



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38610
Telefax: (43 01) 4000 99 38610
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: 1) VGW-122/043/6978/2019-18
Ing. A. B.

Mur

GZ: 2) VGW-122/V/043/6979/2019
Dr. C. D.

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag.^a Kovar-Keri über die Beschwerde 1) des Herrn Ing. A. B. und 2) der Frau Dr. C. D., beide wohnhaft in Wien, E.-Straße 1a, gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt ..., vom 06.06.2018, Zahl ..., mit welchem die Anzeige der F. GmbH als nachbarneutrale Änderung im Sinne des § 81 Abs. 2 Z 7 GewO 1994 zur Kenntnis genommen wurde,

zu Recht erkannt:

I. Gemäß § 28 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG wird der Beschwerde keine Folge gegeben und der angefochtene Bescheid bestätigt.

II. Gemäß § 25a Abs. 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 – VwGG ist die ordentliche Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 Bundesverfassungsgesetz – B-VG an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

Entscheidungsgründe

Ad I.

Die Gewerbebehörde hat einen Bescheid mit nachfolgendem Inhalt erlassen:

„Gemäß § 345 Abs.6 GewO 1994 in Verbindung mit § 81 Abs.3 leg.cit. wird die Anzeige von der F. GmbH vom 21.12.2017 (zuletzt korrigiert am 23.01.2018) über die Änderung der mit rechtskräftigem Bescheid vom 26.11.2010, GZ: MBA .../2009, in der Fassung des Berufungsbescheides ... vom 26.11.2010 und mit rechtskräftigem Folgebescheid, vom 25.11.2011, GZ: MBA .../2011, genehmigten Betriebsanlage in Wien, E.-Straße 1b, nach Maßgabe des mit Kollaudierungsvermerk versehenen Planes und der Beschreibung der Änderung, die einen Bestandteil dieses Bescheides bilden, als nachbarneutrale Änderung im Sinne des § 81 Abs.2 Z 7 GewO 1994 zur Kenntnis genommen.

Beschreibung der Änderung der Betriebsanlage:

Es wurden die Lüftungsanlage, diverse Kühlanlagen und Klimageräte der Betriebsanlage erneuert.“

Dagegen langte die form- und fristgerecht eingebrachte Beschwerde der beiden beschwerdeführenden Personen mit folgendem Wortlaut ein:

„I. Formale Voraussetzungen der Beschwerde

Die Beschwerdeführer sind unmittelbar an die Betriebsanlage der mitbeteiligten Partei angrenzende Nachbarn. Ihre Parteistellung im Anzeigenänderungsverfahren, in dem der bekämpfte Bescheid erlassen wurde, ergibt sich aus der Judikatur des VfGH (B606/11 vom 1.3.2012). Demnach kommt den Nachbarn in einem Anzeigenänderungsverfahren ein rechtliches Interesse an der Überprüfung der Voraussetzungen zur Durchführung eines bloßen Anzeigeverfahrens und daher eine auf die Beurteilung dieser Frage beschränkte Parteistellung hinsichtlich dieser Frage zu. Dieser Rechtsprechung hat sich auch der VwGH angeschlossen (12.9.2016, Ro 2015/04/0018). Durch die Wahl des Anzeigenänderungsverfahrens sind die Beschwerdeführer in ihren subjektiven öffentlichen Rechten verletzt.

Die Beschwerde ist rechtzeitig eingebracht. Die Nachbarn erfuhren erstmals in der Verhandlung vom 4.3.2019 betreffend eine umfangreichere Betriebsanlagenänderung infolge eines Zubaus von der Existenz einer Änderungsanzeige aus dem Jahr 2018. In dieser Verhandlung deutete die Behörde an, dass diese Änderung die Klima- und Lüftungsanlagen betreffen haben soll. Mit der Zustellung des Verhandlungsprotokolls am 7.3.2019 wurde den Nachbarn die darin angeführte Geschäftszahl und das Datum des zur Änderungsanzeige ergangenen Feststellungsbescheids bekannt. Am 8.3.2019 beantragten die Nachbarn die Zustellung dieses Bescheids im Rahmen ihrer (beschränkten) Parteistellung im Anzeigenänderungsverfahren (siehe Antrag im

Akt). Am 25.4.2019 wurde den Nachbarn dieser Bescheid gemeinsam mit der Änderungsanzeige vom 21.12.2017 sowie dem dieser Anzeige von der Anzeigerin zugrunde gelegten Sachverständigengutachten vom 17.7.2017 und einer kurzen Zusammenfassung des Sachverhalts durch die Behörde („Verständigung“ datiert mit 17.4.2019) zugestellt, sodass sie Kenntnis vom Inhalt erlangen konnten. Daher entfaltet der Feststellungsbescheid vom 6.6.2018 gegenüber den Beschwerdeführern erst ab der Zustellung am 25.4.2019 Wirkungen und ist die Frist zur Erhebung einer Beschwerde dagegen durch die Nachbarn noch offen.

II. Sachverhalt

Die erstmalige Genehmigung der Betriebsanlage im Standort Wien, E.-straße 1b, in welcher die F. GmbH ein Gastgewerbe betreibt, wurde mit Bescheid vom 16.8.2010, GZ MBA .../09 (rechtskräftig 26.11.2010; Beilage ./1) erteilt. Nach diesem Bescheid bzw. der darin enthaltenen Beschreibung der Betriebsanlage sollen Lüftungs-, Kühl- und Klimaanlage auf dem Dach des Betriebsgebäudes betrieben werden.

Im Juni 2016 fanden Renovierungs- bzw. Erneuerungsarbeiten am Dach des Betriebsgebäudes statt. Dabei wurden auch die ursprünglich angebrachten schwingungsdämpfenden Lagerungen („Puffer“) für Lüftungskanäle und -gehäuse verändert und die Anlage ist augenscheinlich nicht mehr so wie zuvor schwingungsgelagert (siehe Beilage ./2).

Die Nachbarn (Beschwerdeführer) erhoben im September 2016 erstmals eine Beschwerde wegen nächtlicher Lärmbelästigung. Der Lärm weicht sowohl von der Lautstärke als auch von der Tonlage/Frequenz und Intensität erheblich von der bisherigen im ordentlichen Betrieb (von 2009 bis Mitte 2016) ab. Er ist vor allem in der Nacht zwischen 20 Uhr Abend und 6 Uhr Früh, und zwar als durchgehendes Geräusch, wahrnehmbar.

In einer Augenscheinverhandlung am 18. November 2016 wurde eine behördliche Messung durchgeführt und festgestellt, dass die Kühlaggregate auf dem Dach die genehmigten Schalldruckpegel um 11 dB (A) überschreiten und insoweit ein konsensloser Betrieb vorliegt (s. Protokoll der Verhandlung vom 18.11.2016, Beilage ./3).

Da die Nachbarn auch weiterhin in der Nacht durch Lärmstörungen am Schlaf gehindert waren, erstatteten sie weitere Meldungen an die Gewerbebehörde. Am 17.3.2017 erfolgte eine Lärmmessung durch die Behörde (unter Beiziehung von Amtssachverständigen) in der Wohnung der Nachbarn sowie in der Betriebsanlage. Da sich die Lärmbelastungen für die Nachbarn nicht besserten, erfolgten weitere Beschwerden und eine behördliche Lärmmessung am 2.9.2017. Bei den Messungen wurde ein Schallpegelmessgerät eingesetzt, um (lediglich) den Dauerschallpegel in dB (A) Werten zu bestimmen. Der Frequenzbereich des Luftschalls wurde jedoch vor Ort nicht bewertet bzw. analysiert. Am 25. Jänner 2018 erfolgte tagsüber eine Körperschallmessung in der Wohnung der Nachbarn. Die Nachbarn erhielten jeweils nur die mündliche Auskunft, dass keine relevanten Messwerte ermittelt werden hätten können.

