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-800315/10/MS

Datum:
Linz, 20. November 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde der S M, x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 25. Juli 2018, GZ: Ge96-47-2018-Bd/Gu, wegen Übertretung der Gewerbeordnung nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und das bekämpfte Straferkenntnis behoben.

II. Die Beschwerdeführerin hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

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. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung (im Folgenden: belangte Behörde) vom 25. Juli 20178, GZ: Ge96-47-2018-Bd/Gu, wurde über Frau M S (im Folgenden: Beschwerdeführerin) wegen der Verwaltungsübertretung nach der Gewerbeordnung eine Geldstrafe von 500 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 40 Stunden) verhängt und ihr Folgendes zur Last gelegt:

„Sie sind seit 01.06.2014 im Besitz des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs. 1 Z. 2 GewO 1994 in der Betriebsart eines Cafes in x, x, und haben es als Gewerbeinhaberin zu vertreten, dass am 02.03.2018 um 22:50 Uhr die mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 10.03.2008, Ge20-67-20-2007-Sg/Hd, genehmigte Betriebsanlage nach einer Änderung ohne die dafür erforderliche Genehmigung betrieben wurde.

Sie haben es als Verantwortliche des Gastgewerbebetriebes A Cafe in x, x, welches in der Betriebsart eines Cafes eine behördliche festgesetzte Sperrstunde von 22:00 Uhr einzuhalten hat, unterlassen, dafür zu sorgen, dass die Gäste zu den u.a. Zeiten das Lokal zur Sperrstunde verlassen haben, obwohl der Gastgewerbebetreibende die Betriebsräume und die allfälligen sonstigen Betriebsflächen, ausgenommen die der Beherbergung dienenden, während eines Zeitraumes zwischen den für den jeweiligen Gastbetrieb festgelegten Sperr- und Aufsperrzeiten geschlossen zu halten hat. Während dieser Sperrzeit darf er Gäste weder den Zutritt zu diesen Räumen noch dort ein weiteres Verweilen gestatten und die Gäste auch nicht in anderen Räumen oder auf anderen sonstigen Flächen gegen Entgelt bewirten. Der Gastgewerbetreibende hat die Gäste rechtzeitig auf den Eintritt der Sperrstunde aufmerksam zu machen, sie haben den Betrieb spätestens zur Sperrstunde zu verlassen.

Zum angeführten Zeitpunkt haben sich 4 Gäste im Lokal aufgehalten und haben ihre Getränke konsumiert. Der Zugang zum Lokal war offen.

Sie sind dafür verantwortlich, dass am 02.03.2018 um 22:50 die Sperrstunde im Lokal nicht eingehalten wurde. Das Lokal war zu den angeführten Zeiten geöffnet.

Durch das Betreiben des Cafes zu der angeführten Zeit nach 22:00 Uhr haben Sie eine genehmigte Betriebsanlage ohne die dafür erforderliche Genehmigung nach einer Änderung betrieben. Dies deshalb, da Änderungen, die geeignet sind, Nachbarn durch Lärm zu belästigen, genehmigungspflichtig sind.“

Begründend stützt sich die belangte Behörde auf die Anzeige der Polizeiinspektion G vom 6. März 2018 und nimmt die dort angeführte Verwaltungsübertretung als erwiesen an und wertet die rechtfertigenden Angaben der Beschwerdeführerin als Schutzbehauptung.

Gegen dieses Straferkenntnis, das der Beschwerdeführerin am 6. August 2018 zugestellt worden ist, hat diese mit E-Mail-Eingabe vom 23. August 2018 rechtzeitig Beschwerde erhoben und begründend ausgeführt, es hätten sich am

2. März 2018 um 22.50 Uhr neben ihr nur noch die Kellnerin und ihr Lebensgefährte im Lokal befunden und habe zu dieser Zeit niemand mehr Getränke konsumiert und seien sie dabei gewesen das Lokal zu verlassen. Die Polizei habe den Raum, in dem sich die Personen aufgehalten haben, nicht betreten und sei es daher verwunderlich, dass diese Angaben machen könnten, wie viele Personen da gewesen seien.

