



**Zweiundzwanzigster und  
Dreiundzwanzigster Bericht  
der Volksanwaltschaft an den  
Niederösterreichischen Landtag  
(2002 - 2003)**



# Vorwort

Der vorliegende **22. und 23. Bericht** der Volksanwaltschaft (VA) an den Niederösterreichischen Landtag beinhaltet die Prüfungstätigkeit der VA im Land Niederösterreich im Zeitraum vom **1. Jänner 2002 bis 31. Dezember 2003**, wobei aus Gründen der Aktualisierung auch vereinzelt über Beschwerdefälle berichtet wird, die erst im Jahr 2003 abgeschlossen werden konnten.

Der Statistische Teil, der die Zusammenstellung der Anzahl und der Gegenstände der in den Jahren 2002/2003 eingelangten Beschwerden umfasst, wird - um dem Grundsatz der Sparsamkeit zu entsprechen - nur auf Anforderung übermittelt.

An dieser Stelle möchten die Volksanwälte allen Bediensteten von Behörden und sonstigen Verwaltungseinrichtungen im Land Niederösterreich für die auch in diesem Berichtszeitraum gute Zusammenarbeit danken. Dies gilt insbesondere für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in den Bezirkshauptmannschaften und des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung, die einen wesentlichen Beitrag zur Durchführung von Sprechtagen der VA in Niederösterreich geleistet haben.

Dieser Bericht wurde in der kollegialen Sitzung der VA am 26. März 2004 einstimmig beschlossen. Er soll entsprechend dem Gebot der Verfassung der gesetzgebenden Körperschaft einen Überblick über die Prüftätigkeit der VA, ihre Inanspruchnahme und über Schwerpunkte ihrer Wahrnehmungen liefern.

Die Volksanwälte stehen zwecks näherer Erläuterung gern zur Verfügung. Dies betrifft sowohl die im Bericht erwähnten Einzelfälle als auch allgemeine Fragen der auszuübenden Verwaltungskontrolle bzw. die gegebenen Anregungen an die Verwaltung sowie den Gesetzgeber.

Rosemarie Bauer  
Dr. Peter Kostelka  
Mag. Ewald Stadler

Wien, im März 2004  
1015 Wien, Singerstraße 17



## Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>1</b>	<b>EINLEITUNG..... 9</b>
<b>2</b>	<b>INANSPRUCHNAHME UND TÄTIGKEIT DER VA..... 9</b>
<b>3</b>	<b>ZUSTÄNDIGKEITEN UND ANZAHL DER VERFAHREN..... 10</b>
<b>4</b>	<b>DIENSTRECHT ..... 13</b>
4.1	Pornosurfender Gemeindebediensteter ..... 13
<b>5</b>	<b>SOZIALRECHT ..... 15</b>
5.1	Sozialhilfe ..... 15
5.1.1	Kürzung der Sozialhilfeleistung verschärft soziale Notlage ..... 15
5.1.2	Fehlerhafte Berechnung der Sozialhilfeleistung..... 16
5.1.3	Absehen der Vorschreibung eines einer Mindestrentnerin vorgeschriebenen Kostenbeitrages ..... 16
5.1.4	Rückersatz der Sozialhilfeaufwendungen ..... 17
5.1.5	Lösung sozialer Problemlagen in Einzelfällen..... 17
5.2	Behindertenrecht ..... 19
5.2.1	Ablehnung eines Zuschusses zum Ankauf eines Elektrofahrzeuges auf Grund passiven Verhaltens der Behörde ..... 19
5.2.2	Ablehnung der Kostenübernahme eines benötigten Rollstuhles einer Pflegeheimbewohnerin..... 20
5.3	Pflegegeldangelegenheiten ..... 21
5.3.1	Ermittlung des Pflegebedarfes schwerst behinderter Kinder ..... 21
5.3.2	Rückforderung von Landespflegegeld nach Einstufungsdivergenzen im Zuge des Zuständigkeitsüberganges..... 23
5.4	Jugendwohlfahrt ..... 25
5.4.1	Jugendamt holt direkt beim Arbeitgeber Auskunft über das Einkommen ein – VA erteilt Empfehlung ..... 25
5.4.2	Keine automatische Aufrechnung bei Unterhaltsübergüssen mit laufenden Unterhaltszahlungen ..... 27
5.4.3	Entziehung der Bewilligung zur Tagesbetreuung nach Pensionsantritt einer Tagesmutter..... 28

# Inhalt

---

<b>6</b>	<b>GESUNDHEITSWESEN</b> .....	<b>29</b>
6.1	Überlange Verfahrensdauer bei der Behandlung eines Antrages auf Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer Apotheke .....	29
6.2	Mangelnde Sorgfalt bei der Weitergabe von sensiblen Daten .....	31
6.3	Doppelte Vorschreibung und Verrechnung eines Kostenbeitrages .....	31
<b>7</b>	<b>RAUMORDNUNGS- UND BAURECHT</b> .....	<b>32</b>
7.1	Raumordnungsrecht .....	32
7.1.1	Entschädigungsansprüche nach dem NÖ ROG unterliegen der 30-jährigen Verjährungsfrist ! .....	32
7.1.2	Fehlende Übereinstimmung zwischen Teilungs- und Flächenwidmungsplan - Festlegung einer Widmungsgrenze zwischen Bauland und Grünland quer durch einen Bauplatz - Gemeinde Klausen-Leopoldsdorf.....	33
7.1.3	Ausweisung eines Grundstückes als „Parkplatz“ – mangelnde Umsetzung einer Verkehrsflächenwidmung - Marktgemeinde Schwarzenbach .....	36
7.1.4	Festlegung eines Grundstückes im Wohngebiet als Aufschließungszone ohne schlüssigen Nachweis einer Gefährdung durch Deponiegase, Überwälzung von Gutachterkosten für die Freigabe auf private Planungsbetroffene – Gemeinde Zwölfaxing .....	37
7.2	Baurecht .....	40
7.2.1	Krasse Verletzung des Ortsbildschutzes, Ungleichbehandlung – Missstandsfeststellung, Marktgemeinde Yspertal .....	40
7.2.2	Einsturz eines Hauses in eine Baugrube, unzureichende Bauüberwachung -- Stadtgemeinde Mannersdorf/Leithagebirge.....	44
7.2.3	Frage der Vereinbarkeit einer Kfz-Spenglerei und Lackiererei mit der Flächenwidmung Bauland-Kerngebiet, fünfmalige Rückverweisung durch die Aufsichtsbehörde, 20-jährige Verfahrensdauer – Gemeinde Hennersdorf.....	49
7.2.4	Unterlassene Prüfung der Vereinbarkeit einer Betriebserweiterung mit dem Flächenwidmungsplan – Gemeinde Priggwitz .....	51
7.2.5	Erteilung einer im Widerspruch zum Flächenwidmungsplan stehenden Baubewilligung – Stadtgemeinde Hainburg .....	53
7.2.6	Belästigungen durch Kleinkraftwerk in Wohnhausanlage; Mangelnde Erhebung der Entscheidungsgrundlagen, unvollständige Aktenvorlage – MA St. Pölten.....	54
7.2.7	Mangelnde Erbringung von Aufschließungsleistungen - Marktgemeinde Enzersdorf an der Fischa .....	58
7.2.8	Pergolen sind nicht bewilligungspflichtig – Stadtgemeinde Klosterneuburg .....	63
7.2.9	Unzulässige Umdeutung eines Antrags auf Erteilung der Baubewilligung für die Errichtung eines Balkons und einer Stellplatzüberdachung in eine Bauanzeige – Stadtgemeinde Klosterneuburg .....	64
7.2.10	Grundlose Vorschreibung von Sachverständigenkosten – Stadtgemeinde Ybbs/Donau.....	65

7.2.11	Übergebürliche Kosten durch wöchentliche Entleerung einer Senkgrube; mangelnde Vorschreibung einer Kanalanschlussverpflichtung - Marktgemeinde Sollenau .....	68
7.2.12	Fehlen der schriftlichen Ausfertigung eines Berufungsbescheides, Kanalanschlusspflicht – Marktgemeinde Großweikersdorf .....	72
7.2.13	Baueinstellungsauftrag wegen Grenzüberbau, Rechtsqualität eines Auftrags zur Durchführung von Sicherungsmaßnahmen an einem Presshaus bzw. Weinkeller, Verletzung des Rechtsstaatsprinzips – Marktgemeinde Pillichsdorf .....	74
7.2.14	Unterlassen eines Vollstreckungsersuchens; Fehlende Benützungsbewilligung für einen Bohrbrunnen – Stadtgemeinde Pöchlarn .....	77
7.2.15	Säumnis mit der Erteilung eines Abbruchauftrages für konsenslos im Grünland-Grüngürtel errichtete Blechgaragen – Stadtgemeinde Baden .....	78
7.2.16	Säumnis bei Vorgehen gegen konsenslose Baulichkeiten – Magistrat der Landeshauptstadt St. Pölten .....	78
7.2.17	Verzögerungen bei der Vollstreckung eines baupolizeilichen Auftrages – Stadtgemeinde Gloggnitz .....	82
7.2.18	Verzögerte Vorgangsweise der Baubehörde – Gemeinde Bad Schönau .....	83
7.2.19	Mangelhaftes baupolizeiliches Verfahren; Zweifelhaftigkeit einer Zustellung durch Hinterlegung - Gemeinde Angern/March .....	84
7.2.20	Mehrjährige Säumnis der Baubehörde – Gemeinde Gnadendorf .....	86
<b>8</b>	<b>NATUR- UND UMWELTSCHUTZ .....</b>	<b>90</b>
8.1	Was ist „Abfall“ nach dem NÖ AWG 1992? Legistische Anregung– Amt der NÖ Landesregierung .....	90
<b>9</b>	<b>LANDES- UND GEMEINDESTRABEN .....</b>	<b>92</b>
9.1	Unterbleiben eines straßenrechtlichen Bewilligungsverfahrens zur Umgestaltung eines Platzes, Nachbarrecht auf Gewährleistung einer bestehenden Zufahrt, Entscheidung einer unzuständigen Behörde – Stadtgemeinde Klosterneuburg .....	92
<b>10</b>	<b>GEMEINDERECHT .....</b>	<b>95</b>
10.1	Mangelnde Einhaltung einer niederschriftlich festgehaltenen Zusage, Empfehlung - Marktgemeinde Nußdorf ob der Traisen .....	95
10.2	Entsendung von Zuhörern in Kontroll- bzw. Prüfungsausschuss – legistische Anregung .....	100
10.3	Grabbenützungsrecht – Marktgemeinde Sieghartskirchen .....	101
10.4	Verletzung der Amtsverschwiegenheit – Aushang eines aufsichtsbehördlichen Schreibens an der Amtstafel des Magistrats - Stadt Waidhofen/Ybbs .....	105
10.5	Mangelhafte Beschilderung einer Radroute – Marktgemeinde St. Andrä-Wördern .....	109

# Inhalt

---

10.6	Vergabe eines Pachtvertrages - Gemeinde Großdietmanns .....	110
10.7	Unterliegen Modellflugplätze dem NÖ Veranstaltungsgesetz ? – Volksanwaltschaft trägt zur Klärung strittiger Rechtsfragen bei.....	112
<b>11</b>	<b>GEWERBE- UND ENERGIEWESEN .....</b>	<b>114</b>
11.1	Verfahrensverzögerungen beim Amt der NÖ Landesregierung.....	114
<b>12</b>	<b>POLIZEIRECHT.....</b>	<b>116</b>
12.1	Taxilenker soll ärztliche Diagnose erstellen .....	116
12.2	Fehlerhafte Kennzeichenablesung bei Geschwindigkeitsmessung .....	117
12.3	Unhaltbarer Vorwurf einer Alkoholbeeinträchtigung.....	118
12.4	Fahrerflucht – Unterlassen einer individuellen Strafbemessung.....	120
12.5	Fehlerhafte E-Mail-Adresse .....	121
12.6	Falsch abgelesenes Kennzeichen führt zu Bestrafung eines unschuldigen Autofahrers.....	122
<b>13</b>	<b>SCHULWESEN .....</b>	<b>123</b>
13.1	Schulgeldzahlung für sprengelfremden Schulbesuch .....	123
13.2	Direktor ohne Schule.....	124
13.3	Amtshaftungsklage wegen sprengelfremden Schulbesuchs .....	126
13.4	Schulbehörde mobbt Schüler .....	128
<b>14</b>	<b>LANDES- UND GEMEINDEABGABEN .....</b>	<b>132</b>
14.1	Besonders auffällige Säumnis einer Gemeinde als Abgabenbehörde und Untätigkeit der Gemeindeaufsicht.....	132
14.2	Unzulässige Vertretung einer Behörde durch einen Rechtsanwalt.....	135
14.3	Unterlassene Grundsteuerreduktion nach Rückwidmung.....	136

## 1 Einleitung

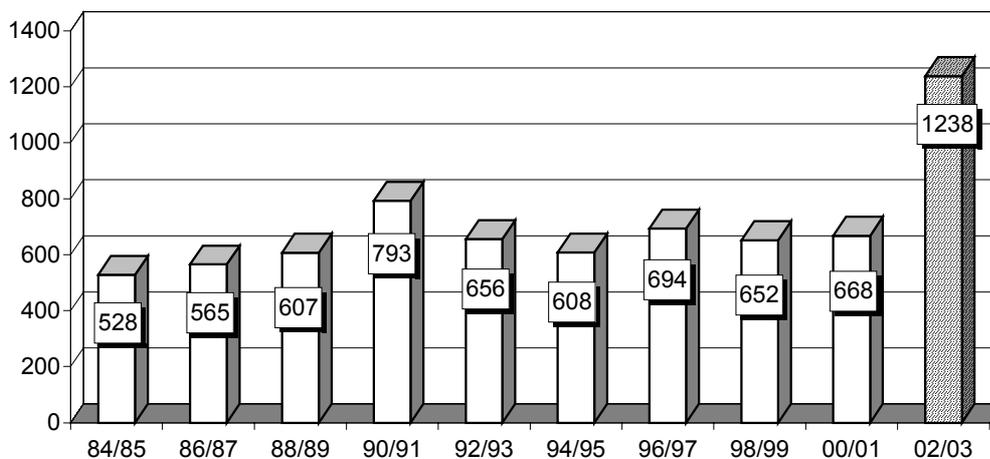
Die gesetzliche Grundlage für die Kontrolltätigkeit der VA über die Niederösterreichische Landesverwaltung ist weiterhin das Landesverfassungsgesetz LGBl. 0003-0 vom 30.10.1980, mit dem die VA unbefristet für diesen Zweck für zuständig erklärt worden war.

Gegenstand dieses **22. und 23. Berichtes** an den Niederösterreichischen Landtag sind grundsätzliche Wahrnehmungen und die exemplarische Darstellung von Einzelfällen betreffend den Bereich der Landesverwaltung einschließlich der im Bereich der Selbstverwaltung zu besorgenden Aufgaben.

## 2 Inanspruchnahme und Tätigkeit der VA

Im Berichtszeitraum (2002/2003) wurden insgesamt 1238 Beschwerden betreffend die Landes- und Gemeindeverwaltung an die VA herangetragen.

**Beschwerden über die Niederösterreichische Landes- und Gemeindeverwaltung**



## Allgemeines

---

Insgesamt konnten 1116 der 1238 an die VA im Berichtszeitraum herangetragenen Beschwerden (Stichtag: 15.03.2004) erledigt werden.

### Erledigungen (Beschwerden 2002/2003):

<b>Aktenanfall</b>	<b>1238</b>
--------------------	-------------

Beschwerde berechtigt/Beanstandung	83
Beschwerde nicht berechtigt/keine Beanstandung	690
Beschwerde unzulässig (Verwaltungsverfahren anhängig)	205
Beschwerde zurückgezogen	108
VA unzuständig	26
<b>Missstandsfeststellung</b>	<b>2</b>
<b>Empfehlung</b>	<b>2</b>
<b>Gesamterledigung</b>	<b>1116</b>

<b>Offene Akten</b>	<b>122</b>
---------------------	------------

Im Berichtszeitraum (2002/2003) hielten die Volksanwälte 73 Sprechtage in Niederösterreich ab.

### 3 Zuständigkeiten und Anzahl der Verfahren

Die sich aus der Geschäftsverteilung der VA ergebende Zuständigkeit der Volksanwälte und die Zahl der Prüfungsverfahren betreffend das Land Niederösterreich zeigt nachstehende Übersicht:

<b>Akt-Code</b>	<b>Landes- und Gemeindeverwaltung</b>	<b>00/01</b>	<b>02/03</b>
	<b>Aufgabenbereich von Volksanwalt Dr. Peter Kostelka</b>		
NÖ-LAD	Landesamtsdirektion, Dienst- und Besoldungsrecht der Landes- und Gemeindebediensteten (ohne Landeslehrer)	9	<b>14</b>
NÖ-GES	Gesundheitswesen	15	<b>41</b>
NÖ-SOZ	Sozialhilfe, Jugendwohlfahrt	85	<b>122</b>
NÖ-VERK	Verkehrswesen der Landes- und Gemeindestraßen (ohne Straßenpolizei)	0	<b>2</b>
	<i>Zwischensumme Volksanwalt Dr. Peter Kostelka</i>	<i>109</i>	<i><b>179</b></i>
	<b>Aufgabenbereich von Volksanwältin Rosemarie Bauer</b>		
NÖ-G	Gemeindeangelegenheiten (ohne Dienst- und Besoldungsrecht, ohne Gemeindeabgaben)	69	<b>125</b>
NÖ-BT	Raumordnung, Wohn- und Siedlungswesen, Baurecht, Verwaltung landeseigener Gebäude und Liegenschaften sowie von Landesfonds	267	<b>499</b>
NÖ-NU	Natur- und Umweltschutz, Abfallwirtschaft	8	<b>19</b>
NÖ-WFK	Wissenschaft, Forschung und Kunst	1	<b>1</b>
NÖ-LGS	Landes- und Gemeindestraßen	24	<b>62</b>
	<i>Zwischensumme Volksanwältin Rosemarie Bauer</i>	<i>369</i>	<i><b>706</b></i>
	<b>Aufgabenbereich von Volksanwalt Mag. Ewald Stadler</b>		
NÖ-GEW	Gewerbe- und Energiewesen	9	<b>17</b>
NÖ-POL	Staatsbürgerschaft, Wählerevidenz, Straßenpolizei	48	<b>111</b>
NÖ-SCHU	Schul- und Erziehungswesen, Sport- und Kulturangelegenheiten, Dienst- und Besoldungsrecht der Landeslehrer	19	<b>32</b>
NÖ-AGR	Land- und Forstwirtschaft, Jagd und Fischereirecht	37	<b>62</b>
NÖ-ABG	Landesfinanzen, Landes- und Gemeindeabgaben	77	<b>131</b>
	<i>Zwischensumme Volksanwalt Mag. Ewald Stadler</i>	<i>190</i>	<i><b>353</b></i>
<b>Gesamt Landes- und Gemeindeverwaltung</b>		<b>668</b>	<b>1238</b>

<b>Bundesverwaltung</b> (Beschwerden aus Niederösterreich)		
Aufgabenbereich der Volksanwalt Dr. Peter Kostelka	367	<b>740</b>
Aufgabenbereich der Volksanwältin Rosemarie Bauer	142	<b>339</b>
Aufgabenbereich des Volksanwaltes Mag. Ewald Stadler	417	<b>658</b>
Sonstige an die VA herangetragen Angelegenheiten	172	<b>359</b>
<b>Gesamt Bundesverwaltung</b>	<b>1098</b>	<b>2096</b>
<b>Gesamt Landes- und Gemeindeverwaltung und Bundesverwaltung</b>	<b>1766</b>	<b>3334</b>



## 4 Dienstrecht

### 4.1 Pornosurfender Gemeindebediensteter

Der gezielte Zugriff auf Webseiten mit Erotik- oder Sexinhalten im Amt stellt einen Verstoß gegen die Dienstpragmatik dar, sofern dieses Handeln nicht ausnahmsweise wegen dienstlicher Obliegenheiten erforderlich ist (wie etwa im Bereich der Strafrechtspflege zwecks Verfolgung strafbarer Handlungen im Zusammenhang mit Internetpornographie).

Gemäß § 26 Abs. 1 der Dienstpragmatik hat der Beamte die Geschäfte des Dienstzweiges, in dem er verwendet wird, unter Beachtung der bestehenden Rechtsvorschriften mit größter Sorgfalt, anhaltendem Fleiß und voller Unparteilichkeit zu besorgen. Die Nutzung des Internets zu privaten Zwecken durch öffentlich Bedienstete stellt eine Dienstpflichtverletzung dar.

**Einzelfall:**

VA NÖ/458-LAD/02, Amt d. NÖ LReg LAD1-BI-38/096-2002

Frau C. teilte der VA mit, dass sie in leitender Position am Bauamt und als Netzwerkadministrator einer Niederösterreichischen Gemeinde tätig war. Bei der Rückverfolgung einiger Computervirenattacken habe sie festgestellt, dass der Amtsleiter während der Dienstzeit Internetseiten mit pornografischem Inhalt angesurft habe.

Die VA leitete auf Grund dieser Beschwerde unverzüglich ein amtswegiges Prüfungsverfahren ein und nahm Kontakt mit dem Bürgermeister auf. Dieser gab bekannt, dass der Amtsleiter zur Klärung der Angelegenheit Selbstanzeige erstattet habe und vom Gemeindevorstand diesbezüglich eine interne Arbeitsgruppe mit der Klärung der Vorfälle betraut worden ist.

**VA leitet von Amts wegen unverzüglich Prüfungsverfahren ein**

Der Amtsleiter gab in der auch der VA übermittelten Selbstanzeige zu, im Juni/Juli 2001 mehrmals von seinem Büro im Gemeindeamt aus auf Webseiten mit Erotik- und Sexinhalten zugegriffen zu haben. Er rechtfertigte sein Verhalten unter anderem damit, dass es am Gemeindeamt kein Verbot zum privaten Surfen im

**Amtsleiter sieht sein Verhalten als Kavaliersdelikt**

Internet bestehe. Die gegenständlichen Seiten seien jedermann frei zugänglich und jeder normal veranlagte Mann, der im Internet surfe, habe diese auch schon interessehalber angesurft.

Die VA forderte den Bürgermeister mit Schreiben vom 11.2.2003 auf, der dargelegten Rechtfertigung mit Entschiedenheit entgegenzutreten und in Form einer schriftlichen Dienstanweisung ausdrücklich klarzustellen, dass das Ansurfen von Webseiten ausschließlich zu dienstlichen Zwecken gestattet ist weshalb jedes Zuwiderhandeln eine Dienstpflichtverletzung darstellen würde. Das in der Selbstanzeige zugestandene Verhalten ist aus der Sicht der VA mit den aus § 26 Abs. 1 der Niederösterreichischen Dienstpragmatik für Landesbeamte erfließenden Verpflichtungen sowie mit dem Gebot einer wirtschaftlichen und sparsamen Verwaltungsführung unvereinbar.

**VA fordert Bürgermeister auf, mittels Dienstanweisung privates Surfen zu verbieten**

In der Folge wandte sich die VA mit Schreiben vom 19.3.2003 aber auch an den Landeshauptmann als dem zuständigen Organ der Gemeindeaufsicht, weil sich im Zuge des Prüfungsverfahrens auch herausstellte, dass eine Arbeitszeitregelung für den Amtsleiter bzw. eine Arbeitsplatzbeschreibung für den Arbeitsplatz von der BF nicht existierten.

**VA schaltet Gemeindeaufsichtsorgan ein**

Das Amt der Niederösterreichischen Landesregierung teilte der VA mit Schreiben vom 21.7.2003 mit, dass die Disziplinarkommission entschieden habe, dass ein Disziplinarverfahren gegen den betroffenen Amtsleiter nicht durchzuführen sei. Mittlerweile habe der Bürgermeister aber eine Regelung hinsichtlich der Arbeitszeit der Gemeindebediensteten erlassen, in der die Verteilung der Normalarbeitszeit und der Rahmen für die Verteilung der individuellen Arbeitszeit geregelt worden sei. Am 7. März 2003 sei auch eine schriftliche Dienstanweisung ergangen, wonach das Ansurfen von Webseiten nur mehr zu dienstlichen Zwecken gestattet sei.

**Bürgermeister erlässt erst nach Drängen der VA Arbeitszeitregelungen und Dienstanweisung**

Die VA schloss das Prüfungsverfahren mit einer Beanstandung ab und verwies darauf, dass das zugestandene Verhalten des Amtsleiters ihres Erachtens auch dann nicht als Kavaliärsdelikt angesehen werden kann, wenn der Gemeinde wegen einer Pauschalvereinbarung trotz des Ansteuerns von pornografischen Internetseiten keine Mehraufwendungen entstanden sein sollten. Dass zur Nachvollziehbarkeit der Vorwürfe und abgegebenen Rechtfertigungen ein EDV-Fachmann die im Internet hinterlassenen Spuren aus dem Gemeindeamt transparent hätte machen müssen und dieser Aufwand aus der Sicht der Gemeindeaufsicht in keiner Relation zum Nutzen steht, ändert nichts daran, dass das zugestandene Fehlverhalten nicht bagatellisiert werden sollte.

## 5 Sozialrecht

### 5.1 Sozialhilfe

#### 5.1.1 Kürzung der Sozialhilfeleistung verschärft soziale Notlage

VA NÖ/24-SOZ/03, Amt d. NÖ LReg LAD1-BI-46/033-2003

Frau K. wandte sich im Zusammenhang mit der Kürzung ihrer Sozialhilfe um € 326,00 an die Volksanwaltschaft, nachdem die Bezirkshauptmannschaft Horn diese Vorgangsweise ihr gegenüber damit begründet hatte, dass der mit ihr im gemeinsamen Haushalt lebende 20-jährige behinderter Sohn nach längerer Arbeitslosigkeit nun ein Einkommen, welches er ihr zur Abdeckung seiner Lebenshaltungskosten schulde, bezieht.

Das Amt der NÖ Landesregierung teilte der VA im Prüfungsverfahren mit, dass der Sohn von Frau K. auf einem geschützten Arbeitsplatz als Tischler tätig sei und laufend ein Pflegegeld der Stufe 1 (€ 218,00) beziehen würde. Da Frau K. die notwendigen Betreuungs- und Pflegeleistungen selbst erbringe, wurde unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des OGH die Ansicht vertreten, dass bei der Berechnung ihrer Sozialhilfeleistung das dem Sohn gebührende Pflegegeld quasi als Gegenleistung für die von ihr erbrachten Hilfestellungen berücksichtigt werden könne. Darüber hinaus sei es angemessen, dass der Behinderten mit einem an die Mutter zu leistenden Kostenbeitrag von etwa € 73,00 mtl. für Wohnungsmiete und sonstige Wohnungskosten aufkommt. Wie sich herausstellte, wurde dieser Kostenbeitrag auch in der Zeit, als dem 20-Jährigen zur Befriedigung eigener Bedürfnisse nur eine geringe Notstandshilfeleistung zur Verfügung stand, in Abzug gebracht.

Auf Grund des Prüfungsverfahrens hat der Sozialhilfeträger für die Zeit der Arbeitslosigkeit des Behinderten von der Anrechnung eines Kostenbeitrages Abstand genommen und Frau K. einen Differenzbetrag von € 1.095,00 nachgezahlt. Da angesichts der Rechtsprechung die behördliche Erledigung ansonsten nicht zu beanstanden war, wurde die BF über die Sach- und Rechtslage informiert.

**Pflegegeld des behinderten Kindes stellt nach der Rechtsprechung des OGH Einkommen der Pflegenden dar**

**Behörde sieht auf Grund des Einschreitens der VA teilweise von der Anrechnung eines Kostenbeitrages ab**

### 5.1.2 Fehlerhafte Berechnung der Sozialhilfeleistung

VA NÖ/493-SOZ/02, Amt d. NÖ LReg LAD1-BI-26/067-00

Herr V. teilte der VA mit, dass er als Differenzzahlung zu seinem Pensionsvorschuss Hilfe zum Lebensunterhalt erhalte. Es sei für ihn aber nicht nachvollziehbar, weshalb die Höhe der Dauerleistung in den letzten Jahren keine Veränderung erfahren hat, obwohl sein Pensionsvorschuss im Jahr 2000 noch € 23,51, im Jahr 2001 dann nur mehr € 22,31 und 2002 täglich € 22,74 betragen hat.

Die Überprüfung durch die VA ergab, dass in den Jahren 2001 und 2002 bei der Berechnung der Sozialhilfe des BF die jährlichen Richtsatzerhöhungen nicht berücksichtigt worden waren. Die BH Wr. Neustadt entschuldigte sich bei Herrn V., überwies ihm den Nachzahlungsbetrag von € 707,10 und gestand weiters zu, dass bei Beachtung der gesetzlichen Vorgaben auch die laufende Unterstützung von € 114,00 auf € 168,50 mtl. angehoben werden muss.