Im April 2018 startete die Anlagenbetreiberin mit einem zweigeschossigen Zubau (zusätzlicher Gastraum und Büro). Das gewerberechtliche Verfahren (GZ ...-2018, MBA) ist noch offen, die Einreichunterlagen waren in der letzten

Verhandlung noch nicht vollständig. In diesem Verfahren fanden bislang 2 Verhandlungen statt (22.11.2018, 4.3.2019), eine dritte ist für Anfang Juni anberaumt.

Die Frage, was in Hinblick auf die Änderungsanzeige vom 21.12.2017 tatsächlich zulässiger Inhalt des gewerberechtlichen Konsenses ist (insbesondere welche höchstzulässigen Emissionswerte für die Lüftungsanlage, welche Klimaanlage mit welchen höchstzulässigen Emissionswerten als genehmigt gelten), hat entscheidende Bedeutung für die Beurteilung der Genehmigungsvoraussetzungen und den Schutz der rechtlichen Interessen der Nachbarn im Sinne des § 74 Abs 2 GewO 1994 in diesem derzeit anhängigen Betriebsanlagenänderungsverfahren (GZ ...-2018, MBA). In diesem Verfahren ist die Änderung der bestehenden Lüftungsanlage (Erweiterung auf eine zusätzliche Vorbereitungsküche, Erhöhung der Luftmenge, Keilriementausch), die Errichtung einer neuen Lüftungsanlage auf dem Dach des zusätzlich errichteten Gastraumes sowie die Errichtung einer neuen Klimaanlage (Torluftschleier) beantragt. Erst in der 2. Verhandlung erfuhren die Nachbarn, dass 2018 offenbar eine Änderungsanzeige betreffend die Lüftungs- und Klimaanlage eingebracht worden sein soll (siehe oben zur Rechtzeitigkeit). Diese Anzeige sowie der dazu ergangene Bescheid sind nunmehr Gegenstand der vorliegenden Beschwerde.

III. Begründung der Verletzung der Nachbarn in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten

Seit 2012 ist durch den VfGH klargestellt, dass die Nachbarn eine beschränkte Parteistellung hinsichtlich der Wahl des Anzeigeverfahrens durch die Behörde haben. Im vorliegenden Fall war die Wahl des Anzeigeverfahrens unter anderem aus den folgenden Gründen rechtswidrig.

Inhalt und Umfang der tatsächlichen Betriebsanlagenänderung sind in der Änderungsanzeige (bezeichnet als „Änderungsmitteilung“) der Anlagenbetreiberin (bezeichnet als „Bauwerberin“) vom 21.12.2017 nicht eindeutig dargelegt. In der „Kurzbeschreibung der Änderungen“ (Seite 3 der „Änderungsmitteilung“) wird lediglich ausgeführt:

- „die Geräte (Lüftungsanlage, diverse Kühlanlagen sowie Klimageräte) sind nicht mehr neu und dadurch haben sich Veränderungen in den Emissionen ergeben“;
- „neben üblicher Wartungs- und Reparaturarbeiten sowie Austausch von defekten Anlagenteilen wurden keine Änderungen vorgenommen“;
- „die Geräte 1-3 werden auf max. Leistung rund um die Uhr betrieben“; (Anmerkung: dies betrifft die genehmigten Kühl- und Lüftungsanlagen)
- „die Geräte 4-6 werden von 6-22 Uhr auf maximaler Leistung betrieben, von 22-6 Uhr werden diese nicht in Betrieb sein“ (Anmerkung: dies betrifft genehmigte und nicht genehmigte Klimageräte).

Im beigelegten Gutachten eines Sachverständigen vom 17.7.2017 werden einerseits Emissionen und Immissionen von bereits genehmigten Lüftungs-, Kälte- und Klimaanlage gemessen bzw. berechnet, andererseits aber auch von zusätzlichen Klimageräten, die von den bisherigen Genehmigungsbescheiden nicht erfasst waren (dies betrifft Gerät 6 zur Gänze und 1 zusätzliches Aggregat bei Gerät 5). In der zusammenfassenden Beurteilung des Sachverständigen (S. 8

unten des Gutachtens vom 17.7.2017), schlägt dieser vor, „den Betrieb der Haustechnikanlagen am Flachdach in schalltechnischer Hinsicht zu genehmigen“.

Die Behörde führte zur Änderung der Betriebsanlage in ihrem Feststellungsbescheid vom 6.6.2018 lediglich aus, dass „die Lüftungsanlage, diverse Kühlanlagen und Klimageräte erneuert wurden“. Auch aus diesem Bescheid lässt sich der eigentliche Inhalt und Umfang der angestrebten Anlagenänderung nicht erschließen. Jedenfalls bildet aber dieser Bescheid einen Bestandteil des Genehmigungsbescheides (§ 345 Abs 6 GewO) und sollte damit als Grundlage zur Beurteilung des gewerberechtlichen Konsenses tauglich sein.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist es unzulässig, dem Begehren der Partei eine Deutung zu geben, die aus dem Wortlaut des Begehrens nicht unmittelbar geschlossen werden kann (Erkenntnis vom 27.9.2000, 98/04/0093). Bei einer Auslegung der „Änderungsmitteilung“ nach dem maßgeblichen Wortlaut ergibt sich aber nicht zweifelfrei, welche konkreten, den Genehmigungsbescheid abändernden Änderungen angestrebt werden. Der VwGH (Erk. wie oben) hat auch bereits festgestellt, dass die bloße Vorlage eines Gutachtens nicht als eine Änderung (gemeint: des Parteiantrags) aufgefasst werden kann, weil ein solches nicht als Willensäußerung der Partei qualifiziert werden kann, sondern dazu dient, Tatsachen zu erheben und aus diesen Tatsachen tatsächliche Schlussfolgerungen zu ziehen. Somit ist die „Änderungsmitteilung“ in der vorliegenden Form schon aus diesen Gründen nicht tauglich, von der Behörde als nachbarneutrale Änderung zur Kenntnis genommen zu werden.

Die Behörde geht jedoch offenbar davon aus, dass nach Durchführung des Anzeigenänderungsverfahrens (Bescheid vom 6.6.2018) im Vergleich zum ursprünglichen Genehmigungsbescheid von 16.8.2010 weitere Klimageräte Bestandteil des gewerberechtlichen Konsenses sind (siehe zu Punkt IV der Ausführungen in der Verständigung vom 17.4.2019 an die Nachbarn). Weiters erteilte die Behörde in der Verhandlung vom 4.3.2019 betreffend Einwendungen der Nachbarn gegen eine weitere Betriebsanlagenänderung (GZ ...-2018, MBA) den Nachbarn die (mündliche) Auskunft, dass sich die zulässigen Schalldruckpegel der bestehenden Lüftungs-, Kühl- und Klimaanlage bereits infolge einer Änderungsanzeige 2018 geändert (erhöht) hätten. Ein solcher umfassender Inhalt und Umfang lässt sich aber weder der Änderungsanzeige entnehmen, noch ist er zulässiger Gegenstand eines Anzeigenänderungsverfahrens.

a) Erhöhung der zulässigen Schalldruckpegel der bestehenden Lüftungs-, Kälte- und Klimaanlage

Eine angestrebte Erhöhung der zulässigen Schalldruckpegel wird in der eigentlichen Änderungsanzeige gar nicht erwähnt. Es wird nur angeführt, dass „die Lüftungsanlage und diverse Kühlanlagen sowie Klimageräte andere Schallleistungen aufweisen als genehmigt und sich Veränderungen in den Emissionen ergeben haben, weil die Geräte nicht mehr neu sind“.

