

**B Ü R G E R I N I T I A T I V E „SPINST“ 24h**

SPERRSTUNDE INITIAIVE STEIERMARK 24h

Kontaktdaten der Bürgerinitiative  
eMail: [spinst@gmx.net](mailto:spinst@gmx.net)Bundesministerium für  
Wirtschaft, Familie und Jugend  
Stubenring 1  
1011 Wien[post@l7.bmwfj.gv.at](mailto:post@l7.bmwfj.gv.at)

25. Mai, 2010

**§ 76a GewO, Entwurf – Stellungnahme**  
(zu BMWFJ-30.680/0003-I/7/2010)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Aus Sicht der SPerrstunde INitiative STEiermark beinhaltet § 76a GewO zur Neu-Regelung von Gastgärten eine verfassungsrechtlich bedenkliche **LÄRMGARANTIE** und damit verbunden gesundheitliche Gefährdungen bzw. unzumutbare Belästigungen für NachbarInnen & AnrainerInnen.

Aus diesem Grund wurde von uns der renommierte Lärm- und Verfassungsrechtsexperte, Herr Univ. Doz. Mag. Dr. Martin Kind beauftragt, aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Stellungnahme zur geplanten Gesetzesänderung zu erstellen.

Diese mit 21.5.2010 datierte Stellungnahme von Herrn Univ. Doz. Mag. Dr. Martin Kind wird als separates Dokument mit der Bezeichnung „Stellungnahme zu § 76a der GewO 1994-1pdf“ übermittelt.

Infolge 11-jähriger Initiativenarbeit zur Lärmproblematik von Gastgärten im Zusammenhang mit der Verordnungsmächtigung der Gemeinden (vomals der Landeshauptleute) erstattet die BI SPINST 24h - ergänzend zur Stellungnahme von Herrn Univ. Doz. Mag. Dr. Martin Kind folgende Äusserungen:

**Stellungnahme der BI „SPINST 24h“ zu den Erläuterungen / Allgemeiner Teil**

Ungeachtet der Klarstellungen durch den Verfassungsgerichtshof (VfGH) vom 27. Juni 1996, G 211/94 u.a. (VfSlg. 14551/1996) und in weiterer Folge auch durch den Verwaltungsgerichtshof (VwGH) der mehrfach unmissverständlich bestätigte, dass auch Gastgärten einer Betriebsanlagengenehmigung nach § 74 und § 77 GewO 1994 bedürfen, wurde unserer Meinung nach diese gesetzliche Bestimmung durch unterschiedliche, an die Gewerbebehörden erster Instanz gerichtete Ministerialerlässe unterlaufen.

Mit der Entscheidung des VwGH, GZ 2007/04/0111 vom 27.06.2007 hat der diesbezüglich vorletzte Ministerialerlass seine Wirksamkeit verloren.

Dem 2008 im NW-Verlag erschienenen und von Hrn. Dr. Gunther Gruber und Mag. Sylvia Paliege-Barfuß herausgegebenen Jahrbuch Gewerberecht 2008 ist auf Seite 160 zu entnehmen, dass dieser Erlass in modifizierter Form jedoch weiter besteht!

So heißt es nunmehr, im Wesentlichen,

*„(...)dass der Gesetzgeber auf das laute Sprechen, Singen, und Musizieren abstelle, er berücksichtige daher eine Hauptquelle der Lärmbelastung durch den Betrieb von Gastgärten, wenn auch andere Quellen möglicher Lärmbelastungen in Frage kämen. Das bedeute für die Betriebsarantie iSd § 112 Abs. 3 GewO 1994, dass der Gesetzgeber eine bedingte Garantie für den Betrieb von Gastgärten erteilt habe, die unter dem Vorbehalt der Schutzinteressen des § 74 Abs. 2 GewO 1994 stehe, wobei die Prüfung einzelner (im Gesetz ausdrücklich genannter) Lärmemissionsquellen bereits durch den Gesetzgeber vorgenommen worden sei und die daher von der Behörde im Einzelverfahren nicht nochmals zu prüfen seien. Jede andere Quelle von Beeinträchtigungen der Schutzinteressen des § 74 Abs. 2 leg. cit. – dies können auch Lärmquellen sein – sei jedoch im Individualverfahren zu prüfen.“*

**Es liegt für uns auf der Hand, dass dies nicht nur eine sehr differenzierte und stringente sondern auch eine menschenverachtende und gesetzwidrige Sichtweise ist, durch welche NachbarInnen und AnrainerInnen von Gastgärten in den vergangenen 18 Jahren zu Menschen zweiter Klasse degradiert wurden! Durch die in § 76a GewO definierte Neu-Regelung soll diese Vorgangsweise nunmehr gesetzlich verankert werden!**

Wenn nun der Behörde erster Instanz per Erlass von vorn herein verwehrt wurde und wird, den mit dem Betrieb eines Gastgartens ursächlich im Zusammenhang stehenden Lärm, welcher nach den Erfahrungen des täglichen Lebens vorwiegend durch menschliche Sprechorgane hervorgerufen wird, im gewerberechtlichen Verfahren nicht bewerten zu dürfen, dann wird genau dadurch der Wille des Gesetzgebers ins Gegenteil verkehrt indem die Hauptquelle der Lärmbelastung (menschliche Stimmen in unterschiedlichsten Ausprägungen) nicht geprüft wird und eben dadurch die Möglichkeit einer unzumutbaren Belästigungen oder gar gesundheitliche Beeinträchtigungen wahrscheinlich wird, bzw. nicht ausgeschlossen werden kann.

Wenn nun der/die für den Erlass Verantwortlichen meinen, dass „(...)die Prüfung einzelner im Gesetz ausdrücklich genannter Lärmemissionsquellen bereits „durch den Gesetzgeber“ vorgenommen worden sei und diese daher von der Behörde im Einzelverfahren nicht nochmals zu prüfen seien“ dann ist dieser **subjektiven Sichtweise** entgegenzuhalten, dass die **objektive schalltechnische Beurteilung**, ob die Nachbarschaft durch einen gemäß § 112 Abs 3 GewO 1994 betriebenen Gastgarten unzumutbar beeinträchtigt wird, grundsätzlich von den **tatsächlichen örtlichen Verhältnissen** abhängig ist, wobei – unabhängig davon, ob der gegenständliche Gastgarten sich auf öffentlichem Grund befindet, an öffentliche Verkehrsflächen angrenzt oder auf Privatgrund der an keine öffentliche Verkehrsfläche angrenzt, errichtet werden soll – die **räumlichen Gegebenheiten** hinsichtlich **Reflektionsflächen** sowie insbesondere die **Entfernung** zwischen **Emissionspunkt** und **Immissionspunkt** ausschlaggebende Kriterien für die Beurteilung dieser Frage sind.

### **Zum Stand der Technik bei der Genehmigung von Gastgärten**

Im Fall der Genehmigung eines Gastgartens ist zu beachten, dass dieser nur genehmigt werden kann, wenn „nach dem Stand der Technik (§ 71a) und dem Stand der medizinischen und der sonst in Betracht kommenden Wissenschaft“ (die ÖAL-Richtlinie Nr. 6/18 enthält Beurteilungshilfen für den Arzt) zu erwarten ist, dass – mit oder ohne Auflagen – die nach den jeweiligen Umständen „voraussehbaren Gefährdungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z. 1 vermieden und Belästigungen, Beeinträchtigungen oder sonstige nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z. 2 bis 5 auf ein zumutbares Maß beschränkt werden“

(§ 77 Abs. 1 erster Satz GewO 1994). ÖNORMEN sind in besonderer Weise zur Bestimmung des nach der Verkehrsauffassung zur Sicherheit Gebotenen geeignet, weil sie den Stand der für die

betroffenen Kreise geltenden Regeln der Technik widerspiegeln. Was i.Z.m. Gastgärten der „Stand der Technik“ ist, geht daher insbesondere a) aus der – seit dem Jahr 1998 vorliegenden – ÖNORM S-5021 betreffend schalltechnische Grundlagen für die örtliche und überörtliche Raumplanung und Raumordnung sowie b) aus der – seit dem Jahr 2000 vorliegenden – ÖNORM S-5012 betreffend schalltechnische Grundlagen für die Errichtung von Gastgewerbebetrieben, vergleichbaren Einrichtungen sowie den damit verbundenen Anlagen hervor.

Das heißt, dass die Behörde entsprechend den in der ÖNORM S-5021 und der ÖNORM S-5012 festgelegten Grenzwerten zu beurteilen hat, ob angenommen werden kann, dass die Schutzzwecke gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994 gewährleistet sind.

### **Rechtlich bedenkliche Ministerialerlässe**

Obwohl lt. Rspr des VfGH "der Verweis auf einen Erlass eines Bundesministers kein taugliches Begründungselement eines Bescheides darstellt, weil die staatliche Verwaltung gem Art. 18 Abs 1 B-VG nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf, so dass es für die Rechtmäßigkeit eines Bescheides nur auf seine Übereinstimmung mit dem Gesetz, in keiner Weise jedoch auf seine Übereinstimmung mit einem Erlass ankommt" wurde diese rechtlich bedenkliche Vorgehensweise durch die Behörde erster Instanz offensichtlich seit nunmehr

18 Jahren(!) beinahe lückenlos angewandt. Hätte sich die BH in Murau auch an den seinerzeit gültigen Erlass des BMWA gehalten, so wäre es nicht zur Versagung des Gastgartens in Oberwölz gekommen und gäbe es diesbezüglich keine Bestätigung durch den UVS Steiermark und den VwGH und somit auch keine Bestrebungen hinsichtlich einer Änderung der derzeit geltenden (aber ignorierten!) gesetzlichen Bestimmung!

Es kann angenommen werden – die Anfragebeantwortung durch Bgmst Mag. Nagl vom 23.09.2009 (GZ.: Präs 11316/2003-2136, 2327) an KPÖ-Gemeinderat Eber ist ein Indiz dafür – dass es wie in Wien auch in Graz sowie in sehr vielen anderen Gemeinden Österreichs eine beachtliche Anzahl von illegal betriebenen Gastgärten geben dürfte - siehe

<http://www.wirtschaftsblatt.at/home/319071/index.do>

Faktum ist, dass die Errichtung und der Betrieb eines gemäß §§ 74 ff. oder § 81 Abs. 1 GewO 1994 genehmigungspflichtigen Gastgartens, der nicht genehmigt ist, gesetzwidrig ist.

