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-852023/6/Wg

Datum:
Linz, 15. Oktober 2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Weigl über die Beschwerde der A__, vertreten durch B__, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 14.6.2024, GZ: BHUUBA-2023-210999/37-SG/Ps, betreffend § 76a Gewerbeordnung 1994 nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19.9.2024

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben, als die im Spruch des bekämpften Bescheides enthaltene Wortfolge *„und wird daher der Betrieb des Gastgartens untersagt“* entfällt. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

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 und Sachverhalt:

I.1. Die Beschwerdeführerin (Bf) betreibt im Standort H__, auf Grundstück Nr. aaa, KG H__, eine genehmigte Gastgewerbe-Betriebsanlage. Sie bezieht sich in ihrer Beschwerde darauf, dass sie der belangten Behörde mit E-Mail vom 16.6.2023 Folgendes mitteilte*: „Im Anhang senden wir die Anzeige für unseren Gastgarten mit der Bitte um Kenntnisnahme!“* Im Akt ist dazu ein Antrag vom 15.6.2023 auf Erteilung einer gewerbebehördlichen Änderungsgenehmigung enthalten. Des Weiteren wurde ein schalltechnisches Projekt vorgelegt, in dem das Vorhaben wie folgt beschrieben wird: *„Auf der Parz. Nr. aaa im Gemeindegebiet H__ besteht eine gewerberechtlich genehmigte gastronomisch genutzte Betriebsanlage. Dieses Restaurant soll um einen Gastgarten im Freien erweitert werden. Dieser befindet sich nordwestlich direkt angrenzend an das Gastlokal in einem Innenhof (öffentlich zugänglich). Auf der zur Verfügung stehenden Fläche können bis zu 50 Verabreichungsplätze bestuhlt werden. Die o. a. Gastronomie/das Restaurant und der geplante Gastgarten befinden sich auf dem gleichen Höhenniveau (bezogen auf den bestehenden Gebäudekomplex im OG). Wie bereits erwähnt, handelt es bei dem gegenständlich relevanten Freibereich um eine öffentlich zugängliche Innenhofsituation. In dem derzeitigen Innenhof bestehen bereits begrünte Flächen und ein Kinderspielplatz. Der gegenständlich relevante Freibereich wird nördlich und südlich durch mehrgeschossige Baukörper und östlich durch niedrigere ebenfalls mehrgeschossige Baukörper begrenzt. Richtung Westen ist der Innenhof offen ausgeführt. Westlich des bestehenden Gebäudekomplexes befindet sich der Fluss ‚große Gusen‘. Der geplante Gastgarten kann entweder ausgehend vom Gastlokal/Restaurant oder über den öffentlichen Durchgang frequentiert werden. Gemäß den Angaben des Betreibers soll der Gastgarten in der Zeit von Montag bis Samstag 08:00 bis 21:00 Uhr und an Sonn-/Feiertagen zwischen 08:00 bis 16:00 Uhr genutzt werden. Die Lage des geplanten Gastgartens ist in der Anlage ‚Lageplan‘ ersichtlich.“*

I.2. Die belangte Behörde führte am 19.10.2023 eine Verhandlung durch, in der Amtssachverständige (ASV) für Anlagentechnik und Humanmedizin Befund und Gutachten erstatteten. Der ASV für Anlagentechnik hielt zusammenfassend fest, dass das schalltechnische Projekt nach dem Stand der Technik erstellt wurde und die gewählten Ansätze als schlüssig und nachvollziehbar anzusehen sind. Der ASV für Anlagentechnik kam in seinem Gutachten zu dem Ergebnis, dass gegen die gewerbebehördliche Genehmigung bei Einhaltung folgender Auflagen keine Bedenken bestehen:

„1. Vor Inbetriebnahme des Gastgartens in Bezug auf die Beleuchtung in den fest installierten Schirmen sind die Elektroinstallationen von einem behördlich autorisierten Organ auf ihre fachgerechte Ausführung bzw. ihren ordnungs-

gemäßen Zustand zu überprüfen. Die fachgerechte Ausführung sowie der ordnungsgemäße Zustand sind in Form eines Attestes schriftlich zu bescheinigen und es ist dieses im Betrieb zur Einsichtnahme aufzubewahren.

2. *Im Gastgarten ist das laute Sprechen, Singen und Musizieren verboten. Auf diese Verbote ist im Bereich der Zugänge zum Gastgarten durch deutlich sichtbare und dauerhafte Anschläge im Sinne der Bestimmungen des § 76a GewO 1994 idgF. hinzuweisen.*
3. *Die Beleuchtung des Gastgartens hat so zu erfolgen, dass keine Blendwirkungen gegenüber der Nachbarliegenschaften auftreten."*

Der ASV für Humanmedizin kam in seinem Gutachten zu dem Ergebnis, dass sich aus den Schallimmissionen des Vorhabens keine gesundheitlich nachteiligen Wirkungen im Sinne erheblicher Belästigungen oder Gesundheitsgefährdungen ergeben.

