

RECHT

DER UMWELT

Schriftleitung + Redaktion **Ferdinand Kerschner**

Redaktion **Wilhelm Bergthaler, Eva Schulev-Steindl**

Ständige Mitarbeiter **W. Berger, M. Bydlinski, D. Ennöckl, B.-C. Funk, D. Hinterwirth,**

W. Hochreiter, P. Jabornegg, V. Madner, F. Oberleitner, B. Raschauer,

N. Raschauer, J. Stabentheiner, E. Wagner, R. Weiß, H. Wegscheider

August 2010

04

109 – 144

Beiträge

Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Novelle der Gastgartenregelung

Martin Kind ☎ 112

Umsetzung der Europäischen Abfallrahmenrichtlinie in
nationales Recht Helmut Stadler und Franka Busic ☎ 118

Beilage Umwelt & Technik

IG-L-Novelle 2010 – Neuerungen und Auswirkungen

Elisabeth Fekete ☎ 34

Aktuelles Umweltrecht

Mitteilung EK: Bewirtschaftung von Bioabfällen ☎ 124

Geodateninfrastrukturgesetz ☎ 125

Wohnbauförderung/Energieausweis/Krnt ☎ 127

Leitsätze

Schwerpunkt Abfallwirtschaftsrecht ☎ 129

Rechtsprechung

Europäische Umwelthaftungsrichtlinie: EuGH erstmals zur
Sanierung von Umweltschäden Erika Wagner ☎ 133

Kombinationsanlage nach GewO: VwGH für enge Auslegung der
Ausnahmeklausel Nicolas Raschauer ☎ 137

Verstoß gegen umweltschützende Vorschriften
der Gewerbeordnung: OGH zum Vorsprung durch Rechtsbruch
Erika Wagner ☎ 139

Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Novelle der Gastgartenregelung

RdU 2010/63

GewO 1994

VfGH 27. 6. 1996,
G 211/94 ua;
VwGH 27. 6. 2007,
2007/04/0111Betriebszeiten;
Härtefall;
Betriebsgarantie;
Genehmigungspflicht

Alle Jahre wieder ist – saisonbedingt – mit dem Betrieb von Gastgärten auch die Diskussion über deren Betriebszeiten eröffnet. Hierbei stehen der Forderung der Gastgartenbetreiber nach längeren Betriebszeiten die Interessen der Nachbarn nach weniger Lärm gegenüber. Das dadurch gegebene Spannungsverhältnis zwischen materiellen und ideellen Bedürfnissen beschäftigt nicht nur regelmäßig Behörden und Gerichte, sondern auch den Gesetzgeber. Immer wieder wird er aufgefordert, die gewerberechtliche Gastgartenregelung mehr oder weniger zugunsten der Betreiber zu ändern – und immer wieder stößt er hierbei an verfassungsrechtliche Grenzen, wie der Beitrag aufzeigt.

Von Martin Kind

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Inhalt des geplanten § 76a GewO
- C. § 76a GewO-E im Lichte der Judikatur des VfGH
- D. § 76a GewO-E im Lichte der „Härtefall“-Judikatur
- E. Zusammenfassung

A. Einleitung

Das Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend (BMWFJ) hat seit dem 28. 4. 2010 den Entwurf über ein Bundesgesetz, mit dem die Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) geändert wird, zur Begutachtung im Internet auf der Homepage des BMWFJ veröffentlicht; die Frist zur Begutachtung endete am 26. 5. 2010. Unter anderem soll nach § 76 ein **§ 76a** in die GewO 1994 eingefügt werden; dadurch soll „die Gastgartenregelung aus den Ausübungsregeln der GewO 1994 in die gewerbliche Betriebsanlagenrecht in der Form einer Genehmigungsfreistellung übergeführt werden“ (Vorblatt des Entwurfs).

Weitere **Schwerpunkte** des Entwurfs sind die Erweiterung der Voraussetzungen für die Genehmigungsfreistellung (maximal 100 Verabreichungsplätze und Erwartung der Einhaltung der von § 74 Abs 2 GewO 1994 geschützten Interessen). Hinzu kommen eine auf die Genehmigungsfreistellung abgestimmte Pflicht des Betreibers zur Anzeige vor Aufnahme des Gastgartenbetriebs mit einer Verpflichtung der Beh, bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen den Gastgartenbetrieb binnen drei Monaten zu untersagen, sowie spezielle Möglichkeiten des nachträglichen behördlichen Eingreifens. Eine Einschränkung rechtskräftiger Betriebsanlageneignungsbescheide für Gastgärten ist mit dem Entwurf nicht verbunden.