Aus dem beigelegten Sachverständigengutachten vom 17.7.2017 ergibt sich im Vergleich zum bestehenden gewerberechtlichen Konsens (lt. Genehmigungsbescheid vom 16.8.2010), dass

- die Kühlanlage den genehmigten Schalldruckpegel von 48 dB (A) um 1 dB (A)
- die Lüftungsanlage (AUL-Gitter) den genehmigten Schalldruckpegel von 44 dB (A) um 9 dB (A)
- und die Lüftungsanlage (FOL-Kanal/Gehäuse) den genehmigten Schalldruckpegel von 44 dB (A) um 3 dB (A)

überschreitet. Wie erwähnt schlägt der Sachverständige vor, „den Betrieb in schalltechnischer Hinsicht zu genehmigen“ (S. 8 unten des Gutachtens vom 17.7.2017).

Der Betrieb dieser Lüftungs- und Kühlanlagen wurde bereits mit Bescheid vom 16.8.2010 unter Einhaltung genau festgelegter Emissionswerte genehmigt. Die bloße Überschreitung dieser Emissionswerte stellt keine taugliche Änderung einer Betriebsanlage dar. Die Durchführung von „Wartungs- und Reparaturarbeiten“ stellt keine Änderung der Anlage dar, sondern dient ihrer Wiederherstellung bzw. Aufrechterhaltung.

Der „Austausch defekter Anlagenteile“ kann allenfalls eine genehmigungsfreie Änderung nach § 81 Abs 2 Z 5 GewO 1994 begründen. Dabei müsste jedoch ausgeschlossen werden können, dass durch den bzw. nach dem Austausch Nachbarn belästigt werden könnten (Gleichartigkeit der ausgetauschten Anlagenteile). Aufgrund der im Gutachten ausgewiesenen Überschreitungen der genehmigten Schalldruckpegel ist diese Voraussetzung nicht erfüllt. Der „Austausch defekter Teile“ dient ja gerade dazu, die einwandfreie Funktion der Anlage entsprechend dem genehmigten Stand der Technik und den genehmigten Schallpegelwerten wiederherzustellen. Die Erweiterung der Genehmigung auf höhere zulässige Emissionswerte infolge des Austausches (wie nach der mündlichen Auskunft der Gewerbebehörde in der Verhandlung vom 4.3.2019 mit der Anzeige intendiert) würde dagegen eine Verringerung des Standes der Technik der Anlage bewirken. Dies ist aber nicht zulässig. Das Argument, die Emissionserhöhung sei „nachbarneutral“ im Sinne von § 81 Abs 2 Z 7 GewO 1994, kann hier nicht greifen, da der Emissionserhöhung gar keine Änderung der Betriebsanlage, ihrer Betriebsweise oder ihres Umfangs zugrunde liegt.

Nach der Rechtsprechung des VwGH enthält § 81 GewO 1994 keine gesetzliche Ermächtigung, nachträglich die Abstandnahme von der Herstellung des dem Genehmigungsbescheid entsprechenden Zustandes (hier der Einhaltung bestimmter Emissionswerte) zu bewilligen. Diese Gesetzesstelle ermächtigt somit nicht, die erteilte Genehmigung abzuändern oder zu beheben und insofern die bestehende bescheidmäßige Regelung einer Reform zu unterziehen (hier durch Erhöhung der zulässigen Emissionswerte), sondern lediglich eine bisher bescheidmäßig nicht geregelte Sache einer solchen Regelung (erstmalig) zu unterziehen (VwGH 27.9.2000, 98/04/0093; 19.3.1996, 95/04/0115). Eine bisher nicht geregelte Sache wird aber gar nicht angezeigt.

Eine bloße „Veraltung“ von Anlagen und daraus folgende Überschreitung genehmigter Schalldruckpegel ist somit kein zulässiger Änderungsinhalt. § 81 GewO 1994 ermächtigt nicht zu einer nachträglichen Abstandnahme vom Genehmigungsbescheid im Sinne einer Überschreitung der genehmigten Schalldruckpegel. Eine Genehmigung höherer Schalldruckpegel für bestehende Anlagen ohne Änderung der Anlage an sich ist nicht zulässig. Somit sind die bisher mit Genehmigungsbescheid vom 16.8.2010 festgelegten Schalldruckpegel

für die Lüftungs- und Kühlanlagen weiterhin gültig. Es liegt die Vermutung nahe, dass der Betrieb seit der durchgeführten Messung im Februar 2017 nicht konsensgemäß erfolgt.

Sollten die erhöhten Schalldruckpegel doch aus einer Änderung der Anlage resultieren, können sie aufgrund der erfolgten Anzeige jedenfalls nicht als nachbarneutral gemäß § 81 Abs 2 Z 7 GewO 1994 qualifiziert werden. Das beigelegte Gutachten vom 17.7.2017 erweist sich schon nach dem Hausverstand nicht als schlüssig und damit nicht als taugliche Grundlage zur Beurteilung der Nachbarneutralität (siehe dazu die Ausführungen unter Punkt III.b, insbesondere Inaktualität des Gutachtens vom 17.7.2017 im Beurteilungszeitpunkt, die unschlüssige Annahme einer „Schallabminderung durch Abschirmung der Lüftungs- und Kühlanlagen durch die Lüftungskanäle“, Unschlüssigkeit der berechneten Schallimmissionen an den angenommenen Immissionspunkten, Messung bzw. Bestimmung der als zulässig angestrebten Emissionswerte lediglich in einem Zeitraum von 2 Stunden).

Zusammenfassend folgt, dass die Durchführung eines Anzeigenänderungsverfahrens hinsichtlich einer (bloßen) Erhöhung der Schalldruckpegel für die bestehenden Lüftungs- und Klimaanlageanlagen unzulässig war. Die Beschwerdeführer wurden als Nachbarn in ihrem Recht auf die Wahl des Anzeigenänderungsverfahrens lediglich bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen nach § 81 Abs 2 GewO 1994 verletzt. Ein Bescheid gem. § 345 Abs 6 GewO 1994, mit dem diese Anzeige zur Kenntnis genommen wird, hätte nicht ergehen dürfen; vielmehr hätte die Behörde nach § 345 Abs 5 vorgehen müssen und die Ausübung der angezeigten Änderung untersagen müssen.

b) zusätzliche Klimaanlageanlagen und geänderte Betriebszeiten hinsichtlich sämtlicher Klimaanlageanlagen

Die angestrebte Inbetriebnahme weiterer Klimaanlageanlagen ergibt sich nicht aus dem Wortlaut der Änderungsanzeige vom 21.12.2017 und ist auch sonst aus den Beilagen nicht eindeutig ersichtlich. Erst aus einem Vergleich der beigelegten Planskizze mit dem Genehmigungsbescheid von 16.8.2010 ist erkennbar, dass die als Geräte 4-6 bezeichneten Klimageräte auch zusätzliche, bisher nicht genehmigte Geräte umfassen. Konkret betrifft dies ein weiteres Aggregat des bestehenden Außengerätes im Bereich G.-Gasse für die Klimatisierung des Raucher- und Nichtraucherbereiches (s. Bescheid vom 16.8.2010: 2 Aggregate dieses Außengerätes angeführt; s. Planskizze: Gerät 5; s. Gutachten vom 17.7.2017 S. 5: Klimageräte alt = 6 Ventilatoren, also 3 Außengeräte; s. auch Beilage ./4) sowie das Klimagerät auf dem Lager (s. Planskizze: Gerät 6; siehe Gutachten vom 17.7.2017 S. 5: Klimagerät neu).

Der Betrieb der Klimaanlageanlagen soll lt. der „Änderungsmitteilung“ von 6-22 Uhr erfolgen. Dies wäre eine Abänderung des bisherigen Konsenses (s. Genehmigungsbescheid vom 16.8.2010: während der Betriebszeiten von 9-2 Uhr). Ein Betrieb der Klimaanlageanlagen ist damit auch außerhalb der allgemeinen Betriebszeiten angestrebt. Die Notwendigkeit eines Betriebes ab 6 Uhr, 3 Stunden vor der genehmigten Öffnungszeit und 5 Stunden vor dem regelmäßigen Gastbetrieb, ist nicht nachvollziehbar.

