

Verwaltungsgerichtshof

Zl. A 2013/0008-1

(2012/04/0121)

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Mayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag.^a Zirm, in der Beschwerdesache des Mag. H in M, vertreten durch Dr. Christian Puchner, Rechtsanwalt in 8700 Leoben, Franz-Josef-Straße 4, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 19. Juli 2012, Zl. UVS 43.4-1/2012-7, betreffend Betrieb eines Gastgartens nach § 76a GewO 1994 (weitere Partei: Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend; mitbeteiligte Partei: L-GmbH in M, vertreten durch Mag. Leopold Zechner, Rechtsanwalt in 8600 Bruck/Mur, Mittergasse 6), den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der Verwaltungsgerichtshof stellt gemäß Art. 140 Abs. 1 iVm Art. 89 Abs. 2 und Art. 135 Abs. 4 B-VG an den Verfassungsgerichtshof den

A n t r a g ,

die Wortfolge "zur Vermeidung einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit dieser Personen" in § 76a Abs. 8 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl. Nr. 194 in der Fassung BGBl. I Nr. 66/2010,

in eventu

die Wortfolgen "mit der Maßgabe" und ", dass Auflagen 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" in § 76a Abs. 8 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl. Nr. 194 in der Fassung BGBl. I Nr. 66/2010,

(16. Oktober 2013)

in eventu

§ 76a Abs. 8 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl. Nr. 194 in der Fassung BGBl. I Nr. 66/2010, insgesamt

als verfassungswidrig aufzuheben.

B e g r ü n d u n g :

1. Ausgangsverfahren:

Mit Spruchpunkt 2. des erstinstanzlichen Bescheides der Bezirkshauptmannschaft Bruck an der Mur (BH) vom 20. Jänner 2012 wurde der Antrag des Beschwerdeführers auf Beschränkung der Betriebszeiten des Gastgartenbetriebes der mitbeteiligten Partei gemäß § 76a Abs. 8 GewO 1994 abgewiesen.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde - soweit beschwerdegegenständlich - die gegen diesen Spruchpunkt erhobene Berufung des Beschwerdeführers gemäß § 66 Abs. 4 AVG abgewiesen.

Begründend führte die belangte Behörde hiezu im Wesentlichen aus, in der Berufung sei vorgebracht worden, das amtsärztliche Gutachten sei sehr wohl zum Schluss gekommen, dass gesundheitliche Auswirkungen bezüglich des Beschwerdeführers zu befürchten wären. Der Beschwerdeführer sei jedoch den im erstinstanzlichen Verfahren erstatteten Emissionsgutachten und dem medizinischen Gutachten nicht auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten. Aus dem vorliegenden Gutachten ergebe sich zwar, dass der Beschwerdeführer durch den Betrieb des Gastgartens belästigt werde, eine Unzumutbarkeit oder Gesundheitsgefährdung sei dem Gutachten nicht zu entnehmen. Das Rauchen einschränkende Bestimmungen seien der GewO 1994 nicht zu entnehmen. Daraus ergebe sich, dass weitere Betriebseinschränkungen aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens im Sinne der Anträge des Beschwerdeführers nicht erforderlich seien.

Die vorliegende Beschwerde richtet sich ausdrücklich gegen "den Spruch II. des erstinstanzlichen Bescheides" und somit gegen den angefochtenen Bescheid in dem oben angeführten Umfang.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete ebenso wie die mitbeteiligte Partei eine Gegenschrift.

2. Beschwerdevorbringen:

Der Beschwerdeführer erachtet sich in seinem Recht als Nachbar, "vor Störung durch Lärm und Beeinträchtigung und Gefährdung meiner Gesundheit durch Lärm" geschützt zu werden, verletzt.