**VA deckt fehlerhafte Berechnung der Sozialhilfe auf**

Gerade Personen, die auf Sozialhilfeleistungen zur Deckung des Lebensbedarfes angewiesen sind, werden durch Fehlleistungen bei Bemessung der gebührenden Leistung entgegen den Zielsetzungen des NÖ Sozialhilfegesetzes in ihrer Lebensführung existenziell gefährdet, da auch eine Nachzahlung nichts daran ändert, dass die Bestreitung des Unterhaltes über längere Zeiträume hinweg nicht einmal auf Grundlage des Allernotwendigsten gesichert worden war.

**Behörde stellt rechtmäßigen Zustand wieder her**

### 5.1.3 Absehen der Vorschreibung eines einer Mindestrentnerin vorgeschriebenen Kostenbeitrages

VA NÖ/109-SOZ/02, Amt d. NÖ LReg LAD1-BI-38/039-2002

Frau F. empfand es als soziale Härte, dass ihrer Mutter - obwohl Mindestrentnerin - ein monatlicher Kostenbeitrag in Höhe von € 36,34 zur Abdeckung der Kosten der Heimunterbringung ihrer behinderten, volljährigen Schwester vorgeschrieben wurden.

Die VA konnte im gegenständlichen Prüfungsverfahren die Zusage des Landeshauptmanns von Niederösterreich erwirken, dass die mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Mödling vorgeschriebene Beitragsleistung aufgehoben wird.

**Belastender Bescheid auf Grund des Einschreitens der VA aufgehoben**

Das Land Niederösterreich folgte damit der Auffassung der VA, dass die Leistung eines Kostenbeitrages für die Bezieherin einer

**Vorschreibung eines Kostenbeitrages darf die wirtschaftliche Existenz**

ASVG Mindestpension eine soziale Härte gemäß § 35 Abs. 4 NÖ Sozialhilfegesetz darstellt und davon zur Gänze abzusehen ist. Ausgleichszulagenbezieher immer wieder in die Situation zu bringen, eigens zu begründen und zu belegen, dass mit dem verfügbaren Einkommen bloß eine Lebensführung auf bescheidenem Niveau ermöglicht wird, ist weder sinnvoll noch notwendig.

**Verpflichteter nicht gefährden**

#### 5.1.4 Rückersatz der Sozialhilfeaufwendungen

VA NÖ/359-SOZ/03, Amt d. NÖ LReg LAD1-BI-46/123-2003

Frau Z. errichtete mit Notariatsakt am 21. April 1993 einen Schenkungsvertrag, dem zufolge das Ehepaar S. nach ihrem Tod einen Teil ihrer Liegenschaft erhalten sollte. Frau Z. befand sich in der Folge vom 19. August 1999 bis zu ihrem Tod am 6. Juli 2001 in Pflegeheimen des Landes Niederösterreich, wobei die Kosten der Unterbringung teilweise aus Sozialhilfemitteln übernommen wurden. Nach dem Ableben von Frau Z. teilte die Bezirkshauptmannschaft Krems dem Ehepaar S. erstmals mit, der gesamte Sozialhilfeaufwand in Höhe von € 13.148,99 nun zum Rückersatz vorgeschrieben werde.

In dieser Situation wandte sich das Ehepaar S. an die VA.

Da die Schenkung auf den Todesfall erst mit dem Tod von Frau Z. wirksam wurde, lag sie grundsätzlich der 5-Jahresfrist des § 41 Niederösterreichisches Sozialhilfegesetz. Der VA war jedoch unklar, warum die Behörde im vorliegenden Fall vorrangig die Geschenknehmer ins Visier nahm und darauf verzichtete, die Ersatzforderung im Verlassenschaftsverfahren anzumelden, obwohl bekannt war, dass die Verstorbene mehrere Liegenschaften, über die sie zu Lebzeiten nicht gesondert verfügt hatte, besaß. Wenn die Ersatzforderung ohnehin zur Gänze im Nachlass Deckung findet, gibt es auch kleine sachliche Rechtfertigung dafür, bloß an die Geschenknehmer heranzutreten und die Erben damit zu begünstigen.

**Vorgangsweise der Behörde ist für die VA nicht nachvollziehbar**

In Entsprechung der Rechtsansicht der VA wurde gegenüber dem Ehepaar S schließlich auf einen Rückersatz der Sozialhilfekosten zur Gänze verzichtet.

**Behörde folgt Rechtsansicht der VA**

#### 5.1.5 Lösung sozialer Problemlagen in Einzelfällen

Frau K. brachte zu VA NÖ/88-SOZ/03 (LAD1-BI-38/036-2002) bei der VA vor, dass sie nach 38-jähriger Ehe geschieden wurde und sich seither in einer äußerst prekären finanziellen Situation befindet und körperlich und nervlich am Ende sei. Infolge eines Beinbruches seine ihr nun Aufwendungen entstanden, die unberichtigt

**BF werden auf Ersuchen der VA Beihilfen aus Sozialhilfemitteln gewährt**

aushaften würden und zu deren Bestreitung sie sich mit dem Unterhalt des Ex-Gatten nicht in der Lage sehe. Einen ihr zugebilligten Kuraufenthalt könne sie überdies nicht antreten, da die dazu notwendige Eigenleistung in Höhe von € 127,26 nicht aufgebracht werden könne. Die VA konnte erreichen, dass das Land Niederösterreich als Sozialhilfeträger eine einmalige Beihilfe bewilligte. Zusätzlich wurde zugesagt, Frau K. den von der Pensionsversicherungsanstalt bewilligten Kuraufenthalt dadurch zu ermöglichen, falls aus dem Unterstützungsfonds des Versicherungsträgers keine Kostenübernahme erfolgt.

Herr Z. führte in seinem Schreiben an die VA aus, dass er in seiner Mietwohnung (25 m<sup>2</sup>) lediglich über ein kleines Bad (2,5 m<sup>2</sup>) mit einer 40 Jahre alten Sitzbadewanne (Innenausmaß 80x40 cm, Höhe 70 cm) verfüge. Bei einer Körpergröße von 185 cm und einem künstlichen Hüftgelenk sei ihm die Benützung dieser Badewanne nicht möglich. Auf Grund seiner prekären finanziellen Situation – er beziehe laufend Sozialhilfe – sei ihm diese Anschaffung nicht möglich. Der Magistrat der Stadt Krems sicherte der VA im Prüfungsverfahren VA NÖ/321-SOZ/02 (LAD1-BI-38/075-2002) zu, dass die zuständige Sozialarbeiterin sich mit Herrn Z. in Verbindung setzen wird und stellte die Möglichkeit einer finanziellen Unterstützung in Aussicht.

**VA erreicht Unterstützungszusage des Magistrats**

## 5.2 Behindertenrecht

### 5.2.1 Ablehnung eines Zuschusses zum Ankauf eines Elektrofahrzeuges auf Grund passiven Verhaltens der Behörde

Die Individualisierung von Hilfestellungen erfordert es, alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Um Hilfsmöglichkeiten auszuschöpfen, ist gerade im Umgang mit sozial Schwächeren oder behinderten Personen durch gezielte Fragestellungen und Hausbesuche eine ganzheitliche Erfassung der Lebenssituation der Antragswerber anzustreben.

**Einzelfall:**

VA 912-SV/02, Amt d. NÖ LReg LAD1-BI-38/102-2002

Die 62-jährige, allein stehende Frau U. wandte sich wegen der Finanzierung des Ankaufes eines Elektrofahrzeuges Hilfe suchend an die VA, da ihr behördlicherseits niemand helfen wollte. Bei einem Verkehrsunfall, bei dem sie als Mitfahrerin zu Schaden gekommen war, hatte sich die BF eine schwere Gehbehinderung zugezogen. Etwas Bewegungsspielraum und die Möglichkeit wenigstens selbst Lebensmittel zu besorgen verschaffte ihr ein Elektromobil, für dessen Ankauf sie Zuschüsse aus öffentlichen Mitteln erhalten hatte. Dieses Hilfsmittel wies aber bereits kurze Zeit nach Lieferung Mängel auf. Mit ihrer Ausgleichszulage bezahlte Frau U. auf Anraten der Lieferfirma Geld die Reparatur und den Ankauf neuer Batterien, bis sich herausstellte, dass dies vergebens und die Schäden am Elektromobil unbehebbar waren. Kurz darauf ging das Unternehmen in Konkurs; Gewährleistungsansprüche konnten deshalb nicht durchgesetzt werden. Weil es in der näheren Wohnumgebung keinen Kaufmann gibt und die Behinderte den Weg bis zur nächstgelegenen Autobushaltestelle nicht erreichen konnte, war Frau U. ab dann in ihrem kärglichen Haus quasi eingesperrt und zur Gänze auf das Wohlwollen anderer angewiesen.

Obwohl der Hausarzt angesichts des angegriffenen Gesundheitszustandes die neuerliche Anschaffung eines passenden Elektromobils (Kostenpunkt 4.316,00 €) befürwortete, lehnte die Bezirkshauptmannschaft Mistelbach jede weitere Unterstützung der BF aus Mitteln der Behindertenhilfe mit dem Hinweis auf amtsinterne Vorgaben, die Zuzahlungen vor Ablauf der normalen Gebrauchsdauer nicht vorsehen, ab. Als Frau U. weinend die Frage

**Behindertenträger lehnt Zuschuss zum Ankauf eines Elektrofahrzeuges für Körperbehinderte ab**

stellte, wie sie nun in Zukunft zurecht kommen sollte, wurde ihr eröffnet, in ein Altersheim zu übersiedeln. Dies lehnte die BF ab.

Im Zuge des Prüfungsverfahrens stellte sich heraus, dass die 5 jährige Gebrauchsfrist seit der letzten Zuschussgewährung tatsächlich nicht verstrichen war. Über die Gründe, welche Frau U. zur neuerlichen Antragstellung veranlasst hatten, zeigte sich die Behörde uninformiert. Bei der Vorsprache wurde ihr sohin keine Gelegenheit geboten, zu erklären, dass sie die Unbrauchbarkeit des seinerzeit bewilligten Elektrofahrzeugs nicht zu vertreten hatte. Durch das Einschreiten der VA konnte der Sachverhalt aufgeklärt und die Finanzierung eines neuen Elektrofahrzeuges sichergestellt werden, indem aus Mitteln des Nationalfonds und des Landes Niederösterreich als Behindertenhilfeträger je € 2.158,00 übernommen wurden.

Dieser Beschwerdefall zeigt anschaulich, dass erstinstanzliche Behörden gerade im Umgang mit sozial schwächeren oder behinderten Personen aktiver als bisher an den Antragsteller herangehen und durch gezielte Fragestellungen vorweg Ungereimtheiten aufklären sollten. Individualisierung der möglichen Hilfestellungen erfordert jedenfalls, die Umstände des Einzelfalles situationsgerecht zu erfassen und vollständig zu erheben, bevor über den Antrag entschieden wird.

**VA ortet Mängel im Ermittlungsverfahren und erreicht Finanzierung des Hilfsmittels**

### **5.2.2 Ablehnung der Kostenübernahme eines benötigten Rollstuhles einer Pflegeheimbewohnerin**

Im Prüfungsverfahren VA 1296-SV/02 (Amt d. NÖ LReg LAD1-BI-46/026-2003) konnte die VA erreichen, dass einer betagten Pflegebedürftigen vom Pflegeheim, in welchem sie wohnt, ein Mobilitätsrollstuhl zur Verfügung gestellt wurde, nachdem die NÖ Gebietskrankenkasse die Kostenübernahme abgelehnt hatte.

Das Amt der NÖ Landesregierung teilte dazu der VA mit Schreiben vom 1. Juli 2003 mit, dass zwischen der NÖ Gebietskrankenkasse und dem Amt der NÖ Landesregierung eine Vereinbarung besteht, wonach Mobilitätshilfen, wie beispielsweise Aufstehhilfen oder Mobilisationsrollstühle zur Ausstattung von Pflegeheimen gehören und von diesen erforderlichenfalls bereitzustellen sind.

Im Bereich der Krankenfahrstühle (Rollstuhlversorgungen) sei bis auf weiteres vereinbart, dass die Anschaffung aus Mitteln der Sozialversicherung finanziert wird. Um eine österreichweite gemeinsame Vorgangsweise zu finden, ist auch ein Arbeitskreis im Hauptverband der Sozialversicherungsträger eingesetzt worden. Ergebnisse stehen allerdings noch aus.

**VA erreicht, dass Rollstuhl vom Pflegeheim zur Verfügung gestellt wird**

**Arbeitskreis soll bundeseinheitliche Vorgangsweise ausarbeiten**

## 5.3 Pflegegeldangelegenheiten

### 5.3.1 Ermittlung des Pflegebedarfes schwerst behinderter Kinder

Durch den generellen Entfall der Altersgrenze besteht seit 1. Juli 2001 bei Vorliegen der gesetzlich festgelegten Voraussetzungen ein Rechtsanspruch auf die Zuerkennung von Pflegegeld nach dem Bundespflegegeldgesetz bereits ab der Geburt. Nur die Bundesländer Steiermark und Niederösterreich verabsäumten bislang eine Anpassung der Landpflegegeldgesetze, sodass ein Rechtsanspruch auf Pflegegeld nach dem Niederösterreichischen Pflegegeldgesetz derzeit erst ab Vollendung des 3. Lebensjahres besteht. Die längst überfällige Änderung in Bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen ist nunmehr jedoch in Vorbereitung.

Die Ermittlung des Pflegebedarfes schwerst behinderter Kleinkinder stellt eine Schwachstelle im System der Pflegevorsorge dar, die nicht bereinigt wurde. Das bloße Abstellen darauf, dass nur das Ausmaß an Pflege zu berücksichtigen ist, welches über das erforderliche Ausmaß an Betreuung gleichaltriger, nicht behinderter Kinder hinausgeht, führt zwangsläufig dazu, dass sich die Höhe des Pflegegeldes nicht an den Auswirkungen gravierender körperlicher oder geistiger Defizite, sondern primär am Lebensalter der Pflegebedürftigen orientiert.

#### **Einzelfälle:**

VA NÖ/202-SOZ/03 (Amt d. NÖ LReg LAD1-BI-46/061-2003)

VA NÖ/292-SOZ/02 (BH Zwettl 13S-13-01)

Frau B. schilderte in ihrer E-Mail an die VA, dass der Pflegegeldantrag ihres 2-jährigen behinderten Sohnes mit der Begründung abgewiesen wurde, dass kein Pflegeaufwand von über 50 Stunden monatlich vorliege und er noch keine drei Jahre alt sei. Ihr zweijähriger Sohn, welcher enorme Schäden im Kleinhirn aufweise und halbseitig beinahe gelähmt sei, könne weder sitzen, krabbeln noch laufen und nur wenige Worte sprechen.

**Ablehnung des Pflegegeldantrages für ein 2-jähriges schwer behindertes Kind**

Im eingeleiteten Prüfungsverfahren führte das Amt der NÖ Landesregierung über Ersuchen der VA aus, dass die von der BF gegen den angeführten Bescheid erhobene Klage mittlerweile vom Landesgericht Korneuburg abgewiesen worden sei. Im vorliegenden Fall sei im Rahmen des anschließenden Sozialgerichts-

verfahrens vor dem Landesgericht Korneuburg bereits in der Klagebeantwortung vom Land Niederösterreich ausdrücklich festgehalten worden, dass die Anspruchsvoraussetzung der Vollendung des dritten Lebensjahres des behinderten Kindes vom Land Niederösterreich als gegeben anerkannt wird. Strittig sei somit lediglich das Ausmaß des Pflegebedarfes gewesen. Derzeit sei ein neuerliches Pflegegeldverfahren bei der Bezirkshauptmannschaft Gänserndorf anhängig. Die VA wies in ihrem Schreiben darauf hin ausdrücklich auf die einschlägige Judikatur des Obersten Gerichtshofes und die Empfehlungen des BMSG zur Ermittlung des Pflegebedarfes für Kleinkinder hin.

Mit Schreiben vom 6. August 2003 teilte das Amt der NÖ Landesregierung mit, dass auf Grund des neuerlich gestellten Antrages dem Sohn von Frau B. von der Bezirkshauptmannschaft Gänserndorf ein Pflegegeld der Stufe 3 gewährt werden konnte.

**Zuerkennung von Pflegegeld der Stufe 3**

Trotz der im Einzelfall gefundenen Lösung ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtslage für die Eltern von pflegebedürftigen Kleinkindern in Niederösterreich wesentlich ungünstiger als in anderen Bundesländern ist.

Auf Grund der in den Jahren nach der Einführung des Pflegegeldes gemachten Erfahrung, dass ein Pflegebedarf bereits ab Geburt bestehen kann, wurde auch im Bundespflegegeldgesetz die Altersgrenze im Jahr 2001 abgeschafft, sodass bei Zutreffen der Anspruchsvoraussetzungen mittlerweile in allen Bundesländern bis auf Niederösterreich und Steiermark bereits ab Geburt ein Rechtsanspruch auf Zuerkennung von Pflegegeld besteht. Da die Einführung der bundesweiten Pflegevorsorge zum 1. Juli 1993 vom Gedanken einer einheitlichen Pflegebedarfsfeststellung getragen war, ist in Niederösterreich deshalb Handlungsbedarf gegeben. Die im Schreiben des Amtes der Landesregierung dargelegte Praxis, wonach in jedem Fall die Nachsicht von der Anspruchsvoraussetzung der Vollendung des 3. Lebensjahres erteilt werde, sodass de facto die Nachsicht immer erteilt werde, vermag eine legislative Umsetzung nicht zu substituieren.

**Altersnachsicht muss beseitigt werden**

Die diesbezüglich angekündigte Novelle zum Niederösterreichischen Pflegegeldgesetz sollte auch zum Anlass genommen werden, die mit der Vollziehung der einschlägigen Rechtsvorschriften betrauten Personen auf die geschilderte Rechtslage bezüglich der Ermittlung des Pflegebedarfes für schwerst behinderte Kleinkinder aufmerksam zu machen, um ein rechtlich einwandfreies Vollzugs-handeln sicherzustellen.

**VA für Ausarbeitung einer Novelle, mit der ein Anspruch auf Pflegegeld ab der Geburt geschaffen werden soll**

Dem Prüfungsverfahren zu VA NÖ/292-SOZ/02 lag die Beschwerde der Mutter einer zweijährigen schwer behinderten Mädchens zu Grunde. Frau F. schilderte, dass die Behinderungen ihrer Tochter bei der amtsärztlichen Untersuchung nicht richtig eingeschätzt worden seien. Insbesondere die Frage des nicht

altersbedingten Pflegebedarfes sei vom Sachverständigen nicht richtig beurteilt worden. Der Ablehnungsbescheid, gegen den Sie mittlerweile Klage erhoben habe, sei daher zu Unrecht erlassen worden.

Mit Schreiben vom 10. Dezember 2002 teilte die BH Zwettl der VA mit, dass das Land Niederösterreich vom Landesgericht Krems für schuldig erkannt wurde, der Minderjährigen ein Pflegegeld der Stufe 1 zu gewähren.

Die VA fordert schon längere Zeit die Konzipierung eines kindergerechten Einstufungsschemas zur Beurteilung des Pflegebedarfes, da das bloße Abstellen darauf, dass nur jenes Ausmaß an Pflege zu berücksichtigen ist, welches über das erforderliche Ausmaß an Betreuung gleichaltriger, nichtbehinderter Kinder und Jugendlicher hinausgeht, zwangsläufig dazu führt, dass sich die Höhe des Pflegebedarfes nicht an den Auswirkungen gravierender körperlicher und geistiger Defizite, sondern primär am Lebensalter der Pflegegeldwerber orientiert.

**VA fordert die Konzipierung eines eigenen kindergerechten Einstufungsschemas**

### **5.3.2 Rückforderung von Landespflegegeld nach Einstufungsdivergenzen im Zuge des Zuständigkeitsüberganges**

Wie bereits im **24. Bericht der VA an den Nationalrat und dem Bundesrat** ausgeführt wurde, muss die VA wiederholt feststellen, dass das Pflegegeld nach Übergang der Zuständigkeit auf einen anderen Träger abgelehnt bzw. herabgesetzt wird. Solche Fälle treten bedauerlicherweise nach wie vor auf und führen so für die Betroffenen mitunter zu geradezu unerträglichen Situationen.

#### **Einzelfall:**

VA NÖ/92-SOZ/03, Amt d NÖ LReg LAD1-BI-46/028-2003

Herr W. wandte sich im Zusammenhang mit der Rückforderung der Bezirkshauptmannschaft Wr. Neustadt des seiner verstorbenen Ehegattin gewährten Landespflegegeldes an die VA.

Er führte aus, dass er mit zwei Schreiben der BH Wr. Neustadt aufgefordert wurde, vermeintlich zu Unrecht ausbezahltes Pflegegeld in der Höhe von € 4.569,04 zurückzuzahlen. Die Rückforderung sei mit einem Zuständigkeitsübergang auf die Pensionsversicherungsanstalt auf Grund der Anerkennung einer Berufsunfähigkeitspension begründet worden. Die Pensionsversicherungsanstalt habe nur mehr Stufe 2 bzw. nach einem gerichtlichen Ver-

**Rückforderung von Pflegegeld nach über 2 Jahren nach dem Tod des Bezieher**

gleich Stufe 4 gewährt (vorher: Stufe 7). Er sei über dieses Schreiben sehr überrascht gewesen, da seit dem Tod der Gattin bereits 2 ¼ Jahre vergangen waren.

Herr W. äußerte gegenüber der VA, dass er sich keines Fehlverhaltens bewusst sei und im Wesentlichen nur den Wunsch habe, dass ihn die Behörden „endlich in Ruhe ließen, damit er genug Kraft habe, sich seinen beiden Töchtern, die mittlerweile 12 und 15 Jahre alt seien, zu widmen“.

Die BH Wr. Neustadt gab in der im Rahmen des von der VA eingeleiteten Prüfungsverfahrens eingeholten Stellungnahme zur Rechtfertigung ihres Vorgehens an, dass Herr W. das entsprechende Schreiben, mit dem er zum Rückersatz aufgefordert wurde, nicht beantwortet habe. Die Bezirkshauptmannschaft sei daher davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen für die Rückforderung vorliegen. Anderenfalls sei nicht erklärbar, warum vom BF sonst ein Pflegegeld der Stufe 2 bzw. Stufe 4 akzeptiert worden sei.

Auf Grund des Einschreitens durch die VA sah die BH Wr. Neustadt schließlich von einer Ersatzpflicht ab.

Die VA vertritt in der gegenständlichen Problematik die Ansicht, dass es nicht Aufgabe von ehemaligen Beziehern von Landespflegegeld oder deren Angehörigen sein kann, der Behörde zu erklären, dass und warum eine geltend gemachte Forderung nicht zu Recht erhoben wird. Es müsse vielmehr in der Verantwortung der Behörde gelegen sein, sich zu vergewissern, ob die Voraussetzungen für die Rückforderung überhaupt vorliegen, bevor man Aufforderungsschreiben samt Zahlscheinen und Mahnungen versendet. Über die Rückforderung ist jedenfalls mit Bescheid zu entscheiden.

Auf Grund des gegenständlichen Prüfungsverfahrens wies das Bundesministerium für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz in einem Rundschreiben sämtliche Sozialversicherungsträger an, in Fällen des Zuständigkeitswechsels die Pflegegeldeinstufung der Länder grundsätzlich zu übernehmen.

**VA deckt gravierende Mängel bei der Durchführung des Ermittlungsverfahrens auf**

**Behörde sieht von einem Rückersatz ab**

**Gem. Erlass des BMSG haben die SV-träger grundsätzlich die Pflegegeldeinstufung der Länder zu übernehmen**

## 5.4 Jugendwohlfahrt

### 5.4.1 Jugendamt holt direkt beim Arbeitgeber Auskunft über das Einkommen ein – VA erteilt Empfehlung

§ 183 Außerstreitgesetz verpflichtet Personen, deren Einkommen oder Vermögen für die Entscheidung über den Unterhaltsanspruch eines Minderjährigen von Belang ist, dem Gericht auf dessen Verlangen die erforderlichen Auskünfte zu geben und deren Überprüfung zu ermöglichen. Ein Ersuchen an den Arbeitgeber des potenziellen Unterhaltspflichtigen ist nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Gesetzesvorschrift (arg: „kommt jemand den ... Pflichten nicht nach, so kann ....“) nur dann zulässig, wenn der Betroffene seinen Auskunftspflichten nicht nachkommt.

Der Jugendwohlfahrtsträger als gesetzlicher Vertreter ist daher verpflichtet, zuerst an den Unterhaltsverpflichteten heranzutreten und von ihm eine Auskunft über sein Einkommen zu verlangen. Erst im Falle der Nichterteilung der erforderlichen Auskunft ist die Behörde berechtigt, von seinem Arbeitgeber eine Auskunft über seine Einkünfte einzuholen.

**Einzelfall:**

VA NÖ/96-SOZ/01, Amt d. NÖ LReg GS6-K-1144/001-01

Im April 2000 beauftragte die Gattin des BF das Jugendamt Gmünd, sie bei der Festsetzung der Unterhaltsansprüche des gemeinsamen Sohnes zu vertreten. In der Folge richtete das Jugendamt eine auf § 183 Außerstreitgesetz gestützte Anfrage an den Dienstgeber des BF. Der BF wurde vom Jugendamt zuvor weder um die Darlegung seiner Einkommensverhältnisse ersucht, noch über die Anfrage an den Dienstgeber informiert.

**Jugendamt wendet sich unmittelbar an den Dienstgeber**

Das Amt der NÖ Landesregierung rechtfertigte die Vorgangsweise der Bezirkshauptmannschaft ausschließlich damit, „dass beim Erstkontakt der Jugendabteilung mit der Kindesmutter zum Ausdruck gekommen sei, dass der BF zwar im Haushalt gemeldet sei, jedoch nur an Wochenenden dort aufhältig sei und keinerlei finanzielle Unterstützung zur Haushaltsführung oder für die Betreuungskosten des Kindes leiste. Da er keine Angaben über seine Einkünfte gegenüber der Kindesmutter tätige, habe man den Dienstgeber direkt um Lohnauskunft ersucht.“

Die VA hat in ihrer kollegialen Sitzung am 29. Juli 2002 festgestellt, dass die von der Bezirkshauptmannschaft Gmünd an den Dienstgeber des Beschwerdeführers gerichtete Anfrage, einen **Misstand in der Verwaltung gemäß Artikel 148a Abs. 1 B-VG iVm § 1 Landesgesetzblatt Niederösterreich 0003-0** darstellt und empfohlen, dafür Sorge zu tragen, dass derartige Fehlleistungen in Zukunft unterbleiben.

**VA stellt Misstand in der Verwaltung fest und erteilt Empfehlung**

Die BH Gmünd war zum maßgeblichen Zeitpunkt Sachwalter des Minderjährigen in Unterhaltsangelegenheiten gemäß § 212 ABGB, wodurch sie die Stellung eines gesetzlichen Vertreters des minderjährigen Unterhaltsberechtigten innehatte. Die Bestimmungen der §§ 183 und 184 Außerstreitgesetz hätten daher beachtet werden müssen. Ein Ersuchen an den Arbeitgeber des potenziellen Unterhaltspflichtigen ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 183 Außerstreitgesetz nur dann zulässig, wenn der Betroffene seinen Auskunftspflichten nicht freiwillig nachkommt. Im Beschwerdefall wurde jedoch der unterhaltspflichtige BF überhaupt nicht um Bekanntgabe seines Einkommens ersucht.

Gemäß der Verfassungsbestimmung des § 1 Abs. 1 Datenschutzgesetz 2000 hat jedermann Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit daran ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse besteht. Schon im Hinblick auf den Wortlaut dieser Verfassungsbestimmung sind die Daten betreffend das Einkommen des Unterhaltspflichtigen schutzwürdig.

**Verletzung des Rechts auf Datenschutz**

Mit Schreiben der NÖ Landesregierung vom 22. August 2002 wurde der VA mitgeteilt, dass der **Empfehlung inhaltlich entsprochen** wurde. Alle Dienststellen, die mit Jugendwohlfahrtsaufgaben in Niederösterreich befasst sind, wurden mittels Erlass die besondere Bedeutung der einschlägigen Gesetzesstellen näher gebracht und die gesetzeskonforme Vorgangsweise ausführlich erläutert. Außerdem wurde berichtet, dass bereits den Sacharbeitern anlässlich von Fortbildungsveranstaltung die Bedeutung der geltenden Rechtslage vermittelt wurde und in Zukunft im Hinblick auf den Anlassfall verstärkt vermittelt werden soll.

