

Die Präklusion im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren nach der GewO-Novelle 2012^{*)}

Im Februar letzten Jahres ist die neue Bestimmung zur Kundmachung mündlicher Verhandlungen im gewerblichen Betriebsanlagengenehmigungsverfahren in Kraft getreten. Eine scheinbar klare und einfache Regelung. Im Zusammenhang mit der Präklusion der Parteistellung im gewerblichen Betriebsanlagengenehmigungsverfahren ist die Rechtslage indes nicht so klar. Es fragt sich nämlich, ob die Präklusion nach § 42 AVG davon abhängt, dass die mündliche Verhandlung in allen Formen kundgemacht wurde, die § 356 Abs 1 GewO vorsieht.

I. Einleitung

- II. Die Bestimmungen des AVG über die Kundmachung mündlicher Verhandlungen und die Präklusion der Parteistellung
- III. Die Kundmachung der mündlichen Verhandlung im gewerblichen Betriebsanlagengenehmigungsverfahren
- IV. Die Kundmachung an der Amtstafel der Gemeinde – eine zwingende Voraussetzung für die Präklusion?
- V. Die in einer in den Verwaltungsvorschriften vorgesehene besondere Form der Kundmachung
- VI. Präklusion ohne besondere Kundmachung – die Problematik der persönlichen Verständigung
- VII. Fazit

Deskriptoren:

Betriebsanlagenrecht, gewerbliches; Kundmachung mündlicher Verhandlungen; Parteistellung; Präklusion.

Rechtsquellen:

§ 356 Abs 1 GewO; §§ 41 und 42 AVG.

I. Einleitung

Die Regelung der Kundmachung mündlicher Verhandlungen im gewerblichen Betriebsanlagengenehmigungsverfahren hat in der Vergangenheit immer wieder für Unklarheiten gesorgt.¹⁾ Mit der GewO-Nov 2012²⁾ wollte der Gesetzgeber die Rechtslage vereinfachen, modernisieren und präzisieren.³⁾ Prima facie ist diese Absicht gelungen: Nach dem neuen § 356 Abs 1 GewO ist die mündliche Verhandlung künftig an der Amtstafel der Gemeinde (§ 41 AVG) kundzumachen und auf der Internetseite der Behörde zu verlautbaren. Außerdem ist ein Anschlag auf dem Betriebsgrundstück sowie an den der Betriebsanlage unmittelbar benachbarten Häusern vorzunehmen. Die beiden letztgenannten Anschläge können aus Gründen der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit durch eine persönliche Verständigung ersetzt werden. So unmissverständlich diese neue Kundmachungsbestimmung vorerst auch erscheinen mag, wirft sie im Zusammenhang mit der Präklusion mehr

Fragen auf, als sie zu lösen vorgibt. Wird eine mündliche Verhandlung unter Einhaltung der Präklusionsbestimmung des § 42 Abs 1 Satz 1 AVG anberaumt, kommt es zu einem Verlust der Parteistellung, sofern die Parteien nicht spätestens am Tag vor Beginn der Verhandlung schriftlich oder in der Verhandlung mündlich ihre Einwendungen geltend machen, mit der Folge, dass solche Beteiligte alle mit ihrem Status verbundenen prozessualen Rechte einbüßen und aus dem Genehmigungsverfahren ausscheiden. Fragwürdig ist nun, in welchem Umfang die gewerbliche Regelung heranzuziehen ist. Während die GewO ganze vier Kundmachungsformen bestimmt, verlangt das AVG, um die Präklusionsfolgen auszulösen, scheinbar lediglich zwei: eine *allgemeine* und eine *besondere* Form.

II. Die Bestimmungen des AVG über die Kundmachung mündlicher Verhandlungen und die Präklusion der Parteistellung

§ 41 Abs 1 Satz 1 AVG bestimmt, dass bekannte Beteiligte von der mündlichen Verhandlung persönlich zu verständigen sind. Kommen noch andere Personen als Beteiligte in Betracht, hat die Behörde gemäß § 41 Abs 1 Satz 2 AVG die Verhandlung zusätzlich mittels sogenannter Ediktalladung⁴⁾ kundzumachen.

*) Für Unterstützung und wertvolle Anregungen sei Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin herzlichst gedankt. Ebenso Mag. Alexander Forster und Dr. Sonja Neudorfer für Durchsicht und Diskussion.

1) Vgl etwa Peter Kastner, Neuerungen im Anlagenverfahrenrecht verfassungswidrig?, *ecolex* 2013, 383 f.

2) BGBl I 2012/85. Gem § 382 Abs 55 GewO ist § 356 Abs 1, welcher die Kundmachung mündlicher Verhandlungen regelt, mit 14. 2. 2013 in Kraft getreten.

3) ErläutRV 1800 BlgNR 24. GP 20.

4) Die Kundmachung per Edikt ist als Gesetzesbegriff seit der Verwaltungsreformnov 1998 BGBl I 158 nur mehr für Großverfahren in den §§ 44a ff AVG normiert. In Literatur und Lehre wird dieser hingegen auch weiterhin

Demnach sind die entsprechenden Informationen entweder in der Amtstafel der Gemeinde, in der für amtliche Kundmachung der Behörde bestimmten Zeitung oder – durch die AVG-Nov 2013 BGBl I 33⁹⁾ neu hinzugekommen – durch Verlautbarung im elektronischen Amtsblatt der Behörde kundzumachen.⁶⁾ Welche der drei Varianten der Bekanntmachung zur Anwendung kommt, entscheidet die Behörde unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten.

