

- a) ein Interesse an einem dem Bundesvergabegesetz unterliegenden Vertrag hat oder hatte, und
- b) durch die behauptete Rechtswidrigkeit einen Schaden erleidet oder zu erleiden droht.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist „Sache“ des Nachprüfungsverfahrens immer die Prüfung der Frage, ob der Antragsteller durch eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers in Rechten verletzt worden ist. Eine Rechtsverletzung durch eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers liegt nur dann vor, wenn der betreffende Bieter bei rechtskonformer Entscheidung eine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte (VwGH 2005/04/0214).

Voraussetzung für die Stellung eines Nachprüfungsantrages und damit für die begehrte Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung ist, dass der behauptete Schaden eintreten kann. Ist das Angebot des Antragstellers auszuschneiden und kommt dieses daher für die Zuschlagsentscheidung nicht in Frage, kann der behauptete Schaden nicht eintreten und steht der inhaltlichen Behandlung des Antrages das Fehlen einer notwendigen Antragsvoraussetzung entgegen (VwGH 2003/04/0039 und 2004/04/0030).

Der EuGH hat in seinem Urteil in der Rs C-100/12, Fastweb SpA, ausgeführt, dass die Vergabekontrollbehörde auch festzustellen habe, ob das für den Zuschlag in Aussicht genommene Angebot zu Unrecht nicht ausgeschrieben wurde. Bejahendenfalls gesteht der EuGH einem Bieter, der ein auszuschneidendes Angebot gelegt hat, Antragslegitimation zu.

Der Auftraggeber hat vorgebracht, dass das Angebot des Antragstellers wegen des Fehlens verbindlicher Subunternehmerangebote auszuschneiden gewesen wäre.

Es war daher zunächst zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers und das Angebot der mitbeteiligten Partei auszuschneiden gewesen wären; beides ist aus nachstehenden Erwägungen zu bejahen.

Im Sinne der obgenannten Judikatur des EuGH in der Sache Fastweb war somit die Antragslegitimation des Antragstellers zu bejahen. Dies unabhängig davon, dass im vorliegenden Fall auch noch ein 3. und 4. Bieter im Verfahren verblieben sind. Für das Landesverwaltungsgericht bestehen nämlich keine Zweifel, dass das Urteil des EuGH in der Sache Fastweb dahingehend auszulegen ist, dass die Antragslegitimation eines auszuschneidenden Bieters jedenfalls zu bejahen ist, wenn der präsumtive Zuschlagsempfänger ebenfalls auszuschneiden wäre.

Die Entscheidung des Auftraggebers steht auf Grund der im obigen Punkt dargelegten Ausführungen im Widerspruch zu den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes. Dies deshalb, da das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuschneiden gewesen wäre. Auf ein auszuschneidendes Angebot kann aber kein Zuschlag erteilt werden. Weiters hat diese Entscheidung zwangsläufig wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Die Entscheidung des Auftraggebers war daher für nichtig zu erklären.

Auf das Vorbringen im Nachprüfungsantrag war im Hinblick auf die eingeschränkte Antragslegitimation des Antragstellers nicht mehr einzugehen. Aufgrund des obzitierten Urteils des EuGH in der Sache Fastweb kam dem Antragsteller nur zu der Frage eine Antragslegitimation zu, ob auch der präsumtive Zuschlagsempfänger auszuschneiden gewesen wäre.

Die Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im konkreten Fall zu der Frage fehlt, ob der Antragsteller eine Antragslegitimation für den Fall hat, dass hinsichtlich der Angebote des Antragstellers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers jeweils ein Ausscheidungsgrund gegeben ist, aber noch Angebote von weiteren Bietern vorliegen.

## Umweltrecht

### Gewerbliches Betriebsanlagenrecht

■ ZVG-Slg 2014/151, 689

#### „Teiluntersagung“ eines Gastgartenbetriebes ist rechtlich unzulässig

VwGbk-ÜG § 3 Abs 7 Z 2

GewO § 35, § 76a Abs 1, Abs 2, Abs 3 und Abs 7

Die Anzeige nach § 76a GewO stellt eine Einheit dar. Die herrschende Lehre geht in Bezug auf die Genehmigungspflicht nach § 76a Abs 7 GewO davon aus, dass sich diese auf den gesamten Gastgarten unter Zugrundelegung der gesamten beabsichtigten Betriebszeit und nicht bloß jener, welche die in Abs 1 bzw 2 leg cit genannten Zeiten überschreitet, bezieht. Nichts Anderes kann für die Anzeige nach Abs 3 gelten, sodass die Untersagung eines Gastgartenbetriebes aufgrund einer Anzeige nach § 76a GewO nur den Gastgartenbetrieb, so

wie er der Behörde angezeigt wurde, in seiner Gesamtheit erfassen kann. Die Zerlegung der Anzeige des Betriebs eines Gastgartens in „Teilbetriebszeiten“ durch die belangte Behörde bzw eine „Teiluntersagung“ in Bezug auf einzelne Betriebszeiten ist der GewO generell fremd.

