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-800219/25/Wg**

Datum: **Linz, 8. August 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 E P, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. M R, F, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 22. September 2016, GZ: Ge96-40-2016, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird teilweise stattgegeben. Anstelle der in Spruchabschnitt lit. a., lit. b. und lit. c. des Straferkenntnisses verhängten Strafen wird eine Gesamtstrafe in der Höhe von 200 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 18 Stunden verhängt. Der Kostenbeitrag für das Verfahren der Bezirkshauptmannschaft reduziert sich auf 20 Euro. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Sachverhalt:

Die Braucommune F betreibt im Standort F, auf Grundstück Nr. 1, KG F, eine gewerbebehördlich genehmigte Betriebsanlage. Der Beschwerdeführer (Bf) war im angelasteten Tatzeitpunkt 11. Jänner 2016 und ist nach wie vor gewerberechtlicher Geschäftsführer der Braucommune. Die Brauerei befindet sich im Stadtgebiet von F, westlich der M Straße. Das Lager- und Produktionsgebäude befindet sich annähernd zentral gelegen am Betriebsareal. In nördlicher Richtung befindet sich ein Wählamt, eine öffentliche Parkfläche und auf der Baufläche 740 ein Gebäude. Die nächstgelegene Wohnbebauung befindet sich in nordwestlicher Richtung auf der Baufläche 977. Weitere Wohnobjekte liegen südlich der W. Str. (Bescheid vom 23. Juli 2009, ON 4 des Behördenaktes, unstrittig).

Auf Grund einer Privatanzeige führte ein Vertreter der Bezirkshauptmannschaft Freistadt (im Folgenden: belangte Behörde) am 11. Jänner 2016 vor Ort einen Lokalaugenschein durch und stellte dabei folgende Änderungen der Betriebsanlage fest, die von keiner gewerbebehördlichen Genehmigung erfasst waren:

- das im westlichen Bereich des Grundstückes (Verladebereich) genehmigte Flugdach für Leergebinde („Kistenlager") befand sich abweichend vom Genehmigungsbescheid vom 23. Juli 2009, GZ: Ge20-42-2009, rund 3 m weiter westlich und somit teilweise im sogenannten „Trenngrün"
- im südwestlich gelegenen Bereich des genannten Grundstückes war ein Parkplatz für Mitarbeiter eingerichtet
- im Zufahrtsbereich von der W. Str. auf das Betriebsareal war eine Schrankenanlage errichtet worden.

Feststeht, dass diese Anlagenteile am 11. Jänner 2016 bereits fertig gestellt waren. Es steht nicht fest, dass diese Änderungen am 11. Jänner 2016 eine bestimmte Person belästigt, gefährdet oder in anderer Art - beispielsweise den Verkehr - beeinträchtigt haben. (Feststellungen Erkenntnis LVwG-800200, unstrittig).

Die belangte Behörde ist der Ansicht, dass für diese Änderungen gemäß § 74 iVm § 81 GewO eine gewerbebehördliche Genehmigung erforderlich gewesen wäre und verhängte zunächst - untergliedert in drei Spruchabschnitte (lit. a., lit. b. und lit. c.) - mit Strafverfügung vom 1. März 2016, GZ: Ge96-3-2016, gemäß § 366 Abs. 1 Z 3 GewO hinsichtlich des Flugdaches eine Geldstrafe von 400 Euro (2 Tage Ersatzfreiheitsstrafe), hinsichtlich des Parkplatzes und der Schrankenanlage jeweils Geldstrafen von 200 Euro und Ersatzfreiheitsstrafen von 1 Tag. Die Genehmigungspflicht ergibt sich nach Ansicht der Behörde daraus, dass das