Die Gesetzwidrigkeit wird weder dadurch aufgehoben, dass der Gastgarten der Behörde gemäß § 81 Abs. 3 GewO 1994 angezeigt wird, noch dass er gemäß § 112 Abs. 3 GewO 1994 betrieben wird. Sowohl die Anzeige als auch der Betrieb während der gesetzlichen Betriebszeit kann eine fehlende Genehmigung nicht ersetzen

### **Stellungnahme der BI „SPINST 24h“ zu den Erläuterungen / Besonderer Teil**

Lt. VwGH-Entscheid 2007/04/0111 vom 27. 6. 2007 gibt es bisher keine ausübungsrechtliche „Garantie“ sondern lediglich eine „Betriebszeitengarantie“. Die in § 112 definierte Betriebszeitengarantie ist ein bloßes Dürfen und die Betriebsanlagengenehmigung ein antragsgebundener Verwaltungsakt, womit nur auf den Genehmigungsantrag bzw. das den Gegenstand des Verfahrens bildende Projekt abzustellen ist.

Diese Darstellung wonach durch Nachbarn, Fußgänger und/oder Fahrzeugverkehr regelmäßig mit einer gewissen Lärmbelastung zu rechnen ist nicht zutreffend. In schwach frequentierten (Neben) Straßen oder in Sackgassen liegen die tatsächlichen örtlichen Verhältnisse selbst bei Tag oftmals weit unter den für die Flächenwidmung definierten Grenzwerten.

Die Differenzierung zwischen Gastgärten „auf öffentlichem Grund“ und anderen Gastgärten (z. B. in Innenhöfen) mit unterschiedlichen Betriebszeiten ist daher nicht sachlich!

Gerne wird darüber hinweg gesehen, dass

- im Gehen sprechende Personen eine „Linien-schallquelle“ darstellen, während die im Gastgarten sitzenden Gäste eine „Punktschallquelle“ darstellen und damit diese informationshaltigen Betriebsgeräusche permanent hörbar sind

- lt. Stellungnahme des Umweltamtes der Landeshauptstadt Graz vom 06.12.1999 mit GZ.: A23-K-75/1999-5 „(...) der Betrieb eines Gastgartens, insbesondere die zu erwartende Lärmbelästigung durch Unterhaltung der Gäste, entgegen dem Ruhebedürfnis der Bewohner der angrenzenden Häuser ist. Aufgrund der Erfahrung des täglichen Lebens ist zu erwarten, dass je länger der Gastgarten offen gehalten wird, umso angeregter und lauter die Unterhaltung der Gäste ist. Entgegengesetzt dazu um so leiser wird aber auch üblicher Weise die Umgebungslärsituation ohne vorhandenen Gastgarten und desto größer das Ruhebedürfnis der umliegenden Bewohner, die zudem in der warmen Jahreszeit fast täglich dieser Situation ausgesetzt sind. In allgemeinen Wohngebieten kann ein Ruhebedürfnis der Bevölkerung ab 20:00 Uhr angenommen werden.
- das Verkehrsaufkommen in den Abend- und Nachtstunden sich von Stunde zu Stunde verringert
- lt. der oben angeführten Stellungnahme des Umweltamtes der Landeshauptstadt Graz durch den Betrieb eines Gastgartens mit beispielsweise 20 Verabreichungsplätzen, davon 2/3 belegt, ist in der Zeit zwischen 23:00 und 24:00 Uhr abhängig von der örtlichen Lage bezogen auf die darüber liegenden Wohnnachbarn eine Erhöhung des Umgebungslärms von 5 dB (Hauptstraße) bis zu 15 dB (Nebenstraße) und somit subjektiv eine störende Belästigung der angrenzenden Wohnnachbarn zu erwarten ist
- Fußgängerzonen zwar öffentliche Verkehrsflächen sind, in den Abend und Nachtstunden jedoch keine Verkehrsbewegungen stattfinden

Ob die durch einen in Abs. 1 und 2 definierten Gastgarten verursachte Lärmbelästigung die Grenze der Zumutbarkeit betroffener NachbarInnen überschreitet, kann einzig und allein nur auf Basis einer individuellen schalltechnischen und lärmmedizinischen Beurteilung durch den schalltechnischen und medizinischen Sachverständigen erfolgen.

Der dem VwGH-Entscheid 2007/04/0111 vom 27. 6. 2007 zugrunde liegende UVS-Entscheid vom 26. März 2007 mit GZ UVS 43.14-11/2006-3 widerlegt die Behauptung, dass ein „(...)besonderer Ruheanspruch in der Regel erst ab 22 Uhr angenommen wird“

#### **Hinweis auf § 77.(2):**

Ob Belästigungen der Nachbarn im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 2 zumutbar sind, ist danach zu beurteilen, wie sich die durch die Betriebsanlage verursachten Änderungen der tatsächlichen örtlichen Verhältnisse auf ein gesundes, normal empfindendes Kind und auf einen gesunden, normal empfindenden Erwachsenen auswirken.

Dass sich auf Grund der klimatischen Verhältnisse in Österreich der Betrieb von Gastgärten angeblich auf einen relativ kurzen Teil des Jahres, nämlich die Sommermonate, beschränkt und die Möglichkeit der Inanspruchnahme eines Gastgartens außerhalb der Sommermonate bis 23 bzw. 22 Uhr schon wegen der am Abend herrschenden niedrigen Temperaturen nur in verhältnismäßig geringem Maß gegeben ist, entspricht nicht den tatsächlichen Gegebenheiten.

Vielmehr erlauben die klimatischen Verhältnisse nicht nur in den südlichen Bundesländern den nächtlichen Betrieb von Gastgärten oftmals von April bis Mitte Oktober! Als besonders plakative Beispiele ist an dieser Stelle auf die geographisch nördlich gelegenen Landeshauptstädte Salzburg und Linz zu verweisen, in welchen im Jahr 2006 die Betriebszeit der Gastgärten per Verordnung – ohne Durchführung eines objektiven Ermittlungsverfahrens – **ganzjährig** auf 24 Uhr angehoben wurde!

#### **Aus Sicht der BI „SPINST 24h“ sprechen folgende Gründe gegen den vorliegenden Entwurf:**

- 1) Die Ausnahme vom Erfordernis einer Genehmigung lt. § 76a Abs. 1 Z 2 von der Maximalanzahl von 100 Verabreichungsplätzen abhängig zu machen, ist aus schalltechnischer Sicht absolut unsachlich und widerspricht dem Stand der Technik (§ 71a) und dem Stand der medizinischen und der sonst in Betracht kommenden Wissenschaften! Unzumutbare bzw. gesundheitsgefährdende Beeinträchtigungen unmittelbar

betroffener NachbarInnen/AnrainerInnen werden dadurch per Gesetz ermöglicht!

- 2) § 76a Abs. 1 und Abs. 2 nehmen keine Rücksicht auf die Entfernung zu nächstgelegenen NachbarInnen / AnrainerInnen sowie die Verbauungsdichte (vermehrte Schallreflektionen) und auch nicht auf das geänderte Gästeverhalten am Abend bzw. in der Nacht – „Je später der Abend, um so lauter die Gäste“ während mit jeder fortgeschrittenen Stunde das Ruhebedürfnis betroffener NachbarInnen / AnrainerInnen ansteigt!
- 3) Die Bestimmungen des § 76a Abs. 1 Z 3 kann nicht verhindern, dass die mit dem Betrieb von Gastgärten ursächlich in Verbindung stehenden Betriebsgeräusche, wie lautes Lachen, Sprechen und Zurufe, sowie klatschen, kichern, singen sowie unterschiedlichste Handyklingeltöne aufgrund ihrer Informationshältigkeit von unmittelbar betroffenen AnrainerInnen / NachbarInnen als aufdringlich sowie störend und daher emotional sehr negativ empfunden werden, insbesondere dann, wenn Gastgärten direkt vor, neben oder unterhalb des nächsten Wohnnachbarn wie riesige Schwalbennester an der Fassade kleben, oder in noch so enge Innenhöfe gefropft werden!
- 4) Zu § 76a Abs. 1 Z 4 ist grundsätzlich festzuhalten, dass eine Gesundheitsgefährdung oder unzumutbare Belästigung durch Lärm jedenfalls zu erwarten ist, auch wenn die im Einleitungssatz und in Z 1 bis Z 3 genannten Voraussetzungen erfüllt sind, da die Bestimmungen in § 76a Abs. 1 Z 1-3 **keine Rücksicht auf die Entfernung** zwischen Emissions- und Immissionspunkt nimmt! Selbst für Gastgärten, die sich auf öffentlichem Grund befinden oder an öffentliche Verkehrsflächen angrenzen macht es einen großen Unterschied im Tatsächlichen, wo genau auf öffentlichem Gut oder an öffentlichen Verkehrsflächen angrenzend die Errichtung des Gastgarten geplant ist, ob er zum Beispiel
  - a) an einer stark befahrenen Straße,
  - b) in einer verkehrsberuhigten Fußgängerzone im eng verbauten innerstädtischen Gebiet, oder
  - c) in einer ruhigen Seitengasse im innerstädtischen Gebiet, und dabei
  - d) in mehr oder weniger kurzer Entfernung zum nächsten Nachbarn geplant ist.
 Im innerstädtischen Gebiet ist weiters auf Schallreflektionen durch gegenüberliegende Fassaden zu achten! Aus Sicht der betroffenen NachbarInnen / AnrainerInnen ist es daher nicht akzeptabel, dass künftig Gastgärten **sofort(!)** nach Anzeige bei der Behörde selbst dann (bewilligungsfrei!) betrieben werden dürfen, wenn nach dem Stand der Technik (§ 71a) und dem Stand der medizinischen und der sonst in Betracht kommenden Wissenschaften zu erwarten ist, dass trotz des Verbotes des Singen und Musizieren sowie "lautern Sprechen" als der übliche Gesprächston der Gäste(!) die nach den Umständen des Einzelfalles voraussehbaren Gefährdungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 1 **NICHT** vermieden und Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 2 bis 5 **NICHT** auf ein zumutbares Maß beschränkt werden können.
- 5) Neben den unter Pkt. 3) angeführten Betriebsgeräuschen wird in § 76a überdies die Emissionsart GERUCH und RAUCH ignoriert (Essensgeruch, Zigarren- und Zigarrettenrauch) ➤ § 74. (2) GewO 1994
- 6) Der vom OGH mit 22 Uhr definierte Beginn der 8-stündigen Nachruhe wird durch den vorliegenden Entwurf ignoriert (siehe ➤ VfGH vom 27. Juni 1996, G 211/94 u.a.;VfSlg. 14551/1996)
- 7) Die für den Schutz von NachbarInnen / AnrainerInnen relevanten Bestimmungen in den §§ 74 und 77 GewO 1994 werden unterlaufen und ins Gegenteil verkehrt! NachbarInnen / AnrainerInnen müssen **im Vorhinein** geschützt werden! Aus diesem Grund ist die lt. § 76a Abs. 1 Z 8 nachträgliche Anwendung der §§ 79 und 79a abzulehnen, da für den Nachbarn einerseits ein Kostenrisiko besteht und



