

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung	3
 <i>Teil 1</i>	
Regelungsziele im gewerblichen Berufsrecht	9
 Kapitel 1	
Regelungsziele als »blinder Fleck« des gewerblichen Berufsrechts	11
 Kapitel 2	
Die Verortung des gewerblichen Berufsrechts im öffentlichen Wirtschaftsrecht	13
 I. Gewerbliches Berufsrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht	
II. Gewerbliches Berufsrecht als Wirtschaftsordnungsrecht	14
A. Zuordnung in der Literatur	14
B. Charakteristika des Wirtschaftsordnungsrechts	16
1. Das Wirtschaftsordnungsrecht als Schiedsrichter des Marktes	16
2. Der Begriff des »Wirtschaftspolizeirechts«	18
a. Verwendung in der Literatur	18
b. Ablehnung der synonymen Verwendung	19
c. »Verwaltungspolizei« als Begriff des allgemeinen Verwaltungsrechts (und nicht der Kompetenzverteilung)	21
III. Abgrenzung von Wirtschaftsaufsichts-, Regulierungs- und Wirtschaftslenkungsrecht	24
A. Primär nicht verfolgte Regelungsziele	24
B. Wirtschaftsaufsichtsrecht	24
1. Charakteristika des Wirtschaftsaufsichtsrechts	24
2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Wirtschaftsaufsichts- und Wirtschaftsordnungs- recht	25

3.	Rückschlüsse für das gewerbliche Berufsrecht	28
C.	Regulierungsrecht	30
1.	Charakteristika des Regulierungsrechts	30
2.	Rückschlüsse für das gewerbliche Berufsrecht	32
D.	Wirtschaftslenkungsrecht	32
1.	Charakteristika des Wirtschaftslenkungsrechts	32
2.	Rückschlüsse für das gewerbliche Berufsrecht	33
IV.	Marktbezug und Leistungsfähigkeit des Marktes als Differenzierungskriterien für das Wirtschafts- verwaltungsrecht	34
A.	Der Marktbezug als »kleinster gemeinsamer Nenner«	34
B.	Die Kategorien des Wirtschaftsverwaltungsrechts und ihr jeweiliger Marktbezug	36
V.	Öffentlich-wirtschaftsrechtliche Verortung: erste Anhaltspunkte	41
Kapitel 3		
	Regelungsziele in der gewerberechtlichen Literatur	43
I.	Ein bunter Strauß von Regelungszielen	43
II.	Mangelnde terminologische Präzision in der gewerberechtlichen Literatur	45
III.	Qualitätssicherung	47
A.	Die Qualitätssicherung im Fokus	47
B.	»Qualitätssicherung«: kein Synonym für »Gefahrenabwehr«	48
IV.	Sonstige Regelungsziele des gewerblichen Berufsrechts ...	50
V.	Herrschend angenommene Ziele des gewerblichen Berufsrechts	51
Kapitel 4		
	Eine Materie, zwei Interpretationen	53
I.	Widersprüchliches Schrifttum	53
II.	Qualitätssicherung: kein genuin ordnungsrechtliches Regelungsziel	54
III.	Gefahrenabwehr oder Qualitätssicherung? Versuch einer Auflösung	57
A.	Unterschiede in der Perspektive?	57
B.	Befähigungsnachweis im Dienste der Gefahrenabwehr (öffentlich-wirtschaftsrechtliche Literatur)	58