Flugdach (lit. a.) und der Parkplatz (lit. b.) geeignet seien, die Nachbarn durch Geruch, Lärm und Erschütterungen zu belästigen. Die Schrankenanlage (lit. c.) sei geeignet, die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs auf Straßen mit öffentlichem Verkehr wesentlich zu beeinträchtigen. Über den dagegen erhobenen Einspruch des Bf erließ die belangte Behörde schließlich das Straferkenntnis vom 21. April 2016, GZ: Ge96-3-2016, in dem Spruch und Strafanordnung der Strafverfügung mit der Maßgabe übernommen wurden, dass das Wort „Schrankenanlage" durch die Wortfolge „elektrische Schiebetoranlage" ersetzt wurde. Der im Spruch des Straferkenntnisses erhobene Tatvorwurf bezog sich darauf, dass *„am 11.1.2016 ... festgestellt wurde, dass die gewerbebehördlich genehmigte gewerbliche Betriebsanlage ... insofern geändert wurde*". Ein Betrieb der geänderten Anlage wurde in diesem Straferkenntnis nicht angelastet (Feststellungen Erkenntnis LVwG-800200, unstrittig).

Das Landesverwaltungsgericht (LVwG) gab der Beschwerde mit Erkenntnis vom 28. Juli 2016, LVwG-800200, Folge. Das Straferkenntnis wurde behoben und das Verwaltungsstrafverfahren hinsichtlich des im Straferkenntnis erhobenen Tatvorwurfes, der Bf habe als gewerberechtlicher Geschäftsführer der Braucommune F eine am 11. Jänner 2016 festgestellte - in den Spruchabschnitten lit. a., b. und c. näher beschriebene - Änderung der Betriebsanlage im Standort F, auf Grundstück Nr. 1, KG F, ohne der erforderlichen gewerbebehördlichen Genehmigung zu verantworten, gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt. Das LVwG führte begründend aus, die Änderung sei zwar genehmigungspflichtig, aber vor dem
11. Jänner 2016 fertiggestellt gewesen. Da am 11. Jänner 2016 keine Änderung vorgenommen worden sei, sei das auf diesen Tag und den Vorwurf der Änderung eingeschränkte Straferkenntnis zu beheben gewesen. (Erkenntnis LVwG-800200).

Daraufhin erhob die belangte Behörde mit Schreiben vom 31. August 2016 den Vorwurf, am 11. Jänner 2016 sei die Betriebsanlage „nach Vornahme der bereits im vorangegangen Straferkenntnis beschriebenen Änderungen ohne der erforderlichen Genehmigung betrieben" worden. Nach Einlangen der Rechtfertigung vom 14. September 2016 erließ die belangte Behörde das Straferkenntnis vom 22. September 2016. Darin wird dem Bf der Betrieb der Betriebsanlage am 11. Jänner 2016 nach einer Änderung ohne der erforderlichen Genehmigung (§ 366 Abs. 1 Z 3 2. Fall GewO) vorgeworfen. Die belangte Behörde verhängte hinsichtlich des Flugdaches eine Geldstrafe von 400 Euro (2 Tage Ersatzfreiheitsstrafe), hinsichtlich des Parkplatzes und der Schrankenanlage jeweils Geldstrafen von 200 Euro und Ersatzfreiheitsstrafen von 1 Tag. Die belangte Behörde geht von einer fahrlässigen Tatbegehung aus. Es seien weder Erschwerungs- noch Milderungsgründe vorgelegen. Die im Straferkenntnis vorgenommene Schätzung (monatliches Nettoeinkommen 2.500 Euro, kein Vermögen, keine Sorgepflichten) blieb unbestritten. Der Bf wendet in seiner Beschwerde ein, die Bestrafung verstoße gegen das Verbot der Doppelbestrafung

(ne bis in idem). Zudem seien die Änderungen nicht genehmigungspflichtig (Aufforderung zur Rechtfertigung ON 13, Rechtfertigung ON 14, Straferkenntnis ON 15, Beschwerde ON 16 des Behördenaktes).

