

Dr. Alfred Grof

Der Anspruch auf behördliches Eingreifen bei Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte*

*) Vgl. dazu auch A. Grof, Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch Untätigkeit der Behörde?, JBl. 1984, in Druck, und A. Grof, Einschreiftspflicht der Behörde bei Verletzung des Grundrechts auf körperliche Integrität durch Dritte, ÖJZ 1984, in Druck; diese Probleme wurden daher in der vorliegenden Untersuchung nicht bzw. nur andeutungsweise behandelt.

Allgemeines

1. Verfahren gemäß § 79 GewO

1.1 Parteistellung der Nachbarn

1.2 Recht auf Einleitung des gewerbebehörlichen Verfahrens nach § 79 GewO

1.2.1 Die Parteistellung als Argument für das Antragsrecht auf Einleitung eines Verfahrens gemäß § 79 GewO

1.2.2 Vergleich zur Parteistellung des Nachbarn im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren

1.2.3 Grundrechtsdogmatischer Aspekt

1.2.3.1 Grundrechtlicher Schutz der Gesundheit

1.2.3.2 § 79 GewO als Abgrenzungsnorm zwischen dem Grundrecht auf körperliche Integrität einerseits und dem Grundrecht auf Erwerbsfreiheit andererseits

2. Verfahren gemäß § 360 Abs. 2 GewO

3. Durchsetzung des Anspruchs auf Einleitung eines

Verwaltungsverfahrens gemäß den §§ 79 bzw. 360 Abs. 2 GewO

Allgemeines

Aus dem Betrieb einer emissionssträchtigen gewerblichen Anlage resultiert ein Spannungsfeld zwischen den konträren Interessenlagen des Gewerbetreibenden und den Anrainern der Betriebsanlage. Die Regelung dieser Problematik weist die hierfür (primär)¹⁾ maßgebliche Gewerbeordnung 1973 (im folgenden zitiert als GewO) den Gewerbebehörden zu. Diese haben gemäß den §§ 79 und 360 Abs. 2 GewO²⁾ nach den im vorhergehenden Beitrag entwickelten Grundsätzen dann, wenn der Emissionsgrenzwert durch das Zusammenwirken mehrerer Emittentengruppen (Gewerbebetriebe, Straßenverkehr, Hausbrand) überschritten wird, aus Gründen der Effizienz in der Regel Personen aus dem Kreis der Gewerbetreibenden durch Maßnahmen, die geeignet sind, eine entsprechende Reduktion der Emissionen herbeizuführen, in Anspruch zu nehmen.

Den Untersuchungsgegenstand dieser Abhandlung bildet die Frage, ob die von den gesundheitsgefährdenden Immissionen betroffenen Personen (d. s. gemäß § 74 Abs. 2 GewO hauptsächlich, aber nicht nur die Anrainer der Betriebsanlage³⁾) in dem Fall, daß die Behörde den im § 79 GewO bzw. § 360 Abs. 2 GewO normierten Pflichten nicht nachkommt, insbesondere indem sie Verfügungen gemäß den §§ 79 und 360 Abs. 2 GewO überhaupt unterläßt⁴⁾, einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf ein sachdienliches Vorgehen der Behörde behaupten können. Im Folgenden soll dabei die diesbezügliche Untersuchung zunächst für § 79 GewO geführt und im Anschluß daran auf verbleibende, spezielle Probleme des § 360 Abs. 2 GewO eingegangen werden.

1. Verfahren gemäß § 79 GewO

§ 79 GewO lautet:

„(1) Ergibt sich nach Genehmigung der Anlage, daß die gemäß § 74 Abs. 2 wachzunehmenden Interessen trotz Einhaltung der im Genehmigungsbescheid und im Betriebsbewilligungsbescheid vorgeschriebenen Auflagen nicht hinreichend geschützt sind, so hat die Behörde (§§ 333, 334, 335) andere oder zusätzliche Auflagen vorzuschreiben; soweit solche Auflagen nicht zur Vermeidung einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der in § 74 Abs. 2 Z. 1 genannten Personen notwendig sind, müssen diese Auflagen für den Betriebsinhaber wirtschaftlich zumutbar sein.“

(2) Zugunsten von Personen, die erst nach Genehmigung der Betriebsanlage Nachbarn im Sinne des § 75 Abs. 2 und 3 geworden sind, sind Auflagen im Sinne des Abs. 1 nur soweit vorzuschreiben, als diese zur Vermeidung einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit dieser Personen notwendig sind.“

¹⁾ Vgl. dazu auch in diesem Band den Beitrag von E. Wolny, 2 und 3.

²⁾ Bezüglich § 79 a GewO sei wegen des primär objektiv-rechtlichen Charakters dieser Bestimmung auf die Abhandlung von E. Wolny-A. Grof, Nachträgliche Auflagen gemäß § 79 a GewO – Ein neues Instrument wirksamen Umweltschutzes?, in: ZfV 1984, in Druck, verwiesen.

³⁾ § 74 Abs. 2 Zif. 1 GewO schützt auch das Leben sowie die Gesundheit des Gewerbetreibenden selbst, jene(s) der nicht den Bestimmungen des ANSCHG unterliegenden Familienangehörigen und der Kunden, die die Betriebsanlage nach Art des Betriebes aufsuchen. Im folgenden wird – verkürzt – von den „Nachbarn“ gesprochen, was aber nicht bedeutet, daß nicht auch die eben genannten Personen erfaßt werden sollen.

⁴⁾ Die rechtliche Problematik ändert sich nicht, wenn die Behörde zwar Maßnahmen setzt, diese aber nicht ausreicht, um die Gesundheitsgefährdung hintanzuhalten. Denn etwaige

Im Falle von Gesundheitsgefährdungen, welche überwiegend durch Immissionen bereits genehmigter Gewerbebetriebe verursacht (weshalb aus Gründen der Effizienz der behördlichen Maßnahmen primär die Gewerbetreibenden in Anspruch zu nehmen sind) wurden, ist danach die Gewerbebehörde – ohne Rücksichtnahme auf die wirtschaftliche Zumutbarkeit und darauf, ob die Nachbarn schon im Stadium des Betriebsanlagengenehmigungsverfahrens diesen Status gemäß § 79 Abs. 2 GewO innehaben – verpflichtet, nachträglich Auflagen vorzuschreiben, die eine Hintanhaltung derartiger Gefährdungen sicherstellen. Die gesetzliche Verpflichtung folgt daraus, daß der Gesetzgeber § 79 GewO nicht als Ermessensentscheidung, sondern in Form einer Rechtsentscheidung stilisiert hat.⁵⁾ Bezüglich der Rechtsstellung der Nachbarn in einem derartigen Verfahren enthält diese Norm jedoch keinen Hinweis, so daß die verfahrensrechtliche Position jener Personen nur im Wege der Interpretation⁶⁾ des § 79 GewO ermittelt werden kann.

