

# TE Vwgh Erkenntnis 1992/7/2 92/04/0064

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.07.1992

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

AVG §66 Abs4;

GewO 1973 §77 Abs1 idF 1988/399;

GewO 1973 §81 Abs1 idF 1988/399;

VStG §51 Abs6;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Griesmacher, Dr. Weiss, DDr. Jakusch und Dr. Gruber als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Cerne, über die Beschwerde der

P Gesellschaft m.b.H. in W, vertreten durch Dr. M, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 7. November 1991, Zl. 312.438/11-III/3/91, betreffend Änderung einer gewerblichen Betriebsanlage (mitbeteiligte Partei: E, W), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird mit Ausnahme des Abspruches über die Zurückweisung der Berufung des F wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 11.120,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

## Begründung

Laut Sprucheinleitung des Bescheides vom 7. November 1991 erkannte der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten über die von der Beschwerdeführerin gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 27. Juli 1989 erhobene Berufung wie folgt:

"Der Berufung wird insofern Folge gegeben, als in Abänderung des angefochtenen Bescheides die Auflage unter Punkt 51 des Bescheides des MBA 23 vom 18.11.1988, ..., bestätigt wird und dessen Auflage unter Punkt 52 nachstehenden Wortlaut zu erhalten hat:

"Der Fußboden in der Küche ist in Form eines schwimmenden Estrichs auszuführen. Eine allfällige Bodenverfließung ist vom aufgehenden Mauerwerk durch Trennfugen abzuteilen. Die Kücheneinrichtungen müssen vom aufgehenden

Mauerwerk abgerückt sein und dürfen mit diesem nur dauerelastisch verbunden werden."

Soweit sich die Berufung gegen die Vorschreibung in Auflage unter Punkt 39 in der Fassung des angefochtenen Bescheides richtet, wird diese abgewiesen."

(Der weitere Abspruch über die Zurückweisung der Berufung des F ist nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.)

Zur Begründung wurde ausgeführt, über Ansuchen der Beschwerdeführerin habe der Magistrat der Stadt Wien mit Bescheid vom 18. November 1988 für die Änderung der Betriebsanlage (Gastgewerbebetrieb im Standort W, M-Platz 2) durch Errichtung eines Gastgartens und durch bauliche Maßnahmen im Inneren des Betriebsgebäudes die gewerbebehördliche Genehmigung unter Vorschreibung von Auflagen erteilt. Gegen diesen Bescheid hätten die Nachbarn F und die mitbeteiligte Partei an den Landeshauptmann von Wien berufen, der mit Bescheid vom 27. Juli 1989 die Auflagen unter Punkten 39), 49), 51), 52) und 53) des erstinstanzlichen Bescheides abgeändert habe.

Gegen die Abänderung der Auflagen unter den Punkten 39),

51) und 52) dieses zweitbehördlichen Bescheides habe die Beschwerdeführerin Berufung erhoben. Zur Klärung des Sachverhaltes habe das Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten am 5. Juli 1990 einen für den Betrieb unangesagten Augenschein unter Beiziehung eines gewerbetechnischen Amtssachverständigen des Bundesministeriums sowie eines ärztlichen Amtssachverständigen des Bundeskanzleramtes und am 9. Juli 1990 eine mündliche Augenscheinsverhandlung unter Beiziehung der genannten Sachverständigen durchgeführt.

Der gewerbetechnische Amtssachverständige erstattete in der Verhandlung ein Gutachten, welches im Bescheid vom 7. November 1991 wiedergegeben wurde und welches an den für das vorliegende Beschwerdeverfahren wesentlichen Stellen wie folgt lautet:

"... Am Abend des 5.7.1990 fand in der Wohnung der Nachbarin H in den eingangs beschriebenen Räumen eine Lärmmessung statt, die Witterung war windstill bei ca. 20 Grad C. Die Meßpunkte lagen ca. 1,50 m hinter dem Fenster, die Mikrofonhöhe ca. 1,20 m über dem Fußboden. Gemessen wurde mit Anzeigedynamik "fast". Die Ergebnisse wurden mittels Pegelschreiber aufgezeichnet und die Pegelschriebe werden dem Akt beigelegt. ....

II. Messung von 20.22 Uhr bis 20.27 Uhr im hofseitigen

Schlafzimmer bei offenem Fenster: ....

IV. Messung im gleichen Zimmer bei geschlossenem Fenster

von 21.10 Uhr bis 21.13 Uhr:

Simuliert wurde das Klopfen von Fleisch auf einem

Hackstock in der Küche und das Manipulieren mit

Küchengeschirr.

a) Klopfen eines Schnitzels .... 42 bis 54 dB

b) Klopfen eines Kotelettes .... 38 bis 58 dB

c) sonstige Manipulationen ..... Spitzen bis 55 dB ...

Die verfahrensgegenständlichen Fragen lassen sich aus technischer Sicht wie folgt gliedern: ....

2)

KÖRPERSCHALL AUS DEM KÜCHENBEREICH:

Grundsätzlich ist festzustellen, daß die Bauform des Hauses das Auftreten und Fortleiten von Körperschall in besonderer Weise begünstigt. Im Auflagenpunkt 52) des vorinstanzlichen Bescheides wurden diesbezüglich einerseits ein maximaler Immissionspegel und andererseits eine Reihe von einzelnen Sekundärmaßnahmen vorgeschrieben. Nach Ansicht des anwesenden Sachverständigen ist die Festlegung eines Immissionspegels nicht zielführend, da nicht überprüfbar. Wie sich in allen einschlägigen Fällen gezeigt hat, treten bei der Überprüfung von Immissionspegel große Zeitverzögerungen auf oder die Zustände bei der Überprüfung sind nicht repräsentativ. Dies wird aus technischer Sicht auch nicht durch ein Ziviltechnikergutachten saniert, da vor allem die in der Auflage beispielhaft angeführten

Maßnahmen einem raschen Verschleiß unterliegen. Wesentlich ist aber, daß durch die zitierten Maßnahmen bei Körperschall nur Reduktionen im Ausmaß von ca. 10 dB erreicht werden können. Im vorliegenden Fall beträgt aber die Differenz 34 dB zwischen Grundgeräuschpegel und Spitzen durch Störgeräusche.

3)

STÖRGERÄUSCH DURCH DIE LÜFTUNGSANLAGEN waren meßtechnisch nicht erfaßbar.

4)

Wie noch im Befund des ärztlichen Sachverständigen geschrieben wird, war anlässlich des Augenscheines vor der Ausmündung der Lüftung im Hof KÜCHENGERUCH vernehmbar, der sich von dem im Gastraum herrschenden Geruch deutlich unterschied. Abgesehen von der Effizienz der Reinigung der Gastrauluft durch das in diese Lüftungsanlage eingebaute Reinigungsgerät (seine Wirkungsweise ist in den Projektsunterlagen und im Bezugsakt beschrieben) dürfte ein derartiger Geruch aufgrund der Trennung zwischen Küchen- und Gastraumabluft an dieser Stelle bei projektspezifischer Ausführung nicht auftreten. Da laut Plan die Küchenabluft zur Überdachführung in einen vergleichsweise engen Kamin im Ausmaß von 20 x 20 cm einmündet und dieser auch vor Durchführung der Änderung zu diesem Zweck benutzt wurde, muß angenommen werden, daß die Abführung der Küchenabluft in nicht mehr ausreichendem Ausmaß erfolgt und das Auftreten von Küchengeruch bei der Ausmündung im Hof auf einen konsenswidrigen Zustand zurückzuführen ist. Selbst bei Wartungsfehlern in der Reinigungsanlage dürfte bei ausreichender Küchenlüftung im Hof kein Küchengeruch riechbar sein. Dies bedeutet, wenn der volle Querschnitt in der hochführenden Leitung der Küchenabluft gewährleistet ist, diese keine undichten Stellen aufweist und die Abluftanlage für die Küchenabluft ordnungsgemäß gewartet ist; dies würde dem Einreichprojekt entsprechen. Was die Reinigungsleistung der Lüftungsanlage für die Gastrauluft betrifft, so ist festzuhalten, daß mit derartigen Reinigungsanlagen derzeit noch nicht der gleiche Effekt wie bei einer über-Dach-Führung erreicht werden kann. Reinigungsanlagen mit Elektro- und Aktivkohlefilter, wie im vorliegenden Fall, wurden in den letzten Jahren in vielen Fällen installiert, da eine über-Dach-Führung in vorhandenen Kaminen zum Teil nicht mehr genehmigt wurde (baupolizeilich).