Das LVwG führte antragsgemäß am 31. Juli 2017 eine mündliche Verhandlung (mV) durch. In der mV wurde festgestellt: Die Betriebsanlage und die beschriebenen Änderungen waren am 11. Jänner 2016 unbestritten in Betrieb. Während der Verwaltungsstrafverfahren war ein Verfahren zur Genehmigung der beschriebenen Änderungen anhängig. Während des Beschwerdeverfahrens erteilte die belangte Behörde der Braucommune F gemäß § 74 und 81 GewO mit Bescheid vom 9. Jänner 2017, GZ: Ge20-44-2017, die gewerbebehördliche Genehmigung für die beschriebenen Änderungen. Diesem Bescheid liegen unter anderem ein schalltechnisches Projekt und eine schalltechnische Stellungnahme, jeweils vom 26. Juli 2016, zugrunde. Im der Niederschrift über die mV als Beilage 3 angeschlossenen schalltechnischen Projekt wurde auf Seite 5/23 der Bereich der Schrankenanlage mit x1, des Parkplatzes mit x2 und des erwähnten Flugdaches mit x3 markiert. Der Parkplatz ist von den südlich der W. Str. gelegenen Objekten ca. 20 m entfernt. Der Parkplatz war Gegenstand der schalltechnischen Untersuchung bezüglich der Auswirkungen auf diese südlich der W. Str. befindlichen Wohnobjekte. Der Mitarbeiterparkplatz wurde schon ab 05.00 Uhr untersucht, da zwischen 05.00 Uhr und 06.00 Uhr bereits erste Mitarbeiter zufahren. Schwerpunktmäßig wurde auch die Zeit von 22.00 Uhr bis 23.00 Uhr untersucht, in diesem Zeitraum verlassen die letzten Mitarbeiter den Betrieb. Ohne dem schalltechnischen Projekt vom 26. Juli 2016 hätte der im Verwaltungsverfahren beigezogene Amtssachverständige für Gewerbetechnik Ing. S zu den Emissionen des Mitarbeiterparkplatzes keine Aussage treffen können. Die Immissionen, die von der Schrankenanlage bzw. dem Betrieb der Schrankenanlage bzw. den zufahrenden Autos ausgehen, für die südlich der W. Str. gelegenen Wohnobjekte, fallen aus schalltechnischer Sicht nicht ins Gewicht bzw. waren unbedeutend. Es wurden hier entsprechende Vorkehrungen im Genehmigungsbescheid bzw. im Genehmigungsverfahren auch getroffen. Letztlich war bei dem beschriebenen Betrieb der Schrankenanlage für die erwähnten Wohnobjekte Immissionsneutralität anzunehmen. Entscheidend war, dass für den Nachbarn keine Verschlechterung bzw. spürbare Verschlechterung in schalltechnischer Hinsicht gegeben ist. Die Emissionen ändern sich zwar, wenn ein Auto zufährt bzw. dort verweilt, bei der gewerbetechnischen Beurteilung war aber die immissionstechnische Beurteilung für die entsprechenden Nachbarn entscheidend. Der Parkplatz im Bereich x2 hatte eine immissionstechnische Auswirkung, die eben überprüft wurde. Diesbezüglich wurde auch eine medizinische Beurteilung durchgeführt. Im Ergebnis ließen sich die Immissionen auf ein zumutbares Ausmaß beschränken. Zum Flugdach liegt die erwähnte schall-technische Untersuchung vom 26. Juli 2016 vor, darin wurde das ursprünglich genehmigte Leergebindelager als Variante 2 auf Seite 12 von 13 beschrieben. Variante 3 ist die tatsächliche Ausführung. Variante 4 ist die optimierte und der

Genehmigung zugrunde liegende Ausführung. In der Tabelle „relative Veränderung zu Variante 2" werden die Auswirkungen auf die einzelnen Immissionspunkte dargestellt. Dort, wo den Zahlen ein Minus vorangestellt ist, ergibt sich eine positive Veränderung, also eine Verbesserung, also bei RP-06, bei 6 und 06A eine leichte Anhebung der Schallsituation. Das Verfahren ergab dann letztlich, dass sich die schalltechnischen Auswirkungen auf ein zumutbares Ausmaß beschränken. Der Bf hielt in der mV schließlich fest, dass keine Beweisanträge gestellt oder aufrechterhalten werden. (Mitteilung und Bescheid ON 12 des verwaltungsgerichtlichen Aktes, Angaben Bf, ASV Ing. S Tonbandprotokoll Beilage zu ON 24).

II. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt (I.) ergibt sich unstrittig aus den in Klammer angeführten Beweismitteln. Ob und inwieweit die Änderungen genehmigungspflichtig waren oder gegen das Verbot der Doppelbestrafung verstoßen wurde, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III. Rechtliche Beurteilung:

1. Zur eingewendeten Genehmigungsfreistellung:

Über Antrag des Rechtsanwaltes Mag. R wurde der Bf in der mV als Beschuldigter einvernommen. Er machte folgende Angaben: *„Ausdrücklich festzuhalten ist, dass der Bereich des Parkplatzes im Grundeigentum der Braucommune steht und als solcher immer schon für die Brauerei als Abstellfläche genutzt wurde. Insoweit hat sich keine Verschlechterung des Ist-Zustandes für die Nachbarn oder sonst irgendjemand ergeben.*" Mag. R hielt fest: *„Das Genehmigungsverfahren diente letztlich dem Zweck, Ordnungsprinzipien für den Bestand festzuschreiben. Es ist hier im Vergleich zum Ist-Stand zu keiner Verschlechterung gekommen, sondern sogar zu einer Verbesserung.*" Dem ist entgegenzuhalten, dass der Ausgangspunkt für die Beurteilung, ob eine genehmigungspflichtige Änderung vorliegt, der vorhandene Genehmigungsumfang ist. Die bereits genehmigte Betriebsanlage ist als Vergleichsmaßstab heranzuziehen (VwGH 11.05.2017, Ra 2017/04/0034).

Den relevanten Sachverhalt bildet der Betrieb der Anlage am 11. Jänner 2016 nach Vornahme der Änderungen betreffend die Anlagenteile lit. a. (Flugdach), lit. b. (Parkplatz) und lit. c. (Schiebetoranlage) in Verbindung mit dem Umstand, dass im Genehmigungsbescheid vom 23. Juli 2009 auf Wohnbebauung Bezug genommen wird. Hinsichtlich der Schiebetoranlage bildet die Situierung „im Zufahrtsbereich von der W. Str." ein wesentliches Sachverhaltselement. Ob diese Änderungen *„geeignet*" waren, Schutzinteressen im Sinne des § 74 Abs. 2 GewO zu beeinträchtigen, stellt eine Frage der rechtlichen Beurteilung dar. Ein Laie ohne

besonderen Erfahrungshorizont - unter Anwendung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabes im Sinne des § 1297 ABGB – kann nach dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut aus der Sicht ex ante in einer solchen Situation die von der Behörde thematisierten Beeinträchtigungen im Sinne des § 74 Abs. 2 GewO nicht schlichtweg ausschließen (vgl. LVWG-800216 Pkt 4.1.2. mwN, Pkt III.5 LVWG-800200). Die beschriebenen Änderungen sind daher in formeller Hinsicht gemäß § 74 Abs. 2 iVm § 81 Abs. 1 GewO genehmigungspflichtig.