**Empfehlung der VA wurde entsprochen**

#### 5.4.2 Keine automatische Aufrechnung bei Unterhaltsübergüssen mit laufenden Unterhaltszahlungen

Nach der herrschenden Lehre und Judikatur ist bei entstandenen Übergüssen eine Aufrechnung gegen Unterhaltsforderungen nur dann zulässig, wenn der laufende Unterhalt den Durchschnittsbedarf des Kindes übersteigt.

**Einzelfall:**

VA NÖ/43-SOZ/03, Amt d. NÖ LReg LAD1-BI-46/029-2003

Frau G. beschwerte sich anlässlich eines Sprechtages darüber, dass sie seit Oktober 2002 keinen Unterhalt für ihre Kinder erhalten habe. Mit Beschluss des Bezirksgerichtes Mödling sei der Kindesunterhalt rückwirkend herabgesetzt worden. Dadurch wäre ein Übergenuß entstanden, welcher nunmehr vom Jugendamt mit dem laufenden Unterhalt von monatlich € 126,25 je Kind aufgerechnet werde. Die Überzahlung sei für die Kinder gutgläubig verbraucht worden, da die Kindesmutter keinen Grund hatte, die Rechtmäßigkeit der in Empfang genommenen Alimentationen in Zweifel zu ziehen.

**Keine Auszahlung von Unterhaltsleistungen**

Die VA wies in dem unverzüglich eingeleiteten Prüfungsverfahren den Jugendwohlfahrtsträger auf die herrschende Lehre und Judikatur hin, wonach eine Aufrechnung mit Unterhaltsforderungen nur beschränkt möglich ist. Zulässig ist diese Vorgangsweise nämlich nur dann, wenn der laufende Unterhalt den Durchschnittsbedarf des Kindes übersteigt. Der laufende Unterhalt von monatlich € 126,25 pro Kind liegt im gegenständlichen Fall weit unter dem Durchschnittsbedarf von Kindern in der Altersgruppe der Kinder der BF, sodass die Einstellung der Auszahlung laufender Unterhaltszahlungen unrechtmäßig war.

**VA macht auf die Rechtswidrigkeit der vorgenommenen Aufrechnung mit dem Übergenuß aufmerksam**

In der Stellungnahme vom 26.11.2003 gab die NÖ Landesregierung bekannt, dass die bisherige Verwaltungspraxis geändert und mittels Erlass der Rechtsansicht der VA gefolgt wird.

**VA erreicht Änderung der bisherigen Verwaltungspraxis**

### 5.4.3 Entziehung der Bewilligung zur Tagesbetreuung nach Pensionsantritt einer Tagesmutter

VA NÖ 212-SOZ/03, Amt d. NÖ LReg LAD1-BI-46/057-2003

Frau S. brachte bei der VA vor, dass sie das Jugendamt per 1. Juli 2002 davon informiert hatte, aus privaten Gründen die 15 Jahre lang ausgeübte Tätigkeit als Tagesmutter zu beenden. Anfang Februar 2003 habe Sie dann zu ihrer Überraschung eine Verständigung erhalten, mit der sie davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein Ermittlungsverfahren anhängig sei, weil Frau S. die für dieses Berufsbild vorgeschriebene Fortbildungseinheiten nicht absolviert hatte. Trotz mündlicher und schriftlicher Beteuerungen der BF, dass sich dieses Verfahren erübrigen und sie keine Kinder mehr übernehmen werde, wurde von der BH St. Pölten mittels Bescheid vom 16. April 2003 der Widerruf der Bewilligung zur Tagesbetreuung von Kindern ausgesprochen.

Nach Überprüfung des Sachverhaltes kam die VA zu dem Ergebnis, dass der Bescheid rechtlich nicht zu bemängeln ist. Es war allerdings nicht nachvollziehbar, warum Frau S. nicht im Sinne einer effizienten Verwaltungsführung schon im Juli 2002 darauf aufmerksam gemacht worden war, dass sie die ihr erteilte Bewilligung direkt bei der Bezirkshauptmannschaft zurücklegen könne. Statt dessen vermittelte man gegenüber einer wohlverdienten Tagesmutter, die freiwillig aus dem Dienst ausschieden war, sie habe ihre laufenden Verpflichtungen vernachlässigt und führte ein Verwaltungsverfahren durch, dass angesichts der dokumentierten Kooperationsbereitschaft der BF entbehrlich gewesen wäre.

Die VA ersuchte daher den Landeshauptmann, der Bezirkshauptmannschaft in ähnlichen Fällen künftig ein bürgernäheres und servicefreundlicheres Vorgehen nahe zu legen.

**Unkomplizierteres Vorgehen der Behörden und Kontakt mit den Betroffenen kann nach Ansicht der VA Missverständnissen vorbeugen**

## 6 Gesundheitswesen

### 6.1 Überlange Verfahrensdauer bei der Behandlung eines Antrages auf Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer Apotheke

Das Verfahren zur Erteilung einer Apothekenkonzession zählt infolge der einschlägigen gesetzlichen Vorgaben und den Beurteilungsmaßstäben, die der VwGH diesbezüglich an rechtmäßige Entscheidungen anlegt, sicher zu den erhebungsentensivsten, die Bezirkshauptmannschaften und Stadtgemeinden zu bewältigen haben. Ein Ermittlungsverfahren, das allein fast 15 Monate dauert und die Grundlage für ein von der Apothekenkammer erst zu erstellendes Gutachten bildet, ist dennoch inakzeptabel.

**Einzelfall:**

VA 8 GU/02, Amt d. NÖ LReg LAD1-BI-38/044-2002

Frau Dr. X. brachte anlässlich eines Sprechtages bei der VA vor, dass sie eine Apotheke eröffnen wolle. Den diesbezüglichen Antrag habe sie mit Schreiben vom 22. März 2001 gestellt. Das Konzessionsverfahren verzögere sich nach ihrer Information jedoch, weil der Bürgermeister der Stadtgemeinde Krems dem Auftrag des Amtes der NÖ Landesregierung zur Erhebung der in § 10 Abs. 3 Apothekengesetz angesprochenen Daten angeblich nicht oder nur unvollständig entsprochen hat. Urganzen der BF und eine diesbezügliche Vorsprache beim Bürgermeister hätten nichts gebracht.

Die VA wandte sich im Prüfungsverfahren zunächst an die Stadtgemeinde Krems und wies darauf hin, dass gemäß § 49 Apothekengesetz die „politische Landesbehörde“ jedes Gesuch um Konzession zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke ungesäumt an die „politische Behörde 1. Instanz, in deren Bezirk der Standort der Apotheke gelegen oder in Aussicht genommen ist, weiter zu leiten hat.“ Die letztgenannte Behörde hat dann sämtliche für die Entscheidung maßgebenden Verhältnisse ohne Verzug von Amts wegen zu erheben.

In seinem Antwortschreiben verwies der Bürgermeister der Stadtgemeinde Krems rechtfertigend darauf, dass dem Erhebungsauftrag des Amtes der NÖ Landesregierung durch Zwischenberichte

**Säumigkeit des Magistrats bei der Durchführung von Erhebungen für das Amt der Landesregierung?**

**VA drängt auf Abschluss der Ermittlungen**

des Gesundheits- und Planungsamtes bereits Folge geleistet wurde, das Meldeamt aber auf Grund der Arbeitsbelastung infolge der notwendigen Aufbereitung der Ergebnisse des Volkszählungsergebnisses die für die Entscheidung notwendigen Melde-daten nur verspätet liefern habe können. Nach Ansicht des Magi-strates seien damit alle Fragen, deren Beantwortung im Bereich des Möglichen gelegen war, ausreichend beantwortet. Trotzdem sei die Stadtgemeinde Krems durch das Amt der NÖ Landesregie-rung drei Wochen später zusätzlich beauftragt worden, auch Daten über die Verweildauer von ca. 2.500 Zweitwohnungsbesit-zern und deren Familien im Stadtteil, in welchem die BF ihre Apotheke zu eröffnen beabsichtigt, nachzuliefern. Da darüber keine Unterlagen aufliegen, müsse man nun erst Annäherungen über Indizien finden, indem zB. der Wasserverbrauch und die In-anspruchnahme der Müllabfuhr in diesem Gebiet erhoben wird, was sich erneut als zeit- und arbeitsaufwändig erweist.

Der Bürgermeister versicherte jedoch, dass er auf eine zügige Erledigung aller Erhebungen drängen werde. In der Folge setzte sich die VA mit dem Landeshauptmann in Verbindung. Das Amt der NÖ Landesregierung wies darauf hin, dass die Verfahrensverzögerungen beim Magistrat eingetreten seien und auf eine Ver-vollständigung der angeforderten Daten weiter bestanden werden müsse. Als auch noch mehr als 14 Monate nach Antragstellung der BF kein Abschluss der Erhebungen des Magistrates in Sicht war, nahm die VA abermals Kontakt mit dem Magistrat auf.

Der Bürgermeister teilte der VA mit Schreiben vom 24.6.2002 darauf hin mit, dass es ihm auf Grund des Fehlens von Unterla-gen immer noch unmöglich sei, manche Fragen zu beantworten, er aber die bereits erzielten Ermittlungsergebnisse nun weiterlei-ten werde. Das Amt der NÖ Landesregierung gab darauf hin be-stätigend die Auskunft, dass der Verwaltungsakt an die Österrei-chische Apothekenkammer mit dem Ersuchen um Erstellung ei-nes Gutachtens im Sinne des § 10 Abs. 7 Apothekengesetzes übermittelt wurde, da eine Klärung der offenen Punkte tatsächlich nicht zu erwarten sei.

Insgesamt erwies sich die **Beschwerde** als **berechtigt**, da seit der Antragstellung am 22. März 2001 bis zum Abschluss der er-forderlichen Erhebungen fast 15 Monate vergingen.

**VA erreicht Abschluss  
der Erhebungen**

**Beschwerde wegen  
überlanger Verfahrens-  
dauer berechtigt**

## 6.2 Mangelnde Sorgfalt bei der Weitergabe von sensiblen Daten

VA NÖ/71-GES/02, Amt d. NÖ LReg LAD1-BI-38/023-2002

Frau Dr. F. teilte der VA mit, dass sie ein Schreiben der NÖ Landesnervenklinik Mauer erhalten habe, mit dem ihr unaufgefordert äußerst sensible medizinische Befunde eines ihr unbekanntem Herrn S. übermittelt worden seien.

**Rechtswidrige Übermittlung von sensiblen medizinischen Befunden**

Die VA ersuchte den Landeshauptmann von Niederösterreich um Aufklärung, wie es zu der Weitergabe von diesen sensiblen Daten kommen konnte.

Die ärztliche Direktion der Landesnervenklinik bedauerte den Vorfall und brachte vor, dass Herr S. die Übermittlung des Arztbriefes an seinen behandelnden Arzt Dr. F. gewünscht habe. Er habe jedoch nicht die exakte Adresse von diesem genannt. Da die Stationsschreibkraft keine derartige Adresse lautend auf Dr. F. fand, habe sie im elektronischen Telefonverzeichnis die Adresse der namensgleichen BF ermittelt.

**Ärztliche Direktion bedauert Vorfall**

Es wurde der VA zugesichert, dass in Zukunft bei jedem Arztbrief geprüft wird, ob die Adresse korrekt ist und es sich tatsächlich um jene vom Patienten autorisierte Person handelt, die der medizinische Bericht/Arztbrief zugesandt werden soll.

**Vollzug wurde geändert**

## 6.3 Doppelte Verschreibung und Verrechnung eines Kostenbeitrages

Im Prüfungsverfahren VA NÖ/169-GES/02 (Magistrat der Landeshauptstadt St. Pölten 00/37/1-2002/Dr.Pfl/Pi) zahlte der Vater der BF irrtümlich einen mit Mahnung für einen stationären Aufenthalt vorgeschriebenen Kostenbeitrag ein, obwohl er der Zahlungsaufforderung bereits zuvor einmal nachgekommen war. Da das Krankenhaus St. Pölten auf ein schriftliches Ersuchen, diesen Irrtum doch zu berichtigen nicht reagierte, rechnete die BF die belegbare Überzahlung vom Kostenbeitrag, welcher auf Grund eines weiteren notwendigen stationären Aufenthaltes ihres Vaters vorgeschrieben wurde, ab. Dies wurde vom Krankenhaus jedoch nicht zur Kenntnis genommen. Es folgten mehrere Mahnschreiben, in denen mit der exekutiven Eintreibung des angeblichen Rückstandes ersucht wurde.

Die VA klärte den Sachverhalt letztlich auf und das Krankenhaus St. Pölten entschuldigte sich bei der BF und ihrem Vater für das Versehen. Der gegenständliche Fall wurde zum Anlass genommen, Änderungen im Verwaltungsablauf vorzunehmen, um derartige Fehlleistungen bei Kostenschreibungen künftig zu vermeiden.

**VA klärt Sachverhalt; Prüfungsverfahren führt zu Änderung im Verwaltungsablauf**

## 7 Raumordnungs- und Baurecht

### 7.1 Raumordnungsrecht

#### 7.1.1 Entschädigungsansprüche nach dem NÖ ROG unterliegen der 30-jährigen Verjährungsfrist !

VA NÖ 153-BT/02, Amt der NÖ LReg RU1-VA-0204/00,  
Amt der NÖ LReg LAD1-BI-38/022-2002

Von **Amts wegen** eröffnete die VA ein Prüfverfahren. Anlass gab die vom Amt der NÖ Landesregierung (Gruppe Raumordnung und Umwelt - Abteilung Bau- und Raumordnungsrecht, übermittelte Stellungnahme vom 25. März 2002 zu der Zl. RU1-VA-0204/00.

In dieser wurde unter anderem die Meinung vertreten, dass Ansprüche nach § 24 NÖ ROG 1976 binnen drei Jahren verjähren.

Nach dem Inhalt dieser Bestimmung ist die Gemeinde verpflichtet, dem Grundeigentümer eine angemessene Verjährung für jene im Gesetz näher bezeichneten vermögensrechtlichen Nachteile zu leisten, die durch Änderungen von Baulandwidmungsarten in andere Widmungsarten unter im einzelnen umschriebenen Bedingungen entstanden sind.

Die VA verwies in dem Prüfverfahren auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 25.3.1980, 5 Ob 507/80 = SZ 53/52, wonach ein Anspruch auf Entschädigung, der zwar privatrechtlicher Natur ist, deswegen kein Schadenersatzanspruch im Sinn der §§ 1293 ff ABGB ist, sodass nicht die kurze Verjährungsfrist des § 1489 ABGB Platz greift.

Das Amt der NÖ Landesregierung hielt dem entgegen, dass es sich bei einem Verfahren nach § 24 NÖ ROG 1976 zwar nicht um ein Enteignungsverfahren handle. Die Rechtsprechung des OGH könne jedoch sinngemäß auf § 24 NÖ ROG 1976 angewendet werden und unterliege damit ein Anspruch nach dieser Bestimmung nicht der kurzen Verjährungsfrist des § 1489 ABGB.

Auf Grund der damit geänderten Rechtsmeinung erübrigten sich weitere Schritte. Für die Berechtigtkeit der "langen" Verjährungsfrist führte die VA ergänzend ins Treffen, dass nach jüngster Rechtsprechung zu § 24 Abs. 1 NÖ ROG der OGH ausdrücklich die Gleichstellung zwischen Enteignungen und einer Enteignung gleichzuhaltenden schwer wiegenden Eigentumsbeschränkung hervorhob (31.1.2002, 6 Ob 105/01 = ÖJZ - LSK 2002/132). Das Amt der NÖ Landesregierung war abschließend zu ersuchen, seine geänderte Rechtsmeinung den Gemeinden zur Kenntnis zu bringen.

**schwer wiegende  
Eigentumsbeschränkung  
ist Enteignung  
gleichzuhalten**

### 7.1.2 Fehlende Übereinstimmung zwischen Teilungs- und Flächenwidmungsplan - Festlegung einer Widmungsgrenze zwischen Bauland und Grünland quer durch einen Bauplatz - Gemeinde Klausen-Leopoldsdorf

VA NÖ 17-BT/00, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-26/046-00

N.N. führte bei der VA darüber Beschwerde, dass er zusammen mit seiner Ehefrau ein im Jahre 1983 als Bauplatz neu geschaffenes Grundstück gekauft habe, welches jedoch, wie sich nachträglich herausstellte, zum größten Teil im Grünland liege. Die Widmungsgrenze zwischen Bauland-Wohngebiet und Grünland-Landwirtschaft verlaufe quer über sein Grundstück, sodass nur ein kleiner dreiecksförmiger, selbstständig nicht bebaubarer Teil und der Zufahrtsweg im Bauland-Wohngebiet liege.

Grundstück teils Bauland  
teils Grünland

Das Prüfverfahren der VA führte zu folgendem Ergebnis:

Laut dem der Abteilungsbewilligung vom 21. Juni 1983 zu Grunde liegenden Teilungsplan befand sich ein 600 m<sup>2</sup> großer Teil des neu geschaffenen Grundstücks im Bauland und ein 145 m<sup>2</sup> großer Teil im Grünland. Die Fläche des Aufschließungsweges, der den Fahnenbauplatz mit der vorbeiführenden Landesstraße verbindet, umfasste 185 m<sup>2</sup>. Zum Zeitpunkt der gegenständlichen Grundabteilung stand noch der seit 22. März 1972 rechtswirksame Flächenwidmungsplan in Geltung. Während laut Teilungsplan lediglich ein 6 m breiter Grundstreifen im Grünland lag, verlief die im Flächenwidmungsplan eingetragene Widmungsgrenze quer über den Bauplatz, sodass bloß der Zufahrtsweg und ein kleiner, selbstständig nicht bebaubarer Teil des Grundstücks im Bauland lag.

In einem vom 8. April bis zum 20. Mai 1997 zur allgemeinen Einsicht aufgelegten Planentwurf lag gar nur mehr der Aufschließungsweg im Bauland-Wohngebiet. Der Beschwerdeführer gab zu diesem Entwurf mit Schreiben vom 9. April 1997 eine Stellungnahme ab, in der er angab, das Grundstück als Bauland-Wohngebiet gekauft zu haben, weshalb er eine Ausweisung als Bauland-Wohngebiet anstrebe. Daraufhin wurden die Festlegungen des Flächenwidmungsplanes aus 1972 beibehalten. Der neue Plan wurde am 15. August 1998 rechtswirksam.

In der Zeit vom 3. Mai bis 14. Juni 1999 legte die Gemeinde neuerlich einen Planentwurf auf, in dem der gesamte Bauplatz als Bauland-Wohngebiet eingetragen war. Im Textteil des Entwurfes wurde zu den Planungsabsichten der Gemeinde u.a. Folgendes ausgeführt: "*... Die Parzelle ... ist gemäß der heute rechtskräftigen Baulandgrenze eigentlich überhaupt unbebaubar. Die gewünschte Baulanderweiterung in diesem Bereich wurde bereits bei der*

*Überarbeitung des Flächenwidmungsplanes in den Jahren 1997/98 behandelt, ist letztendlich aber nicht rechtswirksam geworden ... Durch die im Zuge dieses Änderungsverfahrens geplante Verlegung der Baulandgrenze an die heute bestehenden Grundgrenzen möchte die Gemeinde Klausen-Leopoldsdorf sicherstellen, dass keine Schadenersatzleistungen an die Grundeigentümer ... fällig werden könnten."*

Der Gemeinderat beschloss zwar am 15. Dezember 1999 eine Abänderung des Flächenwidmungsplanes, die aber von der Aufsichtsbehörde auf Grund der negativen Begutachtung durch zwei Raumordnungssachverständige ("*landschaftlich äußerst exponierter Bereich*") nicht genehmigt wurde. In seiner Stellungnahme vom 24. Mai 2000 teilte der Bürgermeister der Gemeinde Klausen-Leopoldsdorf der VA allerdings mit, dass der Amtssachverständige für Raumordnung bei einer Besprechung am 5. April 2000 eine positive Begutachtung in Aussicht gestellt habe, wenn der überwiegende Teil der Parzelle als Bauland-Wohngebiet ausgewiesen und im Anschluss an das angrenzende Grünland ein Grüngürtel festgelegt werden würde. Da die Gemeinde in der Abteilungsbeurteilung Aufschließungskosten in Höhe von S 72.846,41 vorgeschrieben habe, sei sie verpflichtet, auf Grund der Baulanddifferenz nach § 24 NÖ ROG eine Entschädigung zu leisten.

**Entschädigungspflicht?**

1. Gemäß § 10 Abs. 1 NÖ BO 1976 bedarf die Grundabteilung (Teilung oder Vereinigung von Grundstücken oder jede sonstige Veränderung von Grundstücksgrenzen) prinzipiell einer Bewilligung der Baubehörde. Die Bewilligung ist gemäß § 10 Abs. 6 leg.cit. unter anderem nur dann zu erteilen, wenn der Teilungsplan mit den Festlegungen im Bebauungsplan - wo ein solcher noch nicht gilt, mit den Festlegungen im Flächenwidmungsplan - übereinstimmt (Z 1), und alle neu geformten Grundstücke im Bauland die in § 12 Abs. 1 Z 1 und 2 festgelegten Voraussetzungen der Bauplatzerklärung erfüllen (Z 2). Gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 darf ein Grundstück nur dann zum Bauplatz erklärt werden, wenn es auf Grund seiner Gestalt, Beschaffenheit und Größe nach den Bestimmungen dieses Gesetzes und den Festlegungen im Bebauungsplan bebaut werden darf. Dies gilt zufolge § 12 Abs. 2 auch dann, wenn ein Grundstück zum Teil im Bauland, zum anderen im Grünland liegt. In diesem Fall darf nur der im Bauland liegende Teil zum Bauplatz erklärt werden.

Da nach dem zur Zeit der Bewilligung der Grundabteilung rechtswirksamen Flächenwidmungsplan aus 1972 der weitaus geringere, dreiecksförmige Teil des Grundstücks im Bauland-Wohngebiet lag und selbstständig nicht bebaubar war, hätte die Behörde die beantragte Grundabteilung versagen müssen. Denn zum einen stimmte der vorgelegte Teilungsplan mit dem Flächenwidmungsplan nicht überein, und zum anderen ent-

**Grundabteilung hätte versagt werden müssen**

sprach der im Flächenwidmungsplan als Bauland-Wohngebiet ausgewiesene Teil der Parzelle auf Grund seiner Gestalt und Größe nicht den an einen Bauplatz zu stellenden Anforderungen.

Die Baubehörde der Gemeinde Klausen-Leopoldsdorf erweckte durch die Bewilligung der Grundabteilung den Eindruck, als sei das fragliche Grundstück selbstständig bebaubar. Sie schuf dadurch einen Vertrauenstatbestand, was im Fall von nutzlos gewordenen Investitionen in eine Bauführung oder Projektplanung Amtshaftungsansprüche gegen die Gemeinde auslösen kann.

**Vertrauenstatbestand  
geschaffen**

Eine Aufschließungsabgabe ist gemäß § 14 Abs. 1 NÖ BO 1976 nur aus Anlass der Erklärung eines Grundstückes zum Bauplatz (§ 12) oder der erstmaligen Errichtung eines Gebäudes oder einer großvolumigen Anlage vorzuschreiben, wenn für den Bauplatz noch kein der Höhe nach bestimmter Aufschließungsbeitrag und auch keine Aufschließungsabgabe vorgeschrieben worden ist. Mangels Vorliegen dieser Voraussetzungen war der Bescheid vom 21. Juni 1983 auch in dieser Hinsicht rechtswidrig.

**Aufschließungsabgabe  
rechtswidrig**

2. Die VA konnte ferner nicht erkennen, weshalb die Widmungsgrenze zwischen Bauland und Grünland im Flächenwidmungsplan aus 1998 derart festgesetzt wurde, dass sie quer über das Grundstück verlief und eine Bebauung des im Bauland-Wohngebiet liegenden Teils unmöglich machte. Eine derartige Festlegung der Widmungsgrenze ließ sich mit der intendierten klaren Abgrenzung des Siedlungsraumes vom Naturraum allein nicht erklären, mag eine fehlerhafte Abteilungsbevolligung auch keinen Änderungsanlass nach § 22 Abs. 1 NÖ ROG bilden. Da die Gründe für die im Flächenwidmungsplan aus 1998 festgesetzte Baulandgrenze nicht nachvollziehbar waren, erwies sich die Beschwerde auch aus diesem Grund als berechtigt.

**Widmungsgrenze  
nicht erklärbar**

Schließlich sei darauf hingewiesen, dass ein Entschädigungsanspruch des Grundeigentümers gemäß § 24 Abs. 1 NÖ ROG nur dann besteht, wenn die Gemeinde die Bebaubarkeit einer Grundfläche, die im örtlichen Raumordnungsprogramm als Bauland gewidmet und auch nicht von einem Bauverbot betroffen ist, durch Änderung der Widmungs- und Nutzungsart ausschließt oder erheblich verringert. Im konkreten Fall ist ein solcher Entschädigungsanspruch mehr als zweifelhaft, weil die fragliche Parzelle bereits im Flächenwidmungsplan aus 1972 überwiegend als Grünland ausgewiesen war. Dass es je zu einer Rückwidmung von Bauland in Grünland gekommen wäre, ließ sich dem der VA vorliegenden Aktenmaterial nicht entnehmen. Die Gemeinde wird allerdings zu prüfen haben, ob zumindest ein Teil der entrichteten Aufschließungsabgabe zurückzuzahlen ist. Derartige Überlegungen würden sich nur dann erübrigen, wenn das Grundstück im

**Kein Entschädigungs-  
anspruch**

Sinne der zuletzt bekannt gegebenen Planungsabsicht der Gemeinde überwiegend als Bauland ausgewiesen werden würde.

### 7.1.3 Ausweisung eines Grundstückes als „Parkplatz“ – mangelnde Umsetzung einer Verkehrsflächenwidmung - Marktgemeinde Schwarzenbach

VA NÖ/173-BT/01, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-32/066-01

N.N. führten bei der Volksanwaltschaft Beschwerde über die Widmung ihrer Grundstücke als „Verkehrsfläche-Parkplatz“. Auf diese Widmung seien sie erst Jahre nach Vornahme der Flächenwidmungsplanänderung aufmerksam geworden. In der Belastung ihres Eigentumsrechtes erachten sich die Beschwerdeführer beschwert.

In dem hieraufhin eingeleiteten Prüfverfahren hatte die Volksanwaltschaft festzustellen, dass die beschwerdegegenständlichen Parzellen mit Erlassen des örtlichen Raumordnungsprogrammes vom 23. April 1992 von „Bauland-Wohngebiet“ in „Verkehrsfläche-Parkplatz“ umgewidmet wurden. Befragt zu den Gründen dieser Widmungsänderung führte die Marktgemeinde Schwarzenbach aus, dass im „Zusammenhang mit örtlichen Großveranstaltungen, wie Faschingsumzug der örtlichen Feuerwehr, Sportveranstaltungen und Veranstaltungen des angrenzenden Restaurantbetriebes ... sich in diesem Bereich ein großes Manko an Parkplätzen“ ergäbe. Im örtlichen Raumordnungsprogramm der Marktgemeinde Schwarzenbach selbst findet man als Änderungsanlass lediglich den Vermerk „Parkplatz für Gaststätte“ eingetragen.

**Umwidmung für Parkplatz?**

Für die Volksanwaltschaft ist damit der Bedarf an der Verkehrsfläche zum Zeitpunkt der Ausweisung des Grundstückes ebenso wenig bescheinigt, wie dargetan werden konnte, ob die Verordnung in der Zwischenzeit als Folge einer Änderung der Verkehrsverhältnisse konvalidierte. Aus diesen Gründen erwies sich auch die **Beschwerde** als **berechtigt**. Festzuhalten bleibt, dass auch die Aufsichtsbehörde im Zuge einer örtlichen Erhebung am 29. Oktober 2001 zu konstatieren hatte, dass seit der Änderung des örtlichen Raumordnungsprogrammes von der Marktgemeinde Schwarzenbach keine Schritte unternommen wurden, sich in den Erhalt der Verkehrsfläche zu setzen.

**Bedarf nicht bescheinigt**

In dem Bemühen, die Angelegenheit einer raschen, unbürokratischen Lösung zuzuführen, fand am 3. April 2002 im Amt der Niederösterreichischen Landesregierung eine Büroverhandlung statt, zu der neben Vertretern der Aufsichtsbehörde auch der Bürgermeister der Marktgemeinde Schwarzenbach sowie ein

**Lösung gesucht**

Mitglied des Gemeinderates der Gemeinde Schwarzenbach eingeladen wurden. Nach eingehender Erörterung der Sach- und Rechtslage kamen die Beteiligten überein, den Beschwerdeführern mehrere Lösungsvarianten anzubieten, die sie einerseits finanziell schadlos stellen, andererseits die Marktgemeinde Schwarzenbach in den Erhalt der offenbar benötigten Grundstücke versetzen sollen.

