OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: **LVwG-800277/3/Bm/KaL**

Datum: **Linz, 30. Oktober 2017**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde des x x, x, x, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 26. Juli 2017, GZ: BZ-Pol-10027-2016, wegen einer Verwaltungsübertretung nach der Gewerbeordnung 1994

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 26. Juli 2017, GZ: BZ-Pol-10027-2016, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe in Höhe von 200 Euro, Ersatzfreiheitsstrafe von 62 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß §§ 368 und 113 Abs. 7 GewO 1994 iVm § 1 Abs. 1 lit. a Sperrzeiten-Verordnung 1978, LGBl. Nr. 73/1977, verhängt.

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat der Bf innerhalb offener Frist Beschwerde erhoben und darin im Wesentlichen ausgeführt, laut dem vom Magistrat ausgestellten Gewerbeschein für das Lokal des Bf am Standort x, x, werde das Gewerbe „Gastgewerbe Café" ausgeübt, für welches die Sperrzeit mit 04.00 Uhr festgelegt sei. Im Gewerbeschein sei keine Einschränkung angeführt. Weil der Bf nur Mieter sei und seitens der Behörde keine Einschränkung am Gewerbeschein vorhanden sei, habe er guten Glaubens von Öffnungszeiten bis 04.00 Uhr ausgehen können. Von der Gewerbebehörde sei an die zuständige Stelle für Betriebsanlagengenehmigungen keine Meldung erstattet worden, dass es Abweichungen zwischen Gewerbeberechtigung und Betriebsanlagengenehmigung gebe. Unabhängig davon seien die neun Personen, welche um 03.00 Uhr anwesend gewesen seien, keine Gäste sondern persönliche Freunde vom Bf. Die Polizei habe das Lokal nicht betreten und habe somit auch nicht feststellen können, ob Getränke konsumiert worden seien.

Es werde daher beantragt, das Straferkenntnis zu beheben.

3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde samt Bezug habenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG Oö.) zur Entscheidungsfindung vorgelegt.

Da sich bereits aus dem vorgelegten Verwaltungsstrafakt der entscheidungswesentliche Sachverhalt klären ließ und die Parteien überdies keinen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt haben, konnte von der Abhaltung einer solchen abgesehen werden.

4. Folgender Sachverhalt ist entscheidungswesentlich:

Der Bf verfügt seit 2. Mai 2012 über die Berechtigung für die Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart „Café" im Standort x, x.

Mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 3. November 1981, GZ: MA 2-Ge-3126-1981, wurde über Ansuchen der Frau x x, x, x, im Grunde des § 193 Abs. 1 Z 3 und 4 GewO 1973 iVm §§ 69 Abs. 3 und 199 Abs. 2 und 3 GewO

1973 festgestellt, dass die Anlage (nach dem Ansuchen der Frau x x: Gasthaus mit Schanigarten) und Einrichtung der Betriebsräume und der allfälligen sonstigen Betriebsflächen unter Bedachtnahme auf die beantragte Betriebsart und die Vorschriften des § 199 Abs. 1 GewO 1973 über die Einrichtung, Ausstattung und Betriebsführung der Gastgewerbebetriebe für eine ordnungsgemäße Gewerbeausübung bei Einhaltung des vorgelegten und genehmigten Einreichplanes und der Beschreibung der Räumlichkeiten vom 1. September 1981 geeignet sind sowie die örtlichen Einrichtungen für den in Aussicht genommenen Gastgewerbebetrieb ausreichen, wenn bestimmte Maßnahmen, die unter Punkt 1. – 14. aufgelistet sind, eingehalten werden.

Am 2. Juli 2016 um 03.00 Uhr erfolgte durch das Stadtpolizeikommando x eine Überprüfung des Lokales in x, x. Im Zuge dieser Überprüfung wurde festgestellt, dass sich im Lokal um 03.00 Uhr noch neun Gäste befunden haben.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich eindeutig aus dem vorgelegten Verwaltungsstrafakt und dem Gewerberegisterauszug, in dem die für den Bf geltende Berechtigung für die Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart „Café" unter der GISA-Zahl x eingetragen ist.

5. Hierüber hat das LVwG Oö. erwogen:

5.1. Gemäß § 368 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 1.090 Euro zu bestrafen ist, wer andere als in den §§ 366 und 367 GewO 1994 genannte Gebote oder Verbote dieses Bundesgesetzes oder der aufgrund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnungen oder der Bescheide, die aufgrund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder aufgrund dieses Bundesgesetzes erlassener Verordnungen ergangen sind, nicht einhält.