Fraglich ist, ob die gemäß § 81 Abs. 1 GewO bestehende Genehmigungspflicht gemäß § 81 Abs. 2 GewO als aufgehoben gilt. (VwGH 11.11.2015, 2013/04/0112). Gemäß § 81 Abs. 3 iVm § 345 Abs. 6 GewO idF BGBl. I 96/2017 iVm § 1 Abs. 2 VStG sind Maßnahmen iSd § 81 Abs. 2 Z 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 und 11 GewO weder genehmigungs- noch anzeigepflichtig. Diese Tatbestände beschreiben Fallkonstellationen, in denen zwar nach § 81 Abs. 1 GewO Genehmigungspflicht besteht, der gesetzliche Interessenausgleich aber auch ohne Genehmigungsverfahren als sichergestellt gilt (gesetzliche Genehmigungsfreistellung kraft materieller Rechtmäßigkeit). Die Beurteilung erfolgt nach Durchführung eines Ermittlungsverfahrens aus der Sicht ex post unter Zugrundelegung eines erhöhten Sorgfaltsmaßstabes (§ 1299 ABGB, § 52 AVG). Der Betreiber hat die Möglichkeit, die beschriebene Änderung in einem Verfahren iSd § 358 Abs. 1 GewO (gegebenenfalls auch § 79c Abs. 3) prüfen zu lassen.

Der Bf führte in der mV rechtsanwaltlich vertreten aus: *„Im Ergebnis wurde letztlich die Emissionsneutralität im Sinne des § 81 Abs. 2 Z 9 Gewerbeordnung nachgewiesen und ist dieser Ausnahmetatbestand jedenfalls auch erfüllt. Dies insbesondere im Hinblick auf die für ein Verwaltungsstrafverfahren notwendige Gewissheit.*" Hätte es sich um eine emissionsneutrale Änderung gehandelt, hätte sich im über Antrag der Braucommune durchgeführten Genehmigungsverfahren die Frage, ob die auf Nachbarn einwirkenden Immissionen auf ein zumutbares Ausmaß beschränkt werden können, nicht gestellt. So war auch die Schrankenanlage nicht emissions-, sondern immissionsneutral. § 81 Abs. 2 Z 9 GewO ist nicht erfüllt.

Zum gemäß § 81 Abs. 3 GewO anzeigepflichtigen Änderungstatbestand iSd § 81 Abs. 2 Z 7 GewO führte der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung Ra 2016/04/0125 aus: *„Die Regelung des § 81 Abs. 2 Z 7 GewO 1994, der zufolge bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen keine Genehmigungspflicht nach § 81 Abs. 1 GewO 1994 besteht, stellt darauf ab, dass die Änderungen 'auf Grund der besonderen Situation des Einzelfalles erwarten lassen', dass überhaupt oder bei Einhaltung der erforderlichenfalls vorzuschreibenden Auflagen Gefährdungen vermieden oder nachteilige Beeinträchtigungen auf ein zumutbares Maß beschränkt würden. Es ist daher eine Prognoseentscheidung im Einzelfall zu treffen.*" In diesem Sinne stellt § 81 Abs. 2 Z 7 GewO ohne ausdrücklichen Verweis

auf § 74 Abs. 2 Z 2 GewO klar, dass sich das Emissionsverhalten nicht nachteilig für die Nachbarn verändern darf. Ist der Betreiber in der Lage, den gesetzlich geforderten individuellen Interessenausgleich eigenintiativ herzustellen und mittels Anzeige zu belegen, ist es nicht (mehr) notwendig, den Interessenausgleich in einem behördlichen Genehmigungsverfahren sicherzustellen. Aus diesem Grund berechtigt bereits eine Anzeige gemäß § 345 Abs. 6 letzter Satz GewO zur Errichtung der Änderung und kommt den Nachbarn lediglich ein rechtliches Interesse an der Überprüfung der Voraussetzungen des § 81 Abs. 3 iVm § 81 Abs. 2 Z 7 GewO 1994 und daher eine auf die Beurteilung dieser Frage beschränkte Parteistellung zu (vgl. VwGH Ro 2014/05/0029, Ro 2015/04/0018, Ra 2014/04/0005). Im gegenständlichen Fall wurde aber keine Anzeige erstattet und stellte sich erst im behördlichen Genehmigungsverfahren anhand von nach dem 11. Jänner 2016 erstellten schalltechnischen Unterlagen mit der erforderlichen Sicherheit heraus, dass nach dem Stand der Technik (§ 71a) und dem Stand der medizinischen Wissenschaften zu erwarten ist, das die nach den Umständen des Einzelfalles voraussehbaren Gefährdungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 1 vermieden und Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 2 bis 5 auf ein zumutbares Maß beschränkt werden (§ 77 Abs. 1 GewO).

