

# TE UVS Tirol 2007/07/16 2007/22/0982-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.07.2007

## **Spruch**

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch sein Mitglied Dr. Franz Triendl über die Berufung der Nachbarn J. B. und A. B., v.d. Mag. M. Rechtsanwalt KEG, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Reutte vom 22.03.2007, Zl. 2.1. A-882/74 betreffend die gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung nach §§ 359b Abs 8 GewO 1994 für die Änderung der Betriebszeit bei der Brauereigaststätte XY Bräuhaus, gemäß § 67h iVm § 66 Abs 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) wie folgt:

Der Berufung wird Folge gegeben und der angefochtene Bescheid behoben.

## **Text**

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde Herrn K. K. die gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung nach §§ 359b Abs 8 GewO 1994 für die Änderung der Betriebszeit bei der Brauereigaststätte XY Bräuhaus, erteilt.

Dieser Genehmigung lag ein Antrag vom 17.03.2005 zugrunde, aus wirtschaftlichen Gründen unsere Betriebszeiten bis 02.00 Uhr zu verlängern.

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Reutte vom 14.10.2004, Zl 2.1 A 882/37 wurde für die gegenständlichen Brauereigaststätte die Baubewilligung und die gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung erteilt. Diesem Bescheid ist zu entnehmen, dass der Genehmigungswerber K. K. zwar eine Betriebszeit für die Gasträume von 11.00 Uhr bis 02.00 Uhr beantragt, die Behörde diese Betriebszeit jedoch in Form eines Auftrages mit 24.00 Uhr eingeschränkt hat.

In der gegenständlichen Berufung wird die Aufhebung des angefochtenen Bescheides beantragt.

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol hat wie folgt erwogen:

Die Zuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol zur Entscheidung über Berufungen in Verfahren betreffend Betriebsanlagen ergibt sich aus § 359a GewO 1994.

Nach § 66 Abs 4 AVG hat die Berufungsbehörde außer dem in Abs 2 erwähnten Fall, sofern die Berufung nicht als unzulässig oder verspätet zurückzuweisen ist, immer in der Sache selbst zu entscheiden. Sie ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung (§ 60) ihre Anschauung an die Stelle jener der Unterbehörde zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern.

Die Behörde I. Instanz hat den gegenständlichen Antrag als Änderungsansuchen der Betriebsanlage im Sinne des § 359b Abs 8 GewO 1994 angesehen, wonach nach § 81 genehmigungspflichtige Änderungen einer Betriebsanlage im vereinfachten Verfahren gemäß Abs 1 zu unterziehen sind, wenn die Betriebsanlage einschließlich der geplanten Änderungen die im Abs 1 Z 1 oder 2, Abs 4,5, oder 6 oder in einer Verordnung gemäß Abs 2 oder 3 festgelegten Voraussetzungen erfüllt. Die spruchgemäße Zitierung des § 359b Abs 1, des § 81 Abs 1, die gewählte Formulierung sowie die Vorschreibung von Aufträgen nach § 359b Abs 1 GewO 1994 lassen keine Zweifel daran, dass die Behörde I. Instanz eine auf § 359b Abs 8 GewO 1994 gestützte Änderungsgenehmigung erteilt hat.

Nun hat aber der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung (vgl VwGH 24.01.1995,93/04/0171, 26.09.1995, 93/04/0104) unter Bezugnahme auf § 68 Abs 1 AVG dargelegt, dass die in einem früheren Genehmigungsbescheid vorgeschriebenen Auflagen nicht mit einem allein auf die Beseitigung oder Abänderung derselben gestützten Antrag nach § 81 Gewerbeordnung erfolgreich beseitigt oder abgeändert werden. Daher könne die in einem rechtskräftig erlassenen Genehmigungsbescheid auflagenmäßig festgesetzte Betriebszeit einer Gastgewerbebetriebsanlage im Rahmen eines Verfahrens nach § 81 Gewerbeordnung nur dann erfolgreich abgeändert werden, wenn damit ua eine Änderung des Umfangs und der Betriebsweise der Anlage mit einem diesbezüglichen Antrag angestrebt wird, durch die eine Änderung des vorhandenen Immissionsausmaßes bewirkt werden kann.

Im Erkenntnis vom 18.06.1996,96/04/0050 nahm der VwGH insofern noch eine weitere Differenzierung vor, als er für jene Fälle, in denen die Betriebszeitenregelung in die Betriebsanlagenbeschreibung Eingang fand und diese daher insofern normativen Charakter erlangte, als damit der Betrieb dieser Betriebsanlage nur im Rahmen der genannten Betriebszeiten genehmigt ist und sich daher jeder Betrieb dieser Betriebsanlage außerhalb der genehmigten Betriebszeiten als eine Änderung der genehmigten Betriebsanlage darstellt, die bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 81 Abs 2 GewO 1994 der Genehmigung nach dieser Gesetzesstelle bedarf.

