

Entscheidende Behörde

UVS Tirol

Entscheidungsdatum

12.11.2012

Geschäftszahl

2012/12/1553-5

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch sein Mitglied Dr. Ines Kroker über die Beschwerde der XY GmbH, vertreten durch die XY Rechtsanwalt GmbH, XY-traße 1, B., wegen der Kommissionierung in den Räumlichkeiten der XY GmbH, „XY“ in R. am 16.05.2012 von 23.38 Uhr bis zum 17.05.2012 um ca 04.00 Uhr durch Organe der Bezirkshauptmannschaft Kufstein, wie folgt:

Gemäß § 67a Abs 1 Z 2 iVm § 67c Abs 1 und 3 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) wird die Beschwerde, dass „die überfallsartige Kommissionierung der Bezirkshauptmannschaft Kufstein vom 16.5.2012 um 23.38 Uhr bis 4 Uhr morgens betreffend XY GmbH in deren Räumlichkeit „XY“ rechtswidrig war“, als unbegründet abgewiesen.

Gemäß § 79a Abs 1 und 3 AVG iVm § 1 Z 3 und 4 der UVS-Aufwandsersatzverordnung hat die Beschwerdeführerin der obsiegenden belangten Behörde den Ersatz für den Vorlageaufwand in Höhe von Euro 57,40 und den Ersatz des Schriftsatzaufwandes in der Höhe von Euro 368,80, insgesamt sohin Euro 426,20, binnen 2 Wochen nach Zustellung des Bescheides zu ersetzen.

Text

Mit fristgerecht am 24.05.2012 eingebrachtem Schriftsatz erhob die beschwerdeführende Gesellschaft eine Maßnahmenbeschwerde gegen eine am 16.05.2012 von ca 23.28 Uhr bis 04.00 Uhr von der Bezirkshauptmannschaft Kufstein als Gewerbebehörde geführte Amtshandlung. In dieser Maßnahmenbeschwerde wird vorgebracht wie folgt:

„Am 16.5.2012 hat in den Räumlichkeiten der XY GmbH, „XY“, in R. von 23 Uhr 38 bis 4 Uhr morgens eine überfallsartige Kommissionierung durch die Bezirkshauptmannschaft Kufstein stattgefunden, zu der unerfindlicher Weise auch sieben Polizeibeamte beigezogen waren.

Angesichts der Uhrzeit und der Überfallsartigkeit der Amtshandlung konnte der Rechtsfreund der Beschwerdeführerin und ihr Geschäftsführer nicht rechtzeitig kontaktiert werden.

Über die Hausdurchsuchung wurde ein Protokoll angefertigt und am Ende der Hausdurchsuchung ohne Anhörung der Geschäftsführung gegenüber einem Mitarbeiter, der über keinen Betriebsanlagenakt verfügte, freihändig die Betriebsschließung verfügt. Auf diese Weise kann es nicht verwundern, dass das Protokoll mit größten Fehlern gespickt ist.

Die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin hat vor Einreichung dieser Beschwerde versucht, beim Gewerbereferenten die für derartige Fälle übliche Vorgangsweise einzufordern. Es wurde ihr jedoch entgegengehalten, die Bezirkshauptmannschaft könne zu jeder Tages- und Nachtzeit Betriebsanlagen besichtigen. Dafür bestehe eine gesetzliche Deckung.

Das Gegenargument des Beschwerdevertreters, auch Hausdurchsuchungen oder Kommissionierungen müssten den Überraschungseffekt vermeiden, so wenig belastend wie möglich sein und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen, ist leider auf keinen fruchtbaren Boden gefallen.

Die Beschwerdeführerin ist ein Dienstleistungsunternehmen mit Sitz in H., mit einem Geschäftsbereich, der weit in die Bundesrepublik Deutschland hineinreicht. Sie unterfällt demnach dem Grundrechtsschutz des Unionsrechts ebenso wie des österreichischen Rechts.

Nach Artikel 8 EMRK und nach Artikel 7 EU-Grundrechte-Charta (EUGC) genießen auch Unternehmen den Grundrechtsschutz des Hausrechts. Dies hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Fall N. entschieden (Urteil vom 16.12.1992, 72/1991/324/396, EuGRZ 1993, 65; Weh, Hausrecht schützt auch

Geschäftsräume, „Der Staatsbürger“, Salzburger Nachrichten, 4.9.1993). Der Europäische Gerichtshof hat schon vor Inkrafttreten der EUGC im Urteil XY AG/Kommission vom 21.9.1989, Verb Rs 46/87 und 227/88 einen Rechtsschutz von Betriebsräumen vor willkürlichen Hausdurchsuchungen bejaht.

Nach dem EUGH- Urteil im Fall Höchst sind bei einer Hausdurchsuchungen insbesondere auch die Verteidigungsrechte zu wahren, was bedeutet, dass die Hausdurchsuchung derart durchzuführen ist, dass auch konkrete Verteidigungsmöglichkeiten bestehen.

In jedem Verfahren muss gewährleistet sein, dass die Parteien sich konkret verteidigen können (EGMR-Urteil I.H. vs Austria vom 20.04.2006, Nr XY).

Nun räumt die Beschwerdeführerin ein, dass die Gewerbebehörde die Befugnis haben muss, unangekündigte Besuche durchzuführen, um Kontrollen durchzuführen, die bei Ankündigung realistischweise nicht durchgeführt werden können, wie Kontrolle des Rauchverbotes, des Alkoholausschanks an Jugendliche, die Belagsdichte etc.

