

NAME: _____

Vorkorrektur [50] _____

Punkte (Profⁿ Trauner) [50] _____

A. FORMALIEN

1. Schriftsatzform: außerordentliche **Revision** an den VwGH (Art 133 Abs 1 Z 1 iVm Art 133 Abs 6 Z 1 B-VG, § 25a VwGG); Revisionswerberin: Petra P, vertreten durch Rechtsanwältin Rita R, Adresse, Unterschrift RA; Einbringungsstelle: LVwG OÖ; Revisionsgegner: **Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung**; Revisionsgegenstand: Erkenntnis des LVwG OÖ vom 20.12.2016, GZ LVwG OÖ 1234/2016, zugestellt am **24.12.2016**, wegen: §§ 77 iVm 359b Abs 1 GewO 1994; [mitbeteiligte Partei: Gemeinde Feldkirchen an der Donau]; oberste Verwaltungsbehörde: Bundesminister für Wirtschaft, Forschung und Wissenschaft; [Ort]: Aschach; [Datum]: 10.01.2017 [3] _____
2. relevanter Sachverhalt (stichwortartig) [1] _____

B. REVISIONSPUNKTE (einfachgesetzlich gewährleistete Rechte)

- Recht auf Erteilung der Betriebsanlagengenehmigung gemäß §§ 77 iVm 359b Abs 1 GewO 1994
- Recht auf vereinfachtes Genehmigungsverfahren gemäß § 359b Abs 1 GewO 1994 [2] _____

C. ANTRÄGE

1. **Aufhebung** des angefochtenen Erkenntnisses des LVwG OÖ gemäß § 42 Abs 2 VwGG; oder [1] _____
2. [Sachentscheidung] **Abänderung** des angefochtenen Erkenntnisses des LVwG OÖ gemäß § 42 Abs 4 VwGG dahingehend, dass die gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung erhobene Bescheidbeschwerde der Gemeinde Feldkirchen an der Donau als unzulässig zurück- bzw als unbegründet abgewiesen (vgl I.) wird; sowie [2] _____
3. Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 39 Abs 1 VwGG [1] _____
4. Kostenersatz (**Bund**) gemäß den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014 [1] _____
5. KEIN Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 30 Abs 2 VwGG [1] _____

D. BEGRÜNDUNG

I. Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit der außerordentlichen Revision

[Art 133 Abs 4 B-VG; § 28 Abs 3 VwGG]. Revision zulässig, wenn Lösung der **Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung** zukommt, insb weil Erkenntnis von Rsp des VwGH abweicht, **Rsp fehlt** oder **keine einheitliche Rsp** besteht; LVwG OÖ erklärt Revision für unzulässig; Revisionswerber hat diesfalls Zulässigkeit der **außerordentlichen Revision** nach **§ 28 Abs 3 VwGG** besonders zu begründen (warum Revision – entgegen dem Ausspruch des LVwG OÖ – dennoch zulässig ist): Nachbarn haben gemäß § 359b Abs 1 GewO 1994 im vereinfachten Genehmigungsverfahren beschränkte Parteistellung; **fehlende** bzw **uneinheitliche Rsp** zum **Umfang der Prüfbefugnis** der VwG bei **Erhebung einer Beschwerde einer Partei mit eingeschränkten subjektiv-öffentlichen Rechten** (Prüfung auf die geltend gemachten Rechte beschränkt oder Prüfung – unabhängig von den geltend gemachten Rechten – aller der beschwerdeführenden Partei [noch] zustehenden Rechte); und **fehlende** (einheitliche) **Rsp** zur **Zurückweisung** (oder Abweisung ?) der **Beschwerde einer Nebenpartei**, welche **keine Verletzung eines subjektiven Rechts behauptet**; **Klärung** dieser Fragen für **alle Verfahren bedeutend, bei denen Beschwerdeerhebung von Nebenparteien mit beschränkten Parteirechten** in Betracht kommt; daher von **grundsätzlicher Bedeutung** [4] _____