Mit Schreiben vom 13. September 2018 legte die belangte Behörde die ggst. Beschwerde unter gleichzeitiger Übermittlung des Verfahrensaktes dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor und beantragte der Beschwerde nicht stattzugeben.
Von der Möglichkeit der Beschwerdevorentscheidung wurde kein Gebrauch gemacht.
Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art. 130 Abs. 1 Z 1 iVm 131 Abs. 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art. 135 Abs. 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

II. Beweis wurde erhoben durch die Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt sowie durch die Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung am 6. November 2018, an der die Beschwerdeführerin selbst teilnahm. Ein Vertreter der belangten Behörde blieb der Verhandlung unter Angabe von Gründen fern.
In der mündlichen Verhandlung wurden GI J und BI J H als Zeugen einvernommen.
Beigeschafft wurde vom Verwaltungsgericht der Genehmigungsbescheid zu Ge20-67-20-2007.

Es liegt folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt vor:
Die Beschwerdeführerin ist Betreiberin des Cafe im Standort x, x.
Mit Bescheid der belangten Behörde vom 10. März 2008, GZ: Ge20-67-20-2007, wurde für die bestehende Betriebsanlage eine Änderung dahingehend genehmigt, als die Betriebszeiten für das Cafe auf 8.00 bis 22.00 Uhr ausgedehnt wurden und darüber hinaus ein Gastgarten mit Betriebszeiten von 8.00 bis 20.00 Uhr betrieben werden soll.

Am 2. März 2018 führten zwei Beamte der PI G im ggst. Cafe aufgrund einer Beschwerde um 22.50 Uhr eine Kontrolle durch und stellten fest, dass noch drei oder vier Personen im Cafe anwesend waren und laute Musik aufgedreht war. Die Beschwerdeführerin hat sich im Lokal aufgehalten.
Der Eingang zum Lokal war unversperrt.

Zur Frage, ob es sich bei dem im Lokal anwesenden Personen um Gäste gehandelt hat ist Folgendes festzuhalten:
Die Beschwerdeführerin gab sowohl in der Beschwerde als auch in der Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich an, es hätten sich zum fraglichen Zeitpunkt keine Gäste mehr im Lokal aufgehalten, sondern es wären nur sie, die Kellnerin und ihr Lebensgefährte anwesend gewesen. Sie alle hätten etwas zu besprechen gehabt und hätten sich im zweiten Gastraum, dem Raucherraum aufgehalten, der an den durch den Lokaleingang erreichbaren Nichtraucherraum anschließt, jedoch von diesem durch eine räumliche Trennung abgetrennt worden ist. Im Nichtraucherbereich habe sich, wie üblich, niemand aufgehalten. Der Raucherbereich sei vom Nichtraucherbereich bzw. vom Eingangsbereich des Lokales her nicht einsehbar.

Die beiden einvernommenen Zeugen geben übereinstimmend an, im Zeitpunkt der Kontrolle hätten sich mehrere Personen, wahrscheinlich 2 bis 3 in jenem Raum, welcher über die Eingangstür erreichbar ist an einem Tisch aufgehalten, der sich entweder rechts von der Bar oder im Bereich hinter der Bar befindet. Beide Zeugen haben keine Erhebungen durchgeführt, um wen es sich bei diesen Personen gehandelt hat bzw. ob es sich um Gäste gehandelt hat.

Dass das Lokal noch frei zugänglich war im Sinne, dass es unversperrt war, wurde nicht bestritten. Bestritten wurde das Verabreichen von Getränken nach 22.00 Uhr und der Aufenthalt von Gästen.