Einschränkungen der Betriebszeit zugunsten von Nachbarn im Sinne des § 75 Abs. 2 und 3 nur soweit vorzuschreiben sind, als diese zur Vermeidung einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit dieser Personen notwendig sind, unzumutbare Belästigungen aber geduldet werden müssen! Lt § 79a (3) muss der Nachbar in seinem Antrag gemäß Abs. 1 glaubhaft machen, daß er als Nachbar vor den Auswirkungen der Betriebsanlage nicht hinreichend geschützt ist, und nachweisen, daß er bereits im Zeitpunkt der Genehmigung der Betriebsanlage oder der betreffenden Betriebsanlagenänderung Nachbar im Sinne des § 75 Abs. 2 und 3 war. Eine nachträgliche Versagung aus Gründen gesundheitsgefährdender Belästigungen wird durch die nachträgliche Anwendung nach den Bestimmungen der §§ 74 und 77 GewO 1994 nicht möglich sein, da dies keine „andere oder zusätzliche Auflage“ darstellt und überdies „(...)die Behörde solche Auflagen nicht vorzuschreiben hat, wenn sie unverhältnismäßig sind, vor allem wenn der mit der Erfüllung der Auflagen verbundene Aufwand außer Verhältnis zu dem mit den Auflagen angestrebten Erfolg steht“. Nachbarinnen / AnrainerInnen werden durch diese Bestimmung entrechtet!

- 8) Durch die Bestimmungen des § 76a werden Gastgärten im Vergleich zu anderen Arten von Betriebsanlagen unverhältnismäßig bevorzugt (Achtung: schlafende Hunde könnten geweckt werden!)
- 9) Bisherige höchstgerichtliche Entscheide des VfGH als auch des VwGH werden konterkariert! Der den Anlassfall für die spätere VwGH-Entscheidung; GZ 2007/04/0111 vom 27.06.2007 bildende Gastgarten in Oberwölz, dessen Inbetriebnahme von der Behörde erster Instanz (BH Murau) am 12.10.2006 versagt wurde und diese Entscheidung vom UVS Steiermark mit Bescheid vom 26. März 2007; GZ: UVS 43.14-11/2006-3 bestätigt wurde, ist ein exemplarisches Beispiel dafür, dass selbst ein nur zwei Tische mit acht Verabreichungsplätzen umfassender Gastgarten mit bereits von Dienstag bis Samstag 10.00 Uhr bis 12.00 Uhr und 14.00 Uhr bis 20.00 Uhr eingeschränkten Betriebszeiten aufgrund der tatsächlichen örtlichen Verhältnisse (ruhige Innenhoflage sowie die geringe Entfernung von nur 6 Meter vom Mittelpunkt des Gastgartens bis zum nächstgelegenen Nachbarn) und der zu erwartenden unzumutbaren Beeinträchtigungen – trotz des prognostizierten „ruhigen Gästeverhalten“ – nach der geltender Rechtslage nicht genehmigungsfähig war.
- 10) Lt. § 76a Abs. 1 Z 9 soll künftig die Gemeinde per Verordnung „Tourismusgebiete“ bestimmen können in welchen bewilligungsfrei betriebene Gastgärten mit pauschalen Betriebszeiten bis 24 Uhr betrieben werden können – wenn in diesen „Tourismusgebieten“ NachbarInnen / AnrainerInnen gesundheitlich gefährdet oder unzumutbar belästigt werden sollten, so widerspricht dies den §§ 74 und 77 GewO 1994 sowie der Flächenwidmung. Hins. der Verordnungsermächtigung fehlt eine eindeutige Determination, dass bei einer beabsichtigten pauschalen Ausdehnung der garantierten Betriebszeiten z.B. in geplanten „Tourismusgebieten“ bei Interessenskonflikten (Tourismus kontra AnwohnerInnen) der Schutz der NachbarInnen/AnrainerInnen vor unzumutbaren Belästigungen bzw. vor Gesundheitsgefährdung der Vorrang zu geben ist. Dies zu entscheiden, muss lt. §§ 74 und 77 GewO in der Kompetenz von Sachverständigen liegen.  
Bisher wurde die in § 112 Abs. 3 GewO 1994 definierte Verordnungsermächtigung von den Gemeinden überwiegend dahingehend genützt um – wie beispielsweise in Graz – die Betriebszeiten ohne Durchführung eines objektiven Ermittlungsverfahrens auszuweiten. Diese Bestimmung konterkariert die in der Raumordnung festgelegten Schallpegelgrenzwerte sowie den vom OGH mit 22 Uhr bestätigten Beginn der Nachtruhe und ist damit für viele NachbarInnen und AnrainerInnen von Gastgärten ein weiterer Angriff auf ihre bereits verminderte Lebensqualität.  
Die unter [http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXII/AB/AB\\_03400/fnameorig\\_052405.html](http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXII/AB/AB_03400/fnameorig_052405.html) nachzulesende Antwort des seinerzeitigen Ministers Bartenstein, vom 17.11.2005

auf die parlamentarische Anfrage Nr. 3450/J vom 22.09.2005

[http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXII/J/J\\_03450/fnameorig\\_049258.html](http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXII/J/J_03450/fnameorig_049258.html)

wurde bis heute trotz unzumutbarer und gesundheitsgefährdender Lärm-  
belästigungen vom Verordnungsgeber der Landeshauptstadt Graz ignoriert.

Zur Vermeidung von Härtefällen fordern wir daher in § 76a Abs. 1 Z 9 die Aufnahme  
folgender verpflichtender „hat“- statt „kann“-Bestimmung:

*„(...)Entstehen durch den Betrieb von Gastgärten während der gesetzlich  
determinierten Betriebszeiten in einem bestimmten Gebiet der Gemeinde unzumutbare  
Lärmelastigungen, **hat** die Gemeinde die Betriebszeiten von Gastgärten zu ver-  
kürzen. Der Anwendungsbereich diese Maßnahme hat sich erforderlichenfalls auch  
auf einen einzelnen Gastgarten in einem bestimmten Gebiet der Gemeinde zu  
erstrecken.“*

- 11) Die Regelung in Z 13 (§ 376 Z 50) bedeutet eine Generalamnestie für alle bereits be-  
stehenden genehmigungspflichtigen aber nicht genehmigten, also illegal  
errichteten und illegal betriebenen Gastgärten welche lediglich nach § 81 Abs. 3  
GewO 1994 angezeigt wurden aber nicht überprüft wurden ob durch ihren Betrieb  
NachbarInnen gesundheitlich gefährdet oder unzumutbaren belästigt werden. Eine  
derartige Generalamnestie ist aus den in §§ 74 und 77 GewO 1994 genannten  
Gründen entschieden abzulehnen!
- 12) Zur Situation in Graz liegen folgende Stellungnahmen bzw. Gutachten vor welche das von  
Gastgärten ausgehende Gefährdungspotenzial bestätigen und im Begutachtungsverfahren  
unbedingt Berücksichtigung finden müssen:
  - Stellungnahme des Grazer Umweltamtes zum Antrag GR Krampfl vom 6. 12. 1999
  - Stellungnahme des Grazer Gesundheitsamtes zum Antrag GR Nr. 584/2000 vom  
3. 5. 2000
  - Schalltechnisches Gutachten von Dipl.-Ing. Wallner vom 8. 8. 2003
  - Stellungnahme des Grazer Gesundheitsamtes zum schalltechnischen Gutachten  
von Herrn Dipl.-Ing. Wallner vom 22. 8. 2003
  - Bericht des Umweltamtes vom 19.08.2003, GZ. A23-K 64/1998-31 über die Lang-  
zeitmessung am Mehlplatz vom 8. August 2003 bis Montag den 11. August 2003
- 13) Auch der vom Umweltbundesamt / Forum Schall herausgegebene „Praxisleitfaden Gast-  
gewerbe 2008“, nachzulesen unter  
<http://www.umweltbundesamt.at/fileadmin/site/publikationen/REP0157.pdf>  
der sich auf den Seiten 70-72 auch mit der schalltechnischen Beurteilung von Gastgärten  
befasst, wird ignoriert!  
Das angeführte Beispiel eines 24 Sitzplätze fassenden Gastgartens in einer  
Fußgängerzone (bei einem Abstand von 10 Meter zwischen Emissions- und  
Immissionspunkt und Unterhaltung in normaler Lautstärke) verdeutlicht, wie markant  
selbst „kleine“ Gastgärten die örtlichen Verhältnisse nach 22:00 Uhr sogar im  
städtischen Bereich verändern können.  
Weiters wird ausgeführt, dass sich eine lange Liste solcher Beispiele erstellen ließe  
und dass eine Betrachtung von klassischen Hoflagen zum Ergebnis führt, **dass nach  
der allgemein üblichen Lärmbewertung Immissionen von Gastgärten auch  
unter tags zu massiven negativen Beeinträchtigungen der dort wohnenden und  
Ruhe suchenden Nachbarn führen.**
- 14) Wegen unzumutbarer Lärmelastigung zu Hilfe gerufene Organe der örtlichen Sicher-  
heitspolizei werden sich wie schon bisher auch künftig bei laut sprechenden und laut  
lachenden Gästen nach den landespolizeilichen Bestimmungen nicht zuständig fühlen um  
einzuschreiten da dieses Gästeverhalten (noch) nicht als ungebührlich qualifiziert wird!  
Aus Diesem Grund gab es in der Vergangenheit in der Landeshauptstadt Graz diesbezüg-  
lich auch keine polizeil. Anzeigen!