[§ 16 Abs 2 ZustG]: P's (Privat)haus ist Abgabestelle gem § 2 Z 4 ZustG; P nicht zu Hause, Briefträgerin hat aber Grund zur Annahme, dass sich P dort regelmäßig aufhält, da P dort wohnt (und Gast G nichts Gegenteiliges behauptet): Ersatzzustellung grundsätzlich zulässig (Rsb); aber Ersatzempfänger kann nur sein, wer an derselben Adresse **wohnt**, oder **Arbeitgeber** oder **Arbeitnehmer** des Empfängers ist; G ist nur Pensionsgast, wohnt nicht dort, Ersatzzustellung nach gem **§ 16 Abs 1 und 2 ZustG** unzulässig; **Zustellmangel**; **Heilung** nach **§ 7 ZustG**: Erkenntnis erst zugestellt, wenn es Empfängerin P tatsächlich zukommt; P findet Erkenntnis am **24.12.2016** [5] _____

II. Rechtswidrigkeit des Inhalts (§ 42 Abs 2 Z 1 VwGG)

[§ 359b Abs 1 Z 1 GewO 1994]. Gemäß § 359b Abs 1 Z 1 GewO 1994 ist **vereinfachtes Betriebsanlagengenehmigung** ua durchzuführen, wenn nur Maschinen, Geräte und Ausstattungen verwendet werden, die auch in **Privathaushalten** verwendet werden: in Frühstückspension nur haushaltsübliche Geräte verwendet (Kühlschrank, Geschirrspüler, Wasserkocher und Kaffeemaschine); Vermeidung von „Gefährdungen, Belästigungen, Beeinträchtigungen“ iSd § 74 Abs 2 ist keine zusätzliche Voraussetzung für Durchführung des vereinfachten Verfahrens nach **Z 1**, nur in – hier nicht einschlägigen – § 359b Abs 1 Z 2 GewO 1994 vorausgesetzt; Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung genehmigte daher die Frühstückspension zurecht im vereinfachten Verfahren [4] ___

[§ 75 Abs 2 GewO 1994]. **Nachbarn** sind gem § 75 Abs 2 GewO 1994 Personen, die durch Betriebsanlage in subjektiven Rechten verletzt sein könnten (Möglichkeit der Gefährdung nach § 74 Abs 2 Z 1 GewO 1994 oder Belästigung nach § 74 Abs 2 Z 2 GewO 1994); Nachbarn sind auch Erhalter von Schulen hinsichtlich Schutz der Schüler, Lehrer und sonstiger ständig beschäftigter Personen: **Gemeinde** Feldkirchen als Schulerhalterin ist **Nachbarin**, und zwar – grundsätzlich – hinsichtlich **Schutz von Schülern, Lehrern** und anderer **ständig in der Volksschule beschäftigter Personen**.... [3] ___

[§ 359b Abs 1 Z 1 iVm 75 Abs 2 GewO 1994]. Nachbarn im **vereinfachten Verfahren** haben jedoch nur **beschränkte Parteistellung** zur Frage, **ob Voraussetzungen für vereinfachtes Verfahren vorliegen** (§ 359b Abs 1 Z 1 vorletzter Satz), ansonsten nur Anhörungsrechte; auch **Stellungnahme„rechte“** der Gemeinde nach **§ 355 Abs 1** GewO 1994 sind bloße Anhörungsrechte, keine subjektiven Rechte; die Gemeinde darf zwar ihre Meinung zu einer möglichen Beeinträchtigung des Unterrichts in der Volksschule iSd § 74 Abs 2 Z 3 GewO 1994 mitteilen, eine subjektive durchsetzbare Rechtsposition resultiert daraus aber nicht;

keine Präklusion der Gemeinde eingetreten (kein Verlust ihrer beschränkten Parteistellung), da keine Augenscheinsverhandlung stattfand; ABER: Gemeinde erhebt **keine zulässige Einwendung** zum [Nicht]Vorliegen der Voraussetzungen für vereinfachtes Verfahren, LVwG hätte Beschwerde deshalb **zurückweisen** müssen (außer VwGH aA, siehe I. Zulässigkeit der Revision) [6] ___

