



An das
Bundesministerium für
Wirtschaft, Familie und Jugend
Abteilung I/7
Stubenring 1
1011 Wien

Die Vorsitzende

Sachbearbeiter/-in:
Mag. Thomas Sperlich

Geschäftszahl:
VA-6100/0002-V/1/2010

Datum: **21. MAI 2010**

Betr.: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Gewerbeordnung 1994 geändert wird

Stellungnahme der Volksanwaltschaft
zu GZ BMWFJ-30.680/0003-I/7/2010

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Volksanwaltschaft übermittelt zum Entwurf einer Novelle zur Gewerbeordnung 1994 im Umfange der geplanten Änderungen betreffend die Gastgartenregelung folgende

Stellungnahme

Die Volksanwaltschaft begrüßt die Vorarbeiten des Ressorts zur Änderung der derzeitigen Rechtslage umso mehr als die bisherige Vollziehungspraxis insbesondere im Zusammenhang mit der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes komplexe Problemstellungen zur Folge hat, die die Volksanwaltschaft in ihren Berichten an den Nationalrat bereits wiederholt aufgezeigt hat.

Die **VA hegt** allerdings gegen den Entwurf **dem Grunde nach erhebliche Bedenken** und führt zur Bestimmung des geplanten § 76a Folgendes aus:

Nach dem Inkrafttreten der Gewerberechtsnovelle 1992, BGBl Nr. 29/1993, und der erstmaligen Schaffung der Gastgartenregelung im damaligen § 153 Abs. 1 GewO 1973 (Schlagwort: Be-

triebszeitengarantie für Gastgärten) kritisierte die VA erstmals bereits im Bericht an den Nationalrat über das Wahrnehmungsjahr 1993, S 258, diese Bestimmung wegen ihrer einseitigen Unternehmerfreundlichkeit und der Außerachtlassung der nachbarlichen Interessen.

In zahlreichen Fällen schilderten NachbarInnen von Gastgärten die mangelnde Unterstützung durch die Gewerbebehörden im Falle von Lärmbelästigungen. Die Wahrnehmungen der VA zeigen auch immer wieder, dass die gesetzlich vorgesehene Kontrolle durch die Polizei (§ 336) in der Praxis an Grenzen stößt.

Die Verwaltungspraxis entwickelte sich im Lichte der von einander abweichenden Rechtsauffassungen zwischen dem BMWFJ (früher: BMWA) und der Spruchpraxis des VwGH unterschiedlich.

Die VA sah daher eine Klärung auch im Interesse der vollziehenden Gewerbebehörden als dringend geboten und forderte in ihren Berichten wiederholt (zuletzt im Bericht an den Nationalrat über das Wahrnehmungsjahr 2009, S 335) Lösungen durch den Gesetzgeber.

Mit dem vorgeschlagenen Entwurf wird der vom VwGH zur geltenden Rechtslage entwickelten Judikatur insofern entgegengewirkt als Gastgärten nunmehr ausdrücklich von der Betriebsanlagengenehmigungspflicht, die vom VwGH als gegeben erachtet wurde, ausgenommen werden. Damit beschreitet der Entwurf einen völlig neuen Weg. Erstmals wird damit von den Grundprinzipien des Betriebsanlagenrechtes abgegangen und ein jedenfalls betriebsanlagenrechtlich relevanter Sachverhalt von der Genehmigungspflicht ausgenommen.

Den im Entwurf vorgesehenen Lösungsansatz sieht die VA als „Dambruch“ des nach wie vor gegebenen Grundtenors der betriebsanlagenrechtlichen Bestimmungen.

Während im vereinfachten Betriebsanlageverfahren (Anm.: die VA spricht sich in ihren Berichten regelmäßig gegen diesen Verfahrenstyp und dessen Ausbau aus) zumindest noch eine – wenn auch ohne Parteistellung der NachbarInnen – Zuständigkeit der Betriebsanlagenbehörde zwingend vorgeschrieben ist, wird im vorliegenden Entwurf von diesem Grundprinzip bei Gastgärten völlig abgegangen. Die Schaffung einer solchen Ausnahme vom Betriebsanlagenrecht mag aus praktischer Sicht für den Betreiber zwar durchaus wünschenswert bzw. politisch geboten sein und für die Betriebsanlagenbehörde zweifellos im Sinne einer Verwaltungsvereinfachung eine Entlastung darstellen, rechtssystematisch ist sie allerdings als völlig willkürlich abzulehnen.

In diesem Lichte werden von der VA daher auch nicht zuletzt verfassungsrechtliche Bedenken angemeldet.

Ad Abs. 1 und Abs. 2

Der Entwurf sieht im Wesentlichen unter Beibehaltung der bisherigen im § 112 Abs. 3 GewO 1994 festgehaltenen Wesensmerkmale der Gastgärten keine Genehmigungspflicht für Gastgärten bis 23 Uhr bzw. 22 Uhr vor, wenn sie über nicht mehr als 100 Verabreichungsplätze verfügen.

Der vorgesehene Umfang der völligen Genehmigungsfreiheit ist aus Sicht der VA viel zu großzügig dimensioniert. Im Interesse des Nachbarschaftsschutzes scheint eine Reduzierung des zeitlichen Umfanges auf 22 Uhr bzw 21 Uhr und eine Halbierung der Anzahl der Verabreichungsplätze geboten.

Die vorgesehenen Zeiten und die Kenngröße sind aus Sicht der VA jedenfalls viel zu hoch gegriffen.