C. Befähigungsnachweis im Dienste der Qualitätssicherung (gewerberechtliche Literatur)	61
D. Auffassungswandel in der gewerberechtlichen Literatur	63
1. Von der Gefahrenabwehr zur Qualitätssicherung ...	63
2. »Qualitativer Mindeststandard« – Überwiegen der Gefahrenabwehrfunktion	64
a. Befähigungsnachweis zur Sicherstellung eines »qualitativen Mindeststandards«	64
b. Verfassungsrechtliche Kritik am Befähigungsnachweis	66
3. »Hoher« Standard – der Aufstieg der Qualitätssicherungsfunktion	68
a. Befähigungsnachweis zur Sicherstellung eines »hohen« Standards	68
b. Verfassungsrechtliche Billigung oder Verteidigung des Befähigungsnachweises	70
(i.) Beurteilung der Verfassungskonformität im Allgemeinen	70
(ii.) Kritik am Berufsfotografie-Erkenntnis ...	72
4. Gründe für den Auffassungswandel	74
a. Keine Antworten im Gesetzestext	74
b. ErläutRV zur GewO-Novelle 1992	75
c. Standard-Judikatur des VfGH	79
IV. Zwischenresümee	82
Kapitel 5	
Der Befähigungsnachweis als zentrales Regelungsinstrument des gewerblichen Berufsrechts	85
I. Die Antwort liegt im Befähigungsnachweis	85
II. ... und im System der Gewerbe-kategorien	86
Kapitel 6	
Schlussfolgerungen	89

Teil 2

Regelungsziele des Befähigungsnachweises	91
---	-----------

Kapitel 1

Überblick	93
------------------------	-----------

Kapitel 2

Ausrichtung der weiteren Untersuchung und Begriffsbestimmung	95
---	-----------

I.	Weichenstellungen	95
II.	Abgrenzung: Auswahl der behandelten Regelungsziele	95
	A. Vielschichtigkeit der Zielverfolgung	95
	B. Auswahl der behandelten Regelungsziele	96
	1. Einbezogene Regelungsziele	96
	2. Ausgeschlossene Regelungsziele	97
	a. Lediglich vereinzelt verfolgte Regelungsziele	97
	b. Arbeitnehmerschutz	98
	c. Berufsausbildung	102
	(i.) Die Berufsausbildung im BAG: ein eigenständiges Regelungsregime	102
	(ii.) Lehrlingsausbildung in reglementierten Gewerben ohne Befähigungsnachweis ▪ Keine Befähigungsnachweispflicht für den Ausbilder gem § 3 BAG	105
	▪ Materielle Derogation der Befähigungsnachweispflicht für den Lehrberechtigten durch eine lex posterior?	108
III.	Begriffsbestimmung: Definition der Regelungsziele	110
	A. Begriffliche Klarstellung trotz teilweiser Überschneidungen	110
	B. Gefahrenabwehr	111
	1. Verhinderung qualifizierter Nachteile	111
	2. Abgrenzung der Gefahrenabwehr vom Konsumentenschutz	113
	C. Qualitätssicherung (Konsumentenschutz)	115
	1. Die Probleme des Begriffs der »Qualitätssicherung«	115

2. Qualitätssicherung als spezifische Ausformung des Konsumentenschutzes	116
a. Synonyme Verwendung in Literatur und Rsp ...	116
b. Ausgleich einer Informationsasymmetrie	119
3. Definition der Qualitätssicherung	120
D. Gläubiger- und Konkurrenzschutz	120

Kapitel 3

Der Befähigungsnachweis aus der Perspektive der erforderlichen Fähigkeiten	123
---	------------

I. Erforderliche Fähigkeiten als primärer systemischer Anknüpfungspunkt?	123
II. Komplexität der Tätigkeit	124
A. Keine Zuordnung aufgrund der erforderlichen Fähigkeiten	124
B. Kein Befähigungsnachweis bei starkem Anlagen- oder Maschinenbezug	129
1. Industrieprivileg, einfache Tätigkeiten und anlagenbezogene freie Gewerbe	129
2. Industrieprivileg gem § 7 GewO	129
3. Einfache Tätigkeiten gem § 31 Abs 1 GewO	130
4. Anlagenbezogene freie Gewerbe	131
5. Systemwidrigkeiten	132
III. Bewahrung der traditionellen Handwerkskunst	136
IV. Zwischenresümee	138

Kapitel 4

Der Befähigungsnachweis aus der Perspektive der Gefahrenabwehr	141
---	------------

