

# TE Lvwg Erkenntnis 2021/2/10 LVwG 43.15-2645/2020

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.02.2021

## Entscheidungsdatum

10.02.2021

## Index

50/01 Gewerbeordnung

## Norm

GewO 1994 §74 Abs2

GenehmigungsfreistellungsV 02te 2015 §1 Abs1

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch die Richterin Dr. Merl über die Beschwerde der A & Co KG, vertreten durch B & C Rechtsanwälte GmbH, Kgasse, G, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Graz vom 24.09.2020, GZ: A17-EGP-082648/2019/0013,

z u R e c h t e r k a n n t:

I. Gemäß § 28 Abs 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (im Folgenden VwGVG) wird der Beschwerde stattgegeben, der angefochtene Feststellungsbescheid

b e h o b e n

und festgestellt, dass für den Betrieb des gegenständlichen Auslieferungslagers

keine Betriebsanlagengenehmigung erforderlich ist.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz (im Folgenden VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs 4 B-VG zulässig.

## Entscheidungsgründe

I. Beschwerdevorbringen, mündliche Verhandlung, Sachverhalt:

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde über Antrag der Beschwerdeführerin festgestellt, dass das von dieser am Standort G W, Pstraße, betriebene Auslieferungslager einer gewerblichen Betriebsanlagen-genehmigung gemäß § 74 GewO bedarf. Begründet wird dies nach wörtlicher Wiedergabe des mehrseitigen behördlichen Erhebungsberichtes vom Oktober 2019 damit, dass aufgrund der vorliegenden Erhebungen, Fotodokumentationen sowie der

Lärmbeschwerden der Nachbarn über eine Verstellung der Straße durch LKWs bei der Warenanlieferung von Seiten der Behörde nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Genehmigungskriterien des § 74 Abs 2 Z 2 und 4 GewO erfüllt seien, zumal auch Lieferungen vor 6:00 Uhr früh und somit im Nachtzeitraum stattfinden.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Beschwerde wird ausgeführt, die belangte Behörde habe sich überhaupt nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Voraussetzungen der 2. GenehmigungsfreistellungsVO erfüllt seien, obwohl dies bereits im behördlichen Verfahren eingewendet wurde. Der Kühlraum verfüge über keine mechanischen Anlagenteile zur Be- und Entlüftung, es werden keinerlei gefährliche Stoffe oder Gemische im Sinne der Verordnung gelagert, auch die Betriebszeiten einschließlich Lieferverkehr seien unter Bedachtnahme auf die zeitlichen Vorgaben der GenehmigungsfreistellungsVO bereits eingeschränkt worden. Auch gäbe es keine Anhaltspunkte dahingehend, dass schutzwürdige Interessen der Nachbarn im Sinne von § 74 Abs 2 Z 2 GewO verletzt werden könnten, da von dem gegenständlichen Käselager weder eine Lärmbelästigung noch eine Geruchsbelästigung für die Nachbarn ausgehe. Ebenso wenig sei der öffentliche Verkehr beeinträchtigt, da ausreichend Parkplätze für die Zulieferung und den Abtransport auf Privatgrund vorhanden seien, was sich unter anderem auch aus den vorgelegten Lichtbildern ergebe. Beantragt werde die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung und die Einvernahme der beiden Meldungsleger D E und F H.

Nach Durchführung eines Ortsaugenscheins und einer mündlichen Verhandlung am 25.01.2021, in welcher Herr I J als Vertreter des beschwerdeführenden Unternehmens sowie die Zeugen K L, D E und F H (Meldungsleger) sowie Herr D I M N (Nachbar) einvernommen wurden, wird unter Verwertung der Ergebnisse des Ortsaugenscheins, der angefertigten Fotos, Pläne, Grundbuchsauszüge, Gewereregisterauszüge, sowie des Erhebungsberichtes vom 31.10.2019 nachstehender entscheidungsrelevanter Sachverhalt als erwiesen angenommen:

Die A & Co KG mit Sitz in Sgasse, G, betreibt die Firma O, welche auf den Verkauf von Käseprodukten spezialisiert ist, die Großteils von Biobauern hergestellt werden. Unbeschränkt haftender Gesellschafter und auch gewerberechtlicher Geschäftsführer ist Herr I J, als Kommanditisten fungieren Mag. P Q und K L, von welchem Herr I J das Unternehmen im Jahr 2009 gekauft hat. Das Unternehmen verfügt über eine Gewerbeberechtigung für das Handelsgewerbe. Der Hauptverkaufsstand befindet sich auf dem Kplatz, außerdem gibt es noch Verkaufsstände an 9 weiteren Standorten in der Steiermark.