1.1 Parteistellung der Nachbarn

Ob den durch die betrieblichen Immissionen Gefährdeten die Stellung einer Verfallenspartei⁷⁾ zukommt, ist gemäß § 8 AVG an das Vorliegen eines „subjektiven Rechtsanspruchs bzw. rechtlichen Interesses“ des einzelnen geknüpft; ob nun jemand in einem konkreten Verfahren Träger eines subjektiv-öffentlichen Rechts ist, ergibt sich nicht aus § 8 AVG selbst, sondern – ausdrücklich oder stillschweigend⁸⁾ – aus dem auf den verfahrensgegenständlichen Sachverhalt anzuwendenden Materiengesetz. Enthält das Materiengesetz keinen ausdrücklichen Hinweis auf die Einräumung subjektiv-öffentlicher Rechte oder der Parteistellung, so gewährt dieses nach herrschender Auffassung dem einzelnen dann ein subjektiv-öffentliches Recht (und damit gemäß § 8 AVG Parteistellung im Verfallensverfahren), wenn der Schutzzweck des Gesetzes neben dem öffentlichen Interesse auch das Individualinteresse bestimmter Personen erfaßt und dieses damit zum Schutzgut erklärt.⁹⁾

Nach § 79 GewO sind nachträgliche Auflagen zum Schutz der gemäß § 74 Abs. 2 GewO von der Behörde wahrzunehmenden Interessen vorzuschreiben. Da § 74 Abs. 2 Zif. 1 GewO ausdrücklich die Absicht verfolgt, das Leben und die Gesundheit bestimmter Personen, also subjektive Rechte von Normunterworfenen, darunter auch der Nachbarn der Betriebsanlage, vor einer Gefährdung zu bewahren und die Behörde daher verpflichtet, bestimmte Maßnahmen zu ergrei-

⁵⁾ Der Verwaltungsgerichtshof spricht in seinem Erkenntnis vom 18. 1. 1978, ZIn. 2577, 2578/77 (= VSig 9475 A/1978 = ZfVB 1978/1474) davon, daß die Behörde berechtigt und verpflichtet ist, bei Vorliegen der Tatbestände die jeweils notwendigen Maßnahmen von Amts wegen zu ergreifen, um den der Rechtsordnung entsprechenden Zustand zwangsweise herbeizuführen.

⁶⁾ Zum sogenannten „Kanon“ der Auslegungsmethoden vgl. F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien 1982, S. 436 ff.; T. Mayer-Maly, Anmerkungen zu einer Theorie der wirklichen Jurisprudenz, in: JBl 1984, S. 1 ff., insbes. S. 5 f.; R. Walter, Buchbesprechung, ÖJZ 1984, S. 137 ff., insbes. S. 138 ff.; R. Strasser, Rechtsdogmatik, Rechtslehre und juristische Methodologie, DRdA 1983, S. 240 ff., insbes. S. 242 f.

⁷⁾ Zur Problematik der Parteistellung im Verfallensverfahren vgl. allgemein: H. Mayer, Der Parteibegriff im allgemeinen Verfallensverfahren, in: ZfV 1977, S. 485 ff.; P. Oberndorfer, Die Arbeiterkammern im Verfahren zum Schutze jugendlicher Beschäftigter, in: ZAS 1970, S. 1 ff.; R. Walter – H. Mayer, Die Partei und ihre Rechte im allgemeinen Verfallensverfahren, in: E. Melichar (Hrsg.), Rechtsfragen des Verfallensverfahrens, Wien 1979, S. 18 ff.; E. Wolny – A. Grof, Auflagen (Anm. 2), in Druck.

⁸⁾ Vgl. jüngst P. Oberndorfer, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit, Linz 1983, S. 74, im Anschluß an P. Rummel, in: P. Rummel (Hrsg.), ABGB, RdNr. 11 zu § 863.

fen, kann es nicht zweifelhaft sein, daß auch der Sinn des den Schutzzweck des § 74 Abs. 2 GewO ergänzenden § 79 GewO darin liegt, neben den öffentlichen Interessen Leben und Gesundheit der im § 74 Abs. 2 genannten Personen zu schützen, diesen Personen also subjektive Rechte einräumt. § 79 GewO gewährt daher subjektiv-öffentliche Rechte, woran sich gemäß § 8 AVG die Konsequenz knüpft, daß den Trägern dieser subjektiv-öffentlichen Rechte in einem aufgrund § 79 GewO durchzuführenden Verfahren auch jeweils die Stellung einer Verfallenspartei zukommt.

In diesem Sinne hat auch der Verwaltungsgerichtshof entschieden, wobei er zu dieser Frage in verschiedenen Erkenntnissen jeweils in nahezu wörtlicher Übereinstimmung ausführt:

„Die Bestimmungen über das Verfahren betreffend die Betriebsanlagen (§§ 353 bis 359 a GewO 1973) enthalten keine Regelung über das von der Behörde gemäß § 79 GewO 1973 von Amts wegen durchzuführende Verfahren in Ansehung der Vorschreibung anderer oder zusätzlicher Auflagen, insbesondere auch keine Aussage darüber, ob den Nachbarn in einem solchen Verfahren überhaupt Parteistellung zukommt. Diese Frage ist aber – dies sei vorweg bemerkt – zu bejahen. So wird in § 79 GewO ausdrücklich auf den § 74 Abs. 2 sowie auf die die Nachbarn betreffenden Bestimmungen des § 75 Abs. 2 und 3 leg. cit. Bezug genommen. Der § 79 GewO 1973 enthält die gesetzliche Ermächtigung für den Fall, daß das Verfahren zur Genehmigung einer Betriebsanlage abgeschlossen ist, mit den in diesem Verfahren vorgeschriebenen Auflagen aber nicht das Auslangen gefunden werden kann, um die im § 74 umschriebenen Interessen hinreichend zu schützen. Wie sich aus der Bezugnahme auf § 74 Abs. 2 GewO 1973 ergibt, unterliegt die Beurteilung im Verfahren nach § 79 GewO 1973 in dieser Hinsicht keinen anderen Voraussetzungen als im Verfahren zur Genehmigung der Betriebsanlage. In beiden Fällen hat die Behörde die Auswirkungen der Betriebsanlage auf die Nachbarn – in einem Fall im vorhinein, im zweiten Fall im nachhinein – zu beurteilen und zu prüfen, welche Auflagen erforderlichenfalls vorzuschreiben sind, um Gefährdungen oder – falls nicht die Bestimmung des Abs. 2 des § 79 GewO zum Tragen kommt und sofern zusätzlich die Voraussetzungen des ersten Satzes des Abs. 1 dieser Gesetzesstelle gegeben sind – unzumutbare Belästigungen der Nachbarn hintanzuhalten. Die Rechtsstellung, die den Nachbarn im Verfahren über das Ansuchen um Genehmigung der Betriebsanlage eingeräumt ist, kommt ihnen daher in gleicher Weise in einem von der Behörde von Amts wegen zum Schutz der vorangeführten Interessen gemäß § 79 GewO 1973 durchzuführenden Verfahren zu.“¹⁰⁾

Auch der Verfassungsgerichtshof hat zur Problematik der Parteistellung der Nachbarn im Verfahren gemäß § 79 GewO in diesem Sinne obiter dictum ausgeführt:

„Die – Nachbarn auf das Genehmigungsverfahren einwendungsmäßig beschränkende – Verfahrenskonzentration erweist sich damit als sachlich gerechtfertigt. Daraus folgt aber, daß im Betriebsbewilligungsverfahren Nachbarn Parteistellung nur mehr dann zukommt, wenn die Behörde im Zuge dieses Verfahrens in Aussicht nimmt (zum Gegenstand des Verfahrens macht), daß „in der Betriebsbewilligung andere oder zusätzliche Auflagen (als im Genehmigungsbescheid) vorgeschrieben werden“ (§ 356 Abs. 4), oder „von der Verpflichtung zur Herstellung des dem Genehmigungsbescheid entsprechenden Zustandes“ Abstand genommen werden soll (Abs. 5). Eine solche Auslegung

gebietet sich auch im Hinblick auf § 79 Abs. 1 GewO 1973, welche Bestimmung den Fall regelt, daß sich erst nach der Genehmigung der Anlage ergibt, daß die gemäß § 74 Abs. 2 wahrzunehmenden Interessen trotz Einhaltung der vorgeschriebenen Auflagen nicht hinreichend geschützt sind. Es wäre nun nicht einzusehen, warum Nachbarn dann, wenn ein Bewilligungsverfahren nicht stattfindet, hinsichtlich versäumter Einwendungen nur auf die (beschränkten) Möglichkeiten des § 79 Abs. 1 GewO 1973 verwiesen sein sollten, im Falle eines Bewilligungsverfahrens diese jedoch im Zuge desselben nachholen können sollten.¹¹⁾

