

**Priv. Doz. DDr. Christian F. Schneider**

Rechtsanwalt

Donau City Straße 11, 1220 Wien

Tel.: +43-1-260 50-204

Fax: +43-1-260 50-208

An das  
Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft  
Stubenring 1  
1010 Wien

[POST.I7@bmwfw.gv.at](mailto:POST.I7@bmwfw.gv.at)

cc: [begutachtungsverfahren@parlament.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)

**GZ: BMWFW-30.680/0009-I/7/2016**

**Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Gewerbeordnung  
1994 geändert wird (269ME/ XXV.GP)**

**Stellungnahme zum Begutachtungsentwurf**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Ziel des vorliegenden Entwurfs einer Novelle zur GewO 1994 ist es ausweislich der Erläuterungen, wesentliche Reformschritte sowohl im Bereich des Berufszugangsrechts als auch im Bereich des Anlagenrechts zu setzen.

Wie im Folgenden anhand einer Stellungnahme zu den wichtigsten Bestimmungen des Entwurfs dargelegt wird, erscheint dieser jedoch in weiten Bereichen von Partikularinteressen bestimmt; außerdem sind die Regelungen vielfach wenig durchdacht und durch besondere Praxisferne gekennzeichnet.

Dazu im Einzelnen:

**1. Reform des Berufszugangs**

Die Reform des Berufszugangs besteht, abgesehen von der Einführung des Niveaus 6 des NQR, in weiteren Bereichen darin, dass die Bestimmungen betreffend das Prüfungswesen gegenüber der geltenden Rechtslage umgruppiert und im Detail verändert werden sollen.

Begrüßenswert sind die Klarstellungen und Erweiterungen im Bereich der Nebenrechte, hat doch die fehlende Definition der Begriffe „wirtschaftlicher Schwerpunkt“ und „Eigenart des Betriebes“ in § 32 GewO 1994 bislang oft zu Schwierigkeiten in der Praxis geführt.

Positiv hervorzuheben ist ferner, dass negative Entscheidungen der Meisterprüfungsstellen – anders als bisher nach § 352 Abs 9 GewO 1994 – vor den Landesverwaltungsgerichten anfechtbar sein sollen. Dies erscheint im Hinblick auf Art 10 Abs 6 DienstleistungsRL 2006/123/EG auch unionsrechtlich geboten.<sup>1</sup> Soweit das Regime der §§ 350 ff GewO 1994 gemäß § 373d Abs 6 GewO auch auf die dort geregelten Eignungsprüfungen Anwendung findet, ist überdies auf die Urteile des EuGH in der Rechtssache C-506/04 *Wilson*<sup>2</sup> sowie den verbundenen Rechtssachen C-372/09 und C-373/09 *Peñarroja Fa*<sup>3</sup> hinzuweisen: Aus ersterem Urteil ergibt sich, dass in Fällen, in denen eine Kammer über den Marktzugang entscheidet, ein Rechtszug an ein Gericht mit voller Kognitionsbefugnis bestehen muss, das die nötige Distanz von der Interessenvertretung aufweist. Aus letzterem Urteil ergibt sich hingegen, dass es gegen die Grundfreiheiten verstößt, wenn Entscheidungen betreffend die Verweigerung des Marktzugangs unanfechtbar sind.

Das Ziel des Entwurfs, den Berufszugang zu reformieren, wird hier weitflächig verfehlt, hält dieser doch nicht nur am bisherigen Katalog der reglementierten Gewerbe iSd § 94 GewO 1994 fest, sondern wird mit dem Huf- und Klauenbeschlag sogar ein weiteres reglementiertes Gewerbe neu geschaffen.

Dazu kommt, dass die Aufrechterhaltung des bisherigen Katalogs reglementierter Gewerbe im Spannungsverhältnis zur Rsp des VfGH steht: Denn der VfGH hat in seinem Erk VfSlg 19.814/2013, mit dem die Einordnung des Berufsfotografen als reglementiertes Gewerbe wegen Verstoßes gegen die Erwerbsfreiheit iSd Art 6 StGG als verfassungswidrig aufgehoben wurde, jüngst festgehalten, dass der Schutz vor Gefahren für die Gesundheit und Sicherheit sowie der Konsumentenschutz öffentliche Interesse darstellen, welche zwar das Erfordernis eines Befähigungsnachweises für bestimmte Tätigkeiten rechtfertigen; die Regelung müsse allerdings verhältnismäßig sein, wobei der VfGH im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse an der Gefahrenabwehr etwa dem technischen Wandel bei der Tätigkeitsausübung und im Zusammenhang mit dem Konsumentenschutz insb der Frage, ob Kunden durch Vorabbeugutachtung von Referenzprojekten die Qualität des Anbieters einschätzen können, Bedeutung beimisst.