Zu diesen Beschwerdepunkten bringt die Beschwerde im Wesentlichen vor, die Begründung der belangten Behörde, aus den Gutachten wäre eine Unzumutbarkeit oder Gesundheitsgefährdung durch Lärm nicht zu entnehmen, sei unrichtig und aktenwidrig. Selbst die erste Instanz hätte festgestellt, dass es durch den gegenständlichen Gastgarten zu massiven Lärmbelästigungen, die auch beim gesunden Menschen zu weitreichenden gesundheitlichen Auswirkungen führten, komme, weshalb eine Gesundheitsgefährdung angenommen werden müsse. Dem Beschwerdeführer sei der Beweis gelungen, dass vom gegenständlichen Gastgarten eine unzumutbare Lärmbelästigung und Gesundheitsgefährdung des Beschwerdeführers ausgehe. Die belangte Behörde hätte erkennen müssen, dass auch bei einem Gastgarten nach § 76a GewO 1994 "der Beweis des Gegenteils" möglich und zulässig sei, wonach trotz gesetzlicher Vermutung, von einem solchen Gastgarten würde keine Gesundheitsgefährdung und unzumutbare Belästigung ausgehen, im konkreten Fall das Gegenteil bewiesen werden könne.

3. Rechtslage:

Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 7. Dezember 2011, G 17/11 ua = VfSlg. 19.584, 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

§ 76a Abs. 1 Z. 4 Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194 idF BGBl. I Nr. 66/2010, als verfassungswidrig aufgehoben und ausgesprochen, dass die Aufhebung mit Ablauf des 30. November 2012 in Kraft tritt (kundgemacht durch BGBl. I Nr. 6/2012).

Im Beschwerdefall ist ausgehend von der Erlassung des beim Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheides am 3. August 2012 gemäß Art. 140 Abs. 7 zweiter Satz B-VG noch die Rechtslage vor dieser Aufhebung anzuwenden. Dies hat aber für die vorliegend maßgebliche Bestimmung des § 76a Abs. 8 GewO 1994 keine Auswirkung, da diese Bestimmung von der Aufhebung nicht berührt wurde, zumal sie an die Abs. 1 und 2 leg. cit. lediglich tatbestandlich angeknüpft (arg. "betrieben werden"). § 76a Abs. 8 GewO 1994 ist daher weiterhin in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 66/2010 in Geltung.

Die maßgeblichen Bestimmungen der GewO 1994 lauten (die vom Hauptantrag erfasste Wortfolge ist unterstrichen):

"§ 76a.

...

(8) Auf Gastgärten, die im Sinne des Abs. 1 oder Abs. 2 betrieben werden, sind die §§ 79 und 79a mit der Maßgabe anzuwenden, dass Auflagen 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.

...

§ 79. (1) Ergibt sich nach Genehmigung der Anlage, daß die gemäß § 74 Abs. 2 wahrzunehmenden Interessen trotz Einhaltung der im Genehmigungsbescheid vorgeschriebenen Auflagen nicht hinreichend geschützt sind, so hat die Behörde die nach dem Stand der Technik (§ 71a) und dem Stand der medizinischen und der sonst in Betracht kommenden Wissenschaften zur Erreichung dieses Schutzes erforderlichen anderen oder zusätzlichen Auflagen (§ 77 Abs. 1) vorzuschreiben;

...

§ 79a. (1) Die Behörde hat ein Verfahren gemäß § 79 Abs. 1 ... nach Maßgabe des Abs. 3 auf Antrag eines Nachbarn einzuleiten.

...

(3) Der Nachbar muß 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."

4. Präjudizialität:

Der Verwaltungsgerichtshof hat bei der Prüfung des angefochtenen Bescheides gemäß Art. 130 Abs. 1 lit. a iVm Art. 131 Abs. 1 Z. 1 B-VG die angefochtene Bestimmung anzuwenden:

Die beim Verwaltungsgerichtshof anhängige Beschwerde betrifft die Abweisung eines Antrages des Beschwerdeführers nach § 76a Abs. 8 GewO 1994. Diese Bestimmung ist durch den Verwaltungsgerichtshof bei der Prüfung des angefochtenen Bescheides anzuwenden und wurde auch von der belangten Behörde angewendet. Der Beschwerdeführer macht neben einer ihm drohenden Gesundheitsgefährdung auch eine unzumutbare Belästigung durch Lärm geltend.

