

# TE Vwgh Erkenntnis 1991/1/29 90/04/0198

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.01.1991

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

AVG §68 Abs1;

GewO 1973 §78 Abs1;

GewO 1973 §78 Abs4 idF 1988/399;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Griesmacher, Dr. Weiss, DDr. Jakusch und Dr. Gruber als Richter, im Beisein des Schriftführers Oberkommissär Dr. Puntigam, über die Beschwerde des N gegen den Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 6. April 1990, Zl. 312.062/1-III-3/89, betreffend Antragstellung gemäß § 78 Abs. 4 Gewerbeordnung 1973, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 2.760,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 6. April 1990 wurde auf Grund der Berufung des Beschwerdeführers gegen die Bescheide des Landeshauptmannes von Wien vom 2. März 1989, Zl. MA 63-St 170/88, sowie vom 12. Oktober 1989, Zl. MA 63-St 119/88, wie folgt abgesprochen:

I. Die angefochtenen Bescheide sowie die diesem zugrundeliegenden Bescheide des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 10. Bezirk, vom 10.3.1988, Zl. MBA 10-Ba 32.216/9/87, (Spruchteil II), und vom 15.4.1988, Zl. MBA 10-Ba 32.216/4/88, werden behoben.

II. Die Anträge des N vom 22.8.1987 und vom 26.1.1988, ersterer jedoch nur insoweit, als er die Aufhebung der Auflage Nr. 29) des Bescheides des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 10. Bezirk, vom 24.11.1986, Zl. MBA 10-Ba 32.216/4/86, begehrt, werden im Grunde des § 78 Abs. 4 GewO 1973 abgewiesen.

III. Der Antrag des N vom 22.8.1987 wird insoweit, als er die Abänderung der Auflagen 28), 30) bis 34) des unter Spruchteil II) zitierten Bescheides begehrt, gemäß § 68 Abs. 1 AVG 1950 wegen entschiedener Sache zurückgewiesen."

Zur Begründung wurde ausgeführt, mit Bescheid vom 24. November 1986 habe der Magistrat der Stadt Wien,

Magistratisches Bezirksamt für den 10. Bezirk, dem Beschwerdeführer dessen gastgewerbliche Betriebsanlage in Wien 10., A-Platz 1, unter Auflagen genehmigt; dieser Bescheid sei in Rechtskraft erwachsen. Mit 22. August 1987 habe der Beschwerdeführer die Aufhebung der Auflagen 11) und 27) bis 37) dieses Genehmigungsbescheides gemäß § 78 Abs. 4 GewO 1973 begehrt. Mit Bescheid vom 10. März 1988 habe das Magistratische Bezirksamt für den 10. Bezirk unter Spruchteil I) die Auflage 27) behoben und habe unter Spruchteil II) den Antrag vom 22. August 1987 hinsichtlich der Auflagen 28) bis 34) abgewiesen. Über den Antrag betreffend Auflage 11) sei in diesem Bescheid nicht abgesprochen worden. Aus einem Aktenvermerk vom 1. Februar 1988 sei ersichtlich, daß hierüber ein eigenes Verfahren habe durchgeführt werden sollen. Spruchteil I) des Bescheides vom 10. März 1988 sei in Rechtskraft erwachsen. Auf Grund einer vom Beschwerdeführer gegen Spruchteil II) eingebrachten Berufung habe der Landeshauptmann von Wien in seinem Bescheid vom 12. Oktober 1989 gemäß § 78 Abs. 4 GewO 1973 von der Herstellung des den Auflagen 30) bis 33) des zitierten Genehmigungsbescheides entsprechenden Zustandes Abstand genommen, habe die Berufung jedoch hinsichtlich der Auflagen 28), 29) und 34) abgewiesen. Während das dargestellte Verfahren bereits im Gange gewesen sei, habe der Beschwerdeführer mit 26. Jänner 1988 im Anhang zu seiner Berufung gegen ein vom Magistratischen Bezirksamt für den

10. Bezirk gegen ihn durchgeführten Strafverfahren neuerlich einen Antrag gemäß § 78 Abs. 4 GewO 1973 "auf Aufhebung des Punktes 29)" des vorangeführten Genehmigungsbescheides gestellt. Dieser Antrag sei mit Bescheid des Magistratischen Bezirksamtes für den 10. Bezirk vom 15. April 1988, bestätigt durch den Berufungsbescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 2. März 1989, abgewiesen worden.

