

# TE Vwgh Beschluss 1993/2/25 92/04/0274

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.02.1993

## Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

GewO 1973 §356 Abs3;  
GewO 1973 §74 Abs2;  
VwGG §34 Abs1;  
VwGG §41 Abs1;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Salcher und die Hofräte Dr. Griesmacher und Dr. Weiss als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Cerne, in der Beschwerdesache der KS in N, vertreten durch Dr. D, Rechtsanwalt in X, gegen den Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 23. September 1992, Zl. 314.162/2-III/3/92, betreffend ein gewerbebehördliches Betriebsanlagengenehmigungsverfahren, den Beschluß gefaßt:

## Spruch

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## Begründung

Auf Grund des Beschwerdevorbringens im Zusammenhang mit dem Inhalt der vorgelegten Bescheidkopie wurde mit Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 23. September 1992 "über die Berufungen 1) des NU, 2) der KS und des JS", beide rechtsanwaltlich vertreten, gemäß § 66 Abs. 4 AVG 1950 wie folgt abgesprochen:

"I. Die Berufung des RU wird im Grunde des § 359 Abs. 5 GewO 1973 als unzulässig zurückgewiesen.

II. Der angefochtene und der diesem zugrundeliegende Bescheid der Bezirkshauptmannschaft S vom 15.6.1988, Zl. 2-0323/17/87, werden im Grunde des § 376 Abs. 2 Ziffer 11 GewO 1973 behoben.

Das Ansuchen des NU vom 24.2.1988 um Genehmigung einer gastgewerblichen Betriebsanlage im Standort S, N 4, in der Betriebsart eines Espressos, wird im gleichen Grunde zurückgewiesen."

Zur Begründung wurde ausgeführt, mit Bescheid vom 15. Juni 1988 habe die Bezirkshauptmannschaft S dem NU die Errichtung und den Betrieb einer gastgewerblichen Betriebsanlage im Standort S, N 4 (Parzelle Nr. 283/10 der KG O), nach Maßgabe einer Betriebsbeschreibung sowie unter Vorschreibung mehrerer Auflagen genehmigt. Mit Auflagepunkt 5. sei dabei das Ende der täglichen Betriebszeit mit 24.00 Uhr festgelegt worden. Auf Grund dagegen

erhobener Berufungen mehrerer Nachbarn habe der Landeshauptmann von Kärnten mit seinem Bescheid vom 26. November 1990 den bezeichneten Auflagepunkt insofern abgeändert, als nunmehr das tägliche Ende der Betriebszeit mit 22.00 Uhr festgesetzt worden sei. Gegen diesen Bescheid hätten der Konsenswerber, dessen Sohn RU sowie u.a. die Beschwerdeführerin berufen. Zum Spruchteil I: RU habe unterm 13. Dezember 1990 gegenüber dem Landeshauptmann von Kärnten erklärt, als nunmehriger Konsenswerber anstelle des bisherigen Konsenswerbers NU in das Verfahren einzutreten, und habe auch in dieser Eigenschaft des Konsenswerbers Berufung an den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten erhoben. Mit Erklärung vom 20. September 1991 habe RU jedoch folgendes angegeben: "Im gegenständlichen Verwaltungsverfahren bleibt weiterhin mein Vater, Herr NU, der Konsenswerber und erkläre ich somit nicht in das Verfahren einzutreten." Dieser Erklärung korrespondiere eine Erklärung des NU, ebenfalls vom 20. September 1991, in welcher dieser angebe: "In diesem Verwaltungsverfahren bin ich weiterhin der Konsenswerber und mögen die weiteren Zustellungen zu meinen Händen erfolgen."

