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

Geschäftszeichen: LVwG-800290/5/Re/LR

Datum: Linz, 7. Dezember 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Reichenberger über die Beschwerde der V F, L, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. S E, L 33b, L, vom 22.12.2017 gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 14.11.2017, GZ: 0002428/2017, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27.11.2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das Straferkenntnis vom 14.11.2017 behoben und das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Es entfallen jegliche Verfahrenskostenbeiträge.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

1. Der Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz hat mit dem Straferkenntnis vom 14.11.2017 über V F, L, eine Geldstrafe in der Höhe von 300 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit derselben eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 28 Stunden, verhängt; dies wegen Übertretung der Gewerbeordnung im Grunde des § 366 Abs. 1 Z 3 iVm §§ 81 und 74 Abs. 2 Z 2 GewO 1994.

Nachstehender Tatvorwurf liegt dem Schuldspruch zu Grunde:
„Die Beschuldigte, Frau V F, geboren am x, wohnhaft: Z 6/3, hat als Gewerbeinhaberin und Betreiberin des Gastlokales im Standort L, Z 6, verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass der straßenseitige Lokalteil (Stüberl) dieser Betriebsanlage an folgenden Tagen über die mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 20.01.1992, Gz 501/SW-442/91B, genehmigte Betriebszeit bis 24:00 Uhr (laut Betriebsbeschreibung) hinaus und somit nach Durchführung einer bewilligungspflichtigen Betriebsanlagenänderung, betrieben wurde, ohne dass die hiefür erforderliche Betriebsanlagenänderungsgenehmigung vorgelegen wäre.
-Am 22.12.2016 wurde das Stüberl noch um 01:41 Uhr betrieben, indem sich noch Gäste im Lokal befanden und Betriebslärm aus dem Lokal hörbar war;
-Am 01.01.2017 wurde das Stüberl noch um 00:30 Uhr betrieben, indem sich noch Gäste im Lokal befanden und Betriebslärm aus dem Lokal hörbar war;

Diese Änderung ist geeignet, Nachbarn durch Lärm (zusätzlich) zu belästigen und unterliegt daher einer Genehmigungspflicht nach § 81 in Verbindung mit § 74 Abs. 2 Z. 2 GewO.“

Begründend wird im Wesentlichen ausgeführt, aus dem Akt gehe hervor, dass das „Stüberl“ der gegenständlichen Betriebsanlage am 22.12.2016 und am 01.01.2017 über die genehmigte Betriebszeit hinaus genehmigt (gemeint wohl: betrieben) worden sei. Diese Änderung der Betriebsanlage sei geeignet, Nachbarn zumindest durch Lärm zu belästigen. Der Sachverhalt sei der Behörde über die von einer Nachbarin im Zeitraum von 29.12.2016 bis 01.01.2017 notierten Beanstandungen mitgeteilt worden. Die Beschwerdeführerin sei dem Tatvorwurf im durchgeführten Verfahren nicht entgegengetreten.

2. Gegen das Straferkenntnis richtet sich die vom anwaltlichen Vertreter der Beschwerdeführerin rechtzeitige eingebrachte Berufung. Darin wird im Wesentlichen vorgebracht, es sei unrichtig, dass am 22.12.2016 um 01:41 Uhr sich noch Gäste im Lokal befunden hätten. Die Angaben würden nur von einer einzigen Nachbarin stammen, andere Nachbarn würden sich nicht beschweren. Die Nachbarin M. Z. würde gegen die Beschwerdeführerin immer wieder mit verschiedenen Vorwürfen auftreten. Die Beschwerdeführerin sei bemüht, alle Auflagen einzuhalten, allen voran die Sperrstunden. Die von der Anzeigenlegerin angeführten besonderen Möbel, welche Lärm erzeugen würden, seien bei einer

Überprüfung durch die Behörde nicht vorgefunden worden. Am 22.12.2016 sei daher die Sperrstunde nicht überschritten worden. Am 01.01.2017 handle es sich um den ersten Tag im neuen Jahr. Hier waren um 00:30 Uhr und auch noch später Gäste anwesend, dies allerdings in Folge einer gesetzlichen Ausnahme nach der Oö. Sperrstundenregelung.
Beantragt wird die Behebung des Straferkenntnisses.