Die Höchstgerichte gehen also davon aus, daß dem Nachbarn in einem Verfahren gemäß § 79 GewO Parteistellung zukommt; in der Literatur wird diese Ansicht weitgehend geteilt.¹²⁾

Daher kann als Zwischenergebnis festgehalten und im folgenden davon ausgegangen werden, daß den durch § 74 Abs. 2 geschützten Personen die Stellung einer Verfahrenspartei im gewerbebehördlichen Verfahren zur Vorschreibung nachträglicher Auflagen gemäß § 79 GewO zukommt. Offen bleibt vorderhand, ob diese Parteistellung, insbesondere bezüglich jener Nachbarn, die schon im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren Parteistellung hatten, analog § 356 (4) GewO erst mit der Erhebung von Einwendungen wirksam wird. Da das Verfahren nach § 79 GewO ein formal abgeschlossenes Betriebsanlagengenehmigungsverfahren voraussetzt, was trotz formeller Trennung beider Verfahren auch eine Akzessorietät der Rechtsstellung nahelegt und überdies der mangels ausdrücklicher gegenteiliger gesetzlicher Regelung maßgebliche § 8 AVG die Parteistellung bloß an das Vorliegen eines subjektiven Rechtes knüpft, wird man davon auszugehen haben, daß die Parteistellung gemäß § 79 GewO dann begründet wird, wenn sich ergibt, daß die gemäß § 74 (2) GewO wahrzunehmenden Interessen nicht hinreichend geschützt sind; dies auch deshalb, weil der Grund für eine Verbindung der Parteistellung mit der Erhebung von Einwendungen in § 356 (4) GewO darin liegt, den Kreis der Parteien festzustellen, während in einem darauf folgenden Verfahren gemäß § 79 GewO die Parteien in der Regel bereits bekannt sind. Später zugezogene Nachbarn erlangen die Parteistellung nach § 8 AVG in dem Zeitpunkt, wo sie – so § 74 Abs. 2 GewO – einen Eingriff in ihr subjektiv-öffentliches Recht auf Leben oder Gesundheit behaupten können.

1.2 Recht auf Einleitung des gewerbebehördlichen Verfahrens nach § 79 GewO

Mit der grundsätzlichen Zuerkennung der Parteistellung ist allerdings noch nichts über die Frage ausgesagt, ob der Partei auch ein Recht auf Beantragung der Einleitung des Verwaltungsverfahrens zusteht.¹³⁾ Die Parteistellung ist zwar in der Regel, d. h., wenn nicht etwa im Gesetz anderes bestimmt ist, notwendige Voraussetzung für die Berechtigung zur Stellung eines solchen Antrages, derart, daß nur Personen mit Parteistellung dieses Recht zukommen kann; doch ist dieses Antragsrecht nicht notwendige Folge der Parteistellung. Denn § 39 Abs. 2 AVG bestimmt diesbezüglich:

„Soweit die Verwaltungsvorschriften hierüber keine Anordnungen enthalten, hat die Behörde von Amts wegen vorzugehen und unter Beobachtung der in

diesem Teile des Gesetzes enthaltenen Vorschriften den Gang des Ermittlungsverfahrens zu bestimmen; sie kann insbesondere auch eine mündliche Verhandlung nach den Bestimmungen der §§ 40 – 44 von Amts wegen oder auf Antrag durchführen. Gegen die Ablehnung eines solchen Antrages ist kein Rechtsmittel zulässig. Die Behörde hat sich bei allen diesen Verfügungen von Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen.“

Damit legt das AVG subsidiär, d. h., wenn das Materiengesetz nicht – ausdrücklich oder stillschweigend – anderes bestimmt, das Officialprinzip fest: Im Verwaltungsverfahren hat die Behörde prinzipiell von Amts wegen vorzugehen, sohin auch das Verfahren von Amts wegen einzuleiten.¹⁴⁾

Ergibt sich daher bei einer Interpretation des § 79 GewO nicht, daß ein derartiges Verfahren auch, d. h. neben der Möglichkeit der amtswegigen Verfügung der Einleitung, bzw. nur auf Parteienantrag hin einzuleiten ist, so kommt der Grundsatz der Amtswegigkeit gemäß § 39 Abs. 2 AVG zum Tragen.

1.2.1 Die Parteistellung als Argument für das Antragsrecht auf Einleitung eines Verfahrens gemäß § 79 GewO

Schon R. Walter und H. Mayer haben am Beispiel des § 79 GewO die Ansicht vertreten, daß Personen mit Parteistellung im dann durchzuführenden Verfahren in der Regel auch das Recht, einen Antrag auf Einleitung dieses Verwaltungsverfahrens zu stellen, zukommt; es sei denn, daß im Gesetz dieses Antragsrecht und der damit verbundene Anspruch auf Erledigung ausdrücklich ausgeschlossen wird (wie z. B. bezüglich § 68 Abs. 2 bis 4 AVG in § 68 Abs. 7 AVG), oder daß in einem Mehrparteienverfahren nur bestimmten Parteien ein Antragsrecht gewährt wird.¹⁵⁾ An dieses Antragsrecht auf Einleitung des Verwaltungsverfahrens schließt sich im Falle einer Untätigkeit der Behörde das entsprechende Recht der Partei auf Geltendmachung der Entscheidungspflicht bzw. – im Falle der Untätigkeit der letztinstanzlichen Verwaltungsbehörde – das Recht auf Erhebung der Säumnisschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof.

Der Verwaltungsgerichtshof betont demgegenüber in den oben zitierten Erkenntnissen¹⁶⁾, daß es sich bei § 79 GewO um ein Verfahren handelt, welches „von Amts wegen“ einzuleiten ist. In Konsequenz dieser Rechtsansicht fehlt daher dem Nachbarn im Falle der Untätigkeit der Behörde auch das Recht, die Entscheidungspflicht der Behörde gemäß § 73 Abs. 2 AVG¹⁶⁾ bzw. Säumnisschwerde gemäß Art. 132 B-VG geltend zu machen, da beide Bestimmungen auf ein Antragsrecht der Partei abstellen.

Wenn man davon ausgeht, daß dem Nachbarn im Verfahren zur Vorschreibung nachträglicher Auflagen Parteistellung zukommt, so ist zu beachten, daß dieser Parteistellung ein subjektiv-öffentliches Recht des einzelnen zugrundeliegt. Der Status als Verfahrenspartei, eine rechtliche Hilfskonstruktion¹⁷⁾, an den sich eine

¹¹⁾ Vgl. R. Walter – H. Mayer, Verwaltungsverfahrensgesetz (Anm. 12), S. 87 ff.; E. C. Heilbling, Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, Band I, Wien 1953, S. 255 ff.; E. Mannlicher – H. Quelli, Das Verwaltungsverfahren, Band I, 8. Aufl., Wien 1975, S. 248 ff. und 802 ff.; W. Hauer – O. Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, Eisenstadt 1982, S. 146 ff.; L. Adamovich, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, Band I, 5. Aufl., Wien 1954, S. 233 ff.; L. K. Adamovich – B. C. Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1980, S. 309.

