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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-800216/8/Wg

Datum:
Linz, 12. April 2017

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 J M, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. S G, X, X, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 18. August 2016, GZ: Ge96-25-2016, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung (GewO)

zu Recht:

I. Die im Spruch des Straferkenntnisses als erwiesen angenommene Tat im Sinne des § 44a Z 1 VStG wird eingeschränkt und lautet nunmehr wie folgt: *„J M hat als gewerberechtlicher Geschäftsführer der M GmbH gemäß § 370 Abs. 1 GewO folgende Verwaltungsübertretung zu verantworten: Die M GmbH betreibt im Standort X eine gewerbebehördlich genehmigte Betriebsanlage. Der gewerbebehördlichen Genehmigung vom 20. Juli 2004, GZ: Ge20-67-2003, liegt unter anderem das ‚schalltechnische Projekt vom 17.06.2004, GZ. X, FMim, verfasst von der X GmbH' zugrunde. Seite 9/27 dieses schalltechnischen Projektes sieht den Einsatz eines Radladers vor. Am 23. Juni 2016 waren Radlader mit 134 min. im manipulativen Einsatz. Dabei waren teilweise zwei Radlader gleichzeitig im Einsatz. Diese Abweichung vom genehmigten Projekt (zwei Radlader gleichzeitig im Einsatz statt bloß einem Radlader) ist geeignet, die Nachbarn durch Lärm und Staub zu belästigen. Die genehmigte Betriebsanlage wurde daher insoweit am 23. Juni 2016 nach einer Änderung ohne der erforderlichen Genehmigung betrieben."* Die Geldstrafe wird auf 150 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe wird auf 14 Stunden herabgesetzt. Der Verfahrenskostenbeitrag für das Verfahren der Bezirkshauptmann-

schaft wird auf 15 Euro herabgesetzt. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

II. Die ordentliche Revision ist zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1.1. Die Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen (in der Folge: belangte Behörde) lastete dem Beschwerdeführer (Bf) im Spruch des bekämpften Straferkenntnisses an, die mit Bescheid vom 20. Juli 2004 genehmigte Betriebsanlage sei dahingehend abgeändert worden, als im Zeitraum von 15. März bis zum 3. August 2016 die genehmigte betriebliche Kapazität für die Lagerung und Manipulation von Baumaterialien und die Zwischenlagerung von Baurestmassen über das täglich genehmigte Umschlagvolumen von 300 - 370 t mit 12 - 15 Lastkraftfahrzeugbewegungen sowie die täglichen Manipulationen mit einem Radlader von maximal zwei Stunden also auch über sechs Abkippvorgänge mit LKW hinaus ohne Betriebsanlagenänderungsgenehmigung ausgeweitet und insofern nicht eingehalten wurde, als zumindest am 30. Mai 2016 zwanzig, am 29. Juli 2016 einundvierzig, am 3. August 2016 vierzig Lastkraftfahrzeugbewegungen stattgefunden haben und am 23. Juni 2016 die Radlader mit 134 min. im manipulativen Einsatz waren. Damit sei die gegenständliche Betriebsanlage nach dieser Änderung (auch im genehmigten Umfang) betrieben worden, ohne dass hierfür eine entsprechende gewerberechtliche Änderungsgenehmigung vorgelegen sei. Die belangte Behörde ging von einer Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z 3 GewO aus und verhängte eine Geldstrafe in der Höhe von 500 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 30 Stunden.

1.2. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG) die dagegen erhobene Beschwerde zur Entscheidung vor. Das LVwG führte am 23. März 2017 eine mündliche Verhandlung (mV) durch und verwertete folgende Beweismittel: Akteninhalt, Angaben des Mag. K, Angaben des Amtssachverständigen (ASV) für Anlagentechnik Ing. H. Die Verfahrensparteien (Bf und belangte Behörde) verzichteten anschließend auf eine weitere Beweisaufnahme, woraufhin der Verhandlungsleiter den Schluss der Beweisaufnahme verfügte.

2. Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:

2.1. Allgemeines:

Der Bf war im Zeitraum März bis einschließlich August 2016 und ist nach wie vor gewerberechtlicher Geschäftsführer der M GmbH. Die M GmbH betreibt im Standort K Nr. 35 eine gewerbebehördlich genehmigte Betriebsanlage. Der Bf weist eine Vorstrafe nach § 366 Abs. 1 GewO (konsenslose Ä. Betriebsanlage) und eine Vorstrafe nach § 367 GewO (Nichteinh. Besch.) auf. Die in der Begründung des Straferkenntnisses getroffenen Feststellungen zu seinen

Einkommens- und Vermögensverhältnissen (Vermögen: Einfamilienhaus, Sorgepflicht für ein Kind, monatliches Nettoeinkommen von 3.000 Euro) blieben unbestritten (Vormerkungen ON 20 und Straferkenntnis ON 17 des Behördenaktes Ge96-25-2016, unstrittig).

Die für die Betriebsanlage der M GmbH erteilte gewerbebehördliche Genehmigung vom 20. Juli 2004, GZ: Ge20-67-2003, bezieht sich auf die Errichtung und den Betrieb einer Lagerstätte für Schotter, Aushubmaterial und Baustoffe des Baunebengewerbes, einer Betriebstankstelle, Werkstätte, Brückenwaage für 60 t Nutzlast und von Abstellflächen für Kraftfahrzeuge. Im Spruch dieser Genehmigung wird abgesehen für den LKW-Fernverkehr „8 Abfahrten zwischen 22.00 - 06.00 Uhr, maximal 8 mal im Monat“ keine zahlenmäßige Limitierung der Fahrbewegungen (Radlader, LKW) vorgenommen. Dieser Genehmigung liegen unter anderem der im bekämpften Bescheid erwähnte *„Aufstellungsplan Einreichplan vom 26.06.2004, verfasst von Dipl.-Ing W“* sowie das *„schalltechnische Projekt vom 17.06.2004, GZ. X, FMim, verfasst von der X GmbH“* zugrunde. Der genehmigte Antrag umfasst die im „Aufstellungsplan Einreichplan“ schematisch dargestellten, in 17 Teilbereiche gegliederten betrieblichen Tätigkeiten (Bescheid vom 20. Juli 2004 ON 1 des Behördenaktes Ge96-46-2016).

Unter Punkt 2.2.2. des schalltechnischen Projektes vom 17. Juni 2004 findet sich zum *„Materialumschlag“* folgende Vorgabe: *„Der maximale Umschlag pro Tag liegt bei 12 bis 15 LKW (300 bis 370 t).“* Für die innerbetrieblichen Manipulationen des Radladers wird auf Seite 9/27 unter Punkt 2.2.2. eine *„durchschnittliche Einsatzzeit“* von 400 Stunden im Jahr und 2 Stunden am Tag angesetzt. Auf Seite 20/27 trifft das schalltechnische Projekt für die *„ungünstigsten 8 Stunden“* am Tag folgende Vorgaben:

- LKW-Zu- und -Abfahrt für An- oder Ablieferung von Schotter (nördliches Betriebsareal): 12 (je eine Zu- und eine Abfahrt)
- LKW-Zu- und -Abfahrt für diverse Baumaterialien (Lagerhalle, Sägewerk): 3 (je eine Zu- und eine Abfahrt)
- LKW-Parkvorgänge im Bereich Tankstelle: 5
- LKW-Zu- und -Abfahrt (Tankstelle, Parkplatz Süd): 3 (je eine Zu- und eine Abfahrt)
- LKW-Abkippvorgänge (Schotter und Sand): 6
- Radladerbetrieb für Verladung von diversen Materialien (Schotter, Sand): 2 Stunden
- Staplerbetrieb (Lagerhalle, Sägewerk): 1,5 Stunden
- Summe LKW: 18

(schalltechnisches Projekt vom 17. Juni 2004 und Bescheid vom 20. Juli 2004 ON 1 des Behördenaktes Ge96-46-2016).

