



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38610
Telefax: (+43 1) 4000 99 38610
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: 1) VGW-122/043/9253/2023/E-14
A. B.

GZ: 4) VGW-122/043/9256/2023/E
Priv.Doiz. Dr. F. E.

GZ: 2) VGW-122/043/9254/2023/E
C. B.

GZ: 5) VGW-122/043/9257/2023/E
Ing. D. G.

GZ: 3) VGW-122/043/9255/2023/E
Dr. D. B.

GZ: 6) VGW-122/043/9258/2023/E
H. I.

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag.^a Kovar-Keri über die Beschwerden 1) des Herrn A. B., 2) des Herrn C. B., 3) des Herrn Dr. D. B., 4) des Herrn Prim.Doiz.Dr. F. E., 5) des Herrn Ing. D. G. und 6) der Frau H. I., alle vertreten durch Rechtsanwalts GmbH, gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 27.09.2021, Zahl ..., mit welchem festgestellt wurde, dass die Beschaffenheit der Betriebsanlage J. Club GmbH in Wien, K.-Straße, den Voraussetzungen des § 359b Abs. 1 Z 4 iVm § 356e Abs. 1 Gewerbeordnung (GewO) zur Ausübung des Gewerbes "Gastgewerbe in der Betriebsart einer Bar", "Diskothek" und "Einzelhandel" entspricht, nach Aufhebung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtes Wien vom 06.05.2022, Zahlen VGW-122/043/15867/2021-11, VGW-122/043/15873/2021, VGW-122/043/15874/2021, VGW-122/043/15876/2021, VGW-122/043/15878/2021 und VGW-122/043/15879/2021, durch den Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 29.06.2023, Zahl E 1648/2022-14, den

BESCHLUSS

gefasst:

I. Gemäß § 28 Abs. 3 zweiter Satz Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG wird der angefochtene Bescheid aufgehoben und die Angelegenheit zur

Erlassung eines neuen Bescheides an das Magistratische Bezirksamt für den ... Bezirk zurückverwiesen.

II. Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 – VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundesverfassungsgesetz – B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Ad I.

Zum Verfahrensgang:

Mit Schreiben vom 30. Juni 2021 beantragte die J. Beteiligung GmbH die Genehmigung der Betriebsanlage im Standort Wien, K.-Straße, zur Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart Bar und des Gewerbes „Diskothek“ sowie des Einzelhandelsgewerbes. Dabei verwies sie auf das Bestehen einer rechtskräftig genehmigten Gesamtanlage und beantragte ausdrücklich eine Spezialgenehmigung für die ihre sich darin befindliche Betriebsanlage. Die J. Club GmbH trat in das Verfahren ein.

Nach Durchführung eines vereinfachten Genehmigungsverfahrens unter Beteiligung der Nachbarschaft stellte der Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk fest, dass die Beschaffenheit der Betriebsanlage in Wien, K.-Straße, in welcher die J. Club GmbH die Gewerbe „Gastgewerbe in der Betriebsart Bar“, „Diskothek“ und „Einzelhandel“ auszuüben beabsichtigte, den Voraussetzungen des § 359b Abs. 1 Z 4 iVm § 365e Abs. 1 GewO 1994 entspricht.

Auf Grund der Beschwerden der beschwerdeführenden Personen wies das Verwaltungsgericht Wien mit Erkenntnis vom 6. Mai 2022, GZ: VGW-122/043/15867/2021-11, ua, die vorliegenden Beschwerden als unbegründet ab und bestätigte den angefochtenen Bescheid. Eine ordentliche Revision erklärte das Verwaltungsgericht Wien für unzulässig.

Die beschwerdeführenden Personen wandten sich an den Verfassungsgerichtshof und beschloss dieser am 14. März 2023, die Gesetzesbestimmung des § 359b Abs. 1 Z 4 GewO 1994, BGBl. 194/1994 idF BGBl. I 96/2017, von Amts wegen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 29. Juni 2023, ZI. G 166/2023-15, wurde diese Bestimmung als verfassungswidrig aufgehoben. Mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom selben Tag, ZI. E 1648/2022-14, wurde das oben zitierte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 6. Mai 2022 aufgehoben, weil die Beschwerdeführer durch das angefochtene Erkenntnis wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt worden sind.