Vor dem Hintergrund der bisherigen Entwicklung der Gastgartenregelung – angefangen von der erstmaligen Festlegung der Gewerbeausübung in Gastgärten durch die Nov BGBl 1993/29 in § 153 Abs 1 und 1a GewO 1973 über § 148 Abs 1 und 2 GewO 1994 idF

BGBl 1994/194, BGBl I 1997/63 und BGBl I 1998/116 bis hin zur Übernahme des Inhalts des § 148 Abs 1 und 2 in § 112 Abs 3 durch die Nov BGBl I 2002/111 samt BGBl I 2005/134¹⁾ – und der hierzu ergangenen Rspr des VfGH und VwGH wird aus **verfassungsrechtlicher Sicht** zu § 76a GewO-Entwurf (in der Folge GewO-E) Stellung genommen werden. Insb wird hierbei darauf eingegangen werden,

→ ob der Gesetzgeber dadurch noch iSd VfGH „einen sinnvollen Ausgleich zwischen den durch das BVG über den umfassenden Umweltschutz verfassungsrechtlich geschützten Interessen des durch die Lärmerregung von Gastgärten beeinträchtigten Personenkreises einerseits mit der ebenfalls verfassungsgesetzlich geschützten Erwerbsfreiheit der Gastgewerbetreibenden und den allgemeinen Interessen der Bevölkerung am Betrieb von Gastgärten andererseits“²⁾ anstrebt oder

→ ob dadurch nicht quasi zur – verfassungsrechtlich nicht haltbaren³⁾ – Rechtslage der Nov BGBl I 1998/116 über den „Umweg“ einer Genehmigungsfreistellung zurückgekehrt wird und damit der gebotene „Ausgleich“ im Lichte des **Gleichheitssatzes und des BVG über den umfassenden Umweltschutz** außerhalb des Rahmens rechtspolitischer Gestaltungsfreiheit vom Gesetzgeber erfolgt.

B. Inhalt des geplanten § 76a GewO

Wortlaut, Sinn und Zweck des § 76a GewO-E lassen keinen Zweifel offen, dass „statt wie bisher eine ausübungsrechtliche ‚Garantie‘ nunmehr eine betriebsanlagenrechtliche Ausnahme vom Erfordernis der Genehmigung eingerichtet werden [soll]“, dass also **ohne Genehmigung** Gastgärten auf öffentlichem Grund (auch als „Straßengastgärten“ bezeichnet) ganzjährig in der Zeit

1) Dazu eingehend Kind, Öffnungszeiten für Schanigärten – „des Einen Freud, des Anderen Leid ...“, UVS aktuell 2007, 4; ders, Betriebszeitgarantie für Gastgärten rechtskonform? RdU 2007, 34.

2) VfSlg 14.551/1996.

3) Vgl ua dazu Kind, Lärmprobleme mit Schanigärten, ecolex 1999, 865.

von 8.00 bis 23.00 Uhr (§ 76 a **Abs 1** GewO-E) und andere Gastgärten (auch als „Hinterhofgastgärten“ bzw. „Innenhofgastgärten“ bezeichnet) ganzjährig in der Zeit von 9.00 bis 22.00 Uhr betrieben werden können (§ 76 a **Abs 2** GewO-E). Die **materiellen Voraussetzungen** hierfür werden in Z 1 bis 4 des § 76 a Abs 1 GewO-E angeführt; hierbei entsprechen **Z 1** und – abgesehen von der Lautstärke (arg „*lauteres Sprechen als der übliche Gesprächston der Gäste*“) – **Z 3** den bisher geltenden Vorgaben in § 112 Abs 3 GewO 1994. Darüber hinaus soll die Genehmigungsfreistellung für Gastgärten mit maximal 100 Verabreichungsplätzen gelten (§ 76 a Abs 1 **Z 2** GewO-E) und an die Erfüllung einer „*Erwartungshaltung*“ in Bezug auf die Gesundheitsgefährdung oder unzumutbare Belästigung durch Immissionen wie Lärm (von Gastgärten insb gegenüber Nachbarn) geknüpft werden (§ 76 a Abs 1 **Z 4** GewO-E). Dazu kommt noch als **formelle Voraussetzung**, dass der Betrieb eines Gastgartens der Beh „*vorher anzuzeigen*“ sein soll (§ 76 a **Abs 3** GewO-E). Allerdings ist „*mit der Erstattung der Anzeige keine Pflicht zur Aufnahme des Gastgartenbetriebs verbunden*“ (Erläut BT zu § 76 a Abs 3). Im Unterschied zu § 80 Abs 1 GewO 1994, wonach die Genehmigung einer Betriebsanlage erlischt, wenn der Betrieb der Anlage nicht binnen fünf Jahren nach erteilter Genehmigung aufgenommen wird, soll also für Gastgärten durch die bloße Anzeige (= „Information“) bei der Beh die Möglichkeit geschaffen werden, sich auf das Recht des genehmigungsfreien Betriebs gem § 76 a GewO-E auch dann zu berufen, wenn ein Gastgarten jahrzehntelang nicht betrieben wird.

