

# TE Vwgh Erkenntnis 1994/10/18 93/04/0038

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 18.10.1994

## **Index**

50/01 Gewerbeordnung;

### **Norm**

GewO 1973 §74 Abs2 Z1 idF 1988/399;

GewO 1973 §74 Abs2 Z2;

GewO 1973 §77 Abs1 idF 1988/399;

GewO 1973 §77 Abs2 idF 1988/399;

### **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Griesmacher und die Hofräte DDr. Jakusch, Dr. Gruber, Dr. Pallitsch und Dr. Stöberl als Richter, im Beisein des Schriftführers Oberkommissär MMag. Dr. Balthasar, über die Beschwerde des J in Wien, vertreten durch Dr. R, Rechtsanwalt in X, gegen den Bescheid des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 18. Dezember 1992, Zi. 315.341/2-III/3/92, betreffend Genehmigung einer gewerblichen Betriebsanlage (mitbeteiligte Partei: M-Gesellschaft mbH in Wien), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 12.500,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen; das Mehrbegehren wird abgewiesen.

### **Begründung**

Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien vom 13. Dezember 1991 wurde der mitbeteiligten Partei "die Betriebsanlage im Standort Wien, K-Gasse 15, in welcher die M-GesmbH die Konzession Gastgewerbe in der Betriebsart eines Espressos ausübt, (...) nach Maßgabe des Planes und der Betriebsbeschreibung auf die sich dieser Bescheid bezieht gemäß § 74 GewO 1973 (unter Vorschreibung von im Bescheid näher ausgeführter Auflagen) genehmigt".

Gegen diesen Bescheid berief unter anderem auch der Beschwerdeführer an den Landeshauptmann von Wien. Im Berufungsverfahren präzisierte der Beschwerdeführer seine Einwendungen, durch den Betrieb der zu genehmigenden Anlage würden Geruchsbelästigungen durch Zigarettenrauch und Kochdünste hervorgerufen, dahingehend, daß durch die leicht schadhafte Decke Zigarettenrauch aus dem Lokal in seine Wohnung dringe. Bezüglich dieses Einwandes legte die mitbeteiligte Partei ein Gutachten des Baumeisters H vom 26. Februar 1992 folgenden Inhaltes vor:

"Durch den Unterfertigten wurde die gegenständliche Zwischendecke nach Öffnung eingehend untersucht und in der

Folge festgestellt, daß die Zwischendecke nicht mit der ursprünglichen Tramdecke des Hauses in Verbindung steht. Diese Zwischendecke ist selbsttragend durch eine hölzerne Tragkonstruktion aus Staffelhölzern und hochkantig stehenden Pfosten in verschiedener Stärke. Die raumseitig sichtbaren Teile der Zwischendecke (Holzplatten in verschiedener Größe und Art je nach Gestaltung in der Stärke von 19 mm) sind nur auf dieser Tragkonstruktion montiert. Auf der Oberseite dieser Plattenverkleidung bzw. im Zwischenraum darüber sind 16 cm starke Mineralwollmatten (Glaswolle) zur Schalldämmung verlegt. Da der Zwischenraum zwischen beiden Decken von ca. 60 cm bis 80 cm differiert, ist ein zusätzlicher Abstand gegeben. Die Tramdecke über der Zwischendecke wird lediglich im eckseitigen Lokalraum durch einen angeschraubten Ventilatorkasten berührt, der sich über der Zwischendecke befindet. Die diesbezüglichen Schraubstellen sind abisoliert. Eine Beschädigung der alten bestehenden Tramdecke liegt also nicht vor. Die Gesamtfläche der Zwischendecke beträgt etwa 42 m<sup>2</sup>.

Es ist praktisch unmöglich, daß ein Zigarettenrauch oder sonstiger Geruch durch die Tramdecke (Stukkaturplafond, Zwischenraum zwischen den Trämen, Blindboden, Beschüttung und Fußboden) in die Wohnräume darüber eindringt. Im übrigen wird der Lokalbereich durch eine Entlüftungsanlage ins freie entlüftet."

