OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: (0732) 7075-18004 / Fax: (0732) 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / http://www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-850301/7/WG

Datum:
Linz, 17. Juni 2015

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Mag. Wolfgang Weigl über die Beschwerde des S M, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. T K, x, x, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 26. November 2014 GZ: Ge20-190-2014-BCK betreffend gewerbepolizeiliche Anordnung iSd § 360 Abs. 1 Gewerbeordnung (GewO),

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben und der Bescheid vom 26. November 2014 behoben.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1.1. Der Beschwerdeführer (Bf) betreibt eine gastgewerbliche Betriebsanlage im Standort x, x. Nach einer Überprüfung dieser Betriebsanlage erließ die die Bezirkshauptmannschaft Wels-Land (im Folgenden: belangte Behörde) eine Verfahrensanordnung iSd § 360 Abs. 1 GewO und ordnete schließlich mit Bescheid vom 26. November 2014, GZ: Ge20-190-2014-BCK, Folgendes an: „Herrn S M wird für den Gewerbeausübungsstandort x, x, aufgetragen:
1. Die gastgewerbliche Tätigkeit in der konsenslos errichteten und betriebenen Betriebsanlage in x, x, ist einzustellen. Die Betriebsanlage ist stillzulegen und zu schließen. Die Schließung ist sofort, das heißt, ohne unnötigen Aufschub, längstens jedoch binnen drei Tagen ab Zustellung dieses Bescheides in der Weise durchzuführen, dass bei allen Eingängen des Gastgewerbebetriebes ein Hinweisschild angebracht wird, mit der Aufschrift: „Gewerbebehördlich geschlossen. Die Beschädigung oder Entfernung dieser Urkunde wird strafgerichtlich verfolgt!“
2. Kommt der Betriebsanlageninhaber dieser bescheidmäßigen Anordnung gemäß dem vorstehenden Punkt 1. nicht fristgerecht oder unvollständig nach, werden sämtliche Tore sowie Zugangstüren, die zur Betriebsanlage führen – auf Gefahr und Kosten der Betriebsanlageninhaberin – von einem befugten Gewerbetreibenden, versperrt (zB. durch Schlossanbringung oder Schloss-austausch).“ Begründend führte die Behörde aus, der Bf sei der Verfahrensanordnung nicht nachgekommen. § 360 Abs. 1 GewO lasse der Behörde keinen Raum für eine Interessenabwägung im Sinne einer Vermeidung von Härten.

1.2. Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 23. Dezember 2014. Der Bf beantragt, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben, in eventu aufzuheben und der erstinstanzlichen Behörde die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen. Der Bf bringt vor, die Verfahrensanordnung sei gesetzwidrig gewesen. Der Schließungsbescheid sei schon deshalb zu beheben.

1.3. Die belangte Behörde legte dem LVwG den Verfahrensakt zur Entscheidung vor. Das LVwG hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt der belangten Behörde, die ergänzende Stellungnahme des ASV für Anlagen-technik und Einholung von Informationen zum anhängigen Anzeigeverfahren.

2. Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:

2.1. Die Errichtung der Betriebsanlage des Bf wurde mit Bescheid der belangten Behörde vom 31. März 1995 gewerbebehördlich genehmigt. Vertreter der belangten Behörde stellten bei einer unangekündigten Überprüfung des Betriebes des Bf am 16. September 2014 Abweichungen von der vorliegenden gewerbebehördlichen Genehmigung vom 31. März 1995, GZ: Ge-3194/1992/P-ZE, fest. Der Bf räumt ein, dass die Betriebsanlage konsenslos abgeändert worden ist (Niederschrift ON 1 des behördlichen Aktes, Vorbringen Beschwerdeschriftsatz).

2.2. Mit Verfahrensanordnung vom 19. September 2014 trug die belangte Behörde dem Bf zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes auf, die konsenslos geänderte und betriebene Betriebsanlage in x, x, stillzulegen und zu schließen, sowie die gastgewerbliche Tätigkeit in diesem Standort unverzüglich, aber längstens innerhalb von 3 Tagen ab Zustellung dieser Verfahrensanordnung. Weiters forderte sie ihn auf bis längstens 14. November 2014 bei der belangten Behörde um gewerbebehördliche Genehmigung der Änderung der ggst. Betriebsanlage unter Anschluss von Projektsunterlagen in vierfacher Ausfertigung anzusuchen. Unter den abschließenden Hinweisen dieser Verfahrensanordnung wird ausgeführt, dass bei fristgerechter Vorlage eines vollständigen Antrages um gewerbebehördliche Genehmigung der Änderung der Betriebsanlage die Erlassung eines Bescheides iSd § 360 Abs. 1 GewO gehemmt ist (Verfahrensanordnung ON 5 des behördlichen Aktes).

