

# TE Vwgh Erkenntnis 1996/6/19 95/01/0233

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 19.06.1996

## **Index**

L70459 Buschenschank Wien;  
001 Verwaltungsrecht allgemein;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
50/01 Gewerbeordnung;

## **Norm**

AVG §37;  
AVG §52;  
BuschenschankG Wr §7 Abs1;  
BuschenschankG Wr §7 Abs4;  
GewO 1994 §148 Abs1;  
VwRallg;

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Dorner und die Hofräte Dr. Kremla, Dr. Stöberl, Dr. Dolp und Dr. Rigler als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Hajicek, über die Beschwerde der C in W, vertreten durch Dr. K, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Berufungssenates der Stadt Wien vom 16. Mai 1995, Zi. MA 58 - AB 6/89, betreffend Ausübung des Buschenschankes, zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Land Wien Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Mit Bescheid vom 7. Juni 1989 beschränkte der Magistrat der Stadt Wien, Magistratische Bezirksamt für den 16. Bezirk, gemäß § 7 Abs. 4 des Wiener Buschenschankgesetzes, LGBI. Nr. 4/1976 (BG), die tägliche Ausschankzeit in dem von der Beschwerdeführerin für die Ausübung des Buschenschankes benützten Standort in Wien, L-Straße 16-18, dahin, daß nach 22.00 Uhr bei der Ausübung des Buschenschankes an Gäste im Gastgarten keine Speisen mehr verabreicht oder verkauft und keine Getränke mehr ausgeschenkt oder verkauft werden dürfen.

Auf Grund der von der Beschwerdeführerin gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung änderte die belangte Behörde den Spruch des erstinstanzlichen Bescheides dahin ab, daß er nunmehr zu lauten hat:

"Gemäß § 7 Abs. 4 des Wiener Buschenschankgesetzes, LGBl. Nr. 4/1976, wird das Ende der täglichen Ausschankzeit für den von Frau C im Standort Wien, L-Straße 16-18 auszuübenden Buschenschank im Gastgarten mit 22.00 Uhr festgesetzt."

Über die gegen diesen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften erhobene Beschwerde hat der Verwaltungsgerichtshof erwogen:

Gemäß § 4 Abs. 1 BG darf der Buschenschank nur in einem Heurigengebiet (Abs. 4) und - unbeschadet der Bestimmungen des Abs. 2 - nur in Betriebsstandorten oder auf anderen Betriebsflächen ausgeübt werden, wenn diese zum landwirtschaftlichen Betrieb des Buschenschankers gehören. Der Buschenschank darf nicht in Betriebsräumen (Betriebsflächen) ausgeübt werden, die anderen als landwirtschaftlichen Erwerbszwecken dienen und in ihrem äußeren Erscheinungsbild einen gewerblichen Betrieb, insbesondere einen gastgewerblichen, annehmen lassen. Die Ausübung des Buschenschankes und die gleichzeitige Führung eines gastgewerblichen Betriebes in der Betriebsform eines Heurigenbuffets in denselben Betriebsräumen (auf denselben Betriebsflächen) ist jedoch von diesem Verbot ausgenommen. Gemäß Abs. 4 Z. 2 dieses Paragraphen bildet im 16. Bezirk das Gebiet westlich der Verbindungsbahn ein Heurigengebiet.

Gemäß § 7 Abs. 1 BG darf die Ausübung des Buschenschankes nur während der täglichen Ausschankzeit erfolgen. Die Festsetzung derselben erfolgt unter Berücksichtigung der Sperr- und Aufsperrstunden ähnlicher Gastgewerbebetriebe durch Verordnung der Landesregierung, wobei auf die Bedürfnisse der ortsansässigen Bevölkerung und der Besucher Bedacht zu nehmen ist. Für besondere Anlässe (z.B. Messen, Fasching, Silvester) können längere Ausschankzeiten festgesetzt werden. Gemäß Abs. 4 dieses Paragraphen kann der Magistrat, wenn die Nachbarschaft durch die Ausübung eines Buschenschankes wiederholt in unzumutbarer Weise belästigt wurde, im Einzelfall einen späteren Beginn oder ein früheres Ende der Ausschankzeit vorschreiben. Diese Vorschreibung ist zu widerrufen, wenn angenommen werden kann, daß der für die Vorschreibung maßgebende Grund nicht mehr gegeben sein wird.