Aus dem vorliegenden Ergebnis des durchgeführten Ermittlungsverfahrens im behördlichen Strafverfahren als auch aus dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich kann nicht zwingend abgeleitet werden, dass es sich bei den neben der Beschwerdeführerin anwesenden Personen im Cafe in x, x, anwesenden Personen um Gäste des Lokales gehandelt hat, da der Umstand, es wären Gäste am 2. März 2018 um 22.50 Uhr im Cafe anwesend gewesen, von der Beschwerdeführerin sowohl in der Beschwerde als auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bestritten wurde und die beiden einvernommenen Zeugen übereinstimmend angegeben hatten, keine Ermittlungen dahingehend durchgeführt zu haben, ob es sich bei den im fraglichen Zeitpunkt im Lokal anwesenden Personen um Gäste gehandelt hat.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:
Gemäß § 366 Abs. 1 Z 3 GewO begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3.600 € zu bestrafen ist, wer eine genehmigte Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung ändert oder nach der Änderung betreibt (§§ 81f).

Gemäß § 81 Abs. 1 GewO bedarf, wenn es zur Wahrung der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen erforderlich ist, auch die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung im Sinne der vorstehenden Bestimmungen. Diese Genehmigung hat auch die bereits genehmigte Anlage so weit zu umfassen, als es wegen der Änderung zur Wahrung der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen gegenüber der bereits genehmigten Anlage erforderlich ist.

Der Beschwerdeführerin wurde vorgeworfen, die mit Bescheid vom 10. März 2008, GZ: Ge20-67-20-2007, auf der Grundlage von § 359b GewO genehmigten Betriebsanlage, in geänderter Form betrieben zu haben, da das Cafe am 2. März 2018 um 22.50 Uhr in Betrieb gewesen war, obwohl im zitierten Bescheid die Betriebszeit für das Cafe von 8.00 bis 22.00 Uhr gewerbebehördlich genehmigt worden war und für das Betreiben danach keine gewerbebehördliche Genehmigung vorliegt.

Wie unter II. festgestellt, liegt für die ggst. Betriebsanlage eine gewebebehördliche Genehmigung, ausgestellt von der belangten Behörde, mit Bescheid vom 10. März 2008 vor und ist entsprechend dieser Genehmigung das Ende der Betriebszeit mit 22.00 Uhr in der Betriebsbeschreibung angegeben.

Im vorliegenden Fall findet sich die Regelung der zulässigen Betriebszeiten nicht in einer im Genehmigungsbescheid vorgeschriebenen Auflage, sondern in der in den Spruch dieses Bescheides aufgenommenen Betriebsbeschreibung. Dadurch, dass diese Betriebszeitenregelung in die Betriebsbeschreibung Eingang fand, erlangte sie insofern normativen Charakter, als damit der Betrieb dieser Betriebsanlage nur im Rahmen der genannten Betriebszeiten genehmigt ist. Damit stellt sich aber jeder Betrieb dieser Betriebsanlage außerhalb der genehmigten Betriebszeiten als eine Änderung der genehmigten Betriebsanlage dar, die bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 81 Abs. 1 GewO 1994 der Genehmigung nach dieser Gesetzesstelle bedarf und, sofern eine solche Genehmigungspflicht gegeben ist, eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 darstellt (Hinweis E 17.2.1987, 85/04/0191, und E 27.6.1989, 89/04/0031).

Voraussetzung für die Strafbarkeit ist daher ein Betrieb der über die bescheidmäßig genehmigte Betriebszeit hinausgeht.
Ein Betrieb in einer gastgewerblichen Betriebsanlage findet üblicherweise dadurch statt, dass an sich darin befindlichen Gästen Speisen und Getränke verabreicht werden bzw. Gästen der Aufenthalt in der Betriebsanlage gewährt wird bzw. der Aufenthalt außerhalb der genehmigten Betriebszeiten nicht untersagt wird.

Unbestritten hielten sich nach 22.00 Uhr, genauer um 22.50 Uhr, am 2. März 2018 noch Personen im ggst. gastgewerblichen Betrieb in x, x, auf.

Ob es sich dabei auch um Gäste des ggst. Cafe gehandelt hat, konnte wie unter II. dargelegt, nicht mit der für ein Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, sodass das Strafverfahren nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ gemäß § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG einzustellen ist.

IV. 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. Süß