

## **Erläuterungen**

### **Allgemeiner Teil**

#### **Hauptgesichtspunkte des Entwurfes:**

Das Erfordernis der österreichischen Staatsbürgerschaft für den Zugang zum Rauchfangkehrergewerbe ist aus Sicht der Europäischen Integration, aber auch unter Berücksichtigung der Tätigkeiten und Aufgaben des Rauchfangkehrers nicht mehr angemessen. Es kommt daher zur einer vergleichbaren Regelung wie bei den Gewerben Arbeitsvermittlung und Überlassung von Arbeitskräften, es wird nunmehr die Staatsbürgerschaft eines EWR-Vertragsstaates (und damit auch EU-Mitgliedstaates) gefordert.

Die Feuerpolizeivorschriften der Bundesländer übertragen den Rauchfangkehrern Aufgaben, die ansonsten von Gemeindeorganen zu bewerkstelligen wären (vgl. Art. 118 Abs. 3 Z 9 B-VG). Der Rauchfangkehrer wird insoweit als beliebiger öffentlicher Unternehmer tätig. Für die Übernahme derartiger feuerpolizeilicher Aufgaben ist weiterhin die Niederlassung in Österreich erforderlich.

Weiter soll mit der vorliegenden GewO-Novelle Art. 10 der Richtlinie 92/45/EWG (Achte Einzelrichtlinie der Baustellenrichtlinie) umgesetzt werden. Diese Richtlinienbestimmung dehnt die Anwendung einer Vielzahl von Arbeitnehmerschutzbestimmungen auf Selbständige aus, die selbst auf der Baustelle tätig sind, ohne Arbeitnehmer zu beschäftigen. Auf die bereits für Arbeitnehmer geltenden Bestimmungen wird verwiesen.

In § 112 Abs. 3 GewO 1994 idgF wird festgelegt, dass Gastgärten „auf öffentlichem Grund“ jedenfalls von 8 bis 23 Uhr, „auf privatem Grund“ jedenfalls von 9 bis 22 Uhr, betrieben werden dürfen, wenn sie ausschließlich der Verabreichung von Speisen und dem Ausschank von Getränken dienen, lautes Sprechen, Singen und Musizieren in ihnen vom Gastgewerbetreibenden untersagt ist und auf dieses Verbot hinweisende Anschläge dauerhaft und von allen Zugängen zum Gastgarten deutlich erkennbar angebracht sind. Diese Gastgartenregelung fußt auf den Vorgängerregelungen des § 153 Abs. 1 GewO 1973, BGBl. Nr. 29/1993 (Gewerberechtsnovelle 1992) und § 148 Abs. 1 GewO 1994. Ziel dieser Regelungen war und ist eine „Betriebszeitengarantie“ in dem Sinn, dass Geräuschemissionen, die von der Gastgartenregelung entsprechenden Gastgärten ausgehen, im betriebsanlagenrechtlichen (Änderungs-)

Genehmigungsverfahren nicht zu berücksichtigen sind.

Die Gastgartenregelung war Gegenstand zahlreicher Verfahren nicht nur vor den UVS, sondern auch vor dem VfGH und dem VwGH. Zuletzt hat der VwGH mit Erkenntnis vom 27. Juni 2007, Zl. 2007/04/0111, (verdeutlicht durch das Erkenntnis vom 12. September 2007, Zl. 200704/0100) zur aktuellen Rechtslage unmissverständlich dargelegt, dass § 112 Abs. 3 GewO 1994 an der Genehmigungspflicht von Gastgärten im Sinn der §§ 74 ff. GewO 1994 nichts ändere und daher die aus solchen Gastgärten stammenden Betriebsgeräusche im Genehmigungsverfahren auf ihre Vereinbarkeit mit den Genehmigungsvoraussetzungen des § 77 GewO 1994 zu prüfen seien.

Unter Berücksichtigung dieser höchstgerichtlichen Judikatur ist die eingangs dargestellte Auslegung der Gastgartenregelung nicht weiter aufrecht zu erhalten. Die VwGH-Judikatur hat dazu geführt, dass auch für solche Gastgärten, die den Voraussetzungen des § 112 Abs. 3 GewO 1994 entsprechen, die Betriebsgeräusche im Genehmigungsverfahren prüfungsrelevant sind. Somit werden auch für diese Gastgärten aufwändige Verfahren mit entsprechenden Lärmmessungen notwendig. Die Vorschreibung von Auflagen im Sinn des § 77 Abs. 1 GewO 1994 kommt ebenso in Betracht wie eine Versagung der Genehmigung. Die ursprünglich beabsichtigte „Betriebszeitengarantie“ hat den Garantiecharakter verloren und ist insofern wirkungslos geworden.

Hinzu kommt, dass auf Grund einer Formulierung des Verfassungsgerichtshofes im Erkenntnis vom 9. Juni 2005, Zl. G4/05, wonach es unzulässig sei, im Wege einer betriebsanlagenrechtlichen Genehmigung für den Gastgartenbetrieb eine von der gesetzlichen Anordnung der Betriebszeit abweichende Regelung zu treffen, gefolgert wird, dass die garantierte Betriebszeit für Gastgärten, die dem § 112 Abs. 3 GewO 1994 entsprechen, auch nicht durch Individualgenehmigungsbescheid verlängert werden darf.

