

# TE Vwgh Erkenntnis 1990/9/25 90/04/0072

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 25.09.1990

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

AVG §56;

GewO 1973 §359b idF 1988/399;

GewO 1973 §74 Abs2 idF 1988/399;

GewO 1973 §77 Abs1 idF 1988/399;

GewO 1973 §77 Abs2 idF 1988/399;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hrdlicka und die Hofräte Dr. Griesmacher, Dr. Weiss, DDr. Jakusch und Dr. Gruber als Richter, im Beisein des Schriftführers Oberkommissär Dr. Puntigam, über die Beschwerde der N gegen den Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 10. Jänner 1990, Zl. 311.797/2-III-3/89, betreffend Feststellungsantrag gemäß § 358 Gewerbeordnung, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

## Begründung

Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien - Magistratisches Bezirksamt für den 1./8. Bezirk - vom 28. Dezember 1987, der nach Lage der Akten des Verwaltungsverfahrens auf Grund eines Antrages der Beschwerdeführerin vom 8. Oktober 1987 auf bescheidmäßige Feststellung, daß eine Genehmigungspflicht der Anlage nicht vorliege, erging, wurde gemäß § 358 Abs. 1 GewO 1973 festgestellt, daß der Gastgewerbebetrieb der Beschwerdeführerin in der Betriebsart einer Kaffee-Konditorei im Standort Wien 1., A-Straße 24, auf Grund der Betriebsausstattung und der Betriebsweise gemäß § 74 GewO 1973 genehmigungspflichtig sei. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Betriebsanlage sei von der A-Straße aus zugänglich und bestehe aus einem Gastraum, einem Vorbereitungsraum und einer hofseitigen Toilettenanlage. An der A-Straße sei ein Schanigarten eingerichtet. An Geräten würden verwendet: Eine Espressomaschine, Wärm- und Backgeräte und Kühlgeräte. Der Gastraum, der Vorbereitungsraum und die Toilettanlagen würden mechanisch ins Freie entlüftet. Die Beheizung erfolge mit einer Gastherme und Radiatoren. Die

Feststellung der Genehmigungspflicht gründe sich auf das Gutachten des gewerbetechnischen Sachverständigen der MA 36. Überdies sei durch den Betrieb im Vorbereitungsraum mit mechanischer Entlüftung eine Geruchs- und Lärmbelästigung möglich, die imstande sei, die Nachbarschaft zu beeinträchtigen.

Einer seitens der Beschwerdeführerin dagegen erhobenen Berufung gab der Landeshauptmann von Wien mit Bescheid vom 9. November 1988 gemäß § 66 Abs. 4 AVG 1950 keine Folge und bestätigte den erstbehördlichen Bescheid mit der Maßgabe, daß der Name der Betriebsinhaberin im Spruch vollständig "N-Konditorei & Co KG" zu lauten habe. Dieser Ausspruch wurde damit begründet, gegen die Feststellung der Erstbehörde, wonach die in Rede stehende Betriebsanlage genehmigungspflichtig sei, werde in der Berufung im wesentlichen vorgebracht, daß die in der Betriebsanlage verwendeten Geräte mit jenen vergleichbar seien, welche auch in Haushalten Verwendung fänden. Diese wären daher nicht konkret geeignet, die im § 74 GewO 1973 genannten Interessen zu verletzen. Im übrigen sei auch die Behörde bei der Konzessionserteilung im Jahre 1984 davon ausgegangen, daß die Betriebsanlage nicht genehmigungspflichtig sei. Zur Klarstellung des maßgebenden Sachverhaltes habe sich die Behörde gehalten gesehen, ein Gutachten der Magistratsabteilung 36 (Technische Gewerbeangelegenheiten und Feuerpolizei) und der Magistratsabteilung 15 (Gesundheitsamt) einzuholen, aus welchen sich folgendes ergebe: Die Betriebsanlage sei eine Kaffee-Konditorei, in der die angelieferten Mehlspeisen gekühlt, gelagert bzw. auch vor dem Verkauf fertiggebacken bzw. aufgewärmt würden. Zu diesem Zweck ständen Kühlseinrichtungen mit eingebauten Aggregaten, zwei Kleinbacköfen, Espressomaschinen und eine Geschirrspülmaschine in Verwendung. Die WC-Anlagen würden mechanisch entlüftet. Für die Lüftung des Verkaufsraumes ständen Fensterventilatoren bzw. Luftkühlgeräte in Verwendung. Erst kürzlich sei eine vom Nebenraum aus zugängliche Garderobe im Zwischengeschoß geschaffen worden. Vor der Konditorei an der Front A-Straße werde ein Schanigarten mit sechs Tischen betrieben. Die genannte Anlage werde Montag bis Samstag von 7.00 Uhr bis