In ihrer Stellungnahme zu diesem Gutachten führten der Beschwerdeführer und seine Ehegattin mit Anbringen vom 29. März 1992 aus:

"..., außerdem möchte ich bemerken, daß der Baumeister, der den Dichtheitsbefund dieser Decke ausgestellt hat, keinerlei Prüfungen unserer Wohnung durchgeführt hat."

In der Folge änderte der Landeshauptmann von Wien mit Bescheid vom 13. April 1992 den angefochtenen Bescheid des Magistrat der Stadt Wien vom 13. Dezember 1991 gemäß § 66 Abs. 4 AVG insoferne ab, als der mitbeteiligten Partei zusätzliche Auflagen wie folgt vorgeschrieben wurden:

31.)

Der zur Ableitung der WC-Abluft verwendete Rauchfang ist jährlich vom zuständigen Rauchfangkehrermeister auf seinen ordnungsgemäßen baulichen Zustand nachweislich überprüfen zu lassen.

32.)

Durch Abdichten der zentralen Öffnungen der Aktivkohlefilterpatronen ist sicherzustellen, daß die Lokalabluft zur Gänze über die Aktivkohlefilter geleitet wird.

33.)

Die Aktivkohlefilterpatronen sind so zeitgerecht, jedenfalls aber monatlich, gegen neue auszutauschen, sodaß die Funktionsfähigkeit der Aktivkohleanlage stets voll gewährleistet ist. Über die Zeitpunkte der Filtertausche sind Aufzeichnungen zu führen, die in der Betriebsanlage stets bereit zu halten sind.

34.)

Sowohl die Fenster als auch die Überlichten der Betriebsanlage sind ständig geschlossen zu halten."

Zur Begründung führte der Landeshauptmann im wesentlichen aus, durch die vom Betriebsinhaber bereits getroffenen Maßnahmen - wie Abdichten der zentralen Öffnungen in den Aktivkohlefilterpatronen und bauordnungsgemäße Herstellung der beiden Rauchfänge - sei eine unzumutbare Geruchsbelästigung für die Nachbarn nicht mehr zu erwarten. Damit sichergestellt sei, daß dieser Zustand auch erhalten bleibe, seien die im Spruch genannten Auflagen zusätzlich vorzuschreiben gewesen. Das Vorbringen, die Undichtheit der Decke sei schon während der Durchführung von Lackierarbeiten mit organischen Lösungsmitteln von Sachverständigen des Gaswerkes und der Feuerwehr festgestellt worden, vermöge die Schlüssigkeit des eingeholten Gutachtens nicht in Frage zu stellen, da auf Grund der Parteiangabe nicht mehr rekonstruiert werden könne, in welchem Zustand sich seinerzeit Rauchfänge und Lüftungsanlagen befunden hätten und welche Änderungen in der Bausubstanz damals noch nicht vorgenommen worden seien. Insbesondere könne aus der bloßen Wahrnehmung von Gerüchen nicht auf eine Undichtheit der Decke geschlossen werden, solange Undichtheiten der Rauchfänge und der Filteranlagen bestanden hätten. Es sei daher durchaus zu erwarten, daß die Geruchsimmissionen durch die nunmehr aufgetragenen Maßnahmen auf ein zumutbares Ausmaß reduziert würden.