An der Adresse G W, Pstraße (Gst-Nr. \*\*\*\*, KG \*\*\*\*), befindet sich das Einfamilienhaus des mittlerweile pensionierten Herrn K L samt in den Hang hinein gebauter Doppelgarage und diverser Kellerräumlichkeiten. Auch das unmittelbar gegenüberliegende Grundstück Nr. \*\*\*\*, KG \*\*\*\*, steht im Eigentum des Herrn K L. Es handelt sich um ein steil abfallendes unbebautes Wiesengrundstück, dessen oberster, eben entlang der Pstraße verlaufender Teil jedoch breit genug ist, dass dort PKWs und Klein-LKWs parken können, ohne die Pstraße zu verstellen. Auf der Liegenschaft Pstraße wird seit mittlerweile 13 Jahren – seit der Betriebsübernahme durch Herrn I J im Jahr 2009 auf der Basis eines mündlich abgeschlossenen Mietvertrages – in unveränderter Ausführung ein Käselager wie folgt betrieben:

Vermietet ist die von der Pstraße aus betrachtet linke Hälfte der Doppelgarage (die andere Hälfte wird von Herrn K L für die Abstellung seines privat PKWs genutzt) mit einer Fläche von ca. 17,8 m<sup>2</sup> sowie der dahinterliegende Lagerraum, welcher in einen Aufbereitungsraum und einen Kühlraum unterteilt ist mit einer Fläche von ca. 18,5 m<sup>2</sup>. Die Gesamtfläche des Lagers beträgt somit ca. 36,5 m<sup>2</sup>. Die Garage ist an drei Seiten in den Hang hinein gebaut, einzige Öffnung nach außen ist das Tor der Doppelgarage. Abgesehen vom Tor gibt es keine Öffnungen nach außen und keine außerhalb des Gebäudes befindlichen mechanischen Anlagenteile zu Be- oder Entlüftung oder zu Wärmeübertragung. Das gleiche gilt auch für den dahinterliegenden Aufbereitungsraum und den Kühlraum, welche ein Teil der Kellerräumlichkeiten des Hauses sind. Lediglich im Aufbereitungsraum gibt es an der rechten Seite ein kleines Kellerfenster. Im vermieteten Teil der Garage befinden sich leere Transportgebände (Paletten, Kisten), welche auch als eine Art Raumteiler zum privat genutzten Teil der Garage fungieren. Weiters steht dort ein Einkaufswagen, welcher zum Be- und Entladen des Käses verwendet wird. Im dahinterliegenden Käseaufbereitungsraum befinden sich keinerlei Maschinen oder technische Geräte. Die Ausstattung besteht aus einem Tisch, wo der Käse aufgeschnitten wird, diversen Käsemessern, einem Handwaschbecken mit Durchlauferhitzer sowie Verpackungsmaterialien und dort gelagerten Büromaterialien. Im dahinter befindlichen Kühlraum befindet sich an der Decke eine an die hauseigene Photovoltaikanlage angeschlossene Kühlanlage, deren Kondenswasser in einem geschlossenen System in den Kanal abgeleitet wird sowie die Abwärme in die Garage als Heizung. Eine Lüftungsanlage gibt es nicht, sämtliche beschriebenen Räume werden ausschließlich durch das gelegentliche Öffnen der Türen sowie das im

Aufbereitungsraum vorhandene Kellerfenster entlüftet. Im Freien ist selbst bei geöffnetem Garagentor kein Käsegeruch wahrnehmbar, lediglich im Aufbereitungsraum riecht es leicht, im Kühlraum deutlich nach Käse.