Im konkreten Fall war aber keiner dieser Aspekte Gegenstand der Hausdurchsuchung, sondern Aspekte dinglicher Teile der Betriebsanlage, die jederzeit auch in einer ganz normalen angekündigten und vorbereiteten Begehung mit informierten Vertretern der Beschwerdeführerin und ihrem Rechtsfreund geprüft hätten können.

Dies zeigt das Protokoll der Begehung vom 16.5.2012, die überwiegend bauliche Beanstandung vornimmt, die auch bei einer ganz normalen regulären Begehung zur Tageszeit hätten festgestellt werden können, weil diesbezüglich keinerlei Möglichkeit bestand, hier etwas zu verschleiern.

Die überfallsartige Kommissionierung zur späten Nachstunde in Abwesenheit der Geschäftsführer und des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin verletzte die Beschwerdeführerin daher in ihrem Hausrecht, ihrem Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums und auf die Wahrung ihrer Verteidigungsrechte.

Es wird daher

beantragt:

auszusprechen:

Die überfallsartige Kommissionierung der Bezirkshauptmannschaft Kufstein vom 16.5.2012 um 23 Uhr 38 bis 4 Uhr morgens betreffend XY GmbH in deren Räumlichkeit „XY“ war rechtswidrig und verletzte die Beschwerdeführerin in ihren Grundrechten.

Die gesetzlichen Pauschalkosten werden für die Beschwerde in Höhe von EUR 737,60 und für die Verhandlung in Höhe von EUR 922,00, gesamt somit EUR 1.659,60, geltend gemacht, und wird beantragt, der Republik Österreich die Zahlung dieses Betrages binnen 14 Tagen zu Händen der Beschwerdevertreterin zur Zahlung aufzutragen.

Ausdrücklich beantragt wird die Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor der erkennenden Behörde und bei dieser die Anhörung der Leiterin der Amtshandlung, Frau S., und des Mitarbeiters L: der Beschwerdeführerin.“

Die Bezirkshauptmannschaft Kufstein erstattete am 01.06.2012 folgende Gegenschrift:

„Bezugnehmend auf die Maßnahmenbeschwerde vom 23.5.2012 der XY GmbH, vertreten durch die XY Rechtsanwalt GmbH, betreffend der Kommissionierung am 16.5.2012 in den Räumlichkeiten der XY GmbH, „XY“ in R., nimmt die belangte Behörde wie folgt Stellung.

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin richtet sich dem Vernehmen nach allein gegen die Tatsache, dass durch die belangte Behörde eine gewerbebehördliche Überprüfung der gegenständlichen Betriebsanlage stattgefunden hat. Diesbezüglich wird ins Treffen geführt, dass allein schon aus dieser Annahme die Zulässigkeit einer Maßnahmenbeschwerde sich nach Ansicht der belangten Behörde nicht ergibt, zumal die Durchführung einer gewerbebehördlichen Überprüfung an sich keine unmittelbare verwaltungsbehördliche Befehls- und Zwangsgewalt darstellt, da durch eine in der Rechtsvorschrift explizit normierte Durchführung für derartige Verwaltungsakte einer Behauptung nicht standhalten kann, wonach dadurch Rechte des Betroffenen verletzt werden.

Vorab darf jedoch, zur leichteren Verständlichkeit, eine chronologische Darstellung über die bisher bei der belangten Behörde durchgeführten Verfahren betreffend die gegenständliche Betriebsanlage angeführt werden.

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kufstein vom 20.09.2000, Zl III-14.341/1-00, wurde der damaligen Betreiberin, W. Betriebsgesellschaft mbH, Z., die Errichtung und Betrieb einer Betriebsanlage (Diskothek „F. T.“) auf Gp XY, KG R., am Standort R., XY 17d, nach Maßgabe der Pläne und Beschreibungen unter Vorschreibung von div Auflagen genehmigt. Bestandteil dieser Genehmigung war im Erdgeschoss ein Foyer mit Garderobenbereich und Bar, eine Snackbar, die „XY Bar“, die „XY Bar“, die „XY Bar“ und der „XY“, sowie diverse Lagerbereiche, WC-Anlagen und ein Bereich für Spielautomaten (Tischfußball udgl) und im

Obergeschoss Aufenthaltsräume mit WC-Anlagen für das Personal, ein Raum für die Geschäftsführung und die Lüftungszentrale sowie der Heizraum.

Weiters wurden mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kufstein vom 09.03.2011, ZI II-14.341/2-00 zusätzliche Auflagen vorgeschrieben. Mit 20.11.2003 wurde eine gewerbebehördliche Überprüfung unter Beiziehung von Sachverständigen vor Ort durchgeführt. Hierbei wurde festgestellt, dass diverse Änderungen an der ggst Betriebsanlage (Musikanlage, Personenanzahl, Parkplatz, etc) durchgeführt wurden und wurde die Betreiberin darauf hingewiesen, umgehend um Änderung, unter Anschluss eines Projektes in 4-facher Ausfertigung, anzusuchen.

Am 10.01.2007 fand eine weitere gewerbebehördliche Überprüfung statt. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kufstein vom 15.01.2007, ZI 3.1-908/C wurden Zwangsmaßnahmen nach § 360 Abs 4 GewO 1994 vorgeschrieben. Zudem wurde von Seiten der Sachverständigen festgestellt, dass sich die Raumaufteilung wesentlich gegenüber dem ursprünglichen genehmigten Bestand verändert hat und dies eine Genehmigungspflicht nach § 84 GewO 1994 hervorruft.

