

Bundesministerium für
Wirtschaft, Familie und Jugend
Stubenring 1
1012 Wien

post@l7.bmwfj.gv.at

ZI. 13/1 13/10

GZ: BMWFJ-30.680/0013-I/7/2012
BG, mit dem die Gewerbeordnung 1994 geändert wird

Referent: MMag. Dr. Eduard Wallnöfer, Rechtsanwalt in Innsbruck

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet unter Berücksichtigung der in der Stellungnahme der Rechtsanwaltskammer Wien (Referenten: Dr. Hannes Füreder und Mag. Florian Masser, Rechtsanwälte in Wien) enthaltenen Anmerkungen folgende

S t e l l u n g n a h m e :

1. Allgemeines

Die vorliegende Gesetzesnovelle beinhaltet im Wesentlichen Neuerungen in Bezug auf die betriebsanlagen- und berufsrechtlichen Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994.

Vor dem Hintergrund der Deregulierung und der bürokratischen Vereinfachung von Aspekten des Betriebsanlagenverfahrens betrifft die Novelle wesentlich die Aufhebung bzw Abänderung von Auflagen und Abweichungen vom Genehmigungsbescheid (rechtskraftdurchbrechend), die Anpassung der Parteistellung in derartigen Verfahren, die Erleichterung der Betriebsübernahmen und Anlagenänderungen von vorübergehender Dauer.

Vorab ist festzuhalten, dass die grundsätzlichen Ansätze zur Flexibilisierung des Anlagenrechts insbesondere aus Unternehmenssicht sicherlich zu begrüßen sind und auch unter rechtlichen Gesichtspunkten konkretisierte Ansätze bieten,



überkommene Konsenssituationen zu bereinigen oder auch auf das notwendige Maß zu beschränken.

Eine tiefgreifende Deregulierung oder „bürokratische“ Vereinfachung der Betriebsanlagenverfahren ist auf Grundlage dieser Novelle jedoch offenbar nicht intendiert, handelt es sich bei den Bestimmungen der Novelle doch zu sehr nur um punktuelle Eingriffe und sind mit einem Gros der neuen Bestimmungen entweder neue oder zumindest ergänzende Verfahren verbunden. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus der für die Verwaltungspraxis offenbar nicht in letzter Konsequenz determinierten Handhabung der Ausnahmebestimmungen sowie auch der Frage der Parteistellung. Tatsächlich könnte die Novelle somit in gewissen Bereichen sogar zu erheblichen Mehrbelastungen der Verwaltungsbehörden führen.

Ein weiterer Teil der gegenständlichen Novelle bezieht sich auf die berufsrechtlichen Aspekte betreffend das reglementierte Gewerbe der gewerblichen Vermögensvermittler. Für dieses Gewerbe ist gleichsam wie bei Versicherungsvermittlern, Immobilientreuhändern, Baumeistern und Baugewerbetreibenden eine Vermögenshaftpflichtversicherung vorgesehen. Auf Grund dieser Tatsache scheint es konsequent, das Gewerbe der gewerblichen Vermögensvermittlung diesen zuvor angeführten Gewerben hinsichtlich der Bestimmungen über die Gewerberuhendmeldung und unbefugte Gewerbeausübung während des Ruhens der Gewerbeberechtigung gleichzustellen.

Auf dieser Basis erlaubt sich der ÖRAK nachfolgende Stellungnahme samt Anmerkungen zu den vorliegenden Gesetzesentwürfen zu formulieren:

2. Stellungnahme zu ausgewählten Bestimmungen

ad § 79c (Z 1, 2 und 7):

Grundsätzlich ist die neu geschaffene Möglichkeit, vorgeschriebene Auflagen im Rahmen von Verfahren nach § 79c abzuändern oder gar aufzuheben, durchaus zu begrüßen. Die Materialien stellen klar, dass derartige Änderungen nunmehr ausdrücklich rechtskraftdurchbrechend vorgenommen werden können, sodass es damit zu einer erheblichen Ausweitung der Anwendbarkeit dieser Bestimmung gegenüber den Vorgängerbestimmungen der §§ 78 Abs 2 und 79c (alt) kommt.

Nicht völlig eindeutig erschließt sich dem Leser von Gesetzestext und Materialien jedoch die Unterscheidung in den Bestimmungen der Abs 1 und 2 par cit, scheint doch der Verweis des Abs 1 auf die wahrzunehmenden Interessen gemäß § 77 Abs 3 und Abs 4 den einzig gravierenden materiell-rechtlichen Unterschied zu normieren. Die Anwendbarkeit von entsprechenden Bestimmungen des Betriebsanlagenrechtes ergibt sich nun jedoch aus den vorangehenden Allgemeinbestimmungen und wäre daher bereits auf dieser Grundlage nicht nachvollziehbar, wenn es im Verfahren nach § 79c zu Abweichungen hinsichtlich der im Grundlagenverfahren zu berücksichtigenden Interessen kommen würde.

