

Erich Wolny/Alfred Grof

## Nachträgliche Auflagen gemäß § 79 a GewO — ein neues Instrument wirksamen Umweltschutzes? \*)

### I. Vorbemerkung

#### II. Abgrenzungsfragen

- A. § 79 a GewO im Verhältnis zu § 79 GewO
  - 1. Grundsätzliche Überlegungen
  - 2. „Luftschadstoffe“
  - 3. „Erschütterungen“
  - 4. „Über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichend“
  - 5. „Beträchtliche Belastung der Umwelt“
  - 6. Begrenzung der Emissionen „nach dem Stand der Technik“
  - 7. Wirtschaftliche Zumutbarkeit „unter Bedachtnahme auf bestehende Förderungsmöglichkeiten“

#### B. Zur Interdependenz der §§ 79 a und 82 GewO

#### III. Verfahrensrechtliche Fragen

- A. Beschwerden von Nachbarn
  - 1. Zur Beschwerdelegitimation
  - 2. Die Rechtsnatur der Beschwerden und ihre Konsequenzen
  - 3. Die Zuständigkeitsfragen
- B. Die verfahrensrechtliche Stellung des Bundesministers für Gesundheit und Umweltschutz
- C. Parteistellung der Nachbarn der gemäß § 79 a Abs 1 GewO verfahrensgegenständlichen Betriebsanlagen?

#### IV. Resümee

### I. Vorbemerkung

Im Zuge der Schaffung der gesetzlichen Grundlagen für einen Umweltfonds durch das BG vom 21. 10. 1983 (BGBl 1983/567) erfuhr auch die GewO eine Erweiterung. Nach dem § 79 GewO wurde eingefügt:

\*) Für wertvolle Anregungen zur Präzisierung mancher Thesen danken wir den Herren Universitätsprofessoren Dr. Ludwig Fröhler, Dr. Peter Oberndorfer und Dr. Heinz Peter Rill.

„§ 79 a. (1) Ergibt sich nach Genehmigung der Anlage, daß trotz Einhaltung der im Genehmigungsbescheid und im Betriebsbewilligungsbescheid vorgeschriebenen Auflagen der Betrieb der Anlage zu einer über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichenden beträchtlichen Belastung der Umwelt durch Luftschadstoffe oder Lärm oder Erschütterungen führt, so hat die Behörde (§§ 333, 334, 335) über Antrag des Bundesministers für Gesundheit und Umweltschutz andere oder zusätzliche Auflagen vorzuschreiben, die einen hinreichenden Schutz der gemäß § 74 Abs. 2 wahrzunehmenden Interessen und darüber hinaus eine Begrenzung der für diese Umweltbelastung ursächlichen Emissionen nach dem Stand der Technik (§ 71 a Abs. 2) sicherstellen. Soweit solche Auflagen nicht zur Vermeidung einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der im § 74 Abs. 2 Z. 1 genannten Personen notwendig sind, müssen diese Auflagen für den Betriebsinhaber unter Bedachtnahme auf bestehende Förderungsmöglichkeiten, insbesondere durch den Umweltfonds, wirtschaftlich zumutbar sein.“

(2) Der Bundesminister für Gesundheit und Umweltschutz hat den Antrag gemäß Abs. 1 zu stellen, wenn der Betrieb einer Anlage zu Beschwerden von Nachbarn führt und durch Messungen eine beträchtliche Belastung der Umwelt durch Luftschadstoffe oder Lärm oder Erschütterungen nachgewiesen ist.“<sup>1)</sup>

In den Erläuterungen zur RV betreffend das UmweltfondsG wird diese Regelung damit begründet, daß sie auch zu einer verstärkten Inanspruchnahme von Förderungen durch den Umweltfonds führen soll<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Mit der Vollziehung des § 79 a Abs 2 GewO ist der BMGU betraut (§ 381 Abs 6 GewO idF BGBl 1983/567); der administrative Instanzenzug geht bis zum BMHGI (§ 359 a Z 4 GewO idF BGBl 1983/567).

<sup>2)</sup> 66 BlgNR 16. GP (S 11): „Abs 1 sieht auch zum Zwecke einer verstärkten Inanspruchnahme von Förderungen durch den Umweltfonds vor, daß auf Antrag des Bundesministers für Gesundheit und Umweltschutz bei bestehenden und bereits genehmigten Betriebsanlagen (Alt-

Die Erfüllung dieser Zielsetzung, ja die Anwendung des § 79 a GewO schlechthin scheint schon auf den ersten Blick dadurch beeinträchtigt, daß die Erkennbarkeit der eigentlichen Normaussage durch die Verwendung zahlreicher und zum Teil neuer unbestimmter Rechtsbegriffe erschwert wird; auch die vom Gesetzgeber gewählte verfahrensrechtliche Konstruktion wirft eine Reihe von Rechtsfragen auf. Kurzum: Dem „einfachen“ Normadressaten wird „der Zugang zum Recht“ im ohnehin juristisch und technisch anspruchsvollen Problembereich Betriebsanlagenrecht/Umweltschutz nicht gerade leicht gemacht! Diese Feststellung erscheint umso bemerkenswerter, als es nach dem Konzept des § 79 a GewO gerade jenen einfachen Normadressaten als Nachbarn von Betriebsanlagen, durch deren Emissionen sie sich in ihrem Wohlbefinden beeinträchtigt fühlen, obliegt, durch Beschwerdeführung vor den Behörden die Verfahren zur Vorschreibung nachträglicher emissionsbegrenzender Auflagen auszulösen.

Angesichts des Umstandes, daß § 79 a GewO in ein vorhandenes Normensystem mit inhaltlich fixierten Begriffen — und zwar nicht nur durch die GewO, sondern auch durch das AVG bestimmt — eingefügt wurde, muß uE die neue Regelung, müssen insbesondere auch die in ihr enthaltenen neuen unbestimmten Rechtsbegriffe im Zweifel systemkonform zum unverändert belassenen normativen Gehalt „verwandter“ Bestimmungen des Betriebsanlagenrechts ausgelegt werden. Allerdings deutet manches darauf hin, daß bei den Autoren der RV<sup>3</sup>), aber auch im Parlament<sup>4</sup>) „unzureichend genaue Vorstellungen von den Fakten“ herrschten und auch „die Folgenanalyse unzureichend genau“ war<sup>5</sup>). Subjektiv-teleologische Auslegung und eine darauf gründende Normhypothese, welche die im Wege systematisch-logischer Auslegung ermittelte Normhypothese verdrängen sollte, sind indes nach unseren methodologischen Prämissen nur insoweit vertretbar, als der Wille des Gesetzgebers objektiv nachvollziehbar auf eine Abweichung von der vorgefundenen Systematik gerichtet war. Eine Präferenzierung „praktikabler“ Auslegungsresultate allein unter Hinweis auf die im Vergleich dazu kompliziert scheinenden Ergebnisse der systematisch-logischen Auflösung des Spannungsverhältnisses der neuen Regelung zum vorgefundenen Rechtsbestand würde uE nicht den Anforderungen einer

---

anlagen) die Gewerbebehörde zusätzliche Auflagen vorzuschreiben hat.“

<sup>3)</sup> Im Vorentwurf des BMGU betreffend ein UmweltfondsG vom Mai 1983 war eine entsprechende Ergänzung der Gewerbeordnung noch nicht vorgesehen; sie wurde vielmehr erst im Herbst 1983 in den zur Begutachtung versandten Entwurf eingebaut; in den „Erläuterungen“ des § 79 a GewO (vgl FN 2) wird auf die Einordnungsproblematik überhaupt nicht Bezug genommen.

<sup>4)</sup> Mehrere Abgeordnete zum NR sprachen in der Spezialdebatte zum UmweltfondsG von einer „Änderung des § 79 GewO“ sowie von einer „Kompetenzübertragung an das Gesundheitsministerium“!

<sup>5)</sup> So umschreibt Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982) 429, die Mängel im Gesetzgebungsverfahren, die zu „intellektuellen Fehlleistungen“ des Gesetzgebers führen.

korrekten rechtsdogmatischen Argumentation genügen.

## II. Abgrenzungsfragen

In diesem Abschnitt wird untersucht, wie § 79 a GewO in das Betriebsanlagenrecht einzugliedern ist.

### A. § 79 a im Verhältnis zu § 79 GewO

Die Affinität der neuen Regelung zu § 79 GewO drängt sich nicht nur wegen der systematischen Einreichung auf, sondern auch wegen der scheinbaren Übereinstimmung beider Normen in wesentlichen Tatbestandsmerkmalen und in der Rechtsfolge, die sogar die Vermutung entstehen läßt, § 79 ginge in § 79 a GewO auf. Dennoch sprechen in Zweifelsfällen wie diesem systematisch-logische Erwägungen gegen die vorschnelle Annahme, daß die ausdrücklich beibehaltene, ältere Regelung zweck- und funktionslos geworden wäre. Es ist vielmehr vorerst von der Abgrenzbarkeit beider Normen auszugehen und zu prüfen, ob Unterschiede in der Formulierung und Struktur die These jeweils eigenständiger Anwendungsbereiche bestätigen.

#### 1. Grundsätzliche Überlegungen

Zunächst muß auffallen, daß beide Normen grammatisch ähnlich strukturiert, die jeweils ersten (konditionalen) Satzhälften sogar nahezu gleich textiert sind. In der Abweichung liegt allerdings uE der Schlüssel zu den unterschiedlichen Normzwecken: Gemäß § 79 Abs 1 GewO sind nachträgliche Auflagen anzurufen, wenn sich trotz Einhaltung der im Genehmigungs- und im Betriebsbewilligungsbescheid vorgeschriebenen Auflagen zeigt, daß die gemäß § 74 Abs 2 GewO wahrzunehmenden Interessen nicht hinreichend — den Maßstab dafür enthält § 77 Abs 1 und 2 GewO — geschützt sind. Gemäß § 79 a Abs 1 GewO sind nachträgliche Auflagen anzurufen, wenn der Betrieb einer Anlage trotz Einhaltung der im Genehmigungs- und im Betriebsbewilligungsbescheid vorgeschriebenen Auflagen zu einer über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichenden beträchtlichen Belastung der Umwelt durch Luftschadstoffe, Lärm oder Erschütterungen führt. § 79 bezweckt somit den Schutz der in § 74 Abs 2 Z 1 GewO genannten Personen (das sind der Gewerbetreibende, die nicht den Bestimmungen des ANSchG unterliegenden mittäglichen Familienangehörigen, die Nachbarn und schließlich die Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß aufsuchen) vor Gefährdungen an Leben und Gesundheit, den Schutz des Eigentums oder sonstiger dinglicher Rechte der Nachbarn vor Gefährdung, den Schutz der Nachbarn vor unzumutbaren Belästigungen sowie den Schutz der in § 74 Abs 2 Z 3 genannten Einrichtungen und der öffentlichen Interessen gemäß § 74 Abs 2 Z 4 und 5 (Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Straßenverkehrs; Gewässerschutz) vor unzumutbarer Beeinträchtigung. Zum Schutz anderer als der genannten Interessen dürfen gemäß § 79 GewO nachträgliche Auflagen nicht erteilt werden.