Es hat sich jedoch herausgestellt, daß insbesondere bei Hoflagen mit ungenügender Verwirbelung sehr oft Geruchsbelästigungen hervorgerufen wurden. Dies wird einerseits auf ungenügende Wartung, aber auch andererseits auf eine geringe Dimensionierung der Filter zurückgeführt. Eine generelle Beurteilung ist in Fällen der Ableitung von reiner Gastraumabluft nicht möglich. Bei günstigen Gegebenheiten können nach wie vor Fensterventilatoren ohne irgendwelche Filter ausreichend sein, in jedem Fall ist aber die technisch beste Lösung eine Ableitung der Abluft über Dach.

Ergänzend wird angemerkt, daß der Zuluftventilator zur Küche noch nicht gemäß Auflagenpunkt 49) mit einer automatisch wirkenden Rückschlagklappe ausgestattet ist; dies ist jedoch nicht die Ursache des Auftretens von Küchengeruch im Hof, da der Zuluftventilator während des Augenscheins in Betrieb stand, also Luft in die Küche einblies.

Aus technischer Sicht wird festgestellt, daß auch bei projektspezifischer Ausführung der Reinigungsanlage der Gastraumabluft das Auftreten von Geruchsimmissionen im Hofbereich nicht ausgeschlossen werden kann."

Der ärztliche Amtssachverständige habe sodann nachstehendes Gutachten erstattet:

"1.

BEFUND:

In Verbindung mit den vom technischen Amtssachverständigen in seinem Gutachten referierten Schallpegelmessungen wurden am Abend des 5.7.1990 in der Zeit von ca. 20.00 bis 21.40 Uhr ebenfalls subjektive Erhebungen über Lärm- und Geruchseinwirkungen in der Nachbarschaft der gegenständlichen Betriebsanlage durchgeführt. Der Beobachtungsplatz befand sich dabei in der Wohnung H, die im 1. Stock des vom M-Platz aus gesehenen rückwärtigen Gaststätten- bzw. Betriebsanlagenareals liegt. .... Auf Veranlassung des technischen Amtssachverständigen bzw. des Verhandlungsleiters, die sich um ca. 21.00 Uhr in das gegenständliche Lokal begaben, wurde die Lüftung auf verschiedenen Stufen betrieben, wobei auch diesmal (das Wohnraumfenster war geschlossen) keine akustischen Wahrnehmungen gemacht werden konnten. Anschließend wurden in der Küche Schnitzel geklopft bzw. Manipulationen mit Gebrauchsgegenständen unter Aufsicht des Verhandlungsleiters durchgeführt. Das

Schnitzelklopfen war als äußerst markantes, stakkatoartiges Geräusch in dem Wohnraum wahrzunehmen. Das Hantieren mit den Gebrauchsgegenständen konnte ebenfalls gehört werden, war aber vergleichsweise weniger auffällig. ....

Hinsichtlich der Geräuscheinwirkungen" (richtig wohl "Geruchseinwirkungen") "konnte festgestellt werden, daß beim unmittelbaren Vorbeigehen an den Abluftöffnungen im Hof intensive, übel nach heißem Fett riechende Abluft herausgeblasen wurde. Der Geruch war bis in eine Entfernung von etwa 4 bis 5 m in Ausblasrichtung feststellbar und konnte auch in der Wohnung H am Fenster des hofseitig gelegenen Wohnraums stehend wahrgenommen werden. Die Wohnräume selbst waren allerdings nicht von dem geschilderten Geruch erfüllt. Derselbe Geruch, der aus der Abluftanlage austrat, konnte hernach bei Betreten des Lokales nach Beendigung des Augenscheines in der Wohnung H auch in der Küche der Betriebsanlage festgestellt werden, hingegen nicht im Gastraum.

## 2. BEURTEILUNG DER IMMISSIONEN:

Wie sich aus dem durchgeführten Augenschein bzw. aus dem Gutachten des technischen Sachverständigen ergibt, ist im Zusammenhang mit der gegenständlichen Betriebsanlage das Auftreten von Lärm- und Geruchsmissionen festzustellen.

Im einzelnen ist dazu auszuführen:

### a) Lärm: ....

Aus den durchgeführten Schallpegelmessungen beziehungsweise den Ausführungen des technischen Amtssachverständigen in seinem Gutachten zum Immissionsschallpegel bezüglich des Gastgartens lassen sich daher zunächst gesundheitsgefährdende Immissionen nicht ableiten. .... Im konkreten Fall stehen zwei Geräuschquellen im Vordergrund: Zum einen ist es der mit dem Betrieb des Gastgartens verbundene Gästelärm, der auf dem straßenseitig gelegenen Wohnraum etwa der Wohnung H einwirkt, und zum anderen sind es die auf die hofseitig gelegenen Wohnräume einwirkenden Geräuschmissionen, die mit dem Küchenbetrieb des Lokales verbunden sind.

Im ersten Fall ist festzustellen, daß sich die Umgebungsgeräuschsituation durch das hohe Verkehrsaufkommen in der S-Straße Verkehrslärm, der nach den Ergebnissen des durchgeführten Augenscheines Immissionsschallpegel bis 75 dB ergibt, bestimmt. Mit einem maximalen Immissionspegel von 71 dB tritt die Geräuschentwicklung des Gastgartens somit gegenüber dem herrschenden Umgebungslärmniveau in den Hintergrund. Dies hat sich auch im Rahmen des Augenscheines ergeben, wo auch vergleichsweise angehobene Passantengesprächslärmentwicklung subjektiv ohne besondere Auffälligkeit war. Völlig anders stellt sich die Situation jedoch im zweiten Fall dar. Bei der relativ ruhigen Hoflage fallen die mit den Manipulationen in der Küche verbundenen Störgeräusche sowohl hinsichtlich ihrer Charakteristik als auch in bezug auf ihre Intensität besonders auf. Sie müssen daher als das Wohlbefinden beeinträchtigend angesehen werden; dies unabhängig, ob vor 22.00 Uhr oder nach 22.00 Uhr. b) Geruch: .... Im konkreten Fall konnten entsprechende, allgemein als unangenehm bezeichnete Geruchseinwirkungen zwar festgestellt werden, diese dürften aber nach den Ausführungen des technischen Sachverständigen bei projektspezifischer Ausführung der Entlüftungsanlage gar nicht auftreten. Weitere Geruchskomponenten wurden nicht festgestellt (was allerdings auch durch eine mögliche und bei Geruchsstoffen übliche Überdeckung verursacht worden sein könnte), sodaß gutachtliche Schlüsse hinsichtlich der Notwendigkeit spezieller Vorschriften zur Beschaffenheit der Abluftanlage nicht gezogen werden können." Der gewerbetechnische Amtssachverständige habe daraufhin

ergänzend ausgeführt:

"Bei neuerlicher Besichtigung des Zuluftventilators der Küche wurde festgestellt, daß der automatische Verschuß bei Abstellen des Ventilators vorhanden ist. Aufgrund des langsamen Schließens entstand beim Augenschein der Eindruck, daß der Verschuß nur händisch betätigt werden kann. Dies ändert jedoch nichts daran, daß dieser Ventilator als Emissionsquelle für Geruch nicht in Frage kommt.