19.30 Uhr, Sonn- und Feiertags von 9.00 Uhr bis 19.00 Uhr betrieben. Oberhalb der Betriebsanlage befänden sich betriebsfremde Wohnungen. Die technischen Einrichtungen und das Verhalten der Gäste vor dem Betrieb seien wohl imstande, Lärm- und Geruchsbelästigungen der Nachbarn zu verursachen. Daß bisher noch keine Beschwerden über Lärm- und Geruchsbelästigungen aufgetreten seien, sei darauf zurückzuführen, daß die genannten Betriebszeiten genau eingehalten und die Sitzgelegenheiten im Schanigarten nach der Sperrstunde unbenützbar gemacht würden. Ohne diese Maßnahmen wäre die Betriebsanlage aber geeignet, die genannten Belästigungen zu bewirken, wenn auch deren Ausmaß bisher die Grenzen der Zumutbarkeit noch nicht überschritten habe. Ohne die Schlüssigkeit der gutächtlichen Ausführungen der gehörten Amtssachverständigen in Frage zu stellen, vermeine die Beschwerdeführerin, daß die Betriebsanlage allein auf Grund des Umstandes, daß die verwendeten Maschinen in gleicher Weise in Haushalten zum Einsatz gelangten, und keine Beschwerden aufgetreten seien, nicht genehmigungspflichtig sei. Demgegenüber habe der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 24. April 1981, Zl. 04/1145/80, ausgesprochen, daß die Genehmigungspflicht in Ansehung gewerblicher Betriebsanlagen im Sinne des § 74 Abs. 1 GewO 1973 immer schon dann gegeben sei, wenn die Auswirkungen auf bestimmte Personen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z. 1 und 2 oder auf bestimmte Tätigkeits- und Sachbereiche im Sinne des § 74 Abs. 2 Z. 3 bis 5 nicht auszuschließen seien, auch wenn es sich um Auswirkungen handle, die für gewerbliche Betriebsanlagen nicht spezifisch seien, sondern auch ohne Zusammenhang mit solchen Anlagen auftreten könnten. Tatbestandselement nach § 74 Abs. 2 sei eben die mit gewerblichen Betriebsanlagen verbundene konkrete Eignung, die in der zitierten Gesetzesstelle näher bezeichneten Auswirkungen hervorzurufen. Inwiefern eine solche Eignung vorhanden sei, sei in Ansehung gewerblicher Betriebsanlagen nicht nach anderen Gesichtspunkten zu beurteilen, als in Ansehung sonstiger, nicht mit gewerblichen Betriebsanlagen verknüpfter Lebenssachverhalte. Die Genehmigungspflicht trete hinsichtlich einer gewerblichen Betriebsanlage somit auch nicht erst etwa dann ein, wenn eine solche Anlage eine über das Ausmaß einer durch ein "normales Haushaltsgerät" bewirkte hinausgehende Geräuschimmission bei der Nachbarschaft hervorzurufen geeignet sei. Da an der Eignung der Betriebsanlage, die im Gutachten der Amtssachverständigen dargelegten Lärm- und Geruchsbelästigungen zu bewirken, kein Zweifel bestehe, sei die Behörde im Hinblick auf die oben dargelegte Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes gehalten, spruchgemäß zu erkennen. Die Berichtigung des Spruches sei notwendig gewesen, da sich der Bescheid nicht bloß an die Firma, sondern an die unter der Firma zeichnende Kommanditgesellschaft richte.