Somit können auch weiterhin die nach der Gewerbeordnung strafbaren Tatbestände von Polizeiorganen nicht mittels Anzeige objektiviert werden (wie dies z.B. von der Gewerbebehörde der Landeshauptstadt Graz im Schreiben vom 07.08.2002 mit GZ.: A4-K1506/1999 gefordert wurde) „(...)um dem Gewerbeamt die Möglichkeit zu geben die entsprechenden Schritte rasch und effizient setzen zu können“

- 15) Lt. Stellungnahme des Grazer Umweltamtes vom 06.12.1999 / GZ: A23-K-75/1999-5 müssen Wohnnachbarn bereits beim Betrieb eines lediglich 20 Sitzplätze fassenden Gastgartens auf Basis einer 2/3 Auslastung und Unterhaltung in normaler Lautstärke mit gravierenden Überschreitungen der in der Flächenwidmung festgelegten Grenzwerte rechnen, da bezogen auf ein Wohnraumfenster oberhalb des Gastgartens im 2. Stock oder seitlich an den Gastgarten angrenzend, ein Beurteilungspegel von **62 dB** zu erwarten ist!

Kategorie		<b>3 (WA)</b> TAG / NACHT <sup>*)</sup>	<b>4 (KG)</b> TAG / NACHT
Immissionsgrenzwert	$L_{A,eq}$	<b>55 / 45 dB</b>	<b>60 / 50 dB</b>
<b>Überschreitung</b>	$L_{A,eq}$	<b>7 / 17 dB</b>	<b>2 / 12 dB</b>

\*) TAG = von 06:00 Uhr früh bis 22:00 Uhr; NACHT = von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr früh

Diese Gegenüberstellung bestätigt, dass der Betrieb des lt. Beispiel angeführten Gastgartens geeignet ist, **bereits bei Tag**, Immissionen zu verursachen welche je nach Widmungskategorie zwischen 2 - 12dB über den in der Flächenwidmung vorgegebenen Grenzwert liegen!

Damit ist eindeutig belegt, dass der Bundesgesetzgeber durch die **Bewilligungs-Freistellung** von Gastgärten mit weniger als 100(!) Verabreichungsplätzen in Kombination mit der im Entwurf angeführte **Betriebsgarantie** und den **garantierten Betriebszeiten** direkt **in den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden eingreift** indem die in der Flächenwidmung angeführten Grenzwerte – welche den **Ruheanspruch** der ortsansässigen Wohnbevölkerung bestimmen – missachtet werden.

- 16) In Bezug auf das Erkenntnis des VwGH vom 27.06.1996 verstößt der vorliegende Entwurf unserer Meinung nach gegen das BVG Umweltschutz und stellt vermutlich einen Eingriff in das Grundrecht auf Gleichheit (Art. 7 B-VG) dar.**

**Abschließend ist auf folgenden Rechtssatz des VwGH vom 27.06.2008, GZ 2007/04/0111 hinzuweisen:**

Unter Berücksichtigung des (im vorliegenden Erkenntnis teilweise wiedergegebenen) Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes vom 27. Juni 1996, G 211/94 u.a. (VfSlg. 14551/1996) muss davon ausgegangen werden, dass § 112 Abs. 3 GewO 1994 (ebenso wie die Vorgängerbestimmung des § 148 Abs. 1 GewO 1994) an der Genehmigungspflicht von Gastgärten nach § 74 GewO 1994 nichts ändert und dass für diese daher auch weiterhin die Genehmigungsvoraussetzungen des § 77 GewO 1994 gelten, hat doch der Verfassungsgerichtshof die verfassungsrechtlichen Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes gegen die Betriebszeitenregelung gerade (bzw. nur) deshalb nicht geteilt, weil diese Regelung **eine Gesundheitsgefährdung der Nachbarn keineswegs zulasse** (vgl. daher auch den Verweis auf dieses Erkenntnis im Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 9. Juni 2005, G 4/05, VfSlg. 17559/2005, betreffend § 112 Abs. 3 GewO 1994). Daher ist die im vorliegenden Erkenntnis teilweise wiedergegebene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu § 148 Abs. 1 GewO 1994 (Erkenntnis vom 8. Oktober 1996, Zl. 96/04/0175, vom 27. Mai 1997, Zl. 96/04/0214, je vom 30. September 1997, Zl. 96/04/0226 und

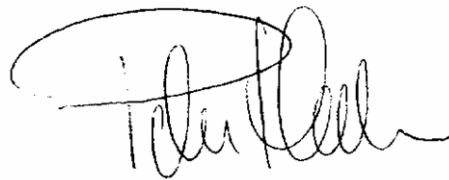


96/04/0173, sowie vom 17. März 1998, Zl. 96/04/0078) sehr wohl auf § 112 Abs. 3 GewO 1994 übertragbar, was dazu führt, dass die Behörde die Genehmigung für den gegenständlich beantragten Gastgarten zu Recht versagt hat, weil er zu unzumutbaren Belästigungen bzw. zur Gesundheitsgefährdung von Nachbarn führen würde. Dass diese Auswirkungen durch behördliche Maßnahmen, die die Betriebszeiten unberührt lassen, vermieden werden können und so die Genehmigung des Gastgartens ermöglichen würden, wird in der Beschwerde nicht behauptet.

**Nachbarn und Nachbarinnen von Gastgewerbebetrieben muss auf Grundlage der jüngsten Judikatur des VwGH (siehe Beilage A) das Recht auf ein Verfahren erhalten bleiben, wo im vorhinein mit Sachverständigen geklärt wird, ob sie unzumutbar belästigt bzw. in ihrer Gesundheit gefährdet werden und davon abhängig eine Versagung des Gastgartens oder individuell – der räumlichen Situation – angepasste Gastgarten-Öffnungszeiten festgelegt werden.“**

**Nur auf diese Weise kann es zu einem fairen Ausgleich kommen.**

**Das im Ministerialentwurf vorgesehene nachträgliche Auflagenverfahren kann die gesetzlich festgelegte Schiefelage nicht mehr kompensieren.**



Monika & Peter Huber, im Namen der  
**SPERRSTUNDE INITIATIVE STEIERMARK 24h**

**Ergeht weiters an das Präsidium des Nationalrates: [begutachtungsverfahren@parlament.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)**

**Beilage A**

---

**VwGH 2007/04/0111 vom 27. 6. 2007, RS:**

„Unter Berücksichtigung des (im vorliegenden Erkenntnis teilweise wiedergegebenen) Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes vom 27. Juni 1996, G 211/94 u.a. (VfSlg. 14551/1996) muss davon ausgegangen werden, dass § 112 Abs. 3 GewO 1994 (ebenso wie die Vorgängerbestimmung des § 148 Abs. 1 GewO 1994) an der Genehmigungspflicht von Gastgärten nach § 74 GewO 1994 nichts ändert und dass für diese daher auch weiterhin die Genehmigungsvoraussetzungen des § 77 GewO 1994 gelten, hat doch der Verfassungsgerichtshof die verfassungsrechtlichen Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes gegen die Betriebszeitenregelung gerade (bzw. nur) deshalb nicht geteilt, weil diese Regelung eine Gesundheitsgefährdung der Nachbarn keineswegs zulasse (vgl. daher auch den Verweis auf dieses Erkenntnis im Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 9. Juni 2005, G 4/05, VfSlg. 17559/2005, betreffend § 112 Abs. 3 GewO 1994). Daher ist die im vorliegenden Erkenntnis teilweise wiedergegebene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu § 148 Abs. 1 GewO 1994 (Erkenntnisse vom 8. Oktober 1996, Zl. 96/04/0175, vom 27. Mai 1997, Zl. 96/04/0214, je vom 30. September 1997, Zlen. 96/04/0226 und 96/04/0173, sowie vom 17. März 1998, Zl. 96/04/0078) sehr wohl auf § 112 Abs. 3 GewO 1994 übertragbar, was dazu führt, dass die Behörde die Genehmigung für den gegenständlich beantragten Gastgarten zu Recht versagt hat, weil er zu unzumutbaren Belästigungen bzw. zur Gesundheitsgefährdung von Nachbarn führen würde. Dass diese Auswirkungen durch behördliche Maßnahmen, die die Betriebszeiten unberührt lassen, vermieden werden können und so die Genehmigung des Gastgartens ermöglichen würden, wird in der Beschwerde nicht behauptet.“

**VwGH 2007/04/0100 vom 12.09.2007, RS:**

„Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 27. Juni 2007, Zl. 2007/04/0111, auf dessen Entscheidungsgründe gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, unter Bezugnahme auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 9. Juni 2005, G 4/05, zu § 112 Abs. 3 GewO 1994 in der geltenden und im Beschwerdefall maßgebenden Fassung des BGBl. I Nr. 134/2005 ausgesprochen, dass diese Bestimmung an der Genehmigungspflicht von Gastgärten nach § 74 GewO 1994 nichts ändert und dass für diese daher auch weiterhin die Genehmigungsvoraussetzungen des § 77 GewO 1994 gelten (vgl. zur Gastgartenregelung vor der genannten Novelle schon die bei Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur Gewerbeordnung, 2. Auflage, unter Rz 13 zu § 112 GewO referierte hg. Judikatur). Nach dieser Rechtsprechung ist die Genehmigung für einen unter § 112 Abs. 3 GewO fallenden Gastgarten daher zu versagen, wenn er zu unzumutbaren Belästigungen bzw. zur Gesundheitsgefährdung von Nachbarn führen würde.“

## Beilage B

---

### Zur Situation in Graz liegen folgende Stellungnahmen bzw. Gutachten vor:

- **Stellungnahme des Grazer Umweltamtes vom 06.12.1999 / GZ: A23-K-75/1999-5 zum Antrag GR Krampfl vom 6. 12. 1999**

„Durch den Betrieb eines Gastgartens mit beispielsweise 20 Verabreichungsplätzen, davon 2/3 belegt, ist in der Zeit zwischen 23.00 und 24.00 abhängig von der örtlichen Lage bezogen auf die darüber liegenden Wohnnachbarn eine Erhöhung des Umgebungslärms von 5 dB (Hauptstraße) bis zu 15 dB (Nebenstraße) und somit subjektiv eine störende Belästigung der angrenzenden Wohnnachbarn zu erwarten. Eine Erhöhung des Umgebungslärms durch den prognostizierten Beurteilungspegel um 10dB wird als Verdoppelung der Lautstärke empfunden, eine Erhöhung um 3dB ist noch deutlich wahrnehmbar. Zudem wird der in den Nachtstunden geltende Grenzwert des Widmungsmaßes für „Allgemeines Wohngebiet“ von  $L_{Aeq} = 45\text{dB}$  durch den Beurteilungspegel um 17dB überschritten.“