Zur Charakteristik des Geruches von Gastraumabluft:

Als typische Komponenten wären Zigarettenrauch oder menschlicher Körpergeruch zu nennen. Chemisch handelt es sich dabei um äußerst komplexe Verbindungen, die nicht mit irgendeinem typischen Vertreter, also einer gleichartigen bekannten chemischen Verbindung, beschrieben und mengenmäßig dargestellt werden können.

Zur Möglichkeit des Auftretens von Geruch ist ergänzend festzustellen, daß dieser im wesentlichen gasförmig auftritt,

also nur vom Aktivkohlefilter gebunden werden kann. Aus einschlägigen Untersuchungen ist bekannt, daß bei einer Reinigungsleistung von 99 vH eines Filters im verbleibenden Anteil noch immer 50 vH allfälliger Geruchsstoffe vorhanden sind.

Der Wert von 99 vH wird vom vorhandenen Filter vermutlich nicht erreicht, aber sicher nicht überschritten. Bei einer Gesamtluftleistung von 5000 m<sup>3</sup>/h und einem Frischluftanteil von 20 vH bedeutet dies, daß die nach Reinigung verbleibende Emission mit einer ungefilterten Geruchsimmission von 500 m<sup>3</sup>/h gleichzusetzen ist. Da, wie oben ausgeführt, eine mengenmäßige Bewertung nicht möglich ist, kann die Geruchsemission nur mit den Erfahrungen des täglichen Lebens verglichen werden. Sie entspricht bei 500 m<sup>3</sup>/h der ungereinigten Emission eines mittleren Fensterventilators in vergleichbaren Gastgewerbebetrieben. Aufgrund der Lage der Ausmündung unmittelbar unterhalb von Nachbarfenstern wird daher das Auftreten von Geruchsimmissionen im Bereich der Wohnungen nicht ausgeschlossen."

Auf die Frage des Verhandlungsleiters, ob sich an der medizinischen Beurteilung unter Berücksichtigung der Ergänzungen des gewerbetechischen Gutachtens etwas ändere, habe der ärztliche Amtssachverständige ausgeführt:

"Die vom technischen Amtssachverständigen genannten Geruchsquellen wie Zigarettenrauch und Körpergeruch sind jedenfalls allgemein auch als unangenehm zu bezeichnen. Bei Zigarettenrauch ist darüber hinaus auch dessen Gesundheitsschädlichkeit zu bedenken. Treten im konkreten Fall daher in den benachbarten Wohnungen eindeutig differenzierbare Geruchsimmissionen nach diesen Stoffen auf, dann ist jedenfalls eine Beeinträchtigung des Wohlbefindens anzunehmen."

Zu den technischen Maßnahmen zur Verhinderung aus dem Küchenbereich stammender Lärmimmissionen habe der gewerbetechische Amtssachverständige ausgeführt:

"Aufgrund der großen Differenz zwischen Grundgeräuschpegel und Störgeräusch ist für die Körperschallfortleitung als einzige sichere Maßnahme die Herstellung eines neuen Fußbodens in der Küche in Form eines schwimmenden Estrichs zu nennen. Dabei ist auf exakte Ausführung zu achten, da bereits eine starre Verbindung zwischen Fußboden und Mauerwerk oder Unterbeton in der Größe eines Nagels die Maßnahme unwirksam macht. Ferner ist auch eine allfällige Bodenverfließung vom aufgehenden Mauerwerk durch Trennfugen abzuteilen. Aufgrund der ungünstigen Bausituation müssen auch jene Arbeitsflächen und Geräte, welche zu Schallimmissionen beitragen (z.B. Abwäsche) vom aufgehenden Mauerwerk abgerückt werden und dürfen mit diesem nur dauerelastisch verbunden sein. ...."

Am 15. April 1991 habe der gewerbetechische Amtssachverständige folgende ergänzende Stellungnahme abgegeben.

".....:

1)

Eine Hauptfrage ist jene nach der Änderung des Immissionsausmaßes. Dazu kann folgender Vergleich mit dem genehmigten Bestand angestellt werden:

Mit Bescheid vom 13.6.1960 wurde ein Gastgewerbebetrieb genehmigt, welcher in zwei Gasträumen im Erdgeschoß zusammen ca. 80 Verabreichungsplätze aufwies. Hofseitig waren eine Küche (mit Kohlenherd und dreiflammigem Gasherd) und eine Speisekammer eingerichtet. Die Lüftung erfolgte offenichtlich über offenbare Fenster, eine mechanische Lüftung ist nur für die Kühlräume im Keller erwähnt. Somit ergibt sich nach Durchsicht des Bezugsaktes, daß auch die Küchenentlüftung bisher nicht zum genehmigten Bestand gezählt hat, wenngleich sie offenbar auch vor der Übernahme durch die nunmehrige Konsenswerberin möglicherweise vorhanden war und die Vorinstanz davon ausgegangen ist, daß diese zum genehmigten Bestand zählt. Im Vergleich zu diesem Altbestand sind folgende Änderungen eingetreten:

An der Straßenseite soll ein Gastgarten mit 21 Tischen und 88 Verabreichungsplätzen hinzugenommen werden, die Kücheneinrichtung wurde weitgehend umgestaltet und es wurden mechanische Be- und Entlüftungsanlagen installiert (es werden nur jene Änderungen zitiert, welche für das gegenständliche Berufungsvorbringen von Bedeutung sind). Aus dem Vergleich zwischen dem genehmigten Bestand und den vorgesehenen Änderungen lassen sich folgende Schlüsse ziehen:

a)

Die Anzahl der Verabreichungsplätze wurde mehr als verdoppelt; dies führt zu einer verstärkten Auslastung der Küche und zu einem (im Vergleich zum früheren Bestand) verstärkten Kochbetrieb und allen damit im Zusammenhang stehenden Emissionen und Immissionen.

b)

Die Anzahl der Verabreichungsplätze im Lokal selbst wurde nicht verändert. Es kann daher angenommen werden, daß das Immissionsmaß durch reinen Gästelärm aus dem Gastrauminnen unverändert bleibt (abgesehen von möglichen Musikdarbietungen, die aber im Altbestand nicht genehmigt waren und für die auch nicht im vorliegenden Verfahren angesucht wurde).

c)

Der Gastgarten ist jedenfalls als zusätzliche Emissionsquelle für Gästelärm anzusehen, da er bisher nicht vorhanden war. Durch die Lüftungsanlagen, in erster Linie durch die Ausblasöffnungen, wurden im Vergleich zum Altbestand neue Emissionsquellen geschaffen. Die Abführung der Abluft erfolgt im Vergleich zum Altbestand jedenfalls in geänderter Form und an anderer Stelle, wodurch sich auch Änderungen hinsichtlich der Immissionen nicht ausschließen lassen.

d)

Die Kücheneinrichtung wurde weitgehend umgestaltet, so sind nunmehr unter anderem 2 Gasherde, ein Fettbackgerät und diverse Nebenaggregate in Verwendung. Es läßt sich aus dem Vergleich der jeweiligen Planunterlagen auch auf eine geänderte Ablauforganisation im Küchenbetrieb schließen. Auch dadurch sind Änderungen hinsichtlich der Immissionen, welche durch den eigentlichen Küchenbetrieb verursacht werden, nicht auszuschließen. ....

