

## Gewerbeordnung Novelle 2017 Rechtsfortbildung qua Rev-Zurückweisung Negative Zinsen für Kreditnehmer

Papierhaufen statt  
Beratungsgespräch

Stiftungsrechtlicher Standortvergleich  
D – CH – AT – FL

Öffentliche Wiedergabe in wessen Sicht?  
EuGH Filmspieler und Pirate Bay

Energierecht 2017  
Die „kleine“ Ökostrom(gesetz)novelle

Was geht vor?  
Berufsschutz oder berufliche Rehabilitation

# Die sonstigen Änderungen im gewerblichen Betriebsanlagenrecht

*Abgesehen vom (nicht ganz vollendeten) One-Stop-Shop-Prinzip bringt die GewO-Nov 2017 Erleichterungen für Unternehmen in mehreren Bereichen: Der Begriff der Betriebsanlage wird eingeschränkt, die Reichweite des vereinfachten Genehmigungsverfahrens ausgeweitet und der Weg für nichtamtliche Sachverständige freigemacht.*

**ODER: Die wiederentdeckte Wirtschaftsfreundlichkeit**

JOHANNES BARBIST / REGINA KRÖLL

## A. Einleitung

Vor der Sommerpause war das österr Parlament noch fleißig, um nicht zu sagen übereifrig. Im Gewerbe-recht beschenkte uns der Gesetzgeber sogar mit zwei Novellen innerhalb weniger Tage.

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit neuen Rechtsvorschriften für Betriebsanlagen (BA), die mit BGBl I 2017/96 eingeführt wurden. Ausgeklammert bleibt die von *Schmelz/Grassl* an anderer Stelle dieses Hefts besprochene Verfahrenskonzentration im BA-Verfahren, deren Vollausbau in ein One-Stop-Shop-Prinzip letztlich an nicht erfüllbaren Forderungen der Oppositionsparteien scheiterte.<sup>1)</sup> Die anderen anlagenrechtlichen Neuerungen waren hingegen politisch verträglicher und wurden, soweit ersichtlich, von der Community auch wohlwollend aufgenommen. Ein kurzer Überblick:

## B. Änderungen im Überblick

### 1. Leicht geänderter Begriff der Betriebsanlage

Manchmal schließen sich die Kreise erst knapp 30 Jahre später. Mit der Nov 1988 wollte der Gesetzgeber verdeutlichen, dass eine BA dazu bestimmt sein soll, nicht nur vorübergehend, sondern regelmäßig der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit zu dienen. Der unmittelbare Bezug zu § 1, der ja auch schon eine einmalige Tätigkeit bei objektiv ableitbarer Wiederholungsaussicht oder einer längeren Dauer als regelmäßig ansieht, sollte durchbrochen werden.<sup>2)</sup> § 74 Abs 1 GewO aF erhielt daher den bis dato gültigen Wortlaut.<sup>3)</sup>

Die Rsp nahm das Hölzchen des gesetzgeberischen Willens nicht auf, wohl auch deshalb, weil er nur einer von vier Interpretationsmethoden ist, insb

aber auch, weil sich der historische Gesetzgeber selbst undeutlich ausdrückte (arg: „*Die Regelmäßigkeit [...] ist aber ohnehin bereits im § 1 [...] verankert*“). Wenig verwunderlich blieb die Rsp bei der bisherigen strengen Linie.

Jetzt soll es endgültig anders werden. Ein chirurgischer Eingriff in den Gesetzeswortlaut (§ 74 Abs 1)<sup>4)</sup> soll es richten: Eine BA ist nunmehr „*jede örtlich gebundene Einrichtung [...], die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit nicht bloß vorübergehend [bisher: regelmäßig] zu dienen bestimmt ist*“ (Hervorhebung unsererseits).

Was sich jetzt konkret ändert, bleibt im Dunkeln. Klar erscheint, dass das einmal im Jahr veranstaltete (auch mehrtägige) Zeltfest des Gastwirts nicht mehr unter den BA-Begriff fallen wird. Weiter gehende Anhaltspunkte im Hinblick auf eine absolute zeitliche Grenze oder inhaltliche Faktoren (Art und Zweckbestimmung der Tätigkeit, Ausstattung etc) gibt es nicht. Es obliegt wiederum der Rsp, auszumessen, ob zB eine einmalige Tätigkeit, die über einen Monat andauert, oder ein Pop-up-Store, den der Betreiber einmal im Monat für zwei Tage aufsperrt, „bloß vorübergehend“ ist. Vor überzogenen Erwartungen kann nur gewarnt werden. Die Tätigkeit

Dr. *Johannes Barbist* ist Rechtsanwalt und Partner in der Kanzlei BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH Wien-Innsbruck; Dr. *Regina Kröll* ist Rechtsanwaltsanwältin ebendort.

