006, 2005/12/0117; 20.05.2008, 2005/12/0196, jeweils mit weiteren Hinweisen).

Weist ein Anbringen einen undeutlichen Inhalt auf, hat die Behörde nach der Rsp des VwGH gemäß §§ 37 und 39 Abs. 2 AVG durch Herbeiführung einer entsprechenden Erklärung den wahren Willen des Einschreiters festzustellen, diesen also zu einer Präzisierung aufzufordern bzw. zum Inhalt einzuvernehmen. Anders gewendet ist es der Behörde nicht gestattet, einem unklaren Antrag von vornherein einen für den Antragsteller ungünstigen Inhalt zu unterstellen. Es darf im Zweifel nicht davon ausgegangen werden, dass eine Partei einen von vornherein sinnlosen oder unzulässigen Antrag gestellt hat (*Hengstschläger/Leeb*, AVG § 13 Rz 39; VwGH 25.07.2013, 2013/07/0099 = VwSlg 18.668 A/2013; 24.07.2014, Ro 2014/07/0031; 27.07.2017, Ra 2015/07/0109).

Sowohl §§ 37 und 39 Abs. 2 AVG als auch § 13 AVG und die daraus ableitbaren Verfahrensrechte, aber insbesondere auch das Parteiengehör gemäß § 349 Abs. 5 GewO sind unabhängig davon zu beachten, ob ein Antragsteller anwaltlich vertreten ist (unterscheide hiervon § 13a AVG).

In jenem Beschwerdefall, der dem auch von der belangten Behörde zitierten Erkenntnis VwGH 18.06.1996, 94/04/0238, zugrunde lag, wurde ein tauglicher Feststellungsgegenstand iSd § 349 Abs. 1 Z 1 GewO verneint, wobei der dortige Antragsteller an seinem auf § 349 GewO gestützten Begehren „wiederholt festgehalten“ hat (zuvor wurde also auch dort Parteiengehör eingeräumt, nämlich der Antragsteller um „Präzisierung des dem gegenständlichen Verfahren

zugrundeliegenden Antrags“ ersucht und es wurden dem Antragsteller eingeholte Äußerungen/Gutachten zur Stellungnahme vorgehalten). Die sofortige Zurückweisung ohne weitere Verfahrensschritte zwischen Antrag und Zurückweisungsbescheid ist eben nicht zulässig.

Nachdem die belangte Behörde dies verkannt hat und das nach § 349 Abs. 5 GewO zwingend einzuräumende Parteiengehör/Ermittlungsverfahren verletzt hat, ist der angefochtene Bescheid rechtswidrig.

Der angefochtene Bescheid ist insofern mit (wesentlichen) Verfahrensfehlern belastet, die im Rahmen des beschränkten Prüf- und Verfahrensumfanges vor dem Verwaltungsgericht (Zurückweisungsgrund Legitimation) nicht saniert werden konnten.

Der angefochtene Zurückweisungsbescheid war daher aufzuheben.

Die belangte Behörde hat im Zuge des fortzusetzenden Verfahrens Parteiengehör zum Antragsgegenstand einzuräumen. Die antragstellende Partei kann dabei in gewissen Grenzen über den Antrag disponieren (etwa klarstellen, ergänzen [zu Vorbringen auf Sachverhaltsebene und Eventualantrag VwGH 25.03.2014, 2013/04/0168], modifizieren [zur Modifikation im zweiten Rechtsgang VwGH 26.09.2017, Ro 2015/04/0022] oder auch zurückziehen). Freilich kann dieses Verfahren auch damit enden, dass schlussendlich eine Zurückweisung geboten ist.

Die belangte Behörde verkennt die Rechtslage, wenn sie davon ausgeht, dass eine Relevanz von aufgezeigten und im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht nicht sanierbaren Verfahrensmängeln erforderlich wäre. Das VwGVG setzt für die Beschwerdekongstellatation anders als das VwGG keine Relevanz von Verfahrensmängeln voraus. Es führen nämlich bei der Prüfung des gegenständlichen Zurückweisungsbescheides die dargestellten Rechtsverletzungen zwingend zur Behebung; dies ist freilich unpräjudiziell für das weitere Verfahren.

Wenn die belangte Behörde etwa ausführt, dass die Teilnahmeberechtigung des A. im hinter dem Feststellungsantrag stehenden Vergabeverfahren zweifellos

bestanden habe, könnte ein Fall des § 349 Abs. 4 GewO vorliegen („wenn ein ernst zu nehmender Zweifel über die zur Entscheidung gestellte Frage nicht besteht“). Es ist jedoch in Bezug auf eine entschiedene Sache iSd § 349 Abs. 4 GewO anzumerken, dass es bei dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, über den im Verfahren VGW-123/074/5617/2019 entschieden wurde, primär um die Teilnahmeberechtigung des dortigen Antragsgegners ging.

Auch wenn die Behörde nicht verpflichtet ist, zu einer Antragsänderung aufzufordern kann das Einräumen von Gehör dazu führen, dass der Antragsteller von sich aus im Rahmen des § 13 Abs. 8 AVG Änderungen vornimmt. Insofern ist dann auch eine Relevanz der unterlassenen Verfahrensschritte zu sehen, weil selbst im Fall eines unzulässigen Antrages nicht von einem jedenfalls unbeirrbar Beharren ausgegangen werden kann. Die eben angesprochenen Dispositionsmöglichkeiten wurden beschnitten, insofern hätte es zu einem anderen Verfahrensausgang kommen können. Im gegenständlichen Verfahrensstadium kann bzw. darf das Verwaltungsgericht aber nicht zu anderen Ergebnissen kommen, sondern nur die konkret vorgenommene Zurückweisung materiell und formell prüfen.

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

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des VwGH ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des VwGH auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Die Rechtslage betreffend Gegenstand und Umfang des

Feststellungsverfahrens nach § 349 GewO ist aufgrund der zitierten Gesetzeslage klar und durch die angeführte ständige und einheitliche Rechtsprechung zu dieser Bestimmung geklärt. Der gegenständlich vorgenommenen Würdigung kommt keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu. Schließlich liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen vor. Eine (weitere) Klärung der entscheidungsrelevanten Rechtsfragen durch den VwGH ist nicht erforderlich.

Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen. Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

Dr. Köhler
Richter