Gemäß § 1 Abs. 1 der Verordnung der Wiener Landesregierung vom 20. Jänner 1976, LGBl. Nr. 6, betreffend die Festsetzung der täglichen Ausschankzeit in Buschenschankbetrieben beginnt in Buschenschankbetrieben die tägliche Ausschankzeit um 8.00 Uhr und endet um 24.00 Uhr.

Bereits die Behörde erster Instanz hatte auf Grund von Beschwerden der Ehegatten A. und von A. O. am 26. Juni 1986 und am 30. August 1988 jeweils in der Zeit nach 22.00 Uhr Schallpegelmessungen hinsichtlich der vom Gartenbetrieb des Buschenschankes der Beschwerdeführerin ausgehenden Lärmbelästigungen durchführen lassen und war unter Zugrundelegung der hiezu eingeholten Gutachten von Amtssachverständigen zu der Auffassung gelangt, die Einschränkung des Endes der Ausschankzeit im Gastgarten auf 22.00 Uhr sei aus gesundheitlichen Rücksichten gegenüber der Nachbarschaft erforderlich.

Die belangte Behörde hat nach Durchführung eines ergänzenden Ermittlungsverfahrens die Festsetzung des früheren Endes der Ausschankzeit ausgehend vom Ergebnis des Ermittlungsverfahrens der Behörde erster Instanz und den von ihr veranlaßten ergänzenden Erhebungen (Schallpegelmessungen am 2. Juni 1992 ab 20.00 Uhr, am 16. Juni 1992, am 19. August 1993, am 9. September 1993, am 25. Juli 1994, am 3. August 1994 und am 5. August 1994 jeweils ab 22.00 Uhr in der Wohnung der Ehegatten A. und an einem Hilfsmeßpunkt, Einholung von Gutachten eines Amtssachverständigen für Lärmbekämpfung und Schallschutz und eines ärztlichen Amtssachverständigen) damit begründet, daß die vom Gartenbetrieb der Beschwerdeführerin ausgehenden Belästigungen der Nachbarschaft unzumutbar seien und die Grenze zur Gesundheitsschädlichkeit erreicht hätten. Es sei daher vom Vorliegen wiederholter unzumutbarer Belästigung der Nachbarschaft im Sinne des § 7 Abs. 4 BG auszugehen und der erstinstanzliche Bescheid zu bestätigen gewesen.

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, daß die belangte Behörde einer Reihe seitens der Beschwerdeführerin gestellter Beweisanträge nicht nachgekommen sei. Soweit sie hiebei meint, sie sei durch ihre Anträge auf Einholung weiterer Sachverständigengutachten den von der belangten Behörde eingeholten Gutachten von Amtssachverständigen in hinreichender Weise entgegengetreten, ist ihr entgegenzuhalten, daß es für die Erschütterung des Beweiswertes eines von einem tauglichen Sachverständigen erstellten schlüssigen Gutachtens nicht ausreicht, diesem auf sachverständig nicht untermauerter Basis beruhende Behauptungen bzw. Anträge auf weitere Ermittlungen entgegenzustellen. Vielmehr bedarf es hiezu eines fachlich fundierten Gegengutachtens, durch welches allenfalls ein Gegenbeweis erbracht werden kann (vgl. die in Hauer - Leukauf, Handbuch des österreichischen

Verwaltungsverfahrens<sup>4</sup>, Eisenstadt 1990, S. 370, zitierte Judikatur). Hinsichtlich des Antrages, die Ehegatten A. dahin untersuchen zu lassen, ob sie durch die Lärmbelästigung bereits Gesundheitsschäden davongetragen hätten, ist festzuhalten, daß es für die Beurteilung, ob eine Belästigung - weil gesundheitsschädlich - unzumutbar ist, nicht darauf ankommt, daß die solchen Belästigungen ausgesetzten Personen auch bereits tatsächlich erkrankt sind.