Es ist dem Bf nicht gelungen, einen Ausnahmetatbestand iSd § 81 Abs. 2 Z 7 oder Z 9 GewO glaubhaft zu machen. Die Genehmigungspflicht gilt nicht gemäß § 81 Abs. 2 Z 7 und 9 GewO als aufgehoben.

2. Zum Einwand der Doppelbestrafung:

Der Verhandlungsleiter hielt in der mV fest, dass im Spruch des Straferkenntnisses vom 21. April 2016 von einem „Betrieb nach der Änderung" nicht gesprochen wird. Der Rechtsanwalt des Bf hielt dazu fest: *„Dessen ungeachtet wird die Änderung im Spruch des Straferkenntnisses vom 21. April 2016 genau beschrieben und ist insoweit der Tatvorwurf ident mit dem nunmehr erhobenen und abgestraften Tatvorwurf, was gegen das Verbot der Doppelbestrafung verstößt. ... Es ist in diesem Zusammenhang auf die VwGH-Entscheidung 2012/02/0238 zu verweisen, in der der Verwaltungsgerichtshof zwischen § 88 StGB und § 130 AschG den gleichen anspruchsbegründeten Sachverhalt angenommen hat und hier eine unzulässige Doppelbestrafung angenommen hat."*

Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3.600 Euro zu bestrafen ist, begeht gemäß § 366 Abs. 1 Z 3 GewO, wer eine genehmigte Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung ändert oder nach der Änderung betreibt (§§ 81f); Art. 4 Abs. 1 7. ZPEMRK verbietet die Wiederholung eines Strafverfahrens, welches mit einer endgültigen Entscheidungen beendet worden ist. Eine Entscheidung - Freispruch oder Verurteilung - ist dann als endgültig

("final") anzusehen, wenn sie die Wirkung einer res iudicata erlangt hat. Das ist der Fall, wenn sie unwiderruflich ist, d.h. wenn keine ordentlichen Rechtsmittel mehr vorhanden sind, alle Rechtsmittel ergriffen wurden oder Rechtsmittelfristen ergebnislos verstrichen sind (vgl. VwGH 29.05.2015, 2012/02/0238, Ra 2016/03/0029). Im hier maßgeblichen Zusammenhang ist zwischen dem Tatbestand des „Änderns einer Betriebsanlage" (Zustandsdelikt) und dem - als fortgesetztes Delikt begangenen - „Betrieb nach einer Änderung" zu unterscheiden (vgl. Ziermann, Das Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahren im Zusammenhang mit gewerblichen Betriebsanlagen, in Stolzlechner/Wendl/-Bergthaler (Hrsg.), Die gewerbliche Betriebsanlage 4 (Stand 01.01.2016, rdb.at) RZ 390). Es handelt sich um zwei Delikte mit unterschiedlichem Unrechtsgehalt. Mit der Bautätigkeit (Änderung) ist schließlich ein anderes Gefahrenpotenzial als mit dem anschließenden Betrieb nach der Änderung verbunden. Das Delikt iSd § 366 Abs. 1 Z 3 2. Fall GewO kann nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut erst „nach der Änderung" begangen werden und ist daher nicht mit der im erwähnten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes 2012/02/0238 behandelten Fallkonstellation vergleichbar. Der Unrechtsgehalt der Verwaltungsübertretung iSd § 366 Abs. 1 Z 3 1. Fall GewO geht nicht im Unrechtsgehalt der Verwaltungsübertretung iSd § 366 Abs. 1 Z 3 2. Fall auf.