Nach der Rechtsprechung des VwGH (Erkenntnis vom 27.9.2000, 98/04/0093) kann die in einem früheren Genehmigungsbescheid festgesetzte Betriebszeit

nicht mit einem allein auf Änderung der selben gestützten Antrag nach § 81 GewO 1994 ohne Änderung der Anlage in Ansehung ihres Umfangs oder ihrer Betriebsweise erfolgreich abgeändert werden. Hinsichtlich der bestehenden, bereits genehmigten Klimaanlage (Gerät 4 und zwei Aggregate von Gerät 5) ist daher eine Abänderung ihrer Betriebszeit gar nicht zulässig.

Die zusätzlichen Klimaanlage (Gerät 6 in direkter Linie vor den Schlaf- und Kinderzimmerfenstern der Nachbarn und ein Aggregat von Gerät 5) führen unweigerlich zu einer Erhöhung der Emissionen. Ebenso wären in der Zeit von 6-9 Uhr früh durch den ausgeweiteten Betrieb der Klimaanlage, sogar außerhalb der Öffnungszeiten, höhere Emissionen zu erwarten.

Die Behörde legte der Beurteilung der Nachbarneutralität im Sinne von § 81 Abs 2 Z 7 GewO 1994 das der Änderungsanzeige beigelegte Gutachten vom 17.7.2017 zur Beurteilung der Schallimmissionen beim nächsten Nachbarn zugrunde. Dieses Gutachten lässt jedoch wesentliche schallrelevante Aspekte unberücksichtigt bzw. ist nicht schlüssig.

Die im Gutachten vom 17.7.2017 angeführten Messungen der Emissionen und Berechnungen der Immissionen fanden bereits im Februar 2017 statt. Zum Beurteilungszeitpunkt (Bescheid vom 6.6.2018) waren die Messergebnisse bereits über ein Jahr alt und damit inaktuell. Dies wird noch dadurch verstärkt, dass offenbar in der Zwischenzeit bis zur Erstattung der Änderungsanzeige weitere Anlagenteile mehrmals erneuert bzw. ausgetauscht wurden, und die weiteren Auswirkungen davon nicht in diesem Gutachten erfasst sind. Das Gutachten stellt daher keine taugliche Beurteilungsgrundlage dar.

Die Schallemissionen des Gerätes 5 (das ein zusätzliches Aggregat erhalten soll) wurden laut Schallgutachten vom 17.7.2017 in 6 Meter Entfernung gemessen. Üblicherweise erfolgt eine Messung bzw. zumindest Berechnung der relevanten Emission in 1 Meter Entfernung (siehe auch die Angaben im Bescheid vom 16.8.2010). Damit soll auch die Vergleichbarkeit und Überprüfbarkeit der genehmigten Schalldruckpegel sichergestellt werden. Die Angabe des Schalldruckpegels in 6 Meter Entfernung dagegen erscheint hinsichtlich der Tatsache, dass der gemessene bzw. errechnete Schalldruckpegel Bestandteil des gewerberechtlchen Konsenses werden soll, ungeeignet. Für die Berechnung der Schallausbreitung zu den Immissionspunkten IP1 (Nachbarhaus 1) und IP2 (Nachbarhaus 2) am Grundstück E.-straße 1a wird lediglich angeführt, dass die Entfernung 36 bzw. 27m beträgt. Es ist unklar, ob dies die Entfernung zwischen dem Messpunkt in 6 m Entfernung und den angenommenen Immissionspunkten oder die Entfernung zwischen den Klimageräten und den Immissionspunkten darstellt. Im zweiten Fall würde sich der 6 m Abstand in der Berechnung fälschlicherweise 2 Mal Schall reduzierend auswirken (geringere gemessene Emissionswerte in 6 Meter als in 1 Meter Entfernung und geringere berechnete Immissionswerte durch zu weit angenommene Entfernung von der Schallquelle direkt bis zu den Immissionspunkten).

Beim Gerät 4 (bestehendes Gerät) wird bei der Berechnung der Schallausbreitung zum Nachbarn im Gutachten vom 17.7.2019 (S. 6 und 7: „Klimagerät alt Extrazimmer“) eine Schallreduktion „aufgrund einer Abschirmung durch die Lüftungskanäle“ angenommen. Diese Annahme erscheint nach dem Hausverstand nicht schlüssig. Wie Lüftungskanäle, die selbst Schall abstrahlen

und lediglich ca. 1 m Durchmesser haben, den sich von der Klimaanlage wellenförmig ausbreitenden Schall reduzieren sollen, ist nicht nachvollziehbar.

Das neue Gerät 6 (auf dem Lager) befindet sich in direkter Linie vor den Schlaf- und Kinderzimmerfenstern der Nachbarn, ohne jegliche Einhausung oder Abschirmung (siehe Beilage ./5). Eine Schallreduktion von der Schallquelle (laut Gutachten vom 17.7.2017 mit Emissionen von 53 dB (A)) bis zu den Immissionspunkten um 29 bzw. 34 dB (A) ist nicht nachvollziehbar.

Zudem ist bei einer Messung in der Nacht im Februar nicht davon auszugehen, dass Klimageräte eine volle Kühlleistung erreichen können. Die Anlagen arbeiten im Sommer bei hohen Außen- und Raumtemperaturen auf wesentlich höherem Leistungs- und damit Schallniveau als im Winter bei niedrigen Außen- und Raumtemperaturen. Laut VwGH-Judikatur (zB 31.3.1992, 91/04/0267) ist aber die für die Nachbarn ungünstigste, belastendste Situation zu Grunde zu legen.

Bei einer umfassenden, nachvollziehbaren schalltechnischen Beurteilung ist daher von einer höheren Schallimmission als den berechneten 38 bzw. 31 dB (A) am Immissionspunkt IP1 (siehe Schallgutachten vom 17.7.2018 S. 6 unten) auszugehen.

Zusammenfassend stellt das von der Anlagenbetreiberin vorgelegte Gutachten vom 17.7.2017 keine taugliche Grundlage für die Bejahung der Voraussetzungen der Zulässigkeit des Anzeigenänderungsverfahrens gemäß § 81 Abs 2 GewO 1994 dar. Dies war für die Behörde (und den um Stellungnahme ersuchten Amtssachverständigen) erkennbar.

Den Einreichunterlagen lassen sich keine Ausführungen entnehmen, aus denen sich für die zusätzlichen Klimageräte technische Angaben oder Datenblätter zu den Lärmemissionen, zur Beschreibung und Art der Geräte, zur Füllmenge und zum verwendeten Kältemittel ergeben. Es wurden lediglich an einem Tag (von 0 - 2 Uhr) gemessene Emissionswerte vorgelegt. Diese sind nicht geeignet, automatisch zu den höchstzulässigen Emissionswerten erklärt zu werden. Die notwendige Plausibilisierung und Verifizierung bzw. Falsifizierung der Angaben im Gutachten vom 17.7.2017 zu den an einem Tag gemessenen Emissionswerten (Gutachten S. 5) ist ohne Datenblätter nicht möglich. Zudem wären diese technischen Angaben oder Datenblätter notwendig, um einen geeigneten gewerberechtlichen Konsens zu begründen. Ansonsten könnten die neuen Klimaanlage betrieben werden, ohne dass Füllmengen und Kältemittel festgelegt sind. Die für die Beurteilung durch die Behörde herangezogenen Unterlagen sind daher unvollständig.

Wie oben dargestellt sind die Messungen und Berechnungen im beigelegten Gutachten vom 17.7.2017 in wesentlichen Aspekten schon nach dem Hausverstand erkennbar unschlüssig und unvollständig. Auf Grundlage dieses Gutachtens kann nicht festgestellt werden, dass sich keine nachteilige Beeinflussung des Emissionsverhaltens der Anlage (hinsichtlich des Betriebs der Klimaanlage) zu den Nachbarn ergibt. Dies wäre jedoch Voraussetzung für die Anwendung des Anzeigenänderungsverfahrens.