Im Gegensatz dazu haben Gastgärten, die dem § 112 Abs. 3 GewO 1994 nicht entsprechen, die Möglichkeit, im gewerblichen Betriebsanlagen-genehmigungsverfahren jede Betriebszeit genehmigt zu erhalten, sofern dies mit den geschützten Interessen vereinbar ist, was zu einer Besserstellung von Gastgärten, welche die Voraussetzungen des § 112 Abs. 3 GewO 1994 nicht erfüllen, führt.

Der Fremdenverkehr in Österreich ist ein wesentlicher volkswirtschaftlicher Faktor; Gastgärten spielen in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle für die Zufriedenheit in- und ausländischer Gäste. Diese ziehen – ebenso wie auch die Wohnbevölkerung – bei entsprechender Witterung den Aufenthalt im Freien einem Aufenthalt in geschlossenen Räumlichkeiten vor.

Diesen wirtschaftlichen Gegebenheiten ist ebenso Rechnung zu tragen wie dem Schutz der Nachbarn vor Auswirkungen von Gastgärten. Der Gesetzgeber hat dieses Schutzinteresse bereits in der Urfassung der Gastgartenregelung im Jahr 1992 zum Anlass genommen, die Garantie des Betriebes von Gastgärten an besondere Voraussetzungen zu knüpfen. Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf sollen diese Voraussetzungen den aktuellen Gegebenheiten angepasst gestaltet werden.

#### **Regelungsschwerpunkte der neuen Gastgartenregelung:**

Schwerpunkte des Entwurfs sind:

- Überführung der Gastgartenregelung aus den Ausübungsregeln der GewO 1994 in das gewerbliche Betriebsanlagenrecht in der Form einer Ausnahme von einer Genehmigung.
- Im Vergleich zum aktuellen § 112 Abs. 3 GewO 1994 weitere Vorgaben an die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme dieser Ausnahme; Limitierung auf höchstens 100 Verabreichungsplätze sowie das Erfordernis der Erwartung der Vermeidung der Beeinträchtigung geschützter Interessen, wobei Kriterien, die betreffend Lärmschutz und Vermeidung der Beeinträchtigung des Verkehrs zur Erfüllung der Erwartungshaltung führen, ausdrücklich genannt werden.
- Sofortige Möglichkeit der Betriebsaufnahme nach Anzeige.
- Behördliche Untersagung bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen.
- Behördliche Schließung bei wiederholtem Verstoß gegen die Voraussetzungen.
- Sicherstellung, dass die Erweiterung des Betriebs über die genannten Zeiten hinaus im Individualgenehmigungsverfahren rechtlich möglich ist.
- Bei Gesundheitsgefährdung nachträgliche behördliche Sanierungsmaßnahmen (Auflagen) für vom Genehmigungserfordernis ausgenommene Gastgärten einschließlich Verkürzung der Betriebszeit.
- Aufrechterhaltung der Verordnungsermächtigung für die Gemeinden zur Modifizierung der zeitlichen Voraussetzungen, wobei nunmehr im Gesetzestext klargestellt wird, dass sich diese Ermächtigung ausschließlich auf die zeitlichen Voraussetzungen bezieht.

Wesentlich ist, dass durch die Regelung im gewerblichen Betriebsanlagenrecht (und den Entfall des § 112 Abs. 3 GewO 1994) keine Eingriffe in den betriebsanlagenrechtlich genehmigten Bestand bewirkt werden. Ein Betreiben im Rahmen des bestehenden betriebsanlagenrechtlichen Konsenses soll daher ohne Einschränkung durch die Voraussetzungen des § 76a Abs. 1 oder Abs. 2 möglich sein. Andererseits haben Gastgärten, deren betriebsanlagenrechtlicher Konsens im Vergleich zu den Voraussetzungen des § 76a Abs. 1 oder Abs. 2 eingeschränkt war, die Möglichkeit, ohne das Erfordernis einer Genehmigung der Änderung den Rahmen dieser Bestimmung auszuschöpfen.

#### **Finanzielle Auswirkungen:**

Zum Bereich Rauchfangkehrer: Es ist mit zusätzlichen Dienstleistungsanzeigen gemäß § 373a GewO 1994 für den Bereich der nicht öffentlichen Tätigkeiten von Rauchfangkehrern zu rechnen. Ausgehend von den Fallzahlen vergleichbarer Gewerbe, wird die zu erwartende Fallzahl auf ca. 15 gemäß § 373a Abs. 5 GewO 1994 erledigte Dienstleistungsanzeigen eingeschätzt. Im Durchschnitt kann von mindestens zwei Arbeitsstunden pro Geschäftsfall ausgegangen werden. Insgesamt resultieren also 30 Arbeitsstunden, die im konkreten Fall im Sinne des Anhanges 3.1 der Richtlinien für die Ermittlung und Darstellung der finanziellen Auswirkungen neuer rechtssetzender Maßnahmen gemäß § 14 BHG im Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend durch Beamte des höheren Dienstes der DK VIII (VD 2) geleistet werden. Es ergeben sich daher Stundenkosten inkl. Zuschläge von 65,9 Euro/Stunde; hinzu kommen Raumkosten gemäß Anhang 3.2 der genannten Richtlinien.