3. Die belangte Verwaltungsstrafbehörde hat diese Beschwerde samt Bezug habenden Verwaltungsakt zur Rechtsmittelentscheidung vorgelegt.
Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.
Es ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, wobei dieses aufgrund der Tatsache, dass die anzuwendenden Bundes- oder Landesgesetze nicht die Entscheidung durch einen Senat vorsehen, durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden hat (§ 2 VwGVG).

4. Die Beweisaufnahme erfolgte durch Akteneinsichtnahme und Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Beschwerdeverhandlung am 27.11.2018, an welcher die Beschwerdeführerin persönlich mit ihrem rechtlichen Vertreter teilnahm und befragt wurde. Weiters wurde Frau M. Z. als Zeugin einvernommen.

5. Erwägungen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich:

5.1. Gemäß § 74 Abs. 1 GewO 1994 ist unter einer gewerblichen Betriebsanlage jede örtlich gebundene Einrichtung zu verstehen, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig zu dienen bestimmt ist.

Gemäß § 81 Abs. 1 GewO 1994 bedarf die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung im Sinne der Bestimmungen der Gewerbeordnung, wenn dies zur Wahrung der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen erforderlich ist.

Gemäß § 1 Abs. 1 der Oö. Sperrzeitenverordnung 2002 in der Fassung BGBl. Nr. 83/2006 müssen Gastgewerbebetriebe spätestens um 02:00 Uhr geschlossen werden und dürfen frühestens um 06:00 Uhr geöffnet werden.

Gemäß § 4 leg.cit. gelten die in den §§ 1 bis 3 festgelegten Sperrzeiten nicht für die Nacht von 31.12. zum 01.01. (Silvesternacht) und für die Nächte vom Faschingssamstag bis zum Morgen des Aschermittwoch.

Gemäß § 376 Z 14b Abs. 1 GewO dient 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 Betriebsflächen, auf die die Gastgewerbekonzession gemäß dem Konzessionserteilungsbescheid lautet, als gemäß § 74 Abs. 2 genehmigte Betriebsanlage. Weiters dient auch die Betriebsstätte eines Gastgewerbes, für das eine Gast- und Schankgewerbekonzession gemäß den Bestimmungen der vor dem 01.08.1974 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 gegenständlichen Fall steht unbestritten fest, dass die vorliegende gastgewerbliche Betriebsanlage im Standort L, Z 6, unter die Übergangsbestimmung des oben zitierten § 376 Z 14b Abs. 1 GewO 1994 fällt und demnach im Umfang der Betriebsräume und Betriebsflächen der Gastgewerbekonzession des Magistrates der Stadt Linz, Bezirksverwaltungsamt, als genehmigt gilt. Dem Verfahrensakt folgend wurde die Konzession entsprechend einem von Frau M D eingereichten Antrag auf Erteilung einer Gasthauskonzession vom 19.07.1949 erteilt, und zwar mit Schreiben des Magistrates der Stadt Linz vom 17.10.1949, GZ: 100-1/5-49, betreffend die Konzession zum Betrieb des Gast- und Schankgewerbes im Standort, L, Z 6.
In Bezug auf vorgeschriebene Betriebszeiten ist dem vorgelegten Verfahrensakt nichts zu entnehmen, vielmehr wurde davon ausgegangen, dass in der zum Zeitpunkt der Konzessionserteilung in Geltung gestandenen Sperrzeitenverordnung das Ende der Sperrstunde für Gasthäuser noch mit 24:00 Uhr bestimmt war.

Auch in der Folge liegen keinerlei bescheidmäßige Erledigungen in Bezug auf das nunmehr verfahrensgegenständliche „Stüberl“ vor, welche auf eine vorgeschriebene oder eingeschränkte Betriebszeit hindeuten. Die einzig vorgeschriebene Betriebszeit bezieht sich auf das im Jahr 1992 eingebaute Café und wurde diese bescheidmäßig mit 22:00 Uhr festgelegt. Der Betrieb des Cafés ist jedoch nicht Gegenstand des gegenständlichen Verfahrens.