Einer seitens der Beschwerdeführerin auch dagegen erhobenen Berufung gab der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten mit Bescheid vom 10. Jänner 1990 gemäß § 66 Abs. 4 AVG 1950 keine Folge und bestätigte den

zweitbehördlichen Bescheid aus dessen zutreffenden Gründen, die durch die Berufungsausführungen nicht hätten entkräftet werden können, mit der Maßgabe, daß der Name der Betriebsinhaberin "Konditorei N & Co" zu lauten habe. Ergänzend und zu den Berufungsausführungen wurde bemerkt, gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1973 dürften gewerbliche Betriebsanlagen nur mit Genehmigung der Behörde errichtet oder betrieben werden, wenn sie wegen der Verwendung von Maschinen und Geräten, wegen ihrer Betriebsweise, wegen ihrer Ausstattung oder sonst geeignet seien, .... die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub,

Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen. Wie bereits im zweitbehördlichen Bescheid zutreffend ausgeführt worden sei, sei die Genehmigungspflicht einer Betriebsanlage schon dann gegeben, wenn Gefährdungen, Belästigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 beim Betrieb der Anlage nicht auszuschließen seien. Da gemäß den Angaben der Beschwerdeführerin vom Umfang der Betriebsanlage u.a. auch ein Gastgarten erfaßt sei und die Betriebsanlage gemäß der Beschreibung der Magistratsabteilung 36 vom 2. September 1987 im Erdgeschoß eines mehrstöckigen Objektes untergebracht sei, könnten Belästigungen von Nachbarn im Sinne des § 74 Abs. 2 Z. 2 GewO 1973 ohne jedes weitere Verfahren nicht ausgeschlossen werden und es bestehe daher die Pflicht der Beschwerdeführerin als Betriebsinhaberin, ein Ansuchen um Genehmigung ihrer Betriebsanlage gemäß § 353 leg. cit. zu stellen. Gemäß § 19 Abs. 2 HGB habe die Firma einer "KG" den Namen wenigstens eines Komplementärs mit einem auf das Vorhandensein einer Gesellschaft hinweisenden Zusatz zu enthalten. Aus dieser Bestimmung ergebe sich, daß die Rechtsform einer Gesellschaft in die Firma aufgenommen werden könne, jedoch nicht aufgenommen werden müsse. In diesem Sinne sei daher der Spruch des zweitbehördlichen Bescheides abzuändern gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, der Beschwerde keine Folge zu geben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Ihrem Vorbringen zufolge erachtet sich die Beschwerdeführerin dadurch in ihren Rechten verletzt, daß die belangte Behörde entgegen der Bestimmung des § 74 GewO 1973 festgestellt habe, daß die in Rede stehende Betriebsanlage genehmigungspflichtig sei. Sie bringt hiezu unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes bzw. einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften vor, sie betreibe an dem in Rede stehenden Standort einen Gastgewerbebetrieb in der Betriebsart einer Kaffee-Konditorei. Der Betrieb bestehe seit vielen Jahren, ohne daß sie aufgefordert worden sei, eine Betriebsanlagengenehmigung zu beantragen. Im Jahre 1987 sei das Magistratische Bezirksamt für den 1./8. Bezirk zur Kenntnis gekommen, daß eine Betriebsanlagengenehmigung nicht vorliege und habe sie aufgefordert, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Da sie auf dem Standpunkt gestanden sei, daß eine Betriebsanlagengenehmigung nicht notwendig sei, habe sie gemäß § 358 GewO 1973 die Feststellung beantragt, daß eine Genehmigungspflicht der Betriebsanlage nicht vorliege. Die Unterbehörden hätten lediglich festgestellt, daß vor der Konditorei ein Schanigarten betrieben werde, welcher nur sechs Tische aufweise, daß dieser Schanigarten nur von Montag bis Samstag von 7.00 Uhr bis 19.30 Uhr und an Sonn- und Feiertagen von 9.00 Uhr bis 19.00 Uhr betrieben werde, und daß weiters der Betrieb nur im Sommer erfolge. Keine Feststellungen hätten die Unterbehörden aus den Gutachten der Amtssachverständigen der MA 36 und der MA 15 getroffen, die angegeben hätten, daß infolge der kurzen Öffnungszeit im Schanigarten keine Belästigungen von Nachbarn eingetreten seien und infolge dieser festgelegten Sperrstunden von einer Genehmigungspflicht abgesehen werden könne. Bei diesen Feststellungen hätte in rechtlicher Hinsicht gefolgt werden können, daß eine Beeinträchtigung der Anrainer auszuschließen sei. Die Frage des Ausschlusses der Belästigung von Anrainern sei auf die gegenwärtige Betriebsform einer Betriebsstätte abzustellen. Die abstrakte Möglichkeit, die Betriebsstätte in einer anderen Betriebsform zu betreiben, sei nicht geeignet, eine Genehmigungspflicht herbeizuführen. Sollte man sich dieser Ansicht anschließen, dann wären schlechthin sämtliche Betriebe genehmigungspflichtig. In diesem Fall hätte es sich der Gesetzgeber ersparen können, bestimmte Voraussetzungen für die Genehmigungspflicht von Betriebsanlagen zu normieren. Weiters stünden die Behörden auf dem Standpunkt, daß eine "Genehmigungspflicht nur dann vorliege, wenn Belästigungen auszuschließen" seien. Sie hätten festgestellt, daß zwei Kleinbacköfen, eine Espressomaschine, eine Geschirrspülmaschine sowie Kühleinrichtungen verwendet würden. Die WC-Anlagen würden mechanisch entlüftet. Weiters hätten sie die bereits angeführten Feststellungen in Ansehung des Schanigartens getroffen. Die Norm des § 74 GewO 1973 sei aber nur so zu verstehen, daß die konkrete Möglichkeit der Belästigungen gegeben sein müsse, und