Mit Bescheid vom 20. Dezember 2011, GZ: UR30-91-2011, nahm die belangte Behörde die Anzeige über die dahingehende Änderung des mit Bescheid vom 20. Juli 2004 gewerbebehördlich genehmigten Lagerplatzes, als auf dem Lagerplatz neben den bisherigen Lagergütern auch Altpapier angeliefert und gelagert werden soll, gemäß § 81 Abs. 2 Z 9 und Abs. 3 GewO zur Kenntnis. Laut Begründung dieses Bescheides wird im Hinblick auf die genehmigten Lager- und Abstellflächen mit der weiteren Lagerung von Altpapier das Emissionsverhalten der Gesamtanlage nicht nachteilig beeinflusst. Aus dem Bescheid geht nicht hervor, dass zu der im schalltechnischen Projekt für die ungünstigsten 8 Stunden am Tag festgesetzten Summe zusätzliche LKW-Fahrbewegungen oder ein zwei Stunden überschreitender Radladerbetrieb vorgesehen sind (Erkenntnis LVwG-850614 Beilage 3 der Niederschrift ON 7 des verwaltungsgerichtlichen Aktes).

Mit Bescheid vom 8. Juni 2015, GZ: UR30-92-2014, in der Fassung des Berichtigungsbescheides vom 2. Juli 2015 wurde dem Bf die gewerbebehördliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb eines Zwischenlagers für Putzerei- und Sandstrahlrückstände ohne jegliche Behandlung oder Verarbeitung in der gegenständlichen Betriebsanlage erteilt. Punkt 2. der Genehmigung ordnet an: *„Die An- und Ablieferung der Bigbags darf nur im Betriebszeitraum Montag bis Freitag von 06:00 bis 18:00 Uhr durchgeführt werden.“* (Erkenntnis LVwG-850614 Beilage 3 der Niederschrift ON 7 des verwaltungsgerichtlichen Aktes).

Die belangte Behörde nahm mit Bescheid vom 28. April 2008, GZ: Ge20-67-2003, gemäß § 81 Abs. 2 Z 9 und Abs. 3 GewO die Änderung der mit Bescheid vom 20. Juli 2004 bewilligten Lagerstätte für Baumaterialien zum Zwecke der Einlagerung von Rohmaterialien der Firma XY GmbH zur Kenntnis. Laut Begründung dieses Bescheides wird im Hinblick auf die genehmigte Lagerhalle und die damit verbundenen Manipulationen mit Stapler und Kraftfahrzeugen das Emissionsverhalten der Anlage nicht geändert. Aus dem Bescheid geht nicht hervor, dass zu der im schalltechnischen Projekt für die ungünstigsten 8 Stunden am Tag festgesetzten Summe zusätzliche LKW-Fahrbewegungen oder ein zwei Stunden überschreitender Radladerbetrieb vorgesehen sind (Erkenntnis LVwG-850614 Beilage 3 der Niederschrift ON 7 des verwaltungsgerichtlichen Aktes).

2.2. LKW-Fahrbewegungen:

Die belangte Behörde sah im Spruch des Straferkenntnisses am 30. Mai 2016 zwanzig Lastkraftfahrzeugbewegungen als erwiesen an. An diesem Tag fuhren in der Zeit von 06.55 Uhr bis 12.56 Uhr 21 LKW aus dem Betriebsgelände und fuhren 20 LKW in das Betriebsgelände hinein. Dies wurde von einem Mitarbeiter der belangten Behörde festgestellt. Des Weiteren wird im Spruch des bekämpften

Straferkenntnisses vorgeworfen, dass am 29. Juli 2016 einundvierzig und am 3. August 2016 vierzig Lastkraftfahrzeugbewegungen stattgefunden haben. Die belangte Behörde stützt sich insoweit auf von den Nachbarn H und C S am 8. August 2016 übergebene Tabellen. Der Spruch des Straferkenntnisses stellt den von der belangten Behörde als erwiesen angenommenen Fahrbewegungen die unter Punkt 2.2.2. des schalltechnischen Projektes enthaltenen Vorgaben für den Materialumschlag gegenüber. Aus den Zu- und Abfahrtsbewegungen selber kann man aber noch nicht darauf schließen, welcher betrieblichen Manipulation ein LKW zuzuordnen ist. Der Bf bringt vor, die Vorgaben zum Materialumschlag seien jedenfalls eingehalten worden. Es steht nicht fest, dass am 30. Mai 2016, 29. Juli 2016 oder 3. August 2016 der im schalltechnischen Projekt vorgesehene maximale Umschlag Sand/Schotter (12 bis 15 LKW, 300 bis 370 t) überschritten wurde (Spruch des bekämpften Straferkenntnisses ON 17, Aktenvermerk vom 30. Mai 2016 samt angeschlossener Liste ON 9, Niederschrift vom 8. August 2016 samt Tabellen ON 14, jeweils des Behördenaktes Ge96-25-2016, Angaben Mag. K Tonbandprotokoll Beilage zu ON 7 des verwaltungsgerichtlichen Aktes).

Der angelastete Tatzeitraum bezieht sich nicht auf die „8 ungünstigsten Stunden“, sondern auf ganze Kalendertage. Dessen ungeachtet wurden im Beschwerdeverfahren auch die „8 ungünstigsten Stunden“ laut Seite 20/27 des schalltechnischen Projektes erörtert. Aus anlagentechnischer Sicht ist gemäß dieser Tabelle auf einundvierzig Fahrbewegungen in Summe in den 8 ungünstigsten Stunden am Tag abzustellen. Nach den im Straferkenntnis vorgeworfenen einundvierzig Lastkraftfahrzeugbewegungen am 29. Juli 2016 und vierzig Lastkraftfahrzeugbewegungen am 3. August 2016 kann aus anlagentechnischer Sicht nicht auf eine Überschreitung der für die 8 ungünstigsten Stunden enthaltenen Vorgaben geschlossen werden. Unter Berücksichtigung des aktuellen Standes der Anlagen- und Schalltechnik steht im Ergebnis nicht fest, dass die im Straferkenntnis als erwiesen angesehenen LKW-Fahrbewegungen am 30. Mai 2016, am 29. Juli 2016 oder am 3. August 2016 von den im schalltechnischen Projekt enthaltenen Vorgaben für die 8 ungünstigsten Stunden abweichen würden (Tonbandprotokoll, Angaben ASV Beilage zu ON 7 des verwaltungsgerichtlichen Aktes, schalltechnisches Projekt vom 17. Juni 2004 und Bescheid vom 20. Juli 2004 ON 1 des Behördenaktes Ge96-46-2016).