Im gegenständlichen Käselager wird nur ein kleiner Teil des von der Firma O vertriebenen Käses gelagert. Der Großteil des Käses, insbesondere jene Produkte, welche von Landwirten hergestellt werden, werden direkt zum Hauptverkaufsstand des Unternehmens am Kplatz geliefert und von dort an die anderen Verkaufsstellen der Steiermark weitertransportiert. In der Pstraße wird lediglich der Käse zwischengelagert, den das Unternehmen vom Großhandel bezieht. Anlieferungstag ist der Donnerstag. An diesem Tag wird der Käse in Kühltransportern angeliefert, als Spediteure fungieren zum Beispiel die Firmen R und S, welche in der Regel zwei derartige Lieferungen pro Woche im Zeitraum zwischen 8:00 Uhr und 12:00 Uhr durchführen. Die Lieferanten haben keinen Zugang zum Lager. Bei Anlieferung ist entweder Herr I J anwesend oder ein Firmenmitarbeiter, gelegentlich hilft auch Herr K L aus. Die Liefer-LKWs parken parallel zur Pstraße auf dem Privatgrund des Herrn K L, welcher sich vor Garage befindet. Nur selten, wenn zwei Lieferungen gleichzeitig ankommen kommt es vor, dass ein LKW für einige Minuten auf der Straße stehen bleiben muss bis der andere Lkw weggefahren ist. Der angelieferte Käse wird von den Lieferanten mittels der in den Fahrzeugen vorhandenen Hebevorrichtung abgeladen, leichtere Gebinde werden auch von Herrn I J übernommen und mit dem Einkaufswagen die Garage gebracht. Beim angelieferten Käse handelt es sich teilweise um Fertigprodukte, welche von den Herstellern bereits fertig abgepackt und etikettiert zugekauft und nach Anlieferung ohne weitere Aufbereitung gleich in das Kühllager gebracht werden. Teilweise werden auch ganze Käselaibe mit einem Gewicht teils bis zu 80 bzw. 100 kg angeliefert, welche nach dem Entladen im Aufbereitungsraum auf einwandfreie Qualität kontrolliert, abgewogen und danach in große Stücke zerschnitten und in Klarsichtfolie verpackt in den Kühlraum gebracht werden. Eine handelsübliche Verpackung der Käsestücke (Einschweißen in Folie, Etikettierung, Beschriftung mit Herstellerangabe, Inhaltsstoffen, Mindesthaltbarkeitsdatum, etc.) ist nicht erforderlich, da der Beschwerdeführer und seine Produzenten als Direktvermarkter nicht der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung unterliegen und dieser Käse in weiterer Folge auf den Marktständen offen verkauft wird. Eine weitere Verarbeitung des Käses im Lager erfolgt nicht. Die Auslieferung des Käses erfolgt zu unregelmäßigen Zeiten an durchschnittlich 3-4 Tagen pro Woche mit auf die Firma A & Co KG zugelassenen Kleintransportern, wobei die Zeiten gemäß § 2 2. GenehmigungsfreistellungsVO eingehalten werden. Als Fahrer fungieren Mitarbeiter des Unternehmens, welche ihre für die Anfahrt benutzten Fahrzeuge entweder links oder rechts der Pstraße auf den in im Eigentum von Herrn K L stehenden Grundstücken abstellen. Auch die Kleintransporter parken auf Privatgrund, vorwiegend auf der Freifläche direkt vor der Garage. Sowohl das Be- als auch das Entladen dauert nicht länger als jeweils 10 bis maximal 15 Minuten. Während der Ladetätigkeit ist der Motor der Fahrzeuge abgeschaltet. Außerhalb der Anlieferungen plus nachfolgender Käseaufbereitung ist das Lager nicht in Betrieb und bei geschlossenem Garagentor als solches nicht erkennbar (kein Firmenschild, weder Betriebseinrichtungen noch Lagerungen im Freien vorhanden)

Seitens der unmittelbaren Nachbarn, dies sind die Eigentümer der Einfamilienhäuser auf den Grundstücken \*\*\*\* und \*\*\*\* links und rechts des Hauses Pstraße gab seit Inbetriebnahme des Käselagers nie Beschwerden von Nachbarn. Auf der anderen Seite der Pstraße befinden sich ausschließlich unbebaute landwirtschaftlich genutzte Grundstücke. Auf der übernächsten Liegenschaft Richtung Wstraße Grundstück \*\*\*\*, Hausnummer \*\*\*\*, befindet sich ein Mehrfamilienhaus, welches seit einigen Jahren im Eigentum von Herrn DI M N steht, welcher dort ein Büro der DI N GmbH betreibt. Die übrigen Wohnungen dieses Hauses sind vermietet. Unmittelbar daneben, direkt an der Einmündung der Pstraße in die Wstraße befindet sich an der Adresse Pstraße \*\*\*\* die Gastwirtschaft „T“. Im August 2019 erstattete DI M N unter Anschluss mehrerer Fotos eine Anzeige bei der belangten Behörde, in welcher sich darüber beschwerte, dass es sich beim gegenständlichen Käselager um eine in einem reinen Wohngebiet gelegene „Industrieanlage“ handle, welche Lärm und Emissionen generiere, wobei überdies die LKWs immer wieder seine Hauseinfahrt Pstraße verstellen würden. Die belangte Behörde leitete daraufhin ein Ermittlungsverfahren ein, im Zuge dessen anlässlich zweier Erhebungen am 23. und 24.10.2019 die am Vormittag gerade in Gang befindliche Warenanlieferung beobachtet und auch die Lagerräumlichkeiten besichtigt wurden. In weiterer Folge wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, um eine Betriebsanlagengenehmigung anzusuchen, was diese unter Hinweis auf die 2. GenehmigungsfreistellungsVO verweigerte und stattdessen die Erlassung des nunmehr angefochtenen Feststellungsbescheides beantragte.

## II. Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen hinsichtlich der baulichen Ausgestaltung des Lagers einschließlich dessen

Abmessungen beruhen auf den völlig übereinstimmenden Ergebnissen des Ortsaugenscheins, der vorliegenden Pläne und Fotos und den Aussagen in der Verhandlung vor dem LVwG, wobei diese Ermittlungsergebnisse auch übereinstimmen mit dem ausführlich gestalteten Erhebungsbericht vom Oktober 2019, sodass insgesamt als erwiesen angenommenen kann, dass sich seither tatsächlich nichts Relevantes verändert hat.

