



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38620
Telefax: (43 01) 4000 99 38620
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-122/V/008/3799/2015-2
H. W.

Wien, 4. Mai 2015

Geschäftsabteilung: VGW-D

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Burda über den Antrag der Frau H. W. vom 18.03.2015 auf „Ausschluss des Rechts zur Errichtung und Inbetriebnahme gemäß § 78 Abs. 1 GewO“ den

BESCHLUSS

gefasst:

I. Der Antrag wird gemäß § 31 Abs. 1 VwGVG als unzulässig zurückgewiesen.

II. Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

Entscheidungsgründe

I.) Mit Bescheid vom 12. Februar 2015, Zl. MBA ... – 898394/2013, hat die Verwaltungsbehörde die Änderung der Betriebsanlage in Wien, H.-gasse, in welcher die M. Gesellschaft m.b.H. das Gastgewerbe in der Betriebsart eines Hotels ausübt, gemäß § 81 Abs. 1 GewO unter Vorschreibung von insgesamt 16 Auflagen bewilligt.

Die verfahrensgegenständliche Änderung besteht in der Schaffung eines Gastgartens mit 150 Verabreichungsplätzen an der Gebäudehinterseite im Bereich vor der Orangerie des Hotels. Eine Musikdarbietung ist im Gastgarten nicht vorgesehen. Der Gastgarten soll ausschließlich bei Schönwetter in den Monaten April bis Oktober in der Zeit von 7.00 Uhr bis 22.00 Uhr genutzt werden. Der Küchenbetrieb im Hotel soll dabei um 21.00 Uhr enden, der Servicebetrieb im Gastgarten täglich von 7:00 Uhr bis 21.30 Uhr dauern. An zwei Wochentagen soll zusätzlich zur Küche auf dem Griller im Gastgarten entweder von 11.30 Uhr bis 14.30 Uhr oder von 18.00 Uhr bis 21.00 Uhr gegrillt werden. Der Gastgarten wird in räumlicher Hinsicht einerseits durch den viergeschossigen Hotelbau, andererseits durch den an das Betriebsgebäude anschließenden S.-park begrenzt, welcher laut Betriebsbeschreibung im Antrag und im Bescheid nicht zur Betriebsanlage gehören soll.

Dagegen richtet sich die rechtzeitig erhobene Bescheidbeschwerde, in welcher neben der Unschlüssigkeit der Antragsunterlagen in Bezug auf die Betriebszugehörigkeit des S.-parks auch die Unvollständigkeit des verwaltungsbehördlichen Ermittlungsverfahrens und insbesondere die Unschlüssigkeit des lärmtechnischen Gutachtens behauptet wurden.

Mit innerhalb der Beschwerdefrist eingebrachter Eingabe vom 18. März 2015, beim Verwaltungsgericht Wien am 27. März 2015 eingelangt, stellte die Beschwerdeführerin den „Antrag auf Ausschluss des Rechts zur Errichtung und Inbetriebnahme gemäß § 78 Abs. 1 GewO mittels gesondertem verfahrensrechtlichen Bescheid.“

Mit Äußerung vom 20. April 2015, beim Verwaltungsgericht Wien am 21. April 2015 eingelangt, beantragte die Konsenswerberin die Abweisung des gegenständlichen Antrages und führte sie begründend dazu aus, dass der Antrag keine konkrete Gesundheitsgefährdung durch den konsensgemäßen Betrieb der Anlage im Rahmen des § 78 Abs. 1 GewO darlege.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Gemäß § 78 Abs. 1 GewO dürfen Anlagen oder Teile von Anlagen vor Eintritt der Rechtskraft des Genehmigungsbescheides errichtet und betrieben werden, wenn dessen Auflagen bei der Errichtung und beim Betrieb der Anlage eingehalten werden. Dieses Recht endet mit der Erlassung des Erkenntnisses über die Beschwerde gegen den Genehmigungsbescheid, spätestens jedoch drei Jahre nach der Zustellung des Genehmigungsbescheides an den Genehmigungswerber. Die zur Entscheidung berufene Behörde hat die Inanspruchnahme dieses Rechtes auszuschließen, wenn der Begründung der Beschwerde zu entnehmen ist, dass auf Grund der besonderen Situation des Einzelfalles trotz Einhaltung der Auflagen

des angefochtenen Bescheides eine Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit zu erwarten ist.