Hierzu führte der Verfassungsgerichtshof Nachstehendes aus:

„2. Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 29. Juni 2023, G 166/2023, § 359b Abs. 1 Z 4 GewO 1994 als verfassungswidrig aufgehoben.

3. Gemäß Art. 140 Abs. 7 B-VG wirkt die Aufhebung eines Gesetzes auf den Anlassfall zurück. Es ist daher hinsichtlich des Anlassfalles so vorzugehen, als ob die als verfassungswidrig erkannte Norm bereits zum Zeitpunkt der Verwirklichung des der angefochtenen Entscheidung des Verwaltungsgerichtes zugrunde gelegten Tatbestandes nicht mehr der Rechtsordnung angehört hätte.

4. Das Verwaltungsgericht Wien hat mit § 359b Abs. 1 Z 4 GewO 1994 eine verfassungswidrige Gesetzesbestimmung angewendet. Es ist nach Lage des Falles offenkundig, dass ihre Anwendung für die Rechtsstellung der Beschwerdeführer nachteilig war.

III. Ergebnis

1. Die Beschwerdeführer sind somit durch die angefochtene Entscheidung wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt worden.

2. Das Erkenntnis ist daher aufzuheben, ohne dass auf das weitere Beschwerdevorbringen einzugehen ist.“

Das Verwaltungsgericht Wien war daher gehalten, über die Beschwerden erneut zu entscheiden.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Art. 140 Abs. 7 B-VG bestimmt Folgendes:

„Ist ein Gesetz wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben worden oder hat der Verfassungsgerichtshof gemäß Abs. 4 ausgesprochen, dass ein Gesetz verfassungswidrig war, so sind alle Gerichte und Verwaltungsbehörden an den Spruch des Verfassungsgerichtshofes gebunden. Auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlassfalles ist jedoch das Gesetz weiterhin anzuwenden, sofern der Verfassungsgerichtshof nicht in seinem aufhebenden Erkenntnis anderes ausspricht. Hat der Verfassungsgerichtshof in seinem aufhebenden Erkenntnis eine Frist gemäß Abs. 5 gesetzt, so ist das Gesetz auf alle bis zum Ablauf dieser Frist verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlassfalles anzuwenden.“

Gemäß § 27 VwGVG hat das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid auf Grund der Beschwerde oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung zu überprüfen.

Gemäß § 28 Abs. 3 Satz 2 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes – VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013 idgF., kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen, wenn die Behörde die notwendigen Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen hat. Die Behörde ist hierbei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

Auch wenn der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 18. Dezember 2014, ZI. Ra 2014/07/0002, bei einer vergleichenden Betrachtung des § 66 Abs. 4 AVG mit der Zustimmung des § 28 Abs. 2 VwGVG ausführt, dass § 28 Abs. 2 VwGVG von einer Pflicht des Verwaltungsgerichtes zur Entscheidung in der Sache ausgeht, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht (Z 1) oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist (Z 2). Die Verwaltungsgerichte haben jedoch nicht nur bei Vorliegen der in den Z 1 und Z 2 des § 28 Abs. 2 VwGVG 2014 genannten Voraussetzungen in der Sache selbst zu entscheiden, sondern nach Maßgabe des § 28 Abs. 3 VwGVG 2014 grundsätzlich auch dann, wenn trotz Fehlens dieser Voraussetzungen die Verwaltungsbehörde dem nicht unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht (vgl. VwGH vom 26. Juni 2014, ZI. Ro 2014/03/0063).