§ 42 Abs 1 AVG – die Kernbestimmung der Präklusion – schließt all jene Parteien vom Verfahren aus, die entweder keine, verspätete oder unzulässige Einwendungen erhoben haben. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die mündliche Verhandlung zusätzlich zu § 41 Abs 1 Satz 2 AVG in einer weiteren Form kundgemacht wurde. Diese muss grundsätzlich die in den Verwaltungsvorschriften vorgesehene *besondere* Form sein; wenn dort die Kundmachung jedoch nicht besonders geregelt wird, kommt jede *geeignete* Form in Frage. Durch die erwähnte AVG-Nov (Art 6 Z 9 Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsg 2013) wurde in § 42 AVG ein neuer Abs 1a eingefügt, welcher die Eignung der Internetkundmachung ein für alle Mal klarstellen soll.⁷⁾ Im gewerberechtigten Betriebsanlagenverfahren spielt dieser allerdings keine Rolle, da § 356 Abs 1 GewO *besondere* Kundmachungsvorschriften enthält. In der Kundmachung hat die Behörde den Gegenstand, die Zeit und den Ort der Verhandlung sowie die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung der Parteistellung bekanntzugeben.⁸⁾

III. Die Kundmachung der mündlichen Verhandlung im gewerberechtigten Betriebsanlagen-genehmigungsverfahren

Die zur Durchführung eines gewerberechtigten Betriebsanlagenehmigungsverfahrens zuständige Behörde hat die mündliche Verhandlung gemäß § 356 Abs 1 Z 1 GewO an

der Amtstafel der Gemeinde kundzumachen. Der in Klammern gesetzte Verweis auf § 41 AVG bedeutet unter anderem, dass es sich dabei um eine *allgemeine* Form der sogenannten Ediktalladung handelt. Die Z 2 bis 4 dagegen legen jeweils eine *besondere* Kundmachungsform fest. Die Verhandlung ist danach auf der Internetseite der Behörde und durch Anschlag auf dem Betriebsgrundstück sowie in den der Betriebsanlage unmittelbar benachbarten Häusern zu verlautbaren. Der Gesetzgeber wollte durch diese Neuregelung ein „duale[m]s System von Hausanschlügen und Publikation im Internet“ schaffen, um dadurch einen größeren Adressatenkreis zu erreichen.⁹⁾ Angelehnt an die bisherige Rechtslage kann gemäß § 356 Abs 1 Satz 2 GewO weiterhin anstelle der Anschläge auf dem Betriebsgrundstück und in den unmittelbar benachbarten Häusern eine persönliche Verständigung erfolgen.

Was aber sind nun die Voraussetzungen der Präklusion in solch einem Genehmigungsverfahren?

IV. Die Kundmachung an der Amtstafel der Gemeinde – eine zwingende Voraussetzung für die Präklusion?

§ 356 Abs 1 Z 1 GewO regelt die Kundmachung „an der Amtstafel der Gemeinde (§ 41 AVG)“. ¹⁰⁾ Durch den Verweis auf das AVG wird deutlich, dass es sich hierbei um eine Einschränkung auf eine einzige der (nunmehr) drei möglichen *allgemeinen* Formen handelt.¹¹⁾ Einer freien Entscheidung der Behörde, ob die Kundmachung an der Amtstafel der Gemeinde oder im (elektronischen) Amtsblatt erfolgen soll, ist aus allgemein verfahrensrechtlicher Sicht damit kein Raum mehr gelassen.¹²⁾ Die Verlautbarung an der Amtstafel der Gemeinde stellt jedoch eine bloße Wiederholung der *allgemeinen* Kundmachungsform des § 41 Abs 1 Satz 2 AVG dar,¹³⁾ ursprünglich dazu gedacht, die

für die Kundmachung gem § 41 Abs 1 Satz 2 AVG verwendet. Der in diesem Beitrag gebrauchte Begriff der Ediktalladung bezieht sich ausschließlich auf § 41 AVG.

