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-800210/10/Re/JHo

Datum:
Linz, 30. August 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Reichenberger über die Beschwerde der M G, X, P, vom 11. Juli 2016 gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 6. Juni 2016, GZ: Ge96-26-2016, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. Juli 2017 wegen Übertretung der Gewerbeordnung 1994

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 400 Euro sowie die Ersatzfreiheitsstrafe auf 29 Stunden herabgesetzt wird.

II. Der Kostenbeitrag zum behördlichen Verwaltungsstrafverfahren verringert sich auf 40 Euro.
Für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist kein Kostenbeitrag zu leisten.

III. 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.1. Mit dem Straferkenntnis vom 6. Juni 2016, GZ: Ge96-26-2016, hat die Bezirkshauptmannschaft Freistadt über M G, P, X, gemäß § 366 Abs. 1 Z 2 in Verbindung mit § 74 Abs. 2 GewO 1994 eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit derselben eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von drei Tagen, verhängt.
Der Bestrafung liegt nachstehender Tatvorwurf zugrunde:

„Die Beschuldigte, Frau M G, geb. am X, X, P, hat es als verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Gewerbeinhaberin (Tierpfleger, Tierpension sowie Tiertrainer im Standort X, P) zu vertreten, wie anlässlich einer von der Polizeiinspektion K am 22.4.2016 durchgeführten Kontrolle festgestellt wurde und wie aus der Anzeige der Polizeiinspektion K vom 25.4.2016, GZ.916100211933/001/2016, hervorgeht, dass im Standort P, X, auf Grdst.Nr. X, KG H, am 22.4.2016, um 16:00 Uhr, eine genehmigungspflichtige gewerbliche Betriebsanlage in Form eines Xtrainingsplatzes ohne erforderlicher gewerbebehördlicher Genehmigung nach erfolgter Errichtung betrieben wurde, indem dort am 22.4.2016, um 16:00 Uhr, in einem eingezäunten Bereich in Anwesenheit der Xbesitzer gewerbsmäßig ein Xtraining mit 5 X abgehalten wurde.
Eine Genehmigungspflicht hiefür ist deshalb gegeben, da auf Grund der damit verbundenen Tätigkeiten, der Betriebsweise und der Ausstattung, dieser Xtrainingsplatz geeignet ist, die Nachbarn durch Lärm und Geruch zu belästigen.“

Begründet wird der Strafausspruch dahingehend, dass der Betrieb einer Xschule nicht den Ausnahmeregelungen des § 2 der GewO unterliege, sondern es sich um ein freies Gewerbe handle, welches den Bestimmungen hinsichtlich des Betriebes einer gewerblichen Betriebsanlage unterliege. Die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) habe im Standort bereits seit 1. Jänner 2013 das freie Gewerbe „Tierpfleger, Tierpension sowie Tiertrainer“ angemeldet. Ihr sei daher bereits seit rund drei Jahren das Vorliegen einer gewerblichen Tätigkeit bekannt.
Am 22. April 2016 sei von der Polizeiinspektion K der Betrieb der Anlage durch Abhaltung eines Xtrainings mit fünf Teilnehmern festgestellt worden, dies im eingezäunten Bereich auf dem Betriebsareal P, X, auf Grundstück Nr. X der KG H. Derartige Schulungen bzw. Trainings sind geeignet, Nachbarn durch Lärm (X) zu belästigen. Eine anlagenrechtliche Bewilligungspflicht bestehe.
Die Verwaltungsübertretung sei rechtswidrig und schuldhaft begangen worden, wonach Strafbarkeit gegeben sei. Erschwerungs- und Milderungsgründe seien keine vorhanden, die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse seien auf ein monatliches Nettoeinkommen von 2.000 Euro geschätzt worden, gleichzeitig bestünden kein Vermögen und keine Sorgepflichten.

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat M G, im behördlichen Verfahren vertreten durch Rechtsanwalt Mag. G D, P, innerhalb offener Frist Beschwerde erhoben. Das Straferkenntnis wird zur Gänze wegen Rechtswidrigkeit bekämpft und die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung beantragt.

Dies nach Darlegung des wesentlichen Sachverhaltes und der ihrer Auffassung zufolge wesentlichen Rechtsgrundlagen, gleichzeitig ergänzt mit der Anregung auf Änderung der GewO 1994 wegen Verfassungswidrigkeit im Wesentlichen mit der Begründung, gemäß § 2 Abs. 3 Z 2 GewO 1994 sei das Unterbringen und Betreuen in diesem Gesetzeswortlaut enthalten, da auch zur Zucht, Mästung und Gewinnung von tierischen Erzeugnissen die Tiere vorerst untergebracht und betreut werden müssten. Dadurch sei auch eine Betriebsanlagengenehmigung für das Unterbringen von X nicht erforderlich. Dies ergebe sich auch aus § 2 Abs. 4 Z 6 GewO, da dort auch die Vermietung und Einstellung von Reittieren aus der Gewerbeordnung ausgenommen sei. Weiters unterliege gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 lit. f GewO auch die Nutzung von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken und ortsfesten land- und forstwirtschaftlichen Betriebseinrichtungen, sofern diese Tätigkeit der Hervorbringung, Gewinnung pflanzlicher Erzeugnisse oder dem Erhalt von Nutztieren diene, nicht der Gewerbeordnung. Die Stallung der X befände sich in bestehenden landwirtschaftlichen Gebäuden, Auslaufzonen auf eigenem landwirtschaftlichen Grundstück. Weiters seien gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 leg. cit. Erwerbszweige der häuslichen Nebenbeschäftigung von der Gewerbeordnung ausgenommen. Auf der verfahrensgegenständlichen Liegenschaft in P, X, würden auch eigene Nutztiere (X) gehalten. Die Ausbildung von fünf weiteren Haltern falle in die Gruppe der häuslichen Nebenbeschäftigung. Im Grunde des § 2 Abs. 1 Z 12 der Gewerbeordnung würden vom Xtrainer nicht die X, sondern die entsprechenden Halter trainiert. Eine Xschule sei eine Menschenschule für Menschen mit Tieren und somit falle dies unter Privatunterricht. Es würden Wissen und Informationen zu tiergerechtem und tierschutzkonformem Umgang, Erziehung und Training durch den Halter vermittelt. Trainings für polizeiliche oder sportliche Zwecke oder zur Ausbildung von X zu Schauspielern oder für Katastropheneinsätze seien nicht durchgeführt worden. Am 6. Februar und 22. April 2016 sei mit Haltern von JungX trainiert und versucht worden, ihnen den Umgang mit ihren Tieren beizubringen. Zur Frage der Betriebsanlagengenehmigung wird ausgeführt, dass es durch das Training der Halter und ihrer X durch X zu Lärmbelästigungen kommen könnte, aus diesen Gründen jedoch ein schalltechnisches Gutachten durch ein Sachverständigenbüro für technische Akustik eingeholt worden sei. Darin sei bestätigt, dass es durch das Projekt Xpension und Xschule in P zu keiner Belästigung der Nachbarn durch Lärm komme und kommen werde. Eine Betriebsanlagengenehmigung sei daher nicht erforderlich. Darüber hinaus würden im gegenständlichen Falle verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte verletzt.
Es werde der Gleichheitssatz auf Grund unsachlicher Differenzierung verletzt, da mehrere Bestimmungen der Gewerbeordnung Nutztiere wie Pferde, Rinder, Schweine, Schafe, Geflügel, Bienen und dergleichen von deren Anwendung ausnehmen, X jedoch nicht ausdrücklich, obwohl X auch als Nutztiere anzusehen seien.