Nach § 79 a GewO steht hingegen uE das objektiv-öffentliche Interesse an der Verringerung der Umweltbelastung schlechthin im Vordergrund: Die Begrenzung ursächlicher betrieblicher Emissionen soll im Hinblick auf deren über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichende Beträchtlichkeit erfolgen (dazu eingehend unten II. A. 4 und 5). Für die Annahme einer zu § 79 GewO unterschiedlichen Interessenlage gemäß § 79 a GewO finden sich noch weitere Anhaltspunkte. Verfahren gemäß § 79 a Abs 1 GewO dürfen von den Gewerbebehörden nur auf Antrag des BMGU eingeleitet werden, der gleichsam „in umweltanwaltlicher Funktion“ tätig wird (zum Verfahren siehe unten III.). Auch der Zusammenhang, der zwischen § 79 a GewO und dem Umweltfonds des Bundes besteht, ist zu berücksichtigen: Bei der Prüfung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit nachträglicher Auflagen zur Emissionsbegrenzung ist vor allem auf die Förderungsmöglichkeiten des Umweltfonds Bedacht zu nehmen, dessen Aufgabe es ist, „zum Schutz der Umwelt“ durch die Gewährung von Fondsmitteln dazu beizutragen, daß ua durch Verbesserung und Ersetzung bestehender Anlagen die Umweltbelastung durch Luftverunreinigung und Lärm verringert wird (§ 3 Abs 1 Z 1 UmweltfondsG).

Diesem Auslegungsergebnis, der Abgrenzung der Anwendungsbereiche der §§ 79 und 79 a GewO anhand grundsätzlich unterschiedlicher Interessenlagen, kann nicht entgegen gehalten werden, daß die Gewerbebehörden auch bei Vorschreibung nachträglicher Auflagen gemäß § 79 a GewO die in § 74 Abs 2 GewO umschriebenen Interessen zu wahren haben. Im Gegensatz zu § 79 Abs 1 GewO findet sich diese Bezugnahme nicht schon im konditionalen Satzteil, sondern als eine von mehreren Determinanten (Beigrenzung der ursächlichen Emissionen, Stand der Technik) des Inhalts nachträglicher Auflagen formuliert. Auch die Erläuterungen zur RV betreffend das UmweltfondsG lassen keine Absicht erkennen, daß § 79 a GewO wie § 79 GewO primär den Schutz der gemäß § 74 Abs 2 wahrzunehmenden Interessen bezweckt. Deren Einbeziehung in § 79 a Abs 1 GewO bringt daher uE einerseits zum Ausdruck, daß das objektiv-öffentliche Interesse an der Verringerung vermeidbarer Umweltbelastungen zumindest neben die als schutzwürdig anerkannten — in der Hauptsache privaten — Interessen gemäß § 74 Abs 2 iVm § 77 Abs 1 und 2 GewO tritt, wenn die Unzumutbarkeit oder Gefährlichkeit der betrieblichen Immissionen über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreicht<sup>6)</sup>. In solchen Fällen wollte es der Gesetzgeber offenbar nicht mehr nur den Gewerbebehörden „vor Ort“ überlassen, ob sie von sich aus oder zumindest aufgrund von Hinweisen oder „Beschwerden“ der Bevölkerung, insbesondere der Nachbarn, amtswegig einschreiten. Es wird weiters

<sup>6)</sup> Ist die Umweltbelastung aufgrund der Meßergebnisse nur für die unmittelbare Nachbarschaft als unzumutbar oder gar als gefährlich iS von § 77 Abs 1 und 2 GewO zu qualifizieren, darüber hinausreichend aber nicht einmal mehr als beträchtlich, so dürfen nachträgliche Auflagen von der zuständigen Gewerbebehörde nur unter Berufung auf § 79 GewO angeordnet werden und wäre eine Antragstellung des BMGU mangels öffentlichen Interesses iS des § 79 a GewO unzulässig.

dem durchaus möglichen Fall Rechnung getragen, daß Umweltbelastungen zwar nur für die unmittelbare Nachbarschaft iS von § 77 Abs 1 und 2 GewO unzumutbar oder gefährlich sind, darüber hinausreichend aber immer noch als beträchtlich zu qualifizieren sind. In einem solchen Fall muß mit der nachträglichen Auflage gemäß § 79 a Abs 1 GewO — ihre sonstige Zulässigkeit vorausgesetzt — sowohl dem Schutzzanspruch gemäß § 77 Abs 1 und 2 GewO als auch dem objektiv-öffentlichen Interesse an der Verringerung der ursächlichen betrieblichen Emission auf das nach dem Stand der Technik geringstmögliche Maß entsprochen werden. In diesem Sinne ist auch § 79 a Abs 1 Satz 2 GewO auszulegen: Die Gewerbebehörde hat dann, wenn die beträchtliche Umweltbelastung über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichend Leben oder Gesundheit gefährdet oder zumindest auf der Betriebsliegenschaft oder in der unmittelbaren Nachbarschaft mit einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit des durch § 74 Abs 2 Z 1 GewO geschützten Personenkreises verbunden ist, bei der Anordnung einer beiden Interessenlagen entsprechenden nachträglichen Auflage auf die wirtschaftliche Situation des ursächlichen Betriebes nicht Bedacht zu nehmen. Schließlich wird durch die Bezugnahme auf die gemäß § 74 Abs 2 GewO wahrzunehmenden Interessen in § 79 a Abs 1 GewO besonders hervorgehoben, daß die Erfüllung nachträglicher Auflagen zur Verringerung der beträchtlichen Umweltbelastung ihrerseits nicht zu einer unzumutbaren Belästigung oder gar Gesundheitsgefährdung des geschützten Personenkreises oder zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der privilegierten Anlagen und Einrichtungen und der in § 74 Abs 2 Z 4 und 5 GewO hervorgehobenen öffentlichen Interessen führen darf. Es sind jeweils solche emissionsbegrenzenden Maßnahmen vorzuschreiben, die den Anforderungen des § 77 Abs 1 und 2 Rechnung tragen. Läßt etwa nur eine von mehreren möglichen Maßnahmen zur Verringerung einer über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichenden Umweltbelastung keine Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der in § 74 Abs 2 Z 1 GewO genannten Personen befürchten, so kann sie von der Gewerbebehörde ohne Rücksicht auf ihre wirtschaftliche Zumutbarkeit angeordnet werden. Diese Sicht trägt einem Phänomen Rechnung, das bei Umweltschutzmaßnahmen nicht selten auftritt: Maßnahmen zur Verringerung einer bestimmten Umweltbelastung erhöhen zugleich die Umweltbelastung in anderer Hinsicht<sup>7)</sup>.

Mit dem Nachweis, daß aus der unterschiedlichen Textierung und verfahrensmäßigen Ausgestaltung der §§ 79 und 79 a GewO unterschiedliche Zwecksetzungen abgeleitet werden können, wird die Annahme jeweils eigenständiger Anwendungsbereiche bereits entschei-

<sup>7)</sup> Die Zweckmäßigkeit und Logik auch dieser weiter gefaßten Normaussage soll anhand eines Beispiels deutlich gemacht werden: Die nachträgliche Anordnung, den Ausstoß von Luftschadstoffen durch den Einbau eines Elektrofilters zu verringern (Ziel: Reduktion der über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichenden Umweltbelastung), könnte durchaus die Lärmbelästigung der Nachbarn der Betriebsanlage auf ein Ausmaß erhöhen, das iS von § 77 Abs 1 und 2 GewO nicht zumutbar wäre.

dend gestützt. Im Rahmen der nachfolgenden Analyse der einzelnen Tatbestandsmerkmale soll dieses „Zwischenergebnis“ abgesichert werden. Aus systematischen Überlegungen wird das Tatbestandsmerkmal „Antrag des Bundesministers für Gesundheit und Umweltschutz“ erst im anschließenden III. Abschnitt erläutert.

## 2. „Luftschadstoffe“

Mit „Luftschadstoffe“ ist ein neuer Terminus in das Gewerbe- bzw. Betriebsanlagenrecht eingeführt worden. Es erscheint vertretbar, ihn als Zusammenfassung jener Immissionen aus der Luft zu qualifizieren, die wegen ihrer Eignung, die gemäß § 74 Abs 2 Z 1 bis 4 GewO wahrzunehmenden Interessen zu tangieren, die Genehmigungspflicht einer Betriebsanlage begründen<sup>8)</sup>. Demgemäß wären in Anlehnung an die Schadstoff-Definition, die im Entwurf zu einem „Immissionsschutzgesetz“ des Bundes vom Jänner 1983<sup>9)</sup> enthalten ist, unter Luftschadstoffen jene in die Luft emittierten Stoffe zu verstehen, die ihrer Art und Menge nach geeignet sind, allein oder im Zusammenwirken mit anderen möglichen Ursachen zu einer Beeinträchtigung der menschlichen Gesundheit, zu einer Belästigung von Menschen oder zu einer nachteiligen Veränderung der Natur oder von Menschen geschaffener Sachgüter zu führen. Von kontinuierlichen Meßprogrammen der Gebietskörperschaften werden unserer Information nach derzeit erfaßt: Schwefeldioxid ( $\text{SO}_2$ ), Stickoxide ( $\text{NO}_x$ ), Kohlenmonoxid (CO), mitunter auch Ruß und Stäube sowie Oxidantien (Ozon)<sup>10)</sup>. Da es sich bei den Messungen gemäß § 79 a Abs 2 GewO in der Regel um Maßnahmen im Einzelfall handeln wird, sind auch noch andere Luftschadstoffe in Betracht zu ziehen. Zur Illustration sei aus der Ersten Verordnung gegen forstschädliche Luftverunreinigungen (BGBl 1982/494), die Aufzählung jener Luftschadstoffe zitiert, die meßbare Schäden an Waldboden oder Bewuchs („Gefährdung der Waldkultur“ iS von § 47 ForstG) verursachen: Schwefeloxide, Fluorwasserstoff, Siliziumtetrafluorid, Kieselfluorwasserstoffsäure, Chlor, Chlorwasserstoff, Schwefelsäure, Ammoniak (§ 1 leg cit)<sup>11)</sup>. Nach der Konstruktion des § 79 a Abs 2 GewO soll es wohl in der Regel den Nachbarn der Betriebsanlage obliegen, ihr Belästigtsein durch Luftschadstoffe in bezug auf die Schadstoffart zu konkretisieren, damit gezielt Messungen des Konzentrationsgrades des Luftschadstoffes durchgeführt werden können. Ob die Nachbarn dazu auch in der Lage sein werden, erscheint jedoch zweifelhaft.

<sup>8)</sup> § 74 Abs 2 Z 2 GewO enthält eine demonstrative Auflistung: Geruch, Rauch, Staub, „oder in anderer Weise“.