Es ist daher im Lichte dieser Erkenntnisse entscheidend, ob die Betriebszeitenregelung im Antrag des Genehmigungswerbers (in der entsprechenden technischen Beschreibung) enthalten war und in der Folge in die technische Beschreibung des Genehmigungsbescheides Eingang fand, oder die Behörde in Form von Auflagen/Aufträgen (zur Gleichstellung von Auflagen nach § 77 Abs 1 und Aufträgen nach § 359b Abs 1 GewO 1994 siehe etwa VfGH 18.06.1996, G 1355/95) die beantragten Betriebszeiten einschränkte oder bei Fehlen einer projektmäßigen Betriebszeit überhaupt die Betriebszeiten auflagenmäßig festlegte. Im ersten Fall stellt eine Änderung der Betriebszeit eine Änderung des ursprünglichen Antrages des Genehmigungswerbers dar und ist dieser daher folgerichtig in einem Verfahren nach §§ 81 ff GewO 1994 zu erledigen. Die Behörde hat hier über einen Antrag dahingehend zu entscheiden, ob die Genehmigungsvoraussetzungen nach § 77 Abs 1 GewO 1994 erfüllt sind oder nicht. Ob allenfalls auch eine längere Betriebszeit möglich gewesen wäre, darüber sagt ein derartiger Bescheid nichts aus. Im zweiten Fall hat hingegen die Behörde in Form einer Auflage klar zum Ausdruck gebracht, dass ihrer Ansicht nach nur eine bestimmte Betriebszeit möglich ist. Sie schränkte sohin von sich aus den Konsens ein. Hier ist aufgrund des auflagenmäßigen Abspruches durch die Behörde in Übereinstimmung mit den oben zitierten Entscheidung des VwGH eine Antragstellung durch den Betreiber nach § 81 Abs 1 GewO 1994 bei einer bloßen Betriebszeitenänderung, ohne dass sich sachverhältnismäßig Änderungen ergeben haben, ausgeschlossen, zumal die Behörde über dieses Thema schon abschließend entschieden hat. Es liegt sohin entschiedene Sache vor und ist es der Behörde verwehrt, darüber neuerlich zu entscheiden.

Im gegenständlichen Fall hat nun die Behörde, nachdem im Verfahren zur Genehmigung der Betriebsanlage die

Betriebszeiten auflagenmäßig eingeschränkt wurden, über einen rein auf eine Betriebszeitenänderung abgestellten Antrag in einem Verfahren nach § 81 Abs 1 GewO 1994 entschieden. Dazu war sie jedoch aus obigen Erwägungen nicht befugt.

Fraglich könnte im gegenständlichen Fall sein, inwiefern die Berufungsbehörde diese Problematik aufgreifen kann, zumal den Nachbarn in einem Verfahren nach § 359b Abs 1 GewO 1994 dem Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung entsprechend keine Parteistellung, sondern lediglich ein Anhörungsrecht zukommt. Hier ist jedoch auf die Judikatur des VwGH (vgl zB VwGH 29.5.2002, 2002/04/0050) zu verweisen, wonach den Nachbarn eine beschränkte Parteistellung dahingehend zukommt, ob die Behörde ein derartiges Verfahren zu Recht durchgeführt hat. Damit ist jedoch keinesfalls ein Anspruch auf Berücksichtigung bestimmter materieller Interessen verbunden (VwGH 13.12.2000, 2000/04/0095, 0096). Im Lichte dieser Ausführungen, aber auch aus Rechtsschutzerwägungen, ergibt sich, dass der Berufungsbehörde auch für den Fall, dass ein Nachbar in einem Verfahren nach § 359b GewO 1994 Berufung erhebt, die Befugnis zukommt, die Frage, ob die Behörde I. Instanz einen Antrag im richtigen Verfahren erledigt hat, einer Prüfung unterziehen kann. Es stellt sich nun die weitere Frage, ob die Berufungsbehörde (noch) von einem Änderungsverfahren nach §§ 81 GewO 1994 (hier § 359b Abs 8 GewO 1994) allenfalls in ein Verfahren nach § 78 Abs 2 GewO 1994 (allenfalls § 79c GewO 1994) wechseln kann.