I.3. Im Schriftsatz vom 22.12.2023 brachte die Bf unter der Überschrift *„I. Klarstellung"* vor, dass es sich bei der Eingabe vom 16.6.2023 um eine Anzeige im Sinne des § 76a Gewerbeordnung 1994 gehandelt hat und stellte unter Punkt II. folgenden Antrag: *„Vor diesem Hintergrund beantragt die Einschreiterin die Erlassung eines Feststellungsbescheides, mit dem klargestellt wird, dass der Gastgarten entsprechend der gemäß § 76a GewO erfolgten Anzeige betrieben werden darf."*

I.4. Die belangte Behörde erließ dazu im bekämpften Bescheid gemäß § 76a iVm § 333 Gewerbeordnung 1994 folgenden Spruch: *„Aufgrund des Antrages der A__, rechtsfreundlich vertreten durch die Kanzlei B__, vom 22.12.2023 wird festgestellt, dass die Voraussetzungen zum Betrieb eines Gastgartens auf Parzelle Nr. aaa der KG H__ der Bestimmungen des § 76a GewO 1994 nicht vorliegen und wird daher der Betrieb des Gastgartens untersagt."*

I.5. Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 22.7.2024. Darin stellt die Bf den Antrag, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG) möge eine mündliche Beschwerdeverhandlung anberaumen, der Beschwerde Folge geben und den angefochtenen Bescheid dahingehend abändern, dass die beantragte Feststellung getroffen wird; in eventu den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufheben.

I.6. Die belangte Behörde legte Verfahrensakt und Beschwerde dem LVwG mit Schreiben vom 23.7.2024 zur Entscheidung vor.

I.7. Das LVwG führte am 19.9.2024 antragsgemäß eine öffentliche mündliche Verhandlung (ömV) durch. In der ömV wurde die Sach- und Rechtslage erörtert.

II. Beweiswürdigung:

Der relevante Verfahrensgang und Sachverhalt (I.) ergeben sich aus dem vorliegenden Verfahrensakt.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. § 76a Abs. 1 bis 4 und Abs. 7 Gewerbeordnung 1994 lautet:

„(1) Für Gastgärten, die sich auf öffentlichem Grund befinden oder an öffentliche Verkehrsflächen angrenzen, ist für die Zeit von 8 bis 23 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 9 bis 22 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; werden die Unterlagen elektronisch eingebracht, genügt der Anschluss in einfacher Ausfertigung.

(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.

(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.“

III.2. Zur Untersagung des angezeigten Gastgartens:

J__/C__/D__/F__/G__ in J__/C__/D__/F__/G__ (Hrsg), GewO[4] (2020) zu § 76a GewO 1994 Rz 19 führt aus: *„Die Behörde hat 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 2010 II)“

Auf Grund des Vorbringens der Bf (vgl. Antrag vom 15.6.2023 und Verhandlungsschrift vom 19.10.2023) konnte die belangte Behörde zunächst von einem Genehmigungsantrag ausgehen. Selbst wenn man (erst) die unter Punkt I. der Eingabe vom 22.12.2023 erfolgte Klarstellung als Anzeige im Sinne des § 76a Abs. 3 Gewerbeordnung 1994 wertet, erfolgte die Untersagung des Gastgartenbetriebes nicht innerhalb der dreimonatigen Frist. Der Bescheid war daher insoweit zu beheben.

III.3. Zur Entscheidung über den Feststellungsantrag:

Die belangte Behörde führte in ihrem Bescheid begründend aus: *„… Der Gastgarten selbst befindet sich auf der Parzelle Nr. aaa der KG H__ auf nicht öffentlichem Grund. Der Gastgarten grenzt nicht an öffentliche Verkehrsflächen an. Angaben, wie dass lautere Sprechen als der übliche Gesprächston der Gäste, Singen und Musizieren vom Gastgewerbetreibenden untersagt wird, sind nicht vorhanden. Die Betriebszeit des Gastgartens wird im schalltechnischen Projekt mit Montag bis Samstag von 08:00 – 21:00 Uhr und Sonn- und Feiertagen von 08:00 – 16:00 Uhr angegeben.“* Ausgehend von diesen zutreffenden Feststellungen kam die belangte Behörde (vgl. etwa § 76a Abs. 1 Z 3 Gewerbeordnung 1994 und § 76a Abs. 2 Gewerbeordnung 1994 zur Betriebszeit) zu folgendem Ergebnis: *„Nachdem der beantragte Gastgarten aufgrund seiner Lage die in der oben zitierten Gesetzesbestimmung geforderten Kriterien für die Erlassung eines Feststellungsbescheides mehrfach nicht erfüllt, ist die beantragte Erlassung eines Feststellungsbescheides nicht möglich und liegt aufgrund der Ausgestaltung eine Genehmigungspflicht vor.“* Die Behörde stellte daher auf Grund des unter Punkt II. der Eingabe vom 22.12.2023 gestellten Antrages zu Recht fest, dass die Voraussetzungen zum Betrieb eines Gastgartens auf Parzelle Nr. aaa der KG H__ der Bestimmungen des § 76a Gewerbeordnung 1994 nicht vorliegen. Insoweit war die Beschwerde abzuweisen.

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.

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

Mag. Weigl