<sup>9)</sup> BMGÜ IV-52.190/3-1/83. Ein solches BG kann auf Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG idF BGBl 1983/175 gestützt werden, sobald eine Bund-Länder-Vereinbarung über die Festlegung von Immissionsgrenzwerten in Kraft getreten ist (Art II der zit B-GVN).

<sup>10)</sup> Siehe dazu Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen (Hrsg), Umweltsituation — Teil 1: Luft (1981).

<sup>11)</sup> Die mögliche forstschädliche Wirkung dieser Luftschadstoffe ist gem § 50 Abs 2 ForstG ua im gewerbebehördlichen Betriebsanlagengenehmigungsverfahren auf ein tragbares Ausmaß (vgl §§ 49 Abs 3 und 51 Abs 2 ForstG zu beschränken).

## 3. „Erschütterungen“

Während es verzichtbar erscheint, auf „Lärm“ als Umweltbelastung iS des § 79 a GewO näher einzugehen, ist die Einbeziehung der Immission „Erschütterungen“ in den Anwendungsbereich dieser neuen Regelung unter zwei Aspekten bemerkenswert. Zum einen können wir uns keine „Erschütterungen“ vorstellen, die über die unmittelbare Nachbarschaft ihres Entstehungsortes hinausreichend beträchtlich sind (dazu unten II. A. 4 und 5) und durch nachträgliche Auflagen iS des § 79 a Abs 1 GewO verringert werden könnten<sup>12)</sup>.

Noch erstaunlicher ist aber die Tatsache, daß zur Verringerung solcher Erschütterungen nach dem UmweltfondsG keine Förderung gewährt werden dürfte, weil diese in der taxativen Aufzählung der Immissionarten in § 3 Abs 1 Z 1 leg cit keine Erwähnung finden! Selbst dann, wenn es von einer Betriebsanlage ausgehende Erschütterungen gäbe, auf die die Voraussetzungen des § 79 a Abs 1 Satz 1 GewO zutreffen, könnte bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit denkmöglicher, emissionsbegrenzender Maßnahmen zumindest nicht auf den Umweltfonds des Bundes Bedacht genommen werden<sup>13)</sup>.

## 4. „Über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichend“

Dem Tatbestandsmerkmal gemäß § 79 a Abs 1 GewO, daß die Umweltbelastung durch den Betrieb einer Anlage „über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichend“ beträchtlich belastend wirken muß, kommt bei der Ausgrenzung des sachlichen Anwendungsbereiches des § 79 GewO große Bedeutung zu. Dieses Faktum kann nur durch Messungen außerhalb des Bereiches der „unmittelbaren Nachbarschaft“ objektiv nachgewiesen werden, sodaß dem Fehlen dieses Tatbestandsmerkmals im Abs 2 des § 79 a GewO uE keine Bedeutung beizumessen ist. Oder sollte die Gewerbebehörde im Verfahren gemäß § 79 a Abs 1 GewO zwecks Feststellung, ob die in der Regel durch vom BMGU veranlaßte Messungen erwiesene beträchtliche Umweltbelastung über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreicht, neuerlich Messungen durchführen lassen müssen? Eine derartige Konsequenz aus der verkürzten Textierung des § 79 a Abs 2 GewO zu ziehen, hieße, den Aspekt der Verfahrens- und Verwaltungökonomie und die tatsächlichen Gegebenheiten — die Gewerbebehörden erster Instanz verfügen in der Regel nicht über entsprechende Meßkapazitäten (Personal und Spezialgeräte) — zu mißachten.

Eine Bestimmung des Begriffs „unmittelbare Nachbarschaft“ fällt insofern schwer, als die Legaldefinition für „Nachbar“ in § 75 Abs 2 GewO nicht auf die räumliche Distanz, sondern auf die potentielle Gefährdung bzw. Belästigung durch die Betriebsanlage abstellt. Die Wortinterpretation führt zu dem Ergebnis, daß mit „unmittelbarer Nachbarschaft“ die dem Betriebsgrundstück nächstgelegenen Grundstücke umschrieben

<sup>12)</sup> Man denke an die Betriebsanlage „Steinbruch“.

<sup>13)</sup> Vgl. aber die im Abschn I dargelegten Motive, welche § 79 a GewO zugrundeliegen.

ben sind. Damit einer beträchtlichen Umweltbelastung durch den Betrieb einer Anlage unter Berufung auf § 79 a GewO begegnet werden kann, muß sie somit jedenfalls über die unmittelbar an das Betriebsareal angrenzenden Grundstücke, wohl aber auch über Liegenschaften, die vom Betriebsareal nur durch eine Straße etc getrennt sind, hinausreichen. Eine Stütze für die Richtigkeit dieses Auslegungsergebnisses mag in § 356 Abs 1 GewO gesehen werden, demzufolge die Augenscheinsverhandlung im Rahmen des Betriebsanlagengenehmigungsverfahrens unter anderem durch Anschlag in „unmittelbar benachbarten Häusern“ zur Kenntnis zu bringen ist<sup>14)</sup>.

Diese sicherlich restriktive Interpretation ist uE einer Umdeutung der „unmittelbaren“ in „nähere“ Nachbarschaft vorzuziehen, weil sie — wie noch zu zeigen sein wird (unten II. A. 5.) — die exakte Ausgrenzung eines ausschließlichen Anwendungsbereiches des § 79 GewO ermöglicht. Es erscheint hingegen nicht erforderlich, neben dieser — räumlich betrachtet — gleichsam „inneren“ Begrenzung des Tatbestandsmerkmals etwa wegen § 79 a Abs 2 GewO, der auf Beschwerden von „Nachbarn“ abstellt, auch dessen äußere Begrenzung zu bestimmen. Wie weit die beträchtliche Umweltbelastung über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreicht, ist für die Frage der abstrakten Anwendbarkeit des § 79 a GewO unerheblich (siehe dazu III. A.).

##### 5. „Beträchtliche Belastung der Umwelt“

Damit die Emission eines Luftschadstoffes durch eine Betriebsanlage zum Gegenstand nachträglicher Auflagen gemäß § 79 a Abs 1 GewO werden darf, muß sie zu einer „beträchtlichen Belastung der Umwelt“ führen. Dieses Tatbestandsmerkmal ist — wie oben angedeutet — mit dem Tatbestandsmerkmal „über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichend“ untrennbar verbunden. Beträchtlich iS des § 79 a GewO kann daher nur eine Immission sein, die die Umwelt jedenfalls über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichend belastet<sup>15)</sup>. Selbst Immissionen, die iS des § 77 Abs 1 und 2 GewO gefährlich oder unzumutbar sind, sind demnach keine die Anwendbarkeit des § 79 a GewO auslösenden beträchtlichen Umweltbelastungen, wenn sie jene Eigenschaft nur gegenüber der unmittelbaren Nachbarschaft entfalten und darüber hinausreichend nicht doch zumindest beträchtlich bleiben<sup>16)</sup>. Andererseits ist es uE aber auch nicht erforderlich, daß die durch Messungen gemäß § 79 a Abs 2 GewO nachgewiesenen Umweltbelastungen das iS des § 77 Abs 1 und 2 GewO zulässige Maß überschreiten;

<sup>14)</sup> Siehe dazu Duschanek, Die Genehmigung gewerblicher Betriebsanlagen, in: Rill (Hrsg), Gewerberecht (1978) 257, (309 FN 190); Mache/Kinscher (Hrsg), Gewerbeordnung (1982) Anm 10 zu § 356 GewO.

<sup>15)</sup> Im Hinblick darauf, daß § 79 a GewO im Zuge der Erlassung des UmweltfondsG in die GewO eingefügt wurde, erscheint es uns bemerkenswert, daß im UmweltfondsG die Gewährung von Fondsmitteln nicht zumindest an die Begrächtlichkeit der Luftverunreinigung oder des Lärms geknüpft wird.

<sup>16)</sup> Verfahren zur Anordnung nachträglicher Auflagen können bei solcher Sachlage nur von der Gewerbebehörde, uzw nur unter Berufung auf § 79 GewO eingeleitet werden.

für die Zulässigkeit der Antragstellung des BMGU genügt es, wenn die Meßergebnisse die Annahme einer über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichenden, jedoch „bloß“ beträchtlichen (dh an sich zumutbaren) Umweltbelastung denkmöglich erscheinen lassen. Die eigenständige Auslegungsproblematik des Terminus „beträchtliche Umweltbelastung“ liegt somit in der Frage begründet, welches Maß an über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichender Umweltbelastung, das die Zulässigkeitsgrenzen des § 77 Abs 1 und 2 GewO (noch) nicht übersteigt, durch Meßergebnisse nachgewiesen sein muß, damit Begrächtlichkeit objektiv angenommen werden kann.

Da § 79 a Abs 1 GewO auf eine Emissionsbegrenzung „nach dem Stand der Technik“ (dazu III. A. 6.) abzielt, könnte an sich jede technisch vermeidbare Umweltbelastung durch eine Betriebsanlage als „beträchtlich“ und die Anordnung von Maßnahmen zur Emissionsbegrenzung als im öffentlichen Interesse gelegen angesehen werden. Hätte der Gesetzgeber diese Absicht verfolgt, wäre es nahegelegen, die Umweltbelastungen, die mit nachträglichen Auflagen verringert werden sollen, mit dem Adjektiv „vermeidbar“ zu beschreiben. Es liegt daher näher, daß durch die Verwendung der Beifügung „beträchtlich“ der Anwendungsbereich des § 79 a GewO eingeschränkt werden soll. Diese Sicht findet darin eine Stütze, daß die Zulässigkeit der Antragstellung des BMGU von Nachbarbeschwerden über eine bestimmte Immissionsbelastung abhängig ist. Den Nachbarbeschwerden kommt gleichsam die Funktion eines „Großfilters“ zu: Jene Umweltbelastungen, welche die Nachbarn nicht als störend empfinden, werden de facto ausgeschieden (unbedachtlich dessen, ob sie vermeidbar wären oder nicht).

Führt eine Umweltbelastung hingegen zu Nachbarbeschwerden, obliegt es nach dem offenkundigen Willen des Gesetzgebers<sup>17)</sup> dem BMGU, die Meßergebnisse dahingehend zu beurteilen, ob sie die Annahme einer beträchtlichen Umweltbelastung rechtfertigen. Als Beurteilungskriterium hat der BM allgemein verbindliche Immissionsgrenzwerte und allenfalls bestehende Empfehlungen oder Expertisen aus den in Betracht kommenden Wissenschaftsbereichen als Entscheidungshilfe heranzuziehen. Bundeseinheitliche Immissionsgrenzwerte fehlen bislang. Zur Zeit (Stand 31. 1. 1984) existieren in einigen Bundesländern verbindliche Immissionsgrenzwerte für SO<sub>2</sub>, CO, Ruß oder Staub, jeweils festgelegt im Rahmen von Durchführungsverordnungen zum LuftreinhalteG des betreffenden Landes<sup>18)</sup>. Sie vermögen freilich nur gegenüber der Landesvollziehung Bindungswirkung zu entfalten; im Rahmen der Bundesvollziehung können sie — ebenso wie Empfehlungen oder Expertisen — nur als Entscheidungshilfen herangezogen werden.