Die Beschwerdeführerin verkennt auch die Grundsätze des österreichischen Verwaltungsverfahrens, wenn sie die Auffassung vertritt, "unter Wahrung der Unmittelbarkeit auf Einvernahme des Zeugen" M.A. hätte dieser Zeuge von ihr darüber befragt werden können, ob und inwieweit er sich durch Lärm belästigt fühle. Zunächst ist klarzustellen, daß dem verfahrensrechtlichen Grundsatz der Unmittelbarkeit die Bedeutung zukommt, daß das zur Entscheidung berufene Organ an der Beweisaufnahme selbst teilnimmt. Dieser Grundsatz gilt im österreichischen Verwaltungsverfahren in der Regel nicht; er ist nur dort verwirklicht, wo und insoweit derartiges in einzelnen Verwaltungsvorschriften vorgesehen ist

(vgl. Walter - Mayer, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts<sup>6</sup>, Rdz. 330ff). Soweit die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge zum Ausdruck bringen wollte, daß es die belangte Behörde pflichtwidrig unterlassen habe, die Zeugen in Gegenwart der Beschwerdeführerin zu vernehmen, ist klarzustellen, daß aus dem hiefür maßgeblichen § 45 Abs. 3 AVG, der die Behörden verpflichtet, den Parteien Gelegenheit zu geben, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen, eine darüber hinausgehende Verpflichtung zur Gegenüberstellung der Parteien mit den Zeugen und Sachverständigen nicht abgeleitet werden kann. Insbesondere ist ein Frageright der Parteien an den Sachverständigen in den Verwaltungsverfahrensgesetzen nicht vorgesehen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Juni 1965, Zl. 913/64).

Die von der Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren gestellten, von der belangten Behörde nicht berücksichtigten Beweisanträge auf Einvernahme näher bezeichneter Zeugen zum Beweis dafür, daß die Nachbarschaft durch Lärm nicht gestört werde und daß das Offthalten des Buschenschankes der Beschwerdeführerin bis 23.00 Uhr den Bedürfnissen der ortsansässigen Bevölkerung entspreche, sowie auf Ergänzung des amtsärztlichen Gutachtens "zum Beweis dafür, bei welchem Schallpegelwert gesundheitliche Störungen NICHT entstehen können", erweisen sich alle als nicht geeignet, zur Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts beizutragen. So könnten Aussagen von Zeugen, daß sie sich durch den Gartenbetrieb des Buschenschankes der Beschwerdeführerin nicht gestört fühlen, den Beweiswert der durch Gutachten von Amtssachverständigen untermauerten Beschwerden der benachbarten Familie A. über von diesem Betrieb ausgehende Lärmbelästigungen nicht erschüttern. Im Verwaltungsverfahren hat die Beschwerdeführerin die Einvernahme der angeführten Zeugen nur zu dem Zweck beantragt, daß dadurch das Bedürfnis der ortsansässigen Bevölkerung am Offthalten ihres Buschenschankes bis 23.00 Uhr dokumentiert werden sollte. Das darüber hinausgehende Begehren, durch diese Zeugeneinvernahmen auch das Fehlen störender Lärmbelästigung zu beweisen, ist nicht geeignet, die durch die angeführten Messungen bestätigten derartigen Belästigungen in Frage zu stellen. Auch wurde dieses Vorbringen erstmals in der Beschwerde erhoben und unterliegt somit dem gemäß § 41 Abs. 1 VwGG im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltenden Neuerungsverbot. Die Bedachtnahme auf die Bedürfnisse der ortsansässigen Bevölkerung und der Besucher sieht das BG - wie die belangte Behörde richtig erkannt hat - nur im Zusammenhang mit der Erlassung der Verordnung gemäß § 7 Abs. 1 leg. cit. über die Festsetzung der täglichen Ausschankzeit vor, sodaß auch aus diesem Grund die belangte Behörde, ohne einen Verfahrensmangel zu begehen, von der Einvernahme der angebotenen Zeugen absehen konnte.