Gemäß § 113 Abs. 1 GewO 1994 hat der Landeshauptmann den Zeitpunkt, zu dem gastgewerbliche Betriebe geschlossen werden müssen (Sperrstunde) und den Zeitpunkt, zu dem sie geöffnet werden dürfen (Aufsperrstunde) für die einzelnen Betriebsarten der Gastgewerbe durch Verordnung festzulegen.

Nach § 113 Abs. 7 GewO 1994 haben die Gastgewerbetreibenden die Betriebsräume und die allfälligen sonstigen Betriebsflächen, ausgenommen die der Beherbergung dienenden, während der festgelegten Sperrzeiten geschlossen zu halten. Während dieser Zeit dürfen sie Gästen weder den Zutritt zu diesen Räumen und zu diesen Flächen noch dort ein weiteres Verweilen gestatten und die Gäste auch nicht in anderen Räumen oder auf anderen sonstigen Flächen gegen Entgelt bewirten. Die Gastgewerbetreibenden haben die Gäste rechtzeitig auf den Eintritt der Sperrstunde aufmerksam zu machen; sie haben den Betrieb spätestens zur Sperrstunde zu verlassen.

Gemäß § 1 Abs. 1 Oö. Sperrzeiten-Verordnung müssen Gastgewerbebetriebe, soweit im Folgenden nicht anderes bestimmt ist, spätestens um 02.00 Uhr geschlossen und dürfen frühestens um 06.00 Uhr geöffnet werden.

Nach § 1 Abs. 2 Oö. Sperrzeiten-Verordnung müssen Gastgewerbebetriebe in der Betriebsart Café, Café-Restaurant, Kaffeehaus, Pub und Tanzkaffee spätestens um 04.00 Uhr geschlossen und dürfen frühestens um 06.00 Uhr geöffnet werden.

Gemäß § 193 Abs. 1 GewO 1973 erfordert die Erteilung der Konzession für ein Gastgewerbe neben der Erfüllung der in § 75 Abs. 2 Z 1 angeführten Voraussetzungen:

1. die Erbringung des Befähigungsnachweises;
2. dass die für die beantragte Betriebsart notwendigen Berechtigungen gemäß § 189 Abs. 1 beantragt werden;
3. dass die Anlage und Einrichtung der Betriebsräume und der allfälligen sonstigen Betriebsflächen unter Bedachtnahme auf die beantragte Betriebsart und die Vorschriften des § 199 über die Einrichtung, Ausstattung und Betriebsführung der Gastgewerbebetriebe für eine ordnungsgemäße Gewerbeausübung geeignet sind;
4. [...].

Nach § 199 Abs. 1 GewO 1973 kann der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten - unbeschadet der Bestimmungen der §§ 69 bis 72 – hinsichtlich der im § 192 Abs. 1 Z 1 angeführten Waffengewerbe in Einvernehmen mit dem Bundesminister für Inneres, hinsichtlich der im § 192 Abs. 1 Z 2 angeführten Waffengewerbe auch im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Landesverteidigung, durch Verordnung, die aus Gründen der nationalen Sicherheit und zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit erforderlichen Vorschriften erlassen.

Nach Abs. 2 dieser Bestimmung können Verordnungen gemäß Abs. 1 zum Gegenstand haben:

1. die Beschaffenheit der Betriebsmittel,
2. [...].

Nach Abs. 3 dieser Bestimmung kann die zur Erteilung der Bewilligung gemäß § 206 zuständige Behörde erforderlichenfalls einem Gewerbetreibenden Maßnahmen im Sinne des Abs. 2 mit Bescheid auftragen, wenn diesbezüglich keine Regelung in einer Verordnung gemäß Abs. 1 erlassen worden ist.

Gemäß § 376 Z 14b GewO 1994 gilt die Betriebsanlage eines Gastgewerbes, für das die Konzession gemäß den Bestimmungen der Gewerbeordnung 1973 in der Fassung vor dem Inkrafttreten der Gewerberechtsnovelle 1993, BGBl. Nr. 29/1993, erteilt worden ist im Umfang der Betriebsräume und der

Betriebsflächen, auf die die Gastgewerbekonzession gemäß dem Konzessionserteilungsbescheid lautet, als gemäß § 74 Abs. 2 genehmigte Betriebsanlage. Weiters gilt auch die Betriebsstätte eines Gastgewerbes, für das eine Gast- und Schankgewerbekonzession gemäß den Bestimmungen der vor dem 1. August 1974 in Geltung gestandenen Gewerbeordnung erteilt worden ist, als gemäß § 74 Abs. 2 genehmigte Betriebsanlage und zwar entsprechend den Plänen und Betriebsbeschreibungen, die Bestandteil des Konzessionserteilungsbescheides sind.