Hinsichtlich der Frage, ob Warenanlieferungen auch vor 6:00 Uhr früh stattgefunden haben, was die belangte Behörde in der Begründung ihres Bescheides unter anderem zum Anlass genommen hat, die Genehmigungspflicht zu bejahen, hat Herr I J zwar tatsächlich gegenüber den Erhebungsbeamten der belangten Behörde am 21.10.2019 entsprechende Aussagen getätigt. Allerdings hat er im Verfahren glaubhaft dargelegt, dass er diese Betriebszeiten schon vor Erlassung des angefochtenen Bescheides eingeschränkt hat, vermutlich nach entsprechender Instruktion durch seinen Rechtsvertreter, welcher ihn über die Voraussetzungen der 2. GenehmigungsfreistellungsVO aufgeklärt hat. Weitere Beweise für Liefertätigkeiten vor 6:00 Uhr früh fanden sich nicht, alle im Verfahren vor dem LVwG befragten Personen haben die Beschwerdeführerin diesbezüglich entlastet, die behördlichen Erhebungen vom Dezember 2019 fanden sämtlich zu späteren Zeiten statt und hat nicht einmal der Nachbar DI M N trotz dessen akribischer Beobachtung des gegenständlichen Käselagers in seinen schriftlichen Anzeigen gegenüber der belangten Behörde und anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vor dem LVwG etwas Derartiges behauptet. Im Übrigen stellt ein Feststellungsbescheid ohnedies nur eine Momentaufnahme dar und muss die Beschwerdeführerin daher gewärtigen, dass sie bei relevanter Änderung der Betriebsabläufe das Privileg der Genehmigungsfreistellung verliert (vgl. dazu den letzten Absatz der rechtlichen Beurteilung). Hinsichtlich der Anzahl der wöchentlichen An- und Auslieferungen war mangels gegenteiliger Anhaltspunkte den Aussagen von Herrn I J und Herrn K L zu folgen und aus den unten im letzten Absatz der Beweiswürdigung ausgeführten Gründen nicht jenen des Nachbarn DI M N, wobei es aus den in der rechtlichen Beurteilung noch auszuführenden Gründen für die Beurteilung der Genehmigungspflicht darauf ohnehin nicht ankommt.

Die Feststellung, dass vom gegenständlichen Käselager einschließlich der im Freien stattfindenden Be- und Entladetätigkeiten weder eine Geruchsbelästigung noch eine relevante Lärmbelästigung für die umgebende Nachbarschaft ausgeht, gründen sich auf die persönliche Wahrnehmung der Richterinnen anlässlich des Ortsaugenscheins und die dazu völlig übereinstimmenden Aussagen der in der Verhandlung befragten Personen I J, K L, D E und F H, wobei die beiden zuletzt genannten Erhebungsbeamten der belangten Behörde diesen Aspekt schon in ihrem Erhebungsbericht vom Oktober 2019 ausdrücklich festgehalten und anlässlich ihrer Zeugeneinvernahme in der Verhandlung vor dem LVwG nochmals nachdrücklich bestätigt haben (Seite 8 und 9 der Verhandlungsschrift), wobei es auch auf diese Frage, wie im Folgenden in der rechtlichen Beurteilung ausgeführt, in diesem Fall ohnehin nicht entscheidend ankommt.

Zu den belastenden Angaben des Nachbarn DI M N, welche Anlass für die Einleitung des gegenständlichen Verfahrens waren, die dem Betrieb des Beschwerdeführers zuzurechnenden Fahrzeuge, insbesondere die LKWs würden immer wieder die öffentliche Straße verstellen und nicht bloß auf der Privatfläche vor dem Haus des Nachbarn halten, sondern dort sogar die Be- und Entladetätigkeiten durchführen, dies nicht nur gelegentlich, sondern regelmäßig, ist Nachstehendes auszuführen:

Der Zeuge verwickelte sich im Zuge der ausführlichen Einvernahme in der Verhandlung laufend in Widersprüche und erweckte durch seine eigenen Aussagen und sein Auftreten in der Verhandlung den Eindruck einer Person mit stark ausgeprägter querulatorischer Persönlichkeitsstruktur, möglicherweise auch einer psychischen Beeinträchtigung, welche seit Jahren mit der gesamten Nachbarschaft in Streit liegt und nicht bloß die Beschwerdeführerin bzw. den Grundstückseigentümer Herrn K L, sondern auch den Inhaber des benachbarten Gastgewerbebetriebes „T“ laufend mit Anzeigen, Besitzstörungsklagen, etc. belangt. Hinsichtlich eines Großteils seiner belastenden Angaben vermochte der Zeuge auf Nachfrage weder Fotos noch andere Personen zu benennen, welche diese Angaben bestätigen könnten oder musste bei näherer Befragung zugeben, dass er vielleicht überhaupt die Beschwerdeführerin zu Unrecht beschuldigt hat. So ist anlässlich der Befragung vorgekommen, dass die von ihm behauptete Geruchsbelästigung des Käselagers möglicherweise in Wahrheit den Essensgerüchen der Gastwirtschaft „T“ zuzurechnen ist. Gleiches gilt für die angeblich auf dem Privatgrund des Zeugen geparkten Fahrzeuge. Auch hier hat der Zeuge auf Nachfrage zugeben müssen, dass es sich möglicherweise bei diesen Fahrzeugen in Wahrheit um Fahrzeuge von Gästen und Lieferanten des benachbarten „T“ gehandelt hat (Seite 12, 2. Absatz der Verhandlungsschrift). Hinsichtlich der Fotos eines vor dem Anwesen des Zeugen parkenden LKWs mit ungarischem Kennzeichen und ungarischer Beschriftung (U Kft), welche der

