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-850908/3/Re/FE

Datum: Linz, 18. April 2018

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Reichenberger über die Beschwerde der M G, X, vom 15. Jänner 2018 gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 21. Dezember 2017, GZ: BHFRBa-2017-472807/9-Pa, betreffend die Verfügung von Zwangsmaßnahmen gemäß § 360 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), dies unter Berücksichtigung der Berufungsvorentscheidung vom 28. Februar 2018, GZ: BHFRGE-2017-472807/34, und des daraufhin eingebrachten Vorlageantrages vom 16. März 2018,

A. zu Recht:

I. Anlässlich der Beschwerde wird der Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 21. Dezember 2017, GZ: BHFRBa-2017-472807/9-Pa, behoben.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst über die gleichzeitig eingebrachten entsprechenden Anträge betreffend Verfahrenshilfe und aufschiebende Wirkung

B. den B e s c h l u s s:

I. Den Anträgen wird keine Folge gegeben.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu A.I.:

1. Die Bezirkshauptmannschaft Freistadt hat mit dem Bescheid vom 21. Dezember 2017, GZ: BHFRBa-2017-472807/9-Pa, gegenüber M G, X, die Einstellung des Betriebes einer Hundepension in X, verfügt. Dies im Grunde des § 360 Abs. 1 GewO 1994 im Wesentlichen mit der Begründung, bereits am 23. September 2015 erging von der Behörde eine Verfahrensanordnung gemäß § 360 Abs. 1 GewO 1994 mit der Aufforderung, den Betrieb der nicht genehmigten Betriebsanlage (Hundepension und Hundeschule) im Standort X, bis zum 31. Dezember 2015 zur Gänze einzustellen. Die Einstellung des Betriebes zur Gänze wurde in der Folge auch mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 9. März 2016, GZ: Ge20-41-2015, verfügt. Nachdem neuerlich ein Betrieb in der verfahrensgegenständlichen Anlage festgestellt worden sei, gleichzeitig weiterhin keine gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung vorliege, eine Genehmigungspflicht jedoch gegeben sei, war die Maßnahme zu verfügen.

2. Gegen diesen Bescheid hat M G mit Schriftsatz vom 15. Jänner 2018 innerhalb offener Frist Beschwerde erhoben und gleichzeitig beantragt, den angefochtenen Bescheid aufzuheben, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen sowie den gleichzeitig gestellten Antrag auf Verfahrenshilfe durch Beigebung eines Rechtsanwaltes zu bewilligen.
Dies im Wesentlichen mit der Begründung, es gebe am genannten Standort keine gewerbliche Hundepension mehr. Daran ändere nichts die bestehende Gewerbeanmeldung. Alleine aus einer Beschilderung könne nicht auf eine Genehmigungspflicht der Anlage geschlossen werden. Dass sich Hunde gewerbsmäßig auf ihrem Bauernhof aufhalten, sei eine Unterstellung ohne Ermittlungsverfahren. Auch auf Facebook werde auf die nicht gewerblichen Dienstleistungen hingewiesen. In der Folge spricht sie sich ausdrücklich gegen die Genehmigungspflicht dieser einem größeren Kreis von Personen angebotenen Tätigkeiten aus. Diverse landwirtschaftliche Tätigkeiten seien von der Gewerbeordnung ausgenommen. Die in Verwendung stehende Fläche auf dem Grundstück Nr. X der EZ X sei der Behörde seit 15. Dezember 2015 bekannt und von den Nachbarn als akzeptierte Ausweichfläche vorgeschlagen worden. Die im Verfahren angesprochene Homepage sei offline gestellt und gebe es de facto seit zwei Jahren keinen Homepageauftritt mehr. Eine bestehende Gefährdung durch Lärm könne nicht bewiesen werden. Zu- und Abfahrten seien bereits lärmtechnisch gemessen und beurteilt worden und lägen der Behörde vor. Ihr würden lediglich unbewiesene und unerhebliche Behauptungen zur Last gelegt und rechtswidriges Verhalten unterstellt, obwohl Ermittlungsergebnisse dagegen sprechen.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Freistadt hat diese Beschwerde gemeinsam mit dem zu Grunde liegenden Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Rechtsmittelentscheidung vorgelegt. Die belangte Behörde hat dabei keine inhaltlichen Äußerungen zum Beschwerdevorbringen abgegeben.
Die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich durch Einzelrichter ergibt sich aus §§ 2 und 3 VwGVG.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde.