- 5) Art 6 Z 7 Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsg 2013.
6) Das elektronische Amtsblatt der Behörde war bereits im ME zum Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsg 2012 420/ME 24. GP 43 als dritte mögliche allgemeine Form genannt. Damit wollte der Gesetzgeber offensichtlich die Unsicherheit beseitigen, ob die Kundmachungen auf Amtsblätter in Papierform beschränkt sind, oder aber auch die elektronische Form durch den Gesetzeswortlaut gedeckt ist. Die Erläuterungen des Entwurfs 420/ME 24. GP 19 führen zudem aus, dass es sich bei dem elektronischen Amtsblatt um eine geeignete Form iSd § 42 Abs 1 AVG handelt. Die Erläuterung 2009 Bglnr 24. GP 17 greifen die Eignung nur mehr im Zusammenhang mit § 42 Abs 1a AVG auf, das elektronische Amtsblatt hingegen wird diesbezüglich nicht mehr erwähnt. Da es jedoch schon bisher hM war, dass die Formen der Ediktalladung auch gleichzeitig geeignete Kundmachungsformen iSd § 42 Abs 1 AVG sind, kann hier dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er dem elektronische Amtsblatt diese Eignung absprechen wollte, indem er die Erläuterung im Vergleich zu dessen Entwurf geändert hat. Vielmehr erschien es überflüssig, diese Eignung noch einmal zu nennen, da sich an der Auslegung des § 41 Abs 1 AVG durch die Novellierung diesbezüglich nichts ändert. Vgl auch *Dietmar Jahnel*, Internetkundmachung: die neue Bestimmung in AVG und GewO, bbl 2013, 188. Zur Diskussion vor der Nov siehe *mwN Ewald Wiederrin*, Zur Kundmachung der Anberaumung mündlicher Verhandlungen im Internet, wbl 2012, 489.
7) § 42 Abs 1a Satz 1 AVG idF BGBl I 2013/33: „Die Kundmachung im Internet unter der Adresse der Behörde gilt als geeignet, wenn sich aus einer dauerhaften Kundmachung an der Amtstafel der Behörde ergibt, dass solche Kundmachungen im Internet erfolgen können und unter welcher Adresse sie erfolgen.“ Die Stellungnahmen zum ME 420/ME 24. GP griffen die Änderung des § 41 Abs 1 AVG bezüglich des elektronischen Amtsblattes kaum bis gar nicht auf, doch wurde häufig bemängelt, dass es an einer eindeutigen Klarstellung zur Internetkundmachung fehle. Dem wurde in der RV durch Einfügung des neuen Absatzes Rechnung getragen. Im Gegenzug wurde § 44a Abs 3 Satz 3 AVG, der die Eignung der Internetkundmachungen (allerdings nur für Großverfahren vorsah, gestrichen. Vgl *Jahnel* (FN 6) bbl 2013, 188, sowie zur Diskussion vor der Nov *mwN Wiederrin* (FN 6) wbl 2012, 489.
8) § 41 Abs 2 AVG.

9) Erläuterung 1800 Bglnr 24. GP 20.

10) Im ME 380/ME 24. GP 4 lautete § 356 Abs 1 Z 1 noch „Anschlag in der Gemeinde (§ 41 AVG)“. Dies wurde letztlich im BGBl I 2012/85 an das AVG angepasst, nachdem sich auch eine Vielzahl der dazu ergangenen Stellungnahmen darauf bezog. Schließlich wurde im § 41 Abs 1 AVG bereits durch die AVG-Nov BGBl I 2011/100, Art 5 Z 5 das Wort „Anschlag“ gestrichen. In den Erläuterung 1800 Bglnr 24. GP 20 wurde diese Anpassung verabsäumt. Zur Frage, in welcher Gemeinde die Kundmachung an der Amtstafel zu erfolgen hat, vgl *mwN Florian Berl*, Präkludiert oder doch nicht?, RdU 2012, 185 (189 f).

11) Der Gemeindeanschlag war bereits in der Stamfassung in § 35 GewO 1859, RGBI 227 festgelegt. Einen ausdrücklichen Verweis auf § 41 AVG gab es erstmals in § 356 GewO 1973, BGBl 1974/50.

12) Vgl *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO³ (2011) § 356 Rz 21; *Gruber/Pallege-Barfuß*, Die Gewerbeordnung⁷ (12. ErgLfg, 2013) § 356 GewO Rz 37 f; *Hengstschläger/Leeb*, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz II (2005) § 41 Rz 11, § 42 Rz 5 f; *Jahnel* (FN 6) bbl 2013, 190; *Kinscher/Sedlak*, Die Gewerbeordnung⁶ (1996) § 356 Rz 7; *Harald Wendl*, Die Nachbarn und ihre Parteistellung, in *Stolzlechner/Wendl/Bergthaler* (Hrsg.), Die gewerbliche Betriebsanlage⁵ (2008) 187 (200). Häufig wird diesbezüglich auch auf VwGH 17. 11. 2004, 2004/04/0169 verwiesen, wo es heißt: „Zu Vorbringen, es hätte eine Amtsblattverlautbarung vorgenommen werden müssen, ist zu sagen, dass die Kundmachung der Verhandlung durch Anschlag in der Gemeinde gemäß § 356 Abs. 1 GewO 1994 zwingend vorgesehen ist; eine Verlautbarung im Amtsblatt an Stelle des Anschlags in der Gemeinde kam daher nicht in Betracht. Dass eine (zusätzliche) Amtsblattverlautbarung unterblieben ist, bedeutet keinen Verstoß gegen die Vorschrift des § 41 Abs. 1 zweiter Satz AVG, weil nach dieser Bestimmung der Anschlag in der Gemeinde genügt (arg.: „oder“).“

13) Unschärf *Gruber/Pallege-Barfuß* (FN 12) § 356 GewO Rz 2. Missverständlich wird die Kundmachung an der Amtstafel der Gemeinde sowohl als *allgemeine* als auch als *besondere* Form bezeichnet. Zum einen soll diese Kundmachung entsprechend § 41 Abs 1 Satz 2 AVG (als Alternative zum Amtsblatt) erfolgen und zum anderen gem § 356 Abs 1 GewO, wobei darauf hingewiesen wird, dass *alle* die in § 356 Abs 1 GewO genannten Formen die als eine „in den Verwaltungsvorschriften vorgesehene besondere Form“ ist. *Rudolf Feik*, Gewerberecht, in *Bachmann et al* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht⁹ (2012) 191 (228), bezeichnet die Amtstafel ebenfalls als *besondere* Kundmachungsform. Die bloße Wiederholung der allgemeinen Form ist jedoch keine besondere iSd § 42 Abs 1 AVG. Zur bloßen Wiederholung im WRG siehe zB VwGH 27. 5. 2004, 2003/07/0119; 30. 6. 2011, 2010/07/0208.