Die Beh soll gem § 76 a **Abs 4** GewO-E eine dreimonatige Pflicht zur Prüfung der Anzeige (verbunden mit einem Untersagungsrecht bzw einer -pflicht bei Nichterfüllung der Voraussetzungen gem § 76 a Abs 1 Z 1 bis 4 GewO-E) haben. Der Betrieb eines Gastgartens kann aber **sofort** – dh im Zeitpunkt der Erstattung der Anzeige – aufgenommen werden. In der **Praxis** wird die Beh wohl regelmäßig aufgrund der Anzeigen prüfen, ob die in den Anzeigen enthaltenen Angaben den Voraussetzungen der Z 1 bis 4 des § 76 a Abs 3 GewO-E entsprechen; wie hierbei geprüft werden soll, ob die Erwartungshaltung gem § 76 a Abs 1 Z 4 GewO-E erfüllt ist, namentlich ob die Interessen der Nachbarn iSd § 74 Abs 2 Z 1 und 2 GewO 1994 „*hinreichend geschützt*“ sind, sei hier dahingestellt (vgl unten). Jedenfalls „*verwirkt*“ das Untersagungsrecht bzw die Untersagungspflicht der Beh nach Ablauf der Dreimonatsfrist; danach soll die Beh nur mehr

→ mit „Maßnahmen“ (nämlich der Aufforderung zur Einhaltung der Voraussetzungen und – bei wirkungsloser Aufforderung – der Verfügung der Schließung eines Gastgartens) reagieren können (§ 76 a **Abs 5** GewO-E) bzw

→ „*im Einzelfall*“ (Erläut BT zu § 76 a Abs 8) mit nachträglichen „*Auflagen und Einschränkungen der Betriebszeit zugunsten von Nachbarn*“ einen Gastgarten soweit anpassen können, „*als diese zur Vermeidung einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit dieser Personen notwendig sind*“ (§ 76 a **Abs 8** GewO-E).

Im Wesentlichen geht es bei § 76 a GewO-E also um die „*Überführung der Gastgartenregelung aus den Aus-*

übungsregeln der GewO 1994 in das gewerbliche Betriebsanlagenrecht in der Form einer Ausnahme von einer Genehmigung“ (Erläut AT). „*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*“ (Erläut BT zu § 76 a Abs 1 und 2). **Ursache** dieser „Unsicherheiten“ sei die „*Judikaturentwicklung*“ – namentlich die Entscheidungen des VwGH und UVS;⁴⁾ weil demnach

→ „*§ 112 Abs 3 GewO 1994 an der Genehmigungspflicht von Gastgärten im Sinn der §§ 74ff 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*“, was dazu geführt habe, „*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*“ sein und „*die Vorschreibung von Auflagen im Sinn des § 77 Abs 1 GewO 1994 [kommt] ebenso in Betracht wie eine Versagung der Genehmigung*“ – kurzum: Weil „*die ursprünglich beabsichtigte ‚Betriebszeitgarantie‘ den Garantiecharakter verloren [hat] und insofern wirkungslos geworden [ist]*“ – und

→ „*im Gegensatz dazu Gastgärten, die dem § 112 Abs 3 GewO 1994 nicht entsprechen, die Möglichkeit [haben], im gewerblichen Betriebsanlagengenehmigungsverfahren 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*“ (Erläut AT),

soll mit § 76 a GewO-E „*im Interesse des Wirtschaftsstandorts Österreich eine praktikable Genehmigungsfreistellung von Gastgärten*“ (Vorblatt des Entwurfs) geschaffen werden. Offen wird hierbei besagte „*Judikaturentwicklung*“ als „*Problem*“ (Vorblatt des Entwurfs) qualifiziert, dem durch § 76 a GewO-E „*entgegen gewirkt werden*“ soll, wobei – offenbar um der Verhältnismäßigkeit bzw Angemessenheit Genüge zu tun – nicht nur den wirtschaftlichen Gegebenheiten (namentlich: der „*Zufriedenheit in- und ausländischer Gäste*“), sondern auch „*dem Schutz der Nachbarn vor Auswirkungen von Gastgärten*“ (Erläut AT) Rechnung getragen werden soll.

C. § 76 a GewO-E im Lichte der Judikatur des VfGH

§ 76 a GewO-E soll – das ist unstrittig – Gastgärten von der Genehmigungspflicht für Betriebsanlagen ausnehmen. Hierbei interessiert nicht so sehr, was den Gesetzgeber im Lichte des Rechtsstaats dazu veranlassen soll-

4) Vgl VwGH 27. 6. 2007, 2007/04/0111, und VwGH 12. 9. 2007, 2007/04/0100, sowie UVS Steiermark 26. 3. 2007, UVS 43.14-11/2006-3.

te, die Rspr des VfGH und VwGH als offenbar unerwünscht und daher als „Problem“ zu qualifizieren. Vielmehr interessiert, was der VfGH zum Schutz von Nachbarn vor schädlichen Immissionen und Belästigungen iZm der „Betriebsgarantie“ von Gastgärten sagt. Immerhin hat sich der VfGH damit aufgrund mehrerer Gesetzesprüfungsanträge des VwGH im Jahr 1996 auseinandersetzen müssen und sind diese Anträge insofern mit § 76 a GewO-E vergleichbar, als es damals wie heute darum geht, dass durch die Regelung des § 112 Abs 3 GewO 1994 (vormals: § 153 Abs 1 GewO 1973 bzw § 148 Abs 1 GewO 1994) bzw des § 76 a GewO-E eine „Garantie“ für Gastgärten geschaffen ist bzw werden soll, die davon losgelöst ist, ob durch diesen Betrieb zB die Gesundheit von Menschen gefährdet werde oder nicht.