VwG Wien 13.1.2014,  
VGW-122/008/6711/2014

### Sachverhalt

Mit Ansuchen vom 20. Mai 2013 zeigte die Rechtsmittelwerberin den Betrieb ihres Gastgartens in Wien, G.-gasse, der Behörde an. Aus der der Anzeige beigelegten Betriebsbeschreibung ergibt sich, dass sich am Gehsteig vor der Betriebsanlage 8 Verabreichungsplätze befinden sollen. Hierfür wurden „Öffnungszeiten“ mit Montag bis Freitag, 16 bis 23 Uhr, sowie am Samstag von 9 bis 15 Uhr angezeigt. Darüber hinaus sollen laut Betriebsbeschreibung in der Parkspur 20 weitere Verabreichungsplätze eingerichtet werden, welche zwischen Montag bis Freitag, 16 bis 23 Uhr, sowie am Samstag von 9 bis 23 Uhr betrieben werden sollen. Mit E-Mail vom 13. Juni 2013 wurde eine geänderte Betriebsbeschreibung vorgelegt, deren wesentliche Änderung darin besteht, die 20 Verabreichungsplätze in der Parkspur bei sonst unveränderten Betriebszeiten am Samstag zwischen 9 und 15 Uhr betreiben zu wollen.

Von dieser Betriebsbeschreibung ging in der Folge auch der lärmtechnische Amtssachverständige der MA 22 in seinem Gutachten vom 24. Juni 2013 aus. In diesem Gutachten errechnete der lärmtechnische Amtssachverständige der MA 22 eine Erhöhung der Bestandslärm-situation durch den angezeigten Gastgartenbetrieb von 1,4 dB zur Tagzeit zwischen Montag bis Freitag und von 2,5 dB am Samstag. Für die Abendzeit (19 bis 22 Uhr) errechnete der lärmtechnische Amtssachverständige eine Erhöhung der Bestandslärm-situation von 2,1 dB.

Ausgehend von diesen Berechnungen erstattete die medizinische Amtssachverständige der MA 15 mit Schreiben vom 10. Juli 2013 ein Gutachten, wonach sich die Erhöhung des Bestandslärms am Samstag sowie in den Abendstunden auf die Lebensqualität und das Erholungsbedürfnis der Anrainer negativ auswirke.

Über Vorhalt dieses Ermittlungsergebnisses erstattete die Rechtsmittelwerberin mit Schreiben vom 16. Juli 2013 eine Eingabe, wonach sie „beantrage“, „die Anzeige vom 20. Mai 2013 um die 8 Verabreichungsplätze auf dem

Gehsteig zu verringern“. Die Betriebszeiten sollten hingegen unverändert bleiben. In der Folge wurde mit Herrn P. als Vertreter der Anlageninhaberin am 25. Juli 2013 eine Niederschrift vor der belangten Behörde aufgenommen, in welcher dieser um einen „teilabweisenden Bescheid (Beurteilungsgrundlage 28 Verabreichungsplätze)“ ersuchte und angab, eine „neue Anzeige mit eingeschränkter Anzahl an Verabreichungsplätzen für die Abendzeit sowie den Samstag“ einbringen zu wollen.

In der Folge erließ die belangte Behörde den bekämpften Bescheid, mit dem sie laut Spruch über die Anzeige vom 20. Mai 2013 – sohin über einen Gastgartenbetrieb von 28 Verabreichungsplätzen – absprach und diesen Betrieb an „Montagen bis Freitagen von 19 bis 23 Uhr sowie an Samstagen von 9 bis 15 Uhr“ untersagte.