1) *Schmelz/Grassl*, In Trippelschritten zum One-Stop-Shop, in diesem Heft S 956.

2) Vgl ErläutRV 341 BlgNR 17. GP 39 (zu Art I Z 72).

3) § 74 Abs 1 GewO aF lautete „*Jede örtlich gebundene Einrichtung (...), die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig zu dienen bestimmt ist*“.

4) Paragraphenbezeichnungen ohne nähere Angaben beziehen sich auf die GewO.

muss bei einer Ex-ante-Gesamtbetrachtung eben „vorübergehen“. Allzu Mutige seien an die Strafbestimmung des § 366 Abs 1 Z 3 erinnert.

## 2. Änderungen im IPPC-Verfahren

Das Verfahren bei BA, die der IndustrieemissionsRL<sup>5)</sup> unterliegen (IPPC-Anlagen), wird auf mehreren Ebenen angepasst.

- Die betroffene Öffentlichkeit ist zu verständigen, dass (und in welchem Zeitraum und wo) in den Bescheid über die (Änderungs-/Anpassungs-)<sup>6)</sup> Genehmigung Einsicht genommen werden kann. EU-rechtlich nicht erforderlich ist hingegen eine Veröffentlichung in einer im Bundesland weit verbreiteten Tageszeitung, weshalb dieses Veröffentlichungsmedium in § 77 a Abs 7 Satz 1 gestrichen wurde.
- Die Nov schließt auch eine EU-rechtlich unzulässige Lücke, die der EuGH durch sein Urteil vom 15. 10. 2015 (C-137/14, *Kommission/Deutschland*) aufgerissen hat. Der EuGH urteilte, dass eine Präklusion im Verwaltungsverfahren das Recht der betroffenen Personen (Öffentlichkeit) auf weitreichenden Zugang zu den Gerichten einschränke. Demnach bleibt die Parteistellung von im Verwaltungsverfahren grundsätzlich präkludierten Parteien erhalten. Aufgrund des EuGH-Urteils war für Projektwerber in „normalen“ Anlagenverfahren<sup>7)</sup> allerdings nicht abschätzbar, wer überhaupt ein Rechtsmittel erheben konnte, zumal der Genehmigungsbescheid lediglich an die bekannten Parteien des Verwaltungsverfahrens zugestellt wurde. Erhebliche Rechts- und Projektunsicherheit war die Folge.

Vor diesem Hintergrund musste der österr Gesetzgeber nachjustieren und das weiterhin bestehende Beschwerderecht präkludierter Parteien möglichst friktionsfrei in das System des AVG einpassen. Rechtstechnisch erfolgte dies durch eine Zustellfiktion: Der Bescheid über die Genehmigung der IPPC-Anlage gilt „[m]it Ablauf von zwei Wochen nach der Bekanntgabe gemäß Abs. 7 (...) auch gegenüber jenen Personen als zugestellt, die sich am Verfahren nicht oder nicht rechtzeitig (§ 42 AVG) beteiligt und deshalb keine Parteistellung erlangt haben. Ab dem Tag der Kundmachung im Internet ist solchen Personen, die glaubhaft machen, dass ihnen ein Beschwerderecht zukommt, Einsicht in den Verwaltungsakt zu gewähren.“ (§ 77 a Abs 8). Um die Parteien aber zu motivieren, ihre Einwendungen möglichst bereits im Verwaltungsverfahren zu erheben, wird die wiederauflebende Parteistellung im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren (Beschwerdelegitimation) an inhaltliche Vorgaben geknüpft: Der (nach früherer Rechtslage präkludierte) Beschwerdeführer muss nämlich in der Beschwerde begründen, warum seine Einwendungen oder Beschwerdegründe „nicht bereits während der Einwendungsfrist im Genehmigungsverfahren geltend gemacht werden konnten“. Zusätzlich muss er glaubhaft machen, dass „ihn am Unterbleiben der Geltendmachung während der Einwendungsfrist im

*Verwaltungsverfahren kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft*“. Gelingt dies nicht, ist die Beschwerde als unzulässig zurückzuweisen bzw im Umfang der fehlenden Glaubhaftmachung nicht zu behandeln.<sup>8)</sup>

Der rechtskundige Leser fühlt sich an § 17 Abs 7 UVP-G erinnert, der mit dem VerwaltungsreformG BMLFUW<sup>9)</sup> eingefügt wurde.