<sup>17)</sup> Eine Legaldefinition fehlt. Vgl dagegen § 77 Abs 2 GewO hinsichtlich des Terminus „den Nachbarn zumutbare Belästigungen“.

<sup>18)</sup> Siehe dazu die Zusammenstellung des Normenmaterials in: Rechtsvorschriften zu Umweltschutz und Raumordnung (Loseblatt-Ausgabe), hrsg v Institut für Stadtforschung, Bd 2, Ö-34-2-50 bis Ö-34-8-50.

### 6. Begrenzung der Emissionen „nach dem Stand der Technik“

Die nachträgliche Begrenzung der Emissionen einer Betriebsanlage muß — ihre wirtschaftliche Zumutbarkeit vorerst außer Betracht gelassen — gemäß § 79 a Abs 1 GewO in Einklang mit dem „Stand der Technik“ stehen. Welcher technische Entwicklungsstand den „Stand der Technik“ iS der GewO bildet, wird durch § 71 a Abs 2 GewO definiert, auf den in § 79 a Abs 1 GewO ausdrücklich verwiesen wird: „... der auf den einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhende Entwicklungsstand fortschrittlicher technologischer Verfahren, Einrichtungen und Betriebsweisen, deren Funktionstüchtigkeit erprobt und erwiesen ist. Bei der Bestimmung des Standes der Technik sind insbesondere vergleichbare Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen heranzuziehen.“

Dazu ist zu bemerken, daß im Gegensatz zur Legaldefinition des § 2 Abs 2 Dampfkessel-EmissionsG (BGBl 1980/559) die Funktionstüchtigkeit zwar erprobt und erwiesen, nicht jedoch auch im Dauerbetrieb erwiesen sein muß<sup>19)</sup>. Will man der unterschiedlichen Textierung normative Bedeutung zukommen lassen, so könnte bereits jener Entwicklungsstand als dem Stand der Technik iS der GewO entsprechend angesehen werden, der soweit erprobt ist, daß die Funktionsfähigkeit des technologischen Verfahrens, der Einrichtung und der Betriebsweise als erwiesen gelten kann. Insoweit erscheint § 71 a Abs 2 GewO daher durchaus der Legaldefinition des Standes der Technik in § 3 Abs 6 Bundes-ImmissionsschutzG der Bundesrepublik Deutschland (BGBl I 721)<sup>20)</sup> vergleichbar, sodaß von den österreichischen Gewerbebehörden bei der Anordnung von Auflagen gemäß § 79 a Abs 1 GewO auch technische Verfahren usw aus den Ausführungsvorschriften zu jenem Bundes-ImmissionsschutzG als Entscheidungshilfen herangezogen werden können<sup>21)</sup>.

### 7. Wirtschaftliche Zumutbarkeit „unter Bedachtnahme auf bestehende Förderungsmöglichkeiten“

Nachträgliche Auflagen zur Begrenzung der Emissionen einer Betriebsanlage nach dem Stand der Technik müssen gemäß § 79 a Abs 1 GewO, soweit sie nicht zur Vermeidung der Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der in § 74 Abs 2 Z 1 genannten Personen notwendig sind, für den Betriebsinhaber wirtschaftlich zumutbar sein, wobei — im Vergleich

<sup>19)</sup> Die Erheblichkeit der unterschiedlichen Textierung behauptet Benjamin Davy, Legalität durch Sachverständ, ZfV 1982, 345 (349 FN 42). Zum Stand der Technik gem § 2 Abs 2 DKEG siehe Duschanek, Das Dampfkessel-Emissionsgesetz — Ein Modell zukünftiger Umweltschutzgesetzgebung, ÖZW 1981, 104 (108 f).

<sup>20)</sup> § 3 BlMSchG: „(6) Stand der Technik im Sinne dieses Gesetzes ist der Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen, der die praktische Eignung einer Maßnahme zur Begrenzung von Emissionen gesichert erscheinen läßt. Bei der Bestimmung des Standes der Technik sind insbesondere vergleichbare Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen heranzuziehen, die mit Erfolg im Betrieb erprobt worden sind.“

<sup>21)</sup> In diesem Sinne schon Duschanek, ÖZW 1981, 109.

zu § 79 Abs 1 GewO als Novum — auf bestehende Förderungsmöglichkeiten, insbesondere durch den Umweltfonds, Bedacht zu nehmen ist<sup>22)</sup>. Die Verpflichtung zur Bedachtnahme auf Förderungsmöglichkeiten ist wohl dergestalt auszulegen, daß die Gewerbebehörden die Förderungsmöglichkeiten in die Beurteilung der Auswirkungen einer in Aussicht genommenen Auflage auf die wirtschaftliche Situation des betreffenden Betriebes<sup>23)</sup> einzustellen haben. Als sachlichen Grund dafür darf man das mit § 79 a GewO bekundete (oben II. A. 1.) überragende öffentliche Interesse an einer Verringerung der Umweltbelastung durch gewerbliche und industrielle Betriebsanlagen annehmen. Gerade die Schaffung des Umweltfonds des Bundes, aber auch entsprechende Förderungsansätze in den Budgets der Länder und mancher Industriegemeinden vermögen diese These zu stützen.

Im Falle der Gewährung finanzieller Förderung werden die Kosten der „Nachrüstung“ bzw der Anlagenerneuerung vermindert. Nach dem Willen des Gesetzgebers genügt schon die bloße Aussicht auf eine derartige Unterstützung, daß die Gewerbebehörde emissionsbegrenzende Auflagen, die dem Betriebsinhaber aus Kostengründen an sich wirtschaftlich nicht zumutbar wären, doch vorzuschreiben hat. In jenen Fällen, in denen nur die Gewährung finanzieller Förderung die mit der Erfüllung nachträglicher emissionsbegrenzender Auflagen verbundenen Investitionskosten wirtschaftlich zumutbar erscheinen läßt, sind seitens der Gewerbebehörden im Auflagenbescheid entsprechende Vorkehrungen zu treffen, damit dem Sinn des § 79 a Abs 1 GewO hinreichend Rechnung getragen wird. Folgende Konsequenzen erscheinen unausweichlich, um die im Zeitpunkt der Bescheiderlassung in der Regel bestehende Unsicherheit über die tatsächliche Gewährung einer finanziellen Förderung rechtlich einwandfrei zu bewältigen: Zum einen wird es erforderlich sein, daß die Gewerbebehörden das Ausmaß der finanziellen Förderung, das sie zur Erreichung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit für erforderlich halten, festlegen (zB durch Bezeichnung der Mindesthöhe eines Zuschusses zu den Investitionskosten oder zu den Kreditkosten, jeweils in Prozenten). Zum zweiten wird der Eintritt der Verbindlichkeit der angeordneten Maßnahmen zur Emissionsbegrenzung in einer Bedingung<sup>24)</sup> verfügt

<sup>22)</sup> Es bleibt allerdings abzuwarten, ob die Möglichkeiten finanzieller Förderung emissionsreduzierender Maßnahmen an Altanlagen durch die Gebietskörperschaften, insb durch den Umweltfonds des Bundes (vgl § 3 Abs 1 Z 1 iVm § 5 Abs 1 UmweltfondsG), nicht de facto auch in die Zumutbarkeitsbeurteilung gem § 79 Abs 1 letzter Satz GewO eingehen werden.

<sup>23)</sup> Siehe dazu die Bezugnahme auf den DE d BMHGI zur GewO 1973 v 3. 5. 1974 (141.173-II-11/74) bei Mache / Kinscher (FN 14) Anm 11 zu § 79 GewO, sowie VwGH 19. 3. 1982, 81/04/0111 („... in Ansehung der konkreten betrieblichen Situation . . .“).

<sup>24)</sup> Die Zulässigkeit einer solchen im G nicht ausdrücklich vorgesehenen Nebenbestimmung läßt sich mit dem Sinn und Zweck der gem § 79 a Abs 1 GewO zu treffenden Entscheidung begründen — vgl dazu Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht (1980) 219 (insb FN 13), sowie Rebhahn, Die bescheidmäßige Erhöhung der Lehrlingsverhältniszahl im Berufsausbildungsrecht — Zugleich ein Beitrag

werden müssen. Da die Pflicht zur Vornahme der Maßnahme ist aufzuschieben, bis der Betriebsinhaber die Zusicherung einer finanziellen Förderung im erforderlichen Ausmaß (siehe oben) erwirkt hat. Als Konsequenz dessen werden die Gewerbebehörden dem Betriebsinhaber aber auch eine Frist setzen müssen, innerhalb derer bei dem (den) in Betracht kommenden Förderungsgeber(n) ein entsprechendes Ansuchen anzubringen hat. Bei der Bemessung dieser Frist ist auf den Zeitbedarf für erforderliche Projektierungsarbeiten Bedacht zu nehmen (Erstellung der technischen Unterlagen, Kostenvoranschläge — vgl zB § 6 Abs 1 UmweltfondsG). Mit dem ungenützten Verstreichen der Frist wird gleichfalls der Eintritt der Verbindlichkeit der angeordneten Maßnahmen zur Emissionsbegrenzung zu verknüpfen sein. Eine andere Möglichkeit zur Bewältigung der hier aufgezeigten, mit der „Bedachtnahme auf bestehende Förderungsmöglichkeiten“ in der Regel verbundenen Problematik besteht uE nur insoweit, als die Behörde nach Lage des Falles den Gang des Verfahrens unter Wahrung der Grundsätze der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostensparnis so steuern kann, daß die Partei ohne formelle Unterbrechung des gewerberechtlichen Verfahrens Gelegenheit hat, vor dessen Erledigung die Fondsusage zu erhalten. Eine formelle Unterbrechung des Verfahrens gemäß § 79 a Abs 1 GewO, wie sie § 38 AVG ermöglichte, bis zur verbindlichen Zusicherung der für erforderlich gehaltenen finanziellen Förderung kommt nicht in Betracht, weil über die Förderungsbegehren meist — so auch nach dem UmweltfondsG (vgl § 7 Abs 4) — nicht bescheidförmig entschieden wird; es braucht daher das Vorliegen des zweiten Tatbestandsmerkmals des § 38 AVG (Bindung der Gewerbebehörden an eine bescheidförmige Entscheidung des Förderungsgebers) nicht weiter geprüft zu werden. Entscheidet die Gewerbebehörde vor Erledigung des Förderungsansuchens durch den Fonds, und lehnt der Fonds die Förderung ab, so liegt uE keine die Rechtskraft des Bescheides nach § 79 a GewO aufhebende Sachverhaltsänderung vor. Es ist davon auszugehen, daß stets mehrere Förderungsmöglichkeiten bestehen und der Betriebsinhaber beim selben Förderungsgeber auch wiederholt um Förderung (etwa nach Projektänderung oder in einem neuen Haushaltsjahr) ansuchen können wird. In diesem Zusammenhang ist es eigentlich als Mangel zu werten, daß im UmweltfondsG nicht ausdrücklich angeordnet wird, daß der BMGU bzw die zu dessen Beratung eingerichtete Kommission (§ 7 Abs 2 iVm § 14 UmweltfondsG) bei der Beurteilung von Förderungsansuchen im Zusammenhang mit einem Verfahren gemäß § 79 a Abs 1 GewO auf die Ausführungen der Gewerbebehörde im Auflagenbescheid Bedacht zu nehmen hat.