Wenngleich § 66 Abs. 4 AVG einerseits und § 28 Abs. 2 und Abs. 3 VwGVG 2014 andererseits unter jeweils verschiedenen Tatbestandsvoraussetzungen eine Pflicht zur Entscheidung "in der Sache selbst" normieren, ist das Verständnis dessen, was unter "Sache des Verfahrens" zu verstehen ist, unverändert geblieben. Hat die Behörde einen Antrag zurückgewiesen, dann ist „Sache“ sowohl eines Berufungsverfahrens vor einer im administrativen Instanzenzug übergeordneten Berufungsbehörde als auch eines Beschwerdeverfahrens vor dem Verwaltungsgericht ausschließlich die „Rechtmäßigkeit der Zurückweisung“. Dies ist damit zu begründen, dass der zu § 66 Abs. 4 AVG ergangenen Judikatur folgende Rechtsschutzerwägungen zugrunde liegen, die ihrerseits auch für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht gelten: Es war und ist der Berufungsbehörde nämlich deshalb verwehrt, über den Rahmen der bloßen Prüfung der Rechtmäßigkeit der Zurückweisungsentscheidung der Vorinstanz hinaus mit einer Entscheidung über den Gegenstand des Verfahrens vorzugehen, weil dadurch der sachlichen Prüfung des gestellten Antrages und damit den Parteien eine Instanz genommen würde (vgl. E 20. März 2012, 2012/11/0013; E 27. April 2004, 2004/21/0014; E 23. Oktober 2002, 2002/12/0232; E 28. April 1995, 94/18/1046). Dieser Gedanke hat auch im Anwendungsbereich des § 28 Abs. 2 und Abs. 3 VwGVG 2014 unverändert Gültigkeit, zumal Zweck der mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 erfolgten Einführung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit gerade "ein Ausbau des Rechtsschutzsystems" (vgl. dazu die Erläuterungen der Regierungsvorlage zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 - RV 1618 BlgNR XXIV. GP, S. 3) ist; damit stünde es im Widerspruch, wenn es einem Verwaltungsgericht möglich wäre, eine Entscheidung in der Sache unter Umgehung der zuständigen Behörde zu treffen (vgl. VwGH vom 18. Dezember 2014, ZI. Ra 2014/07/0002).

Der Verwaltungsgerichtshof beschränkt den Anwendungsbereich des § 28 Abs. 3 VwGVG auf jene Fälle, in denen zentrale Sachverhaltsermittlungen - aus welchem Grund auch immer - gänzlich unterlassen wurden, sodass in derartigen Fällen eine Verpflichtung des Verwaltungsgerichtes zur Sachentscheidung nicht besteht und es sich auf eine Aufhebung und Zurückverweisung der Sache zurückziehen kann (vgl. VwSlg 11.795 A/1985; vgl. VwGH vom 9. Dezember 1986, ZI. 84/05/0097; VwGH vom 24. September 1992, ZI. 91/06/0235; VwGH vom 17. Februar 1994, ZI. 93/06/0242; VwGH vom 5. Mai 1994, ZI. 94/06/0006;

VwGH vom 20. Oktober 1994, ZI. 94/06/0137; VwGH vom 25. Juni 1996, ZI. 95/05/0293).

Darüber hinaus ist aus dem in Art. 130 Abs. 1 B-VG umschriebenen Aufgabenbereich erschließbaren (EBRV 1618 BlgNR 24.GP 12) Wesen der Verwaltungsgerichte als zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit, nicht jedoch zur Führung der Verwaltung berufene Einrichtungen zu entnehmen, dass es nicht Aufgabe der Verwaltungsgerichte sein kann, eine – im vorliegenden Fall unausweichliche – Verhandlung nach § 356 GewO 1994 zu führen. Mit dem im B-VG vorgegebenen Aufgabenbereich ist es nämlich – nicht zuletzt auch unter dem Gesichtspunkt der Gewaltentrennung – unvereinbar, dass es sich beim Verwaltungsgericht um jene Einrichtung handelt, die erstmals den entscheidungswesentlichen Sachverhalt – wenn auch nur in einem Teilaspekt – ermittelt und einer Beurteilung unterzieht (in diesem Sinne VwGH vom 21. November 2002, ZI. 2002/20/0315). Demgemäß statuiert die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 ein grundsätzlich eingliedriges Administrativverfahren mit nachgeordneter Kontrolle durch das Verwaltungsgericht und schließlich die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, wobei es den Verwaltungsbehörden zukommt, den gesamten für die Entscheidung relevanten Sachverhalt zu ermitteln. Dieses System würde aber völlig unterlaufen, wenn es wegen des Unterbleibens eines Ermittlungsverfahrens zu einer Verlagerung nahezu des gesamten Verfahrens – wenn auch nur zu einem wesentlichen Teilaspekt – vor das Verwaltungsgericht käme. Nicht nur, dass dadurch im Ergebnis der gesetzlich intendierte Rechtsschutz verkürzt würde, was mit den allgemeinen Grundsätzen eines rechtstaatlichen Verfahrens nicht in Einklang stünde (vgl. VwGH vom 29. April 2013, ZI. 2010/16/0089 m.w.N.), würde die Einrichtung der verwaltungsbehördlichen Instanz damit zur bloßen Formsache (vgl. VwGH vom 21. November 2002, aaO; VwGH vom 12. September 2013, ZI. 2013/21/0118; vgl. LVwG Niederösterreich vom 27. Juni 2015, ZI. LVwG-AV-630/001-2015).