Gemäß § 359 Abs. 4 GewO 1973 stehe das Recht der Berufung außer dem Genehmigungswerber den Nachbarn zu, die Parteien seien. Da RU im vorliegenden Verfahren weder die Stellung eines Nachbarn noch die eines Konsenswerbers einnehme, sei dessen dennoch erhobene Berufung spruchgemäß mangels Berufungsrechtes zurückzuweisen gewesen. Zum Spruchpunkt II: Die gegenständliche Betriebsanlage sei gewerbebehördlich bisher noch nicht genehmigt. Wie sich insbesondere aus dem von der Gewerbebehörde erster Instanz im vorliegenden Verfahren eingeholten lärmtechnischen Gutachten vom 6. November 1987, sowie dessen Würdigung in der von der Erstbehörde durchgeführten mündlichen Augenscheinsverhandlung vom 8. Februar 1988 ergebe, sei die Genehmigungspflicht der gegenständlichen Betriebsanlage im Sinne des § 74 Abs. 2 GewO 1973 in Belästigungen erblickt worden, herrührend zum einen durch den Betrieb einer Musikanlage, zum anderen durch den Betrieb eines Gastgartens, zum dritten durch den im Zusammenhang mit dem Betrieb des Parkplatzes entstehenden Lärm. Die gegenständliche Betriebsanlage sei baurechtlich mit Bescheid des Bürgermeisters der Marktgemeinde M vom 8. November 1966 genehmigt worden, und es sei ferner für die gegenständliche Anlage mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft S vom 7. Oktober 1966 eine Gastgewerbekonzession erteilt worden. Wie sich aus der Niederschrift der zum angeführten Baubescheid durchgeführten Kollaudierungsverhandlung vom 4. Juni 1968 ergebe, sei damals bereits ein Parkplatz Bestandteil der Betriebsanlage gewesen. Dies werde auch so von NU in seiner Erklärung vom 23. Jänner 1992 behauptet ("Die 4 Parkplätze, die nunmehr einen Bestandteil des Ansuchens bilden, haben bereits vor dem 1. September 1974 einen Bestandteil der Betriebsanlage gebildet"), was auch in der Stellungnahme u.a. der Beschwerdeführerin vom 3. April 1992 bestätigt werde ("Die gegenständliche Betriebsanlage wurde bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gewerbeordnung 1973 (1.8.1974) als solche im gleichen räumlichen Umfang betrieben."). Demgegenüber bildeten weder eine Musikanlage noch ein Sitzgarten im Freien einen Bestandteil des gegenständlichen Ansuchens, noch sei aus den obzitierten Bescheiden der Baubehörde oder Gewerbebehörde ersichtlich, daß diese jemals einen Bestandteil der Betriebsanlage bilden sollten. Auch die das gegenständliche Genehmigungsverfahren ausgelöst habende Beschwerde des JS vom 14. Juni 1987 bringe den Lärm der Musikanlage sowie den Lärm aus dem Sitzgarten im Freien erst mit der "Übernahme des Espresso U durch die Pächterin E (seit 1.4.1987)" in Verbindung. Bereits am 20. September 1991 habe NU erklärt, daß die gegenständliche Betriebsanlage "seit dem 16.11.1966" von ihm "bis zum 20.9.1988 in der Betriebsart eines Espressos betrieben" worden sei. Am 23. Jänner 1992 habe NU nachgetragen, daß die gegenständliche Betriebsanlage "vom 4.2.1989 bis zum 12.3.1990 von Frau A in der Betriebsart Cafe-Espresso ... betrieben" worden sei. Seit diesem Zeitpunkt werde diese Betriebsanlage infolge Fehlens einer Betriebsanlagengenehmigung nicht mehr betrieben. Auch die Beschwerdeführerin habe in ihrer Stellungnahme vom 3. April 1992 bestätigt, daß der Betrieb nach dem 1. August 1974 zwar mehrfach unterbrochen worden sei, jedoch nie für eine zusammenhängende Dauer von mindestens drei Jahren. In weiterer Folge wird im angefochtenen Bescheid ausgeführt, gemäß § 25 GewO 1859 sei die Genehmigung der Betriebsanlage bei allen Gewerben notwendig gewesen, welche mit besonderen, für den Gewerbebetrieb angelegten Feuerstätten, Dampfmaschinen, sonstigen Motoren und Wasserwerken betrieben würden, oder welche durch gesundheitsschädliche Einflüsse, durch die Sicherheit bedrohende Betriebsarten, durch üblen Geruch oder durch ungewöhnliches Geräusch die Nachbarschaft zu gefährden oder zu belästigen geeignet seien. Nach ständiger verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung zu dieser Gesetzesstelle seien - im Gegensatz zu § 74 Abs. 3 GewO 1973 - jene Geräusche, welche in der Betriebsanlage durch Kunden derselben verursacht worden seien, der Betriebsanlage nicht zuzurechnen gewesen. Wie sich aus dem dargestellten Sachverhalt ergebe, bestehe die gegenständliche Betriebsanlage in jenem Umfang, in dem nunmehr ihre Genehmigung beantragt sei, bereits seit dem Jahre 1966, jedenfalls aber vor dem 1. August 1974. Danach sei aber