2.3. Radladerbetrieb:

Das bekämpfte Straferkenntnis sieht es als erwiesen an, dass am 23. Juni 2016 die Radlader mit 134 min. im manipulativen Einsatz waren. Das Straferkenntnis stützt sich insoweit auf die dienstlichen Wahrnehmungen eines Mitarbeiters der belangten Behörde. Es steht fest, dass am 23. Juni 2016 drei unterschiedliche Radlader am Betriebsgelände zum Einsatz kamen. Die Einsatzdauer betrug im Zeitraum zwischen 07.00 Uhr bis 16.38 Uhr insgesamt 134 min. Teilweise waren zwei Radlader gleichzeitig im Einsatz. Auf Seite 9/27 des Projektes wird unter

Punkt 2.2.2. (Materialumschlag) ein Radlader „Radlader Komatsu WA 250“ typenmäßig konkretisiert. Beim Betrieb eines Radladers mit diesen Leistungsdaten würde es aus emissionstechnischer Sicht sich noch nicht um eine Änderung handeln. Wenn zwei Radlader eingesetzt werden, dann wäre es sehr wohl eine Änderung. Es wurde daher durch den gleichzeitigen Einsatz von zwei Radladern von den auf Seite 9/27 des schalltechnischen Projektes erwähnten Vorgaben abgewichen. Für den gleichzeitigen Betrieb von zwei Radladern lag keine Genehmigung im Sinne des § 81 GewO vor (Spruch des bekämpften Straferkenntnisses ON 17, Aktenvermerk vom 24. Juni 2016 samt Tabellen ON 10, jeweils des Behördenaktes Ge96-25-2016, Angaben Mag. K und des ASV für Anlagentechnik Tonbandprotokoll Beilage zu ON 7 des verwaltungsgerichtlichen Aktes).

Soweit im Straferkenntnis die Dauer des Einsatzes (134 min.) angelastet wird, ist festzuhalten, dass die Vorgaben unter Punkt 2.2.2. des schalltechnischen Projektes eine „durchschnittliche Einsatzzeit“ von 2 Stunden am Tag vorsehen. Auf Seite 20/27 wird die Einsatzzeit in den 8 ungünstigsten Stunden mit 2 Stunden angegeben. Aus dem dokumentierten Einsatz von 134 min. im Zeitraum 07.00 Uhr bis 16.38 Uhr kann man aus anlagentechnischer Sicht aber nicht auf eine Überschreitung der Vorgaben „Radladerbetrieb für Verladung von diversen Materialien (Schotter, Sand): 2 Stunden in den 8 ungünstigsten Stunden“ schließen. Es steht im Ergebnis nicht fest, dass am 23. Juni 2016 die im schalltechnischen Projekt für den Radladerbetrieb getroffenen Vorgaben für die 8 ungünstigsten Stunden überschritten wurden (ASV für Anlagentechnik Tonbandprotokoll Beilage zu ON 7 des verwaltungsgerichtlichen Aktes).

3. Beweiswürdigung:

Der maßgebliche Sachverhalt (2.) ergibt sich aus den in Klammer angeführten Beweismitteln. Die allgemeinen Feststellungen (2.1.) sind unstrittig und geben im Wesentlichen den Wortlaut der vorliegenden Bescheide auszugsweise wieder.

Zu den im Straferkenntnis angelasteten LKW-Fahrbewegungen (2.2.) fand in der mV eine Beweisaufnahme statt. Zitat Tonbandprotokoll: *Sohin wird der Amtssachverständige für Anlagentechnik zu den Angaben auf Seite 20/27 (ungünstigste acht Stunden pro Tag) laut Projekt vom 17. Juni 2004 befragt: „Vom Verhandlungsleiter befragt, welche Fahrfrequenzen sich hier aus anlagen- bzw. schalltechnischer Sicht aus den Angaben Summe LKW: 18 bzw. den einzelnen aufgelisteten Fahrbewegungen ergeben, gebe ich an, dass hier aus anlagentechnischer Sicht auf 41 Fahrbewegungen in Summe in den acht ungünstigsten Stunden am Tag abzustellen ist. Das heißt, es kommt hier darauf an, dass hier eine Summe der Zu- und Abfahrten von 41 nicht überschritten wird. Vom Verhandlungsleiter befragt, ob es hier darauf ankommen kann, dass beispielsweise 30 unterschiedliche LKW`s eingesetzt werden, gebe ich an, dass*

es letztlich nur um die Fahrfrequenzen insgesamt geht. Vom Verhandlungsleiter befragt, ob es nun relevant ist, ob diese Fahrfrequenzen mit 18, 20 oder 30 LKW´s ausgeschöpft werden, gebe ich an, dass es grundsätzlich auf die 41 Fahrbewegungen ankommt. Vom Verhandlungsleiter befragt, ob, wenn beispielsweise bei der Zufahrt die 42. Fahrbewegung (Zu- oder Abfahrt) gezählt wird, auf die Nichteinhaltung des Konsenses geschlossen werden kann, gebe ich an, dass es dabei auf den Immissionspunkt ankommt, von dem ich das aus betrachte. Diese immissionsseitige Betrachtung ist in den Tabellen, die diesem Projekt angeschlossen sind, genau enthalten. Daher kommt es darauf an, wo sich dieser LKW bewegt hat. Vom Verhandlungsleiter nun befragt, ob ich konkret bei der Einfahrt hier bzw. bei der Zufahrt eine solche Aussage treffen kann, wenn ich beispielsweise 42 Fahrbewegungen wahrnehme, gebe ich an, dass es dabei letztlich darauf ankommt, für welchen Immissionspunkt man das beurteilen möchte. Von Dr. G befragt, ob dieses schalltechnische Projekt nicht auf die alte Zufahrt abstellt, die ungünstiger für die Nachbarn situiert war, gebe ich an, dass die alte Zufahrt näher bei den Nachbarn gelegen ist.“ Dr. G führt aus: „Die Zufahrt, wie sie heute vorhanden ist, wurde eben entsprechend den Vorgaben des Genehmigungsbescheides aus dem Jahr 2004 auf den heute befindlichen Zustand bzw. Ort verlegt.“ Herr Mag. GÖ führt aus: „Ich schließe mich den Ausführungen des Herrn Amtssachverständigen Ing. H an. Vom Verhandlungsleiter befragt, ob nun aus der in ON 9 dokumentierten Fahrfrequenz (21 Lastkraftfahrzeuge hinein und 20 Lastkraftfahrzeuge hinaus) aus Sicht der Bezirkshauptmannschaft eine Überschreitung des Konsenses der Fahrbewegungen abgeleitet werden kann, gebe ich an, dass sich der dokumentierte Zeitraum laut ON 9 auf 06.50 Uhr bis 13.00 Uhr bezieht. Streng genommen ist mit 41 Fahrbewegungen der Konsens noch nicht überschritten, es ist aber so, dass hier nicht ein Überblickszeitraum von acht Stunden, sondern ein kürzerer Zeitraum vorliegt.“ Der Amtssachverständige Ing. H führt dazu aus: „Wenn man lediglich auf die Fahrbewegungen selber abstellt, ist in diesem Zeitraum der Konsens eingehalten worden. Würde man hier eine immissionsseitige Beurteilung vornehmen wollen bzw. den Konsens immissionsseitig rechtlich beurteilen, müsste hier eine schalltechnische Berechnung durchgeführt werden, ob in diesem verkürzten Zeitraum durch die 41 Fahrbewegungen eine Abweichung von den Ansätzen im Projekt vorliegt.“ Mag. K führt aus: „Gegenstand der Zählung waren Fahrbewegungen insgesamt, nicht aufgeteilt bzw. bestimmt nach einzelnen betrieblichen Modalitäten.“ Der Verhandlungsleiter richtet an die Beschwerdeführerseite die Frage, ob am 30. Mai 2016 mehr als 15 Lastkraftfahrzeugbewegungen dem im schalltechnischen Projekt angeführten Materialumschlag (Punkt 2.2.2. des schalltechnischen Projektes) zuzuordnen sind. Herr Dr. G und Herr M führen aus: „Es sind von diesen Fahrbewegungen keinesfalls mehr als 15 diesem Materialumschlag zuzuordnen.“ Der Verhandlungsleiter richtet an den Behördenvertreter die Frage, ob bezüglich 30. Mai 2016 der Tatvorwurf in objektiver Hinsicht nach dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens als erwiesen anzusehen ist. Mag. GÖ führt dazu aus:

„Bezüglich 30. Mai 2016 kann nach dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens, insbesondere auch den Ausführungen des Amtssachverständigen, der Tatvorwurf nicht als erwiesen angesehen werden bzw. hat sich im Ermittlungsverfahren dieser Tatvorwurf nicht erhärtet.“ Der Verhandlungsleiter teilt im Hinblick auf dieses Vorbringen mit, dass bezüglich 30. Mai 2016 der Tatvorwurf nicht als erwiesen erscheint. Mag. GÖ und Dr. G verzichten daher auf eine weitere Beweisaufnahme betreffend 30. Mai 2016. Bezüglich 29. Juli 2016 verweist der Verhandlungsleiter auf die Niederschrift ON 14 vom 8. August 2016 betreffend Einvernahme von H und C S. Der Verhandlungsleiter hält fest, dass sich diese Aufzeichnungen auf den 3. August 2016 beziehen. Dr. G hält fest: „Diese Angaben werden ausdrücklich bestritten. Es wurde weder am 29. Juli 2016 noch am 3. August 2016 der Konsens überschritten. Die Aufzeichnungen sind für die Firma M in keiner Weise nachvollziehbar. Zufahrten im Minutentakt sind in keiner Weise nachvollziehbar bzw. für uns jedenfalls ausgeschlossen. Möglicherweise wurden unterschiedlichste PKW-Fahrbewegungen auch noch notiert. Der Materialumschlag laut Projekt wurde jedenfalls eingehalten. Abgesehen davon wäre, selbst wenn hier 41 bzw. 40 Lastkraftfahrzeugbewegungen in den ungünstigsten acht Stunden stattgefunden hätten, der objektive Tatbestand nicht als erwiesen anzusehen. Es fehlt auch jegliche Zuordnung zu den Fahrbewegungen bzw. betrieblichen Manipulationen am Betriebsgelände.“ Der Amtssachverständige Ing. H wird einvernommen. Er macht folgende Angaben: „Vom Verhandlungsleiter befragt, ob nach den im Tatvorwurf genannten Zahlen bzw. Angaben am 29. Juli 2016 41 und am 3. August 2016 40 Lastkraftfahrzeugbewegungen ‚auf eine Überschreitung der für die acht ungünstigsten Stunden enthaltenen Vorgaben‘ geschlossen werden kann, gebe ich an, dass damit nach diesen Angaben noch kein Vorwurf der Überschreitung dieser acht ungünstigsten Stunden bzw. der dort genannten 41 Fahrbewegungen gegeben wäre.“ Herr Mag. GÖ hat in diesem Zusammenhang keine weiteren Fragen an den Amtssachverständigen. Der Verhandlungsleiter stellt hier in den Raum, dass, selbst wenn man den Materialumschlag (12 bis 15 Lastkraftfahrzeugbewegungen) insoweit als verbindliche Vorgabe ansehen würde, sich die Frage stellt, dass hier keine Differenzierung nach den betrieblichen Vorgängen enthalten ist. Mag. K wird dazu befragt: „Vom Verhandlungsleiter befragt, ob man aus den Zu- und Abfahrtsbewegungen bzw. aus den Wahrnehmungen betreffend die einzelnen Fahrbewegungen selber schließen kann, um welche betrieblichen Manipulationen es sich handelt, gebe ich an, dass, wenn man den LKW sieht, man grundsätzlich noch nicht darauf schließen kann, welcher betrieblichen Manipulation ein LKW zuzuordnen ist.“ Im Ergebnis stützt sich die Anzahl der von der Behörde am 30. Mai 2016 angenommenen Fahrbewegungen auf die dienstlichen Wahrnehmungen des Mag. K. Die Angaben des Mag. K wurden vom Bf auch nicht bestritten. Der Bf bestreitet aber die Anzahl der Fahrbewegungen, die in den von H und C S vorgelegten Tabellen aufgelistet sind. Die Tabellen beziehen sich auf 29. Juli 2016 (Zeitraum 07.10 Uhr bis 17.35 Uhr) und auf 3. August 2016 (Zeitraum 07.03 Uhr bis 17.50 Uhr). Auf der für 29. Juli 2016

erstellten Tabelle ist handschriftlich vermerkt: *„45 LKW Eingang, 41 LKW Ausgang“*. Auf der für 3. August 2016 erstellten Tabelle ist vermerkt: *„49 LKW Eingang davon 14 Schotter, 40 LKW Ausgang, davon 11 Schotter“*. Die Aufzeichnungen wurden von H und C S sowie Herrn X erstellt. Die Behörde nahm von einer zeugenschaftlichen Einvernahme dieser Personen Abstand und sah im Spruch des Straferkenntnisses letztlich am 29. Juli 2016 einundvierzig und am 3. August 2016 vierzig LKW-Fahrbewegungen als erwiesen an. Mag. K führte glaubwürdig aus, wenn man den LKW sieht, könne man grundsätzlich noch nicht darauf schließen, welcher betrieblichen Manipulation ein LKW zuzuordnen ist. Soweit für 3. August 2016 vermerkt ist, 14 Schotter Ausgang und 11 Schotter Eingang, wäre damit die Summe von 15 LKW (Umschlag, bestehend aus je einer Zu- und einer Abfahrt) noch nicht überschritten. Maßgeblich ist der im Straferkenntnis erhobene Tatvorwurf. Es steht im Ergebnis nicht fest, dass am 30. Mai 2016, 29. Juli 2016 oder 3. August 2016 der maximale Umschlag Sand/Schotter (12 bis 15 LKW, 300 bis 370 t) überschritten wurde. Die unwidersprochen gebliebenen Angaben des ASV für Anlagentechnik, es könne nach den im Straferkenntnis vorgeworfenen einundvierzig Lastkraftfahrzeug-bewegungen am 29. Juli 2016 und vierzig Lastkraftfahrzeugbewegungen am 3. August 2016 nicht auf eine Überschreitung der für die 8 ungünstigsten Stunden enthaltenen Vorgaben geschlossen werden, werden den Feststellungen zugrunde gelegt.