A. Personalkosten					
Vorgang	VGr	Zeitbedarf in Min	Zahl der Fälle	geschätzter Zeitbedarf pro Jahr in Min	geschätzter Zeitbedarf pro Jahr in Stunden
A. 1. Dienstleistungsanzeigen nach § 373a					
positive Erledigung mit Mitteilungsschreiben	DK VIII (VD 2)	120	14	1680	28
negative Erledigung mit Bescheid	DK VIII (VD 2)	120	1	120	2
Summen			15	1800	30

Personalkosten pro Jahr lt. Anhang 3.1 BGBl. II, Nr. 50/2009, DKL VIII: 83.210€

lt. Richtlinie Pkt. 3.2 pro Jahr 100.000 Nettoarbeitsminuten, somit Kosten pro Minute: 0,8321

Personalkosten § 373a GewO 1994 daher  $1800,00 \times 0,8321 = 1497,78\text{€}$

B. Sachausgaben/Kosten (3.1.RL): 12% von Personalkosten

$1497,78 \times 12\% = 179,73\text{€}$

C. Sachausgaben für den Raumbedarf (3.2. RL)

Personalbedarf/VGr. = jährlich AZ-Erwartungswert/100 000 =  $1800/100000 = 0,018$

Raubedarf = Personalbedarf x 14qm =  $0,018 \times 14 = 0,25$  qm

Miete = 13,1€qm (Anhang 3.3 RL);  $13,1 \times 0,25 \times 12 = 39,3\text{€}$

D. Verwaltungsgemeinkosten (3.3. RL): 20% von Personalkosten

$1497,78 \times 20\% = 299,56\text{€}$

**Personalgesamtkosten (inkl. Zuschläge) pro Stunde:**

Wie oben:  $A1: 0,83210 \times 60 = 49,93 + 32\%$  (Zuschläge, 12% und 20% wie oben) = 65,9€

**Jahreskosten Dienstleistungsanzeigen für Rauchfangkehrer gem. § 373a Abs. 5 GewO 1994:**

Personal	1497,78
Sach	179,73
Raum	39,3
Verwaltung	299,56
Summe	2016,37

Was die Umsetzung des Artikels 10 der Baustellenrichtlinie betrifft, kann die Zahl allfälliger Verwaltungsstrafverfahren und damit die Höhe der den Behörden erwachsenden Kosten derzeit nicht annähernd abgeschätzt werden.

Für neu zu errichtende Gastgärten bedeutet der Vorschlag eine Vereinfachung im Verfahren. Auch die vereinfachten nachträglichen behördlichen Maßnahmen für Gastgärten, die vom Erfordernis der Genehmigung befreit sind, beinhalten Potential zur Verwaltungsvereinfachung. Mit Reibungsverlusten auf Grund einer neuen Regelung für die Behördenpraxis ist nicht zu rechnen, da das systematische Modell der §§ 79 und 360 Abs.1 GewO 1994 übernommen wird, mit welchen langjährige Vollzugserfahrung besteht. Insgesamt ist daher mit leichten Einsparungseffekten zu rechnen.

**Kompetenzgrundlage:**

Der vorliegende Entwurf stützt sich auf den Kompetenztatbestand „Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie“ (Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG).

## **Besonderer Teil**

### **Zu Z 1 (§ 76a):**

#### **Zu Abs. 1 und 2:**

Nur Gastgärten, die den aufgezählten Anforderungen entsprechen, sollen unter diese Regelungen fallen. Dabei soll die gegenwärtig schon in § 112 Abs. 3 GewO 1994 festgelegte sachliche Differenzierung zwischen Gastgärten „auf öffentlichem Grund“ und anderen Gastgärten (z. B. in Innenhöfen) aufrechterhalten werden. Statt wie bisher eine ausübungsrechtliche „Garantie“ soll nunmehr eine betriebsanlagenrechtliche Ausnahme vom Erfordernis der Genehmigung eingerichtet werden, um Unsicherheiten bezüglich des Verhältnisses zwischen Betriebsanlagenrecht und Gastgartenregelung zu vermeiden.

Bezüglich der Festlegung der Zeiten ist davon auszugehen, dass bei entsprechenden Witterungsverhältnissen, insbesondere im Sommer, bei geöffneten Fenstern regelmäßig mit einer gewissen Lärmbelastung zu rechnen ist, die entweder durch den Fahrzeugverkehr oder Fußgänger oder Nachbarn bewirkt wird, die sich bei solchen Witterungsverhältnissen vermehrt im Freien aufhalten oder zumindest auch selbst die Fenster geöffnet halten. Ortsübliche Geräuschentwicklungen, wie sie mit in normaler Lautstärke von mehreren Personen auf der Straße oder in der Nachbarschaft geführten Gesprächen oder mit Essen und Trinken regelmäßig verbunden sind, können in diesem Sinne nach den landespolizeilichen Bestimmungen nicht sanktioniert und auch zivilrechtlich kaum unterbunden werden.