In der dagegen vom Beschwerdeführer erhobenen Berufung wurde darauf hingewiesen, daß für die Geruchsausbreitung "nur mehr die Möglichkeit über die Tramdecke gegeben" sei und es wurden diesbezüglich

"geeignete Maßnahmen" beantragt.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid wurde der Berufung des Beschwerdeführers keine Folge gegeben. In der Begründung des angefochtenen Bescheides verweist die belangte Behörde auf ein vom gewerbetechnischen Amtssachverständigen eingeholtes Gutachten vom 7. September 1992 folgenden Inhaltes:

"Aus dem dem Bezugsakt beiliegenden Gutachten des Baumeisters H ... vom 26.2.1992, geht hervor, daß die Zwischendecke über den zwei Gasträumen des Espressos nicht mit der ursprünglichen Tramdecke des Hauses in Verbindung steht. Die Tramdecke über der Zwischendecke wird lt. Gutachten lediglich im "eckseitigen Raum" durch einen angeschraubten Ventilatorkasten berührt, der sich über der Zwischendecke befindet. "Die diesbezüglichen Schraubstellen sind abisoliert. Eine Beschädigung der alten bestehenden Tramdecke liegt also nicht vor."

Weiters wird in dem Gutachten ausgeführt daß "es praktisch unmöglich ist, daß Zigarettenrauch oder sonstiger Geruch durch die Tramdecke (Stukkaturplafond, Zwischenraum zwischen den Träumen, Blindboden, Beschüttung und Fußboden) in die Wohnräume darüber eindringt".

Aus gewerbetechnischer Sicht bestehen nach Durchsicht des Bezugsaktes keine Gründe, das zitierte Gutachten des Baumeisters H in Zweifel zu ziehen. Darüberhinaus ist aus der ho. gewerbetechnischen Erfahrung nicht anzunehmen, daß Kaffee- bzw. Zigarettengeruch durch eine ordnungsgemäß verputzte Tramdecke in die darüberliegenden Räume dringen kann."

Nach Darstellung der maßgeblichen Gesetzeslage folgerte die belangte Behörde, aus dem schlüssigen Gutachten des gewerbetechnischen Amtssachverständigen ergebe sich zweifelsfrei, daß ein Durchdringen von Geruchsemissionen von der Betriebsanlage durch die Tramdecke des gegenständlichen Gastlokales nicht möglich sei. Die vom Beschwerdeführer geäußerten Befürchtungen würden daher nicht geteilt. Bei Einhaltung der im angefochtenen Bescheid vorgeschriebenen zusätzlichen Auflagen könne aber auch ausgeschlossen werden, "daß ansonsten Geruchsimmisionen bei konsensgemäßem Betrieb bis zu den Nachbarn durchdringen".

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer erachtet sich seinem gesamten Vorbringen zufolge in dem Recht, durch die gegenständliche Betriebsanlage infolge Einwirkung von Geruch nicht belästigt zu werden, verletzt. Er bringt hiezu unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften vor, aus dem gewerbebehördlichen Akt ergäbe sich, daß die von ihm behauptete Geruchsbelästigung objektiviert worden sei. Der Sachverständige Baumeister H habe seine Wohnung nie betreten und keinerlei Messungen durchgeführt. Sein Gutachten beruhe lediglich auf einem Lokalaugenschein in der Betriebsanlage. Dort seien beim Umbau die Decke aufgerissen, die Trennmauer niedergerissen, Installationen durchgeführt und an der Kaminmauer monatelang gestemmt worden. Der Plafond des Lokales sei mit einer Holzdecke abgeschlossen worden. Dem zitierten Gutachten lasse sich nicht entnehmen, daß die Holzdecke durch eine probeweise Öffnung der Tramdecke bezüglich eventueller Risse unter dem Verputz - wobei Haarrisse zur Geruchsdurchlässigkeit hinreichen würden - untersucht worden wäre. Für die Erstellung des Gutachtens seien die notwendigen bautechnischen Untersuchungen nicht durchgeführt worden. Über Anregung des Institutes für Umweltmedizin habe er ein Privatgutachten vom Institut für Baubiologie erstellen lassen, aus dem eindeutig hervorgehe, daß ein Stofftransfer durch die Dachkonstruktion zwischen dem Lokal Music GmbH und seiner Wohnung stattfinde. Dadurch sei es möglich, daß flüchtige Stoffe (Geruchstoffe, Küchendünste usw.) vom darunterliegenden Lokal in seine Wohnung gelangten. Im Hinblick auf die in seinen Schriftsätzen enthaltenen Hinweise auf schwere gesundheitliche Störungen, die seine Gattin durch die objektivierten Geruchsbelästigungen erlitten habe, wäre die belangte Behörde verpflichtet gewesen, selbst ein sämtliche Entscheidungsgrundlagen beinhaltendes Sachverständigengutachten einzuholen, da aus dem vorliegenden Gutachten des Sachverständigen hervorgehe, daß dieser offenbar nicht über die entsprechenden technischen Mittel verfügt habe, um die notwendigen Messungen zur Feststellung der Gruchsbelästigung durchführen zu können. Bei der Untersuchung über die Beeinträchtigung des Wohnklimas am 17. Februar 1992 (richtig 17. Dezember 1992) seien jedenfalls undichte Stellen am Fußboden, in Spalten des Parketts und einer Spalte des Türstocks

