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-851055/2/Wg

Datum:
Linz, 12. Juli 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Weigl über die Beschwerde des E H, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. G und Dr. M H, X, X, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 23. Mai 2018, GZ: BHBRBA-2018-74443/20, betreffend Untersagung des Betriebes eines Gastgartens nach § 76a Abs. 4 Gewerbeordnung (GewO)

zu Recht:

I. Der bekämpfte Bescheid wird behoben.

II. 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. Sachverhalt

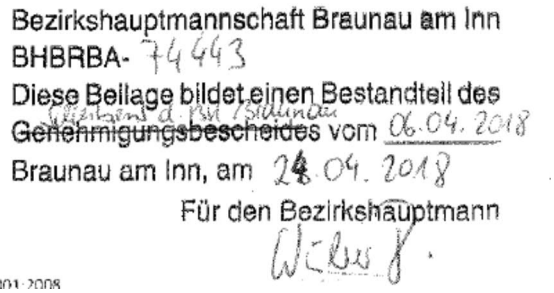
1. Der Beschwerdeführer (Bf) betreibt im Standort X, X, ein Cafe. Mit Schreiben vom 3. März 2018 (eingelangt am 6. März 2018) zeigte er bei der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn (BH) unter Vorlage entsprechender Projektsunterlagen die Errichtung und den Betrieb eines Gastgartens mit zwei Tischen und insgesamt acht Sitzplätzen im überdachten Eingangsbereich seines Cafehauses an. Der Gastgarten befindet sich auf Privatgrund, jedoch angrenzend an öffentliches Gut (Gehsteig). Entsprechend den Projektsunterlagen dient der Gastgarten ausschließlich der Verabreichung von Speisen und dem Ausschank von Getränken und wird darin lauteres Sprechen als der übliche Gesprächston der Gäste, Singen und Musizieren vom Gastgewerbetreibenden untersagt, wobei auf dieses Verbot durch Anschläge dauerhaft hingewiesen wird. Die Öffnungszeiten wurden mit 08.00 Uhr bis 22.00 Uhr angegeben. Seitens des gewerbetechnischen Amtssachverständigen (ASV) wurde hierzu in seiner gutachtlichen Stellungnahme vom 19. März 2018 festgestellt, dass bei anzeigegemäßer Umsetzung des Gastgartens davon ausgegangen werden kann, dass die im § 74 Abs. 2 GewO genannten Interessen hinreichend geschützt werden und Belastungen der Umwelt (§ 69a GewO) vermieden werden (Anzeige samt Beilage, Schreiben des ASV vom 19. März 2018, Behördenakt, Begründung des bekämpften Bescheides).

2. Das Arbeitsinspektorat (AI) teilte der BH mit Schreiben vom 4. April 2018 mit, dass keine Auflagen im Sinne des Arbeitnehmerschutzes erforderlich sind. Mit Schreiben vom 6. April 2018 teilte die BH dem Bf schließlich mit, seitens der Behörde bestünden gegen die Inbetriebnahme des Gastgartens keine Bedenken (Schreiben AI und BH, Behördenakt).

3. In weiterer Folge beschwerte sich eine Nachbarin bei der Polizeiinspektion X (PI) über eine Lärmerregung durch Gäste des Cafes des Bf. Am 8. April 2018 sei es zu einem ersten Vorfall gekommen. Die Nachbarinnen S und W sagten vor der BH als Zeuginnen aus, es würde durch die Gäste im Gastgarten immer wieder eine ungebührliche Lärmerregung hervorgerufen. Die Gäste würden derart lautstark gröhlen und schreien, dass dies mit Sicherheit keinen üblichen Gesprächston der Gäste darstelle, sondern weit darüber hinausgehe bzw. lauter gesprochen werde als der übliche Gesprächston (Bericht und Aktenvermerk der PI vom 8. April 2018 und vom 13. Mai 2018, E-Mails vom 22. April 2018 und vom 1. Mai 2018, Niederschriften vom 9. Mai 2018, Behördenakt).

4. Mit Schreiben vom 24. April 2018 (Subzahl 10) informierte die BH den Bf über ihre Absicht, den Betrieb gemäß § 76a Abs. 4 GewO zu untersagen. Mit einem weiteren Schreiben vom 24. April 2018 (Subzahl 11) wurde dem Bf im Nachhang

zum bereits erwähnten Schreiben vom 6. April 2018 „die mit dem Genehmigungsvermerk versehene Projektsausfertigung B“ übermittelt. Ausfertigung A (Bestandteil der Anzeige nach § 76a GewO) befindet sich im Behördenakt und weist folgenden Vermerk auf:


Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn
BHBRBA- 74443
Diese Beilage bildet einen Bestandteil des
Genehmigungsbescheides vom 06.04.2018
Braunau am Inn, am 24.04.2018
Für den Bezirkshauptmann
ISO 9001:2008

(Behördenakt).

