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-500412/9/Wg

Datum: Linz, 20. September 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Weigl über die Beschwerde des Ing. R A, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. G J. T, X, X, X, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 3. April 2018, GZ: Wa96-9-4-2016, wegen einer Übertretung des Wasserrechtsgesetzes (WRG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. September 2018

zu Recht:

I. Die im Spruch des Straferkenntnisses als erwiesen angenommene Tat (§ 44a Z 1 VStG) wird insoweit eingeschränkt, als an die Stelle der Wortfolge „die Auflagenpunkte 2. und 3.“ der Begriff „Punkt 3.“ tritt. Präzisierend wird im Spruch des Straferkenntnisses abschließend folgender Satz eingefügt: „Dadurch wurde Punkt 3. des gemäß § 138 Abs. 1 WRG erteilten Auftrages zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes nicht nachgekommen.“ Die verletzte Verwaltungsvorschrift (§ 44a Z 2 VStG) lautet: „§ 137 Abs. 3 Z 8 Wasserrechtsgesetz 1959 (WRG) iVm Punkt 3. der Berufungsvorentscheidung der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 6. August 2010, Wa10-79-22-2007-Tr“. Die Geldstrafe wird gemäß § 137 Abs. 3 WRG auf 650 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 18 Stunden herabgesetzt. Der Kostenbeitrag zum Verfahren der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach reduziert sich auf 65 Euro. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Sachverhalt:

1. Der Beschwerdeführer (Bf) verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen in der Höhe von 1.500 Euro, ist Eigentümer des Anwesens X, X und ist für eine Tochter sorgepflichtig. Er betreibt auf den Grundstücken Nr. X und X, KG X, einen Teich (Angaben des Bf Tonbandprotokoll).

2. Mit Bescheid vom 21. August 2007 erteilte die Bezirkshauptmannschaft Rohrbach (BH) für diesen Teich eine wasser- und naturschutzrechtliche Bewilligung. In der wasserrechtlichen Überprüfungsverhandlung am 11. Mai 2009 gaben zwei Grundanrainer (B H und Ing. J K) an, dass der Untergrund sowie der Teichdamm nicht dicht seien und das in den Teich eingeleitete Wasser großteils im Untergrund versickere. Mit Bescheid vom 15. Mai 2009 stellte die BH fest, dass die ausgeführte Anlage mit der erteilten Bewilligung im Wesentlichen übereinstimmt und ordnete zur Beseitigung der bei der Überprüfung festgestellten Mängel sechs näher bezeichnete Maßnahmen an. Punkt 5. dieser Maßnahmen lautet: „Der Teich ist entsprechend abzudichten (dies kann z.B. durch einen entsprechenden verdichteten ca. 20 bis 30 cm starken Lehmschlag oder einer Folie erfolgen).“ (Bewilligung ON 3 und Überprüfungsbescheid ON 6 des Behördenaktes).

3. Bei einer Kontrolle am 4. Mai 2010 kam der Amtssachverständige für Wasserbautechnik zu dem Ergebnis, dass der Teich selbst nicht dicht ist. Daraufhin erließ die BH mit Bescheid vom 26. Mai 2010 einen wasserpolizeilichen Auftrag. Bei einer Kontrolle am 28. Juni 2010 wurde festgestellt, dass der Teichwasserspiegel abgesenkt worden war. Mit Berufungsvorentscheidung vom 6. August 2010 änderte die BH schließlich den wasserpolizeilichen Auftrag vom 26. Mai 2010 gemäß § 64a AVG iVm § 138 Abs. 1 lit. a iVm den §§ 50 und 98 WRG dahingehend ab, dass der wasserpolizeiliche Auftrag bzw. die einzelnen Auflagen wie folgt zu lauten haben:
„Herrn Ing. R A, X, X, werden betreffend der Teichanlage auf den Grundstücken X und X, je KG und Marktgemeinde X, folgende Maßnahmen zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes aufgetragen:

1. ...
2. Vor einer neuerlichen Befüllung des Teiches ist die entsprechende Abdichtung herzustellen. Dies kann z.B. durch einen entsprechenden verdichteten Lehmschlag oder mittels einer Folie erfolgen.
3. Die Wiederbefüllung darf erst erfolgen, nachdem entsprechende und ausreichende Abdichtungsmaßnahmen getroffen wurden. Hiezu ist durch eine Fachfirma eine ausführliche Beschreibung (genaue Beschreibung der vorgenommenen Maßnahmen) vorzulegen. Erst nachdem die erforderlichen Abdichtungsmaßnahmen sowie die ordnungsgemäße Ausführung des Mönchbauwerkes durch einen Amtssachverständigen begutachtet wurden und von der Behörde die schriftliche Zustimmung zur Wiederbefüllung erteilt wurde, darf eine Wiederbefüllung des Teiches erfolgen.

4. Die Aufträge gemäß Punkt 2. und 3. dieses Bescheides sind bis längstens 30. September 2012 zu erfüllen und ist die Erledigung bis zu diesem Termin der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach schriftlich zu melden."

(Verhandlungsschrift vom 4. Mai 2010 ON 7, Aktenvermerk vom 28. Juni 2010 ON 8, Berufungsvorentscheidung ON 9 des Behördenaktes).

4. Der Bf brachte keinen Lehmschlag und auch keine Folie ein, sondern veranlasste eine Einschlämmung mittels Feinteilen. Unter einer Einschlämmung mit Feinteilen versteht man das sukzessive bzw. ständige Einbringen von Feinteilen, mit dem die Dichtheitswerte eines Teiches verbessert werden. Die Dichtheit, die mit einer Folie oder einem Lehmschlag erreicht wird, kann damit aber nicht verglichen werden. Auf Grund der vorhandenen Quellen befüllte sich schließlich der Teich, da das Wasser nicht über das vorhandene Mönchbauwerk abgelassen wurde (Angaben Mag. T 3. Absatz Seite 4 Tonbandprotokoll, Angaben Ing. K letzter Absatz Seite 5 Tonbandprotokoll).

5. Bei einer Überprüfung am 11. Juni 2013 stellte die BH fest, dass der Teich befüllt war. Es konnte nicht festgestellt werden, inwieweit der Teich infolge der Verschlämmung dicht war. Der Bf gab unter anderem Folgendes zu Protokoll: „... Weiters haben wir die Absicht, ein befugtes Unternehmen (eventuell Bauunternehmen) mit der Durchführung einer Prüfung zu beauftragen, zwecks Feststellung der Dichtheit des Teiches. Über das Ergebnis dieser Prüfung werden wir der Behörde eine entsprechende Bestätigung vorlegen. Da diese Prüfung nur bei entsprechender Witterung möglich ist, ersuchen wir um Einräumung einer Frist für die Durchführung dieser Prüfung und Vorlage des Berichtes bis zum 15. August 2013." (Niederschrift 11. Juni 2013, Beilage 3 der Niederschrift, Erörterung Seite 5 1. Absatz Tonbandprotokoll).

6. Die in weiterer Folge vorgelegten Prüfprotokolle beziehen sich auf eine Prüfung vom 2. Juli 2013. Die dabei dokumentierten 4 mm Absenkung im Zeitraum 07.00 bis 17.00 Uhr ergeben Wasserverluste von mehreren Kubikmetern. Nach dem aktuellen Stand der Wasserbautechnik kann durch diese Protokolle die Dichtheit nicht festgestellt werden (Beilagen 3 und 4 der Niederschrift vom 13. September 2018, Angaben Ing. K Seite 7 Tonbandprotokoll).

7. Die BH informierte den Bf bereits mit Schreiben vom 7. Februar 2014 darüber, dass die vorliegenden Dichtheitsprotokolle nicht ausreichend sind. Der Bf ist dessen ungeachtet der Ansicht, dass die vorliegenden Prüfprotokolle ausreichend sind und ließ den Teich bislang nicht ab. Er ist der Ansicht, dass er mit der Einschlämmung Punkt 2. der Berufungsvorentscheidung erfüllt hat. Es steht aber fest, dass zur Umsetzung der Punkte 2. und 3. der Berufungsvorentscheidung der Teich abgelassen werden muss. Ein Ablassen des Teiches ist über das Mönchbauwerk jedenfalls möglich. Dann ist der Zulauf zu unterbinden, um die entsprechenden Abdichtungsmaßnahmen durchführen zu können (Angaben Ing. K Tonbandprotokoll 1. Absatz Seite 6 Tonbandprotokoll, Angaben Bf Tonbandprotokoll Seite 6, Angaben Behördenvertreter Seite 9 4. Absatz Tonbandprotokoll).

8. Mit Straferkenntnis vom 27. Juli 2015, GZ: Wa96-1-5-2015, verhängte die BH wegen der mangelhaften Erfüllung des wasserpolizeilichen Auftrages eine Geldstrafe in der Höhe von 150 Euro. Die BH führte weitere Überprüfungen durch und leitete das nunmehr verfahrensgegenständliche Verwaltungsstrafverfahren ein. Fest steht, dass der Teich jedenfalls in der Zeit von 8. Juli 2017 bis 15. Jänner 2018 befüllt war. Die BH hat einer Befüllung bislang nicht zugestimmt. Die Dichtheit des Teiches ist nicht nachgewiesen (Begründung des bekämpften Straferkenntnisses, Stellungnahme BH ON 3 des Gerichtsaktes).

9. Im Straferkenntnis vom 3. April 2018 sah die BH schließlich folgende Verwaltungsübertretung als erwiesen an: „Sie haben es als Wasserberechtigter sowie als Eigentümer bzw. Betreiber der Teichanlage in der Nähe der Liegenschaft X auf den Grundstücken X und X, jeweils KG X, zu verantworten, dass Sie im Zeitraum vom 8. Juli 2017 bis zum 15. Jänner 2018, wie durch ein Organ der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach am 8.7.2017 und am 15.1.2018 festgestellt wurde, beim Betrieb der Teichanlage die Auflagenpunkte 2 und 3 der Berufungsvorentscheidung der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 06.08.2010, Wa10-79-22-2017-Tr, mit welcher der Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 26.05.2010, Wa10-79-20-2007-Ba, abgeändert wurde, nicht eingehalten haben, indem der Teich befüllt und der befüllte Zustand beibehalten wurde, ohne vorher den ausreichenden Nachweis der hergestellten Dichtheit erbracht zu haben und ohne die entsprechende vorherige schriftliche Zustimmung der Behörde erhalten zu haben.“ Die Behörde gab als verletzte Rechtsvorschrift an: „§ 137 Abs. 3 Z. 8 Wasserrechtsgesetz 1959 ... in Verbindung mit dem Bescheid vom 06.08.2010, Wa10-79-22-2007-Tr“. Die BH verhängte gemäß § 137 Abs. 2 WRG eine Geldstrafe von 700 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 64 Stunden. Als Verfahrenskostenbeitrag wurden 70 Euro vorgeschrieben (Straferkenntnis ON 22 des Behördenaktes).

10. Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 4. Mai 2018. Darin stellt der Bf die Anträge, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge eine Verhandlung durchführen, das Straferkenntnis beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einstellen, in eventu das Verfahren unter Erteilung einer Ermahnung einstellen, in eventu die Strafhöhe auf ein tat- und schuldangemessenes Maß herabsetzen (Beschwerde ON 23 des Behördenaktes).

11. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich führte am 13. September 2018 eine Verhandlung durch. Nach Erörterung der Verfahrensakte und Einvernahme des Amtssachverständigen für Wasserbautechnik verzichteten Bf und BH auf eine weitere Beweisaufnahme durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Niederschrift ON 8 des Gerichtsaktes).

II. Beweiswürdigung:

1. Der relevante Sachverhalt (I.) ergibt sich aus den in Klammer angegebenen Beweismitteln und Aktenbestandteilen. Die Feststellungen zu Punkt I.1. stützen sich auf die Angaben des Bf.

2. Zu I.2.: Unter Punkt I.2. werden der Inhalt des vorliegenden Bewilligungsbescheides und das Ergebnis des wasserrechtlichen Überprüfungsverfahrens zusammengefasst wiedergegeben.

3. Zu I.3.: Die Frage, ob der Teich dicht ist, bildete den Gegenstand mehrerer Überprüfungen. Bei einer Überprüfung am 4. Mai 2010 kam der Amtssachverständige für Wasserbautechnik zu dem Ergebnis, dass der Teich selbst nicht dicht ist (vgl. Seite 3 der Niederschrift vom 4. Mai 2010). Bei einer weiteren Überprüfung am 28. Juni 2010 war der Teichwasserspiegel abgesenkt. Ausgehend von dem sehr seichten Wasserstand mit einer Höhe von bis zu 40 cm beim Ablaufbauwerk folgerte der Amtssachverständige: „Da der Teichwasserspiegel jetzt schon über längere Zeit gehalten worden ist, ist davon auszugehen, dass der Teichboden im wesentlichen als dicht erachtet werden kann. Somit wird es von der Teichfläche selbst zu keinen größeren Versickerungen beim derzeitigen Zustand mehr kommen.“ Gleichzeitig hielt der Amtssachverständige fest, dass eine Abdichtung noch nicht hergestellt worden war. Daraufhin erließ die BH die Berufungsvorentscheidung vom 6. August 2010.

4. Zu I.4., I.5., I.6. und I.7.: Der Bf brachte unbestritten keinen Lehmschlag ein. Er baute auch keine Folie ein. Er führte eine sog. Einschlämmung durch. Der Bf ist der Ansicht, dass mit der Einschlämmung Punkt 2. der Berufungsvorentscheidung erfüllt wurde. Damit kann zwar, wie der Amtssachverständige Ing. K schlüssig in der mV ausführte, die Dichtheit (Dichtheitswert) verbessert werden. Die Dichtheit mit einer Folie oder einem Lehmschlag kann damit aber nicht verglichen werden. Bei einer Überprüfung am 13. Juni 2013 kündigte der Bf die Vorlage eines Dichtheitsattestes an. In der Beschwerde wird vorgebracht, der Zeuge G M, der das letzte Gutachten (Anm.: das Attest vom 24. Jänner 2014) erstattet habe, habe erklärt, dass die 4 mm Wasserspiegelabsenkung auf natürliche Verdunstung zurückzuführen sei und der Dichtheit des Teiches nicht entgegenstehe. In der Beschwerde wird dazu ergänzend ausgeführt: „Der Beschwerdeführer hat der Behörde mehrmals Bestätigungen über die Dichtheit der Teichanlage vorgelegt. Dies gestand die belangte Behörde sogar selbst in ihrem Straferkenntnis zu. Diese Gutachten bestätigen ausdrücklich die Dichtheit der Teichanlage. Zuletzt schlug die Behörde dem Beschwerdeführer nach Rücksprache selbst die Dipl. Ing. X Ziviltechniker GmbH zur Gutachtenserteilung vor. Auch dieses Protokoll bestätigt ausdrücklich die Dichtheit der Teichanlage. Außerdem bestätigte der einvernommene Ziviltechniker und Erstatter des letzten Gutachtens G M die Richtigkeit seiner Messung und die Dichtheit des Teiches. In einem Email, das der Zeuge der Behörde übermittelte, erklärte er, dass die 4 mm Wasserspiegelabsenkung auf natürliche Verdunstung zurückzuführen ist und der Dichtheit des Teiches nicht entgegensteht. Dennoch behauptet die belangte Behörde in ihrem Straferkenntnis, dass der Beschwerdeführer vor Befüllen des Teiches keinen ausreichenden Nachweis über die Dichtheit erbracht habe. Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, warum ein Gutachten eines zertifizierten und

gerichtlich beeideten Ziviltechnikers, den die Behörde zur Gutachtenseinholung dem Beschwerdeführer selbst vorgeschlagen hat, falsch sein bzw. nicht ausreichend sein soll. Wie der beauftragte Ziviltechniker zum Ergebnis der Dichtheit gelangt, kann ihm als Sachverständigen überlassen werden und braucht jedenfalls nicht generell in Frage gestellt werden. Weiters gibt die Behörde nicht bekannt, warum die Dichtheitsprotokolle nicht ausreichend sein sollen. Ein Teich, dessen Dichtheit bestätigt ist, braucht nicht zusätzlich durch verdichteten Lehmschlag oder mittels einer Folie abgedichtet werden. Der Teich ist bereits dicht. Die Vorlage einer ausführlichen Beschreibung der vorgenommenen Maßnahmen bzgl. Lehmschlag oder Folie durch eine Fachfirma als ausschließlich ausreichenden Nachweis der Dichtheit zu verlangen, ist geradezu absurd. Die Vorgehensweise der belangten Behörde ist nicht nachvollziehbar und grenzt an Willkür. Ihr Handeln steht jedenfalls im Widerspruch zum Verfahrensakt.“ Zu den Dichtheitsattesten wird auf folgende Ausführungen in der Niederschrift (Tonbandprotokoll) verwiesen: „Zu den Dichtheitsattesten wird erörtert: Der Behördenvertreter legt dem Verhandlungsleiter die vorgelegten Dichtheitsatteste vom 2. Juli 2013 vor. Dieses Prüfprotokoll wird der Niederschrift als Beilage 3 angeschlossen. Des Weiteren legt der Behördenvertreter dem Verhandlungsleiter ein weiteres Protokoll vom Jänner 2014 vor, das der Niederschrift als Beilage 4 angeschlossen wird. Herr Ing. K gibt dazu an: ‚Es handelt sich dabei um dieselbe Prüfung vom 2. Juli 2013. Aufgrund meiner Beanstandungen des ersten Prüfprotokolls (Anm.: Beilage 3 der Niederschrift) wurde die Ergänzung Beilage 4 eingereicht. Dazu habe ich mit Schreiben vom 7. Februar 2014 eine Stellungnahme abgegeben.‘ Der Verhandlungsleiter verliest diese Stellungnahme: ‚Wiederholt wurde ein Protokoll zum Nachweis der Dichtheit für die Teichanlage A am 24. Jänner 2014 vorgelegt. Nunmehr ist festzustellen, dass dies vom Zivilingenieurbüro X, Herrn Dipl.-Ing. G M, durchgeführt wurde. Die 4 mm Absenkung ergeben Wasserverluste von einigen Kubikmetern. Somit kann durch dieses Protokoll die Dichtheit aus fachlicher Sicht nicht festgestellt werden. Es wären zusätzlich noch folgende Parameter, Beschreibungen bzw. Berechnungen aufzunehmen gewesen, um ein schlüssiges Ergebnis ableiten zu können: Wasserstandmesspunkt und Messhöhe, Fotodokumentation, Wassertemperatur, Windgeschwindigkeit bzw. Wellenschlag, ob es Zuläufe während der Messung gab, Anzahl der Messungen, Berechnung und Begründung der Verlustmenge, fachliche Begründung der Dichtheit bzw. der Verluste. Abschließend ist anzumerken, dass die Vorschreibungen der Berufungsvorentscheidung aus wasserbautechnischer Sicht noch nicht entsprechend ausgeführt wurden und den Auflagepunkten 2. und 3. der Berufungsvorentscheidung vom 6. August 2010 noch zu entsprechen ist.‘ Mag. T führt über Befragen des Verhandlungsleiters aus: ‚Zu dieser Stellungnahme haben wir keine weitere Ergänzung eingebracht. Aus unserer Sicht sind die geforderten Ergänzungen unzumutbar, dies sowohl finanziell als auch von der technischen Prüfanordnung her.‘ Ing. K gibt dazu an: ‚Zweifelsohne ist die Dichtheit bei diesem gefüllten Teichbauwerk schwierig nachzuweisen. Hervorzuheben ist, dass hier eine Absenkung von 4 mm dokumentiert ist. Es ist nicht nachvollziehbar, wo diese 4 mm Verlust hingegangen sind. Wie schon im Schreiben vom 7. Februar 2014 dokumentiert, ergibt dies einen Wasserverlust von einigen Kubikmetern.‘ Über Befragen von Mag. T gibt Herr Ing. K an: ‚Ich habe gemeinsam

mit dem Behördenvertreter letzte Woche einen Lokalaugenschein vor Ort durchgeführt.‘ Von Mag. T ergänzend befragt, ob aus dem Umstand, dass zum Zeitpunkt des Lokalaugenscheines kein Zulauf erfolgte und gleichzeitig ein Wasserspiegel dokumentiert ist, nicht darauf geschlossen werden kann, dass die Teichanlage dicht ist, gebe ich an, dass das Mönchbauwerk verschlossen war. Ansonsten könnte kein Wasser im Teich sich befinden. Wie schon erwähnt, ist der Wasserstand um 1/3 nachgegangen. Wo dieses 1/3 sozusagen hingegangen ist, ist für mich nicht nachvollziehbar. Ein Teil ist sicher verdunstet. Ob das ganze 1/3 hier verdunstet ist, kann nur vom Lokalaugenschein her nicht beantwortet werden. Aus meiner Sicht ist jedenfalls nicht nachgewiesen, dass dieser Wasserverlust ausschließlich auf Verdunstung zurückzuführen ist. Das Mönchbauwerk war geschlossen und damit ist nach wie vor die Vorschreibung letztlich nicht umgesetzt, zumal hier das Ablassen die Grundvoraussetzung wäre.‘“ Im Protokoll Beilage 3 der Niederschrift wird unter anderem ausgeführt: „Behebung von Dichtigkeitsproblemen der Teichanlage X; Grundlagen: Die Teichanlage A liegt am südwestlichen Hangfuß des Xsteines in einer Seehöhe von ca. 930 m. Bei mäßiger Hangneigung liegen talwärts der Güterweg X, ehem. Zufahrt W, sowie die Anwesen X und X. Der Abstand beträgt 70 m zur Straße und 120 m zu den Häusern. Geologisch ist hier als Grundgestein Eisgarner Granit vorherrschend. Dieser verwittert in oberen, seichtgründigen Lagen zu relativ stark wasserdurchlässigen Sanden mit geringem Tonanteil. Erst in tieferen Lagen ist bei erhöhten Verwitterungsauflagen mit höheren Tonanteilen zu rechnen. Als Zulauf dient ein Gerinne mit geringer Wasserführung. Die Entwässerung erfolgt nach Norden in den Einzugsbereich der X.

Ursachen der Undichtigkeit der Teichanlage:

a) Durch den Erdaushub beim Ausbaggern des Teiches wurden die sandigen Schichten des verwitterten Grundgesteines angeschnitten. Durch die trockene Bauausführung bei gleichzeitig geringem Tonanteil entstand ein hohes Versickerungspotential.
b) Baulich wurde die Verzahnung des Dammes mit dem Unterboden scheinbar mangelhaft ausgeführt. Es wurde kein Bodenschlitz gegraben, daher ist der Ablauf von Wasser durch nicht erkannte Rohrdrainagen oder alte Steindrainagen nicht auszuschließen.
c) Der Dammfuß wurde vor dem Aufschütten des Dammes nicht freigelegt. Der Humus wurde in zu geringem Ausmaß abgezogen, es können sich wasserführende Stellen zwischen Damm und Mineralboden bilden, die erfahrungsgemäß oft über Jahre oder auch Jahrzehnte zu Wasserverlusten führen.

Behebung der Undichtigkeiten:

- Technisch möglich ist die Ausführung als Folienteich. Diese Methode ist jedoch im Freiland aus ökologischen Gründen abzulehnen.
- Möglich ist die Einbringung einer Lehmauflage. Abgesehen von den hohen Kosten und der starken Belastung der Infrastruktur (Lehmabbau und Transport) können bei dieser Methode Schwachstellen nicht ausgeschlossen werden. Dies trifft insbesondere bei großflächig wasserdurchlässigem Untergrund und vermuteten Schwachstellen am Dammfuß zu, die bei dieser Teichanlage zu vermuten sind.
- Gewählt wurde die Methode der Verschlämmung des Bodengefüges. Dabei wird der durch den Bau entstandene Bodenschnitt am Teichboden in nasser Bauweise ca. 50-80 cm tief umgegraben. Das Bodengefüge wird dabei zerstört und die freige-

setzten Tonanteile (nasse Bauweise!) verschließen die Poren des Bodens. Bei ausreichendem Tonanteil ist diese Methode verlässlicher als die Auflage einer Lehmschicht.

- Der mögliche Wasserverlust in der Verzahnung des Teichdammes und der wasserführenden Schicht des Dammfußes wurde durch Umsetzen und Verschlämmen des Gefüges der gesamten inneren Dammböschung bis 0,8 m unter der Teichsohle in ebenfalls nasser Bauweise durchgeführt."

Festzuhalten ist, dass der Amtssachverständige für Wasserbautechnik seine Bedenken in der Stellungnahme vom 7. Februar 2014 zusammengefasst hat und der Bf dazu unbestritten keine Ergänzungen nachgereicht hat. Die BH hat die Stellungnahme des Amtssachverständigen dem Bf bereits mit Schreiben vom 11. Februar 2014 übermittelt. Die Behauptung, die gesamte Absenkung von 4 mm sei auf Verdunstung zurückzuführen, ist keinesfalls nachgewiesen oder ausreichend belegt. Die vorliegenden Prüfprotokolle sind, wie auf Grund der schlüssigen Angaben des Amtssachverständigen Ing. K feststeht, kein ausreichender Nachweis für die Dichtheit des Teiches. Soweit der Bf bemängelt, der Amtssachverständige Ing. K habe keine eigenen Messungen durchgeführt, ist festzuhalten, dass nach dessen schlüssigen Angaben zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes der Teich zunächst abzulassen ist. Auf folgende Ausführungen in der Niederschrift (Tonbandprotokoll) wird verwiesen: „Der Verhandlungsleiter weist auf die im Punkt 3. der Berufungsvorentscheidung vorgeschriebene Chronologie bzw. den einzuhaltenden Ablauf hin. Herr Mag. T führt dazu aus: ‚Eine Wiederbefüllung selber haben wir nicht zu verantworten, da sich aufgrund der natürlichen Gegebenheiten der Teich selber befüllt, weshalb wir insoweit kein aktives Tun zu verantworten haben.' Herr Ing. A gibt dazu an: ‚Seit drei Monaten gibt es keinen natürlichen Zulauf. Der Teich ist zu 2/3 gefüllt. Der Zulauf, der von einer Quelle gespeist wird, ist trocken. Dies wurde von der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach letzte Woche auch überprüft.' Der Verhandlungsleiter stellt zur Diskussion, ob eine Steuerung des Wasserstandes im gegenständlichen Fall möglich ist. Herr Ing. K gibt befragt dazu an: ‚Sinn des vorhandenen Mönchbauwerkes ist eben, den Wasserstand im Teich selber zu regeln. Ein Ablassen des Teiches wäre daher jedenfalls möglich.' Der Verhandlungsleiter stellt zur Diskussion, wie hier ein rechtskonformer Zustand allenfalls herzustellen wäre bzw. wie in diesem Zusammenhang vorzugehen wäre. Herr Ing. K gibt dazu befragt an: ‚Grundsätzlich wäre hier der Teich abzulassen. Dann wäre der Zulauf über die erwähnte Quelle auch in den Teich zu unterbinden, um hier die entsprechenden Abdichtungsmaßnahmen auch durchführen zu können, ansonsten eben über den Zulauf der Teich sich ständig befüllen würde.' Der Verhandlungsleiter richtet an den Beschwerdeführer die Frage, weshalb die vom Amtssachverständigen vorgeschlagene Vorgangsweise bislang nicht durchgeführt wurde. Herr Ing. A gibt dazu an: ‚Wir haben ja eben die Dichtheit auch hergestellt und liegen darüber auch Dichtheitsatteste vor.' Herr Ing. A wird ergänzend befragt. Er macht folgende Angaben: ‚Vom Verhandlungsleiter befragt, weshalb vor dem Zulassen der Befüllung nicht die Begutachtung durch den Amtssachverständigen abgewartet wurde, gebe ich an, dass bei Errichtung der Bagger sich unmittelbar im Teich befand und im Zuge der Grabungsarbeiten die

Wände errichtet wurden. Wo das Wasser stand, wurde gearbeitet.‘ Der Verhandlungsleiter hält fest, dass seiner vorläufigen Ansicht nach damit nicht beantwortet wurde, weshalb nicht zugewartet wurde, bis der Amtssachverständige den Teich besichtigt hat. Herr Mag. T führt dazu aus: ‚Hätte man hier zugewartet, wäre der Teich beschädigt worden. Es ist unbedingt notwendig, dass sofort bei der Errichtung auch Wasser im Teich vorhanden ist. Wenn der Teichuntergrund trocken liegt, würde der Teich beschädigt.‘ Ing. K gibt dazu an: ‚Soweit sich Herr Ing. A auf das von ihm gewählte Verfahren zur Einschlämmung bezieht, gebe ich an, dass damit ja nur eine Verbesserung erzielt wird, aber keine endgültige Abdichtung. Richtig ist, dass, wenn bei dieser gewählten Vorgangsweise kein Wasser im Teich vorhanden ist, Risse entstehen und der Teich dann auch beschädigt würde. Wie schon erwähnt, führt die vom Beschwerdeführer gewählte Vorgangsweise nicht zu einer ausreichenden Abdichtung. Wenn ein Teichbauunternehmen eine entsprechende Abdichtung beispielsweise durch einen Lehmschlag oder mittels Folie durchführt, ist es ohne weiteres möglich, dass ohne Beschädigung des Teiches der Teich selber einige Zeit trocken liegt.‘“ Auch wenn sich der Teich selber befüllt, besteht jedenfalls, wie auf Grund der schlüssigen Angaben des Amtssachverständigen Ing. K feststeht, über den Mönch die Möglichkeit, den Teich abzulassen. Nach den schlüssigen Angaben des Amtssachverständigen Ing. K muss der Teich abgelassen werden, um einen gesetzmäßigen Zustand herstellen zu können. Der Bf hat den Teich aber bislang nicht abgelassen. Er ist der Ansicht, dass die vorhandenen Dichtheitsatteste ausreichen. Wie schon erwähnt, reichen die Atteste aber nicht aus.

5. Zu I.8.: Das Straferkenntnis vom 27. Juli 2015 wird in der Begründung des bekämpften Straferkenntnisses angeführt. Der Teich war unbestritten im angelasteten Zeitraum befüllt. Im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Zustimmung der BH zur Befüllung vorlag, erstattete der Bf folgendes Beschwerdevorbringen: „Außerdem behauptet die belangte Behörde in ihrem Straferkenntnis, dass vor dem Befüllen eine schriftliche Zustimmung der zuständigen Wasserrechtsbehörde notwendig gewesen wäre. Jedoch teilte die belangte Behörde dem Beschwerdeführer nach Rücksprache mit, dass er den Teich befüllen kann, wenn die Dipl. Ing. X Ziviltechniker GmbH oder ein anderer Ziviltechniker die Dichtheit der Teichanlage bestätigt. Nach Vorlage der verlangten Dichtheitsbestätigung durch genau diesen Ziviltechniker befüllte der Beschwerdeführer seinen Teich. Der Beschwerdeführer handelte nach den Anweisungen der belangten Behörde und entsprach diesen. Er verhielt sich nicht strafbar.“ Fest steht, dass der Teich entgegen diesem Vorbringen bereits am 11. Juni 2013, also vor Erstellung der Prüfprotokolle, befüllt war. In der Äußerung vom 4. September 2018 führt der Bf aus, ihm sei von der BH erlaubt worden, den Teich zu befüllen, wenn die Dipl. Ing. X Ziviltechniker GmbH oder ein anderer Ziviltechniker die Dichtheit der Teichanlage bestätige. Auf folgende Ausführungen in der Niederschrift (Tonbandprotokoll) wird verwiesen: „Mag. T führt in diesem Zusammenhang bezugnehmend auf die Stellungnahme ON 3 vom 7. Juni 2018 sowie auf die Niederschrift vom 11. Juni 2013 aus, dass aus Sicht des Beschwerdeführers hier

im Falle des Vorliegens eines Dichtheitsattestes von einer Erfüllung der Berufungsvorentscheidung auszugehen wäre. Er ersucht den Behördenvertreter insoweit um eine Stellungnahme. Der Behördenvertreter führt dazu aus: ‚Punkt 3. der Berufungsvorentscheidung wurde aus Sicht der Behörde nicht erfüllt, weil der Teich eben ohne Zustimmung der Behörde wiederbefüllt wurde. Die Dichtheitsatteste wurden vom Amtssachverständigen nicht für ausreichend befunden.‘ Der Verhandlungsleiter richtet an den Behördenvertreter die Frage, wann das Schreiben des Amtssachverständigen vom 7. Februar 2014 an den Beschwerdeführer weitergeleitet wurde. Der Behördenvertreter weist in diesem Zusammenhang auf das Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 11. Februar 2014 hin. Zitat: ‚In der Beilage senden wir Ihnen das Ergebnis dieser Prüfung des von Ihnen zuletzt vorgelegten Attestes durch den Amtssachverständigen zur Kenntnis (Schreiben vom 7. Februar 2014). Leider konnte vom Amtssachverständigen dieses Dichtheitsprotokoll wieder nicht als ausreichend befunden werden bzw. liefert dieses Protokoll für den Amtssachverständigen kein schlüssiges Ergebnis.‘ Der Verhandlungsleiter stellt in diesem Zusammenhang vorläufig in den Raum, dass mit dem erwähnten Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach aus dem Jahr 2014 insoweit klargestellt scheint, dass dieses Attest bzw. die Atteste aus Sicht der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach nicht ausreichend sind. Der Verhandlungsleiter richtet an die Verfahrensparteien die Frage, ob noch Beweisanträge offen sind. Der Beschwerdeführer verzichtet gemeinsam mit seinem Rechtsanwalt auf eine weitere Beweisaufnahme durch das Verwaltungsgericht.“ Wäre die Dichtheit durch ein dem Stand der Technik entsprechendes Dichtheitsattest nachgewiesen, wären wohl keine weiteren Maßnahmen erforderlich. Die BH behielt sich erkennbar die Prüfung der Atteste vor. Wie die BH aber bereits in der Stellungnahme vom 7. Juni 2018 (ON 3 des Gerichtsaktes) ausführte, wurde dem Bf zu keiner Zeit (weder mündlich noch schriftlich) gestattet, zuerst den gegenständlichen Teich zu befüllen und dann die Dichtheit mittels eines Attestes nachzuweisen. Wie schon erwähnt, sind die vorliegenden Atteste in Hinblick auf die ungeklärte Ursache für die dokumentierte Absenkung um 4 mm nicht nachvollziehbar und kein ausreichender Nachweis für die Dichtheit der Teichanlage. Die BH hat der Befüllung erwiesenermaßen nicht zugestimmt. Der Teich war jedenfalls im angelasteten Zeitraum befüllt.

6. Die Punkte I.9., I.10. und I.11. geben das Straferkenntnis, die Beschwerdeanträge und den Ablauf der Verhandlung zusammengefasst wieder.

III. Rechtliche Beurteilung:

1. Objektiver Tatbestand:

Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist gemäß § 137 Abs. 3 Z 8 WRG mit einer Geldstrafe bis zu 36.340 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen, zu bestrafen, wer einem ihm gemäß § 138

Abs. 1 erteilten Auftrag zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes nicht nachkommt. Bei diesem Tatbestand kommt es darauf an, ob einem Auftrag zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes nachgekommen bzw. eben nicht nachgekommen wurde.

Im gegenständlichen Fall ist eine Steuerung der Befüllung und des Wasserstandes über das Mönchbauwerk möglich, weshalb bei Unterlassen der Steuerung von einer Befüllung auszugehen ist. Die „Wiederbefüllung“ dauert infolge der im konkreten Fall bestehenden Steuerungsmöglichkeit über das Mönchbauwerk an, solange der Teich nicht abgelassen wird. Die BH hat der Wiederbefüllung nicht zugestimmt.

Es liegt ein rechtskräftiger Auftrag vor. Dieser war zu befolgen (VwGH Ra 2015/07/0072). Es ist die Annahme eines Dauer- bzw. Unterlassungsdeliktes gerechtfertigt. Auf der Grundlage von § 22 VStG, wonach dann, wenn jemand durch verschiedene selbständige Taten mehrere Verwaltungsübertretungen begangen hat oder die Tat unter mehrere einander nicht ausschließende Strafdrohungen fällt, die Strafen nebeneinander zu verhängen sind, judiziert der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung, dass bei Vorliegen eines Dauerdeliktes oder eines fortgesetzten Deliktes die Bestrafung alle bis zur Zustellung des erstinstanzlichen Straferkenntnisses gesetzten Einzeltathandlungen abdeckt. Hingegen werden jene Tathandlungen, die nach diesem Zeitpunkt gesetzt werden, von dieser Abgeltungswirkung nicht erfasst. Setzt also der Täter sein strafbares Verhalten nach vorangegangener Bestrafung fort, so können die seit der letzten Bestrafung, also nach Erlassung des letzten erstinstanzlichen Straferkenntnisses, gesetzten Teilakte einer neuerlichen Bestrafung unterzogen werden (VwGH Ra 2014/03/0023).

Das Verbot der Doppelbestrafung wurde nicht verletzt, zumal nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nach Zustellung des ersten Straferkenntnisses ein weiterer zu ahndender Verwaltungsstraftatbestand vorliegt, sofern kein rechtskonformer Zustand hergestellt wird. Tatzeitraum ist im gegenständlichen Fall der Zeitraum von 8. Juli 2017 bis zum 15. Jänner 2018. In diesem Zeitraum war der Teich befüllt. Da der Bf vor der Wiederbefüllung keine Zustimmung der BH eingeholt hat, ist er Punkt 3. der Berufungsvorentscheidung nicht nachgekommen und ist der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretung im Sinne des § 137 Abs. 3 Z 8 WRG erfüllt. Im Spruch des Straferkenntnisses wird dem Bf expressis verbis nicht vorgeworfen, dass der Teich undicht ist. Der Tatvorwurf ist Punkt 3. der Berufungsvorentscheidung zuzuordnen. Die Anführung des Punktes 2. war daher zu streichen. Die Präzisierung ergibt sich aus der Formulierung des § 137 Abs. 3 Z 8 WRG.

2. Subjektiver Tatbestand (Verschulden):

Der Bf wendet in der Beschwerde ein, im Nachhinein ein Straferkenntnis zu erlassen, weil entgegen den eigenen Vorgaben eine schriftliche Zustimmung zum Befüllen notwendig gewesen wäre, sei für ihn nicht voraussehbar gewesen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann grundsätzlich (nur) die von einem Organ der zuständigen Behörde erteilte Auskunft für das Vorliegen eines entschuldbaren Rechtsirrtums von Bedeutung sein (VwGH Ra 2017/02/0184). Der Bf stellte die BH vor vollendete Tatsachen, da der Teich am 11. Juni 2013 bereits befüllt war, ohne dass zuvor die Zustimmung der BH eingeholt worden war. Die BH hat zu keinem Zeitpunkt die Auskunft erteilt, dass eine Wiederbefüllung ohne behördliche Zustimmung rechtskonform wäre. Die BH hat bislang keine Zustimmung zur Befüllung erteilt. Der Bf ist der wasserpolizeilichen Anordnung Punkt 3. im angelasteten Zeitraum nicht nachgekommen. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG war daher, wie von der BH im Straferkenntnis angenommen, zumindest von Fahrlässigkeit auszugehen.

3. Strafbemessung:

Der Strafrahmen beträgt bis zu 36.340 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen. Grundlage für die Bemessung der Strafe sind gemäß § 19 Abs. 1 VStG die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind gemäß § 19 Abs. 2 VStG 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 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Unrechtsgehalt: Da Punkt 2. aus dem Spruch gestrichen wurde, hat sich der Unrechtsgehalt der angelasteten Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht geringfügig reduziert. Dessen ungeachtet ist die Verwaltungsübertretung (Nichterfüllung von Punkt 3. der Berufungsvorentscheidung) infolge der angelasteten Dauer des rechtswidrigen Zustandes keinesfalls geringfügig.

Verschulden: Fahrlässigkeit

Milderungsgründe: keine

Erschwerungsgründe: eine einschlägige Vorstrafe

Einkommens- und Vermögensverhältnisse: siehe Punkt I.1.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes führt das Verbot der „reformatio in peius“ bei einer zu Gunsten des Bestraften erhobenen Beschwerde dazu, dass in der Beschwerdeentscheidung nicht die gleiche Strafe verhängt werden darf wie im Straferkenntnis, sofern in diesem der Tatvorwurf eingeschränkt wird und nicht andere Strafzumessungsgründe heranzuziehen sind als im Erstbescheid (VwGH Ra 2018/17/0014). Der Unrechtsgehalt hat sich infolge der Spruchkorrektur, wie schon erwähnt, geringfügig reduziert, was eine Herabsetzung der verhängten Strafe auf das nunmehr festgesetzte Ausmaß zur Folge hat. Einer weiteren Herabsetzung steht bereits der keinesfalls als geringfügig zu wertende Unrechtsgehalt der Verwaltungsübertretung entgegen. Der Umstand, dass die BH noch von einem höheren Nettoeinkommen (2.500 Euro monatlich) ausging und keine Erschwerungsgründe wertete, ändert daran nichts.

4. Verfahrenskosten:

Der Kostenbeitrag für das Verfahren der BH (10 % der verhängten Strafe) war entsprechend herabzusetzen. Bei diesem Verfahrensergebnis ist für das Beschwerdeverfahren kein Kostenbeitrag zu entrichten.

Aus diesem Grund war spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

- Die in Punkt 3. der Berufungsvorentscheidung erwähnte „Wiederbefüllung“ dauert infolge der im konkreten Fall bestehenden Steuerungsmöglichkeit über das Mönchbauwerk an, solange der Teich nicht abgelassen wird. Die Auslegung der wasserpolizeilichen Anordnung (Punkt 3. der Berufungsvorentscheidung) stellt die Lösung eines Einzelfalles dar, welcher keine grundsätzliche Bedeutung zukommt (vgl. VwGH Ra 2016/12/0103; Ra 2016/04/0130; Ra 2016/12/0103; Ra 2015/04/0067).
- zu § 137 Abs. 3 Z 8 WRG: VwGH Ra 2015/07/0072
- zum Dauer- bzw. Unterlassungsdelikt: VwGH Ra 2014/03/0023
- zum Verschulden: VwGH Ra 2017/02/0184
- zur Strafbemessung: VwGH Ra 2018/17/0014

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 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 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