I. Gefahrenabwehr: keine Leitidee des Befähigungsnachweissystems	141
II. Gefahrenabwehr: Abgrenzung von reglementierten und freien Gewerben	143
A. Befähigungsnachweissystem: keine durchgängige Zuordnung nach Gesichtspunkten der Gefährlichkeit	143
B. Gefahrengeneigte freie Gewerbe	144
1. Gefahr für Leib und Leben	144
2. Gefahr für Vermögen	148

3. Möglichkeiten der Befähigungssicherung bei minderkomplexen Tätigkeiten	150
C. Ungefährliche reglementierte Gewerbe	152
D. Unterschiedliche Reglementierung vergleichbar gefährlicher Tätigkeiten	153
1. Ähnliches Gefährdungspotenzial, oftmals unterschiedliche Zuordnung	153
2. Lebensmittelerzeugende Gewerbe	154
a. Fehlen einer grundsätzlichen Strukturentscheidung	154
b. Ausblick auf verfassungsrechtliche Implikationen	156
3. Körperbezogene Gewerbe	156
a. Grundsatz: Reglementierung betreffender Tätigkeiten	156
b. Durchbrechung des Grundsatzes	157
4. Gewerbe der Errichtung und Erhaltung von Bauwerken	161
a. Grundsatz: Reglementierung betreffender Tätigkeiten	161
b. Durchbrechung des Grundsatzes	162
5. Gewerbe der Fahrzeugsicherheit – Fehlen einer grundsätzlichen Strukturentscheidung	164
6. Produktionsgewerbe	165
a. Grundsatz: Freistellung betreffender Tätigkeiten	165
b. Durchbrechung des Grundsatzes	167
c. Freistellung aufgrund des Industrieprivilegs?	170
7. Finanzgewerbe	173
a. Grundsatz: Reglementierung betreffender Tätigkeiten	173
b. Grundsatz: Freistellung bei geringer Schadensgeneigtheit	174
c. Durchbrechung der Grundsätze	175
8. Gewerbe der (Beratungs-)Dienstleistungen im B2B-Bereich	179
a. Grundsatz: Freistellung betreffender Tätigkeiten	179
b. Durchbrechung des Grundsatzes	180

	<ul style="list-style-type: none"> (i.) Reglementierte B2B-Dienstleistungsgewerbe 180 (ii.) Inkassoinstitute 180 (iii.) Spediteure einschließlich der Transportagenten 181 (iv.) Der (zu weitgehende) Gewerbeumfang der Unternehmensberatung 183 	180
	9. Fehlende oder durchbrochene Tendenzen 185	185
E.	Befähigungssicherung in sonstigen Bundesgesetzen, Freistellung in der GewO 186	186
	1. Abfallsammler, Luftfahrzeugwarte etc: freie Gewerbe mit Befähigungsverpflichtungen 186	186
	2. Starke berufsrechtliche Adressierung freier Gewerbe (am Beispiel der Gewerbe mit Luftfahrtbezug) 188	188
	3. Fleischer: Reglementierung trotz Befähigungssicherung außerhalb der GewO 190	190
F.	Selbstgefährdung des Gewerbetreibenden 192	192
G.	Zwischenresümee 194	194
III.	Weitere Indizien gegen die Gefahrenabwehrfunktion des Befähigungsnachweises 195	195
	A. Wäre der Befähigungsnachweis vorrangig ein Instrument der Gefahrenabwehr... 195	195
	B. Charakteristika gefahrenabwehrender Berufsrechte/Befähigungsregime 196	196
	1. Berufsrechte freier Berufe 196	196
	a. Abgewehrte Gefahren 196	196
	b. Aufnahme der Tätigkeit 198	198
	c. Fortbildungsverpflichtungen (laufende Sicherstellung der Befähigung) 200	200
	d. Reaktionen auf Beeinträchtigungen der Befähigung 204	204
	e. Haftpflichtversicherungen 208	208
	2. Sonstige Berufsrechte 210	210
	a. Geringerer Adressierungsgrad 210	210
	b. Abgewehrte Gefahren 210	210
	c. Aufnahme der Tätigkeit 212	212
	d. Fortbildungsverpflichtungen (laufende Sicherstellung der Befähigung) 214	214