Diese Lösungsvorschläge wurden am 26. Juni 2002 vom Gemeinderat der Marktgemeinde Schwarzenbach beschlossen, und im Weiteren den Beschwerdeführern unterbreitet. N.N. entschieden sich dabei für jene Variante, der zufolge sich die Marktgemeinde Schwarzenbach bereit erklärt, die beschwerdegegenständlichen Grundstücke zu jenem Kaufpreis zu erwerben, der von einem amtlichen Sachverständigen, welcher auch in einem straßenrechtlichen Enteignungsverfahren zur Feststellung des Verkehrswertes zuzuziehen wäre, festgesetzt wird. Die Beschwerdeführer erhoben allerdings zur Bedingung, dass die Auswahl des Sachverständigen von der Aufsichtsbehörde erfolgt.

Diesem Wunsch hat die Aufsichtsbehörde Rechnung getragen. Weitere Veranlassungen waren im Hinblick auf die in Aussicht gestellte Lösung des Falles nicht erforderlich.

#### **7.1.4 Festlegung eines Grundstücks im Wohngebiet als Aufschließungszone ohne schlüssigen Nachweis einer Gefährdung durch Deponiegase, Überwälzung von Gutachterkosten für die Freigabe auf private Planungsbetroffene – Gemeinde Zwölfaxing**

VA 334-BT/01, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-38/004-2002

N.N. führte darüber Beschwerde, dass der Gemeinderat der Gemeinde Zwölfaxing ihr bislang als Bauland-Wohngebiet ausgewiesenes Grundstück zwecks Sanierung einer nahe gelegenen Deponie als Aufschließungszone festgelegt habe. Obwohl die vorliegenden Gutachten die Notwendigkeit der eigentumsbeschränkenden Widmung nicht erkennen ließen, habe sich die Gemeinde geweigert, die Festlegung als Aufschließungszone aufzuheben. Sie sei als Grundeigentümerin nicht bereit, die Kosten für die Erstellung eines Gutachtens zum Nachweis der Ungefährlichkeit zu übernehmen, wie das in der Verordnung über die Festlegung als Aufschließungsgebiet vorgesehen sei.

Das Prüfverfahren führte zu folgendem Ergebnis:

### 1. Zur Festlegung der Aufschließungszone:

§ 16 Abs. 4 in der zur Zeit der Beschlussfassung im Gemeinderat geltenden Fassung des NÖ ROG erlaubte eine Unterteilung des Baulands in verschiedene Aufschließungszonen lediglich zur „Sicherung einer geordneten Siedlungsentwicklung“. Die Festlegung von Aufschließungszonen zur „Sanierung und/oder Sicherung von Altlasten bzw. Verdachtsflächen“ ist erst seit der 8. Novelle zum NÖ ROG (LGBl. 8000-13, ausgegeben am 16. September 1999) zulässig. Zum Zeitpunkt der Beschlussfassung im Gemeinderat am 22. Dezember 1998 bzw. 26. Mai 1999 durfte also zwecks Sanierung einer Deponie noch keine Aufschließungszone festgelegt werden.

**Aufschließungszone  
zunächst rechtswidrig**

Da die aufsichtsbehördliche Genehmigung allerdings erst mit Bescheid vom 26. November 1999, also zu einem Zeitpunkt erteilt wurde, in dem die 8. Novelle des NÖ ROG bereits in Kraft stand, erhielt die ursprünglich rechtswidrige Verordnung nachträglich eine gesetzliche Grundlage, sodass von einer Konvalidation auszugehen ist (vgl. VfSlg 10.097, 12.325).

**Konvalidation der  
Widmung**

Der Gemeinderat stützte sich bei der Festlegung der Aufschließungszone auf mehrere Sachverständigengutachten, aus denen sich jedoch keine aktuelle Gefährdung des konkreten Grundstücks durch Deponiegase ableiten ließ. Untersuchungen der Verdachtsfläche zeigten, dass sich der fragliche Bereich deutlich außerhalb der Deponie befindet. Laut Gutachten darf die „Bausperre“ nach Errichtung von Entgasungsöffnungen entlang der Deponiegrenze aufgehoben werden.

### 2. Zur unterlassenen Freigabe der Aufschließungszone:

Das Amt der NÖ Landesregierung berichtete mit Schreiben vom 4. Juli 2002 auszugsweise: *„Sämtliche Bodenluftmessungen ... sowie das ... Gutachten des Amtssachverständigen für Altlasten und Verdachtsflächen ... wurden mit Schreiben vom 29. März 2000 dem Bürgermeister von Zwölfaxing vorgelegt und empfohlen, zu prüfen, ob die Gemeinde als zuständige Behörde für Raumordnung und baubehördliche Angelegenheiten Maßnahmen zu veranlassen hat. ... Im Rahmen einer Verhandlung am 25. Jänner 2001 wurden die ... Berichte und die Gutachten der Amtssachverständigen erörtert. ...*

*Es wird darauf hingewiesen, dass die Gemeinde Zwölfaxing als zuständige Behörde ... darüber zu entscheiden hat, ob auf Grund der durchgeführten Bodenluftuntersuchungen sichergestellt ist, dass nun für die betreffenden Bereiche keine Gefährdung durch Deponiegase besteht und somit die Aufschließungszone BW-A1 ganz oder für Teilbereiche freigegeben werden kann. ... Dabei hat die Gemeinde Zwölfaxing die Möglichkeit, sich eines fachkundigen Amtssachverständigen (z.B. Amtssachverständige für*

*Altlasten und Verdachtsflächen) zur Begutachtung zu bedienen. Davon wurde der Bürgermeister von Zwölfaxing mehrmals, zuletzt im Rahmen einer Besprechung am 13. März 2002 in Kenntnis gesetzt. ...“*

Die Gemeinde machte von dieser Möglichkeit jedoch keinen Gebrauch. Obwohl die VA bereits in ihrem Schreiben vom 14. Dezember 2001 auf die nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH aus dem Legalitätsprinzip (Art 18 B-VG) abgeleitete Pflicht zur Korrektur rechtswidriger Raumordnungspläne hinwies (vgl. die Erk. VfSlg 11.849, 12.555, 13.744, 13.820, 13.888, 14.042, 14.969), unternahm der Gemeinderat keine konkreten Schritte, um entweder die Notwendigkeit der Aufschließungszone gutachtlich nachzuweisen oder die eigentumsbeschränkende Widmung aufzuheben.

**Grundrechtseingreifend Eigentumsbeschränkung**

### 3. Zur Überwälzung von Gutachterkosten auf private Planungs-betroffene:

In § 3 der Verordnung waren für die Freigabe der Aufschließungszone folgende Bedingungen formuliert: *„Die Aufschließungszone BW-A1 wird ganz oder für Teilbereiche freigegeben, wenn sichergestellt ist, dass für die betreffenden Bereiche keine Gefährdung durch Deponiegase besteht. Diese Sicherstellung kann entweder durch Abschluss der laufenden Untersuchungen für den gesamten Bereich geliefert werden, oder aber auch im Einzelfall für Teilbereiche durch Privatinitiativen beigebracht werden (Gutachten des befugten Ziviltechnikers oder eines autorisierten Institutes).“*

Gemäß § 16 Abs. 4 NÖ ROG müssen zugleich mit der Festlegung von Aufschließungszonen „sachgerechte Voraussetzungen für deren Freigabe“ festgelegt werden. Die Beseitigung einer Gefährdung durch Deponiegase bildet zweifellos eine sachgerechte Voraussetzung. Ob es sich allerdings bei der den Privaten eingeräumten Möglichkeit, einen geeigneten Nachweis für die fehlende Gefährdung beizubringen, um eine sachgerechte Voraussetzung handelt, ist aus der Sicht der VA zu bezweifeln, weil dies im Ergebnis zu einer Überwälzung von Gutachterkosten und damit letztlich von Kosten hoheitlich zu besorgender Aufgaben auf private Planungs-betroffene führen würde (vgl. Art 118 Abs. 3 Z 9 B-VG iVm § 2 F-VG).

**Kostenüberwälzung unzulässig**

Das Erfordernis, die Voraussetzungen für eine Freigabe nachzuweisen, bestünde freilich nur dann, wenn die Festlegung als Aufschließungszone zur Sanierung der Deponie notwendig gewesen sein sollte. Andernfalls ließe sich die Aufhebung der Aufschließungszone schon mit der Pflicht zur Korrektur rechtswidriger Widmungen begründen.

Bei einer am 3. März 2003 durchgeführten Besprechung stellte ein Amtssachverständiger des Amtes der NÖ Landesregierung

fest, dass sich die Beurteilungsgrundlage auf Grund genauerer Detailuntersuchungen und der Ö-Norm S 2088-3 vom 1. Jänner 2003 wesentlich geändert habe. Da die Bodengasbildung in der Zwischenzeit schwächer geworden sei, müsse eine neuerliche fachliche Beurteilung erfolgen, um die Unbedenklichkeit für eine bauliche Nutzung nachweisen zu können. Ein entsprechendes Gutachten wurde für Sommer 2003 in Aussicht gestellt.

## 7.2 Baurecht

### 7.2.1 **Krasse Verletzung des Ortsbildschutzes, Ungleichbehandlung – Missstandsfeststellung, Marktgemeinde Yspertal**

NÖ/57-BT/02, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-38/073-2002

N.N. führte bei der VA Beschwerde darüber, dass auf der nachbarlichen Parzelle, KG Altenmarkt, ein Wohnhaus und eine Arztpraxis zur Errichtung gelangen, wobei sich die Objekte weder auf Grund ihrer Größe noch ihrer baulichen Gestaltung in die Umgebung einfügten. Hingegen haben sie selbst zwei Jahre zuvor bei Erteilung der Baubewilligung für die Errichtung ihres Wohnhauses mit Garage aus Gründen des Orts- und Landschaftsbildschutzes die Auflage vorgeschrieben bekommen, die Dacheindeckung und Dachneigung bzw. den Farbton einem Nachbarobjekt anzugleichen.

Das Prüfverfahren der VA ergab:

Mit Eingabe vom 14. September 2001 suchte M.M. um die Erteilung der Baubewilligung für den Neubau eines Wohnhauses und einer Arztpraxis an. Der Baubeschreibung zufolge handelt es sich um die geplante Errichtung eines Wohnhauses und einer Zahnarztpraxis.

Nach der beigeschlossenen Nutzflächenaufstellung ist bei dem gegenständlichen Bauvorhaben von einer Gesamtnutzfläche von 840,99 m<sup>2</sup> auszugehen. Insgesamt weist die Baubeschreibung 528,18 m<sup>2</sup> als bebaute Fläche aus. Zu dem Projekt zählen ein Wohnhaus, eine Erker-Wendeltreppe, ein Wintergarten, eine Terrasse, die Arztpraxis, eine Garage sowie ein Pavillon. In den Einreichplänen eingezeichnet findet man weiters eine Freitreppe, eine Zufahrtstraße, sieben Stellplätze, ein Biotop sowie eine Einfriedung, welche zum öffentlichen Gut hin mit Schmiedeeisengitter bzw. Betonpfeilern in der Höhe von 1,5 m ausgeführt werden soll. Um ein Bauvorhaben dieser Größenordnung zu bewilligen, mussten 3 Parzellen vereinigt werden.

An die Parzelle grenzt – getrennt durch eine Zufahrtstraße (öffentliches Gut) - das Grundstück der Beschwerdeführerin. Die Wohnnutzfläche ihres darauf errichteten Objektes beträgt nicht einmal ein Zehntel.

Dem Akt liegt weiters ein Schreiben des NÖ Gebietsbauamtes inne. Es ist als „Vorprüfung gem. § 20 der NÖ Bauordnung, Bauvorhaben M.M. auf Parz. ..., KG Altenmarkt“ übertitelt. Dieses Schreiben enthält unter anderem folgende Passage:

**Vorprüfer sieht keine Bedenken**

*„Seitens des Sachverständigen besteht nach Prüfung des eingereichten Bauvorhabens auf Grund der Tatsache, dass es sich um eine Bauführung im ungeregelten Bauland–Wohngebiet handelt gegen die Ausführung keine Bedenken. Ein auffallender Widerspruch zur bestehenden Bebauung im Nahbereich des Bauplatzes besteht nicht.*

*So ist in unmittelbarer Umgebung die Tennishalle, ein Großmarkt, ein Tischlereibetrieb, usw. bereits errichtet. Da in der Marktgemeinde Yspertal kein Bebauungsplan gilt, wurde das Bauwerk auf seine harmonische Einfügung in die Umgebung geprüft und seitens des Sachverständigen kein Widerspruch festgestellt.*

*Beim nächsten Bauverhandlungstermin kann das Bauvorhaben mitverhandelt werden“.*

Das Schreiben datiert mit 21. September 2001. Es ist von jenem Bediensteten des NÖ Gebietsbauamtes gefertigt, der von der Behörde auch als Bausachverständiger zur mündlichen Verhandlung am 15. Oktober 2001 geladen wurde.

In dieser Verhandlung gab der Sachverständige folgendes „Gutachten“ ab:

*„Nach durchgeführtem Lokalaugenschein und nach erfolgter Vorprüfung kann seitens des Sachverständigen festgestellt werden, dass die Bauführung in bautechnischer Hinsicht entspricht. Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass die Zusammenlegung der Grundstücke ... bis ... bzw. des anschließenden Grüngürtelgrundstückes durchzuführen ist. Außerdem ist bei Vornahme von Abgrabungen bzw. Aufschüttungen im Bereich des eingangs beschriebenen Sicherheitsstreifens eine baubehördliche Bewilligung einzuholen. Weiters ist ein Bauführer der Baubehörde bekannt zu geben. Vor Beginn der Bauarbeiten ist unter Vorlage eines Höhenschnittplanes mit der Baubehörde das Niveau des Erdgeschoß-Fußbodens festzulegen.*

**Entscheidung des Sachverständigen?**

*Gegen die Erteilung der Baubewilligung besteht bei plan- und beschreibungsgemäßer Ausführung sowie Einhaltung der Bestimmungen der NÖ Bauordnung und der NÖ Bautechnikverordnung kein Bedenken“.*

Auf der Basis der Niederschrift erteilte der Bürgermeister der Marktgemeinde Yspertal mit Bescheid vom 28. Februar 2002 die beantragte Bewilligung. Der Bescheid erwuchs unbekämpft in Rechtskraft.

Die VA hat erwogen:

- I. Gemäß § 20 Abs 1 NÖ Bauordnung 1996, LGBl 8200-3, hat die Baubehörde bei Anträgen um Erteilung der Baubewilligung für die Errichtung von Neu- und Zubauten von Gebäuden vorerst zu prüfen, ob dem Bauvorhaben
  1. die im Flächenwidmungsplan festgelegte Widmungsart des Baugrundstücks, seine Erklärung zur Vorbehaltsfläche oder Aufschließungszone,
  2. der Bebauungsplan,
  3. eine Bausperre,
  4. die Unzulässigkeit der Erklärung des betroffenen Grundstücks im Bauland zum Bauplatz,
  5. ein Bauverbot nach § 11 Abs 5 oder
  6. eine Bestimmung dieses Gesetzes, der NÖ Aufzugsordnung, LGBl. 8220, des NÖ Kleingartengesetzes, LGBl. 8210, oder einer Durchführungsverordnung zu einem dieser Gesetze entgegensteht.

Führt die Vorprüfung (§ 20) zu keiner Abweisung des Antrages, hat die Baubehörde eine Bauverhandlung abzuhalten. In deren Verlauf ist ein Augenschein an Ort und Stelle vorzunehmen (§ 21 Abs 1 NÖ BauO 1996).

Zur Bauverhandlung sind die für die Beurteilung des Bauvorhabens und seine Auswirkungen notwendigen Sachverständigen beizuziehen. Von der Aufnahme des Beweises durch Sachverständige darf nicht abgesehen werden (§ 21 Abs 3 NÖ BauO 1996).

Gemäß § 23 Abs 1 NÖ BauO 1996 hat die Behörde über einen Antrag auf Baubewilligung einen schriftlichen Bescheid zu erlassen. Eine Baubewilligung ist zu erteilen, wenn kein Widerspruch zu den in § 20 Abs 1 bis Z 6 angeführten Bestimmungen besteht.

Eine der in § 20 Abs 1 Z 6 gemeinte „Bestimmung dieses Gesetzes“ ist § 56 NÖ BauO 1996. Die Bestimmung ist mit „Ortsbildgestaltung“ übertitelt. Sie lautet

„(1) **Bauwerke**, die einer Bewilligung nach § 14 bedürfen oder nach § 15 der Baubehörde

anzuzeigen sind, haben sich in ihre **Umgebung harmonisch** einzufügen.

(2) Wo noch kein Bebauungsplan gilt oder dieser Bebauungsplan entweder keine oder keine anderen Regeln zur Ortsbildgestaltung enthält, ist das Bauwerk auf seine harmonische Einfügung in die Umgebung zu prüfen.

(3) **Umgebung** ist jener Bereich, der vom Standort des geplanten Bauwerks optisch beeinflusst werden wird. **Harmonie** ist jene optische Wechselbeziehung, die sich - unabhängig von Baudetails, Stilelementen und Materialien - durch ein ausgewogenes Verhältnis zwischen der gebauten Struktur sowie der dabei angewandten Gestaltungsprinzipien und dem geplanten Bauwerk ergibt. **Struktur** ist die Proportion der einzelnen Baumassen und deren Anordnung zueinander.

(4) Bei der **Beurteilung** nach Abs. 2 ist auszugehen von

- der Gestaltungscharakteristik bzw. Struktur des Baubestandes der Umgebung,
- der Charakteristik der Landschaft, soweit sie wegen des Standorts des geplanten Bauwerks in die Umgebung einzubeziehen ist und
- den charakteristischen gestalterischen Merkmalen des geplanten Bauwerks.“

- II. Gemäß § 2 Abs 1 NÖ BauO 1996 ist Baubehörde erster Instanz der Bürgermeister. Er hat bei Erteilung einer Bewilligung nach der NÖ BauO 1996 gem. Art. II Abs 2 lit B Z 30 EGVG das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, BGBl 1991/51 idgF, anzuwenden. Aus seinem § 39 ergibt sich, dass die Behörde den maßgeblichen Sachverhalt von Amts wegen festzustellen hat. Soweit sich die Behörde Sachverständiger bedient, wirken diese an der Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes mit. Nicht kommt dem Sachverständigen eine Beweiswürdigung (VwGH 25.6.1992, 91/09/0231) oder eine rechtliche Beurteilung (VwGH 17.12.1993, 93/15/0094) zu.

Inhaltlich unterliegen Sachverständigengutachten der freien Beweiswürdigung durch die Behörde. Diese hat nach Prüfung der fachlichen Qualifikation des Sachverständigen darauf zu achten, dass das Gutachten, vollständig, schlüssig und widerspruchsfrei ist, sowie dass es von zutreffenden, tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht (zB VwGH 18.2.1982, 3290/80).

Die VA vermag nun aus den vorgelegten Aktenunterlagen nicht zu ersehen, dass die Baubehörde diesem, ihrem Vollzugsauftrag entsprochen hätte.

Weder wurde die „Umgebung“ noch die „Struktur“ im Sinn § 56 Abs 3 NÖ BauO 1996 ordnungsgemäß erhoben. Nicht einmal ansatzweise nachvollzogen werden kann weiters, inwiefern die Behörde die Rechtsfrage, ob sich das Bauvorhaben „harmonisch“ in die Umgebung einfügt, an Hand des in § 56 Abs 4 NÖ BauO 1996 vorgegebenen Beurteilungsmaßstabes richtig gelöst hat

**Ermittlungsverfahren mangelhaft**

Die verfahrensbezughabenden Unterlagen sind dabei so mangelhaft, dass nicht nur die VA eine Grobprüfung hinsichtlich der Rechtsrichtigkeit des Bescheides nicht vornehmen kann, sondern sich offensichtlich der Bürgermeister der Marktgemeinde Yspertal selbst außer Stande sieht, eine substantielle Äußerung in der Sache abzugeben, führte er doch in seiner Stellungnahme vom 11. März 2002 lediglich aus, dass „eine Beurteilung nach § 56 der NÖ Bauordnung (Ortsbildgestaltung) bei diesem Bauvorhaben ... *hierbei sicherlich* beim Lokalausweis, wo auch die Beschwerdeführerin anwesend war und hierbei keine entgegengesprechende Äußerungen gemacht wurden, durchgeführt“ wurde.

**Behörde selbst kann Entscheidung nicht begründen**

- III. Auf Grund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens hat die VA einen „**Missstand in der Verwaltung**“ festzustellen. Im Hinblick auf den von der Beschwerdeführerin im Zuge der Befassung der VA dokumentierten Baufortschritt kommen weitere Veranlassungen im Hinblick auf § 23 Abs 8 NÖ BauO 1996 nicht in Betracht.

### **7.2.2 Einsturz eines Hauses in eine Baugrube, unzureichende Bauüberwachung - Stadtgemeinde Mannersdorf/Leithagebirge**

VA NÖ/643-BT/02, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-46/068-2003

Die Volksanwaltschaft hat der **Beschwerde** der N.N. wegen völlig unzureichender Wahrung der behördlichen Befugnisse nach § 27 NÖ BauO 1996 durch den Bürgermeister der Stadtgemeinde Mannersdorf/Lgb **Berechtigung** zuerkannt. Von nachstehenden Erwägungen wurde dabei ausgegangen:

Mit Eingabe vom 11.2.2002 brachte der Nachbar der N.N., Herr X.X. den beabsichtigten Abbruch des Wohnhauses samt Nebengebäude zur Anzeige. Diese Anzeige wurde von der Baubehörde zur Kenntnis genommen.

Mit Eingabe vom 1.5.2002 suchte X.X. um die Erteilung der behördlichen Bewilligung für den Neubau eines unterkellerten,

ebenerdigen Einfamilienhauses in geschlossener Bauweise auf seinem Grundstück an. Hierüber wurde am 7.6.2002 die mündliche Verhandlung abgehalten. Im Zuge der mündlichen Verhandlung erstattete der Bausachverständige ein Gutachten, in dem er unter anderem die Vorschreibung folgender Auflage anregte:

*„Die Unterfangungen im Kellerbereich auf Höhe des bestehenden Gewölbekellers sowie des nichtunterkellerten Hausteiles auf Anrainerseite sind die Schlitzwände unter Zugrundelegung einer statischen Berechnung zu errichten“.*

Dieser Anregung wurde in Form einer Auflage durch entsprechenden Verweis im Spruch des Bewilligungsbescheides vom 10.6.2002 Rechnung getragen. Im Übrigen wurde die Bewilligung wie beantragt erteilt. Der Bescheid vom 10.6.2002 erwuchs unbeeinträchtigt in Rechtskraft.

Dem Akt liegt weiters eine mit 13.6.2002 datierte „gutachterliche Stellungnahme zur Unterfangung für das Bauvorhaben: Neubau eines unterkellerten, ebenerdigen Einfamilienhauses“, erstellt von einer Ziviltechnikergesellschaft mbH für Bauwesen inne. Dieses „Gutachten“ umfasst zwei Seiten. Auf Seite 1 finden sich in einer Kopie des Grundrisses des Kellergeschosses Eintragungen, welche die bereits in den Einreichunterlagen eingetragene „Schlitzwand“ in insgesamt vier Abschnitte unterteilen. Hinzugefügt findet man: *„Bauabfolge gilt für gesamten Aushubbereich!“*. Des Weiteren findet man festgehalten: *„Im Bereich der Nachbarunterkellerung, sichern des Gewölbeschubes im Bauzustand!“* Auf Seite 2 des Gutachtens findet man die zu errichtende „Schlitzwand“ planlich dargestellt. Diesem Plan ist zu entnehmen, dass die Schlitzwand an ihrem tiefsten Punkt 50 cm unterhalb der Aushubsohle der Baugrube des zu bebauenden Grundstückes zur Errichtung gelangen soll. Die Krone der Unterfangung soll, wie sich aus dem Plan weiters ergibt, in ihrer Breite mit der Außenwand des Nachbargebäudes abschließen. Die Unterfangung soll – wie es in einer Eintragung in dem Plan heißt – im „kraftschlüssigen Verbund“ mit der Außenwand errichtet werden. Eine statische Berechnung ist der „gutachterlichen Stellungnahme“ vom 13.6.2002 nicht angeschlossen.

Mit Schreiben vom 25.6.2002, eingelangt beim Stadtamt Mannersdorf am Leithagebirge am 2.7.2002, wurde der Beginn der Bauarbeiten angezeigt. Zugleich wurde die Bauführermeldung abgegeben.

Bereits wenige Tage nach Beginn der Aushubarbeiten traten erste Risse in den Wänden des Objektes der N.N. auf. Am 8.7.2002 setzte die Mutter der Beschwerdeführerin, welche das Haus bis zu diesem Zeitpunkt bewohnte, die Baubehörde von den aufgetretenen Schäden in Kenntnis.

Nach Rücksprache mit jenem Architekten, der die Einreichunterlagen für das zu errichtende Objekt erstellte, sah die Baubehörde keine Veranlassung für eine Baueinstellung. Eine Niederschrift über die vorgenommene Besichtigung des Objektes der Beschwerdeführerin wurde nicht erstellt. Vielmehr ließ sich der Bürgermeister nach Besichtigung der Risse in dem Haus der Beschwerdeführerin von dem Architekten telefonisch informieren, dass keine Einsturzgefahr bestehe. Ob eine Besichtigung der Baustelle selbst erfolgte, konnte nicht festgestellt werden. Fest steht jedoch, dass der dem Baubewilligungsverfahren zugezogene bautechnische Sachverständige nicht mit einer Befundaufnahme und Erstellung eines Gutachtens im Hinblick auf zu treffende Sicherungsmaßnahmen beauftragt wurde.

**Aufgetretene Risse  
führen zu keiner Baueinstellung**

Am 23.7.2002 stürzte das Haus der Beschwerdeführerin in die Baugrube.

Ein von Dipl.Ing. Z.Z., allgemein beeideter und gerichtliche zertifizierter Sachverständiger für Hochbau und Architektur, erstelltes Gutachten mit Datum vom 20.8.2002 ergab, dass die Schlitzwand völlig unzureichend errichtet wurde, die Unterfangung nicht entsprechend tief, wie im Plan vom 13.6.2002 vorgesehen, fundiert wurde, die Krone der Unterfangung entgegen diesem Plan nur 35 cm breit war, das darüber liegende Mauerwerk jedoch ca. 50 cm stark war, sodass eine außermittige Belastung entstand, welche schließlich zum Kippen der Unterfangung führte. Vorgelegte Lichtbilder dokumentieren zudem, dass ein kraftschlüssiger Verbund zwischen der Außenwand des letztlich eingestürzten Hauses und der Schlitzwand nicht erfolgte.

Befragt, ob die Baubehörde die Einhaltung von Auflagepunkt 2 betreffend die Herstellung von Schlitzwänden überwacht hat, führte der Bürgermeister der Stadtgemeinde Mannersdorf am Leithagebirge in seiner Stellungnahme an die Volksanwaltschaft am 26.5.2003 aus, dass dies „nicht die Aufgabe der Baubehörde“ sei.

Die Volksanwaltschaft stellt zu alledem fest:

Gemäß § 27 Abs. 1 NÖ Bauordnung 1996 (NÖ BauO 1996) LGBl 8200-11, ist die Baubehörde berechtigt, die Übereinstimmung der Ausführung des Vorhabens mit der Bewilligung durch besondere Überprüfungen zu überwachen. Dazu gehören vor allem: die Feststellung oder Nachprüfung der Höhenlage des Geländes, die Beschau des Untergrundes für alle Tragkonstruktionen, die Rohbaubeschau nach Herstellung der Dacheindeckung und vor Aufbringung der Verputze und Verkleidungen, die Prüfung der Tauglichkeit von Bauprodukten, Belastungsproben und die Beschau und Erprobung von Feuerstätten und Abgasanlagen.

Für diese Prüftätigkeit ist den Organen der Baubehörde jederzeit der Zutritt zur Baustelle oder zu dem betroffenen Grundstück zu

gestatten. Der Bauherr, die Verfasser von Plänen und Berechnungen, der Bauführer, die anderen beauftragten Fachleute sowie deren Erfüllungsgehilfen haben den Organen der Baubehörde die Einsicht in Pläne, Berechnungen und sonstige bezughabende Unterlagen zu gewähren (Abs 2).

Gemäß § 28 Abs 1 NÖ BauO 1996 hat die Baubehörde – wenn sie bei der Überprüfung der Ausführung eines Bauvorhabens Mängel feststellt – die Behebung dieser Mängel innerhalb einer angemessenen Frist anzuordnen und wenn nötig bis dahin die Fortsetzung der Arbeiten an den davon betroffenen Teilen des Bauwerks zu untersagen.