Genau hierin verbirgt sich die Achillesferse des § 76 a GewO-E; nicht dass der VfGH die Anträge des VwGH – was dessen Bedenken einer fehlenden sachlichen Rechtfertigung für die Privilegierung der von der GewO 1994 erfassten Gastgärten gegenüber Betriebsanlagen anlangt – abgewiesen hat, also die diesbezüglichen Bedenken des VwGH nicht geteilt hat, ist entscheidend. **Entscheidend** – und § 76 a GewO-E verfassungsrechtlich angreifbar machend – ist die **Begründung** des VfGH, warum er die vom VwGH in seinen Gesetzesprüfungsanträgen vertretene, dem Vorwurf der Gleichheitswidrigkeit als Prämisse zugrunde liegende Auffassung nicht geteilt hat. Der VfGH begründet die Abweisung damit, dass auch der dem § 112 Abs 3 GewO 1994 (vormals: § 148 Abs 1 GewO 1994) „*unterliegende Gastgartenbetrieb unter den Voraussetzungen des § 74 GewO 1994 genehmigungspflichtig ist, dass er gemäß § 77 Abs 1 GewO 1994, erforderlichenfalls, – wenn auch nicht hinsichtlich der durch § 148 Abs 1 GewO 1994 festgelegten Betriebszeiten –, unter Auflagen zu genehmigen ist, und dass schließlich gemäß § 79 GewO 1994 auch für einen genehmigten Gastgartenbetrieb nachträgliche zusätzliche Auflagen (auch im Interesse des Nachbarnschutzes) vorzuschreiben sind*“.⁵⁾

Hieran, also aus der durch den VfGH aufgezeigten verfassungsrechtlich geboten Sicht des § 148 Abs 1 GewO (nunmehr: § 112 Abs 3 GewO 1994), ist § 76 a GewO-E zu prüfen und genau daran scheitert diese Prüfung. Welches „Mascherl“ die derzeit in § 112 Abs 3 GewO 1994 festgelegte „Betriebsgarantie“ auch immer hat, gleich ob sie implizit als „*ausübungsrechtliche Garantie*“ oder explizit als „*betriebsanlagenrechtliche Ausnahme*“ bezeichnet, bzw wie sie systematisch in der GewO 1994 verankert wird, im Ergebnis geht es in verfassungsrechtlichen Kategorien stets darum, ob eine dadurch bedingte Belastung bzw Gefährdung von Nachbarn sachlich, dh objektiv-vernünftig begründet werden kann: Das ist – wie der VfGH erkannte und in der Folge der VwGH judizierte – **nur** der Fall, wenn bzw weil der Gastgartenbetrieb unter den Voraussetzungen des § 74 GewO 1994 **genehmigungspflichtig** und daher gem § 77 Abs 1 GewO 1994 „erforderlichenfalls“ – wenn auch nicht hinsichtlich der durch § 112 Abs 3 GewO 1994 festgelegten Betriebszeiten – unter **Auflagen** zu genehmigen ist. Anderenfalls besteht kein solcher sachlicher, vernünftiger Grund für eine „Betriebsgarantie“, weil dafür eine **Legitimation**, die sich nach der Begrün-

dung des VfGH aus der Genehmigungspflicht von Gastgärten ergibt, **fehlen** würde.

§ 76 a GewO-E **entzieht** der mit der Genehmigungspflicht verbundenen Betriebszeitengarantie von Gastgärten die **sachliche Rechtfertigung**, macht wegen der Genehmigungsfreistellung diese Garantie verfassungsrechtlich unvertretbar und verstößt damit gegen den **Gleichheitsgrundsatz**. Hierbei erweist sich die Rspr des VfGH nicht als „Problem“ (wie im Vorblatt des Entwurfs bezeichnet), sondern als **Prüfungsmaßstab** und **Grenze**, welche den Gesetzgeber hindern, entgegen bzw darüber hinaus gehende Regelungen zu erlassen. **Generell** ist der Gesetzgeber zwar grundsätzlich frei zu entscheiden, welche Instrumente er – unter Berücksichtigung allfälliger erwünschter oder in Kauf genommener Nebenwirkungen – in der jeweils gegebenen Situation zur Zielerreichung geeignet erachtet und welches unter mehreren möglichen Mitteln er ausschließlich einsetzt. Allerdings darf der Gesetzgeber – um vor dem VfGH zu bestehen – bei der Bestimmung der einzusetzenden Mittel die ihm von Verfassungswegen gesetzten Schranken nicht überschreiten. Das ist insb dann der Fall, wenn er das sich aus dem Gleichheitsgebot ergebende Sachlichkeitsgebot verletzt, wenn er also bspw zur Zielerreichung völlig ungeeignete Mittel vorsieht oder wenn die vorgesehenen, an sich geeigneten Mittel zu einer sachlich nicht begründbaren Differenzierung führen.