Selbst wenn man allein die vorangeführten Kriterien zugrunde legt, ist jedenfalls bei folgenden Gewerben zweifelhaft, ob eine Einordnung als reglementiertes Gewerbe einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhält:

- Bäcker;
- Bodenleger;
- Buchbinder, Etui- und Kasettenerzeugung;
- Damen- und Herrenkleidermacher bzw Wäschewarenherzeugung;
- Drucker und Druckformenherstellung;

<sup>1</sup> Nach Art 10 Abs 6 DienstleistungsRL muss nämlich jede Genehmigung der Überprüfung durch ein Gericht oder eine andere Rechtsmittelinstanz zugänglich sein, wobei Art 4 Z 6 DienstleistungsRL den Begriff der Genehmigung denkbar weit zieht: „Genehmigungsregelung“ ist nach letzterer Bestimmung jedes Verfahren, das einen Dienstleistungserbringer oder -empfänger verpflichtet, bei einer zuständigen Behörde eine förmliche oder stillschweigende Entscheidung über die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit zu erwirken.

<sup>2</sup> ECLI:EU:C:2006:587.

<sup>3</sup> ECLI:EU:C:2011:156.

- Fremdenführer;
- Fußpflege;
- Gärtner und Florist;
- Gastgewerbe;
- Getreidemüller;
- Glasbläser und Glasinstrumentenerzeugung;
- Gold- und Silberschmied bzw Gold-, Silber- und Metallschläger;
- Keramiker, Platten- und Fliesenleger;
- Konditoren samt der darin eingeschlossenen Gewerbe;
- Kosmetik;
- Kunststoffverarbeitung;
- Maler und Anstreicher, Vergolder und Staffierer, Schilderherstellung;
- Orgelbauer samt der weiteren dort angeführten Gewerbe;
- Pflasterer;
- Reisebüros;
- Sattler samt der weiteren dort angeführten Gewerbe;
- Schuhmacher;
- Tapezierer und Dekorateur;
- Uhrmacher;
- Unternehmensberatung.

Die Zahl der reglementierten Gewerbe sollte daher nicht nur aus rechtspolitischen Gründen reduziert werden; sie erscheint vielmehr in zahlreichen Fällen auch als verfassungsrechtliches Muss.

## 2. Reform des Anlagenrechts

Bei der Reform des Anlagenrechts geht es, abgesehen von einigen unionsrechtlich veranlassten Anpassungen, um die Entbürokratisierung des Betriebsanlagenrechts, insbesondere durch Schaffung eines One-Stop-Shop-Prinzips. Diese Änderungen scheinen zwar von einem guten Willen getragen zu sein; bei näher Betrachtung erscheinen sie jedoch praxisfern.

An erster Stelle zu erwähnen ist dabei die geplante Regelung des § 353b GewO 1994 betreffend die erleichterte Beiziehung nichtamtlicher Sachverständiger im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren. Während vergleichbare Regelungen in § 3b UVP-G und § 13 Energie-InfrastrukturG hierfür mit vier Sätzen in zwei kurzen Absätzen auskommen, soll in der GewO 1994 eine an Komplexität kaum noch zu überbietende Regelung geschaffen werden, die sich über fünf Absätze erstreckt und im Begutachtungsentwurf allein eine halbe Seite einnimmt. Abgesehen davon erscheint der geplante neue § 353b GewO 1994 unpraktikabel, weil die Bestellung nichtamtlicher Sachverständiger bereits im verfahrenseinleitenden Antrag erfolgen muss. Hier wurde einfach ignoriert, dass sich oft erst während des laufenden Verfahrens, etwa weil Nachbarn entsprechende Einwendungen erhoben haben, überhaupt herausstellt, welche Sachverständige konkret beigezogen werden müssen. So hängt beispielsweise das Erfordernis der Beiziehung eines medizinischen Sachverständigen davon ab, ob der vom Lärmsachverständigen ermittelte Lärm bestimmte Werte überschreitet.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Zuletzt VwGH 18.5.2016, Ra 2015/04/0093.

Von der in den Materialien verheißenen „sinnvollen Erleichterung für die Wirtschaft“ bzw. „flexiblen Vorgangsweise“ kann daher nicht die Rede sein.

Aber auch die Regelung im neu gefassten § 356b GewO 1994 betreffend das One-Stop-Shop-Prinzip, wonach im Rahmen des Betriebsanlagengenehmigungsverfahrens im Sinne einer Genehmigungskonzentration auch über bau- und naturschutzrechtliche Aspekte mit zu entscheiden ist, erscheint bei näherer Betrachtung nur wenig praktikabel:

- So steht die Überfrachtung des Betriebsanlagengenehmigungsverfahrens mit zusätzlich zu prüfenden Aspekten im Spannungsverhältnis zum Ziel des neu geplanten § 359b GewO, die Entscheidungsfristen auf vier Monate zu verkürzen. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Mitarbeiter der Bezirkshauptmannschaften, so nicht bereits jetzt Bauübertragungsverordnungen gemäß Art 118 Abs 7 B-VG existieren, in der Vollziehung des Baurechts bislang kaum Erfahrung haben.
- Auch erscheint das Konzept einer das Baurecht miteinbeziehenden Genehmigungskonzentration, wie es § 17 Abs 1 UVP-G für UVP-pflichtige Anlagen und § 38 AWG 2002 für Abfallbehandlungsanlagen vorsieht, für „gewöhnliche“ gewerbliche Betriebsanlagen nicht wirklich passend. Während es sich bei UVP-pflichtigen Vorhaben und Abfallbehandlungsanlagen typischerweise um solitär stehende Objekte handelt, finden sich gewerbliche Betriebsanlagen vielfach in Gebäuden, die auch anderen Zwecken dienen und daher nicht zur Gänze als Betriebsanlage gelten. Hier stellt sich beispielsweise die Frage, wie bei einem gemischt genutzten Neubau vorzugehen sein soll, in dessen Erdgeschoß sich eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage befinden soll, dessen Obergeschoße aber der Wohnnutzung dienen sollen. Welche Behörde soll hier die Statik bezüglich des Gesamtgebäudes zu beurteilen haben?
- Auch ist unklar, was mit der in § 356b Abs 1 GewO 1994 vorgeschlagenen Formulierung gemeint sein soll, die Betriebsanlagengenehmigung gelte als Genehmigung „nach den bautechnischen Vorschriften des betreffenden Bundeslandes“. Diese Regelung wurde offenbar unreflektiert aus dem § 38 Abs 2 AWG 2002 übernommen. Sie lässt dabei unberücksichtigt, dass sich die Bauordnungen der Länder typischerweise nicht auf die Erlassung bautechnischer Vorschriften beschränken (hier werden seit einiger Zeit vielmehr sogar meist die einschlägigen OIB-Richtlinien für verbindlich erklärt), sondern auch Regelungen etwa über den Ortsbildschutz, die Bebaubarkeit von Grundstücken, subjektiv-öffentliche Nachbarrechte und Verknüpfungen zur Raumordnung enthalten. Soll das Abstellen auf die bautechnischen Vorschriften nun etwa bedeuten, dass all diese Vorschriften für gewerbliche Betriebsanlagen nicht länger beachtlich sind, sodass gewerbliche Betriebsanlagen ohne Rücksicht auf Ortsbildschutz und Flächenwidmung errichtet werden dürfen und im Zusammenhang mit gewerblichen Betriebsanlagen die in den Bauordnungen garantierten subjektiv-öffentlichen Nachbarrechte nicht gelten? Sollte sich der Verfassungsgesetzgeber dazu entschließen, die Genehmigungskonzentration mit dem Baurecht ungeachtet aller Bedenken zu verwirklichen, so sollte eine Regelung in Anlehnung an den § 17 Abs 1 UVP-G geschaffen werden.
- Wenig durchdacht erscheint auch § 359b Abs 5 der geplanten GewO-Novelle, wonach die Genehmigungskonzentration auch für das vereinfachte Genehmigungsverfahren gilt, in dem Nachbarn keine Parteistellung haben. Hier wird neuerlich übersehen, dass die Kriterien für eine Parteistellung im gewerblichen Betriebsanlagenrecht und im Baurecht völlig unterschiedlich sind.
- Schließlich läuft der Umstand, dass drei Verfassungsbestimmungen benötigt werden, der durch die B-VGN BGBl I 2008/2 bewirkten Verfassungsvereinbarung durch Abschaffung fugitiver Verfassungsbestimmungen außerhalb des B-VG zuwider.

Von der Umsetzung des One-Stop-Shop-Prinzips sollte jedenfalls gegenüber dem Baurecht Abstand genommen werden, weil dieses bei gewöhnlichen Betriebsanlagen zu neuen Vollzugsproblemen führt und jedenfalls in der vorgeschlagenen Form völlig unpraktikabel ist. Dazu kommt, dass mit Bauübertragungsverordnungen iSd Art 118 Abs 7 B-VG sowie dem vielfach in den Bauordnungen verankerten Gebot der Koordination von Baubewilligungsverfahren mit Betriebsanlagengenehmigungsverfahren<sup>5</sup> bereits jetzt Instrumentarien mit vergleichbarer Zielsetzung bestehen.

– 0 –

Der vorliegende Begutachtungsentwurf wird den sich selbst gesetzten Zielen nicht gerecht. Er sollte zurückgezogen und, wenn überhaupt, nur nach einer grundlegenden Überarbeitung der parlamentarischen Behandlung zugeführt werden.

Wien, am 6. Dezember 2016

Priv.-Doz, DDr. Christian F. Schneider



<sup>5</sup> ZB § 18 Abs 6 Bgld Baugesetz, § 24 Abs 4 Stmk Baugesetz.