Gegen die Bescheide des Landeshauptmannes von Wien vom 2. März 1989 sowie vom 12. Oktober 1989 richteten sich die Berufungen des Beschwerdeführers. Hiezu sei folgendes auszuführen: Als Ersatz für die bekämpfte Auflage 29) biete der Beschwerdeführer in seinen beiden Anträgen eine bereits installierte Lüftungsanlage an. Damit sei auch bei Offenhalten der Fenster und Türen der Betriebsanlage eine Geruchsbelästigung der Nachbarn nicht gegeben. Die zu diesem Punkt von den Vorinstanzen in beiden Verfahren durchgeführten Ermittlungen hätten demgegenüber ergeben, daß die bekämpfte Auflage auch dem Schutz der Nachbarn vor Lärm diene. Der Beschwerdeführer habe demgegenüber lediglich vorgebracht, daß die Geräuschemissionen aus der Betriebsanlage bei laufender Lüftungsanlage nicht geringer als bei offener Tür seien. Bezüglich der Auflage 28) habe der Beschwerdeführer lediglich die Verlängerung der täglichen Betriebszeit von 21.00 Uhr auf 24.00 Uhr beantragt, habe jedoch keinerlei Ersatzmaßnahme angeboten. Bezüglich der Auflagen 30) bis 34) habe der Beschwerdeführer lediglich ausgeführt, daß deren Erfüllung auf Grund der Textierung der Auflage 30) undurchführbar sei. Alternativmaßnahmen seien jedoch auch zu diesen Auflagen nicht angeboten worden. Hiezu sei auszuführen, gemäß § 78 Abs. 4 GewO 1973 habe die Behörde auf Antrag von der Verpflichtung zur Herstellung des dem Genehmigungsbescheid entsprechenden Zustandes dann Abstand zu nehmen, wenn es außer Zweifel stehe, daß die Abweichungen die durch den Genehmigungsbescheid getroffene Vorsorge nicht verringerten. Gemäß § 68 Abs. 1 AVG 1950 seien Anbringen von Beteiligten, die die Abänderung eines der Berufung nicht oder nicht mehr unterliegenden Bescheides begehren, wegen entschiedener Sache zurückzuweisen. Den vorliegenden Verfahren lägen Anträge des Beschwerdeführers vom 22. August 1987 und vom 26. Jänner 1988 zugrunde. Mit diesen Anträgen sei die Abänderung eines rechtskräftigen Bescheides begehrt worden. Nach der allgemeinen Vorschrift des § 68 Abs. 1 AVG 1950 sei ein solcher Antrag zurückzuweisen, sofern nicht in besonderen Verwaltungsvorschriften abweichende Regelungen bestünden. Im Bereich des Betriebsanlagenrechtes komme als eine solche besondere Vorschrift der § 78 Abs. 4 GewO 1973 in Betracht. Nach diesen Gesetzesstellen könnten auf Antrag "Abweichungen" von dem in einem Genehmigungsbescheid festgelegten Zustand zugelassen werden. Aus dem Begriff "Abweichung" sei dabei ersichtlich, daß nach dieser Gesetzesstelle nicht der bloße Wegfall von Verpflichtungen ohne Schaffung eines gleichwertigen Ersatzes zugelassen werden könne. Auf den vorliegenden Fall bezogen, bedeutet dies, daß bezüglich der beantragten Behebung der Auflagen 28), 30) bis 34) mangels Anbotes von Ersatzmaßnahmen die Bestimmung des § 78 Abs. 4 GewO 1973 keine Anwendung finden könne. Diesbezüglich sei daher gemäß § 68 Abs. 1 AVG 1950 vorzugehen gewesen. Was nun die Auflage 29) betreffe, so diene diese auch dem Lärmschutz. Es sei aber allgemein einsichtig, daß eine geschlossene Türe eine größere Lärmdämmwirkung besitze als eine offene. Die vom Beschwerdeführer beantragte Abweichung - Installierung einer Lüftungsanlage - würde die mit der in Rede stehenden Auflage getroffene Vorsorge jedenfalls verringern. Diesbezüglich seien daher die gestellten Anträge abzuweisen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende - nach Ablehnung mit Beschluß des Verfassungsgerichtshofes vom 27. Juni 1990, B 751/90-3, gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG dem Verwaltungsgerichtshof abgetretene - Beschwerde.