persönliche Verständigung des § 41 Abs 1 Satz 1 zu ergänzen. Hintergrund war das Bestreben, der Problematik übergangener Parteien entgegenzuwirken.¹⁴⁾ § 41 AVG 1950,¹⁵⁾ auf den die GewO 1973 anfänglich verwies, sah vorrangig – wie auch heute noch – die Verständigung bekannter Beteiligter vor. Aufgrund des weiten Nachbarschaftsbegriffes in der GewO bereitete es den Behörden allerdings Schwierigkeiten, alle in Frage kommenden Parteien namentlich ausfindig zu machen. Da in der Praxis somit überwiegend ein Gemeindeanschlag notwendig war, erachtete man dessen gesetzliche Normierung für zweckmäßig.¹⁶⁾ Die in der GewO normierte Kundmachung an der Amtstafel stellt folglich keine in den Verwaltungsvorschriften vorgesehene *besondere* Form iSd § 42 Abs 1 Satz 1 AVG dar. Sie ist eine *allgemeine* iSd § 41 Abs 1 Satz 2 AVG, die kumulativ zu einer persönlichen Verständigung erfolgen kann.

Einschlägig für die Präklusion ist § 42 Abs 1 AVG. Nach Satz 1 dieser Bestimmung ist „eine mündliche Verhandlung gemäß § 41 Abs. 1 zweiter Satz und in einer in den Verwaltungsvorschriften besonderen Form“ kundzumachen. Voraussetzung für den Verlust der Parteistellung ist neben der *besonderen* Voraussetzung die Einhaltung einer der drei genannten *allgemeinen* Formen des § 41 Abs 1 Satz 2. Durch diesen Verweis wird deutlich, dass es auf eine etwaige Einschränkung auf bloß *eine* einzige *allgemeine* Form durch die Verwaltungsmaterien gerade nicht ankommen kann.¹⁷⁾ Ergo stellt die Verlautbarung an der Amtstafel der Gemeinde im gewerberechtlichen Betriebsanlagenverfahren keine absolute Notwendigkeit für den Eintritt einer Präklusion dar. Die Verwaltungsgesetze sind ausschließlich für die *besondere* Form heranzuziehen. Für den Fall, dass keine solche Form festgelegt wird, kommt es dennoch zur Präklusion, sofern die mündliche Verhandlung gemäß § 41 Abs 1 Satz 2 AVG sowie zusätzlich in geeigneter Form kundgemacht wird.¹⁸⁾

Dessen ungeachtet gab es in der Literatur vereinzelt Stimmen, die in der Kundmachung an der Amtstafel der Gemeinde eine zwingende Voraussetzung für die Präklusion erblickten.¹⁹⁾ Dem

ist allerdings zu entgegen, dass § 356 Abs 1 GewO eine Kundmachungs- und keine Präklusionsbestimmung ist.²⁰⁾ Bereits die Stammfassung der GewO 1859 regelte die Kundmachung.²¹⁾ Eine gesonderte Normierung zur Parteistellung wurde erst durch die GewO 1973²²⁾ mit § 356 Abs 3 GewO geschaffen. Während § 356 Abs 1 weiterhin ausschließlich die Kundmachung festlegte, wurde nach § 356 Abs 3 die Parteistellung erst durch das rechtzeitige Erheben von Einwendungen erlangt. Diese Konstruktion wurde bis zur Wiederverlautbarung der GewO 1994 beibehalten.²³⁾ Die Einführung der doppelten Kundmachung²⁴⁾ durch die Änderung des § 42 AVG im Jahre 1998 führte zu einem Widerspruch mit § 356 Abs 3 GewO. Die Konsequenz war, dass die gewerberechtliche Regelung damit von dem neu eingeführten § 82 Abs 7 AVG erfasst wurde. Demnach traten all jene verwaltungsrechtlichen Sonderbestimmungen außer Kraft, die zu § 42 AVG Abweichendes regeln.²⁵⁾ Es entfiel damit exakt jene Bestimmung, welche der Präklusionsregelung zuwiderlief,²⁶⁾ wovon auch der Ausschussbericht²⁷⁾ zur GewO-Nov 2000 BGBl I 88 ausging. Somit blieb § 356 Abs 1 GewO, weil eine reine Kundmachungsregelung, weiterhin in Geltung, wogegen § 356 Abs 3 entsprechend abgeändert wurde.

Für den Eintritt einer Präklusion ist es daher nicht von Bedeutung, ob die Kundmachung an der Amtstafel der Gemeinde, durch Verlautbarung in einer für amtliche Kundmachungen der Behörde bestimmten Zeitung oder durch Verlautbarung im

meinde und nicht auch die Zeitungsverlautbarung zu) als auch in der in den Verwaltungsvorschriften vorgesehenen besonderen Form [...] verständigt wurden, können sich nicht auf den Kundmachungsmangel [...] berufen.“ Vgl außerdem FN 12 und 13.