Dies auch unter Hinweis auf § 2 Abs. 4 Z 6 der GewO, wonach unter Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft auch Fuhrwerkdienst mit anderen als Kraftfahrzeugen sowie das Vermieten und Einstellen von Reittieren zu verstehen sei. Reittiere seien jedoch ebenso Nutztiere wie X. Eine Ergänzung in diesem Sinne sollte der Verfassungsgerichtshof vornehmen.

Weiters werde das Verbot unsachlicher Differenzierung verletzt, da von der Bf bei gewerbsmäßigem Einstellen und Halten von X (Nutztieren) eine Betriebsanlagengenehmigung verlangt werde, nach Ansicht der belangten Behörde die GewO 1994 für diese Tätigkeit anwendbar sei. Das Vermieten und Einstellen von Reittieren sei jedoch gemäß § 2 Abs. 4 Z 6 GewO 1994 von der Gewerbeordnung ausgenommen und eine Betriebsanlagengenehmigung nicht erforderlich. Ebenso sei gemäß § 2 Abs. 3 Z 2 GewO 1994 das Halten von Nutztieren zur Zucht, Mästung oder Gewinnung tierischer Erzeugnisse ebenfalls von der GewO 1994 ausgenommen und eine Betriebsanlagengenehmigung nicht erforderlich. Gleiches werde hier vom Gesetzgeber ohne sachliche Rechtfertigung ungleich behandelt. Der Verfassungsgerichtshof solle die entsprechenden Gesetzesstellen dementsprechend in dem Sinne abändern, dass auch X als Nutztiere erfasst werden.

Auch die Freiheit der Erwerbsbetätigung werde eingeschränkt, da die Bf für ihre auf ihrem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb betriebene kleine Pension für Nutztiere (X) mangels Unanwendbarkeit der Gewerbeordnung für das Halten, Einstellen und Beaufsichtigen von Nutztieren (X) eine Betriebsanlagengenehmigung benötige. Die Bf erfülle für diese Tätigkeit alle subjektiven Voraussetzungen für eine Xpension (freies Gewerbe) und werde diese auf dem landwirtschaftlichen Betrieb der Bf betrieben. Bei dem landwirtschaftlichen Betrieb sei es auf Grund des Umganges mit Tieren unvermeidbar, dass Nachbarn durch Geruch und Lärm durch Tiere belästigt werden könnten, weshalb sie von der Gewerbeordnung ausgenommen seien. Das beauftragte Lärmgutachten ergebe, dass es zu keiner Belastung der Nachbarn durch Immissionen mit Lärm durch die Tiere und durch die Pension und Schule komme. Es werde übersehen, dass man von einer kleinen Land- und Forstwirtschaft nicht mehr leben könne und immer mehr Nebenerwerbslandwirte entstünden. Eine Betriebsanlagengenehmigung wäre nur mit erheblichem Aufwand zu erreichen. Der Verfassungsgerichtshof sollte § 2 Abs. 4 Z 6 GewO 1994 um den Wortlaut „und anderen Nutztieren (X)“ und § 2 Abs. 3 Z 2 GewO um den Wortlaut „Halten und Einstellen von Nutztieren, insbesondere X“ ergänzen.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Freistadt als belangte Behörde hat die Beschwerde, gemeinsam mit dem zugrunde liegenden Verfahrensakt, dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Rechtsmittelentscheidung vorgelegt. Die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich durch Einzelrichter ergibt sich aus den §§ 2 und 3 VwGVG.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde zu GZ: Ge96-26-2016 sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. Juli 2017. An dieser Verhandlung hat die Bf persönlich gemeinsam mit ihrem Lebensgefährten teilgenommen (das Vollmachtsverhältnis des Rechtsvertreters im behördlichen Verfahren wurde am 6. Februar 2017 gelöst) und konnte zum Sachverhalt Tatsachen vorbringen und Fragen beantworten. Anwesend waren auch zwei Vertreter der belangten Behörde.
Als Zeuge wurde Inspektor J S, Polizeiinspektion K, geladen und in der öffentlichen mündlichen Verhandlung einvernommen.

Zu Beginn der Verhandlung brachte die Bf eine ergänzende Stellungnahme vor, wonach sie im Oktober 2012 die oben genannten freien Gewerbe anmeldete. Auf Grund dieses „Antrages“ sei die Behörde zur Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen gemäß § 340 GewO 1994 verpflichtet gewesen. Hätte die Behörde Zweifel an der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen gehabt bzw. wäre die Genehmigungspflicht der Anlage für die Behörde offenkundig gewesen, so wäre die Behörde bereits 2012 zur Anwendung der §§ 358, 348 und 366 GewO verpflichtet gewesen. Derartige Zweifel seien jedoch beinahe drei Jahre nicht geäußert worden. Die Bf habe am 23. Oktober 2012 die behördliche Erlaubnis zur Gewerbeausübung ab 1. Jänner 2013 sowie die entsprechenden Gewerberegisterauszüge erhalten, demnach handle es sich um eine genehmigte oder zumindest „schwebend“ genehmigte Betriebsanlage.
Mitte 2015 sei es zu Einwänden von Nachbarn gekommen. Die Behörde sei verpflichtet gewesen, die Bf gemäß § 13a AVG über mögliche notwendige Verfahrenshandlungen und die unmittelbar damit verbundenen Rechtsfolgen aufzuklären. Stattdessen sei ihr lediglich im Juni 2015 mitgeteilt worden, es müssten mögliche notwendige Genehmigungen nach der GewO 1994 und dem Tierschutzgesetz, bezogen auf die Xpension, geklärt werden. Telefonisch sei ihr dann mitgeteilt worden, eine solche Genehmigung eigentlich nicht zu brauchen, werde aber trotzdem ersucht, ein Ansuchen auszufüllen, um Ruhe vor den Nachbarn zu haben, dabei handle es sich um eine einfache Formalität. Über die Konsequenzen des Ansuchens sei die Bf nicht aufgeklärt worden.
Bezüglich der Schulung mit fünf Xhaltern bringt die Bf weiters vor, dass sich darunter zwei Landwirtinnen mit ihren X befunden hätten, welche nach § 4 Abs. 6 TSchG zu land- und forstwirtschaftlichen Zwecken gehalten würden, auf diese sei die Gewerbeordnung jedenfalls nicht anzuwenden. Im Zuge der Einvernahme gab die Bf die Namen der Landwirtinnen bekannt und erläuterte, diese X würden insofern landwirtschaftlich eingesetzt, als sie Haus und Hof bewachen, Schafe hüten oder Raubzeug fernhalten können und Eindringlinge melden.