[§ 77 Abs 1 und Abs 2 GewO 1994]. erhöhtes Verkehrsaufkommen durch Fahren auf öffentlicher Straße (auch wenn Zufahrtstraße) ist **Betriebsanlage nicht zurechenbar**; kein gemäß § 74 Abs 2 GewO 1994 wahrzunehmendes Interesse; (außerdem für Beurteilung, ob Erhöhung des Verkehrslärms und ob Belästigung oder Gefährdung, Beziehung eines lärmtechnischen und medizinischen SV) [2] ___

(Lärm)Belästigungen (§ 74 Abs 2 Z 2 GewO 1994) in **zumutbarem Maß** sind von Nachbarn hinzunehmen (§ 77 Abs 1 GewO 1994); Maßstab, ob Schüler durch Lärm belästigt sind, ist **gesundes, normal empfindendes Kind** (§ 77 Abs 2 GewO 1994); Zumutbarkeit richtet sich nach tatsächlichen örtlichen Gegebenheiten; **Lärmbelästigung** jedenfalls **zumutbar** (Lieferung von Frühstück 1x täglich; Abholung und Lieferung von Bettwäsche durch Reinigung 1x wöchentlich); (außerdem lärmtechnischer und medizinischer SV beizuziehen), kein Grund zur Abweisung [3] ___

[§ 2 Abs 1 Z 9, § 111 Abs 2 Z 4 GewO 1994]. Vorliegen der **Gewerbeberechtigung** für Betriebsanlagengenehmigungsverfahren **irrelevant**; überdies:

Frühstückspension tatsächlich **keine** vom Anwendungsbereich der GewO 1994 ausgenommene durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes ausgeübte **„häusliche Nebenbeschäftigung“** (§ 2 Abs 1 Z 9 GewO 1994); in Feldkirchen wird kein Haushalt geführt (Petras Haushalt ist in Aschach), daher ausgeschlossen, Frühstückspension als „häusliche“ Nebenbeschäftigung einzustufen; zudem Textilreinigung T beauftragt, somit nicht durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes wahrgenommen;

Frühstückspension fällt in Anwendungsbereich der GewO: „Beherbergung von Gästen mit **nicht mehr als zehn Fremdenbetten**“ (sofern nur Frühstück, kleine Imbisse verabreicht bzw nur nicht-alkoholische Getränken und Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen ausgeschenkt) ist gemäß **§ 111 Abs 2 Z 4** GewO 1994 **freies Gewerbe**; bedarf **keines Befähigungsnachweises** [5] ___

III. Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften (§42 Abs 2 Z 3 VwGG)

[§ 17 VwGVG, § 45 Abs 3 AVG]. Petras Recht auf **Parteiengehör** verletzt; P ist Partei des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (§ 17 VwGVG iVm § 8 AVG); als solche Recht auf Kenntnisnahme des Ergebnisses des Beweisverfahrens und Stellungnahmerecht: P wurde von LVwG OÖ über Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nicht informiert; Ergebnisrelevanz [2] ___

[§ 24 VwGVG]. Öffentliche mündliche Verhandlung vor VwG durchzuführen, wenn beantragt oder von Amts wegen, wenn erforderlich (§ 24 Abs 1 VwGVG); von mündlicher Verhandlung kann VwG nur absehen, wenn Antrag zurückzuweisen, oder Bescheid aufgrund der Aktenlage aufzuheben ist (§ 24 Abs 2 VwGVG), oder erkennbar ist, dass mündliche Verhandlung keine weitere Klärung erwarten lässt und Entfall der Verhandlung weder Art 6 Abs 1 EMRK noch Art 47 GRC entgegenstehen (§ 24 Abs 4 VwGVG): **lärmtechnisches** und **medizinisches SV-Gutachten fehlen**, P muss **Gelegenheit zur Stellungnahme** im Ermittlungsverfahren vor VwG gegeben werden, **mündliche Verhandlung lässt Klärung erwarten**, LVwG OÖ durfte nicht auf mündliche Verhandlung verzichten; sonstigen Parteien (Petra) ist nach § 24 **Abs 3 zweiter Satz** VwGVG Gelegenheit zu geben, **Antrag** auf Durchführung einer Verhandlung **zu stellen**; auch Nichtbeachtung des § 24 Abs 3 zweiter Satz VwGVG stellt Verfahrensmangel dar [4] ___