14) Vgl RV 395 BglnR 13. GP 261, wobei hier noch § 351 GewO einschlägig war, bevor die Kundmachungsbestimmung nach etlichen Abänderungsanträgen, siehe hierzu AB 941 BglnR 13. GP 1 f, unter § 356 GewO, BGBl 1974/50, verlautbart wurde. Zur Problematik der übergangenen Parteien ganz allgemein vgl *Johannes Hengstschläger*, Verlust der Parteistellung – auch des „Übergangenen“ – gem § 42 AVG, ÖJZ 2000, 790 (791 f); *Hengstschläger/Leeb* (FN 12) § 42 Rz 1 und 5; *Andreas Janko*, Zur Neuordnung der Rechtsstellung übergangener Nachbarn durch die AVG-Novelle 1998 und die oö Bauordnungs-Novelle 1998, bbl 2000, 133 (133 f); *Philipp Pallitsch*, Die Präklusion im Verwaltungsverfahren (2001) 18 ff, 201 ff; *Ewald Wiederin*, Die Neuregelung der Präklusion, in *Stephan Schwarzer* (Hrsg), Das neue Anlagenverfahrensrecht (1999) 17 (17 f und 76 f); *Wolfgang Wieshaider*, Der übergangene rechtliche Interessent (1999) 73 ff.

15) BGBl 1950/172, Art 1 Z 2.

16) Vgl RV 395 BglnR 13. GP 261.

17) Zur alten Rechtslage bereits das Amtsblatt als mögliche Alternative zur Amtstafel der Gemeinde explizit erwähnend *Daniel Ennöckl*, Gewerberecht, in *Bernhard Raschauer* (Hrsg), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts³ (2010) 117 (168); *Rudolf Feik*, Gewerberecht, in *Bachmann et al* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht⁸ (2010) 187 (222). In VwGH 17. 11. 2004, 2004/04/0169 zB heißt es außerdem: „Aus diesen Bestimmungen folgt, dass der Nachbar einer zur Genehmigung beantragten Betriebsanlage seine Stellung als Partei in diesem Genehmigungsverfahren verliert, wenn [...] die Verhandlung [...] in einer Art und Weise kundgemacht [wurde], die sowohl den Vorschriften des § 41 Abs. 1 zweiter Satz AVG (Anschlag in der Gemeinde oder Verlautbarungen in der für amtliche Kundmachungen der Behörde bestimmten Zeitung) als auch den (besonderen) Kundmachungsvorschriften des § 356 Abs. 1 GewO 1994 (Anschlag in der Gemeinde und Anschlag in den der Betriebsanlage unmittelbar benachbarten Häusern, soweit nicht eine persönliche Verständigung in Betracht kommt) entsprach.“ Vgl auch VwGH, 15. 9. 2011, 2006/04/0177.

18) § 42 Abs 1 Satz 2 AVG.

19) Deziert im Zusammenhang mit der Präklusion wird dies angesprochen in *Hengstschläger/Leeb* (FN 12) § 42 Rz 6: „Personen, die [...] von der mündlichen Verhandlung sowohl gem § 41 Abs 1 zweiter Satz AVG (§ 356 Abs 1 GewO idF BGBl I 2005/72 lässt diesbezüglich nur den Anschlag in der Ge-

20) Auch in den ErläutRV 1800 BglnR 24. GP 20 f zum neuen § 356 Abs 1 GewO ist ausschließlich von Kundmachung die Rede. Vgl außerdem FN 17.

21) § 35 GewO idF RGBI 1859/227: „Die Behörde hat die beabsichtigte Unternehmung sowohl durch Anschlag in der betreffenden Gemeinde als durch spezielle Mittheilung an den Gemeindevorstand und die bekannten Anrainer kundzumachen, und hierbei auf einen Zeitpunkt binnen 2 bis 4 Wochen eine commissionelle Verhandlung anzuberaumen, bei welcher, wenn nicht früher schriftlich – die allfälligen Einwendungen anzubringen sein werden, widrigenfalls die Ausführung der Anlage stattgegeben werden wird, sofern sich nicht von Amtswegen Bedenken dagegen ergeben.“

22) BGBl 1974/50.

23) BGBl 1994/194. Die sonstigen Änderungen des § 356 GewO ergaben sich aus den GewO-Nov 1988 und 1992, vgl BGBl 1988/399, Art I Z 240 und BGBl 1993/29, Art I Z 153 und 154.

24) AVG-Nov 1998, vgl BGBl I 1998/158, Art 1 Z 13. Der Begriff der doppelten Kundmachung ist kein Gesetzesbegriff, wird jedoch in Lehre und Lit verwendet, weil es sowohl eine allgemeine als auch eine besondere Kundmachungsform braucht.

25) Hierbei handelt es sich um eine Verknüpfung von formeller und materieller Derogation. Vgl mwN *Hengstschläger/Leeb*, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz IV (2009) § 82 Rz 11.