Daraus folgt: Wird in einem Straferkenntnis lediglich eine „Änderung ohne der erforderlichen Genehmigung" iSd § 366 Abs. 1 Z 3 1. Fall GewO vorgeworfen, erfasst diese Verfolgungshandlung nicht den „Betrieb nach der Änderung" iSd § 366 Abs. 1 Z 3 2. Fall (vgl. E LVwG-800022/2/Bm/AK mwN, LVWG-800109 und LVWG-800110). Der Spruch des Straferkenntnisses bestimmt den Beschwerdegegenstand. Eine Abänderung des Tatvorwurfes iSd § 366 Abs. 1 Z 3 1. Fall GewO in einen Tatvorwurf iSd § 366 Abs. 1 Z 3 2. Fall GewO im vorangegangenen Beschwerdeverfahren wäre nicht mit Art. 6 EMRK vereinbar gewesen (vgl. dazu VfGH 14.03.2017, E 3282/2016-13). Das vorangegangene Verwaltungsstrafverfahren betreffend die Vornahme der Änderungen bezog sich auf einen anderen Lebenssachverhalt als das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren, das sich auf den „Betrieb nach der Änderung" bezieht. Es liegt daher kein Verstoß gegen das Doppelbestrafungsverbot vor.

3. Ergänzend zum objektiven und subjektiven Tatbestand der Verwaltungsübertretung iSd § 366 Abs. 1 Z 3 2. Fall GewO:

Der objektive Tatbestand ist durch den Betrieb der genehmigten Anlage nach der Änderung ohne der erforderlichen Genehmigung erfüllt. Der Bf hat daher nicht drei, sondern eine Verwaltungsübertretung begangen. Es ist von einer fahrlässigen Tatbegehung auszugehen. Der Tatbestand ist in objektiver und in subjektiver Hinsicht erfüllt.

4. Zur Bestimmung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG:

Mit Ablauf des 18. Juli 2017 trat gemäß § 382 Abs. 89 erster Satz GewO die Bestimmung des § 371c in Kraft. Auf zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 96/2017 bereits abgeschlossene strafbare Tätigkeiten oder strafbares Verhalten, das zu diesem Zeitpunkt bereits aufgehört hat, ist § 371c in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 96/2017 nicht anzuwenden, wenn zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 96/2017 betreffend diese Tätigkeiten oder dieses Verhalten bereits eine Verfolgungshandlung gesetzt worden ist. Eine Beratung und Aufforderung iSd § 371c Abs. 1 erster Satz GewO kommt ohnedies nur in Betracht, wenn der rechtskonforme Zustand noch nicht hergestellt wurde. Liegt wie im gegenständlichen Fall bereits eine Genehmigung vor, kann die Einholung einer solchen nicht mehr vorgeschrieben werden. Die rechtliche Schlussfolgerung, dass in Fällen, in denen bereits ohne einer förmlichen Maßnahme iSd § 371c Abs. 1 GewO ein rechtskonformer Zustand hergestellt wurde, jedenfalls eine Bestrafung zu erfolgen hat, scheint in einem Spannungsverhältnis zum allgemeinen Sachlichkeitsgebot zu stehen. Vielmehr sind gemäß § 1 Abs. 2 VStG die Wertungskriterien des § 371c GewO bei Auslegung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG zu berücksichtigen.

Bereits die formelle Rechtswidrigkeit iSd § 366 Abs. 1 Z 3 GewO stellt eine Verwaltungsübertretung dar. Materielle Rechtswidrigkeit (d.h. Die Frage, ob mit den festgestellten Änderungen der verfahrensgegenständlichen Betriebsanlage tatsächlich Belästigungen einhergehen würden), ist für die Verwirklichung des Tatbestandes des § 81 Abs. 1 iVm § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 unmaßgeblich (VwGH Ra 2015/04/0092). Im bekämpften Straferkenntnis wird auch lediglich ein formell rechtswidriges Verhalten angelastet (Betrieb nach der Änderung ohne der erforderlichen Genehmigung).