- **Stellungnahme des Grazer Gesundheitsamtes zum Antrag GR Nr. 584/2000 vom 3. 5. 2000**

„Die WHO gibt zur Sicherung eines erholsamen Schlafes einen äquivalenten Dauerschallpegel  $L_{Aeq}$  von weniger als 35 dB im Raum an. Nach ÖNORM S 5021 wird in Kategorie 3 (städtisches Wohngebiet) als maximaler Immissionswert ein  $L_{Aeq}$  von 45 dB nachts im Freien gefordert.“

- **Schalltechnisches Gutachten von Dipl.-Ing. Wallner vom 8. 8. 2003**

Messort Herrengasse 3, Blickrichtung Prokopigasse, 8. 8. 2003, 23.40 Uhr und 00.00 Uhr: „Die Grenze der zumutbaren Störung bei Nacht wurde um 26 dB überschritten. Der Grenzwert für Schallpegelspitzen bei Nacht wurde um 10 dB überschritten.“

Messort Stieggasse 3, Blickrichtung Karmeliterplatz, 8. 8. 2003, 22.45 Uhr und 23.00 Uhr: „Die Grenze der zumutbaren Störung bei Nacht wurde um 19 dB überschritten. Der Grenzwert für Schallpegelspitzen bei Nacht wurde um 6 dB überschritten.“

- **Stellungnahme des Grazer Gesundheitsamtes zum schalltechnischen Gutachten Dipl.-Ing. Wallner vom 22. 8. 2003**

„Die im aktuellen schalltechnischen Gutachten gemessenen Immissionswerte liegen sowohl für die Tageszeit als auch und besonders in der Nachtzeit deutlich und beträchtlich über den angeführten ‚Grenzwerten‘. Unter der Annahme einer chronischen, d.h. länger dauernden (mehr als drei Wochen) Lärmexposition der Bewohner der gg. Gebiete, ist mit Belästigungen, Befindlichkeitsstörungen und sogar gesundheitlichen Auswirkungen, wie oben beschrieben, zu rechnen.“

- **Bericht des Umweltamtes vom 19.08.2003, GZ. A23-K 64/1998-31 über die Langzeitmessung am Mehplatz vom 8. August 2003 bis Montag den 11. August 2003**

### Diese Langzeitmessung bestätigt exorbitante Grenzwertüberschreitungen

Um die Lärmbelastung eines im 3. Stock(!) lebenden Bewohners der Grazer Altstadt zu dokumentieren wurde im Auftrag der seinerzeitigen Gesundheitsstadträtin Monogioudis mehrere Lärmmessungen, an verschiedenen Punkten der Altstadt durchgeführt. Das Umweltamt führte eine Langzeitmessung über das Wochenende vom 8. August 2003 bis Montag den 11. August 2003 durch, welche im Bericht vom 19.08.2003, GZ. A23-K 64/1998-31 eindrucksvoll dokumentiert wurde

Diese Langzeitmessung bestätigt, dass sich der Lärmpegel in den Abend- und Nachtstunden von  $L_{A,eq}$  45 dB - 50 dB kontinuierlich auf  $L_{A,eq}$  58 dB anhebt, um in der ruhigsten Zeit zwischen 2:00 und 5:00 Uhr auf  $L_{A,eq}$  32 dB abzufallen.

Der lt. ÖNORM S-5004 zurechenbare Anpassungswert von +5 dB für informationshaltige Geräusche für die Bestimmung des Beurteilungspegels ist in den angeführten Werten noch nicht berücksichtigt!

Am Sonntag dem 10. August 2003 waren einige der Gastgärten nicht in Betrieb und die Besucherfrequenz deutlich geringer. Unter Berücksichtigung des Anpassungswertes für informationshaltige Geräusche von + 5dB wurde selbst am Sonntag nach 22 Uhr die Grenze der Zumutbarkeit welche sich am Grundgeräuschpegel von nur  $L_{A,eq}$  32 dB orientiert, um  $L_{A,eq}$  12 dB überschritten!

# STELLUNGNAHME

zur geplanten Änderung der Gewerbeordnung 1994  
betreffend die Gastgartenregelung

für die Bürgerinitiative „SPINST“

erstattet von

Martin Kind

im Auftrag der genannten Bürgerinitiative

am 21.5.2010

## I.

Sachverhalt:

Aufgrund der dem Auftragnehmer von Frau Monika und Herrn Peter Huber als Vertreter der Bürgerinitiative „SPINST“ per E-Mail im April und Mai 2010 zur Verfügung gestellten Unterlagen, ist Gegenstand der folgenden Stellungnahme im Wesentlichen nachstehender Sachverhalt:

- 1.1 Das Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend (BMWFJ) hat seit dem 28.4.2010 den Entwurf über ein Bundesgesetz, mit dem die Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) geändert wird, zur Begutachtung im Internet auf der Homepage des BMWFJ veröffentlicht; die Frist zur Begutachtung endet am 26.5.2010. Unter anderem soll nach § 76 ein § 76a in die GewO 1994 eingefügt werden; dadurch soll „*die Gastgartenregelung aus den Ausübungsregeln der GewO 1994 in das gewerbliche Betriebsanlagenrecht in der Form einer Genehmigungsfreistellung übergeführt werden*“ (Vorblatt des Entwurfs).
- 1.2 Weitere Schwerpunkte des Entwurfs sind die Erweiterung der Voraussetzungen für die Genehmigungsfreistellung (maximal 100 Verabreichungsplätze und Erwartung der Einhaltung der von § 74 Abs. 2 GewO 1994 geschützten Interessen). Hinzu kommen eine auf die Genehmigungsfreistellung abgestimmte Pflicht des Betreibers zur Anzeige vor Aufnahme des Gastgartenbetriebes mit einer Verpflichtung der Behörde, bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen den Gastgartenbetrieb binnen drei Monaten zu untersagen sowie spezielle Möglichkeiten des nachträglichen behördlichen Eingreifens. Eine Einschränkung rechtskräftiger Betriebsanlagengenehmigungsbescheide für Gastgärten ist mit dem Entwurf nicht verbunden.
- 1.3 Vor dem Hintergrund der bisherigen Entwicklung der Gastgartenregelung – angefangen von der erstmaligen Festlegung der Gewerbeausübung in Gastgärten durch die Novelle BGBl. 1993/29 in § 153 Abs. 1 und 1a GewO 1973 über § 148 Abs. 1 und 2 GewO 1994 in der Fassung BGBl. 1994/194, BGBl. I 1997/63 und BGBl. I 1998/116 bis hin zur Übernahme des Inhalts des § 148 Abs. 1 und 2 in § 112 Abs. 3 durch die Novelle BGBl. I 2002/111 samt BGBl. I 2005/134 – und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des VfGH und VwGH soll aus verfassungsrechtlicher Sicht zu §



76a GewO-Entwurf Stellung genommen werden. Insbesondere soll hierbei darauf eingegangen werden,

- (i) ob der Gesetzgeber dadurch noch im Sinn des VfGH „*einen sinnvollen Ausgleich zwischen den durch das BVG über den umfassenden Umweltschutz verfassungsrechtlich geschützten Interessen des durch die Lärmerregung von Gastgärten beeinträchtigten Personenkreises einerseits mit der ebenfalls verfassungsgesetzlich geschützten Erwerbsfreiheit der Gastgewerbetreibenden und den allgemeinen Interessen der Bevölkerung am Betrieb von Gastgärten andererseits*“ (VfSlg. 14.551/1996) anstrebt oder
- (ii) ob dadurch nicht quasi zur – verfassungsrechtlich nicht haltbaren (vgl. unter anderem dazu *Kind*, Lärmprobleme mit Schanigärten, ecolex 1999, 865 ff.) – Rechtslage der Novelle BGBl. I 1998/116 über den „Umweg“ einer Genehmigungsfreistellung zurückgekehrt wird und damit der gebotene „*Ausgleich*“ im Lichte des Gleichheitssatzes und des BVG über den umfassenden Umweltschutz außerhalb des Rahmens rechtspolitischer Gestaltungsfreiheit vom Gesetzgeber erfolgt.

## II.

### Stellungnahme:

- 2.1 Wortlaut, Sinn und Zweck des § 76a GewO-Entwurf lassen keinen Zweifel offen, dass „*statt wie bisher eine ausübungsrechtliche 'Garantie' nunmehr eine betriebsanlagenrechtliche Ausnahme vom Erfordernis der Genehmigung eingerichtet werden [soll]*“, dass also ohne Genehmigung Gastgärten auf öffentlichem Grund (auch als „*Straßengastgärten*“ bezeichnet) ganzjährig in der Zeit von 8.00 bis 23.00 Uhr (§ 76a Abs. 1 GewO-Entwurf) und andere Gastgärten (auch als „*Hinterhofgastgärten*“ bzw. „*Innenhofgastgärten*“ bezeichnet) ganzjährig in der Zeit von 9.00 bis 22.00 Uhr betrieben werden sollen (§ 76a Abs. 2 GewO-Entwurf). Die materiellen Voraussetzungen hierfür werden in Z 1 bis 4 des § 76a Abs. 1 GewO-Entwurf angeführt; hierbei entsprechen Z 1 und – abgesehen von der Lautstärke (arg. „*lauteres Sprechen als der übliche Gesprächston der Gäste*“) – Z 3 den bisher geltenden Vorgaben in § 112 Abs. 3 GewO 1994. Darüber hinaus soll die Genehmigungsfreistellung nur für Gastgärten mit maximal 100 Verabreichungsplätzen gelten (§ 76a Abs. 1 Z 2 GewO-Entwurf) und an die Erfüllung einer „*Erwartungshaltung*“ in Bezug auf die Gesundheitsgefähr-

dung oder unzumutbare Belästigung durch Immissionen wie Lärm (von Gastgärten insbesondere gegenüber Nachbarn) geknüpft werden (§ 76a Abs. 1 Z 4 GewO-Entwurf). Dazu kommt noch als formelle Voraussetzung, dass der Betrieb eines Gastgartens der Behörde „*vorher anzuzeigen*“ sein soll (§ 76a Abs. 3 GewO-Entwurf). Allerdings ist „*mit der Erstattung der Anzeige keine Pflicht zur Aufnahme des Gastgartenbetriebs verbunden*“ (Erläuterungen – Besonderer Teil zu Abs. 3 des § 76a). Im Unterschied zu § 80 Abs. 1 GewO 1994, wonach die Genehmigung einer Betriebsanlage erlischt, wenn der Betrieb der Anlage nicht binnen fünf Jahren nach erteilter Genehmigung aufgenommen wird, soll also für Gastgärten durch die bloße Anzeige (= „*Information*“) bei der Behörde die Möglichkeit geschaffen werden, sich auf das Recht des genehmigungsfreien Betriebs gemäß § 76a GewO-Entwurf auch dann zu berufen, wenn ein Gastgarten jahrzehntelang nicht betrieben wird.