5. Der Bf gab mit Schreiben vom 4. Mai 2018 eine Stellungnahme ab. Daraufhin erließ die BH den bekämpften Bescheid mit folgendem Spruch: „Es wird festgestellt, dass von Herrn E H, X, X, beim Betrieb des Gastgartens mit 2 Tischen und insgesamt 8 Sitzplätzen im überdachten Eingangsbereich des Cafehauses im Standort X, X, die Voraussetzungen gemäß § 76a Abs. 1 Ziffer 3 GewO nicht eingehalten werden und wird daher folgendes vorgeschrieben: Der Betrieb des Gastgartens ist unverzüglich einzustellen und sind die beiden Tische und 8 Stühle zu entfernen.“ Als Rechtsgrundlage wird die Bestimmung des § 76a Abs. 4 GewO angegeben. Begründend führt die BH aus, entgegen den Angaben im Projekt habe der Bf laut den glaubwürdigen Aussagen der Zeuginnen S und W wiederholt die Voraussetzungen des § 76a Abs. 1 GewO nicht eingehalten, zumal die Gäste des Gastgartens lauter als der übliche Gesprächston der Gäste gesprochen hätten und dies vom Bf bzw. seinen Angestellten nicht untersagt worden sei (Behördenakt).

6. In der dagegen erhobenen Beschwerde beantragt der Bf, den angefochtenen Bescheid ersatzlos zu beheben, in eventu den Bescheid als rechtswidrig aufzuheben und der erstinstanzlichen Behörde die neuerliche Entscheidung aufzutragen. Der Bf bringt vor, er habe den Gastgarten unter vollster Wahrung der Bestimmung des § 76a GewO geführt, sodass es keinerlei Grund für die Schließung des Gastgartens gebe. Er beantragte die Einvernahme näher genannter Beamter der PI sowie einer seiner Angestellten (Behördenakt).

7. Die BH legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich den Verfahrensakt zur Entscheidung vor und ersuchte, die Teilnahme an der Verhandlung mittels Videokonferenz zu ermöglichen (Behördenakt).

II. Beweiswürdigung

Der relevante Sachverhalt (I.) beschränkt sich auf die Zusammenfassung des Verfahrensablaufes, wie er im vorliegenden Verfahrensakt dokumentiert ist. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich trifft zu der strittigen Frage, ob sich

Gäste zu näher genannten Zeitpunkten im April/Mai 2018 lauter als im üblichen Gesprächston unterhalten haben, keine Feststellung, da es darauf in rechtlicher Hinsicht nicht ankommt.

III. Rechtliche Beurteilung

1. Eine Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs. 2 Z 1 VwGVG entfallen, da bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der Bescheid zu beheben ist.

2. Die maßgebliche Rechtsvorschrift des § 76a GewO lautet:

(1) Für Gastgärten, die sich auf öffentlichem Grund befinden oder an öffentliche Verkehrsflächen angrenzen, ist für die Zeit von 08.00 Uhr bis 23.00 Uhr keine Genehmigung erforderlich, wenn

1. sie ausschließlich der Verabreichung von Speisen und dem Ausschank von Getränken dienen,
2. sie über nicht mehr als 75 Verabreichungsplätze verfügen,
3. in ihnen lauteres Sprechen als der übliche Gesprächston der Gäste, Singen und Musizieren vom Gastgewerbetreibenden untersagt ist und auf dieses Verbot hinweisende Anschläge dauerhaft und von allen Zugängen zum Gastgarten deutlich erkennbar angebracht sind, und
4. auf Grund der geplanten Ausführung zu erwarten ist, dass die gemäß § 74 Abs. 2 wahrzunehmenden Interessen hinreichend geschützt sind und Belastungen der Umwelt (§ 69a) vermieden werden; eine wesentliche Beeinträchtigung des Verkehrs im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 4 ist jedenfalls nicht zu erwarten, wenn der Gastgarten gemäß § 82 Straßenverkehrsordnung 1960 - StVO 1960, BGBl. Nr. 159/1960, in der jeweils geltenden Fassung, bewilligt ist.

(2) Für Gastgärten, die sich weder auf öffentlichem Grund befinden noch an öffentliche Verkehrsflächen angrenzen, ist für die Zeit von 09.00 Uhr bis 22.00 Uhr keine Genehmigung erforderlich, wenn die Voraussetzungen gemäß Abs. 1 Z 1 bis Z 4 sinngemäß erfüllt sind.