Auch die Behörde habe von 2012 bis 2015 offensichtlich Zweifel gehabt, da bis 2015 trotz Kenntnis der Betriebsanlage kein Verdacht auf eine Verwaltungsübertretung nach § 366 GewO 1994 festgestellt worden sei. Die Behörde wäre in

diesem Fall verpflichtet gewesen, § 348 Abs. 2 GewO 1994 anzuwenden. Dies sei bis heute nicht geschehen. Im Gewerbewortlaut werde die „Ausbildung von Tieren“ angeführt. Eine Ausbildung definiere sich durch ein standardisiertes Ziel in der Regel mit einer Überprüfung des Ausbildungsziels am Ende der Ausbildung. Dies geschehe in der klassischen Xausbildung von Xsportvereinen. Die Fähigkeiten der Xhalter seien in derartigen Ausbildungen hintangestellt. Ein Pferdetrainer konditioniere, genauso wie der klassische Xtrainer, auf den sich der Gewerbewortlaut beziehe, ein Tier darauf, auf bestimmte Impulse in der gewünschten Art zu reagieren. Es sei dabei nebensächlich, welcher Mensch diese Impulse in der Folge auf das Tier ausübe. Der Reitlehrer, welcher der Tätigkeit der Bf entspreche, schule den Menschen darin, wie er oder sie durch welche Impulse welche Reaktionen beim Pferd auslösen könne und arbeite in erster Linie mit dem Menschen und seinen Fähigkeiten, wobei der Reitlehrer trotzdem ein Grundverständnis über das Wesen Pferd besitzen müsse. Je mehr desto besser. Auch die Bf schule den Menschen darin, den zu verstehen, die richtigen Impulse und Beeinflussungen im richtigen Moment so einzusetzen, dass die Menschen in der Lage seien, alleine und in alltäglichen Situationen auf Basis einer funktionierenden und fairen Mensch-X-Beziehung gewünschte Verhaltensweisen auszulösen. Im Zentrum der Schulungen stehe der Mensch mit seinen Bedürfnissen und Fähigkeiten.

Dass zum Antragszeitpunkt das Gewerbe den Wortlaut „Tiertrainer“ enthalten habe, setze nicht zwingend voraus, diese Tätigkeit auch auszuüben. Eine Ausbildung von Tieren sei nie durchgeführt worden. Die Tätigkeit der Bf falle daher in die Ausnahme nach § 2 Abs. 1 Z 12 GewO 1994.

Von der Behörde sei auch nie festgestellt worden, ob der Unterricht tatsächlich und im konkreten Fall eine unzumutbare Beeinträchtigung darstelle.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von nachstehendem Sachverhalt aus:

Die Bf ist Inhaberin von drei Gewerbeberechtigungen betreffend die freien Gewerbe:
- Organisation von Seminaren, Schulungen und Aus- und Weiterbildungsveranstaltungen
- Tierpfleger, Tierpension sowie Tiertrainer
- Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe und Handelsagent

Standort sämtlicher Gewerbeberechtigungen ist in P, X.

Die Anlage zur Ausübung dieser Gewerbeberechtigungen befindet sich am Standort in P, X. Die nächstgelegene Anrainerliegenschaft mit Wohnnutzung befindet sich

im Westen der Anlage auf Parzelle Nr. X, dargestellt insbesondere im zitierten schalltechnischen Projekt.

Das gegenständliche Verfahren bezieht sich auf die im Zusammenhang mit der Ausübung des Gewerbes Tierpfleger, Tierpension sowie Tiertrainer in Verwendung stehende Anlage.
Sämtliche im Zusammenhang mit den Gewerbeberechtigungen stehenden Tätigkeiten sowie der Haushalt des Anwesens werden von der Bf alleine und auf ihre Rechnung ausgeführt.
Das Gewerbe betreffend das Organisieren von Seminaren wird insofern ausgeführt, als die Seminare in externen Seminarhäusern abgehalten werden.
Im Rahmen des Handelsgewerbes wird die Produktion von Xfutter organisiert. Das Endprodukt wird von der Bf direkt vom Produktionsort abgeholt und verteilt, das Lagern von Xfutter ist möglicherweise in Zukunft beabsichtigt. Handelsware ist darüber hinaus diverses Zubehör für Xbesitzer (X, X, Brustgeschirr, Halsbänder, Bekleidung, Bürsten etc.).
Der Schwerpunkt der gewerblichen Tätigkeiten der Bf bezieht sich auf Tierpension, Tierpflege und Tiertraining, im Rahmen dieser Gewerbeberechtigung wiederum schwerpunktmäßig auf die Xpension. X werden von Kunden gebracht oder von der Bf geholt und in der Anlage betreut, versorgt, gefüttert, gepflegt, spazieren geführt etc. Die Abrechnung für die Betreuung der X in der Xpension erfolgt nach Tagen pro X.
Im Rahmen der Landwirtschaft verfügt die Bf über 3,5 ha Grünland zum Bewegen von drei eigenen Pferden sowie ein Forstgrundstück im Ausmaß von 5 ha. Für den Eigengebrauch bzw. für die Produktion von Xfutter werden Kräuter und Gemüse produziert.

