



An das
Bundesministerium für Digitalisierung und
Wirtschaftsstandort
Abteilung I/7 - Gewerberecht, gewerbliches
Umweltrecht
Stubenring 1
1010 Wien

Die Vorsitzende

Sachbearbeiter/-in: MR Mag. Schneider-Pichler
Geschäftszahl: VA-6100/0003-VI/1/2018

Datum: 13. APR. 2018

Betr.: Entwurf der Verordnung der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, mit der die Verordnung über genehmigungsfreie Arten von Betriebsanlagen (2. Genehmigungsfreistellungsverordnung) geändert wird

Stellungnahme der Volksanwaltschaft
zu GZ BMDW-33.300/0002-I/7/2018

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zu dem Entwurf einer Änderung der 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung, BGBl. II Nr. 80/2015, welcher mit Begleitschreiben vom 5.3.2018 zu der Zahl BMDW-33.300/0002-I/7/2018 übersandt wurde, gibt die Volksanwaltschaft innerhalb offener Frist nachstehende **Stellungnahme** ab:

1. Einleitende Bemerkung

Die geltende 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung nimmt im Wesentlichen sechs unterschiedliche Typen von Betriebsanlagen von der Genehmigungspflicht aus, soweit deren Betrieb und Lieferverkehr an Wochentagen innerhalb bestimmter Tageszeiten erfolgt. Die Betriebsfläche ist in dieser Verordnung zum einen für Einzelhandelsbetriebe und zum anderen für Lager in geschlossenen Gebäuden von Relevanz. Konkret sind von der geltenden Verordnung Einzelhandelsbetriebe mit einer Betriebsfläche bis zu 200 m² bzw. Lager bis zu 600 m² erfasst. Betriebsanlagen, die für den Einzelhandel mit **Lebensmitteln** betrieben werden, sind von der Anwendung der geltenden 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung ausdrücklich ausgenommen.

2. Problemstellung

Die Volksanwaltschaft ist immer wieder mit Beschwerden über Nachbarschaftsbelästigungen durch Lebensmittelsupermärkte befasst. Beschwerdeursächlich sind dabei regelmäßig entweder deren betriebliche Lüftungs-, Kälte- bzw. Klimaanlageanlagen und/oder Manipulationstätigkeiten (z.B. Hantieren mit Kisten, Schieben von Rollcontainern).

Ein Zusammenhang zwischen der flächenmäßigen Ausdehnung eines Einzelhandelsbetriebes und der erforderlichen Dimensionierung von dessen Lüftungs- bzw. Klimaanlageanlagen bzw. dessen Ausmaß notwendiger Manipulationsarbeiten ist aus Sicht der Volksanwaltschaft gerade für den Lebensmitteleinzelhandel anzunehmen. Je größer der Betrieb umso größer dimensioniert sind die Klimaanlageanlagen und umso mehr Manipulationsarbeiten sind notwendig. Beides erweist sich nach den Wahrnehmungen der Volksanwaltschaft als Ursache von nachbarlichen Beeinträchtigungen.

Das mit der geplanten Änderung der Verordnung erklärte Wirkungsziel „*Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der österreichischen Wirtschaft*“ geht in diesen Punkten aus Sicht der Volksanwaltschaft daher zulasten der Nachbarschaft. Mögen auch durch die Erweiterung der Genehmigungsfreistellung auf sämtliche Einzelhandelsbetriebe mit bis zu 600 m² „*weitere Gewerbebetriebe von der damit geschaffenen Rechtssicherheit profitieren können*“, vernachlässigt dieses Vorhaben aber völlig die Aspekte des Nachbarschaftsschutzes.

3. Geplante Änderung der 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung

Die intendierte Änderung der Bestimmung des § 1 Abs. 1 Z 1 sowie der gänzliche Entfall der Bestimmung des § 2 Z 1 sehen zum einen für Einzelhandelsbetriebe, auf die die Genehmigungsfreistellung künftig anwendbar sein soll, eine Erweiterung der Betriebsflächen von 200 m² auf 600 m² vor; zum anderen sollen künftig auch Betriebsanlagen, die dem Lebensmitteleinzelhandel dienen, in die Freistellung einbezogen werden.

Betriebsanlagen für den Einzelhandel mit Lebensmitteln, die bisher überhaupt nicht von der Genehmigungsfreistellung erfasst waren, sollen daher künftig bis zu 600 m² bewilligungsfrei sein.

Die Erläuterungen sprechen im gegebenen Zusammenhang von einer „*maßvollen Ausdehnung auf 600 m²*“.