Bei Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG bzw. § 371c GewO wäre aber sehr wohl die materielle Rechtswidrigkeit zu berücksichtigen. Aus der Genehmigung folgt, dass dem Bf keine materielle Rechtswidrigkeit angelastet werden kann. Nach dem erhobenen Tatvorwurf hielt die belangte Behörde hinsichtlich des maßgeblichen Zeitpunktes (Lokalaugenschein am 11.01.2016) die Fahrlässigkeitsvermutung iSd § 5 Abs. 1 VStG für anwendbar (siehe Seite 6 des STE), was der Annahme eines leichten bzw. geringen Verschuldens iSd § 45 Abs. 1 Z 4 VStG iVm § 371c Abs. 1 GewO wohl nicht entgegensteht.

Die Bedeutung einer im jeweiligen Einzelfall auf einen bloßen Formalakt reduzierten Handlungspflicht erscheint gering (LVWG-500145 Pkt 4.3. und 500270 Pkt 4.2.3.). Im gegenständlichen Fall wurde aber erst mit der Genehmigung vom 9. Jänner 2017 die formelle Rechtmäßigkeit wiederhergestellt. Selbst bei materiell rechtmäßigem, d.h. den Anforderungen des § 77 Abs. 1 GewO entsprechenden, Betrieb gelten damit die in § 74 Abs. 2, § 81 Abs. 1 GewO geregelten formalen Anforderungen als nicht bloß gering beeinträchtigt.

§ 45 Abs. 1 Z 4 VStG und § 371c GewO sind daher nicht anwendbar.

5. Zur Strafbemessung:

Der gesetzliche Strafrahmen beträgt bis 3.600 Euro.

Milderungsgründe: keine
Erschwerungsgründe: keine
Verschulden: leichte Fahrlässigkeit
Unrechtsgehalt: nicht bloß geringfügiges formell rechtswidriges Verhalten

Infolge der Tateinheit (Betrieb) war eine Gesamtstrafe zu bilden. Die damit verbundene Herabsetzung ergibt sich aus dem Verschlechterungsverbot (§ 42 VwGVG) gegenüber den einzelnen im Straferkenntnis verhängten Strafen und ist auch den persönlichen Verhältnissen des Bf angemessen. Einer weiteren Herabsetzung steht der nicht als geringfügig zu wertende Unrechtsgehalt entgegen. Damit reduziert sich auch der Kostenbeitrag für das Behördenverfahren. Für das Beschwerdeverfahren fallen bei diesem Ergebnis keine Kosten an.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die Frage, ob das erste Straferkenntnis bzw. die Einstellung des Tatvorwurfes der „Änderung" iSd § 366 Abs. 1 Z 3 1. Fall GewO der gesonderten Bestrafung des „Betriebes nach einer Änderung" iSd § 366 Abs. 1 Z 3 2. Fall GewO entgegensteht, betrifft die einzelfallbezogene Auslegung der in den Straferkenntnissen erhobenen Tatvorwürfen (VwGH Ra 2016/04/0151). Ob ein Tatvorwurf den Vorgaben des § 44a VStG entspricht, ist eine einfachgesetzliche Einzelfallbeurteilung (vgl. VwGH Ra 2016/09/0093, Ra 2016/05/0075, Ra 2016/09/0049). Der Frage, ob die besonderen Umstände des Einzelfalles auch eine andere Entscheidung gerechtfertigt hätten, kommt im gegenständlichen Fall keine grundsätzliche Bedeutung zu (Ra 2016/04/0053).

Bei der in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geforderten sachverhaltsbezogenen Erörterung des Einzelfalles ist die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG bzw. § 81 Abs. 2 Z 7 und 9 GewO nicht geboten. Schließlich hat

die Braucommune nicht versucht, die beschriebene Änderung in einem Verfahren iSd § 79c Abs. 3, § 345 Abs. 6 oder § 358 Abs. 1 GewO prüfen zu lassen. Die Rechtslage ist durch die angeführte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geklärt. Die ordentliche Revision ist daher unzulässig.

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 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 Eingabegebühr von je 240,- Euro zu entrichten.

H i n w e i s e

1. Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

2. 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