Anzeigenleger am 04.10.2019 der belangten Behörde übermittelt hat, vermochte Herr I J glaubwürdig darzulegen, dass dieses Fahrzeug kein Lieferant seines Unternehmens ist. Auf den Fotos ist eindeutig zu erkennen, dass es sich bei diesem LKW nicht um einen Kühltransporter, sondern ein LKW mit einer Plane handelt und erscheint es absolut glaubhaft und nachvollziehbar, dass im Frühherbst kein Käsetransport aus Ungarn(!) im ungekühlten Zustand durchgeführt werden kann, weil die Ware auf der langen Fahrt mit Sicherheit verderben würde. Ebenso unglaublich erscheint die Behauptung des Nachbarn, die Lieferanten der Beschwerdeführerin würden wiederholt ihre LKWs nicht bloß auf dem Privatgrund vor dem Haus des Nachbarn abstellen, sondern dort sogar abladen und die Ware dann zu Fuß(!) zwei Häuser weiter zum Anwesen des Herrn K L transportieren. DI M N vermochte auf Nachfrage durch den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zu dieser Behauptung auch nicht annähernd glaubhaft zu erklären, warum gerade er, welcher die Nachbarschaft regelmäßig mit Besitzstörungsklagen belangt, die Beschwerdeführerin bzw. den Grundstückseigentümer Herrn K L in all den Jahren nicht ein einziges Mal mit einer Besitzstörungsklage konfrontiert hat, um diesen behaupteten Missstand auf seinem Privatgrund abzustellen (Seite 13 oben der Verhandlungsschrift). Auch der Umstand, dass sich in den 13 Jahren, in denen das gegenständliche Käselager nun schon in Betrieb ist, kein einziger anderer Nachbar, auch nicht die Mieter des Hauses von DI M N, jemals über die Liefertätigkeiten vor dem Haus Pstraße beschwerten und es offenbar auch nie Beschwerden von Busfahrern der auf der Pstraße verkehrenden zwei GVB Buslinien gegeben hat, spricht insgesamt dafür, dass es sich bei den entsprechenden Behauptungen des DI M N um haltlose Anschuldigungen handelt.

### III. Rechtliche Beurteilung:

#### 1) Rechtsgrundlagen

Die einschlägigen Rechtsvorschriften laut idgF auszugsweise wie folgt:

§ 74 Abs 1 und 2 GewO:

„(1) Unter einer gewerblichen Betriebsanlage ist jede örtlich gebundene Einrichtung zu verstehen, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit nicht bloß vorübergehend zu dienen bestimmt ist.

(2) Gewerbliche Betriebsanlagen dürfen nur mit Genehmigung der Behörde errichtet oder betrieben werden, wenn sie wegen der Verwendung von Maschinen und Geräten, wegen ihrer Betriebsweise, wegen ihrer Ausstattung oder sonst geeignet sind,

1. das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen Familienangehörigen oder des nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen eingetragenen Partners, der Nachbarn oder der Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß aufsuchen, oder das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der Nachbarn zu gefährden; als dingliche Rechte im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch die im § 2 Abs. 1 Z 4 lit. g angeführten Nutzungsrechte,

2. die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen,

3. die Religionsausübung in Kirchen, den Unterricht in Schulen, den Betrieb von Kranken- und Kuranstalten oder die Verwendung oder den Betrieb anderer öffentlichen Interessen dienender benachbarter Anlagen oder Einrichtungen zu beeinträchtigen,

4. die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs an oder auf Straßen mit öffentlichem Verkehr wesentlich zu beeinträchtigen oder

5. eine nachteilige Einwirkung auf die Beschaffenheit der Gewässer herbeizuführen, sofern nicht ohnedies eine Bewilligung auf Grund wasserrechtlicher Vorschriften vorgeschrieben ist.“

§ 358 Abs 1 GewO:

„Werden Umstände bekannt, die die Genehmigungspflicht einer Anlage im Sinne des § 74 begründen könnten, zieht aber der Inhaber der Anlage in Zweifel, daß die Voraussetzungen für die Genehmigungspflicht gegeben seien, so hat die Behörde auf Antrag des Inhabers der Anlage die Anlage oder das Vorhaben zu prüfen und durch Bescheid festzustellen, ob die Errichtung und der Betrieb der Anlage der Genehmigung bedürfen. Ein Feststellungsbescheid ist jedoch nicht zu erlassen, wenn die Genehmigungspflicht der Anlage offenkundig ist. Ergeben sich im

Feststellungsverfahren Zweifel, ob dieses Bundesgesetz auf jene Tätigkeit anzuwenden ist, der die Anlage regelmäßig zu dienen bestimmt ist, so ist dieses Verfahren zu unterbrechen und ein Feststellungsverfahren gemäß § 348 durchzuführen.“