Mit Schreiben vom 10.04.2007 wurde nunmehr um Betriebsanlagenänderung angesucht. Über diese Änderung fand am 18.7.2007 eine gewerberechtliche Verhandlung vor Ort statt. Mit Schreiben vom 18.06.2008 wurde dieses Ansuchen durch die Betreiberin mit dem Bemerk zurückgezogen, dass die Lokalität nicht mehr betrieben wird.

Mit 31.8.2008 wurde der ha Behörde mitgeteilt, dass die XY GmbH mit Sitz in H., (vertreten durch XY Rechtsanwalts GmbH) die Betriebsanlage in R. weiter betreiben will. Es erfolgte am 12.11.2008 eine kleine Begehung der Betriebsanlage und wurde dem gewerberechtlichen GF Herr S. mitgeteilt, dass für den Fall, dass die Betriebsanlage im gegenüber dem Bewilligungsbescheid geänderten Zustand durch die nunmehrige Betreiberin betrieben werden soll, vor Aufnahme des Betriebes um BA-Änderungen bei der Behörde anzusuchen ist.

Seitens des Arbeitsinspektorates wurde eine eigenständige Überprüfung durchgeführt und der ha Behörde mit 29.04.2011 mitgeteilt, dass div Änderungen durchgeführt wurden, für welche nicht um Betriebsanlagenänderung angesucht wurde.

Diesbezüglich wurde auch bei der Gemeinde R. nachgefragt, ob hinsichtlich der durch das Arbeitsinspektorat festgestellten Änderungen ein aktuelles Bauansuchen vorläge; dies wurde verneint.

Somit wurde mittels Verfahrensordnung am 26.09.2011 die XY GmbH aufgefordert, über die angeführten Punkte ein Änderungsansuchen, unter Anschluss von Projektsunterlagen in 4-facher Ausfertigung, bis 30.10.2011 einzubringen.

Seitens der rechtsfreundlichen Vertretung wurde nach Ablauf der Frist, nämlich per Fax am 02.11.2011, um Fristerstreckung für 6 Wochen angesucht.

Nachdem bis zum 16.1.2012 kein Änderungsansuchen eingereicht wurde, wurde der Bescheid gem § 360 Abs 1 GewO 1994 erlassen (ZI 3.1-2193/A).

Gegen diesen wurde fristgerecht ein Rechtsmittel eingelegt und durch den UVS Tirol behoben und mit dem Vermerk zur neuerlichen Durchführung einer mündlichen Verhandlung an die Bezirkshauptmannschaft Kufstein retourniert.

Bereits im Jahr 2002 wurde die Bezirkshauptmannschaft Kufstein mit Schreiben vom 01.07.2002, ZI IIa-289(1)/92 über den Erlass des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 17.06.2002, ZI 33.310/1-I/8/02 in Kenntnis gesetzt, wonach eine Anordnung der besonderen Überwachung betreffend Betriebsanlagen, in denen es, aufgrund der Art des Betriebes zu einer Ansammlung einer großen Anzahl von Personen kommen kann und bei denen es, bei Eintritt besonderer Umstände (Brand) zu einer Gefährdung von in § 74 Abs 2 Z 1 GewO 1994 umschriebenen Interessen kommen kann. Aufgrund dieses Erlasses und der Tatsache, dass es sich bei der ggst Betriebsanlage um eine solche handelt, in der mit einer großen Menschenansammlung (lt Betriebsanlagenbescheid genehmigte Besucherzahl von 1.100) zu rechnen ist, wurde diese Anlage routinemäßig in das Überprüfungsprogramm der Bezirkshauptmannschaft Kufstein aufgenommen.

Des Weiteren langten bei der belangten Behörde laufend Anzeigen hinsichtlich baulicher Änderungen als auch Übertretungen betreffend Sperrstundenüberschreitung ein.

Nachdem die, bei der belangten Behörde angemeldete, Betriebsart auf „Diskothek“ lautet, war es naheliegend eine Überprüfung zu den Öffnungszeiten durchzuführen. Aus der gängigen Praxis ist weiters bekannt, dass Überprüfungen, wie die gegenständliche, nur dann zielführend sind, wenn diese unangekündigt stattfinden.

Das an diesem Tag auch Jugendschutzkontrollen durch die PI Kramsach durchgeführt wurden, war zufälliger Natur. Die Amtshandlung der Polizei sowie der Bezirkshauptmannschaft Kufstein waren völlig unabhängig zueinander. Es ist somit vollkommen falsch und unrichtig zu behaupten, dass die „Hausdurchsuchung“ im Beisein von Polizeibeamten stattgefunden hat.

Diesbezüglich verwundert die belangte Behörde die Betitelung der Maßnahmenbeschwerde. Eine „unerlaubte Hausdurchsuchung“ ist der Gewerbeordnung fremd. Hier dürfte der Beschwerdeführer einem Irrtum unterliegen,

indem ein terminus technicus aus dem Strafrecht eingebracht wird, der dem Verwaltungsrecht vollkommen fremd ist.

Zu der gesetzlichen vorgesehenen Überprüfung wird im konkreten folgendes vorgebracht. Vielmehr ist die Gewerbebehörde aufgrund des § 338 GewO 1994 berechtigt, jederzeit, insbesondere zu den Betriebszeiten Betriebsanlagen zu betreten. Im gegenständlichen Fall wurde durch die Verhandlungsleiterin vor dem Betreten der Betriebsanlage der vor Ort verantwortliche Betriebsleiter über die geplante Überprüfung in Kenntnis gesetzt.