In Summe wäre daher eine klare Abgrenzung (inkl diesbezüglicher Ergänzung der Materialien) der Anwendungsfälle des § 79c wünschenswert, um Unklarheiten bei der Anwendung der Gesetzesstellen zu vermeiden. Sollte eine Unterscheidung nicht zwingend notwendig sein, sollte eine Zusammenführung der Bestimmungen zu einer Allgemeinbestimmung erfolgen.

Für die Praxis sollen nur noch zwei Gesichtspunkte aufgezeigt werden:

Die Schaffung derartiger rechtskraftdurchbrechender Bestimmungen erfolgt entgegen der generellen Systematik des österreichischen Verwaltungsrechtes und sollte daher nur mit äußerster Zurückhaltung zur Anwendung gebracht werden (vgl zB auch WRG 1959). Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das „Ausscheren“ in Richtung möglicher Rechtskraftdurchbrechung tendenziell zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führt.

Ein weiteres, noch viel praxisrelevanteres Argument richtet sich zudem dagegen, die Möglichkeit von Abänderungen in einer unbegrenzten Zahl von möglichen Verwaltungsverfahren zu schaffen und somit das - wie bereits mit § 79a geschehen - Risiko einzugehen, dass Anlagenbetreiber wie Parteien durch zahllose Verfahren „zermürbt“ werden, ebenso wie dass es zu einer massiven Zusatzbelastung der Behörden kommt.

ad § 79d (Z 3):

Das angedachte Verfahren nach § 79d dürfte gewichtige Vorteile für Übernehmer einer Betriebsanlage mit sich bringen und somit Betriebsübernahmen erleichtern. Gerade in der Praxis zeigt sich das Öfteren, dass sich bei langjährig bestehenden Gewerbebetrieben der betriebsanlagenrechtliche Genehmigungsstand im Detail nur sehr schwer rekonstruieren lässt bzw im Vorfeld vom Übernehmer nur sehr schwer evaluierbar ist. Die Möglichkeit der Konsolidierung des Konsensbestandes ist somit zu begrüßen, wenn sicherlich auch mit erheblichem Aufwand für die Gewerbebehörden verbunden. Nachvollziehbar erscheint auch das in Abs 5 normierte Moratorium, um eine entsprechende Übergangsfrist zur Schaffung rechtskonformer Rahmenbedingungen zu erreichen.

Systematisch sinnvoll und begleitet von obigen Ausführungen erweist sich auch Abs 2 Z 1 leg cit.

Unbestritten ist mit Abs 2 Z 2 par cit weiters eine Erleichterung von Betriebsübernahmen verbunden, was doch gerade eine solche oft Anlass für die Gewerbebehörden eine Bestandsaufnahme über die Konsenskonformität von Betriebsanlagen durchzuführen. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung dürfte in der Praxis jedoch nur ein sehr eingeschränkter sein, scheinen doch bei entsprechender Glaubhaftmachung in der Praxis regelmäßig die Voraussetzungen für Abs 2 Z 1 erfüllt. Demgegenüber ist eine derartige Bestimmung aus haftungsrechtlicher Sicht mit einem nicht unerheblichen Risiko für die Gewerbebehörden hinsichtlich der Beurteilung der Glaubhaftmachung für das Vorliegen der Voraussetzungen verbunden – diese werden daher tendenziell sehr

strenge Maßstäbe an die Plausibilitätsprüfung anlegen, was dazu führen könnte, dass faktisch ein Verfahren über „Plausibilitätsprüfung der Glaubhaftmachung“ abgeführt wird.

Zudem scheinen – in Ansehung einer bloßen Glaubhaftmachung - die Übergangsfristen von maximal 3 bzw 5 Jahren als überschießend und sollten tendenziell etwas reduziert werden.

Schließlich muss darauf hingewiesen werden, dass das Instrument der „Glaubhaftmachung“ im Verwaltungsverfahren mit höchster Vorsicht zur Anwendung gelangen sollte, liegt doch der Offizialmaxime und der Amtswegigkeit der Kern inne, dass die Erhebung von Sachverhalten durch die Verwaltungsbehörden zu erfolgen haben. Auch unter Berücksichtigung eventueller Haftungsfolgen für Organe der Verwaltung ist somit anzuregen, eine Klarstellung insoweit vorzunehmen, dass entweder tatsächlich (mit all den damit verbundenen Konsequenzen) von den Angaben des Antragstellers auszugehen oder doch ein ordentliches Ermittlungsverfahren durchzuführen ist. Die Mittelstellung einer „Glaubhaftmachung“ ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, insbesondere im Zusammenhang mit der Gewährleistung der Sicherheit von Leib und Leben, grundsätzlich abzulehnen.

ad § 81 Abs 2 Z 7, § 81 Abs 3 und § 345 Abs 6 (Z 5, 7 und 11):

Die durch die gegenständliche Novelle vorgesehene Möglichkeit für die erkennende Bezirksverwaltungsbehörde, im Rahmen des Anzeigeverfahrens Auflagen zu erteilen, ist durchaus kritisch zu betrachten, wird damit doch eine von der bisherigen Intention von Anzeigeverfahren mehr als abweichende Rechtslage geschaffen, die zu neuen Rechtsunsicherheiten führt.

