

in irgendeiner Form eine Wohnnutzung. Ebenso ist im Gutachten des Sachverständigen über das Bauansuchen, das dem Baubewilligungsbescheid zugrunde liegt, lediglich von einem Bürogebäude die Rede.

Frau Dr. P selbst ist offenbar davon ausgegangen, dass der mit der Baubewilligung erteilte Konsens ausschließlich ein Bürogebäude umfasst, ansonsten sie wohl die Anzeige vom 25. August 2014, mit der eine teilweise Wohnnutzung des Gebäudes angezeigt wurde, für nicht erforderlich erachtet hätte. Zudem wird in der Fertigstellungsanzeige ausdrücklich auf ein Bürogebäude verwiesen.

In Gesamtbetrachtung ist sohin davon auszugehen, dass eine Wohnnutzung nicht vom mit Baubewilligungsbescheid vom 17. Jänner 2013, GZ: Bau-153/9-73-2012HH, erteilten Konsens umfasst ist.

Ebenso wenig kann aber von einer rechtmäßigen Wohnnutzung durch die Anzeige der Frau Dr. P vom 25. August 2014 betreffend Änderung des Verwendungszweckes auf Wohnnutzung ausgegangen werden.

Diesbezüglich ist auf das Erkenntnis des VfGH vom 18. September 2014, GZ: B917/2012, betreffend die hier relevante Bestimmung des § 24 Abs 1 Z 3 Oö BauO 1994 hinzuweisen.

In diesem Erkenntnis spricht der VfGH deutlich aus, dass § 24 Abs 1 Z 3 Oö BauO 1994 (auch in der Fassung LGBl Nr 34/2013) so auszulegen ist, dass bei Änderung des Verwendungszweckes eines Bürogebäudes hin zu Wohnzwecken eine Baubewilligungspflicht jedenfalls auch dann entsteht, wenn von einer bestehenden benachbarten Betriebsanlage ausgehende Umwelteinwirkungen zu erwarten sind, die eine Verwendung als Wohngebäude beeinträchtigen könnten. § 24 Abs 1 Z 3 Oö BauO 1994 ist nämlich so zu verstehen, dass diese Bestimmung nicht ausschließlich die Emissionswirkungen des Gebäudes, sondern auch Immissionen auf das Gebäude zum Gegenstand hat, welche von einem in der Nachbarschaft bestehenden Betrieb ausgehen. Es würde nämlich dem Zweck dieser Bestimmung widersprechen, wenn die vom Gesetz verpönten, erwarteten schädlichen Umwelteinwirkungen nur dann eine Bewilligungspflicht auslösen, wenn die Quelle der Umwelteinwirkungen geschaffen wird, nicht jedoch in dem Fall, dass erst durch die Änderung des Verwendungszweckes die – bereits bestehenden – Umwelteinwirkungen ihre allfällige schädigende Wirkung entfalten können. Dies ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass im baurechtlichen Bewilligungsverfahren es dem Eigentümer von Grundstücken mit bestehenden Betriebsanlagen, welcher auf Grund des gewerberechlichen Immissionsschutzes im Falle heranrückender Wohnbebauung mit zusätzlichen Auflagen nach § 79 Abs 2 GewO 1994 zu rechnen hätte, freisteht, Einwendungen gem § 31 Abs 5 Oö BauO 1994 zu erheben.

Gegenständlich steht fest, dass sich dem Grundstück P benachbart eine gewerbebehördlich genehmigte Betriebsanlage, nämlich das Mineralöltanklager der A S GmbH, befindet, von der für das Gebäude der Familie P beeinträchtigende Umwelteinwirkungen ausgehen können.

Im Lichte der vorgenannten Judikatur des VfGH besteht demnach für die Änderung des Verwendungszweckes des Gebäudes der Frau Dr. P von einem Bürogebäude zu einem Wohngebäude eine Baubewilligungspflicht. Eine solche Baubewilligung liegt jedoch nicht vor, weshalb auch vor dem Hintergrund der Anzeige der Änderung des Verwendungszweckes nicht von einer rechtmäßigen Wohnnutzung des Gebäudes der Familie P auszugehen ist. Daraus folgend ergibt sich, dass Familie P im Grunde des § 75 Abs 2 eine Nachbarstellung, was die Benützbarkeit des Gebäudes als Wohnhaus betrifft, nicht besitzt.