Konkret überschreitet mE der Gesetzgeber mit § 76 a GewO-E die verfassungsrechtlichen Grenzen, weil unabhängig von der Motivation des Gesetzgebers eine **Genehmigungsfreistellung verbunden mit einer** – verfassungsrechtlich durch die Genehmigungspflicht legitimierte – **Betriebszeitengarantie** zu einem **unlösbaren Wertungswiderspruch** führt. Anders gewendet: Würde § 76 a GewO-E den geltenden § 112 Abs 3 GewO ersetzen, so würden jene Bedenken, die der VwGH in den Gesetzesprüfungsanträgen äußerte, wegen der Begründung, die der VfGH zur Abweisung dieser Anträge ausführte, voll durchschlagen. Das Erk des VfGH aus dem Jahr 1996 erweist sich insofern – wie Gruber treffend formuliert⁶⁾ – als Pyrrhussieg für Gastgewerbetreibende, der im Fall des § 76 a GewO-E zum Bumerang wird, weil der **ausjudizierte Grund** für die privilegierende Betriebszeitengarantie von Gastgärten deren **Genehmigungspflicht** ist und daher *conditio sine qua non* für die Garantie ist.

Wenn § 76 a GewO-E Gesetz werden würde, so käme wegen des Erk des VfGH aus dem Jahr 1996 auch der weitere vom VwGH erhobene Vorwurf der unverhältnismäßigen Benachteiligung der Nachbarn von Gastgärten mit Betriebszeitengarantie gem § 112 Abs 3 GewO 1994 (vormals: § 148 Abs 1 S 1 GewO 1994), den er damit begründete, dass der Gesetzgeber mit der (nicht differenzierenden) „Betriebsgarantie“ für Gastgärten selbst eine Gesundheitsgefährdung der Nachbarn in Kauf nehme, sodass die Regelung im Widerspruch zum **Bundesverfassungsgesetz über den umfassenden Umweltschutz**, BGBl

5) VfSlg 14.551/1996.

6) Gruber, Der Schanigarten – ein ewiges Problem? in: Gruber/Pallego-Barfuß, Gewerberecht (2008) 149 (159).

1984/491, stehe, zum Tragen. Denn auch diesen Vorwurf verwarf der VfGH deswegen, er sprach also aus, dass die Vorschrift des 148 Abs 1 S 1 GewO 1994 (nunmehr: § 112 Abs 3 GewO 1994) eine derartige Gesundheitsgefährdung der Nachbarn keineswegs zulasse, weil „der Umstand, dass für die unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 148 Abs 1 GewO 1994 betriebenen Gastgärten die gesetzliche Betriebszeit ohne individuelle Prüfung der durch die Lärmentwicklung vom betreffenden Gastgarten ausgehenden Gefährdungen und Belästigungen gilt, [...] nicht [genügt], die Annahme zu begründen, der Gesetzgeber hätte eine derartige Gesundheitsgefährdung bei Gastgärten im Sinne des § 148 Abs 1 erster Satz GewO 1994 in Kauf genommen. Auch der kraft § 148 Abs 1 erster Satz GewO 1994 bis 22 bzw 23 Uhr zu betreibende Gastgarten unterliegt, wie bereits dargetan, der Genehmigungspflicht nach § 74 GewO 1994 sowie den Genehmigungsvoraussetzungen nach § 77 GewO 1994, mag auch die gesetzliche Betriebszeit nicht (mehr) Gegenstand des Genehmigungsverfahrens sein. Vielmehr geht der Verfassungsgerichtshof davon aus, dass der Gesetzgeber angesichts der oben näher geschilderten Einschränkungen für den Gastgartenbetrieb nach § 148 Abs 1 erster Satz GewO 1994 einen sinnvollen Ausgleich zwischen den durch das BVG über den umfassenden Umweltschutz verfassungsrechtlich geschützten Interessen des durch die Lärmerregung von Gastgärten beeinträchtigten Personenkreises einerseits mit der ebenfalls verfassungsgesetzlich geschützten Erwerbsfreiheit der Gastgewerbetreibenden und den allgemeinen Interessen der Bevölkerung am Betrieb von Gastgärten andererseits [...] angestrebt hat.“

Dh, dass der Grund für die Bejahung des erforderlichen Interessenausgleichs zwischen Gastgewerbetreibenden und deren Gästen sowie Nachbarn durch den VfGH (und damit die Zerstreung der vom VwGH geäußerten Bedenken) iZm dem BVG über den umfassenden Umweltschutz **derselbe** ist wie jener iZm dem Gleichheitsgrundsatz: Da wie dort rechtfertigt der VfGH die Betriebszeitengarantie durch die **Genehmigungspflicht** von Gastgärten. Nur weil auch Gastgärten genehmigungspflichtig sind und damit das für die Wertung maßgebende **Ziel des Betriebsanlagenrechts** – das da heißt: Vermeidung bestimmter Beeinträchtigungen, die Betriebsanlagen auf die Umwelt ausüben⁷⁾ – durch Gastgärten als Betriebsanlagen nicht unterlaufen wird, ist mit dem VfGH die die Gastgärten privilegierende Betriebszeitengarantie unter den „Einschränkungen für den Gastgartenbetrieb“ gem § 112 Abs 3 GewO 1994 (vormals: § 148 Abs 1 GewO 1994) weder unsachlich noch unverhältnismäßig.