Unbestritten steht fest, dass diese Anlage jedenfalls seit September 2015 bis zur Bescheiderlassung betrieben wurde. Einen Antrag auf Erteilung einer Betriebsanlagengenehmigung hat die Bf über Aufforderung der belangten Behörde eingereicht. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergab die Notwendigkeit von Projektsergänzungen. Einwendungen von Anrainern wegen Lärmbelästigungen wurden im Rahmen der Verhandlung vorgebracht.
In der Folge wurde der Antrag auf Anlagengenehmigung im Wesentlichen wegen unzumutbarer Lärmbelästigungen mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Freistadt abgewiesen. Im Zuge der vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich auf Grund der dagegen eingebrachten Beschwerde anberaumten und am 27. April 2017 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung hat die Bf den dem Verfahren zugrunde liegenden Genehmigungsantrag wegen beabsichtigter wesentlicher Projektsänderungen zurückgezogen.

Die belangte Behörde hat zuvor bereits mit Verfahrensanordnung vom 23. September 2015, GZ: Ge20-41-2015, gegenüber der nunmehrigen Bf im Zusammenhang mit der Errichtung bzw. dem Betrieb einer gewerblichen

Betriebsanlage ohne Genehmigung den Verdacht einer Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 mitgeteilt und sie aufgefordert, den Betrieb der Xpension bis zum 31. Dezember 2015 zur Gänze einzustellen.

Im Rahmen der durchgeführten Verfahren hat die Bf auch ein schalltechnisches Projekt, erstellt von der X GmbH, akkreditierte Prüfstelle in L, datiert mit 23. März 2016, beigebracht. Der Verfasser dieses Gutachtens sagte hierzu als Zeuge aus, dass die im Lärmprojekt angesprochenen Lärmschutzmaßnahmen zum Teil schon umgesetzt waren, dabei handelt es sich um die organisatorischen Maßnahmen, wie im Projekt angeführt, sowie um den Sichtschutz in Richtung Parkplatz. Noch nicht realisiert waren der Sichtschutz in Richtung Nachbar sowie als Holzkonstruktion geplante und projektierte massive Abgrenzungen. Diese sind lärmtechnisch relevant und im Projekt als projektierte Lärmschutzwände rot gekennzeichnet. Im schalltechnischen Projekt sind diese projektierten Lärmschutzwände berücksichtigt, X wurde entsprechend niedriger angesetzt.

Im nun gegenständlichen Verfahren wird der Bf ein Betrieb der Anlage, konkret zum Zeitpunkt der polizeilich durchgeführten Überprüfung am 22. April 2016, 16:00 Uhr, durch Abhaltung eines Xtrainings zur Last gelegt; zu dieser Zeit ist eine gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung nicht vorgelegen.

Diese Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich zweifelsfrei und unbestritten aus den vorliegenden Verfahrensakten sowie letztlich auch aus den Aussagen im Rahmen der durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung.

6. Erwägungen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich:

6.1. Gemäß § 366 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3.600 Euro zu bestrafen ist, wer eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage (§ 74) ohne die erforderliche Genehmigung errichtet oder betreibt.

Gemäß § 74 Abs. 1 GewO 1994 ist unter einer gewerblichen Betriebsanlage jede örtlich gebundene Einrichtung zu verstehen, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig zu dienen bestimmt ist.

Gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994 dürfen gewerbliche Betriebsanlagen nur mit Genehmigung der Behörde errichtet oder betrieben werden, wenn sie wegen der Verwendung von Maschinen und Geräten, wegen ihrer Betriebsweise, wegen ihrer Ausstattung oder sonst geeignet sind,

1. das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes unterliegenden mit-

tätigen Familienangehörigen, der Nachbarn oder der Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß aufsuchen, oder das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der Nachbarn zu gefährden,

2. die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen,

3. die Religionsausübung in Kirchen, den Unterricht in Schulen, den Betrieb von Kranken- und Kuranstalten oder die Verwendung oder den Betrieb anderer öffentlichen Interessen dienender benachbarter Anlagen oder Einrichtungen zu beeinträchtigen,

4. die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs an oder auf Straßen mit öffentlichem Verkehr wesentlich zu beeinträchtigen oder

5. eine nachteilige Einwirkung auf die Beschaffenheit der Gewässer herbeizuführen, sofern nicht ohnedies eine Bewilligung auf Grund wasserrechtlicher Vorschriften vorgeschrieben ist.

Gemäß § 77 Abs. 1 GewO 1994 ist eine Betriebsanlage zu genehmigen, wenn nach dem Stand der Technik und dem Stand der medizinischen und der sonst in Betracht kommenden Wissenschaften zu erwarten ist, dass überhaupt oder bei Einhaltung der erforderlichenfalls vorzuschreibenden bestimmten geeigneten Auflagen 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.

6.2. Die Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes nach den zitierten Bestimmungen der Gewerbeordnung ergibt zunächst, dass die Bf im Standort P, X, regelmäßig, selbstständig und mit der Absicht auf wirtschaftlichen Ertrag Tätigkeiten ausübt. Sie verfügt über drei Gewerbescheine betreffend das Handelsgewerbe, das Organisieren von Seminaren, Schulungen etc. sowie für das Führen einer Tierpension bzw. die Tätigkeit eines Tierpflegers bzw. Tiertrainers. Diese Tätigkeiten werden von der Bf alleine, somit selbstständig, regelmäßig, da die Gewerbescheine bereits seit Jahren im zitierten Standort bestehen, und auch unbestritten mit der Absicht auf wirtschaftlichen Ertrag durchgeführt.
Wesentliches Beschwerdevorbringen bezieht sich auf die Rechtsauffassung der Bf, wonach die Bestimmungen der Gewerbeordnung auf ihre Tätigkeiten nicht anzuwenden seien, da diese Tätigkeiten unter die Tatbestände der Bestimmungen von § 2 Abs. 1 Z 4 lit. f, § 2 Abs. 1 Z 9, § 2 Abs. 1 Z 12, § 2 Abs. 3 Z 2 bzw. § 2 Abs. 4 Z 6 GewO 1994 zu subsumieren seien. Demnach wäre das Bundesgesetz der GewO 1994 insgesamt - unbeschadet ausdrücklich angeordneter Ausnahmen

durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften - auf die dort angeführten Tätigkeiten nicht anzuwenden.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat sich bereits zu einem von der belangten Behörde nach § 360 Abs. 1 GewO 1994 durchgeführten Verfahren, im Rahmen dessen eine Schließung des gewerblichen Betriebes der Bf verfügt worden ist, mit der Anwendung der Bestimmungen der Gewerbeordnung auf die Tätigkeiten der Bf befasst. Gegen den Schließungsbescheid der belangten Behörde vom 9. März 2016, GZ: Ge20-41-2015, hat die Bf, ebenfalls rechtsfreundlich vertreten, Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erhoben. Vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich wurde nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung der Schließungsbescheid der belangten Behörde mit Erkenntnis vom 12. August 2016, GZ: LVwG-850593/6/Re/BHu, bestätigt. Rechtlich grundlegend entscheidend für diese nach § 360 Abs. 1 GewO 1994 ergangene Entscheidung war die rechtliche Ableitung dahingehend, als die unbestrittenen Tätigkeiten der Bf im Standort X, P, als gewerbliche Tätigkeiten zu beurteilen sind und für den Betrieb der Betriebsanlage auf Grund der Möglichkeit der Belästigung von Anrainern eine Betriebsanlagengenehmigung erforderlich aber nicht vorhanden ist.