Als Betriebesleiter bzw Verantwortlicher vor Ort gab sich Herr L. gegenüber der Verhandlungsleiterin aus. Dieser wurde über die geplante Überprüfung gem § 338 GewO 1994 in Kenntnis gesetzt und aufgefordert den gewerberechtigten Geschäftsführer bzw einen Betriebsinhaber darüber zu informieren. Nach kurzer Zeit teilte Herr L. mit, dass er Herrn S. (gewerberechtigter Geschäftsführer) nicht erreichen konnte, da dieser auf einer Veranstaltung sei, jedoch konnte er Herrn H., als Gesellschafter der Firma XY GmbH, darüber in Kenntnis setzen. In Folge dessen, konnte die Überprüfung der Betriebsanlage im ständigen Beisein des Herrn L. durchgeführt werden.

Die Berechtigung und die Verpflichtung der Behörde zur Überprüfung von Betriebsanlagen als auch die Verpflichtung des Gewerbetreibenden diese zu dulden, ergibt sich eigentlich schon konkludent aus den Vorschriften der Gewerbeordnungen, jedoch hat der Gesetzgeber dies zusätzlichen auch noch im § 338 GewO 1994 festgehalten. Die Durchführung von Überprüfungen, auch unangemeldet, ist ein, für die zuständige Behörde, äußerst wichtiges Instrumentarium bei der Vollziehung der gewerberechtigten (hier betriebsanlagenrechtlichen) Bestimmung.

Die Bestimmung ermöglicht es der Behörde auch ohne konkreten Verdacht, die Betriebsanlage (unter Einhaltung des oa) jederzeit zu betreten und zu überprüfen. Dass eine Überprüfung nur während der tatsächlichen Öffnungszeiten, insbesondere im Hinblick auf den oa Erlass, sinnvoll erscheint, ist rein für sich schon schlüssig, wird jedoch diesbezüglich noch näher ausgeführt, wie folgt:

Die ggst Diskothek ist sowohl flächenmäßig als auch von der Anzahl der Besucher als das größte Nachtlokal im Bezirk zu werten.

Diesbezüglich erfüllt es sämtliche Voraussetzungen, die er oa Erlass des Ministeriums für die besondere Überwachung bestimmter Betriebsanlagen vorgibt. Des Weiteren ist die Behörde auch verpflichtet zu kontrollieren, ob der Kundenschutz gewahrt wird. Aus der täglichen Lebenserfahrung ist bekannt, dass in Diskotheken speziell Jugendliche als Gäste auftreten und auch ein erhöhter Alkoholkonsum im Vergleich zu anderen Betriebsarten zu verzeichnen ist. Diese Tatsachen bilden Grundlage, dass in Gefahrensituationen eine erhöhte Gefährdung der Kunden besteht (Panik, fluchtartige Räumung des Lokals, usw).

Ebenso wurde die Behörde, durch das Arbeitsinspektorat mit Schreiben vom 29.4.2011 über bauliche Änderungen in der Betriebsanlage informiert. Diesbezüglich erfolgte bereits zum damaligen Zeitpunkt ein Bescheid gem. § 360 GewO 1994, der jedoch durch den UVS mit Bescheid vom 13.03.2012, Zl Uvs-2012/15/0621-2 behoben wurde, mit der Begründung, dass die belangte Behörde eine Überprüfung bzw einen Lokalausweis hätte durchführen müssen, um sich selbst ein Bild über die Zustände in der Betriebsanlage zu machen. Ebenso wurde durch die Polizeiinspektion Kramsach, eine Fotodokumentation mit dem Bemerk übermittelt, dass gewisse Betriebsanlagenteile entgegen dem Genehmigungsbescheid baulich abgetrennt worden seien.

Die alles lässt erkennen, dass neben der gesetzlichen jederzeitigen Überprüfungsmöglichkeit, welche auch ohne konkrete Verdachtsmomente, bei jeder Betriebsanlage im Zuständigkeitsbereich der belangten Behörde durchgeführt werden könnte, sich im ggst Fall zusätzlich mehrere Verdachtsmomente bzw amtliche Wahrnehmungen durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ergeben haben, die eine auf § 338 GewO 1994 basierende Überprüfung als unbedingt notwendig erachtet erscheinen haben lassen.

Hinsichtlich der Ausführungen der rechtsfreundlichen Vertretung wird festgehalten, dass die Überprüfung, wie oben detailliert erläutert, weder überfallsartig noch unter Beziehung von Polizeibeamten stattgefunden hat.

Hinsichtlich des Vorwurfes der Hausdurchsuchung, wird ebenfalls auf das bereits erwähnte verwiesen, wonach die Einschreiterin einem Irrtum unterliegen dürfte.

Bei der Überprüfungen der gesamten Betriebsanlage, mit den Sachverständigen als auch dem Verantwortlichen vor Ort, wurde festgestellt, dass massive Änderungen durchgeführt wurden, ohne hierüber um Betriebsanlagenänderung anzusuchen (vergleiche Genehmigungsplan). Zudem konnte vom Lebensmittelinspektor festgestellt werden, dass massive hygienische Mängel in der Gläserreinigung und –lagerung bestehen.