2.3. Am 14. November 2014 legte der Bf bei der belangten Behörde mehrere Unterlagen vor. Die belangte Behörde hielt diese nicht für ausreichend und erließ daraufhin den bekämpften Bescheid (Unterlagen ON 6 und Bescheid ON 8 des behördlichen Aktes).

2.4. Nach erfolgter Beschwerdevorlage befasste das LVwG einen anlagentechnischen ASV mit der Frage, auf welche nicht genehmigten Änderungen/Anlagenteile sich die Schließungsanordnung beschränken müsse, damit der übrige Gastgewerbebetrieb dem genehmigten Bestand entspreche. Der anlagentechnische ASV beschrieb dazu einen Teilbereich der Betriebsanlage und führte aus: „Der Schließungsantrag könnte sich (unter Annahme eines eingeschränkten Betriebes ohne Dienstnehmer) auf Baufläche x beschränken.“ Gegen den Betrieb auf Baufläche Nr. x äußerte der ASV keine Bedenken. (Stellungnahme des ASV ON 5 des verwaltungsgerichtlichen Aktes).

2.5. Während des Beschwerdeverfahrens brachte der Bf bei der belangten Behörde eine Anzeige iSd § 81 Abs. 2 GewO ein und legte eine Bestätigung der Fa. x vor, wonach ein näher beschriebener Gastraum (17,36 m^2) über die mechanische Lüftung ausreichend versorgt wird. Fest steht, dass sich dieser Gastraum auf der vom ASV bezeichneten Baufläche Nr. x befindet. Die belangte Behörde wies den Bf mit Schreiben vom 16. April 2015 darauf hin, dass die Bestätigung der Fa. x kein Lüftungsprojekt darstelle. Es fehle daher ein

Lüftungsprojekt, das bis spätestens 15. Mai 2015 noch vorzulegen wäre (Stellungnahme ASV ON 5 und Schreiben der Behörde ON 6 des verwaltungsgerichtlichen Aktes).

2.6. Der Bf ergänzte seine Anzeige. Der ASV für Anlagentechnik teilte der belangten Behörde dazu in seiner Stellungnahme vom 1. Juni 2015 mit, dass aus gewerbetechnischer Sicht gegen die angezeigte Änderung keine Bedenken bestehen. Der Vertreter des Arbeitsinspektorates teilte der Behörde am 15. Juni 2015 nach nochmaligem Nachfragen mit, dass das vorgelegte Projekt grundsätzlich zur Beurteilung ausreichend ist, allerdings im Zuge eines Lokalaugenscheines die Einzelheiten in Bezug auf Lüftung (Zuluft) geklärt werden sollen. Die belangte Behörde beraumte daher für 6. Juli 2015 einen Lokalaugenschein an. Das Anzeigeverfahren ist noch nicht abgeschlossen. (Schreiben der Behörde ON 7 des verwaltungsgerichtlichen Aktes)

3. Beweiswürdigung:

3.1. Einleitend (1) werden Beschwerdegegenstand, Beschwerdevorbringen und Ablauf des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zusammengefasst wieder gegeben.

3.2. In der Sache selbst (2) stützen sich die Feststellungen auf die in Klammer angegebenen Beweismittel. Die Feststellungen beschränken sich im Wesentlichen auf die Wiedergabe des Verfahrensablaufes. Der Verfahrensablauf ist unstrittig. Es liegt eine Genehmigung aus dem Jahr 1995 (2.1.) vor. Die Anlage wurde unstrittig ohne Einholung einer Änderungsgenehmigung abgeändert. Der genehmigte Bereich hätte, wie sich im Beschwerdeverfahren herausstellte, vom nicht genehmigten Bereich getrennt werden können (2.4.). Schließlich brachte der Bf eine Änderungsanzeige ein. Das Anzeigeverfahren ist noch nicht abgeschlossen.

4. Rechtliche Beurteilung:

4.1. Eine mündliche Verhandlung war nicht erforderlich, da bereits nach der Aktenlage feststeht, dass der bekämpfte Bescheid zu beheben ist (§ 24 VwGVG)

4.2. Die in der Sache maßgeblichen Rechtsvorschriften ergeben sich aus folgenden Bestimmungen der GewO:

4.2.1. § 74 Abs. 1 und 2 GewO lauten:

(1) Unter einer gewerblichen Betriebsanlage ist jede örtlich gebundene Einrichtung zu verstehen, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig zu dienen bestimmt ist.