(3) Der Betrieb eines Gastgartens im Sinne des Abs. 1 oder des Abs. 2 ist der Behörde vorher anzuzeigen. Dieser Anzeige sind Unterlagen im Sinne des § 353 Z 1 lit. a bis lit. c in vierfacher Ausfertigung anzuschließen.

(4) Sind die Voraussetzungen gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 nicht erfüllt, so hat die Behörde unbeschadet eines Verfahrens nach §§ 366 ff dies festzustellen und den Betrieb des Gastgartens zu untersagen. Die Behörde hat diesen Bescheid spätestens drei Monate nach Einlangen der Anzeige samt Unterlagen zu erlassen.

(5) Wenn die in Abs. 1 oder Abs. 2 angeführten Voraussetzungen wiederholt nicht eingehalten werden, hat die Behörde den Gastgarteninhaber mit Verfahrensanordnung zur Einhaltung der Voraussetzungen aufzufordern. Kommt der Gewerbetreibende dieser Aufforderung nicht nach, so hat die Behörde mit Bescheid die

Schließung des Gastgartens zu verfügen. § 360 Abs. 4 letzter Satz und Abs. 5 sind sinngemäß anzuwenden.
(6) Mit Erteilung einer Genehmigung gemäß § 81 treten Bescheide gemäß Abs. 4 oder Abs. 5 außer Wirksamkeit.
(7) Gastgärten, die im Sinne des Abs. 1 Z 1 bis Z 4, jedoch über die in Abs. 1 oder Abs. 2 angeführten Zeiten hinaus betrieben werden, bedürfen einer Genehmigung, wenn es zur Wahrung der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen erforderlich ist.
(8) Auf Gastgärten, die im Sinne des Abs. 1 oder Abs. 2 betrieben werden, sind die §§ 79 und 79a mit der Maßgabe anzuwenden, dass Auflagen und Einschränkungen der Betriebszeit zugunsten von Nachbarn im Sinne des § 75 Abs. 2 und 3 nur soweit vorzuschreiben sind, als diese notwendig sind.
(9) Die Gemeinde kann mit Verordnung abweichende Regelungen betreffend die in Abs. 1 und Abs. 2 festgelegten Zeiten für solche Gebiete festlegen, die insbesondere wegen ihrer Flächenwidmung, ihrer Verbauungsdichte, der in ihnen bestehenden Bedürfnisse im Sinne des § 113 Abs. 1 und ihrer öffentlichen Einrichtungen, wie Krankenhäuser, Altersheime, Bahnhöfe, Theater, Sportplätze und Parks, diese Sonderregelung rechtfertigen. Im Besonderen kann in der Verordnung auch in Gebieten mit besonderen touristischen Einrichtungen oder Erwartungshaltungen (Tourismusgebiete) eine Zeit insbesondere bis 24.00 Uhr als gerechtfertigt angesehen werden.

3. Bei der Beurteilung nach § 76a Abs. 4 GewO kommt es auf den Zeitpunkt der Anzeige an:

Eine bescheidmäßige Kenntnisnahme der Anzeige im Sinne des § 81 Abs. 3 in Verbindung mit § 345 Abs. 6 GewO 1994 ist nicht vorgesehen, die Anzeige bildet demnach auch keinen Bestandteil des Genehmigungsbescheides. Die Behörde hat jedoch die Pflicht, die Anzeige zu prüfen und, sofern die Voraussetzungen des Abs. 1 oder des Abs. 2 nicht erfüllt sind, den Betrieb des Gastgartens zu untersagen. Die dafür vorgesehene Dreimonatsfrist soll erst zu laufen beginnen, wenn die Anzeige und die Unterlagen vollständig sind. Nach Verstreichen dieser Frist ist eine behördliche Untersagung des Betriebes des Gastgartens nicht zulässig; gegebenenfalls kommen Maßnahmen gemäß Abs. 5 oder Abs. 8 in Betracht (EB 6. GewONov 2010; Gruber/Paliege-Barfuß, GewO[7] § 76a (Stand 1.3.2015, rdb.at) RZ 10). Ein Betreiber erlangt nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 76a Abs. 1 bzw. Abs. 2 GewO 1994 den Rechtsvorteil der Genehmigungsfreistellung für den Betrieb des Gastgartens. Liegen bei einem angezeigten Projekt diese gesetzlichen Voraussetzungen nicht vor, so kann für dieses Projekt die ex lege vorgesehene Erlaubnis zum Betrieb nicht entstehen. Daran kann auch eine unterbliebene Untersagung durch die Gewerbebehörde nichts ändern. Da das Gesetz hinsichtlich der Prüfung der Erlaubtheit auf den Zeitpunkt der Anzeige des Gastgartens abstellt, kommt es für diese auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Anzeige an (VwGH Ra 2014/04/0005).