Im Einzelnen wurde diese Frage wie folgt beurteilt:

„Der Schwerpunkt der gewerbsmäßigen Tätigkeiten der Beschwerdeführerin liegt im Betrieb einer Tierpension sowie der Durchführung von Tierpflege und Tiertraining, dies im Konkreten ausgeführt mit X. Begleitend zu den Tätigkeiten dieser Gewerbeberechtigung wird auch der Handel mit Xzubehör bzw. das Organisieren von Seminaren betreffend Xschulung, Xführung etc. betrieben.

Diese Tätigkeiten fallen nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich aus nachstehenden Gründen nicht unter die Tätigkeiten der Land- und Forstwirtschaft nach § 2 Abs. 2 und 3 und auch nicht unter die Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft nach Abs. 4 des § 2 der Gewerbeordnung.

Wenn die Beschwerdeführerin auf § 2 Abs. 1 Z 4 lit. f verweist, wonach die Nutzung von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken und ortsfesten land- und forstwirtschaftlichen Betriebseinrichtungen, sofern diese Tätigkeit der Hervorbringung und Gewinnung pflanzlicher Erzeugnisse (Abs. 3 Z 1) oder dem Halten von Nutztieren (Abs. 3 Z 2) dient, sowie die Nutzung von Kühlanlagen, diese jedoch nur für den Eigenverbrauch der Mitglieder, von der Anwendung der Gewerbeordnung ausgenommen sind und dies im Zusammenhang mit der darin zitierten Bestimmung des § 2 Abs. 3 Z 2 leg. cit., wonach zur Land- und Forstwirtschaft im Sinne dieses Bundesgesetzes das Halten von Nutztieren zur Zucht, Mästung oder Gewinnung tierischer Erzeugnisse gehört, so knüpfen diese Beschwerdeausführungen primär an den Begriff ‚Nutztiere' an und versuchen zu begründen, warum auch X zu den Nutztieren im Sinne dieser Bestimmungen zählen.
Diesen Begründungen, die oben im Wesentlichen zusammengefasst sind, kann sich das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht anschließen. Zu verweisen ist in diesem

Zusammenhang zunächst auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, wonach grundsätzlich etwa die Verköstigung und Pflege von X nicht betriebstypisch für einen landwirtschaftlichen Betrieb ist (VwGH 14.10.2009, 2007/08/0072). Der Verwaltungsgerichtshof spricht insbesondere zu § 2 Abs. 3 Z 2 ausdrücklich aus, dass sich das ‚Halten von Nutztieren' auf das Halten dieser Tiere zur Aufzucht weiterer Tiere bezieht und in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die Viehzucht, wie z.B. die Zucht von Kühen, Schweinen oder Schafen, bezieht (VwGH 3.7.2007, 2005/05/0253). In diesem Zusammenhang wird auch die Möglichkeit der Zucht von Reitpferden als Nutztier traditionellerweise als Urproduktion gesehen.
Wenn die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang auch auf die seinerzeitige Auffassung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit aus dem Jahre 2003 verweist, so ist dazu festzuhalten, dass sich auch diese Aussage ausschließlich auf die Zucht von X bezieht und als solche vom Anwendungsbereich der GewO ausnimmt, in diesem Zusammenhang nicht jedoch von einem Betreuen, Pflegen bzw. Beaufsichtigen oder Behausen von X spricht; jeglicher Zusammenhang mit einer möglichen Urproduktion ist in diesen Fällen nicht feststellbar.
In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass § 2 Abs. 3 Z 2 dieses Halten von Nutztieren ausschließlich ‚zur Zucht, Mästung oder Gewinnung tierischer Erzeugnisse' von der Anwendung der GewO 1994 ausnimmt und auch diese Absichten selbst von der Beschwerdeführerin in keiner Weise vorgebracht werden.

In Bezug auf die Auslegung des vom Gesetzgeber verwendeten Begriffes des ‚Nutztieres' ist auch aus Enzyklopädien entnehmbar, dass als Nutztier ein Tier bezeichnet wird, das vom Menschen wirtschaftlich genutzt wird, und zwar als Mast- und Schlachttier (Fleischtiere), Milchtiere, Fett-, Leder-, Daunen-, Honig- oder Felllieferanten. Weiters dienen Nutztiere auch der Versorgung mit Nahrung, Kleidung und auch anderen tierischen Rohstoffen, im Wesentlichen historisch auch zu betrachten zur Arbeitserleichterung z.B. als Zugtiere. Speziell in der Landwirtschaft werden Vieh, Geflügel und andere Hoftiere in vielfältiger Form und zu diesen Zwecken als Nutztiere gehalten.
Demgegenüber steht bei Heimtieren, wie z.B. X, Katzen etc., die Freude am Zusammenleben im Vordergrund, denen allenfalls ein privater ‚Nutzen' zuzurechnen ist, wie z.B. die Anregung zu Spaziergängen und sozialen Kontakten (https://de.wikipedia.org).
Die Beschwerdeführerin bezieht sich im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit der Bestimmungen der Gewerbeordnung auf ihre Tätigkeiten auch auf die Subsumption unter die Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft im Grunde des § 2 Abs. 4 Z 6 GewO 1994, wonach unter die Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft, worauf die Bestimmungen der GewO nicht anzuwenden sind, auch Fuhrwerksdienste mit anderen als Kraftfahrzeugen sowie das Vermieten und Einstellen von Reittieren zu zählen sind. Wenn auch in diesem Zusammenhang davon gesprochen wird, dass es sich beim Einstellen von Reittieren eben um Nutztiere handelt, so ist zum Begriff der Nutztiere auf die obigen Ausführungen zu verweisen. Darüber hinausgehend ist auch in diesem Zusammenhang auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hinzuweisen, wonach auch hier die Abgrenzung zwischen z.B. Pferd und z.B. X deutlich wird. Historisch wird hier festgehalten, dass nach der GewO 1973 nur das Vermieten von Reittieren dem landwirtschaftlichen Nebengewerbe zugeordnet war, mit der Gewerbeordnungsnovelle 1988, dass das Nebengewerbe auch auf das Einstellen von Reittieren erweitert wurde, damit auch diese Tätigkeit als landwirtschaftliches Nebengewerbe ausgeübt werden kann. Der Gesetzgeber hat aber ausdrücklich den Begriff ‚Reittier' verwendet, um klarzustellen, dass hier ausschließlich solche Tiere gemeint sind,

