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-800430/10/MS

Datum:
Linz, 30. September 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde der A P, (vormals vertreten durch Rechtsanwalt Dr. G A in L), gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 22. März 2021, GZ: 0052777/2020, wegen Übertretungen der Gewerbeordnung nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von gesamt 80 Euro zu leisten.

III. 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 Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) vom 22. März 2021 wurde über A P (im Folgenden: Beschwerdeführerin) infolge der Übertretungen jeweils des § 366 Abs. 1 Z. 3 iVm §§ 81 und 74 Abs. 2 GewO zu Spruchpunkt 1. eine Geldstrafe in der Höhe von 250 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 23 Stunden) und zu Spruchpunkt 2. eine Geldstrafe in der Höhe von 150 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 14 Stunden) verhängt und der Beschwerdeführerin Folgendes zur Last gelegt:

„1. Die Beschuldigte hat als Gewerbeinhaberin am 08.08.2020 um 00.16 Uhr sowie am 30.09.2020 um 23.30 Uhr die Betriebsanlage (B C) am Standort L, X, für welche mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 20.07.1999, GZ 501/W991007B, der Betrieb eines Gastgartens in der Zeit von 08.00 bis 22.00 Uhr, vom 15. Juni bis einschließlich 15. September bis 23.00 Uhr, gewerbebehördlich genehmigt wurde, nach Durchführung einer gemäß § 81 iVm § 74 Abs. 2 Z 2 GewO 1994 genehmigungspflichtigen Änderung, nämlich der Verlängerung der genehmigten Betriebszeit des Gastgartens, betrieben, ohne dass die hierfür erforderliche Betriebsanlagenänderungsgenehmigung vorgelegen wäre, obwohl die vorab beschriebene Änderung der Betriebsanlage geeignet ist, Nachbarn durch Lärm (zusätzlich) zu belästigen.

Anlässlich einer Kontrolle durch Wacheorgane der LPD Oberösterreich, PI Landhaus, wurde am 08.08.2020 festgestellt, dass der zur angeführten Betriebsanlage zugehörige Gastgarten noch um 00.16 Uhr in Betrieb war, indem sich dort Gäste aufhielten, welche teilweise noch volle Getränke auf den Tischen stehen hatten.

Anlässlich einer Kontrolle durch Wacheorgane der LPD Oberösterreich, PI Landhaus, wurde am 30.09.2020 festgestellt, dass der zum angeführten Lokal zugehörige Gastgarten noch um 23.30 Uhr in Betrieb war, indem sich dort Gäste aufhielten, welche sich lautstark unterhielten, rauchten und Getränke konsumierten.

2. Die Beschuldigte hat als Gewerbeinhaberin am 10.10.2020 um 23.03 Uhr die Betriebsanlage (B C) am Standort L, X, für welche mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 11.02.2020, GZ 0048832/2019 BBV N, die Darbietung von Hintergrundmusik gewerbebehördlich genehmigt wurde, nach Durchführung einer gemäß § 81 iVm § 74 Abs. 2 Z 2 GewO 1994 genehmigungspflichtigen Änderung, nämlich der Darbietung von Musik, welche lauter als Hintergrundmusik abgespielt wurde, betrieben, ohne dass die hierfür erforderliche Betriebsanlagenänderungsgenehmigung vorgelegen wäre, obwohl die vorab beschriebene Änderung der Betriebsanlage geeignet ist, Nachbarn durch Lärm (zusätzlich) zu belästigen.

Anlässlich einer Kontrolle durch Wacheorgane der LPD Oberösterreich, PI Landhaus, wurde am 10.10.2020 um 23.03 Uhr festgestellt, dass die Musik im angeführten Lokal derart laut abgespielt wurde, dass diese bereits aus einer Entfernung von 50-60 Metern zum Lokal deutlich wahrgenommen werden konnte.“

Begründend führte die belangte Behörde auszugweise Folgendes aus:

[...]

„Für die erkennende Behörde ist der im Spruch dargestellte Sachverhalt aufgrund der Aktenlage sowie des Ergebnisses des durchgeführten Ermittlungsverfahrens erwiesen.

Aus der vorgelegten Anzeige der LPD Oberösterreich ergibt sich zunächst im Hinblick auf die Tatzeitpunkte am 08.08.2020 sowie am 30.09.2020 eindeutig, dass sich im Zeitpunkt der Kontrolle noch Personen in dem zur verfahrensgegenständlichen Betriebsanlage zugehörigen Gastgarten aufhielten, welche dort auch Getränke konsumierten, und wurde dies im Übrigen von der Beschuldigten auch nicht bestritten.
Hinsichtlich der abgespielten Musik am 10.10.2020 ist der Anzeige der LPD Oberösterreich zweifelsfrei zu entnehmen, dass bereits aus einer Entfernung von 50 bis 60 Metern zur Betriebsanlage die im gegenständlichen Lokal abgespielte Musik deutlich wahrgenommen werden konnte und darüber hinaus die Lokaleingangstür zum Zeitpunkt der Kontrolle offenstand. Im Verfahren ergaben sich keine Gründe, die Angaben der anzeigelegenden Wacheorgane in Zweifel zu ziehen, sodass das diesbezügliche Vorbringen der Beschuldigten, wonach die Eingangstür des Lokals geschlossen gewesen und im Lokal nur Hintergrundmusik abgespielt worden wäre, von der erkennenden Behörde als Schutzbehauptung gewertet wird, zumal den zur Wahrnehmung von Verwaltungsübertretungen bestellten und geschulten Organen der öffentlichen Aufsicht die fehlerfreie Wahrnehmung und richtige Wiedergabe von Vorgängen bekanntermaßen zuzumuten und auch zu erwarten ist, dass sie über die in Ausübung des Dienstes gemachten Wahrnehmungen und Feststellungen richtige Angaben machen (vgl. zB zur StVO u.a. VwGH 28.11.1990, 90/03/0172). Demgegenüber konnte sich die Beschuldigte frei verantworten und ist vorliegend auch zu berücksichtigen, dass diese nicht zur Wahrheit verpflichtet ist und durch ein wie immer geartetes Vorbringen keinerlei Rechtsnachteile zu befürchten hat.
In rechtlicher Würdigung des als erwiesen angenommenen Sachverhaltes hat die erkennende Behörde erwogen:
[...]
Zunächst ist festzuhalten, dass die Erfüllung des Tatbestandes nach § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 das Vorliegen einer rechtswirksam genehmigten Betriebsanlage bedingt (VwGH 12.06.2013, 2013/04/0019).
Dies ist gegenständlich unbestritten der Fall, zumal sowohl für die Räumlichkeiten des Lokals als auch für den Gastgarten eine Betriebsanlagengenehmigung besteht.
Ob nun eine Änderung dieser genehmigten Betriebsanlage erfolgte, bemisst sich nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ausschließlich nach dem die Betriebsanlage genehmigenden Bescheid (VwGH 24.05.1994, 93/04/0031; 04.03.2002, 2001/04/0069). Jeder Betrieb einer Betriebsanlage, der in seiner Gestaltung von dem im Genehmigungsbescheid (Betriebsbeschreibung) umschriebenen Projekt abweicht, bedeutet eine Änderung der genehmigten Betriebsanlage und bedarf unter den Voraussetzungen des § 81 GewO 1994 einer gewerbebehördlichen Genehmigung.
Der vorliegende Genehmigungskonsens für die gastgewerbliche Betriebsanlage beinhaltet einerseits eine Betriebszeit für den Gastgarten von 08.00 bis 22.00 Uhr, vom 15. Juni bis einschließlich 15. September bis 23.00 Uhr, sowie andererseits die Darbietung von Hintergrundmusik, sodass jeder Betrieb über diese genehmigte Betriebszeit hinaus bzw. das Abspielen von Musik lauter als Hintergrundmusik eine Änderung der Betriebsanlage darstellt, welche unter den Voraussetzungen des § 81 GewO 1994 genehmigungspflichtig ist.
Im gegenständlichen Fall steht fest, dass am 08.08.2020 um 00.16 Uhr sowie am 30.09.2020 um 23.30 Uhr noch Personen im Gastgarten aufhältig waren, welche Getränke konsumierten.

Wenn die Beschuldigte hierzu im Rahmen ihrer Rechtfertigung ausführt, dass im Kontrollzeitpunkt keine Ausgabe von Getränken an die im Gastgarten befindlichen Personen mehr stattgefunden hätte, ist hierzu festzuhalten, dass es für die Qualifikation von betriebsfremden Personen als ‚Gäste' nicht darauf ankommt, ob diese vom Gastgewerbetreibenden (entgeltlich) bewirtet oder auf andere Weise gastlich aufgenommen wurden. Für die Annahme eines Betriebes der gastgewerblichen Betriebsanlage genügt es, dass betriebsfremde Personen den Gastgewerbebetrieb in Anspruch nehmen, sei es auch nur durch ihren Aufenthalt. Es ist daher Aufgabe des Gastwirtes, Betriebsräume und allfällige sonstige Betriebsflächen während der normierten Sperrzeiten bzw. außerhalb der Betriebszeiten geschlossen zu halten. Er darf in diesen Zeiten Gästen weder den Zutritt zu diesen Räumen oder zu diesen Flächen, noch ein weiteres Verweilen dort gestatten. Ein Gastgewerbetreibender, der eine Inanspruchnahme durch Gäste nicht unterbindet, hält den Gastgewerbebetrieb nicht geschlossen (vgl. VwGH 24.10.2001, 99/04/0097 mwN).
Gegenständlich wurde jedoch von der Beschuldigten im angeführten Tatzeitpunkt nicht verhindert, dass sich im Gastgarten noch betriebsfremde Personen aufhalten, sodass jedenfalls von einem Betrieb des Gastgartens über die genehmigte Betriebszeit hinaus auszugehen ist.
Darüber hinaus konnte am 10.10.2020 bereits aus einer Entfernung von 50 bis 60 Metern zum Lokal die dort abgespielte Musik wahrgenommen werden. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass eine solche Entfernung entgegen der Rechtfertigung der Beschuldigten aus Sicht der erkennenden Behörde jedenfalls nicht mehr als ‚unmittelbare Umgebung' der Betriebsanlage anzusehen ist. Insbesondere konnte die Musik auch bereits in dieser Entfernung deutlich wahrgenommen werden, sodass selbst unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Lokaleingangstür geöffnet war, nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass im Lokal lediglich Hintergrundmusik abgespielt wurde.
Im Hinblick auf die Frage der Genehmigungspflicht liegt in weiterer Folge nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, insbesondere aufbauend auf § 74 Abs 2 GewO 1994, eine genehmigungspflichtige Änderung bereits dann vor, wenn die Änderung grundsätzlich geeignet ist, die in § 74 Abs. 2 GewO 1994 umschriebenen Interessen zu beeinträchtigen. Die Genehmigungspflicht der Anlage ist daher bereits dann gegeben, wenn solche Auswirkungen nicht auszuschließen sind (VwGH 16.12.1998, 98/04/005). Um dies zu beurteilen, genügt es in der Regel auf das allgemeine menschliche Erfahrungsgut zurückzugreifen (VwGH 20.09.1994, 94/04/0068). Detaillierte oder allenfalls messtechnisch untermauerte Feststellungen über das konkrete Ausmaß von Lärmimmissionen sind nicht erforderlich.
Sowohl der Betrieb eines Gastgartens in den Nachtstunden, als auch das Abspielen von Musik lauter als Hintergrundmusik stellen zweifellos Maßnahmen dar, welche die durch § 74 Abs. 1 Z 1 bis 5 GewO 1994 geschützten Interessen gefährden könnten. Insbesondere ist durch diesen Betrieb eine Belästigung der Nachbarn durch Lärm nicht auszuschließen.
Hinsichtlich des diesbezüglichen Vorbringens der Beschuldigten, wonach es sich bei den Nachbarn zum überwiegenden Teil um Gastronomiebetriebe handeln und die Wohnungen im ersten Obergeschoss über dem Lokal überwiegend leer stehen oder von Mitarbeitern bewohnt werden würden, ist anzumerken, dass sich das Lokal in der Linzer Innenstadt befindet, sodass die erkennende Behörde davon ausgeht, dass der oben angeführte Betrieb des Lokals jedenfalls geeignet ist, die in der Altstadt unzweifelhaft (ebenfalls) vorhandenen nächstliegenden Wohnnachbarn durch Lärm zu belästigen. Lediglich der Vollständigkeit

halber wird auch noch angemerkt, dass die polizeiliche Kontrolle am 30.09.2020 infolge einer telefonisch eingegangenen Lärmbeschwerde erfolgt war.
Im Übrigen hat die Behörde im Verwaltungsstrafverfahren nicht zu prüfen, ob tatsächlich Gefährdungen, Beeinträchtigungen, Belästigungen oder sonstige Einwirkungen im Sinn des § 74 Abs. 2 GewO 1994 von der Betriebsanlage ausgehen; dies festzustellen und allenfalls durch entsprechende Auflagen zu verhindern, ist Sache des Genehmigungsverfahrens. Ob nun die Nachbarn durch den Betrieb der geänderten Betriebsanlage tatsächlich belästigt wurden, ist für die Erfüllung des Tatbestandes der Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 daher nicht von Belang.
Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass es sich bei dem erfolgten Betrieb des Gastgartens außerhalb der genehmigten Betriebszeit sowie der Darbietung von Musik im Lokal, welche lauter als Hintergrundmusik abgespielt wurde, um Änderungen der Betriebsanlage handelt, für welche eine gewerbebehördliche Änderungsgenehmigung im Sinne des § 81 Abs. 1 GewO 1994 nicht vorliegt, aber erforderlich gewesen wäre.
Es ist somit der Tatbestand der angelasteten Verwaltungsübertretungen in objektiver Hinsicht erfüllt.
Schuldfrage:
Die Gewerbeordnung 1994 sieht keine eigene Regelung hinsichtlich des Verschuldens vor. Es kommt daher § 5 Abs. 1 VStG zum Tragen, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt.
Fahrlässigkeit ist immer dann anzunehmen, wenn

- einem Verbot zuwidergehandelt oder ein Gebot nicht befolgt wird und
- zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört (sogenanntes Ungehorsamsdelikt) und
- der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Die Beschuldigte hat im vorliegenden Fall ein Ungehorsamsdelikt begangen.
Bei einem Ungehorsamsdelikt belastet der Gesetzgeber den Täter schon durch seinen objektiven Tatbestand und präsumiert die Schuld bis zum Beweis des Gegenteils durch den Beschuldigten (VwGH 18.11.1971, Slg 8108 A, 13.12.1979, 2969/76 uva.). Da es gegenüber der Belastung, die der äußere Tatbestand für den Beschuldigten schafft, eines besonderen Entlastungsbeweises bedarf, hat die Behörde demnach nicht wie bei den Erfolgsdelikten den Nachweis des Verschuldens zu erbringen, sondern hat der Beschuldigte selbst durch Beibringung von Beweismittel bzw. Stellung von entsprechenden Beweisanträgen darzutun, dass ihn kein Verschulden trifft (VwGH 30.6.1955, 1644/51, 15.11.1976, Slg 9180 A - 17.9.1985, 84/04/0237).
Den Schuldentlastungsbeweis im Sinne der vorstehenden Gesetzesbestimmung konnte die Beschuldigte nicht erbringen.
In ihrer Rechtfertigung hat diese keine stichhaltigen Argumente vorgebracht, welche ein Verschulden ihrerseits ausschließen würden.
Insbesondere ermöglichte das Betriebskonzept der Beschuldigten den Gästen auch über die genehmigte Betriebszeit hinaus im Gastgarten Getränke zu konsumieren. Zudem ist auch nicht erkennbar, warum es der Beschuldigten nicht möglich gewesen sein soll, die Gäste rechtzeitig zum Verlassen des (relativ kleinen) Gastgartens zu bewegen.
Es ist daher vielmehr davon auszugehen, dass die Beschuldigte nicht die geeigneten Maßnahmen setzte, um einen bescheidmäßigen Betrieb der Betriebsanlage zu gewährleisten.

Wenn die Beschuldigte weiters ausführt, dass die Wirtschaftskammer Oberösterreich an die Linzer Gastronomen ‚herangetragen' hätte, dass die Gastgärten im Jahr 2020 aufgrund der Situation im Zusammenhang mit COVID-19 ausnahmslos bis 0.00 Uhr öffnen dürfen, ist festzuhalten, dass diese Behauptung durch die Beschuldigte gänzlich unbelegt blieb, sodass für die erkennende Behörde erhebliche Zweifel an einer solchen Rechtsauskunft bestehen und dieses Vorbringen daher als bloße Schutzbehauptung erscheint.
Zusammenfassend sind die angeführten Sorgfaltsverletzungen der Beschuldigten anzulasten und ist somit jedenfalls von zumindest fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.
Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist daher auch hinsichtlich ihrer subjektiven Tatbestandsmäßigkeit erwiesen.
Zur Strafhöhe ist festzustellen, dass gemäß § 19 Abs. 1 VStG Grundlage für die Bemessung der Strafe stets die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat ist; insofern spielt auch das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat, eine entsprechende Rolle. Nach Abs. 2 leg. cit. sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.
Dies bedeutet, dass die erkennende Behörde auf der Grundlage des § 19 Abs. 1 VStG ihre Wertung der Tat innerhalb der Grenzen des gesetzlichen Strafrahmens darzutun hat. Eine Strafbemessung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens ist eine Ermessensentscheidung, die nach den in § 19 leg. cit. festgelegten Kriterien vorzunehmen ist.
Strafmilderungs- oder Erschwerungsgründe lagen nicht vor.
Bei der Berücksichtigung der Vermögens-, Einkommens- und Familienverhältnisse der Beschuldigten ging die Behörde davon aus, dass die Beschuldigte, wie sie anlässlich ihrer Eingabe an den Magistrat Linz vom 16.03.2021 angab, derzeit kein monatliches Einkommen bezieht und Sorgepflichten für ein Kind bestehen.
Der Strafrahmen für das der Beschuldigten vorgeworfene Delikt beträgt bis zu 3 600 Euro.
Die verhängten Strafen sind aus Sicht der erkennenden Behörde unter Bedachtnahme auf die wirtschaftliche Situation der Beschuldigten aus spezial- und generalpräventiver Sicht als notwendig und angemessen anzusehen. Ergänzend wird die Beschuldigte darauf hingewiesen, dass auch schlechte Einkommens- und Vermögensverhältnisse bzw. auch Mittellosigkeit nicht vor der Verhängung einer Strafe schützen. Dies hat der Verwaltungsgerichtshof mehrmals rechtkräftig festgestellt.
Von der Anwendung der Bestimmung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG (Absehen von der Fortführung des Strafverfahrens/Erteilung einer Ermahnung) war Abstand zu nehmen, da die dafür erforderlichen kumulativen Voraussetzungen (geringe Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat sowie geringes Verschulden) nicht gegeben sind (VwGH 20.06.2016, Ra 2016/02/0065; 09.09.2016, Ra 2016/02/0118; 16.12.2016, Ra 2014/02/0087).
Vorliegend ist schon die Voraussetzung der geringfügigen Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes nicht gegeben, zumal durch die Einschränkung der Betriebszeiten des Gastgartens sowie der Genehmigung einer Darbietung lediglich von Hintergrundmusik

Nachbarn vor unzumutbaren Lärmbelästigungen geschützt werden sollen. Die Wertigkeit des Rechtsgutes der Gesundheit ist jedenfalls als hoch anzusehen.
Davon abgesehen kann aber gegenständlich auch das Verschulden der Beschuldigten nicht als gering angesehen werden.
Bei entsprechender Berücksichtigung sämtlicher gemäß § 19 VStG maßgebender Bemessungsgründe erscheinen daher die verhängten Strafen dem Unrechtsgehalt der Tat sowie dem Verschulden der Beschuldigten angemessen.
Das Ausmaß der gemäß § 16 VStG festgesetzten Ersatzfreiheitsstrafen entspricht dem Unrechtsund Schuldgehalt der Verwaltungsübertretungen."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Gegen dieses Straferkenntnis hat die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 19. April 2021, verfasst vom damaligen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, rechtzeitig Beschwerde erhoben und beantragt, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge das angefochtene Straferkenntnis aufheben und das Verwaltungsstrafverfahren einstellen; in eventu das angefochtene Straferkenntnis aufheben und der Beschwerdeführerin eine bloße Ermahnung erteilen; in eventu die verhängte Strafe mildern sowie eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen.

Begründend wurde Folgendes dargelegt:
„a) Zur materiellen Rechtswidrigkeit des Inhaltes:
Unter dem Begriff ‚Änderung' iSd § 81 Abs. 1 GewO 1994 ist jede durch die bereits erteilte Genehmigung nicht gedeckte, bauliche oder sonstige, die Anlage betreffende Maßnahme des Inhabers der Betriebsanlage zu verstehen, durch die sich die im § 74 Abs. 2 Z 1 bis Z 5 GewO 1994 bezeichneten Gefährdungen, Beeinträchtigungen oder sonstigen Auswirkungen ergeben können. (VwGH am 23.1.2002, 2000/04/0203)
Unrichtig ist deshalb, dass jeder Betrieb des Gastgartens über die genehmigte Betriebszeit hinaus bzw. das Abspielen von ‚lauter' Musik ausnahmslos eine Änderung der Betriebsanlage darstelle, welche genehmigungspflichtig sei.
Bei der Beurteilung, ob durch eine allenfalls vom Betreiber bzw. Inhaber vorgenommene Änderung der genehmigten Betriebsanlage geeignet ist, die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen, ist richtigerweise insbesondere auf das allgemeine menschliche Erfahrungsgut zurückzugreifen. (VwGH 20.9.1994, 94/04/0068).
Auch wenn detaillierte oder allenfalls messtechnisch untermauerte Feststellungen über das konkrete Ausmaß der zu beurteilenden Lärmimmissionen nicht erforderlich sind, so handelt es sich dabei doch um eine konkrete Einzelfallentscheidung. Im Rahmen dieser Einzelfallentscheidung sind insbesondere die örtlichen Gegebenheiten und vor allem die ohnehin von den umliegenden Betriebsanlagen ausgehenden Immissionen zu berücksichtigen.
Das ‚x' befindet sich in der Altstadt, eines der am stärksten frequentierten Ausgehviertel in Linz, mit mehreren Nachtlokalen in unmittelbarer Umgebung. Bis spät in die Nacht hinein herrscht dort ein entsprechend reges Kommen und Gehen. In einer solchen Umgebung dürfen nicht dieselben Anforderungen an die von der belangten Behörde zu beurteilenden Lärmimmissionen gestellt werden wie in einem ruhigen Wohnviertel oder gar auf dem Land.

Wer hier wohnt, weiß um die von den zahlreichen Vergnügungsstätten mit Öffnungszeiten teilweise bis in die frühen Morgenstunden ausgehenden Lärmimmissionen Bescheid. Die Bewohner solch spezieller städtischer Verhältnisse nehmen einen gewissen Geräuschpegel - insbesondere in der Nacht - in Kauf. Deshalb ist dieses Gebiet als relativ lärmtolerant einzuschätzen.
Richtig ist, dass der Lokalbetreiber grundsätzlich dafür Sorge zu tragen hat, bis zum Eintritt der Sperrstunde das Ziel zu erreichen, dass sich keine Gäste mehr im Schanigarten aufhalten. Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts verlangt vom Betreiber dabei rechtzeitig all jene Maßnahmen zu ergreifen, die ihm zur Verfügung stehen, um ein unzulässiges Verweilen abzuwenden. (VwGH am 24.10.2001, 99/04/0097)
Am 7.8.2020 und am 30.9.2020 habe ich bzw. meine Mitarbeiterin, U H, bereits vor 23:00 bzw. vor 22:00 Uhr an Gäste im Gastgarten keine Getränke mehr ausgegeben. Weiters haben wir alle Besucher mehrmals auf die einzuhaltenden Öffnungszeiten hingewiesen und die Gäste rechtzeitig ins Lokalinnere gebeten.
Aufgrund der Tatsache, dass mein Schanigarten nicht eingezäunt bzw. mechanisch nicht von den umliegenden Flächen abgegrenzt ist, kann ich ein unbefugtes Betreten meines Gastgartens nicht verhindern. Darüber hinaus ist es sowohl beim Betreten als auch beim Verlassen der Räumlichkeiten meines Lokals erforderlich, dass die Gäste den Gastgarten durchqueren.
Auch ein Entfernen der Tische bzw. Sitzgelegenheiten außerhalb der Öffnungszeiten des Gastgartens ist aufgrund der beengten Platzverhältnisse im bzw. um das ‚x' nicht realisierbar. Ich habe keine Möglichkeit, die Tische und Sessel zu verwahren.
Ich bzw. meine Mitarbeiterin haben demnach alle uns zur Verfügung stehende Mittel, um einen bescheidmäßigen Betrieb der Betriebsanlage zu gewährleisten, ausgeschöpft. Nicht anzulasten ist mir dabei, dass ich - um die Durchsetzung der Einhaltung der Sperrstundenvorschrift zu gewährleisten – die Polizei zu verständigen nicht in Betracht gezogen habe. Es ist mir nämlich keinesfalls zuzumuten, die Räumung meines Gastgartens durch die Polizei zu veranlassen. Ein nicht wiederherzustellender Imageschaden zu meinem Nachteil wäre die Folge. Im Rahmen meiner betrieblichen Tätigkeiten bin ich nämlich insbesondere auf Stamm- und Laufkundschaft angewiesen.

b) Zur mangelhaften Beweiswürdigung:
In der Anzeige vom 11.10.2020 gibt der Anzeigeleger Chefinsp. P B an, dass am 10.10.2020 im Zuge der Altstadtstreife bereits im Zugang zur B aus einer Entfernung von ca. 50-60 Meter Musiklärm wahrnehmbar war.
Die Altstadtstreife habe sich daher in die X, zum dortigen Lokal ‚X' begeben, wo man festgestellt habe, dass die Eingangstüre offenstand und lauter Musiklärm aus dem Lokal drang.
Im Zuge des Ermittlungsverfahrens gab Chefinsp. P B am 20.1.2021 auf Nachfrage der zuständigen Sachbearbeiterin der Behörde jedoch an, ‚Ob die Eingangstür mit einem automatischen Türschließer versehen bzw. verkeilt/ausgespreizt war, konnte nicht (mehr) angegeben werden'.
Die Aussage des Chefinsp. P B am 20.1.2021 steht insofern im Widerspruch zur Anzeigedarstellung, dass jedenfalls davon auszugehen ist, dass für den Fall, dass die Eingangstüre tatsächlich offen gestanden hat, die besonders geschulten Wachorgane die Funktionstüchtigkeit des automatischen Türschließers überprüft hätten. Dies deshalb, um eben etwaige Manipulationen und daraus resultierende künftige Lärmbelästigungen

ausschließen zu können. Dieser Widerspruch wäre im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen gewesen.
Soweit die belangte Behörde bei ihrer Beurteilung von einer geöffneten Eingangstüre ausgeht hat sie im Rahmen der ihr zustehenden Beweiswürdigung aus den aufgenommenen Beweisen falsche Tatsachenschlüsse gezogen.
Vielmehr richtig ist dass die Eingangstüre des ‚X' mit einem automatischen Türschließer versehen ist weshalb sich diese nach dem Öffnen ohne Zutun der Betreiberin oder Mitarbeiterin wieder schließt. Die Eingangstüre des ‚X' war am 10.10.2020 geschlossen.
Das angefochtene Straferkenntnis ist wegen mangelhafter Beweiswürdigung aufzuheben.

c) Zur Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften:
Im angefochtenen Straferkenntnis geht die belangte Behörde davon aus, dass bei Ungehorsamkeitsdelikten die Beschuldigte selbst durch Beibringung von Beweismitteln bzw. Stellung von entsprechenden Beweisanträgen dazutun hat, dass ihn kein Verschulden trifft.
Es widerspricht rechtsstattlichen Grundprinzipien, wenn ich im Verwaltungsstrafverfahren meine Unschuld zu beweisen hätte.
Gemäß der auch im Verwaltungsstrafverfahren zufolge § 24 VStG geltenden Grundsätze der Erforschung der materiellen Wahrheit (§ 37 AVG) und der Amtswegigkeit (§ 39 Abs 2 AVG) hat die Behörde dem Beschuldigten grundsätzlich den objektiven Tatbestand von sich aus nachzuweisen.
Bestreitet der Beschuldigte den objektiven Tatbestand eines Ungehorsamsdeliktes gesetzt zu haben, so trifft die Beweislast in dieser Hinsicht die Behörde. (RS 90/19/0108).
Die von der Behörde vorgenommene Verschiebung der Beweislast führt sohin zu einer Einschränkung der behördlichen Verpflichtung sowie des Grundsatzes der materiellen Wahrheit, den für eine Entscheidung maßgeblichen Sachverhalt von Amts wegen festzustellen, also alle Erhebungen die zur Klärung des Sachverhalts nötig sind durchzuführen (Hengstschläger/Leeb, AVG § 37, Rz 6).
Den Beschuldigten trifft im Verwaltungsstrafverfahren ausschließlich dann die Beweislast, wenn eine solche in den Verwaltungsvorschriften ausdrücklich angeordnet ist (Hengstschläger/Leeb, AVG § 39, Rz 11). Eine derartige Beweislastumkehr ist aus den einschlägigen Rechtsnormen nicht ersichtlich.
Das angefochtene Straferkenntnis ist daher auch wegen der Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften, insbesondere der Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit (§ 37 AVG) und der Amtswegigkeit (§ 39 Abs 2 AVG), aufzuheben."

Mit Schreiben vom 20. April 2021 und unter gleichzeitiger Übermittlung des Verfahrensaktes legte die belangte Behörde die ggst. Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor und wurde gleichzeitig mitgeteilt, dass die Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung nicht beabsichtigt ist.
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.

Mit Eingabe vom 21. Juli 2021 teilte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mit, dass er das Vollmachtsverhältnis zur Beschwerdeführerin aufgelöst hat.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:
Beweis wurde erhoben durch die Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt sowie durch die Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung am 28. September 2021, an der die Beschwerdeführerin und eine Vertreterin der belangten Behörde teilnahmen.
Als Zeugen wurden RI S D, RI V W, GI O B und Insp. M S einvernommen.

Es steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:
Die Beschwerdeführerin betreibt am Standort Linz, X eine gewerbliche Betriebsanlage in Form eines Cafes. Sie ist die gewerberechtliche Geschäftsführerin der X P+P OG, welche die Gewerbeinhaberin der ggst. gastgewerblichen Betriebsanlage ist.

Für diese gewerbliche Betriebsanlage liegen folgende gewerbebehördliche Genehmigungen vor:
Bescheid vom 4. Dezember 1998, GZ: 501/W980281F: gewerberechtliche Feststellung einer gastgewerblichen Betriebsanlage in Form eines Cafes im EG, einer Betriebswohnung im 1. OG der Liegenschaft X, Linz mit 35 Verabreichungsplätzen und einer Betriebszeit von 9.00 bis 23.00 Uhr (Sonntag Sperrtag). Die Genehmigung erfasst u.a. eine Musikanlage für Unterhaltungsmusikdarbietung und wird in den Auflagen 11 bis 13 dieses Bescheides ein Leistungsbegrenzer vorgeschrieben und darf bei Vollbetrieb der Anlage ein A-bewerteter Dauerschallpegel von 80 dB in 1 Meter Abstand von jedem Lautsprecher im Lokal (ohne Anwesenheit von Gästen) nicht überschritten werden.

Bescheid vom 20. Juli 1999, GZ: 501/W991007B: gewerbebehördliche Änderungsgenehmigung/Feststellung für die Hinzunahme eines Gastgartens auf öffentlichem Grund mit 16 Verabreichungsplätzen mit Öffnungszeiten vom 15. Juni bis zum 15. September von 08.00 bis 23.00 Uhr, ansonsten von 08.00 bis 22.00 Uhr.

Bescheid vom 19. Juli 2001; GZ: 501/W011032d: Änderung der Betriebsart auf Nachtclub und Änderung der Betriebszeit von 09.00 bis 06.00 Uhr.

Bescheid vom 26. November 2008, GZ: 0047912/2008: Änderung der Betriebszeit von 20.00 bis 08.00 Uhr.

Bescheid vom 11. Februar 2020, GZ: 0048832/2019: Feststellungsbescheid hinsichtlich der Änderung der Anlage von Nachtclub auf Cafe/Bar mit

35 Verabreichungsplätzen mit einer Betriebszeit von 16.00 bis 01.00 Uhr und mit Darbietung von unverstärkter Pianomusik und Hintergrundmusik.

Sowohl am 8. August 2020 als auch am 30. September 2020 sowie am 10. Oktober 2020 fanden polizeiliche Kontrollen statt.

Am 8. August 2020 hielten sich um 00.16 Uhr noch etwa 24 Gäste im Gastgarten auf und hatten einige davon noch teilweise gut gefüllte Getränke auf den Tischen stehen.

Am 30. September 2020 waren um 23.30 Uhr im Gastgarten noch etwa 20 Gäste aufhältig. Einige haben nur geraucht, andere sind gesessen und hatten noch Getränke vor sich.

Am 10. Oktober 2020 wurde um 23.03 Uhr in der Betriebsanlage Musik in einer Hintergrund übersteigenden Lautstärke abgespielt. Die Musik konnte in einer Entfernung von 50 bis 60 m zum Lokal deutlich wahrgenommen werden.

Dass die Beschwerdeführerin die ggst. gastgewerbliche Betriebsanlage betreibt und gewerberechtliche Geschäftsführerin der X P+P OG ist, welche Gewerbeinhaberin ist, wird in der Beschwerde nicht in Abrede gestellt. Darüber hinaus ergibt sich die Gewerbeinhaberin und die Geschäftsführerineigenschaft aus einem GISA-Auszug.

Dass für die ggst. Betriebsanlage die oben genannten gewerbebehördlichen Genehmigungen (Feststellungen) vorliegen, ergibt sich aus den im übermittelten Behördenakt aufliegenden oben näher dargestellten Bescheiden.

Dass der Gastgarten von 15. Juni bis 15. September von 08.00 bis 23.00 Uhr betrieben werden darf und in der Zeit dazwischen von 08.00 Uhr bis 22.00 Uhr ergibt sich aus dem Bescheid vom 20. Juli 1999, GZ: 501/W991007B.

Dass der Gastgarten am 8. August 2020 um 00.16 Uhr und am 30. September 2020 um 23.20 Uhr noch in Betrieb war, ergibt sich aus der Anzeige der PI Landhaus vom 9. August 2020, GZ: PAD/20/01400628/001/VStV, der Anzeige der PI Landhaus vom 5. Oktober 2020, GZ: PAD/20/01794476/001/VStV sowie der Aussage der Zeugen RI D und RI V W in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich.

Die Schilderung der Zeugen erfolgt in Übereinstimmung mit den Angaben in der vorliegenden auf den Vorfall bezugnehmenden Anzeige und hinterließen die Zeugen einen glaubwürdigen Eindruck, sodass kein Zweifel an der Richtigkeit ihrer Angaben vorliegt und es keinen Grund gibt, ihre Zeugenaussagen der Beweiswürdigung nicht zugrunde zu legen.

Die Beschwerdeführerin gab zu den Vorfällen allgemein an, dass die Gäste ihres Lokals sich bis etwa 10 Minuten vor 12 Uhr im Gastgarten befänden und dann ins Lokal hinein gebeten würden. Der Gastgarten werde dann mit einer Kette gesichert, was am 8. August 2020 jedoch noch nicht gemacht gewesen wäre.

Zum Vorfall vom 30. September 2020 gab die Beschwerdeführerin an, es sei ihr nicht bewusst gewesen hier eine Verwaltungsübertretung verwirklicht zu haben, sie sei davon ausgegangen, sie dürfe den Gastgarten bis 00.00 Uhr offen halten.
Dieses Vorbringen ist aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin zuvor über Befragen angegeben hatte, sie habe bei der Übernahme des Lokales Einsicht in die vorliegenden Genehmigungsbescheide genommen, nicht glaubhaft, zumal im oben angeführten Bescheid vom 20. Juli 1999, GZ: 501/W991007B, die Betriebszeiten des Gastgartens festgelegt wurden, sodass es sich beim ggst. Vorbringen der Beschwerdeführerin nur um eine Schutzbehauptung ihrerseits handeln kann, die nicht geeignet ist die Glaubwürdigkeit der Zeugin V W zu erschüttern.

Dass die Musik derart laut abgespielt wurde, dass sie in einer Entfernung von 50 bis 60 m zu hören war ergibt sich aus der Anzeige der PI Landhaus vom 11. Oktober 2020 sowie aus den Aussagen der Zeugen GI O B und Insp. M S in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Beide Zeugen gaben an, die Musik sei schon in einer Entfernung von etwa 50 m vom Lokal entfernt hörbar gewesen und sei die Musik eindeutig aus dem von der Beschwerdeführerin betriebenen Lokal in der X in Linz gekommen.
Diese Zeugenaussagen sind mit der Aussage des von der belangten Behörde im dortigen Verfahren einvernommenen Zeugen Gruppenkommandant P, der nach Aussage des Zeugen GI O B, die im Lokal anwesende Kellnerin zu sich aus dem Lokal gebeten hat und sie angewiesen hat, die zuvor offen stehende Tür zu schließen, übereinstimmend, ebenso mit der diesen Vorfall betreffenden Anzeige.
Der Umstand, dass sich keiner der Zeugen mehr an die Art der dargebotenen Musik erinnern konnte, vermag die Glaubwürdigkeit der einvernommenen Zeugen nicht zu erschüttern, zumal es ggst. nicht auf die Art der dargebotenen Musik, sondern auf deren Lautstärke ankommt.

Die Beschwerdeführerin brachte in diesem Zusammenhang vor, im Lokal werde in der Regel unverstärkte Pianomusik dargeboten, darüber hinaus gäbe es eine kleine Box, die mit dem Laptop verbunden sei und könne damit gar keine so laute Musik abgespielt werden, dass sie in 50 m Entfernung wahrnehmbar sei.
Nachdem sowohl der von der belangten Behörde einvernommene Zeuge und auch beide in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen übereinstimmend angaben, die Musik bereits in einer Entfernung von etwa 50 m wahrgenommen zu haben und dass die Musik eindeutig aus dem Lokal der Beschwerdeführerin kam, bei welchem einer der Zeugen diesbezüglich mit einer zum fraglichen Zeitpunkt anwesenden Kellnerin Kontakt aufnahm, steht fest, dass im Lokal in der X zum

fraglichen Zeitpunkt Musik in einer Lautstärke dargeboten wurde, dass diese in einer Entfernung von 50 m vom Lokal entfernt bereits wahrnehmbar war.
Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin ist festzustellen, dass alleine der Umstand der Boxengröße nicht zwingend mit der möglichen Lautstärke der daraus abspielbaren Musik in Zusammenhang zu bringen sein muss und das diesbezügliche Vorbringen der Beschwerdeführerin durch keinerlei Beweismittel untermauert wurde.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:
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 § 74 Abs. 2 GewO dürfen gewerbliche Betriebsanlagen nur mit Genehmigung der Behörde errichtet oder betrieben werden, wenn sie wegen der Verwendung von Maschinen und Geräten, wegen ihrer Betriebsweise, wegen ihrer Ausstattung oder sonst geeignet sind,
1. das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen Familienangehörigen oder des nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen eingetragenen Partners, der Nachbarn oder der Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß aufsuchen, oder das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der Nachbarn zu gefährden; als dingliche Rechte im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch die im § 2 Abs. 1 Z 4 lit. g angeführten Nutzungsrechte,
2. die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen,
3. die Religionsausübung in Kirchen, den Unterricht in Schulen, den Betrieb von Kranken- und Kuranstalten oder die Verwendung oder den Betrieb anderer öffentlichen Interessen dienender benachbarter Anlagen oder Einrichtungen zu beeinträchtigen,
4. die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs an oder auf Straßen mit öffentlichem Verkehr wesentlich zu beeinträchtigen oder
5. eine nachteilige Einwirkung auf die Beschaffenheit der Gewässer herbeizuführen, sofern nicht ohnedies eine Bewilligung auf Grund wasserrechtlicher Vorschriften vorgeschrieben ist.

Gemäß § 81 Abs. 1 GewO bedarf auch die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung im Sinne der vorstehenden Bestimmungen, wenn es zur Wahrung der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen erforderlich

ist. 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.

Voraussetzung für die Erfüllung des Tatbestandes des § 366 Abs. 1 Z. 3 GewO ist das Vorliegen einer gewerbebehördlich genehmigten Betriebsanlage (vgl. VwGH 12.6.2013, 2013/04/0019), da nur eine solche aus rechtlicher Sicht geändert werden kann.
Gegenständlich liegt eine genehmigte Betriebsanlage vor, die einer Änderung zugänglich ist (s. dazu II., Auflistung der vorliegenden Genehmigungs-/ Feststellungsbescheide).

Ob eine genehmigte Betriebsanlage geändert wurde, ist ausschließlich anhand des die gewerbliche Betriebsanlage genehmigten Bescheides bzw. anhand der die gewerbliche Betriebsanlage genehmigenden Bescheide zu beurteilen (vgl. VwGH 24.05.1994, 93/04/0031; 04.03.2002, 2001/04/0069) und stellt jeder Betrieb, der gestaltungsmäßig vom Genehmigungskonsens abweicht eine Änderung der gewerblichen Betriebsanlage dar, die unter den Voraussetzungen des § 81 Abs. 1 GewO einer entsprechenden Genehmigung bedarf.

Für die Frage, ob für eine Änderung einer bestehenden Betriebsanlage eine Genehmigung einzuholen ist, verweist § 81 Abs. 1 GewO auf die Bestimmung des § 74 Abs. 2 GewO. Dort wird u.a. festgelegt, dass eine Genehmigung einer gewerblichen Betriebsanlage nur dann erteilt werden darf, wenn diese nicht geeignet ist, Nachbarn nicht durch Emissionen, wie Lärm, Staub oder Geruch unzumutbar zu belästigen.

Bei der Beurteilung, ob eine solche Eignung vorliegt, ist nicht auf die konkrete angesuchte Betriebsanlage mit einer konkreten Umgebungssituation abzustellen, sondern kommt es darauf an, ob eine Betriebsanlage im Form eines Cafes mit Gastgarten bei einer Verlängerung der Betriebszeit des Gastgartens über den genehmigten Zeitraum hinaus, abstrakt geeignet ist, Nachbarn durch Emissionen, wie Lärm, zu belästigen.
Ob konkret eine solche Belästigung der Nachbarschaft gegeben ist und ob eine solche sodann unzumutbar oder zumutbar ist, ist im durchzuführenden Genehmigungsverfahren zu klären und ist nicht Gegenstand eines Strafverfahrens.

Zweifellos ist das Betreiben eines Gastgartens über den genehmigten Zeitraum hinaus abstrakt geeignet, Nachbarn durch Lärm zu belästigen, wodurch sich, wenn ein Gastgarten länger als gewerbebehördlich genehmigt betrieben wird, eine Genehmigungspflicht für eine derartige Änderung in Form der Verlängerung einer Betriebszeit ableitet.

Wie unter II. festgestellt, war der Gastgarten am 8. August 2020 um 00.16 Uhr und am 30. September 2020 um 23.30 Uhr noch in Betrieb und liegen beide Zeiten außerhalb der für den Gastgarten genehmigten Betriebszeiten (Bescheid vom 20. Juli 1999, GZ: 501/W991007B), womit die Beschwerdeführerin, da zu den jeweiligen Tatzeiten keine entsprechende Änderungsgenehmigung vorlag, die ihr in Spruchabschnitt 1. zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen in objektiver Hinsicht zu verantworten hat.

Wie sich aus den unter II. getroffenen Feststellungen ergibt, war die Musik aus dem Lokal in einer Entfernung von etwa 50 m deutlich wahrnehmbar.
Mit Bescheid vom 11. Februar 2020 wurde die Darbietung von unverstärkter Pianomusik und Hintergrundmusik gewerbebehördlich genehmigt. Als Hintergrundmusik ist eine Musik zu qualifizieren, bei der eine Unterhaltung der Gäste leicht möglich ist, ohne dass die dargebotene Musik übertönt werden müsste und wird dafür erfahrungsgemäß ein Schallpegel von 50 bis 60 dB angenommen.
Da die Musik bereits in 50 bis 60 m vom Lokal entfernt deutlich wahrnehmbar war und die Lärmemission umso geringer ist, je weiter die Schallquelle entfernt ist, steht fest, dass die in der ggst. Betriebsanlage dargebotene Musik weder einer Hintergrundmusik noch unverstärkter Pianomusik entsprochen hat. Der Umstand, ob dabei die Tür offen gestanden hat, wie von den Zeugen angegeben, oder geschlossen war, wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht, ist im ggst. Zusammenhang ohne Belang.

Eine Musikdarbietung lauter als vom Genehmigungs(Feststellungs)bescheid umfasst, ist abstrakt geeignet, Nachbarn durch Emissionen von Lärm zu belästigen und stellte eine derartige Abweichung/Überschreitung vom genehmigten Bestand/ des genehmigten Bestandes eine genehmigungspflichtige Änderung einer gewerbebehördlich genehmigten Betriebsanlage dar.
Da im ggst. Zeitpunkt eine Änderungsgenehmigung von Musikdarbietung, die das Ausmaß von Hintergrundmusik oder unverstärkte Pianomusik überschreitet, nicht vorlag, ist der Beschwerdeführerin die ihr in Spruchpunkt 2. zur Last gelegte Verwaltungsübertretung objektiv vorwerfbar.

Die Verwaltungsübertretungen sind der Beschwerdeführerin auch subjektiv vorwerfbar, da die von ihr in diesem Zusammenhang gemachten Vorbringen (Nichtwissen, dass der Gastgarten nur bis 23.00 Uhr betrieben werden darf trotz Kenntnis der Genehmigungsbescheide der ggst. gastgewerblichen Betriebsanlage, kleine Box sei nicht geeignet derart laute Musik abzuspielen, dass diese in einer derartigen Entfernung hörbar ist, etc.) nicht glaubhaft machen konnten, dass sie an der ihr zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen kein Verschulden trifft.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift nicht anderes bestimmt. Da § 366 Abs. 1 Einleitungssatz nichts anderes bestimmt reicht zur Strafbarkeit Fahrlässigkeit aus.

Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Somit ist ggst. davon auszugehen, dass zumindest fahrlässiges Verhalten vorgelegen hat.

Zur Strafbemessung:
Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung (z.B. VwGH 28.11.1966, 1846/65), die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

Mit den der Beschwerdeführerin zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen hat diese jeweils ein Ungehorsamsdelikt begangen, das mit dem Offenhalten des Gastgartens über den genehmigten Zeitraum hinaus und mit der Darbietung von Musik über die genehmigte Lautstärke hinaus als erfüllt zu betrachten ist, ohne dass es hierzu des Eintritts einer Gefahr oder eines Schadens bedarf, sodass zumindest von fahrlässigem Verhalten auszugehen ist.

§ 366 Abs. 1 Z. 1 GewO bezweckt u.a. den Schutz der Nachbarn vor unzumutbaren Emissionen wie ggst. Lärm und ist damit das geschützte Rechtsgut nicht von geringer Bedeutung.

Das Verschulden der Beschwerdeführerin ist nicht als gering zu beurteilen, da das tatbildmäßige Verhalten nicht wesentlich hinter dem in § 366 Abs. 1 Z. 3 GewO typisierten Unrechtgehalt zurückbleibt, zumal die Beschwerdeführerin mit den von

ihr verwirklichten Verwaltungsübertretungen jenen Sachverhalt (Änderung einer genehmigten Betriebsanlage ohne erforderliche Genehmigung) verwirklicht hat, den die übertretene Bestimmung zu verhindern versucht.

Es wurde kein Umstand als mildernd und keiner als erschwerend gewertet. Da bei der Beschwerdeführerin Verwaltungsvorstrafen aufscheinen, kommt dieser, auch wenn die Vorstrafen nicht einschlägig sind, der Milderungsgrund der Unbescholtenheit nicht mehr zu Gute.
Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren sind keine Umstände hervorgekommen, die als mildernd oder als erschwerend zu werten gewesen wären.

Bei der Strafbemessung wurde entsprechend den Angaben der Beschwerdeführerin von keinem Einkommen und von Sorgepflichten für ein Kind ausgegangen.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z. 4 VStG kann die Behörde anstatt die Einstellung zu verfügen dem Beschuldigten im Fall der Z 4 („die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind“) unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Eine Ermahnung kommt nur dann in Betracht, wenn die in Z. 4 genannten Voraussetzungen kumulativ vorliegen, was ggst. nicht der Fall ist, zumal weder das durch die übertretene Norm geschützte Rechtsgut von geringer Bedeutung ist noch von einem geringen Verschulden der Beschwerdeführerin auszugehen ist.

Die belangte Behörde hat bei einem zur Verfügung stehenden Strafrahmen bis zu 3.600 Euro zu 1. eine Geldstrafe von 250 Euro und zu 2. eine Geldstrafe von 150 Euro verhängt, was aufgrund der Bedeutung des geschützten Rechtsguts, der Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat, das Verschulden und die Einkommens- und Vermögenssituation und der Bedachtnahme auf das Fehlen von Milderungs- und Erschwerungsgründen angemessen erscheint und sind die gegen die Beschwerdeführerin verhängten Geldstrafen auch aus spezial- und generalpräventiver Sicht geboten.

Zusammenfassend ist zur Strafbemessung festzuhalten, dass diesbezüglich kein Ermessensmangel feststellbar war.

Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat.

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