Die Volksanwaltschaft erachtet weder eine Verdreifachung der bisherigen Messgröße von 200 m² auf 600 m² für sämtliche Einzelhandelsbetriebe noch den gänzlichen Entfall der derzeit von der

Genehmigungsfreistellung ausgenommenen Betriebsanlagen für den Lebensmitteleinzelhandel als „maßvoll“.

In den Erläuterungen zur 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung, die - neben fünf anderen Typen von Betriebsanlagen - Einzelhandelsbetriebe mit bis zu 200 m² erfasst, findet sich der Hinweis auf „ungefährliche **Kleinstanlagen**“. Die wirkungsorientierte Folgenabschätzung zu der geplanten Erweiterung dieser Verordnung spricht hingegen nur mehr von „ungefährlichen Kleinanlagen“.

Bei einem Einzelhandelsbetrieb bis zu 600 m², ob für Lebensmittel oder nicht, handelt es sich aus Sicht der Volksanwaltschaft weder um eine „Kleinstanlage“ noch um eine „Kleinanlage“.

Bei Realisierung dieses Änderungsvorhabens ergäbe sich aus Sicht der Volksanwaltschaft aber auch ein bedenkliches Spannungsverhältnis zum Anwendungsbereich des vereinfachten Betriebsanlageverfahrens gemäß § 359b GewO 1994. Der VfGH, der mit mehreren Gesetzesprüfungsverfahren zum vereinfachten Betriebsanlageverfahren befasst war, führte in seinem Erkenntnis, Zl. G124/03, vom 11.3.2004 wie folgt aus:

„Es widerspricht dem Gleichheitssatz, wenn der Gesetzgeber im ‚normalen‘ Verfahren Betriebsanlagen gemäß § 77 Abs. 1 GewO 1994 nur genehmigen lässt, wenn Gefährdungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 1 leg.cit. vermieden und Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 2 bis 5 leg.cit. auf ein zumutbares Maß beschränkt werden, gleichwohl gemäß § 359b GewO 1994 im vereinfachten Verfahren die bloße Feststellung abstrakter Messgrößen der projektierten Anlage durch die Behörde als Genehmigung gilt, ohne dass Gefährdungen und Immissionen im Einzelfall im vereinfachten Verfahren überhaupt überprüft werden. Auch die für den Ausschluss der Parteistellung der Nachbarn als maßgebliche sachliche Rechtfertigung vom VfGH in VfSlg. 14.512/1996 bejahte Verwaltungsvereinfachung kann keinen zureichenden sachlichen Grund dafür bilden, dass Betriebsanlagen, denen auf Grund der konkret geplanten Ausführung in Anbetracht der lokalen Verhältnisse die Genehmigungsfähigkeit gemäß § 74 Abs. 2 iVm § 77 Abs. 1 GewO 1994 fehlt, lediglich auf Grund der festgestellten abstrakten Typisierung als genehmigt gelten.“

Mit diesem Erkenntnis behob der VfGH die damals vom Gesetzgeber mit der Gewerberechtsnovelle 1997, BGBl. I Nr. 63/1997, für das vereinfachte Betriebsanlageverfahren vorgenommene Ausdehnung der maximal zulässigen Betriebsfläche auf 1.000 m². Gleichzeitig führte der VfGH mit diesem Erkenntnis den Anwendungsbereich des vereinfachten Betriebsanlageverfahrens auf 300 m² zurück. In der Folge hob der Gesetzgeber mit der Gewerberechtsnovelle 2005, BGBl. I Nr.

85/2005, die - auch derzeit noch aktuelle - Messgröße für das vereinfachte Betriebsanlageverfahren wiederum auf 800 m² an.

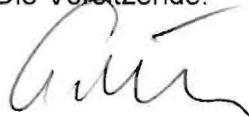
Die geplante betriebsanlagenrechtlich gänzliche Freistellung von sämtlichen Einzelhandelsbetrieben bis zu 600 m² gibt nach Auffassung der Volksanwaltschaft im Lichte der vom VfGH oben wiedergegebenen Ausführungen daher umso mehr Anlass zu Bedenken in verfassungsrechtlicher Hinsicht, als damit nachbarliche Interessen völlig außer Acht gelassen werden.

Ergebnis:

Aus den vorstehenden Gründen wird die Neufassung des § 1 Abs. 1 Z 1 sowie des § 2 Z 1 in der vorgeschlagenen Form abgelehnt.

Mit freundlichen Grüßen

Die Vorsitzende:



Volksanwältin Dr. Gertrude Brinek