## 3. Erleichterungen in Bezug auf Anlagenänderungen/rasche Umsetzung von Änderungen im bestehenden Genehmigungskonsens

Der Katalog der genehmigungsfreien, aber anzeigepflichtigen BA-Änderungen gem § 81 Abs 3 wird auf die Fallgruppe der sog „nachbarneutralen Änderungen“ iSd § 81 Abs 2 Z 7<sup>10)</sup> reduziert. Hier darf der Betrieb der geänderten BA weiterhin erst nach Erlassung des Bescheids (Kenntnisnahme der Anzeige) aufgenommen werden.

Nicht mehr angezeigt werden müssen der Austausch gleichartiger Maschinen (Abs 2 Z 5), emissionsneutrale und vorübergehende Änderungen (Abs 2 Z 9 und Z 11). Folgerichtig mussten auch die darauf bezogenen verfahrensrechtlichen Vorschriften (§ 345 Abs 6) redaktionell angepasst werden.

Aus Compliance-Sicht wird der BA-Betreiber aber weiterhin eine interne Dokumentation über genehmigungsfreie Änderungen der BA vorhalten müssen, um ggf die Genehmigungs- bzw Anzeigenbefreiung nachweisen zu können.

## 4. Bestellung nichtamtlicher Sachverständiger, Entscheidungsfristen

Die Nov räumt dem Konsenswerber die Möglichkeit ein, spätestens gemeinsam mit dem Genehmigungsansuchen die Bestellung eines nichtamtlichen Sachverständigen (SV) für ein genau zu bezeichnendes

5) RL 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 11. 2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung) ABl L 2010/334, 17.

6) Vgl § 81 a Z 1, § 353 a Abs 2, § 81 b Abs 8 und § 356 d.

7) Im Großverfahren gem §§ 44 a ff AVG stellte sich die Frage der übergangenen Partei nicht, weil durch die Schaltung eines Edikts der Bescheid an „alle“ zugestellt wurde.

8) Zur Gewährleistung der Wirksamkeit des gerichtlichen Verfahrens kann der nationale Gesetzgeber mit dem Placet des EuGH das Recht auf Zugang zur gerichtlichen Überprüfung in einem eher engen Umfang einschränken. „Allerdings kann der nationale Gesetzgeber spezifische Verfahrensvorschriften vorsehen, nach denen zB ein missbräuchliches oder unredliches Vorbringen unzulässig ist, die geeignete Maßnahmen darstellen, um die Wirksamkeit des gerichtlichen Verfahrens zu gewährleisten“ (vgl EuGH C-137/14, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2015:683, Rz 81).

9) BGBl I 2017/58.

10) § 81 Abs 2 Z 7 GewO lautet: „Änderungen, die das Emissionsverhalten der Anlage zu den Nachbarn nicht nachteilig beeinflussen und die auf Grund der besonderen Situation des Einzelfalles erwarten lassen, dass überhaupt oder bei Einhaltung der erforderlichenfalls vorzuschreibenden Auflagen Gefährdungen des Lebens oder der Gesundheit von Personen vermieden und Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs 2 Z 3 bis 5 auf ein zumutbares Maß beschränkt werden.“

Fachgebiet unwiderruflich zu beantragen; darauf gerichtete Anbringen, die zu spät oder ohne genau bezeichnetes Fachgebiet formuliert wurden, sind nicht verbesserungsfähig und von der Behörde unverzüglich zurückzuweisen (vgl hierzu und zu Folgendem § 353 b). Wird der Antrag hingegen frist- und ordnungsgemäß gestellt, hat die Behörde dem Konsenswerber einen Aufwandsersatz in einer von der Behörde zu bestimmenden Höhe vorschussweise aufzutragen. Diese Verfahrensordnung ist nur insoweit anfechtbar, als der aufgetragene Kostenvorschuss € 4.000,- übersteigt.

Wird der Kostenvorschuss nicht vollständig innerhalb der behördlich festgesetzten Frist erlegt, wird der Antrag unwirksam; die Behörde hätte dann einen amtlichen SV zu bestellen.