Werden die Mängel innerhalb dieser Frist nicht behoben, dann hat die Baubehörde die Beseitigung der mangelhaften Teile oder des ganzen Bauwerks und die Herstellung eines Zustandes, der dem vorherigen entspricht, zu verfügen (Abs 2).

Gemäß § 29 Abs 1 NÖ BauO 1996 hat die Baubehörde die Fortsetzung der Ausführung eines Bauvorhabens zu untersagen, wenn

1. die hierfür notwendige Baubewilligung (§ 23) oder Anzeige (§ 15) nicht vorliegt oder
2. bei einem bewilligten Vorhaben kein Bauführer bestellt ist.

Im ersten Fall hat die Baubehörde die Herstellung eines Zustandes, der dem vorherigen entspricht, zu verfügen, wenn nicht innerhalb einer von der Baubehörde bestimmten Frist um nachträgliche Baubewilligung angesucht oder die Anzeige vorgelegt wird.

Darf eine Baubewilligung nicht erteilt werden (§ 23 Abs. 1) oder ist das Bauvorhaben zu untersagen (§ 15 Abs. 3), hat diese Verfügung nach der Baueinstellung zu erfolgen. Im zweiten Fall darf die Ausführung erst nach Meldung eines Bauführers fortgesetzt werden.

In der Kommentarliteratur heißt es in Anmerkung 3 bei *Hauer/Zaussinger*, NÖ Baurecht<sup>6</sup> [2001] zu § 27: Überprüfungen im Sinn des § 27 „sind bei einem höheren Schwierigkeitsgrad des Bauvorhabens, bei problematischem Untergrund, bei der Anwendung neuartiger Konstruktionsmethoden, beim Einsatz neuartiger Baustoffe und in anderen Sonderfällen üblich“.

Außer Streit steht, dass der Baubehörde die Bodenverhältnisse zum Zeitpunkt der Erteilung der Bewilligung bekannt waren. Diese bestehen, wie aus den Gutachten des Y.Y., Zivilingenieur für Bauwesen, allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger, vom 28.8.2002 (Seite 4) ersichtlich, im gegenständlichen Fall aus „sehr schlurfigen Feinsanden“. Außer Streit steht weiters, dass der Baubehörde zum Zeitpunkt der Erteilung der

Bewilligung Aufbau und Zusammensetzung des Mauerwerkes des nachbarlichen Objektes bekannt waren. Aus eben diesen Gründen wurde vom bautechnischen Sachverständigen auch die Vorschreibung der Auflage 2 angeregt.

Unter Ausklammerung der Frage, ob der Auflage vor Baubeginn entsprochen wurde – der gutachtlichen Stellungnahme vom 13.6.2002 ist keine statische Berechnung beigegeben – hat es die Behörde verabsäumt, nach Meldung von Setzungsrisen am 8.7.2002 umgehend jene behördlichen Überprüfungen im Sinn § 27 NÖ BauO 1996 in die Wege zu leiten, welche erkennen hätten lassen, dass das Bauvorhaben nicht konsensgemäß ausgeführt wird. Die Volksanwaltschaft geht davon aus, dass zu diesem Zeitpunkt noch Sicherungsmaßnahmen getroffen hätten werden können, welche einen Einsturz hintangehalten hätten.

**Behörde unterließ  
Überprüfung**

Als völlig unzureichend erachtet es die Volksanwaltschaft, den Architekten des zu errichtenden Objektes – mag dieser auch in anderen Fällen als bautechnischer Sachverständiger der Stadtgemeinde Mannersdorf am Leithagebirge auftreten – mit der Besichtigung der Setzungsrisse zu beauftragen, den im Bewilligungsverfahren aufgetretenen bautechnischen Sachverständigen nicht zuzuziehen, und sich mit einer telefonischen Information, festgehalten in Aktenvermerk, von dem unklar ist, wann er angefertigt wurde, zu begnügen.

**Telefonische Informa-  
tion nicht ausreichend**

Unverständlich erscheint vor diesem Hintergrund, dass sich der Bürgermeister der Stadtgemeinde Mannersdorf am Leithagebirge „keiner Schuld bewusst ist“, und daher „weder mit der Versicherung Rücksprache gehalten noch Schritte für eine außergerichtliche Schadensbereinigung gesetzt“ hat.

Da es sich bei § 27 um eine begleitende Kontrolle handelt, bleibt letztlich zu kritisieren, dass die Baubehörde nach dem 8.7.2002 nicht von sich aus entsprechende Erhebungen gesetzt hat, um sich davon zu vergewissern, ob sich die Gefahrensituation für die Beschwerdeführerin verschärft hat. Im Ergebnis mag es als eine glückliche Fügung gedeutet werden, dass bei dem gegenständlichen Schadenfall kein Personenschaden eingetreten ist. Der Sachschaden selbst wurde von der Versicherung des Bauführers abdeckt.

### **7.2.3 Frage der Vereinbarkeit einer Kfz-Spenglerei und Lackiererei mit der Flächenwidmung Bauland-Kerngebiet, fünfmalige Rückverweisung durch die Aufsichtsbehörde, 20-jährige Verfahrensdauer – Gemeinde Hennersdorf**

VA NÖ/588-BT/02, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-34/030-01

Die Familie N.N. führte darüber Beschwerde, dass der Gemeinderat der Gemeinde Hennersdorf nach Rückverweisung des Baubewilligungsverfahrens zur Errichtung einer Spenglerei und Lackiererei auf dem benachbarten Grundstück mit Vorstellungsentscheidung der NÖ Landesregierung vom 28. Jänner 2002 bis Mitte 2003 immer noch keinen Ersatzbescheid erlassen habe.

Außerdem habe der Gemeindevorstand bislang nicht über die von ihnen und ihrem Sohn mit Schreiben vom 27. bzw. 29. Dezember 2002 eingebrachten Berufung gegen die verspätet zugestellte Baubewilligung für den Zubau eines Werkstättengebäudes entschieden.

Das Prüfverfahren führte zu folgendem Ergebnis:

1. Das über Antrag vom 22. März 1982 eingeleitete Baubewilligungsverfahren zur Errichtung einer Spenglerei und Lackiererei auf dem benachbarten Grundstück war im Wesentlichen deshalb noch nicht abgeschlossen, weil die zuständigen Behörden der Gemeinde Hennersdorf die Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem Flächenwidmungsplan rechtlich nicht einwandfrei beurteilt haben.

**Bauverfahren seit 1982!**

Die Verfahrensverzögerung wog im konkreten Fall deshalb besonders schwer, weil die Angelegenheit mit dem erwähnten Vorstellungsbescheid bereits zum fünften Mal (!) an die Gemeinde Hennersdorf zurückverwiesen wurde (vgl. bereits die Vorstellungsentscheidungen vom 27. Juli 1985, 12. Februar 1987, 2. Mai 1988 und 8. Februar 1991).

Nach der letzten Rückverweisung verabsäumte es die Behörde, den Bauwerber unverzüglich zur Beibringung der erforderlichen Betriebsbeschreibung aufzufordern und die zur Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Flächenwidmungsplan erforderlichen Gutachten in Auftrag zu geben.

2. Der Gemeindevorstand der Gemeinde Hennersdorf verabsäumte es, über die Berufungen vom 27. und 29. Dezember 2002 gegen die verspätet zugestellte Baubewilligung für den Zubau eines Werkstättengebäudes ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber 6 Monate nach deren Einlangen den Bescheid zu erlassen (§ 73 Abs. 1 AVG).

In inhaltlicher Hinsicht ist festzuhalten:

Nach dem im vorliegenden Fall maßgeblichen § 16 Abs. 1 Z 2 NÖ ROG idF LGBl. 8000-10 dürfen im Bauland-Kerngebiet nur jene Betriebe errichtet werden, die sich dem Ortsbild eines Siedlungskernes harmonisch anpassen und keine, das örtlich zumutbare Ausmaß übersteigende Lärm- oder Geruchsbelästigung sowie sonstige schädliche Einwirkung auf die Umgebung verursachen.

Da das bisher letzte Wort „können“ aus dem Gesetzestext gestrichen wurde, ist für die Zulässigkeit einer Betriebsanlage im Bauland – Kerngebiet nicht mehr die abstrakte Betriebstypen maßgebend, sondern der konkrete Betrieb in seiner konkreten Ausstattung und Betriebsweise. Ob der Betrieb mit dem Flächenwidmungsplan übereinstimmt, hat die Behörde auf Grundlage eines schlüssigen und nachvollziehbaren Sachverständigengutachtens zu beurteilen (vgl. etwa VwGH 27.2.2002, 2000/05/0068). Die im bisherigen Verfahren eingeholten Betriebstypengutachten vom 18. Februar 1986, 12. Oktober 1999 und 20. August 2001 waren daher zur Beurteilung der Vereinbarkeit des Betriebes mit der Widmung Bauland – Kerngebiet nicht geeignet.

**Ungeeignete Gutachten eingeholt**

Nach der Judikatur des VwGH (21.5.1992 VwSlg. 13.640) hat die Baubehörde nicht nur bei der erstmaligen Errichtung eines Betriebes, sondern auch bei jeder späteren bewilligungspflichtigen Erweiterung die Übereinstimmung mit dem Flächenwidmungsplan zu überprüfen. Der VA erschien es daher sinnvoll, die Verfahren zur Errichtung der Spenglerei und Lackiererei sowie zur Errichtung des Werkstättenzubaus zu verbinden (vgl. § 39 Abs. 2 AVG).

Die Frage, ob der konkrete Betrieb eine das örtlich zumutbare Ausmaß übersteigende Lärm- oder Geruchsbelästigung sowie sonstige schädliche Einwirkung auf die Umgebung verursacht, ist unter Beiziehung eines technischen und eines medizinischen Sachverständigen zu beantworten. Sache des technischen Sachverständigen ist es, über das Ausmaß der zu erwartenden Immissionen und ihre Art Auskunft zu geben, während es dem medizinischen Sachverständigen obliegt, seine Meinung hinsichtlich der Wirkungen der Immissionen auf den menschlichen Organismus darzulegen (vgl. VwGH 17.5.1988, BauSlg 1118; 25.9.1990 ZfVB 1991/1395; 16.3.1993, 92/05/290 u.a.).

Die VA machte die Gemeinde Hannersdorf auf die eben wiedergegebene Rechtslage aufmerksam, und ersuchte um die Übersendung des (der) zu erlassenden Berufungsbescheide(s), um das seit über 20 Jahren anhängige Baubewilligungsverfahren im Interesse der betroffenen Bürger und des Rechtsfriedens, letztlich aber auch im Interesse der involvierten Verwaltungsbehörden endlich abschließen zu können.

Der Bürgermeister legte daraufhin den abweislichen Berufungsbescheid des Gemeinderates vom 27. November 2003 zur Errichtung einer Spenglerei und Lackiererei vor, gegen den die Beschwerdeführer erneut die Vorstellung einbrachten, und teilte mit, dass der Bauwerber sein Ansuchen um Errichtung des Werkstättenzubaus am 16. Oktober 2003 zurückgezogen und einen neuen Antrag eingebracht habe.

2003 Bescheid erlassen

#### 7.2.4 Unterlassene Prüfung der Vereinbarkeit einer Betriebserweiterung mit dem Flächenwidmungsplan – Gemeinde Prigglitz

VA NÖ/31-BT/02, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-38/028-2002

N.N und M.M führten darüber Beschwerde, dass die Baubehörde der Gemeinde Prigglitz ihrem „*Einspruch*“ gegen die Errichtung einer Holztrockenanlage auf dem benachbarten, als Bauland – Betriebsgebiet ausgewiesenen Grundstück keine Folge gegeben habe. Obwohl die Baubehörde die Vereinbarkeit der geplanten Betriebserweiterung mit dem Flächenwidmungsplan nicht überprüft habe, sei ihre Vorstellung mit Bescheid der NÖ Landesregierung vom 27. Dezember 2001 als unbegründet abgewiesen worden. Das Prüfverfahren führte zu folgendem Ergebnis:

##### 1. Zur Vereinbarkeit mit der Flächenwidmung:

Betriebsgebiete sind gemäß § 16 Abs. 1 Z 3 NÖ Raumordnungsgesetz idF LGBl 8000-10 für Bauwerke solcher Betriebe bestimmt, die keine übermäßige Lärm- oder Geruchsbelästigung und keine schädliche, störende oder gefährliche Einwirkung auf die Umgebung verursachen und sich – soweit innerhalb des Ortsbereiches gelegen – in das Ortsbild und die bauliche Struktur des Ortsbereiches einfügen. Betriebe, die einen Immissionsschutz beanspruchen, sind unzulässig.

Bei der Widmung Bauland - Betriebsgebiet handelt es sich also entgegen der Begründung des Vorstellungsbescheides um eine immissionsschützende Widmungsfestlegung, deren Einhaltung der Nachbar im Baubewilligungsverfahren verlangen kann. Nach dem Willen des Novellengesetzgebers soll die Vereinbarkeit eines Betriebes mit der Flächenwidmung zwar nicht mehr an Hand der Betriebstypen, sondern an Hand des konkreten Betriebes geprüft werden, doch sieht der VwGH dessen ungeachtet die Heranziehung bestehender Vergleichsbetriebe als erforderlich an (vgl. *Hauer/Zaussinger*, NÖ Baurecht<sup>6</sup> § 16 NÖ ROG Anm 3). Es darf also auch nach der neuen Rechtslage ein in einer bestimmten Widmungsart unzulässiger Betrieb nicht durch Auflagen in einen zulässigen Betrieb umgewandelt werden. Für diese Ansicht spricht der Gesetzeswortlaut, nach dem Betriebe, die einen

Recht auf Immissionsschutz

Immissionsschutz beanspruchen, im Betriebsgebiet unzulässig sind.

Der Umstand, dass ein bestehender Betrieb erweitert bzw. abgeändert wird, enthebt die Baubehörde nicht von der Pflicht, die Widmungskonformität zu überprüfen (vgl. § 20 Abs. 1 Z 1 und § 23 Abs. 1 NÖ BO 1996). Sie hat bei jeder späteren bewilligungspflichtigen Bauführung die Übereinstimmung mit dem Flächenwidmungsplan von neuem zu prüfen, und zwar selbst dann, wenn es sich nicht um eine immissionsträchtige Erweiterung handelt (VwGH 21.5.1992 VwSlg 13.640). Allerdings bestehen grundsätzlich keine Bedenken dagegen, die Ergebnisse eines gewerbebehördlichen Verfahrens im Baubewilligungsverfahren zu berücksichtigen (VwGH 15.5.1990 VwSlg 13.196; 21.5.1992 VwSlg 13.640).

Im konkreten Fall hat die Behörde nicht geprüft, ob der konkrete Betrieb auch nach der geplanten Erweiterung bzw. Änderung (Errichtung einer Holztrockenanlage) noch mit der Widmung Bauland – Betriebsgebiet vereinbar ist oder bereits eine Industriegebietswidmung erfordert. Das in der gewerberechtlichen Verhandlung vorgelegte Gutachten eines lärmtechnischen Amtssachverständigen floss, wie die Niederschrift über die am gleichen Tag durchgeführte Bauverhandlung und die Begründung der Baubewilligung vom 25. Oktober 2001 zeigen, nicht in die baurechtliche Beurteilung ein.

**Prüfung da Vereinbarkeit unterblieb**

Das erwähnte lärmtechnische Gutachten zeigte allerdings deutlich, dass die Holztrockenanlage zu keinen unzumutbaren Belästigungen für die Nachbarschaft führen kann, weshalb sich die unterlassene Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Flächenwidmungsplan de facto nicht auf die Beschwerdeführer auswirkte.

## 2. Zu den Einwendungen der Beschwerdeführer:

Da die Beschwerdeführer in Ihrem „*Einspruch*“ lediglich die Einholung eines Betriebstypengutachtens verlangten, aber nicht ausführten, inwiefern sie durch die Errichtung der Holztrockenanlage gefährdet oder belästigt werden, qualifizierten die zuständigen Behörden ihre Ausführungen zu Recht nicht als Einwendungen im Rechtssinne.

Nach Auffassung des VwGH (7.11.1995; 94/05/0173) handelt es sich etwa bei dem von einem Nachbarn in der Bauverhandlung gestellten Antrag, die Behörde möge ein Emissionsgutachten einholen, lediglich um eine an die Behörde gerichtete Anregung, die durch das Bauprojekt zu erwartende Immissionsbelastung zu berücksichtigen. An die Behörde gerichtete Erinnerungen bzw. Aufforderungen, ihrer amtswegigen Prüfungspflicht nachzukommen, stellen aber keine für die Erlangung der Parteistellung essenzielle Behauptung der Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechtes dar (VwGH 17.2.1987, 86/04/0181; 16.7.1996, 95/04/0241).

Da die Baubehörde der Gemeinde Prigglitz es verabsäumte, im Baubewilligungsverfahren zur Errichtung der Holztrockenanlage die Vereinbarkeit mit der Flächenwidmung Bauland – Betriebsgebiet zu überprüfen und die NÖ Landesregierung in der Begründung ihres Vorstellungsbescheides vom 27. Dezember 2001 fälschlich ausführte, dass die erwähnte Widmungskategorie keinen Immissionsschutz gewährleiste, erwies sich die vorliegende **Beschwerde** dessen ungeachtet als **berechtigt**.

### **7.2.5 Erteilung einer im Widerspruch zum Flächenwidmungsplan stehenden Baubewilligung – Stadtgemeinde Hainburg**

VA NÖ/268-BT/02, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-38/070-2002

Auf Grund von Beschwerden stellte die VA im Zuge eines Prüfverfahrens fest, dass der Bürgermeister der Stadtgemeinde Hainburg mit Bescheid vom 31. August 2001 rechtskräftig die Baubewilligung für den Umbau eines Turmes erteilte.

Das Grundstück, auf welchem die Bauführungen erfolgen sollten, war im Flächenwidmungsplan als „Verkehrsfläche“ ausgewiesen.

Das Bauvorhaben beinhaltete unter anderem die Errichtung eines Wartebereichs, eines Gastronomiebetriebes, eines Verkaufskiosks, von Ausstellungsflächen und einer Aussichtsplattform, die aus Sicht der VA nicht mit der gegenständlichen Verkehrsflächenweisung in Einklang zu bringen war.

Gemäß § 18 Abs. 1 NÖ Raumordnungsgesetz sind nämlich als Verkehrsflächen solche Flächen vorzusehen, die dem ruhenden und fließenden Verkehr dienen und für das derzeitige und künftig abschätzbare Verkehrsaufkommen erforderlich sind.

Gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung können erforderlichenfalls die Verkehrsflächen hinsichtlich ihrer speziellen Verwendung (Fuß-, Rad-, Reit-, Spielwege, Übungsplätze udgl) im gleichen Widmungsplan näher bezeichnet und damit auf diesen Zweck eingeschränkt werden.

Auf Verkehrsflächen dürfen Bauwerke nur dann errichtet werden, wenn diese für eine Nutzung gemäß Abs. 1 oder 2 der angeführten Bestimmung erforderlich sind. Darüber hinaus dürfen erforderlichenfalls auch Kleinbauten (Telefonzellen, Wartehäuschen, Verkaufskioske, Werbeanlagen udgl) sowie Bauwerke für den Betrieb und die Erhaltung infrastruktureller Einrichtungen (Trafostationen, Busstationen udgl) errichtet werden.

Wenn einem Bauvorhaben die im Flächenwidmungsplan festgelegte Widmungsart entgegensteht, leiden trotzdem erlassene

Baubewilligungsbescheide gemäß § 23 Abs. 8 NÖ Bauordnung an einem mit Nichtigkeit bedrohten Fehler.

Die VA befasste mit dem gegenständlichen Fall auch das Amt der NÖ Landesregierung, welches ebenfalls die Ansicht vertrat, dass die angeführten bewilligten Bauvorhaben den zitierten gesetzlichen Bestimmungen nicht entsprachen.

Die Bezirkshauptmannschaft Bruck/Leitha wurde daher von der NÖ Landesregierung ersucht, die Aufhebung des gegenständlichen rechtswidrigen Baubewilligungsbescheides gemäß § 93 Abs. 1 lit. d NÖ Gemeindeordnung zu verfügen.

**Baubewilligung aufgehoben**

Nach dieser Bestimmung können von der Aufsichtsbehörde von Amts wegen in Handhabung des Aufsichtsrechtes rechtskräftige, gesetzwidrige Bescheide aufgehoben werden, wenn sie an einem durch gesetzliche Vorschrift ausdrücklich mit Nichtigkeit bedrohten Fehler leiden.

Die Bezirkshauptmannschaft Bruck/Leitha hob nach Durchführung eines aufsichtsbehördlichen Verfahrens den gegenständlichen Baubewilligungsbescheid auf.

Die Erteilung der gegenständlichen Baubewilligung war von der VA zu **beanstanden**, weitere Veranlassungen aber daher nicht mehr erforderlich.

## **7.2.6 Belästigungen durch Kleinkraftwerk in Wohnhausanlage; Mangelnde Erhebung der Entscheidungsgrundlagen, unvollständige Aktenvorlage – MA St. Pölten**

VA NÖ/308-BT/03, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-46/097-2003

N.N. führte – stellvertretend auch für andere Mieter – Beschwerde über die Beeinträchtigungen, welche von einem in der Wohnhausanlage in der Kunstmühle St. Pölten installierten Laufkraftwerk ausgehen. Die Beeinträchtigungen setzten sich einerseits aus einer permanenten Lärmbelästigung durch die Turbinenanlage (aus dem Jahr 1927, 40 U/min, 137 kW), andererseits aus der elektromagnetischen Strahlenbelastung zusammen. Zusätzlich Lärm verursache eine Rechenanlage, welche alle 4 Stunden in den Wehrgang eingelassen werde. Die Hausbewohner klagten über Schlaflosigkeit und Kopfschmerzen.

**Lärm-und Strahlenbelastung der Mieter**

Mit Schreiben vom 9. Juli 2003 ersuchte die VA den Magistrat der Landeshauptstadt St. Pölten um Übermittlung einer Stellungnahme zu dem Vorbringen. Gebeten wurde auch um Beischluss des Bezug habenden Bauaktes im Original. Mit Schreiben vom 21. Juli 2003 teilte der Magistrat der Landeshauptstadt St. Pölten unter

anderem mit, dass „ein lärmtechnisches Gutachten von einem facheinschlägigen Zivilingenieur über die derzeit gegebene Belastung durch Luft- und Körperschall der bestehenden Kleinkraftwerksanlage“ vorzulegen ist. Nach Vorlage des Gutachtens werde über Sanierungsschritte zu befinden sein. Soweit Unterlagen vorgelegt wurden, ergibt sich aus ihnen nachstehender Sachverhalt:

Mit Eingabe vom 30. November 1999 beantragte die X.X. GmbH die Erteilung der baubehördlichen Bewilligung für die Errichtung einer Wohnhausanlage mit zweigeschossiger Tiefgarage für 116 Pkw-Stellplätze und die Durchführung von Um- und Zubauten bei den bestehenden Objekten der ehemaligen Mühle sowie die Schaffung von weiteren 25 oberirdischen Stellplätzen auf dem Areal. Hierüber wurde am 19. Jänner 2000 die mündliche Verhandlung abgeführt. Mit Bescheid des Magistrats der Landeshauptstadt St. Pölten vom 15. Februar 2000 wurde die beantragte Bewilligung erteilt.

Inwiefern die beschwerdegegenständliche Turbinenanlage in den Einreichunterlagen eingetragen wurde oder allfällige von ihr ausgehende Beeinträchtigungen in der mündlichen Verhandlung am 19. Jänner 2000 zur Sprache kamen, vermag nicht gesagt zu werden, da insoweit Unterlagen nicht vorgelegt wurden. Der Bewilligungsbescheid vom 15. Februar 2000 enthält weder in seinem „Sachverhalt“ noch in der Beschreibung der „Situation“, welche in ihrer „räumlichen Beschreibung“ sowohl die Wohnhausanlage wie den Um- und Zubau am Baubestand beinhaltet, einen Hinweis auf die Turbinenanlage. In keiner der insgesamt 82 Auflagen wird auf die Turbinenanlage Bezug genommen.

Der Bescheid vom 15. Februar 2000 blieb nicht unbekämpft. Dagegen erhobene nachbarliche Berufungen wurden mit Bescheid des Stadtsenates der Landeshauptstadt St. Pölten abgewiesen. Eine dagegen erhobene Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof hat dieser mit Beschluss vom 11. Oktober 2000 abgelehnt und die Beschwerde dem Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG zur Entscheidung abgetreten. Mit Erkenntnis vom 29. Jänner 2002 zu der Zahl 2000/05/0259 hob der Verwaltungsgerichtshof die Entscheidung des Stadtsenates „hinsichtlich des an der Lederergasse geplanten und bewilligten Gebäudes wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts“ auf. Insoweit wurde auch in Folge mit Bescheid des Stadtsenates vom 25. Februar 2002 der Bescheid der Baubehörde erster Instanz behoben.

Wie den einleitenden Ausführungen in dem Bescheid vom 11. April 2002 zu entnehmen, hat „inzwischen“ die Y.Y GmbH das gegenständliche Bauvorhaben nördlich des Mühlbaches übernommen. Mit Bauanzeige vom 12. Februar 2002 hat die Y.Y. GmbH geplante Änderungen angezeigt. Diese wurden mit Schreiben vom 26. Februar 2002 zur Kenntnis genommen. Über den Inhalt der Bauanzeige und deren Kenntnisnahme kann keine Aus-

sage getroffen werden, da die diesbezüglichen Unterlagen dem Akt nicht beilagen.

Mit Schreiben vom 26. Februar 2002 hat die Y.Y. GmbH geänderte Projektunterlagen für den Wohntrakt entlang der Lederergasse (Bauteil 1) vorgelegt. Hiefür wurde mit Bescheid vom 9. April 2002 die beantragte Bewilligung erteilt. Inwiefern der Inhalt dieses Bescheides die gegenständliche Problematik berührt, vermag nicht gesagt zu werden, da der Bescheid den Unterlagen nicht beigegeben war.

Sehr wohl beigegeben war jedoch ein Änderungsansuchen, datiert mit 7. März 2002, samt beigegebener Baubeschreibung und Einreichplänen für die Bauteile 4 bis 6. Dieses Änderungsansuchen wurde mit Bescheid des Magistrats der Landeshauptstadt St. Pölten vom 11. April 2002 bewilligt.

Zwar ist der Baubeschreibung kein Hinweis auf die Turbinenanlage zu entnehmen. In den Einreichplänen aber ist das Turbinenhaus eingetragen. Auch wurde bezüglich der Wohnräume über der Turbine eine um 6 cm stärkere Stahlbetondecke (nämlich in 30 cm Stärke) vorgesehen. Von der Vornahme einer mündlichen Verhandlung vor Erlassen des Bescheides wurde im Hinblick auf § 22 Abs. 1 NÖ BauO 1996 abgesehen. Dem Inhalt des Bescheides ist nicht zu entnehmen, dass vor Ausspruch der Bewilligung auf etwaige Beeinträchtigungen, die von der Turbinenanlage ausgehen, Bedacht genommen wurde.

**Reicht verstärkte Betondecke aus ?**

Weitere Bauanzeigen, mit denen die Behörde von einer beabsichtigten Raumumwidmung im Bauteil 4 sowie einer Änderung der Raumaufteilung des Bauteiles 4 in Kenntnis gesetzt wird, berühren die gegenständliche Problematik offenkundig nicht. Es muss allerdings bemerkt werden, dass auch diese Unterlage nicht vollständig sind. Letztlich fehlt die in dem Schreiben des Magistrats der Landeshauptstadt St. Pölten vom 21. Juli 2003 erwähnte Fertigstellungsmeldung vom 16. Mai 2003, sowie die Bauführerbescheinigung über die bewilligungsgemäße Ausführung des Bauvorhabens.

**Unterlagen unvollständig**

Die VA hält zu alledem fest:

Gemäß § 23 Abs. 1 NÖ Bauordnung 1996 (NÖ BauO 1996), LGBl 8200-11, hat die Baubehörde über einen Antrag auf Baubewilligung einen schriftlichen Bescheid zu erlassen. Eine Baubewilligung ist zu erteilen, wenn kein Widerspruch zu den in § 20 Abs. 1 Z 1-6 angeführten Bestimmungen besteht.

§ 20 Abs. 1 Z 6 NÖ BauO 1996 normiert, dass die Behörde bei Anträgen nach § 14 (vorerst) zu prüfen hat, ob dem Bauvorhaben eine Bestimmung dieses Gesetzes (gemeint der NÖ BauO 1996) der NÖ Aufzugsordnung, LGBl. 8220, des NÖ Kleingartengesetz-

zes, LGBl. 8210, oder eine Durchführungsverordnung zu einem dieser Gesetze entgegensteht.