Die vom beigezogenen Amtssachverständigen angeführte Stellungnahme vom 17.3.2017 zur örtlichen akustischen Situation vom 13.3.2017 (s. Begründung des Bescheids vom 6.6.2018 sowie Verständigung der Nachbarn vom 17.4.2019)

bezieht sich auf eine behördliche Lärmmessung, die unter anderem in der Wohnung der Nachbarn aufgrund ihrer Beschwerden wegen Lärmbelästigung stattfand (siehe oben Punkt II.). Wie die Nachbarn kurz darauf der Behörde per Mail mitteilten (s. Mail vom 20.3.2017, Beilage ./6), war es in dieser Nacht tatsächlich still. Dies stellte eine ungewöhnliche Ausnahme zur sonstigen Situation bei Nacht dar. Denn seit Juni 2016 sind fast jede Nacht belästigende Dauerstörgeräusche ausgehend von der Betriebsanlage wahrzunehmen (siehe die Beschwerden der Nachbarn seit September 2016 im Akt der Gewerbebehörde). Zudem betraf diese Messung lediglich die Lüftungs- und Kühlanlagen. Die Klimaanlage wurden damals nicht aktiviert und waren zu diesem Zeitpunkt teilweise noch gar nicht genehmigt (die Änderungsanzeige betreffend zusätzliche Klimaanlage wurde erst im Dezember 2017 erstattet). Die Methode einer solch kurzfristigen (nicht einmal halbstündigen) Messung erscheint auch nicht geeignet, die in § 81 Abs 2 Z 7 GewO 1994 angeführten Auswirkungen der zusätzlichen Emissionen aus sämtlichen Lüftungs-, Kühl- und Klimaanlage (Gerät 1-6) zu den Nachbarn tatsächlich festzumachen.

Die ebenfalls erwähnte Messung vom 9.2.2017 ist den Beschwerdeführern nicht bekannt.

Die von der Behörde angeführten Unterlagen (s. Verständigung der Nachbarn vom 17.4.2019: Stellungnahme des Sachverständigen der Magistratsabteilung 36-A zum beigelegten Gutachten eines Sachverständigen vom 17.7.2017 sowie zu behördlichen Messungen vom 13.3.2017 und 9.2.2017) ließen eine abschließende Bejahung der Voraussetzungen des Anzeigeänderungsverfahrens durch die Behörde gar nicht zu, weil wesentliche Einflussfaktoren erkennbar unberücksichtigt blieben bzw. fehlerhaft dargestellt wurden. Das Ermittlungsverfahren war daher mangelhaft. Bei Berücksichtigung aller relevanten Einflussfaktoren hätte sich ergeben, dass die Voraussetzungen für ein Anzeigeänderungsverfahren gar nicht vorliegen, da nachteilige Auswirkungen der Änderungen des Emissionsverhaltens der Anlage zu den Nachbarn nicht ausgeschlossen werden können und die Immissionen bei den Nachbarn die Wahrnehmbarkeits- und Nachweisschwelle deutlich übersteigen.

Daher liegt eine Rechtswidrigkeit in der Wahl des Anzeigeänderungsverfahrens vor. Die Beschwerdeführer wurden als Nachbarn in ihrem Recht auf die Wahl des Anzeigenänderungsverfahrens lediglich bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen nach § 81 Abs 2 GewO 1994 verletzt. Ein Bescheid gemäß § 345 Abs 6 GewO 1994, der die Anzeige zur Kenntnis nimmt, hätte nicht ergehen dürfen; vielmehr hätte die Behörde gemäß § 345 Abs 5 festzustellen gehabt, dass die Voraussetzungen für eine Änderungsanzeige nicht vorliegen.

IV. Begehren

Die Beschwerdeführer stellen daher an das Landesverwaltungsgericht Wien die

Anträge,

eine mündliche Verhandlung durchzuführen,

in der Sache selbst zu entscheiden und den Bescheid der belangten Behörde - allenfalls nach ergänzenden Sachverhaltsfeststellungen - abzuändern (sodass die angezeigten Änderungen nicht zur Kenntnis genommen werden und festgestellt

wird, dass die Voraussetzungen nach § 81 Abs 2 Z 7 und Abs 3 GewO 1994 nicht vorliegen),

in eventu den angefochtenen Bescheid aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückzuverweisen.“

Der Betreiberin und dem Arbeitsinspektorat wurde diese Beschwerde zur Kenntnisnahme mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt. Während das Arbeitsinspektorat in seiner Stellungnahme vom 4. Juli 2019 darauf verwies, dass Belange des ArbeitnehmerInnenschutzes nicht betroffen seien, erstattete die Betreiberin kein Vorbringen.

Mit Beschlüssen des Verwaltungsgerichtes Wien vom 25. Juni 2019 wurden Herr DI H. zum gewerbetechnischen Amtssachverständigen und Herr Ing. J. als Amtssachverständiger für Schalltechnik bestellt.

Mit Schreiben vom 8. August 2019 erstattete der gewerbetechnische Amtssachverständige folgendes Gutachten:

„Mit Schreiben vom 3. Juli 2019 wurde der unterzeichnende Sachverständige vom Verwaltungsgericht Wien beauftragt, Befund und Gutachten zu erstellen, ob aus gewerbetechnischer Sicht unter Bezugnahme auf § 74 Abs. 2 GewO 1994 sowie in Hinblick auf die beiliegenden Projektunterlagen die angezeigte Änderung

- eine genehmigungspflichtige Änderung der Betriebsanlage darstellt oder
- eine Änderung darstellt, die das Emissionsverhalten der Anlage zu den Nachbarn nicht nachteilig beeinflusst und die Schutzinteressen des § 74 Abs. 2 Z 1, 3-5 GewO 1994 ausreichend geschützt sind und folglich ein Anzeigeverfahren gemäß § 81 Abs. 2 Z 7 GewO 1994 durchgeführt werden kann oder
- eine Änderung darstellt, die den Einsatz von gleichartigen Maschinen, Geräten oder Ausstattungen iSd § 81 Abs. 2 Z 5 GewO 1994 bzw. eine Änderung, die das Emissionsverhalten der Anlage nicht nachteilig beeinflusst iSd § 81 Abs. 2 Z GewO betrifft.

Befund und Gutachten

Befund

Mit Bescheid vom 16. August 2010, MBA .../09, wurde der F.-GmbH vom Magistratischen Bezirksamt gemäß § 74 GewO 1994 unter Vorschreibung von Auflagen das Gastgewerbe in der Betriebsart eines Restaurants genehmigt.

Dabei wurden folgende für die Anfrage relevanten Anlagen genehmigt:

Die Zuluft (insgesamt 14500 m³/h) wird über Dach (44 dB, A-bewertet in 1 m Entfernung) angesaugt und über das Zuluftsystem in die Räumlichkeiten eingebracht. Die Abluft (14500 m³/h) wird ebenfalls über Dach ausgeblasen

(44 dB, A-bewertet in 1 m Entfernung). Die WC-Anlagen werden über eine eigene Abluftanlage (400 m³/h) über Dach ausgeblasen (43 dB, A-bewertet in 1 m Entfernung). Zur Kühlung der Räumlichkeiten sollen Klimaanlageanlagen installiert werden, wobei sich alle zugehörigen Außengeräte auf dem Flachdach befinden. Das Außengerät (im Bereich des Deckendurchbruches für die Lüftungsanlage) für die Klimatisierung der beiden Extrazimmer (je ein Innengerät) weist einen Schalldruckpegel von 60 dB, A-bewertet in 1 m Entfernung auf. Die Außengeräte (im Bereich G.-Gasse) für die Klimatisierung des Raucherbereiches (Gastraum mit 66 Verabreichungsplätzen, ein Innengerät) und des Nichtraucherbereiches (Gastraum mit 89 Verabreichungsplätzen, drei Innengeräte) weisen einen Schalldruckpegel von je 52 dB, A-bewertet in 1 m Entfernung auf. Weiters werden zwei Kühlzellen und eine Tiefkühlzelle, die allesamt im Lager aufgestellt werden, betrieben. Die zugehörigen Außengeräte (Summenschalldruckpegel 48 dB, A-bewertet in 1 m Entfernung) sollen ebenfalls auf dem Flachdach aufgestellt werden. Die Lüftungsanlage sowie die Kältemaschinen sollen 24 Stunden täglich und die Klimaanlageanlagen sollen während der Öffnungszeiten betrieben werden.