Die belangte Behörde erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, der Beschwerde keine Folge zu geben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer erachtet sich laut seinem Vorbringen in dem gemäß § 34 Abs. 2 VwGG aufgetragenen

Ergänzungsschriftsatz wie folgt in Rechten verletzt:

"1) Im Sinne des § 28 Abs. 1 Z. 4 VwGG wird ausgeführt, daß die Behörde den Beschwerdeführer dadurch in seinen gesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt hat, da die Behörde nicht die Bestimmungen des § 39 Abs. 1 und Abs. 2 des AVG 1950 eingehalten hat.

Im Sinne dieses Paragraphen herrscht der Grundsatz der Amtsfähigkeit (Offizialmaxime), sodaß sich aus diesem Grundsatz auch der Grundsatz der materiellen Wahrheit des festzustellenden Sachverhaltes ergibt. Es wird daher ausdrücklich eine Rechtswidrigkeit geltend gemacht und zwar als Verfahrensmangel, da die Behörde im Ermittlungsverfahren nicht all das von Amts wegen wahrgenommen hat, um im Sinne des Grundsatzes der materiellen Wahrheit vor Erlassung des Bescheides Anordnung getroffen hat bzw. Beweismittel geführt hat von Amts wegen, die eine umfassende Aufklärung - dies ist notwendig vor Erlassung eines rechtswirksamen Bescheides - ermöglicht hat.

Des weiteren sind die Rechtsverletzungen, die dem Beschwerdeführer angelastet werden, aber zum erheblichen Teil und nur auf die Folge einer grob unrichtigen Anwendung des § 78 Abs. 4 GewO 1973 zurückzuführen, wobei ausdrücklich festgehalten ist, daß die Behörde vom Antrag von der Verpflichtung zur Herstellung des dem Genehmigungsbescheid oder dem Bewilligungsbescheid entsprechenden Zustandes dann Abstand zu nehmen hat, wenn es außer Zweifel steht, daß die Abweichungen, die durch den Genehmigungsbescheid oder Betriebsbewilligungsbescheid getroffene Vorsorge nicht verringern. Die Behörde hat die Zulässigkeit der Abweichungen mit Bescheid auszusprechen. Auch dieses, dem Beschwerdeführer zustehende Recht ist verletzt worden, sodaß ein, dem Beschwerdeführer zustehendes gesetzliches Recht, durch die Vorgangsweise der Behörde gröblichst verletzt wurde."