§ 48 NÖ BauO 1996 ist „Immissionsschutz“ überschrieben. Die Bestimmung lautet:

(1) Emissionen, die von Bauwerken oder deren Benützung ausgehen, dürfen

1. das Leben oder die Gesundheit von Menschen nicht gefährden;
2. Menschen durch Lärm, Geruch, Staub, Abgase, Erschütterungen, Blendung oder Spiegelung nicht örtlich unzumutbar belästigen.

(2) Ob Belästigungen örtlich zumutbar sind, ist nach der für das Baugrundstück im Flächenwidmungsplan festgelegten Widmungsart und der sich daraus ergebenden zulässigen Auswirkung des Bauwerks und dessen Benützung auf einen gesunden, normal empfindenden Menschen zu beurteilen.

Eine Durchsicht der vorgelegten Unterlagen hat keine Anhaltspunkte ergeben, dass die Baubehörde der Frage Augenmerk geschenkt hätte, inwiefern das in der Wohnhausanlage eingebaute Laufkraftwerk unzulässige Emissionen iSd § 48 NÖ BauO 1996 entfaltet. Zwar ist die Turbinenanlage Gegenstand der Einreichunterlagen. Auch ist für Wohnräume über ihr eine stärkere Stahlbetondecke vorgesehen. Inwiefern aber allein diese Maßnahme ausreicht, um Belästigungen abzuwenden, blieb unerörtert.

**Emissionen blieben ungeprüft**

Unter der Annahme, dass die Bauvorhaben bewilligungskonform ausgeführt wurde und sich die Beeinträchtigungen tatsächlich als unzumutbar herausstellen, erscheint ein Eingriff in die Bestandskraft des Bescheides nur zulässig, wenn die Erheblichkeitsschwelle des § 68 Abs. 3 AVG 1991 überschritten wird. Eine Nichtigerklärung kommt im Hinblick auf § 23 Abs. 8 NÖ BauO 1996 nicht mehr in Betracht. Die Vorschreibung nachträglicher Auflagen iS § 32 NÖ BauO 1996 wiederum setzt, ungeachtet einer verfassungskonformen Interpretation, wonach die Bewohner des Objektes nicht schlechter gestellt sein können als Nachbarn, voraus, dass Emissionen auf Grund der Neuartigkeit der Anlage im Bewilligungsverfahren nicht vorhersehbar waren. Die beschwerdegegenständliche Anlage wurde jedoch als Bestand übernommen.

**Sanierung rechtlich nicht mehr durchsetzbar**

Sollte das Bauvorhaben wie bewilligt ausgeführt worden sein und das lärmtechnische Gutachten die in Beschwerde gezogenen Beeinträchtigungen (auch nur zum Teil) bestätigen, bleibt nur, so nicht ohnedies die Voraussetzungen des § 68 Abs. 3 AVG 1991 vorliegen, an den Bauwerber heranzutreten und diesen um entsprechende Sanierungsschritte zu ersuchen.

**Verbesserungen hängen von Einsicht des Bewilligungsträgers ab**

In seinem abschließenden Bericht teilte der MA mit, dass im Zuge der Projektänderungen „die ursprüngliche Büronutzung auf ausschließliche Wohnnutzung in allen Geschossen der Gebäude geändert wurde“. Dabei sei „auf die besondere Lage der Wohnungen im Bereich der Kleinkraftwerksanlage bereits bei der Einreichung der Projektsunterlagen hingewiesen“ worden. Der Bau sei bewilligungsgemäß errichtet worden.

Dass der Projekt bewilligungsabweichend ausgeführt wurde, wurde von der Volksanwaltschaft zu keinem Zeitpunkt behauptet. In Kritik gezogen wurde vielmehr, dass im Bewilligungsverfahren den zu erwartenden Lärmemissionen nicht das gebührende Augenmerk geschenkt wurde.

**Abschließende Stellungnahme des MA erhärtet Bedenken der VA**

Die vorliegende Stellungnahme entkräftet die Bedenken der Volksanwaltschaft nicht, sie erhärtet sie. Wurde tatsächlich – wie der MA meint – „auf die besondere Lage der Wohnungen im Bereich der Kleinkraftwerksanlage bereits bei der Einreichung der Projektsunterlagen hingewiesen“, so erscheint es umso unverständlicher, dass der letztlich befasste Sachverständige zu dem Ergebnis gelangen musste, dass es selbst bei einer schwingungsdämpfenden Aufstellung des Generators „keine Sicherheit gibt, mit diesen Maßnahmen ausreichend Verbesserung zu erreichen“.

Auch aus diesem Grund ersucht die Volksanwaltschaft den Magistrat der Landeshauptstadt St. Pölten, sich sowohl dem Betreiber des Kleinkraftwerkes wie dem Eigentümer der Wohnhausanlage gegenüber für eine Fortsetzung der Gespräche mit dem Ziel, nunmehr rasch zu einem Kaufvertragsabschluss zu gelangen, auszusprechen. Gerade im Hinblick auf den von dem Sachverständigen skizzierten Sanierungsaufwand erscheint einer dauerhaften Stilllegung der Kleinkraftwerksanlage der Vorrang einzuräumen.

**Rasche Ablöse sinnvoll**

### **7.2.7 Mangelnde Erbringung von Aufschließungsleistungen - Marktgemeinde Enzersdorf an der Fischa**

VA NÖ/611-BT/02, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-46/015-2003

N.N. führte bei der VA Beschwerde über den mangelnde Erbringung von Aufschließungsleistungen (Herstellung einer ordnungsgemäßen Zufahrtsstraße samt Oberflächenentwässerung) durch die Marktgemeinde Enzersdorf an der Fischa.

Das durchgeführte volksanwaltschaftliche Prüfverfahren ergab:

Mit Eingabe vom 19. Mai 1994 suchte die Y.-GmbH um Erteilung der Baubewilligung für den Neubau von 13 Wohnhäusern sowie

10 Garagen und Stellplatz an. Hierüber wurde für den 22. Juni 1994 die mündliche Verhandlung anberaumt. Mit Bescheid des Bürgermeisters der Marktgemeinde Enzersdorf/Fischa vom 30. Juni 1994 wurde die beantragte Bewilligung erteilt.

Am 30. April 1996 hat die X.-GmbH das Grundstück erworben.

Mit Schreiben vom 7. Oktober 1996 unterbreitete der Bürgermeister der Marktgemeinde Enzersdorf/Fischa der X.-GmbH als der nunmehrigen Eigentümerin der Parzelle nachstehendes Angebot:

*„Sämtliche Aufschließungsarbeiten wie Errichtung der Straße (sowie allfällige Nebenflächen), Straßenbeleuchtung, Straßenentwässerung, Telefonleitungen werden von Ihrer Firma durchgeführt und finanziert. Weiters wird die Errichtung der Kanal- und Wasserleitung auf öffentlichem Grund von Ihnen vorgenommen und finanziert. Die Aufschließungsbescheide gehen Ihrer Firma in den nächsten Tagen zu und werden bis zum Verkauf der Grundstücke gestundet. Bei Verkauf derselben Ihrerseits werden die von uns einlangenden Beträge aus Aufschließungsabgaben an Sie für obige Leistungen refundiert. Die anfallenden Kanal- bzw Wasseranschlußgebühren werden seitens der Marktgemeinde Enzersdorf/Fischa mit den jeweiligen Käufern verrechnet.*

*Wenn obige Vorgangsweise Ihr Einverständnis findet, ersuchen wird, die Zweitschrift gegenzuzeichnen und an uns zu retournieren.“*

Mit Schreiben vom 28. Oktober 1996 übermittelte die X.-GmbH dieses Schreiben an die Marktgemeinde Enzersdorf/Fischa rück und nannte ihrerseits Bedingungen für das Zustandekommen einer derartigen „Vereinbarung“. So findet man unter anderem in Punkt 3 ausgeführt, dass *„die Straßenbeleuchtung und Asphaltierung aber erst **nach Fertigstellung aller Bauarbeiten** in dieser Siedlungsanlage ausgeführt wird“*.

Mit Schreiben vom 21. November 1996 teilte die Marktgemeinde Enzersdorf/Fischa der X.-GmbH mit, dass sie in Ergänzung der Vereinbarung vom 7. Oktober 1996 *„zusätzlich noch festhalten“* wolle:

- „1. Der Aufschließungsbeitrag von Grundstück Nr. 27/39 wird analog unserer oben angeführten Vereinbarung verwendet.*
- 2. Die Straßenbeleuchtung wird nach Bedarf errichtet. Da die Asphaltierung erst nach Fertigstellung aller Wohnhäuser erfolgt, ist die provisorische Fahrbahn in gutem Zustand zu halten.*
- 3. Die Telefonverkabelung wird nach Absprache mit der Post durchgeführt.*
- 4. Sämtliche gesetzlichen Aufschließungsarbeiten werden von Ihnen für alle Liegenschaften vorgenommen.“*

Das Schreiben enthält weiters die Zusage der prompten Refundierung erhaltener Aufschließungsabgaben sowie die Mitteilung, dass die anfallenden Kanal- und Wasseranschlussgebühren mit den jeweiligen Käufern der Grundstücke direkt verrechnet werden. Es schließt mit dem Ersuchen um schriftliche Bestätigung beider Vereinbarungen.

Mit Bescheid vom 10. März 1997 wurde der X.-GmbH für Teile der Parzelle eine Aufschließungsabgabe in der Höhe von 70.364 S (5.113,55 €) vorgeschrieben. Dieser Betrag wurde am 7. April 1997 auf das Konto der Gemeinde Enzersdorf/Fischa eingezahlt und von dieser am 23. April 1997 an die X.-GmbH rücküberwiesen.

Mit Kaufvertrag vom 28. Mai 1997 hat Z.Z. die Parzelle erworben und am 21. August 1998 samt der zwischenzeitig darauf zu Errichtung gelangten Doppelhaushälfte an die Beschwerdeführer weiterveräußert. Fest steht, dass die Parzelle bis dato nicht mit einer befestigten Zufahrt erschlossen ist. Für die derzeitige Zufahrt existiert auch keine Oberflächenentwässerung. Lediglich eine Straßenbeleuchtung wurde auf Drängen der Beschwerdeführer im Dezember 2002 installiert.

Die VA hält zu alledem fest:

1. Gemäß § 14 Abs. 1 NÖ BauO 1976, LGBl 8200-11 hat die Gemeinde aus dem Anlass der Erklärung eines Grundstückes zum Bauplatz dem Eigentümer eine Aufschließungsabgabe vorzuschreiben. Diese Abgabe ist auch dem Eigentümer eines Bauplatzes nach § 2 Z 7 lit. b aus dem Anlass der erstmaligen Errichtung eines Gebäudes (§ 2 Z 5) auf diesem Bauplatz vorzuschreiben, wenn für diesen Bauplatz noch kein der Höhe nach bestimmter Aufschließungsbeitrag und auch keine Aufschließungsabgabe vorgeschrieben worden ist. Als erstmalig gilt die Errichtung eines Gebäudes auf einem Bauplatz, wenn auf diesem am 1. Jänner 1970 kein unbefristet bewilligtes Gebäude gestanden ist.

Gemäß § 14 Abs. 5 NÖ BauO 1976 sind Leistungen für den Ausbau der Fahrbahn, des Gehsteiges, der Oberflächenentwässerung und der Straßenbeleuchtung einer an den Bauplatz grenzenden Straße auf die Aufschließungsabgabe anzurechnen, wenn sie erbracht wurden:

- a) als Geldleistung auf Grund einer Vereinbarung mit der Gemeinde oder
- b) als Arbeits- oder Materialleistung mit Zustimmung der Gemeinde.

Durch eine Verordnung des Gemeinderates können Pauschalsätze in Prozenten der Aufschließungsabgabe für einzelne dieser Leistungen festgelegt werden.

Gemäß § 14 Abs. 6 NÖ BauO 1976 muss die Gemeinde eine provisorische Fahrbahn einer neuen öffentlichen Verkehrsfläche im Bauland herstellen, wenn bei einseitiger Bebauung für 70%, bei zweiseitiger Bebauung für 50% der Strecke zwischen ihrem Anschluss an das bestehende Straßennetz und dem entferntesten Bauplatz die Abgabe gemäß § 14 Abs. 1 fällig ist.

Diese Rechtslage hat mit In-Kraft-Treten der NÖ BauO 1996 (1.1.1997) dahingehend eine Änderung erfahren, dass die Gemeinde seither - gemäß § 38 Abs 8 NÖ BauO 1996 - eine staubfrei befestigte Fahrbahn für eine neue öffentliche Verkehrsfläche im Bauland herstellen muss, wenn bei einseitiger Bebauung für 70%, bei zweiseitiger Bebauung für 50% der Strecke zwischen ihrem Anschluss an das bestehende Straßennetz und dem entferntesten Bauplatz die Abgabe nach Abs. 1 fällig ist. Der Streckenanteil ergibt sich aus der Summe der Länge der Bauplatzgrenzen, die an der Verkehrsfläche liegen.

Zwar trifft es grundsätzlich zu, dass die Verpflichtung zur Erbringung von Aufschließungsbeiträgen von der tatsächlichen Durchführung der Aufschließung unabhängig ist (VwGH 30.1.1992, 88/17/0144).

Der Entrichtung eines Aufschließungsbeitrages stehen aber Leistungsverpflichtungen gegenüber, welche von der Gebietskörperschaft zu erbringen sind. Insbesondere ist die Gemeinde verpflichtet, gemäß § 38 Abs. 6 NÖ BauO 1996 für die Fahrbahn eine mittelschwere Befestigung einschließlich Unterbau und – ab Vorliegen der Voraussetzungen des § 38 Abs. 8 NÖ BauO 1996 – für Fahrbahn und Gehsteig eine dauernd staubfreie Ausführung vorzusehen.

2. Was nun den Umfang der zu erbringenden Leistungspflicht betrifft, so sieht das Gesetz keine detaillierte Leistungsbeschreibung vor. Allerdings handelt es sich bei der Aufschließungsabgabe um eine zweckgebundene Abgabe. Sie soll – wie auch den Gesetzesmaterialien zu entnehmen - „die Herstellungskosten der Verkehrsflächen abdecken“ (vgl den auszugsweise wiedergegebenen Ausschussbericht zu § 38 Abs. 2 bei *Liehr/Riegler*, NÖ Bauordnung 1996 [2001] 136). Um dies zu gewährleisten, ist der „Einheitssatz“ entsprechend festzulegen.

Der „Einheitssatz“ die Summe der durchschnittlichen Herstellungskosten einer 3 m breiten Fahrbahnhälfte, eines 1,25 m breiten Gehsteiges, der Oberflächenentwässerung und der Beleuchtung der Fahrbahnhälfte und des Gehsteiges pro Laufmeter (§ 38 Abs 6 NÖ BauO 1996). Er ist Multiplikator bei der Berechnung der Aufschließungsabgabe und wird mit Verordnung des Gemeinderates festgesetzt.

**Gemeinde trifft Pflicht zur Straßenherstellung**

Als Mustergrundlage für die Ermittlung des Einheitssatzes hat nun das Amt der NÖ Landesregierung die bei *Hauer/Zaussinger*, Niederösterreichisches Baurecht<sup>6</sup> [2001] auf den Seiten 451 f wiedergegebene Leistungsbeschreibung erstellt. Sie kann zugleich als Richtschnur für die Erfüllung jener Leistungsverpflichtung herangezogen werden, der die Marktgemeinde Enzersdorf/Fischa bis dato nicht nachgekommen ist.

Demnach soll eine „mittelschwere Befestigung“ iS § 38 Abs. 6 NÖ BauO neben einer Auskofferung von 45 cm Tiefe eine Frostschuttschicht von 30 cm Stärke enthalten. Weiters soll eine Bitukies-Tragschicht, Type II, in einer Stärke von 12 cm vorhanden sein. Auf dieser Schicht letztlich soll ein Verschleißbelag in der Stärke von 3 bis 4 cm aufgetragen werden.

Die Leistungsbeschreibung enthält auch konkrete Zielvorgaben für die Herstellung eines Gehsteiges und die Straßenentwässerung.

Der Erbringung ihrer öffentlich-rechtlichen Leistungsverpflichtung kann sich die Marktgemeinde Enzersdorf/Fischa durch Abschluss eines „Erschließungsvertrages“ nicht begeben. Die VA legt daher der Gemeinde nahe, umgehend ihrer Verpflichtung zur Herstellung einer Fahrbahn mit „mittelschwerer Befestigung“ nachzukommen. Sodann ist § 38 Abs. 8 NÖ BauO 1996 Rechnung zu tragen.

Nach Inhalt dieser Bestimmung **muss** die Gemeinde ab Vorliegen des dort genannten Aufschließungsgrades eine staubfrei befestigte Fahrbahn herstellen. Die in § 38 Abs 8 genannten Prozentsätze dienen dabei der Feststellung der Tatbestandsvoraussetzungen, und stecken nicht - wie die Marktgemeinde Enzersdorf/Fischa in ihrer Stellungnahme vom 22. Jänner 2003 meint - das Ausmaß der herzustellenden Verkehrsfläche ab.

3. Der Ordnung halber sei weiters festgehalten, dass die NÖ Bauordnung keine Grundlage für die Überwälzung der „Erschließungslast“ auf einen Dritten enthält. Insbesondere geht § 38 Abs. 7, wie der Wortlaut verdeutlicht, lediglich davon aus, dass **bereits erbrachte** Naturalleistungen für den Ausbau der Fahrbahn, des Gehsteiges, der Oberflächenentwässerung und der Beleuchtung auf die Aufschließungsabgabe angerechnet werden können (arg: „frühere Leistungen“).
4. Abgesehen davon, dass eine vertragliche Vereinbarung im Anwendungsbereich des § 161 NÖ Landesabgabenordnung 1977, LGBl 3400-9, nicht zulässig ist, vermochte die VA letztlich keine Grundlage zu sehen, der X.-GmbH die vorgeschriebenen Aufschließungsabgaben zu stunden.

**Stundung der Aufschließungsabgabe rechtswidrig**

Aus den vorstehenden Gründen erwies sich die **Beschwerde** als **berechtigt**. Die VA ersuchte den Bürgermeister der Marktgemeinde Enzersdorf/Fischa abschließend, dem aufgezeigten Handlungsbedarf rasch Rechnung zu tragen und der VA einen Bericht über die getroffenen Veranlassungen zukommen zu lassen.

### **7.2.8 Pergolen sind nicht bewilligungspflichtig – Stadtgemeinde Klosterneuburg**

VA NÖ/240-BT/03, VA NÖ/241-BT/03  
Stadtgemeinde Klosterneuburg GAIII-BG030295

N.N. führt bei der VA Beschwerde darüber, dass eine von ihm eingebrachte Bauanzeige für die Errichtung einer Gartenlaube vom Stadtamt der Stadtgemeinde Klosterneuburg nicht zur Kenntnis genommen werde. Vielmehr wurde ihm mit Schreiben vom 28. Februar 2001 mitgeteilt, dass die angezeigte Gartenlaube bewilligungspflichtig sei.

Im volksanwaltschaftlichen Prüfverfahren führte die Stadtgemeinde Klosterneuburg der VA gegenüber aus, dass die „Gartenlaube offen und nicht überdacht als Pergola projektiert“ sei und damit nicht unter ein „Gebäude (Gerätehütte, Gewächshaus) iSd § 15 Abs. 1 Z. 1 NÖ BauO 1996 subsumiert werden könne“. Sodann heißt es weiter: *„Die Bewilligungspflicht für die Pergola ergibt sich aus § 14 Z. 2 NÖ BauO 1996“*.

**irrige Rechtsansicht**

Die VA hatte den Bürgermeister der Stadtgemeinde Klosterneuburg darauf hinzuweisen, dass § 15 NÖ BauO 1996 Ziffer 9 ausdrücklich normiert, dass Pergolen anzeigebedürftig sind. Dem Bürgermeister der Stadtgemeinde Klosterneuburg war daher nahe zu legen, sicherzustellen, dass das Stadtamt dem Beschwerdeführer gegenüber seine Rechtsmeinung zurücknimmt und die von ihm eingebrachte Bauanzeige zur Kenntnis nimmt.

**Berichtigung erforderlich**

### 7.2.9 Unzulässige Umdeutung eines Antrags auf Erteilung der Baubewilligung für die Errichtung eines Balkons und einer Stellplatzüberdachung in eine Bauanzeige – Stadtgemeinde Klosterneuburg

VA NÖ/163-BT/02, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-46/063-2003

Die Eheleute N.N. führten darüber Beschwerde, dass der Bürgermeister der Stadtgemeinde Klosterneuburg das Bauansuchen anderer Miteigentümer zur Errichtung eines Balkons und einer Stellplatzüberdachung auf ihrer Liegenschaft als Bauanzeige zur Kenntnis genommen habe. Wäre ordnungsgemäß ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt worden, hätte das Ansuchen zurückgewiesen werden müssen, weil sie ihre Zustimmung verweigert hätten.

Das Prüfverfahren führte zu folgendem Ergebnis:

Die Behörde hat das Bauansuchen der damaligen Mehrheitseigentümer vom 9. August 2001 zur Errichtung eines Balkons und einer Stellplatzüberdachung unzulässigerweise in eine Bauanzeige umgedeutet (vgl. etwa VwGH 17.12.1996, 96/05/0237) und mit formlosem Schreiben vom 11. September 2001 zur Kenntnis genommen. Sie hat dadurch ihre Pflicht, spätestens sechs Monate nach Einlangen des Antrags den Bescheid zu erlassen (§ 73 Abs. 1 AVG), gröblich verletzt. Die VA weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die längere Vorenthaltung eines - mit Rechtsmitteln bekämpfbaren - Bescheides das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK) verletzen kann.

**Bescheidpflicht negiert - Grundrechtsverletzung**

Die vorgelegten Einreichpläne zeigten, dass der Balkon und der überdachte Stellplatzbereich unter keines der in der NÖ BO 1996 taxativ aufgezählten anzeigepflichtigen Vorhaben fällt (§ 15 Abs. 1 Z. 1 bis 18). Anzeigepflichtig wäre bloß die Aufstellung von Gerätehütten und Gewächshäusern mit einer Grundfläche bis zu 6 m<sup>2</sup> und einer Gebäudehöhe bis zu 2 m auf Grundstücken im Bauland (Z. 1) oder die regelmäßige Verwendung eines Grundstückes oder –teils im Bauland als Stellplatz für ein Fahrzeug oder einen Anhänger (Z. 15) gewesen.

Zwar darf ein Vorhaben bei Nichtuntersagung ausgeführt werden (§ 15 Abs. 4 NÖ BO), doch schafft die Kenntnisnahme der Bauanzeige noch keinen Konsens (VwGH 26.11.1992, 90/06/0076), bringt also die Bewilligungspflicht nicht zum Erlöschen (vgl. VwGH 12. 12. 1991, 90/06/0127; *Kastner*, Probleme um das Anzeigeverfahren nach der NÖ BauO, RdU 1999, 53, 56 mwN). Auch baupolizeiliche Maßnahmen sind durch die vorangehende Kenntnisnahme einer Bauanzeige weder verwirkt noch verfristet (VwGH 26.11.1990, 90/06/0076; 20.6.1995, 93/05/0139

BauSlg 115). Angesichts der dargestellten Rechtslage ersuchte die VA den Bürgermeister der Stadtgemeinde Klosterneuburg darum, ihr eine Ablichtung des verfahrensabschließenden Bescheides zu übersenden.

Mit Schreiben vom 1. Oktober 2003 teilte der Bürgermeister mit, dass der Bauwerber zwischenzeitig die erforderliche Zustimmung der Mehrheit der Liegenschaftseigentümer nach Anteilen (§ 18 Abs. 1 Z. 1 lit. b NÖ BO 1996) beigebracht habe. Da das eingereichte Objekt nur eine Wand aufweise, sei es nicht als Gebäude (§ 4 Z 6), sondern als bauliche Anlage (§ 4 Z 4) zu qualifizieren. Bauliche Anlagen seien im vorderen Bauwuch prinzipiell zulässig (§ 51 Abs. 5) und bei der Berechnung der Bebauungsdichte nicht zu berücksichtigen (§ 70 Abs. 1).

In Hinblick darauf erteilte der Bürgermeister mit Bescheid vom 8. Jänner 2004 die Baubewilligung für die Errichtung des Balkons und der Stellplatzüberdachung. Die Einwendungen der Beschwerdeführer wurden mit Bescheid vom gleichen Tag als unzulässig zurückgewiesen, weil mit Ihnen keine subjektiv-öffentlichen Nachbarrechte (§ 6 Abs. 2) geltend gemacht wurden.

### 7.2.10 Grundlose Vorschreibung von Sachverständigenkosten – Stadtgemeinde Ybbs/Donau

VA NÖ/538-BT/03, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-46/1-2004

Die VA hat der **Beschwerde** von N.N. wegen rechtsgrundloser Vorschreibung von Kosten für die Erstellung eines nichtamtlichen Sachverständigengutachtens **Berechtigung** zuerkannt.

Mit Schreiben vom 17. April 2002 stellte N.N. den Antrag auf behördliche Überprüfung des aus ihrer Sicht mangelhaft sanierten Dachstuhls. Hierüber beraumte der Bürgermeister der Stadtgemeinde Ybbs/Donau für den 7. Mai 2002 einen Ortsaugenschein an.

**Bauüberprüfung**

Mit Schreiben vom 25. Juni 2002 setzte die Baubehörde für den 28. November 2002 eine neuerliche baupolizeiliche Überprüfung an. Unvorgreiflich des Ergebnisses dieser Überprüfung lud die Stadtgemeinde Ybbs Herrn DI Y.Y., staatlich befugter und beeideter Zivilingenieur für Bauwesen, zur Anbotslegung über die Begutachtung der Dachstuhlisanierung ein. Y.Y. erstattete ein entsprechendes Angebot mit Schreiben vom 3. Juli 2002.

In seiner nicht öffentlichen Sitzung vom 15. Oktober 2002 beschloss der Stadtrat der Stadtgemeinde Ybbs an der Donau, dass vor einer allfälligen Vergabe eines Sachverständigengutachtens der Versuch unternommen werden möge, das Gebietsbauamt in

**Statisches Gutechten erforderlich**

die Angelegenheit einzubinden. Dies erfolgte anlässlich der Überprüfung am 28. November 2002, wobei der anwesende Amtssachverständige zu dem Ergebnis gelangte, dass zur Frage der Standsicherheit auch unter hoher Schneelast keine Aussage getroffen werden könne und dies durch einen Statiker überprüft werden müsse.

Mit Schreiben vom 23. Jänner 2003 beauftragte die Stadtgemeinde Ybbs an der Donau Y.Y. mit der Erstellung eines Gutachtens zu der Frage, ob die bestehende Decke über dem Obergeschoß in Verbindung mit dem derzeit bestehenden Dachstuhl aus statischer Sicht der NÖ Bauordnung entspreche. Zu klären sei insbesondere, ob eine mangelhafte Bausubstanz oder Gefährdung von Personen vorliege oder ausgeschlossen werden könne. Y.Y. erstellte mit Datum vom 9. April 2003 sein Gutachten, welches in Folge zu dem mit 19. September 2003 datierten baubehördlichen Auftrag an N.N. führte.

**Vorschneller Auftrag  
an Privaten**

Mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadtgemeinde Ybbs an der Donau vom 27. Mai 2003 wurden N.N. die Kosten für das Gutachten des Y.Y. vorgeschrieben. Eine dagegen erhobene Berufung wurde mit Bescheid des Stadtrates der Stadtgemeinde Ybbs an der Donau vom 4. September 2003 abgewiesen. Dagegen erhob N.N. Vorstellung, wobei zum Zeitpunkt der volksanwalt-schaftlichen Anfrage (18. November 2003) der Bauakt der NÖ Landesregierung noch nicht vorgelegt war. Es wurde dies zwischenzeitlich nachgeholt.

Rechtlich ist zu alledem zu sagen:

Maßgebliche materiell-rechtliche Rechtsgrundlage ist § 33 NÖ BauO 1996. Demnach hat der Eigentümer eines Bauwerks dafür zu sorgen, dass dieses in einem der Bewilligung (§ 23) oder der Anzeige (§ 15) entsprechenden Zustand ausgeführt und erhalten wird. Er hat Baugebrechen, durch welche die Standsicherheit, die äußere Gestaltung, der Brandschutz, die Sicherheit von Personen und Sachen beeinträchtigt werden oder die zu unzumutbaren Belästigungen (§ 48) führen können, zu beheben.

Kommt der Eigentümer eines Bauwerks seiner Verpflichtung nach Abs. 1 nicht nach, hat die Baubehörde nach Überprüfung des Bauwerks, unter Gewährung einer angemessenen Frist, die Behebung des Baugebrechens zu verfügen. Die Baubehörde darf in diesem Fall die Überprüfung durch Sachverständige durchführen lassen, die Vornahme von Untersuchungen und die Vorlage von Gutachten anordnen (§ 33 Abs. 2).

