

# RECHT **RdU** DER UMWELT

Mit mehr  
Wasserrecht!

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**

April 2012

02

45 – 88

## Schwerpunkt

### Klimaschutz

**Neues Klimaschutzgesetz: Zielvereinbarungen zwischen politischen Akteuren als Steuerungsinstrument** *Stephan Schwarzer* ➔ 49

**EuGH: Schutzverstärkungsmaßnahmen im Zielkonflikt zwischen Natur- und Klimaschutz** *Richard Volgger* ➔ 74

## Beiträge

**„Ingenieure versus Juristen“** *Wilhelm Bergthaler* ➔ 55

**Rechtliche Aspekte des Grundwasserschutzes bei der Gewinnung von Sand und Kies (Teil 1)** *Franz Oberleitner* ➔ 61

## Beilage Umwelt & Technik

**UVP-Verfahren: Vereinbarkeit von Unionsrecht und Präklusion** *Wolfgang Berger* ➔ 38

## Aktuelles Umweltrecht

**Neukodifikation der UVP-RL** ➔ 67

**Neue Grenzwertverordnung** ➔ 69

**Stmk Luftreinhalteverordnung** ➔ 70

## Rechtsprechung

**Gastgärten: VfGH hebt Genehmigungsfreistellung auf** *Eva Schulev-Steindl* ➔ 78

**Informationen über Verwaltungsstrafe nach VwGH keine Umweltinformationen** *Daniel Ennöckl* ➔ 82

**Wasserrohrbruch in Außenmauer: OGH lehnt Haftung nach § 364 a ABGB analog ab** *Erika Wagner* ➔ 84

RdU 2012/47

Art 7 Abs 1 B-VG;  
§§ 74, 76 a GewOVfGH 7. 12. 2011,  
G 17/11 uaGastgarten;  
Genehmigungs-  
freistellung;  
Lärmemission;  
Einzelfallprüfung

## → Gastgärten – Genehmigungsfreistellung nach der GewO verfassungswidrig

→ Der Bestimmung des § 76 a GewO („Genehmigungsfreistellung“ für Gastgärten) liegt keine Durchschnittsbetrachtung zugrunde, bei der allenfalls Härtefälle entstünden. Fälle erheblicher Lärm-belästigung durch Gastgärten sind nämlich weder selten, noch haben sie a priori geringeres Gewicht. Vielmehr ist es offenkundig, dass es durch das – einer Prüfung der Auswirkungen von Lärm im Einzelfall entzogene – System der Anzeigepflicht des Gastgewerbetreibenden nicht nur in Härtefällen, sondern in einer nicht zu vernachlässigenden Anzahl an Fällen, wenn nicht sogar – zumindest in Wohngebieten – im Regelfall, zur Beeinträchtigung der Schutzinteressen der Nachbarn kommt.

→ Die Ausnahme von Gastgärten von der Genehmigungspflicht bzw der Ersatz des Genehmigungsverfahrens durch ein Anzeigeverfahren und die dadurch bewirkte Minderung des Nachbarschutzes

und der Abwehr sonstiger Gefahren iSd § 74 Abs 2 GewO sowie die dadurch eintretende Benachteiligung von Nachbarn von derartigen Gastgärten gegenüber Nachbarn sonstiger Betriebsanlagen sind auch nicht dadurch zu rechtfertigen, dass § 76 a Abs 1 Z 1 bis 4 GewO nunmehr – im Vergleich zu § 112 Abs 3 GewO in der alten Fassung – weitere Voraussetzungen (hinsichtlich Dimensionierung, Situierung und Betriebszeit) für die Inanspruchnahme der Genehmigungsfreistellung vorsieht.

→ Auch die Möglichkeit nachträglicher Auflagenteilung (§ 76 a Abs 8 iVm §§ 79, 79 a GewO) oder flankierender Regelungen (Untersagung des Betriebs innerhalb von drei Monaten nach Anzeige, Schließung des Gastgartens, Entziehung der Gewerbeberechtigung, § 76 a Abs 4 und 5 GewO, § 87 Abs 1 Z 3 GewO) vermag die Genehmigungsfreistellung nicht zu rechtfertigen.

