

**1. Beurteilen Sie die Entscheidung des VwG! (25 P + 7 ZP)**

**A. Anwendbarkeit des ForstG (6 P + 2 ZP)**

- Die Anwendbarkeit der forstrechtlichen Bestimmungen knüpft am Begriff „Wald“ an: Als Wald iSd § 1a Abs 1 iVm dem Anhang zum ForstG sind mit Holzgewächsen der im Anhang angeführten Arten (forstlicher Bewuchs) bestockte Grundflächen zu verstehen, soweit die Bestockung mindestens eine Fläche von 1.000 m<sup>2</sup> und eine durchschnittliche Breite von 10 m erreicht. (1 P)
- Gem § 1a Abs 2 ForstG sind auch jene Grundflächen Wald im Sinne des § 1a Abs 1 ForstG, deren forstlicher Bewuchs infolge Nutzung oder aus sonstigem Anlass vorübergehend vermindert oder beseitigt ist. (1 P) Die von Wendy geschaffenen Freiflächen schaden der Waldeigenschaft nicht. (1 P)
- + *Damit soll ein Waldeigentümer, der weder Benützungsbewilligungen einholt noch einen Rodungsantrag stellt, sondern den Waldboden sogleich für waldfremde Zwecke verwendet, nicht dadurch bessergestellt werden, dass die gesetzten Maßnahmen zum Verlust der Waldeigenschaft führen. (1 ZP)*
- Die rechtliche Eigenschaft „Wald“ bezieht sich auf „Grundflächen“ (vgl § 1a Abs 1 ForstG). Es ist daher ohne Belang, ob die zu beurteilende Fläche mit einem bestimmten Grundstück ident ist, nur einen Teil davon erfasst, oder – wie vorliegend – mehrere Grundstücke, nämlich Nr 10/A und Nr 10/B, betrifft. (1 P)
- + *Eine Ausnahme iSd § 1a Abs 4 und 5 ForstG liegt im konkreten Fall nicht vor. (1 ZP)*
- Die Grundstücke von Wendy sind mit Eiben und Tannen bestockt, die zu den im Anhang zum ForstG näher bestimmten Holzgewächsen zählen. (1 P) Die bestockte Grundfläche umfasst eine Fläche von 2.000 m<sup>2</sup> und eine Breite von durchschnittlich 17 m und fällt daher in den Anwendungsbereich des ForstG gem § 1a Abs 1 iVm dem Anhang zum ForstG. (1 P)

**B. Verfahrensgegenstand (8 P)**

- Das VwG ist aufgrund einer zulässigen Beschwerde gem § 28 Abs 2 VwGVG iVm Art 130 Abs 4 B-VG grundsätzlich zur Entscheidung „in der Sache selbst“ verpflichtet. (1 P)
- Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH ist „Sache“ des Beschwerdeverfahrens der Gegenstand des Verfahrens in der Vorinstanz. (1 P)
- Das ist grundsätzlich jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruchs des angefochtenen Bescheides der Unterinstanz gebildet hat. (1 P)
- Die „Sache“ des bekämpften Bescheides bildet den äußersten Rahmen für die Prüfungskompetenz des VwG. Es darf sachlich nicht über mehr absprechen. (1 P)
- Die „Sache“ kann allerdings nicht generell oder rein aus dem verbalen Inhalt des Spruchs, sondern nur aufgrund der jeweiligen Verwaltungsvorschrift, welche die konkrete Sache bestimmt, eruiert werden. (1 P)
- Die einschlägige Verwaltungsvorschrift in diesem Verfahren bildet § 172 Abs 6 ForstG zur Erlassung von möglichen Vorkehrungen einschließlich der erforderlichen Sicherungsmaßnahmen zur Walderhaltung. (1 P)

- Im Rahmen dieser Verwaltungssache ist das VwG auch berechtigt, andere – seiner Ansicht nach für die Walderhaltung besser geeignete – Maßnahmen anzuordnen. **(0,5 P)**
- Aus dem gesamten Sachverhalt (topografisches Naheverhältnis, einheitliches Forstgut, zusammenhängendes Wegenetz), der forstrechtlichen Einteilung in Grundflächen anstatt Grundstücken und aus der Begründung (arg: „gesamtes Forstgut“) des erstinstanzlichen Bescheides ergibt sich, dass sich die angeordneten Maßnahmen zur Walderhaltung auf die gesamte Grundfläche beziehen und nicht nur auf das ausdrücklich im Bescheid genannte Grundstück Nr 10/A. **(1 P)**
- Das VwG kann daher im Rahmen der „Sache“ des Verfahrens gem § 172 Abs 6 ForstG für die gesamte Grundfläche, welche auch das Grundstück Nr 10/B inkludiert, die zur Walderhaltung erforderlichen Maßnahmen anordnen. **(1 P)**

*[Alternativ können bis zu 2 P vergeben werden, wenn sinnvoll argumentiert wird, dass es zur Bestimmung der „Sache“ primär auf den Spruch des Bescheides der Verwaltungsbehörde ankommt und das VwG für das Grundstück Nr 10/B daher keine Maßnahmen anordnen durfte]*

### **C. Rechte und Pflichten iSd ForstG (5 P + 5 ZP)**

- + Grundsätzlich darf gem § 33 Abs 1 ForstG jedermann den Wald zu Erholungszwecken betreten und sich dort aufhalten (forstrechtlicher Gemeindegebrauch). **(1 ZP)**
- + Gem § 33 Abs 3 ForstG ist eine über § 33 Abs 1 ForstG hinausgehende Benutzung, wie insbesondere Reiten, nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Waldeigentümers zulässig. **(1 ZP)**
- + Der Umstand, dass Reiten im Wald mit Zustimmung des Grundeigentümers erlaubt ist, eröffnet keinesfalls die rechtliche Möglichkeit, ein Waldstück zu einer Reitsportanlage mit Wegen, Freiflächen und Hürden auszubauen. **(1 ZP)**
- Gem § 17 Abs 1 ForstG ist die Verwendung von Waldboden zu anderen Zwecken als für solche der Waldkultur verboten. **(1 P)**
- Sowohl die Errichtung von Wegen und Freiflächen als auch der Einbau von Hürden stellen eine solche bestimmungsfremde Nutzung von Waldboden und daher eine Rodung iSv § 17 Abs 1 ForstG dar. **(1 P)**
- Wenn kein besonderes öffentliches Interesse an der Erhaltung dieser Fläche als Wald besteht und um Bewilligung angesucht wird, kann die Forstbehörde eine Rodung gem § 17 Abs 2 ForstG bewilligen. Wendy hat aber laut SV nie um eine solche Bewilligung zur Rodung angesucht. Vielmehr ist sie der Meinung, als Eigentümerin zu Umbauten berechtigt zu sein. Sie handelt somit zuwider § 17 Abs 1 ForstG. **(1 P)**
- + Eine Ausnahme gem § 17a Abs 1 liegt nicht vor. **(1 ZP)**
- + Das Vorhandensein einer kleinen Kahlfäche oder Räume (§ 1a Abs 7 ForstG), die durch die Errichtung der Freiflächen und Reitwege entstanden ist, kann das grundsätzliche Interesse an der Erhaltung der gegenständlichen Fläche als Wald nicht schmälern. **(1 ZP)**
- Gem § 13 Abs 1 ForstG hat der Waldeigentümer Kahlfächen und Räumen mit standorttauglichem Vermehrungsgut forstlicher Holzgewächse rechtzeitig wiederzubewalden. Wendy müsste daher die Flächen iSd § 13 ForstG in geeigneter Weise aufforsten. **(1 P)**