5.3. Die belangte Behörde geht bei der Beurteilung des Sachverhaltes in Anwendung der oben zitierten Übergangsbestimmung davon aus, dass die in Rede stehende gastgewerbliche Betriebsanlage (in Bezug auf die zum Zeitpunkt der Konzessionserteilung geltende Sperrzeitenverordnung) mit einer Betriebszeit bis 24:00 Uhr als genehmigt gilt.
Dieser Rechtsansicht kann bereits aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden:

Nach der Systematik der Gewerbeordnung ist zwischen Ausübungsvorschriften hinsichtlich der persönlichen Rechte der Gewerbeausübung und Vorschriften betreffend Betriebsanlagen zu unterscheiden. Die auf der Gewerbeordnung

basierende Sperrzeitenverordnung (auch vor dem InKrafttreten der Gewerberechtsnovelle 1993) ist den Vorschriften über die Gewerbeausübung zuzurechnen. Ein Betriebsanlagengenehmigungsbescheid stellt keine Ausübungsvorschrift für die Ausübung des Gastgewerbes dar, sondern eine dinglich wirkende Genehmigung, welche der jeweiligen Betriebsanlage anhaftet.

Wenn im Spruch des Straferkenntnisses die als genehmigt geltende Betriebsanlage der Beschwerdeführerin als „mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 20.01.1992, Gz 501/SW-442/91B, genehmigte Betriebszeit bis 24:00 Uhr (laut Betriebsbeschreibung)“ bezeichnet, so kann dies mit der oben zitierten Rechtslage nicht in Einklang gebracht werden.

Der zitierte Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 20.01.1992 bezieht sich auf den Einbau eines Cafés in die bestehende Betriebsanlage und schreibt als Betriebszeit lediglich einen Zeitraum, endend mit 22:00 Uhr, für den Betriebsteil „Café“ vor. Vorschreibungen für die übrige bestehende gastgewerbliche Betriebsanlage, insbesondere für den verfahrensgegenständlichen Betriebsanlagenteil „Stüberl“, finden sich darin nicht.
Daran ändern kann auch nichts die offensichtlich als Betriebsbeschreibung bezeichnete Antragstellung für diese Anlagenänderung aus dem Jahre 1992. Allein die dortige Zitierung einer bestehenden Betriebszeit von 24:00 Uhr im Jahre 1992 hat keinen Einfluss auf die Auswirkungen der Übergangsbestimmung des § 376a GewO 1994 zum Beurteilungszeitpunkt im Jahre 1994. Anders lautende Betriebsbeschreibungen liegen nicht vor.

5.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich kommt bei der Beurteilung der vorliegenden aktuellen und historischen Unterlagen, auch unter Beachtung der mündlichen Ausführungen der Verfahrensparteien im Rahmen der durchgeführten mündlichen Verhandlung am 27.11.2018, zum Ergebnis, dass die verfahrensgegenständliche Betriebsanlage grundsätzlich als genehmigte Betriebsanlage anzusehen ist, dies zunächst im Grunde der Bestimmung des § 376 Z 14a Abs. 1 GewO 1994 im Umfang der Betriebsräume und der Betriebsflächen, auf die die Gastgewerbekonzession gemäß Konzessionserteilung lautet. Eine in diesem Zusammenhang erfolgte Vorschreibung von Betriebszeiten konnte in diesem Verfahren nicht festgestellt werden. In diesen Fällen sind die Vorgaben der jeweiligen Sperrzeitenregelungen maßgeblich. Werden solche laut Verordnung vorgegebenen Sperrzeiten nicht eingehalten, so stellt dies eine Übertretung der Sperrzeitenverordnung, zu ahnden nach der Strafbestimmung des § 368 GewO 1994, dar.
Lediglich für den Betriebsteil „Café“ konnten im gegenständlichen Verfahren betriebsanlagenrechtlich vorgeschriebene Betriebszeiten festgestellt werden. Lediglich eine Überschreitung dieser Betriebszeiten, welche jedoch im gegenständlichen Fall nicht vorliegt, wäre nach § 366 Abs. 1 Z 3 iVm § 81 und § 74 GewO 1994 wegen Änderung einer genehmigten Betriebsanlage ohne

Änderungsgenehmigung zu bestrafen.

5.5. Aus den angeführten Gründen kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass durch den Betrieb des „Stüberls“ im Standort L, Z 6, eine konsenslose Änderung der Betriebsanlage erfolgt ist und war demgemäß das gegenständliche Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

6. Aufgrund der Behebung des Straferkenntnisses und der Einstellung des Verfahrens entfallen jegliche Verfahrenskosten.

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 diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reichenberger

.