Im Grunde des § 24 Abs. 2 VwGVG entfällt die Notwendigkeit der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung.

4. In der Sache hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

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 mittätigen 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.

Gemäß § 360 Abs. 1 GewO 1994 hat die Behörde, wenn der Verdacht einer Übertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 1, 2 oder 3 besteht, unabhängig von der Einleitung eines Strafverfahrens, den Gewerbeausübenden bzw. den Anlageninhaber mit Verfahrensanordnung zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes innerhalb einer angemessenen, von der Behörde zu bestimmenden Frist aufzufordern; eine solche Aufforderung hat auch dann zu ergehen, wenn der Verdacht einer Übertretung gemäß § 367 Z 25 besteht und nicht bereits ein einschlägiges Verfahren gemäß § 78 Abs. 2, § 79 c Abs. 4 oder § 82 Abs. 3 anhängig ist. Kommt der Gewerbeausübende bzw. der Anlageninhaber dieser Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist nicht nach, so hat die Behörde mit Bescheid die zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes jeweils notwendigen Maßnahmen, wie die Stilllegung von Maschinen oder die Schließung von Teilen des Betriebes oder die Schließung des gesamten Betriebes, zu verfügen.

Bei den Übertretungen gemäß § 366 Abs. 1 Z 1, 2 oder 3 der GewO 1994 handelt es sich um die Straftatbestände der Gewerbeausübung ohne erforderlicher Gewerbeberechtigung (Z 1), des Errichtens oder Betreibens einer genehmigungs-pflichtigen Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung (Z 2) bzw. des Änderns einer genehmigten Betriebsanlage oder des Betriebes derselben nach einer Änderung ohne erforderliche Genehmigung.

Als allgemeine Voraussetzung für ein Vorgehen nach § 360 GewO 1994 führt der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Judikatur für die Verfügung von Maßnahmen die tatsächliche Ausübung der Tätigkeit bzw. den tatsächlichen Betrieb der Betriebsanlage an. Der normative Inhalt des § 360 Abs. 1 leg. cit. setzt für die Anordnung jeweils notwendiger Maßnahmen das weiterhin gegebene Nichtvorliegen eines der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes voraus (VwGH 20.1.1987, 86/04/0139). Dabei darf die Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes durch jeweils notwendige Maßnahmen lediglich der „contrarius actus“ zu jenen Zuwiderhandlungen sein, hinsichtlich derer der Verdacht einer Verwaltungsübertretung besteht.

Die in § 360 Abs. 1 GewO 1994 geregelte Ermächtigung zur Verfügung einstweiliger Zwangs- und Sicherheitsmaßnahmen hat zur Voraussetzung, dass eine solche Maßnahme erst nach einer entsprechenden Aufforderung (Verfahrensanordnung) zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes gesetzt werden darf. Dabei bedeutet die „Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes“ die Wiederherstellung jener Sollordnung, die sich aus den in Betracht kommenden gewerberechtlichen Bestimmungen ergibt, also etwa die Einstellung der unbefugten Gewerbeausübung, die Einstellung des unbefugten Errichtens oder Betreibens einer Betriebsanlage, die Schließung des gesamten Betriebes, die Einhaltung einer Bescheidauflage etc.

5. Die Behörde stellt in ihrer Entscheidung unter anderem fest, dass die Beschwerdeführerin bereits mit Verfahrensanordnung vom 23. September 2015 aufgefordert wurde, die gewerbebehördlich nicht genehmigte Betriebsanlage (Hundepension) in X, zur Gänze einzustellen. Da diese Verfahrensanordnung nicht befolgt wurde, wurde daraufhin die Schließung als Maßnahme nach § 360 Abs. 1 GewO 1994, und zwar bereits mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 9. März 2016, GZ: Ge20-41-2015, verfügt.

Da nunmehr neuerlich ein Betrieb ohne Genehmigung festgestellt worden sei, sei neuerlich die Schließung zu verfügen.