Mit Bescheid vom 06.06.2018, GZ: ...-2017 wurden die Erneuerung der Lüftungsanlage, diverse Kühlanlagen und Klimageräten der Betriebsanlage zur Kenntnis genommen.

Begründet wurde dies auf Grund der Stellungnahme des ASV der MA 36, die folgendes beinhaltet:

Die Immissionen beim schallexponiertesten Wohnnachbarn sind im beigebrachten schalltechnischen Gutachten des DI. Dr. K. vom 17.07.2017 als Immissionspunkt 1 (IP1) und Immissionspunkt 2 (IP2) festgehalten. Die errechneten Immissionen umfassen die Kühlanlage, Lüftungsgerät (AUL Gitter), Lüftungsgerät (FOL-Kanal), Klimagerät alt (Extrazimmer), Klimagerät alt (=6 Ventilatoren) und Klimagerät neu. Das Gutachten erscheint schlüssig und nachvollziehbar und wird daher als Grundlage für die weitere Beurteilung herangezogen.

Unter Berücksichtigung der örtlichen akustischen Situation vom 13.03.2017 zur Nachtzeit (siehe Stellungnahme vom 17.03.2017), vom 09.02.2017 zur Nachtzeit (siehe Stellungnahme vom 10.02.2017) und der Erhebung zur Nachtzeit des DI. Dr. K. kann davon ausgegangen werden, dass die Veränderungen lt. Änderungsmitteilung keine Veränderung der örtlichen akustischen Situation zur Nachtzeit bei den schallexponiertesten Wohnnachbarn darstellt.

Gutachten

Der Bescheid wurde auf Grund der beiliegenden technischen Unterlagen erlassen, aus denen hervorgeht, dass ein Außenteil einer Kühlanlage, zwei Lüftungsanlagen und drei Klimageräte am Flachdach ersetzt wurden. Die Aufstellungsorte der Anlagen inklusive der zugehörigen Schalleistungspegel wurden planlich dargestellt und legen im Akt auf. (siehe Bild 1)

Bild 1 – nicht anonymisierbar

Mit Bescheid vom 16. August 2010, MBA .../09 wurden folgende Anlagen und Geräte am Dach genehmigt:

- Zuluft (insgesamt 14500 m³/h) 44 dB(A) in 1 m
- Abluft (14500 m³/h) 44 dB(A) in 1 m
- WC-Anlagen (400 m³/h) 43 dB(A) in 1 m
- Klimagerät im Bereich des Deckendurchbruches für die Lüftungsanlage für die Klimatisierung der beiden Extrazimmer 60 dB(A) in 1m
- Klimagerät im Bereich G.-Gasse) für die Klimatisierung des Raucherbereiches 52 dB(A) in 1 m
- Klimagerät für Nichtraucherbereich (drei Innengeräte) 52 dB(A) in 1 m
- zwei Kühlzellen und eine Tiefkühlzelle im Keller (Summenschalldruckpegel 48 dB(A) in 1 m

Aus den Projektunterlagen geht hervor, dass sämtliche im Bescheid vom 06.06.2018, GZ: ...-2017 zur Kenntnis genommenen Geräte und Anlagen am Dach in Art und Umfang bereits vorhanden waren.

Im Dachdraufsichtsplan werden die Schalleistungspegel der neuen Geräte und ihre Emissionsorte planlich dargestellt. Aus dem Messbericht des Dr. K. vom 17.7.2017 geht hervor, dass sich die örtliche akustische Situation an den gewählten Immissionspunkten 1 und 2 nicht verändert.

Eine Beurteilung auf Richtigkeit und Schlüssigkeit des schalltechnischen Messberichts erfolgt vom gewerbetechischen ASV nicht, es wird vorgeschlagen diesbezüglich eine Anfrage an einen schalltechnischen ASV zu richten.

Unter der Voraussetzung, dass der schalltechnische Messbericht schlüssig und nachvollziehbar erstellt wurde, ist aus technischer Sicht der Sachverhalt des § 81 Abs. 2, Ziffer 7 Änderungen, die das Emissionsverhalten der Anlage zu den Nachbarn nicht nachteilig beeinflussen und die auf Grund der besonderen Situation des Einzelfalles erwarten lassen, dass überhaupt oder bei Einhaltung der erforderlichenfalls vorzuschreibenden Auflagen Gefährdungen des Lebens oder der Gesundheit von Personen vermieden und Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 3 bis 5 auf ein zumutbares Maß beschränkt werden, erfüllt.“

Mit gutächtlicher Stellungnahme vom 18. September 2019 erläuterte der Amtssachverständige für Schalltechnik Folgendes:

„im Hinblick auf das bereits vorliegende Schreiben des technischen Amtssachverständigen Dipl. Ing. H. darf zum Messbericht des Dr. K. vom 17.7.2017 folgende Beurteilung vorgenommen werden:

Der Messbericht erfasste die örtliche akustische Umgebungssituation und stellt diese repräsentativ dar. Die Emissionen der haustechnischen Anlagen wurden korrekt ermittelt. Aus den ermittelten Emissionsangaben wurde eine Immissionsberechnung in schlüssiger und nachvollziehbarer Weise bei den nächstgelegenen Anrainerrelationen durchgeführt. Die maximalen Emissionen betragen tags/nachts 38/32 dB(A). Sie liegen im vor Ort gemessenen Basispegel zur Nachtzeit.

Die örtliche akustische Umgebungssituation wird bei konsensgemäßem Betrieb nicht nachhaltig verändert.“

Zur Klärung des Sachverhaltes führte das Verwaltungsgericht Wien am 25. September 2019 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch.

Nach Durchführung des Ermittlungsverfahrens (Abhaltung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, Einvernahme der beschwerdeführenden Personen, der Betreiberin der Betriebsanlage, Einholung von Gutachten auf dem Gebiet der Gewerbetchnik und der Schalltechnik sowie Einsichtnahme in den verwaltungsbehördlichen Akt) steht fest:

Mit Bescheid des Magistrats Wien vom 16. August 2010, ZI. MBA .../2009, wurde für die Betriebsanlage in Wien, E.-Straße 1b/G.-Gasse, in welcher seither die F. GmbH das Gastgewerbe in der Betriebsart eine Restaurants ausübt, die Genehmigung gemäß § 77 Abs. 1 iVm § 74 Abs. 2 GewO 1994 erteilt. Dieser Bescheid wurde mit Berufungsbescheid des UVS Wien vom 26. November 2010, GZ: ..., unter Abänderung einer Auflage bestätigt. In weiterer Folge wurden beantragte Änderungen mit Bescheiden vom 14. Mai 2012, ZI. MBA .../2012, und vom 25. November 2011, ZI. MBA .../2011, gemäß § 81 GewO 1994 genehmigt.

Die beschwerdeführenden Personen sind Nachbarn der gegenständlichen Betriebsanlage.

