

# TE Vwgh Erkenntnis 1993/4/27 90/04/0265

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.04.1993

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

AVG §37;  
AVG §39 Abs2;  
AVG §45 Abs1 impl;  
AVG §45 Abs1;  
AVG §45 Abs2;  
AVG §45 Abs3;  
AVG §58 Abs2;  
GewO 1973 §356 Abs3 idF 1988/399;  
GewO 1973 §74 Abs2 idF 1988/399;  
GewO 1973 §74 Abs2 Z1;  
GewO 1973 §74 Abs2;  
GewO 1973 §77 Abs1 idF 1988/399;  
GewO 1973 §77 Abs1;  
GewO 1973 §77 Abs2 idF 1988/399;  
GewO 1973 §77 Abs2;  
GewO 1973 §78 Abs2;  
GewO 1973 §79 Abs1 idF 1988/399;  
GewO 1973 §79 Abs1;  
GewO 1973 §81 Abs1;  
VwGG §42 Abs2 Z3 litc;  
VwGG §63 Abs1;

VwRallg;

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):90/04/0268

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Salcher und die Hofräte Dr. Griesmacher, Dr. Weiss, DDr. Jakusch und Dr. Gruber als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Cerne, über die gegen den Bescheid des BMW vom 27. Juli 1990, Zl. 306.568/2-III-3/89, betreffend Genehmigung einer gewerblichen Betriebsanlage, erhobenen Beschwerden 1. des G in W, vertreten durch Dr. M, Rechtsanwalt in W (mP: RA und HA, beide in W und 2. des HA und 3. der RA, beide in W (mP: G in W) zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Die Beschwerde des Erstbeschwerdeführers wird als unbegründet abgewiesen.

Der Erstbeschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 3.035,-- und den mitbeteiligten Parteien HA und RA zu gleichen Teilen Aufwendungen in der Höhe von insgesamt S 11.360,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren der mitbeteiligten Parteien HA und RA wird abgewiesen.

Aufgrund der Beschwerde der Zweit- und Drittbeschwerdeführer wird der angefochtene Bescheid wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat den Zweit- und Drittbeschwerdeführern Aufwendungen in der Höhe von insgesamt S 11.720,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Bezüglich der Vorgeschichte des Beschwerdefalles wird auf die hg. Erkenntnisse vom 10. April 1984, Zl.83/04/0295, Slg. N.F. Nr. 11.399/A, und vom 27. Juni 1989, Zl. 87/04/0123, hingewiesen. Mit dem letztgenannten Erkenntnis ist der Bescheid des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie vom 26. März 1987 wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben worden. In den Entscheidungsgründen dieses Erkenntnisses wird unter anderem - unter Bezugnahme auf § 78 Abs. 2 GewO 1973 - ausgeführt, ein Probetrieb diene ausschließlich dem Zweck, der Behörde ausreichende Grundlagen für die Entscheidung über den Antrag auf Betriebsbewilligung in den Fällen zu liefern, in denen diese aus den angeführten Gründen vorbehalten worden sei. Ungeachtet des Umstandes, daß während des Probetriebes Immissionen auftreten könnten, die nicht vorhersehbar gewesen seien und über das zumutbare Maß hinausgingen, denen bei der Erteilung der Betriebsbewilligung durch entsprechende Auflagen zu begegnen sei, widerspreche die Anordnung eines Probetriebes dann den Vorschriften der §§ 77 und 78 GewO 1973, wenn ein Probetrieb angeordnet würde, obgleich auf Grund der im Sinne der Bestimmungen der §§ 74 und 77 GewO 1973 durchzuführenden Erhebungen jedenfalls anzunehmen wäre, daß zufolge des probeweisen Betriebes der Anlage die Nachbarschaft gefährdet oder über das zumutbare Ausmaß hinaus belästigt würde (Hinweis auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. September 1979, Zl. 2043/78, und die dort zitierte Vorjudikatur). Im vorliegenden Fall habe die belangte Behörde auf Grund der Gutachten des ärztlichen Sachverständigen davon ausgehen müssen, daß ein Offenhalten des in Rede stehenden Gastgewerbebetriebes nach 22.00 Uhr bei den Nachbarn eine mögliche Gesundheitsschädigung hervorrufen könne. Die belangte Behörde sei somit nicht dem Gesetz entsprechend vorgegangen, wenn sie den Betrieb der Anlage für eine bestimmte Zeit hindurch als Probetrieb gemäß der von ihr vorgeschriebenen Auflage (Punkt 88) mit einer Betriebszeit von 12.00 bis 24.00 Uhr für zulässig erachtet habe, obwohl den durchgeführten Erhebungen zufolge anzunehmen gewesen sei, daß durch den Betrieb der Anlage nach 22.00 Uhr die Nachbarschaft einer Gesundheitsgefährdung ausgesetzt werde.

Im fortgesetzten Verfahren gab der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten mit Bescheid vom 27. Juli 1990 den Berufungen insofern Folge, als der angefochtene Bescheid (des Landeshauptmannes von Wien vom 20. September 1982) "bzw. der diesem zugrundeliegende Bescheid des Magistratischen Bezirksamtes für den 16. Bezirk vom 23.9.1981" folgendermaßen abgeändert und ergänzt wurde:

"I) Der Punkt 88) der Auflagen hat nunmehr zu lauten:

"Während des angeordneten Probetriebes werden folgende Betriebszeiten vorgeschrieben: Montag bis Samstag von 12.00 Uhr bis 22.00 Uhr, an Sonn- und Feiertagen hat Betriebsruhe zu herrschen. Die endgültige Festsetzung der Betriebszeiten hat im Betriebsbewilligungsverfahren zu erfolgen."

Die Auflage unter Punkt 85) wird behoben.

II) .....

III) .....

IV) Ein Probetrieb für die Dauer eines Jahres ab der von dem Genehmigungswerber zu erstattenden Fertigstellungsanzeige wird angeordnet."