- *Wendy* handelt nicht im Einklang mit ihren Pflichten iSd ForstG (§ 13 Abs 1; § 17 Abs 1 ForstG). (1 P)

**D. Forstpolizeilicher Auftrag (6 P)**

- Der Forstbehörde obliegt gem § 172 ForstG insbesondere die behördliche Überwachung der forstrechtlichen Pflichten (Forstaufsicht) und die Feststellung der relevanten tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse (forstliche Durchforschung). (1 P)
- Zu diesem Zweck sind die Organe der Forstbehörde ermächtigt, jeden Wald zu betreten, Auskünfte zu verlangen und Untersuchungen vorzunehmen (§ 172 Abs 1 und 2 ForstG). Im vorliegenden Fall hat im Rahmen der Vollziehung der Forstaufsicht eine forstliche Durchforschung des Forstgutes von *Wendy* stattgefunden. (1 P)
- Gem § 172 Abs 6 ForstG hat für den Fall, dass der Waldeigentümer bei Behandlung des Waldes die forstrechtlichen Vorschriften außer Acht lässt, die Behörde, unbeschadet der allfälligen Einleitung eines Strafverfahrens, die zur umgehenden Herstellung des den Vorschriften entsprechenden Zustandes möglichen Vorkehrungen einschließlich der erforderlichen Sicherungsmaßnahmen unmittelbar anzuordnen und nötigenfalls gegen Ersatz der Kosten durch den Verpflichteten durchführen zu lassen. (0,5 P)
- Als Waldeigentümerin, welche die Umbauten im Wald vorgenommen hat, ist *Wendy* Verpflichtete iSd § 172 Abs 6 ForstG. (1 P)
- Die Entscheidung des VwG, mit der die Entfernung aller Einbauten sowie die Überlassung aller sonstigen Wege und freigehaltenen Flächen „der natürlichen Sukzession“ vorgeschrieben wurden, ermöglicht eine natürliche Aufforstung. Sie dient der umgehenden Herstellung des den Vorschriften entsprechenden Zustandes und ordnet damit zulässige und geeignete Vorkehrungen einschließlich der erforderlichen Sicherungsmaßnahmen zur Walderhaltung iSd § 172 Abs 6 ForstG an. (2 P)

**2. Wie hat *Wendy* dabei vorzugehen und wie stehen ihre Erfolgchancen? (44 P + 15 ZP)**

**A. Zulässigkeit der Bescheidbeschwerde (16 P + 7 ZP)**

**a) Anwendbarkeit des Steiermärkischen Baugesetzes (2 P)**

- Die in den Boden einbetonierte offene Güllegrube ist eine Anlage, die mit dem Boden in Verbindung steht und zu deren fachgerechter Herstellung bautechnische Kenntnisse erforderlich sind. (1 P)
- Sie ist damit als bauliche Anlage iSd § 4 Z 13 Stmk BauG zu qualifizieren und daher vom Anwendungsbereich des Steiermärkischen Baugesetzes erfasst. (1 P)

**b) Zuständigkeit (9 P + 6 ZP)**

- + Die erteilte Benützungsbewilligung gem § 38 Abs 5 Stmk BauG ist ein Bescheid, da es sich um einen normativen Verwaltungsakt einer Verwaltungsbehörde handelt, der gegenüber einem konkreten, individuellen Adressaten erlassen wurde. (1 ZP)
- + Aufgrund von Art 118 Abs 3 Z 9 B-VG sind die Bestimmungen des Baurechts („örtliche Baupolizei“) grundsätzlich im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde zu vollziehen. (1 ZP)

- + *Die Gesetze haben gem Art 118 Abs 2 zweiter Satz B-VG derartige Angelegenheiten ausdrücklich als solche des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde zu bezeichnen. Durch § 1 Stmk BauG werden die in diesem Gesetz geregelten Angelegenheiten verfassungskonform als solche des eigenen Wirkungsbereiches bezeichnet. (1 ZP)*
- Das Baurecht wird im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde vollzogen (§ 1 Stmk BauG). **(1 P)**
- In Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde besteht gem Art 118 Abs 4 zweiter Satz B-VG grundsätzlich ein zweistufiger Instanzenzug. **(1 P)**
- + *Eine Beschwerde beim Verwaltungsgericht kann in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde erst nach Erschöpfung des Instanzenzuges erhoben werden (Art 132 Abs 5 B-VG) (1 ZP), sofern dieser nicht gesetzlich ausgeschlossen wurde (Art 118 Abs 4 Satz 2 zweiter Halbsatz B-VG). (1 P)*
- + *Der Ausschluss des Instanzenzuges kann nur durch den zuständigen Bundes- oder Landesgesetzgeber erfolgen (Art 115 Abs 2 B-VG) (1 ZP): Gem § 2 Abs 2 Stmk BauG ist eine Berufung (§ 63 AVG) gegen Bescheide der in § 2 Abs 1 Stmk BauG genannten Gemeindeorgane, darunter auch der Bürgermeister, ausgeschlossen. (1 P)*
- Gegen den Bescheid des Bürgermeisters kann Wendy daher Bescheidbeschwerde gem Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG erheben. **(1 P)**
- + *Zur sachlichen Zuständigkeit ist auszuführen, dass das Baurecht mangels ausdrücklicher Kompetenzzuweisung an den Bund gem Art 15 B-VG in Gesetzgebung und Vollziehung Landessache ist. (1 ZP)*
- Das steiermärkische Baurecht ist keine Angelegenheit der Vollziehung des Bundes, die unmittelbar von Bundesbehörden besorgt wird (Art 131 Abs 2 erster Satz B-VG). **(1 P)**
- Sachlich zuständig ist aufgrund der Generalklausel des Art 131 Abs 1 B-VG daher das LVwG. **(1 P)**
- In Sachen, die sich auf ein unbewegliches Gut beziehen (hier: Güllegrube), richtet sich die örtliche Zuständigkeit gem § 3 Abs 2 Z 1 VwGVG iVm § 3 Z 1 AVG nach der Lage des Gutes (*alternativ: § 3 Abs 1 VwGVG*). **(1 P)**
- Es ist daher das LVwG Steiermark zuständig. **(1 P)**
  