26) Eine Abweichung von § 42 AVG war damit ausdrücklich nicht erwünscht. Vgl AB 1167 BglnR 20. GP 41. Das AVG selbst stellt eine Bedarfskompetenz iSd Art 11 Abs 2 B-VG dar. Abweichungen vom AVG sollen also nur dort zulässig sein, wo es der Gegenstand erforderlich macht. Der VfGH führte in VfSlg 16.285/2001 aus, dass § 39 AVG für das gesamte Ermittlungsverfahren eine eigenständige Subsidiaritätsklausel bilde und dieses daher aus dem Anwendungsbereich des Art 11 Abs 2 B-VG ausscheide. Wohl mit der Konsequenz, dass eine Prüfung der Erforderlichkeit für Abweichungen nicht mehr notwendig ist. Für *Wiederin* (FN 14) 82 FN 244, bedeutet die gegenständliche Derogationsklausel jedoch „nur scheinbar eine Ausnahme von diesem Grundsatz, dass Abweichungen von subsidiären Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze nach hM nicht an Art 11 Abs 2 zweiter Satz B-VG zu messen sind. Die Erläuterungen stellen nämlich klar, dass die Derogationsklausel ungeachtet der an sich gegebenen und durch § 39 Abs 2 AVG nF beibehaltenen Subsidiarität der Bestimmung über das Ermittlungsverfahren greift. Das bedeutet, dass für die Zwecke des § 82 Abs 7 AVG alle dort bezogenen Bestimmungen als unbedingt und nicht als subsidiär konzipiert zu betrachten sind.“ Dem ist mE zu folgen § 39 AVG wurde bisher vielfach kritisiert, gerade weil es einerseits einen Bedarf einheitlicher Vorschriften für das Verwaltungsverfahren gibt, gleichzeitig aber mit § 39 AVG eine Subsidiaritätsklausel geschaffen wurde, welche genau diesen Bedarf der Einheitlichkeit in Frage stellen lässt. Zur generellen Verfassungskonformität des § 39 AVG siehe mwN *Hengstschläger/Leeb* (FN 12) § 39 Rz 2; *Janko* (FN 14) bbl 2000, 142.

27) 212 BglnR 21. GP.

elektronischen Amtsblatt der Behörde erfolgt. Entscheidet sich die Behörde im Betriebsanlagenehmigungsverfahren etwa dazu, die mündliche Verhandlung im elektronischen Amtsblatt (und damit nicht an der Amtstafel der Gemeinde!) und auf der Internetseite der Behörde zu verlautbaren, werden diejenigen Parteien präkludiert, die keine oder nur unzulässige Einwendungen geltend machen. Denn damit sind die Kundmachungsvoraussetzungen für eine Präklusion gemäß § 42 Abs 1 Satz 1 AVG erfüllt. Ausschlaggebend ist hier alleine, dass eine der drei möglichen *allgemeinen* Kundmachungsformen gewählt wird. Zweifelsohne käme es bei einer Verletzung des § 356 Abs 1 GewO zu einem Verfahrensfehler, wäre doch dadurch eine Verfahrensordnung des Anlagenehmigungsverfahrens missachtet worden.²⁸⁾ Für den Eintritt der Präklusionsfolgen selbst ist das aber ohne Bedeutung.

V. Die in einer in den Verwaltungsvorschriften vorgesehene besondere Form der Kundmachung

Unklarheiten ergeben sich auch in Bezug auf die Rollen der Kundmachungsformen des § 356 Abs 1 Z 2 bis 4. Dass jede für sich alleine dem Anspruch einer *besonderen*²⁹⁾ Kundmachungsform iSd § 42 Abs 1 Satz 1 AVG gerecht wird, kann kaum bezweifelt werden.³⁰⁾ Die Wahl der Formen durch den Materiengesetzgeber ist kompetenzrechtlich unbedenklich, steht es diesem doch frei, „die der jeweiligen Verwaltungsmaterie adäquate Form der Kundmachung für alle Behörden verbindlich festzulegen“.³¹⁾ Es ist jedoch fraglich, ob für eine Präklusion uneingeschränkt alle drei Kundmachungsformen eingehalten werden müssen oder bereits eine ausreicht.³²⁾ Zur Beantwortung dieser Frage lohnt sich ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 42 AVG. In dessen Begutachtungsentwurf wurde der Vorschlag unterbreitet, Präklusion erst dann eintreten zu lassen, wenn die mündliche Verhandlung kumulativ durch einen Gemeindeanschlag, eine Verlautbarung in der Zeitung und in einer in den Verwaltungsvorschriften vorgesehenen besonderen

Form kundgemacht wird.³³⁾ Da es aber eine Kostensteigerung und Verlängerung des Verfahrens nach sich gezogen hätte, ist man diesem Vorschlag nicht gefolgt.³⁴⁾ Es war nachweislich eine Kundmachung in drei unterschiedlichen Varianten demnach nicht gewollt. Als Indiz dafür, dass eine *einzig* *besondere* Form bereits ausreichend sein soll, kann zudem der Wortlaut „*einer* in den Verwaltungsvorschriften vorgesehenen *besonderen* Form“³⁵⁾ gesehen werden.³⁶⁾ Denn schon bisher hat es gereicht, zusätzlich zu einer allgemeinen *eine* *einzig* *besondere* Kundmachungsform heranzuziehen. Hätte der Gesetzgeber tatsächlich eine Erhöhung der Präklusionsanforderungen gewollt, hätte er § 42 AVG dahingehend novelliert, nicht jedoch die Kundmachungsregelung eines verwaltungsrechtlichen Materiengesetzes. Im Zusammenhang mit der GewO-Kundmachungsbestimmung lassen die Materialien nicht darauf schließen, dass dem Gesetzgeber durch diese Neuerung daran gelegen war, eine Erhöhung der Präklusionsvoraussetzungen zu erreichen, indem die Anzahl der erforderlichen Kundmachungsformen erhöht wurde. Zum einen würde damit das Risiko fehlerhafter Kundmachungen steigen, was wiederum vermehrt übergangene Parteien nach sich ziehen würde. Der Gesetzgeber war bisher jedoch stets darum bemüht, genau solche Parteien zu vermeiden.³⁷⁾ Zum anderen war es die Zielsetzung der GewO-Novelle, § 356 Abs 1 GewO zu vereinfachen und der Kundmachung mehr Publizität zu verleihen.³⁸⁾ Zweck der Norm ist es, Parteien weitreichend zu informieren und dadurch zu schützen. Erreicht werden soll dies durch eine Modernisierung, der vor allem durch die Internetkundmachung entsprochen wird, und durch die Erhöhung der Kundmachungsvoraussetzungen.³⁹⁾ Klar ist, dass grundsätzlich alle Ziffern des § 356 Abs 1 GewO anzuwenden sind. Jede einzelne von ihnen bildet eine Verfahrensordnung, deren Fehlen einen Verfahrensmangel nach sich zieht.⁴⁰⁾ Für den Eintritt der Präklusion selbst ist das wiederum bedeutungslos, weil diesbezüglich weiterhin § 42 AVG einschlägig bleibt. Zu einer Erhöhung der Präklusionsanforderungen durch eine Änderung der AVG-Bestimmung ist es nicht gekommen, somit kann der Eintritt der Präklusionsfolgen nicht davon abhängig gemacht werden, dass alle drei *besonderen* Formen kumulativ vorliegen. Vielmehr reicht es aus, dass sich die Behörde für *eine* entscheidet.