**Sachverhalt:**

Aufgrund zweier bei ihm anhängiger Berufungsverfahren über Bescheide gem § 76 a Abs 4 GewO, mit denen in Bezug auf zwei Gastgärten festgestellt wurde, dass der angezeigte Betrieb die Voraussetzungen gem § 76 a Abs 1 bzw Abs 2 GewO nicht erfülle, und der Betrieb der Gastgärten untersagt wurde, stellte der UVS Stmk ua den Antrag, § 76 a Abs 2 GewO 1994 idF BGBl I 2010/66 in eventuellen Passus in § 76 a Abs 1 Z 4 GewO 1994 idF BGBl I 2010/66 „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;“ als verfassungswidrig aufzuheben.

Der VfGH folgte dem Eventualantrag und behob die angefochtene Wortfolge mit Ablauf des 30. 11. 2012.

§ 76 a Abs 1 Z 4 GewO idF BGBl I 2010/66 anzuwenden, ist zutreffend. Die Aufhebung dieser Wortfolge reicht zur Beseitigung der Verfassungswidrigkeit aus.

**[Bedenken des UVS]**

Der UVS hegt gegen die angefochtenen Bestimmungen Bedenken im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz und auf die Bestimmungen des BVG Umweltschutz. Zunächst beanstandet der UVS, dass die Regelung des § 76 a Abs 1 und 2 das „grundsätzliche System der Gewerbeordnung“ – die Genehmigungspflicht nicht emissionsneutraler Betriebsanlagen – unterlaufe, da Gastgärten unabhängig von den Kriterien nach § 74 Abs 2 Z 1 und 2 GewO nicht mehr genehmigungspflichtig seien, selbst wenn von diesen gesundheitsgefährdende oder unzumutbare Lärmemissionen ausgingen. Es fehle an einer sachlichen Rechtfertigung für diese Privilegierung gegenüber anderen gewerblichen Betriebsanlagen, die darin bestehe, dass keine Einzelfallprüfung mehr vorgenommen werden müsse.

Dabei nimmt der UVS auf die – auch auf Gastgärten iSd § 76 a Abs 2 GewO anzuwendende – Wortfolge „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;“ in § 76 a Abs 1 Z 4 GewO Bezug. Hintergrund dieser – als unwiderlegbar zu verstehenden – Rechtsvermutung sei die Annahme, dass Gesundheitsbeeinträchtigungen und unzumutbare Belästigungen durch Lärm schon aufgrund der Voraussetzungen des § 76 a Abs 1 Z 1 bis 4 GewO hintangehalten würden; dies treffe jedoch nicht auf alle Fälle zu.

Der UVS beruft sich weiters auf das Erk VfSlg 14.551/1996, aus dem er den Schluss zieht, dass eine Garantie bestimmter Betriebszeiten ihre sachliche Begründung in den besonderen restriktiven Tatbestandsmerkmalen sowie in der bestehenden Genehmigungspflicht nach § 74 iVm § 77 GewO finde. Aus den gesetzlichen Voraussetzungen für Gastgärten, die der angefochtenen Bestimmung unterliegen, ergebe sich keine sachliche Begründung für den Umstieg von einem Genehmigungsverfahren in ein Anzeigeverfahren.

Der VfGH gebietet der unsachlichen Privilegierung von Gastgärten durch die GewO Einhalt und zeigt die verfassungsrechtlichen Grenzen einer Deregulierung im Anlagenehmigungsverfahren auf.

**Aus den Entscheidungsgründen:****[Zur Zulässigkeit des Antrags]**

Die BReg bestreitet die Zulässigkeit des Gesetzesprüfungsantrags nicht. Der Annahme des UVS, er habe in dem bei ihm anhängigen Berufungsverfahren die angefochtene Bestimmung des § 76 a Abs 2 GewO idF BGBl I 2010/66 anzuwenden, ist auch nicht entgegenzutreten. Allerdings erweist sich der auf die Aufhebung des § 76 a Abs 2 GewO idF BGBl I 2010/66 gerichtete Hauptantrag als überschießend und daher unzulässig, da es für die Beseitigung der behaupteten Verfassungswidrigkeit ausreicht, die in § 76 a Abs 2 GewO verwiesene, im Eventualantrag angefochtene Wortfolge des § 76 a Abs 1 Z 4 HS 2 GewO aufzuheben.