2. Genehmigungsfreistellungsverordnung BGBl. II Nr. 80/2015 idgF BGBl. II Nr. 172/2018:

„§ 1. (1) Für folgende Arten von Betriebsanlagen ist jedenfalls keine Genehmigung erforderlich, sofern die in Abs. 1 bestimmten Betriebszeiten eingehalten werden und § 2 nicht anderes bestimmt:

1. Einzelhandelsbetriebe mit einer Betriebsfläche von bis zu 600 m<sup>2</sup>;
2. Bürobetriebe;
3. Lager in geschlossenen Gebäuden für Waren und Betriebsmittel mit einer Betriebsfläche von bis zu 600 m<sup>2</sup>;

...

(2) Die in Abs. 1 bezeichneten Betriebsanlagen werden innerhalb folgender Betriebszeiten begeben:

1. an Werktagen von Montag bis Freitag zwischen 6 und 22 Uhr, ausgenommen Lieferverkehr,
2. an Werktagen am Samstag zwischen 6 und 19 Uhr, ausgenommen Lieferverkehr,
3. für Lieferverkehr an Werktagen von Montag bis Freitag zwischen 6 und 19 Uhr, und
4. für Lieferverkehr an Werktagen am Samstag zwischen 6 und 18 Uhr.

§ 2. Diese Verordnung gilt nicht für Betriebsanlagen,

(Anm. : Z 1 aufgehoben durch Z 5, BGBl. II Nr. 172/2015)

2. bei denen außerhalb der Gebäudehülle mechanische Anlagenteile zur Be- oder Entlüftung oder zur Wärmeübertragung gelegen sind, oder

3. für deren Lagerungen nach anderen Rechtsvorschriften bei Überschreiten einer in diesen Vorschriften festgelegten Lagermenge spezielle Formen der ausschließlichen Aufbewahrung

(Ortsfeste Lagerbehälter, Lagerräume oder Sicherheitsschränke) vorgeschrieben sind, oder

4. die als Lager gemäß § 1 Abs. 1 Z 3 betrieben werden und in denen Stoffe und Gemische gelagert werden, die als gefährliche Stoffe oder Gemische einer Kennzeichnungspflicht unterliegen, sofern nicht in anderen Rechtsvorschriften Lagermengen oder spezielle Aufbewahrungsformen für derartige Stoffe und Gemische festgelegt sind, oder

5. bei welchen im Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit musiziert oder, zB mit einem Tonbandgerät, Musik wiedergegeben wird (nicht unter dieses Musizieren bzw. Wiedergeben von Musik fällt bloße Hintergrundmusik, die leiser als der übliche Gesprächston der Kunden ist),

oder

6. deren Lagerungen den in der Anlage 3 (IPPC-Anlagen) oder der Anlage 5 (Stoffliste zum Abschnitt 8a) der Gewerbeordnung 1994 beschriebenen Definitionen entsprechen.“

2) Allgemeines zum Verfahren nach § 358 GewO

Das Verfahren ist nur auf Antrag zu führen, welche Voraussetzung vorliegend erfüllt ist und haben Nachbarn in diesem Verfahren – unabhängig davon, ob sie wie vorliegend DI M N als Anzeiger aufgetreten sind oder nicht – in diesem Verfahren keine Parteistellung und auch kein Antragsrecht. Gegenstand des Verfahrens ist eine Prüfung der jeweiligen Anlage anhand der Kriterien des § 74 Abs 2 GewO, wobei dafür kein langwieriges Ermittlungsverfahren durchzuführen ist, insbesondere bedarf es nicht der Aufnahme von Sachverständigenbeweisen (Lärmpegelmessungen, etc.). Generell sind keine detaillierten Feststellungen über die Auswirkung einer Betriebsanlage erforderlich, zumal gemäß der Bestimmung des Abs 2 leg. cit. durch dieses Feststellungsverfahren späteren Feststellungen über Art und Umfang möglicher Gefährdungen, Belästigungen etc. in einem Betriebsanlagen-genehmigungsverfahren nicht vorgegriffen

werden soll. Bei Offenkundigkeit der Genehmigungspflicht ist kein Feststellungsverfahren gemäß § 358 GewO durchzuführen (Stolzlechner/Wendl/Burgstaller, Die gewerbliche Betriebsanlage 4. Aufl. Rz 207 und dort zitierte Judikatur).

### 3) Zum Verhältnis zwischen § 74 Abs 2 GewO und der 2. Genehmigungs-freistellungsverordnung:

Die oben unter 2 wiedergegebene herrschende Lehre und Rechtsprechung gilt für das „klassische“ Feststellungsverfahren gemäß § 358 GewO anhand der Prüfkriterien des § 74 Abs 2 GewO. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der oben unter 1) auszugsweise wiedergegebene Verordnungstext im Volltext – zum Unterschied etwa von § 76 a Abs 1 Z 4 GewO – an keiner Stelle einen Hinweis auf die Prüfkriterien des § 74 Abs 2 GewO enthält.