Die Prognose im Sinne des § 76a Abs. 4 iVm § 76a Abs. 1 Z 4 erfolgt innerhalb einer dreimonatigen Frist „auf Grund der geplanten Ausführung“. Maßgeblich sind folglich die Projektsunterlagen.

4. Ergebnis:

Laut den Angaben der Anzeige ist im Gastgarten lauteres Sprechen als der übliche Gesprächston der Gäste, Singen und Musizieren vom Gastgewerbetreibenden untersagt und sind auf dieses Verbot hinweisende Anschläge dauerhaft und von allen Zugängen zum Gastgarten deutlich erkennbar angebracht (§ 76a Abs. 1 Z 3 GewO). Seitens des gewerbetechnischen ASV wurde in der gutachtlichen Stellungnahme vom 19. März 2018 festgestellt, dass bei anzeigegemäßer Umsetzung des Gastgartens davon ausgegangen werden kann, dass die im § 74 Abs. 2 GewO genannten Interessen hinreichend geschützt werden und Belastungen der Umwelt (§ 69a GewO) vermieden werden (§ 76a Abs. 1 Z 4 GewO, § 52 Abs. 1 AVG). Die BH hat die Ergebnisse der nach § 76a Abs. 4 GewO gebotenen Beurteilung im Schreiben vom 6. April 2018 zusammengefasst (Punkt I.2.). Da bei der nach § 76a Abs. 4 GewO gebotenen Beurteilung zum Zeitpunkt der Anzeige die Voraussetzungen nach § 76a Abs. 1 GewO als gegeben anzusehen sind, war der bekämpfte Bescheid bereits auf Grund der Aktenlage ohne Durchführung einer Verhandlung zu beheben.

Soweit sich die BH auf Anzeigen bezieht, wonach Gäste nach Einlangen der Anzeige zu konkret bezeichneten Zeitpunkten im April/Mai 2018 gelärmt hätten, ist festzuhalten: Bei der gemäß § 76a Abs. 4 GewO gebotenen Beurteilung ist, wie schon erwähnt, davon auszugehen, dass der in den Projektsunterlagen beschriebene Gastgarten unter Einhaltung der Vorgaben des § 76a Abs. 1 GewO betrieben werden kann. Ein umsichtiger Gewerbetreibender (§ 1299 ABGB) ist gemäß dem Privatrecht verpflichtet, unter Umständen gewisse zumutbare Vorkehrungen zu treffen, ohne dass es dazu einer ausdrücklichen behördlichen Vorschreibung bedarf (vgl. OGH 1Ob47/15s). Die zivilrechtliche Beurteilung ändert nichts daran, dass die Behörde nur auf Grundlage einer ausdrücklichen verwaltungsrechtlichen Ermächtigung einschreiten darf. Ob z.B. ein (weiteres) Vorgehen nach § 76a Abs. 5 oder Abs. 8 GewO gerechtfertigt ist, war im gegenständlichen - auf die Untersagung im Sinne des § 76a Abs. 4 GewO beschränkten - Beschwerdeverfahren nicht zu beurteilen.

Allgemein gilt: Bei einem verwaltungspolizeilichen Einschreiten (also auch nach § 76a Abs. 5 oder Abs. 8 GewO) ist der Durchführung von Messungen - soweit diese möglich sind - grundsätzlich der Vorrang vor lärmtechnischen Berechnungen einzuräumen (zu Messungen im verwaltungspolizeilichen Verfahren vgl. Gruber/Paliege-Barfuß, GewO[7] § 360 RZ 28). „Grundsätzlich“ bedeutet, dass diese Verpflichtung nicht allgemein besteht, sobald eine Messung (technisch) möglich ist, allerdings kann nur in Ausnahmefällen davon abgesehen werden. Ob ein

solcher Ausnahmefall vorliegt, ist auf sachverständiger Grundlage fallbezogen in schlüssiger Weise darzulegen. Bei Unterlassen einer technisch möglichen Messung bedarf es jedenfalls sachverständiger Ausführungen dazu, warum nach dem Stand der Technik und der Wissenschaften ein Messergebnis, das zu einer abweichenden Beurteilung führen könnte, ausgeschlossen werden kann (VwGH Ra 2015/04/0053, Ra 2017/04/0026, ständige Rechtsprechung). Im Fall GZ: LVwG-800125/18/Wg, LVwG-800139/13/Wg (Anzeige durch geschulte Beamte) reichten nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich die dienstlichen Wahrnehmungen der MeldungslegerInnen aus, um auf die Überschreitung normaler Sprachlautstärke schließen zu können.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da die Rechtslage durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geklärt ist:

- zur Bestimmung des § 76a GewO: VwGH Ra 2014/04/0005

Rechtsmittelbelehrung

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.

Hinweis

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Weigl