### Begründung<sup>1</sup>

Liegen die kumulativen Voraussetzungen des § 76a Abs 1 Z1 bis 4 GewO vor, dann ist für Gastgärten auf öffentlichem Grund oder solche, die an öffentliche Verkehrsflächen angrenzen, keine Betriebsanlagengenehmigung, wohl aber eine Anzeige gemäß Abs 3 leg cit notwendig. Aus einer Zusammenschau der einzelnen Absätze zeigt sich, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Abs 1 leg cit bzw Abs 2 leg cit und Erstattung der entsprechenden Anzeige der Betrieb des Gastgartens sofort aufgenommen werden darf. Eine bescheidmäßige Kenntnisnahme der Anzeige durch die Behörde ist – anders als bei einer Anzeige nach § 81 Abs 3 iVm § 345 Abs 6 GewO – nicht vorgesehen (vgl auch *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO, RZ 17 zu § 76a). Daraus folgt aber, dass auch die Berufungsbehörde bzw nunmehr das Verwaltungsgericht einen zu Unrecht erlassenen Untersagungsbescheid bloß ersatzlos beheben, hingegen keine meritorische Entscheidung im Sinne einer Kenntnisnahme der Anzeige treffen kann. Da § 28 VwGVG für jene Fälle, wo keine Zurückweisung oder keine Einstellung gemäß seinem Abs 1 bzw Zurückweisung an die Erstbehörde zur Sachverhaltsergänzung gemäß seinem Abs 3 zu erfolgen hat, als Entscheidungsform das Erkenntnis vorsieht, war trotz des Umstandes, dass gegenständlich keine meritorische Entscheidung (im Sinne einer bescheidmäßigen Kenntnisnahme der Anzeige vom 20. Mai 2013 in der Fassung der Eingabe vom 13. Juli 2013 ) erfolgen konnte, das Erkenntnis als Entscheidungsform zu wählen.

§ 76a Abs 3 GewO verweist im letzten Satz hinsichtlich des Erfordernisses der beizubringen Unterlagen auf § 353 Z1 lit a bis lit c GewO. Durch diesen Verweis er-

1 Zitierung im Wortlaut der Entscheidung. Die Zwischenüberschriften sind redaktionell eingefügt (nichtamtlich).

gibt sich nach Rechtsmeinung des Verwaltungsgerichtes, dass auch die zu § 353 GewO ergangene Judikatur beachtlich ist: So hat der VwGH aus § 353 GewO abgeleitet, dass Genehmigungen einer gewerblichen Betriebsanlage ebenso wie die Genehmigung der Änderung einer gewerblichen Betriebsanlage als antragsbedürftige Verwaltungsakte (vgl VwGH vom 25.11.1997, Zl 97/04/0122) zu qualifizieren sind. Dem Genehmigungswerber steht es frei, durch entsprechende inhaltliche Gestaltung seines Genehmigungsantrages den Umfang des darüber abzuführenden Verwaltungsverfahrens und des darüber ergehenden Bescheides zu bestimmen (vgl VwGH vom 5.11.1991, Zl 89/04/0273). Der Verwaltungsbehörde ist es hingegen nicht gestattet, je nach dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens die nach der Sachlage in Betracht kommende Genehmigung zu erteilen (vgl VwGH vom 24.3.2004, Zl 2002/04/0128).

Die Anzeige nach § 76a GewO stellt eine Einheit dar. So geht die herrschende Lehre (vgl *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO, RZ 33 zu § 76a) in Bezug auf die Genehmigungspflicht nach § 76a Abs 7 GewO davon aus, dass sich diese auf den gesamten Gastgarten **unter Zugrundelegung der gesamten beabsichtigten Betriebszeit** und nicht bloß jener, welche die in Abs 1 bzw 2 leg cit genannten Zeiten überschreitet, bezieht. Nichts Anderes kann für die Anzeige nach Abs 3 gelten, sodass die Untersagung eines Gastgartenbetriebs aufgrund einer Anzeige nach § 76a GewO nur den Gastgartenbetrieb, so wie er der Behörde angezeigt wurde, in seiner Gesamtheit erfassen kann. Die Zerlegung der Anzeige des Betriebs eines Gastgartens in „Teilbetriebszeiten“ durch die belangte Behörde bzw eine „Teiluntersagung“ in Bezug auf einzelne Betriebszeiten ist der GewO generell fremd. Ergibt die Prüfung der Anzeige, dass die Voraussetzungen des § 76a Abs 1 bzw 2 GewO hinsichtlich eines von der Anzeige umfassten Betriebszeitraumes nicht erfüllt sind, dann hat die Behörde, wenn der Einschreiter seine Anzeige nicht einschränkt, das angezeigte Gastgartenprojekt zur Gänze zu untersagen (vgl VwGH vom 21.2.1990). Schon aus diesem Grunde war der bekämpfte Bescheid ersatzlos zu beheben.