festgestellt worden. Ein Anstieg der Kohlenmonoxydwerte während der Nachtstunden sei nachgewiesen worden. Die diese Untersuchung durchführende Versuchs- und Forschungsanstalt der Stadt Wien (MA 39) habe darauf hingewiesen, daß eine Undichtheit der Decke auf Grund der zur Verfügung stehenden Meßmethodik nicht habe erwiesen werden können. Die belangte Behörde hätte sich daher nicht nur auf die Äußerung des gewerbetechnischen Amtssachverständigen, welcher keine Messungen vorgenommen habe, stützen dürfen, sondern das Gutachten eines Institutes einholen müssen, welches für gesundes und ökologisches Bauen zuständig sei und auch über die entsprechenden Meßmethoden verfüge. Dies auch deshalb, da das Institut für Umweltmedizin darauf hingewiesen habe, daß es Institute gebe, die über die entsprechenden Meßmethoden verfügten. Daß die erteilten Auflagen unzureichend seien, sei für die belangte Behörde erkennbar gewesen. Die Behörde hätte daher einen Sachverständigen mit der Gutachtenerstellung beauftragen müssen, welcher in der Lage sei, auf Grund der modernsten Methoden die Ursachen der Geruchsbelästigung zu erkennen.

Gemäß § 77 Abs. 1 GewO 1973 - in der im Hinblick auf den Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides anzuwendenden Fassung vor der Gewerberechtsnovelle 1992, BGBl. Nr. 29/1993 - ist eine gewerbliche Betriebsanlage zu genehmigen, wenn nach dem Stand der Technik (§ 71a) und dem Stand der medizinischen und der sonst in Betracht kommenden Wissenschaften zu erwarten ist, daß überhaupt oder bei Einhaltung der erforderlichenfalls vorzuschreibenden bestimmten geeigneten Auflagen die nach den Umständen des Einzelfalles voraussehbaren Gefährdungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z. 1 vermieden und Belästigungen, Beeinträchtigungen oder sonstige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z. 2 bis 5 auf ein zumutbares Maß beschränkt werden.

Nach Abs. 2 dieser Gesetzesstelle ist das Tatbestandselement, ob Belästigungen der Nachbarn im Sinne des § 74 Abs. 2 Z. 2 zumutbar sind, danach zu beurteilen, wie sich die durch die Betriebsanlage verursachten Änderungen der tatsächlichen örtlichen Verhältnisse auf ein gesundes normal empfindendes Kind und auf einen gesunden, normal empfindenen Erwachsenen auswirken.

