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-851835/2/MS

Datum:
Linz, 14. März 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde der E GmbH, vertreten durch Dr. R S, x, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 17. Jänner 2023, GZ: 0161004/2022 BBV N, BBV/N 227083 betreffend die Vorschreibung zusätzlicher Auflagen

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und der mit Beschwerde bekämpfte Bescheid aufgehoben.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

Mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) wurde wie folgt abgesprochen:
„Der E GmbH, vertreten durch Dr. R S, werden als Verpflichteter für die nachstehende gewerbliche Betriebsanlage folgende zusätzliche Auflagen vorgeschrieben.

Art und Umfang der Anlage:	Cafe mit Musikanlage, 30 Verabreichungsplätzen, Entlüftung und Kühlraum mit einer Betriebszeit von täglich 09.00 Uhr bis 04.00 Uhr
Verkehrsfläche:	L, x
Grundstücksnummer:	x
Katastralgemeinde:	Linz

Datum des Betriebsanlagengenehmigungsbescheides: 12.11.1985, GZ: 501/O-341/85
Datum des Bescheides zur Genehmigung der Änderung der Betriebsanlage. 1.2.2006, GZ: 501/N051170D

Auflagen:
Umwelttechnik:

1) Die Musikanlage (Videoanlage, TV-Gerät) darf nur auf Hintergrundlautstärke betrieben werden. Dies ist jedenfalls gewährleistet, wenn der durch die Musikanlage verursachte, A-bewertete energieäquivalente Dauerschallpegel 58 dB gemessen als Innenpegel, über das leere Lokal gemittelt, nicht übersteigt.
2) Die Musikanlage ist mittels geeigneter Maßnahmen so einzustellen, dass die in Auflage 1 geforderte Lautstärke nicht unbefugt und unabsichtlich überschritten werden kann.
3) Vom Betreiber ist die Einstellung der Musiklautstärke samt qualifizierten Nachweis über die Art und Weise der Lautstärken Ein- und Sicherstellung durch eine fachkundige Stelle zu veranlassen. Der Nachweis ist der Behörde vorzulegen.

Erfüllungsfrist:
Vier Wochen nach Rechtskraft dieses Bescheides.

Rechtsgrundlagen in der jeweils gültigen Fassung:
§§ 79 Abs. 1, § 79a Abs. 1 und 3, 333 Gewerbeordnung 1994“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, es habe sich nach Genehmigung der fraglichen Anlage ergeben, dass die nach § 74 Abs. 2 GewO geschützten Interessen trotz Einhaltung der im Genehmigungs- bzw. im Betriebs-bewilligungsbescheid vorgeschriebenen Auflagen nicht hinreichend geschützt seien.

Gegen diesen Bescheid, der der Beschwerdeführerin am 3. Februar 2023 zugestellt worden ist, richtet sich die mit E-Mail vom 20. Februar 2023 eingebrachte Beschwerde, in der begründend vorgebracht wurde, die Beschwerdeführerin würde

das Lokal seit Juni 2022 betreiben und habe der Barchef zu Beginn versucht, durch etwas zu laute Musik die Gäste anzulocken, was jedoch mit der Geschäftsführung nicht abgestimmt gewesen sei und in der Folge auch eingestellt und untersagt worden wäre. Es habe seit Monaten keine Beschwerde mehr gegeben und sei auch der besagte Barchef nicht mehr bei ihnen beschäftigt.

Eine Reduktion der Lautstärke auf 58 dB würde das Aus des Betriebes bedeuten, da das Lokal in der Zwischenzeit zu einem beliebten Treffpunkt geworden sei, wo man nach der Arbeit entspannen könne, aber auch an den Wochenenden etwas feiern könne.

Mit Schreiben vom 21. Februar 2023 legte die belangte Behörde die ggst. Beschwerde unter gleichzeitiger Übermittlung des behördlichen Verfahrensaktes dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor, ohne von der Möglichkeit der Beschwerdevorentscheidung Gebrauch gemacht zu haben.
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. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch die Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt.

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs. 2 Z. 1 VwGVG entfallen, da aufgrund der Aktenlage feststand, dass der mit Beschwerde bekämpfte Bescheid aufzuheben ist.