#### B. Zur Interdependenz der §§ 79 a und 82 GewO

§ 82 Abs 1 GewO bildet unter anderem die Grundlage für Verordnungen, mit denen für Arten genehmigungspflichtiger Anlagen zum Schutz der in § 74 Abs 2

zur Zulässigkeit von Nebenbestimmungen eines Bescheides, ÖJZ 1980, 199 (205 f).

GewO umschriebenen Interessen unter Bedachtnahme auf den Stand der Technik (siehe oben II. A. 6.) das zulässige Ausmaß der Emissionen festgelegt wird<sup>25)</sup>. Zur Gewährleistung der Einhaltung solcher Emissionsgrenzwerte im Einzelfall ist die Vorschreibung von Auflagen vorgesehen (§ 82 Abs 3 GewO), und zwar auch für Altanlagen. „... Die dadurch bedingten Änderungen der Anlage (müssen) ohne wesentliche Beeinträchtigung der durch den Genehmigungsbescheid erworbenen Rechte durchführbar (sein), es sei denn, daß es sich um die Beseitigung von das Leben oder die Gesundheit der im § 74 Abs 2 Z 1 genannten Personen gefährdenden Mißständen handelt oder die erforderlichen Änderungen ohne unverhältnismäßigen Kostenaufwand und ohne größere Betriebsstörung durchführbar sind.“ (§ 82 Abs 1 letzter Satz GewO) Sieht man von jenen nachträglichen Auflagen zur Verringerung der Emissionen einer Altanlage auf die verordneten Emissionsgrenzwerte ab, die in Anwendung des § 79 GewO vorgeschrieben werden, so ergibt sich im Hinblick auf das UmweltfondsG und auf § 79 a GewO nunmehr folgende Rechtslage:

- \* An sich sind die Betreiber von Altanlagen verpflichtet, die Schadstoffemissionen auf die generell verordneten Grenzwerte zu reduzieren, soweit die erforderlichen Änderungen der Anlage entweder keine wesentliche Beeinträchtigung ihrer durch den Genehmigungsbescheid erworbenen Rechte darstellen oder ohne unverhältnismäßigen Kostenaufwand und ohne größere Betriebsstörung durchführbar sind; die Überschreitung der Emissionsgrenzwerte erfüllt nämlich bei Vorliegen dieser Zumutbarkeitsvoraussetzungen den Tatbestand einer Verwaltungsübertretung gemäß § 367 Z 26 GewO.
- \* Bei der Beurteilung des Kostenaufwandes iS des § 82 Abs 1 letzter Satz GewO kann nunmehr die Möglichkeit finanzieller Förderung, insbesondere durch den Umweltfonds, Berücksichtigung finden, soweit es sich um eine Anpassung an Luftschadstoff- oder Lärmgrenzwerte handelt.
- \* Die Zumutbarkeitsschranke gemäß § 82 Abs 1 letzter Satz GewO wird allerdings unbeachtlich, wenn der BMGU gemäß § 79 a Abs 1 iVm Abs 2 GewO die Begrenzung der Emissionen einer Betriebsanlage, für die generelle Emissionsgrenzwerte gelten, beantragt hat. In diesem Falle muß die Erfüllung der nachträglichen Auflage zur Begrenzung der Emissionen „bloß“ wirtschaftlich zumutbar sein oder braucht die wirtschaftliche Zumutbarkeit nicht gegeben zu sein, falls mit der Brächtlichkeit der Umweltbelastung iS des § 79 a GewO zugleich eine Gefährdung von Leben oder Gesundheit der in § 74 Abs 2 Z 1 GewO umschriebenen Personen verbunden ist (siehe dazu die Überlegungen unter II. A. 1. und 5.).
- \* Die Emissionsbegrenzung gemäß § 79 a Abs 1 GewO kann überdies die Grenzwerte einer Verordnung gemäß § 82 Abs 1 GewO unterschreiten, wenn dies zur Verringerung einer über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichenden beträchtlichen Umwelt-

<sup>25)</sup> Siehe die bei Mache/Kinscher (FN 14) in Ann 7 zu § 82 GewO angeführten Verordnungen (Stand August 1982).

belastung geboten erscheint und nach dem Stand der Technik auch möglich ist.

### III. Verfahrensrechtliche Fragen

Nach der Konzeption des § 79 a GewO sind die Gewerbebehörden zur Vorschreibung nachträglicher Auflagen erst dann berufen, wenn ein entsprechender Antrag des BMGU vorliegt. Im Gegensatz zu § 79 GewO dürfen sie daher nicht von Amts wegen tätig werden. Auch der BMGU darf jedoch seinen Antrag nur dann stellen, wenn einerseits „Beschwerden von Nachbarn“ vorliegen und andererseits (in der Regel aufgrund dieser Beschwerden vorgenommene) Messungen deren subjektiven Eindruck einer beträchtlichen Belastung der Umwelt objektiv nachweisen. Dem sich daraus ergebenden zeitlichen Ablauf entsprechend werden die einzelnen Verfahrensschritte und verfahrensrechtlichen Positionen analysiert.

#### A. Beschwerden von Nachbarn

##### 1. Zur Beschwerdelegitimation

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen nur Beschwerden von „Nachbarn“ die in § 79 a Abs 2 GewO vorgesehenen Handlungen des BMGU auslösen. Mangels einschränkender Regelung sind primär alle Personen Nachbarn, die durch den Betrieb der Anlage(n), gegen die sich die Beschwerden richten, gefährdet oder belästigt oder deren Eigentum oder sonstige dingliche Rechte gefährdet sein können (§ 75 Abs 2 Satz 1 GewO). Als Nachbarn sind aber auch die Inhaber oder Erhalter der gemäß § 74 Abs 2 Z 3 GewO privilegierten Anlagen und Einrichtungen sowie aller jener der Betriebsanlage benachbarten Einrichtungen, in denen sich regelmäßig Personen vorübergehend aufhalten (zB Beherbergungsbetriebe — § 75 Abs 2 Satz 3 GewO), zuzulassen.

##### 2. Die Rechtsnatur der Beschwerden und ihre Konsequenzen

Unter Heranziehung des § 13 AVG ist zunächst festzustellen, daß diese Beschwerden als die Zuständigkeit des BMGU begründende „Anbringen“ zu qualifizieren sind. Wie der BM die Beschwerden zu behandeln hat, ist in erster Linie aus § 79 a GewO selbst und subsidiär aus dem AVG abzuleiten.

Zum Inhalt des § 79 a GewO ist bereits im II. Abschnitt dieser Untersuchung (insbesondere II. A. 1.) festgestellt worden, daß hinter den nachträglichen Auflagen primär das öffentliche Interesse an einer Verringerung von über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichenden beträchtlichen Umweltbelastungen um vermeidbare betriebliche Emissionen steht. Aus der Formulierung des Abs 2 der neuen Regelung ergibt sich zusätzlich, daß mit den Beschwerden bloß das von den Beschwerdeführern vermutete Faktum einer beträchtlichen Umweltbelastung durch den Betrieb einer gemäß §§ 74 ff GewO genehmigten Anlage mitgeteilt werden soll<sup>26)</sup>. Es gibt uE keinen Anhaltspunkt, daß die Nachbarn mit der

<sup>26)</sup> Siehe dazu Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts<sup>2</sup> (1980) 48 f.

Beschwerdeführung die Verletzung ihrer durch § 74 Abs 2 iVm § 77 Abs 1 und 2 GewO geschützten Interessen geltend machen sollen. Unbedeutlich der Bezeichnung lassen sich die Beschwerden deshalb nicht in „Anträge“ an den BMGU umdeuten, seinerseits den Antrag auf Vorschreibung nachträglicher Auflagen bei der zuständigen Gewerbebehörde zu stellen. Eine Qualifikation der Nachbarbeschwerden gemäß § 79 a Abs 2 GewO als Anbringen, über die (zumindest dann, wenn der BMGU von der Antragstellung absieht) mit Bescheid abzusprechen wäre<sup>26)</sup>, kommt daher nicht in Betracht.

Mangels Parteistellung verfügen die beschwerdeführenden Nachbarn auch weder über das Recht, am vom BMGU durchzuführenden „Ermittlungsverfahren“ (hier nicht iS des AVG zu verstehen<sup>27)</sup>) beteiligt zu werden — sie können daher rechtliches Gehör und Akteneinsicht (etwa hinsichtlich der Meßergebnisse) nicht beanspruchen —, noch haben sie ein Recht auf schriftliche Ausfertigung des Antrags an die örtlich zuständige Gewerbebehörde erster Instanz iS von § 79 a Abs 1 GewO oder eine Mitteilung über das Nichtvorliegen des zweiten Tatbestandsmerkmals des § 79 a Abs 2 GewO, weil § 18 Abs 3 AVG ebenfalls auf die Parteistellung abstellt. Die Beschwerdeführer bleiben vielmehr auf die Pflicht zur Auskunftserteilung verwiesen, die für die unmittelbare Bundesverwaltung auf § 4 Abs 3 BundesministerienG 1973 rückgeführt werden kann<sup>28)</sup>. Die fehlende Durchsetzbarkeit dieses „Rechts“ auf Auskunftserteilung braucht wohl nicht weiter erläutert zu werden<sup>29)</sup>.

##### 3. Zuständigkeitsfragen

Mangels einschränkender Bestimmungen gilt für die Form der Beschwerden § 13 AVG: Die Beschwerden können von den Nachbarn „bei der Behörde schriftlich, telegraphisch oder fernschriftlich und, soweit es der Natur der Sache nach tunlich erscheint, auch mündlich oder telefonisch angebracht werden“. Obwohl § 79 a Abs 2 GewO dazu keine Aussage enthält, darf angenommen werden, daß „Behörde“ iS des § 13 Abs 1 AVG der BMGU ist. Dem Gesetzes- text scheint die Vorstellung zugrundezuliegen, daß der BM und nicht etwa bereits der Nachbar im Vorfeld seiner Beschwerde die zum objektiven Nachweis der behaupteten beträchtlichen Umweltbelastung erforderlichen Messungen durchführen zu lassen hat. Diese Auslegung kann zum einen auf die disjunktive Verwendung des Wortes „und“ in § 79 a Abs 2 GewO

<sup>27)</sup> Die Vornahme von Messungen der Immissionsbelastung als Vorbereitung der Entscheidung über eine Antragstellung durch den BMGU kann nicht als Teil eines Ermittlungsverfahrens gewertet werden — siehe Walter/Mayer, Grundriß<sup>2</sup> 90 unter Berufung auf VwSlg 206 A/1946.