VI. Präklusion ohne besondere Kundmachung – die Problematik der persönlichen Verständigung

Statt eines Anschlags auf dem Betriebsgrundstück und in den der Betriebsanlage unmittelbar benachbarten Häusern kann gemäß § 356 Abs 1 Satz 2 GewO eine persönliche Verständigung erfolgen, wenn es aus Gründen der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit geboten ist. Auch dieser Teil der Regelung ist nicht neu⁴¹⁾ und war vor allem deshalb eingefügt worden, weil

28) Jedoch kann sich keine Partei auf einen solchen Verfahrensmangel berufen. Diejenigen Beteiligten, die rechtzeitig Einwendungen geltend gemacht haben, sind weiterhin Parteien des Verfahrens und daher mangels Beschwer nicht beschwerdelegitimiert, und diejenigen, die mangels Teilnahme am Verfahren präkludiert sind, haben ihre prozessualen Parteienrechte verloren, also auch ihr Beschwerderecht. Daher ist ein solcher Mangel lediglich für die sog. „Quasi-Wiedereinsetzung“ gem § 42 Abs 3 AVG von Relevanz, wo es darum geht, darzulegen, dass ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis, an dem kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens besteht, der Grund für die verspätete Einwendung ist.

29) Zur Diskussion der (ua auch unions- und verfassungsrechtlichen) Anforderungen der besonderen Kundmachungsformen siehe *Bernd Kante Mas*, Die Präklusion im Verwaltungsverfahren und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, ÖJZ 2002, 161; *Pallitsch* (FN 14) 38 und dort insb FN 160; *Hengstschläger/Leeb* (FN 12) § 42 Rz 7; *Paul Sieberer*, Gemeinschafts- und verfassungsrechtliche Anforderungen an § 42 AVG, ZfV 2000, 733 und insb 744 und FN 87. Gegen die Neufassung des § 356 Abs 1 GewO ebenfalls unions- und verfassungsrechtliche Bedenken äußert *Kastner* (FN 1) ecolx 2013, 384 f.

30) Die Hausflurkundmachung wurde bereits bei der AVG-Nov 1998 als Paradebeispiel für eine besondere Kundmachungsform genannt. Vgl AB 1167 BlgNR 20. GP 31.

31) AB 1167 BlgNR 20. GP 31.

32) Vgl auch *Pallitsch* (FN 14) 38, wo dezidiert von der Kundmachung „in einem zweiten Medium“ gesprochen wird. Auch die Nutzung der Wendung „doppelte Kundmachung“ in Lit und Lehre würden dafür sprechen. Dagegen schreibt jedoch *Wiederin* (FN 14) 23 zum einen, dass „die mündliche Verhandlung in wenigstens zwei Medien kundgemacht“ werden müsse, um den Eintritt der Präklusionsfolgen herbeiführen zu können. Womit er scheinbar nicht ausschließt, dass mehrere Formen durchaus zulässig sein könnten. Zum anderen stellt er auf S 24 fest, dass bei einem Kundmachungsfehler „in einem der beiden Medien“ § 42 AVG nicht zum Tragen kommt. *Gruber/Pallege-Barfuß* (FN 12) § 356 Rz 2 erachten, allerdings ohne dies näher zu begründen, die gesamte Kundmachungsvorschrift als Voraussetzung für die Präklusion.

33) Vgl AB 1167 BlgNR 20. GP 31 und 80 f (§ 41 Abs 1, § 42 Abs 1 AVG).

34) Vgl AB 1167 BlgNR 20. GP 31.

35) Hervorhebung nicht im Original.

36) AM *Jahnel* (FN 6) bbl 2013, 190, der aus Einfachheitsgründen vorschlägt, die Wendung „in einer“ nicht als Zahlwort zu lesen. Dadurch könnte die Summe der Z 2 bis 4 des § 356 Abs 1 GewO problemlos als zweite Kundmachungsform iSd § 42 Abs 1 Satz 1 AVG fungieren.

37) Vgl FN 14.

38) ErläutRV 1800 BlgNR 24. GP 20.

39) ErläutRV 1800 BlgNR 24. GP 20.

40) Zur Auswirkung eines solchen Verfahrensmangels siehe FN 28.