An der **Verfassungswidrigkeit** des § 76 a GewO-E ändert mE auch der Umstand nichts, dass die Genehmigungsfreistellung nur greifen soll, wenn die materiellen Voraussetzungen gem Z 1 bis 4 des § 76 a Abs 1 GewO-E vorliegen:

→ **Erstens** ändert die Vorlage dieser Voraussetzungen nichts daran, dass „keine Genehmigung erforderlich“ ist, um in den Genuss der Betriebszeitengarantie zu kommen – und dh, dass die materiellen Voraussetzungen nicht am Ob, sondern bloß am Wie des ge-

nehmigungsfreien Betriebs eines Gastgartens etwas ändern.

- **Zweitens** entsprechen Z 1 und 3 mehr oder weniger den Vorgaben für die Betriebszeitengarantie in § 112 Abs 3 GewO 1994 und erfahren insofern nur einen „Etikettenwechsel“, als sie nun im Betriebsanlagenrecht bzw als Ausnahme davon angeführt werden.
- **Drittens** ist die neue Z 2 in der Praxis als „Voraussetzung“ dahingehend zu relativieren, als dadurch der Mehrheit von Gastgärten die Genehmigungsfreiheit ermöglicht wird, was aus dem Blickwinkel der „Härtefall“-Judikatur ein Beleg dafür ist, dass § 76 a GewO-E ein gegen den Gleichheitssatz verstoßender Systemfehler immanent ist.
- **Viertens** darf bei lebensnaher Betrachtung nicht damit gerechnet werden, dass die in Z 4 geforderte Erwartungshaltung, die durch den Gastgartenbetreiber als Anzeigepflichtiger prima facie bestimmt wird, jenes Maß an Objektivität gewährleistet, dass im Fall eines Genehmigungsverfahrens bei der Beurteilung der Eignung einer Betriebsanlage zu Gefährdungen, Belästigungen etc iSd § 74 Abs 2 GewO 1994 angewendet wird.
- **Fünftens** schließlich sollte auch die Tragweite bzw Konsequenz des § 76 a GewO-E nicht außer Acht gelassen werden, weil dadurch praktisch „mit einem Schlag“ – gleich einer Generalamnestie – ein (auch) aufgrund des Ministerialerlasses „hausgemachtes“ Vollzugsdilemma⁸⁾ samt der derzeit – wegen nicht genehmigter und damit rechtswidriger Gastgärten – bestehenden Grauzone legalisiert wird, was im Lichte der bspw als Vergleich infrage kommenden strengen Rspr des VfGH zu Schwarzbauten mE nicht rechtfertigbar ist.

Als **Zwischenbilanz** ist festzuhalten, dass zwar die Rspr des VfGH und VwGH den Bereich nicht zu bestimmen vermag, in dem Nachbarn Immissionen von Gastgärten (noch) hinnehmen müssen; sie bestimmt aber durch die – insb durch den Lärm als Immission begründete – Genehmigungspflicht die verfassungsrechtliche **Grenze** dieses Bereichs. Daraus erhellt, dass

- „wirtschaftliche Gegebenheiten“, wie „die Zufriedenheit in- und ausländischer Gäste“ (Erläut – AT), **kein geeigneter Zweck** sind, um einen Anpassungsbedarf an „aktuelle Gegebenheiten“ durch § 76 a GewO-E zu rechtfertigen,
- sich daran – und damit an dem mit einem Hinnehmen solcher „Gegebenheiten“ zwangsläufig verbundenen Nachteil für die vom Lärm aus Gastgärten betroffenen Nachbarn – nichts ändert, wenn über Auflagen und Einschränkungen der Betriebszeit gem § 76 a Abs 8 GewO-E den Nachbarn im **Nachhinein** ein Schutz vor Auswirkungen aus Gastgärten in Aussicht gestellt wird, und
- die Bedeutung des vom VfGH erkannten **Ziels** eines „sinnvollen Ausgleichs“ der einander widerstreitenden Interessen zwischen Nachbarn und Gastgewerbetreibenden eine Betriebszeitengarantie von Gast-

7) Vgl zB Potacs, Gewerbliches Betriebsanlagenrecht, in: Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht II (2002) 369 (371 ff).

8) Vgl dazu Gruber, Schanigarten 160.

gärten nur im Rahmen der Genehmigungspflicht als sachlich und verhältnismäßig erscheinen lässt.