<sup>28)</sup> Die Einhaltung der Auskunftspflicht wird von den Bundesministern nicht nur in den „ihren Bundesministerien nachgeordneten Verwaltungsbehörden, Ämtern und Einrichtungen des Bundes“ sicherzustellen sein, sondern wohl auch im BM selbst.

<sup>29)</sup> Siehe dazu VwGH 20. 12. 1978, 2701/77 (= ZfVB 1979/4/1422, 1447) sowie die Ausführungen von Oberndorfer, Bürger und Verwaltung — Ein Problemaufriß, in: Oberndorfer (Hrsg.), Bürger und Verwaltung (1981) 13 ff (27 f).

gestützt werden<sup>30)</sup>), zum zweiten geht auch aus den Erläuterungen zur RV betreffend das UmweltfondsG hervor, daß das BMGU diese unter Umständen kosten- und arbeitsintensiven Messungen auf eigene Kosten durchzuführen hat<sup>31)</sup>.

Es ist aber nicht auszuschließen, ja sogar wahrscheinlich, daß die Nachbarn ihre Beschwerden gegen betriebliche Umweltbeeinträchtigungen bei der ihnen nächstgelegenen Behörde, die sie für zuständig halten, nämlich bei der örtlich zuständigen Gewerbebehörde erster Instanz (Bezirksverwaltungsbehörde), anbringen werden. Diese Vorgangsweise der Nachbarn erscheint sogar sachlich gerechtfertigt, weil die Nachbarn das Ausmaß der Umweltbelastung nicht abzuschätzen vermögen: Ist die Umweltbelastung iS des § 77 Abs 2 GewO unzumutbar, so wäre an sich die Gewerbebehörde erster Instanz zuständig, ein Verfahren gemäß § 79 GewO einzuleiten. Erst das Ergebnis von Messungen der Immissionsbelastung vermag somit endgültige Klärung darüber zu bringen, ob erforderlichenfalls nachträgliche Auflagen — bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen — auf § 79 GewO oder auf § 79 a GewO gestützt angeordnet werden müssen. Ist die Gewerbebehörde erster Instanz in der Lage, diese Messungen vorzunehmen, so hat sie die Nachbarbeschwerden gemäß § 6 Abs 1 AVG ohne unnötigen Aufschub an den BMGU weiterzuleiten, falls die Umweltbeeinträchtigung nach den Meßergebnissen als über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichend und zumindest teilweise als zumutbar iS von § 77 Abs 1 und 2 GewO zu qualifizieren ist. Es obliegt dann dem BMGU zu beurteilen, ob die Umweltbelastung die Antragstellung rechtfertigt. Der Verpflichtung gemäß § 6 Abs 1 AVG unterliegt die Gewerbebehörde aber auch dann, wenn sie nicht über die erforderlichen Meßkapazitäten verfügt oder wenn — das ist der dem § 79 a Abs 2 GewO zugrundeliegende Regelfall — in den Beschwerden ohnehin nur das Vorliegen einer beträchtlichen Umweltbelastung iS des § 79 a Abs 1 GewO behauptet wird. Da die Zulässigkeit der Beschwerden gemäß § 79 a Abs 2 GewO an keine Frist gebunden ist, wirft deren Anbringung bei den Gewerbebehörden somit keine verfahrensrechtlichen Probleme auf.

Ergeben die vom BMGU durchgeföhrten Messungen für den Bereich der Betriebsliegenschaft und/oder der unmittelbaren Nachbarschaft eine Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der gemäß § 74 Abs 2 Z 1 GewO geschützten Personen, darüber hinausgehend jedoch keine beträchtliche Umweltbelastung, so hat der BM uE keinen Antrag iS des § 79 a GewO zu stellen, sondern die Beschwerden

<sup>30)</sup> In beiden Teilen des Konditionalsatzes geht es nicht um dasselbe Subjekt.

<sup>31)</sup> 66 BlgNR 16. GP (Allgemeiner Teil, S 7): „Für die Entgegnahme und Behandlung von Beschwerden wegen Umweltbelastungen gem § 79 a GewO 1973 werden ab dem zweiten Quartal 1984 sechs zusätzliche Planstellen (2 A/a, 3 B/b, 1 D/d) erforderlich sein . . . Solte mit den vorhandenen Kapazitäten für die Vornahme von Messungen gem § 79 a GewO 1973 nicht das Auslangen gefunden werden können — was erst die Erfahrung zeigen wird —, so werden erforderlichenfalls die Meßkapazitäten (Fachpersonal und fahrbare Meßplattformen) auszuweiten sein.“

und die Meßergebnisse (einschließlich deren Bewertung) gemäß § 6 Abs 1 AVG der dann sachlich und örtlich zuständigen Gewerbebehörde erster Instanz weiterzuleiten. Bei solchen Sachlagen ist es Angelegenheit der Gewerbebehörden erster Instanz, nachträgliche Auflagen gemäß § 79 GewO anzurufen<sup>32)</sup> oder in Fällen unmittelbar drohender Gefahr Verfügungen (zB Stilllegung von Maschinen, Schließung des Betriebes) an Ort und Stelle zu treffen (sofortiger Polizeizwang gemäß § 360 Abs 2 GewO)<sup>33)</sup>. Zweifelhaft könnte die Zuständigkeit dann erscheinen, wenn aus den Meßergebnissen eine über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichende beträchtliche Umweltbelastung (dazu oben II. A. 5.) hervorgeht, die mit einer Gefährdung von Leben und Gesundheit der gemäß § 74 Abs 2 Z 1 GewO geschützten Personen, mit einer unzumutbaren Belästigung von Nachbarn und/oder einer unzumutbaren Beeinträchtigung der gemäß § 74 Abs 2 Z 3 privilegierten Anlagen und Einrichtungen gekoppelt ist. Auch diesbezüglich trafe die Gewerbebehörden erster Instanz bereits aus § 79 GewO die Pflicht, ein Verwaltungsverfahren zur Anordnung nachträglicher Auflagen einzuleiten, die sich allerdings nur gegen die Gefährlichkeit oder Unzumutbarkeit der Immission richten könnten. Die weitergehende Zielsetzung des § 79 a GewO (dazu oben II. A. 1.) spricht dennoch für die Zulässigkeit einer Antragstellung des BMGU gemäß § 79 a Abs 1 GewO<sup>34)</sup>.

#### B. Die verfahrensrechtliche Stellung des Bundesministers für Gesundheit und Umweltschutz

Der Antrag des BMGU gemäß § 79 a Abs 2 GewO begründet die konkrete Zuständigkeit der Gewerbebehörde erster Instanz, ein Verfahren gemäß § 79 a Abs 1 GewO einzuleiten. Die Antragstellung ist uE als „nicht-obrigkeitliche“ oder „schlichte“ Hoheitsverwaltung des BM zu qualifizieren<sup>35)</sup>. Eine Interpretation als Handeln im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung (Ausübung „subjektiver Rechte des Bundes“) — nach Auffassung von Heinz Mayer<sup>36)</sup>

<sup>32)</sup> In Fällen drohender Gefahr („Gefahr im Verzug“) mittels „Mandatsbescheid“ gem § 57 AVG, wodurch die sofortige Vollstreckbarkeit erreicht würde.

<sup>33)</sup> Zu restriktiv daher Funk, Gewerbepolizeiliche Maßnahmen, in: Rill (Hrsg), Gewerberecht 403 (428, FN 64), der § 360 Abs 2 GewO — übrigens in Widerspruch zu den Erläut zur RV für eine Gewerbeordnung 1972 (vgl dazu 395 BlgNR 13. GP [S 263]) — nur auf nichtgenehmigte Betriebsanlagen anwendbar hält.

<sup>34)</sup> Dieses Auslegungsergebnis steht uE nicht in Widerspruch zu der unter II. A. 1. dargelegten grundsätzlichen Abgrenzung der Anwendungsbereiche der §§ 79 Abs 1 und 79 a Abs 1 GewO, sondern trägt allein dem denkmöglichen Sonderfall Rechnung.

<sup>35)</sup> In diesem Sinne auch Puck, Nichthoheitliche Verwaltung, Typen und Formen, in: Ermacora et al (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 275 (293 ff). Daher ist auch die Vornahme der in § 79 a Abs 2 GewO vorgesehenen Messungen durch das BMGU wegen des Funktionszusammenhangs dem Bereich der Hoheitsverwaltung des Bundes zuzuordnen — dazu Adamovich/Funk, Verwaltungsrecht 110.

<sup>36)</sup> Ein „Umweltanwalt“ im österreichischen Recht? JBL 1982, 113 (118) sowie ders, Stellung und Aufgaben der

die vom Grundsatz verfassungskonformer Interpretation einzig mögliche Auslegung — ist schon im Hinblick auf die gleichfalls mit dem UmweltfondsG in die GewO eingefügte Vollzugsklausel zu § 79 a Abs 2 GewO (§ 381 Abs 6) auszuschließen. Fraglich erscheint aber vor allem die verfahrensrechtliche Stellung, die dem antragstellenden BMGU zukommen soll: Die lapidare Feststellung in den Erläuterungen zur RV betreffend das UmweltfondsG<sup>37)</sup>, mit der Stellung des Antrages sei der BM „Verfahrenspartei“ im gewerbebehördlichen Verfahren, reicht zur Klärung jedenfalls nicht aus.

Es gilt nämlich zu bedenken, daß Verwaltungsorgane am verwaltungsbehördlichen Verfahren durch die Gesetzgebung in verschiedenster Weise, dh mit unterschiedlichen Verfahrensrechten ausgestattet, beteiligt (im weiteren Sinn) werden können. Entsprechend der unterschiedlichen materiengesetzlichen Ausgestaltung der verfahrensrechtlichen Stellung lassen sich folgende Typen bestimmen:

- \* Gleichsam die unterste Stufe bildet eine „Beteiligung“ am Verwaltungsverfahren, die sich in der gesetzlichen Einräumung des Rechtes erschöpft, die Tätigkeit der Behörde in Anspruch zu nehmen (§ 8 AVG), oder die in der Beziehung durch die verfahrensleitende Behörde besteht (§ 8 AVG: „... auf die sich die Tätigkeit der Behörde bezieht“), ohne daß solche Beteiligte ieS von Gesetzes wegen über besondere Verfahrensrechte verfügten.
- \* Die Beteiligtenstellung kann aber durch den Materiengesetzgeber dadurch aufgewertet werden, daß den Beteiligten ausdrücklich einzelne Verfahrensrechte eingeräumt werden — zB das Recht auf Anhörung oder Stellungnahme<sup>38)</sup> oder das Recht auf Bescheidzustellung<sup>39)</sup>. Man kann in diesen Fällen von „qualifiziert Beteiligten“ sprechen, wenngleich zuzugestehen ist, daß die Grenze zur „Formalpartei“ (dazu nachstehend) eher fließend ist; die Institutionalisierung als Formalpartei wird dann

---

Arbeitsinspektion im österreichischen Arbeitnehmerschutzrecht, DRdA 1983, 149 (153). Das von Heinz Mayer als Stütze seiner Argumentation, die Qualifikation der Tätigkeit des Arbeitsinspektors als Organpartei (zB Einbringung einer Berufung) als schlichte Hoheitsverwaltung stünde in Widerspruch zum verfassungsrechtlichen Verbot, mittelbare und unmittelbare Bundesverwaltung organisatorisch in dieser Weise (von ihm als „im Ergebnis hoheitliches Zusammenwirken“ charakterisiert) zu verknüpfen, herangezogene Erk VfSlg 4413/1963 bezieht sich freilich nur auf die Verpflichtung zur Trennung der Vollziehungsbereiche des Bundes und der Länder mit einer entsprechenden Trennung der Vollziehungsorgane als Ausdruck des föderalistischen Prinzips.

