



# 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

1) VGW-122/V/008/14745/2016-1  
C. S.

Wien, 14. Februar 2017

2) VGW-122/V/008/14746/2016  
Ing. G. S.

3) VGW-122/V/008/14747/2016  
O. M.

4) VGW-122/V/008/14748/2016  
B. Ma.

5) VGW-122/V/008/14749/2016  
P. K.

6) VGW-122/V/008/14750/2016  
A. W.

7) VGW-122/V/008/14751/2016  
H. F.

8) VGW-122/V/008/14752/2016  
Ge. Ka.

Geschäftsabteilung: VGW-D

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Burda über den Antrag der Frau C. S., der Frau Ing. G. S., des Herrn O. M., der Frau B. Ma., des Herrn P. K., der Frau A. W., des Herrn H. F. und der Frau Ge. Ka., alle vertreten durch die Rechtsanwalts GmbH, vom 16.11.2016 auf „Ausschluss der Inanspruchnahme des Rechts der Projektwerberin (L. GmbH) zum Betrieb der geänderten Betriebsanlage vor Eintritt der Rechtskraft des Genehmigungsbescheides“ den

## BESCHLUSS

gefasst:

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

II. Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 25a Abs. 1 VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

## B e g r ü n d u n g

I.) Mit Bescheid vom 18. Oktober 2016, Zl. 471424-2016, hat die Verwaltungsbehörde die Änderung der Betriebsanlage in Wien, T.-gasse, in welcher die L. GmbH das Handelsgewerbe ausübt, gemäß § 81 Abs. 1 GewO unter Vorschreibung von insgesamt 16 Auflagen bewilligt.

Die verfahrensgegenständliche Änderung besteht im Einbau einer automatischen Schiebetüre, der Reduktion der Verkaufsfläche um 100 m<sup>2</sup>, der Errichtung eines Backvorbereitungsraumes, weiters im Austausch von Kälteanlagen, wobei die Aggregate im Technikraum und die Kondensatoren am Flachdach installiert sind. Ebenso werden am Flachdach Rückkühler und die Ausblasstellen der Lüftungsanlage installiert. Die Abluft des Backvorbereitungsbereiches wird über eine Abluftanlage mit eingebautem Geruchsfilter über das Flachdach ausgeblasen. Im Kassenbereich werden 40 kg Pyrotechnikgegenstände gelagert und verkauft. Im Eingangsbereich wird ein Vordach als Witterungsschutz errichtet. Die schon bestehende Einkaufswagenbox wird auf 100 Einkaufswagen vergrößert.

Dagegen richtet sich die rechtzeitig erhobene Bescheidbeschwerde, in welcher neben der Behauptung der Verletzung von Verfahrensvorschriften durch die Verweigerung des Rechts auf Akteneinsicht in die Vorbescheide und die dazugehörigen Parien auch die Unvollständigkeit des verwaltungsbehördlichen Ermittlungsverfahrens und insbesondere die Unschlüssigkeit des lärmtechnischen Gutachtens behauptet wurden. Darüber hinaus wurde moniert, dass hinsichtlich der Lagerung der Pyrotechnikgegenstände aus Sicht der Beschwerdeführer nur

ein ungenügendes Brandschutz- und Sicherheitskonzept vorliege. Außerdem sei keine Beurteilung der Lärmimmissionen aus der geplanten Einkaufswagenbox erfolgt und sei rechtswidriger Weise ein medizinischer Amtssachverständiger dem Verfahren nicht beigezogen worden.

Unter einem wurde mit der Beschwerde der Antrag gestellt, „die Inanspruchnahme des Rechts der Projektwerberin (L. GmbH) zum Betrieb der geänderten Betriebsanlage vor Eintritt der Rechtskraft des Genehmigungsbescheides auszuschließen“. Begründet wurde dieser Antrag damit, dass aufgrund der unzureichenden Beurteilung der Lärmbelastigungen der Betrieb der Anlage geeignet sei, die Gesundheit der Beschwerdeführer zu gefährden, hätten es doch die lärmtechnischen Amtssachverständigen der MA 22 bloß als wahrscheinlich angesehen, dass Betriebsgeräusche für die Nachbarn nicht hörbar seien. Auch die Einhaltung der vorgeschriebenen Auflagen sei nicht geeignet, der Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der Beschwerdeführer entgegenzuwirken.