D. § 76 a GewO-E im Lichte der „Härtefall“-Judikatur

Aber nicht nur die durch die Rspr des VfGH und VwGH verfassungsrechtlich gebotene Sichtweise steht § 76 a GewO-E entgegen. Das § 76 a GewO-E grundgelegte System der Anzeigepflicht durch den Gastgartenbetreiber führt nicht bloß zufällig (in „Härtefällen“), sondern **gezielt** zur Benachteiligung von Nachbarn bzw deren Schutzinteressen. **Härtefälle** liegen bekanntlich dann nicht vor, wenn die Norm gerade auf einen Fall abzielt, der wie hier – weil Gastgärten mit maximal 100 Verabreichungsplätzen eher die Regel als die Ausnahme in Österreich sein dürften – noch dazu alles andere als äußerst selten eintritt. Dazu kommt, dass es bei den Härtefällen (auch) auf das Ausmaß der einzelnen Normadressaten zugemuteten Belastungen ankommt – und diese können in Bezug auf den Lärm für Nachbarn am Abend und in der Nacht gravierend sein, weshalb einer Durchschnittsbetrachtung, wie beim Gleichheitssatz an sich üblich, von vornherein der Boden entzogen ist.

Die unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes nach st Rspr des VfGH hinzunehmenden Härtefälle zeichnen sich teils durch ihr **seltene Vorkommen**, teils durch ein relativ **geringes Maß der Intensität** des für die Betroffenen im Verhältnis zu Anderen eintretenden Nachteils aus. Sie sind idR Folgen einer (zulässigen) Durchschnittsbetrachtung und zeichnen sich dadurch aus, dass der Gesetzgeber nicht in der Lage ist, alle Fallgestaltungen und daher auch nicht jene, die dann als Härtefall empfunden werden, vorherzusehen und bei seinen Regelungen im Voraus zu bedenken, mit anderen Worten, dass es sich nicht um vermeidbare Systemfehler handelt.⁹⁾

Offenbar ist auch an § 76 a GewO-E nicht spurlos, wenn auch im Ergebnis nicht erkennbar, die hinter dem „Problem“ der Judikaturentwicklung zutage tretende „*Unsicherheit über das Verhältnis zwischen Gastgartenregelung und gewerblichem Betriebsanlagenrecht*“ (Vorblatt des Entwurfs) vorbeigegangen. Anders ist nicht erklärbar, dass in den Erläut **versucht** wird, die Gleichheitsmäßigkeit der unterschiedlichen Regelung zwischen genehmigungspflichtigen und genehmigungsfreien Betriebsanlagen – also zwischen §§ 74 ff GewO und § 76 a GewO-E – damit zu rechtfertigen, 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, in diesem Sinne nach den landespo-*

lizeilichen Bestimmungen nicht sanktioniert und auch zivilrechtlich kaum unterbunden werden [können]“ und

→ „*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*“ (Erläut – BT zu § 76 a Abs 1 und 2).

Allerdings überzeugen diese Rechtfertigungsversuche nicht, weil sie schon vom Ansatz her verfehlt sind. Um überhaupt am Gleichheitssatz gemessen werden zu können, muss eine bestimmte **Korrelation** zwischen einem durch § 76 a GewO-E verfolgten rechtspolitischen Ziel und der daraus resultierenden Differenzierung (also dem Mittel) bestehen. Weil also die vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung keine derart gravierenden Benachteiligungen bewirken darf, die die Differenzierung in dieser konkreten Ausgestaltung als unverhältnismäßig erscheinen lassen, ist § 76 a GewO-E (mangels Erforderlichkeit einer Differenzierung von Gastgärten zu anderen Betriebsanlagen) **unverhältnismäßig**: Denn durch § 76 a GewO-E kann bei Gastgärten gar nicht das sonst gängige (typische) betriebsanlagenrechtliche Instrumentarium zur Erzielung der Genehmigungsfähigkeit der Anlage – seien es Auflagen iSd § 77 Abs 1 GewO 1994 oder Aufträge iSd § 359 b Abs 1 GewO 1994, soweit sie eben (auch) zum Schutz der in § 74 Abs 2 GewO 1994 wahrzunehmenden Interessen erforderlich sind – ausgeschöpft werden.

Dass im Übrigen Gastgärten quasi nur als **Einzelfälle** vom Gesetzgeber im Lichte des Gleichheitsgrundsatzes nicht zu berücksichtigen seien, sondern als Härtefälle in Kauf zu nehmen wären, wird nicht einmal in den Erläut zu § 76 a GewO-E behauptet und trifft wegen der stets auch Anlass von Anzeigen, Berufungen und Beschwerden offenkundigen Lärmentwicklung in Gastgärten auch **nicht** zu und hält zudem einem Vergleich mit anderen (genehmigungspflichtigen) Betriebsanlagen nicht stand. Wie der VfGH nämlich schon ausgesprochen hat,¹⁰⁾ erlaubt es der Gleichheitsgrundsatz, nur jene Fälle zu vernachlässigen, die sich als atypische, bloß ausnahmsweise Härtefälle erweisen. Eine solche Situation liegt aber hier nicht vor. Störende Immissionen, die iSd § 74 Abs 2 GewO 1994 das Leben und die Gesundheit der Nachbarn oder das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der Nachbarn gefährden bzw Nachbarn belästigen, sind vielmehr – wie auch Gruber¹¹⁾ aufzeigt – durchaus nicht nur in Ausnahmefällen vorkommende, teilweise sogar im „Gastgartenalltag“ (vgl Z 3 des § 76 a Abs 1 GewO-E – arg „*lauteres Sprechen*“) ausdrücklich anerkannte bzw der „*Zufriedenheit in- und ausländischer Gäste*“ geschuldete Zustände.