3)

Zur Frage der Lärmbelastigungen durch den Küchenbetrieb wurde bereits unter Punkt 1) ausgeführt, daß aufgrund der verfahrensgegenständlichen Änderungen (Änderung der Kücheneinrichtung, Erweiterung der Anzahl der Verabreichungsplätze) auch Änderungen hinsichtlich der durch den Küchenbetrieb hervorgerufenen Immissionen nicht auszuschließen sind. Es ist nur klarzustellen, daß aufgrund des Ergebnisses des Augenscheines die Maßnahmen nach Auflage 52 des bekämpften zweitinstanzlichen Bescheides, aus technischer Sicht, als nicht ausreichend zur Vermeidung von Belästigungen angesehen werden können. Abgesehen davon ist nach h.o. Kenntnis die Festlegung eines zulässigen maximalen Immissionsmaßes nicht möglich. Diesbezüglich wird auf die Ausführungen auf S. 14 der Niederschrift vom 9.7.1990 verwiesen, wonach nur eine völlige Neugestaltung des Fußbodens in der Küche als sichere Abhilfemaßnahme angesehen werden kann.

4)

Zur Frage der möglichen Geruchsbelästigungen durch die Lüftungsanlagen lag bereits im vorinstanzlichen Verfahren ein Gutachten des Institutes für Umweltanalytik vom 18.8.1989 vor und es wurde nunmehr ein Gutachten des Ing. A, gerichtlich beideter Sachverständiger, vom 27.11.1990 zur selben Frage vorgelegt. Die grundlegende Situation in diesem Bereich ist folgende:

Nach den Einreichunterlagen, den Angaben der Konsenswerberin und den zitierten Gutachten wird die Küchenabluft über eine Dunstabzugshaube erfaßt und über einen hochführenden Kamin über Dach ausgeblasen. Die Gastraumabluft wird über einen Kanalstrang in der Zwischendecke erfaßt, über ein mehrstufiges Filter (Grobfilter, Elektrofilter und Aktivkohlefilter) einer Mischkammer zugeführt, dort entweder mit Außenluft vermischt und als Zuluft wieder zurück in den Gastraum geführt oder als Abluft in den Hof des Hauses ausgeblasen. Die Ausblaseöffnung befindet sich im Bereich des hofseitigen Fensters des an die Küche angrenzenden Raumes, welcher als Aufstellraum für die Lüftungsaggregate und teilweise als Lagerraum dient.

Zur Frage der Geruchsbelästigungen, die durch diese Abluftöffnung, die an sich nur zur Abführung gereinigter Abluft des Gastraumes dienen soll, hervorgerufen werden, wurden laut Bezugsakt in den letzten Jahren zahlreiche Erhebungen durchgeführt. Dabei wurde in einzelnen Fällen das Vorliegen einer massiven Geruchsentwicklung im Hof bestätigt, bei anderen Erhebungen wiederum war dies nicht der Fall und es wurde auf ein ordnungsgemäßes Funktionieren der Abluftreinigung geschlossen. Beim Augenschein am 5.7.1990 wurde im Hof eine starke Geruchsbelästigung, welche durch die oben erwähnte Entlüftung verursacht wurde, festgestellt, wobei sich der dort

herrschende Geruch nach übereinstimmender Einschätzung aller Teilnehmer der Kommission von dem im Gastraum vorherrschenden Geruch deutlich unterschied und es sich offensichtlich um Küchengeruch handelte. Nach der Aktenlage konnte keine technisch befriedigende Erklärung für diesen Zustand gefunden werden und es wurde vom technischen Sachverständigen anlässlich der kommissionellen Augenscheinsverhandlung am 9.7.1990 ein unsachgemäßer, möglicherweise nicht genehmigter Zustand vermutet. Eine denkbare Erklärung wäre, daß durch die laut Bezugsakt offenbar nicht genehmigte Einleitung der Abluft der Dunstabzugshaube der Küche in einen Kamin durch den Vorbesitzer diese mangelhaft ausgeführt ist oder durch mangelhafte Wartung keine ausreichende Ableitung der Abluft erfolgt. Da aber aufgrund einschlägiger technischer Notwendigkeiten vor allem für den Betrieb der Gasgeräte der Küche ein einwandfreies Funktionieren der Dunstabzugshaube erforderlich ist, besteht die Möglichkeit, daß die Küchenabluft mit der Gastraumabluft an einer nicht einsehbaren Stelle des Gesamtsystems vermischt wird. Grundsätzlich hat die Abluftreinigungsanlage, wie sie für die Gastraumabluft installiert ist, auch für die Küchenabluft eine Reinigungswirkung, allerdings wäre in diesem Fall der Aktivkohlefilter jedenfalls unterdimensioniert und würde in mehr oder weniger kurzen Abständen funktionsunfähig werden. Dies könnte das periodische Auftreten der Geruchsbelästigungen erklären. Eine einwandfreie Beweisführung im Rahmen eines Augenscheines zu diesem Problem ist allerdings mit vernünftigen Mitteln nicht möglich, da hierfür große Teile der Einrichtung (Zwischendecke) entfernt werden müßten und Teile der Lüftungsanlage oder auch einzelne Mauerteile entfernt werden müßten. Ersatzweise besteht die Möglichkeit, einen tauglichen Beweis über die Funktionsfähigkeit des Kamins als Abluffang in Form einer Bestätigung zu erbringen, daß der für diese Abluftführung verwendete Kamin keine Fehleinmündungen besitzt, den erforderlichen Querschnitt aufweist und auch ausreichend dicht ist, was durch eine Druckprobe (mit Vorlage des entsprechenden Prokolls samt Meßwerten) zu beweisen wäre. Abgesehen von der Frage dieses möglicherweise unsachgemäßen Zustandes ist aber noch auf das Problem einzugehen, ob die vorhandene Abluftreinigung für die Gastraumabluft eine ausreichende Ersatzmaßnahme anstelle einer Überdachführung darstellt. Reinigungsanlagen für Abluft wie im vorliegenden Fall kommen in den vergangenen Jahren vermehrt zum Einsatz. Es muß jedoch aufgrund zahlreicher einschlägiger Erfahrungen festgestellt werden, daß diese Reinigungsanlagen offenbar technisch noch nicht ausgereift sind. Immer wieder werden Geruchsbelästigungen trotz Vorhandenseins derartiger Reinigungsanlagen bekannt, was auf folgende Ursachen zurückzuführen ist:

-

Die Dimensionierung des Aktivkohlefilters, welcher das zentrale Element der Geruchsreduktion ist, ist in den meisten Fällen nicht ausreichend und vor allem ohne rechnerischen Ansatz den tatsächlichen Verhältnissen nur unzureichend angepaßt. Die zum Einsatz kommende Aktivkohlemenge wird nur aufgrund grober Schätzungen bemessen.