Weiters wird folgendes vorgebracht:

"Im Sinne des § 28 Abs. 1 Z. 5 Verwaltungsgerichtshof sind die Gründe anzugeben, auf die sich die Behauptungen der Rechtswidrigkeit stützt. Die Erläuterungen in Dolp, 3. Auflage, bemerken in der Fußnote 5 ausdrücklich, daß der Verwaltungsgerichtshof an die geltend gemachten Beschwerdegründe nicht gebunden ist, sondern er auf andere Gründe für die Rechtswidrigkeit und Rechtsmäßigkeit heranziehen kann. Dies greift umso mehr Platz, nach Ansicht des Beschwerdeführers, da er im Verfahren bis zur Erschöpfung des Instanzenzuges nicht anwaltlich vertreten war und selbst Eingaben, d.h. Rechtsmittel gegen erlassene Bescheide, erhoben hat und hätte die Behörde im Hinblick auf den Beruf des Beschwerdeführers daraus schließen müssen, daß dieser rechtsunkundig ist und im Sinne des § 39 Abs. 1 und Abs. 2 des AVG im Sinne des Grundsatzes der Amtswegigkeit (Offizialmaxime), aus der sich der Grundsatz der materiellen Wahrheit des festzustellenden Sachverhaltes ergibt, weitere Schritte im Ermittlungsverfahren setzen müssen. Dadurch, daß dies nicht geschehen ist, wurde der Beschwerdeführer in seinen gesetzlich ihm zustehenden Rechten verletzt und hat auf Grund des angefochtenen Bescheides empfindliche finanzielle Nachteile zu tragen, was nicht im Sinne des Gesetzesgebers ist.

Der Beschwerdeführer richtet daher durch seinen ausgewiesenen Rechtsvertreter an den Verfassungsgerichtshof die

ANREGUNG:

ein Prüfungsverfahren einzuleiten und die in Rede stehende Beschränkung der Ausübung des Gewerbes durch den Beschwerdeführer als gesetzwidrig aufzuheben und zwar im Sinne des § 42 Abs. 2 Zif. 1 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Zif. 3 wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und zwar im Sinne der lit. a), b) und c)."

Zunächst ist aus der "An den Verwaltungsgerichtshof" im Rubrum des Ergänzungsschriftsatzes erfolgten Adressierung entgegen der Formulierung der abschließenden Antragstellung in der Beschwerde zu entnehmen, daß der Beschwerdeführer beim Verwaltungsgerichtshof die Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes bzw. wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften begehrt.

Des weiteren ergibt sich aus dem dargestellten Beschwerdevorbringen, daß sich der Beschwerdeführer offensichtlich insofern in seinen Rechten verletzt erachtet, als seine bezeichneten Anträge ab- bzw. zurückgewiesen wurden und daß - ohne daß sich hieraus eine Rüge der Feststellungen des angefochtenen Bescheides über die diesem auf Grund der bezeichneten Anträge des Beschwerdeführers vorangegangenen Verfahrensschritte ergibt - als Beschwerdegründe der belangten Behörde ein mangelndes amtswegiges Vorgehen im Rahmen ihrer sich aus § 78 Abs. 4 GewO 1973 ergebenden Verpflichtung vorgeworfen wird, sowie ferner, daß der Beschwerdeführer "auf Grund des angefochtenen Bescheides" empfindliche finanzielle Nachteile zu tragen habe.

Gemäß § 78 Abs. 4 GewO 1973 hat die Behörde auf Antrag von der Verpflichtung zur Herstellung des dem Genehmigungsbescheid oder dem Betriebsbewilligungsbescheid entsprechenden Zustandes dann Abstand zu nehmen, wenn außer Zweifel steht, daß die Abweichungen, die durch den Genehmigungsbescheid oder Betriebsbewilligungsbescheid getroffene Vorsorge nicht verringern. Die Behörde hat die Zulässigkeit der Abweichungen mit Bescheid auszusprechen.