Sollte schließlich mit der versuchten Rechtfertigung die Sachlichkeit einer Abgrenzung dargetan werden, die auf die witterungsbedingte Üblichkeit und klimatisch bedingte Seltenheit an sich abstellt, so ist dem auf

9) Vgl zB VfSlg 12.783/1991 – Familienlastenausgleich, VfSlg 17.237/2004 – Exekutionsverfahren.

10) Vgl zB VfSlg 7012/1973, 8352/1978.

11) Gruber, Schanigarten 166.

dem Boden der Judikatur des VfGH gleichfalls entgegenzutreten: Es steht dem Gesetzgeber zwar im Rahmen des ihm eingeräumten rechtspolitischen Gestaltungsspielraums frei, Begünstigungen für einzelne Lebensbereiche vorzusehen; soweit er solche Begünstigungen einräumt, muss er sie jedoch von den nicht begünstigten Fällen **sachgerecht** abgrenzen.¹²⁾ Auch volkswirtschaftliche und fremdenverkehrspolitische Erwägungen sind in der Lage, eine derartige begünstigende Regelung sachlich zu rechtfertigen. Keinesfalls aber kann die sachliche Rechtfertigung für eine Begünstigung ausschließlich darin erblickt werden, dass sie im Ergebnis Fälle trifft, die häufiger eintreten als andere.¹³⁾ Es erweist sich somit die durch § 76 a GewO-E eintretende unterschiedliche betriebsanlagenrechtliche Behandlung von immissionsintensiven und damit gefährdungs- und belästigungsgerechten Gastgärten und anderen (genehmigungspflichtigen) Betriebsanlagen (teilen) mE als sachlich nicht gerechtfertigt.

E. Zusammenfassung

Auch wenn noch nicht aller Tage Abend ist, so dürfte § 76 a GewO-E ein vor- bzw frühzeitiges Ende beschie-

den sein. Dem gut gemeinten – denn nichts anderes darf unterstellt werden – Versuch des zum politischen Dauerbrenner insb in der „Saure-Gurkenzeit“ gewordenen Konflikts zwischen nachtschwärmerischen Gastgartenbetreibern und deren Gästen sowie deswegen schlaflosen Nachbarn ist allein deshalb eine „Abfuhr“ zu erteilen, weil er weder mit der speziellen Rspr des VfGH zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Gastgartenregelung noch mit der generellen Rspr des VfGH zu den nicht systemimmanenten Härtefällen vereinbar ist. § 76 a GewO-E scheidet zum einen an der Genehmigungspflicht, die verfassungsrechtlich geboten ist, wenn den Gastgärten die sie gegenüber anderen Betriebsanlagen privilegierende Betriebszeitgarantie zugute kommen soll; zum anderen an dem § 76 a GewO-E innewohnenden Systemfehler, weil dadurch von vornherein der Standardfall (sprich: die die Regel bildenden Gastgärten mit bis zu 100 Verabreichungsplätzen) zum Härtefall (sprich: die Genehmigungsfreistellung als Ausnahme von der Genehmigungspflicht) werden würde.

12) Vgl zB VfSlg 3822/1960, 4289/1962, 6071/1969.

13) Vgl zB VfSlg 8352/1978.

→ In Kürze

Der „letzte Schrei“ im Betriebsanlagenrecht heißt „Anzeigeverfahren“; dass ausgerechnet lärmintensive Gastgärten hiervon erfasst werden sollen, mag vielleicht rechtspolitisch opportun sein, aber verfassungsrechtlich nicht haltbar. Sowohl nach dem VfGH als auch nach dem VwGH setzt der Betrieb von Gastgärten – wegen der Beeinträchtigung von Nachbarn durch Lärm – eine Genehmigung bzw ein Genehmigungsverfahren voraus. Anders die geplante Nov zum GewO; die auf das gesamte Jahr erstreckte Betriebszeitgarantie soll nunmehr „lästigen“ Einsprüchen von Nachbarn von vornherein entzogen werden.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Univ.-Doz. Dr. Martin Kind ist Mitarbeiter des Lebensministeriums und der Kanzlei Lansky, Ganzger + partner in Wien. Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder. Kontaktadresse: Lansky, Ganzger + partner, Rotenturmstraße 29/9, 1010 Wien.

Tel: (01) 533 33 30
Fax: (01) 532 84 83
E-Mail: kind@lansky.at
Internet: www.lansky.at

Vom selben Autor erschienen:

Lärmrecht (1999); Wenn Nachbarn nerven ... (2009).

→ Literatur-Tipp



Gruber/Pallege-Barfuß, Die Gewerbeordnung, mit 9. Ergänzungslieferung. Stand: 1. 4. 2010

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100,
Fax: (01) 531 61-455,
E-Mail: bestellen@manz.at
Besuchen Sie unseren Webshop unter
www.manz.at