Die herrschende Lehre hat unter der „zur Entscheidung berufenen Behörde“ im Sinne des § 78 Abs. 1 GewO den unabhängigen Verwaltungssenat verstanden (vgl. *Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO, RZ 6 zu § 78 GewO*). Da dessen Kompetenzen im Rahmen der Vollziehung der GewO nunmehr durch das Verwaltungsgericht des Landes wahrzunehmen sind, ist das Verwaltungsgericht Wien zur Entscheidung über den gegenständlichen Antrag zuständig. Ein - wie beantragt - bescheidmäßiger Abspruch über das Ansuchen der Beschwerdeführerin scheidet daher mangels Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde aus.

Eine rechtzeitig eingebrachte und zulässige Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG (eine Bescheidbeschwerde, Anm.) hat gemäß § 13 Abs. 1 VwGVG aufschiebende Wirkung.

Gemäß Abs. 2 leg.cit. kann die Behörde die aufschiebende Wirkung mit Bescheid ausschließen, wenn nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen und Interessen anderer Parteien der vorzeitige Vollzug des angefochtenen Bescheides oder die Ausübung der durch den angefochtenen Bescheid eingeräumten Berechtigung wegen Gefahr im Verzug dringend geboten ist. Ein solcher Ausspruch ist tunlichst schon in den über die Hauptsache ergehenden Bescheid aufzunehmen.

§ 78 Abs. 1 erster Satz GewO normiert eine Abweichung von den verfahrensrechtlichen Bestimmungen des § 13 Abs. 1 VwGVG, sodass einer Beschwerde gegen einen Betriebsanlagengenehmigungsbescheid keine aufschiebende Wirkung zukommen soll, das heißt, dass die Betriebsanlage trotz fehlender Rechtskraft vorläufig im Rahmen des behördlichen Konsenses betrieben werden kann. Da § 78 Abs. 1 GewO gegenüber § 13 Abs. 1 VwGVG die speziellere Norm ist, geht sie gemäß dem Grundsatz „lex specialis derogat legi generali“ dieser vor. In rechtlicher Hinsicht ergibt sich sohin, dass einer in einem Betriebsanlagengenehmigungsverfahren gegen den Bewilligungsbescheid eingebrachten Bescheidbeschwerde unter den in § 78 Abs. 1 erster Satz GewO genannten Voraussetzungen prinzipiell keine aufschiebende Wirkung zukommen soll.

In dieser Hinsicht entspricht § 78 Abs. 1 GewO § 13 Abs. 3 VwGVG, wonach Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 4 (Weisungsbeschwerde) und Abs. 2 Z 1 B-VG (Verhaltensbeschwerde) keine aufschiebende Wirkung haben (ganz genauso § 22 Abs. 1 VwGVG für Beschwerden gegen Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt). Während jedoch gemäß dem hinsichtlich der aufschiebenden Wirkung vergleichbaren § 13 Abs. 3 und

§ 22 Abs. 1 VwGVG die Behörde auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung mit Bescheid zuzuerkennen hat, wenn dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen und Interessen anderer Parteien mit der sofortigen Verbindlichkeit der Weisung oder mit dem Andauern des Verhaltens der Behörde für den Beschwerdeführer ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre, hat im Rahmen des § 78 Abs. 1 GewO die erkennende Behörde von Amts wegen die Rechtswohltat des ersten Satzes dieser Bestimmung auszuschließen, womit de facto die Beschwerde gegen einen Betriebsanlagengenehmigungsbescheid mit aufschiebender Wirkung versehen wird. Ein amtswegiges Tätigwerden sieht auch § 22 Abs. 2 VwGVG für den Fall vor, der dem Verwaltungsgericht im Bescheidbeschwerdeverfahren die Möglichkeit eröffnet, die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde im Sinne des § 13 Abs. 1 VwGVG auszuschließen (vgl. *Eder/Martschin/Schmid: Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte, Praxiskommentar, K 7 zu § 22 VwGVG*).

§ 78 Abs. 1 GewO stellt gegenüber § 13 Abs. 1 VwGVG die speziellere Norm dar. Darüber hinaus wurde § 78 Abs. 1 in der derzeit geltenden Fassung mit BGBl. I Nr. 85/2013 am 28. Mai 2013, § 13 Abs. 1 und Abs. 3 VwGVG mit BGBl. I Nr. 33/2103 am 13. Februar 2013 kundgemacht. § 78 Abs. 1 GewO derogiert dem § 13 Abs. 1 und 3 VwGVG sohin nicht nur in inhaltlicher, sondern auch zeitlicher Hinsicht.