Geht der Kostenvorschuss hingegen rechtzeitig ein, hat die Behörde einen nichtamtlichen SV zu bestellen, dessen Kosten zur Gänze vom Konsenswerber zu tragen sind. Durch diese Option erhält der Konsenswerber zwar ebenso wenig einen Einfluss auf die Auswahl des nichtamtlichen Sachverständigen, kann im Gegenzug allerdings – ausweislich der Erläut<sup>11)</sup> – mit „Kostensenkung sowie Beschleunigung von Entscheidungsfristen und verbesserter Rechtssicherheit“ rechnen. Ob die Wahl eines nichtamtlichen SV tatsächlich diese Ziele erreichen kann, wird sich zeigen. Mit einer Kostensenkung für den Konsenswerber ist wohl nicht zu rechnen. Das BA-Genehmigungsverfahren könnte möglicherweise durch ein schnelleres Gutachten des nichtamtlichen SV insgesamt rascher ablaufen; dabei ist aber auch in Rechnung zu stellen, dass die Entscheidungsfristen der Behörde erst mit rk Abschluss des oben geschilderten Vorverfahrens (dh mit Ende der Frist für den Kostenvorschuss<sup>12)</sup> bzw mit Rechtskraft des Zurückweisungsbescheids) beginnen.

Einen Beschleunigungseffekt dürfte hingegen jedenfalls die Reduktion der gesetzlichen Entscheidungsfristen im BA-Genehmigungsverfahren haben: Die Behörde hat demnach binnen vier Monaten (statt bisher sechs Monaten) im Regelverfahren, im vereinfachten Genehmigungsverfahren sogar binnen zwei Monaten (statt bisher drei Monaten) zu entscheiden; die Verwaltungsgerichte der Länder im Beschwerdeverfahren ebenfalls binnen vier Monaten.

## 5. Vereinfachtes BA-Genehmigungsverfahren Reloaded

Das vereinfachte BA-Genehmigungsverfahren (§ 359 b) wurde ausweislich der wirkungsorientierten Folgenabschätzung (WFA) bisher nur in geschätzt 20% aller Verfahrensfälle angewandt. Dies ist auf den ersten Blick erstaunlich (um nicht zu sagen enttäuschend), sind doch 99,6% aller Unternehmen (das berühmte Rückgrat der österr Wirtschaft) KMU, die überwiegend kleinere BA betreiben. Grund hierfür war iW, dass der Konsenswerber im Genehmigungsansuchen nachweisen musste, dass das Projekt keine erwartbare Umwelt- und Umgebungsrelevanz hat, welche die gem § 74 Abs 2 geschützten Interessen gefährden könnten.<sup>13)</sup> Diese fehlende Auswirkungsprognose setzte aber ihrerseits eine inhaltliche (Voll-)Prüfung des Vorhabens vo-

raus, wenn das Vorhaben nicht eindeutig in die Fallgruppe eines vereinfachten Genehmigungsverfahrens fiel. Aus eigener Erfahrung der Autoren wurden daher ursprünglich als „vereinfacht“ konzipierte BA-Genehmigungsverfahren in Regelverfahren umgestellt, nachdem Nachbarn eine die Schwelle des § 74 Abs 2 überschreitende Umwelt- und Umgebungsrelevanz behauptet hatten oder die Verfahrensvoraussetzungen (zu) lange geprüft wurden.

Die Nov packt das Übel bei der Wurzel und transferiert die Unbedenklichkeitsprognose von einer prozessualen Zulässigkeitsfrage in das Ermittlungsverfahren. Die Beh hat zwar wie bisher unter Bedachtnahme auf die eingelangten Äußerungen der Nachbarn „die die Anwendung des vereinfachten Verfahrens begründende Beschaffenheit der Anlage mit Bescheid festzustellen“ (ggf unter Erteilung von Aufträgen). Sie darf dies aber nur tun, wenn „nach dem Stand der Technik (§ 71 a) und dem Stand der (...) Wissenschaften zu erwarten ist, dass überhaupt oder bei Einhaltung der erforderlichenfalls vorzuschreibenden bestimmten geeigneten Auflagen die nach den Umständen des Einzelfalls voraussehbaren Gefährdungen [iSd] § 74 Abs. 2 Z 1 vermieden und Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen [iSd] § 74 Abs. 2 Z 2 bis 5 auf ein zumutbares Maß beschränkt werden“. Dieser Unbedenklichkeitstest ist also nicht mehr Voraussetzung für die Einleitung eines vereinfachten Genehmigungsverfahrens (vgl dagegen § 359 b Abs 1 Z 2 aF), sondern das entscheidende materielle Kriterium für die Erlassung eines Feststellungsbescheids (Genehmigungsbescheid qua gesetzlicher Fiktion). Die bestehenden Verordnungen des BM für wirtschaftliche Angelegenheiten, welche eine Positiv- bzw Negativliste der dem vereinfachten Genehmigungsverfahren zu unterziehenden BA beinhalten,<sup>14)</sup> werden in den neuen Rechtsbestand übernommen (§ 376 Z 60 und 61).