5. Verfassungsrechtliche Bedenken:

Der Verwaltungsgerichtshof hat aus folgenden Erwägungen Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der im Spruch angeführten Wortfolge bzw. Bestimmung:

Der Verfassungsgerichtshof hat im obzitierten Erkenntnis VfSlg. 19.584/2011 erkannt, dass durch die Bestimmung des § 76a GewO 1994 idF BGBl. I Nr. 66/2010 die dem Gesetzgeber durch den Gleichheitsgrundsatz gesetzten Schranken überschritten wurden, weil eine sachliche Rechtfertigung für die Privilegierung der von § 76a GewO 1994 erfassten Gastgärten fehlt (vgl. IV. Punkt 4.)

Dies begründete der Verfassungsgerichtshof unter anderem mit folgenden Erwägungen:

"4.4. 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; insbesondere 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 im Zusammenhang mit dem Betrieb von Gastgärten VfSlg. 17.559/2005).

4.5. Soweit die Bundesregierung vorbringt, dass sich die Anwendung der Gastgartenregelung auf Fälle beschränke, bei denen auf Grund der geplanten Ausführung zu erwarten sei, dass die gemäß § 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 Behörde nach § 76a Abs 1 Z 4 zweiter Halbsatz 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.

4.6. Die Ausnahme von Gastgärten iSd § 76a GewO von der Genehmigungspflicht ('Genehmigungsfreistellung') bzw. der Ersatz des Genehmigungsverfahrens durch ein Anzeigeverfahren und die dadurch bewirkte Minderung des Nachbarnschutzes 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 § 76a Abs 1 Z 1 bis 4 GewO nunmehr - im Vergleich zu § 112 Abs 3 GewO idaF - 'weitere' (RV 780 BlgNR 24. GP, 5) Voraussetzungen (hinsichtlich der Dimensionierung, Situierung und Betriebszeit) für die Inanspruchnahme der Genehmigungsfreistellung vorsieht, da diese Bedingungen Gesundheitsgefährdungen und unzumutbare Belästigungen iSd § 74 Abs 2 Z 1 und 2 GewO in einer erheblichen Zahl von Fällen nicht auszuschließen vermögen.

4.7. 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 § 76a GewO jedenfalls nicht erzielt."

Im Hinblick auf die vorliegend entscheidende Bestimmung des § 76a Abs. 8 GewO 1994 führte der Verfassungsgerichtshof in diesem Erkenntnis Folgendes aus:

"4.8. Auch die Möglichkeit der nachträglichen Auflagenerteilung nach § 76a Abs 8 iVm §§ 79, 79a GewO vermag die Genehmigungsfreistellung nicht zu rechtfertigen. Einerseits besteht die Möglichkeit der nachträglichen (amtswegigen oder antragsgemäßen) Vorschreibung 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, 79a GewO besteht die Gefahr, dass Nachbarn gesundheitsgefährdende Betriebszustände durch einen längeren Zeitraum hindurch während eines laufenden Ermittlungsverfahrens hinnehmen müssen."

Mit diesen Ausführungen werden nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 76a Abs. 8 GewO 1994 und die darin normierte Beschränkung des nachträglichen Nachbarschutzes (nur) auf die Vermeidung von Gesundheitsgefährdungen aufgezeigt, die im vorliegenden Ausgangsverfahren schlagend werden.

So besteht ein entscheidender Unterschied zwischen der für Gastgärten geltenden Bestimmung des § 76a Abs. 8 GewO 1994 und der allgemein für Betriebsanlagen geltenden Bestimmung des § 79 Abs. 1 GewO 1994:

Nach § 76a Abs. 8 GewO 1994 besteht - mit den Worten des Verfassungsgerichtshofes - die Möglichkeit der nachträglichen Vorschreibung 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.