-

Ähnliches gilt für die Regenerationsperioden der Aktivkohle. Da jede Lüftungsanlage eines Gastgewerbebetriebes einen "Individualfall" darstellt, sind auch die von den Lieferfirmen empfohlenen Regenerierungsfristen nur grobe Schätzungen und es gibt zumeist auch keine Sicherheitseinrichtungen, welche eine Regenerierung erzwingen. Diese erfolgt praktisch nur auf freiwilliger Basis durch das Personal oder den Betriebsinhaber in mehr oder weniger langen Abständen.

Durch die oben angeführten Umstände ist es sodann möglich, daß die Entlüftung unwirksam wird und die Abluft und damit die Geruchsstoffe über undichte Stellen nach außen gelangen und Belästigungen verursachen.

Die von der Konsens- bzw. Berufungswerberin beigebrachten Unterlagen beschreiben zwar ausführlich die Wirkungsweise der Abluftreinigungsanlage, sie gehen jedoch in keiner Weise auf die obigen Fehlerquellen ein. Weder ist in den Einreichunterlagen eine Berechnung über das Volumen an Aktivkohle im Verhältnis zu den gegebenen Umständen vorhanden, noch eine Aussage, ob die derzeitigen Abstände der Regenerierung der Aktivkohle ausreichen (laut Aussage des Betriebsinhabers erfolgt diese in Abständen von 3 Monaten). Außerdem wird keinerlei Erklärung zu jenem Umstand angeboten, daß beim abendlichen Augenschein am 5.7.1990 offensichtlich im Bereich der Abluftöffnung der Gastraumabluft auch Küchengeruch deutlichst vernehmbar war und dies aufgrund des Projektes gar nicht möglich sein dürfte.

Wie bereits im Bezugsakt seitens der Sachverständigen der Vorinstanz und anlässlich der Augenscheinsverhandlung am 9.7.1990 ausgeführt, wird aus technischer Sicht jedenfalls einer Überdachführung der Abluft der Vorzug gegeben, da diese Maßnahme in der Regel ausreicht, Geruchsbelästigungen mit Sicherheit hintanzuhalten, sofern keine besonders

ungünstigen Ausbreitungs- oder Verwirbelungsverhältnisse vorliegen. Ersatzweise wäre zwar grundsätzlich die derzeitige Form der Entlüftung möglich, es wären jedoch eine Reihe von Nachweisen von der Konsenswerberin anzufordern. Im einzelnen wären dies:

-

Der Nachweis über die Funktionsfähigkeit der Küchenentlüftung im Sinne der obigen Ausführungen (Druckprobe).

-

Ein rechnerischer Nachweis über die Bemessung der Menge der Aktivkohle des Abluftfilters der Gastraumabluft und damit im Zusammenhang

-

ein rechnerischer Nachweis über die erforderlichen Regenerierungsperioden.

Zusätzlich müßte eine Sicherheitseinrichtung geschaffen werden, welche bei Überladung des Aktivkohlefilters die Entlüftung und damit die Gaszufuhr zu den Kochstellen außer Betrieb setzt und einen weiteren Kochbetrieb unmöglich macht."

Der Bundesminister führte zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes und zur rechtlichen Beurteilung aus, der gewerbetechnische Amtssachverständige habe begründet und nachvollziehbar ausgeführt, daß bei projektgemäßer Ausführung das Auftreten von Geruchsimmissionen, hervorgerufen durch die Gastraumabluft, bei den Nachbarn der Betriebsanlage nicht ausgeschlossen werden könne. Als typische Komponenten dieser Gastraumabluft habe der Sachverständige Zigarettenrauch sowie menschlichen Körpergeruch genannt. Wie der ärztliche Amtssachverständige ausgeführt habe, könne die Wahrnehmung dieser Geruchsimmissionen als unangenehm bezeichnet werden, weshalb jedenfalls eine Beeinträchtigung des Wohlbefindens der Nachbarn anzunehmen sei. Aufgrund der spezifischen Charakteristik dieser Geruchsimmissionen seien diese Belästigungen für die Nachbarn als unzumutbar zu qualifizieren. Dies vor allem auch unter Bedachtnahme darauf, daß eine konzentrierte Abführung der Gastraumabluft durch eine Abluftanlage nicht Bestandteil des ursprünglich genehmigten Projektes gewesen sei und daher für jene Nachbarn, deren Wohnungen sich in der Nähe der geplanten Ausblasöffnung befänden, eine wesentliche Verschlechterung der örtlichen Verhältnisse bedeute. Der gewerbetechnische Amtssachverständige habe weiters ausgeführt, daß die Überdachführung der Gastraumabluft als einzige Maßnahme geeignet sei, das Auftreten dieser unzumutbaren Immissionen mit Sicherheit hintanzuhalten. Somit sei die Auflage 39) des zweitbehördlichen Bescheides zu bestätigen gewesen. Die im Zuge des vom Bundesministerium durchgeführten unangesagten Lokalaugenscheines durchgeführten Lärmmessungen hätten weiters ergeben, daß der Küchenbetrieb in der gegenständlichen Anlage bei den nächstgelegenen Nachbarn Lärmimmissionen hervorrufe, die das Umgebungsgeräuschniveau bei weitem überschritten und zum Teil (Schnitzelklopfen) impulsartigen Charakter hätten. Der ärztliche Amtssachverständige habe dargelegt, daß diese Geräusche sowohl hinsichtlich ihrer Intensität als auch der Charakteristik eine Beeinträchtigung des Wohlbefindens darstellten. Auch diese Belästigungen würden unter Berücksichtigung der Differenz zwischen Störgeräuschen und Umgebungsgeräuschsituation als unzumutbar angesehen. Als einzige technische Maßnahme zur Veränderung dieser Immissionen habe der gewerbetechnische Amtssachverständige jene technischen Maßnahmen vorgeschlagen, die in der Auflage unter Punkt 52) in der nunmehr vorgeschriebenen Fassung enthalten seien. Diese seien als einzige geeignet, den gewünschten Lärmschutz zu erreichen. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin sei nicht geeignet gewesen, die Behörde zu einer anderen Entscheidung gelangen zu lassen. So sei vom gewerbetechnischen Amtssachverständigen im Ermittlungsverfahren dargelegt worden, daß die beantragte Änderung hinsichtlich der als unzumutbar erachteten Immissionen gegenüber dem genehmigten Bestand eine wesentliche Änderung der örtlichen Verhältnisse bewirkt habe. Dies ergebe sich einerseits aufgrund der baulichen Maßnahmen (Einbau einer Gastraumabluftanlage, Neusituierung der Kücheneinrichtung) und andererseits aufgrund des durch die Hinzunahme des Gastgartens bewirkten vermehrten Gästeaufkommens. Das von der Beschwerdeführerin vorgelegte Gutachten vom 27. November 1990 sei nicht geeignet gewesen, das Gutachten des gewerbetechnischen Amtssachverständigen zu entkräften, zumal sich dieses Gutachten mit der Frage auseinandersetze, ob die Entlüftungsanlage der Betriebsanlage funktionstüchtig sei bzw. ob Geruchsimmissionen aufgrund mangelhafter Ausführung der Anlage zu erwarten seien. Diese Fragen seien jedoch für die Entscheidung nicht von rechtlicher Bedeutung gewesen, zumal das Betriebsanlagengenehmigungsverfahren ein projektsbezogenes Verfahren sei und daher grundsätzlich von einem projektgemäßen Betrieb der Anlage auszugehen sei. Bereits bestehende tatsächliche