Im Zusammenhang mit dem im Straferkenntnis angelasteten Radladerbetrieb (2.3.) ist auf folgende Ausführungen laut Tonbandprotokoll zu verweisen: *„Der Verhandlungsleiter weist darauf hin, dass in der Beilage zu ON 10 ein Radladerbetrieb im Zeitraum 07.00 Uhr bis 16.38 Uhr mit jeweiligen Unterbrechungen dokumentiert ist. Es handelt sich dabei um ca. 9 1/2 Stunden. Der Amtssachverständige für Anlagentechnik Ing. H wird einvernommen: „Wenn mir die Aufstellung, Beilage zu ON 10, betreffend Radladerstunden vorgehalten wird und vom Verhandlungsleiter befragt, ob ich aus dieser Auflistung bzw. dem dokumentierten Einsatz der Dauer von 134 Minuten auf eine Überschreitung der Vorgaben ‚Radladerbetrieb für Verladung von diversen Materialien (Schotter, Sand): 2 Stunden in den acht ungünstigsten Stunden‘ schließen kann, gebe ich an, dass man hier aus diesen Angaben nicht auf eine solche Überschreitung schließen kann. Vom Verhandlungsleiter befragt, wieso man das nicht machen kann, gebe ich an, dass die acht ungünstigsten Stunden jeweils auf den einzelnen Tag und die vorherrschende Situation am einzelnen Tag zu beurteilen sind. Vom Verhandlungsleiter befragt, welche Ermittlungen man hier machen müsste, um solche Aussagen treffen zu können, gebe ich an, dass man hier am Standort in einem repräsentativen Zeitraum über das Jahr gesehen die Lärm-Ist-Situation erheben müsste. Vom Verhandlungsleiter befragt, ob man hier aus dem vorliegenden schalltechnischen Projekt für den gegenständlichen Tag 23. Juni 2016 eine Aussage treffen kann, gebe ich an, dass man hier sicher für den konkreten Tag 23. Juni 2016 keine Aussage treffen kann. Die acht ungünstigsten*

Stunden bewegen sich innerhalb des Zeitraumes der genehmigten Betriebszeiten 06.00 Uhr bis 22.00 Uhr. Laut schalltechnischem Projekt wurde ein Tag gemessen, das ist sicher nicht ausreichend, um eine repräsentative Aussage für den Jahreszeitraum treffen zu können." Der Verhandlungsleiter stellt zur Diskussion, dass hier „die Radlader" im Tatvorwurf enthalten ist. Dr. G führt dazu aus: „Der Tatvorwurf bezieht sich ausschließlich auf die Dauer des Einsatzes, nicht aber eine bestimmte Anzahl von Radladern. Der Tatvorwurf ist auf die Dauer des Einsatzes beschränkt. Die Angabe ‚mit 134 Minuten im manipulativen Einsatz' begründet in objektiver Hinsicht keine Verwaltungsübertretung." Mag. K hält über Befragen des Verhandlungsleiters fest: „Ich habe bei der Kontrolle am 23. Juni 2016 drei Radlader festgestellt. Ich habe auf dem A3-Zettel, Beilage zu ON 10, auch ausdrücklich festgehalten, dass es sich um drei Radlader gehandelt hat (kleiner roter Radlader, großer gelber Radlader, sehr großer Radlader)." Der Verhandlungsleiter weist auf die Angaben auf Seite 9/27 des Projektes hin, wo ein Radlader typenmäßig konkretisiert ist „Radlader Komatsu WA 250". Ing. H hält dazu fest: „Vom Verhandlungsleiter befragt, gebe ich an, dass damit ein bestimmter Radlader gemeint ist. Vom Verhandlungsleiter befragt, ob es emissionstechnisch einen Unterschied macht, wenn drei Radlader eingesetzt werden oder nur einer, gebe ich an, dass, wenn diese drei gemeinsam fahren, es sehr wohl einen Unterschied machen kann, wobei es auf die Art des Radladers jeweils ankommt. Beim Betrieb eines Radladers mit diesen Leistungsdaten würde es grundsätzlich noch keine Änderung darstellen. Wenn zwei Radlader eingesetzt werden, dann wäre es wohl eine Änderung."
Mag. K hält dazu fest: „Ich habe insgesamt drei Radlader gesehen, wobei aber nur zwei gleichzeitig in Betrieb waren." Wie auf Grund der Angaben des ASV für Anlagentechnik feststeht, kann aus dem dokumentierten Einsatz von 134 min. im Zeitraum 07.00 Uhr bis 16.38 Uhr aus anlagentechnischer Sicht nicht auf eine Überschreitung der Vorgaben „Radladerbetrieb für Verladung von diversen Materialien (Schotter, Sand): 2 Stunden in den 8 ungünstigsten Stunden" geschlossen werden.

4. Rechtliche Beurteilung:

4.1. Allgemeines:

4.1.1. Zur Auslegung eines gewerberechtlichen Konsenses:

Einer Betriebsbeschreibung kommt insofern wesentliche Bedeutung zu, als sie die Grundlage der Beurteilung bildet, welche von der Betriebsanlage ausgehende und auf Nachbarliegenschaften einwirkende Emissionen zu erwarten sind. Auch bestimmt sie die normative Tragweite des Genehmigungsbescheides. Die Betriebsbeschreibung muss daher, um den genannten Erfordernissen zu entsprechen, insbesondere präzise Angaben zu allen jenen Faktoren enthalten, die für die Beurteilung der auf den Nachbarliegenschaften zu erwartenden

Immissionen von Bedeutung sind. Eine Betriebsbeschreibung, die keine präzise Angaben über die Höchstzahl der in der Betriebsanlage eingesetzten Fahrzeuge enthält, sondern nur jene Fahrzeuge aufzählt, die „zur Zeit“ in der Betriebsanlage eingesetzt werden, entspricht diesen Anforderungen nicht (VwGH 2005/04/0118). Eine Limitierung von Fahrbewegungen hat nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes präzise zu erfolgen (vgl. VwGH 2008/04/0085). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes muss die Betriebsbeschreibung so klar gefasst sein, dass sie dem Verpflichteten jederzeit die Grenzen seines Verhaltens zweifelsfrei erkennen lässt (vgl. VwGH Ra 2016/04/0129). Die Betriebsbeschreibung wird in der Regel (wörtlich) in den Spruch des Genehmigungsbescheides aufgenommen (vgl. *Ziermann*, Das Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahren im Zusammenhang mit gewerblichen Betriebsanlagen, in Stolzlechner/Wendl/Bergthaler (Hrsg.), Die gewerbliche Betriebsanlage[4] (Stand 1.1.2016, rdb.at) RZ 390). Soweit die Errichtung und der Betrieb der Betriebsanlage bereits durch die Betriebsbeschreibung und den daran anknüpfenden Spruch des Bescheides hinreichend deutlich vorherbestimmt sind, bedarf es keiner Vorschreibung von Auflagen (*Wendl*, Zulässige und unzulässige Auflagen, in Stolzlechner/Wendl/Bergthaler (Hrsg.), Die gewerbliche Betriebsanlage[4] (Stand 1.1.2016, rdb.at) RZ 345). Es ist zulässig, im Spruch eines Bescheides auf außerhalb des Bescheides gelegene Schriftstücke oder Pläne Bezug zu nehmen, deren Aussagen und Darstellungen rechtlich in den normativen Bescheid zu integrieren und solcher Art zum Inhalt des rechtserzeugenden oder rechtsfeststellenden Bescheides zu machen, sofern der Bescheidspruch den Integrationsakt unzweifelhaft klargestellt hat und die im Spruch genannten Unterlagen, Beilagen, Pläne, Befundausführungen oder Erklärungen in Verhandlungsschriften ihrerseits das für den jeweiligen Abspruch nötige Bestimmtheitserfordernis erfüllen (vgl. VwGH 2000/04/0022). Wird im Spruch eines genehmigenden Bescheides über die Errichtung und den Betrieb einer gewerblichen Betriebsanlage in Ansehung der Beschreibung der Betriebsanlage auf die „mitfolgende Verhandlungsschrift“ verwiesen, die offenbar als im Befund des technischen Sachverständigen mitumfasst angesehen wurde, ohne dass sich daraus eine eindeutige Abgrenzung der für die Betriebsbeschreibung als solche maßgeblichen Feststellungen von den sonstigen Ausführungen des Sachverständigen ergibt, fehlt der Spruchfassung in dieser Hinsicht jedoch die erforderliche Klarheit (VwGH 88/04/0205).