Eine besondere Situation ergibt sich für Gastgärten „auf privatem Grund“. Solche Gastgärten sind oftmals in Innenhöfen oder ähnlichen Lagen mit hohem Schallreflexionsgrad gelegen, sodass diesbezüglich – auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sich in diesen Lagen Störgeräusche üblicherweise stärker von den Umgebungsgeräuschen abheben. Ein nach den landespolizeilichen Regelungen und dem zivilen Nachbarschaftsrecht zu beurteilender besonderer Ruheanspruch wird in der Regel erst ab 22 Uhr angenommen (vgl. z. B. OGH 29.8.2000, 1 Ob 196/00f). Es ist daher sachlich konsequent, den Entfall des Erfordernisses einer betriebsanlagenrechtlichen Genehmigung für Gastgärten „auf privatem Grund“ weiterhin an diesen in der Sicherheitsverwaltung und im Nachbarschaftsrecht üblichen Zeitpunkt von 22 Uhr zu knüpfen.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass auf Grund der klimatischen Verhältnisse in Österreich der Betrieb von Gastgärten sich auf einen relativ kurzen Teil des Jahres, nämlich die Sommermonate, beschränkt und somit die schulfreie Zeit einerseits sowie die traditionelle Urlaubszeit andererseits einschließt. Die Möglichkeit der Inanspruchnahme eines Gastgartens außerhalb der Sommermonate bis 23 bzw. 22 Uhr ist schon wegen der am Abend herrschenden niedrigen Temperaturen nur in verhältnismäßig geringem Maß gegeben.

#### **Zu Abs. 1 Z 1:**

Die Voraussetzungen des geltenden § 112 Abs. 3 GewO 1994 werden übernommen.

#### **Zu Abs. 1 Z 2:**

Die Ausnahme vom Erfordernis einer Genehmigung soll nicht unabhängig von der Anzahl der Verabreichungsplätze gestaltet sein. Vielmehr ist es mit besonderem Blick auf die Interessen der Nachbarn sachlich geboten eine Grenze einzuziehen, die auch leicht nachprüfbar ist.

#### **Zu Abs. 1 Z 3:**

Im Wesentlichen wird auch hier die bestehende Regelung des § 112 Abs. 3 GewO 1994 übernommen, welche festlegt, von welchem lärmrelevanten Verhalten die Behörden, die Nachbarn und auch die Gäste auszugehen haben. Unter Singen und Musizieren sind auch wie bisher jegliche Darbietungen von Musik und Gesang zu verstehen, beispielsweise auch durch Abspielen über Tonträgersysteme, Beschallung durch Musikgeräte aus dem Innenbereich des Gastgewerbebetriebes und dergleichen.

Betreffend das laute Sprechen soll durch die nunmehrige Formulierung „lauteres Sprechen als der übliche Gesprächston der Gäste“ klargestellt werden, dass für die Beurteilung der Erfüllung dieses Kriteriums das Verhalten an der Gesprächsquelle relevant ist. Folgendes Verhalten ist im Sinne der ÖNORM S 5012, Punkt 4.1.2 Gastgärten, beispielsweise als übliches Verhalten zu erwarten:

eschreibung des zu erwartenden Verhaltens	LW,A,1P	LW,A,Rech h	n1P
Ruhiges Gästeverhalten, zB Gartenrestaurant zum Einnehmen von Speisen, Gartencafe	60	86	9
Unterhaltung in normaler Lautstärke, häufige Serviergeräusche	63	92	3
Angeregte Unterhaltung mit Lachen, Gästegruppen, zB Biergarten, Heuriger, Buschenschank	71	102	3
LW,A,1P	A-bewerteter, energieäquivalenter Schalleistungspegel pro Person		
LW,A,Rech	Rechenwert des maximalen Schalleistungspegels, nicht abhängig von der Gästezahl		
n1P	Anzahl der Schallereignisse mit LW,A,Rech pro Person und pro Stunde		

Durch die neue Formulierung wird keine andere Ausführung der Beschilderung bedingt als jene, die auch schon bisher von § 112 Abs. 3 GewO 1994 gefordert wird.

#### **Zu Abs. 1 Z 4:**

Um alle Bereiche einer möglichen Genehmigungspflicht im Sinne des § 74 Abs. 2 GewO 1994 zu erfassen, soll durch Z 4 sichergestellt werden, dass im Zusammenhang mit dem Gastgartenbetrieb sämtliche Schutzinteressen berücksichtigt werden und somit z. B. grobe Stolpergefahren, Blendungen der Nachbarn, Verstellen von Notausgängen udgl. vermieden werden. Beispielsweise ist auch das Beheizen von Gastgärten mittels Heizstrahlern der Erfüllung der Erwartungshaltung hinderlich.

Gesundheitsgefährdungen oder unzumutbaren Belästigungen durch Lärm wird durch die Voraussetzungen des Abs. 1 Z 1 bis Z 3 vorgebeugt.

#### **Zu Abs. 3:**

Zur Sicherstellung der Nachvollziehbarkeit ist es erforderlich, eine Information an die Behörde über den beabsichtigten Betrieb und die geplante Ausgestaltung des Gastgartens vorzusehen. Aus dieser Anzeige soll der Behörde erkennbar sein, ob der Gastgarten entsprechend den Voraussetzungen des § 76a betrieben werden soll.

Das Versäumen der Anzeigerstattung soll als Verwaltungsübertretung sanktioniert werden (siehe dazu Z 12 des Entwurfs, § 367 Z 24a).