Daraus folgt Nachstehendes:

Die Formulierung in § 1 Abs 1 „ist jedenfalls keine Genehmigung erforderlich“ kann in Verbindung mit dem Titel „Genehmigungsfreistellungsverordnung“ sinnvoll nur so gelesen werden, dass Betriebsanlagen, welche die Voraussetzungen der Verordnung erfüllen (vgl. dazu im Folgenden unter 4), nicht zusätzlich anhand der Kriterien des § 74 Abs 2 GewO zu prüfen sind, weil der Verordnungsgeber diese Prüfung bei Erlassung der Verordnung bereits vorab durchgeführt hat und daher ex lege davon auszugehen ist, dass Anlagen, welche die Kriterien der Verordnung erfüllen, keine Auswirkungen im Sinne des § 74 Abs 2 GewO entfalten. Jede andere Deutung würde den Sinn und Zweck dieser Verordnung, nämlich die dort genannten Anlagen, welche die Bestimmungen der Verordnung erfüllen, von der Genehmigungspflicht auszunehmen, ad absurdum führen. Zu diesem Ergebnis gelangen auch Stolzlechner/Wendl/Bergthaler welche unter Rz 203 dazu wie folgt ausführen: „Hinzuweisen ist ferner allgemein darauf, dass der BMFW bei Erlassung einer solchen Verordnung an den Gleichheitssatz (Art. 7 B-VG) gebunden ist ... Daher dürfen nur BA genehmigungsfrei gestellt werden, von deren Betrieb nach allgemeiner Erfahrung Gefährdungen und Belästigungen im Sinne des § 74 Abs 2 nicht zu erwarten sind“. Mit anderen Worten: Die Gefährdungsprognose gemäß § 74 Abs 2 GewO wurde hinsichtlich der dieser Verordnung unterliegenden Anlagen schon vorab vom verordnungserlassenden Bundesminister durchgeführt und wurden nur jene Anlagen genehmigungsfrei gestellt, bei denen aufgrund der Art der dort ausgeübten gewerblichen Tätigkeiten, der geringen Größe und der in der Verordnung jeweils beschriebenen technischen Ausstattung – nach Einschätzung des Verordnungsgebers – nachteilige Auswirkungen im Sinn von § 74 Abs 2 GewO auszuschließen sind. Daraus folgt, dass den Behörden/Verwaltungsgerichten eine zusätzliche Prüfung dieser Anlagen anhand der Kriterien des § 74 Abs 2 GewO verwehrt ist, weil deren Betreiber bei Erfüllung der Voraussetzungen der Verordnung einen Rechtsanspruch auf Genehmigungsfreistellung haben. Insofern ist die 2. GenehmigungsfreistellungsVO – bei Erfüllung der dortigen Voraussetzungen – eine lex specialis zu § 74 Abs 2 GewO.

Indem die belangte Behörde das gegenständliche Käselager ausschließlich anhand der Kriterien des § 74 Abs 2 GewO geprüft hat ohne überhaupt der 2. GenehmigungsfreistellungsVO Beachtung zu schenken, hat diese die Rechtslage verkannt.

### 4) Zu den Voraussetzungen der GenehmigungsfreistellungsVO im Einzelnen:

Aufgrund der geringen Fläche ist die Voraussetzung des § 1 Abs 1 Z 3 der Verordnung jedenfalls erfüllt. Auch handelt es sich um ein Lager in einem geschlossenen Gebäude und liegt aufgrund der im Sachverhalt beschriebenen baulichen Ausgestaltung kein Ausschlussgrund gemäß § 2 Z 2 der Verordnung vor. Ebenso wenig erfüllen die dort gelagerten Käseprodukte eines der Ausschlusskriterien des § 2 Z 3 bis 6 der Verordnung. Zur Qualifikation der verfahrensgegenständlichen Räumlichkeiten als „Lager“ im Sinne der Verordnung ist noch auszuführen, dass das Verfahren ergeben hat, dass die Käselagerung inklusive der damit verbundenen An- und Auslieferung jedenfalls der Hauptgegenstand der dortigen gewerblichen Tätigkeiten ist. Bei der Käseaufbereitung in der im Sachverhalt beschriebenen Form (bloßes Aufschneiden und Einwickeln in Klarsichtfolie), welche im Übrigen nur bei einem Teil der gelieferten Ware durchgeführt wird, handelt es sich um einfache manuelle Tätigkeiten, bei denen der Käse vor Ort nicht weiterverarbeitet wird und welche in Relation zum Hauptzweck der Lagerung von untergeordneter Bedeutung sind, weshalb die gegenständliche Betriebsanlage als „Lager“ im Sinne von § 1 Abs 1 Z 3 der Verordnung qualifiziert werden kann. Dies auch im Hinblick auf den Umstand, dass von diesem nur wenige Minuten dauernden Aufschneiden des Käses keine Emissionen in Form von Geruch und/oder Lärm zu erwarten sind, welche die Unterstellung auch dieser Nebentätigkeiten von untergeordneter Bedeutung unter den Genehmigungsfreistellungsstatbestand gemäß § 1 Abs 1 Z 3 leg. cit. unter Bedachtnahme auf Art. 7 B-VG bedenklich erscheinen ließen.

Hinsichtlich der An- und Auslieferung des Käses gilt Nachstehendes:

§ 1 Abs 2 der Verordnung enthält für alle der Verordnung unterliegenden Betriebsanlagen – somit auch für Lagerräumlichkeiten, bei denen das An- und Ausliefern der gelagerten Waren einschließlich des damit verbundenen Lieferverkehrs naturgemäß die Haupttätigkeit darstellt – keine Vorgaben bzw. Beschränkungen hinsichtlich einer bestimmten Anzahl der Lieferungen. Entscheidend ist ausschließlich, dass der Lieferverkehr im Rahmen der in der Verordnung genannten Zeiten erfolgt, was vorliegend als erfüllt anzusehen ist. Aus diesem Grund kommt, wie in der Beweiswürdigung bereits ausgeführt, der Frage, wie viele Käsean- und auslieferungen nun tatsächlich pro Woche stattfinden, für die Prüfung der Genehmigungsfreistellung keine entscheidende Bedeutung zu.

Hinsichtlich der auch in der Begründung des angefochtenen Feststellungsbescheides thematisierten möglichen Beeinträchtigung des öffentlichen Verkehrs auf der Pstraße ist zunächst auf hinzuweisen, dass im Sinne der oben unter 3) getätigten Ausführungen sämtliche Prüfkriterien des § 74 Abs 2 GewO, somit auch jene der Z 4 nicht maßgeblich sind, weil der verordnungserlassende Bundesminister eine mögliche Verkehrsbeeinträchtigung bei den der Genehmigungsfreistellung unterliegenden Betriebsanlagen offensichtlich von vornherein ausgeschlossen hat. Im Übrigen hat das Verfahren aus den in der Beweiswürdigung bereits ausgeführten Gründen ohnehin ergeben, dass es sich bei den dortigen Behauptungen um haltlose Anschuldigungen des Nachbarn M N handelte, welche nicht bewiesen werden konnten.

Zusammenfassend war demnach festzustellen, dass das gegenständliche Käse-auslieferungslager alle Kriterien der 2. GenehmigungsfreistellungsVO erfüllt, weshalb der angefochtene Bescheid, welcher zum gegenteiligen Ergebnis gelangt war, ersatzlos zu beheben ist.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass das gegenständliche Lager selbst bei Anwendung der Prüfkriterien des § 74 Abs 2 GewO nicht als genehmigungspflichtige Betriebsanlage zu qualifizieren gewesen wäre. Dies deshalb, weil keine potentiell gefährlichen Maschinen und Geräte verwendet werden, keine wie auch immer geartete Gesundheitsgefährdung im Sinne der Z 1, auch keinerlei Belästigung der Nachbarn im Sinne der Z 2 zu befürchten ist, keine Verkehrsbeeinträchtigung im Sinn der Z 4 vorliegt und Z 3 und Z 5 des § 74 Abs 2 GewO vorliegend auch nicht zur Anwendung kommen.

Abschließend wird die Beschwerdeführerin noch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Feststellungsbescheide generell nur eine Momentaufnahme darstellen, mit welchen zum Unterschied vom Genehmigungsverfahren nicht der Status quo, sondern ein bestimmter Betriebsablauf beurteilt wird, so wie er sich zum Zeitpunkt der Entscheidung der belangten Behörde dargestellt hat, wobei sich im vorliegenden Fall seit dem Herbst 2019 ohnehin nichts Relevantes geändert hat. Sollte die Beschwerdeführerin das gegenständliche Käselager künftig in relevantem Ausmaß anders betreiben, indem sie etwa die Zeiten für den Lieferverkehr über das gemäß § 1 Abs 2 2. GenehmigungsfreistellungsVO erlaubte Ausmaß hinaus ausdehnt oder bauliche Veränderungen im Sinne von § 2 leg. cit. durchführt, verliert der gegenständliche Feststellungsbescheid seine Gültigkeit, weil ein geänderter Sachverhalt neu zu beurteilen und falls strittig, in einem neuen Feststellungsverfahren zu klären wäre.

IV. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs 4 B-VG

grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere, weil – soweit aus dem Rechtsinformationssystem ersichtlich – bislang eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Verhältnis zwischen § 74 Abs 2 GewO und der 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung fehlt.

#### **Schlagworte**

Genehmigungsfreistellungsverordnung, Betriebsanlagen Voraussetzungen, Anwendungsbereich, Auswirkungen, Prüfkriterien, Gefährdungsprognose, Ordnungsgeber, nachteilige Auswirkungen, Ausstattung, Rechtsanspruch, Prüfungsumfang, lex specialis

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGST:2021:LVwG.43.15.2645.2020

**Zuletzt aktualisiert am**

27.09.2021

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Steiermark LVwg Steiermark, <http://www.lvwg-stmk.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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