Der zu G 17/11 protokollierte Eventualantrag erweist sich hingegen als zulässig. Die Annahme des UVS, er habe in dem bei ihm anhängigen Berufungsverfahren die Wortfolge „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;“ in

In den beh Sanktionen für die Nichteinhaltung der Bedingungen für die Genehmigungsfreistellung, in den Strafbestimmungen und im Gewerbeentziehungstatbestand sowie in der Möglichkeit der nachträglichen Vorschreibung von Auflagen sieht der UVS keinen Ausgleich für den Verlust der Einzelfallprüfung.

Zu den Gastgärten iSd § 76 a Abs 2 GewO führt der UVS aus, dass entgegen dem Erk VfSlg 14.551/1996 das wesentliche Element der räumlichen Situierung von Gastgärten auf öffentlichem Grund gerade bei Gastgärten im Innenhofbereich nicht vorliege und daher in diesen Fällen nicht davon ausgegangen werden könne, dass angesichts der Nutzungsbeschränkungen des Gastgartens der zu erwartende Immissionsstandard die Zumutbarkeitsgrenze nach § 77 GewO nicht überschreite. Die räumlichen Bedingungen würden in solchen Fällen nicht von vornherein ein gewisses Maß an Lärmimmissionen zumutbar erscheinen lassen.

### [Entwicklung der Gastgartenregelung]

Die dem Gesetzgeber durch den Gleichheitsgrundsatz gesetzten Schranken wurden durch die Bestimmung des § 76 a GewO idF BGBl I 2010/66 überschritten, weil eine sachliche Rechtfertigung für die Privilegierung der von § 76 a GewO erfassten Gastgärten fehlt: Anlass für die Einfügung des § 76 a GewO in den Abschnitt der Bestimmungen über Betriebsanlagen bzw des Ersatzes des § 112 Abs 3 GewO in der alten Fassung durch BGBl I 2010/66 war die Entwicklung der Rspr des VfGH (siehe VfSlg 14.551/1996; ferner VfSlg 17.559/2005) und jener des VwGH (siehe VwGH 27. 6. 2007, 2007/04/0111; 12. 9. 2007, 2007/04/0100) dahingehend, dass Gastgärten trotz der gesetzlichen „Betriebszeiten-garantie“ nach Maßgabe der §§ 74 ff GewO der Genehmigungspflicht unterlägen und auch die Betriebsgeräusche im Genehmigungsverfahren zu prüfen seien (RV 780 BlgNR 24. GP 4).

Der Gesetzgeber ging bei der Novellierung offenbar davon aus, dass Gastgärten iSd § 76 a GewO aufgrund der vorausgesetzten lärmbeschränkenden Eigenschaften sowie aufgrund sonstiger Umstände (Bestehen einer gewissen Lärmbelastung bereits durch Straßenverkehr und Fußgänger; ortsübliche Geräuschentwicklungen; zeitliche Beschränkung des Betriebs von Gastgärten auf die Sommermonate) keine gravierenden nachteiligen Auswirkungen auf die Nachbarn zeitigen würden; insb Gesundheitsgefährdungen und unzumutbaren Belästigungen durch Lärm sollte durch die Voraussetzungen des § 76 a Abs 1 Z 1 bis 3 GewO vorgebeugt werden (RV 780 BlgNR 24. GP 8 f). Hinsichtlich der Gastgärten, die nicht auf öffentlichem Grund oder angrenzend an öffentliche Verkehrsflächen betrieben werden, wird in den Gesetzesmaterialien Folgendes ausgeführt:

*„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 Umstands, dass sich in diesen Lagen Störgeräusche üblicherweise stärker von den Umgebungsgeräuschen abheben – eine differenzierte Behandlung erforderlich ist. Ein nach den landespolizeilichen Regelungen und dem zivilen Nachbarschaftsrecht zu be-*

*urteilender 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.“*

Den Gesetzesmaterialien zufolge stellt § 76 a GewO im Vergleich zu § 112 Abs 3 GewO in der alten Fassung auch weitere Anforderungen an die Inanspruchnahme der Ausnahme von der Genehmigungspflicht, nämlich die Limitierung auf höchstens 75 Verabreichungsplätze sowie das Erfordernis der erwarteten Vermeidung der Beeinträchtigung geschützter Interessen (RV 780 BlgNR 24. GP 5).