41) Eingefügt wurde dieser Satz mit der GewO-Nov 2000, BGBl I 2000/88.

Anschläge an Einfamilienhäusern praktisch nur schwer durchführbar bzw nicht sinnvoll und praktikabel sind.⁴²⁾

Für eine mögliche Präklusion gemäß § 42 Abs 1 Satz 1 AVG genügt grundsätzlich die Erfüllung von nur *einer* einzigen der drei angeführten *besonderen* Formen des § 356 Abs 1 GewO Z 2 bis 4. Beschließt hingegen die Behörde, die Verhandlung beispielsweise an der Amtstafel der Gemeinde – als *allgemeine* Form iSd § 41 Abs 1 Satz 2 AVG – kundzumachen und daneben gemäß § 356 Abs 1 Satz 3 GewO persönlich zu verständigen, führt das zu dem Ergebnis, dass keine doppelte Kundmachung vorliegt. Eine persönliche Information an ausgewählte Beteiligte stellt keine *besondere* Kundmachungsform iSd § 42 Abs 1 AVG dar, sondern lediglich die Wiederholung der Verständigungspflicht nach § 41 Abs 1 Satz 1 AVG.⁴³⁾ Ungeachtet dessen kann es gemäß § 42 Abs 2 AVG zu einem Verlust der Parteistellung kommen, vorausgesetzt die Partei erhält rechtzeitig die Verständigung über die mündliche Verhandlung.⁴⁴⁾

VII. Fazit

Die neue gewerberechtliche Kundmachungsbestimmung mag für sich alleine betrachtet dem Anspruch, die mündliche Verhandlung einem breiteren Adressatenkreis zur Kenntnis zu brin-

gen und im Vergleich zu früheren Rechtslagen vereinfachend zu wirken, gerecht werden. Gemeinsam mit der Präklusionsregelung des AVG gelesen, wird allerdings deutlich, dass es sich hierbei keineswegs um eine Vereinfachung handelt. Die vorangegangene Auslegung hat gezeigt, dass es für den Eintritt der Präklusionsfolgen zum einen irrelevant ist, welche der drei *allgemeinen* Kundmachungsformen des § 41 Abs 1 Satz 2 AVG durch die Behörde gewählt wird – selbst wenn in § 356 Abs 1 Z 1 GewO bereits eine Einschränkung auf *eine* dieser Formen vorgenommen wurde –, und zum anderen bereits *eine* einzige *besondere* Form der Z 2 bis 4 des § 356 Abs 1 GewO ausreicht, um § 42 Abs 1 Satz 1 AVG zu genügen. Demgegenüber liegt jedoch keine doppelte Kundmachung vor, wenn sich die Behörde zusätzlich zu einer der *allgemeinen* Kundmachungsformen für die persönliche Verständigung nach § 356 Abs 1 Satz 2 GewO entscheidet, da eine solche Verständigung keine *besondere* Form iSd § 42 Abs 1 Satz 1 AVG darstellt. Im Ergebnis kann also festgehalten werden, dass den Behörden durch die Novellierungen im AVG und in der GewO die Möglichkeit eröffnet wurde, auf unterschiedlichste Arten doppelt kundzumachen: Neben den drei zulässigen *allgemeinen* Formen des § 41 Abs 1 Satz 1 AVG stehen ihnen nunmehr auch drei *besondere* Formen der GewO zur freien Auswahl.

- 42) Vgl Grabler/Stolzlechner/Wendl (FN 12) § 356 Rz 24; Josef Oberseder, Auswirkungen des neuen Anlagenrechts auf die Bezirksverwaltungsbehörden, in Andreas Hauer (Hrsg), Betriebsanlagenrecht im Umbruch (2004) 43 (47).
- 43) Vgl Hengstschläger (FN 14) ÖJZ 2000, 792; Hengstschläger/Leeb (FN 12) § 42 Rz 5; Wiederin (FN 14) 24. Die Verständigung als allgemeine Kundmachungsform qualifizierend Ennöckl (FN 17) 168, als besondere Form qualifizierend Feik (FN 17) 222; Grabler/Stolzlechner/Wendl (FN 12) § 356 Rz 6.
- 44) Damit wurde eine Art Heilungs- und Auffangtatbestand geschaffen. Siehe hierzu AB 1167 BlgNR 20. GP 32, Grabler/Stolzlechner/Wendl (FN 12) § 356 Rz 6; Hengstschläger/Leeb (FN 12) § 42 Rz 24; Pallitsch (FN 14) 40 f; Thienell/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrenrecht⁵ (2009) 164; Wiederin (FN 14) 29. Siehe auch VwGH 30. 6. 2011, 2010/07/0208; 1. 4. 2008, 2007/06/0332.



Foto privat

Die Autorin:

Univ.-Ass. Mag. Lisa-Marie Unterpertinger
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht
Universität Wien
Schottenbastei 10-16
A-1010 Wien
E-Mail: lisa-marie.unterpertinger@univie.ac.at

KODEX

DIE APP ZUM GESETZ!

Ab sofort haben Sie ausgewählte Kodizes immer dabei –
im Kleinformat und ohne schwer zu tragen!
Laden Sie den entsprechenden KODEX-Band einfach mit dem
im Buch befindlichen Code in die App und profitieren Sie von den
Vorteilen einer digitalen Bibliothek - und das mit vollem Lesekomfort
und in bewährter KODEX-Qualität.

www.kodexapp.at



Linde