Zusammenfassend hält die belangte Behörde fest, dass sämtliche von ihr gesetzten Schritte (hier die Überprüfung der Betriebsanlage an sich) auf die Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994, insbesondere auf § 338 GewO 1994, basieren und somit entgegen den Ausführungen der Einschreiterin sehr wohl rechtmäßig waren.

Wie das Ergebnis der Überprüfung zeigt, haben sich die Verdachtsmomente, die bereits durch das Arbeitsinspektorat als auch durch die Beamten der Polizei, vermutet wurden, insofern bewahrheitet, als die

zunehmende Betreiberin die gesamte Betriebsanlage in einer, nach der Gewerbeordnung genehmigungspflichtigen Art und Weise betreibt.

Hinsichtlich des Aufwandsatzes werden durch die belangte Behörde folgende Kosten, nämlich der Ersatz des Vorlageaufwandes der belangten Behörde in Höhe von Euro 57,40, der Ersatz des Schriftsatzaufwandes der belangten Behörde in Höhe von Euro 368,80 sowie bei Durchführung einer Verhandlung bereits jetzt der Verhandlungsaufwand der belangten Behörde für diese mit Euro 461,00 geltend gemacht.“

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol hat wie folgt erwogen:

Beweis wurde aufgenommen durch Einsicht in den Verwaltungsakt der belangten Behörde Zl 3.1-2193/D, den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 31.07.2012, uvs-2012/15/1807 sowie den gegenständlichen Akt des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol Zl uvs-2012/12/1553. Darüber hinaus fand am 05.10.2012 eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat statt, anlässlich derer die Zeugin S./Bezirkshauptmannschaft Kufstein, Gewerbereferat einvernommen wurde. Auf die Einvernahme des Zeugen D. L. wurde seitens des Rechtsvertreters der beschwerdeführenden Gesellschaft ausdrücklich verzichtet.

Nachstehender Sachverhalt steht aufgrund der angeführten Beweise als erwiesen fest:

Am 16.05.2012, beginnend um 23.38 Uhr, fand eine gewerbebehördliche Überprüfung der Betriebsanlage „XY“ in R., deren Betreiberin die beschwerdeführende Gesellschaft ist, statt. Die Amtsabordnung bestand aus J. S./Bezirkshauptmannschaft Kufstein, Gewerbereferat, einem Gewerbetechner und jeweils einem Vertreter der Lebensmittelaufsicht, der Landesstelle für Brandverhütung und des Arbeitsinspektorates. Gleichzeitig waren auch 13 Beamte der PI Kramsach im Einsatz. Sechs Polizeibeamte in Zivil kontrollierten im Lokal die Einhaltung der Jugendschutzgesetzbestimmungen und allenfalls des Suchtmittelgesetzes, die weiteren sieben uniformierten Polizeibeamten bildeten die Außensicherung und kontrollierten die Zufahrtswege.

Zu Beginn der gewerbebehördlichen Überprüfung wurde seitens der Leiterin der Amtshandlung der Kontakt zum Verantwortlichen gesucht. Als Verantwortlicher vor Ort hat sich Herr D. L. zu erkennen gegeben. Dieser wurde seitens Frau S. darüber in Kenntnis gesetzt, dass eine unangekündigte Betriebsanlagenüberprüfung stattfindet und ihm wurde die Möglichkeit eingeräumt, den gewerberechtlichen Geschäftsführer darüber zu informieren. Herr L. hat sodann der Amtsabordnung die Durchführung der Kontrolle im Lokal ermöglicht.

Es wurden in weiterer Folge die Räumlichkeiten von der Amtsabordnung, die nun aufgrund der großen Menschenmenge von zwei Polizeibeamten begleitet wurden, begangen. Anhand der mitgebrachten Pläne wurde überprüft, ob Abweichungen vom genehmigten Bestand vorliegen.

Nicht festgestellt werden kann, dass eine Suche nach Personen oder Sachen, von denen unbekannt ist, wo sie sich befinden, stattgefunden hat.

Im Anschluss an die Begehung wurde im Büro des Herrn L. das Protokoll aufgenommen. Die Amtshandlung endete um 04.00 Uhr des 17.05.2012.

Oben angeführter Sachverhalt ergibt sich aufgrund nachstehender Beweisergebnisse:

Der Ablauf der Amtshandlung, Ort und Zeit sowie die teilnehmenden Personen folgen insbesondere aus dem Protokoll der Bezirkshauptmannschaft Kufstein vom 16.05.2012, Zl 3.1-2193/C sowie der glaubwürdigen Zeugenaussage der Zeugin J. S. vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat. Auch wurde seitens der beschwerdeführenden Gesellschaft der festgestellte Sachverhalt nicht in Abrede gestellt.

Der Einsatz der Polizeikräfte der Polizeiinspektion Kramsach ergibt sich aus dem E-Mail des KI A. H. vom 04.10.2012. Es haben sich im Verfahren keine Gründe ergeben, an der Richtigkeit dieser Darstellung zu zweifeln.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich daraus wie folgt:

Gegenstand dieser Beschwerde ist ausschließlich die Kommissionierung und nicht die Schließung bestimmter Teile des Lokals durch Organe der Bezirkshauptmannschaft Kufstein, Gewerbereferat am 16./17.05.2012. Die Schließung bestimmter Bereiche des Lokals bzw deren Außerbetriebnahme wurde mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kufstein vom 21.05.2012, Zl 3.1-2193/D ausgesprochen und behängte dazu ein Berufungsverfahren beim Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol zu Zl uvs-2012/15/1807.