Dagegen sieht § 79 Abs. 1 GewO 1994 die Vorschreibung anderer oder zusätzlicher Auflagen bereits dann vor, wenn sich nach Genehmigung der Anlage ergibt, dass die gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994 wahrzunehmenden Interessen (und somit alle in dieser Bestimmung angeführten Interessen, insbesondere auch die Vermeidung einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Nachbarn etwa durch Lärm nach § 77 Abs. 1 GewO 1994) trotz Einhaltung der im Genehmigungsbescheid vorgeschriebenen Auflagen nicht hinreichend geschützt sind. Dieser allgemeine nachträgliche Nachbarschutz bei gewerblichen Betriebsanlagen nach § 79 Abs. 1 GewO 1994 besteht nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch für Nachbarn einer Betriebsanlage, die einem vereinfachten Genehmigungsverfahren nach § 359b GewO 1994 unterzogen wurde (vgl. das hg. Erkenntnis vom 28. September 2011, Zl. 2009/04/0211, mit Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 5. November 2010, Zl. 2010/04/0076).

Die Materialien zu § 76a Abs. 8 GewO 1994 (vgl. RV 780 BlgNR 24. GP, 10) führen unter anderem aus:

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

Damit ging der Gesetzgeber bei der Gestaltung des nachträglichen Nachbarschutzes bei Gastgärten nach § 76a Abs. 8 GewO 1994 und somit in sachlicher Rechtfertigung dieser (von § 79 Abs. 1 GewO 1994 abweichenden) Regelung von einer Annahme aus, die vom Verfassungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung in VfSlg. 19.584/2011 nicht geteilt wurde. Diese Rechtsprechung geht vielmehr davon aus, dass die "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, [...] angesichts dessen, dass bei der schalltechnischen und lärmmedizinischen Beurteilung in jedem Fall auf die tatsächlichen örtlichen Gegebenheiten abgestellt werden müsste, nicht nachvollziehbar" ist.

Damit schlägt diese Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes aber nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes auf den vorliegend präjudiziellen § 76a Abs. 8 GewO 1994 durch:

Die zu § 76a Abs. 8 GewO 1994 geäußerten Bedenken des Verfassungsgerichtshofes zeigen nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes deutlich auf, dass die oben dargestellte Beschränkung des nachträglichen Nachbarschutzes bei Gastgärten nach § 76a Abs. 8 GewO 1994 auf die Vermeidung von Gesundheitsgefährdungen im Vergleich zum allgemeinen nachträglichen Nachbarschutz bei anderen gewerblichen Betriebsanlagen nach § 79 Abs. 1 GewO 1994 und die damit einhergehende Privilegierung der von § 76a GewO erfassten Gastgärten sachlich nicht zu rechtfertigen ist. Es ist nämlich (bezogen auf die Umstände des beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Ausgangsverfahrens) keine sachliche Rechtfertigung dafür zu sehen, warum den Nachbarn bei Gastgärten im Vergleich zu Gastgewerbebetrieben an sich (und seien diese auch im vereinfachten Genehmigungsverfahren nach § 359b GewO 1994 ohne Zuziehung der Nachbarn genehmigt worden) kein nachträglicher Schutz gegen unzumutbare Belästigungen etwa durch Lärm zukommen sollte (vgl. so auch *Merli*, Unzumutbare Gesetzgebung: Die neue Gastgartenregelung der Gewerbeordnung, JRP 2011, 211 f).

An diesen verfassungsrechtlichen Bedenken ändert auch nichts, wenn der Gesetzgeber in § 76a Abs. 8 GewO 1994 neben den in § 79 Abs. 1 GewO 1994 erfassten Auflagen auch eine Einschränkung der Betriebszeit vorsieht, weil diese zusätzlich mögliche Maßnahme in den Materialien damit begründet wird, dass "diese als Eingriff in das Wesen der Betriebsanlage im Sinne des § 79 Abs. 3 GewO 1994 verstanden werden könnte und ein aufwändiges Sanierungsverfahren auslösen würde", was der Gesetzgeber vermeiden wollte. Eine sachliche Rechtfertigung für die Beschränkung des nachträglichen Nachbarschutzes auf die Vermeidung von Gesundheitsgefährdungen lässt sich daraus aber nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ableiten.

