

Abhandlung

Franz Merli

Unzumutbare Gesetzgebung: Die neue Gastgartenregelung der Gewerbeordnung

Online publiziert: 8. Oktober 2011
© Springer-Verlag 2011

- I. Einführung
- II. Die Änderungen durch die Neuregelung
- III. Verfassungsrechtliche Beurteilung
 - A. Die Freistellung von der Genehmigungspflicht und ihre Folgen
 1. Die Sachlichkeit der Typisierung: Der „§ 76a-Gastgarten“ als harmlose Betriebsanlage
 2. Härtefälle
 3. Ausgleichsmechanismen
 4. Interessenabwägung
 - B. Der Wegfall auch des nachträglichen Schutzes vor unzumutbaren Belästigungen
 - C. Weitere Verfassungsprobleme
 - D. Verfassungskonforme Interpretation?
- IV. Ergebnis

Zusammenfassung: Nach dem neuen § 76a GewO müssen bestimmte (durch Betriebsweise, Gästezahl und Öffnungszeiten definierte) Gastgärten vor Betriebsaufnahme nicht mehr genehmigt, sondern nur mehr angezeigt werden. Lärmbelastungen der Nachbarn spielen im Anzeigeverfahren keine Rolle, sondern können, allerdings nur bei Gesundheitsgefährdungen, zu nachträglichen Auflagen führen. Diese Regelung ist gleichheitswidrig, ua weil sie den Kreis genehmigungsfreier Gastgärten viel zu weit zieht, den Nachbarn unzumutbare Belästigungen zumutet und ohne ausreichende sachliche Rechtfertigung vom allgemeinen Betriebsanlagenstandard abweicht.

Dieser Beitrag beruht auf einem Gutachten, das ich für eine Grazer Bürgerinitiative erstellt habe. Für technische Hinweise danke ich Herrn Ing. Dieter Blaschon vom Amt der Steiermärkischen Landesregierung, für juristische Anregungen Magdalena Pöschl.

Deskriptoren: Anlage, behördlich genehmigte · Anzeigepflicht · Anzeigeverfahren · Auflagen, nachträgliche · Belästigung, unzumutbare · Betriebsanlage, gewerbliche · Betriebszeiten · Gastgärten · Gastgewerbe · Genehmigungspflicht · Gesundheitsgefährdung · Gleichheit · Härtefall · Lärm · Nachbarn · Parteistellung · Pauschalierung · Rechtfertigung, sachliche · Rechtsschutz, effektiver · Typisierung · Unterlassungsanspruch · Verordnung

Rechtsquellen: §§ 76a, 79, 79a, 112 Abs 3 GewO · § 92 Abs 1 ASchG · § 8 AVG · §§ 364, 364a ABGB · Art 7 B-VG · Art 6, 8, 13 EMRK · Art 1 1.ZPEMRK · § 1 BVG über den umfassenden Umweltschutz

I. Einführung

Mit Bundesgesetz vom 9. Juli 2010¹ wurde ua die Gastgartenregelung der Gewerbeordnung (GewO) geändert. Die in § 76a enthaltene Neuregelung enthält folgende zentrale Elemente:

- Gastgärten, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, bedürfen keiner Betriebsanlagenebene-genehmigung.

¹ BGBl I 66/2010, in Kraft getreten gem Z 16 am 19.8.2010. Dazu Kind, Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Novelle der Gastgartenregelung, RdU 2010, 112; Hanusch, Kommentar zur Gewerbeordnung (LoseblattSlg, 16. Lfg 2010) § 76a; Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO³ (2011) § 76a; Gruber/Paliego-Barfuß (Hrsg), Die Gewerbeordnung⁷ (190. Ergänzungsifg 2011) § 76a.

- Gastgärten erfüllen die geforderten Voraussetzungen, wenn
 1. sie ausschließlich der Verabreichung von Speisen und dem Ausschank von Getränken dienen,
 2. sie über nicht mehr als 75 Verabreichungsplätze verfügen,
 3. in ihnen lauterer Sprechen als der übliche Gesprächston der Gäste, Singen und Musizieren vom Gastgewerbetreibenden untersagt ist und auf dieses Verbot hinweisende Anschläge dauerhaft und von allen Zugängen zum Gastgarten deutlich erkennbar angebracht sind, und
 4. auf Grund der geplanten Ausführung zu erwarten ist, dass die gemäß § 74 Abs 2 wahrzunehmenden Interessen hinreichend geschützt sind und Belastungen der Umwelt (§ 69a) vermieden werden; eine Gesundheitsgefährdung oder unzumutbare Belästigung durch Lärm ist jedenfalls nicht zu erwarten, wenn die [...] in Z 1 bis Z 3 genannten Voraussetzungen erfüllt sind; eine wesentliche Beeinträchtigung des Verkehrs im Sinne des § 74 Abs 2 Z 4 ist jedenfalls nicht zu erwarten, wenn der Gastgarten gemäß § 82 Straßenverkehrsordnung 1960– StVO 1960, BGBl. Nr. 159/1960, in der jeweils geltenden Fassung, bewilligt ist.
- Diese Regelung gilt für den Betrieb von (neuen und bestehenden) Gastgärten auf öffentlichem Grund oder an öffentlichen Verkehrsflächen von 8 bis 23 Uhr und für den Betrieb von (neuen und bestehenden) Gastgärten in anderer Lage von 9 bis 22 Uhr. Die Gemeinde kann mit Verordnung abweichende Zeiten festlegen. Gastgärten, die (auch) außerhalb dieser gesetzlich oder mit Verordnung festgelegten Zeiten betrieben werden sollen, unterliegen der Genehmigungspflicht nach den allgemeinen Vorschriften.
- Der Betrieb dieser Gastgärten ist der Behörde vorher anzuzeigen, darf aber dann sogleich aufgenommen werden. Die Behörde hat bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen längstens binnen drei Monaten einen Untersagungsbescheid zu erlassen.
- Bei wiederholter Nichteinhaltung der Bedingungen der Genehmigungsfreiheit hat die Behörde zunächst eine Verfahrensordnung zu erlassen und bei Erfolglosigkeit die Schließung des Gastgartens zu verfügen.

- Für den Betrieb genehmigungsfreier Gastgärten können nach den Bestimmungen der §§ 79 und 79a GewO nachträgliche Auflagen und Einschränkungen der Betriebszeiten erlassen werden, zugunsten von Nachbarn aber nur zum Schutz des Lebens und der Gesundheit.

Diese Neuregelung wirft eine ganze Reihe von Interpretationsfragen auf. Vor allem aber steht ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit in Frage.

II. Die Änderungen durch die Neuregelung

Bisher waren Gastgärten wie andere Betriebsanlagen nach den allgemeinen Kriterien des § 74 Abs 2 GewO genehmigungspflichtig, weil sie abstrakt geeignet sind, (va) die Nachbarn durch Lärm unzumutbar zu belästigen, allenfalls sogar ihre Gesundheit zu beeinträchtigen. In der Folge mussten diese Gefahren im Genehmigungsverfahren konkret und individuell behandelt und durch Auflagen oder Untersagung vermieden werden.

1992 wurden für die Ausübung des Gastgewerbes in Gastgärten allerdings Sonderregelungen in Form einer sogenannten „Betriebszeitengarantie“ eingeführt.² Demnach durften Gastgärten, die sich auf öffentlichem Grund befanden oder an öffentliche Verkehrsflächen angrenzten, jedenfalls von 8 bis 22 Uhr, vom 15. Juni bis einschließlich 15. September bis 23 Uhr, betrieben werden, wenn sie ausschließlich der Verabreichung von Speisen und dem Ausschank von Getränken dienten, lautes Sprechen, Singen und Musizieren in ihnen vom Gastgewerbetreibenden untersagt war und auf dieses Verbot hinweisende Anschläge dauerhaft und von allen Zugängen zum Gastgarten deutlich erkennbar angebracht waren. Die Regelung wurde in der Folge mehrfach modifiziert, aber im Kern beibehalten. Was daraus folgte, war umstritten,³ doch die

² § 153, dann § 148, dann § 112 Abs 3 GewO aF. Dazu und zur weiteren Entwicklung ausführlich *Kind*, Öffnungszeiten für Schanigärten – „Des einen Freud, des anderen Leid“, UVS Aktuell 2007/1, 4 (5 ff) [weitgehend identisch mit *Kind*, Betriebszeitengarantie für Gastgärten rechtskonform?, RdU 2007, 82 (83 ff)]; *Gruber*, Der Schanigarten – ein ewiges Problem?, in: Gruber/Pallege-Barfuß (Hrsg), Gewerberecht. Jahrbuch 2008 (2008) 149 (151 ff).

³ Vgl die in FN 2 genannte Lit und zB *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO² (2003) § 112 Rz 13 ff; *Triendl*, Kann ein auf § 112 Abs 3 GewO 1994 gestützter Antrag auf Genehmigung eines Gastgartens in Bezug auf die Emissionsquelle Lärm abgewiesen werden?, UVS aktuell 2007, 4.

Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts entschieden schließlich, dass diese Regelung zwar die Beschränkung der Betriebszeiten durch Auflagen im Genehmigungsbescheid verbot, aber nichts an der Genehmigungspflicht und auch nichts daran änderte, dass die Genehmigung zu versagen war, wenn Beeinträchtigungen der Schutzinteressen des § 74 Abs 2 GewO, va unzumutbare Belästigungen und Gesundheitsbeeinträchtigungen der Nachbarn, durch (andere) Auflagen nicht vermieden werden konnten.⁴ Als „Garantie“ funktionierte die Vorschrift also nicht, und das war, wie die EB zur RV ausführen, der Grund für die Neuregelung:

Diese [di die neue – F.M.] 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. 2007/04/0100) 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.⁵

Die neue, von § 74 abweichende Regelung des § 76a Abs 1–4 GewO beseitigt daher ausdrücklich die Genehmigungspflicht und ersetzt sie durch eine Anzeigepflicht. Das Anzeigeverfahren unterscheidet sich vom Genehmigungsverfahren in mehreren Punkten.

Während andere Betriebsanlagen erst nach Erteilung⁶ einer Genehmigung betrieben werden können, dürfen Gastgärten der genannten Art nun schon auf der Grundlage einer bloßen Anzeige betrieben werden, wenn sie die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen: „Der Betrieb des Gastgartens darf bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Abs 1 bzw. Abs 2 aufgenommen werden.“⁷ Ob dies zutrifft, hat der Betreiber zunächst selbst zu beurteilen.

Statt einer Prüfung aller Auswirkungen des Gastgartens auf die Schutzinteressen des § 74 Abs 2 GewO, wie sie § 77 GewO für das Genehmigungsverfahren vorsieht, verlangt § 76a Abs 4 nur die Prüfung der Anzeige im Hinblick auf die Voraussetzungen des § 76a Abs 1 bzw. Abs 2. Das ist deutlich weniger. Relevant im Anzeigeverfahren sind damit nämlich nur die Lage des Gastgartens (auf öffentlichem Grund oder an öffentliche Verkehrsflächen oder anderswo), die geplanten Betriebszeiten (innerhalb von 8–23 bzw. 9–22 Uhr), die ausschließliche Bestimmung zur Verabreichung von Speisen und zum Ausschank von Getränken, die Zahl der Verabreichungsplätze (nicht mehr als 75) und ein Verbot von unüblich lautem Sprechen und Musik. Insofern geht es um aus der Anzeige erkennbare Eigenschaften des Betriebs, die Auswirkungen auf seine Emissionen haben (können), nicht aber um die Auswirkungen selbst. Die meisten Gastgärten in Österreich dürften diese Voraussetzungen erfüllen oder könnten es jedenfalls.

Allerdings gehört zu den relevanten gesetzlichen Voraussetzungen des § 76a Abs 1 Z 4 auch

⁵ 780 BlgNR XXIV. GP 3.

⁶ Die Genehmigung muss idR aber noch nicht rechtskräftig sein: § 78 Abs 1 GewO.

⁷ RV (FN 5) 9.