Dazu ist auf das Erkenntnis des VwGH vom 11.11.1998, 96/04/0126 (siehe auch 22.03.2000, 98/04/0186) zu verweisen, wonach ein derartiger Wechsel im Berufungsverfahren, anders als etwa im Fall des Wechsels von einem vereinfachten zu einem ordentlichen Genehmigungsverfahren, nicht in Frage kommt, zumal diesfalls die Grenzen ihrer durch das in § 66 Abs 4 AVG normierte Gebot der Entscheidung in der Sache bestimmten Zuständigkeit überschritten wird.

Es war daher der angefochtenen Bescheid spruchgemäß zu beheben. Der Antrag vom 17.03.2005 konnte hingegen aufrecht bleiben, zumal er sich nicht auf eine bestimmte Erledigungsart (etwa Antrag, die Betriebszeitenverlängerung nach §§ 81 GewO 1994 zu begehren) stützte.

Ergänzend angemerkt sei noch, dass der ursprüngliche Antrag allein von Frau P. K. eingebracht wurde (auch das Schreiben der Behörde I. Instanz vom 06.04.2005 richtete sich noch an Frau K.), in der Folge jedoch, ohne dass sich dem erstinstanzlichen Akt ein entsprechender Vermerk über einen Wechsel des Genehmigungswerbers entnehmen ließe, Herr K. K. als Antragsteller angeführt und auch diesem die Genehmigung erteilt wurde.

Für das fortgesetzte Verfahren wird aus prozessökonomischen Gründen bereits jetzt darauf hingewiesen, dass der VwGH in ständiger Rechtsprechung (vgl VwGH 29.01.1991, 90/04/0198, 20.10.1999, 98/04/0244) ausführt, aus der normativen Anordnung des (nunmehr) § 78 Abs 2 GewO 1994 ergäbe sich bei einer unter Beachtung der Bestimmung des § 68 Abs 1 AVG vorzunehmenden systematischen Abgrenzung, dass ein Verfahren nach § 78 Abs 2 GewO 1994 nicht dazu dient, eine in einem Betriebsanlagengenehmigungsverfahren vom Inhaber der Betriebsanlagengenehmigung unbekämpft gebliebene oder erfolglos bekämpfte Auflage nachträglich zu beseitigen oder durch eine andere Vorschreibung zu ersetzen. § 78 Abs 2 GewO 1994 setzt weiters voraus, dass bereits auf Grund der Abweichungen von dem dem Genehmigungsbescheid entsprechenden Zustand, die durch diesen Bescheid getroffene Vorsorge nicht verringert wird. § 78 Abs 2 GewO 1994 ermächtigt die Behörde daher nicht zur Erteilung von (anderen und zusätzlichen) Auflagen.

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol vertritt daher abweichend von der Rechtsansicht des Landeshauptmannes von Tirol (vgl zB den Erlass vom 14.05.2003, Ila-25a(35)4) die Ansicht, dass eine beabsichtigte Änderung der Betriebszeit keinen Anwendungsfall des § 78 Abs 2 GewO 1994 darstellt. § 78 Abs 2 GewO 1994 regelt nämlich ausschließlich jene Fälle, in denen der Betreiber einen Zustand, den er eigentlich aufgrund des Genehmigungsbescheides (der Betriebsbeschreibung oder aber der Auflagen) herzustellen hätte, nicht erreicht hat

und nunmehr den Antrag auf Abstandnahme von dieser Verpflichtung stellt. Der Genehmigungswerber hat also ein Weniger errichtet als er eigentlich hätte müssen. Schon allein die Diktion Herstellung deutet darauf hin, dass der Betreiber eigentlich noch etwas auszuführen hätte, was er aber tatsächlich nicht getan hat. Wird sohin durch die Abweichung vom Konsens die durch den Genehmigungsbescheid getroffene Vorsorge, also der Schutz der in § 74 Abs 2 GewO 1994 angeführten Interessen (zB des Kunden- oder Nachbarschutzes), nicht verringert, kann die Behörde die Zulässigkeit der Abweichung mit Bescheid aussprechen. Im gegenständlichen Fall der bloßen Änderung einer auflagenmäßig vorgeschriebenen Betriebszeit hat der Betreiber nicht ein Weniger ausgeführt, sondern beabsichtigt er zukünftig, den Betrieb länger offen zu halten. Sein Antrag ist nicht auf die Abstandnahme von der Verpflichtung zur Herstellung des konsensgemäßen Zustandes gerichtet, sondern sein Betrieb ist grundsätzlich genehmigungsgemäß errichtet und er beabsichtigt in Zukunft, diesen (in Bezug auf die Betriebszeiten) auszudehnen.