Letztlich sei der Vollständigkeit halber angemerkt, dass einer Prüfung der vorliegend präjudiziellen Bestimmung des § 76a Abs. 8 GewO 1994 auch nicht das Hindernis der entschiedenen Sache entgegen steht (vgl. etwa den Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 14. März 2012, G 20/12 ua), weil Gegenstand des Erkenntnisses VfSlg. 19.584/2011 nicht Abs. 8, sondern alleine die Abs. 1 und 2 des § 76a GewO 1994 waren und die in diesem Erkenntnis behandelten Bedenken sich gegen die in diesen Bestimmungen geregelte "Genehmigungsfreistellung" von Gastgärten richteten und nicht gegen die ungleiche Regelung des nachträglichen Nachbarschutzes bei Gastgärten einerseits und sonstigen Betriebsanlagen andererseits (vgl. etwa die Punkte III. und IV. 2. des Erkenntnisses).

6. Anfechtungsumfang:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ist der Umfang der vom Verfassungsgerichtshof zu prüfenden und im Falle ihrer Rechtswidrigkeit aufzuhebenden Bestimmungen derart abzugrenzen, dass einerseits nicht mehr aus dem Rechtsbestand ausgeschieden wird, als Voraussetzung für den Anlassfall ist, dass aber andererseits der verbleibende Teil keine Veränderung seiner Bedeutung erfährt; da beide Ziele gleichzeitig niemals vollständig erreicht werden können, hat der Verfassungsgerichtshof in jedem Einzelfall abzuwägen, ob und inwieweit diesem oder jenem Ziel der Vorrang vor dem anderen gebührt. Die Grenzen der Aufhebung einer in Prüfung stehenden Gesetzesbestimmung müssen so gezogen werden, dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle in einem untrennbaren Zusammenhang stehenden Bestimmungen auch erfasst werden (vgl. etwa das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 12. Dezember 2006, G 4/06 ua = VfSlg. 18.033, mwN, vgl. auch das obzitierte Erkenntnis VfSlg. 19.584/2011, mwN).

Die vom Verwaltungsgerichtshof angenommene Verfassungswidrigkeit könnte bereits damit beseitigt werden, dass die angefochtene Wortfolge in § 76a Abs. 8 GewO 1994 als verfassungswidrig aufgehoben wird. Der dann bestehend

bleibende Teil dieser Bestimmung würde lediglich normieren, dass Auflagen und Einschränkungen der Betriebszeit zugunsten von Nachbarn im Sinne des § 75 Abs. 2 und 3 GewO 1994 nur soweit vorzuschreiben sind, als diese notwendig sind, und damit nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes eine Notwendigkeit im Sinne des Einleitungssatzes des § 79 Abs. 1 GewO 1994 normieren und die als verfassungsrechtlich bedenklich zu qualifizierende Ungleichbehandlung zwischen § 76a Abs. 8 und § 79 Abs. 1 GewO 1994 beseitigen.

Für den Fall, dass der Verfassungsgerichtshof davon ausgeht, dass durch die Aufhebung der beantragten Wortfolge der verbleibende § 76a Abs. 8 GewO 1994 einen (nach der oben angeführten Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes) völlig veränderten Inhalt bekommen würde, wird eventualiter die Aufhebung des gesamten zweiten Halbsatzes und einer weiteren Wortfolge in § 76a Abs. 8 GewO 1994 beantragt, womit der Verweis auf die §§ 79 und 79a GewO 1994 aufrecht erhalten würde. Sollte auch dies "überschießend" sein, so wird eventualiter der Ausspruch, dass diese Regelung insgesamt aufzuheben sei, beantragt.

7. Aus diesen Gründen stellt der Verwaltungsgerichtshof die eingangs formulierten Anträge.

W i e n , am 16. Oktober 2013