⁴ VfSlg 14.551/1996; VwGH 8.10.1996, 96/04/0175; 27.5.1997, 96/04/0214; 27.6.2007, 2007/04/0111.

die Erwartung, „dass die gemäß § 74 Abs 2 wahrzunehmenden Interessen hinreichend geschützt sind und Belastungen der Umwelt (§ 69a) vermieden werden“. Diese Formulierung entspricht jener des § 359b Abs 2 und ähnelt der Formulierung des § 359b Abs 1 Z 2 GewO jeweils zu den Voraussetzungen für ein vereinfachtes Genehmigungsverfahren. Die RV hält dazu fest:

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 zB grobe Stolpergefahren, Blendungen der Nachbarn, Verstellen von Notausgängen odgl. vermieden werden.⁸

Gefahren für die Schutzgüter des § 74 Abs 2 spielen also auch im Anzeigeverfahren eine Rolle, doch gilt das mit bestimmten Einschränkungen, die sich von den Regelungen des § 359b unterscheiden und ganz wesentliche Bedeutung haben: Nach § 76a Abs 1 Z 4 sind wesentliche Verkehrsbeeinträchtigungen nicht zu erwarten, wenn der Gastgarten nach § 82 StVO bewilligt wurde (offensichtlich weil diese Frage dann schon dort beantwortet wurde); und – was für Gastgärten besonders wichtig ist – „eine Gesundheitsgefährdung oder unzumutbare Belästigung durch Lärm ist jedenfalls nicht zu erwarten, wenn die im Einleitungssatz und in Z 1 bis Z 3 genannten Voraussetzungen erfüllt sind“.

Hanusch hält dies für eine widerlegbare gesetzliche Vermutung, „weil es nicht möglich ist, die Behörde zu zwingen, einen Gastgarten zu genehmigen, bei dem eine Verletzung der Schutzinteressen zu befürchten wäre“.⁹ Abgesehen davon, dass es nicht um die Erteilung einer Genehmigung geht, ist dies natürlich ein gewichtiges Argument. Das Wort „jedenfalls“ im Gesetzestext, die Absicht der Gesetzgebung und der normative Kontext sprechen jedoch eindeutig für eine unwiderlegliche Vermutung: „Im Hinblick auf die zeitlichen und betrieblichen Voraussetzungen ist davon auszugehen, dass Gesundheitsbeeinträchtigungen oder unzumutbare Belästigungen hintangehalten werden“;¹⁰ ihnen „wird durch die Voraussetzungen des Abs 1 Z 1 bis Z 3 vor-

gebeugt“¹¹. Der ausreichende Schutz der Güter des § 74 Abs 2 ist „auf Grund der geplanten Ausführung“ zu beurteilen: „Aus [der vom Betreiber zu erstattenden, F.M.] Anzeige soll der Behörde erkennbar sein, ob der Gastgarten entsprechend den Voraussetzungen des § 76a betrieben werden soll“.¹² Eigene Untersuchungen der Behörde und eine selbständige Beurteilung nach Z 4 sind daher gerade nicht vorgesehen. Sie würden auch den Zweck der Neuregelung vereiteln, eine diesmal tatsächliche funktionierende „Garantie des Betriebes“¹³ und „Rechtssicherheit für die Planung von Gastgärten“¹⁴ zu schaffen sowie „aufwändige Verwaltungsverfahren entfallen“¹⁵ und eine Entscheidung längstens in drei Monaten, aber nur bei Untersagung in Bescheidform ergehen zu lassen. Die Unwiderleglichkeit der Vermutung passt schließlich auch zur Beschränkung des nachträglichen Rechtsschutzes¹⁶ und liegt daher der folgenden Erörterung zugrunde:¹⁷ Eine Prüfung der Auswirkungen des Gastgartenlärms ist also ausgeschlossen, wenn die allgemeinen Bedingungen eines „§ 76a-Gastgartens“ (Lage, Betriebszeiten, Beschränkung auf die Verabreichung von Speis und Trank, Anzahl der Plätze, Verbot von Musik und unüblich lautem Sprechen) erfüllt sind, und auch allfällige Gutachten mit gegenteiligem Ergebnis können die gesetzliche Vermutung nicht erschüttern.

Während die Behörde im Genehmigungsverfahren Auflagen zugunsten der geschützten gegenläufigen Interessen erlassen kann, kann sie im Anzeigeverfahren bei Nichterfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen ausschließlich die Untersagung des Betriebs verfügen, und der Betreiber müsste dann, wenn er das Projekt weiterverfolgen will, einen Antrag auf Genehmigung stellen. Da Gesundheitsgefährdungen oder unzumutbare Belästigung durch Lärm unabhängig von den konkreten Umständen nicht erwartet werden dürfen, ist eine Untersagung aus diesem Grund aber unzulässig.

Das Genehmigungsverfahren endet jedenfalls, das Anzeigeverfahren dagegen gem § 76a Abs 4 nur bei Untersagung, mit einem Bescheid. Entspricht der Gastgarten den gesetzlichen Voraussetzungen, muss die Behörde keinen Bescheid

⁸ RV (FN 5) 9.

⁹ *Hanusch* (FN 1) Rz 5 FN 19. Wie hier dagegen *Grabler/Stolzlechner/Wendl* (FN 1) Rz 11: „Fiktion“.

¹⁰ RV (FN 5) 10 (Hervorhebung nicht im Original).

¹¹ RV (FN 5) 9.

¹² RV (FN 5) 9.

¹³ RV (FN 5) 5.

¹⁴ RV (FN 4) 2.

¹⁵ RV (FN 4) 2.

¹⁶ Dazu unten bei und in FN 27.

¹⁷ Zur gegenteilige Interpretation s aber Punkt III.D.

erlassen, sondern kann einfach drei Monate lang nichts tun: „Eine bescheidmäßige Kenntnissnahme der Anzeige im Sinne des § 81 Abs 3 in Verbindung mit § 345 Abs 6 GewO 1994 ist nicht vorgesehen, die Anzeige bildet demnach auch keinen Bestandteil des Genehmigungsbescheides.“¹⁸ Nach Verstreichen der Dreimonatsfrist „ist eine behördliche Untersagung des Betriebes des Gastgartens nicht zulässig; gegebenenfalls kommen Maßnahmen gemäß Abs 5 oder Abs 8 in Betracht.“¹⁹

Anders als im Genehmigungsverfahren ist im Anzeigeverfahren unklar, ob die Nachbarn Parteistellung haben. Ausdrückliche Regelung findet sich dazu keine. Nach den allgemeinen Kriterien des § 8 AVG wäre eine Parteistellung zu bejahen, weil die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen (auch und vor allem) dem Schutz der Nachbarn dienen, wird doch, wie erwähnt, „Gesundheitsgefährdungen und unzumutbaren Belästigungen durch Lärm durch die die Voraussetzungen des Abs 1 Z 1 bis Z 3 vorgebeugt“.²⁰ Doch würde die Einbeziehung der Nachbarn dem Charakter eines Anzeigeverfahrens und dem Vereinfachungszweck der Regelung widersprechen: Ua wäre die Dreimonatsfrist schwer einzuhalten, und die Behörde müsste dann immer einen Bescheid erlassen. Aus diesem Grund kann die Parteistellung als implizit ausgeschlossen betrachtet werden.²¹ In den am ehesten vergleichbaren Fällen, in denen es ebenfalls um die Prüfung der Voraussetzung für eine Sonderbehandlung von Anlagen geht, wurde insoweit die Parteistellung der Nachbarn von der Rechtsprechung einmal abgelehnt (bei anzeigepflichtigen Änderungen von Betriebsanlagen nach

§ 81 Abs 3 GewO²²) und ein andermal aus verfassungsrechtlichen Gründen bejaht (beim vereinfachten Genehmigungsverfahren nach § 359b GewO²³). Doch mag auch die Parteistellung als solche unklar sein, so ist doch klar, dass sie, wenn sie besteht, jedenfalls nicht weit reichen kann. Die Nachbarn könnten nur die – nach den Antragsunterlagen zu beurteilende – Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzung für die Genehmigungsfreistellung geltend machen, nicht aber die Hintanhaltung von unzumutbaren Belästigungen und Gesundheitsbeeinträchtigungen durch Lärm, weil diese wegen der gesetzlichen Vermutung kein Verfahrensgegenstand ist.

Anders als das mit einer Genehmigung erworbene Recht zum Betrieb einer Anlage erlischt das mit Anzeige erworbene Recht zum Betrieb eines „§ 76a-Gastgartens“ nicht nach fünf Jahren, da § 80 GewO auf ihn nicht anwendbar ist. „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.“²⁴

Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass „§ 76a-Gastgärten“ ohne Genehmigung und ohne Rücksicht auf allfällige Lärmbeeinträchtigungen der Nachbarn in Betrieb genommen werden dürfen. Das Recht dazu wird mit der Anzeige erworben. Das kann auch „auf Vorrat“ geschehen.

Der auf diese Weise „garantierte“ Betrieb des Gastgartens dauert von 8 bis 23 Uhr, wenn der Gastgarten auf öffentlichem Grund liegt oder an öffentliche Verkehrsflächen angrenzt, sonst von 9 bis 22 Uhr. Diese Zeiträume können allerdings von der Gemeinde mit Verordnung nach § 76a Abs 9 GewO modifiziert werden. Als „beispielhaft“ angeführte gesetzliche Determinanten fungieren die Flächenwidmung, die Verbauungsdichte, die Bedachtnahme auf umliegende öffentliche Einrichtungen wie Krankenhäuser, Altersheime, Bahnhöfe, Theater, Sportplätze und

¹⁸ RV (FN 5) 9. Mit Genehmigungsbescheid kann in diesem Kontext nur der für den (durch den Gastgarten ergänzten) Gastgewerbebetrieb in einem Gebäude gemeint sein.

¹⁹ RV (FN 5) 9. Diese Maßnahmen sind die Schließung des Betriebs und die Verhängung nachträglicher Auflagen.

²⁰ RV (FN 5) 9.

²¹ So im Ergebnis *Hanusch* (FN 1); *Grabler/Stolzlechner/Wendl* (FN 1) Rz 21. Zu einer vergleichbaren Argumentation im Hinblick auf eine frühere Fassung des § 359b GewO VfSlg 16.103/2001: „Der Gerichtshof bezweifelt nicht, daß nach dem Konzept des § 359b Abs 1 GewO 1994 bei Vorliegen der Voraussetzungen für ein vereinfachtes Betriebsanlagengenehmigungsverfahren den Nachbarn keine Parteistellung, sondern prinzipiell nur Anhörungsrechte zukommen sollen (die erwähnte Ergänzung des Abs 1 durch die Novelle BGBl. I 88/2000 hat dies nunmehr ausdrücklich klargestellt). Andernfalls wäre in der Tat die mit dieser Variante des Genehmigungsverfahrens intendierte Verfahrensbeschleunigung von vornherein nicht zu erreichen.“

²² VwGH 22.3.2000, 2000/04/0062, allerdings unter Verweis auf die (für Folgeverfahren als taxativ gedeutete) Regelung des § 356 Abs 3 GewO, die für das Gastgartenanzeigungsverfahren nicht einschlägig ist.

²³ VfSlg 16.103/2001; 16.259/2001 (dort trotz einer auf den ersten Blick gegenteiligen gesetzlichen Anordnung); VwGH 29.5.2002, 2002/04/0050. Hier fällt die Einbeziehung der Nachbarn wegen ihrer ohnehin vorgesehenen Anhörung leichter als in einem Anzeigeverfahren, das in drei Monaten enden soll.

²⁴ RV (FN 5) 9.

Parks, Bedürfnisse der ortsansässigen Bevölkerung und des Tourismus, auch „die zukünftige Tourismusplanung („Erwartungshaltungen“) von Gemeinden“²⁵. Die Gründe für eine Modifikation lassen erkennen, dass es um Verlängerungen (zB für den Tourismus, für den „ausdrücklich auch Zeiten bis 24 Uhr rechtfertigbar“²⁶ sein sollen) wie um Verkürzungen (etwa aus Rücksicht auf ein Krankenhaus oder das Ruhebedürfnis der ortsansässigen Bevölkerung) gehen kann und dass die „Gebiete“, für die die Modifikationen gedacht sind, regelmäßig kleiner als das gesamte Gemeindegebiet sein werden. Für die Nachbarn eines „§ 76a-Gastgartens“ kann eine Verordnung also je nach Umgebung und Interessenabwägung eine Verschlimmerung oder eine Verbesserung der mit bloßer Anzeige zulässigen Lärmbelastung mit sich bringen.

Nach Aufnahme des Betriebs (und Verstreichen der Dreimonatsfrist) unterliegen „§ 76a-Gastgärten“ der behördlichen Kontrolle nach § 76a Abs 5 und 8. Abs 5 sieht die Schließung des Gastgartens vor, wenn „die in Abs 1 oder Abs 2 angeführten Voraussetzungen wiederholt nicht eingehalten werden“ und eine Verfahrensordnung zur Herstellung des gesetzlichen Zustandes erfolglos bleibt. Die Voraussetzungen des Abs 1 oder Abs 2 sind dieselben wie jene für die Nichtuntersagung im Anzeigeverfahren: Es geht also um die Lage (die sich zB durch die Verlegung von öffentlichen Straßen ändern könnte), die Betriebszeiten, die Beschränkung auf die Verabreichung von Speis und Trank, die Höchstzahl an Plätzen und das Verbot von unüblich lautem Sprechen und Musik. Es geht aber nicht um den Lärm, den der Betrieb unter Einhaltung dieser Bedingungen verursacht, denn nach wie vor gilt hier (wegen des Verweises von Abs 5 auf Abs 1) die gesetzliche Vermutung des Abs 1 Z 4, dass eine Gesundheitsgefährdung oder eine unzumutbare Belästigung nicht zu erwarten ist. Zur Schließung des Betriebs kann es daher kommen, wenn im Gastgarten wiederholt unüblich laut gesprochen oder musiziert wird, nicht dagegen, wenn im konkreten Fall trotz Einhaltung der gesetzlichen Bedingungen unzumutbare Belästigungen oder Gesundheitsgefährdungen nachgewiesen werden.²⁷

²⁵ RV (FN 5) 10.

²⁶ RV (FN 5) 10.

²⁷ Ginge man dagegen von der Widerlegbarkeit der gesetzlichen Vermutung aus, könnte eine Schließung auch wegen Enttäuschung der gesetzlichen Erwartungshaltung verfügt werden. Das würde zum einen die Dreimonatsfrist für die Untersagung hinfällig machen und zum anderen

Diese Situation ist vielmehr Gegenstand der Regelung des Abs 8. Sie erstreckt den Anwendungsbereich der §§ 79 und 79a GewO, die an sich nur für genehmigte Anlagen gelten, auf angezeigte „76a-Gastgärten“. Die Behörde hat nachträglich (und hier erstmals) Auflagen und „Einschränkungen der Betriebszeit“ zu erlassen, wenn die Interessen gem § 74 Abs 2 nicht ausreichend geschützt sind. „Einschränkungen der Betriebszeit“ können auch verfügt werden, wenn sie einen Eingriff in das Wesen der Betriebsanlage mit sich bringen; ein Sanierungsverfahren muss nicht geführt werden.²⁸ Auflagen und Einschränkungen der Betriebszeit zugunsten von Nachbarn – auch von solchen, die nicht erst nachträglich zuziehen – sind allerdings „nur soweit vorzuschreiben [...], als diese zur Vermeidung einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit dieser Personen notwendig sind“. Sie sind daher unzulässig, wenn sie nur der Verhinderung (weiterer) unzumutbarer Belästigungen der Nachbarn dienen. Damit erweist sich die gesetzliche Vermutung, „§ 76a-Gastgärten“ würden Nachbarn nicht beeinträchtigen, für unzumutbare Belästigungen auch nach Betriebsaufnahme als unwiderlegbar. Für Gesundheitsbeeinträchtigungen kann sie dagegen widerlegt werden, aber eben erst nach Betriebsaufnahme.

Im Ergebnis bedeutet das, dass Nachbarn von „§ 76a-Gastgärten“, anders als Nachbarn anderer Betriebsanlagen, gegen unzumutbare Belästigungen gar keinen und gegen Gesundheitsbeeinträchtigungen nur nachträglichen gewerbebehördlichen Schutz genießen.

Bevor diese Rechtslage verfassungsrechtlich beurteilt werden kann, ist noch ein Blick auf das private Nachbarrecht erforderlich. Nach § 364 Abs 2 ABGB kann der Eigentümer eines Grundstücks dem Nachbarn ua Geräuschimmissionen „insoweit untersagen, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen“. Der Unterlassungsanspruch ist gem § 364a ABGB jedoch gegenüber „behördlich genehmigten Anlagen“ ausgeschlossen. „Behördlich genehmigt“ bedeutet in diesem Zusammenhang nach ganz überwiegender Auffassung, dass die Anlage in einem individuellen Verwaltungsverfahren genehmigt wurde, in dem die Immissionsbelas-

zu einer unklaren Überlappung des Anwendungsbereiches von Abs 5 und Abs 8 führen. Dies sind weitere Argumente für die Unwiderlegbarkeit der Vermutung.

²⁸ RV (FN 5) 10.

tung Gegenstand war und die Nachbarn Parteistellung hatten, denn nur so ist das von Art 6 EMRK verlangte faire Verfahren für Beschränkungen von nachbarlichen Eigentumsrechten gewährleistet.²⁹ Der OGH hat diese Auslegung in einer jüngeren Entscheidung³⁰ wieder in Frage gestellt, doch schließlich in einer Grundsatzentscheidung aus 2010 bestätigt und präzisiert. Ausgehend vom „Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung“ seien auch die Bestimmungen der §§ 364 und 364a ABGB in Verbindung mit den einschlägigen Verwaltungsbestimmungen zu interpretieren:

Wenn der Gesetzgeber ein allgemeines Recht (§ 364 ABGB) ausformt und im Rahmen von Verfahren nach individualisierten Kriterien (§ 364a iVm Verwaltungsverfahren) Eingriffe zulässt, so bedarf dies zufolge Art 6 EMRK der Möglichkeit der Überprüfung und Beteiligung an diesen Verfahren durch die betroffenen Inhaber der Rechte. Das öffentliche Interesse am Umweltschutz und die privaten Rechte der Anrainer (§ 364 ABGB) stellen unterscheidbare Aspekte dar. Die Prüfung dieser Aspekte kann gemeinsam in einem (Verwaltungs-) Verfahren erfolgen, oder getrennt in verschiedenen Verfahren (Gericht und Verwaltungsbehörde).

Ob in die privaten Rechte nach § 364 ABGB tatsächlich eingegriffen werden soll, kann nur aus der gemeinsamen Interpretation der verwaltungsrechtlichen Bestimmungen iVm § 364a ABGB abgeleitet werden. Ob in diesem Verwaltungsverfahren nur die öffentlich-rechtlichen Interessen beurteilt werden sollen oder auch die privaten Rechte der Anrainer, ergibt sich daraus, ob diese in dem Verwaltungsverfahren Parteistellung (§ 8 AVG) haben. Nur im letzteren Fall ist davon auszugehen, dass es sich auch um eine „genehmigte Anlage“ aufgrund einer „behördlichen Verhandlung“ im Sinne der für den Individualrechtsschutz maßgebli-

chen Bestimmung des § 364a ABGB handelt. Andernfalls bleibt es – jedenfalls wenn keine Betriebspflicht besteht, die diese Beeinträchtigungen zwingend bedingt – bei der Prüfung der „Ortsüblichkeit“ nach § 364 ABGB und der Möglichkeit der Untersagung.³¹

Nach diesen Kriterien ist ein „§ 76a-Gastgarten“ keine behördlich genehmigte Anlage: Er wird nicht genehmigt, sondern nur angezeigt und behördlich bloß nicht untersagt; die relevanten Lärmimmissionen sind nicht Gegenstand des Verfahrens und können weder zu Auflagen noch zu einer Untersagung führen; und die Parteistellung von Nachbarn erstreckt sich, wenn sie überhaupt existiert, nicht auf konkrete Lärmbelastungen.

Stellt man allerdings nicht auf einzelne Elemente des Genehmigungsverfahrens, sondern auf den Grundgedanken des OGH ab, wonach der zivilrechtliche Unterlassungsanspruch dann entfallen soll, wenn die Rechte der Nachbarn auf öffentlich-rechtlicher Ebene abschließend behandelt wurden, erscheint auch die gegenteilige Auffassung nicht ganz ausgeschlossen: Ein angezeigter und nicht untersagter „§ 76a-Gastgarten“ könnte als behördlich genehmigte Anlage betrachtet werden, wenn und weil bereits die Gesetzgebung selbst eine abschließende Abwägung von Betreiberinteressen, öffentlichen Belangen und Lärmschutz der Nachbarn getroffen, die betroffenen Gastgärten also im Hinblick auf Lärm durch die unwiderlegliche Vermutung nicht nur bewilligungsfrei gestellt, sondern eben generell „genehmigt“ hat und dem vom OGH genannten „Verfahren nach individualisierten Kriterien“ nur mehr die Prüfung überlassen wollte, ob der konkrete Gastgarten zu den schon gesetzlich „genehmigten“ gehört.³² Dafür spricht jedenfalls, dass das Ziel, Rechtssicherheit für Gastgartenbetreiber zu schaffen, beeinträchtigt und das Mittel, keine Einwendungen unzumutbarer Belästigungen zuzulassen, wirkungslos wäre, wenn die ordentlichen Gerichte Untersagungen wegen ortsunüblicher erheblicher Beeinträchtigungen verfügen könnten.

²⁹ ZB Oberhammer, in: Schwimann (Hrsg), ABGB Praxis-kommentar³ II (2006) § 364a Rz 3; Kerschner, Zivilrechtliche Ansprüche und Einwendungen der Nachbarn, in: Stolzlechner/Wendl/Bergthaler (Hrsg), Die gewerbliche Betriebsanlage³ (2008) 231 (Rz 276); beide mwN. Auch nach § 359b GewO vereinfacht genehmigte Anlagen sind daher keine „behördlich genehmigten“ iSd § 364a ABGB: OGH 8.7.2003, 4 Ob 137/03f=SZ 2003/77; 28.01.2009, 1 Ob 123/08 g.

³⁰ OGH 27.6.2007, 8 Ob 135/06w=SZ 2007/106.

³¹ OGH 22.9.2010, 8 Ob 128/09w=EvBl-LS 2011/25.

³² Vgl Spielbüchler, in: Rummel (Hrsg), Kommentar zum ABGB³ (2000) § 364a Rz 4: „Doch geht § 364a davon aus, daß die für die Betriebsgenehmigung geltenden Vorschriften eine *Interessenabwägung* entweder *selbst generell* vorgenommen haben oder der Behörde für den *Einzelfall* auftragen [...]. Wo eine solche überhaupt fehlt [...], greift § 364a nicht.“ (Hervorhebungen im Original.)

Abgesehen davon könnte ein zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch durch die Möglichkeit eines Nachbarantrages auf Verhängung nachträglicher Auflagen durch die Gewerbebehörde verdrängt sein. Der OGH hat dies im Hinblick auf die Änderung der Verhältnisse bei ursprünglich behördlich genehmigten Anlagen bejaht.³³ Eine Übertragung auf ursprünglich nur vereinfacht genehmigte Anlagen wird aber abgelehnt.³⁴ Dass eine ursprünglich gar nicht genehmigte Anlage durch die bloße Möglichkeit der Beantragung nachträglicher Auflagen zu einer „behördlich genehmigten“ wird, obwohl noch überhaupt kein Verfahren stattgefunden hat, ist daher wohl auszuschließen. Als „behördlich genehmigt“ kann ein „§ 76a-Gastgarten“ dagegen nach Abschluss eines Verfahrens nach § 76a Abs 8 iVm § 79 GewO betrachtet werden, weil dieses Verfahren alle Kriterien des OGH erfüllt,³⁵ und zwar auch dann, wenn ein Antrag abgewiesen und/oder Auflagen oder Betriebszeiteneinschränkungen nicht verfügt werden. Zu beachten ist aber, dass dieses Verfahren nach § 76a Abs 8 GewO nur für Gesundheitsbeeinträchtigungen anwendbar ist. Soweit es „nur“ um unzumutbare Belästigungen geht, bleibt es daher bei der allgemeinen Rechtslage.

Das oben gefundene Ergebnis erfährt also durch die Einbeziehung der Zivilrechtsebene entweder gar keine oder nur eine begrenzte Modifikation: Im besten Fall für die Nachbarn können unzumutbare Lärmbelästigungen als ortsunübliche und erhebliche Beeinträchtigungen nachträglich zivilgerichtlich untersagt werden. „§ 76a-Gastgärten“ sind damit die einzigen gewerblichen Betriebsanlagen, die vor ihrer Inbetriebnahme keiner Prüfung im Hinblick auf mögliche Gesundheitsgefährdungen oder unzumutbare Belästigungen der Nachbarn durch ihre Hauptemissionen unterliegen und auch bei vorhersehbaren Auswirkungen dieser Art nicht mit Auflagen bedacht oder untersagt werden müssen. Sicher ist, dass sie trotz unzumutbarer Belästigungen der Nachbarn dauerhaft ohne nachträgliche gewerbebehördliche Vorschriften betrieben werden können, nicht ganz sicher dagegen, ob zivilrechtlich etwas dagegen unternommen werden kann.

³³ OGH 21.5.2003, 2 Ob 222/02i.

³⁴ Kerschner (FN 29) Rz 277 Punkt 5.3.; Grabler/Stolzlechner/Wendl (FN 3) § 79a Rz 4; Thienel, Verfassungsrechtliche Grenzen für das vereinfachte Genehmigungsverfahren nach § 359b GewO, ZfV 2001, 718 (730 Fn 63).

³⁵ Vgl OGH 21.5.2003, 2Ob2 22/02i.

III. Verfassungsrechtliche Beurteilung

Dieses Ergebnis braucht offensichtlich eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung.

Zu prüfen ist vor allem, ob dies mit dem Gleichheitsgebot der österreichischen Bundesverfassung (Art 7 B-VG) vereinbar ist.

A. Die Freistellung von der Genehmigungspflicht und ihre Folgen

Als Abweichung von den bei anderen Betriebsanlagen vorgesehenen Vorschriften bedarf die Neuregelung erstens eines sachlichen Grundes; ihn zu finden fällt nicht schwer. Da die Neuregelung in einer gesetzlichen Typisierung auf der Grundlage einer Durchschnittsbetrachtung besteht, unterliegt sie zweitens auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Typisierungen: Sie muss zumindest im Großen und Ganzen treffsicher sein, und sie darf nicht unnötige, zu viele oder zu schwere „Härtefälle“ produzieren.³⁶ Beides ist im vorliegenden Fall nicht so sicher.

Zur Begründung der Neuregelung knüpft der Gesetzgeber an die früheren „Betriebszeitengarantie“ und damit auch an ihre Rechtfertigung mit der „allgemeinen Beliebtheit“ der Gastgärten an³⁷ und führt dann aus:

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.³⁸

³⁶ ZB Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 237 ff, 258 ff, mit umfangreichen Nachweisen der Rechtsprechung des VfGH. Vgl insbesondere die zunächst auf Bagatellanlagen beschränkte und damit als sachliche beurteilte Abgrenzung des Anwendungsbereichs für das vereinfachte Genehmigungsverfahren in VfSlg 14.512/1999 und dann den Bagatellanlagen übersteigenden, als unsachlichen gewerteten Zuschnitt der entsprechenden Bestimmungen in VfSlg 16.103/2001. Weiters Gruber (FN 2) 165 f.

³⁷ RV 635 BlgNR XVIII. GP 95.

³⁸ RV (FN 5) 5.

Bei strenger Betrachtung kann die allgemeine Beliebtheit eines Verhaltens für sich wohl kaum eine Einschränkung von Rechten Dritter rechtfertigen, und der Tourismus ist zumindest nicht überall in Österreich ein sachlicher Grund dafür.³⁹ Allerdings sind die Anforderungen der Judikatur in diesem Punkt meist nicht sehr hoch, und va sind diese Ziele in erster Linie für die – später zu behandelnde – unterschiedliche materielle Behandlung von „§ 76a-Gastgärten“ relevant. Für die Freistellung von der Genehmigungspflicht stehen dagegen Gründe der Verwaltungsökonomie und der leichteren Ausübung der Erwerbsfreiheit der Gastgewerbetreibenden im Mittelpunkt: Sie sprechen dafür, Genehmigungsverfahren einzusparen, die regelmäßig ohnehin zu einer auflagenlosen Genehmigung führen würden.⁴⁰ In diesem Sinne heißt es auch in den EB zur RV: „Für zukünftige Gastgärten bedeutet der Entwurf eine Verwaltungsvereinfachung, da für Gastgärten, die den Voraussetzungen entsprechen, aufwändige Verwaltungsverfahren entfallen.“⁴¹

1. Die Sachlichkeit der Typisierung:

Der „§ 76a-Gastgarten“ als harmlose Betriebsanlage

Den Entfall einer Prüfung der Auswirkungen von Gastgartenlärm innerhalb des Anzeigeverfahrens begründen die EB zur RV mit den Worten: „Gesundheitsgefährdungen oder unzumutbaren Belästigungen durch Lärm wird durch die Voraussetzungen des Abs 1 Z 1 bis Z 3 vorgebeugt.“⁴² Sie gehen also davon aus, dass „76a-Gastgärten“ harmlos sind, weil sie bestimmte lärmbeschränkende Eigenschaften aufweisen: Sie müssen auf oder an öffentlichem Grund liegen, wo oft ohnehin schon ein gewisser Grundgeräuschpegel durch Verkehrslärm herrscht und zusätzlicher Lärm nicht ins Gewicht fällt; unüblich lautes Sprechen durch die Gäste, Musik oder andere Lärmquellen als die Verabreichung von Speis

und Trank sind verboten; die Platzanzahl ist auf 75 beschränkt. Und weiters:

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 Laustärke [sic] 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 Umgebungsgläuschen abheben – eine differenzierte Behandlung erforderlich ist. Ein nach den landespolizeilichen Regelungen und dem zivilen Nachbarschaftsrecht zu beurteilender besonderer Ruheanspruch wird in der Regel erst ab 22 Uhr angenommen (vgl. zB 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.

Weiters 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

³⁹ Kind (FN 1) lehnt diese Rechtfertigungsgründe in der Formulierung der RV ab (115), akzeptiert sie jedoch in der Sache (117).

⁴⁰ Vgl. zB VfSlg 16.103/2001, wonach der VfGH nicht bezweifelt, „daß der Gesichtspunkt der Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens zur Betriebsanlagengenehmigung Einschränkungen der Nachbarrechte rechtfertigen kann, wenn typischerweise schutzwürdige Nachbarinteressen gar nicht berührt werden oder ihre Beachtung auf anderem Wege gesichert erscheint“, und Grabenwarter, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht, Gutachten zum 16. ÖJT (2006) I/1, 88.

⁴¹ RV (FN 5) 2; ähnlich 4.

⁴² RV (FN 5) 9.

ist schon wegen der am Abend herrschenden niedrigen Temperaturen nur in verhältnismäßig geringem Maß gegeben.⁴³

Diese Ausführungen knüpfen ersichtlich an eine Entscheidung des VfGH zur früheren „Betriebszeitengarantie“ für Gastgärten an, in der Argumente dieser Art wesentlich dafür waren, dass der Gerichtshof einer Anfechtung durch den VwGH nicht stattgab, sondern die einschlägigen Bestimmungen für verfassungskonform erachtete:

Der Verfassungsgerichtshof teilt die Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes ob der Gleichheitswidrigkeit des § 148 Abs 1 erster Satz GewO 1994 nicht. Daß vom Gesetzgeber, wie in der Regierungsvorlage zur Gewerbeordnungsnovelle 1992 (635 BlgNR 18. GP, 95) ausgeführt wird, der ‚Betrieb von Gastgärten, die sich allgemeiner Beliebtheit erfreuen,... mit einer Betriebsgarantie in zeitlicher Hinsicht ausgestattet‘ wurde, in die ‚nicht durch betriebsanlagenrechtliche Vorschriften eingegriffen werden kann‘, findet seine sachliche Begründung in den besonderen, – restriktiven – Tatbestandsmerkmalen, die er als Voraussetzungen für eine derartige Betriebszeitengarantie anordnete; Voraussetzungen, denen zufolge zumindest bei der vom Standpunkt des Gleichheitssatzes aus zulässigen Durchschnittsbetrachtung ein Zustand geschaffen wird, welcher einer möglicherweise unter entsprechenden Auflagen erteilten betriebsanlagenrechtlichen Genehmigung sonstiger Teile eines Gastgewerbebetriebes, aber vor allem auch eines nicht dem § 148 Abs 1 erster Satz GewO 1994 unterliegenden Gastgartens gemäß § 77 GewO 1994 gleichkommt:

Der Gesetzgeber schränkt zum einen die Nutzung der gemäß § 148 Abs 1 erster Satz GewO 1994 mit einer allgemeinen Betriebszeitengarantie ausgestatteten Gastgärten auf die ‚Verabreichung von Speisen und... (den) Ausschank von Getränken‘ ein und verbietet damit in derartigen Gastgärten ua. die (mechanische) Wiedergabe von Musik, das Tanzen oder sonstige neben dem Konsum von Speisen und Getränken denkbare, mit Lärm verbundene Tätigkeiten. Er verpflichtet darüber hinaus den Gastgewerbetreibenden, in seinem Gastgarten ‚lautes

Sprechen, Singen und Musizieren‘ zu untersagen ‚und auf dieses Verbot hinweisende Anschläge dauerhaft und von allen Zugängen zum Gastgarten deutlich erkennbar‘ anzubringen. Zurecht weist die Bundesregierung darauf hin, daß die Übertretung dieser gewerberechtlichen Gebote zur Untersagung lärmender Betätigungen sowie zur Anbringung entsprechender Anschläge den Gastgewerbetreibenden nach § 368 Z 14 GewO 1994 straffällig werden läßt, und daß diesem bei Vernachlässigung seiner Verpflichtungen im Extrem sogar die Entziehung der Gewerbeberechtigung gemäß § 87 Abs 1 Z. 3 (uU in Verbindung mit Abs 3 und Abs 6) GewO 1994 als administrative Maßnahme droht. Ganz besondere Bedeutung kommt schließlich als Element der tatbestandlichen Begrenzung der Betriebszeitengarantie für Gastgärten deren räumlicher Situierung zu: Für ‚Gastgärten, die sich auf öffentlichem Grund befinden oder an öffentliche Verkehrsflächen angrenzen,‘ durfte der Gesetzgeber bei der ihm obliegenden Durchschnittsbetrachtung mit Fug davon ausgehen, daß der angesichts der Nutzungsbeschränkung des Gastgartens zu erwartende Immissionsstandard die für Betriebsanlagengenehmigungen kraft § 77 Abs 2 GewO 1994 vorgesehene Zumutbarkeitsgrenze, die sich an den ‚tatsächlichen örtlichen Verhältnisse(n)‘ orientiert, im Normalfall nicht überschreitet.⁴⁴

Man muss diese Argumentation des VfGH nicht überzeugend finden,⁴⁵ zumal sie zwar die lärmreduzierenden Eigenschaften der betroffenen Gastgärten aufzählt, aber im entscheidenden Punkt, der Unwahrscheinlichkeit von unzumutbaren Belästigungen und Gesundheitsbeeinträchtigungen, aus einer bloßen Behauptung besteht. Aber auch wenn man sie teilt, kann man sie nicht einfach auf „§ 76a-Gastgärten“ übertragen, weil sich ihr Ausgangspunkt verändert hat. Die EB zur RV nennen als einen der Schwerpunkte der Neuregelung im Vergleich zum früheren § 112 Abs 3 GewO „weitere Vorgaben an die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme dieser Ausnahme; Limitierung auf höchstens 75 Verabreichungsplätze sowie das Erfordernis

⁴⁴ VfSlg 14.551/1996.

⁴⁵ In diese Richtung Gruber (FN 2) 165; schon vor der Entscheidung aM Kind, Lärmprobleme mit Schanigärten, ecolx 1999, 865.

⁴³ RV (FN 5) 8.

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 werden⁴⁶. Das ist freilich nicht die einzige Veränderung. Nach der alten Rechtslage war in den betroffenen Gastgärten (ua) „lautes Sprechen“ nunmehr ist aber „lauteres Sprechen als der übliche Gesprächston der Gäste“ verboten. Was das bedeutet, zeigen die EB zur RV:

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:⁴⁷

Beschreibung des zu erwartenden Verhaltens	LW, A,1P	LW, A,Rech	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

Erlaubt ist also eine „angeregte Unterhaltung mit Lachen“ von Gästegruppen bis zu 75 Personen, was etwa zwei Reisebussen entspricht. Dass eine solche Unterhaltung durchaus über „lautes Sprechen“ hinausgeht, dürfte schon der Alltagserfahrung zu entnehmen sein. Die zitierte ÖNORM bestätigt das: Nach der zitierten Passage werden dabei Höchstwerte bis 102 Dezibel (dB) erreicht. 102 dB entsprechen etwa dem Lärm, der beim Zuschlagen eines Kofferraumsdeckels

oder beim Rangieren eines LKW entsteht.⁴⁸ Nach Spalte 3 der Tabelle wird bei der höchstzulässigen Gästezahl von 75 dieser Spitzenwert 225-mal pro Stunde, statistisch also ungefähr alle 16 Sekunden erreicht. Angesichts dieser Daten lässt sich eine Erhöhung des genehmigungsfrei zulässigen Lärmpegels durch die Neuregelung kaum bestreiten; dass die frühere Regelung des § 112 Abs 3 GewO „im Wesentlichen“ übernommen wurde,⁴⁹ schon eher.

Je nach Entfernung von der Quelle können diese Emissionen beträchtliche Immissionen mit sich bringen: Nach einer Faustformel zur Lärmausbreitung beträgt die Belastung durch die Spitzenwerte in 10 m Entfernung 74 dB, in 20 m 68 dB und in 30 m 64,4 dB; legt man den energieäquivalenten Dauerschallpegel eines mit 75 Personen besetzten Biergartens zugrunde, sind es 61,7 dB, 55,7 dB bzw 52,1 dB; jeweils ohne Berücksichtigung dämpfender Einflüsse (zB durch Boden und Bäume) oder Verstärkungen (zB durch Reflexion an Fassaden oder Wind).⁵⁰ Diese Werte liegen großteils über den Raumplanungs-Richtwerten für zulässige Lärmimmissionen in Wohngebieten (50–55 dB tagsüber, dh von 6 bis 22 Uhr; 40–45 dB bei Nacht) und Kerngebieten (60 dB tagsüber, 50 dB nachts)⁵¹ über den Schwellenwerten für Industrielärm nach § 8 Bundes-UmgebungslärmschutzV⁵² (55 dB tagsüber, 50 dB nachts) und zT sogar jenseits des Übergangsbereichs zur Gesundheitsgefährdung (65 dB tagsüber, 55 dB nachts)⁵³. Besonders groß ist die Überschreitung bei Nacht, was angesichts der – durch Verordnung noch verlängerba-

⁴⁸ Knothe, Technischer Bericht zur Untersuchung der Lkw- und Ladegeräusche auf Betriebsgeländen von Frachtzentren, Auslieferungslagern und Speditionen, in: Hessische Landesanstalt für Umwelt (Hrsg), Umweltplanung, Arbeits- und Umweltschutz, Heft 192 (1995); Lenkewitz/Müller, Technischer Bericht zur Untersuchung der Geräuschemissionen durch Lastkraftwagen auf Betriebsgeländen von Frachtzentren, Auslieferungslagern, Speditionen und Verbrauchermärkten sowie weiterer typischer Geräusche insbesondere von Verbrauchermärkten, in: Hessische Landesanstalt für Umwelt und Geologie (Hrsg), Umwelt und Geologie: Lärmschutz in Hessen, Heft 3 (2005).

⁴⁹ RV (FN 5) 8.

⁵⁰ Ausbreitung nach ÖNORM ISO 9613-2:2008, Punkt 7.1. (mit Faktor 8 statt 11 für halbkugelförmige statt kugelförmige Ausbreitung); energieäquivalenter Dauerschallpegel nach ÖNORM S 5012 Punkt 6.2.2.1.

⁵¹ ÖNORM S 5021-1, Tab. 1. Zu den – hier nicht geprüften – raumordnungsrechtlichen Konsequenzen Giese, Entscheidungsanmerkung, bbl 2010, 191.

⁵² BGBl II 144/2006.

⁵³ ÖAL-Richtlinie Nr. 3 Blatt 1, VII.

⁴⁶ RV (FN 5) 5.

⁴⁷ RV (FN 5) 8 f.

ren – privilegierten Betriebszeiten bis 23 Uhr von Bedeutung ist.⁵⁴

Da dies nicht bloß einzelne „Härtefälle“, sondern eine ganze (auch von der RV als solche behandelte und aus mehreren Betriebsarten bestehende) Kategorie von „§ 76a-Gastgärten“ betrifft, ist die gesetzgeberische Erwartung, diese Gastgärten würden keine unzumutbare Belästigungen und Gesundheitsbeeinträchtigungen verursachen, bereits als Durchschnittsbetrachtung nicht nachvollziehbar.⁵⁵ Akzeptiert man sie dennoch, bleibt jedenfalls eine große „Härtefallgruppe“.

2. Härtefälle

Zu dieser kommen noch (echte) Härtefälle, in denen weitere, in den EB zur RV angeführte und eher nachvollziehbare Durchschnittserwartungen zur Auswirkung von Gastgärten nicht eintreffen und in denen daher unzumutbare Belästigungen und Gesundheitsbeeinträchtigungen auftreten können.

So wird die Annahme, dass auf oder an Straßen mit öffentlichem Verkehr ohnehin ein Grundgeräuschpegel herrsche, dem gegenüber Gastgartenlärm nicht ins Gewicht falle, zwar in vielen Fällen zutreffen. Aber es gibt eben auch eine Vielzahl von stillen Straßen, in denen sich Gastgartengeräusche umso mehr bemerkbar machen, besonders am Abend, wenn der Berufsverkehr zum Erliegen gekommen ist, Gastgärten aber umso attraktiver werden. Aber auch in belebten Zonen können Sonderprobleme auftreten: Enge Gassen wirken oft – ähnlich wie die in der RV erwähnten Innenhöfe – wie Schalltrichter und verstärken den Lärm an bestimmten Punkten der Umgebung, etwa an den Wohnungen über einem Gastgarten.

Auch dass Gastgärten nur in den Sommermonaten betrieben werden, gilt nicht ausnahmslos.⁵⁶

⁵⁴ Kritisch zur Betriebszeit bis 23 Uhr äußerten sich im Begutachtungsverfahren der Städtebund und die Volksanwaltschaft.

⁵⁵ In dieselbe Richtung *Kind* (FN 1) 115 f, sowie das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst, das Bundesministerium für Gesundheit, das Umweltbundesamt und die Volksanwaltschaft in ihren Stellungnahmen im Begutachtungsverfahren; von „empfindlichen Lärmbelästigungen“ spricht der Städtebund. *Gruber* (FN 2) 165, hält eine Durchschnittsbetrachtung, wie sie der Rechtslage nach Inkrafttreten der Nov BGBl I 116/1998 zugrunde lag und im Ergebnis der jetzigen sehr nahekommt, für nicht tragfähig.

⁵⁶ So auch die Abweichende persönliche Stellungnahme der Abgeordneten *Brunner* und *Lichtenecker* zum AB 790 BgNR XXIV. GP 1.

Gastgärten werden zB auch anlässlich von Weihnachtsmärkten und unabhängig von der Jahreszeit für (in den Innenräumen nicht mehr geduldete) Raucher geöffnet, und für eine ganzjährige Nutzung spricht auch, dass der Beschluss des Grazer Stadtsenates vom 8.10.2010, von November bis Februar keine Gastgärten auf öffentlichem Grund (als straßenrechtliche Sondernutzung) zu bewilligen, viele Proteste ausgelöst hat.⁵⁷ Für kältere Zeiten werden Gastgärten oft mit Heizstrahlern ausgestattet. Die EB zur RV sehen darin einen Grund für die Genehmigungspflicht des Gastgartens: „Beispielsweise ist auch das Beheizen von Gastgärten mittels Heizstrahlern der Erfüllung der [für die Genehmigungsfreistellung notwendigen, *F.M.*] Erwartungshaltung hinderlich.“⁵⁸ Eine Widerlegung der Erwartung und damit eine Genehmigungspflicht kann jedoch nur eintreten, wenn andere als Lärmgefahren vorliegen. Ob das bei Heizstrahlern – zB wegen der damit verbundenen Brandgefahr – tatsächlich immer zutrifft, lässt sich ua wegen § 76 GewO bezweifeln. Aber auch wenn ein „§ 76a-Gastgarten“ genehmigt werden muss, weil er ein anderes Interesse als Lärmschutz beeinträchtigen könnte – zB durch „grobe Stolpergefahren, Blendungen der Nachbarn, Verstellen von Notausgängen udgl.“⁵⁹, muss für das Genehmigungsverfahren wohl dieselbe Vermutung der Nichtbeeinträchtigung von Lärmschutzinteressen der Nachbarn gelten wie für andere „§ 76a-Gastgärten“, sodass Auflagen oder Betriebszeitenbeschränkungen aus diesem Grund auch im Genehmigungsverfahren unzulässig wären, denn es wäre ja nicht einzusehen, dass ein Gastgarten allein wegen einer Stolpergefahr im Hinblick auf den Lärm anders behandelt würde als ein identischer Gastgarten ohne Stolpergefahr. Wenn dies aber so ist, dann entfällt der Lärmschutz der Nachbarn auch gegen Gastgärten mit Heizstrahlern, die das ganze Jahr über betrieben werden können.

Schließlich erzeugt auch schon „Unterhaltung in normaler Lautstärke“ mit „häufigen Servier-

⁵⁷ ZB <http://winter.kleinezeitung.at/steiermark/graz/graz/2509736/weiterhin-winter-schanigaarten.story>; <http://winter.kleinezeitung.at/steiermark/graz/graz/2513724/wirten-bluht-winter-heissen-sorter.story>; <http://winter.kleinezeitung.at/steiermark/graz/graz/2526996/gastgartern-rittern-um-winterloesung.story> http://www.graz.at/cms/dokumente/10158367_2767110/62fb628c/VIII%20FP%C3%96%20Sippel%20Wintersperre.pdf; http://www.graz.at/cms/dokumente/10156572_2767074/be393efa/8_DA_Schroeck_Wintersperre.pdf (jeweils 14.12.2010).

⁵⁸ RV (FN 5) 9.

⁵⁹ RV (FN 5) 9.

geräuschen“ nach der oben wiedergegebenen Tabelle Spitzenwerte von 92 dB, die nach Spalte 3 bei einer Gästezahl von nur 20 60mal pro Stunde, also minütlich, und bei 50 Gästen 150mal pro Stunde, statistisch also alle 24 Sekunden auftreten. Je nach den lokalen Verhältnissen kann auch das durchaus zu erheblichen Beeinträchtigungen der Nachbarn führen. Und überhaupt keine Berücksichtigung finden im Gesetz die kumulativen Wirkungen mehrerer Gastgärten, etwa auf einem Platz.⁶⁰

Insgesamt gibt es damit nach der Neuregelung eine Vielzahl von Fallkonstellationen, in denen Beeinträchtigungen von Nachbarrechten eintreten können, die aber keiner individuellen Prüfung unterworfen werden. Alle diese Härtefälle sind auch gewichtig, da es in ihnen eben zu „unzumutbaren“ Belästigungen oder gar Gesundheitsbeeinträchtigungen kommt. Als Beispiele können die vom VwGH entschiedenen Fälle dienen, die dann Anlass für gesetzgeberische Maßnahmen zugunsten von Gastgärten gaben.⁶¹ Die Sachverständigen hatten im Genehmigungsverfahren jeweils Gesundheitsgefährdungen festgestellt.

3. Ausgleichsmechanismen

Die Härtefälle nach der neuen Regelung sind umso gewichtiger, als keine ausreichenden Kompensationsmöglichkeiten vorgesehen sind.

Zunächst entfällt nicht nur das Genehmigungsverfahren, sondern überhaupt jede vorgängige Ermittlung von unzumutbaren Belästigungen und Gesundheitsbeeinträchtigungen durch Lärm, und auch wenn offensichtlich ist, dass ein Gastgarten solche Auswirkungen hat, darf die Behörde im Anzeigeverfahren deswegen weder Auflagen verhängen noch den Betrieb untersagen. Besonders deutlich wird dies an Altanlagen, einer weiteren Kategorie von „Härtefällen“: Mangels Übergangsbestimmungen unterliegen sie der Neuregelung in vollem Umfang. Die EB zur RV bemerken dazu:

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 Ein-

schränkung 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.⁶²

Erfüllt also ein früher genehmigter Gastgarten die Voraussetzungen des § 76a Abs 1 oder 2, kann er nun nach dem Willen des Gesetzgebers ohne Einschränkungen betrieben werden, obwohl die Einschränkungen rechtskräftig verfügt und nach § 77 Abs 1 GewO notwendig waren, um individuell ermittelte, konkret drohende unzumutbare Belästigungen oder Gesundheitsbeeinträchtigungen zu verhindern.

Die Nichtbeschränk- und Untersagbarkeit von beeinträchtigendem Lärm unterscheidet die neue Rechtslage grundlegend von der alten,⁶³ denn früher durfte die Behörde zwar die Betriebszeiten nicht einschränken, aber (andere) Auflagen verhängen und notfalls den Genehmigungsantrag abweisen.⁶⁴ Diese Möglichkeiten spielten auch eine wichtige Rolle für die Akzeptanz der alten Rechtslage durch den VfGH:

Zu beachten ist ferner, daß auch der dem § 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, [...]. 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. [...]

⁶² RV (FN 5) 5.

⁶³ So auch die Abweichende persönliche Stellungnahme der Abgeordneten Brunner und Lichtenecker zum AB 790 BlgNR XXIV. GP 1, und *Kind* (FN 1) 114. Die Volksanwaltschaft wertet daher in ihrer Stellungnahme im Begutachtungsverfahren die Neuregelung als „Dammbruch“ und „willkürliche“ Abweichung von „den Grundprinzipien des Betriebsanlagenrechts“.

⁶⁴ S oben bei FN 4.

⁶⁰ Darauf hat auch das Umweltbundesamt im Begutachtungsverfahren hingewiesen.

⁶¹ VwGH 5.11.1991, 91/04/0136; 27.6.2007, 2007/04/0111.

Auch dem vom Verwaltungsgerichtshof erhobenen Vorwurf der unverhältnismäßigen Benachteiligung der Nachbarn von Gastgärten mit Betriebszeitengarantie gemäß § 148 Abs 1 erster Satz GewO 1994, den er damit begründet, 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. 491/1984, stehe, vermag der Verfassungsgerichtshof nicht zu folgen: Die Vorschrift des § 148 Abs 1 erster Satz GewO 1994 läßt nämlich eine derartige Gesundheitsgefährdung der Nachbarn keineswegs zu. 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, genügt nicht, 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 (vgl. die oben zitierte Regierungsvorlage) angestrebt hat. Ob dieser Ausgleich in jeder Beziehung befriedigend ist, hat der Gesetzgeber im

Rahmen seiner rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit zu beurteilen, die diesbezüglich vom BVG über den umfassenden Umweltschutz zwar begrenzt, keinesfalls aber beseitigt wird.⁶⁵

Für die Neuregelung gilt dies alles nicht. Sie ähnelt vielmehr einer früheren Fassung des § 359b GewO, die eine Genehmigung im vereinfachten Verfahren an die bloße Erfüllung abstrakter Betriebsgrößen knüpfte. Der VfGH hob diese Regelung als verfassungswidrig auf:

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 Verfassungsgerichtshof 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 i.V.m. § 77 Abs 1 GewO 1994 fehlt, lediglich auf Grund der festgestellten abstrakten Typisierung als genehmigt gelten.⁶⁶

⁶⁵ VfSlg 14.551/1996; ähnlich zur kompensatorischen Bedeutung von behördlichen Aufträgen und der Möglichkeit zur Abweisung des Antrags im vereinfachten Genehmigungsverfahren VfSlg 14.512/1996. Allgemein zur Zulässigkeit von Einschränkungen der Nachbarrechte unter dem Gesichtspunkt der Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens zur Betriebsanlagen-genehmigung, „wenn typischerweise schutzwürdige Nachbarinteressen gar nicht berührt werden oder ihre Beachtung auf anderem Wege gesichert erscheint“, VfSlg 16.103/2001.

⁶⁶ VfSlg 17.165/2004, dazu Thienel (FN 34); ähnlich schon VfSlg 16.824/2003.

Den Anlassfall für diese Ausführungen bildete eine Gastgartengenehmigung. Wenn also Gastgärten ohne Einzelfallprüfung nicht vereinfacht genehmigt werden dürfen, dann liegt der Schluss nahe, dass sie zumindest dann, wenn Beeinträchtigungen der Schutzgüter des § 74 Abs 2 GewO nicht völlig fernliegen, ohne Einzelfallprüfung auch nicht von der Genehmigungspflicht befreit werden dürfen.⁶⁷

Für „76a-Gastgärten“ kommt hinzu, dass – anders als bei bloß vereinfacht genehmigten Betriebsanlagen – auch außerhalb des Anzeigeverfahrens keine ausreichenden Auffangregelungen bestehen, die eine individuelle Beurteilung und angemessene Reaktion auf festgestellte Gefahren durch Lärm erlauben.

Mit einer Verordnung auf der Grundlage von § 76a Abs 9 GewO kann die Gemeinde zwar die Betriebszeiten verkürzen, doch ist schon fraglich, ob sie in den genannten Härtefällen dazu verpflichtet ist. Auch wenn die gesetzliche Betriebszeitenregelung „und damit auch die administrative Festlegung abweichender Betriebszeiten“, wie der VfGH zum früheren § 112 Abs 3 GewO ausgesprochen hat, „vom Gedanken des Lärmschutzes geprägt ist“⁶⁸, ist der Verordnungsermächtigung ein genereller Vorrang des Lärmschutzes⁶⁹ nicht zu entnehmen. Das zeigt ihre neue, den Tourismus noch stärker betonende Fassung ebenso wie die Überlegung, dass auch die gesetzlichen Betriebszeiten nicht nur dem Lärmschutz dienen, sondern ihrerseits schon, wie auch der VfGH in der eben zitierten Passage herausstellt, Produkt einer Abwägung mit gegenläufigen Interessen sind. Das gilt, wie die oben⁷⁰ zitierten Passagen aus den EB zur RV zeigen, auch und gerade für die neue Fassung, die noch dazu einen Teil einer Gesamtregelung bildet, die die Geltendmachung von Unzumutbarkeiten in individuellen Verfahren unterbindet.

Aber auch wenn man der Verordnung, zB unter Berufung auf die Schutzpflicht aus Art 8 EMRK und Art 1 1.ZPEMRK oder auf das verfassungsrechtliche Bekenntnis zum umfassenden Umweltschutz, die Aufgabe zuweist, die dem Anzeigeverfahren fehlt, nämlich Härtefälle zu vermeiden,⁷¹ wäre dieses Ziel nur zum Teil

erreichbar.⁷² Durch Betriebszeitenverkürzungen zB für Wohngebiete lassen sich Härtefälle zwar verringern, aber nicht ausschließen. Betriebszeitenverkürzungen ändern nichts an der Intensität des Gastgartenlärms in der verbleibenden Zeit, und eine Verordnung kann als generelle Regelung die spezifischen Umstände des Einzelfalls wie etwa die Entfernung von Wohnhäusern zum konkreten Gastgarten oder die Dämpfung oder Reflexion seines Lärms nicht berücksichtigen – schon gar nicht für künftige Gastgärten, deren Anzeige nicht vorhersehbar ist.⁷³ Dazu kommt, dass eine Verordnungserlassung von den Nachbarn nicht durchgesetzt werden kann: Nach der Rechtsprechung konnten sie mangels rechtlicher Betroffenheit nicht einmal bereits erlassene Verordnungen nach § 148 GewO aF anfechten.⁷⁴ Ob das für die neue Rechtslage auch gilt, in der die Verordnung unmittelbar die zu duldenen Betriebszeiten regelt und nicht bloß Vorgaben für das Genehmigungsverfahren macht, lässt sich bezweifeln; eine Anfechtbarkeit mittels Individualantrag ist damit aber noch nicht sicher, denn die Nachbarn könnten auf den Umweg von Anträgen nach § 76a Abs 8 iVm § 79 f GewO und die Bekämpfung von Bescheiden in diesem Verfahren verwiesen werden. Aber auch eine direkte Anfechtbarkeit der Verordnung würde noch nicht zu einem subjektiv-rechtlichem Anspruch auf Verordnungserlassung führen.

Das wäre allenfalls dann möglich, wenn es tatsächlich um einen Einzelfall ginge und die Verordnungsform trotzdem zulässig wäre.⁷⁵ Nun können mit „Gebieten“, für die Verordnungen erlassen werden, nach VfSlg 17.559/2005 zwar auch „einzelne Grundstücke der Gemeinde gemeint sein, auf denen Gastgärten eingerichtet wurden oder werden“. Spezifische Verord-

⁷² Skeptisch auch die Volksanwaltschaft in ihrer Stellungnahme im Begutachtungsverfahren: Sie sieht in der Verordnungsermächtigung eine „künftige Quelle sowohl von Rechtsunsicherheiten als auch von großen Unklarheiten sowohl auf BetreiberInnen- als auch auf NachbarInnen-seite“.

⁷³ Vgl auch VfSlg 16.103/2001 zur Anknüpfung an die Lage eines Betriebs im Gewerbegebiet für die Einschränkung von Nachbarrechten: „Dem Gerichtshof scheint es aber zumindest vorläufig bedenklich, den notwendigerweise auf die individuellen Verhältnisse abstellenden Schutz von Nachbarinteressen mit der notwendigerweise abstrakt und generalisierend formulierten raumordnungsrechtlichen Widmung zu verknüpfen, die offenbar auf Betriebstypen und nicht auf konkrete Betriebe abstellen [...]“.

⁷⁴ VfSlg 16.140/2001.

⁷⁵ Vgl VfSlg 11.931/1988, 14.383/1995 zur Anerkennung von Religionsgemeinschaften.

⁶⁷ Ebenso *Kind* (FN 1) 114.

⁶⁸ VfSlg 17.559/2005.

⁶⁹ So zur alten Rechtslage *Kind* (FN 2) 9, 10.

⁷⁰ Bei FN 25 und 38.