Auch in Bezug auf § 79c GewO 1994 als grundsätzliche Möglichkeit, eine auflagenmäßigen Betriebszeiten aufzuheben oder abzuändern, ist darauf hinzuweisen, dass diese Regelung keine Durchbrechung der Rechtskraft des die fragliche Auflage vorschreibenden Genehmigungsbescheides bildet (vgl. VwGH 10.11.1999, 99/04/0121, 08.11.2000, 2000/04/0154). Der Verwaltungsgerichtshof weist in den oben zitierten Entscheidungen (vgl. auch VwGH 20.02.2000, 99/04/0212, 27.09.2000, 98/04/0093) in Übereinstimmung mit den Erläuternden Bemerkungen ausdrücklich darauf hin, dass § 79c GewO 1994 der Behörde lediglich die Möglichkeit einräumt, nachträglichen Änderungen des Sachverhaltes in Form des Wegfalles jener Tatsachen, die nach dem Inhalt des Genehmigungsbescheides die Voraussetzungen für die Vorschreibung der Auflage gebildet haben, Rechnung zu tragen. Diese Judikatur wird im Lichte der Erläuternden Bemerkungen sinngemäß auch für Änderungen der rechtlichen Voraussetzungen gelten. Also nur bei Änderung der rechtlichen (zB stammt die Auflage noch aus der Zeit vor der Gewerberechtsnovelle 1997 und waren die Gäste vor der Betriebsanlage Anlass für die Einschränkung der Betriebszeit) oder der tatsächlichen (der Betreiber hat zB anderwärtig für ein identes Schutzmaß gesorgt, indem er etwa Schallschutzmaßnahmen in Form einer Schallschleuse errichtet hat, die bewirken, dass die Nachbarn auch zu späterer Stunde nicht belästigt werden), die in einem engen Kontext mit der betreffenden Auflage stehen, ist eine Abänderung einer auflagenmäßig vorgeschriebenen Betriebszeitenbeschränkung möglich. Ein schlicht falsches Gutachten (der gewerbeteknische Sachverständige hat sich etwa verrechnet oder ist von falschen Prämissen ausgegangen), das schlussendlich zu einer überschießenden Auflage geführt hat, stellt jedenfalls keinen ausreichender Grund für eine Aufhebung nach § 79c GewO 1994 dar. Eine derartige Auflage wäre selbstredend im Rechtsmittelzug bekämpfbar gewesen. Einmal in Rechtskraft erwachsen (ausgenommen selbstredend die Fälle der Wiederaufnahme), kann sie jedoch nicht mehr in einem Verfahren nach § 79c GewO 1994 beseitigt werden.

Zur Problematik Gästeparkplatz wird seitens der Berufungsbehörde bezugnehmend auf das ausführliche Vorbringen in der Berufung angemerkt, dass dieser keiner gewerbebehördlichen Genehmigung zugeführt wurde. Dies ergibt sich unzweideutig aus der klaren Trennung im Spruch des Bescheides der Bezirkshauptmannschaft Reutte vom 04.10.2004, ZI 2.1 A 882/37, wonach die acht als erforderlich erachteten Stellplätze unter A Tiroler Bauordnung im Sinne des § 8 Abs 1 TBO 2001 vorgeschrieben wurden. Sollte hingegen dieser Parkplatz tatsächlich als Gästeparkplatz in Verwendung stehen, wofür etwa eine entsprechende Beschilderung oder die Widmung durch den Betreibers, das Abstellen von Kraftfahrzeugen auf diesen Flächen nur Gästen zu erlauben, sprechen würde, läge eine konsenslose und folgerichtig auch strafbare Änderung der Betriebsanlage vor.

### **Schlagworte**

Nun, hat, aber, der, Verwaltungsgerichtshof, in, ständiger, Rechtssprechung, (vgl. VwGH 24.01.1995, 93/04/0171, 26.09.1995, 93/04/0104), unter, Bezugnahme, auf, § 68 Abs 1 AVG, dargelegt, dass, die, in, einem, früheren, Genehmigungsbescheid, vorgeschriebenen, Auflagen, nicht, mit, einem, allein, auf, die, Beseitigung, oder, Abänderung, derselben, gestützten, Antrag, nach, § 81 Gewerbeordnung, erfolgreich, beseitigt, oder, abgeändert, werden, Daher, könne, die, in, einem, rechtskräftig, erlassenen, Genehmigungsbescheid, auflagenmäßig, festgesetzte, Betriebszeit, einer, Gastgewerbebetriebsanlage, im, Rahmen, eines, Verfahrens, nach, § 81 Gewerbeordnung, nur, dann, erfolgreich, abgeändert, werden, wenn, damit, ua, eine Änderung, des, Umfangs, und, der, Betriebsweise, der Anlage, mit, einem, diesbezüglichen, Antrag, angestrebt, wird, durch, die, eine, Änderung, des vorhandenen, Immissionsausmaßes, bewirkt, werden, kann

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvv/index.html>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)