die im Allgemeinen zum Reiten geeignet und auch bestimmt sind, wie z.B. Pferde oder Esel, und diese Tiergruppe von anderen Arten von Tieren abzugrenzen, bei denen es durchaus auch vorkommt, dass sie in einem Gewerbebetrieb zur Verköstigung und Pflege untergebracht werden, wie z.B. X oder Katzen, deren Unterbringung und Pflege jedoch - anders als im Falle von zum Reiten geeigneten Tierarten - nicht betriebstypisch für einen landwirtschaftlichen Betrieb ist (VwGH 14.10.2009, 2007/08/0072).

Auch diese historische Betrachtung der von der Beschwerdeführerin auch verfassungsrechtlich in Frage gestellten Bestimmungen veranlasst den unterfertigten Richter, keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung zu hegen. Es war zweifelsfrei die Absicht des Gesetzgebers, Tätigkeiten aus Landwirtschaft sowie dem land- und forstwirtschaftlichen Gewerbe einer gesonderten Regelung zuzuführen, die nicht in einer gleichheitsrechtlich bedenklichen Weise gelöst wurde. Gegebenenfalls wäre die gesamte Rechtslage betreffend land- und forstwirtschaftliche Betriebe zu bezweifeln. Eine Anfechtung der von der Beschwerdeführerin als verfassungswidrig bezeichneten Gesetzespassagen kommt somit für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht in Betracht. Darüber hinaus ist es nicht Kompetenz des Verfassungsgerichtshofes, ergänzende Passagen in Gesetzestexte einzufügen, sondern wäre dies die des Gesetzgebers.

Wenn die Beschwerdeführerin § 2 Abs. 1 Z 4 lit. f der Gewerbeordnung anspricht, wonach die Nutzung von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken und ortsfesten land- und forstwirtschaftlichen Betriebseinrichtungen, sofern diese Tätigkeit der Hervorbringung und Gewinnung pflanzlicher Erzeugnisse oder dem Halten von Nutztieren dient, dass dieser auf ihre Anlage Anwendung finde, so kommt diese Bestimmung als eine Ausnahme von der Gewerbeordnung begründende Norm schon bereits aus dem Grund nicht in Frage, da sich diese Regelung lediglich auf Tätigkeiten von land- und forstwirtschaftlichen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften bezieht; eine solche liegt jedenfalls im gegenständlichen Falle zweifelsfrei nicht vor.

Die Beschwerdeführerin weist auch darauf hin, dass gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 GewO die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes auch auf die nach ihrer Eigenart und ihrer Betriebsweise in die Gruppe der häuslichen Nebenbeschäftigungen fallenden und durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes betriebenen Erwerbszweige nicht anzuwenden sind.
Judikatur und Gesetzesmaterialien begründen diesbezüglich übereinstimmend, dass für die Qualifikation einer Tätigkeit als häusliche Nebenbeschäftigung Eigenart und Betriebsweise der betreffenden Tätigkeit maßgeblich sind (VwGH 25.4.1995, 93/04/0125). Die Gesetzesmaterialien weisen darauf hin, dass es sich um eine, im Vergleich zu den anderen häuslichen Tätigkeiten, dem Umfang nach untergeordnete Erwerbstätigkeit handeln muss. Die Führung eines Hausstandes als Haupttätigkeit ist danach wesentliche Voraussetzung für das Vorliegen häuslicher Nebenbeschäftigung. Die Beschwerdeführerin hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung selbst angegeben, dass der Schwerpunkt ihrer gewerblichen Tätigkeit in der Xpension liegt, sie darüber hinaus auch noch die Gewerbeberechtigung des Handels und der Seminarorganisation betreibt, weiters im Rahmen einer Landwirtschaft 3,5 ha Grünland und etwa 5 ha Forstgrundstück verwaltet. Schließlich - so stellt sie fest - obliegt ihr auch noch der Haushalt für ihr Anwesen, den sie auch bisher alleine ausgeübt habe. Ausdrücklich stellt sie jedoch fest, dass ihre Haupttätigkeit die Xpension ist.
Für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich steht aus diesen Gründen fest, dass sich der im gegenständlichen Fall dominierende Betrieb der Xpension samt ausgeübten

weiteren Gewerbeberechtigungen nicht als im Rahmen eines land- und forstwirtschaftlichen Nebengewerbes ausgeübte Tätigkeit darstellen kann.

Schließlich bezieht sich die Beschwerdeführerin auch auf § 2 Abs. 1 Z 12 der GewO, wonach die Bestimmungen des Bundesgesetzes auf die Ausübung der Erwerbszweige des Privatunterrichtes und der Erziehung und dem Betrieb jener Anstalten, die diesen Aufgaben dienen, ferner die gewerblichen Arbeiten von öffentlichen Schulen oder mit dem Öffentlichkeitsrecht ausgestatteten Privatschulen nicht anzuwenden sind. Dies mit dem Hinweis, eine Xschule sei eine Menschenschule für Menschen mit Tieren.
Gegen diese Rechtsauffassung spricht zunächst, dass in der Praxis eine ausdrückliche Bezeichnung für diese Tätigkeit in der Liste der freien Gewerbe vorgesehen ist. Diese Gewerbeberechtigung lautet zum Zeitpunkt der Anmeldung durch die Beschwerdeführerin ‚Tierpflege, Tierpension sowie Tiertrainer', nunmehr ‚Ausbildung, Betreuung, Pflege und Vermietung von Tieren sowie die Beratung hinsichtlich artgerechter Haltung und Ernährung von Tieren mit Ausnahme der den Tierärzten vorbehaltenen diagnostischen und therapeutischen Tätigkeiten'.
Die Anmeldung dieser Gewerbeberechtigung enthält somit den Begriff einer Xschule nicht, weshalb es an dieser Stelle auch nicht erforderlich ist, sich mit diesem Begriff einer Xschule in Bezug auf § 2 Abs. 1 Z 12 GewO 1994 auseinanderzusetzen. Der Gewerbewortlaut bezieht sich primär auf Tätigkeiten oder Maßnahmen mit oder gegenüber Tieren, die Gewährung einer Pension für Tiere sowie das Training von Tieren, deutet somit in keiner Art und Weise auf die Schulung der Tiereigentümer hin, auch wenn diese zum Teil anwesend sind.