(2) Gewerbliche Betriebsanlagen dürfen nur mit Genehmigung der Behörde errichtet oder betrieben werden, wenn sie wegen der Verwendung von Maschinen und Geräten, wegen ihrer Betriebsweise, wegen ihrer Ausstattung oder sonst geeignet sind,

1. das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen Familienangehörigen oder des nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen eingetragenen Partners, der Nachbarn oder der Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß aufsuchen, oder das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der Nachbarn zu gefährden; als dingliche Rechte im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch die im § 2 Abs. 1 Z 4 lit. g angeführten Nutzungsrechte,
2. die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen,
3. die Religionsausübung in Kirchen, den Unterricht in Schulen, den Betrieb von Kranken- und Kuranstalten oder die Verwendung oder den Betrieb anderer öffentlichen Interessen dienender benachbarter Anlagen oder Einrichtungen zu beeinträchtigen,
4. die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs an oder auf Straßen mit öffentlichem Verkehr wesentlich zu beeinträchtigen oder
5. eine nachteilige Einwirkung auf die Beschaffenheit der Gewässer herbeizuführen, sofern nicht ohnedies eine Bewilligung auf Grund wasserrechtlicher Vorschriften vorgeschrieben ist.

4.2.2. § 81 Abs. 1, 2 und 3 GewO lauten:

(1) Wenn es zur Wahrung der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen erforderlich ist, bedarf auch die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung im Sinne der vorstehenden Bestimmungen. 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.

(2) Eine Genehmigungspflicht nach Abs. 1 ist jedenfalls in folgenden Fällen nicht gegeben:

1. bescheidmäßig zugelassene Änderungen gemäß § 79c Abs. 2,
2. Änderungen zur Einhaltung von anderen oder zusätzlichen Auflagen gemäß § 79 Abs. 1 oder § 79b,
3. Änderungen zur Anpassung an Verordnungen auf Grund des § 82 Abs. 1,
4. Bescheiden gemäß § 82 Abs. 3 oder 4 entsprechende Änderungen,
5. Ersatz von Maschinen, Geräten oder Ausstattungen durch gleichartige Maschinen, Geräte oder Ausstattungen; Maschinen, Geräte oder Ausstat-

tungen sind gleichartig, wenn ihr Verwendungszweck dem der in der Anlage befindlichen Maschinen, Geräte oder Ausstattungen entspricht und die von ihnen zu erwartenden Auswirkungen von den Auswirkungen der in der Anlage befindlichen Maschinen, Geräte oder Ausstattungen nicht so abweichen, dass der Ersatz als genehmigungspflichtige Änderung gemäß Abs. 1 zu behandeln ist.

6. Änderungen durch den Einsatz von Maschinen, Geräten oder Ausstattungen, die unter Verordnungen gemäß § 76 Abs. 1 fallen oder in Bescheiden gemäß § 76 Abs. 2 angeführt sind, sofern § 76 Abs. 3 nicht entgegensteht,
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,
8. Sanierung gemäß § 12 des Luftreinhaltegesetzes für Kesselanlagen, BGBl. Nr. 380/1988,
9. Änderungen, die das Emissionsverhalten der Anlage nicht nachteilig beeinflussen,
10. Fortschreibung des Abfallwirtschaftskonzeptes (§ 353 Z 1 lit. c),
11. Änderungen von vorübergehender, vier Wochen nicht überschreitender Dauer, die keine Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit von Personen bewirken und aus Anlass von Ereignissen oder Veranstaltungen, die in kulturellem oder sportlichem Interesse überregional breiter Kreise der Bevölkerung stattfinden, vorgenommen werden.

(3) Der Ersatz solcher gleichartiger Maschinen, Geräte oder Ausstattungen gemäß Abs. 2 Z 5, wegen deren Verwendung die Anlage einer Genehmigung bedurfte, sowie Änderungen gemäß Abs. 2 Z 7, Z 9 und Z 11 sind der zur Genehmigung der Anlage zuständigen Behörde vorher anzuzeigen. Das ersetzte Gerät, die ersetzte Maschine, die ersetzte Ausstattung oder die dem Nachweis der Gleichartigkeit dienenden Belege sind bis zur Erlassung des Bescheides gemäß § 345 Abs. 6 aufzubewahren.

4.2.3. § 345 Abs. 5 und 6 GewO lauten:

(5) Wenn die jeweils geforderten gesetzlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind, hat die Behörde, bei der die Anzeige erstattet worden ist, unbeschadet eines Verfahrens nach §§ 366 ff, dies mit Bescheid festzustellen und die Maßnahme oder die Tätigkeit, die Gegenstand der Anzeige ist, zu untersagen.