Zur Zulässigkeit:

Gemäß Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG erkennen die unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges, sofern ein solcher in Betracht kommt, über Beschwerden von Personen, die behaupten, durch Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in ihren Rechten verletzt zu sein, ausgenommen in Finanzstrafsachen des Bundes.

Eine Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt liegt dann vor, wenn ohne Durchführung eines Verfahrens einseitig in subjektive Rechte des Betroffenen eingegriffen wird. Ein derartiger Eingriff liegt im Allgemeinen dann vor, wenn physischer Zwang ausgeübt wird oder die unmittelbare Ausübung physischen Zwangs bei Nichtbefolgung eines Befehls droht (vgl. hierzu VwGH 14.12.1993, ZI 93/05/0191, mit weiteren Nachweisen). Die Ausübung unmittelbarer Zwangsgewalt setzt begriffsnotwendig ein positives Tun der die Zwangsgewalt gebrauchenden Behörde einer bestimmten Person gegenüber voraus und liegt nur vor, wenn es keines dazwischengeschalteten weiteren Handelns mehr bedarf, um den behördlich gewollten Zustand herzustellen. Rechtswidrig sind solche Akte, wenn sie entweder ohne gesetzliche Ermächtigung gesetzt werden oder wenn die gesetzliche Ermächtigung überschritten (missbraucht) wird (vgl. dazu VwGH 07.03., ZI 99/05/0112).

Als Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wird in der Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts ua das Betreten eines Hauses und die ohne Zustimmung des Verfügungsberechtigten vorgenommene Nachschau in einigen Zimmern durch einen Gendarmeriebeamten oder das Betreten und die Nachschau in einer Wohnung, ohne dass dies freiwillig gestattet worden wäre, angesehen, und zwar in all diesen Fällen ungeachtet des Umstandes, dass physischer Zwang weder ausgeübt noch angedroht worden war (vgl. dazu VwGH 22.02.2007, ZI 2006/11/0154, und die dort zitierte Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes).

Im vorliegenden Fall waren weder der gewerbe- noch der handelsrechtliche Vertreter der beschwerdeführenden Gesellschaft bei der Amtshandlung anwesend. Herr D. L., der sich als Verantwortlicher vor Ort gegenüber der Behörde ausgegeben hat, wurde seitens der Leiterin der Amtshandlung darüber informiert, dass die Behörde gemäß § 338 GewO 1994 jederzeit Betriebsanlagen betreten darf. In weiterer Folge hat sich, so die Zeugin J. S., Herr L. in keiner Weise „gesträubt“, sie einzulassen, um die Kontrolle durchzuführen. Es geht jedoch aus dem gesamten Akt nicht in zweifelsfreier Weise hervor, dass eine ausdrückliche oder konkludente Zustimmung erfolgte. Wenn sich jemand „lediglich in Unvermeidliches fügt“ liegt keine Zustimmung vor (vgl. F. B.-C., von der „faktischen Amtshandlung“ zum verfahrensfreien Verwaltungsakt“. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht, ZfV 1987, 620 ff.), sodass im vorliegenden Fall nicht mit ausreichender Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass der Zutritt freiwillig gestattet worden ist.

Die gegenständliche Beschwerde ist daher zulässig.

In der Sache:

Die Beschwerde behauptet der Sache nach, es habe eine unerlaubte Hausdurchsuchung stattgefunden.

Das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Unverletzlichkeit des Hausrechts im Sinne des Art 9 StGG gewährt (nur) Schutz gegen willkürliche Hausdurchsuchungen (VfSlg. 872/1927, 3847/1960, 3967/1961 uva).

Als „Hausdurchsuchung“ definiert §1 HausrechtsG, RGBI 88/1862, eine „Durchsuchung der Wohnung oder sonstiger zum Hauswesen gehörigen Räumlichkeiten“. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ist für das Wesen einer Hausdurchsuchung charakteristisch, dass nach Personen oder Sachen, von denen unbekannt ist, wo sie sich befinden, gesucht wird (vgl. VfSlg. 1906/1950, 5080/1965, 5738/1968, 6528/1971, 6553/1971, 8668/1979, 9766/1983, 10547/1985, 11650/1988).

Aufgrund der ausgeprägten Judikatur des Verfassungsgerichtshofes scheidet eine „Durchsuchung“ im Sinne des Art 9 StGG dann aus, wenn es sich nicht um die Ergreifung von Personen oder Gegenständen, sondern um die Aufnahme eines Sachverhaltes handelt. Insbesondere die Vornahme eines Augenscheines oder die Besichtigung von Räumlichkeiten zur „Konstatierung gewisser Verhältnisse“ stellt keinen Grundrechtseingriff dar (VfSlg. 1486/1932, 3352/1958 und 6736/1972).

Nach dem festgestellten Sachverhalt wurde eine „Suche“ nach Personen oder Sachen, wie sie nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes für eine „Hausdurchsuchung“ unerlässlich ist, weder veranstaltet noch hat eine solche tatsächlich stattgefunden. Es handelte sich ausschließlich um eine Begehung nach der § 338 GewO bzw um eine Kontrolle nach dem Tiroler Jugendschutzgesetz. Da gar kein Eingriff in das durch Art 9 StGG verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht vorliegt, kommt eine Verletzung der beschwerdeführenden Gesellschaft insofern nicht in Betracht (vgl. VfSlg. 12.056/1989, 12.122/1989).