Der VfGH hat im Erk VfSlg 14.551/1996 die Betriebszeitengarantie für Gastgärten und die daraus folgende Beeinträchtigung der Nachbarn zwar noch für verfassungskonform befunden, dies aber (nur) deshalb, weil die Genehmigungspflicht nach §§ 74 ff GewO samt nachträglicher Auflagenerteilung bestehen blieb, wenn auch die genehmigende Beh die Betriebszeiten nicht einschränken durfte. Gerade von dieser – vom VfGH als verfassungsrechtlich geboten beurteilten – Genehmigungspflicht sind Gastgärten nach der geltenden, sich von jener dem genannten Erk zugrundeliegenden unterscheidenden Rechtslage ausgenommen, weshalb die Begründung der Verfassungskonformität der früheren Regelung im Erk VfSlg 14.551/1996 nicht auf die geltende Rechtslage übertragbar ist. Das Erfordernis der Einhaltung zusätzlicher Kriterien vermag an der Tatsache, dass eine Beurteilung der Wahrung der in § 74 Abs 2 GewO genannten Schutzinteressen vor Aufnahme des Gastgartenbetriebs nicht erfolgt, nichts zu ändern; insb sind die Voraussetzungen nicht dafür maßgeblich, ob der Gastgartenbetrieb geführt wird; sie berühren lediglich die Gestaltung des Gastgartenbetriebs.

### [Lärmbelästigungen nicht bloß in Härtefällen]

Der VfGH vermag auch dem Argument der BREG, dass der Bestimmung des § 76 a GewO eine Durchschnittsbetrachtung zugrunde liege und allenfalls Härtefälle entstünden, nicht zu folgen. Die unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes nach st Rspr des VfGH hinzunehmenden Härtefälle zeichnen sich zT durch ihr seltenes – auf atypische Fälle beschränktes – Vorkommen, zT durch ein relativ geringes Maß der Intensität des für die Betroffenen im Verhältnis zu anderen eintretenden Nachteils, aus (VfSlg 19.031/2010). Fälle erheblicher Lärmbelästigung durch Gastgärten sind jedoch weder selten, noch haben sie a priori geringeres Gewicht. Vielmehr ist es offenkundig, dass es durch das – einer Prüfung der Auswirkungen von Lärm im Einzelfall entzogene – System der Anzeigepflicht des Gastgewerbetreibenden nicht nur in Härtefällen, sondern in einer nicht zu vernachlässigenden Anzahl an Fällen, wenn nicht sogar – zumindest in Wohngebieten – im Regelfall, zur Beeinträchtigung der Schutzinteressen der Nachbarn kommt. Es verbietet sich daher die Annahme, dass die Regelung lediglich zu Härtefällen iS nicht vermeidbarer „Systemfehler“ (VfSlg 19.031/

2010; vgl auch VfSlg 17.237/2004) führen kann. Das Entstehen jedenfalls von unzumutbaren Belästigungen – insb durch Lärmimmissionen – ist im gewählten System nicht auf Ausnahmefälle beschränkt.