(6) Die Behörde hat die 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 anzuschließenden Belege gilt § 353. Im Fall einer Änderung gemäß § 81 Abs. 2 Z 7 darf mit dem Betrieb der geänderten Betriebsanlage erst nach Erlassung des Bescheides im Sinne des ersten Satzes begonnen werden.

4.2.4. § 360 Abs. 1 und Abs. 1a GewO lauten:

(1) Besteht der Verdacht einer Übertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 1, 2 oder 3, so hat die Behörde unabhängig von der Einleitung eines Strafverfahrens den Gewerbeausübenden bzw. den Anlageninhaber mit Verfahrensanordnung zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes innerhalb einer angemessenen, von der Behörde zu bestimmenden Frist aufzufordern; eine solche Aufforderung hat auch dann zu ergehen, wenn der Verdacht einer Übertretung gemäß § 367 Z 25 besteht und nicht bereits ein einschlägiges Verfahren gemäß § 79c oder § 82 Abs. 3 anhängig ist. Kommt der Gewerbeausübende bzw. der Anlageninhaber dieser Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist nicht nach, so hat die Behörde mit Bescheid die zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes jeweils notwendigen Maßnahmen, wie die Stilllegung von Maschinen oder die Schließung von Teilen des Betriebes oder die Schließung des gesamten Betriebes zu verfügen.

(1a) In den Fällen des Verdachts einer Übertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 2 oder Z 3 oder § 367 Z 25 hat ein Bescheid gemäß Abs. 1 nicht zu ergehen, wenn und solange im konkreten Einzelfall

1. für die Behörde keine Bedenken vom Standpunkt des Schutzes der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen oder der Vermeidung von Belastungen der Umwelt (§ 69a) hervorkommen, und

2. innerhalb einer von der Behörde gleichzeitig mit der Verfahrensanordnung gemäß Abs. 1 bestimmten, angemessenen und nicht erstreckbaren Frist ein diesem Bundesgesetz entsprechendes Ansuchen (§ 353) um die erforderliche Genehmigung eingebracht und sodann auf Grund dieses Ansuchens ein entsprechender Genehmigungsbescheid erlassen wird.

Abs. 1a gilt nicht für in der Anlage 3 zu diesem Bundesgesetz angeführte Betriebsanlagen.

4.3. In den Erläuterungen der Regierungsvorlage zu § 81 Abs. 2 Z 7 und 9, § 81 Abs. 3 und § 345 Abs. 6 GewO idF BGBl I Nr. 85/2013 wird ausgeführt: „Für Änderungen, die das Emissionsverhalten der Anlage nicht nachteilig beeinflussen, ist schon derzeit gemäß § 81 Abs. 2 Z 9 GewO 1994 eine Ausnahme von der Genehmigungspflicht der Änderung vorgesehen. Unter ‚Emission' ist jede