¹²⁾ Vgl. R. Walter – H. Mayer, Verwaltungsverfahren (Anm. 12), S. 88.

¹³⁾ Vgl. z. B. VwGH v. 5. 3. 1982, Zl. 81/04/0250 (= ZNVB 1983/1151).

¹⁴⁾ Vergleichbar etwa dem Status der „Staatsbürgerschaft“; siehe dazu R. Walter – H. Mayer, Verwaltungsverfahrensgesetz (Anm. 12), S. 87 ff.

¹¹⁾ Erk. v. 2. 10. 1982, B 65/79.

¹²⁾ Vgl. F. Panholzer – G. Stichlberger, Schutz (Anm. 9), S. 189; R. Walter – H. Mayer, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts, 2. Aufl., Wien 1980, S. 88; H. Macho – W. Kinscher, Die Gewerbeordnung, 5. Aufl., Wien 1982, Anm. 14 zu § 79; anderer Ansicht P. Schirlbauer, ÖGZ 1979, S. 501 ff.

Fülle prozessualer Rechte knüpft, soll vornehmlich dazu dienen, dem die Parteilstellung begründenden Recht auch Effektivität zu verleihen, d. h., dieses in einem geordneten Verfahren durchsetzen zu können.¹⁹⁾ Das rechtsstaatliche Grundprinzip der österreichischen Verfassung, abgeleitet aus dem Legalitätsprinzip des Art. 18 B-VG und den Bestimmungen über die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts (Art. 129 ff. B-VG), enthält auch eine Rechtsschutzgarantie für den Träger subjektiv öffentlicher Rechte.¹⁹⁾ Ein subjektiv-öffentliches Recht ohne entsprechendes Instrumentarium zur Durchsetzung desselben bliebe wertlos und würde nicht dem im materiellen Sinn²⁰⁾ verstandenen Rechtsstaatsprinzip entsprechen. Bekennt sich daher eine Rechtsordnung zur Gewährung subjektiv-öffentlicher Rechte, so ist damit auch untrennbar die Einräumung von Möglichkeiten zur Durchsetzbarkeit dieser Rechte verbunden, bzw. auf einen konkreten Fall bezogen: Es hat sich dann, wenn diese Durchsetzbarkeit nicht ausdrücklich im Gesetz verankert ist, eine deshalb erforderlich gewordene Interpretation der prozessualen Norm an diesem, der materiellrechtlichen Norm immanenten Grundsatz zu orientieren.²¹⁾ De facto unterbleibt eine ausdrückliche gesetzliche Normierung der Frage der Rechtsstellung Dritter hauptsächlich deshalb, weil der Gesetzgeber von einem idealtypischen Sachverhalt, hier: daß die Gewerbebehörde bei Vorliegen der Voraussetzungen ohnehin von Amts wegen ein entsprechendes Verfahren gemäß § 79 GewO einleitet, ausgeht.²²⁾ Daher hat § 79 GewO wohl mehr kompetenzbegründenden denn verfahrensrechtlichen Charakter. Aus diesem Grund kann aber ein Unterlassen der Regelung der verfahrensrechtlichen Stellung der Nachbarn in § 79 GewO nicht dahingehend ausgelegt werden, daß diese Norm den Parteien, in deren Schutz diese Bestimmung überhaupt in die Gewerbeordnung aufgenommen wurde, kein Antragsrecht auf Einleitung des Verfahrens gewähren wollte. Vielmehr gebietet eine rechtsstaatsfreundliche, d. h. grundprinzipienkonforme Interpretation des § 79 GewO, daß ein derartiges Verfahren auch auf Antrag einer durch § 74 Abs. 2 GewO geschützten Person von der Gewerbebehörde einzuleiten und durchzuführen ist.

1.2.2 Vergleich zur Rechtsstellung des Nachbarn im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren

Wenngleich man die Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes, im Verfahren gemäß § 79 GewO handle es sich nicht um eine Fortsetzung oder Neuaufrollung des Betriebsanlagengenehmigungsverfahrens, aus formellen Aspekten heraus teilen kann²³⁾, so ist andererseits die materielle Identität der Zwecksetzungen der §§ 77 und 79 GewO unverkennbar. Denn in beiden Fällen hat die Behörde Auflagen vorzuschreiben, wenn nur dadurch sichergestellt werden kann, daß unter anderem eine Gefährdung des Lebens und der Gesundheit der in § 74 Abs. 2 Zif. 1

genannten Personen ausgeschlossen ist. Der Unterschied zwischen beiden Normen liegt nicht im normativen, sondern allein im faktischen Bereich begründet. Stellt sich danach erst nach der Genehmigung der Betriebsanlage heraus, daß andere oder zusätzliche Auflagen zur Erreichung des Schutzzwecks, nämlich des Schutzes unter anderem des Lebens und der Gesundheit, notwendig sind, so hat die Gewerbebehörde gemäß § 79 GewO vorzugehen. Ist diese Tatsache hingegen schon im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren bekannt, so hat die Behörde bereits in diesem Stadium entsprechende Auflagen in Anwendung des § 77 GewO vorzuschreiben. Der Gesetzgeber trägt damit dem Umstand, daß die Auswirkungen einer Betriebsanlage auf die durch § 74 Abs. 2 GewO geschützten Rechtsgüter nicht in jedem Fall vorhersehbar und vorherberechenbar sind, Rechnung.²⁴⁾ Hingegen ist weder aus der Textierung des § 79 GewO noch aus den Gesetzesmaterialien die Absicht des Gesetzgebers, die verfahrensrechtliche Position des Nachbarn in einem Verfahren gemäß § 79 GewO gegenüber dem Betriebsanlagengenehmigungsverfahren zu schwächen, erkennbar. Da im Gegensatz zum Betriebsanlagengenehmigungsverfahren die Initiative zur Durchführung eines Verfahrens gemäß § 79 GewO in der Regel²⁵⁾ aus verständlichen Gründen nicht vom Unternehmer, sondern vom Nachbarn ausgeht, weil nun dieser und nicht der Unternehmer in „Zugzwang“ geraten, während der Unternehmer bloß „passivlegitimiert“ ist²⁶⁾, insgesamt gesehen also der Unternehmer und der Nachbar im Vergleich zu § 77 GewO in einem Verfahren gemäß § 79 GewO gleichsam die Rollen getauscht haben, drängt sich unter Einbeziehung der Tatsache, daß beide Bestimmungen den Schutz der in § 74 Abs. 2 GewO genannten Interessen verfolgen, ein Größenschluß (argumentum a minori ad maius) auf: Wenn dem Nachbarn in einem Verfahren, in dem er gleichsam nur als „Passivlegitimierter“ auftritt, sämtliche prozessualen Rechte zur Verteidigung seiner Rechtsposition vom Gesetz zugestanden werden (vgl. § 77 GewO i. V. m. § 356 Abs. 3 GewO²⁷⁾), so muß dies um so mehr für ein Verfahren gelten, das ausschließlich dem Schutz seiner Interessen dient, er also als „Aktivlegitimierter“ beteiligt ist. Da eine verfahrensrechtliche Schlechterstellung des Nachbarn auch nicht mit dem Einwand der Rechtskraft des Betriebsanlagengenehmigungsbescheides sachlich gerechtfertigt werden kann, weil § 79 GewO ausdrücklich eine diesbezügliche Durchbrechung der Rechtskraft vorsieht²⁸⁾, ergibt sich infolge einer gleichheitskonformen Interpretation, daß § 79 GewO dem Nachbarn das (durchsetzbare) Recht zuerkennt, einen Antrag auf Einleitung des Verfahrens zur Vorschreibung nachträglicher Auflagen zu stellen.