Die F. GmbH zeigte mit Schreiben vom 21. Dezember 2017 die Änderung der Lüftungsanlage, diverser Kühlanlagen und Klimageräte unter Beilegung von Einreichunterlagen an. Die belangte Behörde holte daraufhin eine Stellungnahme eines gewerbetechischen Amtssachverständigen ein, welcher zusammengefasst attestierte, dass die angezeigte Änderung keine Veränderung der örtlichen akustischen Situation zur Nachtzeit bei den schallexponiertesten Wohnnachbarn darstellt. Das ebenfalls miteinbezogene Arbeitsinspektorat erhob keinen Einwand gegen die angezeigten Änderungen. Nachbarn wurden von der belangten Behörde in das Verfahren nicht involviert, vielmehr erging sogleich der angefochtene Bescheid.

Mit Bescheid vom 16. August 2010, ZI. MBA .../09, wurden unter anderem folgende, für das gegenständliche Verfahren maßgebliche Anlagenteile rechtskräftig genehmigt:

- Zuluft (insgesamt 14500 m³/h) 44 dB(A) in 1 m
- Abluft (14500 m³/h) 44 dB(A) in 1 m
- WC-Anlagen (400 m³/h) 43 dB(A) in 1 m
- Klimagerät im Bereich des Deckendurchbruches für die Lüftungsanlage für die Klimatisierung der beiden Extrazimmer 60 dB(A) in 1m
- Klimagerät im Bereich G.-Gasse) für die Klimatisierung des Raucherbereiches 52 dB(A) in 1 m
- Klimagerät für Nichtraucherbereich (drei Innengeräte) 52 dB(A) in 1 m
- zwei Kühlzellen und eine Tiefkühlzelle im Keller (Summenschalldruckpegel 48 dB(A) in 1 m

Im gegenständlichen Verfahren wurde von der F. GmbH der Austausch von bereits bestehenden Geräten, nämlich eines Außenteils einer Kühlanlage, zweier Lüftungsanlagen und dreier Klimageräte am Flachdach an näher bezeichneten Orten, angezeigt.

Die örtliche akustische Umgebungssituation wird bei konsensgemäßem Betrieb nicht nachhaltig verändert.

Diese Feststellungen gründen auf dem Inhalt des behördlichen Aktes, insbesondere den einen Bescheidbestandteil bildenden Einreichunterlagen. Der Aufstellungsort dieser ausgetauschten Geräte ergibt sich aus der der Betriebsbeschreibung angefügten planlichen Darstellung. Dass alle nunmehr ausgetauschten Geräte Gegenstand des ursprünglichen Konsenses sind, gründet auf den jeweiligen Bescheiden samt dazugehöriger Einreichunterlagen und ist durch die Befundaufnahme des gewerbetechischen Amtssachverständigen erwiesen.

Die Feststellung hinsichtlich der mangelnden Veränderung der örtlichen akustischen Umgebungssituation ergibt sich einerseits aus dem von der F. GmbH beigebrachten messtechnischen Untersuchung des DI Dr. K. vom 17. Juli 2017 im Zusammenhalt mit den Ausführungen des Amtssachverständigen für Schalltechnik. Dieses Gutachten ist als schlüssig und nachvollziehbar zu qualifizieren und entspricht den normgemäßen Vorgaben, was durch die Darlegungen des Amtssachverständigen für Schalltechnik bewiesen ist. So konnte er in der mündlichen Verhandlung die von den beschwerdeführenden Personen geäußerten Bedenken entkräften. Er berechnete, dass die Lautstärke des Klimagerätes 5 mit sechs Metern Entfernung keine Verfälschung des Ergebnisses darstellt. Auch die Schallabminderung von -5dB für die Teile der

Lüftungskanäle bzw. Klimageräte wurde korrekt berechnet und entspricht den normgemäßen Vorgaben. Die örtliche akustische Umgebungssituation, welche zum Messzeitpunkt 2017 erhoben wurde, ist weiterhin als repräsentativ zu betrachten, zumal sich kein Hinweis einer nachhaltigen Veränderung ergeben hat. Dies wurde auch von den beschwerdeführenden Personen gar nicht behauptet.

Allen im Verfahren beigebrachten Gutachten sind die beschwerdeführenden Personen nicht auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten.

In rechtlicher Hinsicht folgt daraus:

Ad I.

Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht gemäß § 28 Abs 1 Verwaltungsgerichtsverfahrgesetz – VwGVG, BGBl I Nr 33/2013 idgF, die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

Gemäß Abs 2 dieser Bestimmung hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs 1 Z 1 B-VG dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder
2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV Teiles ... und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- und Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem, dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 81 Abs. 1 GewO 1994 bedarf auch die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung im Sinne der vorstehenden Bestimmungen, wenn es zur Wahrung der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen erforderlich ist. Diese Genehmigung hat auch die bereits genehmigte Anlage so weit zu umfassen, als es wegen der Änderung zur Wahrung der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen gegenüber der bereits genehmigten Anlage erforderlich ist.

Nach § 81 Abs. 2 Z 7 GewO 1994 ist bei Änderungen, die das Emissionsverhalten der Anlage zu den Nachbarn nicht nachteilig beeinflussen und die auf Grund der besonderen Situation des Einzelfalles erwarten lassen, dass überhaupt oder bei Einhaltung der erforderlichenfalls vorzuschreibenden Auflagen Gefährdungen des Lebens oder der Gesundheit von Personen vermieden und Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 3 bis 5 auf ein zumutbares Maß beschränkt werden, eine Genehmigungspflicht nach Abs. 1 jedenfalls nicht gegeben.

Gemäß Absatz 3 dieser Bestimmung sind Änderungen gemäß § 81 Abs. 2 Z 7 GewO 1994 der zur Genehmigung der Anlage zuständigen Behörde vorher anzuzeigen.

Nach § 345 Abs. 6 GewO 1994 hat die Behörde Anzeigen gemäß § 81 Abs. 3 binnen zwei Monaten nach Erstattung der Anzeige mit Bescheid zur Kenntnis zu nehmen, wenn die geforderten Voraussetzungen gegeben sind. Der Bescheid bildet einen Bestandteil des Genehmigungsbescheides. Sind die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, hat die Behörde innerhalb von zwei Monaten nach Erstattung der Anzeige einen Bescheid im Sinne des Abs. 5 zu erlassen. Für die den Anzeigen gemäß § 81 Abs. 3 GewO anzuschließenden Belege gilt § 353 GewO. Mit dem Betrieb der geänderten Betriebsanlage darf erst nach Erlassung des Bescheides im Sinne des ersten Satzes begonnen werden.

Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde und zum Umfang der Parteistellung:

Wie die beschwerdeführenden Personen völlig zutreffend ausführen, kommt den Nachbarn nach der Rechtsprechung des VfGH und VwGH im Anzeigeverfahren

nach § 81 Abs. 3 GewO 1994 eine beschränkte Parteistellung hinsichtlich der Frage, ob die Voraussetzungen für dieses Verfahren überhaupt vorliegen, zu (VfGH vom 1. März 2012, ZI. B 606/11; VwGH vom 12. September 2016, ZI. Ro 2015/04/0018).

Im hier gegenständlichen Verfahren hat die belangte Behörde die beschwerdeführenden Personen nicht miteinbezogen. Sie sind übergangene Parteien, die den gegenständlichen Bescheid erst mittels Verständigung der belangten Behörde vom 17. April 2019 am 25. April 2019 zugestellt bekamen. Die am 8. Mai 2019 eingelangte Beschwerde ist daher als rechtzeitig zu qualifizieren. In ihrer Beschwerde wenden sich die beschwerdeführenden Personen gegen die Wahl des Anzeigeverfahrens nach § 354 Abs. 6 GewO 1994 iVm § 81 Abs. 3 und § 81 Abs. 2 Z 7 GewO 1994. Ihre Beschwerde ist daher auch zulässig.

Sie ist jedoch im Ergebnis nicht begründet.