Der Spruch eines Bescheides ist primär aus der Sicht des Adressaten auszulegen (zur Auslegung nach dem Empfängerhorizont vgl. OGH 7Ob231/02z). Aufgabe des Sachverständigen ist die Beurteilung der Daten, Messungen und Rechenmodelle, die im Befund eines schalltechnischen Gutachtens enthalten sind (vgl. VwGH 2010/12/0123, Ra 2015/04/0093).

4.1.2. Zum Tatvorwurf nach § 366 Abs. 1 Z 3 GewO:

Wie sich aus dem Wortlaut des § 366 Abs. 1 Z 3 GewO - ändert oder nach der Änderung betreibt - ergibt, enthält diese Gesetzesstelle zwei - alternative - Straftatbestände. Der Tatbestand des genehmigungslosen Änderns einer derartigen Betriebsanlage ist mit der Herbeiführung eines solcherart zu qualifizierenden Sachverhaltes abgeschlossen (Zustandsdelikt). Im vorliegenden Fall bezieht sich der Tatvorwurf auf die *„Änderung ohne der erforderlichen Genehmigung“* (vgl. VwGH 30.3.1993, 91/04/0220; 4.9.2002, 2002/04/0077). Gleichzeitig wird der *„Betrieb ohne der erforderlichen Änderungsgenehmigung“* angelastet.

Die Behörde hat bei Prüfung des Vorliegens einer Übertretung des § 366 Abs. 1 Z 3 iVm § 81 GewO 1994 nicht die Genehmigungsfähigkeit der Änderung der Betriebsanlage zu prüfen; ebenso wenig, ob tatsächliche Gefährdungen, Beeinträchtigungen, Belästigungen oder sonstige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 GewO 1994 von der konkreten Betriebsanlage ausgehen; dies festzustellen und allenfalls durch entsprechende Auflagen zu verhindern, ist Sache des Genehmigungsverfahrens. Nach dem Wortlaut des § 81 Abs. 1 GewO 1994 bedarf nicht jede Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung, sondern nur eine solche, die geeignet ist, die im § 74 Abs. 2 leg. cit. umschriebenen Interessen zu beeinträchtigen. Gegenstand des Verwaltungsstrafverfahrens und daher Tatbestandselement der angelasteten Tat ist somit die nach § 74 Abs. 2 leg. cit. mit der Änderung einer gewerblichen Betriebsanlage verbundene personenbezogene (§ 74 Abs. 2 Z 1 und 2) oder tätigkeits- bzw. sachbereichsbezogene (§ 74 Abs. 2 Z 2 bis 5) konkrete Eignung, die in der zitierten Gesetzesstelle näher bezeichneten Auswirkungen hervorzurufen. Um dies zu beurteilen, genügt es in der Regel, auf das allgemeine menschliche Erfahrungsgut zurückzugreifen (Hinweis E 11. November 1998, 97/04/0161, mwN). Es bedarf daher keiner Feststellungen im Einzelfall darüber, ob solche Gefährdungen, Beeinträchtigungen und Belästigungen von der konkreten Betriebsanlage tatsächlich ausgehen (Hinweis E 22. Jänner 2003, 2002/04/0197, und E 20. Dezember 1994, 94/04/0162). Die Genehmigungspflicht ist immer schon dann gegeben, wenn solche Auswirkungen auf bestimmte Personen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 1 und 2 GewO 1994 oder auf bestimmte Tätigkeits- oder Sachbereiche im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 3 bis 5 GewO 1994 nicht auszuschließen sind (VwGH 2002/04/0013). Sollten trotz Einhaltung der dem Genehmigungsbescheid zugrunde liegenden Betriebsbeschreibung und der dort vorgeschriebenen Auflagen die gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994 wahrzunehmenden Interessen nicht hinreichend geschützt sein, liegt kein Anwendungsfall des § 81 Abs. 1 iVm § 366 Abs. 1 Z 3, sondern des § 79 GewO vor (VwGH Ro 2014/06/0037).

Eine konkrete Tatumschreibung im Sinne des § 44a Z 1 VStG muss konkret alle Handlungen oder Unterlassungen anführen, durch welche eine Änderung bzw. der Betrieb nach einer Änderung im Sinne des § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 als erwiesen angesehen wird. Um das Erfordernis des § 44a Z 1 VStG zu erfüllen,

sind dabei auch jene Tatumstände anzuführen, die eine Beurteilung dahin zulassen, ob die vorgenommene Änderung der Betriebsanlage die im § 74 Abs. 2 GewO 1994 genannten Interessen zu beeinträchtigen geeignet ist (VwGH Ra 2016/04/0034, 96/04/0093).

Sache des Berufungsverfahrens war nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur die Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches des Bescheides der Unterbehörde bildete. Wechselte die Berufungsbehörde die von der Erstbehörde angenommene Tat aus, so nahm sie eine ihr nicht zustehende Befugnis in Anspruch und es lag eine inhaltliche Rechtswidrigkeit vor. Die Bestimmung des § 66 Abs. 4 AVG berechtigte die Berufungsbehörde nämlich nicht zur Auswechslung der dem Beschuldigten zur Last gelegten Tat, sondern nur dazu, beispielsweise die Strafzeit auf der Grundlage der unbedenklichen Sachverhaltsannahme der Behörde erster Instanz näher zu umschreiben. Eine Befugnis des Verwaltungsgerichtes zur Ausdehnung des Gegenstandes des Verfahrens über die Sache des Verwaltungsstrafverfahrens im Sinne des § 50 VwGVG hinaus, etwa durch Ausdehnung des Tatvorwurfes, wurde nicht geschaffen (vgl. VwGH Ro 2014/02/0099, 2014/09/0018, Ro 2014/04/0072). Ob die Verfolgungsverjährungsfrist bereits abgelaufen war oder eine Verfolgung des Bf in Bezug auf einen erweiterten Tatvorwurf grundsätzlich noch möglich gewesen wäre, kann dahingestellt bleiben, sofern im Straferkenntnis der belangten Behörde kein ausreichend konkretisierter Tatvorwurf erhoben wurde (vgl. VwGH Ra 2016/02/0226, VfGH 14.3.2017, E 3282/2016-13).