Zur Rüge, dem Antrag auf Ergänzung des amtsärztlichen Gutachtens in der Richtung, daß jener Schallpegelwert ermittelt werden möge, bei dem gesundheitliche Störungen nicht entstehen könnten, sei nicht entsprochen worden, ist die Beschwerdeführerin darauf hinzuweisen, daß beim gegebenen Sachverhalt Gegenstand des dem angefochtenen Bescheid zugrundeliegenden Verwaltungsverfahrens nicht die Ermittlung von Lärmpegelwerten, bei denen gesundheitliche Beeinträchtigungen auszuschließen sind, sein konnte. Vielmehr oblag es gemäß § 7 Abs. 4 BG der Behörde zu prüfen, ob durch die vom Betrieb der Beschwerdeführerin ausgehenden Schalleinwirkungen die Nachbarschaft wiederholt in unzumutbarer Weise belästigt wurde.

Insgesamt konnte somit die belangte Behörde zu Recht davon ausgehen, daß diesen Beweisanträgen beim gegebenen Verfahrensgegenstand keine rechtliche Relevanz zukommen konnte.

Die Beschwerdeführerin hat sich auch dagegen gewendet, daß die Meßprotokolle (Meßstreifen) der in den Jahren 1993

und 1994 durchgeführten Schallpegelmessungen nicht beigeschafft und vorgelegt worden seien, sowie daß ein Gutachten der Technischen Universität Wien unter Zugrundelegung dieser Unterlagen nicht eingeholt worden sei. Dazu ist klarzulegen, daß das Gutachten eines Sachverständigen wohl zu begründen ist und erkennen lassen muß, auf welchem Weg der Sachverständige zu seinen aus dem Befund gezogenen Schlüssen gelangt ist. Aus dem Gesetz ergibt sich aber keine Verpflichtung der Behörde, sich die einzelnen für die Befundaufnahme herangezogenen Sachverhaltsfeststellungselemente - im Beschwerdefall die Aufzeichnungen des technischen Amtssachverständigen über die einzelnen Schallpegelmesswerte - vorlegen zu lassen und diese einer weiteren Begutachtung durch eine von der Partei gewünschte Stelle zu unterziehen. Vielmehr steht es der Partei eines Verwaltungsverfahrens, wenn sie an der Richtigkeit eines von der Behörde eingeholten Gutachtens zweifelt, offen, diese Zweifel durch Einholung eines Gegengutachtens zu untermauern. Verlangt die Partei die Einholung weiterer Sachverständigengutachten, so muß sie im einzelnen darlegen, weshalb sie die Beziehung dieser Sachverständigen für eine mängelfreie Sachverhaltsfeststellung für erforderlich hält (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 28. Jänner 1992, Zl. 91/07/0012). Die bloße Behauptung, ein weiteres Gutachten werde beweisen, daß das erstattete Gutachten eines Amtssachverständigen nicht aufrecht zu erhalten sei, kann nicht als hinreichende Begründung für die Notwendigkeit der Einholung eines weiteren Gutachtens angesehen werden.

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, es sei den sich gestört Fühlenden leicht, das Ergebnis von Lärmessungen - deren Zeitpunkt diesen im Gegensatz zur Beschwerdeführerin bekannt sei - "durch Entsendung lärmender Gäste in meinen Betrieb zu beeinflussen", behauptet sie selbst nicht, daß sie Anzeichen für ein derartiges Verhalten wahrgenommen hätte. Die in diesem Zusammenhang aufgeworfene Frage, in welcher Weise die Beschwerdeführerin technisch in der Lage gewesen wäre, ein Gegengutachten erstellen zu lassen, zeigt einerseits nicht auf, daß die Erstellung eines solchen Gutachtens für die Beschwerdeführerin tatsächlich unmöglich gewesen wäre, und ist andererseits nicht geeignet, die Schlüssigkeit des von der belangten Behörde herangezogenen Gutachtens in Zweifel zu ziehen.