Maßgebliche verfahrensrechtliche Bestimmungen sind die §§ 52, 75, 76 AVG 1991. Sie haben die Organe der Stadtgemeinde Ybbs an der Donau gemäß Art. II Abs. 2 lit. A Z 29 EGVG anzuwenden.

Demnach kann die Behörde dann, wenn Amtssachverständige nicht zur Verfügung stehen oder es mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles geboten ist, ausnahmsweise andere geeignete Personen als Sachverständige (nichtamtliche Sachverständige) heranziehen (§ 52 Abs. 2 AVG). Auf diese Bestimmung beruft sich die Stadtgemeinde Ybbs an der Donau, wenn der Stadtrat in seiner Berufungsentscheidung ausführt, dass „*Amtssachverständige für die Erstellung eines statischen Gutachtens nicht zur Verfügung stehen*“.

**Privater nur ausnahmsweise**

Zulässig können nun Sachverständigenkosten auf die Partei nur überwält werden, wenn die Einholung des Gutachtens nach der Verfahrenslage notwendig war und kein Amtssachverständiger zur Verfügung stand. Wurde hingegen ohne zureichenden Grund an Stelle eines zur Verfügung stehenden Amtssachverständigen ein anderer Sachverständiger bestellt, so können dessen Kosten auf die Partei nicht überwält werden (ständige Rechtsprechung zB VwGH 30.5.2000, 96/05/0166).

**Kosten nur dann überwältbar, wenn kein Amtssachverständiger greifbar !**

Amtssachverständige des Amtes der Landesregierung sind grundsätzlich als iSd § 52 AVG zur Verfügung stehende Sachverständige anzusehen. Lediglich dann, wenn das Bemühen der Behörde erster Instanz gegenüber dem Amt der Landesregierung, Amtssachverständige zur Verfügung gestellt zu erhalten, ohne Erfolg bleibt, liegen die Voraussetzungen für das Heranziehen nichtamtlicher Sachverständiger gemäß § 52 Abs 2 AVG vor (VwSlgNF 9370 A/1977; zuletzt VwGH 26.9.2002, 2000/06/0075).

Der vorliegende Akt lässt nun jedweden Anhaltspunkt vermissen, inwiefern die Behörde tatsächlich vor Beauftragung des Y.Y. bemüht war, einen Amtssachverständigen für die Erstellung eines statischen Gutachtens zu gewinnen.

**Verfahren mangelhaft**

Zu der Frage, ob Amtssachverständige des Landes statische Gutachten erstellen, bestehen unterschiedliche Angaben. Während dies der VA auf Anfrage ausdrücklich bestätigt wurde, verwies die Stadtgemeinde Ybbs /Donau auf ein – nach Abschluss des Prüfverfahrens eingeholtes – Schreiben des Amtes der NÖ Landesregierung, Baudirektion, wonach „statische Berechnungen ausschließlich befugten Planern (zB Ziviltechnikern oder Baumeister) vorbehalten“ seien .

**Unterschiedliche Auskünfte**

Eine nähere Klärung dieser Ungereimtheit konnte letztlich dahinstehen, da der Stadtrat der Stadtgemeinde Ybbs der Anregung der VA entsprach und sich grundsätzlich bereiterklärte, die N.N. vorgeschriebenen Kosten, sollten sie im zivilrechtlichen Verfahren nicht überwältbar sein, zu übernehmen.

**Stadtrat zeigt sich hilfsbereit !**

### 7.2.11 **Übergebürliche Kosten durch wöchentliche Entleerung einer Senkgrube; mangelnde Vorschreibung einer Kanalanschlussverpflichtung - Marktgemeinde Sollenau**

VA NÖ/103-BT/02, Amnt der NÖ LReg LAD1-BI-41/144-2002

N.N. wandte sich mit folgendem Anliegen an die VA. Sie sei Mieterin in einem Objekt dessen Abwasserentsorgung über eine Senkgrube erfolge, welche wöchentlich zu entleeren sei. Die dabei anfallenden Kosten würden im Wege der Betriebskosten auf die Mieter überwält. In Beschwerde gezogen werde, dass es der Bürgermeister der Marktgemeinde Sollenau trotz Kenntnis der bestehenden Anschlussverpflichtung verabsäumt habe, dem Eigentümer der Liegenschaft den Anschluss an den öffentlichen Kanal vorzuschreiben.

Die VA holte Stellungnahmen der Bezirkshauptmannschaft Wiener Neustadt sowie der Marktgemeinde Sollenau ein. Demnach steht nachstehender Sachverhalt fest:

I. Die Beschwerdeführerin ist Bestandnehmerin einer Wohnung in einem Betriebswohnhaus der Firma X.X., welches zu Beginn des vorigen Jahrhunderts errichtet wurde. In dem Objekt befinden sich 5 Wohnungen. Die Gesamtwohnfläche beträgt – laut Angaben der Beschwerdeführerin – 450 m<sup>2</sup>.

Das Grundstück weist eine Größe von 77.882 m<sup>2</sup> auf. Es ist zur Gänze als „Bauland-Industriegebiet“ gewidmet. An seiner südlichen Grenze besteht eine Anschlussmöglichkeit an den öffentlichen Schmutzwasserkanal der Marktgemeinde Sollenau.

Außer Streit steht, dass ein auf dem Grundstück situiertes Bürogebäude sowie ein Betriebsgebäude an diesen Kanal angeschlossen sind, nicht jedoch das „Betriebswohnhaus“, in dem unter anderem die Beschwerdeführerin wohnt.

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Wiener Neustadt vom 11. August 1993 wurden die Eigentümer des Grundstückes als Wasserberechtigte der Abwasserbeseitigungsanlage verpflichtet, die Anlage bis spätestens 31. August 1996 an den nunmehrigen Stand der Technik anzupassen und hierfür bis spätestens 31. Mai 1996 ein Projekt vorzulegen. Sollte allerdings bis dahin ein Anschluss an die öffentliche Kanalisation durchgeführt werden oder die Sammlung der anfallenden Abwässer in dichten Senkgruben erfolgen, sei die Anpassung an den Stand der Technik entbehrlich.

**Verpflichtung zum Kanalanschluss oder Erneuerung der Anlage**

Im Juli 1996 gab der Bescheidadressat der Wasserrechtsbehörde bekannt, dass die Sammlung der Abwässer in eine dichte Senkgrube erfolge. Am 13. August 1996 gab der Berechtigte der Wasserrechtsbehörde gegenüber die Erklärung ab, dass auf das Wasserbenutzungsrecht verzichtet werde.

Im Zuge einer Überprüfung durch den wasserbautechnischen Amtssachverständigen des NÖ Gebietsbauamtes II, konnte sich die Behörde am 5. September 1996 davon vergewissern, dass die ehemaligen Faulanlagen zwischenzeitig zugeschüttet wurden. Festzustellen war auch, dass die anfallenden häuslichen Abwässer in einer neu errichteten Senkgrube gesammelt werden.

**Sammlung der Abwässer in neuer Senkgrube**

Zur Größe dieser Senkgrube enthält der mit 22. Oktober 1996 datierte Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Wiener Neustadt, mit dem das Erlöschen des Wasserbenutzungsrechtes festgestellt wurde, keine Angaben. Ausdrücklich heißt es jedoch in der Begründung auf Seite 3: *„Oftmalige Räumungen werden notwendig sein und sind die diesbezüglichen Aufzeichnungen (Nachweise über die ordnungsgemäße Entsorgung) aufzubewahren und auf Verlangen vorzuweisen“*.

Fest steht, dass diese Senkgrube wöchentlich entleert werden muss. Fest steht weiters, dass - soweit dieses Entleerungsintervall auf Grund von Feiertagen nicht exakt eingehalten werden kann - die Senkgrube überläuft. Es ist dies der VA an Hand von Lichtbildern bescheinigt. Fest steht letztlich, dass die Kosten für die Fäkalienräumung vom Eigentümer des Objektes im Wege der Betriebskosten auf die Mieter überwältzt werden. So entnimmt die VA der ihr abschriftlich vorgelegten Betriebskostenabrechnung für das Jahr 1996, dass die Kosten für die Entleerung der Senkgrube S 50.760,- betragen. Bis zum Jahr 2000 wuchsen diese Kosten auf S 189.500,- an, wobei allein im September 1999 Kosten in der Höhe von S 30.500,- für die Fäkalienräumung anfielen.

**Senkgrube läuft regelmäßig über**

II. Befragt, weshalb das Objekt nicht an den öffentlichen Schmutzwasserkanal angeschlossen sei, führte die Marktgemeinde Sollenau aus, dass für die Parzelle zwar *„ein Anschluss an den öffentlichen Schmutzwasserkanal mittels Hauptleitung und Anschlussleitung bis zur Grenze der anschlusspflichtigen Liegenschaft“* hergestellt worden sei, von der Aussprache einer Anschlussverpflichtung für das beschwerdegegenständlich Objekt an den öffentlichen Kanal jedoch Abstand genommen werde, *„da das gegenständliche Betriebswohnhaus 400 m vom letzten Kanalanschluss entfernt ist und 3 (4) Eisenbahngleise der ÖBB unterführt werden müssten“*.

Darüber hinaus führte der Bürgermeister der Marktgemeinde Sollenau aus, dass eine Anschlussverpflichtung für ein Grundstück im „Bauland-Industriegebiet“ nicht bestehe, und zudem von der bescheidförmigen Aussprache einer Anschlussverpflichtung abgesehen werde, da auf Grund der geografischen Situation die in dem Objekt anfallenden Schmutzwässer nicht im freien Gefälle in den Hauptkanalstrang eingeleitet werden könnten.

III. Nachzutragen ist, dass von der Bezirkshauptmannschaft Wiener Neustadt am 18. Februar 2002 eine Überprüfung der beschwerdegegenständlichen Senkgrube durchgeführt wurde. Dabei konnte weder die Senkgrubentiefe vor Ort festgestellt werden, noch fanden sich diesbezügliche Aufzeichnungen beim Gemeindeamt Sollenau. Erhoben werden konnte (lediglich) im Zuge einer Rückfrage bei dem zuständigen Entsorgungsunternehmen, dass der Senkgrube wöchentlich geräumt wird und die Abfuhr laut zuständigen Entsorgungsunternehmen 16 m<sup>3</sup> betragen.

IV. In rechtlicher Würdigung des vorstehenden Sachverhaltes hält die VA zunächst fest, dass weder die NÖ Bauordnung 1976 und die dazu ergangenen Durchführungsverordnungen noch die NÖ Bauordnung 1996, LGBl 8200-7 bzw die Bautechnikverordnung 1997, LGBl 8200/7-0 Vorgaben über die Größe einer Senkgrube enthalten.

**Keine gesetzliche Vergaben für Geräte einer Senkgrube**

Aus baurechtlicher Sicht ist zudem festzustellen, dass bis 31. Dezember 1996 keine Anschlussverpflichtung der Parzelle an den zu diesem Zeitpunkt bereits an die Grenze dieser Parzelle herangeführten der Hauptkanalstrang bestand (vgl § 56 Abs 2 NÖ BauO 1976). Mit 1. Jänner 1997 ist jedoch die Niederösterreichische Bauordnung 1996, LGBl 8200-3, in Kraft getreten.

Ihr § 62 Abs. 2 lautet auszugsweise:

„Die auf einer Liegenschaft anfallenden Schmutzwässer sind, wenn eine Anschlussmöglichkeit besteht, in den öffentlichen Kanal abzuleiten. Ist keine Anschlussmöglichkeit vorhanden, sind die Schmutzwässer in eine Senkgrube zu leiten oder über eine wasserrechtlich genehmigte Kläranlage in unschädlicher Weise abzuleiten“.

In diesem Zusammenhang hat der Verwaltungsgerichtshof (mit Erkenntnis vom 25.1.2000, 99/05/000224, bestätigt zuletzt mit Erkenntnis vom 3.7.2001, 2000/05/0035) erkannt, dass durch die Neuregelung über die Wasserentsorgung in § 62 Abs. 2 NÖ BauO 1996 die in § 56 Abs. 2 NÖ BauO 1976 enthalten gewesenen Ausnahmebestimmungen über die Kanalanschlussver-

**Neue Rechtslage verpflichtet zum Kanalanschluss**

pflichtung entfallen sind und damit mit Inkrafttreten der NÖ BauO 1996 eine wesentliche Änderung der Rechtslage bezüglich der Kanalanschlussverpflichtung eingetreten ist.

Die VA hat nun den Bürgermeister der Marktgemeinde Sollenau darauf hinzuweisen, dass die Kanalanschlussverpflichtung auch für jene bestehenden Gebäude gilt, deren Schmutzwässer derzeit in eine Senkgrube entsorgt werden. Da sämtliche auf einer Liegenschaft anfallenden Schmutzwässer in den öffentlichen Kanal abzuleiten sind, kommt es auch weder auf die Bezeichnung des Objektes als „Betriebswohnhaus“ noch auf die Widmung des Grundstückes als „Bauland-Industriegebiet“ an.

Entfallen sind zudem die früheren Ausnahmen vom Kanalanschlusszwang bei mehr als 50 m Länge des Anschlusskanals; ebenso der Dispens von einer Anschlussverpflichtung im Falle der Notwendigkeit eines Pumpvorganges. Beide Ausnahmen wurden – wie auch in der Kommentarliteratur (*Hauer/Zaussinger*, Niederösterreichisches Baurecht, 6. Auflage [2001] Anm 3 zu § 62 BO) nachlesbar – „nicht in die NÖ BauO 1996 übernommen“. Wörtlich heißt es in diesem Zusammenhang: „Es müssen gesteigerte Anstrengungen zur Wiederherstellung der Trinkwasserqualität des Grundwassers unternommen werden“.

Hinzu kommt, dass das gegenständliche Objekt im Grundwasserschongebiet der "Triesting-Piesting-Platte" liegt (vgl §§ 1 ff Verordnung des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 19. April 1983, LGBl 6900/56-0).

Auf Grund der vorstehenden Ausführungen legt die VA daher dem Bürgermeister der Marktgemeinde Sollenau **dringend nahe**, dem Eigentümer der Liegenschaft, bescheidförmig die ordnungsgemäße Entsorgung der auf seiner Liegenschaft anfallenden Schmutzwässer in den öffentlichen Kanal aufzutragen. Dass eine Anschlussmöglichkeit besteht, steht außer Streit. Wirtschaftliche Erwägungen, wie die Kosten für das Unterfahren von 3 Eisenbahngleisen spielen bei der Vollziehung des § 62 NÖ BauO 1996 keine Rolle. Im Übrigen verweist die VA darauf, dass bereits auf der Liegenschaft .., KG Sollenau, situierte Gebäude an den Kanal angeschlossen sind, und dabei Eisenbahngleise unterfahren werden mussten.

**Anregung der VA**

Auf Grund der vorstehenden Ausführungen war der **Beschwerde** der Frau N.N. **Berechtigung** zuzuerkennen. Nachzutragen ist, dass der Bürgermeister der Marktgemeinde Sollenau am 19. August 2002 bescheidförmig die Kanalanschlussverpflichtung verfügte. Weitere Veranlassungen der VA waren damit nicht von Nöten.

**Anregung entsprochen**

## 7.2.12 Fehlen der schriftlichen Ausfertigung eines Berufungsbescheides, Kanalanschlusspflicht – Marktgemeinde Großweikersdorf

VA NÖ/8-BT/03, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-46/115-2003

Die Eheleute N.N. führten darüber Beschwerde, dass der Gemeinderat der Marktgemeinde Großweikersdorf nicht über ihre Berufung gegen den Bescheid des Bürgermeisters vom 25. Jänner 1999 entschieden habe. Mit diesem Bescheid sei ihnen der Anschluss an den in der G-Straße neu verlegten Mischwasserkanal aufgetragen worden.

**Säumnis der Prüfungsbehörde**

Das Prüfverfahren führte zu folgendem Ergebnis:

Die Beschwerdeführer begründeten ihre Berufung im Wesentlichen damit, dass ein Kanalanschluss in der südlich angrenzenden, ca. 88 m von ihrem Wohnhaus entfernten G-Straße wesentlich höhere Kosten verursachen würde, als ein Anschluss in der nördlich angrenzenden, nur ca. 5 m entfernten D-Straße. Derzeit sei die nächste Anschlussmöglichkeit in der D-Straße allerdings ca. 108 m entfernt, weil der Kanal noch nicht bis vor ihr Grundstück verlegt sei. Die Behörde möge ihnen daher erst nach Fertigstellung des Kanals in der D-Straße den Anschluss auftragen.

In seiner Sitzung am 23. Februar 1999 fasste der Gemeinderat einstimmig den Beschluss, der Berufung stattzugeben und keine Anschlusspflicht auszusprechen. Die Fäkalien seien jedoch nachweislich in die Kläranlage zu verbringen. Der Bürgermeister führte in seiner Stellungnahme an die VA aus, dass den Beschwerdeführern der Inhalt des Gemeinderatsbeschlusses „*anlässlich verschiedener Vorsprachen zur Kenntnis gebracht*“ worden sei, worüber aber keine Aktenvermerke existieren. Da dem Antrag vollinhaltlich stattgegeben wurde, habe die Gemeinde auf eine schriftliche Bescheiderlassung verzichtet.

**Kein schriftlicher Bescheid überlassen**

Da der tiefste Punkt des Geländes in der G-Straße liege, sei ein Kanalanschluss an dieser Stelle technisch kein Problem und auch wirtschaftlich vertretbar. Angesichts der Pflicht zur Entsorgung in die kommunale Kläranlage, sei die Einleitung in die (baubehördlich bewilligte) Senkgrube der Beschwerdeführer nur eine vorübergehende Alternative.

Nach dem Einschreiten der VA wurde den Beschwerdeführern am 2. Mai 2003 ein nicht datierter schriftlicher Bescheid zugestellt, mit dem der Gemeinderat ihrer Berufung stattgab und die Anschlusspflicht an den Kanal in der G-Straße aufhob. Die Bescheidbegründung enthält die Auflage, dass die Fäkalien nachweislich in die Kläranlage einzubringen sind.

**Undatierter bescheid nachträglich zugestellt**

Die VA hält dazu fest:

Nach § 67 AVG gilt der III. Teil dieses Gesetzes auch für Bescheide der Berufungsbehörde. Der Spruch ist jedoch auch dann zu begründen, wenn dem Berufungsantrag stattgegeben wird. Inhalt und Verkündung eines mündlichen Bescheides sind nach § 62 Abs. 2 AVG in einer besonderen Niederschrift zu beurkunden. Wird die mündliche Verkündung nur in einem Aktenvermerk festgehalten, liegt kein rechtswirksamer Bescheid vor (VwSlg 3617/A; VwGH 11.2.1993, 92/06/0244).

Selbst im Fall einer mündlichen Bescheidverkündung ist zufolge § 62 Abs. 3 AVG jenen Parteien eine schriftliche Ausfertigung zuzustellen, die dies spätestens drei Tage nach der mündlichen Verkündung verlangen. Der Umstand, dass dem Antrag der Beschwerdeführer vollinhaltlich stattgegeben wurde, gab dem Gemeinderat daher nicht das Recht, auf eine schriftliche Bescheiderrlassung zu verzichten.

Lässt der Spruch eines Bescheides für sich allein keine Zweifel an seinem Inhalt aufkommen (hier: Aufhebung des erstinstanzlichen Bescheides), kann die Begründung nicht als Auslegungsbehelf für den Inhalt des Spruches herangezogen werden (vgl. VwGH 12.3.1990, 90/19/0131; 22.4.1994, 93/02/0283; 16.11.1994, 92/12/0118). Rechtsverbindlich ist grundsätzlich nur der Spruch eines Bescheides. Davon abgesehen ergibt die Vorschreibung einer Auflage im Fall der ersatzlosen Bescheidbehebung keinen Sinn, weil es sich bei Auflagen um pflichtenbegründende Nebenbestimmungen handelt, die nicht unabhängig von einem Bescheid existieren können. Wenn die Berufungsbehörde daher die Einbringung von Fäkalien in die Kläranlage hätte vorschreiben wollen, so hätte sie den erstinstanzlichen Bescheid im Spruch entsprechend abändern müssen (§ 66 Abs. 4 AVG).

**Bescheid fehlerhaft**

Was die Kanalanschlusspflicht selbst betrifft, hat der VfGH die noch nach der früheren Rechtslage (§ 62 Abs. 2 NÖ BO 1996 idF LGBl 8200-3) vorgesehene ausnahmslose Anschlusspflicht u.a. mangels entsprechender Berücksichtigung von Einzelinteressen (Vorhandensein einer ausreichenden privaten Abwasserbeseitigung) als unsachlich und unverhältnismäßig aufgehoben (Erkenntnis vom 12.6.2002, G 322/01 u.a. bbl 2002, 202). Nach der novellierten Fassung (§ 62 Abs. 2 NÖ BO 1996, LGBl 8200-11, in Kraft seit 1. Mai 2003) sind die auf einer Liegenschaft anfallenden Schmutzwässer, wenn eine Anschlussmöglichkeit besteht, zwar grundsätzlich in den öffentlichen Kanal abzuleiten, doch besteht eine Ausnahme, wenn die Schmutzwässer über eine Kläranlage entsorgt werden, für die eine wasserrechtliche Bewilligung erteilt wurde oder als erteilt gilt. In eine Senkgrube oder wasserrechtlich bewilligte Kläranlage dürfen die Schmutzwässer aber nur dann abgeleitet werden, wenn ein Anschluss an den öffentlichen Kanal nicht möglich ist.

Die vorliegende Beschwerde war also nur insofern **berechtigt**, als den Eheleuten N.N. erst am 2. Mai 2003 der schriftliche Berufungsbescheid (erstinstanzlicher Bescheid vom 25. Jänner 1999) zugestellt wurde.

### **7.2.13 Baueinstellungsauftrag wegen Grenzüberbau, Rechtsqualität eines Auftrags zur Durchführung von Sicherungsmaßnahmen an einem Presshaus bzw. Weinkeller, Verletzung des Rechtsstaatsprinzips – Markt-gemeinde Pillichsdorf**

VA NÖ/207-BT/03, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-46/070-2003

N.N. führte darüber Beschwerde, dass er die ihm vom Bürgermeister der Marktgemeinde Pillichsdorf erteilte Baubewilligung für die Instandsetzung von zwei Presshäusern bzw. Weinkellern vom 15. Mai 2001 nicht ausnutzen könne, weil er durch den Baueinstellungsauftrag vom 21. August 2001 daran gehindert sei. Am 11. April 2003 habe ihm die Behörde einen Auftrag zur Durchführung von Sicherungsmaßnahmen erteilt, der weder als Bescheid bezeichnet sei noch eine Rechtsmittelbelehrung enthalte. Er habe es daher versäumt, dagegen die Berufung einzubringen.

Das Prüfverfahren führte zu folgendem Ergebnis:

#### 1. Zum Baueinstellungsauftrag:

Mit Bescheid vom 15. Mai 2001 erteilte der Bürgermeister dem Beschwerdeführer die Baubewilligung zur Instandsetzung der zwei bestehenden Presshäuser bzw. Weinkeller. Auf Grund der Anzeige eines Nachbarn, wonach die Grundgrenze überbaut worden sei, führte die Behörde eine Überprüfung durch. Dabei stellte sie fest, dass die nordöstliche Ecke der Kellerdecke ca. 25 cm ins Nachbargrundstück vorspringt. Mit Bescheid vom 21. August 2001 untersagte der Bürgermeister die vom Konsens abweichende Bauführung.

Auf Grund der von N.N. dagegen eingebrachten Berufung führte die Behörde einen weiteren Ortsaugenschein durch, bei dem der Amtssachverständige erklärte, dass die Baueinstellung im Fall einer Einigung über den Verlauf der Grundgrenze aufgehoben werden könnte.

Der Gemeindevorstand gab der Berufung mit Bescheid vom 29. November 2001 keine Folge. Der Spruch stimmte allerdings mit der Begründung, nach der lediglich die Weiterführung der Bauarbeiten im Bereich der Gebäudeecke untersagt wird, nicht überein. Lässt der Spruch eines Bescheides für

sich allein keine Zweifel an seinem Inhalt aufkommen, kann die Begründung nicht als Auslegungsbehelf für den Inhalt des Spruches herangezogen werden (vgl. VwGH 12.3.1990, 90/19/0131; 22.4.1994, 93/02/0283; 16.11.1994, 92/12/0118).

Obwohl eine neue Vermessungsurkunde vom 15. Jänner 2002 die Bauführung auf Eigengrund annahm, befasste sich der Gemeindevorstand nicht mit einer amtswegigen Aufhebung des Baueinstellungsauftrags (§ 68 Abs. 2 AVG).

## 2. Zu den Sofortmaßnahmen:

Das beschwerdegegenständliche Schreiben des Bürgermeisters vom 11. April 2003 lautete:

*„Die Baubehörde erteilt Ihnen zum Schutz von Personen und Sachen den **sofortigen Auftrag, Sicherungsmaßnahmen** bei Ihrem Bauwerk ... **durchzuführen**.*

*Die Sicherungsmaßnahmen beim genannten Objekt sind - **da Gefahr im Verzug besteht** - sofort von Ihnen durchzuführen bzw. zu veranlassen.“*

Das Schreiben war nicht als Bescheid bezeichnet und enthielt auch keine Rechtsmittelbelehrung. Welche Sicherungsmaßnahmen konkret durchzuführen sind, wurde nicht angeführt. Es war lediglich der Text des § 36 NÖ BO 1996 wiedergegeben. Die dem Akt beigegebenen Farbfotos zeigten die größtenteils unverputzte straßenseitige Außenmauer, vor der Ziegel und Bauschutt lagerten. Dass es sich dabei um heruntergefallene Gebäudeteile handelt, war nicht erkennbar.

N.N. brachte gegen den Auftrag vom 11. April 2003 kein Rechtsmittel ein, sondern teilte der Behörde mit Schreiben vom 5. Mai 2003 mit, dass er die seit längerem anstehenden Sanierungsarbeiten wie geplant durchführen werde.

Nach § 36 NÖ BO 1996 hat die Baubehörde bei Gefahr im Verzug die unbedingt notwendigen Sicherungsmaßnahmen auch ohne Anhörung auf Gefahr und Kosten des Eigentümers eines Bauwerks anzuordnen. Der VwGH hat das Wesen der Notstandspolizei in ständiger Rechtsprechung (vgl. VwSlg. 3699/A) so beschrieben, dass die Behörde ohne Wahrung des Parteienghörs und ohne Erlassung eines Bescheides zur Erreichung eines bestimmten Zustands Zwang anwendet. Hierbei muss das Handeln der Behörde durch eine unmittelbar drohende Gefahr ausgelöst werden und die Gefahrenbeseitigung so dringend sein, dass keine Zeit mehr bleibt, um den vom Eingriff bedrohten Eigentümer anzuhören, ihm durch Bescheid einen Auftrag zu erteilen und diesen Bescheid unter Einhaltung der Verfahrensvorschriften zu vollstrecken. Maßnahmen, die losgelöst von einer akuten Gefahrensituation –

etwa auf die Erhaltung eines Gebäudes – auf längere Sicht gerichtet sind, haben in der erwähnten Rechtsvorschrift somit keine Grundlage.

Es entspricht dem Sinn und Zweck behördlicher Sofortmaßnahmen, bei Gefahr im Verzug umgehend einen gewerbe-rechtlich Befugten damit zu beauftragen, das Baugebrechen zu beheben oder Sicherungsmaßnahmen vorzunehmen (vgl. § 36 Abs. 2 und 3 leg. cit.). Daneben bleibt es der Behörde unbenommen, den Bauwerkseigentümer von der Durchführung einer notstandspolizeilichen Maßnahme schriftlich zu verständigen (vgl. VwGH 17.2.1954, 1408/52), wobei diese Verständigung freilich keine Bescheidqualität hat.

Da es sich beim erwähnten Schreiben vom 11. April 2003 nicht um eine bloße Mitteilung, sondern um eine normative Anordnung handelte, stellte sich die Frage, ob die Behörde nicht in Wahrheit einen Mandatsbescheid (§ 57 AVG) zur Durchführung von Sicherungsmaßnahmen (§ 35 Abs. 1 NÖ BO 1996) bzw. allenfalls zur Behebung eines Baugebrechens (§ 33 Abs. 2 leg. cit.) erlassen wollte. In diesem Fall hätte sie ihre Erledigung allerdings als Bescheid bezeichnen und eine Rechtsmittelbelehrung beisetzen müssen. Zwar kommt es für die Qualifikation als Mandatsbescheid nicht auf die ausdrückliche Nennung des § 57 AVG oder die Bezeichnung als „Mandatsbescheid“ an, doch muss die Behörde unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass sie von dieser Möglichkeit Gebrauch macht (VwGH 17.12.1986, 86/11/9142; 3.11.1987, 87/04/0077; 30.10.1990, 90/04/0117 u.a.). Davon abgesehen war der Spruch nicht ausreichend konkretisiert, um einer Vollstreckung zugänglich zu sein (vgl. VwGH 13.12.1984, 84/06/0193 u.a.).