zwar ausgehend von der festgestellten Betriebsart und den festgestellten Betriebsmitteln. Wenn man allerdings von dieser festgestellten Betriebsart und den Betriebsmitteln ausgehe, so sei eine im § 74 GewO 1973 aufgezeigte Belästigung nicht möglich. In der Gewerberechtsnovelle, die mit 1. Jänner 1989 in Kraft getreten sei, sei offenbar auf die bestehende Rechtsunsicherheit Bedacht genommen worden. Gemäß § 359 b GewO 1973 sei ein Genehmigungsverfahren immer dann nicht erforderlich, wenn die Betriebsflächen nicht mehr als 150 m<sup>2</sup> betragen, die elektrische Anschlußleistung der zur Verwendung gelangenden Maschinen und Geräte 50 kW nicht übersteige und Maschinen zur Anwendung gelangten, die üblicherweise in Privathaushalten Verwendung fänden. Nach den geltenden Bestimmungen der Gewerbeordnung 1973 sei auch eine Betriebsanlagengenehmigung immer dann nicht erforderlich, wenn gemäß § 76 GewO 1973 Maschinen und Ausstattungen verwendet würden, die für sich allein die Genehmigungspflicht einer Anlage nicht begründeten.

Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, die Beschwerde zum Erfolg zu führen.

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, die in den Z. 1 bis 5 dieser Gesetzesstelle angeführten Gefährdungen, Belästigungen oder nachteiligen Einwirkungen herbeizuführen.

Die Genehmigungspflicht ist also schon dann gegeben, wenn das Auftreten der im § 74 Abs. 2 Z. 1 bis 5 leg. cit. genannten Gefährdungen, Belästigungen oder nachteiligen Einwirkungen beim Betrieb der Anlage nicht ausgeschlossen werden können (vgl. hiezu u.a. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 1980, Slg. N.F. Nr. 10.046/A). Hiebei liegt eine Genehmigungspflicht auch in solchen Fällen vor, in denen es um Auswirkungen geht, die für den Gewerbebetrieb nicht spezifisch sind und die auch ohne Zusammenhang mit einer Betriebsanlage auftreten können (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 24. April 1981, Slg. N.F. Nr. 10.432/A - nur Rechtssatz).