- c) Beschwerdelegitimation (2 P + 1 ZP)**
- Gem Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG ist diejenige Person legitimiert eine Bescheidbeschwerde zu erheben, die behauptet durch den Bescheid in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt zu sein, wobei die Verletzung möglich sein muss. **(1 P)**
- Wendy kann als Bescheidadressatin behaupten, durch den Bescheid in ihrem einfachgesetzlichen Recht, die baubehördliche Vorschreibung zusätzlicher Auflagen nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen dulden zu müssen (§ 29 Abs 6 Stmk BauG), verletzt zu sein. **(1 P)** + *Ebenso in Betracht kommt die Verletzung ihres verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf Eigentum (Art 5 StGG, Art 1 I. ZPEMRK). (1 ZP)*
  
- d) Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen (3 P)**
- Die Beschwerdefrist beträgt 4 Wochen. Der Fristenlauf beginnt mit dem Tag der Zustellung (§ 7 Abs 4 Z 1 VwGVG). **(1 P)**

- Die Beschwerde muss den notwendigen Inhalt aufweisen (§ 9 VwGVG) (1 P) und ist bei der belangten Behörde, dem Bürgermeister der Gemeinde St. Johann im Saggautal, einzubringen (§ 12 VwGVG). (1 P)

**B. Begründetheit der Bescheidbeschwerde (28 P + 8 ZP)**

**a) Zuständigkeit des Bürgermeisters (3 P)**

- Die sachlich zuständige Behörde in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde ist gem § 2 Abs 1 Stmk BauG grundsätzlich der Bürgermeister. (1 P)
- Die örtliche Zuständigkeit richtet sich in Sachen, die sich auf ein unbewegliches Gut beziehen, nach der Lage des Gutes (§ 3 Z 1 AVG). (1 P)
- Die Benützungsbewilligung, mit der zusätzliche Auflagen für *Wendys* Güllegrube vorgeschrieben wurden, erging von der örtlich und sachlich zuständigen Behörde, nämlich dem Bürgermeister der Gemeinde St. Johann im Saggautal. (1 P)

**b) Verfahren zur Vorschreibung anderer oder zusätzlicher Auflagen (25 P + 8 ZP)**

- Die Behörde hat – insbesondere auf Antrag eines Nachbarn – in begründeten Fällen andere oder zusätzliche Auflagen zur Baubewilligung nach dem Stand der Technik vorzuschreiben, sofern seit der Rechtskraft der Benützungsbewilligung schon mehr als zehn Jahre vergangen sind und die Interessen gem § 95 Abs 1 Stmk BauG durch eine aufrechte baubehördliche Bewilligung im Rahmen der Landwirtschaft nicht mehr ausreichend geschützt werden (§ 29 Abs 6 erster Satz Stmk BauG). (1 P)
- Die Bau- sowie die Benützungsbewilligung für die ursprüngliche Güllegrube mit einem Durchmesser von 6 Metern wurden im Jahre 2007 erteilt. Die Benützungsbewilligung liegt also bereits mehr als 10 Jahre zurück. (1 P)
- Die Güllegrube verursacht einen „unerträglichen Gestank“ und führt damit zu einer für die Nachbarn unzumutbaren sowie das ortsübliche Ausmaß übersteigenden Belästigung (§ 95 Abs 1 Z 2 Stmk BauG). Dafür spricht auch das von den Nachbarn eingeholte Sachverständigengutachten, in dem eine die Geruchszahl  $G = 20$  übersteigende Geruchsemission festgestellt wird. (1 P)
- Die Vorschreibung anderer oder zusätzlicher Auflagen gem § 29 Abs 6 Stmk BauG setzt allerdings zusätzlich das Vorliegen einer „aufrechten baubehördlichen Bewilligung“ voraus. (1 P)
- Es erscheint daher fraglich, ob der eigenmächtige Ausbau der Güllegrube noch von der bestehenden Baubewilligung gedeckt ist oder gesondert zu bewilligen gewesen wäre. (1 P)
- § 19 Abs 1 Z 1 Stmk BauG normiert für Neu-, Zu- oder Umbauten baulicher Anlagen eine Bewilligungspflicht. (1 P)
- Ein Umbau liegt aufgrund der deutlichen Vergrößerung der äußeren Abmessungen nicht vor (§ 4 Z 58 Stmk BauG). (1 P)
- Ein Zubau kommt wegen der Vergrößerung der (Geschoss-)Flächen um mehr als das Doppelte nicht in Betracht (§ 4 Z 64 Stmk BauG). (1 P)
- Die Vergrößerung der Güllegrube ist somit als Neubau im Sinne des § 4 Z 48 Stmk BauG zu werten, da diese bauliche Maßnahme weder Umbau noch Zubau darstellt. (1 P)