Die Wertung des Gesetzgebers bzw dessen Annahme, dass die durch die von Gastgärten ausgehenden Lärmimmissionen betroffenen Schutzinteressen des § 74 Abs 2 GewO bereits durch die Erfüllung der in den Z 1 bis 3 genannten Voraussetzungen hinreichend geschützt sind, ist angesichts dessen, dass bei der schalltechnischen und lärmmedizinischen Beurteilung in jedem Fall auf die tatsächlichen örtlichen Gegebenheiten abgestellt werden müsste, nicht nachvollziehbar. So wären bei einer ordnungsgemäßen Beurteilung der zu erwartenden Lärmemissionen etwa der Abstand zwischen der Lärmquelle zum nächsten Anrainer, die Verbauungsdichte und das Bestehen bzw die Beschaffenheit von Reflektionsflächen sowie der tatsächlich während der Betriebszeit gegebene Umgebungslärm (etwa die Verringerung des Verkehrsaufkommens in den Abendstunden) zu berücksichtigen; insb gehen öffentliche Verkehrsflächen – etwa im Fall von wenig frequentierten Straßen, Sackgassen oder Fußgängerzonen – nicht zwingend mit einer hohen akustischen Vorbelastung einher. Es ist nicht zu erwarten und muss daher im Einzelfall geprüft werden, dass die spezifischen Immissionen allein durch eine Begrenzung auf 75 Verabreichungsplätze und ein bestimmtes, durch Hinweistafeln angezeigtes und durch den Gastgewerbetreibenden durchzusetzendes Verhalten an der Lärmquelle begrenzt werden (vgl zur Bedeutung des Lärmschutzes iZm dem Betrieb von Gastgärten VfSlg 17.559/2005).

Soweit die BReg vorbringt, dass sich die Anwendung der Gastgartenregelung auf Fälle beschränke, bei denen aufgrund der geplanten Ausführung zu erwarten sei, dass die gem § 74 Abs 2 GewO wahrzunehmenden Interessen hinreichend geschützt seien und Belastungen der Umwelt vermieden würden, ist ihr entgegenzuhalten, dass eine Sicherstellung der Einhaltung sämtlicher Kriterien des § 74 Abs 2 GewO durch eine Prognoseentscheidung schon deshalb nicht erfolgen kann, weil der Beh nach § 76 a Abs 1 Z 4 HS 2 GewO die Überprüfung der – gerade im Fall des Gastgartenbetriebs idR die Ursache von Beeinträchtigungen der Nachbarn darstellenden – Lärmemissionen im Einzelfall bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen des Einleitungssatzes des Abs 1 und der Z 1 bis 3 entzogen ist.

Die Ausnahme von Gastgärten iSd § 76 a GewO von der Genehmigungspflicht („Genehmigungsfreistellung“) bzw der Ersatz des Genehmigungsverfahrens durch ein Anzeigeverfahren und die dadurch bewirkte Minderung des Nachbarschutzes und der Abwehr sonstiger Gefahren iSd § 74 Abs 2 GewO sowie die dadurch eintretende Benachteiligung von Nachbarn von derartigen Gastgärten gegenüber Nachbarn sonstiger Betriebsanlagen sind auch nicht dadurch zu rechtfertigen, dass § 76 a Abs 1 Z 1 bis 4 GewO nunmehr – im Vergleich zu § 112 Abs 3 GewO in der alten Fassung – „weitere“ (RV 780 BlgNR 24. GP 5) Voraussetzungen (hinsichtlich der Dimensionierung, Situierung und Betriebszeit) für die Inanspruchnahme der Genehmigungsfreistellung vorsieht, da diese Bedingungen Gesundheitsge-

fährdungen und unzumutbare Belästigungen iSd § 74 Abs 2 Z 1 und 2 GewO in einer erheblichen Zahl von Fällen nicht auszuschließen vermögen.

Ein angemessener Ausgleich zwischen den verfassungsrechtlich geschützten Interessen des durch die Lärmerregung durch Gastgärten beeinträchtigten Personenkreises und der ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Erwerbsfreiheit der Gastgewerbetreibenden sowie den allgemeinen Interessen der Bevölkerung am Betrieb von Gastgärten wird durch die Regelung des § 76 a GewO jedenfalls nicht erzielt.