In einem werden die Einsichtnahme- und Äußerungsfristen sowie die Entscheidungsfristen für die Beh jeweils von drei auf zwei Monate verkürzt. Auch den Landesverwaltungsgerichten wird eine Entscheidung binnen zwei Monaten nach Eingang der Beschwerde vorgeschrieben (§ 359 b Abs 2 und 4).

## 6. Sonstiges

Im Windschatten der auch in anderen Gesetzen sichtbaren Entbürokratisierungs- und Entlastungsmaßnahmen sollen auch im Gewerbeverfahren bürokratische Barrieren beseitigt und Kosten für Unternehmer redu-

11) ErläutRV 1475 BlgNR 25. GP 12 (zu Z 22).

12) Diese Regelung ist nicht sachgerecht. In diesem Fall sollte vielmehr die Entscheidungsfrist mit Eingang des Kostenvorschusses beginnen.

13) § 359 b Abs 1 Z 2 aF lautet insoweit: „(...) auf Grund der geplanten Ausführung der Anlage zu erwarten ist, dass Gefährdungen, Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs 2 oder Belastungen der Umwelt (§ 69 a) vermieden werden“.

14) V des BM für wirtschaftliche Angelegenheiten, mit der Arten von Betriebsanlagen bezeichnet werden, die dem vereinfachten Genehmigungsverfahren zu unterziehen sind, BGBl 1994/850 idF BGBl II 1999/19; V des BM für wirtschaftliche Angelegenheiten, mit der jene Arten von Betriebsanlagen bezeichnet werden, die keinesfalls dem vereinfachten Genehmigungsverfahren zu unterziehen sind, BGBl II 1998/265.

ziert werden. So werden etwa der Umfang der vorzulegenden Genehmigungsunterlagen leicht reduziert (§ 353 Z 2) und Gebührenbefreiungen vorgesehen.

Die Verwaltungsstrafbehörden werden sogar zum „Berater“ für verwaltungsstraffällig gewordene Gewerbetreibende mit dem Ziel, das strafbare Verhalten möglichst wirksam zu beenden und den rechtskonformen Zustand wiederherzustellen (§ 371 c). Wird der behördlichen Beratung und schriftlichen Aufforderung zur Wiederherstellung des rechtskonformen Zustands entsprochen, ist die weitere Verfolgung für die betreffende Verwaltungsübertretung unzulässig. Diese Neuerung ist aber keine Einladung an Unternehmer, ihre Bemühungen um eine gewerberechtskonforme Unternehmensführung einzustellen. Die gewerberechtliche „Diversion light“ funktioniert nämlich nur unter engen Voraussetzungen: geringe Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts, geringe Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat, leichtes Verschulden des Gewerbetreibenden, keine Vorsatztat, keine spezialpräventiven Gründe für eine Bestrafung, keine behördlichen Maßnahmen gem § 360 Abs 4 geboten, kein Entzug der Gewerbeberechtigung als Strafsanktion vorgesehen.

Die Wohltat der behördlichen Beratung nach § 371 c greift nicht für den Fall, dass die Strafbehörden

18. 7. 2017 bereits Verfolgungshandlungen in Bezug auf abgeschlossene strafbare Tätigkeiten gesetzt hat (§ 382 Abs 89 letzter Satz). Ein Freund der Wirtschaft würde sich gegen diese harte Zäsur aussprechen wollen.

## 7. Inkrafttreten

Die Nov ist mit 18. 7. 2017 in Kraft getreten.

### Praxistipp

Die Genehmigungswerber können sich auch abseits des verdünnten „One-Stop-Shop“ über Erleichterungen, schnellere Verfahren und mehr Rechtssicherheit freuen.

### SCHLUSSTRICH

*Die Nov der GewO bringt in einigen Bereichen Erleichterungen für Unternehmen (Ausweitung der Reichweite des vereinfachten Genehmigungsverfahrens, Möglichkeit der Bestellung nichtamtlicher Sachverständiger). Andernorts (wie etwa beim geänderten Betriebsanlagenbegriff) ist unklar, was sich durch die Nov konkret ändert.*