- 2.2 Die Behörde soll gemäß § 76a Abs. 4 GewO-Entwurf eine dreimonatige Pflicht zur Prüfung der Anzeige (verbunden mit einem Untersagungsrecht bzw. -pflicht bei Nichterfüllung der Voraussetzungen gemäß § 76a Abs. 1 Z 1 bis 4 GewO-Entwurf) haben. Der Betrieb eines Gastgartens kann aber sofort – das heißt im Zeitpunkt der Erstattung der Anzeige – aufgenommen werden. In der Praxis wird die Behörde wohl regelmäßig aufgrund der Anzeigen prüfen, ob die in den Anzeigen enthaltenen Angaben den Voraussetzungen der Z 1 bis 4 des § 76a Abs. 3 GewO-Entwurf entsprechen; wie hierbei geprüft werden soll, ob die Erwartungshaltung gemäß § 76a Abs. 1 Z 4 GewO-Entwurf erfüllt ist, namentlich ob die Interessen der Nachbarn im Sinn des § 74 Abs. 2 Z 1 und 2 GewO 1994 „*hinreichend geschützt*“ sind, sei hier dahin gestellt (vgl. unten Punkt 2.11). Jedenfalls „*verwirkt*“ das Untersagungsrecht bzw. die Untersagungspflicht der Behörde nach Ablauf der Dreimonatsfrist; danach soll die Behörde nur mehr
- (i) mit „Maßnahmen“ (nämlich die Aufforderung zur Einhaltung der Voraussetzungen und – bei wirkungsloser Aufforderung – die Verfügung der Schließung eines Gastgartens) reagieren können (§ 76a Abs. 5 GewO-Entwurf) bzw.
  - (ii) „*im Einzelfall*“ (Erläuterungen – Besonderer Teil zu Abs. 8 des § 76a) mit nachträglichen „*Auflagen und Einschränkungen der Betriebszeit zugunsten von Nachbarn*“ einen Gastgarten soweit anpassen können, „*als diese zur Vermeidung einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit dieser Personen notwendig sind*“ (§ 76a Abs. 8 GewO-Entwurf).

2.3 Im Wesentlichen geht es bei § 76a GewO-Entwurf also um die „Überführung der Gastgartenregelung aus den Ausübungsregeln der GewO 1994 in das gewerbliche Betriebsanlagenrecht in der Form einer Ausnahme von einer Genehmigung“ (Erläuterungen – Allgemeiner Teil). „Statt wie bisher eine ausübungsrechtliche 'Garantie' soll nunmehr eine betriebsanlagenrechtliche Ausnahme vom Erfordernis der Genehmigung eingerichtet werden, um Unsicherheiten bezüglich des Verhältnisses zwischen Betriebsanlagenrecht und Gastgartenregelung zu vermeiden“ (Erläuterungen – Besonderer Teil zu Abs. 1 und 2 des § 76a). Ursache dieser „Unsicherheiten“ sei die „Judikaturentwicklung“ – namentlich die Entscheidungen des VwGH und UVS (vgl. VwGH 27.6.2007, ZI. 2007/04/0111 und VwGH 12.9.2007, ZI. 2007/04/0100 sowie UVS Steiermark 26.3.2007, GZ. UVS43.14-11/2006-3); weil demnach

(i) „§ 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“, was dazu geführt habe, „dass auch für solche Gastgärten, die den Voraussetzungen des § 112 Abs. 3 GewO 1994 entsprechen, die Betriebsgeräusche im Genehmigungsverfahren prüfungsrelevant sind“, somit werden auch für diese Gastgärten „aufwändige Verfahren mit entsprechenden Lärmmessungen notwendig“ seien und „die Vorschreibung von Auflagen im Sinn des § 77 Abs. 1 GewO 1994 ebenso in Betracht [kommt] wie eine Versagung der Genehmigung“ – kurzum: weil „die ursprünglich beabsichtigte 'Betriebszeitengarantie' den Garantiecharakter verloren [hat] und insofern wirkungslos geworden [ist]“ – und

(ii) „im Gegensatz dazu Gastgärten, die dem § 112 Abs. 3 GewO 1994 nicht entsprechen, die Möglichkeit [haben], im gewerblichen Betriebsanlagengenehmigungsverfahren jede Betriebszeit genehmigt zu erhalten, sofern dies mit den geschützten Interessen vereinbar ist, was zu einer Besserstellung von Gastgärten, welche die Voraussetzungen des § 112 Abs. 3 GewO 1994 nicht erfüllen, führt“ (Erläuterungen – Allgemeiner Teil),

soll mit § 76a GewO-Entwurf „im Interesse des Wirtschaftsstandorts Österreich eine praktikable Genehmigungsfreistellung von Gastgärten“ (Vorblatt des Entwurfs) geschaffen werden. Offen wird hierbei besagte „Judikaturentwicklung“ als „Problem“ (Vorblatt des Entwurfs) qualifiziert, dem durch § 76a GewO-Entwurf „entgegen gewirkt werden“ soll, wobei – offenbar um der Verhältnismäßigkeit bzw. Angemessenheit Genüge zu tun – nicht nur

den wirtschaftlichen Gegebenheiten (namentlich: „*die Zufriedenheit in- und ausländischer Gäste*“), sondern auch „*dem Schutz der Nachbarn vor Auswirkungen von Gastgärten*“ (Erläuterungen – Allgemeiner Teil) Rechnung getragen werden soll.

- 2.4 § 76a GewO-Entwurf soll – das ist unstrittig – Gastgärten von der Genehmigungspflicht für Betriebsanlagen ausnehmen. Hierbei interessiert nicht so sehr, was den Gesetzgeber im Lichte des Rechtsstaates dazu veranlassen sollte, die Rechtsprechung des VfGH und VwGH (vgl. oben Punkt 1.3) als offenbar unerwünscht und daher als „*Problem*“ zu qualifizieren. Vielmehr interessiert, was der VfGH zum Schutz von Nachbarn vor schädlichen Immissionen und Belästigungen im Zusammenhang mit der „*Betriebsgarantie*“ von Gastgärten sagt. Immerhin hat sich der VfGH damit aufgrund mehrerer Gesetzesprüfungsanträge des VwGH im Jahr 1996 auseinandersetzen müssen und sind diese Anträge insofern mit § 76a GewO-Entwurf vergleichbar, als es damals wie heute darum geht, dass durch die Regelung des § 112 Abs. 3 GewO 1994 (vormals: § 153 Abs. 1 GewO 1973 bzw. § 148 Abs. 1 GewO 1994) bzw. des § 76a GewO-Entwurf eine „*Garantie*“ für Gastgärten geschaffen ist bzw. werden soll, die davon losgelöst ist, ob durch diesen Betrieb z.B. die Gesundheit von Menschen gefährdet werde oder nicht.
- 2.5 Genau hierin verbirgt sich die „*Achillesferse*“ des § 76a GewO-Entwurf; nicht dass der VfGH die Anträge des VwGH – was dessen Bedenken einer fehlenden sachlichen Rechtfertigung für die Privilegierung der von der GewO 1994 erfassten Gastgärten gegenüber Betriebsanlagen anlangt – abgewiesen hat, also die diesbezüglichen Bedenken des VwGH nicht geteilt hat, ist entscheidend. Entscheidend – und § 76a GewO-Entwurf verfassungsrechtlich angreifbar machend – ist die Begründung des VfGH, warum er die vom VwGH in seinen Gesetzesprüfungsanträgen vertretene, dem Vorwurf der Gleichheitswidrigkeit als Prämisse zugrundeliegende Auffassung nicht geteilt hat. Der VfGH begründet die Abweisung damit, dass auch der dem § 112 Abs. 3 GewO 1994 (vormals: § 148 Abs. 1 GewO 1994) „*unterliegende Gastgartenbetrieb unter den Voraussetzungen des § 74 GewO 1994 genehmigungspflichtig ist, dass er gemäß § 77 Abs. 1 GewO 1994 'erforderlichenfalls', – wenn auch nicht hinsichtlich der durch § 148 Abs. 1 GewO 1994 festgelegten Betriebszeiten –, unter Auflagen zu genehmigen ist, und dass schließlich gemäß § 79 GewO 1994 auch für einen genehmigten Gastgartenbetrieb nachträgliche zusätzliche Auflagen*

(auch im Interesse des Nachbarschutzes) vorzuschreiben sind“ (VfSlg. 14.551/1996).