4.1.3. Zur Bestimmung des § 25 VStG iVm § 52 Abs. 1 AVG:

Wenn der die Verwaltungsübertretung bildende Sachverhalt nicht feststeht, ist zu klären, ob weitere Ermittlungen durchzuführen sind oder im Zweifel zu Gunsten des Beschuldigten davon auszugehen ist, dass er die Tat nicht begangen hat. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ ist keine Beweiswürdigungsregel und kommt nur zur Anwendung, wenn auch nach dem Ergebnis der Beweiswürdigung noch Zweifel an der Täterschaft des Beschuldigten bleiben (VwGH 30.1.2015, 2011/17/0081). Gemäß der Verweisungsbestimmung des § 38 VwGVG 2014 gilt im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten gemäß § 25 Abs. 1 VStG das Amtswegigkeitsprinzip und gemäß § 25 Abs. 2 VStG der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit, wonach vom Verwaltungsgericht von Amtswegen unabhängig von Parteivorbringen und -anträgen der wahre Sachverhalt durch Aufnahme der nötigen Beweise zu ermitteln ist (VwGH 20.10.2015, Ra 2014/09/0028). Das VwGVG 2014 enthält keine eigenen Bestimmungen betreffend die Beiziehung von Sachverständigen in Verfahren vor den Verwaltungsgerichten. Gemäß § 17 VwGVG 2014 kommen somit die Bestimmungen der §§ 52 und 53 AVG zum Tragen. Wird die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig, so sind gemäß § 52 Abs. 1 AVG die der Behörde/dem Verwaltungsgericht beigegebenen oder zur Verfügung stehenden amtlichen

Sachverständigen (Amtssachverständige) beizuziehen (vgl. VwGH 22.6.2016, Ra 2016/03/0027, ständige Rechtsprechung). Beabsichtigt das Verwaltungsgericht von Amtswegen und ohne Beweisantrag der belangten Behörde Beweise aufzunehmen, um den Beschuldigten zu belasten, darf dies keinen Zweifel an der vollen Unbefangenheit des Richters begründen (vgl. EGMR 20.9.2016, Rechtssache 926/08). Der belangten Behörde kommt deshalb im verwaltungsgerichtlichen Verfahren Parteistellung zu (§ 18 VwGVG). Sie ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, Prozesserklärungen abzugeben (vgl. Fr 2015/03/0011, Ra 2015/09/0015). Ist die Behörde gemäß § 68 AVG iVm § 24 und § 52a VStG nicht verpflichtet, während des Beschwerdeverfahrens ihr Straferkenntnis mit Bescheid abzuändern, ist sie auch nicht verpflichtet, auf eine für den Bf nachteilige Änderung durch das Verwaltungsgericht zu dringen (vgl. VfGH 14.3.2017, E 3282/2016-13).

4.2. Ergebnis:

4.2.1. Zur Auslegung der Genehmigung vom 20. Juli 2004:

Zu den für das Ausmaß der Immissionen auf die Nachbarliegenschaften bedeutsamen Faktoren gehören bei der gegenständlichen Betriebsanlage der M GmbH u.a. der Radladerbetrieb und die LKW-Fahrbewegungen. Deren Beschränkung im Rahmen der Betriebsanlagengenehmigung ist daher jedenfalls zulässig (vgl. VwGH 2008/04/0085, Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur Gewerbeordnung^2, Rz 41 zu § 367 GewO).

Im Spruch der Genehmigung vom 20. Juli 2004 ist keine Limitierung der LKW-Fahrbewegungen oder des Radladerbetriebes vorgesehen, sieht man von der im Zusammenhang mit den Betriebszeiten getroffenen Festlegung betreffend den LKW-Fernverkehr im Nachtzeitraum 22.00 Uhr bis 06.00 Uhr ab (2.1.). Die Genehmigung wurde nach Maßgabe des schalltechnischen Projektes vom 17. Juni 2004 erteilt und verweist auf „Feststellungen der Amtssachverständigen im Befund der Verhandlungsschrift vom 19. Juli 2004“. Die Bedeutung des im Befund der Niederschrift vom 19. Juli 2004 enthaltenen Satzes *„Für die Fa. M wurden nunmehr 18 Fahrbewegungen in die Rechnung eingebracht.“* bezieht sich dabei offenkundig auf das schalltechnische Projekt vom 17. Juni 2004. Maßgeblich sind daher allfällige in diesem Projekt enthaltene Einschränkungen des Betriebes.

Aus einer durchschnittlichen täglichen Einsatzzeit, wie sie etwa für den Radladerbetrieb auf Seite 9/27 des schalltechnischen Projektes vorgesehen ist, ergeben sich - ähnlich einer „ca.“ Angabe - keine ausreichend bestimmten und damit verbindlichen Einschränkungen für den Betreiber (vgl. VwGH 2008/04/0085). Die Angabe *„Der maximale Umschlag pro Tag liegt bei 12 bis 15 LKW (300 bis 370 t).“* bezieht sich auf den „Materialumschlag“, wobei hier - wie

sich aus Seite 20/27 ergibt - pro LKW je eine Zu- und eine Abfahrt anzusetzen ist.

In der Vorentscheidung vom 13. September 2016 kam das LVwG zu dem Ergebnis, dass bei einer Überschreitung der *„Summe LKW: 18“* in den ungünstigsten 8 Stunden laut Seite 20/27 eine Übertretung des Konsenses vorliegen würde. Festzuhalten ist, dass in der vorangegangenen mV am 25. August 2016 die Verfahrensparteien unter Hinweis auf den eingeschränkten Verfahrensgegenstand ausdrücklich auf eine weitere Beweisaufnahme und damit auch auf eine Einvernahme des anwesenden ASV für Anlagentechnik verzichtet hatten. Die Verfahrensparteien waren ausdrücklich mit der in Spruchabschnitt I. des Erkenntnisses vom 13. September 2016 verfügten Abänderung des Bescheides vom 19. Mai 2016 einverstanden. Die M GmbH begründete die dagegen erhobene Revision unter anderem damit, dass die rechtliche Schlussfolgerung des LVwG zu den „ungünstigsten 8 Stunden am Tag“ unzutreffend sei. Ein Zuwarten bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes über die Revision kommt nicht in Betracht, bezieht sich der Spruch und damit die Sache des vorangegangenen Beschwerdeverfahrens nicht auf die nunmehr zu beurteilenden „ungünstigsten 8 Stunden am Tag“, sondern auf den Materialumschlag laut Punkt 2.2.2. des schalltechnischen Projektes.

In der im gegenständlichen Beschwerdeverfahren durchgeführten mV vertrat der Bf die Ansicht mit „Summe LKW: 18“ seien 18 LKW-Zu- und Abfahrten gemeint, also insgesamt 36, zuzüglich der 5 Fahrten zur Tankstelle. In der mV fand eine Beweisaufnahme durch Befragung des ASV für Anlagentechnik statt, dessen Angaben den Feststellungen zugrunde gelegt wurden (2.2.). Die belangte Behörde schloss sich insoweit den Ausführungen des ASV für Anlagentechnik an. Wie der Wortlaut einer auf die „ungünstigsten 8 Stunden“ abstellenden Tabelle zu verstehen ist, setzt - wie die mV letztlich zeigte - technisches Fachwissen voraus und ergibt sich letztlich erst aus der vom ASV für Anlagentechnik vorgenommenen schalltechnischen Analyse. Dies, zumal ausdrückliche Vorgaben im Sinne einer Limitierung im Spruch der Genehmigung nicht enthalten sind.