Zur Diskussion gestellt wird die Anfügung eines weiteren Wesensmerkmals für Gastgärten und zwar konkret in Form eines Verbotes von Gasstrahlern.

Ad Abs. 3 und Abs. 4

Weniger unter dem Gesichtspunkt der Verwaltungsvereinfachung sondern vielmehr unter dem Aspekt der Unternehmerfreundlichkeit sieht die VA auch die Reduzierung auf eine bloße Anzeigeverpflichtung des Gastgartenbetreibers, dem nur dann eine Bescheiderlassung binnen Frist nachfolgen soll, wenn die Voraussetzungen für die "Nichtgenehmigungspflicht" nicht vorliegen.

Unklar bleibt nach Auffassung der VA im vorliegenden Entwurf, ob der Gastgarten mit Einbringung der Anzeige tatsächlich sofort rechtmäßig betrieben werden darf (siehe demgegenüber die ausdrückliche Regelung bei der Gewerbeanmeldung im § 5 Abs. 1) sowie die Rechtsfolgen, wenn der vorgesehene Bescheid erst nach Ablauf der vorgesehenen Dreimonatsfrist ergeht.

Ad Abs. 5 und Abs. 8

Keine Verschlechterung des Nachbarschaftsschutzes ist mit der Verpflichtung zur behördlichen Schließung eines Gastgartens bei wiederholtem Verstoß gegen die im Abs. 1 definierten Wesensmerkmale des Gastgartens verbunden sowie mit dem vorgesehenen Antragsrecht nach § 79a.

Kritisch zu würdigen ist allerdings die Einschränkung des Nachbarschaftsschutzes im Verfahren zur Erteilung zusätzlicher Auflagen auf jene Fälle, in denen eine Gefährdung von Leben oder der Gesundheit vorliegt.

Ad Abs. 7 und Abs. 9

Entgegen der Judikatur (VfGH vom 9.6.2005, ZI. G4/05; VwGH vom 27.6.2007, ZI. 2006/04/0090) sieht der Entwurf ausdrücklich vor, dass die Betriebsanlagenbehörde jene gesetzlich festgelegten Zeiten, innerhalb derer Gastgärten nach dem Entwurf ohne Betriebsanlagengenehmigung betrieben werden dürfen, nunmehr auch verlängern können soll.

Die VA begrüßt die Zuständigkeit der Betriebsanlagenbehörde, weil damit – in Entsprechung des Prinzips zur Individualisierung des Sachverhaltes - ein Verfahren zur Beurteilung des konkreten Einzelfalles vorgesehen ist.

Konsequenterweise spricht sich die VA daher dagegen aus, dass der betriebsanlagenrechtliche Individualisierungsspielraum im letzten Halbsatz des Abs. 7 wiederum deutlich zurückgefahren wird.

Die VA regt an, im Abs. 7 den letzten Halbsatz jedenfalls ersatzlos zu streichen.

Es wäre sicherzustellen, dass alle Gastgärten, die über die genehmigungsfreien Zeiten hinaus betrieben werden sollen, in einem Betriebsanlageverfahren unter Wahrung des uneingeschränkten, vollen Nachbarschaftsschutzes iS des § 74 Abs. 2 individuell beurteilt werden müssen.

Gerade im Lichte der den UnternehmerInnen zugestandenen Bewilligungsfreiheit ihrer Gastgärten innerhalb der im Abs. 1 angeführten Zeiten, erachtet die VA die gleichzeitige Gewährleistung des vollen und nicht im Umfange des Abs. 1 Z 4 2. Satz eingeschränkten Nachbarschaftsschutzes im Rahmen eines - im Falle eines Gastgartenbetriebes über die genehmigungsfreien Zeiten hinaus verpflichtend vorzusehenden - Betriebsanlageverfahrens als unerlässlich.

Die Beibehaltung der Verordnungsermächtigung im Abs. 9 sieht die VA im Lichte der betriebsanlagenbehördlichen Zuständigkeit für Änderungen der bewilligungsfreien Gastgartenzeiten als künftige Quelle sowohl von Rechtsunsicherheiten als auch von großen Unklarheiten sowohl auf BetreiberInnen- als auch auf NachbarInnenseite.

Das Nebeneinander der Zuständigkeiten von Gemeinde und Betriebsanlagenbehörde zur Entscheidung über Betriebszeiten von Gastgärten bedeutet überdies für die Verwaltung lediglich

teure Doppelgleisigkeiten, die den allenfalls angedachten verwaltungsökonomischen Aspekt der Bewilligungsfreiheit in jedem Fall konterkarieren.

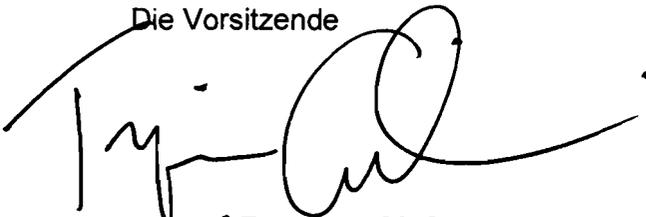
Die Wahrnehmungen der VA lassen keinen Zweifel offen, dass den Verfahren der Betriebsanlagenbehörde wegen deren Individualität jedenfalls der Vorzug zu geben ist.

Ad Abs. 9 (siehe auch oben zu Abs. 7 und Abs. 9)

Die VA regt die ersatzlose Streichung des Abs. 9 an.

Ihrem Ersuchen entsprechend werden 25 Ausfertigungen dieser Stellungnahme dem Präsidium des Nationalrates übermittelt.

Die Vorsitzende



Volksanwältin Mag.^a Tereziya STOISITS