Mit der Erstattung der Anzeige ist keine Pflicht zur Aufnahme des Gastgartenbetriebs verbunden; die Anzeige kann daher auch zu einem Zeitpunkt erstattet werden, in dem der tatsächliche Termin der Aufnahme des Gastgartenbetriebs noch ungewiss ist. In Fällen, in denen ein gesamter Gastgewerbebetrieb neu errichtet werden soll, kann daher die Anzeige gemäß Abs. 3 auch schon gleichzeitig mit dem Einbringen der verfahrenseinleitenden Anbringen zur Genehmigung der Betriebsanlage (Einrichtungen des Gastgewerbebetriebs, die von § 76a nicht erfasst sind) erstattet werden.

#### **Zu Abs. 4:**

Der Betrieb des Gastgartens darf bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Abs. 1 bzw. Abs. 2 aufgenommen werden. Eine bescheidmäßige Kenntnisnahme der Anzeige im Sinne des § 81 Abs. 3 in Verbindung mit § 345 Abs. 8 Z 6 GewO 1994 ist nicht vorgesehen, die Anzeige bildet demnach auch keinen Bestandteil des Genehmigungsbescheides.

Die Behörde hat jedoch die Pflicht, die Anzeige zu prüfen und, sofern die Voraussetzungen des Abs. 1 oder des Abs. 2 nicht erfüllt sind, den Betrieb des Gastgartens zu untersagen. Die dafür vorgesehene Dreimonatsfrist soll erst zu laufen beginnen, wenn die Anzeige und die Unterlagen vollständig sind. Nach Verstreichen dieser Frist ist eine behördliche Untersagung des Betriebes des Gastgartens nicht zulässig; gegebenenfalls kommen Maßnahmen gemäß Abs. 5 oder Abs. 8 in Betracht.

#### **Zu Abs. 5:**

Um den Behörden die – vor allem im Sinn der betroffenen Nachbarschaft erforderlichen - praktikablen Möglichkeiten zur Verfügung zu stellen, der Nichteinhaltung der Voraussetzungen für einen „garantierten“ Gastgarten zu begegnen, sieht der Entwurf eine dem § 360 Abs. 1 GewO 1994 nachgebildete Regelung zur Schließung eines solchen Gastgartens vor.

Durch den Verweis auf § 360 Abs. 4 letzter Satz und Abs. 5 wird sichergestellt, dass Zustellprobleme die Wirksamkeit nicht hindern, sofortige Vollstreckbarkeit gegeben ist und ein Betreiberwechsel die

Wirksamkeit des Bescheides nicht berührt. Ebenso übernommen wird damit die Befristung der Wirksamkeit auf höchstens ein Jahr, wobei kürzere Fristen zulässig bleiben.

#### **Zu Abs. 7:**

Mit dieser Bestimmung wird klargestellt, dass eine Betriebszeit über die in Abs. 1 oder Abs. 2 genannten Zeiten hinaus in einem betriebsanlagenrechtlichen Genehmigungsverfahren grundsätzlich möglich ist, auch wenn der geplante Gastgarten nach den Voraussetzungen des Abs. 1 Z 1 bis Z 4 betrieben wird.

Die Bestimmungen über das vereinfachte Verfahren gemäß § 359b GewO 1994 und das Anzeigeverfahren gemäß § 81 Abs. 3 in Verbindung mit § 345 Abs. 8 Z 6 und Abs. 9 werden von dieser Regelung nicht berührt. Es ist daher bei Vorliegen der entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen von der Behörde mittels vereinfachtem Verfahren oder Anzeigeverfahren vorzugehen.

#### **Zu Abs. 8:**

Diese ausdrückliche Regelung ist notwendig, da § 79 GewO 1994 nur Anwendung findet, wenn eine Genehmigung vorliegt, nicht aber, wenn eine Genehmigung nicht erforderlich ist. Weiters ist ausdrücklich vorgesehen, dass neben Auflagen auch eine Einschränkung der Betriebszeit vorgeschrieben werden kann, da diese als Eingriff in das Wesen der Betriebsanlage im Sinne des § 79 Abs. 3 GewO 1994 verstanden werden könnte und ein aufwändiges Sanierungsverfahren auslösen würde. Dies wäre aber weder im Sinn des Schutzes der Nachbarn, welche ein berechtigtes Interesse an einer möglichst raschen Entscheidung haben, noch im Interesse des Gastgewerbetreibenden, der für längere Zeit mit einer weitgehenden Rechtsunsicherheit konfrontiert wäre. Vor diesem Hintergrund ist diese eng gefasste Andersbehandlung einer möglichen Wesensänderung in der vorgeschlagenen Bestimmung sachlich gerechtfertigt und erforderlich.

Im Hinblick auf die zeitlichen und betrieblichen Voraussetzungen ist davon auszugehen, dass Gesundheitsgefährdungen und unzumutbare Belästigungen hintangehalten werden; sollten im Einzelfall ausnahmsweise nachträgliche Vorkehrungen zur Vermeidung von Gesundheitsgefährdungen erforderlich sein, bietet Abs. 8 eine entsprechende Handhabe.

#### **Zu Abs. 9:**

Damit wird die bestehende Verordnungsermächtigung des § 112 Abs. 3 GewO 1994 für die Gemeinden übernommen.