4.2.2. Zum Tatvorwurf, die im Straferkenntnis angeführten LKW-Fahrbewegungen würden eine genehmigungspflichtige Änderung darstellen:

Der Spruch des bekämpften Straferkenntnisses bezieht sich auf einen Zeitraum von 15. März bis 3. August 2016. Soweit ersichtlich, ergibt sich dieser Zeitraum aus folgenden in der Begründung enthaltenen Überlegungen: *„Im Frühjahr 2016 haben Nachbarn, unter anderem am 15. März, 4. und 5. April, 19. und 21. Mai 2016 Beschwerden wegen Staub- und Lärmbelästigungen und die Manipulation mit Baustoffen eingebracht. ... Nachbarn der Betriebsanlage haben für den 11., 13. und 18. April, den 10., 27., 28. und 30. Mai sowie den 29. Juli und 3. August 2016 zu zeitlich punktuellen Ereignissen Aufzeichnungen wegen*

Lärm- und Staubbelästigungen vorgelegt." Des Weiteren: *„Mitarbeiter der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen haben am 27. Mai 2016 in der Zeit von 09:30 Uhr bis 10:30 Uhr und am 30. Mai 2016 im Zeitraum von 06:50 Uhr bis 13:00 Uhr im Bereich der Betriebszufahrt die emissionsrelevanten Tätigkeiten aufgezeichnet. In diesen Zeiträumen sind zur Betriebsanlage insgesamt 20 LKW zu- und abgefahren."* Entscheidend ist, dass nur hinsichtlich 30. Mai 2016, 23. Juni 2016, 29. Juli 2016 und 3. August 2016 im Spruch ein konkret beschriebener, dem § 44a Z 1 VStG entsprechender, Tatvorwurf von der Behörde als erwiesen angesehen wurde. Die belangte Behörde hat abgesehen davon keine ausreichend konkretisierte Verfolgungshandlung gesetzt. Der Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist damit auf diese Kalendertage beschränkt. Dem Verwaltungsgericht ist es verwehrt, den Tatvorwurf in zeitlicher Hinsicht auszudehnen bzw. mehr oder andere Fahrbewegungen vorzuwerfen (vgl. VwGH Ra 2016/02/0226, VfGH 14.3.2017, E 3282/2016-13).

Es steht nicht fest, dass am 30. Mai 2016, 29. Juli 2016 oder 3. August 2016 der maximale Umschlag Sand/Schotter (12 bis 15 LKW, 300 bis 370 t) überschritten wurde. Unter Berücksichtigung des aktuellen Standes der Anlagen- und Schalltechnik steht im Ergebnis nicht fest, dass die im Straferkenntnis als erwiesen angesehenen LKW-Fahrbewegungen am 30. Mai 2016, am 29. Juli 2016 oder am 3. August 2016 von den schalltechnischen Vorgaben für die 8 ungünstigsten Stunden abweichen würden. Gleiches gilt sinngemäß für die in der Begründung des Straferkenntnisses genannten Tage 27. Mai 2016 (20 LKW), die LKW-Fahrbewegungen am 23. Juni 2016 (35 LKW) bzw. weitere in der Begründung erwähnten Kalendertage im März, April und Mai 2016, da insoweit keine konkreten Fahrbewegungen angeführt werden. Die belangte Behörde hat auf eine weitere Beweisaufnahme verzichtet. Das Verwaltungsgericht ist bei solcher Sachlage gemäß § 25 VStG iVm § 52 Abs. 1 AVG und § 38 VwGVG nicht verpflichtet, amtswegig weitere Beweise aufzunehmen (4.1.3.). Der Tatvorwurf war entsprechend einzuschränken.

4.2.3. Zum Tatvorwurf, der Einsatz der Radlader am 23. Juni 2016 würde eine genehmigungspflichtige Änderung darstellen:

Fest steht, dass am 23. Juni 2016 zwei Radlader gleichzeitig in Betrieb waren. Von der Genehmigung erfasst ist aber nur ein Radlader, da sich das schalltechnische Projekt auf einen Radlader beschränkt. Diese Abweichung ist nach dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut wie auch unter technischen Gesichtspunkten abstrakt gesehen geeignet, die Nachbarn durch Lärm und Staub zu belästigen (2.3.). Die Änderung ist daher gemäß § 74 Abs. 2 GewO iVm § 81 Abs. 1 GewO genehmigungspflichtig. Eine Genehmigung lag aber nicht vor. Die genehmigte Betriebsanlage wurde daher insoweit am 23. Juni 2016 nach einer Änderung ohne der erforderlichen Genehmigung betrieben. Der objektive Tatbe-

stand einer Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z 3 GewO ist damit erfüllt.

4.2.4. Zum Verschulden:

Die belangte Behörde geht in der Begründung des Straferkenntnisses von Vorsatz in Form von Absicht aus. Anzumerken ist, dass sich der Tatvorwurf im Beschwerdeverfahren auf den gleichzeitigen Betrieb von zwei Radladern reduzierte. Eine Feststellung zur Vorsatzform ist nicht erforderlich, zumal gemäß § 5 Abs. 1 VStG Fahrlässigkeit zur Strafbarkeit genügt. Es ist jedenfalls von leichter Fahrlässigkeit auszugehen. Es ist daher auch die subjektive Tatseite (Verschulden) gegeben.

4.2.5. Zur Strafbemessung:

Der gesetzliche Strafrahmen beträgt gemäß § 366 Abs. 1 GewO bis 3.600 Euro. Das sich aus § 42 VwGVG ergebende Verbot der reformatio in peius führt dazu, dass dann, wenn im Erkenntnis der Tatvorwurf eingeschränkt wird - sofern nicht andere Strafzumessungsgründe heranzuziehen sind als im bekämpften Bescheid -, nicht die gleiche Strafe verhängt werden darf wie im Bescheid (VwGH 21.2.2012, 2010/11/0245).

Erschwerungsgründe: Entgegen der Ansicht der belangten Behörde weist der Bf nur eine einschlägige Vorstrafe (nach § 366 Abs. 1 GewO) auf.

Milderungsgründe: keine

Mit der Einschränkung des Tatvorwurfes wurde die Herabsetzung der Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe auf das nunmehr festgesetzte Ausmaß erforderlich. Diese Strafe ist auch den persönlichen Verhältnissen des Bf (vgl. 2.1.) angemessen. Damit reduziert sich auch der Verfahrenskostenbeitrag für das behördliche Verfahren. Für das Beschwerdeverfahren ist bei diesem Ergebnis kein Kostenbeitrag zu entrichten.

5. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Bescheidauslegungen stellen in aller Regel einzelfallbezogene Rechtsfragen dar, die nicht revisibel sind (vgl. VwGH Ra 2016/04/0151). Dessen ungeachtet ist die ordentliche Revision zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Revisionsverfahren betreffend die in Punkt 5. des Erkenntnisses vom 13. September 2016 angeführten Rechtsfragen noch nicht abgeschlossen ist.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen 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 Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Weigl