Gemäß § 359b GewO 1973 - enthalten im Abschnitt i) Verfahren betreffend Betriebsanlagen des IV. Hauptstückes - hat die Behörde, wenn der Genehmigungswerber in seinem Ansuchen und dessen Beilagen (§ 353) nachweist, daß 1) jene Maschinen, Geräte und Ausstattungen der Anlage, deren Verwendung die Genehmigungspflicht begründen könnte, ausschließlich solche sind, die in Verordnungen gemäß § 76 Abs. 1 oder Bescheiden gemäß § 76 Abs. 2 angeführt sind, oder die nach ihrer Beschaffenheit und Wirkungsweise vornehmlich oder auch dazu bestimmt sind, in Privathaushalten verwendet zu werden, oder

2) das Ausmaß der der Betriebsanlage zur Verfügung stehenden Räumlichkeiten und sonstigen Betriebsflächen insgesamt nicht mehr als 150 m<sup>2</sup> beträgt, die elektrische Anschlußleistung der zur Verwendung gelangenden Maschinen und Geräte (50 kW) nicht übersteigt und auf Grund der geplanten Ausführung der Anlage zu erwarten ist, daß Gefährdungen, Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 oder Belastungen der Umwelt (§ 69a) vermieden werden, mit Bescheid diese Beschaffenheit der Anlage festzustellen und erforderlichenfalls Aufträge zum Schutz der gemäß § 74 Abs. 2 wahrzunehmenden Interessen zu erteilen; dieser Bescheid gilt als Genehmigungsbescheid für die Anlage.

Ausgehend von dieser Rechtslage kann aber der Meinung der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, daß die Genehmigungspflicht einer Betriebsanlage im Sinne des § 74 Abs. 2 GewO 1973 dann nicht gegeben wäre, wenn die inhaltlichen Tatbestandsvoraussetzungen des § 359b GewO 1973 zuträfen, da es sich bei der letztangeführten Bestimmung lediglich um die Anordnung eines vereinfachten Genehmigungsverfahrens bei Zutreffen der dort normierten tatbestandsmäßigen Voraussetzungen handelt (vgl. hiezu auch EB in 341 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XVII. GP), und ein nach dieser Gesetzesstelle ergangener - positiver - feststellender Bescheid gemäß deren letztem Halbsatz in seiner Rechtswirkung einen Genehmigungsbescheid darstellt, dessen Rechtskraft somit gleichfalls für eine zulässige Inbetriebnahme der Anlage Voraussetzung wäre (vgl. hiezu die entsprechenden Darlegungen im hg. Erkenntnis vom 6. Februar 1990, Zl. 89/04/0110).

Eine Rechtswidrigkeit liegt daher nicht vor, wenn die belangte Behörde schon im Hinblick auf die dargestellte Situierung der in Rede stehenden Anlage und die dort verwendete maschinelle Einrichtung, so insbesondere die mechanische Entlüftung der WC-Anlagen und die Lüftung des Verkaufsraumes mittels Fensterventilatoren, die Genehmigungspflicht nach § 74 Abs. 2 GewO 1973 als gegeben erachtete. In diesem Zusammenhang ist auch auszuführen, daß, wie der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 14. November 1989, Zl. 89/04/0047, u.a. dargelegt hat, durch den im § 77 Abs. 1 GewO 1973 in der Fassung der Gewerberechtsnovelle 1988

verwendeten Begriff "vermieden" kein geringerer Vorsorgegrad normiert wurde als nach der bisherigen Rechtslage. Ausgehend davon kann aber der belangten Behörde auch kein Verfahrensmangel in Ansehung der den Bescheidabspruch tragenden Feststellungen angelastet werden, die im Sinne des Beschwerdevorbringens ohnedies lediglich die gegenwärtige Betriebsform der Konzession betreffen, und es insbesondere auch für die rechtliche Beurteilung der Tatbestandsvoraussetzungen einer Genehmigungspflicht nicht maßgeblich ist, ob es bisher auch tatsächlich schon zu Nachbarbeschwerden gekommen ist oder nicht.

Die Beschwerde erweist sich somit im Rahmen des dargestellten Beschwerdepunktes als unbegründet. Sie war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen, wobei von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden konnte.

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

**Schlagworte**

Bescheidcharakter Bescheidbegriff Bejahung des Bescheidcharakters

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1990:1990040072.X00

**Im RIS seit**

25.09.1990

**Zuletzt aktualisiert am**

01.06.2010

**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)