Bei der Beurteilung eines Sachverhaltes daraufhin, ob eine Gefährdung der Gesundheit der Nachbarn (§ 77 Abs. 1 GewO 1973 iVm § 74 Abs. 2 Z. 1 leg. cit.) vorliegt, handelt es sich, ebenso wie bei der Beurteilung der Zumutbarkeit von Belästigungen der Nachbarn (§ 77 GewO 1973 iVm § 74 Abs. 2 Z. 2 leg. cit.), um die Lösung einer Rechtsfrage. Das Ergebnis der Beweisaufnahme durch Sachverständige (§ 52 AVG) bildet lediglich ein Element des für die Erlassung des Bescheides "maßgebenden Sachverhalts" (§§ 37 und 56 AVG).

Die Feststellung, ob die (sachverhaltsbezogenen) Voraussetzungen für die Genehmigung einer gewerblichen Betriebsanlage vorliegen, ist Gegenstand des Beweises durch Sachverständige auf dem Gebiet der gewerblichen Technik und auf dem Gebiet des Gesundheitswesens sowie eines Sachverständigen der sonst im jeweils zu beurteilenden Fall in Betracht kommenden Wissenschaften. Den Sachverständigen obliegt es, auf Grund ihres Fachwissens ein Urteil (Gutachten) über diese Fragen abzugeben. Der gewerbetechnische Sachverständige hat sich über die Art und das Ausmaß der von der Betriebsanlage zu erwartenden Immissionen zu äußern. Auf Grund des Sachverständigengutachtens hat sich die Behörde im Rechtsbereich ihr Urteil zu bilden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Oktober 1993, Zl. 91/04/0163).

Gemäß § 45 Abs. 2 AVG hat die Behörde - soweit es sich nicht um offenkundige oder um gesetzlich vermutete Tatsachen handelt (§ 45 Abs. 1 AVG) - unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Die belangte Behörde ging in ihrer im Sinne der vorgenannten Gesetzesstelle vorgenommenen Beweiswürdigung von einer Schlüssigkeit des Gutachtens des gewerberechtlichen Sachverständigen aus. Dieser Sachverständige stützte sich bei dem von ihm gezogenen Schluß, die in Rede stehende Tramdecke sei dicht, sodaß keine Geruchsbelästigungen für den Beschwerdeführer aus dem Lokal der mitbeteiligten Partei entstehen könnten, auf das von der mitbeteiligten Partei im verwaltungsbehördlichen Verfahren vorgelegte Privatgutachten des Baumeister H. Dieser Gutachter hat jedoch - wie sich aus seinen Ausführungen ergibt - die Dichtheit der Tramdecke selbst nicht überprüft und auch keine diesbezüglichen Messungen vorgenommen, sodaß seine Aussagen "eine Beschädigung der alten bestehenden Tramdecke liegt also nicht vor" und es sei "praktisch unmöglich, daß ein Zigarettenrauch oder sonstiger Geruch durch die Tramdecke (Stukkaturplafond, Zwischenraum zwischen den Tränen, Blindboden, Beschüttung und Fußboden) in die Wohnräume darüber eindringt", keine ausreichende Grundlage für die vom gewerbetechnischen Sachverständigen gezogene Schlußfolgerung bietet. Auch geht der gewerbetechnische Sachverständige bei seiner Schlußfolgerung von einer "ordnungsgemäß verputzten Tramdecke" aus, ohne offensichtlich selbst an Ort und Stelle Befund aufgenommen

zu haben. Die von der belangten Behörde vorgenommene Feststellung "ein Durchdringen der Tramdecke des gegenständlichen Gastlokales durch Geruchsimmissionen (sei) nicht möglich", ist daher nicht ausreichend durch ein schlüssiges Sachverständigungsgutachten belegt.

Da die belangte Behörde dies verkannte, belastete sie den Bescheid mit einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften (vgl. die bei Dolp, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit3, Seite 598 referierte Judikatur).

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufzuheben.

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG im Zusammenhang mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994. Für den pauschalierten Schriftsatzaufwand kann Umsatzsteuer nicht zuerkannt werden.

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1994:1993040038.X00

**Im RIS seit**

20.11.2000

**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)