Auswirkung der Anlage zu verstehen, nicht nur jene Auswirkungen, die sich auf die Nachbarn beziehen. Auch Auswirkungen, die sich lediglich im Innenbereich der Betriebsanlage entfalten, sind daher beachtlich und führen zur Nichtanwendbarkeit des § 81 Abs. 2 Z 9 GewO 1994. Es wäre zwar oftmals möglich, solche Auswirkungen durch Auflagen zu vermeiden bzw. auf ein zumutbares Maß zu beschränken, allerdings besteht im Anzeigeverfahren gemäß § 345 Abs. 6 GewO 1994 in der derzeitigen Fassung keine Möglichkeit, Auflagen vorzuschreiben, da die Behörde lediglich feststellen kann, ob die gesetzlichen Voraussetzungen des § 81 Abs. 2 Z 9 GewO 1994 vorliegen oder nicht. Es soll daher ein gesonderter Tatbestand geschaffen werden, der zwar weiterhin die Emissionsneutralität gegenüber den Nachbarn voraussetzt, jedoch der Behörde bei Auswirkungen, die sich nicht auf die geschützten Nachbarinteressen beziehen, auch die Möglichkeit gibt, Beeinträchtigungen der ansonsten geschützten Interessen durch Erteilung von Auflagen zu vermeiden bzw. auf ein zumutbares Maß zu beschränken. Die Möglichkeit der Erteilung von Auflagen soll auf diesen Tatbestand beschränkt bleiben. Solche Auflagen können sich nur auf geschützte Interessen beziehen, die nicht der Sphäre des Nachbarschafts-schutzes zuzuordnen sind. Änderungen, die nachteilige Auswirkungen auf die Nachbarn haben, unterliegen weiterhin weder dem bestehenden Tatbestand gemäß § 81 Abs. 2 Z 9 noch dem vorgeschlagenen Tatbestand gemäß § 81 Abs. 2 Z 7 GewO 1994; in solchen Fällen kann wie bisher nicht mit der Vorschreibung von Auflagen vorgegangen werden, sondern bedürfen solche Änderungen weiterhin der Genehmigung einer Änderung der Betriebsanlage. Grundsätzlich dürfen genehmigungsfreie Änderungen gemäß § 81 Abs. 2 Z 9 GewO 1994 sofort errichtet und betrieben werden, es sind jedoch gemäß § 81 Abs. 3 GewO 1994 die dem Nachweis der Gleichartigkeit dienenden Belege bis zur Erlassung eines Bescheides gemäß § 345 Abs. 6 GewO1994 aufzubewahren. Im Falle des neu geschaffenen Tatbestandes gemäß § 81 Abs. 2 Z 7 GewO 1994 soll jedoch zum Ausgleich dafür, dass jene Interessen, die die Nachbarschaft nicht beeinflussen, einer behördlichen Auflagenerteilung zugänglich sein werden, vorgesehen werden, dass der Betrieb der Änderung nicht vor Erlassung des Kenntnisnahmebescheides aufgenommen werden darf. Die Errichtung einer solchen ‚nachbarneutralen' Änderung soll zwar sofort möglich sein, allerdings werden auch in diesen Fällen die dem Nachweis der Gleichartigkeit dienenden Belege bis Bescheiderlassung aufzubewahren sein. Die Parteistellung des Arbeits-inspektorates ergibt sich aus § 12 Abs. 1 Arbeitsinspektionsgesetz und muss daher nicht gesondert vorgesehen werden. Sollte sich in den Fällen des neuen § 81 Abs. 2 Z 7 GewO 1994 vor Erlassung eines Bescheides gemäß § 345 Abs. 6 herausstellen, dass der Schutz des Lebens und der Gesundheit der Arbeitnehmer die Vorschreibung von Bedingungen oder Auflagen erfordert, so sind solche auf Grund des § 93 Abs. 2 und 5 ASchG vorzuschreiben. Insofern gilt hinsichtlich des Arbeitnehmerschutzes nichts anderes, als schon für den bisherigen Tatbestand des § 81 Abs. 2 Z 9 GewO 1994."

4.4. In den erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage zu § 360 Abs. 1a GewO idF BGBl I Nr. 85/2012 wird ausgeführt: „Die Verfahrensanordnung des

§ 360 Abs. 1 GewO 1994 soll in betriebsanlagenrechtlichen Fällen dadurch ergänzt werden, dass die Behörde gleichzeitig mit dem Erlassen der Verfahrensanordnung die Möglichkeit hat, zusätzlich eine Frist aufzutragen, innerhalb derer der Betriebsinhaber um betriebsanlagenrechtliche Genehmigung anzusuchen hat. Die Ergänzung dieser Verfahrensanordnung durch behördliches Setzen einer zweiten - von der in der Verfahrensanordnung gesetzten unabhängigen - Frist bewirkt, dass ein auf die Verfahrensanordnung folgender Maßnahmenbescheid nicht zu erlassen ist, sofern der Betreiber die Frist zur Antragstellung einhält und sodann eine Genehmigung erlangt. Von entscheidender Bedeutung ist, dass allfällig hervorkommende Bedenken hinsichtlich der Wahrung der von § 74 Abs. 2 GewO 1994 geschützten Interessen jedenfalls dazu führen, dass die in der Verfahrensanordnung aufgetragenen Maßnahmen mit Bescheid aufzutragen sind. Es ist daher weder das Einräumen der zusätzlichen Frist noch ein aufgrund der zusätzlichen Frist zeitgerecht anhängig gewordenes Genehmigungsverfahren einem Maßnahmenbescheid hinderlich, wenn - auch nachträglich - solche Bedenken hervorkommen. Es ist in diesem Sinne nicht erforderlich, nochmals eine Verfahrensanordnung zu verfügen, wenn nachträglich Bedenken hervorkommen oder der Betriebsinhaber die Frist nicht einhält, da die zusätzliche Frist lediglich das Erlassen eines Bescheides gemäß § 360 Abs. 1 GewO 1994 hemmt. Auch ist die in der Verfahrensanordnung gesetzte Frist zum Herstellen des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes von der Behörde weder zu erneuern noch zur zusätzlich eingeräumten Frist hinzuzurechnen. Diese Fristen bestehen vielmehr unabhängig voneinander und hat die Behörde, wenn nachträglich Bedenken hervorkommen oder die zusätzliche Frist zur Antragstellung nicht eingehalten wird oder ein Genehmigungsbescheid nicht erlangt wird, den Maßnahmenbescheid sofort zu erlassen, sobald die die Maßnahmen-bescheiderlassung hemmende Wirkung wegfällt. Das Einräumen der zusätzlichen Frist soll im Sinne des Abs. 1a Z 2 nur gleichzeitig mit der Verfahrensanordnung möglich sein, ein nachträgliches Setzen einer solchen Frist ist unzulässig. Die zusätzliche Frist soll nicht erstreckbar sein. Die die Erlassung des Maßnahmenbescheides hemmende Wirkung soll nur dann erhalten bleiben, wenn der Antrag innerhalb dieser Frist vollständig bei der Behörde eingebracht wird. Die Prüfung, ob Bedenken vom Standpunkt des Schutzes der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen oder der Vermeidung von Belastungen der Umwelt (§ 69a) hervorkommen, ist von der Behörde zwar grundsätzlich in jeder Lage des Verfahrens vorzunehmen, eine Prüfung wird aber jedenfalls spätestens anlässlich des Erlassens der Verfahrensanordnung vorzunehmen sein. Es wird daher auch erforderlich sein, ein Einräumen der zusätzlichen Frist in der Verfahrens-anordnung entsprechend zu begründen. Eine Abschätzung muss ohne weiteres an Ort und Stelle im Rahmen einer Grobprüfung möglich sein. Zu prüfen sind hervorkommende Bedenken hinsichtlich konkreter Auswirkungen im Einzelfall. Davon strikt zu unterscheiden ist die objektiv-abstrakte Eignung zur Berührung der geschützten Interessen, welche im Sinne des § 74 Abs. 2 Einleitungssatz GewO 1994 darüber Auskunft gibt, ob die Genehmigungspflicht ausgelöst wird; diese objektiv-abstrakte Eignung ist nicht Prüfgegenstand im Sinne des