- Gem § 19 Abs 1 Z 1 Stmk BauG unterliegt die Vergrößerung der Güllegrube einer Bewilligungspflicht. **(1 P)** + *Diesbezüglich wäre (auf Ansuchen der Bauwerberin Wendy) ein neues Baubewilligungsverfahren durchzuführen. (1 ZP)*
- Der Bürgermeister durfte also nicht davon ausgehen, dass die Güllegrube im bestehenden (eigenmächtig ausgebauten) Zustand als bewilligt anzusehen war. Die Vorschreibung zusätzlicher Auflagen gem § 29 Abs 6 Stmk BauG scheidet mangels Vorliegens einer aufrechten baubehördlichen Bewilligung aus. **(1 P)**
- Darüber hinaus handelt es sich im konkreten Fall um keine Vorschreibung zusätzlicher Auflagen zur Baubewilligung im Sinne des § 29 Abs 6 Stmk BauG, sondern um eine gänzlich neue Benützungsbewilligung gem § 38 Abs 5 Stmk BauG. **(1 P)**
- + *Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH wird ein (bau-)bewilligungswidriger Zustand durch eine Benützungsbewilligung nicht saniert. Dafür spricht auch § 38 Abs 5 Stmk BauG: Diese Bestimmung regelt die Voraussetzungen für die Erteilung der Benützungsbewilligung und schreibt insbesondere vor, dass die Benützungsbewilligung nur dann zu erteilen ist, wenn die Anlage der (Bau-)Bewilligung entspricht (Z 1). (2 ZP)*
- Bezogen auf landwirtschaftliche Tierhaltungsbetriebe ist § 29 Abs 6 Stmk BauG außerdem erst ab einer Größe der Geruchszahl  $G = 20$  anzuwenden. In dem von den Nachbarn eingeholten Gutachten wurde eine Geruchszahl  $G = 22$  festgestellt. **(1 P)**
- Wendy betreibt auf ihrem Forstgut einen landwirtschaftlichen Betrieb mit Schweinezucht und damit einen landwirtschaftlichen Tierhaltungsbetrieb iSd § 29 Abs 6 zweiter Satz Stmk BauG. **(1 P)**
- Die Feststellung der Geruchsemission ist nur aufgrund besonderer Fachkenntnisse möglich. Dafür spricht bereits die in § 4 Z 32 Stmk BauG enthaltene Definition der Geruchszahl, welche „das Produkt aus der Tierzahl, einem tierspezifischen Faktor und einem landtechnischen Faktor“ ist und „nach den Regeln der Technik“ ermittelt wird. **(2 P)**
- Da nicht davon auszugehen ist, dass der Bürgermeister selbst über die notwendigen Fachkenntnisse verfügt, erfordert die Erforschung der materiellen Wahrheit die Aufnahme eines Sachverständigenbeweises. **(1 P)**
- Wird die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig, so sind primär die der Behörde beigegebenen oder zur Verfügung stehenden amtlichen Sachverständigen (Amtssachverständigen) beizuziehen (§ 52 Abs 1 AVG). **(1 P)**
- Nach § 52 Abs 2 AVG kann die Behörde aber ausnahmsweise andere geeignete Personen als Sachverständige (nichtamtliche Sachverständige) heranziehen, sofern Amtssachverständige nicht zur Verfügung stehen oder es mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles geboten erscheint. **(1 P)**
- + *Sofern im konkreten Fall kein Amtssachverständiger zur Verfügung stand, wäre der Bürgermeister zur Feststellung der Geruchsemissionen zumindest zur Beiziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen verpflichtet gewesen. (1 ZP) Die Bestellung eines nichtamtlichen Sachverständigen erfolgt gegenüber diesem mit einem verfahrensrechtlichen Bescheid. (1 ZP)*
- Der Bürgermeister hat sich vorliegend auf ein von den Nachbarn eingeholtes Sachverständigengutachten gestützt, in dem die Geruchszahl  $G = 22$  festgestellt wurde. **(1 P)**

- Die Beiziehung von nichtamtlichen Sachverständigen ist ausnahmsweise auch dann zulässig, wenn davon eine wesentliche Beschleunigung des Verfahrens zu erwarten ist, die Bestellung von einem Antragsteller angeregt wurde und die daraus entstehenden Kosten den vom Antragsteller bestimmten Betrag, den er zu übernehmen bereit ist, voraussichtlich nicht übersteigen (§ 52 Abs 3 AVG). (1 P)
- Die Nachbarn haben die Bestellung des Sachverständigen nicht angeregt, sondern das Sachverständigengutachten als Grundlage für ihren Antrag auf Vorschreibung zusätzlicher Auflagen bereits vor Antragstellung eingeholt. Die Ausnahme des § 52 Abs 3 AVG scheidet somit aus. (1 P)
- Ein „Privatsachverständiger“, der, wie im konkreten Fall, im Auftrag einer Partei für diese ein Gutachten erstellt, ist kein Sachverständiger iSd AVG und entbindet den Bürgermeister daher nicht von seiner Verpflichtung, ein Gutachten iSd § 52 AVG einzuholen. (1 P) + *Das Privatgutachten ist allerdings als Beweismittel zu berücksichtigen. (1 ZP)*
- Der Bürgermeister hat ausschließlich aufgrund des Gutachtens zusätzliche Auflagen vorgeschrieben. Die unterlassene Beiziehung eines (nichtamtlichen) Sachverständigen begründet einen Verfahrensfehler. (1 P) + *Außerdem kommt eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf ein faires Verfahren gem Art 6 EMRK in Frage. (1 ZP)*
- Das LVwG Steiermark hat gem § 28 Abs 2 VwGGV in der Sache selbst zu entscheiden und den Antrag der Nachbarn abzuweisen. Wendys Erfolgchancen sind daher gut. (1 P)
- + *Die bloß ersatzlose Behebung kommt nicht in Betracht, weil dem verwaltungsbehördlichen Bescheid des Bürgermeisters ein Antrag der Nachbarn zu Grunde liegt. (1 ZP)*

**3. Wie wird der VwGH in Bezug auf die Zulässigkeit und Rechtmäßigkeit der Revision entscheiden? (65 P + 22 ZP)**

**A. Zulässigkeit der Revision (19 P + 2 ZP)**

**a) Revisionsgegenstand und Revisionslegitimation (3 P)**

- Das Erkenntnis des VwG vom 1.3.2022, mit dem der Bescheid der BH bestätigt wird, ist gem Art 133 Abs 1 Z 1 B-VG ein zulässiger Revisionsgegenstand. (1 P)
- Gem Art 133 Abs 6 Z 1 B-VG ist zur Erhebung einer Revision legitimiert, wer durch das Erkenntnis in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt zu sein behauptet, wobei die Verletzung zumindest möglich sein muss. (1 P)
- Möglich ist hier eine Verletzung in Wendys Recht, eine Verwaltungsstrafe nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen dulden zu müssen. (1 P)

**b) Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (13 P + 1 ZP)**

- Gem Art 133 Abs 4 B-VG ist eine Revision nur zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. (1 P) + *Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Erkenntnis von der Rsp des VwGH abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rsp des VwGH nicht einheitlich beantwortet wird. (1 ZP)*

- § 25a Abs 1 VwGG bestimmt, dass das VwG im Spruch seines Erkenntnisses auszusprechen hat, ob die Revision gem Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. (1 P)
- Im konkreten Fall spricht das VwG die Zulässigkeit der Revision nur bezüglich der Frage des Fristenlaufs aus, da dazu noch keine Rsp des VwGH vorliege. Bezüglich der Frage der Strafbarkeit *Wendys* gem § 366 Abs 1 Z 1 und § 366 Abs 1 Z 2 GewO hat das VwG die Revision hingegen für unzulässig erklärt. (1 P)
- Spricht das VwG die Zulässigkeit der Revision aus, kann *Wendy* eine ordentliche Revision erheben. (1 P) Spricht es sich für die Unzulässigkeit der Revision aus, hätte *Wendy* eine außerordentliche Revision erheben müssen. (1 P)
- Die außerordentliche Revision muss gem § 28 Abs 3 VwGG gesondert die Gründe für die Zulässigkeit der Revision enthalten. (1 P)
- Im konkreten Fall hat *Wendy* eine ordentliche Revision erhoben, mit der sie nicht nur eine falsche rechtliche Bewertung der für zulässig erklärten Rechtsfrage (§ 43 Abs 1 VwGVG), sondern auch die Nichtverletzung der § 366 Abs 1 Z 1 und § 366 Abs 1 Z 2 GewO geltend macht. (1 P)
- Es stellt sich daher die Frage, ob *Wendy* bezüglich der nicht zugelassenen Rechtsfrage eine außerordentliche Revision hätte erheben müssen bzw ob die Revision nur bezüglich einzelner Rechtsfragen zugelassen werden darf. (2 P)
- Aus dem Wortlaut des Art 133 Abs 4 B-VG („die Revision“) kann abgeleitet werden, dass nur eine einheitliche Revision gegen ein Erkenntnis erhoben werden kann. Die Möglichkeit einer teilweisen Zulassung der Revision auf einzelne Rechtsfragen besteht nicht. (2 P)
- Aus dem Wortlaut des § 25a Abs 1 VwGG („ob die Revision“) ergibt sich korrespondierend, dass durch das VwG nur die Revision „an sich“ für zulässig erklärt werden kann. (1 P)
- Ausgehend davon muss der Ausspruch über die Zulassung der ordentlichen Revision durch das VwG so gedeutet werden, dass sowohl betreffend des Außerkrafttretens des Strafbescheids als auch betreffend des Verstoßes gegen § 366 Abs 1 Z 1 und § 366 Abs 1 Z 2 GewO eine ordentliche Revision von *Wendy* erhoben werden kann. (1 P)