e.	Reaktionen auf Beeinträchtigungen der Befähigung	215
f.	Haftplichtversicherungen	217
3.	Einfache Befähigungsregime	218
a.	Allgemeines	218
b.	Abgewehrte Gefahren	219
c.	Aufnahme der Tätigkeit	219
d.	Fortbildungsverpflichtungen (laufende Sicherstellung der Befähigung)	220
e.	Reaktionen auf Beeinträchtigungen der Befähigung	221
f.	Haftplichtversicherungen	222
4.	Zwischenresümee: Charakteristika gefahrenabwehrender Berufsrechte und Befähigungsregime	224
C.	Reglementierte Gewerbe und Gefahrenabwehr- instrumente: überwiegendes Fehlen	224
1.	Im Einzelfall vorhanden, im Allgemeinen fehlend	224
2.	Beginn der Gewerbeausübung bereits ab Anmeldung	225
3.	Kaum Fortbildungsverpflichtungen	229
4.	(Weitgehende) Irrelevanz des Befähigungs- verlustes in der GewO	231
5.	Das (weitgehende) Fehlen von Pflichthaftpflichtversicherungen	234
a.	Pflichthaftpflichtversicherungen lediglich für vier von mehr als hundert reglementierten Gewerben	234
b.	Verhältnis des Einsatzes von Haftpflicht- versicherungen zu Befähigungsnachweisen	236
6.	Nachträgliche Reglementierung ehemals freier Gewerbe bzw Nachschärfung von Befähigungsnachweisen	239
a.	Regel: keine Auswirkungen auf bestehende Gewerbeberechtigungen	239
b.	Ausnahmen des § 17 Abs 2 GewO	241
IV.	Die genuin gefahrenabwehrenden Reglementierungen und Befähigungsnachweise	243

V.	Unterminierung der Gefahrenabwehrfunktion durch die Nebenrechte	245
VI.	Zwischenresümee	248
Kapitel 5		
	Der Befähigungsnachweis aus der Perspektive der Qualitätssicherung	251
I.	Qualitätssicherung: keine Leitidee des Befähigungsnachweissystems	251
II.	Wäre der Befähigungsnachweis vorrangig ein Instrument der Qualitätssicherung... ..	252
	A. Konsumentenschutzrechtliche Ausrichtung: Ausgleich einer Informationsasymmetrie	252
	B. Befähigungsnachweise im B2B-Bereich	253
	C. Befähigungsnachweis trotz fehlender Schutzbedürftigkeit des Konsumenten	255
	1. Niederpreisige Leistungen	255
	2. Regelmäßige bzw leicht mögliche ex ante-Qualitätsprüfung	257
	D. Fehlender Befähigungsnachweis trotz bestehender Informationsasymmetrie sowie signifikanter Berührung von Konsumenteninteressen	259
	E. Sicherung des Preiswettbewerbs als Bestandteil des Konsumentenschutzes	262
III.	Qualitätssicherungsbezogene Widersprüchlichkeiten des Befähigungsnachweissystems	264
	A. Unterschiedliche Reglementierung vergleichbarer Tätigkeiten	264
	B. Bekleidungsgewerbe	265
	1. Die reglementierten Bekleidungsgewerbe	265
	2. Die freien Bekleidungsgewerbe	266
	C. Lebensberatungsgewerbe	267
	1. Die reglementierte Lebens- und Sozialberatung	267
	2. Die freien Gewerbe der Energetiker	267
	D. Textilreinigungsgewerbe (zugleich zum Schutz des Konsumentenvermögens im Allgemeinen)	269
IV.	Die verbundenen Handwerke des § 94 GewO: Befähigung als Selbstzweck	272
	A. Verbundene Gewerbe (§ 6 GewO)	272