Der angefochtene Bescheid stützt sich ausnahmslos auf Gefährdungen durch den Betrieb des Mineralöltanklagers, die bei einer Wohnnutzung der Familie P zur Nachtzeit zu erwarten sind, im Konkreten auf Gesundheitsgefährdungen durch zu erwartende Schlafstörungen, insbesondere unter Berücksichtigung des Ruhebedürfnisses eines Kleinkindes. Eine solche Wohnnutzung ist jedoch, wie oben ausgeführt, nicht rechtmäßig.

Eine rechtmäßige Nutzung ist zwar für das Gebäude als Büro zu sehen, allerdings dienen Büros als Arbeits- und nicht als Schlafräume. Sohin sind bei der Frage, ob durch den Betrieb des Mineralöltanklagers Personen, die das Gebäude als Büro nutzen, Gesundheitsgefährdungen zu erwarten haben, Schlafstörungen nicht relevant und war sohin der angefochtene Bescheid zu beheben.

[...]

Die ordentliche Revision ist unzulässig.

■ ZVG-Slg 2016/129, 553

### **Ist bei Einhaltung des allgemeinen, für jeden Laien geltenden Sorgfaltsmaßstabes iSd § 1297 ABGB eine Beeinträchtigung von Schutzinteressen ausgeschlossen, besteht keine gewerbebehördliche Genehmigungspflicht**

GewO §§ 74, 81 und 366

ABGB § 1299

AVG § 45

VStG § 45

Die Beurteilung der Genehmigungspflicht nach § 81 Abs 1 iVm § 74 Abs 2 GewO richtet sich nach dem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab iSd § 1297 ABGB. Be-

sondere Kenntnisse iSd § 1299 ABGB sind dazu grundsätzlich nicht erforderlich. Unklar ist, inwieweit Behörde und VwG im Verwaltungsstrafverfahren amtswegig Beweise zur Emissionsneutralität iSd § 81 Abs 2 Z 7 und 9 GewO aufnehmen müssen. Eine (positive) Feststellung setzt uU einen Sachverständigenweis – also Erfahrungswerte nach § 1299 ABGB – und unter näher genannten Bedingungen sogar eine Messung voraus. Im gegenständlichen Fall steht mangels entsprechender Beweismittel nicht fest, ob und inwieweit die Änderungen emissionsneutral waren oder nicht. Eine weitere amtswegige Beweisaufnahme durch das VwG ist nicht erforderlich, liegt es doch grundsätzlich am Betreiber, im Anzeigeverfahren Betriebsmodalitäten zu beschreiben, um eine Beurteilung iSd § 81 Abs 2 GewO vornehmen zu können. Gegenständlich war das Verwaltungsstrafverfahren hinsichtlich des Tatbestandes „Änderung am 11. Jänner 2016“ jedenfalls einzustellen.

LVwG OÖ 28.7.2016, LVwG-800200/2/Wg

#### Aus den Entscheidungsgründen

#### Sachverhalt

Die B F betreibt im Standort F, x, auf Grundstück Nr. x, KG F, eine gewerbebehördlich genehmigte Betriebsanlage. Der Beschwerdeführer (Bf) ist gewerberechtl. Geschäftsführer der B. Die B befindet sich im Stadtgebiet von F, westlich der M x. Das Lager- und Produktionsgebäude befindet sich annähernd zentral gelegen im Betriebsareal. In nördlicher Richtung besteht ein Wählamt, eine öffentliche Parkfläche und auf der Baufläche 740 ein Gebäude. Die nächstgelegene Wohnbebauung befindet sich in nordwestlicher Richtung auf der Baufläche x. Weitere Wohnobjekte liegen südlich der W. Aus dem vorgelegten Akt der Behörde geht hervor, dass zuletzt mit Bescheid vom 23. Juli 2009, GZ: Ge20-42-2009, eine gewerbebehördliche Änderungsgenehmigung für die gegenständliche Anlage gem § 81 GewO erteilt wurde. Gegenstand dieser Änderung war die Erweiterung des Lager- und Produktionsgebäudes auf Grundstück Nr. x, KG F (Bescheid vom 23. Juli 2009 [...]).