Es liegt folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt vor:
Mit Bescheid vom 12. November 1985 wurde im Standort L, X, die gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung für ein Cafe mit Musikanlage, Entlüftung und Kühlraum auf dem Gst. x, KG Linz, unter Vorschreibung von Auflagen erteilt.
In der Auflage 5 wurde vorgeschrieben, dass die Musikanlage nur als Hintergrundmusik betrieben werden darf.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 1. Februar 2006 wurde im Rahmen eines Feststellungsverfahrens nach § 359b Abs. 1 Z. 2 GewO die Beschaffenheit der Anlage wie folgt festgestellt:

„Art und Umfang der Betriebsanlage:	Cafe mit Musikanlage, 30 Verabreichungsplätzen, Entlüftung und Kühlraum mit einer Betriebszeit von 09.00 bis 02.00 Uhr
Art und Umfang der Änderung:	Betriebszeit täglich von 09.00 bis 04.00 Uhr
Betriebsfläche im m²:	80 m²
Anschlussleistung insgesamt:	10 kW
Verkehrsfläche:	L, X
Grundstücksnummer:	x
Katastralgemeinde:	Linz

Bewilligungsbescheid vom. 12.11.1985, GZ 501/O-341/84“

Im fraglichen Standort ist ein Cafe mit Musikdarbietung im Umfang von Hintergrundmusik samt Entlüftung und Kühlraum mit einer Betriebszeit von 09.00 Uhr bis 04.00 Uhr gewerbebehördlich genehmigt.

Im August 2022 kam es zu Lärmbeschwerde von Anrainern, die sich durch zu laute Musik aus dem Lokal und von Gästen, die sich vor dem Lokal aufhielten, wobei dort auch Tische aufgestellt waren, belästigt fühlten. Danach gab es keine aktenkundigen gleichgerichteten Beschwerden und räumte die Beschwerdeführerin ein, dass nach der Übernahme des Cafes im Juni 2022 wohl etwas zu laute Musik im Lokal abgespielt worden war, jedoch entsprechende Maßnahmen zur künftigen Verhinderung eines gleich gelagerten Sachverhalts gesetzt worden waren.

Das ggst. Lokal wurde in der Folge von der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Stadtpolizeikommando Linz, aufgrund eines Auftrages der belangten Behörde vom 5. September 2022 schwerpunktmäßig überwacht und wurde mit Schreiben vom Oktober 2022 bekannt gegeben, dass keine Überschreitungen der Betriebszeit festgestellt wurden und wurde eine weitere verstärkte Überwachung des fraglichen Cafes angekündigt.
Weiters wurde an den Erhebungsdienst, Bau- und Bezirksverwaltung Linz ein Erhebungsauftrag, betreffend Überprüfung des illegalen Gastgartens und der Bescheidauflagen, erteilt und wurde diesbezüglich im Zwischenbericht bekannt gegeben, dass die Musikanlage auf Hintergrundlautstärke betrieben wird, die Musikanlage über keinen Leistungsbegrenzer (Lautstärkenbegrenzer) verfügt, im Überprüfungszeitpunkt kein Gastgarten betrieben wurde, direkt vor dem Lokal auf einer Fensterbank eine kleine Abstellfläche befestigt war, worauf keine Getränke, sondern ein Aschenbecher abgestellt war, die tägliche Betriebszeit von den Verantwortlichen auf Montag bis Donnerstag von 12.00 bis 22.00 Uhr und von Freitag bis Samstag von 12.00 bis 24.00 Uhr festgelegt war.

Zur Anfrage der belangten Behörde, ob die weiteren Auflagen notwendig sind, um die Interessen der Nachbarn ausreichend zu schützen, wird vom Sachverständigen

der Planung Technik und Umwelt Linz ausgeführt, es sei, da keine weiteren Beschwerden aus der Nachbarschaft über zu laute Darbietung bekannt geworden seien, davon auszugehen, dass der Betreiber in der Lage sei, die Musikanlage im genehmigten Umfang zu betreiben. Die Musikanlage solle durch technische Maßnahmen zum Schutz gegen eine unbeabsichtigte lautere Darbietung oder eine Manipulation durch Dritte gegen lautere Darbietung gesichert werden. Die genehmigte Musikdarbietung in Hintergrundlautstärke solle zur besseren (Eigen- und Fremd-) Überprüfbarkeit/Einstellung durch eine fachkundige Stelle näher konkretisiert werden. Typischerweise erfolgten Musikdarbietungen in Hintergrundlautstärke (gemäß ÖNORM S 5012-2012) mit einem maximalen energieäquivalenten Dauerschallpegel nicht höher als 55 dB über den Raum gemittelt.
Nach Anführung der aus Sachverständigensicht notwendigen Auflagen und zur Frage des Gastgarten wird ausgeführt, eine schalltechnische Beurteilung der Auswirkung auf die umliegende Nachbarschaft sei derzeit nicht möglich.