- 2.6 Hieran, also aus der durch den VfGH aufgezeigten verfassungsrechtlich geboten Sicht des § 148 Abs. 1 GewO (nunmehr: § 112 Abs. 3 GewO 1994), ist § 76a GewO-Entwurf zu prüfen und genau daran scheitert diese Prüfung. Welches „Mascherl“ die derzeit in § 112 Abs. 3 GewO 1994 festgelegte „Betriebsgarantie“ auch immer hat, gleich ob sie implizit als „ausübungsrechtliche Garantie“ oder explizit als „betriebsanlagenrechtliche Ausnahme“ bezeichnet bzw. wie sie systematisch in der GewO 1994 verankert wird, im Ergebnis geht es in verfassungsrechtlichen Kategorien stets darum, ob eine dadurch bedingte Belastung bzw. Gefährdung von Nachbarn, sachlich, das heißt objektiv-vernünftig begründet werden kann: Das ist – wie der VfGH erkannte und in der Folge der VwGH judizierte – nur der Fall, wenn bzw. weil der Gastgartenbetrieb unter den Voraussetzungen des § 74 GewO 1994 genehmigungspflichtig und daher gemäß § 77 Abs. 1 GewO 1994 „erforderlichenfalls“ – wenn auch nicht hinsichtlich der durch § 112 Abs. 3 GewO 1994 festgelegten Betriebszeiten – unter Auflagen zu genehmigen ist – anderenfalls besteht kein solcher sachlicher, vernünftiger Grund für eine „Betriebsgarantie“, weil dafür eine Legitimation, die sich nach der Begründung des VfGH aus der Genehmigungspflicht von Gastgärten ergibt, fehlen würde.
- 2.7 § 76a GewO-Entwurf entzieht der mit der Genehmigungspflicht verbundenen Betriebszeitengarantie von Gastgärten die sachliche Rechtfertigung, macht wegen der Genehmigungsfreistellung diese Garantie verfassungsrechtlich unvertretbar und verstößt damit gegen den Gleichheitsgrundsatz. Hierbei erweist sich die Rechtsprechung des VfGH nicht als „*Problem*“ (wie im Vorblatt des Entwurfs bezeichnet), sondern als Prüfungsmaßstab und Grenze, welche den Gesetzgeber hindern, entgegen bzw. darüber hinaus gehende Regelungen zu erlassen. Generell ist der Gesetzgeber zwar grundsätzlich frei zu entscheiden, welche Instrumente er – unter Berücksichtigung allfälliger erwünschter oder in Kauf genommener Nebenwirkungen – in der jeweils gegebenen Situation zur Zielerreichung geeignet erachtet und welches unter mehreren möglichen Mitteln er ausschließlich einsetzt. Allerdings darf der Gesetzgeber – um vor dem VfGH zu bestehen – bei der Bestimmung der einzusetzenden Mittel die ihm von Verfassungswegen gesetzten Schranken nicht überschreiten. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn er das sich aus dem Gleichheitsgebot ergebende Sachlichkeitsgebot verletzt, wenn er also beispielsweise zur Zielerreichung



völlig ungeeignete Mittel vorsieht oder wenn die vorgesehenen, an sich geeigneten Mittel zu einer sachlich nicht begründbaren Differenzierung führen.

2.8 Konkret überschreitet meines Erachtens der Gesetzgeber mit § 76a GewO-Entwurf die verfassungsrechtlichen Grenzen, weil unabhängig von der Motivation des Gesetzgebers eine Genehmigungsfreistellung verbunden mit einer – verfassungsrechtlich durch die Genehmigungspflicht legitimierte – Betriebszeitengarantie zu einem unlöslichen Wertungswiderspruch führen. Anders gewendet: Würde § 76a GewO-Entwurf den geltenden § 112 Abs. 3 GewO ersetzen, so würden jene Bedenken, die der VfGH in den Gesetzesprüfungsanträgen äußerte, wegen der Begründung, die der VfGH zur Abweisung dieser Anträge ausführte, voll durchschlagen. Das Erkenntnis des VfGH aus dem Jahr 1996 erweist sich insofern – wie *Gruber, Der Schanigarten – ein ewiges Problem?*, in *Gruber/Pallege-Barfuß, Gewerbe-recht* (2008), 149 (159) treffend formuliert – als „*Pyrrhussieg*“ für Gastgewerbetreibende, der im Fall des § 76a GewO-Entwurf zum „Bumerang“ wird, weil der ausjudizierte Grund für die privilegierende Betriebszeitengarantie von Gastgärten deren Genehmigungspflicht ist und daher *conditio sine qua non* für die Garantie ist.

2.9 Wenn § 76a GewO-Entwurf Gesetz werden würde, so käme wegen des Erkenntnisses des VfGH aus dem Jahr 1996 auch der weitere vom VfGH erhobene Vorwurf der unverhältnismäßigen Benachteiligung der Nachbarn von Gastgärten mit Betriebszeitengarantie gemäß § 112 Abs 3 GewO 1994 (vormals: § 148 Abs. 1 erster Satz GewO 1994), den er damit begründete, dass der Gesetzgeber mit der (nicht differenzierenden) „*Betriebsgarantie*“ für Gastgärten selbst eine Gesundheitsgefährdung der Nachbarn in Kauf nehme, sodass die Regelung im Widerspruch zum Bundesverfassungsgesetz über den umfassenden Umweltschutz, BGBl. 491/1984, stehe, zum Tragen. Denn auch diesen Vorwurf verwarf der VfGH deswegen, sprach also aus, dass die Vorschrift des 148 Abs. 1 erster Satz GewO 1994 (nunmehr: § 112 Abs. 3 GewO 1994) eine derartige Gesundheitsgefährdung der Nachbarn keineswegs zulasse, weil „*der Umstand, dass für die unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 148 Abs. 1 GewO 1994 betriebenen Gastgärten die gesetzliche Betriebszeit ohne individuelle Prüfung der durch die Lärmentwicklung vom betreffenden Gastgarten ausgehenden Gefährdungen und Belästigungen gilt, 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 ge-*

*nommen. Auch der kraft § 148 Abs. 1 erster Satz GewO 1994 bis 22 bzw. 23 Uhr zu betreibende Gastgarten unterliegt, wie bereits dargetan, der Genehmigungspflicht nach § 74 GewO 1994 sowie den Genehmigungsvoraussetzungen nach § 77 GewO 1994, mag auch die gesetzliche Betriebszeit nicht (mehr) Gegenstand des Genehmigungsverfahrens sein. Vielmehr geht der Verfassungsgerichtshof davon aus, dass der Gesetzgeber angesichts der oben näher geschilderten Einschränkungen für den Gastgartenbetrieb nach § 148 Abs. 1 erster Satz GewO 1994 einen sinnvollen Ausgleich zwischen den durch das BVG über den umfassenden Umweltschutz verfassungsrechtlich geschützten Interessen des durch die Lärmerregung von Gastgärten beeinträchtigten Personenkreises einerseits mit der ebenfalls verfassungsgesetzlich geschützten Erwerbsfreiheit der Gastgewerbetreibenden und den allgemeinen Interessen der Bevölkerung am Betrieb von Gastgärten andererseits ... angestrebt hat.“*

2.10 Das heißt, dass der Grund für die Bejahung des erforderlichen Interessenausgleichs zwischen Gastgewerbetreibenden und deren Gäste sowie Nachbarn durch den VfGH (und damit die Zerstreung der vom VwGH geäußerten Bedenken) im Zusammenhang mit dem BVG über den umfassenden Umweltschutz derselbe ist, wie der im Zusammenhang mit dem Gleichheitsgrundsatz: da wie dort rechtfertigt der VfGH die Betriebszeitengarantie durch die Genehmigungspflicht von Gastgärten. Nur weil auch Gastgärten genehmigungspflichtig sind und damit das für die Wertung maßgebende Ziel des Betriebsanlagenrechts – das da heißt: Vermeidung bestimmter Beeinträchtigungen, die Betriebsanlagen auf die Umwelt ausüben [vgl. z.B. *Potacs*, Gewerbliches Betriebsanlagenrecht, in *Holoubek/Potacs*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Band 2 (2002) 369 (371 ff.)] – durch Gastgärten als Betriebsanlagen nicht unterlaufen wird, ist mit dem VfGH die die Gastgärten privilegierende Betriebszeitengarantie unter den „Einschränkungen für den Gastgartenbetrieb“ gemäß § 112 Abs. 3 GewO 1994 (vormals: § 148 Abs. 1 GewO 1994) weder unsachlich noch unverhältnismäßig.

2.11 An der Verfassungswidrigkeit des § 76a GewO-Entwurf ändert meines Erachtens auch nicht der Umstand, dass die Genehmigungsfreistellung nur greifen soll, wenn die materiellen Voraussetzungen gemäß Z 1 bis 4 des § 76a Abs. 1 GewO-Entwurf vorliegen: Erstens ändert die Vorlage dieser Voraussetzungen nichts daran, dass „keine Genehmigung erforderlich“ ist, um in den Genuss der Betriebszeitengarantie zu kommen – und das heißt, dass die materiellen Voraussetzungen nicht am Ob, sondern bloß am Wie

des genehmigungsfreien Betriebs eines Gastgartens etwas ändern. Zweitens entsprechen die Z 1 und 3 mehr oder weniger den Vorgaben für die Betriebszeitengarantie in § 112 Abs. 3 GewO 1994 und erfahren insofern nur einen „Etikettenwechsel“, als sie nun im Betriebsanlagenrecht bzw. als Ausnahme davon angeführt werden. Drittens ist die neue Z 2 in der Praxis als „Voraussetzung“ dahingehend zu relativieren, als dadurch der Mehrheit von Gastgärten die Genehmigungsfreiheit ermöglicht wird, was aus dem Blickwinkel der „*Härtefall*“-Judikatur (vgl. unten Punkte 2.13 ff.) ein Beleg dafür ist, dass dem § 76a GewO-Entwurf ein gegen den Gleichheitssatz verstoßender Systemfehler immanent ist. Viertens darf bei lebensnaher Betrachtung nicht damit gerechnet werden, dass die in Z 4 geforderte Erwartungshaltung, die durch den Gastgartenbetreiber als Anzeigepflichtiger prima facie bestimmt wird, jenes Maß an Objektivität gewährleistet, dass im Fall eines Genehmigungsverfahrens bei der Beurteilung der Eignung einer Betriebsanlage zu Gefährdungen, Belästigungen etc. im Sinn des § 74 Abs. 2 GewO 1994 angewendet wird. Fünftens schließlich sollte auch die Tragweite bzw. Konsequenz des § 76a GewO-Entwurf nicht außer Acht gelassen werden, weil dadurch praktisch „mit einem Schlag“ – gleich einer Generalamnestie – ein (auch) aufgrund des Ministerialerlasses „hausgemachtes“ Vollzugsdilemma (vgl. dazu *Gruber* a.a.O. 160) samt der derzeit – wegen nicht genehmigten und damit rechtswidrigen Gastgärten – bestehenden Grauzone legalisiert wird, was im Lichte der beispielsweise als Vergleich in Frage kommenden strengen Judikatur des VfGH zu Schwarzbauten meines Erachtens nicht rechtfertigbar ist.