Voraussetzung für die nunmehrige rechtmäßige Durchführung eines (Erst-)Genehmigungsverfahrens, daß die gegenständliche Betriebsanlage gemäß § 25 GewO 1859 einer Genehmigung bedurft hätte, da sie andernfalls als seinerzeit nicht genehmigungspflichtige Betriebsanlage gemäß § 376 Z. 11 Abs. 2 GewO 1973 als nach der nunmehr geltenden Gewerbeordnung genehmigt gälte. Das im gegenständlichen Verfahren durchgeführte Ermittlungsverfahren habe drei Immissionsursachen ergeben (Musikanlage, Sitzgarten im Freien, Parkplatz), wovon jedoch nur der Parkplatz als Bestandteil der verfahrensgegenständlichen Betriebsanlage anzusehen sei, da lediglich dieser einen Bestandteil des Ansuchens bilde und vor dem 1. August 1974 einen Bestandteil der Betriebsanlage gebildet habe. Jene Geräusche, welche vom Parkplatz einer gastgewerblichen Betriebsanlage ausgingen, stünden im allgemeinen wie im besonderen im Zusammenhang mit einem von Gästen einer solchen gastgewerblichen Betriebsanlage verursachten Lärm. Da ein solcher Lärm nach der Gewerbeordnung 1859 eine Genehmigungspflicht der Betriebsanlage nicht ausgelöst habe, andere eine solche Genehmigungspflicht auslösende Immissionsquellen aber auch im vorliegenden Ermittlungsverfahren nicht festgestellt worden seien, nehme der Bundesminister unter Berücksichtigung des außer Streit gestellten Umstandes, daß der Umfang der gegenständlichen Betriebsanlage sich nach seiner erstmaligen Inbetriebnahme bis zum heutigen Tag nicht geändert habe, als erwiesen an, daß die gegenständliche Betriebsanlage gemäß § 25 GewO 1859 einer Genehmigung nicht bedurft habe, weshalb sie nunmehr gemäß § 376 Z. 11 Abs. 2 GewO 1973 als genehmigt zu gelten habe. Eine neuerliche Durchführung eines (Erst-)Genehmigungsverfahrens für die gegenständliche Betriebsanlage entbehre daher der Rechtsgrundlage, weshalb spruchgemäß die vorinstanzlichen Bescheide zu beheben und das diesen zugrundeliegende Ansuchen des NU zurückzuweisen gewesen sei. Festgehalten werde, daß sich diese Entscheidung lediglich auf jenen Umfang der Betriebsanlage beziehe, bezüglich dessen im vorliegenden Verfahren eine Genehmigung beantragt worden sei. Dieser Bescheid beziehe sich daher weder auf eine allfällige in der Betriebsanlage aufgestellte Musikanlage noch auf einen möglicherweise tatsächlich eingerichteten Sitzgarten im Freien, bezüglich welcher daher allenfalls ein Verfahren betreffend die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage (gemäß § 81 GewO 1973) durchzuführen sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende - nach Ablehnung des vom Verfassungsgerichtshof mit Beschluß vom 9. Dezember 1992, B 1689/92, gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG dem Verwaltungsgerichtshof abgetretene - Beschwerde.

Ihrem Vorbringen in dem nach erfolgter Abtretung durch den Verfassungsgerichtshof aufgetragenen ergänzenden Beschwerdeschriftsatz zufolge erachtet sich die Beschwerdeführerin wie folgt in Rechten verletzt:

"Durch den angefochtenen Bescheid werde ich in meinem subjektiv-öffentlichen Recht als Nachbar nach der Gewerbeordnung

a)

auf Schutz meiner Gesundheit vor Auswirkungen einer nachbarlichen Betriebsanlage;

b)

auf Schutz vor Belästigungen durch eine nachbarliche Betriebsanlage, insbesondere durch Lärm und Geruch;

c)

auf Erlassung von meinem Schutz dienenden Auflagen an den nachbarlichen Betriebsinhaber, insbesondere auch in einem ohne dessen Antrag eingeleiteten gewerberechtlichen Betriebsanlagenverfahren

verletzt."

Hiezu wird unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes bzw. einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften ausgeführt, auf Grund der der belangten Behörde vorliegenden Aktenlage hätte diese nicht die Bescheide des Landeshauptmannes von Kärnten und der Bezirkshauptmannschaft S beheben und das Ansuchen des NU zurückweisen dürfen, sondern hätte in der Sache selbst entscheiden müssen. Beim gegenständlichen Verfahren handle es sich um ein Verfahren nach § 79 GewO 1973, das unabhängig von einem Antrag von Amts wegen nicht nur einzuleiten, sondern auch durchzuführen und sogar bei Zurückziehung eines Antrages fortzuführen sei. Da nach § 79 GewO 1973 die notwendigen Sicherungsmaßnahmen in einem amtswegigen Verfahren zu erheben und vorzuschreiben seien, hätte daher die belangte Behörde auf Grund einer unzulässigen Berufung nicht nur die Möglichkeit, sondern sogar die Verpflichtung gehabt, die entsprechenden Maßnahmen vorzuschreiben, weil sie eben in ausreichende Kenntnis der Ermittlungsergebnisse gekommen sei. Der angefochtene Bescheid stelle sich als