Mit Schreiben der belangten Behörde wurde die Beschwerdeführerin darüber in Kenntnis gesetzt, dass beabsichtigt werde, die im Schreiben angeführten Auflagen, die in den bekämpften Bescheid übernommen wurden, als zusätzliche Auflagen vorzuschreiben und wurde der Beschwerdeführerin Gelegenheit gegeben, hierzu Stellung zu nehmen. Von dieser Möglichkeit nahm die Beschwerdeführerin nicht Gebrauch und erging in der Folge der mit Beschwerde bekämpfte Bescheid.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich zweifelsfrei aus dem vorgelegten Behördenakt, insbesondere aus den Genehmigungsbescheiden (Konsens), aus den E-Mails der Nachbarn (Lärmbelästigung), aus den Aufträgen an das Stadtkommando Linz und an den Sachverständigen (Überprüfung Einhaltung Konsens) sowie aus der Stellungnahme des Sachverständigen (zusätzliche Auflagen).

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

§ 79 Abs. 1 GewO 1994 lautet wie folgt:
„§ 79.
(1) Ergibt sich nach Genehmigung der Anlage, daß die gemäß § 74 Abs. 2 wahrzunehmenden Interessen trotz Einhaltung der im Genehmigungsbescheid vorgeschriebenen Auflagen nicht hinreichend geschützt sind, so hat die Behörde die nach dem Stand der Technik (§ 71a) und dem Stand der medizinischen und der sonst in Betracht kommenden Wissenschaften zur Erreichung dieses Schutzes erforderlichen anderen oder zusätzlichen Auflagen (§ 77 Abs. 1) vorzuschreiben; die Auflagen haben gegebenenfalls auch die zur Erreichung dieses Schutzes erforderliche Beseitigung eingetretener Folgen von Auswirkungen der Anlage zu umfassen; die Behörde hat festzulegen, daß bestimmte Auflagen erst nach Ablauf einer angemessenen, höchstens drei Jahre, in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen (zB bei Betriebsübernahmen) höchstens fünf Jahre,

betragenden Frist eingehalten werden müssen, wenn der Inhaber der Betriebsanlage nachweist, daß ihm (zB wegen der mit der Übernahme des Betriebes verbundenen Kosten) die Einhaltung dieser Auflagen erst innerhalb dieser Frist wirtschaftlich zumutbar ist, und gegen die Fristeinräumung keine Bedenken vom Standpunkt des Schutzes der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen bestehen. Die Behörde hat solche Auflagen nicht vorzuschreiben, wenn sie unverhältnismäßig sind, vor allem wenn der mit der Erfüllung der Auflagen verbundene Aufwand außer Verhältnis zu dem mit den Auflagen angestrebten Erfolg steht. Dabei sind insbesondere Art, Menge und Gefährlichkeit der von der Anlage ausgehenden Emissionen und der von ihr verursachten Immissionen sowie die Nutzungsdauer und die technischen Besonderheiten der Anlage zu berücksichtigen."

Voraussetzung für eine Erlassung eines Bescheides mit dem auf der Grundlage des § 79 Abs. 1 GewO 1994 zusätzliche Auflagen vorgeschrieben werden, ist, dass mit den bescheidmäßig vorgeschriebenen Auflagen, die in § 74 Abs. 2 GewO umschriebenen Interessen, nicht hinreichend geschützt werden.

Gegenständlich ist damit eine Erlassung eines auf § 79 Abs. 1 GewO gestützten Bescheides zur Vorschreibung zusätzlicher Auflagen zum Schutz der Nachbarn nur dann zulässig, wenn ggst. mit den in den vorliegenden Genehmigungsbescheiden vorgeschriebenen Auflagen bei konsensgemäßem Betrieb die Nachbarn nicht ausreichend vor Lärmbelästigungen, ausgehend vom ggst. Cafe, in ihren Interessen, also vor wesentlicher Belästigung und/oder Gesundheitsgefährdung (abhängig zum Zeitpunkt der Begründung der Parteistellung), geschützt sind.

Der Sachverständige stellte in seiner Stellungnahme vom 3. November 2022 im Wesentlichen fest, dass der Betreiber in der Lage sei die Musikanlage im genehmigten Umfang (Hintergrundmusik) zu betreiben und dass der Einbau einer technischen Maßnahme, wie die eines Leistungsbegrenzers oder eine fixen Blende, vor unbeabsichtigter lauterer Darbietung oder Manipulation durch Dritte schützen solle und die genehmigte Musikdarbietung in Form von Hintergrundmusik durch eine fachkundige Stelle näher konkretisiert werden solle. Letzteres zur besseren Überprüfbarkeit oder Einstellung.