*[Entscheidend ist die Behandlung des Problems der „teilweisen Zulassung“ der Revision. Auch ein anderes Ergebnis bei schlüssiger Argumentation bepunkten]*

**c) Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen (3 P + 1 ZP)**

- Die Revision muss gem § 25a Abs 5 VwGG schriftlich beim VwG eingebracht werden. (1 P)
- Die Frist beträgt gem § 26 Abs 1 Z 1 VwGG sechs Wochen ab Zustellung des Erkenntnisses (1 P) und muss den Inhaltsvoraussetzungen des § 28 Abs 1 VwGG entsprechen. (1 P)
- + *Die Revision ist im konkreten Fall nicht nach § 25a Abs 4 VwGG ausgeschlossen. (1 ZP)*

**B. Begründetheit (45 P +20 ZP)**

**a) Verletzung der Verhandlungspflicht (6 P + 3 ZP)**

- § 44 Abs 1 VwGVG sieht vor, dass das VwG grundsätzlich über jede Beschwerde eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen hat. (1 P)



- + *Ein Entfall der Verhandlung ist nur ausnahmsweise unter den in § 44 Abs 2 VwGVG taxativ aufgezählten Voraussetzungen vorgesehen, die im konkreten Fall aber nicht vorliegen. (1 ZP)*
- Das VwG kann (außerdem) von einer Verhandlung absehen, wenn eine der in § 44 Abs 3 VwGVG normierten Voraussetzungen erfüllt ist und keine Partei die Durchführung einer Verhandlung beantragt hat. Unter anderem kann von der Verhandlung abgesehen werden, wenn in der Beschwerde nur eine unrichtige rechtliche Beurteilung behauptet wird (Z 1). **(1 P)**
- Das VwG sieht von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung im konkreten Fall ab, weil „es nicht um Fragen der Beweiswürdigung oder strittige Tatsachenfeststellungen“ gehe. Damit stellt das VwG auf die Erfüllung des Tatbestands gem § 44 Abs 3 Z 1 VwGVG ab. **(1 P)**
- + *Auch im „zweiten Rechtsgang“ nach Aufhebung eines Erkenntnisses durch den VwGH darf eine mündliche Verhandlung nur bei Vorliegen der in den § 44 Abs 2 bis 4 VwGVG vorgesehenen Gründe entfallen. (1 ZP)*
- Tatsächlich hat Wendy in der Beschwerde nur eine unrichtige rechtliche Beurteilung behauptet, nämlich eine falsche Beurteilung betreffend die Erfüllung der Straftatbestände und der Frist des § 43 VwGVG. **(1 P)**
- Wendy hat zudem keinen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung gestellt (§ 44 Abs 3 VwGVG). **(1 P)**
- Das VwG hat somit rechtmäßig innerhalb seines durch § 44 Abs 3 VwGVG übertragenen Ermessensspielraumes gehandelt, indem es von der Durchführung der öffentlichen mündlichen Verhandlung abgesehen hat. **(1 P)**
- + *Das Ermessen des VwG ist unter Bedachtnahme auf Art 6 Abs 1 EMRK und Art 47 GRC auszuüben. (1 ZP)*

**b) Entscheidungsfrist gem § 43 VwGVG (10 P + 5 ZP)**

- Wendys Argument, wonach der Strafbescheid vom 13.5.2020 schon außer Kraft getreten ist, bezieht sich auf § 43 Abs 1 VwGVG. Sind in einem Verfahren seit dem Einlangen einer rechtzeitig eingebrachten und zulässigen Beschwerde des Beschuldigten gegen ein Straferkenntnis bei der Behörde 15 Monate vergangen, tritt das Straferkenntnis gem § 43 Abs 1 VwGVG von Gesetzes wegen außer Kraft. **(1 P)**
- Die Entscheidungsfrist des § 43 Abs 1 VwGVG ist ab Einlangen der Beschwerde bei der Behörde zu berechnen. **(1 P)**
- + *Gegenüber § 34 Abs 1 VwGVG, wonach die Frist nach Einlangen der Beschwerde beim VwG zu laufen beginnt, ist § 43 Abs 1 VwGVG als lex specialis zu werten. (1 ZP)*
- + *In die Entscheidungsfrist nach § 43 Abs 1 VwGVG ist auch die zweimonatige Frist einzurechnen, die der Behörde zur Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung offen steht. (1 ZP)*
- Wendy hat am 2.6.2020 rechtzeitig eine zulässige Bescheidbeschwerde bei der Behörde eingebracht. Gem § 43 Abs 1 VwGVG beginnt die 15-monatige Frist deshalb am 2.6.2020 zu laufen. **(1 P)**
- Die Frist gem § 43 Abs 1 VwGVG endet daher grundsätzlich am 2.9.2021 und wäre am 15.2.2022 (Datum des zweiten VwG-Erkenntnisses) bereits abgelaufen. **(2 P)**

- § 43 Abs 2 VwGVG bestimmt allerdings, dass Zeiten von Verfahrensunterbrechungen gem § 34 Abs 2 VwGVG und § 51 VwGVG nicht in die 15-monatige Frist einzurechnen sind. **(1 P)**
- Im konkreten Fall ist eine Verfahrensunterbrechung gem § 43 Abs 2 iVm § 34 Abs 2 Z 2 VwGVG denkbar, wonach Zeiten eines Verfahrens vor dem VwGH nicht in die Frist einzurechnen sind. **(1 P)**

Variante 1:

- Wird eine rechtzeitig erlassene Entscheidung des VwG durch ein Erkenntnis des VwGH aufgehoben, beginnt die Frist des § 43 Abs 1 VwGVG nicht neu zu laufen. **(1 P)**
- + *Das ergibt sich aus § 42 Abs 3 VwGG, welcher bestimmt, dass eine Rechtssache durch die Aufhebung eines Erkenntnisses durch den VwGH in die Lage zurücktritt, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen VwG-Erkenntnisses befunden hat. (1 ZP)*
- + *Ein weiterer Grund für das Weiterlaufen der Frist ist, dass die Unterbrechung iSd § 43 Abs 2 iVm § 34 Abs 2 Z 2 VwGVG als Fristhemmung zu qualifizieren ist. (1 ZP)*
- Wendy erhebt am 21.12.2020 Revision, welche dem VwGH am 14.1.2021 vorgelegt wird, und das Erkenntnis des VwGH ergeht am 21.9.2021. Die Zeit des Verfahrens vor dem VwGH ist gem § 43 Abs 2 iVm § 34 Abs 2 Z 2 VwGVG nicht in den Fristenlauf einzurechnen. **(1 P) + 1 ZP für nähere Begründung des Fristenlaufs**
- Wendys Einwand über den Ablauf der Entscheidungsfrist des § 43 Abs 1 VwGVG ist unzutreffend, da die 15-monatige Frist aufgrund ihrer Hemmung für die Zeit des Verfahrens vor dem VwGH noch nicht abgelaufen ist. **(1 P)**

Variante 2<sup>1</sup>:

- Wird eine rechtzeitig erlassene Entscheidung des VwG durch ein Erkenntnis des VwGH aufgehoben, beginnt die Frist des § 43 Abs 1 VwGVG (aufgrund historischer Interpretation) neu zu laufen. **(1 P)**
- *Dies ist darauf zurückzuführen, dass sich § 34 Abs 2 Z 2 VwGVG nur auf (Zwischen-)Verfahren vor dem VwGH, nicht aber auch auf Verfahren zur Kontrolle einer bereits getroffenen verwaltungsgerichtlichen Entscheidung bezieht. (1 ZP)*
- Im konkreten Fall beginnt die Frist des § 43 Abs 1 VwGVG daher durch die Aufhebung des VwG-Erkenntnisses vom 10.12.2020 neu zu laufen. **(1 P)**
- *Die Frist beginnt mit dem Tag, an dem das aufhebende Erkenntnis des VwGH dem VwG zugestellt worden ist, somit also am 23.9.2021. (1 ZP)*
- Wendys Einwand über den Ablauf der Entscheidungsfrist des § 43 Abs 1 VwGVG ist unzutreffend, da die 15-monatige Frist am 15.2.2022 noch nicht abgelaufen ist. **(1 P)**

[Werden zusätzliche Überlegungen zur jeweils anderen Variante angestellt, können ZP vergeben werden]

---

<sup>1</sup> Vgl VwGH 29.11.2017, Ro 2017/04/0020.

c) **Strafbarkeit Wendys gem § 366 Abs 1 Z 1 GewO und gem § 366 Abs 1 Z 2 GewO  
(29 P + 12 ZP)**

1) Anwendbarkeit der GewO (12 P + 9 ZP)

- Die Bestimmungen der GewO gelten für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten, soweit sie nicht in den §§ 2 bis 4 GewO ganz oder teilweise ausgenommen werden (§ 1 Abs 1 GewO). Eine Tätigkeit wird gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbstständig, regelmäßig und in Ertragsabsicht betrieben wird (§ 1 Abs 2 GewO). **(1 P)**
- Wendy übt ihre Tätigkeit regelmäßig, auf eigene Rechnung und Gefahr und in der Absicht aus, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Sie handelt damit gewerbsmäßig iSd § 1 Abs 2 GewO. **(1 P)**
- + *Eine verbotene Tätigkeit liegt nicht vor, da es kein gesetzliches Verbot zur Vermietung und Einstellung von Reitpferden gibt. (1 ZP)*
- Gem § 2 Abs 1 Z 1 GewO sind die Bestimmungen der GewO nicht auf Tätigkeiten der Land- und Forstwirtschaft (§ 2 Abs 3 Z 1 bis 4 GewO) anzuwenden. **(1 P)**
- § 2 Abs 3 Z 2 GewO ist im konkreten Fall nicht einschlägig, da Wendy die Pferde vermietet und einstellt und nicht züchtet, mästet oder schlachtet. **(1 P)**
- Auch die Ausnahme des § 2 Abs 3 Z 4 GewO kommt nicht in Betracht, da sich diese auf das Einstellen von höchstens 25 Pferden bezieht. Wendy stellt jedoch 30 fremde Pferde ein. **(1 P)**
- Das Vermieten und Einstellen der Pferde ist daher keine Tätigkeit der Land- und Forstwirtschaft iSd § 2 Abs 1 Z 1 GewO. **(1 P)**
- Gem § 2 Abs 1 Z 2 GewO sind die Bestimmungen der GewO außerdem nicht auf Tätigkeiten iSe Nebengewerbes der Land- und Forstwirtschaft anzuwenden. **(1 P)**
- + *Für eine Einordnung als land- und forstwirtschaftliches Nebengewerbe müssen nach der Rsp folgende Voraussetzungen erfüllt sein:*
  - a) *Die Tätigkeit muss unter einen der in § 2 Abs 4 GewO genannten Tatbestände subsumierbar sein. (1 ZP)*
  - b) *Es muss eine enge organisatorische Verflechtung zwischen Haupt- und Nebentätigkeit bestehen. (1 ZP)*
  - c) *Das Nebengewerbe muss dem Hauptgewerbe organisatorisch und wirtschaftlich untergeordnet bleiben. Dies selbst dann, wenn in § 2 Abs 4 GewO ganze Kategorien von Tätigkeiten ohne quantitative oder qualitative Beschränkungen genannt werden, wie zB das „Vermieten und Einstellen von Reittieren“. (1 ZP)*
- Gem § 2 Abs 4 Z 6 GewO kann das Vermieten und Einstellen von Reittieren ein land- und forstwirtschaftliches Nebengewerbe sein. **(1 P)**
- Aus dem Ausschussbericht 1752 BlgNR XXV. GP ergibt sich jedoch, dass das Einstellen von Einstellpferden über das in der Urproduktion zugelassene Ausmaß nicht auch noch darüber hinaus im Nebengewerbe iSd § 2 Abs 4 Z 6 GewO ausgeübt werden darf. **(1 P)**
  - + *Dies lässt darauf schließen, dass das Einstellen von Pferden „nur“ als Urproduktion (§ 2 Abs 3 Z 4 GewO), nicht aber auch als Nebengewerbe ausgeübt werden kann. Zudem wäre die Regelung des § 2 Abs 3 Z 4 GewO hinfällig, wenn eine die Urproduktion*