Abweichungen vom eingereichten Projekt seien im Genehmigungsverfahren nicht zu berücksichtigen. Aus diesem Grund habe sich die Entscheidung auch nur insofern auf die Ermittlungsergebnisse gestützt, als diese auf die projektgemäße Ausführung der Anlage Bezug nähmen. Aus diesen Gründen sei es auch nicht erforderlich gewesen, den Anträgen der Beschwerdeführerin vom 15. Juli und 8. Oktober 1991 Folge zu geben und ihr eine weitere Frist zur Ergänzung des von ihr vorgelegten Sachverständigengutachtens einzuräumen, zumal sich dieses, wie bereits dargelegt, mit den für die Entscheidung maßgeblichen Fragen nicht auseinandergesetzt habe. Im Verfahren sei auch eindeutig geklärt worden, daß die als unzumutbar erachteten Immissionen bei Betrieb der geänderten

Betriebsanlage zu erwarten sein würden.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Erklärung über den Beschwerdepunkt richtet sich gegen die "Verletzung der gesetzlich gewährleisteten Rechte,

a, daß die bekämpften Auflagen, insbesondere die Schaffung eines schwimmenden Estriches im Küchenraum, die Schaffung einer Bodenverfliesung, vom aufgehenden Mauerwerk durch Trennfugen abzutrennen (Auflage Punkt 52 des Berufungsbescheides vom 27.7.1989, welcher in beschriebener Weise ergänzt bzw. verschärft wurde), sowie die Auflage in Punkt 39 des Berufungsbescheides vom 27.7.1989, daß die Abluft aus den Gasträumen in einer dichten Rohrleitung bis mindestens 1 m über Dachfirst hochzuführen und senkrecht nach oben auszublasen ist, nur bei Vorliegen der in § 79 GewO 1973 normierten Voraussetzungen vorgeschrieben werden. Die bekämpften Maßnahmen hätten, da sie nicht zur Vermeidung einer Gefährdung des Lebens oder Gesundheit der Nachbarn bzw. Gäste notwendig sind, nur vorgeschrieben werden dürfen, wenn sie für den Betriebsinhaber wirtschaftlich zumutbar sind. Diese Zumutbarkeit ist unter Angabe konkreter Umstände in den Vorverfahren bestritten worden. Demgegenüber hat die belangte Behörde die Frage der wirtschaftlichen Zumutbarkeit der vorgesehenen Maßnahmen überhaupt nicht beurteilt, bzw. ist auf entsprechendes Vorbringen nicht eingegangen;

b, gegen eine erst in der letzten Instanz festgestellte weitere Belastung in Form einer betriebsbehördlichen Auflage, ohne entsprechende Antragstellung, diese Auflage zu bekämpfen, im konkreten Fall durch Vorlage von Urkunden, aus welchen sich die Unwirtschaftlichkeit der behördlich eigenmächtig festgesetzten belastenden Auflage ergibt, und damit die Voraussetzungen der wirtschaftlichen Zumutbarkeit der geforderten Auflage gem. § 79 Abs. 1 GewO nicht überprüft werden kann. Die Verletzung des gewährleisteten Rechtes besteht darin, daß aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der gesamten Rechtsordnung, insbesondere aus den abzuleitenden Rechtsgrundsätzen der Strafrechtspflege, welche mit verwaltungsrechtlichen Normen verwandt sind, abzuleiten ist, daß verfahrensrechtlich ohne entsprechende Antragstellung eine Verschärfung einer in einem Berufungsbescheid festgesetzten Maßnahme nicht erfolgen dürfe und wenn dies bereits geschieht, es dem Verletzten offenstehen müsse, dagegen ein ordentliches Rechtsmittel zu ergreifen, insbesondere ihm die Möglichkeit zu geben, wie es die Judikatur erfordert (siehe Mache-Kinscher zu § 79 Abs. 1 GewO), im konkreten Fall die Unwirtschaftlichkeit einer erweiterten Maßnahme in einem ordentlichen Verfahren nachzuweisen."

Dieser Erklärung ist im Gesamtzusammenhang des Beschwerdevorbringens ein Beschwerdepunkt dahingehend zu entnehmen, daß sich die Beschwerdeführerin in dem auf § 81 Abs. 1 in Verbindung mit § 77 Abs. 1 erster Satz GewO 1973 gestützten Recht auf Genehmigung der Betriebsanlage ohne Vorschreibung der strittigen Auflagen verletzt erachtet.

Die Beschwerdeführerin trägt in Ausführung dieses Beschwerdepunktes vor, sie habe auf Seite 10 ihrer Berufung gegen den Berufungsbescheid unter anderem darauf hingewiesen, daß ihr unnötige, in die S 100.000,- gehend Lasten auferlegt würden. Mit der letztinstanzlichen Feststellung, derzufolge die in Punkt 52) beschriebene Auflage in wirtschaftlich unbilliger Weise erhöht worden sei, habe sie überhaupt nicht rechnen können, da sie als Berufungswerber eine Verringerung der Auflage beantragt habe. Jedenfalls sei im vorangegangenen Verfahren wie in der Berufung auf die wirtschaftliche Unzumutbarkeit erweiterter Maßnahmen, wie Anschaffung eines Schwimmestrichs in der Küche, hingewiesen worden. Die unter Punkt 39) und unter Punkt 52) erweiterte Auflage würde den wirtschaftlichen Ruin des Unternehmens bedeuten, da solch vorgeschriebene Maßnahmen weit über eine