<sup>37)</sup> 66 BlgNR 16. GP (S 11).

<sup>38)</sup> ZB der Gemeinde im Rahmen des Betriebsanlagen genehmigungsverfahrens (§ 355 GewO); der Arbeitsinspektion im Rahmen von Verwaltungsverfahren in Sachen, die den Schutz der Arbeitnehmer berühren (§ 8 Abs 1 ArbeitsinspekionsG 1974 BGBl 143). Nach Auffassung des VwGH kommt es dem Recht einer Partei auf Gehör nahe — vgl VwSlg 10.031 A/1980.

<sup>39)</sup> So ist für die Betriebsanlagengenehmigungsbescheide in § 359 Abs 3 GewO die Zustellung auch an das zuständige Arbeitsinspektorat (siehe auch § 8 Abs 6 ArbeitsinspekionsG) und an die Gemeinde vorgesehen.

anzunehmen sein, wenn bestimmte, an sich nur Parteien zustehende Verfahrensrechte oder gar das Recht der Berufung eingeräumt sind<sup>40)</sup>.

- \* Der Materiengesetzgeber verfügt nämlich auch über die Kompetenz, in Ergänzung von § 8 AVG auch Personen, Interessenvertretungen oder Verwaltungsorganen, die an sich im Verwaltungsverfahren keine subjektiven Rechte geltend machen könnten, Parteistellung einzuräumen („Formalpartei“ als Sonderform der Legalpartei<sup>41)</sup>; auch die Bezeichnung als „Organpartei“ findet Verwendung, wenn es sich um ein Verwaltungsorgan handelt). Rechtsprechung und Lehre nehmen die Institutionalisierung einer Formalpartei übereinstimmend immer dann an, wenn die Parteistellung durch das Gesetz ausdrücklich zugekannt wird<sup>42)</sup> oder der aus dem Gesetz abzuleitende Zweck, der mit der Einräumung einer bestimmten verfahrensmäßigen Ingerenz verfolgt wird, für das Vorliegen der Parteistellung spricht<sup>43)</sup>. Den Formal- oder Organparteien stehen nur die dem Zweck ihrer Parteistellung entsprechenden Partierechte zu<sup>44)</sup>, mangels subjektiver Rechte — abgesehen von der Geltendmachung verfahrensrechtlicher Mitwirkungsbefugnisse — jedoch nicht eo ipso das Recht der Berufung oder das Recht der Beschwerdeführung vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts<sup>45)</sup>.
- \* Daher ergibt sich als gleichsam umfangreichste Form der Beteiligung von Verwaltungsorganen oder Interessenvertretungen am Verwaltungsverfahren die ausdrückliche Ergänzung ihrer Stellung als Formal- oder Organparteien durch die materielle Gesetzgebung um das Berufungsrecht und/ oder das Recht der Beschwerdeführung vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts<sup>46)</sup>.

<sup>40)</sup> Vgl § 9 Abs 1 ArbeitsinspekionsG, weshalb Heinz Mayer, DRdA 1983, 152, das Arbeitsinspektorat einmal als „Beteiligten mit eingeschränktem Berufungsrecht“, aber auch als „Organpartei“ charakterisiert.

<sup>41)</sup> Siehe zuletzt Oberndorfer, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit (1983) 89 mwN, sowie VwGH 28. 9. 1982, 82/07/0106 (= ZfVB 1983/4/1643).

<sup>42)</sup> VfSlg 9064 und 9185/1981; VwSlg 10.031/1980; Heinz Mayer, Der Parteibegriff im allgemeinen Verwaltungsverfahren, ZfV 1977, 485 (490); Walter / Mayer, Grundriß<sup>2</sup> 42f; Mannlicher / Quell (Hrsg), Das Verwaltungsverfahrensrecht I<sup>8</sup> 170 (Auflistung von Rechtsvorschriften).

<sup>43)</sup> So bereits Oberndorfer, Die Arbeiterkammern im Verfahren zum Schutze jugendlicher Beschäftigter, ZAS 1970, 1 (5). Vgl auch VfSlg 9064/1981.

<sup>44)</sup> Ist das Verwaltungsverfahren etwa auf Antrag der Formal- oder Organpartei eingeleitet worden oder hat diese Partei im Zuge des Verwaltungsverfahrens Anträge gestellt, die mit Bescheid zu erledigen sind, so kann auch die Formal- bzw Organpartei die Entscheidungspflicht gem § 73 AVG geltend machen.

<sup>45)</sup> Vgl dazu die Darstellung und Problematisierung der Rsp des VwGH bei Oberndorfer, Verwaltungsgerichtsbarkeit 90. Für Interessenvertretungen bedingt bejahend hingegen VfSlg 9064/1981.

<sup>46)</sup> ZB § 363 Abs 3 GewO: Recht der betreffenden Landeskammer, gegen den Bescheid, mit dem ein gewerbebehördlicher Bescheid gem § 33 Abs 1 Z 2 GewO für nichtig erklärt wird, gem Art 131 Abs 2 B-VG Organbeschwerde zu erheben.

Entsprechend dieser Skalierung der materiengesetzlich vorgesehenen verfahrensmäßigen Ingerenz von „Formalbeteiligten“ bildet das dem BMGU gemäß § 79 a Abs 2 GewO zukommende Antragsrecht mangels ausdrücklicher Einräumung der Parteistellung den Schlüssel zur Bestimmung von dessen Stellung in den gemäß § 79 a Abs 1 GewO von den Gewerbebehörden durchzuführenden Verwaltungsverfahren.

Dem BM ist zwar die Parteistellung nicht ausdrücklich eingeräumt und sein Antragsrecht ist auch nicht als Ausfluß eines ihm selbst oder dem Bund zustehenden subjektiven Rechtes — etwa im Sinne der Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts<sup>47)</sup> in der Funktion als vom Gesetz zum Vertreter der Interessen der Nachbarn oder der Bürger Berufener schlechthin — zu werten. Durch den Antrag wird die Gewerbebehörde jedoch — im Gegensatz zur Amtswegigkeit gemäß § 79 GewO — gleichsam „von außen“ verpflichtet, ein Verwaltungsverfahren zur Vorschreibung nachträglicher Auflagen einzuleiten. Nach dem Konzept des § 79 a GewO soll der BMGU und nicht die Gewerbebehörde das Vorliegen der Grundvoraussetzung eines solchen Verfahrens, nämlich der über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichenden beträchtlichen Umweltbelastung, beurteilen und bejahendenfalls durch die Antragstellung das objektive öffentliche Interesse an der Begrenzung der dafür ursächlichen Emissionen zum Ausdruck bringen. Damit der BM diese Funktion wirksam wahrnehmen kann, hat sich der Gesetzgeber nicht mit der bloßen Einräumung eines Rechtes zur Anzeige begnügt, sondern ausdrücklich ein Antragsrecht gewährt, dem eine Entscheidungspflicht der Behörde korrespondiert<sup>48)</sup>. Die Entscheidungspflicht kann gemäß § 73 Abs 2 AVG nur von der Partei, die den unerledigten Antrag gestellt hat, geltend gemacht werden.

Diese Überlegungen sprechen dafür, aus dem Antragsrecht des BMGU gemäß § 79 a GewO dessen Institutionalisierung als Formal- oder Organpartei abzuleiten. Umso mehr, als der Gesetzgeber diese Konsequenz offenkundig beabsichtigte<sup>37)</sup>. Damit ist hinsichtlich des Umfangs der Parteistellung des BM zugleich festgestellt, daß sie die Rechte auf Antragstellung (einschließlich Zurückziehung), auf bescheidförmige Erledigung (einschließlich Bescheidzustellung) sowie in eventu auf Geltendmachung der Entscheidungspflicht gemäß § 73 Abs 2 AVG umfaßt. Aus dem formellen Antragsrecht allein läßt sich ohne zusätzliche materiengesetzliche Normierung weiterer Parterechte kein Anspruch des BM auf die gewerbebehördliche Entscheidung selbst, vor allem kein Berufungsrecht, ableiten<sup>48)</sup>.

Angesichts dessen darf wohl die rechtspolitische Frage aufgeworfen werden, ob die verfahrensrechtliche Stellung des BMGU durch § 79 a Abs 1 GewO eine sachadäquate Regelung gefunden hat. Die Chance, in einem wichtigen Teilbereich des Immissions-

schutzes einen „Umweltanwalt“ zu schaffen<sup>49)</sup>, scheint vorerst jedenfalls nur im Ansatz genutzt worden zu sein.

### C. Parteistellung der Nachbarn der gemäß § 79 a Abs 1 GewO verfahrensgegenständlichen Betriebsanlagen?

Wie im Falle der Verfahren gemäß § 79 GewO wirft auch § 79 a GewO die Frage auf, ob Nachbarn der Betriebsanlage, deren Emissionen nach dem Antrag des BMGU begrenzt werden sollen, in diesbezüglichen Verwaltungsverfahren die Stellung einer Partei beanspruchen können. Die Bestimmungen über das Verfahren betreffend die Genehmigung von Betriebsanlagen (§§ 353 bis 359 a GewO) enthalten nämlich keine Regelung über die von den Gewerbebehörden gemäß § 79 GewO von Amts wegen und über die gemäß § 79 a Abs 1 GewO über Antrag durchzuführenden Verfahren, vor allem auch keine Aussage darüber, ob den Nachbarn in einem solchen Verfahren überhaupt Parteistellung zukommt. Für § 79 GewO hat der VwGH die Frage nach der (potentiellen) Parteistellung der Nachbarn der Betriebsanlage bejaht: „Die Rechtsstellung der Nachbarn in einem solchen Verfahren ist der im Verfahren über das Ansuchen um Genehmigung der Betriebsanlage gleich.“<sup>50)</sup> Aus der Bezugnahme auf § 74 Abs 2 GewO ergebe sich, daß die Beurteilung in dieser Hinsicht im Verfahren nach § 79 GewO keinen anderen Voraussetzungen als im Genehmigungsverfahren unterliege. Mache/Kinscher<sup>51)</sup> ziehen aus dieser Rechtsprechung die Schlußfolgerung, daß es sich bei dem von Amts wegen durchzuführenden Verfahren gemäß § 79 GewO aus der Sicht der Parteistellung der Nachbarn nicht um eine „Fortsetzung“ oder „Neuaufrollung“ des Genehmigungsverfahrens handle.