1.2.3 Grundrechtsdogmatischer Aspekt²⁹⁾

1.2.3.1 Grundrechtlicher Schutz der Gesundheit

Art. 63 Satz 1 des Staatsvertrages von St. Germain 1919 und Art. 2 Abs. 1 EMRK 1950 enthalten jeweils einen ausdrücklichen Schutz des menschlichen Lebens,

²⁴⁾ Vgl. die Erläuterungen zur RV, 395 Blg. StenProt NR, XIII. GP, S. 165.

²⁵⁾ Einen gewissen Anreiz zur „Sanierung“ könnte für den Unternehmer das Umweltfondsgesetz (BGBl. Nr. 567/1983) bieten, doch handelt es sich dann nicht um ein Verfahren gemäß § 79 GewO.

²⁶⁾ Der Behörde kommt insofern „rechtsprechende“ Funktion zu; vgl. dazu VwSlg 4977 A/1959 bezüglich des § 25 Betriebsrätegesetz.

²⁷⁾ § 356 Abs. 3 GewO gewährt den Nachbarn, welche spätestens bei der Augenscheinsverhandlung Einwendungen gegen die Anlage erhoben haben, ausdrücklich Parteistellung.

²⁸⁾ Vgl. dazu die Erläuterungen zur RV, 395 Blg. StenProt NR, XIII. GP, S. 166; siehe auch H. Mache – W. Kinscher, Gewerbeordnung (Anm. 12), Anm. 1 zu § 79.

²⁹⁾ Eine ausführliche Behandlung dieser Problematik muß einer gesonderten Untersuchung vorbehalten bleiben; vgl. A. Grof, Einschießpflicht der Behörde bei Verletzung des Grund-

¹⁹⁾ Vgl. etwa E. C. Heilbling, Kommentar (Anm. 14), S. 118 ff.

²⁰⁾ Vgl. R. Walter – H. Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 4. Aufl., Wien 1982, S. 52 f.; L. K. Adamovich – B. C. Funk, Österreichisches Verfassungsrecht, Wien 1982, S. 113 ff.

²¹⁾ Zum Begriff vgl. statt vieler H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925 (Nachdruck 1966), S. 90 f.; vgl. auch J. Hengstschläger, Die aufschließende Wirkung von Rechtsmitteln im Verwaltungsrecht und der Anspruch auf Folgenbeseitigung wegen vorzeitiger Vollziehung, in: OJZ 1973, S. 534 ff.

²²⁾ Sogenannte „verfassungskonforme“ Interpretation; vgl. R. Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Wien 1972, S. 94.

²³⁾ Insbesondere dann, wenn es sich um die „Neuregelung“ einer Materie handelt; vgl. bezüglich § 79 GewO die Erläuterungen zur RV, 395 BlgStenProt NR, XIII. GP, S. 165; daraus geht auch hervor, daß § 79 GewO mehr enthält als bloß die Positivierung der bis dahin geplagten „Vorbehaltsklauselpraxis“; vgl. auch F. Panholzer – G. Stichlberger, Schutz (Anm. 9), S. 187 f.

²⁴⁾ Vgl. H. Mache – W. Kinscher, Gewerbeordnung (Anm. 12), Anm. 1 zu § 79 GewO.

ohne dieses Schutzgut näher zu definieren. Während Art. 63 des Staatsvertrages von St. Germain 1919 dieses Grundrecht vorbehaltlos gewährt, sieht Art. 2 EMRK insbesondere in seinem Abs. 2 für Österreich relevante Ausnahmen³⁰⁾ von diesem absoluten Schutz vor und zieht dadurch die Grenzen für aufgrund eines allgemeinen Gesetzesvorbehalts, der jedem Grundrecht immanent ist, ergehende einfaches gesetzliche Eingriffsnormen relativ eng³¹⁾.³²⁾ Dies bedeutet andererseits, daß der Schutzbereich des Grundrechts auf Leben, der sich als Supplement zur Gesamtheit der einfachgesetzlichen Eingriffsnormen ergibt, folglich sehr umfangreich ist, was angesichts der Bedeutung dieses Grundrechts nicht weiter verwundert. Betrachtet man daher die Gesamtheit jener einfachgesetzlichen Normen, welche Eingriffe in die körperliche Integrität vorsehen, bezüglich ihrer Anzahl und der Intensität bzw. Intention, so zeigt sich, daß diese, abgesehen vom Falle einer Notsituation (Art. 2 Abs. 2 EMRK), vornehmlich darauf gerichtet sind, die Gesundheit – meist mittels Verabreichung einer ärztlichen Injektion (welche also einen – geringfügigen – Eingriff in die körperliche Integrität darstellt) – zu erhalten und nicht diese zu beeinträchtigen. Als Beispiele für derartige Eingriffsnormen können die Blutabnahme gemäß § 5 Abs. 6 StVO (Verfassungsfeststellung, daher lex specialis), die Blutabnahme zur Abstammungsfeststellung mittels erb- und rassenkundlicher Untersuchungen gemäß § 7 der Verordnung über die Angleichung familienrechtlicher Vorschriften (FamRanglV, dRGBI I 13/1943, die Zwangs-ernährung gemäß § 69 Strafvollzugsgesetz, die Zwangsbehandlung gemäß § 5 Geschlechtskrankheitsgesetz, § 2 Tuberkulosegesetz, § 17 Epidemiegesetz und § 69 Strafvollzugsgesetz sowie der Waffengebrauch nach den Bestimmungen des Waffengebrauchsgesetzes angeführt werden. Es erweist sich daher das Grundrecht auf Leben materiell als umfassender Schutz des einzelnen vor staatlichen Eingriffen in die „körperliche Integrität“ im Sinne eines Oberbegriffes, welcher neben dem Leben auch die körperliche Unversehrtheit und Gesundheit erfaßt.

1.2.3.2 § 79 GewO als Abgrenzungsnorm zwischen dem Grundrecht auf körperliche Integrität einerseits und dem Grundrecht auf Erwerbsfreiheit andererseits

Genießt daher die menschliche Gesundheit in Form eines Grundrechts verfassungrechtlichen Schutz, so erscheint unter diesem Aspekt § 79 GewO in neuem Licht: Dieser Norm kommt nämlich auf einfachgesetzlicher Ebene die Funktion der Abgrenzung des Geltungsbereiches zwischen zwei aus der Sachlage heraus notwendig konträren Grundrechten – einerseits dem Grundrecht auf Gesundheit des Nachbarn, andererseits dem Grundrecht auf Erwerbsfreiheit des Unternehmers – zu. Beide in Rede stehenden Grundrechte sind nicht absolut, sondern lediglich unter Gesetzesvorbehalt gewährt.³³⁾ Dabei reicht die grundrechtlich geschützte (und durch einfachgesetzliche subjektiv-öffentliche Rechte mediatisierte) Sphäre des Unternehmers gemäß § 77 GewO und § 79 GewO nur soweit, als der Betrieb der Anlage nicht zu einer Gesundheitsgefährdung der Nachbarn führt. Wird der Emissionsgrenzwert in einer Weise überschritten, daß daraus eine