Diese Verordnungsermächtigung wurde seit ihrem Bestehen sowohl vom Gesetzgeber (vgl. Ausschussbericht des Wirtschaftsausschusses zur Gewerberechtsnovelle 1997, ABGRNov 1997: „Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, durch Verordnung des Landeshauptmannes gemäß § 148 Abs. 2 weitergehende Öffnungszeiten zu erlauben.“), als auch vom Schrifttum (vgl. Grabler/Stolzlechner/Wendl, Gewerbeordnung, 2. Auflage, Anm. 26 zu § 112. Abs. 3: „Der dritte Satz ermächtigt den LH, abweichend von den Betriebszeiten ersten und zweiten Satzes andere Betriebszeiten, nämlich kürzere oder längere, für Gastgärten vorzuschreiben, sofern dies aus einem oder mehreren Gründen (sachlich) gerechtfertigt ist.“) als auch von der Judikatur (vgl. Erk. des VfGH vom 9.6.2005, Zl. G4/05, der in den Entscheidungsgründen diese Verwaltungsaufgabe mehrfach im Sinne einer ausschließlichen Ermächtigung zur Modifikation der garantierten Zeiten charakterisiert hat, so beispielsweise als „Betriebszeitenveränderung“) eindeutig dahingehend verstanden, dass sich diese Ermächtigung auf die Veränderung der in dieser Bestimmung genannten Betriebszeit beziehen soll.

Das Vorhaben wird daher zum Anlass genommen, dies nunmehr ausdrücklich im Gesetzestext nachzuvollziehen; wie bisher ändern die in solchen Verordnungen geregelten Zeiten gebietsweise die vom Gesetz (nunmehr in Abs. 1 und Abs. 2 des § 76a) genannten Zeiten.

Die von der Gemeinde zu prüfenden Kriterien bleiben unverändert; diese Kriterien sind auch zu Verkürzungen von Zeiten heranzuziehen. Die Ermächtigung wird im Regelfall nicht geeignet sein, einheitliche Modifikationen für gesamte Gemeindegebiete abzudecken.

Die Rechtfertigungsgründe sind weiterhin ausdrücklich beispielhaft zu verstehen. Es kommen daher auch örtlich andere gleichgewichtige Rechtfertigungsgründe, wie etwa Erfordernisse des Tourismus, in Betracht. Diese touristischen Gründe sollen nunmehr ergänzend zum weiterhin aufrechten Verweis auf § 113 Abs. 1 GewO 1994 in der Verordnungsermächtigung selbst genannt werden, wobei auch die zukünftige Tourismusplanung („Erwartungshaltungen“) von Gemeinden ausdrücklich unterstützt werden soll; in diesem Fällen sind ausdrücklich auch Zeiten bis 24 Uhr rechtfertigbar.

### Zu Z 2 (§ 84j):

Durch § 84j wird Artikel 10 der Richtlinie 92/57/EWG des Rates vom 24. Juni 1992 über die auf zeitlich begrenzte oder ortsveränderliche Baustellen anzuwendenden Mindestvorschriften für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz umgesetzt.

Artikel 10 der Richtlinie 92/57/EWG basiert auf dem Grundgedanken, dass auch Selbständige sowie Arbeitgeber, wenn sie selbst eine berufliche Tätigkeit auf einer Baustelle ausüben, die Sicherheit und die Gesundheit anderer Gewerbetreibender und deren Arbeitnehmer durch ihre Tätigkeit gefährden können.

In der genannten Richtlinienbestimmung wird daher festgelegt, dass Selbständige zum Schutz der Sicherheit und der Gesundheit auf der Baustelle bestimmte näher bezeichnete Schutzvorschriften, die in EU-Richtlinien normiert sind, einzuhalten haben. Diese in Artikel 10 der Richtlinie 92/57/EWG näher bezeichneten Schutzvorschriften sind durch arbeitnehmerschutzrechtliche Vorschriften umzusetzen. Die Bestimmung des neuen § 84j bedient sich der Technik, dass auf jene arbeitnehmerschutzrechtlichen Bestimmungen verwiesen wird, durch die die in Artikel 10 der Richtlinie 92/57/EWG näher bezeichneten Schutzvorschriften der EU umgesetzt wurden. Da die Anhänge der Richtlinien hinreichend konkret gefasst sind, kann auf sie verwiesen werden. Im Einzelnen ergibt sich folgendes Bild:

Artikel 10 der Richtlinie 92/57/EWG	umgesetzt durch
Abs. 1 lit. a) sublit.i): Artikel 6 Abs. 4 der Richtlinie 89/391 EWG	§ 84j Abs. 2 iVm § 8 Abs. 1 ASchG
Abs. 1 lit. a) sublit.i) und Abs. 2 lit a) sublit. i): Artikel 13 der Richtlinie 89/391 EWG	§ 84j Abs. 2 und Abs. 1 Z 1 iVm § 15 ASchG
Abs. 1 lit. a) sublit. i): Artikel 8 der Richtlinie 92/57 EWG	§ 84j Abs. 2 iVm § 3a der Bauarbeiterschutzverordnung
Abs. 1 lit. a) sublit.ii) und Abs. 2 lit. a) sublit. ii): Artikel 4 der Richtlinie 89/655 EWG	§ 84j Abs. 2 und Abs. 1 Z 2 iVm § 33 Abs. 2 bis 4 und § 38 ASchG sowie § 3 Abs. 1 und § 16 der Arbeitsmittelverordnung
Abs. 1 lit. a) sublit.iii) und Abs. 2 lit. a) sublit. iii): Artikel 3 der Richtlinie 89/656 EWG	§ 84j Abs. 2 und Abs. 1 Z 3 iVm § 69 Abs. 2 ASchG
Abs. 1 lit. a) sublit.iii) und Abs. 2 lit. a) sublit. iii): Artikel 4 Abs. 1 der Richtlinie 89/656 EWG	§ 84j Abs. 2 und Abs. 1 Z 3 iVm § 70 Abs. 1 ASchG
Abs. 1 lit. a) sublit.iii) und Abs. 2 lit. a) sublit. iii): Artikel 4 Abs. 2 der Richtlinie 89/656 EWG	§ 84j Abs. 2 und Abs. 1 Z 3 iVm § 70 Abs. 4 ASchG
Abs. 1 lit. a) sublit.iii) und Abs. 2 lit. a) sublit. iii): Artikel 4 Abs. 3 der Richtlinie 89/656 EWG	§ 84j Abs. 2 und Abs. 1 Z 3 iVm § 70 Abs. 2 ASchG
Abs. 1 lit. a) sublit.iii) und Abs. 2 lit. a) sublit. iii): Artikel 4 Abs. 4 der Richtlinie 89/656 EWG	§ 84j Abs. 2 und Abs. 1 Z 3 iVm § 69 Abs. 5 ASchG
Abs. 1 lit. a) sublit.iii) und Abs. 2 lit. a) sublit. iii): Artikel 4 Abs. 9 der Richtlinie 89/656 EWG	§ 84j Abs. 3
Abs. 1 lit. a) sublit.iii) und Abs. 2 lit. a) sublit. iii): Artikel 5 der Richtlinie 89/656 EWG	§ 84j Abs. 2 und Abs. 1 Z 3 iVm § 70 Abs. 5 ASchG
Abs. 1 lit. b) und Abs. 2 lit. b)	§ 84j Abs. 4

Gemäß Artikel 10 Abs. 1 lit. a) sublit. i) der Richtlinie 92/57/EWG haben Selbständige sinngemäß ua. Artikel 13 der Richtlinie 89/391/EWG einzuhalten. Artikel 13 der genannten Rahmenrichtlinie bestimmt, dass jeder Arbeitnehmer verpflichtet ist, nach seinen Möglichkeiten für seine eigene Sicherheit und

Gesundheit sowie für die Sicherheit und die Gesundheit derjenigen Personen Sorge zu tragen, die von seinen Handlungen und Unterlassungen bei der Arbeit betroffen sind, und zwar gemäß seiner Unterweisung und den Anweisungen des Arbeitgebers. Artikel 13 der Rahmenrichtlinie ist gemäß Artikel 10 Abs. 2 lit. a) sublit. i) der Richtlinie 92/57/EWG sinngemäß auch von Arbeitgebern einzuhalten, die selbst eine berufliche Tätigkeit auf der Baustelle ausüben.

Die Wendung „gemäß seiner Unterweisung“ wird für Gewerbetreibende dadurch umgesetzt, dass für den Antritt der in Betracht kommenden Gewerbe Befähigungsprüfungen vorgesehen sind, bei denen Kenntnisse der einschlägigen arbeitnehmerschutzrechtlichen Vorschriften nachzuweisen sind (vgl. insbesondere die Baumeister-Befähigungsprüfung oder die Meisterprüfungen für das Handwerk der der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger und das Handwerk der Maler und Anstreicher).

Diese Bestimmung enthält eine neue Informationsverpflichtung für Unternehmen. Es wird durch diese insgesamt eine Belastung von rund 387.000 Euro pro Jahr verursacht.

Die neue Informationsverpflichtung „Bereitstellung von Informationen an Dritte“ in § 84j Abs. 1 Z 1 GewO 1994 iVm § 8 Abs. 1 Z 2 ASchG betrifft durchschnittlich 25.995 Bauausführende ohne Arbeitnehmer.

Durch diese Informationsverpflichtung wird insgesamt eine Belastung von rund 387.000 Euro an Verwaltungslasten verursacht. Die Belastung entsteht dadurch, dass Gewerbetreibende, die auf Baustellen arbeiten, ohne Arbeitnehmer zu beschäftigen, in die Verpflichtung zur gegenseitigen Information über Gefahren eingebunden werden. Bisher traf diese Informationspflicht ausschließlich Arbeitgeber. Die Informationspflicht dient der Abwehr von Gefahren und der Erhöhung der Sicherheit auf Baustellen.

#### **Zu Z 5 (§ 120):**

Gemäß Art. 118 Abs. 3 Z 9 B-VG stehen die Aufgaben der örtlichen Feuerpolizei den Gemeinden zu. Unter Feuerpolizei sind Verwaltungsvorschriften zu verstehen, die der Brandverhütung, der Brandbekämpfung und damit auch dem Gesundheitsschutz dienen. Die Landesgesetze übertragen zur Feuerpolizei gehörige behördliche Aufgaben dem Rauchfangkehrer, dieser nimmt daher öffentliche Aufgaben wahr. Für die Übernahme dieser öffentlichen Aufgaben wird die Niederlassung und somit die Erlangung einer Gewerbeberechtigung in Österreich gefordert. Dies dient auch der leichteren Kontaktaufnahme und Rechtsverfolgung durch die Kunden des Rauchfangkehrers und einer Erleichterung der Zusammenarbeit mit den österreichischen Behörden und besserer Kontrollmöglichkeiten.