Zur Sache (Wahl des Verfahrens):

Eingangs ist den beschwerdeführenden Personen Recht zu geben, dass es sich beim Verfahren zur Genehmigung der Änderung einer Betriebsanlage um ein antragsbedürftiges Verfahren handelt und Parteienanträgen seitens der Behörde kein Inhalt unterstellt werden darf, der den im Antrag geäußerten Willen der Partei nicht entspricht.

Nach Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist bei der Beurteilung von Parteienanbringen grundsätzlich der Inhalt des Anbringens, das erkennbare oder zu erschließende Ziel des Parteischrittes maßgebend. Die Anwendung dieses Grundsatzes setzt voraus, dass eine der Auslegung zugängliche Parteierklärung vorliegt und dass der Wille der Partei aus ihrem Vorbringen mit Eindeutigkeit erschlossen werden kann (vgl. VwGH vom 21. Dezember 1992, ZI. 91/03/0328). Zwar sind Parteierklärungen im Zweifel so auszulegen, dass die diese abgebende Partei nicht um ihren Rechtschutz gebracht wird (VwGH vom 16. Dezember 1992, ZI. 89/12/0146), doch ist es bei antragsbedürftigen Verwaltungsakten unzulässig, entgegen dem erklärten Willen der Partei ihrem

Begehren eine Deutung zu geben, die aus dem Wortlaut des Begehrens nicht unmittelbar erschlossen werden kann, mag auch das Begehren, so wie es gestellt worden ist, von vornherein aussichtslos oder gar unzulässig sein (VwGH vom 7. Juli 1986, Zl. 85/10/0132 ua).

Die beschwerdeführenden Personen übersehen in diesem Zusammenhang allerdings, dass der Parteienantrag nicht nur durch das Antrags Schreiben und die Beschreibung der Änderung sowie ein etwaiges Schallschutzgutachten determiniert wird, sondern sich der Inhalt des Parteienantrages aus der Gesamtheit der Einreichunterlagen ergibt. Aus dem Konvolut der Einreichunterlagen ergibt sich jedoch zweifellos, dass Gegenstand des Antrages der Betreiberin die Anzeige der Erneuerung der Lüftungsanlage, von näher bezeichneten Kühlanlagen und Klimageräten ist. Inwieweit die Lüftungsanlage durch welche zu verwendenden Geräte erneuert werden soll, ist in den Einreichunterlagen festgehalten. Die rechtliche Beurteilung dieser Änderung als nachbarneutrale Änderung gemäß § 81 Abs. 2 Z 7 GewO 1994 obliegt der Behörde und muss nicht vom Antragsteller bereits im Antrag vorgenommen werden.

Ebenso erweist sich aus der Tatsache, wonach die mittels Kollaudierungsvermerk versehenen Einreichunterlagen einen Bescheidbestandteil bilden, dass der Spruch des angefochtenen Bescheides als ausreichend konkret zu qualifizieren ist, zumal der Inhalt der angezeigten Änderung und damit der Gegenstand der bescheidmäßigen Zurkenntnisnahme eindeutig erkennbar ist.

Mit der Gewerberechtsnovelle-Novelle 2017, BGBl I Nr. 96/2017, entfiel durch eine Änderung der Bestimmung des § 81 Abs. 3 GewO 1994 mit Wirksamkeit 18. Juli 2017 eine Anzeigepflicht für Änderungen gemäß § 81 Abs. 2 Z 9 GewO 1994, also für Änderungen, die das Emissionsverhalten der Anlage nicht nachteilig beeinflussen.

Die Regelung der Anzeigepflicht des § 81 Abs. 2 Z 7 iVm Abs. 3 GewO 1994 für nachbarneutrale Änderungen ist unverändert aufrecht. Daraus folgt, dass nachbarneutrale Änderungen weder unter § 81 Abs. 2 Z 7 GewO 1994 noch unter § 81 Abs. 2 Z 9 GewO 1994 fallen, sondern nach § 81 Abs. 1 GewO 1994

genehmigungspflichtig sind. Anzeigefrei können nur gänzlich emissionsneutrale Änderungen sein (siehe auch Pinter, Ecolex 2018, 375). Für Nachbarn bedeutet dies, dass für nachbarneutrale Änderungen nach wie vor die Anzeigepflicht und die eingeschränkte Parteistellung der Nachbarn in einem Anzeigeverfahren somit als Schutz besteht bzw. bei nicht nachbarneutralen Änderungen ein Änderungsgenehmigungsverfahren durchzuführen ist (LVWG Salzburg vom 6. November 2018, ZI. 405-2/131/1/19-2018).

Aus den im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eingeholten Gutachten der Amtssachverständigen geht eindeutig hervor, dass es sich um eine Erneuerung von bereits genehmigten Anlagenteilen handelt, die die örtliche akustische Situation der Nachbarschaft nicht nachteilig verändert. Auch die Tatsache der erweiterten Betriebszeiten vermag daran nichts ändern, zumal die Durchführung eines Verfahrens nach § 81 Abs. 2 Z 7 GewO 1994 keine gänzliche Emissionsneutralität fordert, sondern lediglich eine Neutralität der Änderung gegenüber Nachbarn. Sohin kann es bei Vorliegen von Nachbarneutralität im Gegensatz zum Verfahren nach § 81 Abs. 2 Z 9 GewO 1994 sehr wohl zu zusätzlichen Emissionen kommen.

Kurz gesagt: Emissionsneutralität darf nicht mit Nullemission - sei es nun im "Innenbereich" oder über die Grenzen der Betriebsanlage hinaus – gleichgesetzt werden. Auch eine Zusatzemission kann nach Lage des Falles so unbedeutend sein, dass sie das betriebliche Emissionsverhalten mit Blick auf die gewerberechtlichen Schutzgüter nicht nachteilig beeinflusst. Und: Nicht jede Immission, die auf ein Nachbargrundstück einwirkt, verhindert die Nachbarneutralität; Immissionen unterhalb der Wahrnehmbarkeits- und Nachweisschwelle auf Nachbargrundstücken sind - mangels Nachteiligkeit - ebenfalls als nachbarneutral anzusehen (Wilhelm Bergthaler, Kerstin Holzinger: „Die "nachbarneutrale" Änderung - ein trojanisches Pferd im Betriebsanlagenrecht?“ in ÖZW 2014, 30).

Die beschwerdeführenden Personen sind den Feststellungen der im verwaltungsgerichtlichen Ermittlungsverfahren beigezogenen Amtssachverständigen nicht auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten. Insbesondere können die monierten fehlenden Leistungsblätter der aufgestellten

Geräte keine Unschlüssigkeit oder mangelnde Nachvollziehbarkeit des Gutachtens begründen. Die beschwerdeführenden Personen übersehen hierbei, dass nicht die Aufstellung eines konkreten Gerätes zur Kenntnis genommen wird und dem Nachbar in einem Verfahren nach § 354 Abs. 6 GewO 1994 iVm § 81 Abs. 3 und § 81 Abs. 2 Z 7 GewO 1994 kein subjektiv-öffentliches Recht auf Mitsprache bei der Auswahl der vom Betriebsanlageninhaber betriebenen Geräte zukommt. Vielmehr ist lediglich das Festhalten von Emissionen bzw. die Begrenzung und Beurteilung von Immissionen Gegenstand dieses Verfahrens. Die weiteren von den beschwerdeführenden Personen geäußerten Bedenken konnten in der mündlichen Erörterung der erstellten Gutachten ausgeräumt werden.

Die beschwerdeführenden Personen konnten sohin zusammengefasst nicht erfolgreich geltend machen, dass die Voraussetzungen für die Anwendung des Verfahrens nach § 354 Abs. 6 GewO 1994 iVm § 81 Abs. 3 und § 81 Abs. 2 Z 7 GewO 1994 nicht vorliegen. Es war daher der Beschwerde kein Erfolg beschieden und der angefochtene Bescheid spruchgemäß zu bestätigen.

Ad II.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte

Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.