- übersteigende Anzahl an Einstellpferden ohnehin unter die Ausnahme eines Nebengewerbes iSd Abs 4 Z 6 subsumiert werden könnte. (bis zu 2 ZP)*
- + *Unter dem „Einstellen von Reittieren“ gem § 2 Abs 4 Z 6 GewO ist daher nicht das Einstellen von Reitpferden, sondern das Einstellen anderer Reittiere zu verstehen. (1 ZP)*
  - Das Einstellen der Pferde ist daher kein land- und forstwirtschaftliches Nebengewerbe iSd § 2 Abs 4 GewO. (1 P)
  - Fraglich ist allerdings, ob das Vermieten der Reitpferde als Nebengewerbe zu qualifizieren ist. (1 P)
  - *Dazu ist allerdings eine enge organisatorische Verflechtung notwendig. Diese kann im konkreten Fall angenommen werden, da sich die Schweinezucht und der Reitstall auf demselben Forstgut befinden und der Dünger der Pferde für landwirtschaftliche Zwecke verwendet wird. (1 ZP) [auch andere schlüssige Argumente bepunkten]*
  - *Zudem müsste das Nebengewerbe wirtschaftlich untergeordnet bleiben. Die Unterordnung des Nebengewerbes unter das Hauptgewerbe muss im vorliegenden Fall verneint werden. Laut SV wirft die Schweinezucht für Wendy nur wenig Ertrag ab. Der Reitstall läuft hingegen ausgesprochen gut („im Gegensatz zu ihrer Landwirtschaft“). Das spricht für eine wirtschaftliche Unterordnung der Schweinezucht unter die Tätigkeit der Vermietung und des Einstellens von Pferden. (1 ZP) [auch andere schlüssige Argumente bepunkten]*
  - Die Gewerbeordnung ist jedenfalls gem § 1 Abs 1 GewO anwendbar. (1 P)
- 2) Zuständigkeit (4 P)
- Sofern keine besonderen Bestimmungen in den Verwaltungsvorschriften eine abweichende Zuständigkeit normieren, ist in Verwaltungsstrafsachen grundsätzlich die Bezirksverwaltungsbehörde zuständig (§ 26 Abs 1 VStG). (1 P)
  - Die GewO sieht keine Bestimmung vor, die eine abweichende Zuständigkeit normieren würde, weshalb die BVB die sachlich zuständige Behörde zur Vollziehung des gewerberechlichen Verwaltungsstrafrechts ist. (1 P)
  - Örtlich ist gem § 27 Abs 1 VStG die Behörde zuständig, in deren Sprengel die Verwaltungsübertretung begangen wurde. (1 P)
  - Zuständige Behörde ist daher die BH Leibnitz. (1 P)
- 3) Strafbarkeit gem § 366 Abs 1 Z 1 GewO (6 P + 1 ZP)
- Gem § 366 Abs 1 Z 1 GewO ist zu bestrafen, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben. Wendy übt ein Gewerbe aus da sie, wie oben festgestellt, eine nicht verbotene Tätigkeit gewerbsmäßig ausübt (§ 1 Abs 1 GewO, *Verweis genügt*). (1 P)
  - Das Vermieten und Einstellen der Pferde ist ein freies Gewerbe, weil diese Tätigkeit gem § 94 GewO nicht als reglementiertes Gewerbe angeführt ist (§ 5 Abs 2 GewO). (1 P)
  - Die Gewerbeberechtigung entsteht durch die Anmeldung des Gewerbes gem § 5 Abs 1 GewO oder, bei bescheidbedürftigen Gewerben, mit Rechtskraft des positiven Bescheids der Gewerbebehörde gem § 95 Abs 1 GewO. (1 P)
  - Wendy hätte ihr freies Gewerbe anmelden müssen, um eine Gewerbeberechtigung zu erhalten, da freie Gewerbe keine bescheidbedürftigen Gewerbe iSd § 95 Abs 1 GewO sind. (1 P)

- Wendy hat aber keine Anmeldung des Gewerbes angestrengt. Sie hat also zu keiner Zeit über eine erforderliche Gewerbeberechtigung verfügt. (1 P)
  - + Der SV enthält keinerlei Gründe, das Verschulden Wendys oder die Rechtswidrigkeit ihrer Tat in Zweifel zu ziehen. (1 ZP)
  - Wendy ist daher gem § 366 Abs 1 Z 1 GewO strafbar. Das VwG hat in diesem Punkt richtig entschieden. (1 P)
- 4) Strafbarkeit gem § 366 Abs 1 Z 2 GewO (7 P + 2 ZP)
- Gem § 366 Abs 1 Z 2 GewO ist zu bestrafen, wer eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung errichtet oder betreibt. Das Tatbild umfasst demnach die Errichtung oder den Betrieb einer genehmigungspflichtigen Betriebsanlage sowie das Fehlen der erforderlichen Genehmigung. (1 P)
  - Der Reitstall ist eine gewerbliche Betriebsanlage iSd § 74 Abs 1 GewO, wenn die Voraussetzungen der Ortsgebundenheit, der Regelmäßigkeit und der Zweckwidmung zur Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit kumulativ vorliegen. Der Reitstall ist ortsgebunden, wird regelmäßig für das Vermieten und Einstellen der Pferde genutzt und Wendy betreibt ihn in der Absicht, eine gewerbliche Tätigkeit auszuüben. (1 P)
  - Genehmigungspflichtig ist der Reitstall, wenn er eine abstrakte Eignung zur Beeinträchtigung der Schutzgüter gem § 74 Abs 2 GewO aufweist. (1 P)
  - Ein nicht sachgemäß betriebener Reitstall kann das Leben und die Gesundheit der Gewerbebetreibenden, Mittätigen und Kunden gefährden (§ 74 Abs 2 Z 1 GewO), da Pferde, vor allem in unsachgemäßer Haltung, Menschen gefährden und verletzen können. Der Reitstall ist zudem geeignet, die Nachbarn durch Geruch zu belästigen (§ 74 Abs 2 Z 2 GewO). Die Geruchsbelästigung ist nicht zuletzt auf die Güllegrube zurückzuführen, in welcher der Pferdemist gesammelt wird und die daher ein erhebliches Geruchspotential hat. (2 P) + 1 ZP für Auseinandersetzung mit einer möglichen Einwirkung auf Gewässer iSd § 74 Abs 2 Z 5 GewO
  - Wendy hat keinen Antrag (§§ 353 ff GewO) auf Genehmigung der Betriebsanlage gestellt. Sie kann daher keine Betriebsanlagengenehmigung erhalten haben. (1 P)
  - + Der SV enthält zudem keine Gründe, das Verschulden Wendys oder die Rechtswidrigkeit ihrer Tat in Zweifel zu ziehen. (1 ZP)
  - Wendy ist daher gem § 366 Abs 1 Z 2 GewO strafbar. Das VwG hat auch in diesem Punkt richtig entschieden. (1 P)