B.	Verbundene Handwerke und abweichende Befähigungsprofile – drei Beispiele	274
1.	Das vermeintliche Bindeglied	274
2.	Meisterprüfungs- und Ausbildungsordnungen	275
a.	Gärtner; Florist (verbundenes Handwerk)	275
b.	Keramiker; Platten- und Fliesenleger (verbundenes Handwerk)	277
c.	Orgelbauer; Harmonikamacher; Klaviermacher; Streich- und Saiteninstrumenteerzeuger; Holzblasinstrumenteerzeuger; Blechblasinstrumenteerzeuger (verbundenes Handwerk)	278
C.	Zwischenresümee	282
V.	Einsatz befähigter bzw fachkundiger Arbeitnehmer nur aus Gründen der Gefahrenabwehr	284
VI.	Unterminierung der Qualitätssicherungsfunktion durch die Nebenrechte	287
VII.	Zwischenresümee	288

Kapitel 6

	Der Befähigungsnachweis aus der Perspektive des Gläubigerschutzes	291
I.	Der Befähigungsnachweis als Gläubigerschutz- instrument	291
II.	Keine Schutzbedürftigkeit der Gläubiger freier Gewerbe?	292
III.	Gläubigerschutzbezogene Widersprüche bei obligatorischer Geschäftsführerbestellung	295
IV.	Zwischenresümee	298

Kapitel 7

	Der Befähigungsnachweis aus der Perspektive des Konkurrenzschutzes	299
I.	Der Konkurrenzschutz als »Missing Link«	299
II.	Genese des Befähigungsnachweises: Ergebnis erfolgreichen Lobbyismus	300
A.	GewO-Novelle 1883	300
B.	GewO-Novelle 1907	300
C.	GewO-Novelle 1934	302

	D. Zwischenresümee	303
III.	Das Verblassen des Konkurrenzschutzes in der Literatur	304
	A. Divergenz zwischen älterer und jüngerer Literatur	304
	B. Die ältere Literatur (1973–2000)	304
	C. Die jüngere Literatur (2001–2023)	305
IV.	Konkurrenzschutz als verständnisbegründende Dimension des Befähigungsnachweises	309
 Kapitel 8		
	Die Problematik des Befähigungsnachweises als »One-Size-Fits-All«-Antrittsschranke	315
I.	Gewerbliches Berufsrecht: ein bunter Strauß beziehungsloser Tätigkeiten	315
II.	Befähigungsnachweis: eine Reaktion auf verschiedene Problemstellungen	316
	A. Geht es wirklich immer um »Befähigung«?	316
	B. Inkassoinstitute	317
	C. Berufsdetektive	320
	D. Überlassung von Arbeitskräften	322
	E. Gastgewerbe	326
III.	Notwendigkeit der Entkoppelung der Zuverlässigkeit von der Befähigung	329
 Kapitel 9		
	Schlussfolgerungen	331
I.	Gefahrenabwehr oder Qualitätssicherung? Weder noch! A. Teilweise Leitideen im Speziellen, kein kohärentes Konzept im Allgemeinen	331
	B. Konkurrenzschutz als »kleinster gemeinsamer Nenner«	335
	C. Gewerbliches Berufsrecht: kein »Paradebeispiel« für das Wirtschaftsordnungsrecht	335
II.	Zunehmende Unterminierung der Funktionen des Befähigungsnachweises	336
	A. Wo einst Gefahrenabwehr und Qualitätssicherung... ..	336
	B. ... bleibt am Ende bloß der Konkurrenzschutz	337
III.	Befähigungsnachweis: (k)eine Lösung für sämtliche Probleme	338