Million Schilling kosten würden. Aus wirtschaftlicher Sicht bedeute dies, daß die Auflagen in letztinstanzlich beschriebener Form die Gewerbeausübung praktisch unmöglich machten bzw. diese wesentlich beeinträchtigt werde. Es sei der Beschwerdeführerin einfach nicht zumutbar, den Fußboden in der Küche in Form eines schwimmenden Estrichs auszuführen, da eine solche Maßnahme sie mit weit über einer Million Schilling belasten würde. Diese Maßnahme in Verbindung mit der weiteren Maßnahme, daß nach Ausführung des Fußbodens in Form eines Schwimmemstrichs, also nach Durchführung einer erweiterten schalldämmenden Maßnahme, eine Kontrollmessung vornehmen zu lassen sei, insistiere die Möglichkeit, daß die seitens der belangten Behörde aufgetragene Maßnahme erfolgreich sein könnte. Seitens der belangten Behörde habe keine Garantie dafür abgegeben werden können, daß die vorgeschriebene erweiterte Maßnahme tatsächlich den gewünschten Erfolg erbringe. Diese erweiterten Maßnahmen kosteten weit über eine Million Schilling, sie belasteten ausschließlich den Wirtschaftsbetrieb und die belangte Behörde sei offensichtlich vom Erfolg selbst nicht überzeugt. Allein eine Verbindung des schwimmenden Estrichs zu den umgrenzenden Gemäuern in Form und Größe eines Nagels könnte den Erfolg verhindern. Aber auch bei sachgemäßem Einbau des Schwimmemstrichs in der Küche sei seitens der Behörde nicht garantiert, daß die geforderte und mit erheblichen Mehrkosten verbundene Maßnahme erfolversprechend, also lärmreduzierend, wirke. Die Beurteilung, ob Auflagen für den Betriebsinhaber wirtschaftlich zumutbar sind (§ 79 Abs. 1 GewO), sei auch im Lichte des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. Dezember 1960, Slg. N.F. Nr. 5452/A, zu sehen und es sei davon auszugehen, daß die vorgeschriebenen Auflagen nicht nur in technischer, sondern auch in wirtschaftlicher Hinsicht so beschaffen sein müßten, daß die Gewerbeausübung nicht unmöglich gemacht oder wesentlich beeinträchtigt werde (Mache-Kinscher, Kommentar zu § 79 Abs. 1 GewO 1973). Grundsätzlich sei es Sache des Gewerbeinhabers, ob und inwieweit durch die Vorschreibung weiterer Auflagen wirtschaftliche Belastungen bewirkt würden, die mit Rücksicht auf die Kapazität des Betriebes untragbar seien. Die für den Betrieb wirtschaftlich vernichtende erweiterte Maßnahme (Auflage) in Punkt 52), nämlich daß der Fußboden in der Küche in Form eines schwimmenden Estrichs auszuführen sei, sei erst im angefochtenen Bescheid festgestellt worden. Die Beschwerdeführerin habe daher gar nicht auf eine für sie überraschende Maßnahme im Vorverfahren konkret reagieren können. Sie habe nur, wie in ihrer Berufung auf Seite 10 festgehalten worden sei, auf unnötige und unwirtschaftliche Maßnahmen, wie bei Punkt 39), hinweisen können. Der angefochtene Bescheid stelle inhaltlich wortident die Niederschrift des Protokolles vom 9. Juli 1990 dar. In diesem Protokoll sei auf Seite 14 angeführt worden, daß auf Grund der großen Differenzen zwischen Grundgeräuschpegel und Störgeräusch für die Körperschallfortleitung als einzige sichere Maßnahme die Herstellung eines neuen Fußbodens in der Küche in Form eines schwimmenden Estrichs zu nennen gewesen wäre. Dabei sei auf exakte Ausführung zu achten, da bereits eine starre Verbindung zwischen Fußboden und Mauerwerk oder Unterboden in der Größe eines Nagels die Maßnahme unwirksam mache. Die belangte Behörde habe ohne Antragstellung die erweiterte Auflage (Schaffung des Fußbodens in Form von Schwimmemstrich) auf Grund des vorliegenden Prokolles vom 9. Juli 1990, beschrieben in Punkt 52), festgelegt. Die Beschwerdeführerin sei durch diese Feststellung in ihren Rechten verletzt worden, da sie keine Möglichkeit gehabt habe, die Unwirtschaftlichkeit dieser Maßnahme im ordentlichen Verfahren nachzuweisen, weil der Instanzenzug ausgeschöpft sei. Verwiesen sei darauf, daß die vernichtende erweiterte Maßnahme in Punkt 52) erst letztinstanzlich ohne entsprechende Antragstellung erfolgt sei. Die bekämpften Maßnahmen hätten nur dann vorgeschrieben werden dürfen, wenn sie nicht zur Vermeidung einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der Nachbarn notwendig seien und wenn sie für den Betriebsinhaber zumutbar, also auch wirtschaftlich zumutbar seien. Durch die letztinstanzliche Feststellung, daß die Auflage im beschriebenen Sinne zu erweitern sei, sei diese ergänzende Maßnahme faktisch und wirtschaftlich als Hauptmaßnahme zur Lärmbekämpfung (nämlich die Schaffung eines schwimmenden Estrichs in der Küche) vorgeschrieben worden. Dem Betriebsinhaber sei durch die erweiterte Auflage (Schaffung eines Fußbodens in Form eines schwimmenden Estrichs) die Möglichkeit genommen worden, durch wirtschaftlich vernünftige Maßnahmen den gleichen Erfolg zu erzielen. Ziel der Behörde könne es doch nur sein, den Geräuschpegel unter die abverlangten Normen zu reduzieren, gleichgültig wie dies geschehe. Gerade die im zweitbehördlichen Bescheid aufgetragenen Maßnahmen, beschrieben als Auflage unter Punkt 52), stellten eine auch wirtschaftlich vertretbare Vorgangsweise dar, Lärmgeräusche unter die geforderte Lärmschwelle zu reduzieren. Durch die erweiterte Auflage sei zunächst die Möglichkeit genommen worden, die Beschwerdeführerin unter Erfüllung der ursprünglichen Auflage beweisen zu lassen, daß diese Maßnahmen genügten, um den erwünschten Erfolg zu erzielen. Weiters garantiere die erweiterte Maßnahme keinesfalls den erwünschten Erfolg und belaste die Beschwerdeführerin in solcher Art und Weise, daß sie bei Bestätigung dieser erweiterten Auflage den Betrieb zusperrern müßte, weil solche

Auflagen für einen Betrieb dieser Größe wirtschaftlich ruinös wirkten. Es liege auf der Hand, daß allein die erweiterte Maßnahme, beschrieben in Punkt 52) des angefochtenen Bescheides, die Beschwerdeführerin in Millionenhöhe belasten würde. Bemängelt werde ferner, daß der gewerberechtliche Amtssachverständige die Herstellung des Fußbodens in der Küche in Form eines schwimmenden Estrichs als einzige sichere Maßnahme genannt habe, auf Grund dieser Aussage aber auch andere kostengünstigere Maßnahmen vorhanden seien. Dies sei auch seitens der Zweitbehörde erkannt worden. Diese habe in Kenntnis der Unwirtschaftlichkeit einer solchen Maßnahme lediglich die Auflage, wie unter Punkt 52) im zweitbehördlichen Bescheid zitiert, erlassen. Diese Maßnahmen stellten substituierende Maßnahmen zu der nun erweiterten Auflage im letztinstanzlichen Bescheid (ebenfalls beschrieben in Punkt 52) dar. Zur Unwirtschaftlichkeit hinsichtlich der Schaffung eines Fußbodens in der Küche in Form eines schwimmenden Estrichs werde ergänzend ausgeführt, daß bei Herstellen die Beschwerdeführerin gezwungen wäre, zumindest 6 Wochen ihren Betrieb zu schließen. Die tatsächlichen Kosten, die geschätzt über einer Million Schilling lägen, könnten durchaus höher sein, eine genaue Kostenschätzung könnte erst "seitens Firmen" abgegeben werden, wenn der Altbestand, der alte Fußboden, abgetragen wäre.