Gesundheitsgefährdung für die in § 74 Abs. 2 Zif. 1 GewO genannten Personen resultiert, so betreibt der Unternehmer die Anlage daher rechtswidrig, weil er seine durch Art. 6 StGG i. V. m. den §§ 74 Abs. 2, 77 und 79 GewO grundrechtlich geschützte Sphäre verlassen hat und dadurch gleichzeitig in die durch Art. 63 des Staatsvertrages von St. Germain 1919 und Art. 2 EMRK i. V. m. den §§ 74 Abs. 2, 77 und 79 GewO geschützte Grundrechtssphäre des Nachbarn eingreift. Da die Rechtsordnung seit jeher davon ausgeht, daß Grundrechte nicht unmittelbar zwischen Normunterworfenen, sondern – da es sich um subjektiv-öffentliche Rechte handelt – nur im Verhältnis zwischen dem einzelnen einerseits und dem Staat andererseits Geltung entfalten³³⁾, beruft dieser Systematik folgend auch § 79 GewO den Staat (in Gestalt der Gewerbebehörde) dazu, Grundrechtsverletzungen durch private Dritte hintanzuhalten. Wenn die Rechtsordnung davon ausgeht, daß den Grundrechten keine unmittelbare Drittwirkung zukommt, gleichzeitig aber dem einzelnen – von Notsituationen abgesehen³⁴⁾ – im Interesse eines geordneten Staatswesens untersagt, derartige Verletzungen selbst hintanzuhalten und ihn stattdessen diesbezüglich an die staatlichen Behörden verweist, so ist damit auf einfachgesetzlicher Ebene eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte³⁵⁾ anerkannt. Garantiert daher der Staat durch die Grundrechte in Verbindung mit den aufgrund der Gesetzesvorbehalte ergangenen einfachgesetzlichen Eingriffsnormen in Form der „Abgrenzungsnormen“ dem einzelnen eine auch vor Eingriffen privater Dritter absolut geschützte Sphäre und verpflichtet sich der Staat nach dieser Systematik, auch Schutz vor Eingriffen Dritter in diese Sphäre zu gewährleisten, so würde das Unterlassen der Vornahme einer Schutzhandlung durch den Staat bei Grundrechtseingriffen privater Dritter zugleich einen staatlichen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Sphäre – allerdings durch ein Unterlassen – bedeuten. Dies hat wiederum zur Konsequenz, daß dem effektiven Schutz vor derartigen Grundrechtseingriffen nur ein Recht des Betroffenen, die Handlungspflicht der Behörde geltend zu machen, genügen kann. Eine dem vom Verfassungsgerichtshof anerkannten Grundsatz der „größtmöglichen Effektivität“ der Grundrechte³⁶⁾ folgende Interpretation des § 79 GewO führt daher zu dem Ergebnis, daß den in § 74 Abs. 2 Zif. 1 geschützten Personen in einem Verfahren zur Vorschreibung nachträglicher Auflagen gemäß § 79 GewO das Recht, die Einleitung dieses Verfahrens zu begehren, zukommt.

2. Verfahren gemäß § 360 Abs. 2 GewO

§ 360 GewO lautet:

„(1) ...

(2) In Fällen drohender Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen oder das Eigentum, die durch eine den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes unterliegende Tätigkeit verursacht worden ist, oder in Fällen unzumutbarer Belästigung der Nachbarn, die durch eine nicht genehmigte Betriebsanlage verursacht worden ist, hat die Behörde, entsprechend dem Ausmaß der Gefährdung oder der Belästigung, mit Bescheid die gänzliche oder teilweise Schließung des Betriebes, die Stilllegung von Maschinen oder sonstige die Anlage betreffende Sicherheitsmaßnahmen oder Vorkehrungen zu verfügen. In Fällen unmittelbar drohender Gefahr kann sie nach vorausgegangener

³⁰⁾ Vgl. das „Fristenlösungserkenntnis“ des Verfassungsgerichtshofes v. 11. 10. 1974, G. 8/74 (= Vfsig 7400/1974); siehe auch R. Walter – H. Mayer, Verfassungsrecht (Anm. 19), S. 350.

³¹⁾ Vgl. z. B. das Recht auf Notwehr (§ 3 StGB) oder das Recht auf Selbsthilfe (§§ 19, 344 ABGB).

³²⁾ Vgl. L. K. Adamovich – B. C. Funk, Verfassungsrecht (Anm. 19), S. 318.

³³⁾ Vgl. VfGH v. 9. 10. 1982, G. 44/80, 51/81; siehe auch R. Machacek, Das Recht auf Leben in Österreich, in: EuGRZ 1983, S. 453 ff., insbes. S. 459.

³⁴⁾ Art. 2 Abs. 1 EMRK sieht die Möglichkeit der Verhängung der Todesstrafe vor; da die Todesstrafe gemäß Art. 85 B-VG generell abgeschafft ist, kommt dieser Ausnahme in Österreich keine Bedeutung zu (Art. 60 EMRK).

³⁵⁾ Ein Eingriff in das Grundrecht auf Leben ist danach nur möglich, wenn sich dieser aus einer unbedingt erforderlichen Gewaltanwendung ergibt, um die Verteidigung eines Menschen gegenüber rechtswidriger Gewaltanwendung sicherzustellen, eine ordnungsgemäße Festnahme durchzuführen oder das Entkommen einer ordnungsgemäß festgehaltenen Person zu verhindern bzw. um im Rahmen der Gesetze einen Aufruf oder einen Aufstand zu unterdrücken. Vgl. auch § 7 Waffengebrauchsgesetz (BGBl. 149/1969).

³⁶⁾ Jedes Grundrecht steht unter immanenten und systematischen Gewährleistungsschranken; vgl. L. K. Adamovich – B. C. Funk, Verfassungsrecht (Anm. 19), S. 317.

Verständigung des Betriebsinhabers, einer mit der Betriebsführung beauftragten Person oder des Eigentümers der Anlage oder, wenn eine Verständigung dieser Person nicht möglich ist, einer Person, die tatsächlich die Betriebsführung wahrnimmt, auch ohne vorausgegangenes Verfahren und vor Erlassung eines Bescheides solche Maßnahmen an Ort und Stelle treffen; hierüber ist jedoch binnen zwei Wochen ein schriftlicher Bescheid zu erlassen, widrigenfalls die getroffene Maßnahme als aufgehoben gilt. Der Bescheid gilt auch dann als erlassen, wenn seine Zustellung aus den im § 23 Abs. 7 AVG 1950 angeführten Gründen unterblieben ist.

(3) Die Bescheide gemäß Abs. 2 sind sofort vollstreckbar; wenn sie nicht kürzer befristet sind, treten sie mit Ablauf eines Jahres, vom Tage ihrer Rechtskraft an gerechnet, außer Wirksamkeit.

(4) ...

Ausgehend von der Formulierung des § 360 Abs. 2 GewO bezweckt dieser gleich dem § 79 GewO den Schutz unter anderem der Gesundheit von Menschen. Die Anwendungsbereiche dieser beiden Bestimmungen unterscheiden sich diesbezüglich jedoch sowohl im Tatbestand als auch in der Rechtsfolge. Während § 79 GewO bloß eine „Gefährdung“ der Gesundheit bedingt, erfordert § 360 Abs. 2 GewO eine „drohende“ oder „unmittelbar drohende Gefahr“³⁷⁾; nach § 79 GewO kann die Behörde lediglich nachträgliche Auflagen vorschreiben, die – entsprechend ihrem Charakter – keinesfalls zur vollständigen Beseitigung des Genehmigungs- bzw. Betriebsbewilligungsbescheides führen können³⁸⁾, während in § 360 Abs. 2 unter anderem auch die gänzliche Stilllegung von Maschinen oder Schließung des Betriebes vorgesehen ist. Wenn sich daher auch die Anwendungsbereiche beider Normen nicht decken, so verbleibt doch ihr gemeinsamer Schutzzweck. Im Gegensatz zu § 79 GewO enthält § 360 Abs. 2 GewO allerdings keinen ausdrücklichen Verweis auf den subjektiv-öffentlichen Rechte gewährenden § 74 Abs. 2 GewO, so daß etwaige subjektiv-öffentlichen Rechte aus § 360 Abs. 2 GewO nur im Wege der Interpretation dieser Norm selbst ermittelt werden können. An dieser Stelle sei angemerkt, daß ein Verweis auf § 74 Abs. 2 GewO in § 360 Abs. 2 GewO sowohl wegen des Unterschiedes in der Art als auch des Umfanges der jeweils gewährten subjektiv-öffentlichen Rechte gesetzestechnisch nicht ohne weiteres möglich gewesen wäre, denn es hätte dazu der teilweisen Abänderung des § 74 Abs. 2 GewO bedurft.