eine Aufhebung der unterinstanzlichen Bescheide gemäß § 68 AVG dar. Gemäß § 68 Abs. 2 AVG könnten jedoch nur solche Bescheide von der Oberbehörde aufgehoben werden, aus denen niemandem ein Recht erwachsen sei. Aus den unterinstanzlichen Bescheiden seien ihr jedoch bereits subjektive Rechte auf Einhaltung der dem NU auferlegten Auflagen bei Betrieb eines gastgewerblichen Unternehmens erwachsen. Hierbei sei insbesondere auch noch zu berücksichtigen, daß diese Auflagen aa) in einem Betriebsanlagengenehmigungsverfahren erlassen worden seien, in welchem NU den Antrag auf Genehmigung der gesamten Betriebsanlage gestellt habe, bb) der Bescheid der Bezirkshauptmannschaft S vom 15. Juni 1988 von NU unbekämpft gelassen worden sei, und cc) RU für NU den Bescheid des Landeshauptmannes von Kärnten vom 26. November 1990 auch nur dahin bekämpft habe, daß es bei der von der Bezirkshauptmannschaft S verfügten Sperrstunde von 24.00 Uhr statt der vom Landeshauptmann von Kärnten verfügten Sperrstunde von 22.00 Uhr zu verbleiben habe, alle übrigen Auflagen aber weiterhin unbekämpft und damit rechtswirksam auch für sie geblieben seien. Unrichtig sei auch die Ansicht der belangten Behörde, daß für Betriebsanlagen, die auf Grund der Übergangsbestimmungen der GewO 1973 als genehmigt gälten, nur die nach dem Inkrafttreten der GewO 1973 "neu hinzugekommenen Betriebsanlagen" genehmigungspflichtig seien, und nicht die gesamte Betriebsanlage. Nach § 79 GewO 1973 komme es nicht darauf an, welche Betriebsanlagen überhaupt vorhanden seien, sondern ob sich aus dem Betrieb der Anlagen, ob sie nun genehmigt seien oder nicht, in der Folge unzumutbare Auswirkungen für die Nachbarn ergäben. Diese unzumutbaren Auswirkungen seien nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens auf alle Fälle gegeben, es sei ja sogar eine Gesundheitsgefährdung vorhanden. Beim gegenständlichen Verfahren handle es sich um ein Verfahren nach § 79 GewO 1973 und nicht um ein Verfahren nach § 358 leg. cit. Während das Verfahren nach § 79 GewO 1973 von Amts wegen einzuleiten und durchzuführen sei, sei ein Feststellungsverfahren nach § 358 GewO 1973 nur über Antrag des Betriebsinhabers möglich. Weiters enthalte der angefochtene Bescheid im Spruch keine Entscheidung über ihre Berufung. Im Spruch des angefochtenen Bescheides werde die von ihr erhobene Berufung überhaupt nicht erwähnt und über diese nicht entschieden. Im Spruch sei allerdings überhaupt der Bescheid des Landeshauptmannes von Kärnten vom 26. November 1990 nicht erwähnt, und zwar nicht einmal im Einleitungssatz hiezu. Richtig sei, daß die Berufung des RU gemäß § 359 Abs. 4 GewO 1973 als unzulässig zurückgewiesen worden sei, weil ja der Genannte nicht Partei des Verwaltungsverfahrens gewesen sei; umso mehr hätte daher über die von ihr erhobene Berufung in der Sache selbst entschieden werden müssen.

Bei der zunächst vorzunehmenden Überprüfung der Zulässigkeit der Beschwerde ergeben sich folgende Erwägungen:

Gemäß § 376 Z. 11 Abs. 1 GewO 1973 finden die §§ 79 bis 83 auch auf bestehende, nach den bis zum Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes geltenden Vorschriften genehmigte Betriebsanlagen Anwendung. Nach Abs. 2 bedürfen die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes errichteten Betriebsanlagen, die nach den bisher geltenden Vorschriften nicht genehmigungspflichtig waren und nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes genehmigungspflichtig wären, keiner Genehmigung gemäß § 74 Abs. 2; § 79 und § 81 finden sinngemäß Anwendung.