### [Kein Ausgleich durch Möglichkeit nachträglicher Auflagen]

Auch die Möglichkeit der nachträglichen Aufgabenteilung nach § 76 a Abs 8 iVm §§ 79, 79 a GewO vermag die Genehmigungsfreistellung nicht zu rechtfertigen. Einerseits besteht die Möglichkeit der nachträglichen (amtswegigen oder antragsgemäßen) Verschreibung nur, soweit dies zur Vermeidung einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit dieser Personen notwendig ist; unzumutbaren Beeinträchtigungen durch Lärm kann daher nicht abgeholfen werden, sondern haben die Nachbarn diese hinzunehmen. Andererseits wird im Fall einer Gesundheitsgefährdung eine beantragte Maßnahme nur dann vorgeschrieben, wenn jene durch den antragstellenden Nachbarn glaubhaft gemacht wird. Letztlich ist auch festzustellen, dass die Möglichkeit, nachträglich, also während des laufenden Gastgartenbetriebs, Auflagen zum Schutz der Nachbarn vor Auswirkungen des Gastgartenbetriebs vorzuschreiben, keine rechtfertigende Begleitmaßnahme für die Ausnahme von Gastgärten von der Genehmigungspflicht des Betriebsanlagenrechts darstellt. Im Fall der Einleitung von Verfahren nach §§ 79, 79 a GewO besteht die Gefahr, dass Nachbarn gesundheitsgefährdende Betriebszustände durch einen längeren Zeitraum hindurch während eines laufenden Ermittlungsverfahrens hinnehmen müssen.

Ebenso wenig vermögen die anderen von der BReg genannten „flankierenden Regelungen“, nämlich die Unterstufung des Betriebs innerhalb von drei Monaten nach Anzeige (§ 76 a Abs 4 GewO), die Schließung des Gastgartens nach § 76 a Abs 5, die auf die letztgenannten Bestimmungen Bezug nehmende Sanktionierung nach § 366 Abs 1 Z 3 a GewO sowie die Entziehung der Gewerbeberechtigung nach § 87 Abs 1 Z 3 GewO, die Interessen der Nachbarn nach § 74 Abs 2 Z 1 und 2 GewO ausreichend zu wahren (vgl VfSlg 16.103/2001, wonach die Möglichkeit der Geltendmachung von Schutzinteressen ex post einer ex-ante-Beurteilung im Bewilligungsverfahren nicht gleichkommt).

Eine Vergleichbarkeit des Anzeigeverfahrens nach § 76 a GewO mit dem – grundsätzlich als verfassungsrechtlich zulässig erachteten – vereinfachten Betriebsanlagengenehmigungsverfahren nach § 359 b GewO ist deshalb nicht gegeben, weil in Letzterem jedenfalls die Vornahme einer Einzelfallprüfung, ob aufgrund der Ergebnisse des Verfahrens zu erwarten ist, dass Gefährdungen, Belästigungen, Beeinträchtigungen und sonstige nachteilige Einwirkungen iSd § 74 Abs 2 GewO oder Belastungen der Umwelt vermieden werden, geboten ist (siehe zur notwendigen Einzelfallbezogenheit des

nach § 359 b GewO durchzuführenden Genehmigungsverfahren das Erk VfSlg 17.165/2004, dem überdies eine Gastgartengenehmigung als Anlassfall zugrunde lag).

### [Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz]

Eine verfassungskonforme Interpretation des § 76 a GewO, insb der Abs 1 bis 4 und 7, dahingehend, dass die von diesem erfassten Gastgärten einer Genehmigungspflicht nach § 74 iVm § 77 GewO unterliegen, kommt nicht in Betracht: Sowohl der Wortlaut als auch der erkennbare Zweck der Regelung lassen keinen Zweifel offen, dass anstelle der mit einer auf die Betriebszeit eingeschränkten „ausübungsrechtlichen Garantie“ verbundenen Genehmigungspflicht nunmehr ein bloßes Anzeigeverfahren angeordnet wird und der Betrieb von Gastgärten zwischen 8 und 23 Uhr bzw 9 und 22 Uhr ohne Genehmigung ermöglicht werden soll (siehe RV 780 BlgNR 24. GP 8). Zudem nennen die Gesetzesmaterialien das Ziel, der in der Judikatur des

VfGH und jener des VwGH entwickelten Auslegung, dass auch Gastgärten der Genehmigungspflicht nach § 74 iVm § 77 GewO unterlägen, entgegenzuwirken.

Die Regelung des § 76 a GewO idF BGBl I 2010/66 verstößt daher gegen den Gleichheitsgrundsatz. Zur Beseitigung der Verfassungswidrigkeit reicht es aus, die Wortfolge „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;“ in § 76 a Abs 1 Z 4 GewO idF BGBl I 2010/66 aufzuheben.