Zur Begründung wurde im wesentlichen ausgeführt, es sei vorerst zu prüfen, ob das Errichten oder Betreiben der Betriebsanlage an dem in Aussicht genommenen Standort durch Rechtsvorschriften verboten sei (§ 77 Abs. 1 zweiter Satz GewO 1973 in der Fassung der Gewerberechtsnovelle 1988). Als solche kämen insbesondere Normen der Flächenwidmung in Betracht. Wie im Sachverhalt dargestellt, weise die Betriebsliegenschaft die Widmung "Bauland-Wohngebiet" gemäß § 6 Abs. 6 WBO auf. Nach der zitierten Norm dürften in Wohngebieten nur Wohngebäude und Bauten, die religiösen, kulturellen oder sozialen Zwecken oder der öffentlichen Verwaltung dienen, errichtet werden. Die Errichtung von Gast-, Beherbergungs-, Versammlungs- und Vergnügungsstätten, von Büro- und Geschäftshäusern sowie die Unterbringung von Lagerräumen und Werkstätten kleineren Umfangs oder von Büros und Geschäftsräumen in Wohngebäuden sei dann zulässig, wenn sichergestellt sei, daß sie nicht durch Rauch, Ruß, Staub, schädliche oder üble Dünste, Niederschläge aus Dämpfen oder Abgasen, Geräusche, Wärme, Erschütterungen oder sonstige Einwirkungen, Gefahren, oder den Wohnzweck beeinträchtigende Belästigungen für die Nachbarschaft herbeizuführen geeignet seien. Dieser Bestimmung könne jedenfalls ein generelles Verbot des Errichtens einer Gastgewerbebetriebsanlage nicht entnommen werden, vielmehr sei die Errichtung von Gastgewerbebetrieben nach Definition des Wohngebietes ausdrücklich vorgesehen; eine genauere Prüfung des Übereinstimmens des konkreten Projektes mit den Normen der Flächenwidmung obliege nicht der Gewerbebehörde, sondern der Baubehörde. Die Gewerbebehörde hingegen habe in weiterer Folge zu prüfen, ob durch das Projekt (einschließlich allenfalls vorzuschreibender Auflagen) eine Gefährdung der Gesundheit "vermieden" werde, wobei "Vermeiden" mit "Ausschließen" gleichzusetzen sei (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 14. November 1989, Zl. 89/04/0047, Slg. N.F. Nr. 13.064/A). Dazu sei festzuhalten, daß es sich bei dem Begriff "Gefährdung der Gesundheit" um einen Rechtsbegriff handle, nämlich einen unbestimmten Gesetzesbegriff, der dadurch gekennzeichnet werde, daß Einwirkungen auf den menschlichen Organismus vorlägen, die über eine bloße Belästigung hinausgingen (Hinweis auf die hg. Erkenntnisse vom 27. Juni 1989, Zl. 88/04/0341, und vom 16. Februar 1988, Zl. 87/04/0203 u.a.). Nach dem schlüssigen und vom Verwaltungsgerichtshof unwidersprochenen Gutachten des gewerbetechnischen Amtssachverständigen kämen für eine Gefährdung der Gesundheit insbesondere jene Lärmimmissionen in Betracht, die die Gäste beim Aufsuchen und Verlassen des Lokales, jedoch auf der Betriebsliegenschaft und nicht auf einer öffentlichen Verkehrsfläche, verursachten, in Betracht, während Geruchseinwirkungen merkbarer Art überhaupt nicht zu erwarten seien. Hinsichtlich der Beurteilung dieses Gästelärmes habe sich durch die Gewerberechtsnovelle 1988 insofern nichts geändert, weil jene Teile der Betriebsliegenschaft, die der Betriebsanlage etwa in Form eines Zu- oder Abganges, aber auch eines Parkplatzes oder einer Verbindung dorthin dienen, der Betriebsanlage selbst zuzurechnen seien. Zu diesem Gästelärm habe der Verwaltungsgerichtshof in einem in dem vorliegenden Verfahren ergangenen Urteil ausgeführt, daß als lärmintensivstes Verhalten mit "Singen und Johlen" zu rechnen sei. Die daraus resultierenden Immissionsschallpegel bei den Nachbarn E und V betrügen nach dem schlüssigen gewerbetechnischen Amtssachverständigengutachten im Freien 70 bis 75 dB, im straßenseitigen Wohnzimmer dieser Nachbarn bei geöffneten Fenstern bis zu 70 dB. Dazu habe der ärztliche Amtssachverständige - mit der allgemeinen Lebenserfahrung nicht im Widerspruch stehend - festgestellt, daß diese Geräusche nicht ununterbrochen aufträten, sondern daß es sich dabei nur um kurzzeitige Lärmspitzen handle, die bei einzelnen Gruppen, die in den späteren Abendstunden in größeren Abständen das Lokal verließen, am ehesten zu erwarten seien. Von diesen Lärmimmissionen könne im menschlichen Organismus eine Streßreaktion und damit eine Beeinträchtigung des Wohlbefindens erwartet werden. Einer anderen Beurteilung unterliege jedoch, wie auch der Verwaltungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung ausführe (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 13. Dezember 1988, Zl. 88/04/0138) die Nachtzeit (22.00 bis 6.00 Uhr). Es sei dies jene Zeit, die von den meisten Menschen zum Schlafen verwendet werde. Nach dem schlüssigen ärztlichen Amtssachverständigengutachten hätten die gleichen Lärmeinwirkungen auf den schlafenden Menschen andere gesundheitliche Auswirkungen als auf den Menschen im Wachzustand. Gerade Lärmeinwirkungen auf Schlafende und die damit verbundenen Weckwirkungen, Ein- und Durchschlafstörungen seien nach dem in der Folge unwidersprochen gebliebenen ärztlichen Amtssachverständigengutachten geeignet, im Wege über das vegetative Nervensystem zu einer Gefährdung der Gesundheit im medizinischen Sinn, etwa des Herz-Kreislauf-Systems, des Verdauungsapparates oder des Zentralnervensystems zu führen. Es könne daher im Rechtsbereich die Schlußfolgerung gezogen werden, daß durch einen Betrieb der gegenständlichen Betriebsanlage über 22.00 Uhr hinaus nach den Ergebnissen des bisherigen Ermittlungsverfahrens eine Gefährdung der Gesundheit der Nachbarn nicht vermieden werde. Daher sei im Sinne des