Eine dem § 78 Abs. 1 GewO vergleichbare Regelung trifft § 359c GewO: Wird ein Genehmigungsbescheid vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben, so darf der Genehmigungswerber die betreffende Anlage bis zur Rechtskraft des Ersatzbescheides, längstens jedoch ein Jahr, weiter betreiben, wenn er die Anlage entsprechend dem aufgehobenen Genehmigungsbescheid betreibt. Das gilt nicht, wenn der Verwaltungsgerichtshof der Revision, die zur Aufhebung des Genehmigungsbescheides führte, die aufschiebende Wirkung zuerkannt hatte. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass einer Revision gemäß § 30 Abs. 2 VwGG auf Antrag des Revisionswerbers die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen ist.

Im Hinblick darauf, dass der Gesetzgeber immer dann, wenn er es für nötig hält, anstelle oder neben der amtswegigen Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels einen diesbezüglichen Antrag des Rechtsmittelwerbers ausdrücklich vorsieht, in § 78 Abs. 1 GewO eine solche Antragstellung jedoch nicht normiert ist, sondern vielmehr die zur Entscheidung berufenen Behörde, sohin das Verwaltungsgericht, von Amts wegen tätig zu werden hat, geht das Verwaltungsgericht Wien davon aus, dass nach dem Willen des Gesetzgebers des § 78 Abs. 1 GewO hinsichtlich der Suspendierung der in § 78 Abs. 1 erster Satz GewO normierten Rechtswohltat keine

Antragslegitimierung der beschwerdeführenden Partei bestehen soll, andernfalls er eine solche Antragslegitimation nach dem Vorbild des § 13 Abs. 3 AVG oder nach dem Vorbild des § 359c GewO iVm § 30 Abs. 2 VwGG normiert hätte.

Darüber hinaus ist weder in § 356 Abs. 3 GewO, noch in Abs. 4 leg.cit. eine Parteistellung von Nachbarn in einem Verfahren, in welchem die zur Entscheidung über die Beschwerde zuständige Behörde die Rechtswohltat des ersten Satzes des § 78 Abs. 1 GewO ausschließt, normiert. Wenn der Gesetzgeber eine solche Parteistellung bzw. Antragslegitimation von (beschwerdeführenden) Nachbarn vor Augen gehabt hätte, hätte er diese dort wohl auch normiert. Es ist vielmehr bei einer Gesamtbetrachtung der in Frage kommenden Normen davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei der Möglichkeit einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit von Nachbarn, Arbeitnehmern oder Kunden einer Betriebsanlage ohnedies davon ausgeht, dass die Behörde von Amts wegen vorzugehen hat (ähnlich ist es ja auch bei Betriebsschließungen nach § 360 GewO), andernfalls sich die Behörde ja Amtshaftungsansprüchen ausgesetzt sähe.

Infolge der nach Rechtsansicht des Verwaltungsgerichts Wien mangelnden Legitimation war das Ansuchen der Beschwerdeführerin „auf Ausschluss des Rechts zur Errichtung und Inbetriebnahme gemäß § 78 Abs. 1 GewO“ als unzulässig zurückzuweisen.

Der Vollständigkeit halber sei jedoch ausgeführt, dass das Verwaltungsgericht Wien sich auch von Amts wegen nicht dazu veranlasst sah, die Rechtswirkungen des § 78 Abs. 1 erster Satz GewO auszuschließen, und zwar aus nachstehenden Gründen:

Gegenstand des Betriebsanlagengenehmigungsverfahrens ist die Errichtung eines Gastgartens mit 150 Verabreichungsplätzen vor der Orangerie des Gartenhotels A., wobei im Gastgarten keine Musikdarbietungen erfolgen sollen. Grill- und Servicebetrieb sind bereits aufgrund der von der Anlageninhaberin vorgelegten Betriebsbeschreibung in zeitlicher Hinsicht eingeschränkt.

Die Genehmigung für die projektierte Änderung wurde nach Durchführung eines umfangreichen Ermittlungsverfahrens seitens der Verwaltungsbehörde unter Vorschreibung von 16 Auflagen erteilt.