Allerdings greift das von der beschwerdeführenden Gesellschaft bezogene Grundrecht nach Art 8 EMRK über den Schutzbereich des Art 9 StGG hinaus (VfSlg 10272/1984), indem es unabhängig von den Bedingungen einer behördlichen Hausdurchsuchung „jedermann ... (den) Anspruch auf Achtung ... seiner Wohnung ...“ gewährleistet (s VfSlg 8461/1978, 10.547/1985, 11.266/1987, 12.056/1989, 14.864/1997).

Dieses Recht dient, wie sich schon aus dem systematischen Zusammenhang, in dem es steht (nämlich im Konnex mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie des Briefverkehrs), dem Schutz der Intimsphäre des Individuums. So hat der EGM in seinem Urteil vom 16. Dezember 1992, N. (EuGRZ 1993, 65 ff (66)), ausgeführt, dass

„eine Auslegung der Begriffe „Privatleben“ und „Wohnung“ in dem Sinn, dass sie gewisse berufliche oder geschäftliche Tätigkeiten bzw Lokale mitumfassen, auch allgemein dem wesentlichen Ziel und Zweck von Art 8 EMRK entsprechen (würde), nämlich den Einzelnen gegen willkürliche Eingriffe der Behörden zu schützen (siehe zB Urteil M. gegen Belgien vom 13.6.1979, Serie A Nr XY, Z 31 ist gleich EuGRZ 1979, 455). Eine solche Auslegung würde den Vertragsparteien keine unangemessenen Beschränkungen auferlegen, weil sie ja ihr Recht behalten, in dem durch Art 8 Abs 2 erlaubten Umfang „Eingriffe“ vorzunehmen. Dieses Recht kann dort, wo berufliche oder geschäftliche Tätigkeiten bzw Lokale betroffen sind, durchaus weitreichender sein als es sonst der Fall wäre.“

Daraus folgt, dass auch bei Begehung eines Lokals eine Prüfung, ob Art 8 EMRK verletzt wurde, zu erfolgen hat (vgl dazu auch die Betretung eines Beherbergungsbetriebes VfSlg 14.864/1997).

Es ist daher zu klären, ob für die Amtshandlung eine gesetzliche Grundlage vorliegt. Diese findet sich, im Hinblick auf die zu klärende Frage, ob im gegenständlichen Fall, eine genehmigungsbedürftige Änderung der Betriebsanlage stattgefunden hat, in § 338 GewO, BGBl Nr 194/1994 idF BGBl I Nr 131/2004. Diese Bestimmung lautet:

§ 338

(1) Soweit dies zur Vollziehung der gewerberechtlichen Vorschriften erforderlich ist, sind die Organe der zur Vollziehung dieser Vorschriften zuständigen Behörden sowie die von diesen Behörden herangezogenen Sachverständigen berechtigt, Betriebe sowie deren Lagerräume während der Betriebszeiten zu betreten und zu besichtigen und Kontrollen des Lagerbestandes vorzunehmen und in alle Geschäftsunterlagen Einsicht zu nehmen und Beweismittel zu sichern. Der Betriebsinhaber oder dessen Stellvertreter ist spätestens beim Betreten des Betriebes oder der Lagerräume zu verständigen. Insoweit die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes gemäß § 336 bei der Vollziehung dieses Bundesgesetzes mitzuwirken haben, haben ihnen die Gewerbetreibenden auf Verlangen alle für die Gewerbeausübung maßgebenden behördlichen Urkunden vorzuweisen und zur Einsichtnahme auszuhändigen. Liegt gegen eine Person der Verdacht einer Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs 1 Z 1, 2 oder 3 vor, so hat sich diese Person gegenüber den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes auszuweisen.

(2) Soweit dies zur Vollziehung der gewerberechtlichen Vorschriften erforderlich ist, hat der Betriebsinhaber oder dessen Stellvertreter den Organen der im Abs 1 genannten Behörden sowie den von diesen Behörden herangezogenen Sachverständigen das Betreten und die Besichtigung des Betriebes und der Lagerräume zu ermöglichen sowie den Anordnungen dieser Organe zur Inbetriebnahme oder Außerbetriebsetzung und über die Betriebsweise von Maschinen und Einrichtungen und zur Vornahme betrieblicher Verrichtungen zu entsprechen; weiters hat er den im Abs 1 genannten Behörden die notwendigen Auskünfte zu geben, notwendige Unterlagen vorzulegen und erforderlichenfalls Einblick in die Aufzeichnungen über den Lagerbestand sowie über die Warenein- und -ausgänge zu gewähren.

(3) ...

(4) Die Organe der im Abs 1 genannten Behörden haben bei den Amtshandlungen gemäß Abs 1 und 2 darauf Bedacht zu nehmen, dass jede nicht unbedingt erforderliche Störung oder Behinderung des Betriebes vermieden wird.

(5) ...

(6)

(7) ...

Gegen diese gesetzliche Grundlage wurden verfassungsrechtliche Bedenken weder vorgetragen noch sind solche bislang in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs entstanden (vgl VfSlg 17.774/2006): Denn Maßnahmen nach § 338 GewO stellen zweifelsohne Eingriffe dar, die gemäß Art 8 Abs 2 EMRK zulässig sind. Sie erweisen sich in einer demokratischen Gesellschaft für die öffentliche Ruhe und Ordnung, zur Verhinderung von strafbaren Handlungen und zum Schutz der Gesundheit als notwendig. Insbesondere bestehen auch aus dem Blickwinkel der Verhältnismäßigkeit keine Bedenken.