Die Beschwerdeführerin hat auch vorgebracht, die belangte Behörde habe den Begriff der "Nachbarschaft" im Sinne des § 7 Abs. 4 BG unrichtig ausgelegt, weil das Ehepaar A., dessen Schlafräume in Richtung der "nicht lärmgestörten" L.-straße gelegen seien, allein durch seine Beschwerde die Voraussetzungen dieser Gesetzesstelle nicht erfüllen könne. Dem hat die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid zutreffend entgegengehalten, daß die von einem Buschenschankbetrieb ausgehende Belästigung eines einzigen Nachbarn bereits die Vorschreibung entsprechender Abhilfemaßnahmen rechtfertige und daß es für die Beurteilung solcher Belästigungen nicht darauf ankomme, welche Räume einer im Einflußbereich derselben gelegenen Baulichkeit von deren Bewohnern in welcher Weise genutzt würden (siehe zum insoweit vergleichbaren Begriff der "Nachbarschaft" in gewerberechtlichen Bestimmungen z.B. die hg. Erkenntnisse vom 21. Dezember 1960, Slg. Nr. 5452/60, und vom 29. November 1979, Slg. Nr. 9979/79). Es kann daher der belangten Behörde nicht der Vorwurf gemacht werden, sie habe den Nachbarschaftsbegriff des BG unrichtig ausgelegt. Im Hinblick auf die durch die eingeholten Gutachten erwiesenen Lärmbelästigungen zur Nachtzeit war die belangte Behörde auch nicht gehalten, die Ehegatten A. darüber einzuvernehmen, zu welchen Zeitpunkten sie sich durch den vom Betrieb der Beschwerdeführerin ausgehenden Lärm belästigt gefühlt hätten. Aus dem Hinweis, daß am 25. Juli 1994 - dieser Tag sei Ruhetag im Betrieb der Beschwerdeführerin gewesen - von einem anderen Buschenschankbetrieb ausgehende Lärmbelästigungen gemessen worden seien, ist für die Beschwerdeführerin nichts zu gewinnen, weil der Umstand, daß der Betrieb der Beschwerdeführerin an diesem Tag geschlossen war, im Meßbericht ausdrücklich angeführt ist und diese Messung bei Erlassung des angefochtenen Bescheides auch nicht verwertet wurde.

Die Beschwerdeführerin hat auch die Auffassung vertreten, zufolge der ihr erteilten Konzession für das Gastgewerbe in der Betriebsart eines Heurigenbuffets mit den Berechtigungen nach § 189 Abs. 1 Gewerbeordnung 1973 unterliege sie auch den Bestimmungen der Gewerbeordnung, weshalb § 148 Abs. 1 erster Satz Gewerbeordnung 1994 - diese Gesetzesstelle sieht für die Ausübung des Gastgewerbes in Gastgärten eine Betriebszeit von 8.00 bis 22.00 Uhr, vom 15. Juni bis einschließlich 15. September bis 23 Uhr, vor - auch für ihren bereits bestehenden Gastgarten gelten müsse. Dem ist entgegenzuhalten, daß Gegenstand des angefochtenen Bescheides lediglich die Beschränkung des täglichen Endes der Ausschankzeit im Gastgarten der Beschwerdeführerin hinsichtlich des von ihr geführten

Buschenschankbetriebes, nicht aber hinsichtlich des von ihr in Form eines Heurigenbuffets betriebenen Gastgewerbebetriebes war. Eine in der Verkennung der Rechtslage gelegene Rechtswidrigkeit kann somit auch insoweit dem angefochtenen Bescheid nicht angelastet werden.

Die sich insgesamt als unbegründet erweisende Beschwerde war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBI. Nr. 416/1994.

Somit erübrigte sich auch eine Entscheidung des Berichters über den zu Zl. AW 96/01/0360 (neuerlich) gestellten Antrag, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

### **Schlagworte**

Gutachten Beweiswürdigung der Behörde Gutachten rechtliche Beurteilung Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Beweismittel Sachverständigenbeweis Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Beweismittel Zeugenbeweis

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1996:1995010233.X00

### **Im RIS seit**

11.07.2001

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)