### C. Entscheidung des VwGH (1 P)

- In Anbetracht der vorherigen Ausführungen wird der VwGH die Revision gem § 42 Abs 1 VwGG als unbegründet abweisen. (1 P)

### 4. Beurteilen Sie die Rechtmäßigkeit des Bescheides! (14 P + 4 ZP)

- Gem § 74 Abs 2 GewO darf eine Betriebsanlage nur errichtet und betrieben werden, wenn ein rechtskräftiger Genehmigungsbescheid vorliegt. (1 P) [hier nur bepunktet, wenn nicht bereits in Teil 2 geprüft]
- Besteht der Verdacht einer Übertretung gem § 366 Abs 1 Z 2 GewO hat die Behörde gem § 360 Abs 1 GewO unabhängig von der Einleitung eines Strafverfahrens den

- Betriebsanlageninhaber mit Verfahrensordnung zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes innerhalb einer angemessenen, von der Behörde zu bestimmenden Frist aufzufordern. Kommt der Anlageninhaber dieser Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist nicht nach, hat die Behörde mit Bescheid die zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes jeweils notwendigen Maßnahmen zu verfügen. **(1 P)**
- Im konkreten Fall hat die BH Leibnitz *mit Bescheid* vom 15.12.2021 die Schließung des Reitstalles verfügt und die Beschlagnahme der Pferde ausgesprochen. Eine Verfahrensordnung zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes wurde nicht erlassen. **(1 P)** + *Ein Bescheid nach § 360 Abs 1 zweiter Satz GewO ist gem § 360 Abs 5 GewO grundsätzlich sofort vollstreckbar. (1 ZP)*
  - Mangels abweichender Regelung in der GewO ist zur Vollziehung des § 360 GewO die BVB zuständig (§ 333 Abs 1 GewO). **(1 P)**
  - Die örtliche Zuständigkeit richtet sich gem § 3 Z 2 AVG nach dem Ort, an dem die Tätigkeit ausgeübt wird. *Wendy* übt ihre Tätigkeit in der Gemeinde St. Johann im Saggautal im Bezirk Leibnitz aus. **(1 P)**
  - Zuständige Behörde ist daher die BH Leibnitz. **(1 P)**
  - Ein Schließungsbescheid ohne vorangegangene Verfahrensordnung kann gem § 360 Abs 4 GewO nur erlassen werden, um die durch eine nicht genehmigte Betriebsanlage verursachte unzumutbare Belästigung der Nachbarn abzustellen. **(1 P)**
  - Aus dem Bescheid der BH ergibt sich aber, dass die Schließung und Beschlagnahme aufgrund des Verdachts einer Übertretung des § 366 Abs 1 Z 2 GewO verfügt wurden und nicht, um unzumutbare Belästigungen der Nachbarn abzustellen. **(1 P)**
  - In diesem Fall hätte die Herstellung des rechtmäßigen Zustandes zuerst nach § 360 Abs 1 GewO mittels Verfahrensordnung angeordnet werden müssen. Da dies im konkreten Fall nicht erfolgt ist, ist der Bescheid der BH Leibnitz bereits aus diesem Grund rechtswidrig. **(1 P)**
  - Ein Vorgehen nach § 360 Abs 1 GewO setzt zudem den Verdacht einer Übertretung gem § 366 Abs 1 Z 2 GewO voraus, demnach also den Verdacht, dass eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung errichtet oder betrieben wird. **(1 P)**
  - Dies ist im konkreten Fall aber nicht gegeben. § 359c GewO sieht vor, dass der Genehmigungswerber die Betriebsanlage im Fall der Aufhebung des Genehmigungsbescheides durch den VwGH bis zur Rechtskraft des Ersatzbescheides, längstens jedoch ein Jahr, weiterbetreiben darf, wenn er die Anlage entsprechend dem aufgehobenen Genehmigungsbescheid betreibt. **(1 P)**
  - Dies gilt nicht, wenn der VwGH der Revision, die zur Aufhebung des Genehmigungsbescheides führte, die aufschiebende Wirkung zuerkannt hat. Der Revision der Nachbarn, die zur Aufhebung des Genehmigungsbescheides führte, wurde jedoch keine aufschiebende Wirkung zuerkannt. **(1 P)**
  - Da *Wendy* die Betriebsanlage „wie bisher“ und damit entsprechend dem Genehmigungsbescheid (weiter-)betreibt, steht ihr das Weiterbetriebsrecht nach § 359c GewO ex lege zu. Es liegt daher kein konsensloser Betrieb einer genehmigungspflichtigen Anlage und damit keine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 2 GewO vor. **(1 P)**

- Da eine Voraussetzung für das Vorgehen nach § 360 GewO nicht gegeben war, ist der Bescheid der BH Leibnitz rechtswidrig. **(1 P)**
- + *Mit der Aufhebung des Erkenntnisses des VwG tritt die Rechtssache gem § 42 Abs 3 VwGG in die Lage zurück, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses befunden hat. Die Rechtssache befindet sich somit wieder im Stadium des Beschwerdeverfahrens vor dem LVwG Steiermark. Der Betriebsanlageninhaber könnte sich in diesem Verfahrensstadium grundsätzlich auch auf § 78 Abs 1 GewO stützen, wonach eine Anlage vor Eintritt der Rechtskraft des Genehmigungsbescheides errichtet oder betrieben werden darf, wenn dessen Auflagen bei der Errichtung und beim Betrieb der Anlage eingehalten werden. § 359c GewO ist allerdings als lex specialis im Hinblick auf die Folgen der kassatorischen Wirkung von Erkenntnissen des VwGH anzusehen, weshalb die Anwendung des § 78 Abs 1 GewO in derartigen Fällen ausgeschlossen ist.<sup>2</sup> (bis zu 3 ZP)*

**Aufbau, Klarheit und Stringenz: 10 Punkte**

Systematisches Herangehen & sinnvolle Gliederung; ordentliche Subsumtion und stringente Argumentation; Verzicht auf alles, was nicht zur Falllösung beiträgt; ganze Sätze, nicht bloß Stichworte, Pfeile und Paragraphenangaben.

**Benotung:**

Die Lösungsskizze ist lang und relativ detailliert. Es kann nicht erwartet werden, dass alle aufgezeigten Probleme erkannt werden. Dementsprechend hoch ist auch die Zahl der Zusatzpunkte, die noch steigen kann, wenn jemand sinnvolle Erwägungen zu hier nicht angesprochenen Problemen anstellt oder die angesprochenen Probleme in vertretbarer Weise anders löst.

**Gesamt: 148 Punkte, 48 Zusatzpunkte**

**ab 66,5 P: Genügend, ab 81 P: Befriedigend, ab 96 P: Gut, ab 111 P: Sehr gut**

---

<sup>2</sup> Ennöckl in Ennöckl/Raschauer/Wessely, GewO § 359c (Stand 1.1.2015, rdb.at) Rz 6.