An diesem Ergebnis vermag auch das Ersuchen um einen „teilabweisenden Bescheid“ (im Sinne der im Akt erliegenden Niederschrift vom 25. Juli 2013) nichts zu ändern: Wie bereits dargestellt, ist eine Teiluntersagung des Gastgartenbetriebes rechtlich unzulässig; die belangte Behörde hätte demnach den Antrag vom 25. Juli 2013 als unzulässig zurückweisen müssen. Sie hat aber

dem Spruch des bekämpften Bescheides nach nicht über diesen Antrag vom 25. Juli 2013, sondern statt dessen über die – zwischenzeitig mit Schriftsatz vom 16. Juli 2013 abgeänderte – Anzeige in ihrer ursprünglichen Fassung vom 20. Mai 2013 abgesprochen.

Die ordentliche Revision ist unzulässig.

### Anmerkung

Von Dietmar Klose

Wieder einmal Gastgarten ...

Der § 76a Gewerbeordnung über die „genehmigungsfreien“ Gastgärten ist in letzter Zeit wiederholt Gegenstand von juristischen Diskussionen und Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof gewesen. Die seinerzeit normierte Ausnahme, dass eine unzumutbare Lärmbelästigung durch solche Gastgärten bei Vorliegen der formalen Voraussetzungen des Abs 1 Z 1 bis 3 nicht zu erwarten ist und auch nicht zusätzliche Auflagen rechtfertigen kann, wurde jeweils aufgehoben.<sup>2</sup>

Mit dem Erkenntnis vom 13.1.2014, VGW-122/008/6711/2014, erfolgte durch das Verwaltungsgericht Wien in Zusammenhang mit einer Anzeige eines Gastgartens gemäß § 76a GewO 1994 eine begrüßenswerte Klarstellung zum Wesen des Anzeigeverfahrens dahingehend, dass auch bei dieser Anzeige eine Teilung des angezeigten Sachverhaltes durch die Behörde – auch auf Antrag des Bewerbers – nicht zulässig ist. Diese Feststellung ist für die Praxis umso wichtiger, als durch die nunmehr erforderliche Prüfung der Auswirkungen von Schallemissionen durch den Gastgarten auf die Nachbarn der Betriebsanlage oft eine zeitliche Einschränkung der Betriebszeiten erforderlich wäre.

Für Gastgärten, die über nicht mehr als 75 Verabreichungsplätze verfügen, ist für die Zeit von 8 bis 23 Uhr, wenn sie sich auf öffentlichem Grund befinden und an öffentliche Verkehrsflächen angrenzen, andernfalls von 9 bis 22 Uhr, unter den Voraussetzungen des § 76a Abs 1 Z 1 bis 4 keine Genehmigung erforderlich.

Gemäß § 76a Abs 3 GewO 1994 ist der Betrieb eines Gastgartens im Sinne des Abs 1 (öffentlicher Grund) und Abs 2 (nicht auf oder an öffentlichen Grund angrenzend) der Behörde vorher anzuzeigen. Gemäß Abs 4 hat die Behörde, wenn die Voraussetzungen gemäß Abs 1 oder Abs 2 nicht erfüllt sind, dies festzustellen und den Betrieb des Gastgartens zu untersagen. Eine Kenntnisnahme der Anzeige gemäß § 76a Abs 3 GewO 1994 mit Bescheid durch die Behörde ist nicht vorgesehen.<sup>3</sup>

2 VfGH 7.12.2011, G 17/11-6 und G 49/11-6 sowie VfGH 16.6.2014, G 94/2013.

3 *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO<sup>3</sup> (2011) § 76a Rz 17.

Vom Rechtsinstitut her betrachtet, ist die Anzeige eines Gastgartens gemäß § 76a GewO 1994 mit jenen Anzeigen in der Rechtsordnung vergleichbar, die bei Vollständigkeit der Anzeige die jeweils gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge auslösen. Im Rahmen der Gewerbeordnung gehört dazu beispielsweise die Anzeige des Fortbetriebes (§ 43 ff), einer weiteren Betriebsstätte (§ 46 Abs 2 Z 1) oder die Anzeige der Verlegung des Betriebes (§ 46 Abs 2 Z 2 und 3), aber auch die Anmeldung eines Gewerbes (§ 5 Abs 1 GewO), sofern es sich nicht um ein Gewerbe gemäß § 95 GewO handelt, bei dem die Behörde die Zuverlässigkeit des Bewerbers zu prüfen hat.<sup>4</sup>

Im Gegensatz zum Anmeldeverfahren (§ 340 GewO), bei dem eine vollständige Anmeldung auch vom Antragsteller nachträglich nicht mehr geändert werden kann<sup>5</sup>, ist beim Anzeigeverfahren (zB § 345 GewO) eine nachträgliche Änderung der Anzeige durch den Antragsteller möglich. Der Behörde ist es aber verwehrt, von Amts wegen die Anzeige einzuschränken bzw zu teilen und nur einen Teil des angezeigten Sachverhaltes zur Kenntnis zu nehmen. Die Beurteilung der Behörde hat sich stets auf die Gesamtheit der Anzeige zu beziehen.