Gravierender erscheint jedoch der Tatbestand des § 82 Abs 2 Z 7 selbst, stellt dieser doch nicht nur auf emissionsneutrale Änderungen ab, sondern auch auf Änderungen, die auf ein zumutbares Ausmaß beschränkt werden sollen. Damit ist der Tatbestand auf einen klassischen Bewilligungstatbestand hin ausgedehnt, welcher für eine Zuweisung zu einem Anzeigeverfahren grundsätzlich als nicht geeignet erscheint, handelt es sich dabei doch um die Beurteilung zentraler Schutzzinhalte der GewO 1994 per se.

ad § 81 Abs 2 Z 11 und § 81 Abs 3 (Z 6, 7):

Bezüglich dieser Regelung ist festzuhalten, dass diese im Sinne der Materialien grundsätzlich sinnvoll erscheint. Mangels Einschränkung bietet dieser Tatbestand jedoch einen extrem weitgehenden Anwendungsspielraum, hinsichtlich dessen jedenfalls zu überlegen wäre, diesen mit weiteren Rahmenbedingungen zu versehen. Rein formal ist lediglich anzumerken, dass in den Erläuterungen zu § 81 Abs 2 Z 11 und § 81 Abs 3 im zweiten Absatz die Bezeichnung der angeführten Gesetzesstelle auf § 81 Abs 2 Z 11 zu korrigieren wäre.

ad § 93 Abs 5 und § 376 Abs 2 (Z 9, 16):

Die geplanten gesetzlichen Neuerungen hinsichtlich des reglementierten Gewerbes der gewerblichen Vermögensberatung entsprechen jenen Bestimmungen, welche für andere Gewerbetreibende, die ebenfalls eine verpflichtende Vermögenshaftpflichtversicherung nachweisen müssen, gelten. Somit vollzieht die gegenständliche Novelle eine Gleichstellung unter diesen Gewerbesparten, die inhaltlich nachvollziehbar ist.

Folglich ist es nur konsequent, dass die Gewerberuhendmeldung ebenfalls im Gewerberegister vermerkt wird und scheint die Anwendung der Strafsanktion des § 366 Abs 1 Z 1 für die Gewerbeausübung trotz entsprechender Ruhendmeldung als sinnvoll.

Letztlich wird auch der Gewerbetreibende selbst durch die Übergangsbestimmungen unterstützt, indem er nicht die zum Stichtag aufrechte Gewerberuhendmeldung der Bezirksverwaltungsbehörde mitzuteilen hat, sondern dieser Umstand von Seiten der Landeskammern der gewerblichen Wirtschaft der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde mitgeteilt wird.

ad § 335 (Z 10):

Grundsätzlich erscheint diese Regelung sehr begrüßenswert, da durch diese die bis dato bestehenden Unklarheiten in Bezug auf die Behördenzuständigkeit beseitigt werden.

Da im Übrigen Anhörungsrechte zumeist nur zu Verzögerungen von Verfahren führen, wird angeregt, auf solche Anhörungsrechte von anderen BVBs, in deren Sprengel sich die Betriebsanlage (ebenfalls) befindet, schlicht zu verzichten, ist daraus (bei identer Verwaltungsmaterie) doch kein echter Mehrwert zu erkennen.

ad § 356 Abs 3 und 4 (Z 12 und 13):

Hinsichtlich der Parteistellung von Nachbarn in „Folgeverfahren“ (insbesondere §§ 79 bis 79d, 82) folgt die neue Regelung den bislang geltenden Bestimmungen zu den Vorgängertatbeständen.

Seitens des Gesetzgebers wird nunmehr über Abs 4 versucht, das mit der Rechtskraftdurchbrechung verbundene „Unbehagen“ hinsichtlich des bloßen Abstellens auf vormalige Präklusionsfolgen abzumildern.

Tatsächlich ist mit vorliegender Bestimmung des Abs 4 in der Praxis davon auszugehen, dass es regelmäßig zu einer umfangreichen, amtswegigen Prüfung der „Nachteiligkeit“ von Wirkungen kommen wird, um bereits im Vorfeld die Frage der Parteistellung zu klären. Da mit dieser Prüfung auch eine Detailprüfung der zu Grunde liegenden Abweichungstatbestände nahezu zwangsläufig erfolgen muss, die vielfach erst im Verlauf des Verfahrens zu klären ist, wird sich dadurch regelmäßig Probleme mit der Wahrung des Parteienghören ergeben. Unter den

Gesichtspunkten der Rechtssicherheit und Gewährleistung der Verfahrensrechte erschiene es daher weiterhin sinnvoller, explizite und vollständige Parteienrechte zu gewähren, die subjektiv-öffentlichen Berechtigungen jedoch auf Einwendungen hinsichtlich Verschlechterungen zu beschränken.

Wien, am 31. Januar 2013

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Rupert Wolff
Präsident