Soweit mit dem angefochtenen Bescheid die Auflage in Punkt 39) des zweitbehördlichen Bescheides bestätigt werde, liege auch in diesem Falle Unwirtschaftlichkeit vor. In dem dem angefochtenen Bescheid vorangegangenen Verfahren sei seitens der Beschwerdeführerin darauf hingewiesen worden, etwa in ihrer Berufung auf Seite 10, daß bei Überführung bis mindestens 1 m über Dachfirst eine umfangreiche Anlage erforderlich wäre, die infolge ihrer Dimensionierung und ihrer Länge jedenfalls zu erheblichen Lärmbelästigungen der übrigen Bewohner des Hauses führen würde, was zu neuen Beschwerden Anlaß geben würde, und daß außerdem diese Einrichtung zu Lasten Dritter, nämlich der Hauseigentümer gehen würde, wozu diese sicherlich nicht gezwungen werden könnten. Dies abgesehen von den dadurch entstehenden Sichtbeeinträchtigungen sämtlicher in diesem Trakt befindlicher Wohnungen. Außerdem würden der Beschwerdeführerin unnötige, in die hunderttausend Schilling gehende Lasten auferlegt werden. Die Beschwerdeführerin habe mit ihrem Vorbringen hinsichtlich der Auflage, beschrieben in Punkt 39, auf die Unwirtschaftlichkeit hingewiesen. Betrachte man nun die bereits im Vorverfahren aufgezeigte Unwirtschaftlichkeit der aufgetragenen Auflage in Punkt 39 mit der im angefochtenen Bescheid ergangenen Erweiterung der Auflage, beschrieben in Punkt 52, und gehe man von der im Verfahren festgestellten Leistungskapazität des Betriebes aus, so sei allein aus dieser Tatsache ersichtlich, daß sich Aufwendungen im vorgeschriebenen Ausmaß auf den Betrieb ruinös auswirkten. Es bedürfe daher im gegenständlichen Fall keiner Vorlage von Urkunden, aus denen Belastungen des Betriebes aufgezeigt werden, wie etwa Betriebskredite, Vorlage der Kontoauszüge des Geschäftskontos, aus welchen unschwer entnommen werden könnte, daß der Betrieb in erheblichem Maße verschuldet sei. Selbst bei Nichtverschuldung des Betriebes könnten solche Auflagen, die keineswegs den seitens der Behörde erwünschten Erfolg garantierten, verglichen mit einem Durchschnittsbetrieb der festgestellten Größe von der Beschwerdeführerin getragen werden. Weiters werde darauf verwiesen, daß es zwar Sache des Betriebsinhabers sei, seine finanzielle Situation im Verfahren darzustellen, was auch geschehen sei. Die Beschwerdeführerin habe sich gegen die letztinstanzliche Entscheidung, in welcher sich die für den Betrieb verheerend darstellende Erweiterung der Auflage, in Punkt 52) beschrieben, befinde, nicht zur Wehr setzen können, da ihr kein Rechtsmittel mehr zur Verfügung gestanden sei. Es sei ihr sohin nicht möglich gewesen, entsprechend der Judikatur weitere Ausführungen zur Unwirtschaftlichkeit dieser Maßnahme zu erstatten, insbesondere ihre negative Geschäftsentwicklung darzulegen bzw. Unterlagen hinsichtlich des überzogenen Geschäftskontos bzw. der Kreditaufnahmen vorzulegen, um auch aus dieser Sicht die Unwirtschaftlichkeit der geforderten Maßnahmen darzustellen. Die Unwirtschaftlichkeit ergebe sich jedoch auch aus der Tatsache, daß aus der im Verfahren festgestellten Kapazität des Betriebes kein noch so hoher Gewinn bzw. Umsatz erzielt werden könnte, mit welchem man die aufgetragenen Maßnahmen in Millionenhöhe bezahlen könnte. Auch liege auf der Hand, daß sich sogar ein Laie die immensen Kosten für das Abtragen eines Fußbodens und das Auftragen eines Schwimmestrichs in der Küche, deren Ausmaß aus den im erstinstanzlichen Verfahren vorgelegten Einreichplänen ersichtlich sei, vorstellen könne. Kurz sei darauf verwiesen, daß die Beschwerdeführerin auch kein Vertrauen in die seitens der Amtssachverständigen vorgeschlagenen und aufgetragenen Maßnahmen habe, da aus den im Verfahren getroffenen Feststellungen andere logische Schlüsse zu ziehen seien als jene, die die Sachverständigen gezogen hätten.

Auf Seite 11 des angefochtenen Bescheides sei festgestellt worden, daß bei unmittelbarem Vorbeigehen an den Abluftöffnungen im Hofe intensive, übel nach heißem Fett riechende Abluft herausgeblasen worden sei. Aus dieser Feststellung könnte der Schluß gezogen werden, daß die beanstandete Emission im wesentlichen aus Küchengeruch

bestanden habe. Auf Seite 16 der letztinstanzlichen Entscheidung seien vom technischen Amtssachverständigen die genannten Geruchsquellen, wie Zigarettenrauch und Körpergeruch, als allgemein unangenehm bezeichnet worden. Träten im konkreten Fall solche eindeutigen Geruchsimmissionen auf, so sei jedenfalls eine Beeinträchtigung des Wohlbefindens anzunehmen. Auf Seite 21 des angefochtenen Bescheides sei festgestellt worden, daß zur Zeit des Augenscheines vom 5. Juli 1990, dessen Ergebnis unkritisch in den angefochtenen Bescheid eingeflossen sei, eine starke Geruchsbelästigung vorgelegen sei, welche durch Entlüftung verursacht worden sei, wobei es sich offensichtlich um Küchengeruch gehandelt habe. Auf Grund dieser Feststellungen sei durch die Sachverständigen der gutachtliche Schluß gezogen worden, daß durch die laut Bezugsakt offenbar nicht genehmigte Einleitung der Abluft der Dunstabzugshaube der Küche in einen Kamin durch den Vorbesitzer diese mangelhaft ausgeführt sei, oder daß durch mangelhafte Wartung keine ausreichende Ableitung der Abluft erfolgt sei. Vermutet und zur gutachtlichen Stellungnahme erhoben worden sei, daß die Möglichkeit bestanden habe, daß die Küchenabluft mit der Gastraumabluft an einer nicht einsehbaren Stelle des Gesamtsystems vermischt worden sei. Dieser gutachtliche Schluß hätte aber nicht gezogen werden können, wenn man die erstinstanzlich vorgelegten Einreichpläne studiert hätte, aus denen eindeutig ersichtlich sei, daß die Abluft der Dunstabzugshaube in der Küche und die Umluft der Kohlefilteranlage für den Gastraum in zwei völlig

verschiedenen, getrennten Kammern verliefen. Allein die Tatsache, daß keine Küchengerüche im Gastraum bzw. keine Körpergerüche bzw. Zigarettdüfte in der Küche festgestellt worden seien, hätte die Sachverständigen nicht zu jenem Ergebnis gelangen lassen dürfen.

Genauso fragwürdig sei die vorgeschriebene Maßnahme der Schaffung eines Fußbodens in Form eines schwimmenden Estrichs, für welche der Aufwand mit dem möglichen zufriedenstellenden Ergebnis nicht in Einklang zu bringen und welche daher als unwirtschaftliche Maßnahme anzusehen sei. Diese Ausführungen seien im Hinblick auf die Unwirtschaftlichkeit der im angefochtenen Bescheid vorgeschriebenen bekämpften Maßnahmen erstattet worden. Wie aufgezeigt, stünden nämlich die fragwürdigen letztinstanzlich festgestellten Maßnahmen, die keinesfalls den Erfolg garantierten, überproportional den hierfür erforderlichen Kosten gegenüber. Sohin könne man diese geforderten Maßnahmen als unwirtschaftlich bezeichnen, zumal seitens der Gutachter substituierende Maßnahmen zur Erreichung des gewünschten Erfolges offengeblieben seien. Eine solche substituierende und wirtschaftliche Maßnahme sei im zweitbehördlichen Bescheid in Punkt 52) beschrieben worden. Gerade durch eine aufgetragene nachträgliche Messung hätte festgestellt werden können, daß der gewünschte Erfolg eingetreten sei.

Gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1973 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, u.a. (Z. 2) die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen.

Im Grunde des § 77 Abs. 1 erster Satz GewO 1973 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.

Aus dieser Regelung ergibt sich, daß die Gewerbebehörde nicht verhalten ist, notwendige und einzig die Genehmigungsfähigkeit einer gewerblichen Betriebsanlage herstellende Schutzmaßnahmen in der Richtung zu untersuchen, ob sie für den Genehmigungswerber auch wirtschaftlich tragbar sind. Im Hinblick darauf, daß die Regelung des § 77 Abs. 1 erster Satz GewO 1973 nur auf die "

**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)