Für das Betreten des Lokals „XY“ durch die belangte Behörde liegt daher eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Gesetzesgrundlage vor.

Dieses Betretungsrecht wurde, entgegen den Beschwerdeausführungen, auch in einer dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechenden Weise ausgeübt.

Soweit sich die beschwerdeführende Gesellschaft durch die Kommissionierung zur „späten Nachtstunde“ beschwert erachtet, ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem Lokal „XY“ um eine Diskothek handelt, die an jeden Freitag, Samstag sowie vor jedem Feiertag ab 21.00 Uhr geöffnet ist und nach der Tiroler Sperrzeitenverordnung 1995 LGBI 46 idF LGBI 39/2000 erst um 6.00 Uhr geschlossen werden muss.

Die Kommissionierung hat daher gesetzeskonform, wie es auch in § 338 Abs 1 GewO vorgesehen ist, während der Betriebszeiten in dem Zeitraum zwischen 23.38 und 04.00 Uhr stattgefunden. Im Hinblick darauf, dass nach § 74 Abs 2 GewO der Schutz von Kunden, die die Betriebsanlage aufsuchen, ein zu wahrendes Interesse auch im Betriebsanlagenverfahren ist, sind Erhebungen dazu im Rahmen einer Begehung nach § 338 GewO während der Öffnungszeiten eines Gastgewerbebetriebes jedenfalls zulässig und zweckmäßig.

Schon aus dem Wortlaut des § 338 Abs 1 GewO geht weiters hervor, dass die Verständigung des Betriebsinhabers oder dessen Stellvertreters erst beim Betreten des Betriebes oder der Lagerräume erfolgen kann (arg: „spätestens“). Eine gewerberechtliche Kommissionierung muss sohin keinesfalls „vorangekündigt“ werden. Auch können damit keine „Verteidigungsrechte“ des Betroffenen verletzt werden, da ihm im Rahmen des weiterzuführenden Verfahrens jedenfalls die Gelegenheit einzuräumen ist, zu den Ergebnissen der Begehung Stellung zu nehmen.

Schließlich sind auch keine Bedenken dagegen entstanden, dass bei dieser Amtshandlung auch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes anwesend waren. § 336 Abs 1 GewO bietet dafür eine entsprechende Gesetzesgrundlage.

In § 336 Abs 1 GewO ist vorgesehen, dass die Bundespolizei und die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes durch Maßnahmen zur Vorbeugung gegen drohende Verwaltungsübertretungen und Maßnahmen, die für die Einleitung von Verwaltungsstrafverfahren erforderlich sind, an der Vollziehung der §§ 366 Abs 1 Z 1, 2, 3, 3a, 367 Z 35, 50 und 51, 366b und 367a sowie bei Verstößen gegen die Bestimmungen über Sperrstunden (§ 113) mitzuwirken haben.

Im Hinblick auf die Betriebsgröße (laut ursprünglichen Betriebsanlagengenehmigungsbescheid vom 20.09.2000, Zl III-14-341/1.00 für eine max Besucheranzahl von 1100 Personen ausgelegt) und im Hinblick auf den Verdacht auf eine Übertretung nach § 366 Abs 1 Z 3 GewO (vgl dazu die Ausführungen in der Gegenschrift) kann die Beiziehung von zwei Beamten zur Durchführung der gewerberechtlichen Kommissionierung als nicht überschießend angesehen werden.

Hinsichtlich der darüber hinaus anwesenden 6 Zivilbeamten sowie weiterer 7 uniformierten Kräften, die die Außensicherung bzw Kontrollen an den Zufahrtswegen durchgeführt haben, ist anzumerken, dass diese Polizeibeamten Kontrollen nach dem Tiroler Jugendschutzgesetz und, allenfalls im Verdachtsfalle, nach dem SMG durchgeführt haben.

Nach § 20 Tiroler Jugendschutzgesetz 1994, LGBI Nr 4/1994 ist den Organen und sonstigen Beauftragten der Behörde sowie den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes in Vollziehung dieses Gesetzes ungehinderter Zutritt zu allen Räumen und Grundstücken zu gewähren sowie auf Verlangen Auskunft zu erteilen, soweit im Abs 2 (Befreiung von der Verpflichtung zur Erteilung von Auskünften in eigener Sache bzw im Falle des Zeugnisenstschlagsrechts nach § 38 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991) nach nichts anderes bestimmt ist. Die Ausübung unmittelbarer Zwangsgewalt ist nach dieser Bestimmung zulässig.

Auch gegen § 20 Tiroler Jugendschutzgesetz bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken Diese Maßnahmen sind ebenfalls in einer demokratischen Gesellschaft für die Erhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung, zur Verhinderung von strafbaren Handlungen und zum Schutz der Gesundheit und Moral erforderlich.

Dass die Kontrollen nach dem Tiroler Jugendschutzgesetz durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes durchgeführt werden können und während der Betriebszeiten stattfinden müssen, bedarf wohl keiner weiteren Ausführungen.

Die Beschwerde war daher insgesamt als unbegründet abzuweisen.

Die Zuerkennung der Verfahrenskosten an die belangte Behörde begründen sich auf die Bestimmung des § 79a Abs 3 AVG. Da ein Vertreter der belangten Behörde bei der öffentlichen mündlichen Verhandlung, abgesehen von der ausschließlich als Zeugin anwesenden J. S., nicht anwesend war, war der Verhandlungsaufwand an die belangte Behörde nicht zuzusprechen.