vorgeschlagenen Abs. 1a Z 1. Da es sich bei der Prüfung, ob Bedenken hervorkommen, um eine behördliche Grobprüfung handelt, ist auch festzuhalten, dass die Ergebnisse einer Prüfung im Sinne des § 360 Abs. 1a weder eine behördliche Prüfung im Genehmigungsverfahren ersetzen noch die Behörde bei der Erlassung der Entscheidung über einen nachfolgenden Genehmigungsantrag binden. Es ist nicht notwendig, eine Übergangsregelung für anhängige Verwaltungsverfahren zu normieren, da eine gemeinsame Fristsetzung in der Verfahrensanordnung nur in solchen Fällen erfolgen kann, in denen die Verfahrensordnung nach Abs. 1 bisher noch nicht erlassen wurde."

4.5. Zum Verdacht einer Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 3 GewO: Nach jüngster Rechtsprechung des VwGH sind Änderungen, die nicht geeignet sind, die in § 74 Abs. 2 GewO 1994 umschriebenen Interessen zu beeinträchtigen, bereits nach der allgemeinen Regel des § 81 Abs. 1 GewO 1994 nicht genehmigungspflichtig. Daher können solche Änderungen einer Betriebsanlage auch nicht unter die Ausnahmeregel des § 81 Abs. 2 GewO 1994 und damit unter die Anzeigepflicht nach § 81 Abs. 3 GewO 1994 fallen (vgl. so auch Grabler/Stolzlechner/Wendl Kommentar zur GewO3 (2011), Rz 29 zu § 81, wonach auch bei Anzeigeverfahren nach § 81 Abs. 3 iVm § 345 Abs. 6 GewO 1994 Voraussetzung ist, dass es sich um eine betriebsanlagenrelevante Änderung handelt, die also dem Grunde nach geeignet ist, die vom § 74 Abs. 2 GewO 1994 geschützten Interessen zu berühren.) Der Betrieb einer genehmigten Betriebsanlage nach Vornahme einer anzeigepflichtigen Änderung ohne vorangegangene Anzeige stellt keine Verwaltungsübertretung iSd § 366 Abs. 1 Z 3 GewO, sondern eine Verwaltungsübertretung iSd § 368 GewO dar (vgl. VwGH vom 18. März 2015, GZ: Ro 2015/04/0002). Dies gilt insb. für den Betrieb einer gemäß § 81 Abs. 2 Z 7 GewO anzeigepflichtigen Änderung entgegen der Anordnung des § 345 Abs. 6 GewO. Besteht lediglich der Verdacht einer Verwaltungsübertretung iSd § 368 GewO, bietet § 360 Abs. 1 GewO an sich keine taugliche Rechtsgrundlage für ein gewerbepolizeiliches Einschreiten. Im ggst. Fall ist ein Anzeigeverfahren anhängig. Die Annahme der belangten Behörde, es habe zumindest ursprünglich der Verdacht einer Verwaltungsübertretung iSd § 366 Abs. 1 Z 3 GewO bestanden, wird vom Bf aber nicht bestritten und ist daher nicht zu beanstanden.