Ausgehend von der Formulierung und vom Zweck des § 360 Abs. 2 GewO liegt die Annahme nahe, daß diese Norm wie § 79 GewO subjektiv-öffentliche Rechte gewährt. Dennoch vertritt der Verwaltungsgerichtshof – allerdings ohne nähere Begründung – die Ansicht, daß dem § 360 Abs. 2 GewO bloß objektiv-rechtlicher Charakter zukommt:

„§ 360 Abs. 2 GewO 1973 verpflichtet die Behörde zu einem amtswegigen Einschreiten und hat einstweilige Zwangs- und Sicherheitsmaßnahmen zum Gegenstand, die gemäß § 360 Abs. 3 mangels einer kürzeren Befristung mit dem Ende eines Jahres, vom Tage der Rechtskraft des sie verfügenden Bescheides an gerechnet, außer Wirksamkeit treten. Eine solche Bestimmung läßt nicht darauf schließen, daß dem Nachbarn ein Anspruch auf Setzung eines bestimmten behördlichen Aktes bestimmten Inhalts eingeräumt wäre. Ob er einen Anspruch auf Teilnahme an einem eingeleiteten, der etwaigen Verfügung vorangehenden Verfahren besitzt, kann dahinstehen.“³⁹⁾

³⁷⁾ Zur Abgrenzung dieser Begriffe vgl. H. Mache – W. Kinscher, *Gewerbeordnung* (Anm. 12), Anm. 11 – 13 zu § 360 GewO.

³⁸⁾ Vgl. F. Panholzer – G. Stichlberger, *Schutz* (Anm. 9), S. 190 f.

³⁹⁾ Vgl. *VwGH v. 28. 4. 1976*, Zl. 1573/75 (= *ZNVB 1976/446* = *VwSlg 9045 A/1976*); in diesem Sinne auch *VwGH v. 18. 1. 1978*, Zl. 2577/77 (= *ZNVB 1978/1474* = *VwSlg 9475 A/1978*) und *VwGH v. 25. 9. 1981*, Zl. 81/04/0076 (= *ZNVB 1982/2211*).

Noch einen Schritt weiter geht der Verfassungsgerichtshof:

„Im Hinblick auf diese Vorschrift hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis v. 28. April 1976, Slg. NF 9045/A (siehe auch dessen Beschluß v. 18. Jänner 1978, Zl. 2577, 2578/77), hervorgehoben, daß sie die Behörde zu einem amtswegigen Einschreiten verpflichtet und einstweilige Zwangs- und Sicherheitsmaßnahmen zum Gegenstand hat, die gemäß § 360 Abs. 3 leg. cit. mangels einer kürzeren Befristung mit Ablauf eines Jahres, vom Tage der Rechtskraft des sie verfügenden Bescheides an gerechnet, außer Wirksamkeit treten. Nach der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichtshofes läßt eine solche Bestimmung nicht darauf schließen, daß dem Nachbarn ein Anspruch auf Setzung eines behördlichen Verwaltungsaktes bestimmten Inhaltes eingeräumt wäre. Dieser Ansicht schließt sich der Verfassungsgerichtshof an und vermeint überdies, daß der Nachbar auch keinen bloßen Anspruch auf Teilnahme an dem von Amts wegen eingeleiteten Verfahren besitzt, das der etwaigen Verfügung vorangeht, denn die Annahme eines derartigen prozessualen Rechtes bedeutet die Inkaufnahme eines verhältnismäßig umständlichen, zeitaufwendigen Verfahrens, was jedoch mit dem deutlich erklärten Verfahrensziel unvereinbar wäre, erforderlichenfalls durch eine einstweilige Maßnahme unverzüglich Abhilfe zu schaffen.“⁴⁰⁾

Die Begründung dieses Beschlusses vermag jedoch wegen des fehlenden Konnexes zwischen der Vornahme der Zwangsmaßnahme und der verfahrensrechtlichen Stellung der Beteiligten nicht zu überzeugen. Die Befürchtung des Verwaltungsgerichtshofes, durch die Beteiligung des Nachbarn werde infolge des zeitaufwendigen Verfahrens der dem § 360 Abs. 2 GewO zugrunde liegende Verfahrenszweck vereitelt, wird durch die ausdrückliche gesetzliche Anordnung des § 360 Abs. 3 GewO entkräftet. Danach entbehren etwaige, von Parteien vorgebrachte Rechtsmittel entgegen § 64 Abs. 1 AVG der aufschiebenden Wirkung, so daß durch Einwendungen des Nachbarn, welche übrigens ohnehin nur darauf gerichtet sein könnten, daß die von der Behörde in Aussicht genommene Maßnahme zur Hintanhaltung der Gefahr überhaupt nicht geeignet oder nicht ausreichend ist, der Vollzug behördlicher Anordnungen nicht gehemmt werden könnte. Denn es wird erst ex post über die Rechtmäßigkeit der behördlichen Vorgangsweise entschieden, während die tatsächliche Vornahme der einstweiligen Zwangsmaßnahme unabhängig von der verfahrensrechtlichen Stellung etwaiger Nachbarn oder des Betriebsanlageninhabers und der damit verbundenen Rechte erfolgt.

Ein Anhaltspunkt, daß § 360 Abs. 2 GewO keine subjektiv-öffentlichen Rechte gewährt, könnte aus den Gesetzesmaterialien zu dieser Bestimmung abgeleitet werden. Dort wird darauf hingewiesen, daß § 360 Abs. 2 GewO als Fortsetzung des in § 152 der früher in Geltung gestanden habenden *Gewerbeordnung 1859* positivierten Gedankens angesehen wird.⁴¹⁾ Unter der Überschrift „Zwangsmittel“ lautete § 152 GewO 1859:

„Bei Vollziehung der Straferkenntnisse und sonstigen Anordnungen ist die Behörde berechtigt, die zur Sicherung des Erfolges nötigen Maßregeln zu ergreifen, als: Beschlagnahme von Waren und Werkzeugen, Außerbetriebsetzung von Maschinen, Schließung von Betriebsstätten.“

Diese Norm wurde als bloße Vollzugsnorm ohne materiellen Gehalt⁴²⁾ („Zwangsnormvollzugsnorm“ im Sinne der Reinen Rechtslehre⁴³⁾) aufgefaßt: Norminhalt

⁴⁰⁾ *VfGH v. 8. 10. 1980*, B 369/80 (= *VfSlg 8897/1980*).

⁴¹⁾ Vgl. die Erläuterungen zur RV, 395 Blg. *StenProt NR, XIII. GP*, S. 262 f.