⁷¹ *Kind* (FN 2) 9 ff, der zugleich aber festhält (4, 7), dass es in der Praxis die Betriebszeiten immer nur verlängert würden; *Gruber* (FN 2) 166 f.

nungslösungen für solche einzelne Grundstücke wären aber weder praktikabel noch zulässig, denn sie würden zu einer – nach jeder Anzeige eines Gastgartens zu erhöhenden – Vielzahl von betriebszeitenregelnden Einzelentscheidungen in Verordnungsform als Ersatz für Genehmigungen nach § 77 GewO führen, ohne dass es dann für die Wahl der Verordnungsform einen Grund gäbe. Diese „Bescheide in Verordnungsform“ würden die Aufgabenteilung zwischen mittelbarer Bundesverwaltung und Gemeindeverwaltung im eigenen Wirkungsbereich⁷⁶, das Rechtsformengebot sowie die Anforderungen eines ordnungsgemäßen Verwaltungsverfahrens und des effizienten Rechtsschutzes⁷⁷ verletzen. Insgesamt kann die Verordnungsermächtigung somit kein ausreichender Ersatz für die Geltendmachung von subjektiven Rechten im Genehmigungsverfahren sein.

Ebenfalls unzureichend für einen Ausgleich ist die Befugnis der Nachbarn, gem § 76a Abs 8 GewO nachträgliche Auflagen und Einschränkungen zu beantragen.⁷⁸ Diese Möglichkeit besteht von vornherein nur zum Schutz vor Gesundheitsbeeinträchtigungen, scheidet also bei unzumutbaren Belästigungen aus. Soweit sie besteht, vermittelt sie zwar ein subjektives Recht und die Parteistellung der Nachbarn, doch setzt seine Geltendmachung nach § 79a Abs 3 GewO voraus, dass der Nachbar die Gesundheitsbeeinträchtigung glaubhaft macht, was idR eine entsprechendes Gutachten eines Sachverständigen oder zumindest Lärmmessungen und daher einen erheblichen Kostenaufwand erfordern wird. Die „aufwändige Verfahren mit entsprechenden Lärmmessungen“, die die Gesetzgebung der Verwaltung ersparen will,⁷⁹ werden also zunächst den Nachbarn aufgebürdet. Im behördlichen Verfahren selbst kann es nur zu Auflagen und Einschränkungen der Betriebszeit kommen; eine Untersagung des Betriebs ist nicht zulässig. Die Erlassung solcher Auflagen kann erhebliche Zeit in Anspruch nehmen: Ihre Beantragung ist erst nachträglich möglich, wobei der genaue Zeitpunkt unklar ist. § 79 GewO knüpft an die rechtskräftige Genehmigung der Anlage an,⁸⁰ der

im Anzeigeverfahren entsprechende Zeitpunkt ist am ehesten der Ablauf der Dreimonatsfrist für die allfällige Untersagung des Gastgartens. Diese Frist soll allerdings nach den EB zur RV „erst zu laufen beginnen, wenn die Anzeige und die Unterlagen vollständig sind“;⁸¹ wann dies der Fall und wann daher die Frist endet, ist für die Nachbarn nicht zu erkennen. Wird die Anzeige „auf Vorrat“ erstattet,⁸² kann umgekehrt die Dreimonatsfrist bei Betriebsaufnahme schon längst abgelaufen sein. Um das Risiko von Zurückweisungen vorzeitiger Anträge oder unnötiges Zuwarten zu vermeiden, müssen die Nachbarn daher vor der Antragstellung Auskünfte einholen oder Akten einsehen; dass sie darauf einen Anspruch haben, wird im Ergebnis zwar zutreffen, verlangt aber einigen Begründungsaufwand, weil die Nachbarn Parteistellung nach § 79a Abs 2 GewO ja erst mit einem glaubhaft begründeten Antrag erwerben. Ein Bescheid über den Antrag wird idR erst nach einigen Monaten ergehen; sofern die Behörde Rechtsmitteln des Gastgartenbetreibers die aufschiebende Wirkung nicht aberkennt, muss er erst nach der Berufungsentscheidung des UVS befolgt werden; und die Behörde kann die Befolgungspflicht grundsätzlich auch jahrlang aufschieben.⁸³ Falls der Gastgarten tatsächlich die Gesundheit beeinträchtigt, tut er es schon während all dieser Zeit; das Risiko einer gesetzlichen Fehleinschätzung der Harmlosigkeit eines „§ 76a-Gastgartens“ liegt also allein bei den Nachbarn. Dass dieser Mechanismus kein Ersatz für eine Genehmigungspflicht sein kann, hat auch der VfGH ausgesprochen.⁸⁴

Schließlich bietet auch der zivilrechtliche Unterlassungsanspruch nach § 364 ABGB keinen ausreichenden Ersatz.⁸⁵ Falls er nicht überhaupt durch eine Qualifikation des nicht untersagten „§ 76a-Gastgartens“ als „behördlich genehmigte Anlage“ iSd § 364a ABGB ausgeschlossen ist,⁸⁶ leidet er unter mehreren Einschränkungen: Er steht nur dem Eigentümer des Nachbargrundstücks und anderen daran dinglich oder obligatorisch Berechtigten zu; Personen wie Arbeitnehmer, Verwandte oder Lebensgefährten, die sich ohne einen solchen Titel regelmäßig in der Nähe des Gastgartens aufhalten und daher nach § 75 Abs 2

⁷⁶ Vgl VfSlg 17.559/2005.

⁷⁷ Vgl VfSlg 17.018/2003.

⁷⁸ So auch die Stellungnahme des Bundeskanzleramts-Verfassungsdienst im Begutachtungsverfahren und die Abweichende persönliche Stellungnahme der Abgeordneten Brunner und Lichtenegger zum AB 790 BlgNR XXIV. GP 2.

⁷⁹ S oben bei FN 5.

⁸⁰ Grabler/Stolzelechner/Wendl (FN 3) § 79 Rz 5.

⁸¹ RV (FN 5) 9.

⁸² Dazu oben bei FN 24.

⁸³ Vgl Thienel (FN 34) 729 mwN.

⁸⁴ VfSlg 16.103/2001.

⁸⁵ Thienel (FN 34) 731; Pöschl, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht, Referat zum 16. ÖJT (2008) I/2, 38 ff.

⁸⁶ S oben bei FN 29 ff.

GewO im gewerberechtiglichen Genehmigungsverfahren, wenn es denn eines gäbe, Partei wären, können ihn nicht geltend machen.⁸⁷ Mit dem Verfahren nach § 79 GewO teilt er die bloße Nachträglichkeit;⁸⁸ ist ein solches Verfahren bereits abgeschlossen, entfällt er.⁸⁹ Statt der Pflicht zur Glaubhaftmachung trifft die Nachbarn die volle Beweislast für die Gesundheitsgefährdung⁹⁰ und dazu ein höheres Kostenrisiko, auch wegen des idR geltenden Anwaltszwangs und ganz besonders bei Anträgen auf vorläufigen Rechtsschutz⁹¹. Erreichbar ist nur ein schwer kontrollier- und durchsetzbares Immissionsunterlassungsurteil, nicht aber die Verpflichtung zu einem bestimmten lärmindernden Verhalten wie zur Verkürzung der Betriebszeit oder zur Beschränkung der Gästezahl.⁹²

4. Interessenabwägung

Zusammenfassend schafft die Neuregelung also eine keineswegs auf atypische und seltene Konstellationen beschränkte Zahl von gewichtigen Härtefällen, die nach der alten Regelung vermieden wurden, und sieht dafür auch keine ausgleichenden Mechanismen vor. Ihr stehen eine Verwaltungsvereinfachung, Erleichterungen für die Gewerbetreibenden und indirekt Verbesserungen für Freizeit und Tourismus gegenüber. Groß sind diese Vorteile allerdings aus mehreren Gründen nicht:

Zunächst erspart die Freistellung von der Genehmigungspflicht der Verwaltung und dem Gastwirt kein „volles“ Verfahren, denn die Genehmigung konnte im vereinfachten Verfahren nach § 359b GewO, also unter bloßer Anhörung der Nachbarn, erwirkt werden;⁹³ vermutlich des-

halb rechnen die EB zur RV auch nur mit „geringen Einsparungen für die Verwaltung“⁹⁴. Doch auch dass diese überhaupt erzielbar sind, liegt alles andere auf der Hand,⁹⁵ denn der Wegfall der Genehmigungspflicht macht zunächst nach § 92 Abs 1 ASchG idR eine eigene Arbeitsstättengenehmigung erforderlich⁹⁶ und dürfte zu höherem Handlungsdruck auf die Gemeinden zur Erlassung von Betriebszeitenverordnungen, zu verstärkten Anträgen auf Erlassung nachträglicher Auflagen und uU auch zu mehr zivilrechtlichen Unterlassungsklagen führen. Dementsprechend schwinden auch die Vorteile für Gastwirte; vor allem gewinnen sie entgegen der Zielsetzung der Neuregelung nicht an Rechtssicherheit. Können sie zunächst ohne weitere Nachfragen gar nicht sicher sagen, ob die Dreimonatsfrist für eine Untersagung abgelaufen ist,⁹⁷ sehen sie sich danach jederzeit der Möglichkeit zivilrechtlicher Unterlassungsbegehren ausgesetzt. Verbesserungen für Freizeit und Tourismus lassen sich auf diese Weise kaum erzielen.

Vergleicht man also den Nutzen und die rechtlichen Kosten der Neuregelung, fällt die Bilanz eindeutig aus: Die Freistellung der „§ 76a-Gastgärten“ von der Genehmigungspflicht nimmt ohne legislative Not zugunsten kaum erkennbarer Vorteile schwerwiegende Beeinträchtigungen der Nachbarrechte in Kauf; sie ist daher sachlich nicht begründet und verstößt gegen den Gleichheitssatz.

B. Der Wegfall auch des nachträglichen Schutzes vor unzumutbaren Belästigungen

Wie schon deutlich geworden ist, lässt die Novelle den gewerberechtiglichen Schutz der Nachbarn vor unzumutbaren Belästigungen durch „76a-Gast-

⁸⁷ OGH 22.10.2010, 9 Ob 69/10b.

⁸⁸ Vgl wiederum VfSlg 16.103/2001: „Im übrigen scheint es dem Verfassungsgerichtshof auf der Hand zu liegen, daß die Möglichkeit, die Verletzung von Schutzinteressen ex post – nach Inbetriebnahme der Anlage – geltend zu machen, mit ihrer ex-ante-Geltendmachung im Bewilligungsverfahren selbst nicht vergleichbar ist.“

⁸⁹ S oben bei FN 35.

⁹⁰ § 236 ZPO; zB OGH 4.4.2006, 1 Ob 5/06a = SZ 2006/54.

⁹¹ §§ 40, 41; 27 ZPO.

⁹² ZB OGH 14.10.1997, 1 Ob 144/97a = SZ 70/199.

⁹³ § 1 Z 1 Verordnung BGBl 1994/350 idGF; vgl auch die EB zur RV (FN 5) 10, zu Gastgärten, die die Kriterien des § 76a nicht erfüllen: „Die Bestimmungen über das vereinfachte Verfahren gemäß § 359b GewO 1994 und das Anzeigeverfahren gemäß § 81 Abs 3 in Verbindung mit § 345 Abs 6 werden von dieser Regelung nicht berührt. Es ist daher bei Vorliegen der entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen von der Behörde mittels vereinfachtem

Verfahren oder Anzeigeverfahren vorzugehen.“ Die Nachbarn haben allerdings Parteistellung im Hinblick auf die Anwendbarkeit des vereinfachten Verfahrens: VfSlg 16.259/2001.

⁹⁴ RV (FN 5) 2.

⁹⁵ Zur ähnlichen Verfahrensverlagerung bei vereinfachten Genehmigungen Pöschl (FN 85) 40 f.

⁹⁶ Vgl Grabler/Stolzlechner/Wendl (FN 3) § 74 Rn 19. § 93 Abs 3 ASchG findet in diesem Fall keine Anwendung, weil diese Bestimmung nur Anzeigeverfahren für Änderungen oder Sanierungen erfasst. Soweit ein „§ 76a-Gastgarten“ als Änderung einer genehmigten Betriebsanlage angezeigt wird, ist diese Bestimmung auch nicht anwendbar, weil sie voraussetzt, dass die Änderung „mit Bescheid zur Kenntnis genommen werden“ kann, was im Anzeigeverfahren für „§ 76a-Gastgärten“ gerade nicht gilt; s oben bei FN 18.