4.6. Soweit der Bf meint, eine Aufforderung, um die erforderliche Genehmigung anzusuchen, entspreche nicht dem § 360 Abs. 1 GewO, ist festzuhalten: Besteht der Verdacht einer Übertretung iSd § 366 Abs. 1 Z 3 GewO, wird der Betreiber gemäß § 360 Abs. 1 GewO mit Verfahrensanordnung aufgefordert, den gesetzmäßigen Zustand wiederherzustellen. Werden geschützte Interessen iSd § 74 Abs. 2 bzw. § 69a GewO nicht beeinträchtigt, verbindet die Behörde die Verfahrensanordnung iSd § 360 Abs. 1 GewO mit einer Frist zur Einbringung eines Ansuchens iSd § 360 Abs. 1a Z 2 GewO. Die Einräumung einer Frist zur Einbringung eines Genehmigungsansuchens war daher nicht gesetzwidrig. Der Betreiber hat Anspruch darauf, dass der nicht genehmigte Betrieb bis zum Ablauf einer angemessenen Frist geduldet wird.

4.7. Soweit sich der Bf gegen die Schließungsanordnung wendet, ist festzuhalten: Wie die belangte Behörde zutreffend erkennt, hat der Betreiber im Anwendungsbereich des § 360 Abs. 1 GewO kein subjektives öffentliches Recht auf Vornahme einer umfassenden Interessenabwägung (vgl. VwGH vom 28. Juli 2004, GZ 2004/04/0041, stRsp). Dessen ungeachtet müssen die Anordnungen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes „notwendig“ sein. Genehmigter und nicht genehmigter Bereich hätten laut Mitteilung des ASV für Anlagentechnik getrennt werden können (2.4.). Aus welchem Grund die Schließung der gesamten Betriebsanlage „notwendig“ sein sollte, ist nicht ersichtlich.

4.8. Abgesehen davon hat der Bf mittlerweile bei der belangten Behörde eine Änderungsanzeige eingebracht. Soweit die Voraussetzungen des § 81 Abs. 2 GewO vorliegen, begründet bereits die Anzeige nach Maßgabe des § 345 Abs. 6 GewO ein Recht des Betreibers. Wird der Umfang einer Genehmigungsfreistellung nach § 81 Abs. 2 GewO überschritten, wäre – jedenfalls hinsichtlich der betroffenen Anlagenteile – ein Untersagungsbescheid iSd § 345 Abs. 5 GewO zu erlassen. Bloße Verdachtsmomente reichen dazu nicht aus. Es muss iSd § 45 Abs. 2 AVG erwiesen sein, dass die „geforderten gesetzlichen Voraussetzungen“ nicht gegeben sind. Es würde den Zweck des Anzeigeverfahrens unterlaufen, wenn die Behörde verpflichtet wäre, gleichzeitig gemäß § 360 Abs. 1 GewO vorzugehen. Aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes der BRD vom 7. August 2012, BVerwG 7 C 7.11, können für die mit den Novellen BGBl I Nr. 85/2012, BGBl I Nr. 85/2013 und BGBl I Nr. 125/2013 geschaffene Regelungssystematik der GewO wohl folgende Überlegungen abgeleitet werden: Besteht der Sinn und Zweck des Anzeigeverfahrens iSd § 345 Abs. 6 GewO gerade darin, den Anlagenbetreiber vor Maßnahmen zu schützen, die an die formelle Illegalität anknüpfen, folgt daraus zugleich, dass § 360 Abs. 1 GewO nur eingeschränkt zur Anwendung kommen kann. Die zuständige Behörde nimmt im Fall einer Änderung iSd § 81 Abs. 2 Z 7 GewO vor Begründung eines Betriebsrechts eine präventive Kontrollfunktion wahr. Allein diese Tatsache würde es - ungeachtet des Vorliegens der rechtlichen Voraussetzungen für die zur Kenntnisnahme der Anzeige iSd § 345 Abs. 6 GewO - rechtfertigen, dass § 360 Abs. 1 GewO keine Anwendung findet. Will der Anlagenbetreiber die aus der Anzeige iSd § 81 Abs. 2 GewO folgenden Konsequenzen der Eigenverantwortung für die Übereinstimmung des Änderungsvorhabens mit dem materiellen Recht nicht tragen und ist er auf größere Rechtssicherheit aus, wird er im wohlverstandenen Eigeninteresse vor Umsetzung des Vorhabens die Ergebnisse eines Genehmigungs- oder Anzeigeverfahren abwarten müssen.