Teil 3

Der Befähigungsnachweis aus der Perspektive der Grundrechte	341
--	------------

Kapitel 1

Überblick	343
------------------------	------------

Kapitel 2

Der theoretische Rahmen	345
--------------------------------------	------------

I.	Kaum unionsrechtliche Vorgaben	345
II.	Die Grundrechte und die Systemgerechtigkeit	346
	A. Zum Begriff der Systemgerechtigkeit	346
	B. Gleichheitssatz: keine spezifischen Anforderungen an die Systemgerechtigkeit	347
	C. Erhöhte Anforderungen an die Systemgerechtigkeit bei (schweren) Grundrechtseingriffen	349
	1. »Systemgerechtigkeit« als Negativ des »rechtspolitischen Gestaltungsspielraums«	349
	2. Verdichtung von Gleichheitssatz und freiheitsrechtlicher Verhältnismäßigkeitsprüfung: gesteigerte Verpflichtung auf die Systemgerechtigkeit	355
	3. Mittelbare Verpflichtung des einfachen Gesetzgebers zur Kohärenz im gewählten System	359
	D. Anforderungen an die Systemgerechtigkeit des Befähigungsnachweissystems	360
III.	Die tönernen Füße des bloß qualitätssichernden Befähigungsnachweises	361
	A. Qualitätssicherung als Regelungsziel: schwierige Ausgangssituation	361
	B. Die Zuspitzung des marktwirtschaftlichen Wettbewerbssystems	363
	C. Der Aufstieg des privatrechtlichen Konsumentenschutzrechts	366
	1. Konsumentenschutz durch das Zivilrecht: ein Paradigmenwechsel	366
	2. Stärkung des privatrechtlichen Konsumentenschutzes am Beispiel der Beweislastumkehr gem § 924 Satz 2 ABGB bzw § 11 Abs 1 Satz 1 VGG ...	368

3. Überflüssigkeit qualitätssichernder Befähigungsnachweise	369
D. Gewerberecht: zurück zur Eigenverantwortung des Konsumenten	370
1. GewO	370
2. GelverkG-Novelle 2021: Digitalisierung ersetzt Konsumentenschutz	372
E. Literatur: Qualitätssicherung als bevorzugte Rechtfertigung für den Befähigungsnachweis	374
1. Große Beliebtheit trotz geringer »Überzeugungskraft«	374
2. Die Kritik am Berufsfotografie-Erkenntnis (VfSlg 19.814/2013)	374
F. VfGH: Anfang und Ende der »Standard«-Judikatur	376
1. Geburtsstunde der Formel des »gewissen Standards fachlicher Leistungen«	376
2. Einschränkung der Formel	376
3. Aufgabe der Formel und das Berufsfotografie- Erkenntnis (VfSlg 19.814/2013)	378
4. Würdigung	380
G. Zusammenfassung	381
IV. Zwischenresümee	382
 Kapitel 3	
Verfassungswidrigkeiten	385
I. Keine abschließende Behandlung bestehender Verfassungswidrigkeiten	385
II. Beispiele für verfassungswidrige Befähigungsnachweise	386
A. Gewerbe der Lebensmittelerzeugung	386
B. (Automatisierte) Produktionsgewerbe	389
C. Gastgewerbe	392
D. Gewerbe der B2B-Dienstleistungen	395
E. Verbundene Gewerbe	400
III. Verfassungswidrigkeit der »kaufmännischen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen« in § 16 Abs 2 GewO	403
 Kapitel 4	
Grundsätzliche Verfassungskonformität des Befähigungsnachweissystems	407

XX	Inhaltsverzeichnis	
	<i>Teil 4</i>	
	Conclusio	409
	Kapitel 1	
	Regelungsziele im gewerblichen Berufsrecht	411
	I. Zusammenfassung der Ergebnisse	411
	II. Thesen	412
	Kapitel 2	
	Regelungsziele des Befähigungsnachweises	415
	I. Zusammenfassung der Ergebnisse	415
	II. Thesen	418
	Kapitel 3	
	Der Befähigungsnachweis aus der Perspektive der Grundrechte	421
	I. Zusammenfassung der Ergebnisse	421
	II. Thesen	423
	Literaturverzeichnis	425
	Stichwortverzeichnis	439