im vorliegenden Verfahren zuletzt ergangenen Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes (vom 27. Juni 1989) auch kein Probebetrieb über 22.00 Uhr hinaus zuzulassen gewesen. Dies gelte jedoch nicht für die Zeit vor 22.00 Uhr, wo nach dem schlüssigen ärztlichen Amtssachverständigengutachten maximal mit einer Beeinträchtigung des Wohlbefindens zu rechnen sei. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit von nicht als gesundheitsgefährdend erkannten Immissionen sei nach der durch die Gewerberechtsnovelle 1988 geänderten Rechtslage nur mehr der Maßstab eines gesunden, normal empfindenden Kindes bzw. gesunden, normal empfindenden Erwachsenen unter Berücksichtigung der durch die Betriebsanlage verursachten Änderungen der örtlichen Verhältnisse heranzuziehen. Die Flächenwidmung der Nachbarliegenschaften habe dabei außer Betracht zu bleiben. In diesem Sinne seien die Ausführungen im zuletzt im vorliegenden Verfahren ergangenen Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes betreffend die Flächenwidmung durch die nunmehrige Rechtslage als überholt anzusehen. Auch die Zumutbarkeit von nicht als gesundheitsgefährdend erkannten Immissionen sei eine Rechtsfrage, die von der Behörde und nicht vom Sachverständigen zu lösen sei, jedoch auf Grundlage der in diesem Verfahren erstatteten Sachverständigengutachten (Hinweis auf die hg. Erkenntnisse vom 27. Juni 1989, Zl. 88/04/0341, und vom 23. Mai 1989, Zlen. 88/04/0318, 88/04/0337). Für die Beurteilung von Lärmimmissionen als zumutbar oder unzumutbar sei insbesondere die Höhe der zu erwartenden maximalen Schallpegel (70 bis 75 dB), der Abstand zum Grund- bzw. Umgebungsgeräuschpegel, die Art der Geräusche und die Dauer ihres Auftretens von Bedeutung. Was das "Singen und Johlen" betreffe, so handle es sich dabei um von menschlichen Stimmen verursachten Lärm mit Informationsgehalt, der nach dem schlüssigen ärztlichen Amtssachverständigengutachten kurzzeitig, mit längeren Pausen zwischen den Lärmereignissen, auftrete. Zu den örtlichen Verhältnisse sei auszusagen, daß der Umgebungsgeräuschpegel durch entferntes Verkehrsrauschen bestimmt sei und es sich ansonsten um eine "eher ruhigere" Wohngegend handle. Die Umgebung der Betriebsanlage stelle jedoch ein Heurigengebiet dar, und es sei daher auch bei von anderen Betrieben kommenden Gästen "Singen und Johlen" zu erwarten; diese Geräusche seien daher nicht als ortsunüblich zu bezeichnen. Dazu komme noch, daß auf der gleichen Liegenschaft zumindest bei guter Witterung in der wärmeren Jahreszeit ein hinsichtlich des Fassungsraumes den gegenständlichen Betrieb weit übersteigender Buschenschank ausgeübt werde und diesbezüglich mit den gleichen Lärmimmissionen zu rechnen sei. Wie dem gewerbetechnischen Gutachten - in der Folge unwidersprochen - zu entnehmen sei, komme es hinsichtlich des Gästeverhaltens wesentlich auch auf die Art der Betriebsführung des Gastgewerbetriebes an, wobei beim vorliegenden Betrieb der "Ausschank von Speisen", insbesondere vor 22.00 Uhr überwiegen solle. Generell könne zum Gästeverhalten von der allgemeinen Lebenserfahrung her gesagt werden, daß je später die Uhrzeit werde, um so mehr sich der "Konsum von Speisen auf jene von (alkoholischen) Getränken" verlagere und infolge des Summationseffektes des Alkoholkonsums mit einem lauterem Gästeverhalten zu rechnen sei. Das bedeute jedoch für den vorliegenden Fall, daß vor 22.00 Uhr eher mit einem disziplinierteren Gästerverhalten zu rechnen sei als nach 22.00 Uhr, während gleichzeitig, wie aus den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens zu entnehmen sei, vor 22.00 Uhr der Umgebungsgeräuschpegel höher sei als nach 22.00 Uhr, wo die allgemeinen Lebensaktivitäten bereits abnehmen. In Anbetracht all dieser Erwägungen könnten die nach den bisherigen Ermittlungsergebnissen vom gegenständlichen Betrieb zu erwartenden Lärmimmissionen vor 22.00 Uhr nach dem oben dargestellten Maßstab als zumutbar bezeichnet werden. Was die Maßfigur des gesunden, normal empfindenden Kindes betreffe, so sei aus zahlreichen anderen Verfahren bekannt und entspreche dies auch der allgemeinen Lebenserfahrung, daß Kinder grundsätzlich nicht empfindlicher auf Lärmimmissionen reagierten als Erwachsene. Sollte bei Kindern auch vor 22.00 Uhr ein Schlafbedürfnis gegeben sein, sei ein Ein- bzw. Durchschlafen auch bei höheren Lärmpegeln möglich als bei Erwachsenen. Was den Lärm aus dem Lokal, insbesondere eventuell zu erwartende Körperschallimmissionen infolge der mangelnden baulichen Trennung zwischen dem Betriebsgebäude und dem Nachbargebäude E/V betreffe, so habe der gewerbetechnische Amtssachverständige in der Folge unwidersprochen ausgeführt, daß solche erst anhand eines praktischen Betriebes geprüft werden könnten. Dazu sei im Rechtsbreich festzuhalten, daß dies den Fall des § 78 Abs. 2 GewO 1973 treffe, wonach Auswirkungen der Anlage im Genehmigungszeitpunkt nicht ausreichend beurteilt werden könnten. Es bestehe jedoch nach den bisherigen Ermittlungsergebnissen kein Hinweis, daß gesundheitsgefährdende oder unzumutbare Immissionen zu erwarten seien. Es sei daher gemäß § 78 Abs. 2 GewO 1973 ein Probebetrieb vorzuschreiben gewesen. Sinn und Zweck eines Probebetriebes sei es, der Behörde die ausreichende Grundlage für eine endgültige Entscheidung betreffend den Betrieb einer Betriebsanlage zu verschaffen. Dazu bedürfe es eines ausreichend langen Beobachtungszeitraumes; dieser habe im vorliegenden Fall sowohl die wärmere als auch die kältere Jahreszeit zu umfassen, weil sich nach den bisherigen Ermittlungsergebnissen diesbezüglich unter Umständen beträchtliche

Schwankungen des Umgebungsgeräuschpegels jahreszeitlich bedingt ergäben, insbesondere bei Betrieb oder Nichtbetrieb des Buschenschanks auf der gleichen Liegenschaft. Es sei daher ein Probetrieb für die Dauer eines Jahres angeordnet worden. Die übrigen Immissionen der Anlage seien nach den unwidersprochen gebliebenen Ermittlungsergebnissen bei Beibehaltung der bisherigen Auflagen als zumutbar zu bezeichnen. Eine weitere Ergänzung des Ermittlungsverfahrens sei auf Grund des zuletzt ergangenen Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. Juni 1989 nicht erforderlich gewesen.

Gegen diesen Bescheid richten sich die vorliegenden Beschwerden.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und erstattete in den Verfahren sowohl des Erstbeschwerdeführers als auch der Zweit- und Drittbeschwerdeführer Gegenschriften mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerden. Im Verfahren über die Beschwerde des Erstbeschwerdeführers erstatteten als mitbeteiligte Parteien die Zweit- und Drittbeschwerdeführer und im Verfahren über die Beschwerde der Zweit- und Drittbeschwerdeführer als mitbeteiligte Partei der Erstbeschwerdeführer jeweils Gegenschriften, in denen sie beantragten, die Beschwerden abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Beschwerden zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbunden und darüber erwogen:

Der Erstbeschwerdeführer erachtet sich "in der unrichtigen Anwendung des § 77 Abs. 1 Gew.O. 1973 iVm § 74 Abs. 2 Z. 1 leg. cit. und der Festsetzung eines Probetriebes gemäß § 78 Abs. 2 Gew.O. 1973 für die Dauer eines Jahres verletzt". Er trägt in Ausführung dieses Beschwerdepunktes vor, der Sachverhalt sei von der belangten Behörde in einem wesentlichen Punkt aktenwidrig angenommen worden. Die im Laufe des Ermittlungsverfahrens durchgeführten Messungen um 23.00 Uhr hätten folgende Werte ergeben:

"Im Freien: für Schrittgeräusche 44 dB(A),  
für Störgeräusche der zu- und abgehenden  
Gäste über eine Strecke von 25 m, die sie  
in 15 bis 20 Sekunden durchschritten haben 60 dB(A).

Bei GEÖFFNETEN FENSTERN; also im Zeitpunkt, als sich die Anrainer zur Ruhe begeben haben, erfolgt eine Reduzierung der Schallpegelwerte um 5 - 7 dB(A), d.h.

für Schrittgeräusche 44-5; 44-7 = 39-37 dB(A),  
für Störgeräusche 60-5; 60-7 = 55-53 dB(A),

dies ergibt weiters durch die akustische Abschattung beim zurückliegenden Haus A (15 bis 20 dB(A)), somit

für Schrittgeräusche 39-37-15 bis 20 dB(A) = 24-17 dB(A), für Störgeräusche

durch Unterhaltung

der Gäste 55-53-15 bis 20 dB(A) = 40-33 dB(A).

Ein vom SV um 23.00 Uhr gemessener Grundgeräuschpegel von 33 dB(A) liegt somit BEI A

für Schrittgeräusche (24-17-33 dB(A) (Grundgeräuschpegel)) unter dem Grundgeräuschpegel,

für Störgeräusche durch Unterhaltung (40-33 dB(A) - 33 dB(A) (Grundgeräuschpegel)) mit 7-0 dB(A) über dem Grundgeräuschpegel.

Bei V ergibt sich ohne die angenommene Abschattung bei Annahme des Grundgeräuschpegels von 33 dB(A)

für Schrittgeräusche (39-37 dB(A) - 33 dB(A) (Grundgeräuschpegel)) = 6-1 dB(A),

für Störgeräusche bei lauter Unterhaltung der abgehenden Gäste (55-53 dB(A) - 33 dB(A) (Grundgeräuschpegel)) = 22-20 dB(A)."

Diese Werte seien von der belangten Behörde aktenwidrig falsch berechnet und daraus eine mögliche Gesundheitsschädigung bei Offenhalten des Betriebes nach 22.00 Uhr abgeleitet worden. Auch bedürfe der Sachverhalt in wesentlichen Punkten einer Ergänzung: Der Erstbeschwerdeführer habe der belangten Behörde am 16. September 1986 mitgeteilt, er habe im Verfahren über die baubehördliche Genehmigung eines Zubaus zu einem

bestehenden Gebäude zur Errichtung eines "Restaurants" ausdrücklich darauf hingewiesen, daß es sich nicht um ein "Heurigen"-Restaurant, sondern um ein "Restaurant gehobener Qualität" handle, sodaß die durch nichts begründete Annahme, Gäste würden dieses Restaurant "singend" und "johlend" verlassen, ins Leere gehe. Durch diese wider besseres Wissens getroffene Annahme schnelle der Störgeräuschpegel auf 70 bis 75 dB(A) hinauf, sodaß es für die Behörde möglich werde, die Beschränkungen der Sperrstunde auszusprechen. Weiters habe er der belangten Behörde mit seinem Schreiben vom 26. Februar 1987 die über acht Tage durchgeführte Messung im gegenständlichen Bauverfahren zur Kenntnis gebracht. Die im Bauverfahren erstellten Gutachten gipfelten in der Erkenntnis, daß es durch den Betrieb des beabsichtigten "Restaurant" in der Zeit zwischen 22.00 und 02.00 Uhr zu keiner das Widmungsmaß überschreitenden Lärmbelastigung kommen werde. Im Bauverfahren habe im übrigen der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 17. Mai 1988, Zl. 87/05/0206, festgestellt, daß nach der hier maßgeblichen Widmung "Wohngebiet" ein bestimmtes Maß an Immissionen von den Nachbarn hingenommen werden müsse, sodaß ein Vergleich zwischen einem tatsächlich gemessenen Grundgeräuschpegel und den voraussichtlich vom Betrieb des Mitbeteiligten ausgehenden Immissionen selbst dann nicht zu einer Unzulässigkeit des Bauvorhabens führe, wenn der gemessenen Grundgeräuschpegel von dem auf Grund von Vergleichsmessungen errechneten Lärmpegel der Immissionen um mehr als 10 dB abweiche, weil eben in einem städtischen Wohngebiet eine gewisse Lärmbelastigung hingenommen werden müsse. Dies auch dann, wenn im Hinblick auf die konkret gegebenen Verhältnisse der derzeit gegebene Grundgeräuschpegel wesentlich unter jenem Maß liege, welches in der Widmungskategorie "Wohngebiet" im städtischen Raum hingenommen werden müsse. Es sei daher durchaus kein Widerspruch zum Gutachten des medizinischen Amtssachverständigen anlässlich der Verhandlung vom 6. November 1985 gegeben, in dem der Gutachter die hier in Betracht kommende ÖAL-Richtlinie Nr. 3 vom medizinischen Standpunkt aus gesehen als den gegenwärtigen Stand der Wissenschaft beurteilt habe. Gerade im Hinblick auf die Einwendungen der beschwerdeführenden Nachbarn habe er sein Projekt dahin gehend modifiziert und reduziert, daß nach der zuletzt genehmigten Ausgestaltung des Projektes keine nach § 6 Abs. 6 der Bauordnung für Wien unzulässigen Immissionen zu erwarten seien, mit anderen Worten sichergestellt werde, daß das Bauvorhaben geeignet sei, keine Gefahren oder den Wohnzweck beeinträchtigende Belästigungen für die Nachbarschaft herbeizuführen. Durch dieses Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes werde der Zu- und Abgang von Gästen auch für die Zeit von 22.00 bis 02.00 Uhr miteingeschlossen. Mit seiner Eingabe vom 21. Dezember 1989 habe der Erstbeschwerdeführer zusammenfassend auf die geänderten örtlichen Verhältnisse hingewiesen, mit dem Ersuchen, alle aufgezeigten Kriterien im zu erlassenden Bescheid, allenfalls durch Vornahme eines Lokalausweises, neu festzustellen und im Bescheid zu berücksichtigen. Die belangte Behörde gehe auf alle diese Anträge und Mitteilungen nicht ein, sondern stelle im angefochtenen Bescheid nur fest, daß eine "weitere Ergänzung des Ermittlungsverfahrens auf Grund des zuletzt ergangenen Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 27.6.1989 nicht erforderlich" sei. Hätte die belangte Behörde das Ermittlungsverfahren auf Grund des aufgezeigten geänderten Sachverhaltes ergänzt, wäre sie zu einem anderen Bescheid gekommen. Tatsache sei, daß der angefochtene Bescheid von falschen Bindungsvoraussetzungen ausgehe. Auch nehme er nicht zur Kenntnis, daß der Erstbeschwerdeführer im Bauverfahren über das Ansuchen zur Errichtung eines "Restaurants gehobener Qualität" angesucht habe, wo die Annahme, daß Gäste "singend" und "johlend" dieses nach 22.00 Uhr bis 24.00 Uhr verlassen würden, nicht üblich sei, sodaß ein Lärmpegel von 70 dB(A) überhaupt nicht entstehen könne und bei der Sperrstundenbeschränkung außer Ansatz zu bleiben habe. Auch auf die Änderung der örtlichen Verhältnisse sei die belangte Behörde nicht eingegangen. So habe C neben dem Grundstück, auf welchem das "Restaurant" errichtet werden solle, seit Jahren einen Buschenschankbetrieb über 10 Monate im Jahr geöffnet, und zwar mit Sperrstunde 24.00 Uhr. Die Gäste müßten einen ca. 100 m langen Weg im Freien bis zur Straße durchschreiten. Er selbst habe seinen Buschenschankbetrieb nicht am gleichen Grundstück, sondern über einer Straße (P-Gasse) - dies sei wegen der Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes in seiner Entscheidung vom 10. April 1984, Zl. 83/04/0295, im Hinblick auf § 11 Abs. 3 und § 4 Abs. 1 des Wiener Buschenschankgesetzes erwähnt - in einem Abstand von ca. 150 m bis 175 m von der Straße entfernt, während 10 Monaten im Jahr bis 24.00 Uhr geöffnet. Die Gäste müßten beim Verlassen des Buschenschanks ebenfalls über den neben dem zu errichtenden "Restaurant" befindlichen Weg vorbeigehen, um zur Straße zu gelangen. Ein "Singen" und "Johlen" könne nicht einmal den Heurigenbesuchern beim Verlassen des "Heurigen" angelastet werden.

Lärmbelästigungen dieser Art würden üblicher Weise über die Polizei dem zuständigen Magistrat gemeldet. Eine Auskunftseinholung bei dieser Behörde hätte ergeben, daß nicht einmal im Buschenschank des

Erstbeschwerdeführers "Singen" und "Johlen" üblich sei. Zusammenfassend könne gesagt werden, daß bei Außerachtlassen des Schallpegels von 70 dB(A) der bei "Singen" und "Johlen" entstehe, die aufgezeigten Überschreitungen des Grundgeräuschpegels entstünden. Bei A würde der Grundgeräuschpegel lediglich um 7 dB(A), bei V um 22-20 dB(A) überschritten. Dies gelte für weggehende Gäste, die sich lautstark unterhielten. Nun werde man annehmen können, daß diese Spitzen kurzzeitig (der Zugang werde in 15 bis 20 Sekunden durchschritten) und in längeren Pausen entstünden und im Umgebungsgeräuschpegel untergingen, sodaß eine Gefährdung der Gesundheit oder eine Belästigung des Anrainers V auch bei Offenhalten des Restaurants nach 22.00 bis 24.00 Uhr nicht angenommen werden könne. Im Bescheid werde auf die Wirtschaftlichkeit eines Restaurants, das um 22.00 Uhr schließen müsse, nicht Bedacht genommen. Wenn man die von der Behörde verfügten 88 Auflagen, darunter die Pflanzung einer dichten Baumallee in 5 bis 7 m Höhe betrachte, komme man zwangsläufig zur Annahme, daß der Bau dieses Restaurants mit 22.00 Uhr Sperrstunde aus wirtschaftlichen Gründen unterbleiben müsse. Die Verfügung einer Sperrstunde von 22.00 Uhr für ein "Restaurant gehobener Qualität" komme einer Versagung der Betriebsanlagengenehmigung gleich. Gäste, die ein solches Restaurant aufsuchten, kämen gewöhnlich gegen 20.00 Uhr; sie hätten nicht einmal den Nachtisch konsumiert und müßten das Lokal bereits um 22.00 Uhr schon wieder verlassen. Eine gewerbliche Förderung von Jungunternehmern sei in diesen behördlichen Maßnahmen nicht zu erblicken. Die verhängte Probezeit von einem Jahr sei zu lange, da man als Unternehmer über einen längeren Zeitraum vorplanen müsse. Von der Behörde erster Instanz sei eine Probezeit von vier Wochen vorgesehen gewesen. Dem Argument der belangten Behörde, daß der Umgebungsgeräuschpegel in der kälteren Jahreszeit absinken könnte, könne entgegengehalten werden, daß bei dann geschlossen gehaltenen Fenstern der Lärm nur gedämpft ins Rauminnere dringe. Der Erstbeschwerdeführer würde einen Probetrieb von drei Monaten für ausreichend erachten. Da ein Probetrieb vorgesehen sei, sollte von dem äußersten Zeitpunkt, der vom Antragsteller für die Sperre des Betriebes vorgesehen sei, ausgegangen werden, der bei beobachteten unzulässigen Lärmimmissionen vorverlegt werden könnte. Die Festsetzung der Sperrstunde mit 22.00 Uhr mit dem Hinweis, daß die endgültige Sperrstunde nach Ablauf der Probezeit festgesetzt würde, könne doch nur bedeuten, daß die Sperrstunde über 22.00 Uhr hinaus mit denselben Mutmaßungen, die bisher vorgebracht worden seien, von der belangten Behörde bekämpft würde. Daß Gäste das Restaurant "singend und johlend" verlassen könnten, sei in der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 10. April 1984, Zl. 83/04/0295, erstmals aufgegriffen worden, in dem ein "Heurigenrestaurant" in seinen Immissionen mit einer "Diskothek" verglichen werde. Der belangten Behörde sei auf Grund seiner Mitteilungen vom 16. September 1986 bzw. 26. Februar 1987 bekannt gewesen, daß der Erstbeschwerdeführer ein "Restaurant" zu errichten beabsichtige. Im gegenständlichen Bauverfahren habe er sich auf die Errichtung eines "Restaurants gehobener Qualität" festgelegt, sodaß auch die Voraussetzungen für eine Betriebsanlagengenehmigung davon ausgehen müßten, daß nach den Erfahrungen des täglichen Lebens nicht einmal bei einem Teil der Gäste ein "Singen" und "Johlen" bei Verlassen des Restaurants zu erwarten sei. Im übrigen sei durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 17. Mai 1988, Zl. 87/05/0206, worin über die Zulässigkeit der Errichtung des Restaurants gemäß § 6 Abs. 6 der Bauordnung für Wien entschieden worden sei, sowohl über die Immissionen durch Körperschall zum Haus V, durch Geruchsbelästigung, als auch über Immissionen durch zu- und abgehende Gäste (Schrittgeräusche und Unterhaltung beim Weggehen) in der Zeit von 22.00 bis 02.00 Uhr rechtskräftig abgesprochen worden. Zusammenfassend könne festgestellt werden, daß im gegenständlichen Betriebsanlagenverfahren keine anderen Voraussetzungen gegeben seien. Bei Wegfall der durch nichts begründeten Annahme, daß Gäste "singend" und "johlend" ein "Restaurant gehobener Qualität" verlassen könnten, welches Verhalten einen Störpegel von 70 dB(A) verursachen würde, sei weder mit einer Gefährdung noch Belästigung eines gesunden, normal empfindenden Kindes bzw. gesunden, normal empfindenden Erwachsenen unter Berücksichtigung der durch die Betriebsanlage verursachten Änderungen der örtlichen Verhältnisse im Sinne der "GewO 1988" durch den Betrieb des Restaurants bis 24.00 Uhr zu rechnen.

Die Zweit- und Drittbeschwerdeführer erachten sich in ihrem "im § 4 Abs. 2 (gemeint offenbar: § 74 Abs. 2) in Verbindung mit § 77 GewO normierten Schutzrecht, wonach die Genehmigung einer gewerblichen Betriebsanlage nur dann erfolgen darf, wenn die Voraussetzungen des § 77 Abs. 1 GewO erfüllt sind", verletzt. In Ausführung dieses Beschwerdepunktes wird geltend gemacht, im Kern ihrer Argumentation meine die belangte Behörde im Ergebnis, daß die bisherigen Gutachten der Amtssachverständigen (die alle vor der Änderung der Rechtslage durch die Gewerberechtsnovelle 1988 abgegeben worden seien) für eine rechtlich richtige Beurteilung des Sachverhaltes im Lichte der neuen Rechtslage ausreichen würden. Mit der erwähnten Novelle sei zwar im § 77 Abs. 2 GewO 1973 das

Erfordernis der Berücksichtigung der Widmungsvorschriften fallengelassen worden, dafür das neue Erfordernis der Prüfung der Auswirkungen der von der Betriebsanlage ausgehenden Emissionen auf ein gesundes, normal empfindendes Kind eingeführt worden. Die belangte Behörde führe nun aus, daß aus "zahlreichen anderen Verfahren bekannt" sei und es auch der "allgemeinen Lebenserfahrung" entspreche, daß Kinder grundsätzlich nicht empfindlicher auf Lärmimmissionen reagierten als Erwachsene. Sollte bei Kindern auch vor 22.00 Uhr ein Schlafbedürfnis gegeben sein, wäre ihnen ein Ein- bzw. Durchschlafen auch bei höheren Lärmpegeln möglich als Erwachsenen. In dieser Argumentation liege zunächst keine dem Gesetz entsprechende, von den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens ausgehende, auf die Tatbestandsmerkmale des § 77 Abs. 2 GewO 1973 bezogene behördliche Sachverhaltsfeststellung und eine damit verknüpfte, auf den Maßstab dieser Bestimmung ausgerichtete Beurteilung der Rechtsfrage. Eine solche Beurteilung wäre der Behörde auch nicht möglich gewesen, da sie, von ihrer unrichtigen Rechtsansicht ausgehend, es unterlassen habe, das Ermittlungsverfahren im Hinblick auf das neue Tatbestandsmerkmal der Auswirkung der Immissionen auf ein gesundes, normal empfindendes Kind durch Einholung entsprechender Sachverständigengutachten zu ergänzen. Die Zweit- und Drittbeschwerdeführer hätten jedenfalls an einer allgemeinen Lebenserfahrung, wonach Kinder weniger lärmempfindlich sein sollten als Erwachsene, dies überdies im Schlaf, nicht Anteil.

Im Hinblick auf den Zeitpunkt der Bescheiderlassung sind im vorliegenden Fall die hier relevanten Bestimmungen der Gewerbeordnung 1973 in der Fassung der Gewerberechtsnovelle 1988, BGBl. Nr. 399, anzuwenden.

Gemäß § 74 Abs. 2 leg. cit. dürfen gewerbliche Betriebsanlagen nur mit Genehmigung der Behörde (§§ 333, 334, 335) errichtet oder betrieben werden, wenn sie wegen der Verwendung von Maschinen und Geräten, wegen ihrer Betriebsweise, wegen ihrer Ausstattung oder sonst geeignet sind, die in den Z. 1 bis 5 angeführten Gefährdungen, Belästigungen, Beeinträchtigungen oder sonstigen nachteiligen Einwirkungen herbeizuführen.

Nach § 77 Abs. 1 leg. cit. ist die Betriebsanlage zu genehmigen, wenn nach dem Stand der Technik (§ 71a) und dem Stand der medizinischen und der sonst in Betracht kommenden Wissenschaften zu erwarten ist, daß überhaupt oder bei Einhaltung der erforderlichenfalls vorzuschreibenden bestimmten geeigneten Auflagen die nach den Umständen des Einzelfalles voraussehbaren Gefährdungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z. 1 vermieden und Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z. 2 bis 5 auf ein zumutbares Maß beschränkt werden. Die Betriebsanlage darf nicht für einen Standort genehmigt werden, in dem das Errichten oder Betreiben der Betriebsanlage zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Genehmigungsantrag durch Rechtsvorschriften verboten ist.

Ob Belästigungen der Nachbarn im Sinne des § 74 Abs. 2 Z. 2 GewO 1973 zumutbar sind, ist zufolge § 77 Abs. 2 leg. cit. 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.

Soweit zunächst der Erstbeschwerdeführer eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides unter dem Gesichtspunkt einer Aktenwidrigkeit im Grunde des § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. a VwGG aufzuzeigen sucht, ist darauf hinzuweisen, daß ein Verstoß gegen die Wahrheitsfindung infolge Aktenwidrigkeit nur dann vorliegt, wenn sich die Behörde bei der Sammlung der Unterlagen für ihre Entscheidung mit dem Akteninhalt hinsichtlich der dort festgehaltenen Tatsachen in Widerspruch gesetzt hat, nicht aber, wenn die Behörde aus dem Inhalt der Akten vermeintlich unrichtige Schlüsse gezogen hat (vgl. u.a. das hg. Erkenntnis vom 26. Juni 1985, Zl. 85/09/0002). Inwiefern eine Aktenwidrigkeit im vordargestellten Sinn vorliegen soll, vermag der Verwaltungsgerichtshof aus dem dahin gehend nicht konkretisierten Beschwerdevorbringen nicht abzuleiten.

Aber auch die vom Erstbeschwerdeführer vornehmlich dargelegte Beschwerderüge, die belangte Behörde hätte nicht davon ausgehen dürfen, daß das hier in Frage stehende "Restaurant gehobener Qualität" von den Gästen "singend und johlend" verlassen würde, wobei aus diesem Verhalten ein Störgeräuschpegel von 70 bis 75 dB(A) und weiters die Beschränkung der Sperrstunde resultiere, vermag die Beschwerde nicht zum Erfolg zu führen. Im Vorerkenntnis vom 27. Juni 1989 hat der Verwaltungsgerichtshof den behördlichen Standpunkt nicht als rechtswidrig erkannt, daß ein Offenhalten des in Rede stehenden Gastgewerbebetriebes nach 22.00 Uhr bei den Nachbarn eine Gesundheitsschädigung hervorrufen könne. Dabei hat der Verwaltungsgerichtshof insofern keinen Verfahrensmangel



festgestellt, als sich die Behörde bei ihrem Abspruch auf das Gutachten eines gewerbetechischen Amtssachverständigen gestützt habe, wonach näher bezeichnete Lärmimmissionen von Gästen beim Verlassen der Betriebsanlage durch "Singen und Johlen" verursacht würden.

Hat der Verwaltungsgerichtshof einen Bescheid zur Gänze aufgehoben, so ist an sich der Behörde die gesamte Entscheidungsaufgabe neu gestellt. Hat der Verwaltungsgerichtshof dabei in einzelnen Belangen keinen Verfahrensmangel festgestellt und den behördlichen Standpunkt bestätigt, dann ist die Behörde ohne rechtserhebliche Änderung der Rechts- und (oder) Sachlage nicht verpflichtet, von sich aus im fortgesetzten Verfahren neue Ermittlungen in diesen Belangen durchzuführen. Legt auch der Beschwerdeführer keine neuen Beweismittel vor, die zu einer Änderung der Sachverhaltsannahme führen oder ergänzende Ermittlungen notwendig machen könnten, dann kann die Behörde bezüglich dieser Belange in ihrem Ersatzbescheid den vom Verwaltungsgerichtshof bestätigten Standpunkt übernehmen, ohne gegen das Gesetz zu verstoßen (vgl. u.a. das hg. Erkenntnis vom 2. Juli 1976, Zl. 1677/75). Schon aus diesem Grund vermag aus den - bereits vor Erlassung des mit hg. Erkenntnis vom 27. Juni 1989 aufgehobenen (im zweiten Rechtsgang erlassenen) Bescheides des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie vom 26. März 1987 vorgelegenen - in der nunmehrigen Beschwerde des Erstbeschwerdeführers herangezogenen Schriftsätzen vom 16. September 1986 und vom 26. Februar 1987 eine Verpflichtung der belangten Behörde nicht abgeleitet zu werden, im fortgesetzten Verfahren in diesen Belangen neue Ermittlungen durchzuführen.

Einen entscheidungswesentlichen Verfahrensmangel dahin, das Ermittlungsverfahren nicht ergänzt zu haben, vermag aber auch der Beschwerdehinweis auf den Schriftsatz des Erstbeschwerdeführers vom 21. Dezember 1989 nicht aufzuzeigen. In der Beschwerde wird dazu die Ansicht vertreten, es sei darin auf geänderte örtliche Verhältnisse hingewiesen worden. Die Behörde ging im zweiten Rechtsgang (wie bereits ausgeführt) von einer möglichen Gesundheitsschädigung der Nachbarn bei einem Offenhalten des in Rede stehenden Gastgewerbebetriebes nach 22.00 Uhr aus (zur Beurteilung eines Sachverhaltes einerseits im Hinblick auf eine Gefährdung der Gesundheit der Nachbarn und andererseits im Hinblick auf die Zumutbarkeit der Belästigungen der Nachbarn vgl. u.a. das hg. Erkenntnis vom 31. März 1992, Zl. 91/04/0306, und die dort zitierte Vorjudikatur). Dem auf "Änderung der örtlichen Verhältnisse" gerichteten Beschwerdevorbringen ist daher (zunächst) entgegenzuhalten, daß sich der in § 77 Abs. 2 GewO 1973 normierte Beurteilungsmaßstab der tatsächlichen "örtlichen Verhältnisse" nur auf die Frage der ZUMUTBARKEIT von Belästigungen der Nachbarn bezieht (vgl. u. a. das hg. Erkenntnis vom 25. September 1981,

Zlen. 04/2787/79, 04/2789/79). Aber selbst unter dem Gesichtspunkt, daß mit der "Änderung der örtlichen Verhältnisse" die (sachverhaltsbezogenen) Voraussetzungen - in Ansehung von Einwirkungen der zu erwartenden unvermeidlichen Immissionen auf den menschlichen Organismus und zwar als eine für eine Gesundheitsgefährdung kausale Zusatzbelastung zur bisherigen örtlichen Situation (die Gesundheitsgefährdung ergibt sich gerade aus dieser ZUSATZbelastung) - für die Beurteilung einer Gefährdung der Gesundheit der Nachbarn in Frage gestellt werden sollten, vermag damit eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht aufgezeigt zu werden. Für den Begriff der "Gesundheitsschädigung" ist kein maßgebliches Kriterium, daß es sich um eine "dauernde" Gesundheitsschädigung handelt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 13. September 1988, Zl. 88/04/0075). Auch bei einer nur für Teile der in Betracht zu ziehenden Zeiträume nicht auszuschließenden Gesundheitsgefährdung kann eine Gefährdung im Sinne des § 74 Abs. 2 Z. 1 GewO 1973 vorliegen. In der Beschwerde wird nun aber hinsichtlich der "Änderung der örtlichen Verhältnisse" gar nicht behauptet, daß die (nach Ansicht des Erstbeschwerdeführers die örtlichen Verhältnisse ändernden) Buschenschankbetriebe über den ganzen zu beurteilenden Zeitraum geöffnet hätten (in der Beschwerde wird sowohl hinsichtlich des Buschenschankbetriebes des Erstbeschwerdeführers als auch jenes der C auf eine im Ausmaß von 10 Monaten im Jahr - von diesem Zeitraum war in bezug auf die Letztgenannte in besagtem Schriftsatz nicht die Rede, was somit insofern eine im Beschwerdeverfahren unbeachtliche Neuerung darstellt - gegebene Öffnungszeit bis 24.00 Uhr hingewiesen). Vor dem Hintergrund, daß schon behauptungsmäßig mit diesem Vorbringen - losgelöst von der Frage der Relevanz - die (sachverhaltsbezogenen) Voraussetzungen für die Beurteilung einer Gesundheitsgefährdung - jedenfalls für Teile der in Betracht zu ziehenden Zeiträume - nicht in Frage gestellt werden, vermag mit dem diesbezüglichen Beschwerdevorbringen ein entscheidungswesentlicher Verfahrensmangel nicht aufgezeigt zu werden. Im Beschwerdevorbringen findet sich aber auch kein Anhaltspunkt dafür, daß etwa eine (differenzierende) Betriebszeitenbeschränkung nur hinsichtlich bestimmter Monate erforderlich gewesen wäre.

Rechtlich verfehlt sind aber auch die Beschwerdeausführungen, die sich auf das durchgeführte Bauverfahren sowie

auf die Entscheidungsgründe des hg. Erkenntnisses vom 17. Mai 1988, Zl. 87/05/0206, beziehen. Der Erstbeschwerdeführer geht selbst davon aus, daß damit (lediglich) ausgesprochen wurde, es käme zu keiner das Widmungsmaß überschreitenden Lärmbelästigung. Einem derartigen im Zusammenhang mit der Grundstückswidmung erstatteten Vorbringen käme allenfalls (nur) insofern rechtliche Relevanz zu, als damit der bestehenden Flächenwidmung tatbestandsmäßige Bedeutung als "Rechtsvorschrift" im Rahmen der der Behörde obliegenden Prüfung im Sinne des § 77 Abs. 1 zweiter Satz GewO 1973 zukäme, wonach die Betriebsanlage nicht für Standorte genehmigt werden darf, in denen das Errichten oder Betreiben der Betriebsanlage zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Genehmigungsantrag durch Rechtsvorschriften verboten ist. Eine weitere rechtliche Bedeutung kommt Widmungsvorschriften insbesondere nicht bei der Beurteilung eines Sachverhaltes daraufhin zu, ob eine Gesundheitsgefährdung vermieden wird, und auch nicht - unter Bedachtnahme auf die Neufassung des § 77 Abs. 2 GewO 1973 durch die Gewerberechtsnovelle 1988 -, ob Belästigungen auf ein zumutbares Maß beschränkt werden. Im übrigen ist in dem zuletzt erwähnten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes auf die unterschiedliche Beurteilungsweise im baubehördlichen und gewerbebehördlichen Verfahren hingewiesen worden.

Der Erstbeschwerdeführer vermag aber auch mit den in der Beschwerde angestellten wirtschaftlichen Überlegungen mangels einer gesetzlichen Grundlage bei der Anwendung der zitierten Bestimmung des § 77 Abs. 1 GewO 1973 keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides darzutun (vgl. dazu etwa auch das hg. Erkenntnis vom 14. November 1989, 89/04/0088). Daß aber der Schutz der im § 74 Abs. 2 GewO 1973 normierten Nachbarinteressen durch andere (von mehreren möglichen) Maßnahmen in einer für den Erstbeschwerdeführer weniger belastenden Weise hätte erfolgen können, wird auch in der Beschwerde nicht vorgebracht.

Ausgehend davon, daß eine Betriebsanlage durch Auflagen nur so weit modifiziert werden kann, daß sie ihrem "Wesen" nach unberührt bleibt (vgl. u.a. das hg. Erkenntnis vom 19. Juni 1990, Zl. 89/04/0256), kann die (für die Dauer des Probetriebes) vorgeschriebene Betriebszeitenbeschränkung entgegen der vom Erstbeschwerdeführer (hilfsweise) zum Ausdruck gebrachten Meinung auch nicht als eine solche angesehen werden, die das Vorhaben - in Ansehung des Genehmigungsantrages - derart modifiziere, daß dieses in seinem "Wesen" berührt würde. In diesem Zusammenhang ist aber auch anzumerken, daß dann, wenn die Genehmigungsfähigkeit einer Anlage (Anlagenänderung) durch andere (das Vorhaben in seinem "Wesen" unberührt lassende) Auflagen nicht erzielt werden kann, die Genehmigung versagt werden muß. Bedenken gegen die behördliche Annahme, die in Frage stehende Auflage stelle die einzige die Genehmigungsfähigkeit der Anlage herstellende Schutzmaßnahme dar, sind nach dem Ergebnis der verwaltungsgerichtlichen Prüfung aber nicht entstanden.

Wenn aber der Erstbeschwerdeführer unter dem Gesichtspunkt der Dauer des vorgeschriebenen Probetriebes die Erforderlichkeit der in Frage stehenden Betriebszeitenbeschränkung in Frage stellt, so kann im Zuge der nachprüfenden Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht darin erblickt werden, daß nach den diesbezüglichen Begründungsdarlegungen im angefochtenen Bescheid die belangte Behörde davon ausging, der Beobachtungszeitraum (des Probetriebes) habe "im vorliegenden Fall sowohl die wärmere als auch die kältere Jahreszeit zu umfassen, da sich nach den bisherigen Ermittlungsergebnissen diesbezüglich unter Umständen beträchtliche Schwankungen des Umgebungsgeräuschpegels jahreszeitlich bedingt ergeben, insbesondere bei Betrieb oder Nichtbetrieb des Buschenschanks auf der gleichen Liegenschaft". Daran vermag auch der Beschwerdehinweis nichts zu ändern, bei in der kälteren Jahreszeit geschlossen gehaltenen Fenstern dringe der Lärm nur gedämpft ins Rauminnere. Dies schon deshalb, weil es dem Nachbarn unbenommen bleiben muß, z.B. seine Fenster zu öffnen oder zu schließen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 8. Mai 1981, Zl. 04/1129/80).

Die Beschwerde des Erstbeschwerdeführers erweist sich somit zur Gänze als unbegründet.

Die Zweit- und Drittbeschwerdeführer wenden sich in ihrer Beschwerde dagegen, daß es die belangte Behörde unterlassen habe, das Ermittlungsverfahren im Hinblick auf das neue Tatbestandsmerkmal der Auswirkung der Immissionen auf ein gesundes, normal empfindendes Kind durch Einholung entsprechender Sachverständigengutachten zu ergänzen.

Hinsichtlich der Zumutbarkeit der vom gegenständlichen Betrieb zu erwartenden Lärmimmissionen vor 22.00 Uhr für ein gesundes, normal empfindendes Kind wird in den Begründungsdarlegungen des angefochtenen Bescheides ausgeführt, aus zahlreichen anderen Verfahren sei bekannt, und es entspreche dies auch der allgemeinen

Lebenserfahrung, daß Kinder grundsätzlich nicht empfindlicher auf Lärmimmissionen reagierten als Erwachsene; sollte bei Kindern auch vor 22.00 Uhr ein Schlafbedürfnis gegeben sein, sei ihnen ein Ein- bzw. Durchschlafen auch bei höheren Lärmpegeln möglich als Erwachsenen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof etwa im hg. Erkenntnis vom 5. November 1991, Zlen.89/04/0273, 90/04/0003 bis 0010, dargelegt hat, ist bei der im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zu lösenden Frage der Zumutbarkeit von Belästigungen zufolge § 77 Abs. 2 GewO 1973 als Maßstab sowohl auf ein gesundes, normal empfindendes Kind als auch auf einen gesunden, normal empfindenden Erwachsenen abzustellen. Die belangte Behörde traf in der Begründung des angefochtenen Bescheides diese Differenzierung lediglich derart, daß sie - ganz allgemein - auf "zahlreiche andere Verfahren" und auf eine allgemeine Lebenserfahrung verwies, wonach Kinder grundsätzlich nicht empfindlicher auf Lärmimmissionen reagierten als Erwachsene. Die belangte Behörde unterließ es derart, was von den Zweit- und Drittbeschwerdeführern im Ergebnis zutreffend gerügt wird, die für ihren rechtlichen Schluß erforderlichen Klarstellungen zu treffen, wobei von einer dem Stand der medizinischen Wissenschaften entsprechenden, objektiven Gegebenheiten Rechnung tragenden Durchschnittsbetrachtung (vgl. das hg. Erkenntnis vom 31. März 1992, Zl. 91/04/0306) auszugehen gewesen wäre. Daß die im Sachverhaltsbereich zu treffenden - im obigen Sinne differenzierenden - Darlegungen, welche Einwirkungen die zu erwartenden unvermeidlichen Immissionen nach Art und Dauer auf den menschlichen Organismus entsprechend der in diesem Zusammenhang im § 77 Abs. 2 GewO 1973 enthaltenen Tatbestandsmerkmale auszuüben vermögen (vgl. nochmals das zitierte hg. Erkenntnis vom 31. März 1992), im Hinblick auf eine diesbezügliche "allgemeine Lebenserfahrung" entbehrlich wäre, vermag der Verwaltungsgerichtshof nicht zu erkennen.

Ermittlungsverfahren und konkrete Feststellungen sind nämlich nur hinsichtlich solcher Tatsachen entbehrlich, die ganz allgemein und daher auch für den zur Rechtskontrolle berufenen Verwaltungsgerichtshof offenkundig sind (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 11. Juni 1992, Zl. 92/06/0060).

Offenkundig im Sinne des § 45 Abs. 1 AVG ist eine Tatsache dann, wenn sie entweder allgemein bekannt (notorisch) oder der Behörde im Zuge ihrer Amtstätigkeit bekannt und dadurch "bei der Behörde notorisch" ("amtsbekannt") geworden ist (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 23. Jänner 1986, Zl. 85/02/0210). "Allgemein bekannt" sind Tatsachen, die aus der alltäglichen Erfahrung eines Durchschnittsmenschen - ohne besondere Fachkenntnisse - hergeleitet werden können (vgl. nochmals das vorzitierte hg. Erkenntnis vom 23. Jänner 1986). Die Ermittlung der Auswirkungen von Lärmimmissionen auf den menschlichen Organismus, die zweifelsfrei der Untersuchung mit den Methoden der (medizinischen) Naturwissenschaft und damit auch der (naturwissenschaftlichen) Falsifikation bestimmter Annahmen zugänglich ist, kann jedoch - zumindest bei der hier zu treffenden Differenzierung - nicht im Bereiche der Empirie mit einem solchen allgemeinen Erfahrungssatz gelöst werden.

Soweit sich aber die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid - als (offenbar) "bei der Behörde notorisch" - auf "zahlreiche andere Verfahren" bezieht, so ist darauf zu verweisen, daß sich die Begründungspflicht nicht nur auf Erwägungen erstreckt, die aus Tatsachen gezogen werden, die im Ermittlungsverfahren mit Zuziehung der Parteien festgestellt worden sind, sondern auch auf Schlüsse aus Tatsachen, die zwar der Behörde offenkundig sind, von denen aber nicht von vornherein angenommen werden kann, daß sie auch den Parteien offenkundig sein müssen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Februar 1973, Zl. 1256/72). Weiters ist festzuhalten, daß nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes den Parteien auch zum Vorliegen offenkundiger Tatsachen Parteiengehör zu gewähren ist (vgl. nochmals das zitierte hg. Erkenntnis vom 23. Jänner 1986 und die dort genannte Vorjudikatur) und die belangte Behörde dies nicht getan hat. Derart wurden die Zweit- und Drittbeschwerdeführer über die von der Behörde getroffenen Erwägungen nicht ausreichend unterrichtet und an der Überprüfung des angefochtenen Bescheides auf die Rechtmäßigkeit des Inhaltes gehindert. In einem solchen Fall kann aber auch nicht zum Tragen kommen, daß es nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes Sache des Beschwerdeführers ist, in der Beschwerde die Wesentlichkeit eines Verfahrensmangels durch konkretes tatsächliches Vorbringen darzutun, zu welchem anderen Ergebnis die Behörde bei Einhaltung der Verfahrensbestimmungen hätte kommen können.

Aus den dargestellten Erwägungen war die Beschwerde des Erstbeschwerdeführers im Rahmen des geltend gemachten Beschwerdepunktes gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Auf Grund der Beschwerde der Zweit- und Drittbeschwerdeführer war der angefochtene Bescheid jedoch gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. Hierbei konnte von der von den Zweit- und Drittbeschwerdeführern beantragten Verhandlung gemäß § 39 Abs. 2 Z. 3 VwGG abgesehen werden.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG im Zusammenhalt mit der Verordnung BGBl. Nr. 104/1991, insbesondere auf deren Art. III Abs. 2. Die Abweisung des Mehrbegehrens betrifft nicht erforderlichen Stempelgebührenaufwand.

### **Schlagworte**

Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Verfahrensmangel Definition von Begriffen mit allgemeiner Bedeutung VwRallg7  
Allgemein bekannt Verwaltungsrecht allgemein Rechtsquellen VwRallg1 Verfahrensbestimmungen  
Allgemein Begründungspflicht und Verfahren vor dem VwGH Begründungsmangel als wesentlicher  
Verfahrensmangel Parteiengehör offenkundige notorische Tatsachen Rechtsgrundsätze Auflagen und Bedingungen  
VwRallg6/4 Begründungspflicht Manuduktionspflicht Mitwirkungspflicht Definition von Begriffen mit allgemeiner  
Bedeutung VwRallg7 amtsbekannt

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

ECLI:AT:VWGH:1993:1990040265.X00

### **Im RIS seit**

11.07.2001

### **Zuletzt aktualisiert am**

08.04.2013

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

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