Zur rechtlichen Beurteilung der vorgegebenen Sachlage ist zunächst festzustellen, dass der Schließungsbescheid der belangten Behörde vom 9. März 2016, GZ: Ge20-41-2015, der nach fruchtloser Aufforderung laut Verfahrensanordnung vom 23. September 2015 ergangen ist und den Betrieb einer gewerblichen Betriebsanlage ohne erforderliche Genehmigung als Grundlage verwendet, zu Recht ergangen ist. Der dagegen erhobenen Beschwerde wurde vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Erkenntnis vom 12. August 2016, GZ: LVwG-850593/6/Re/BHu, keine Folge gegeben. Die dagegen von der Beschwerdeführerin eingebrachte Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof bzw. Revision an den Verwaltungsgerichtshof brachten keinen Erfolg und wurden zurückgewiesen bzw. abgelehnt.

Im gegenständlichen Verfahren stützt sich die Behörde zur Erlassung eines neuerlichen Bescheides (§ 360 GewO) auf die bereits zitierte Verfahrensanordnung vom 23. September 2015. Eine neuerliche Verfahrensanordnung seit dem in der Zwischenzeit nicht mehr dem Rechtsbestand angehörenden Schließungsbescheid vom 9. März 2016 ist nicht erfolgt.
Hierzu ist festzustellen:
§ 360 Abs. 1 GewO 1994 bezweckt die kurzfristige und vorübergehende Beseitigung einer Gefahr oder Belästigung und ist als solche gegenüber anderen Maßnahmen abzugrenzen. Aus dem kurzfristigen und vorübergehenden Zweck der gemäß § 360 Abs. 1 GewO 1994 zu treffenden Maßnahmen ergibt sich nach der

Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, dass es nicht im Sinne des Gesetzes liegen würde, wenn es der Behörde unbenommen bliebe, nach Erlassung einer Verfahrensanordnung nicht nur eine - auf ein Jahr befristete - Maßnahme, sondern unmittelbar hintereinander mehrere solcher Maßnahmen zu erlassen. Besteht nach Ablauf der ex lege befristeten Maßnahme wieder ein (gleichartiger) der Rechtsordnung widersprechender Zustand, so hat die Behörde den Gewerbeausübenden oder Anlageninhaber neuerlich mit Verfahrensanordnung aufzufordern, diesen Zustand zu beseitigen, und kann erst, wenn dieser Anordnung wieder nicht nachgekommen wird, eine neuerliche Maßnahme verfügen. Die Behörde kann auch vor Außerkrafttreten einer Maßnahme eine neuerliche Verfahrensanordnung erlassen, um eine lückenlose Hintanhaltung des rechtswidrigen Verhaltens zu erreichen. Das Fehlen einer (neuerlichen) Verfahrensanordnung bewirkt hingegen eine nicht vorliegende Zulässigkeit der Maßnahme (VwGH 24.5.2006, 2006/04/0033).

Da die Behörde im gegenständlichen Falle eine neuerliche Maßnahme nach § 360 Abs. 1 GewO 1994 verfügt hat, dies aufbauend auf die bereits im September 2015 ergangene Verfahrensanordnung, erfolgte die Verfügung dieser Zwangsmaßnahme im gegenständlichen Fall noch nicht zu Recht, da eine neuerliche Verfahrensanordnung (nach neuerlicher Überprüfung) vor dieser bescheidmäßigen Verfügung nicht erfolgt ist.

Aus diesem Grunde war auf Grund der dargestellten Sach- und Rechtslage der zitierte Bescheid der Behörde zu beheben, ohne auf weiteres Beschwerdevorbringen einzugehen.

Die Beschwerdeführerin ist jedoch abschließend ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass diese Aufhebung des Bescheides ausschließlich aus formalrechtlichen Gründen erfolgt und keinesfalls eine Aussage dahingehend trifft, dass es sich beim Betrieb der gegenständlichen Anlage um einen zulässigen Betrieb handeln könnte. Soweit in Hinkunft ein gewerblicher Betrieb der Anlage erfolgt, wird die Betreiberin mit neuerlichen Verfahren gegen sie (§ 366 GewO iVm VStG, § 360 GewO 1994) zu rechnen haben.

Zu B.I.:

Auf Grund des Ergebnisses des Verfahrens war den Anträgen auf Verfahrenshilfe für ein Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich und auf aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels keine Folge zu geben.

Zu A.II. und B.II.:

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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Rechtsmittelbelehrung

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.

Hinweis

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reichenberger