Dass diese Grundsätze auch bei der Anzeige eines Gastgartens gemäß § 76a GewO gelten, wurde nunmehr durch das gegenständliche Erkenntnis des VGW klargestellt. Eine allenfalls erforderliche Einschränkung der Betriebszeiten des Gastgartens, die sich nach Überprüfung der Lärmsituation für die Nachbarn ergibt, müsste in der Anzeige durch den Antragsteller erfolgen, und kann nicht durch die Behörde im Rahmen einer teilweisen Untersagung des Betriebes des Gastgartens erzielt werden.

#### Korrespondenz:

Dr. Dietmar Klose, Magistratisches Bezirksamt für den 1. und 8. Bezirk, Wipplinger Straße 6–8, 1010 Wien, E-Mail: dietmar.klose@wien.gv.at

## Umweltverträglichkeitsprüfung

■ ZVG-Slg 2014/152, 692

### Versagung eines Antrags auf Genehmigung einer 220 kV-Starkstromfreileitung wegen Widerspruchs zum Energieprotokoll der Alpenkonvention und Überwiegens der naturfachlichen Interessen gegenüber anderen öffentlichen Interessen

K-NSG 2002 § 6 Abs 1 lit b, § 9 Abs 7  
Energieprotokoll (Alpenkonvention) Art 10

Bergwaldprotokoll (Alpenkonvention) Art 6 Abs 1  
B-VG Art 133 Abs 4

Bei Art 10 des Energieprotokolls der Alpenkonvention handelt es sich um eine spezifisch die Erzeugung und Übertragung von Energie regelnde Rechtsvorschrift, die festlegt, unter welchen Bedingungen derartige Leitungen zu errichten sind. Aus ihr ergibt sich eine Verpflichtung des Projektwerbers, bei der Planung eines Vorhabens zu berücksichtigen, inwieweit bestehende Energieinfrastrukturen durch eine neue Leitung genutzt werden können.

BVwG 28.8.2014, W104 2000178-1/63E

#### Aus den Entscheidungsgründen

##### Sachverhalt

Die \*\*\* SpA [italienische AG] plant die Errichtung einer 220 kV-Starkstromfreileitung zwischen Weidenburg, Gemeinde Kötschach-Mauthen und Somplago, Region Friaul-Julisch Venetien, Italien mit einer Gesamtlänge von ca. 41,7 km. Es handelt sich um eine einsystemige 220 kV-Freileitung mit einer Nennleistung von 300 MVA. Der österreichische Projektteil umfasst die Errichtung und den Betrieb einer ca. 7,4 km langen Verbindungsleitung von Weidenburg (650 müA) auf das Kronhofer Törl (1.800 müA) samt der Umspannstation in Weidenburg.

Mit Bescheid vom 3.3.2010, US 8B/2008-2/35, entschied der Umweltsenat, nach Befassung des Europäischen Gerichtshofes und auf Grund dessen im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Erkenntnisses vom 10.12.2009 in der Rechtssache C-205/08, dass hinsichtlich des österreichischen Abschnitts des Vorhabens eine Umweltverträglichkeitsprüfung nach dem UVP-G 2000 durchzuführen ist.

Die Projektwerberin stellte daraufhin am 30.4.2010 den Genehmigungsantrag gemäß § 17 UVP-G 2000 bei der Kärntner Landesregierung für den österreichischen Abschnitt des Vorhabens.

Am 30.5.2012 stellte die Projektwerberin beim Umweltsenat einen Devolutionsantrag.

Der Umweltsenat ging in der Folge davon aus, dass der Devolutionsantrag der Projektwerberin berechtigt war und führte das UVP-Verfahren fort.

Nach Übergang der Zuständigkeit auf das Bundesver-

<sup>4</sup> In diesem letztgenannten Fall hat die Behörde nach Prüfung der Zuverlässigkeit einen Bescheid darüber zu erlassen (§ 340 GewO).

<sup>5</sup> ZB VwGH 15.9.2011, 2011/04/0033.