⁹⁷ S oben bei FN 81.

gärten“ vollständig entfallen: Im Anzeigeverfahren kann er nicht geltend gemacht werden, weil die gesetzliche Vermutung unzumutbare Belästigungen ausschließt, und nachträgliche Auflagen kommen nur bei Gesundheitsgefährdungen in Betracht; und der zivilrechtliche Schutz vor erheblichen Beeinträchtigungen der ortsüblichen Nutzung ist kein ausreichender Ersatz dafür.

Dass unzumutbare Belästigungen auch nachträglich nicht bekämpft werden können, verstärkt nicht nur die Unsachlichkeit der Freistellung von der Genehmigungspflicht, sondern ist auch unabhängig davon ein massives gleichheitsrechtliches Problem. Nachträgliche Auflagen sind ein Instrument, um Unzulänglichkeiten der Erstzulassung zu kompensieren und später gewonnene Erkenntnisse zu berücksichtigen. Es gibt keinen Grund, warum bei Gastgärten nach Betriebsaufnahme nicht ebenfalls neue Einsichten gewonnen werden könnten; und bei „§ 76a-Gastgärten“ wäre die Kompensation von Unzulänglichkeiten der Erstzulassung noch viel wichtiger als bei anderen Betriebsanlagen, weil es hier anders als bei der Erstzulassung im normalen Genehmigungsverfahren noch gar nicht zu einer individuellen Prüfung der Lärmauswirkungen gekommen ist.

Eine Verfahrensvereinfachung oder –beschleunigung lässt sich dafür nicht ernsthaft als Rechtfertigungsgrund anführen: Es gibt keinen Grund zur Annahmen, dass Nachbarn, die unter Gastgartenlärm leiden, auf Anträge auf Erlassung nachträglicher Auflagen verzichten werden, weil sie ihre Belastung von vornherein zwar als unzumutbar, aber nicht als Gesundheitsgefährdung einschätzen; sie werden ihre Anträge eben nur regelmäßig mit Gesundheitsbeeinträchtigungen begründen. Der Messaufwand und Sachverständigenaufwand zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit und Stichhaltigkeit dieser Behauptungen ist nicht geringer, weil gleichzeitig nicht auch unzumutbare Belästigungen geltend gemacht werden. Erst wenn der Lärm gemessen und von einem medizinischen Sachverständigen bewertet ist, lässt sich eine Gesundheitsbeeinträchtigung ausschließen; und erst ab diesem Punkt entfällt die rechtliche Beurteilung der Zumutbarkeit. Die Verwaltungssparnis ist also, wenn überhaupt, marginal.

Damit bleiben als Rechtfertigung nur mehr die allgemeine Beliebtheit der Gastgärten, das touristische Interesse und das Erwerbsstreben der Gastwirte. Dass man zu ihren Gunsten definitionsgemäß „unzumutbare“ Belästigungen der Nachbarn zulässt, ist offensichtlich unverhält-

nismäßig und damit ebenfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz.

C. Weitere Verfassungsprobleme

Da in der Judikatur des VfGH bei Sachverhalten wie dem vorliegenden die Prüfung am Maßstab des Gleichheitsgebotes im Zentrum steht, werden mögliche Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Gebot effizienten Rechtsschutzes hier nicht näher untersucht. Angemerkt sei nur, dass es für dieses Gebot im gegebenen Zusammenhang eine Mehrzahl von normativen Grundlagen gibt – Art 1 1.ZPEMRK iVm Art 6 EMRK für Eigentumsbeeinträchtigungen, Art 8 iVm Art 6 bzw Art 13 EMRK für Beeinträchtigungen des Privatlebens und der Gesundheit von Nachbarn und allgemein das rechtsstaatliche Prinzip der Bundesverfassung⁹⁸ – und dass einiges dafür spricht, dass trotz der allenfalls bestehenden zivilrechtlichen Möglichkeiten die Vorenthaltung des vorgängigen *und* nachträglichen Schutzes vor unzumutbaren Belästigungen und die Beschränkung des Schutzes vor Gesundheitsbeeinträchtigungen auf nachträgliche und aufwändige Anträge selbst in Fällen, in denen diese Beeinträchtigungen schon vor Betriebsaufnahme feststehen, diese Vorschriften verletzt.

Schließlich ist auch ein Verstoß gegen das Staatsziel des umfassenden Umweltschutzes möglich. Zum umfassenden Umweltschutz gehören nach § 1 Abs 2 des einschlägigen BVG⁹⁹ auch „Maßnahmen [...] zur Vermeidung von Störungen durch Lärm“. Das Staatsziel bildet eine Vorgabe für alle Staatsgewalten, daher auch und gerade für die Gesetzgebung. Wie es die Gesetzgebung bindet, ist nicht ganz klar, aber denkbar sind zwei, auch miteinander kombinierbare Formen.¹⁰⁰ Zum einen könnte das Staatsziel ein bestimmtes Minimalniveau an Umweltschutzgesetzgebung

⁹⁸ Zu letzterem iZm Betriebsanlagengenehmigungen zB Thienel (FN 34) 727 ff; Novak, Lebendiges Verfassungsrecht (2004), JBl 2007, 220 (222 f) = Novak, Lebendiges Verfassungsrecht (2008) 294 f.

⁹⁹ Bundesverfassungsgesetz über den umfassenden Umweltschutz, BGBl 1984/491.

¹⁰⁰ Vgl Gutknecht, BVG Umwelt, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (LoseblattSlg, 1.Lfg 1999) Rz 28: „Eine Gesetzgebung, die wichtige Umweltgesichtspunkte [...] außer Acht lässt oder gar konterkariert, wird allerdings als verfassungswidrig betrachtet werden müssen, ebenso eine solche, die etwa gefährliche oder stark umweltbelastende Anlagen keinerlei Kontrollen unterstellen oder einen bereits erreichten Schutzstandard drastisch zurücknehmen würde.“

garantieren; dass dieses mit der neuen Gastgartenregelung schon unterschritten wäre, ist nicht ausgeschlossen,¹⁰¹ versteht sich aber auch nicht von selbst. Zum anderen könnte das Staatsziel ein Verbot von Verschlechterungen der bestehenden Umweltschutznormen ohne ausreichende Rechtfertigung enthalten: In diesem Fall läge ein Verstoß nach dem Gesagten auf der Hand.

D. Verfassungskonforme Interpretation?

Angesichts dieses nicht gerade erfreulichen Befundes stellt sich natürlich die Frage nach der Möglichkeit einer verfassungskonformen Interpretation. Den besten Ansatzpunkt dafür bietet die gesetzliche Vermutung des § 76a Abs 1 Z 4 2. Halbsatz, nach der eine Gesundheitsgefährdung oder unzumutbare Belästigung durch Lärm jedenfalls nicht zu erwarten ist, wenn die [...] in Z 1 bis Z 3 genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Deutet man sie nicht als unwiderlegbar, sondern als bloße Beweislastregel etwa iSd § 45 Abs 1 AVG, und geht man zugleich noch von einer Paratestellung der Nachbarn im Anzeigeverfahren¹⁰² aus, verkennt man damit zwar die Intention der Regelung,¹⁰³ entschärft aber doch einige ihrer Probleme. Die Nachbarn müssten dann von Anzeigen verständigt werden und könnten Indizien vorbringen, die entgegen der gesetzlichen Vermutung für eine Beeinträchtigung ihrer Interessen sprechen. Die Behörde hätte dies zu prüfen und zutreffendenfalls den Gastgarten zu untersagen. Echte Härtefälle ließen sich so weitgehend vermeiden.

Von einigen in den EB zur RV ausdrücklich genannten Elementen der Regelung müsste man sich dann verabschieden, so von der behördlichen Beurteilung des Projekts bloß auf der Grundlage der Anzeige,¹⁰⁴ von der Verwirkung des Untersagungsrechts nach Ablauf der Dreimonatsfrist¹⁰⁵ (die bei einem Mehrparteienverfahren als einseitige Zuordnung des Verzögerungsrisikos auf eine Partei offensichtlich unsachlich wäre), und von der bescheidfreien Nichtuntersagung¹⁰⁶ (weil sie den Nachbarn als Parteien die Rechtsschutzmöglichkeit nähme). Weil diese Elemente sich aber nicht im Gesetzeswortlaut finden, ist das nicht ausgeschlossen. Wer sich also am expliziten „jedenfalls“ der gesetzlichen Vermutung nicht

stößt und zugunsten der Verfassungskonformität den eindeutigen gesetzgeberischen Willen und den normativen Kontext zurücktreten lässt, könnte diesen Weg versuchen.

Zum Ziel führt er jedoch nicht, denn auch so verstanden, litte die Regelung unter Verfassungswidrigkeiten. Erstens ist der Anwendungsbereich der Vermutung auch als einer bloßen Beweislastregel unsachlich abgegrenzt, da er auch extrem laute Gastgärten als ganze Kategorie einschließt.¹⁰⁷ Zweitens geht aber, wenn entgegen der gesetzgeberischen Intention über eine bloße Anzeige ein volles Verfahren unter Nachbarbeteiligung geführt werden muss, der Zweck dieser Sonderbehandlung und damit ihre sachliche Rechtfertigung verloren. Sie kann dann gegenüber dem sonst geltenden (vereinfachten oder vollen) Genehmigungsverfahren weder zur Verfahrensvereinfachung oder beschleunigung noch zu einer Unterstützung von Gastgartenfreude, Erwerbstreben der Wirte oder Fremdenverkehr beitragen. Als Unterschied bleibt dann letztlich nur, dass der Gastgarten während des laufenden Verfahrens schon betrieben werden darf, und dies ist wegen der misslungenen Abgrenzung der „76a-Gastgärten“ die dritte Verfassungswidrigkeit. Nichts ändert sich schließlich an der vierten, der gleichheitswidrigen Vorenthaltung nachträglichen Schutzes vor unzumutbaren Belästigungen.¹⁰⁸

IV. Ergebnis

Die Neuregelung versucht den Großteil aller Gastgärten, darunter auch solche, die Lautstärken wie rangierende LKW entwickeln, vor den Anfechtungen des normalen Betriebsanlagenrechts zu retten, indem sie sie von der Genehmigungspflicht befreit, eine vorgängige Einzelfallprüfung des Lärms unterbindet, den Nachbarn vor und nach Betriebsaufnahme Schutz gegen unzumutbare Belästigungen nimmt, sie auch bei Gesundheitsbeeinträchtigungen auf aufwändige nachträgliche Anträge verweist. Die Risiken von gesetzlichen Fehlprognosen und behördlichen Fehlentscheidungen werden allein den Nachbarn aufgebürdet; ein echter Interessensausgleich ist nicht zu erkennen. Die Regelung ist damit schon für sich und erst recht als Abweichung vom allgemein geltenden Betriebsanlagenstandard verfassungswidrig. Davor kann sie auch eine – ohnehin nur gegen

¹⁰¹ So wohl *Kind* (FN 1) 114 f.

¹⁰² Dazu oben bei FN 20.

¹⁰³ S oben bei FN 9 ff.

¹⁰⁴ S oben bei FN 12.

¹⁰⁵ S oben bei FN 19.

¹⁰⁶ S oben bei FN 18.

¹⁰⁷ S oben bei FN 55.

¹⁰⁸ S oben unter III.B.

den eindeutigen Willen der Gesetzgebung mögliche – Umdeutung des Anzeigeverfahrens in ein verkapptes Genehmigungsverfahren nicht bewahren.

Korrespondenz: Univ.-Prof. Dr. Franz Merli, Institut für Österreichisches, Europäisches und Vergleichendes Öffentliches Recht, Universität Graz, Universitätsstraße 15, 8010 Graz; E-Mail: franz.merli@uni-graz.at

SpringerRecht.at



- **hier** können Sie diesen Beitrag kommentieren
- **hier** finden Sie Vorschauen unserer juristischen Zeitschriftenartikel
- **hier** gibt es: News, Expertenforen, Neuerscheinungen und Zeitschriften, ...