⁴²⁾ Vgl. E. Heller, *Kommentar zur Gewerbeordnung und ihren Nebengesetzen*, Band 2, Wien 1912, S. 1643 ff.

war die Aufzählung bestimmter Arten von Vollzugsakten. Dagegen zeigt die Formulierung des § 360 Abs. 2 GewO diesbezüglich einen deutlichen Wandel an. Wenngleich diese Bestimmung der Behörde nach wie vor dazu dient, eine rechtswidrige Gewerbeausübung hintanzuhalten und in Notsituationen ein rasches Eingreifen ermöglicht, so doch – im deutlichen Gegensatz zu § 152 GewO 1859 – nicht völlig abstrahiert von den subjektiven Rechten der Betroffenen; im Gegensatz zu § 152 GewO 1859 hat die Gewerbebehörde gemäß § 360 Abs. 2 GewO nicht bloß die Wahrung des öffentlichen Interesses, sondern – wie sich aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf bestimmte subjektive Rechte bestimmter Personen ergibt – auch zum Schutz der subjektiv-öffentlichen Rechte des Betroffenen einzugreifen. Insoweit stehen dieser Auffassung auch die Gesetzesmaterialien nicht entgegen.

Diese Ansicht wird auch durch ein systematisch-logisches Argument (argumentum a minori ad maius) aus dem Verhältnis von § 79 GewO zu § 360 Abs. 2 GewO gestützt. Da beide Normen denselben Schutzzweck – hier: Schutz der Gesundheit unter anderem des Nachbarn der Betriebsanlage – verfolgen, wäre es nicht einzusehen, daß dem Nachbarn bei bloßer Gefährdung dieses Rechtsgutes gemäß § 79 GewO alle Parteirechte zum Schutz desselben, hingegen bei bereits drohender bzw. unmittelbar drohender Gefahr – also bei einer wesentlich größeren Wahrscheinlichkeit und damit bei einer größeren Intensität der Beeinträchtigung – diese überhaupt nicht zukommen.

Ergibt sich danach, daß § 360 Abs. 2 GewO wie § 79 GewO subjektiv-öffentliche Rechte gewährt, so können die oben unter 1. zu § 79 GewO entwickelten Überlegungen auch auf das behördliche Verfahren gemäß § 360 Abs. 2 GewO übertragen werden.

3. Durchsetzung des Anspruches auf Einleitung eines Verwaltungsverfahrens gemäß den §§ 79 bzw. 360 Abs. 2 GewO

Wenn die Behörde auf einen Antrag des Nachbarn auf Einleitung eines Verwaltungsverfahrens gemäß § 79 GewO bzw. 360 Abs. 2 GewO hin untätig bleibt, so hat dieser, ausgehend davon, daß beide Normen subjektiv-öffentliche Rechte und damit Parteistellung gewähren, die Möglichkeit, zunächst einen Antrag auf Übergang der Entscheidungspflicht gemäß § 73 Abs. 2 AVG zu stellen. Ist die zur Durchführung des Verwaltungsverfahrens berufene Behörde jedoch zugleich erste und letzte Instanz oder bleibt auch die im zuständige oberste Behörde untätig, so hat der Nachbar gemäß Art. 132 B-VG die Säumnisbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem derartigen Verfahren zunächst die Möglichkeit, gemäß § 42 Abs. 5 VwGG eine kondemnatorische Entscheidung⁴⁴⁾ zu treffen, indem er die Behörde zum Erlass eines Bescheides verurteilt. Dies entspricht dem Urteil des Verwaltungsgerichts im Zuge einer Verpflichtungsklage (als „schlichte Untätigkeitsklage“⁴⁵⁾) gemäß § 42 Abs. 1 der bundesdeutschen Verwaltungsgerichtsordnung⁴⁶⁾. Derartige Entscheidungen haben „Leistungsscha-

rakter“⁴⁷⁾ und wären insofern gegebenenfalls im Vollstreckungswege durchsetzbar⁴⁸⁾; allerdings scheidet im Fall des § 42 Abs. 5 VwGG eine Vollstreckung aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung, daß der Verwaltungsgerichtshof durch Erkenntnis in der Sache selbst zu entscheiden hat, wenn die Behörde binnen einer acht Wochen nicht übersteigenden Frist dem Auftrag zur Entscheidung nicht nachkommt, aus.⁴⁹⁾

Entscheidet der Verwaltungsgerichtshof, falls die Behörde untätig bleibt, in merito, so kommt diesem Erkenntnis nur feststellender Charakter zu (es wird festgestellt, daß die Behörde das Verfahren gemäß § 79 GewO bzw. gemäß § 360 Abs. 2 GewO durchzuführen hat) und damit fehlt der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung die Vollstreckbarkeit. Dies auf Grund der bloß prozessualen, formalrechtlichen Natur des Parteienantrags, denn ein Rechtsanspruch des Nachbarn, der ein vollstreckbares Leistungserkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes bedingen würde, dergestalt, daß die Gewerbebehörde gemäß § 79 GewO bzw. § 360 Abs. 2 GewO eine bestimmte Maßnahme zu setzen hat (analog der Verpflichtungsklage im Sinne einer „Vornahmeklage“⁵⁰⁾), ist aus keiner der beiden genannten Bestimmungen abzuleiten. Daher kann auch der Verwaltungsgerichtshof keine Behörde zur Vollstreckung seines Erkenntnisses gemäß § 63 Abs. 2 VwGG bestimmen.⁵¹⁾ Nachdem § 63 Abs. 1 VwGG, der den Rechtsanspruch⁵²⁾ des Beschwerdeführers darauf, daß die Verwaltungsbehörden mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes entsprechenden Rechtszustand herzustellen haben, normiert, ausdrücklich nur auf Fälle der Bescheid- und Maßnahmenbeschwerde anwendbar ist, fehlt somit letzten Endes die rechtliche Möglichkeit zur effektiven Durchsetzung des in § 79 GewO bzw. § 360 Abs. 2 GewO normierten Rechtsanspruches, wenngleich in der Praxis im vorliegenden Fall die Autorität der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung in der Regel genügen wird, die Behörde zur Durchführung des Verfahrens zu bewegen.⁵³⁾

Auch die Möglichkeit einer Maßnahmenbeschwerde scheidet aus, da die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts übereinstimmend davon ausgehen, daß die Untätigkeit der Behörde in der Regel keine „faktische Amtshandlung“ im Sinne des Art. 131 a bzw. 144 B-VG darstellt.⁵⁴⁾

⁴⁷⁾ Vgl. E. Eyermann – L. Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung (Anm. 45), RdNr. 4 und 9 zu § 42.

⁴⁸⁾ Vgl. R. Walter – H. Mayer, Verwaltungsverfahren (Anm. 12), S. 130.

⁴⁹⁾ Vgl. P. Oberndorfer, Verwaltungsgerichtsbarkeit (Anm. 8), S. 178.

⁵⁰⁾ Vgl. E. Eyermann – L. Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung (Anm. 45), RdNr. 9 zu § 42.

⁵¹⁾ Vgl. F. Dolp, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Wien 1979, S. 72; P. Oberndorfer, Verwaltungsgerichtsbarkeit (Anm. 8), S. 179 f.

⁵²⁾ Vgl. die bei F. Dolp, Verwaltungsgerichtsbarkeit (Anm. 51), S. 566, zitierten Erkenntnisse des VwGH.

⁵³⁾ Vgl. dagegen für die BRD das Urteil d. OVG Berlin vom 14. 5. 1982, OVG 2 B 57.79, abgedruckt in:

⁴⁴⁾ Vgl. dazu P. Oberndorfer, Verwaltungsgerichtsbarkeit (Anm. 8), S. 177 ff.

⁴⁵⁾ Vgl. E. Eyermann – L. Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar, München 1980, RdNr. 9 zu § 42.

⁴⁶⁾ § 42 Abs. 1 VwGO lautet: