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-800511/9/Wg**

Datum: **Linz, 3. August 2023**

# I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Weigl über die Beschwerde des M Z, vertreten durch H N W R OG, X, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 8. Februar 2023, GZ: 0186738/2022 AS/VS, wegen Übertretung der Gewerbeordnung nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 22. Juni 2023

zu Recht:

**I. Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben, als die Geldstrafe auf 200 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 30 Stunden herabgesetzt werden. Der Kostenbeitrag zum behördlichen Verfahren reduziert sich auf 20 Euro. 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.1. Der Bürgermeister (belangte Behörde) lastet dem Beschwerdeführer (Bf) im bekämpften Straferkenntnis an, er habe als Gewerbe- und Betriebsanlageninhaber am 29. Oktober 2022 um 00.13 sowie um 00.25 Uhr die Betriebsanlage (X) am Standort X, betrieben, ohne dass die für diese Betriebsanlage mit Bescheid vom 18. Mai 1989, GZ: 501/S-12/88, idF des Bescheides vom 23. April 2020, GZ: 0036227/2019 BBV SuG/S, BBV/S191029, unter Punkt 18) vorgeschriebene Auflage, wonach die Lokaleingangstür bis 24.00 Uhr offengehalten werden dürfe, wenn die Musikdarbietung im Lokal soweit zurückgenommen wird, dass dies im Gastgarten nicht hörbar ist, eingehalten wurde. Anlässlich von Kontrollen durch Wacheorgane der Landespolizeidirektion Oberösterreich sei festgestellt worden, dass zu den angeführten Tatzeitpunkten die Eingangstür weit offenstand und laute Musik aus dem Inneren des Lokals bis auf den Gehsteig drang. Ein Betreten oder Verlassen des Lokals habe nicht stattgefunden. Wegen dieser Übertretung des § 367 Z 25 Gewerbeordnung (GewO) iVm Auflagepunkt 18) des Bescheides vom 18. Mai 1989 idF des Bescheides vom 23. April 2020 wurden über den Bf eine Geldstrafe in der Höhe von 600 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 92 Stunden verhängt. Der Verfahrenskostenbeitrag wurde mit 60 Euro festgesetzt.

I.2. Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 6. März 2023. Der Bf stellt darin die Anträge, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG) möge eine mündliche Verhandlung durchführen, den angefochtenen Bescheid aufheben und das Verfahren einstellen, in eventu den Bescheid aufheben und eine Ermahnung aussprechen, in eventu das Mindestmaß herabsetzen, die einschreitenden Polizeiorgane zur zeugenschaftlichen Einvernahme laden. Begründend führt der Bf aus, die Lokaleingangstür sei stets nur geöffnet, damit Gäste das Lokal betreten oder verlassen können. Die Musikanlage sei nicht derart eingestellt gewesen, dass die allgemeine Sprachverständlichkeit übertönt wurde und somit nicht im Gastgarten hörbar war und auch nicht bis auf den Gehsteig drang.

I.3. Die belangte Behörde legte Verfahrensakt und Beschwerde mit Schreiben vom 8. März 2023 dem LVwG zur Entscheidung vor.

II.1. Das LVwG führte am 22. Juni 2023 eine Verhandlung durch. Danach steht folgender Sachverhalt fest:

II.2. Der Bf übt im X am Standort X, seit 30. August 1994 das Gastgewerbe in der Betriebsart eines Cafes aus. Die Betriebsanlagengenehmigung vom 18. Mai 1989, GZ: 501/S-12/88, sowie weitere betriebsanlagenrechtliche Bescheide des Bürgermeisters vom 21. Juli 2017, 3. September 2019 und 23. April 2020 befinden sich im Behördenakt. Laut Bescheid vom 21. Juli 2017 wurde die Betriebszeit des

Lokals (täglich) bis 04.00 Uhr genehmigt. Der Gastgartenbetrieb hat um 24.00 Uhr zu enden. Im Bescheid vom 23. April 2020, GZ: 0036227/2019 BBV SuG/S, BBV/S191029, wurde gemäß § 79c GewO die im Straferkenntnis bezeichnete Auflage 18) mit folgendem Wortlaut erlassen: *„Die Lokaleingangstür darf bis 24.00 Uhr offengehalten werden, wenn die Musikdarbietung im Lokal soweit zurückgenommen wird, dass diese im Gastgarten nicht hörbar ist.*"

II.3. Die Lokaleingangstür war am 29. Oktober 2022 um 00.13 und um 00.25 Uhr geöffnet und es war am Gehsteig vor dem Lokal laute Musik zu hören. Die Tür war aufgespreizt und keiner hat das Lokal betreten oder verlassen. Im Gastgarten hielten sich keine Gäste auf.

III.1. Beweiswürdigung: Die unter Punkt II.2. getroffenen Feststellungen ergeben sich aus den im Akt befindlichen Bescheiden und einem GISA-Auszug.

III.2. Der Bf sagte zum Vorfall vom 29. Oktober 2022 aus, es sei für ihn schwer zu kontrollieren, ob sich Leute im Gastgarten aufhalten und rauchen. Grundsätzlich würden die Leute die Tür normalerweise zumachen. Wenn er sehe, dass die Tür offen sei, schaue er, dass sie zugemacht wird. Er könne nicht jede Minute bei der Tür sein. Die Tür gehe grundsätzlich von alleine zu. Normalerweise müssten auch die Kellner bzw. Angestellten reagieren, wenn die Tür offen ist. Diesen sehr allgemein gehaltenen Angaben steht die konkrete, unter Wahrheitspflicht erfolgte, Aussage der Zeugin AbtInsp. H gegenüber. AbtInsp. H berichtete in der Verhandlung glaubwürdig und nachvollziehbar, wie sie am 29. Oktober 2022 (00.13 Uhr, 00.25 Uhr) am Gehsteig vor dem Lokal vorbeiging und was sie dabei wahrnahm. Ihre Aussage wird daher den Feststellungen zum Vorfall am 29. Oktober 2022 (II.3.) zu Grunde gelegt.

IV.1. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

IV.2. § 367 Z 25 GewO lautet:

„Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 2 180 € zu bestrafen ist, begeht, wer

25. Gebote oder Verbote von gemäß § 82 Abs. 1 oder § 84m erlassenen Verordnungen nicht befolgt oder die gemäß den Bestimmungen der §§ 74 bis 83 und 359b in Bescheiden vorgeschriebenen Auflagen oder Aufträge nicht einhält;"

IV.3. Die Lokaleingangstür war zu den im Straferkenntnis genannten Zeitpunkten aufgespreizt. Es war nicht nur im Gastgarten, sondern auch am Gehsteig laute Musik zu hören. Daher wurde die gemäß § 79c GewO im Bescheid vom 23. April 2020 vorgeschriebene Auflage 18) beim Betrieb der Betriebsanlage nicht

eingehalten. Der objektive Tatbestand der angelasteten Verwaltungsübertretung ist damit erwiesen. Bei einer Übertretung nach § 367 Z 25 GewO handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG (VwGH 2004/04/0206). Fahrlässigkeit ist daher ohne weiteres anzunehmen, wenn der Täter (hier: der Bf als Inhaber der Betriebsanlage) nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Da die Tür aufgespreizt war, reicht die Angabe des Bf, normalerweise würden die Leute die Tür schließen bzw. die Angestellten reagieren, (noch) nicht aus, um fehlendes Verschulden glaubhaft zu machen. Es war von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.

IV.4. Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde im Straferkenntnis aus, sie sei bei der Berücksichtigung der Vermögens-, Einkommens- und Familienverhältnisse auf Grund einer Schätzung davon ausgegangen, dass der Bf ein monatliches Nettoeinkommen in der Höhe von etwa 2.500 Euro beziehe und Sorgepflichten für vier Kinder bestehen. Strafmilderungsgründe würden nicht vorliegen, straferschwerend seien hingegen sieben einschlägige Vormerkungen (Übertretungen der §§ 366, 367 und 368 GewO).

IV.5. Auf Grund der Angaben des Bf in der Verhandlung geht der erkennende Richter von folgenden Einkommens- und Vermögensverhältnissen aus: Einkommen in der Höhe von ca. 1.700 Euro netto monatlich, Sorgepflichten für drei Kinder, ca. 300.000 Euro Schulden. Die im Vormerkregister aufscheinenden Verwaltungsstrafen vom 28. Juli 2022 wurden erst nach dem 29. Oktober 2022 rechtskräftig und waren daher nicht weiter zu berücksichtigen. Mildernd war kein Umstand. Es scheinen insgesamt sieben, vor dem 29. Oktober 2022 rechtskräftige, Verwaltungsstrafen nach §§ 368, 366 Abs. 1 Z 3 und 367 Z 25 GewO auf. Jedoch liegt die letzte gewerberechtliche Verwaltungsstrafe relativ lange zurück (Rechtskraftdatum 19. September 2019). Es ist davon auszugehen, dass bereits eine Geldstrafe in der Höhe von 200 Euro ausreicht, um ein einwandfreies Verhalten des Bf sicherzustellen. Die reduzierte Verwaltungsstrafe ist schuld- und tatangemessen. Einer weiteren Herabsetzung stehen die im Schlussvorbringen der belangten Behörde ins Treffen geführten Vorstrafen entgegen. Der Annahme der Behörde, eine Ermahnung komme nicht in Betracht, kann daher nicht entgegengetreten werden. Damit reduziert sich der Kostenbeitrag zum behördlichen Verfahren auf 20 Euro. Bei diesem Ergebnis ist für das Beschwerdeverfahren kein Kostenbeitrag zu entrichten.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

## 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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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 e

1. 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.

2. Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde eine aktualisierte Vorschreibung zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Weigl