4.9. Der bekämpfte Bescheid setzt sich nicht damit auseinander, dass ein genehmigter Altbestand (2.1.) vorliegt. Der ASV für Anlagentechnik äußerte keine Einwände gegen die eingebrachte Anzeige (2.6.). Es bestehen keine Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anzeige (vgl. VwGH vom 22. Jänner 2015, GZ: 2013/06/0065). Das Arbeitsinspektorat thematisierte lüftungs-technische Belange, die sich soweit ersichtlich auf einen bereits genehmigten

Gastraum beziehen (2.5. und 2.6.). Wie sich schon aus den erläuternden Bemerkungen (4.3.) ergibt, können im Anzeigeverfahren Auflagen gemäß ASchG vorgeschrieben werden. Für die Erlassung eines Schließungsbescheides iSd § 360 Abs. 1 GewO besteht daher derzeit kein Anlass. Aus diesem Grund war spruchgemäß zu entscheiden. Sollten sich für die Behörde im fortgesetzten Verfahren neue Verdachtsmomente iSd § 366 Abs. 1 Z 3 GewO ergeben, wäre zu prüfen, ob die Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes bereits mit den Mitteln des Anzeigeverfahrens erreicht werden kann.

5. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

5.1. Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren Rechtsfragen zu lösen waren, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt.

5.2. Mit Einführung des § 360 Abs. 1a GewO idF BGBl I Nr. 85/2012 und der Gewerbeordnungsnovelle BGBl I Nr. 85/2013, haben sich die Grundlagen gewerbepolizeilichen Vorgehens iSd § 360 Abs. 1 GewO geändert. § 360 Abs. 1a GewO und die Bestimmung des § 82b Abs. 5 GewO idF BGBl I Nr. 125/2013 unterstreichen die Mitwirkung und Eigenverantwortung des Betreibers. Im Ergebnis sind zu § 360 Abs. 1 GewO unterschiedliche Rechtsauffassungen vertretbar.

5.3. Voraussetzung eines Verfahrens iSd § 360 Abs. 1 GewO ist im ggst. Fall der Verdacht einer Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 3 GewO. Würde die „abstrakte“ Eignung, Schutzinteressen iSd § 74 Abs. 2 GewO zu beeinträchtigen, stets den Verdacht einer Verwaltungsübertretung iSd § 366 Abs. 1 Z 3 GewO begründen, stünde dies in einem Spannungsverhältnis zum Erkenntnis des VwGH vom 18. März 2015, GZ: Ro 2015/04/0002. Wenn auch keine „Offenkundigkeit“ iSd § 360 Abs. 3 GewO gefordert wird, scheinen § 360 Abs. 1 und 1a GewO doch auf klar genehmigungspflichtige Maßnahmen bzw. Übertretungen des § 367 Z 25 GewO abzustellen. Anzeigeverfahren iSd § 345 Abs. 6 GewO iVm § 81 Abs. 3 GewO sind von dieser Regelungssystematik nicht erfasst. Aus § 360 Abs. 1 GewO ergeben sich im Anzeigeverfahren keine behördlichen Handlungspflichten. Im Falle einer erwiesenermaßen missbräuchlichen Anzeige würde ein Vorgehen nach § 360 Abs 1 GewO den Betreiber aber nicht in seinen Rechten verletzen (s. 4.8., vgl. auch VwGH vom 22. Jänner 2015, GZ: 2013/06/0065, VwGH vom 17. Februar 2015, GZ: Ro 2014/01/0036).

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240,- Euro zu entrichten.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Wolfgang Weigl

LVwG-850301/7/WG vom 17. Juni 2015

Rechtssatz

Erkenntnis

§ 81 Abs 2 Z 7 GewO
§ 81 Abs 2 Z 9 GewO
§ 81 Abs 3 GewO
§ 345 Abs 5 GewO
§ 345 Abs 6 GewO
§ 360 Abs 1 GewO
§ 360 Abs 1a GewO

Aus § 360 Abs 1 GewO ergeben sich im Anzeigeverfahren gemäß § 81 Abs 3, § 345 Abs 5 und Abs 6 GewO keine behördlichen Handlungspflichten. Im Falle einer erwiesenermaßen missbräuchlichen Anzeige würde den Betreiber ein Vorgehen nach § 360 Abs 1 GewO aber nicht in seinen Rechten verletzen.

Beschlagwortung:

Anzeigeverfahren; Rechtsverletzung; Handlungsgebot