Für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ergibt sich somit aus den dargelegten Gründen, dass die Gewerbeordnung auf die Tätigkeiten der Beschwerdeführerin, Standort P, X, anwendbar ist.

In Beachtung dieser Rechtslage hat die Beschwerdeführerin auch ihre Tätigkeiten bei der belangten Behörde als Gewerbe angemeldet und so drei Gewerbescheine, nämlich für die Gewerbe Organisation von Seminaren, Schulungen und Aus- und Weiterbildungsveranstaltungen, Tierpflege, Tierpension sowie Tiertrainer bzw. das Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe und Handelsagent, erworben. Diese Gewerbeberechtigungen waren auch zum Zeitpunkt der durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nach Auskunft der Beschwerdeführerin aufrecht.

In Beachtung dieser Sach- und Rechtslage hat die Beschwerdeführerin auch um Erteilung einer Betriebsanlagengenehmigung für ihre Anlage bei der belangten Behörde angesucht. Im Rahmen der darüber durchgeführten mündlichen Verhandlung wurden Einwendungen von Nachbarn bekannt, welche bei der Verhandlung anwesend waren und ihre Einwendungen wegen Lärmbelästigungen zu Protokoll gaben.

Bereits diese Sachverhaltsfeststellungen, ergänzt durch die Aussagen des beigezogenen gewerbe- und lärmtechnischen Amtssachverständigen, dass durch X jedenfalls mit Lärmwahrnehmungen zu rechnen ist, lassen keine Zweifel offen, dass es sich bei der gegenständlichen Betriebsanlage um eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage handelt.

Entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin ist ausschlaggebend für die Genehmigungspflicht der Anlage nach § 74 Abs. 1 und 2 GewO 1994, dass die Anlage geeignet ist, u.a. Nachbarn durch Lärm etc. zu belästigen. Die Rechtsfrage, ob Nachbarn durch das konkrete Projekt tatsächlich belästigt, unzumutbar belästigt oder in ihrer Gesundheit gefährdet werden, ist im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren zu klären.

Die Tatsache, dass Maßnahmen erforderlich sind, um Lärmimmissionen bei den Nachbarn zu reduzieren, um allenfalls ein genehmigungsfähiges Projekt erstellen zu können, zeigt sich im vorgelegten lärmtechnischen Projekt der X GmbH, welches Organisationsmaßnahmen, Schutzplanen, Lärmschutzwände etc. vorsieht und in den Berechnungen berücksichtigt. Dieses Vorsehen von solchen Maßnahmen, um nach Auffassung des von der Beschwerdeführerin beauftragten privaten Sachverständigenunternehmens eine genehmigungsfähige Betriebsanlage zu ermöglichen, kann jedenfalls die Genehmigungspflicht derselben nicht in Frage stellen.
Ob das eingereichte und von der Beschwerdeführerin durch Projektsnachreichungen verbesserte Projekt im Grunde des § 77 GewO letztlich genehmigungsfähig ist, wird im Rahmen des bei der belangten Behörde anhängigen Genehmigungsverfahrens abzuklären sein, ist jedenfalls nicht Gegenstand des gegenständlichen Verfahrens.
Gegenstand dieses Verfahrens ist vielmehr die Beantwortung der Frage, ob - im Grunde des § 360 Abs. 1 GewO 1994 - die Behörde zu Recht vom Bestehen des Verdachtes einer Übertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 2 GewO 1994, nämlich von der Errichtung bzw. vom Betrieb einer genehmigungspflichtigen Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung, ausgegangen ist.

Da diese Frage auf Grund der dargestellten Sach- und Rechtslage mit ja zu beantworten war, ergingen in der Folge die Verfahrensanordnung und in weiterer Folge der nunmehr bekämpfte, auf der zitierten Rechtsgrundlage ergangene Bescheid zu Recht, ..."

Gegen diese Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich hat die Bf eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben. Dieser hat mit Beschluss vom 12. Oktober 2016, E 246/2016-6, die Behandlung der Beschwerde abgelehnt. Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gegen diese Entscheidung wurde von der Bf - wenn auch verspätet und gemeinsam mit Anträgen auf Wiedereinsetzung und Verfahrenshilfe - eingebracht. Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 11. Mai 2017, Ra 2017/04/0045, wurde der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ab- und die Revision zurückgewiesen.

Wenn die Bf weiters vorbringt, sie wäre zur Schulung von Landwirtinnen (X-halterinnen) in ihrer Tätigkeit als Landwirtin als Dienstleistung für andere Landwirte, welche X zu einem landwirtschaftlichen Zweck halten, im Sinne des § 4 Z 6 Tierschutzgesetz (TSchG) außerhalb der Gewerbeordnung berechtigt, so ist dazu festzuhalten, dass § 4 TSchG lediglich Begriffsbestimmungen beinhaltet, wie bspw. in Z 6 die Definition der „landwirtschaftlichen Nutztiere". Demnach sind dies „alle Haus- und Wildtiere, die zur Gewinnung tierischer Erzeugnisse (z.B. Nahrungsmittel, Wolle, Häute, Felle, Leder) oder zu anderen land- oder forstwirtschaftlichen Zwecken gehalten werden". Sofern die Bf mit diesem Vorbringen beabsichtigt, sich auf die Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 1 Z 12

GewO 1994 zu berufen, ist diesbezüglich auf die vorangehenden Ausführungen zu verweisen. Außerdem beruft sich die Bf lediglich im Hinblick auf zwei Xhalterinnen auf diese Bestimmung. Bezüglich der weiteren zur Last gelegten drei Halter stellt auch die Bf selbst eine gewerbliche Tätigkeit nicht in Abrede, sodass diese Argumentation ohnehin ins Leere verläuft.

Wenn die Bf weiters vorbringt, ihr Ansuchen auf Betriebsanlagengenehmigung sei „erschlichen“ worden und sie sei dadurch in eine unverschuldete Notlage gekommen, ist darauf zu verweisen, dass der objektive Tatbestand des § 366 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 mit dem Betreiben einer genehmigungspflichtigen Betriebsanlage ohne Genehmigung verwirklicht wird, dies unabhängig davon, ob bereits ein dahingehender Antrag gestellt wurde oder nicht. Die Genehmigungspflicht einer gewerblichen Betriebsanlage richtet sich - wie auch schon in obzitierter Vorentscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich ausführlich erläutert - lediglich nach der bloßen Eignung, nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 GewO 1994 verursachen zu können.