In ihrer Beschwerde verweist die Antragstellerin auf die ihrer Ansicht nach vorliegende Unschlüssigkeit des Ansuchens, welches ihrer Meinung nach den S.-park mitumfassen solle. Darüber hinaus moniert sie die Unschlüssigkeit des lärmtechnischen Gutachtens und kritisiert sie die Wahl der Messpunkte durch den lärmtechnischen Amtssachverständigen sowie den Umstand, dass dieser die bei der Erfassung der Umgebungssituation vorherrschende Wetterlage nicht

ausreichend in seinem Gutachten berücksichtigt habe. Das Schallgutachten sei sohin mangelhaft geblieben, ebenso das sonstige Ermittlungsverfahren. Darüber hinaus betreibe die Anlageninhaberin die Anlage in einem über den behördlichen Konsens hinausgehenden Ausmaß, insbesondere weil sie mit einer Nutzung der Tiefgarage werbe. Aus allen diesen Gründen liege eine Gesundheitsgefährdung bei den Nachbarn durch den Betrieb der geänderten Anlage vor.

Mit diesem Vorbringen vermag die Antragstellerin jedoch nicht konkret eine besondere Situation des Einzelfalles darzutun, wonach trotz Einhaltung der mit dem bekämpften Bescheid vorgeschriebenen Auflagen eine Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit zu erwarten ist. Basierend auf den nicht von vornherein als unschlüssig zu erkennenden Sachverständigengutachten (die Wahl der Messpunkte obliegt dem Sachverständigen; die Wettersituation bei Erhebung der tatsächlichen örtlichen Lärmverhältnisse wurde entgegen dem Beschwerdevorbringen ausdrücklich von den lärmtechnischen Amtssachverständigen berücksichtigt; dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihres Aufenthaltes in ihrem Garten der Betriebsanlage um 10 Meter näher ist als jener Nachbar, bei welchem das Ausmaß der Lärmimmissionen dahingehend ermittelt worden ist, dass der planungstechnische Grundsatz sowohl während der Tages-, als auch während der Abendzeit bis 22 Uhr eingehalten wurde, vermag eine Lebens- oder Gesundheitsgefährdung der Antragstellerin nicht plausibel erscheinen) ist das Verwaltungsgericht Wien zum Ergebnis gelangt, dass durch die Errichtung und den Betrieb der Anlage im Rahmen der gegenständlichen Betriebsanlagengenehmigung eine Gesundheitsgefährdung oder Lebensgefährdung der Nachbarn, darunter der Beschwerdeführerin, nicht herbeigeführt wird.

Im Übrigen gilt die Rechtswohltat des § 78 Abs. 1 GewO ohnehin nur im Rahmen eines konsensgemäßen Betriebes, das heißt im Rahmen eines im Rahmen der erteilten behördlichen Bewilligung unter Einhaltung aller vorgeschriebenen Auflagen erfolgenden Betriebes der Anlage, also nicht bei einer allfälligen Konsensüberschreitung, wie sie die Beschwerdeführerin in ihrem Antrag moniert.

Der Begründung der Beschwerde ist insgesamt nicht zu entnehmen, dass auf Grund der besonderen Situation des Einzelfalles trotz Einhaltung der Auflagen des angefochtenen Bescheides eine Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit zu erwarten ist. Das Verwaltungsgericht Wien durfte daher die Inanspruchnahme des Rechts des § 78 Abs. 1 erster Satz GewO durch die Anlageninhaberin nicht von Amts wegen ausschließen.

Bemerkt wird, dass dieser Beschluss kein Präjudiz hinsichtlich der noch zu treffenden Entscheidung des Verwaltungsgerichts Wien über die Bescheidbeschwerde der Antragstellerin und der übrigen beschwerdeführenden Nachbarn darstellt!

Eine Verhandlung über den zurückzuweisenden Antrag, welche nicht beantragt worden war, konnte gemäß § 24 Abs. 1 und 2 VwGVG per analogiam entfallen.

II.) Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu der Frage, ob beschwerdeführende Nachbarn hinsichtlich der Suspendierung der Rechtswohltat des § 78 Abs. 1 GewO antragslegitimiert sind oder nicht, fehlt und dieser Frage über den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Belehrung

Gegen diesen Beschluss besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Beschlusses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Burda
Richterin