Auf Grund einer Privatanzeige führte ein Vertreter der Bezirkshauptmannschaft Freistadt (im Folgenden: belangte Behörde) am 11. Jänner 2016 vor Ort einen Lokalausgensein 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 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. Ob und inwieweit die Änderungen emissionsneutral waren oder nicht, steht nicht fest [...].

Die belangte Behörde ist der Ansicht, dass für diese Änderungen gem § 74 iVm § 81 GewO eine gewerbebehördliche Genehmigung erforderlich gewesen wäre und verhängte – untergliedert in drei Spruchabschnitte (lit a, lit b und lit c) – mit Strafverfügung vom 1. März 2016, GZ: Ge96-3-2016, gem § 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 Flugdach (lit a) und 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 Schiebtoranlage“ ersetzt wurde. Der im Spruch des Straferkenntnisses erhobene Tatvorwurf bezieht sich darauf, dass „am 11.1.2016 ... festgestellt wurde, dass die gewerbebehördlich genehmigte gewerbliche Betriebsanlage ... insofern geändert wurde“. Ein Betrieb der geänderten Anlage wird im Straferkenntnis nicht angelastet [...].

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde. Der Bf bringt zusammengefasst vor, es handle sich um keine genehmigungspflichtigen Änderungen. Es wären – so der Bf – jedenfalls die Voraussetzungen einer Ermahnung vorgelegen. Der Bf bringt nicht konkret vor, dass ein Ausnahmetatbestand nach § 81 Abs 2 GewO erfüllt sei [...].

**Begründung<sup>1</sup>**

[...]

**2. Grundsätzliches zur Genehmigungspflicht nach § 74 iVm § 81 GewO und zum Straftatbestand nach § 366 Abs 1 Z 3 GewO**

Wie die belangte Behörde zutreffend erkennt, ist die Änderung einer Betriebsanlage gem § 81 Abs 1 iVm § 74 Abs 2 GewO nur dann nicht genehmigungspflichtig, wenn eine Beeinträchtigung der genannten Schutzinteressen nach der allgemeinen Lebenserfahrung ausgeschlossen werden kann. Es kommt also nicht auf den Erfahrungshorizont eines Professionisten oder geschulten Arbeitnehmers, sondern auf die allgemeine Lebenserfahrung des durchschnittlichen Laien ohne besondere betriebswirtschaftliche oder technische Kenntnisse an (vgl VwGH 16. Dezember 2015, GZ: Ra 2015/04/0100). Ist bei Einhaltung des allgemeinen, für jeden Laien geltenden Sorgfaltsmaßstabes iSd § 1297 ABGB eine Beeinträchtigung ausgeschlossen, besteht keine Genehmigungspflicht. Bei dieser Beurteilung ist auf den „natürlichen Lauf der Dinge“, nicht aber auf die hypothetische Möglichkeit eines sorgfaltswidrigen oder anderen Rechtsvorschriften widersprechenden Verhaltens abzustellen (VwGH 25. Juli 2013, GZ: 2010/07/0213, 30. Juni 2004, GZ: 2001/04/0204, 31. März 2016, GZ: Ra 2015/07/0163, *Gruber/Pallege-Barfuß*, GewO<sup>7</sup> § 74 [Stand: 1.3.2015, rdb.at] Rn 104). So begründet die Betätigung des Lichtschalters in einem gewerblich genutzten Bürogebäude noch keine Genehmigungspflicht, auch wenn elektrischer Strom abstrakt gesehen gefährlich sein kann (vgl § 74 Abs 7 GewO iVm § 2 Abs 1 Z 2 2. Genehmigungsfreistellungsverordnung).

Ob ein Gewerbetreibender dagegen mit entsprechend geschulten Arbeitnehmern unter Einhaltung des Sorgfaltsmaßstabes iSd § 1299 ABGB ohne behördliche Vorschriften Beeinträchtigungen von Schutzinteressen verhindert oder verhindern kann, ist in formeller Hinsicht nicht für die Auslösung der Genehmigungspflicht nach § 81 Abs 1 iVm § 74 Abs 2 GewO maßgeblich. Es kommt auch nicht darauf an, dass nach den Naturwissenschaften eine „absolute Sicherheit“ gegeben ist, sofern für den Laien – unter Zugrundelegung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabes iSd § 1297 ABGB – ohne Beiziehung eines Sachverständigen Zweifel bleiben können. Blendet man die bei Gewerben iSd § 94 GewO bereits im Anmeldeverfahren iSd § 340 Abs 1 GewO nach-

gewiesene – auch wissenschaftliche Kenntnisse iSd § 71a GewO umfassende – Fachkunde aus, wäre dies unter Umständen eine europarechtlich zu begründende zusätzliche Zugangsbeschränkung. Nimmt ein Mitgliedstaat die Gewerbeanmeldung zur Kenntnis, muss er den damit erbrachten Befähigungsnachweis auch in fortgesetzten Verfahren, die faktisch den Zugang zur Gewerbeausübung einschränken, gegen sich gelten lassen. Hat also ein Baumeister (§ 94 Z 5 GewO) die Kenntnis diverser technischer Normen zur Errichtung von Anlagen nachgewiesen, ist gem § 16 Abs 2 GewO an sich davon auszugehen, dass er die seinem Gewerbe „eigentümlichen Tätigkeiten“ selbstständig – ohne weitere behördliche Vorschriften – ausüben kann. Ist bei Einhaltung des Sorgfaltsmaßstabes iSd § 1299 ABGB bereits der gesetzliche Befähigungsnachweis ausreichend, um eine Anlage so zu errichten, dass voraussehbare Gefährdungen vermieden und Beeinträchtigungen auf ein zumutbares Maß beschränkt werden, wären weitergehende – insbesondere den Betrieb der Anlage betreffende – Vorschriften iSd § 77 Abs 1 GewO nach den Umständen des Einzelfalles zu begründen und auf das unbedingt erforderliche Ausmaß zu beschränken (vgl VwGH 27. Jänner 2010, GZ: 2008/04/0101). Dabei kann es sich insbesondere um Vorgaben für Immissionen handeln (vgl OGH 28. Jänner 2016, GZ: 1Ob47/15s). Gleiches gilt sinngemäß für besondere Umwelt- und Sicherheitsmanagementsysteme, die bei Einhaltung des entsprechenden Sorgfaltsmaßstabes iSd § 1299 ABGB einen sicheren Betrieb erwarten lassen (vgl auch § 82b Abs 1 GewO). Dieser Umstand ist auch bei der Auslegung des § 81 Abs 3 GewO zu beachten (dazu unten).

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 Änders 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. März 1993, GZ: 91/04/0220, 4. September 2002, GZ: 2002/04/0077). Der Tatbestand des genehmigungslosen Änders einer Betriebsanlage ist mit der Herbeiführung eines solcherart zu qualifizierenden Sachverhaltes abgeschlossen (Zustandsdelikt). Ist im Tatvorwurf kein Zeitraum angegeben, in welchem die Begehung des genehmigungslosen Änders einer Betriebsanlage stattgefunden hat, so fehlt es an der Feststellung der Tatzeit (vgl VwGH

1 Zitierung im Wortlaut der Entscheidung.

30. März 1993, GZ: 91/04/0220, 4. September 2002, GZ: 2002/04/0077, ständige Rsp).

### 3. Grundsätzliches zu den Ausnahmetatbeständen iSd § 81 Abs 2, Anzeigepflicht nach § 81 Abs 3 GewO und Verwaltungsübertretung iSd § 368 GewO

Nach der Rsp des VwGH sind Änderungen, die nicht geeignet sind, die in § 74 Abs 2 GewO 1994 umschriebenen Interessen zu beeinträchtigen, bereits nach der allgemeinen Regel des § 81 Abs 1 GewO 1994 nicht genehmigungspflichtig. Daher können solche Änderungen einer Betriebsanlage auch nicht unter die Ausnahmeregel des § 81 Abs 2 GewO 1994 und damit unter die Anzeigepflicht nach § 81 Abs 3 GewO 1994 fallen (vgl so auch *Grabler/Stolzlechner/Wendl* Kommentar zur GewO<sup>3</sup> [2011], Rz 29 zu § 81, wonach auch bei Anzeigeverfahren nach § 81 Abs 3 iVm § 345 Abs 6 GewO 1994 Voraussetzung ist, dass es sich um eine betriebsanlagenrelevante Änderung handelt, die also dem Grunde nach geeignet ist, die vom § 74 Abs 2 GewO 1994 geschützten Interessen zu berühren.). Der Betrieb einer genehmigten Betriebsanlage nach Vornahme einer anzeigepflichtigen Änderung ohne vorangegangene Anzeige stellt keine Verwaltungsübertretung iSd § 366 Abs 1 Z 3 GewO, sondern eine Verwaltungsübertretung iSd § 368 GewO dar (vgl VwGH 18. März 2015, GZ: Ro 2015/04/0002). Dies gilt insbesondere für den Betrieb einer gem § 81 Abs 2 Z 7 GewO anzeigepflichtigen Änderung entgegen der Anordnung des § 345 Abs 6 GewO.

Mit dem Begriff der „emissionsneutralen Änderung“ wird der Tatbestand des § 81 Abs 2 Z 9 GewO angesprochen. Demnach besteht für „Änderungen, die das Emissionsverhalten der Anlage nicht nachteilig beeinflussen“, keine Genehmigungspflicht; sie sind gem § 81 Abs 3 GewO lediglich anzuzeigen. Wesentlich ist, dass der Tatbestand nicht darauf abstellt, dass sich die Emissionen der Anlage keinesfalls erhöhen dürften (also „neutral“ im Sinne von „gleich“ bleiben müssten). Mit der Bezugnahme auf eine „nicht nachteilige“ Beeinflussung des „Emissionsverhaltens“ wird zunächst eine Bewertung dahingehend verlangt, dass kein „Nachteil“ entsteht – das kann nach den Wertmaßstäben des gewerblichen Betriebsanlagenrechtes nur ein Nachteil für die Schutzgüter der §§ 74ff GewO (Lebens- und Gesundheitsschutz des Gewerbetreibenden und seiner mittätigen Angehörigen, Nachbarn und Kunden; Schutz der Nachbarn vor unzumutbaren Belästigungen; Eigentumsschutz; Minimierungsgebot für Luftschadstoffe etc) und des gem § 93 Abs 1 ASchG mit zu berücksichtigenden ArbeitnehmerInnenschutzes sein. Mit der Wortfolge „Emissionsverhalten der Anlage“ wird zudem klargestellt, dass es nicht auf eine einzelne Emissionsquelle, sondern auf die

Gesamtauswirkung der Anlage ankommt. Wird in einer stark lärmbelastenden Halle, in der ArbeitnehmerInnen schon bisher mit Gehörschutz arbeiten mussten, eine weitere Maschine mit zusätzlichen Lärmemissionen aufgestellt, sodass es im Halleninneren noch lauter wird (während außerhalb der Halle auf Grund deren Dämmung keine Erhöhung eintritt), so kann dies durchaus emissionsneutral sein, wenn – dank des Gehörschutzes – der Gesundheitsschutz der ArbeitnehmerInnen in gleicher Weise gewährleistet bleibt. Da für Lärm – anders als für Luftschadstoffe – in der GewO (außerhalb des IPPC-Regimes) kein Minimierungsgebot statuiert ist, sondern nur eine Schutzpflicht gegenüber betroffenen Personengruppen, kann eine Lärmerhöhung, die sich nur in Bereichen auswirkt, in denen niemand aufhältig ist (zB im Luftraum über der Anlage) durchaus emissionsneutral im Sinne dieser Bestimmung sein. Im Unterschied zur Bestimmung des § 81 Abs 2 Z 9 GewO, die alle Schutzgüter im Blick hat, zielt Z 7 nur auf die „Neutralität“ gegenüber Nachbarn ab. Der Tatbestand lautet: „Änderungen, die das Emissionsverhalten der Anlage zu den Nachbarn nicht nachteilig beeinflussen.“ Mit dieser Einschränkung auf den geschützten Personenkreis wird deutlich, dass etwa Erhöhungen, die sich auf Kunden oder ArbeitnehmerInnen nachteilig auswirken, der bloßen Anzeigepflicht nicht entgegenstehen, solange sie gegenüber den Nachbarn „neutral“ bleiben. Dringt der Lärm aus einer Halle trotz Dämmung deutlich nach außen, sodass er die Lärmbelastung für Kunden erhöht, allerdings – dank einer Lärmschutzwand – nicht zum nächstgelegenen Nachbarn vordringt, ist diese Erhöhung „nachbarneutral“, aber nicht (mehr) „emissionsneutral“ (vgl RdU – U & T 2016/16 emissions-, immissions-, nachbarneutral oder irrelevant?).

Bloß formelle Zugangshürden können in einem Spannungsverhältnis zu den (wirtschaftlichen) Grundfreiheiten oder Verfahrensgarantien des Europarechtes stehen (vgl jüngst EUGH RS C-634/15 oder C-137/14). Diese europarechtlichen Vorgaben sind bei der Führung des Ermittlungsverfahrens zu beachten. BürgerInnen steht es kraft des Europäischen Gemeinschaftsrechtes frei, eigeninitiativ einen Interessenausgleich herzustellen und mit einer auf § 81 Abs 3 GewO gestützten Anzeige den Nachweis zu erbringen, dass die Voraussetzungen nach § 81 Abs 2 GewO erfüllt sind.

### 4. Grundsätzliches zum Ermittlungsverfahren und zum Beweismaß iSd § 45 Abs 2 AVG

Auf den Erfahrungshorizont nach § 1299 ABGB ist im Ermittlungsverfahren abzustellen, wenn gem § 52 Abs 1 AVG die „Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig“ wird. Ob nach den im Ermittlungsver-

fahren erhobenen Beweismitteln ein bestimmter Sachverhalt als „erwiesen“ anzusehen ist, beurteilt die Behörde gem § 45 Abs 2 AVG in freier Beweiswürdigung.

Nach der Rsp des VwGH ist für die Annahme einer Tatsache als erwiesen (vgl § 45 Abs 2 AVG) keine „absolute Sicherheit“ erforderlich, sondern es genügt, wenn eine Möglichkeit gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit (Thienel 3 168f: an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit) oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit Wahrscheinlichkeit ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt. Die erforderliche Überzeugung der Behörde kann sowohl durch unmittelbare als auch durch mittelbare Beweise herbeigeführt werden (§ 46 Rz 3f). Lässt sich eine Tatsache nicht feststellen („non liquet“ [Fasching Rz 878]; „Beweisnotstand“ [VwGH 20. April 1995, GZ: 93/09/0408]), dann hat die Behörde grundsätzlich von deren Nichtvorliegen auszugehen (VwGH 16. Juni 1992, GZ: 92/08/0062; 29. Juni 2000, GZ: 2000/07/0024; siehe auch § 39 Rz 14). Das bedeutet aber nicht, dass vom bloßen Misslingen eines Nachweises auf das Erwiesensein des Gegenteiles geschlossen werden kann (vgl VwGH 20. September 1995, GZ: 93/13/0006; ferner VwGH 26. Februar 1986, GZ: 84/03/0388). Allerdings gilt nach Ansicht des VwGH für den im AVG nicht geregelten Fall, dass eine Beweisführung nicht möglich ist, als allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz, dass aus einer unter Missachtung der Rechtsordnung geschaffenen Situation (zB der bewilligungslosen Errichtung eines Brunnens) keine Vorteile gezogen werden dürfen (vgl Hengstschläger/Leeb, AVG<sup>2</sup> § 45 Rz 2 [Stand 1.1.2014, rdb.at]).

Bei Beurteilung von anlagenspezifischen Emissionen ist zudem folgende Beweisregel zu beachten: Nach der Judikatur ist es in dem Fall, dass eine Messung am entscheidenden Immissionspunkt möglich ist – von Ausnahmefällen abgesehen –, unzulässig, die dort zu erwartenden Immissionen aus den Ergebnissen einer Messung an einem anderen Ort zu prognostizieren. Auf dem Boden dieser Rsp ist der Durchführung von Messungen – soweit diese möglich sind – grundsätzlich der Vorrang vor Berechnungen einzuräumen. „Grundsätzlich“ bedeutet, dass diese Verpflichtung nicht allgemein besteht, sobald eine Messung (technisch) möglich ist, allerdings kann nur in Ausnahmefällen davon abgesehen werden. Ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt, ist auf sachverständiger Grundlage fallbezogen in schlüssiger Weise darzulegen. Eine Messung darf unterbleiben, wenn sie nicht möglich ist oder nach dem Stand der Technik, angesichts der mittels Berechnung erzielten Werte, ein Messergebnis, das hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit der Betriebsanlage zu einer abweichenden Beurteilung führen könnte, ausgeschlossen werden kann (vgl VwGH 26. Novem-

ber 2015, GZ: 2012/07/0027, 18. Mai 2016, GZ: Ra 2015/04/0053).

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. Jänner 2015, GZ: 2011/17/0081). Aus den Ausnahmeregelungen des § 81 Abs 2 GewO iVm § 82b Abs 5 GewO ergibt sich aber, dass außerhalb eines Anzeigeverfahrens das Vorliegen der jeweiligen Ausnahme nachzuweisen oder zumindest glaubhaft zu machen ist. Eine nach § 81 Abs 1 GewO bestehende Genehmigungspflicht gilt nicht als aufgehoben, wenn der Betreiber die erforderlichen Nachweise eines Ausnahmetatbestandes iSd § 81 Abs 2 GewO nicht erbringen oder zumindest glaubhaft machen kann (vgl VwGH 2001/10/0152, vgl 99/11/0325, vgl auch § 82b Abs 5 GewO). Außerhalb eines Anzeigeverfahrens kommt es daher grundsätzlich nicht darauf an, ob „Nachteile“ im oben beschriebenen Sinn durch besondere Betriebsmodalitäten bei Einhaltung des Sorgfaltsmaßstabes iSd § 1299 ABGB vermieden werden können. Im Anzeigeverfahren gelten die Bestimmungen des § 345 Abs 5 und 6 GewO.

Es stellt sich die Frage, wie bei einer grundsätzlich bestehenden Genehmigungspflicht iSd § 81 Abs 1 GewO vorzugehen ist, wenn der Gewerbetreibende – gegebenenfalls mit einer Anzeige – Betriebsmodalitäten einwendet, die nicht schon bei Anwendung der für ihn gem § 16 Abs 2 GewO iVm § 1299 ABGB maßgeblichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen die Emissionsneutralität iSd § 81 Abs 2 Z 7 oder Z 9 belegen oder iSd § 45 Abs 2 AVG erwarten lassen, sondern zu deren Beurteilung ein darüber hinausgehender, besonderer Sachverstand erforderlich ist, der nicht schon durch den Befähigungsnachweis als erbracht anzusehen ist. Gem § 52 Abs 1 AVG wäre einer Beurteilung durch Amtssachverständige der Vorzug gegenüber nicht amtlichen Sachverständigen zu geben. Gerade in Anbetracht der kurz bemessenen Frist von zwei Monaten iSd § 345 Abs 6 GewO kann die Behörde berechtigt sein, auf der Anzeige iSd § 353 GewO angeschlossene – von privaten Sachverständigen erstellte – Gutachten zurückzugreifen (so explizit § 345 Abs 6 vorletzter Satz GewO). Es gelten die allgemeinen an Gutachten zu stellende Anforderungen. Es war die eindeutige Absicht des Gesetzgebers durch die Verkürzung der in § 73 Abs 1 AVG vorgegebenen Frist von sechs Monaten auf zwei Monate iSd § 345 Abs 6 GewO im Regelfall eine „wesentliche Beschleunigung des Verfahrens“ zu bewirken (vgl § 52 Abs 3 AVG). Die Eigeninitiative des Betreibers ist mit erhöhter Eigenverantwortung verbunden, gewährleistet ein Anzeigeverfahren im Sinne der §§ 81 Abs 3 iVm 345 GewO gegenüber Dritten doch geringeren Bestandsschutz und Rechts-

sicherheit als ein Genehmigungsverfahren iSd § 356 GewO (vgl VfGH 1. März 2012, GZ: B606/11).

## 5. Ergebnis

Den relevanten Sachverhalt bilden die in keinem Genehmigungsbescheid vorgesehenen 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“ ein wesentliches Sachverhaltselement. Ob diese Änderungen „geeignet“ waren, Schutzinteressen iSd § 74 Abs 2 GewO zu beeinträchtigen, stellt eine Frage der rechtlichen Beurteilung dar. Es mag durchaus sein, dass – wie der Bf vorbringt – das geänderte Flugdach faktisch dem Immissionsschutz dient und auf die Nachbarn einwirkende Immissionen verringert werden. Es mag auch sein, dass tatsächlich kein Nachbar durch den zusätzlichen Parkplatz gestört wird und die Schrankenanlage zu keiner Beeinträchtigung des Verkehrs führt. Ein Laie ohne besonderen Erfahrungshorizont – unter Anwendung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabes iSd § 1297 ABGB – kann in einer solchen Situation die von der Behörde thematisierten Beeinträchtigungen iSd § 74 Abs 2 GewO nicht schlichtweg ausschließen. Die beschriebenen Änderungen sind daher in formeller Hinsicht gem § 74 Abs 2 iVm § 81 Abs 1 GewO genehmigungspflichtig.

Beweismittel, die eine ausreichende Zuordnung zu einem Ausnahmetatbestand iSd § 81 Abs 2 GewO rechtfertigen würden, sind im Akt nicht vorhanden. Es steht nicht fest, dass diese Änderungen emissions- oder nachbarneutral iSd § 81 Abs 2 Z 7 und 9 GewO sind. Der Bf stellte zwar im Verwaltungsstraf- wie auch im Beschwerdeverfahren Beweisangebote (Urkunden, Sachverständigengutachten, Ortsaugenschein und PV), beruft sich aber nicht ausdrücklich auf einen Ausnahmetatbestand des § 81 Abs 2 GewO. Der Bf hat mangels entsprechenden Vorbringens die erforderlichen Nachweise eines Ausnahmetatbestandes iSd § 81 Abs 2 GewO nicht erbracht und auch nicht glaubhaft gemacht. Er macht auch nicht geltend, dass ein Anzeigungsverfahren anhängig wäre. Eine amtswegige Messung, ob tatsächlich eine Emissionsneutralität vorliegt, war daher nicht erforderlich. Eine unionsrechtswidrige Zugangsbeschränkung wird weder behauptet und lässt sich im gegenständlichen Fall auch nicht konkret ableiten. Die Genehmigungspflicht nach § 81 Abs 1 iVm § 74 Abs 2 GewO ist daher nicht gem § 81 Abs 2 GewO aufgehoben.

Sache des Berufungsverfahrens war nach ständiger Rsp des VwGH 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 berechnete 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 VwG zur Ausdehnung des Gegenstandes des Verfahrens über die Sache des Verwaltungsstrafverfahrens iSd § 50 VwGGV hinaus, etwa durch Ausdehnung des Tatzeitraumes, wurde nicht geschaffen (vgl VwGH 31. Juli 2014, GZ: Ro 2014/02/0099, und VwGH 5. November 2014, GZ: 2014/09/0018).

Das LVwG Oberösterreich hat daher ausschließlich zu überprüfen, ob der Bf – wie ihm vorgeworfen – am 11. Jänner 2016 die angelastete Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 3 GewO begangen hat. Der Spruch des Straferkenntnisses enthält lediglich den Zeitpunkt des Lokalaugenscheines, in dem die vorgenommenen Änderungen festgestellt wurden, jedoch nicht den Tatzeitpunkt der durchgeführten Änderung. Der verfahrensgegenständliche Tatvorwurf wird durch den angelasteten Zeitpunkt (11. Jänner 2016) verbindlich vorgegeben. An diesem Tag wurde die angelastete Tathandlung – die Vornahme einer Änderung – aber nicht gesetzt, zumal die Änderungen bereits fertig gestellt waren.

Der Bf hat die ihm im bekämpften Straferkenntnis zur Last gelegte Tat, die sich auf die Vornahme einer Änderung der Betriebsanlage am 11. Jänner 2016 beschränkt, nicht begangen. Das Straferkenntnis war daher zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren gem § 45 Abs 1 Z 2 VStG einzustellen.

Die ordentliche Revision ist unzulässig.

## Wasserrecht

■ ZVG-Slg 2016/130, 558

### Gewässerpolizeiliches Verfahren wegen Anschüttungen im Hochwasserabflussbereich

WRG § 38, § 138

ZustG § 5, § 7

VwGGV § 24, § 27, § 28 Abs 1 und 2

VwGG § 25a Abs 1

Voraussetzung für einen gewässerpolizeilichen Auftrag nach § 138 Abs 1 lit a WRG 1959 ist, dass der Adressat