Zum Vorbringen, die Bf schule lediglich den Menschen und nicht das Tier, ist ebenso auf obzitierte Ausführungen zu verweisen.

Gemäß dem mündlichen Vorbringen sowie vorgelegten Unterlagen in der mündlichen Verhandlung steht unbestrittenermaßen fest, dass die Bf die Anlage im vorgeworfenen Tatzeitraum betrieblich genutzt hat. Der Betrieb der Anlage ist ihr daher jedenfalls zuzurechnen. Der Betrieb der Anlage wurde auch von der Bf selbst im Rahmen der durchgeführten mündlichen Verhandlung bestätigt und ist demnach der ihr zur Last gelegte Tatvorwurf des § 366 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 jedenfalls objektiv erfüllt.

6.3. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren 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 Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die

maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Im gegenständlichen Fall ist die verhängte Geldstrafe nicht im oberen Bereich des Strafrahmens angesiedelt und trägt jedoch grundsätzlich auch dem Gedanken der Spezialprävention Rechnung. Dem Gesamteindruck der wirtschaftlichen Situation der Bf im Zuge des Beschwerdeverfahrens folgend, kommt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich aus heutiger Sicht zum Ergebnis, dass die Schätzung des monatlichen Nettoeinkommens der Bf zu hoch ausgefallen ist, zumal die Bf im Vorfeld zur mündlichen Verhandlung einen - mittlerweile mangels Komplexität der Rechtssache abgewiesenen - Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe unter Beilage von Saldenlisten aus dem Jahr 2016, Kontoauszügen, Belegen über bestehende Kredite, Schulden etc. stellte, aus denen hervorgeht, dass die Bf im Jahr 2016 insgesamt Verluste in Höhe von rund X Euro erwirtschaftete. Eine teilweise Herabsetzung der verhängten Geldstrafe erscheint aus diesem Grunde gerechtfertigt. Eine weitere Reduzierung der Geldstrafe war jedoch nicht zuletzt auch auf Grund der der Bf bekannten Gewerbeausübung nicht möglich, die Bf hätte sich letztlich der Gewebeausübung bewusst sein müssen, hat sie doch selbst die bestehenden Gewerbeberechtigungen durch ihre Anmeldung erlangt und auch eine gewerberechtliche Betriebsanlagengenehmigung beantragt. Außerdem war ihr auch der - wenngleich im Tatzeitpunkt noch nicht rechtskräftige – Schließungsbescheid bekannt.
Wenn die Bf vorbringt, sie sei durch das „Erschleichen“ eines Ansuchens um Genehmigung in eine unverschuldete Notlage geraten, vermag daraus auch kein Milderungsgrund entnommen werden, zumal die Genehmigungspflicht unabhängig von diesbezüglichen Aufforderungen bzw. Handlungen seitens der belangten Behörde besteht, sondern wie bereits mehrfach erläutert, sich aus der bloßen Eignung zu Gefährdungen bzw. Belästigungen ableitet. Des Weiteren liegt der Milderungsgrund der Notlage im Sinne des § 19 Abs. 2 VStG iVm § 34 Z 10 StGB nur vor, wenn durch eine nicht auf Arbeitsscheu zurückzuführende drückende Notlage zur Tat bestimmt worden ist. Dass die Bf alleine durch ihre finanzielle Notlage (die genannte drückende Notlage ist allein wirtschaftlich zu definieren (12 Os 14/01) und nur bei einem bestehenden oder drohenden Mangel am notwendigen Lebensunterhalt zur Tatzeit anzunehmen (13 Os 83/93, 11 Os 15/96)) zur gegenständlichen Tat bestimmt wurde, wurde weder vorgebracht noch ergaben sich im Ermittlungs- bzw. Beschwerdeverfahren Hinweise dahingehend. Zwar liegt zweifelsohne bei der Bf eine finanziell prekäre Situation vor, jedoch war dies nicht die primäre Motivation der Bf, die sie zum Betreiben der Betriebsanlage ohne dementsprechende Genehmigung verleitete. Vielmehr vertritt die Bf die - irrige -

Rechtsauffassung, ihre Tätigkeit sei vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen. Der finanziellen Situation wurde ohnehin bereits entsprechend § 19 Abs. 2 letzter Satz VStG Rechnung getragen. Weitere Milderungsgründe wurden auch von der Bf selbst nicht vorgebracht und liegen auch aus Sicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich nicht vor.

Erschwerungsgründe lagen keine vor. Zwar lagen im Tatzeitpunkt zwei Straferkenntnisse vom 8. März bzw. 15. März 2016 gegen die Bf vor, jedoch waren diese im Tatzeitpunkt noch nicht in Rechtskraft erwachsen. Die Bf sei jedoch darauf verwiesen, dass im Falle weiteren genehmigungslosen Betreibens der Betriebsanlage wohl mit höheren Strafen seitens der belangten Behörde zu rechnen sein wird.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG kann die Behörde bei Vorliegen der kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen und die Einstellung verfügen. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies geboten ist, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.
In Anlehnung an die bisherige Judikatur zu § 21 VStG (welcher der obzitierten Nachfolgebestimmung des § 45 Abs. 1 Z 4 leg. cit. gewichen ist) hat - neben der Rechtsgutqualifikation - für die Erfüllung der Voraussetzungen für die Nichtverhängung einer Strafe im konkreten Anlassfall das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückzubleiben.
Ein derartig geringfügiges Verschulden, welches das Absehen von der Strafe im Grunde des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG rechtfertigen würde, liegt jedoch - wie auch oben dargestellt - nicht vor bzw. konnte ein solches im durchgeführten Verfahren, insbesondere auch nicht vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, dargelegt werden.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich kommt unter Berücksichtigung sämtlicher hervorgekommener Erschwerungs- und Milderungsgründe zur Auffassung, dass bei Berücksichtigung der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse mit der Verhängung der entsprechend herabgesetzten Geldstrafe das Auslangen zu finden ist. Die wirtschaftliche Situation alleine kann die Herabsetzung der Strafe begründen, nicht jedoch den Ausspruch einer Ermahnung.

Auf Grund der dargestellten Sach- und Rechtslage war wie im Spruch zu entscheiden.

II. Entsprechend der Herabsetzung der Geldstrafe war auch die Ersatzfreiheitsstrafe und der Kostenbeitrag für das Verfahren durch die Strafbehörde herabzusetzen.

Auf Grund der teilweisen Stattgebung der Beschwerde entfällt die Vorschreibung von Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht.
Dies ist in den zitierten Gesetzesstellen begründet.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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 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.

H i n w e i s e

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

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

Dr. Reichenberger