Der verfahrenseinleitende Antrag der J. Club GmbH ist auf die Erwirkung einer Spezialgenehmigung gemäß § 356e Abs. 1 GewO 1994 gerichtet. Der Wegfall der Bestimmung des § 359b Abs. 1 Z 4 GewO 1994 durch Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof hat nunmehr zur Folge, dass zwar weiterhin eine Spezialgenehmigung nach der von der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes unbe-

rührt gebliebenen Bestimmung des § 356e Abs. 1 GewO 1994 erteilt werden kann, dies aber nur nach Durchführung eines Ermittlungsverfahrens im Verfahrensregime des ordentlichen Verfahrens unter Beteiligung der Nachbarschaft, wobei den Nachbarn auch eine Parteistellung in materieller Hinsicht zukommt.

Da aber die Durchführung eines ordentlichen Genehmigungsverfahrens im Vergleich zur Abhandlung in einem vereinfachten Genehmigungsverfahren nach der GewO zwangsläufig mit einer Vervielfältigung subjektiver Rechte der mitbeteiligten Parteien sowie möglicherweise auch mit der verstärkten Beteiligung der Nachbarschaft an sich einhergeht, liegt die Notwendigkeit der Durchführung einer mündlichen Verhandlung auf der Hand. Dies insbesondere auch deshalb, weil aus den vorliegenden Genehmigungsunterlagen nicht eindeutig hervorgeht, ob die von den beschwerdeführenden Personen in ihrer Beschwerde vom 25. Oktober 2021 monierte Lärmbelästigung infolge der baulichen Gegebenheiten sowie der Übertragung von Körperschall im angefochtenen Bescheid selbst, aber vor allem auch in Relation zur bestehenden Genehmigung der Gesamtanlage einer umfassenden Beurteilung unterzogen wurde. Unklar ist weiters, ob das erwartbare Verhalten von Kunden und Kundinnen der gegenständlichen Betriebsanlage in und auf den allgemeinen Teilen der Gesamtanlage ausreichend berücksichtigt wurde, wiewohl diese nachbarrelevanten Emissionen und Auswirkungen, die von diesen Anlagenteilen ausgehen oder die auf diesen allgemeinen Teilen entstehen, in einem Genehmigungsverfahren der Gesamtanlage zu berücksichtigen wären. Die belangte Behörde wird daher zu beurteilen haben, ob als Voraussetzung für das gegenständliche Verfahren eine Genehmigung der Änderung der Bewilligung der Gesamtanlage erforderlich ist.

Im Sinne dieser Ausführungen sowie auf Grund der Tatsache, dass die Durchführung einer mündlichen Verhandlung iSd § 356 GewO 1994 unter Einbeziehung aller Nachbarn iSd § 75 GewO 1994 unvermeidbar ist, war spruchgemäß mit der Behebung des angefochtenen Bescheides und Zurückverweisung der Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides vorzugehen.

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.

B e l e h r u n g

Gegen diesen Beschluss 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/oder 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 Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten, zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

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 Ent-

scheidung 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.

Verwaltungsgericht Wien, Geschäftsabteilung C,
Wien, 05. Dezember 2023,
Mag.^a Kovar-Keri, Richterin