Für § 79 a Abs 1 GewO muß die Argumentation differenzierter geführt werden. Die Ermächtigung, nachträgliche Auflagen anzurufen, ist den Gewerbebehörden in dieser Regelung nämlich nicht primär zum Schutz der gemäß § 74 Abs 2 GewO wahrzunehmenden Interessen erteilt, sondern — wie unter II. A. 1. dargelegt — wegen des öffentlichen Interesses an der Begrenzung nach dem Stand der Technik vermeidbarer Emissionen einer oder mehrerer Anlagen, die für eine über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichende beträchtliche Umweltbelastung ursächlich sind.

Im Sinne der Rechtsprechung zu § 79 GewO ist auch in den Verfahren gemäß § 79 a Abs 1 GewO jenen Nachbarn Parteistellung einzuräumen, die denkmöglich behaupten können, daß die erwiesene beträchtliche Umweltbelastung auch zu einer Verletzung ihrer gemäß § 74 Abs 2 iVm § 77 Abs 1 und 2 GewO geschützten Interessen führt. Für nach der Genehmi-

<sup>47)</sup> Vgl auch die Überlegungen von Schäfer, Umweltverträglichkeitsprüfung und Umweltanwalt, Review 1/1983, 12 ff (28), hrsg v Österreichischen Bundesinstitut für Gesundheitswesen.

<sup>48)</sup> VwSlg 10.624 A/1981. Siehe auch Panholzer / Stichlberger, Der gewerberichtliche Schutz des Nachbarn gegen genehmigte Betriebsanlagen, ZfV 1979, 186 (188 f).

<sup>49)</sup> Gewerbeordnung (FN 14) Anm 14 zu § 79 GewO.

<sup>50)</sup> Vgl etwa VfSlg 9064/1981 und VwSlg 10.617 A/1981.

<sup>51)</sup> In diesem Sinne auch VfSlg 2908/1955.

gung der ursächlichen Betriebsanlage zugezogene Nachbarn gilt diese Feststellung im Hinblick auf § 79 Abs 2 GewO uE allerdings nur insoweit, als sie geltend machen, durch die beträchtliche Umweltbelastung an Leben und Gesundheit gefährdet zu sein<sup>52)</sup>. Jene Nachbarn, deren Leben, Gesundheit, Eigentum oder sonstige dingliche Rechte durch die beträchtliche Umweltbelastung nicht gefährdet sind oder deren Belästigung sich in zumutbaren Grenzen hält, können nur insoweit Parteistellung beanspruchen, als die Verletzung jener Interessen durch eine in der nachträglichen Auflage vorgesehene Maßnahme möglich erscheint. Allen übrigen Nachbarn iS von § 75 Abs 2 und 3 GewO — mögen sie auch Beschwerdeführer gemäß § 79 a Abs 2 GewO gewesen sein — ist in dem Verfahren gemäß § 79 a Abs 1 GewO keine Parteistellung einzuräumen.

Wie aber können die Nachbarn ihre Parteistellung geltend machen? Im Gegensatz zu den Verfahren gemäß § 79 GewO, in denen die Durchführung eines Ermittlungsverfahrens mit einer Augenscheinsverhandlung unter sinngemäßer Anwendung von § 356 Abs 1 und 3 GewO<sup>53)</sup> in der Regel unumgänglich ist<sup>54)</sup>, erscheint bei Verfahren gemäß § 79 a Abs 1 GewO zwar die Durchführung eines Ermittlungsverfahrens (zB zwecks Prüfung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit), nicht jedoch einer Augenscheinsverhandlung geboten. Die Auswirkungen der betrieblichen Emissionen sind ja aufgrund der vorliegenden Meßergebnisse bekannt. Die Gewerbebehörden brauchen die Nachbarn der verfahrensgegenständlichen Betriebsanlage nur dann nicht am Verfahren gemäß § 79 a Abs 1 GewO zu beteiligen, wenn eine Verletzung der gemäß § 74 Abs 2 GewO wahrnehmenden Interessen durch die beträchtliche Umweltbelastung (aufgrund der vom BMGU vorgelegten Meßergebnisse), aber auch durch die vorgesehenen Maßnahmen zur Emissionsbegrenzung ausgeschlossen werden kann. In den übrigen Fällen werden sie mangels materiengesetzlicher Vorehrungen, aus dem Kreis der Nachbarn auf einfachere Weise die Parteien des Verfahrens zu ermitteln, gut beraten sein, § 356 Abs 1 und 3 GewO gleichfalls sinngemäß anzuwenden oder gemäß § 40 Abs 1 iVm § 41 Abs 1 AVG eine mündliche Verhandlung anzuberaumen<sup>55)</sup>.

Zum Umfang der Partierechte der Nachbarn soll in dieser Untersuchung nur angemerkt werden, daß

<sup>52)</sup> Andernfalls wäre der durch § 79 Abs 2 GewO eng gezogene Schutzanspruch der Interessen nachträglich zugezogener Nachbarn über den Umweg der Verfahren gem § 79 a GewO (trotz diesfalls anderer Interessenlage!) erweitert.

<sup>53)</sup> Demnach wären jene Nachbarn, die der Behörde bekannt geworden sind, persönlich zu laden sowie der Termin der Augenscheinsverhandlung in den der Betriebsanlage unmittelbar benachbarten Häusern und in der Gemeinde durch Anschlag anzukündigen; nur jene Nachbarn, die spätestens bei der Augenscheinsverhandlung gegen die Anlage Einwendungen iS des § 74 Abs 2 Z 1, 2, 3 oder 5 erheben, sind in der Folge als Parteien zu behandeln.

<sup>54)</sup> Auch *Mache / Kinscher* (FN 14) gehen von dieser Vorgangsweise aus (siehe Anm 14 zu § 79 GewO).

<sup>55)</sup> Zu beachten sind insb die Konsequenzen gem §§ 43 Abs 1 und 42 Abs 1 AVG.

es strittig ist, ob die als Parteien zugelassenen Nachbarn gegen eine Verschleppung der Sachentscheidung durch die Gewerbebehörde — ein Phänomen, daß in der Praxis leider allzu häufig auftritt — verfahrensrechtlich vorgehen können. Der VwGH vertritt nämlich die Auffassung, daß den Nachbarn das Recht, die Entscheidungspflicht geltend zu machen, nicht schon im Anlagengenehmigungsverfahren, sondern erst als Berufungswerber zukommt<sup>56)</sup>. Die vom VwGH vorgenommene Einschränkung, § 73 Abs 2 AVG komme für die Nachbarn dann in Betracht, wenn sich aus den anzuwendenden Verwaltungsvorschriften ein rechtliches Interesse der Nachbarn ableiten ließe, daß in der Sache alsbald rechtskräftig entschieden werde, erscheint allerdings für jene Nachbarn relevant, die geltend machen, durch die beträchtliche Umweltbelastung auch in ihren gemäß § 74 Abs 2 iVm § 77 Abs 1 und 2 GewO geschützten Interessen verletzt zu sein. Es bleibt abzuwarten, ob diese rechtsschutzfreundliche Sicht auf die durch den Betrieb einer Anlage unzumutbar belästigten oder gar lebens- oder gesundheitsgefährdeten Nachbarn Anwendung finden wird<sup>57)</sup>.

#### IV. Resümee

Die einleitend geäußerte Befürchtung, mit § 79 a GewO wäre nur eine „stumpfe Waffe“ im Bemühen um eine wirkungsvolle Verringerung vermeidbarer Umweltbelastungen geschaffen worden, muß auch nach Erörterung der einzelnen Tatbestandsmerkmale und der Verfahrensregelungen weitgehend aufrechterhalten werden.

Folgende Aspekte sind besonders hervorzuheben: Im Grundsätzlichen ist zu kritisieren, daß der Gesetzgeber die „Querverbindung“ des § 79 a GewO zum Umweltfonds des Bundes vernachlässigt hat, daß er aber auch die Problematik der Harmonisierung bzw Abgrenzung der Anwendungsbereiche der §§ 79 und 79 a GewO tatsächlich nicht bewältigt hat. Die in der vorliegenden Untersuchung ermittelte Normhypothese beantwortet zwar die dadurch bedingten Fragestellungen, doch ist es nicht auszuschließen, daß sie mit den ursprünglichen Absichten der am Entstehungsprozeß des § 79 a GewO Beteiligten nicht übereinstimmt. Es zeigt sich einmal mehr, daß bei der Einführung neuer Rechtsbegriffe in ein Rechtsgebiet mit speziellen, teils gesetzlich, teils judikativ inhaltlich fixierten Begriffen zur Wahrung der Rechtssicherheit besondere Exaktheit geboten ist.

Funktion und verfahrensrechtliche Stellung des BMGU erscheinen nicht befriedigend ausgestaltet und unzureichend aufeinander abgestimmt<sup>58)</sup>. Warum soll-

<sup>56)</sup> So zuletzt VwGH 5. 3. 1982, 81/04/0250 (= ZfVB 1983/3/1151).

<sup>57)</sup> Vgl nämlich VwGH 25. 9. 1981, 81/04/0076 (= ZfVB 1982/6/2211), wo ein rechtliches Interesse der Nachbarn an einer Beseitigung unzumutbarer Belästigungen durch eine nichtgenehmigte Betriebsanlage gem § 360 Abs 2 GewO nicht anerkannt wurde.

<sup>58)</sup> Man vergleiche etwa die weitgehenden Mitwirkungsrechte der Arbeitsinspektion gem § 9 ArbeitsinspektionsG, insb iVm § 8 ArbeitsinspektionsG und § 359 Abs 3 und 4 GewO.

te der BM seine Kenntnisse von beträchtlichen Umweltbelastungen, die über die unmittelbare Nachbarschaft des (der) ursächlichen Betriebsanlage(n) hinausreichen, nicht auch ohne Beschwerden von Nachbarn, also gleichsam vom Amts wegen zum Anlaß eines Antrages iS des § 79 a Abs 1 GewO machen können? § 79 a Abs 2 GewO reicht zudem in Hinblick auf die in Rechtsprechung und Schrifttum vertretene Auffassung nicht aus, einen materiellen Anspruch des BM auf eine Entscheidung bestimmten Inhalts mit der Konsequenz eines Berufungsrechtes zu begründen. Die ausdrückliche gesetzliche Einräumung eines Berufungsrechts an den BMGU erschien aber für jene Fälle, in denen dessen Antrag nicht oder nur unzu-

reichend entsprochen wird — etwa wegen einer abweichenden Beurteilung der Umweltbelastung, des Standes der Technik oder der wirtschaftlichen Zumutbarkeit durch die Gewerbebehörde —, durchaus sachlich gerechtfertigt.

Schließlich muß damit gerechnet werden, daß die lapidare Verpflichtung der Gewerbebehörden gemäß § 79 a Abs 1 GewO, bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit nachträglicher Auflagen für den Betriebsinhaber „auf bestehende Förderungsmöglichkeiten Bedacht zu nehmen“, die Verringerung vermeidbarer beträchtlicher Umweltbelastungen durch betriebliche Emissionen mitunter mehr verzögern wird, als es der Sache nach unumgänglich erscheint.