Aus dieser normativen Anordnung ergibt sich bei einer unter Beachtung der Bestimmung des § 68 Abs. 1 AVG 1950 vorzunehmenden systematischen Abgrenzung, daß ein Verfahren nach § 78 Abs. 4 GewO 1973 nicht dazu dient, eine in einem Betriebsanlagengenehmigungsverfahren vom Inhaber der Betriebsanlagengenehmigung unbekämpft gebliebene oder erfolglos bekämpfte Auflage nachträglich zu beseitigen oder durch eine andere Vorschrift zu ersetzen. Der Inhaber der Betriebsanlagengenehmigung hat keine rechtliche Möglichkeit, das von ihm im Genehmigungsverfahren allenfalls angestrebte, aber versagt gebliebene Ergebnis im Wege eines Verfahrens nach § 78 Abs. 4 GewO 1973 zu erreichen (vgl. hierzu die in diesem Umfang inhaltlich auch der nunmehrigen Rechtslage entsprechenden Darlegungen in dem zur Bestimmung des § 78 Abs. 4 GewO 1973 in der Fassung vor der Gewerberechtsnovelle 1988, BGBl. Nr. 399, ergangenen hg. Erkenntnis vom 15. Oktober 1985, Zl. 84/04/0062).

Dafür, daß aber etwa der Beschwerdeführer entgegen der Annahme der belangten Behörde ein unter Beachtung der vorangeführten Bestimmung des § 68 Abs. 1 AVG 1950 in Ansehung der vom Abspruch laut Punkt III) des angefochtenen Bescheides erfaßten Auflagen des in Rechtskraft erwachsenen Betriebsanlagengenehmigungsbescheides ein den Tatbestandserfordernissen des § 78 Abs. 4 GewO 1973 Rechnung tragendes Antragsvorbringen bei der Behörde erster Instanz gestellt hätte, ergeben sich aus der Beschwerde keine wie immer gearteten Anhaltspunkte.

Aber auch in Hinsicht des Bescheidabspruches laut Punkt II) des angefochtenen Bescheides, sind der Beschwerde keinerlei näher konkretisierte Hinweise zu entnehmen, die die Annahme der belangten Behörde über die mangelnde Eignung der vom Beschwerdeführer ins Treffen geführten Belüftungsanlage anstelle der Anordnung lt. Punkt 29) der Auflagen des Betriebsanlagengenehmigungsbescheides rechtswidrig erscheinen ließe bzw. daß der belangten Behörde etwa in diesem Zusammenhang ein entscheidungsrelevanter Verfahrensmangel anzulasten wäre. Insoweit aber der Beschwerdeführer unabhängig davon der belangten Behörde in allgemeiner Form eine Verletzung der Officialmaxime vorwirft, ist darauf hinzuweisen, daß die Verpflichtung der belangten Behörde zum amtswegigen Vorgehen im Erhebungsbereich das Vorliegen eines im Sinne der Bestimmung des § 78 Abs. 4 GewO 1973 geeigneten Antrages vorausgesetzt hätte, und daß abgesehen davon die Behörden des Verwaltungsverfahrens nicht verhalten sind, Unterweisungen zu erteilen, wie ein Vorbringen zu gestalten ist, damit dem Antrag allenfalls stattgegeben werden könnte (vgl. hierzu das hg. Erkenntnis vom 17. September 1986, Zl. 85/01/0150, u.a.).

Wenn schließlich der Beschwerdeführer in Ansehung des angefochtenen Bescheides den Eintritt "empfindlicher finanzieller Nachteile" geltend macht, so kommt diesem Vorbringen im Hinblick auf die dargestellten Tatbestandsvoraussetzungen des § 78 Abs. 4 GewO 1973 keine Entscheidungsrelevanz zu.

Insofern aber der Beschwerdeführer unabhängig hievon die "Einleitung eines Prüfungsverfahrens" anregt, erweist sich dieses Vorbringen als unsubstantiiert und unverständlich.

Die Beschwerde erweist sich somit im Umfang der geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Gänze als unbegründet. Sie war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG im Zusammenhalt mit der Verordnung BGBl. Nr. 206/1989.

**Schlagworte**

Rechtskraft Besondere Rechtsgebiete Gewerberecht Rechtskraft Umfang der Rechtskraftwirkung Allgemein Bindung  
der Behörde

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1991:1990040198.X00

**Im RIS seit**

29.01.1991

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

© 2025 JUSLINE

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

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