5.2. Im angefochtenen Straferkenntnis wird dem Bf vorgeworfen, als Gewerbeinhaber dadurch, dass der Gastgewerbebetrieb in x, x am 2. Juli 2016 um 03.00 Uhr noch betrieben worden sei, gegen § 1 Abs. 1 lit. a der Sperrzeiten-Verordnung 1978, LGBl. Nr. 73/1977, mit der für die Betriebsart „Gasthaus" eine Sperrstunde von 02.00 Uhr festgelegt worden sei, iVm § 368 und § 113 Abs. 7 GewO 1994 verstoßen zu haben.

Begründend wurde ausgeführt, mit der Sperrzeiten-Verordnung 1978 sei für die Betriebsart „Gasthaus" eine Sperrstunde mit 02.00 Uhr festgelegt worden.
Mit dem Betriebsanlagengenehmigungsbescheid vom 3. November 1981, GZ: MA 2-Ge-3126-1981, sei ein Gastgewerbebetrieb in der Betriebsart „Gasthaus" genehmigt worden und sei dieser Betriebsanlagengenehmigungsbescheid hinsichtlich der Betriebsart nie abgeändert worden.

Diese Rechtsansicht kann aus folgenden Gründen nicht geteilt werden:

Unstrittig ist, dass für die in Rede stehende gastgewerbliche Betriebsanlage ein Bescheid gemäß der Bestimmung des § 199 Abs. 2 und 3 der Gewerbeordnung 1973 idF vor dem Inkrafttreten der Gewerberechtsnovelle 1993 erteilt worden ist. Dieser Bescheid bezieht sich auf die gastgewerbliche Betriebsanlage und ihre Einrichtung, nicht jedoch auf die persönliche Berechtigung zur Ausübung des Gastgewerbes.
In Anwendung des § 376 Z 14b GewO 1994 gilt der in Rede stehende Gastgewerbebetrieb auch im Umfang der Betriebsräume und Betriebsflächen, auf die die Gastgewerbekonzession lautet, als gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994 genehmigte Betriebsanlage und stellt sohin einen Betriebsanlagengenehmigungsbescheid dar, der das Lokal als Betriebsanlage und dessen Einrichtungen betrifft, wovon allerdings das persönliche Recht des Bf, nämlich die bestehende Gewerbeberechtigung, zu unterscheiden ist.
Die Sperrzeitenregelung nach der Gewerbeordnung bzw. nach der Sperrzeiten-Verordnung betrifft nämlich das Recht zur Ausübung des Gastgewerbes, also das persönliche Recht, wohingegen die Betriebsanlagengenehmigung ein dingliches Recht darstellt.
Die Berechtigung zur Ausübung des Gastgewerbes ist abhängig von der Gewerbeanmeldung durch den in Betracht kommenden Gewerbeinhaber. Bei der

Gewerbeanmeldung ist auch die jeweilige Betriebsart, in der das Gastgewerbe betrieben werden soll, anzugeben. Dieses persönliche Recht der Gewerbeausübung wird durch den Betriebsanlagengenehmigungsbescheid nicht berührt bzw. abgeändert.

Für den folgenden Fall bedeutet dies, dass mit dem von der belangten Behörde angeführten Bescheid vom 3. November 1981, GZ: MA 2-Ge-3126-1981, im Grunde des § 376 Z 14b GewO 1994 eine Betriebsanlagengenehmigung fingiert wird, die darin aufscheinende Betriebsart jedoch nicht für das persönliche Recht des Bf der Gewerbeausübung von Bedeutung ist.
Die für die Einhaltung der Sperrzeiten-Verordnung bedeutsame Betriebsart bestimmt sich – wie oben ausgeführt – nach der Gewerbeanmeldung.
Vorliegend wurde vom Bf das Gastgewerbe in der Betriebsart „Café" angemeldet, für das nach der Sperrzeiten-Verordnung eine Sperrstunde von 04.00 Uhr gilt.
Ein Betrieb des gegenständlichen Lokals nach 04.00 Uhr wurde jedoch dem Bf nicht vorgeworfen.

Aus den angeführten Sach- und Rechtsgründen war sohin das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Zu II.:

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen

bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bismaier