Bei diesem Ergebnis muss auf das übrige Vorbringen des UVS bzw der BReg nicht eingegangen werden. Die Wortfolge „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;“ in § 76 a Abs 1 Z 4 GewO 1994, BGBl 1994/194 idF BGBl I 2010/66, ist als verfassungswidrig aufzuheben.

### Anmerkung:

Lärmbelästigungen in der Umgebung von Gastgärten treten nicht bloß als ungewöhnliche Ausnahme- bzw „Härtefälle“ auf, sondern sind mit einer gewissen Regelmäßigkeit zu erwarten. Was leidgeprüfte Nachbarn schon die Alltagserfahrung lehrt, hat der VfGH nun am Maßstab des Gleichheitssatzes bestätigt. Anderer Ansicht war zuvor der Gewerbergesetzgeber gewesen: Hatte er doch in § 76 a der GewO unwiderlegbar vermutet, dass durch Gastgartenlärm „jedenfalls“ keine Gesundheitsgefährdungen oder unzumutbaren Belästigungen zu erwarten wären, wenn nur drei Voraussetzungen erfüllt sind, nämlich der Garten bloß gastronomischen Zwecken dient, nicht mehr als 75 Plätze hat und per Anschlag lautes Sprechen, Singen und Musizieren untersagt ist. Solche gesetzlichen Vermutungen bzw Fiktionen gehören zwar zum üblichen legislativen Instrumentarium und dienen häufig der Beweiserleichterung (vgl zB die – allerdings widerlegliche – Vermutung der Ertragerzielungsabsicht wirtschaftlich tätiger Verene nach § 1 Abs 6 GewO). Gelegentlich – so wie hier – haben sie aber auch den Zweck, eine Regel – hier den Grundsatz, dass Betriebsanlagen von der Beh nur dann zugelassen werden dürfen, wenn von ihnen keine schädlichen und unzumutbaren Beeinträchtigungen ausgehen – formal aufrechtzuerhalten, diese Regel aber gleichzeitig zu durchbrechen. Die potenzielle Unsachlichkeit einer Ausnahme, so die Hoffnung, lässt sich auf diese Weise besser kaschieren.

Einer solch trügerischen Hoffnung ist der VfGH mit dem vorliegenden Erk entschieden entgegengetreten und hat die gesetzliche Vermutung der „Unschädlichkeit“ in § 76 a und den damit verbundenen Versuch, Gastgärten bis zu einer gewissen Größe ungeachtet ihrer Lärmemissionen genehmigungsfrei zu stellen, als verfassungswidrig erklärt. Dass der Gesetzgeber im Jahr 2010, gleichsam als ultima ratio, zu einer solchen Genehmigungsfreistellung gegriffen hat, erklärt sich aus der langen Geschichte einer versuchten Privilegierung von Gastgärten durch sog „Betriebszeitengarantien“, die von der Judikatur zwar nicht als verfassungswidrig

erachtet (VfSlg 14.551/1996), unter Verweis auf die Anwendbarkeit des Betriebsanlagenrechts aber immer wieder in die Schranken verwiesen worden war (zB VwGH 27. 6. 2007, 2007/04/0111 RdU 2008/16 mit Anm Schulev-Steindl). Mit der gegenständlichen Regelung hat der Gesetzgeber den Bogen freilich überspannt. Mögen nämlich die mit ihr verfolgten Ziele der Tourismusförderung und Verwaltungsvereinfachung auch zweifellos legitim sein, ist eine Genehmigungsfreistellung von Gastgärten, ohne dass deren Lärmemissionen in irgendeiner Weise konkret geprüft würden, wie der VfGH zurecht konstatiert, in zweifacher Hinsicht gleichheitswidrig: Zum einen ist die damit verbundene Reduktion des Nachbartschutzstandards per se unsachlich, zum anderen bewirkt die Genehmigungsfreistellung eine Benachteiligung der Nachbarn von Gastgärten gegenüber Nachbarn anderer Anlagen, welche den vollen Schutz iSd § 74 Abs 2 iVm § 77 Abs 1 GewO genießen (siehe zur verfassungsrechtlichen Problematik des § 76 a GewO schon eingehend Merli, Unzumutbare Gesetzgebung: Die neue Gastgartenregelung der Gewerbeordnung, JRP 2011, 195; vgl auch Kind, Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Novelle der Gastgartenregelung, RdU 2010, 112).