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

- (i) „*wirtschaftliche Gegebenheiten*“, wie „*die Zufriedenheit in- und ausländischer Gäste*“ (Erläuterungen – Allgemeiner Teil), kein geeigneter Zweck sind, um einen Anpassungsbedarf an „*aktuelle Gegebenheiten*“ durch § 76a GewO-Entwurf zu rechtfertigen,
- (ii) daran – und damit an dem mit einem Hinnehmen solcher „*Gegebenheiten*“ zwangsläufig verbundenen Nachteil für die vom Lärm aus Gastgärten betroffenen Nachbarn – sich nichts ändert, wenn über Auflagen und Einschränkungen der Betriebszeit gemäß § 76a Abs. 8

- GewO-Entwurf den Nachbarn im Nachhinein ein Schutz vor Auswirkungen aus Gastgärten in Aussicht gestellt wird, und
- (iii) die Bedeutung des vom VfGH erkannten Ziels eines „*sinnvollen Ausgleichs*“ der einander widerstreitenden Interessen zwischen Nachbarn und Gastgewebetreibenden eine Betriebszeitengarantie von Gastgärten nur im Rahmen der Genehmigungspflicht als sachlich und verhältnismäßig erscheinen lässt.

- 2.13 Aber nicht nur die durch die Judikatur des VfGH und VwGH verfassungsrechtlich gebotene Sichtweise steht dem § 76a GewO-Entwurf entgegen. Das dem § 76a GewO-Entwurf grundlegende System der Anzeigepflicht durch den Gastgartenbetreiber führt nicht bloß zufällig (in „*Härtefällen*“), sondern gezielt zur Benachteiligung von Nachbarn bzw. deren Schutzinteressen. Härtefälle liegen bekanntlich dann nicht vor, wenn die Norm gerade auf einen Fall abzielt, der wie hier – weil Gastgärten mit maximal 100 Verabreichungsplätze eher die Regel als die Ausnahme in Österreich sein dürften – noch dazu alles andere als äußerst selten eintritt. Dazu kommt, dass es bei den „*Härtefällen*“ (auch) auf das Ausmaß der einzelnen Normadressaten zugemuteten Belastungen ankommt – und diese können in Bezug auf den Lärm für Nachbarn am Abend und in der Nacht gravierend sein, weshalb einer Durchschnittsbetrachtung, wie beim Gleichheitssatz an sich üblich, von Vornherein der Boden entzogen ist.
- 2.14 Die unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes hinzunehmenden „*Härtefälle*“ zeichnen sich teils durch ihr seltenes Vorkommen, teils durch ein relativ geringes Maß der Intensität des für die Betroffenen im Verhältnis zu Anderen eintretenden Nachteils aus. Sie sind in der Regel Folgen einer (zulässigen) Durchschnittsbetrachtung und zeichnen sich dadurch aus, dass der Gesetzgeber nicht in der Lage ist, alle Fallgestaltungen und daher auch nicht jene, die dann als Härtefall empfunden werden, vorherzusehen und bei seinen Regelungen im Voraus zu bedenken, mit anderen Worten dass es sich nicht um vermeidbare „*Systemfehler*“ handelt (vgl. z.B. VfSlg. 12.783/1991 – Familienlastenausgleich, VfSlg. 17.237/2004 – Exekutionsverfahren).
- 2.15 Offenbar ist auch an 76a GewO-Entwurf nicht spurlos, wenn auch im Ergebnis nicht erkennbar, die hinter dem „*Problem*“ der Judikaturentwicklung zu Tage tretende „*Unsicherheit über das Verhältnis zwischen Gastgartenregelung und gewerblichem Betriebsanlagenrecht*“ (Vorblatt des Entwurfs)

vorbeigegangen. Anders ist nicht erklärbar, dass in den Erläuterungen versucht wird, die Gleichheitsmäßigkeit der unterschiedlichen Regelung zwischen genehmigungspflichtigen und genehmigungsfreien Betriebsanlagen – also zwischen §§ 74 ff. GewO und § 76a GewO-Entwurf – damit zu rechtfertigen, dass

- (i) *„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“*,
- (ii) *„ortsübliche Geräusentwicklungen, wie sie mit in normaler Lautstärke von mehreren Personen auf der Straße oder in der Nachbarschaft geführten Gesprächen oder mit Essen und Trinken regelmäßig verbunden sind, in diesem Sinne nach den landespolizeilichen Bestimmungen nicht sanktioniert und auch zivilrechtlich kaum unterbunden werden [können]“* und
- (iii) *„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“* (Erläuterungen – Besonderer Teil zu Abs. 1 und 2 des § 76a).

2.16 Allerdings überzeugen diese Rechtfertigungsversuche nicht, weil sie schon vom Ansatz her verfehlt sind. Um überhaupt am Gleichheitssatz gemessen werden zu können, muss eine bestimmte Korrelation zwischen einem durch § 76a GewO-Entwurf verfolgten rechtspolitischen Ziel und der daraus resultierende Differenzierung (als dem Mittel) bestehen. Weil also die vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung keine derart gravierenden Benachteiligungen bewirken darf, die die Differenzierung in dieser konkreten Ausgestaltung als unverhältnismäßig erscheinen lassen, ist § 76a GewO-Entwurf (mangels Erforderlichkeit einer Differenzierung von Gastgärten zu anderen Betriebsanlagen – vgl. oben Punkt 2.6) unverhältnismäßig: Denn durch § 76a GewO-Entwurf kann bei Gastgärten gar nicht das sonst gängige (typische) betriebsanlagenrechtliche Instrumentarium zur Erzielung der Genehmigungsfähigkeit der Anlage – seien es Auflagen im Sinn des § 77 Abs. 1 GewO 1994 oder Aufträge im Sinn des § 359b Abs. 1 GewO 1994 soweit sie eben (auch) zum Schutz der im § 74 Abs. 2



GewO 1994 wahrzunehmenden Interessen erforderlich sind – ausgeschöpft werden.

- 2.17 Dass im Übrigen Gastgärten quasi nur als Einzelfälle vom Gesetzgeber im Lichte des Gleichheitsgrundsatzes nicht zu berücksichtigen seien, sondern als „Härtefälle“ in Kauf zu nehmen wären, wird nicht einmal in den Erläuterungen zu § 76a GewO-Entwurf behauptet und trifft wegen der stets auch Anlass von Anzeigen, Berufungen und Beschwerden offenkundigen Lärm-entwicklung in Gastgärten auch nicht zu und hält zudem einem Vergleich mit anderen (genehmigungspflichtigen) Betriebsanlagen nicht stand. Wie der VfGH nämlich schon ausgesprochen hat (vgl. z.B. VfSlg. 7012/1973, 8352/1978), erlaubt es der Gleichheitsgrundsatz, nur jene Fälle zu vernachlässigen, die sich als atypische, bloß „*ausnahmsweise*“ Härtefälle erweisen. Eine solche Situation liegt aber hier nicht vor. Störende Immissionen, die im Sinn des § 74 Abs. 2 GewO 1994 das Leben und die Gesundheit der Nachbarn oder das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der Nachbarn gefährden bzw. Nachbarn belästigen, sind vielmehr – wie auch *Gruber* a.a.O. 166 aufzeigt – durchaus nicht nur in Ausnahmefällen vorkommende, teilweise sogar im „Gastgartenalltag“ (vgl. Z 3 des 76a Abs. 1 GewO-Entwurf – arg. „*lauteres Sprechen*“) ausdrücklich anerkannte bzw. der „*Zufriedenheit in- und ausländischer Gäste*“ geschuldete Zustände.
- 2.18 Sollte schließlich mit der versuchten Rechtfertigung (vgl. oben Punkt 2.15) die Sachlichkeit einer Abgrenzung dargetan werden, die auf die witterungsbedingte Üblichkeit und klimatischbedingte Seltenheit an sich abstellt, so ist dem auf dem Boden der Judikatur des VfGH gleichfalls entgegenzutreten: Es steht dem Gesetzgeber zwar im Rahmen des ihm eingeräumten rechtspolitischen Gestaltungsspielraums frei, Begünstigungen für einzelne Lebensbereiche vorzusehen; soweit er solche Begünstigungen einräumt, muss er sie jedoch von den nicht begünstigten Fällen sachgerecht abgrenzen (vgl. z.B. VfSlg. 3822/1960, 4289/1962, 6071/1969). Auch volkswirtschaftliche und fremdenverkehrspolitische Erwägungen sind in der Lage, eine derartige begünstigende Regelung sachlich zu rechtfertigen. Keinesfalls aber kann die sachliche Rechtfertigung für eine Begünstigung ausschließlich darin erblickt werden, dass sie im Ergebnis Fälle trifft, die häufiger eintreten, als andere (vgl. z.B. VfSlg. 8352/1978). Es erweist sich somit die durch § 76a GewO-Entwurf eintretende unterschiedliche betriebsanlagenrechtliche Behandlung von immissionsintensiven und damit gefährdungs- und belästigungsgerechten Gastgärten und anderen (genehmi-

gungspflichtigen) Betriebsanlagen(teilen) meines Erachtens als sachlich nicht gerechtfertigt.

### III.

#### Zusammenfassung:

Auch wenn noch nicht aller Tage Abend ist, so könnte dem § 76a GewO-Entwurf ein vor- bzw. frühzeitiges Ende beschieden sein. Dem gut gemeinten Versuch des zum politischen Dauerbrenner insbesondere in der „sauren Gurkenzeit“ gewordenen Konflikts zwischen nachtschwärmerischen Gastgartenbetreibern und deren Gästen sowie deswegen schlaflosen Nachbarn ist allein deshalb eine „Abfuhr“ zu erteilen, weil er meines Erachtens weder mit der speziellen Judikatur des VfGH zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Gastgartenregelung noch mit der generellen Judikatur des VfGH zu den nicht systemimmanenten Härtefällen vereinbar ist: § 76a GewO-Entwurf scheitert zum einen an der Genehmigungspflicht, die verfassungsrechtlich geboten ist, wenn den Gastgärten die sie gegenüber anderen Betriebsanlagen privilegierende Betriebszeitengarantie zugute kommen soll; zum anderen an dem dem § 76a GewO-Entwurf innewohnenden Systemfehler, weil dadurch von Vornherein der Standardfall (sprich: die die Regel bildenden Gastgärten mit bis zu 100 Verabreichungsplätzen) zum Härtefall (sprich: die Genehmigungsfreistellung als Ausnahme von der Genehmigungspflicht) werden würde.