Im Hinblick auf die EU-Konformität wird die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch Art. 62 iVm Art. 51 AEUV, Ausübung von öffentlicher Gewalt, gerechtfertigt. Ein Beruf, der mit Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, darf nicht generell den Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten verschlossen werden (bzw. bei Rauchfangkehrern auf Niedergelassene beschränkt werden), sie dürfen aber von den konkreten Tätigkeiten ausgeschlossen werden, die eine unmittelbare und spezifische Ausübung öffentlicher Gewalt vorsehen (Randelzhofer/Forsthoff in GH Art. 45 EGV Rdnr. 7).

Vergleichsweise wird außerdem auf die Regelung nach § 13 Abs. 3 des deutschen Schornsteinfegergesetzes verwiesen, wonach nur eine eingeschränkte, durchaus vergleichbare Anzahl von Tätigkeiten vorübergehend und gelegentlich von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der EU oder eines EWR-Vertragsstaates durchgeführt werden dürfen.

#### **Zu Z 6 (§ 121):**

Für die Ausübung des Rauchfangkehrergewerbes wird die Staatsbürgerschaft eines EWR-Vertragsstaates (und damit auch EU-Mitgliedstaates) vorgeschrieben. Vergleichbare Staatsbürgerschaftsanforderungen bestehen bei den Gewerben Arbeitsvermittlung und Überlassung von Arbeitskräften, bei denen vor Übernahme des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsbestandes die österreichische Staatsbürgerschaft gefordert wurde.

#### **Zu Z 8 und Z 9 (§ 336 Abs. 1 und Abs. 3):**

Die Mitwirkung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes der Bundespolizeidirektionen wird an die Neufassung der Gastgartenregelung angepasst. Zusätzliche Aufgaben ergeben sich dadurch nicht; die bisher unter § 366 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 (Betreiben oder Errichten einer genehmigungspflichtigen Betriebsanlage ohne Genehmigung) fallenden Aufgaben verlagern sich im Wesentlichen zu den Fällen der neuen § 366 Abs. 1 Z 3a, § 367 Z 24a und § 368.

#### **Zu Z 11 und Z 12 (§ 366 Z 3a und § 367 Z 24a):**

Es ist sachlich geboten, das Betreiben eines Gastgartens entgegen einem Bescheid gemäß § 76a Abs. 4 (Untersagung) oder gemäß § 76a Abs. 5 (Schließung des Gastgartens) verwaltungsstrafrechtlich solchen Fällen gleichzuhalten, in denen eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage ohne Genehmigung errichtet

oder betrieben wird; daher ist ein solches Verhalten mit gleicher Strafe zu bedrohen. Der Verstoß gegen die Pflicht zur Anzeige wiegt dem gegenüber weniger schwer und soll daher systematisch in § 367 aufgenommen werden.

**Zu Z 13 (§ 376 Z 50):**

Genehmigte Gastgärten sind solche, die von einem bestehenden Genehmigungsbescheid erfasst sind. Genehmigte Gastgärten sind daher auch jene,

für welche nach Durchführung eines vereinfachten Verfahrens ein rechtskräftiger Bescheid gemäß § 359b GewO 1994 erlassen wurde,

welche nach Durchführung eines Anzeigeverfahrens Gegenstand eines rechtskräftigen Bescheids gemäß § 345 Abs. 8 Z 6 GewO 1994 sind, oder

welche Bestandteil einer entsprechend der Übergangsbestimmung des § 376 Z 14b GewO 1994 als gemäß § 74 Abs. 2 genehmigt geltenden Betriebsanlage sind.

### Anlage 1: Darstellung der Verwaltungskosten für Unternehmen

Bundesgesetz, mit dem die Gewerbeordnung 1994 geändert wird					
Art der Änderung	Novelle				
Ressort	Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend	Berechnungsdatum	4. Oktober 2009	Anzahl geänderter/neuer Informationsverpflichtungen	1
BELASTUNG GESAMT (gerundet)				387.000	

IVP 1 - BEREITSTELLUNG VON INFORMATIONEN AN DRITTE	
Art	neue IVP
Kurzbeschreibung	Gewerbetreibende, die Tätigkeiten zur Ausführung des Bauwerks auf einer Baustelle ausführen, ohne Arbeitnehmer zu beschäftigen, müssen andere auf der Baustelle tätige Gewerbetreibende und deren Arbeitnehmer über die Gefahren informieren.
Ursprung:	EU
Fundstelle	§ 84j Abs. 1 Z 1 GewO 1994 iVm § 8 Abs. 1 Z 2 ASchG
BELASTUNG (gerundet)	
387.000	

BERECHNUNG LAUT SKM-METHODE FÜR INFORMATIONSVERPFLICHTUNG 1	
Bauausführende ohne Arbeitnehmer	
Unternehmenszahl	25.995
Frequenz pro Jahr	3,500
Quellenangabe	WKÖ

Verwaltungstätigkeit 1	Übermittlung von Nachrichten an spezifische Gruppen von Personen
Zeitaufwand	Erhöhung
Stunden	
Minuten	30
Gehaltsgruppe	Handwerks- und verwandte Berufe
Stundensatz	34,00

Gesamtkosten pro Unternehmen pro Jahr	60,00
Verwaltungskosten	1.546.703,00
Sowieso-Kosten (%)	75
<b>VERWALTUNGSLASTEN</b>	<b>386.676,00</b>