Gemäß § 79 Abs. 1 GewO 1973 hat die Behörde (§§ 333, 334, 335), wenn sich nach Genehmigung der Anlage ergibt, daß die gemäß § 74 Abs. 2 wahrzunehmenden Interessen trotz Einhaltung der im Genehmigungsbescheid und im Betriebsbewilligungsbescheid vorgeschriebenen Auflagen nicht hinreichend geschützt sind, die nach dem Stand der Technik (§§ 71a) und dem Stand der medizinischen und der sonst in Betracht kommenden Wissenschaft zur Erreichung dieses Schutzes erforderlichen anderen oder zusätzlichen Auflagen (§ 77 Abs. 1) vorzuschreiben.

Nach § 356 Abs. 1 GewO 1973 hat die Behörde (§§ 333, 334, 335) - ausgenommen von den im Beschwerdefall nicht in Betracht kommenden Fällen des § 359b - auf Grund eines Ansuchens um Genehmigung der Errichtung und des Betriebes einer Betriebsanlage oder um Genehmigung der Änderung einer genehmigten Betriebsanlage eine Augenscheinsverhandlung anzuberaumen. Nach Abs. 3 sind im Verfahren gemäß Abs. 1 - unbeschadet des zweiten Satzes dieser Gesetzesstelle - nur jene Nachbarn Parteien, die spätestens bei der Augenscheinsverhandlung Einwendungen gegen die Anlage im Sinne des § 74 Abs. 2 Z. 1, 2, 3 oder 5 erheben, und zwar vom Zeitpunkt ihrer Einwendungen an.

Ausschließlich im Rahmen dieser für die Nachbarn möglichen Einwendungen in einem Betriebsanlagengenehmigungsverfahren kommt daher auch eine in einem Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof geltend zu machende Verletzung von subjektiv-öffentlichen Rechten der Nachbarn in Betracht, wogegen der Verwaltungsgerichtshof zu einer hievon losgelösten abstrakten Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Bescheides nicht berufen ist, da er nur unter dem Gesichtspunkt der Verletzung subjektiver Rechte der Parteien zu

erkennen hat (vgl. hiezu u. a. den hg. Beschluß vom 15. Mai 1979, Slg. N.F. Nr. 9842/A, u. a.).

Im Beschwerdefall wurde - abgesehen von dem den RU betreffenden Ausspruch laut Spruchpunkt I. - im angefochtenen Bescheid laut Spruchpunkt II. unter gleichzeitiger Aufhebung der unterinstanzlichen Genehmigungsbescheide dahin entschieden, daß das dort bezeichnete Ansuchen des NU um Genehmigung einer gastgewerblichen Betriebsanlage im Grunde des § 376 Abs. 2 Z. 11 GewO 1973 zurückgewiesen werde.

Ausgehend von der vordargestellten Rechtslage konnte daher die Beschwerdeführerin durch den Abspruch des angefochtenen Bescheides über die Zurückweisung eines Genehmigungsansuchens des NU in ihr nach der Gewerbeordnung eingeräumten subjektiv-öffentlichen Nachbarrechten nicht verletzt werden.

Entgegen dem Vorbringen in der Beschwerde ergeben sich ferner weder aus dem objektiven Spruchinhalt noch auch aus der Begründung des angefochtenen Bescheides Hinweise dafür, daß dieser in einem Verfahren nach § 79 GewO 1973 bzw. inhaltlich im Grunde des § 68 Abs. 2 AVG ergangen wäre, da ja insbesondere auch nach der Sprucheinleitung mit ihm u.a. über die Berufung der Beschwerdeführerin gegen den zweitbehördlichen Bescheid erkannt wurde. Inwiefern aber etwa unabhängig davon der angefochtene Bescheid in einem Feststellungsverfahren nach § 358 GewO 1973 ergangen wäre bzw. inwiefern dadurch der Beschwerdeführerin in einem derartigen allfälligen Verfahren subjektive Rechte erwachsen wären, ist auf Grund des Beschwerdevorbringens nicht nachvollziehbar.

Der vorliegenden Beschwerde steht somit auf seiten der Beschwerdeführerin der Mangel der Berechtigung zu ihrer Erhebung entgegen, weshalb sie gemäß § 34 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluß zurückzuweisen war. Im Hinblick darauf erübrigte sich auch eine Entscheidung über den beim Verfassungsgerichtshof gestellten Antrag, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

#### **Schlagworte**

Beschwerdepunkt Beschwerdebegehren Entscheidungsrahmen und Überprüfungsrahmen des VwGH Allgemein

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

ECLI:AT:VWGH:1993:1992040274.X00

#### **Im RIS seit**

20.11.2000

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

© 2026 JUSLINE

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

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