Zutreffend hat der VfGH weiters klargestellt, dass auch „flankierende Maßnahmen“ wie nachträgliche Auflagen oder die Möglichkeit der Untersagung des Gastgartenbetriebs (§ 76 a Abs 4 und Abs 8 GewO) nichts an dieser Verfassungswidrigkeit zu ändern vermögen. Sind sie doch auch insofern lückenhaft, als einerseits Auflagen nachträglich nur zur Abwehr von Lebens- und Gesundheitsgefahren, nicht aber bei bloß unzumutbaren Lärmbelästigungen vorgeschrieben werden können und andererseits Nachbarn bis zum Wirksamwerden solcher Maßnahmen mit den potenziell gefährlichen Auswirkungen der Anlage belastet bleiben. Ungeachtet aller Deregulierungsbemühungen gilt also in solchen Fällen: Prävention geht vor Repression!

Entgegen dem Antrag des UVS Stmk war der VfGH freilich der Ansicht, dass es zur Beseitigung der Verfassungswidrigkeit ausreicht, die gesetzliche Vermutung





über die Zumutbarkeit der Lärmimmissionen in § 76 Abs 1 Z 4 GewO aufzuheben, nicht aber auch die Konstruktion der Genehmigungsfreistellung iVm einer Anzeigepflicht an sich. Diese bleibt somit auch nach Inkrafttreten der Aufhebung mit 1. 12. 2012 bestehen. Was aber bedeutet dies für die Vollziehung des § 76 a GewO in seiner bereinigten Fassung? – Dieser sieht in seinem Abs 1 Z 4 vor, dass die Genehmigungsfreistellung für einen Gastgarten nur dann greift, wenn „*aufgrund der geplanten Ausführung zu erwarten ist, dass die gemäß § 74 Abs 2 wahrzunehmenden Interessen hinreichend geschützt sind* [...]“ und trägt der Beh auf, bei Nichterfüllung dieser Voraussetzungen dies mit Bescheid festzustellen und den Betrieb des Gastgartens zu untersagen. Die Beh hat somit nach Wegfall der gesetzlichen Vermutung den Schutz der nachbarlichen Interessen auch im Hinblick auf Lärmimmissionen zu prüfen und bei Gesundheitsgefährdung oder unzumutbarer Belästigung den angezeigten Gastgartenbetrieb gem § 76 a Abs 4 GewO zu untersagen (was aber eine allfällige Bewilligung des Gastgartens unter Auflagen, etwa auch Betriebszeitenbeschränkungen, in einem nachfolgend be-

antragten Genehmigungsverfahren nicht ausschließt!). Um den Bedenken des VfGH Rechnung zu tragen, muss die Prüfpflicht der Beh dabei einzelfallbezogen verstanden werden, womit sich aber das Anzeigeverfahren dem vereinfachten Genehmigungsverfahren (vgl § 359 b Abs 1 Z 2 GewO) annähert. Soll nun die Unterscheidung zwischen diesen beiden Verfahrensarten nicht völlig hinfällig werden, wird man – wie dies der UVS (UVS Stmk 2. 2. 2012, 43.14 – 3/2011 – 7) bereits im Gefolge des vorliegenden Erk zutreffend judiziert hat – im Anzeigeverfahren eine vergleichsweise reduzierte Prüfpflicht der Beh annehmen müssen und eine „*vertiefte Einzelfallbeurteilung mit Sachverständigenbeurteilung*“ dem Genehmigungsverfahren vorbehalten. Mit dieser Differenzierung dürfte der Intention des VfGH Rechnung getragen sein – eine gewisse Privilegierung der Gastgärten sowie die Möglichkeit zeitweiliger, ungerechtfertigter Belastungen der Nachbarn durch die Anlage bleibt aber nach wie vor bestehen, sodass die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 76 a GewO zwar abgemildert, mE aber nicht gänzlich ausgeräumt sind.

*Eva Schulev-Steindl*