Mit Äußerung vom 22. Dezember 2016, beim Verwaltungsgericht Wien am 28. Dezember 2016 eingelangt, beantragte die Konsenswerberin die Zurückweisung des gegenständlichen Antrages mangels diesbezüglicher Antragslegitimation, eventualiter dessen Abweisung. Begründend führte sie aus, dass Nachbarn hinsichtlich des Ausschlusses des vorläufigen Betriebsrechtes keine Antragslegitimation zukäme; im Übrigen lägen die inhaltlichen Voraussetzungen des § 78 Abs. 1 GewO nicht vor, weil es keine Anhaltspunkte dafür gäbe, dass durch den vorläufigen Betrieb der Anlage eine Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der Nachbarn entstehen könnte.

#### 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 (Lexikon des Betriebsanlagenrechts in Stolzlechner/Wendl/Bergtähler, Die gewerbliche Betriebsanlage, RZ 47), ist das Verwaltungsgericht Wien zur Entscheidung über den gegenständlichen Antrag zuständig.

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. 33/2013 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 berufene 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 Rechtswohlthat 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 Rechtswohlthat 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 Beschwerdeführer, „die Inanspruchnahme des Rechts der Projektwerberin (L. GmbH) zum Betrieb der geänderten Betriebsanlage vor Eintritt der Rechtskraft des Genehmigungsbescheides auszuschließen“, 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 Änderung eines Einzelhandelslokales aufgrund der Neuübernahme einer ehemaligen Zielpunktfiliale durch die L. GmbH. Im Zuge dieser Neuübernahme kommt es zu einer Modernisierung der Filiale. Die Genehmigung für die projektierte Änderung wurde nach Durchführung eines umfangreichen Ermittlungsverfahrens seitens der Verwaltungsbehörde unter Vorschreibung von 16 Auflagen erteilt.

In ihrer Beschwerde verweisen die Antragsteller auf die ihrer Ansicht nach vorliegende Mangelhaftigkeit des Ermittlungsverfahrens. „Aufgrund der unzureichenden Beurteilung der Lärmbelastigungen sei der Betrieb der Anlage geeignet, die Gesundheit der Beschwerdeführer zu gefährden“, hätten es doch die lärmtechnischen Amtssachverständigen der MA 22 bloß als „wahrscheinlich“ angesehen, dass Betriebsgeräusche für die Nachbarn nicht hörbar seien. Auch „die Einhaltung der vorgeschriebenen Auflagen sei nicht geeignet, der Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der Beschwerdeführer entgegenzuwirken“.

Mit diesem Vorbringen vermögen die Antragsteller 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 un schlüssig zu erkennenden Sachverständigengutachten (bei Einhaltung des planungstechnischen Grundsatzes ist ein Gutachten durch einen medizinischen Amtssachverständigen nicht zwingend indiziert; die lärmtechnischen und gewerbetechnischen Amtssachverständigen haben die von der Anlageninhaberin beigebrachten Gutachten als schlüssig beurteilt), wonach der planungstechnische Grundsatz während der Betriebszeiten eingehalten wird und bei Einhaltung der Auflagen und gesetzlichen Bestimmungen Belästigungen im Sinne des § 77 Abs. 1 GewO auf ein zumutbares Maß beschränkt werden, erscheint eine Lebens- oder Gesundheitsgefährdung der Antragsteller nicht plausibel. Das Verwaltungsgericht Wien ist daher zum Ergebnis gelangt, dass durch den Betrieb der geänderten Anlage im Rahmen der gegenständlichen Betriebsanlagengenehmigung eine Gesundheitsgefährdung oder Lebensgefährdung der Nachbarn, darunter der Beschwerdeführer, nicht herbeigeführt wird.

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 Nachbarn darstellt!

Eine Verhandlung über den zurückzuweisenden Antrag 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, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

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 des Beschlusses dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung des Beschlusses dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde durch die verzichtende Partei 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.

Wurde der Beschluss des Verwaltungsgerichts Wien mündlich verkündet, ist eine Revision bzw. Beschwerde nur nach einem Antrag auf Ausfertigung des Beschlusses durch mindestens einen der hierzu Berechtigten zulässig.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Burda, Richterin