In der Stellungnahme des Sachverständigen findet sich, entgegen den Ausführungen der belangten Behörde (s. Begründung erster Satz), kein Hinweis, der darauf schließen lassen würde, dass die Nachbarn durch eine Musikdarbietung im Ausmaß einer Hintergrundmusik im Cafe, wie dies die betriebsanlagenrechtliche Genehmigung (Bescheid vom 1985, Auflage 5) vorsieht, nicht ausreichend geschützt wären, also durch die Musikdarbietung in der genehmigten Form eine Änderung der Lärm-Ist-Situation bei den Nachbarn eintreten würde, die wesentlich belästigend und/oder gesundheitsgefährlich sein könnte. Diesbezüglich wurden auch keinerlei Schritte gesetzt, zumal der Sachverständige feststellte, dass die Beschwerdeführerin offenbar in der Lage sei, die Musikanlage konsensgemäß zu betreiben.

Zu den zusätzlich vorgeschlagenen Auflagen ist jedenfalls festzuhalten, dass die Auflage 1 lediglich eine Konkretisierung der schon im Genehmigungsbescheid von 1985 enthaltenen Auflage darstellt, indem sie einen Pegelwert angibt, bei dessen Einhaltung von Hintergrundmusik auszugehen ist. Diesbezüglich stellt diese Auflage 1 schon inhaltsgemäß keine zusätzliche Auflage dar, die auf der Grundlage des § 79 Abs. 1 GewO vorzuschreiben wäre. Die Auflage 2 betrifft die Vorschreibung einer technischen Maßnahme zur Verhinderung der Nichteinhaltung der Auflage 5 des Bescheides von 1985 und damit wohl eher dem Schutz des Betreibers vor dem unbeabsichtigten Abspielen von lauterer Musik als genehmigt. Aus der Aktenlage lässt sich auch nicht entnehmen, dass es auch nach August 2022 zu wiederholten oder oftmaligen Lärmbelästigungen, ausgehend von zu lauter nicht konsensgemäßer Musikdarbietung gekommen wäre, die es zum Schutz der Nachbarinteressen notwendig machen würden, die Einhaltung der Auflage der Hintergrundmusik durch Vorschreibung technischer Einrichtungen zur Lautstärkenbegrenzung zu gewährleisten, wobei festzuhalten ist, dass der nicht dem erteilten Konsens entsprechende Betrieb eines Cafes wohl einen Straftatbestand darstellt. Die Auflage 3 erleichtert die Kontrolle dahingehend, dass die Auflage 5 des Bescheides durchgehend eingehalten wird. Auch diesbezüglich kann von der vorgeschriebenen Auflage kein über den mit den bisher vorgeschriebenen Auflagen hinausgehender Schutz der Nachbarschaft bewirkt werden.

Zum Beschwerdevorbringen, die vermeintliche Einschränkung der Musikdarbietung durch den bekämpften Bescheid betreffend, ist auszuführen, dass der Betrieb eines Cafes mit Musikdarbietung in Form von Hintergrundmusik gewerbebehördlich genehmigt ist und die Musikdarbietung nur in diesem Umfang erfolgen darf.
Der Gegenstand des hier anhängigen Beschwerdeverfahrens ergibt sich aus dem Spruch des bekämpften Bescheides, nämlich die Frage der Rechtmäßigkeit der Vorschreibung zusätzlicher Auflagen auf der Grundlage des § 79 Abs. 1 GewO. Eine Beurteilung der Zulässigkeit einer über den Umfang der Hintergrundmusik hinausgehenden Musikdarbietung würde damit den Umfang des Beschwerdeverfahrens überschreiten und kann daher über diese Frage im hier anhängigen Verfahren nicht vom Verwaltungsgericht abgesprochen werden, sondern ist über diese Frage, sofern sie von der Beschwerdeführerin an die belangte Behörde herangetragen wird, von der belangten Behörde abzusprechen.

Zusammenfassend steht daher fest, dass das Verfahren ergeben hat, dass keine Anhaltspunkte vorliegen, aus denen entnommen werden könnte, dass die Nachbarn durch die bescheidmäßigen Auflagen nicht hinreichend geschützt sind und ebenso sind die vorgeschriebenen Auflagen nicht geeignet, die Nachbarinteressen über das mit den bisher vorgeschriebenen Auflagen geschützte Ausmaß hinaus zu schützen, sodass die Voraussetzungen für die Erlassung des

bekämpften Bescheides nicht vorliegen, wodurch im Ergebnis der Beschwerde stattzugeben ist.

Somit ist spruchgemäß zu entscheiden.

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