Im konkreten Fall konnte N.N. nicht erkennen, ob ihm gegen die erwähnte Erledigung eine Beschwerde an den UVS, eine Vorstellung beim Bürgermeister oder eine Berufung an den Gemeindevorstand zusteht. Lässt eine Erledigung aber nicht erkennen, welche Rechtsschutzmöglichkeiten gegen sie bestehen, wird nach Ansicht der VA das Rechtsstaatsprinzip verletzt.

**Keine Rechtsschutz-möglichkeit eingeräumt**

Angesichts des dargelegten Prüfergebnisses ersuchte die VA den Bürgermeister der Marktgemeinde Pillichsdorf um Mitteilung, ob der Baueinstellungsauftrag vom 21. August 2001 von Amts wegen aufgehoben wurde, und ob N.N. zwischenzeitig die notwendigen Sanierungsarbeiten selbst durchgeführt hat.

Mit Schreiben vom 3. September 2003 berichtete der Bürgermeister, dass die Behörde mit Bescheid vom 7. Juli 2003 einen Auftrag zur Ergreifung von Sofortmaßnahmen erteilt habe. N.N. habe die baulichen Mängel daraufhin sofort behoben. Am 22. August

2003 sei wegen Überschreitung der bewilligten Gebäudehöhe die Baueinstellung verfügt, und dem Beschwerdeführer zur Einbringung eines nachträglichen Bauansuchens eine Frist bis zum 30. September 2003 gesetzt worden. Für einen konsenslos errichteten Holzzubau sei am 24. August 2003 ein Beseitigungsauftrag ergangen. Hinsichtlich der Gebäudeecke im Bereich der Grundstücksgrenze habe die Behörde am 29. August 2003 einen Beseitigungsauftrag erteilt.

#### **7.2.14 Unterlassen eines Vollstreckungsersuchens; Fehlende Benützungsbewilligung für einen Bohrbrunnen – Stadtgemeinde Pöchlarn**

VA NÖ/115-BT/00, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-20/065-99

N.N. wandten sich an die VA und brachten vor, dass ihre eigene Wasserversorgung durch die Benützung bzw. den Zustand eines benachbarten Schachtbrunnens bzw. eines Bohrbrunnens beeinträchtigt werde.

Die VA stellte im Zuge des Prüfverfahrens Folgendes fest:

Mit Bescheid des Gemeinderates der Stadtgemeinde Pöchlarn vom 7. April 2000 (richtig: 7. April 2001) wurde den Nachbarn der Beschwerdeführer vorgeschrieben, die Dichtheit der Fugen zwischen den Brunnenringen eines Schachtbrunnens binnen einer bestimmten Frist herzustellen und durch eine befugte Fachfirma nachzuweisen.

**Dichtungsnachweis verlangt**

Dieser Bescheid erwuchs in Rechtskraft.

Von der Erfüllung dieser Auflage überzeugte sich die Baubehörde zwar mittels eines „Augenscheins“, forderte aber zunächst den auflagengemäßen Nachweis einer befugten Fachfirma nicht ein.

Erst im Zuge des Prüfverfahrens und nach Aufforderung durch die Bezirkshauptmannschaft Melk bzw. die NÖ Landesregierung wurde das Vollstreckungsersuchen im Dezember 2002 an die Bezirkshauptmannschaft Melk gerichtet.

**Säumnis bei Durchsetzung**

Diese Säumnis der Stadtgemeinde Pöchlarn war im gegenständlichen Fall zu **beanstanden**.

Weiters war zu beanstanden, dass die Baubehörde die Benützung eines Bohrbrunnens duldete, ohne dass die im Baubewilligungsbescheid nach den Bestimmungen der NÖ Bauordnung 1976 geforderte Benützungsbewilligung vorlag. Da hier eine Fertigstellungsanzeige im Sinne der inzwischen in Kraft getretenen NÖ Bauordnung 1996 nachgereicht wurde, waren von der VA weitere Veranlassungen nicht zu treffen.

### **7.2.15 Säumnis mit der Erteilung eines Abbruchauftrages für konsenslos im Grünland-Grüngürtel errichtete Blechgaragen – Stadtgemeinde Baden**

VA NÖ 354-BT/01, Stadtgemeinde Baden BES-9009-1999  
Amt der NÖ LReg LAD1-BI-38/033-2002

N.N. führte darüber Beschwerde, dass die Baubehörde der Stadtgemeinde Baden trotz seiner Eingabe vom 16. Juli 1999 auch im Jänner 2002 noch keinen Auftrag zum Abbruch der auf der benachbarten Liegenschaft konsenslos im Grünland-Grüngürtel errichteten Blechgaragen erteilt habe.

Die Beschwerde war aus folgenden Gründen **berechtigt**:

Obwohl bereits bei der auf Grund einer Eingabe des Beschwerdeführers am 11. August 1999 durchgeführten Überprüfung festgestellt worden war, dass für die konsenslos im Grünland-Grüngürtel errichteten Blechgaragen keine Baubewilligung vorlag, erteilte die Baubehörde der Stadtgemeinde Baden erst mit Bescheid vom 7. Februar 2002 den Auftrag zur Entfernung der fraglichen Blechgaragen (§ 35 Abs. 2 Z 3 NÖ BO 1996).

Selbst wenn der Beschwerdeführer – wie in der Stellungnahme der Stadtgemeinde Baden an die VA vom 9. Jänner 2002 ausgeführt - die Behörde mündlich darum ersucht haben sollte, das Verfahren wegen allfälliger Einwendungen des Nachbarn gegen sein eigenes Bauprojekt ruhen zu lassen, enthebt dies die Behörde nicht von ihrer Pflicht zum amtswegigen Einschreiten. Das behördliche Vorgehen unterliegt ja ungeachtet der Geltendmachung etwaiger subjektiv-öffentlicher Nachbarrechte nach § 6 Abs. 1 iVm § 35 NÖ BO 1996 keineswegs der Parteiendisposition.

Mit der Erlassung des erwähnten Abbruchauftrages vom 7. Februar 2002 war der Beschwerdegrund freilich als behoben anzusehen.

### **7.2.16 Säumnis bei Vorgehen gegen konsenslose Baulichkeiten – Magistrat der Landeshauptstadt St. Pölten**

VA NÖ/569-BT/02, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-46/058-2003

Die VA hat der Beschwerde der N.N. wegen Säumnis des Magistrats der Landeshauptstadt St. Pölten in dem Vorgehen gegen konsenslose Baulichkeiten auf Grundstücken in der KG Mühlgang, Berechtigung zuerkannt.

Das volksanwaltschaftliche Prüfverfahren ergab:

Die beschwerdegegenständlichen Liegenschaften stehen im Eigentum des X.X. Mit Bauanzeige vom 27. Mai 2002 brachte X.X. dem Magistrat der Landeshauptstadt St. Pölten, Baupolizei, die beabsichtigte Errichtung eines Carports zur Anzeige. Der Bauanzeige ist nicht zu entnehmen, auf welchem Grundstück das Carport errichtet werden soll. Als Adresse wurde lediglich .. St. Georgen, angegeben. Die Ordnungsnummer wurde durchgestrichen.

**Fehlerhafte Bauanzeige**

Diese Anzeige langte beim Magistrat der Landeshauptstadt St. Pölten am 29. Mai 2002 ein. Den (durchnummerierten) Aktenunterlagen ist nicht zu entnehmen, dass die Baubehörde hierauf im Sinne des § 13 Abs 3 AVG 1991 reagierte.

**Keine Reaktion der Behörde**

Mit Eingabe vom 19. August 2002 wandten sich die Eheleute N.N. an den Magistrat der Landeshauptstadt St. Pölten. Ihre Eingabe ist mit „Ansuchen auf Parteistellung“ übertitelt. Inhaltlich wandten sich die Beschwerdeführer gegen einen direkt entlang ihrer Grundstücksgrenze errichteten „Holzschuppen“ mit „4 sehr großen Fenstern“. Diese Baulichkeit stehe nicht mit der BautechnikVO im Einklang, sodass deren Abtragung begehrt werde. In einer weiteren Eingabe vom 21. August 2002 präzisierten die Beschwerdeführer ihr Vorbringen.

Mit Eingabe vom 20. August 2002 wandte sich ein weiterer Anrainer an die Baupolizei. Er bemängelte, dass direkt an seiner Grundstücksgrenze ein Garagengebäude bis auf eine Höhe von 1,50 m abgetragen worden sei und darauf in einer Höhe von insgesamt 3,50 eine überdachte, an zwei Seiten offene und an zwei Seiten geschlossene Terrasse errichtet würde.

Beide Eingaben wurden durch Lichtbilder belegt.

Am 21. August 2002 unterzog der zuständige Sachbearbeiter des Magistrats der Landeshauptstadt St. Pölten, Baupolizei, die Parzellen einer Überprüfung. Bereits aus dem hierüber aufgenommenen Aktenvermerk vom 21. August 2002 ergibt sich, dass die Baulichkeiten weder den brandschutztechnischen Vorschriften entsprechen, noch in ihrer Ausführung durch eine Bauanzeige zur Kenntnis genommen werden können. Mit dem Eigentümer der Baulichkeiten wurde noch am selben Tag „als Frist für die Vorlage aller Unterlagen“ ein Zeitraum bis längstens „1. Oktober 2002 vereinbart“. Sodann heißt es: „Nach Vorlage der Unterlagen wird eine Verhandlung unter Beiziehung der Nachbarn durchgeführt; ebenso anschließend eine baupolizeiliche Überprüfung“. Dem Akt ist nicht zu entnehmen, dass im August 2002 baupolizeiliche Schritte erfolgten.

**Bauanzeige nicht ausreichend**

Nach ungenutztem Auslaufen der „vereinbarten“ Frist, wurde vom Magistrat der Landeshauptstadt St. Pölten für den 23. Oktober 2002 eine baubehördliche Überprüfung anberaumt. Zu ihr wurden

**Zufahrt verbaut**

auch die Beschwerdeführer geladen. Anlässlich dieses Lokalau-genscheines musste der bautechnische Sachverständige fest-stellen, dass die Fahnenzufahrt zur Liegenschaft, es ist dies der beschwerdegegenständliche Bereich, „mit einem Gebäude ver-baut (wurde) und dies rechtlich nicht zulässig“ ist. Festgehalten findet man in diesem Zusammenhang auch: „Die vorhandenen Nebengebäude in diesem Bereich weisen keinen erforderlichen Brandschutz auf; dies gilt auch für den Abstellraum direkt an der Containeranlage“.

Bezüglich der Ableitung von Oberflächenwässern musste der bautechnische Sachverständige feststellen: „An der seitlichen Grundstücksgrenze ist eine Hängerinne vorhanden und liegt diese augenscheinlich zum Teil bereits auf Nachbargrund“. Diese Fest-stellung wurde von X.X. bestritten.

Erst nach weiteren Eingaben der Beschwerdeführer vom 8. Jänner 2003 und 16. Jänner 2003, in denen noch einmal auf die Brandgefahr hingewiesen wurde, erließ die Behörde einen feuerpolizeilichen Auftrag. Dieser wurde dem Pächter im Februar 2003 und dem Grundeigentümer Anfang März 2003 zugestellt. Mit ihm werden die Bescheidadressaten verpflichtet, die auf den Grundstücken vorgefundenen brennbaren Flüssigkeiten sowie eingestellten ein- und zweispurigen Kraftfahrzeuge binnen fünf Tagen ab Erhalt dieses Bescheid ersatzlos zu entfernen. Dem Spruch des Bescheides ist nicht zu entnehmen, dass einer allfällig dagegen eingebrachten Berufung aufschiebende Wirkung aber-kannt wurde. Dieser Bescheid ist dem vorliegenden Bericht zufol-ge in Rechtskraft erwachsen.

**Später feuerpolizeili-cher Auftrag**

Hingegen wurde gegen einen baupolizeilichen Auftrag vom 6. Februar 2003 fristgerecht berufen. Der Zustellverfügung ist nicht zu entnehmen, dass dieser Bescheid den Beschwerdeführern zugestellt wurde. Die Berufung wurde mit Bescheid des Stadtse-nates der Landeshauptstadt St. Pölten vom 28. April 2003 als un-begründet abgewiesen. Nach dem vorliegenden Informations-stand ist dieser Bescheid in Rechtskraft erwachsen.

**Baupolizeilicher Auf-trag**

Ergänzenden Angaben des Magistrats zufolge erwies sich die Einleitung vollstreckungsrechtlicher Schritte als nicht erforderlich, zumal der nicht nachträglich bewilligungsfähige Teil der Baulich-keiten zwischenzeitig entfernt worden sein soll. Der verbliebene bauliche Ist-Zustand ist Gegenstand eines nachträglichen Bewilli-gungsverfahrens.

Die Durchsicht der vorliegenden Unterlagen gibt mehrfach zu Kri-tik Anlass:

Unklar ist zunächst, wie sich die Behörde mit der am 29. Mai 2002 eingereichten „Bauanzeige“ begnügen konnte. Nicht nachvollzieh-bar ist, wie diese „Skizze“ zur Beurteilung des Vorhabens im Sin-

**Planskizze ausrei-chend?**

ne des § 15 Abs. 2 NÖ BauO 1996 ausreichen soll. Eine Beschreibung des Vorhabens fehlt. Da weder jene Parzelle eingetragen ist, auf der das Vorhaben zur Errichtung gelangen soll, noch sich aus der Skizze ergibt, ob das Carport in Nähe eines Nachbargrundstückes zur Errichtung gelangen soll, ist der VA auch nicht nachvollziehbar, wie diese Anzeige nach § 15 Abs. 3 und 4 NÖ BauO 1996 in Beurteilung genommen werden konnte.

Ebenso wenig nachvollziehbar ist, wie am 21. August 2002 **trotz** des festgestellten Fehlens eines Brandschutzes „Vereinbarungen“ mit dem Bauwerber getroffen werden konnten, Einreichunterlagen einzubringen. Vielmehr hätte die Behörde ab Kenntnis dieser Gefahrenmomente umgehend bescheidmäßige Veranlassungen im Sinne des § 35 Abs. 2 Ziff. 3 NÖ BauO 1996 zu treffen gehabt.

**“Vereinbarungen“  
über fehlenden  
Brandschutz**

Der VA ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb in beiden Bescheiden ein Ausspruch im Sinne des § 64 Abs. 2 AVG unterblieb. Insbesondere vermisst die VA im Hinblick darauf, dass die Fahnenzufahrt zur Liegenschaft mit einem Gebäude verbaut wurde, welches rechtlich nicht zulässig ist, und in diesem Bereich **keine** erforderlichen Brandschutzmaßnahmen vorhanden sind, aktenkundige Feststellungen, die es ausschließen lassen, dass eine vorzeitige Vollstreckung wegen Gefahr in Verzug dringend geboten ist.

**Kein Ausschluss der  
aufschiebenden Wirkung  
der Berufung**

Letztlich hat es die Behörde verabsäumt, den Eheleuten N.N., obwohl diese mit Schreiben vom 19. August 2002 ihre Nachbarrechte im Sinne des § 6 Abs. 1 angemeldet haben, den baupolizeilichen Bescheid zuzustellen.

**Keine Bescheidzu-  
stellung an Nachbarn**

Was die am 15. Oktober 2002 beantragte baubehördliche Bewilligung für die Aufstellung einer Container- und Holzriegelbauanlage auf dem Grundstück betrifft, ist eine Überschreitung der Entscheidungsfrist gemäß § 5 Abs. 3 NÖ BauO festzustellen. Auch hat die Behörde, obwohl Anrainer nach Erhalt der „Mitteilung“ nach § 22 Abs. 1 NÖ BauO 1996 Einwendungen erhoben haben, den Baubewilligungsbescheid erlassen ohne über die(se) Einwendungen abzusprechen.

Außer Streit steht, dass über die Eingaben der Anrainer bescheidförmig zu erkennen ist. Soweit die Behörde jedoch meint, über diese Eingaben durch Erlassen eines Feststellungsbescheides erledigen zu können, ist ihr entgegenzuhalten, dass sie für den Fall, dass (auch nur) einem Einschreiter die Parteistellung zuzuerkennen ist, ihm danach die Durchsetzung seiner Rechte nicht mehr möglich ist. Denn in einem nachträglich abgeführten vereinfachten Bewilligungsverfahren können Einwendungen gemäß § 22 Abs 1 iVm § 22 Abs 3 nur bis zur formellen Rechtskraft des Bescheides erhoben werden. Aus diesem Grund sehen daher die Gesetzesmaterialien zu § 22 Abs 1 (auszugsweise wiedergegeben bei *Liehr/Riegler*, Niederösterreichische Bauordnung 1996

**Nachbarn wurden  
übergangen**

[2001] 101 f) vor, dass über Einwendungen, die nach Zustellung der Mitteilung erhoben werden, „in der Baubewilligung zu entscheiden ist“. Dies hat die Behörde verabsäumt. Sie hat damit die Einschreiter übergangen. Nach Sicht der VA bleibt daher nur mehr der Weg – im Sinne des Ausschussberichtes zu § 22 – den Einschreibern den Bewilligungsbescheid zuzustellen und ihnen (dadurch) die Möglichkeit der Berufung gegen die Sachentscheidung zu eröffnen.

Dem Ersuchen der VA um Zustellung des Bescheides an die Einschreiter hat der Magistrat der Stadt St. Pölten binnen Wochenfrist Rechnung getragen. Den Beschwerdeführern wurde so die Möglichkeit eröffnet, ihre Rechte im Wege einer Berufung entsprechend zu wahren. Aufgrund der damit erfolgten Behebung des Beschwerdegrundes waren weitere Veranlassungen nicht erforderlich. Aus den vorstehenden Gründen erwies sich dies **Beschwerde** als **berechtigt**.

### **7.2.17 Verzögerungen bei der Vollstreckung eines baupolizeilichen Auftrages – Stadtgemeinde Gloggnitz**

VA NÖ/613-BT/02, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-20/013-99

N.N. wandte sich an die VA und brachte vor, dass dem Nachbarn der baupolizeiliche Auftrag zum Abbruch eines konsenslosen Zubaus bei einem Nebengebäude erteilt worden sei. Dieser Auftrag sei in Rechtskraft erwachsen, werde aber nicht vollstreckt.

Die VA stellte im Zuge des Prüfverfahrens fest, dass der Gemeinderat der Stadtgemeinde Gloggnitz die Berufung des Verpflichteten gegen den gegenständlichen baupolizeilichen Auftrag mit Bescheid vom 17. Dezember 1999 abwies.

Dieser Bescheid erwuchs daher in Rechtskraft.

Nach der NÖ Gemeindeordnung hätte nun ein Ersuchen um Vollstreckung dieses Bescheides an die Bezirksverwaltungsbehörde ergehen müssen.

**Vollstreckungsersuchen unterlassen**

Dies wurde aber unterlassen, ohne dass dafür eine stichhaltige Begründung vorgebracht werden konnte.

Erst am 20. September 2002 wurde in der gegenständlichen Angelegenheit ein nachträgliches Baubewilligungsansuchen eingebracht, welches nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die Vollstreckung des gegenständlichen baupolizeilichen Auftrages aufschiebt.

Dass von der Stadtgemeinde Gloggnitz bis zu diesem Zeitpunkt kein Vollstreckungsersuchen bei der Bezirksverwaltungsbehörde eingebracht wurde, war von der VA zu **beanstanden**.

Auf Grund der Anhängigkeit des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens waren weitere Veranlassungen nicht zu treffen.

### **7.2.18 Verzögerte Vorgangsweise der Baubehörde – Gemeinde Bad Schönau**

NÖ/161-BT/03, Kurgemeinde Bad Schönau B2/72 und 10/01

Herr N.N. wandte sich im Zusammenhang mit einer seinen Anrainern mit Bescheid der Kurgemeinde Bad Schönau am 29. März 1974 erteilten Benützungsbewilligung für das auf dem Grundstück errichtete Bauwerk an die VA. Die Benützungsbewilligung sei unter der auflösenden Bedingung erteilt worden, dass die „Entfernung der Böschung bis zu einem Abstand von 3 m“ durchgeführt werde.

Obwohl der Bescheid in Rechtskraft erwachsen ist, seien behördlicherseits keine Veranlassungen zur Herstellung des vorgeschriebenen Zustandes getroffen worden, sodass der Beschwerdeführer letztlich mit Schreiben vom 9. April 2001 die Baubehörde auf die Nichterfüllung der Bedingung aufmerksam gemacht hat.

Nach Einholung einer Stellungnahme wird der Beschwerde insofern Berechtigung zuerkannt, als die zögernde Vorgangsweise zu kritisieren ist. Mit Bescheid vom 29. März 1974 wurde den Anrainern gemäß § 111 der Niederösterreichischen Bauordnung 1969 die Benützungsbewilligung für die auf dem Grundstück errichtete Fremdenpension unter der auflösenden Bedingung erteilt, dass „die Entfernung der Böschung bis zu einem Abstand von drei Metern“ durchgeführt wird. Erst nach Einleitung des Prüfverfahrens wurde der Anrainer von der Behörde zur Herstellung des vorgeschriebenen Zustandes in Bezug auf die Niveauverhältnisse verhalten. Laut Mitteilung der Kurgemeinde Bad Schönau vom 11. September 2003 hat der Anrainer eine Fertigstellungsanzeige betreffend die Umsetzung der Vorschriften im Benützungsbewilligungsbescheid erst am 26.08.2003 vorgelegt.

Die zögernde Vorgangsweise der Behörde, bzw. die Verfahrensdauer erscheint nicht mehr als „angemessen“ im Sinne von Art.6.Abs.1 EMRK.

**Keine angemessene  
Verfahrensdauer -  
Grundrechtsverletzung**

### **7.2.19 Mangelhaftes baupolizeiliches Verfahren; Zweifelhaftigkeit einer Zustellung durch Hinterlegung - Gemeinde Angern/March**

VA NÖ/198-BT/03, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-46/070-2003

N.N. ist Eigentümer einer Liegenschaft in der KG Mannersdorf. Auf dieser Liegenschaft befindet sich eine Lagerhalle. Auf Grund des Bauzustandes dieser Lagerhalle sowie einer nicht auszuschließenden Einsturzgefahr beraumte die Baubehörde für den 26. April 2002 eine baubehördliche Überprüfung der Lagerhalle an. Die Ladung hiefür datiert mit 17. April 2002. Sie wurde dem Beschwerdeführer an seine Wohnsitzadresse in Saalfelden übersandt. Nach erfolglosem Zustellversuch am 19. April 2002 erfolgte die Hinterlegung beim Postamt 5760. Am 6. Mai 2002 ging die Ladung als nicht behoben an die Baubehörde zurück.

N.N. hat seinen Angaben zufolge seine Hauptwohnsitz seit 14. Jänner 2000 in 5760 Saalfelden am Steinernen Meer begründet. Er hat jedoch auf der Gemeinde Angern bekannt gegeben, dass ihm weiterhin sämtlicher Schriftverkehr an seine „ursprüngliche Adresse“ in 2261 Mannersdorf übersandt werden wolle. Diesem Ersuchen sei die Gemeinde bezüglich allfälliger Lastschriften (Grundsteuer, Müll- und Wassergebühren etc.) bis dato nachgekommen.

Am 23. April 2002 sprach N.N. in einer anderen Angelegenheit beim Gemeindeamt der Marktgemeinde Angern vor. Bei dieser Gelegenheit wurde er von der anberaumten Bauverhandlung in Kenntnis gesetzt. N.N. gab daraufhin bekannt, dass er am 26. April 2002 verhindert sei. Es ist dies in Form eines Aktenvermerks im Bauakt festgehalten. Fest steht, dass N.N. an der am 26. April 2002 abgehaltenen baubehördlichen Überprüfung nicht teilnahm. Anlässlich dieser Überprüfung regte der Sachverständige das Erlassen eines baupolizeilichen Auftrages zum Abbruch der gesamten Lagerhalle und Räumung von den darin befindlichen Gegenständen an. Dieser Anregung hat die Behörde mit Bescheid vom 5. Juni 2002 entsprochen. Auch dieser Bescheid wurde dem Beschwerdeführer an seine Hauptwohnsitzadresse in 5760 Saalfelden übersandt.

Nach erfolglosem Zustellversuch am 3. Juli 2002 erfolgte die Hinterlegung des Schriftstückes. Am 22. Juli 2002 wurde das Schriftstück als nicht behoben an die Marktgemeinde Angern an der March rückübersandt.

In seiner Stellungnahme führte der Bürgermeister der Marktgemeinde Angern an der March aus, dass der Beschwerdeführer „im Dezember 2002“ zu einer Sprechstunde des Bürgermeisters erschien. Dabei sei von dem geschäftsführenden Gemeinderat, X.X.

im Beisein eines Bediensteten der Marktgemeinde Angern an der March der Versuch unternommen worden, N.N. den Bescheid samt der dazugehörigen Niederschrift zu übergeben. Die Übernahme dieser Schriftstücke sei vom Beschwerdeführer verweigert worden.

Festzuhalten ist, dass sich über diesen Vorgang keine Aktennotiz im Bauakt befindet.

Dem Akt liegt weiters ein formloses Schreiben, datiert mit 14. April 2003 inne, in welchem der Beschwerdeführer letztmalig unter Hinweis auf den Bescheid des Bürgermeisters vom 5. Juni 2002 aufgefordert wird, die Lagerhalle zu entfernen, anderenfalls der gegenständliche Akt der Bezirkshauptmannschaft Gänserndorf zur Vollstreckung übermittelt werde.

Der von der Volksanwaltschaft erhobene Sachverhalt eine Reihe von Rechtsfragen auf:

Anzumerken ist zunächst, dass die Bauverhandlung sehr kurzfristig anberaumt wurde. Das Ergebnis der Bauverhandlung hat jedenfalls keine Gefahrenmomente erkennen lassen, die diese Kurzfristigkeit rechtfertigten. Anzumerken ist weiters, dass das Ergebnis der baubehördlichen Überprüfung dem Beschwerdeführer nicht zwecks Wahrung des Parteienghört zur Kenntnis gebracht wurde. Vielmehr wurden Niederschrift und baupolizeiliche Bescheid in einem übersandt. In diesem Zusammenhang erhebt sich die Frage, ob dem Beschwerdeführer der baupolizeiliche Bescheid (ordnungsgemäß) zugestellt wurde. Nur diesfalls entfalte der Bescheid gegenüber Rechtswirkungen. Nur diesfalls ließe sich davon ausgehen, dass Rechtsmittelfristen ungenützt verstrichen wären und nunmehr um Vollstreckung zu ersuchen wäre.

**Kurzfristig anberaumte Bauverhandlung**

Soweit die Marktgemeinde Angern an der March in einem am 14. Mai 2003 ergänzend geführten Telefonat ins Treffen zu führen meinte, dass N.N. lediglich in Saalfelden gemeldet sei, ist eingangs darauf hinzuweisen, dass für die Frage des Vorliegens einer „Abgabestelle“ in § 4 Zustellgesetz nicht der Umstand einer polizeilichen Meldung entscheidet. Vielmehr ist Abgabestelle jener Ort, an dem sich der Empfänger tatsächlich aufhält. Mehrere Abgabestellen im Sinn des § 4 Zustellgesetz stehen in keiner Rangordnung zueinander (OGH 15.4.1993, 1 Ob 510/93). Kommen mehrere Abgabestellen in Betracht, so bleibt die Auswahl der Abgabestelle der Behörde überlassen (VwGH 25.9.1992, 92/09/0053).

Entscheidet sich die Behörde für eine Abgabestelle, und meint sie durch Hinterlegung zustellen zu können, so trifft sie von Amts wegen die Pflicht, festzustellen, ob auch tatsächlich durch Hinterlegung eine Zustellung bewirkt wurde oder ob nicht etwa der Empfänger wegen Abwesenheit von der Abgabestelle nicht rechtzeitig

vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte. Das Risiko, dass infolge Ortsabwesenheit während der Hinterlegungsfrist nicht rechtswirksam zugestellt wurde, trifft die Behörde (VwGH 27.8.1990, 89/15/0193 u.a.).

Im Hinblick auf die Ausführungen des Beschwerdeführers erscheint fraglich, ob der Beschwerdeführer während der Hinterlegungsfrist (es ist dies der Zeitraum zwischen den 3. Juli 2002 und dem 22. Juli 2002) seinen Hauptwohnsitz frequentiert hat.

Zwar könnte hilfsweise davon ausgegangen werden, dass dem Beschwerdeführer anlässlich seiner Vorsprache „im Dezember 2002“ versucht wurde, die Schriftstücke auszufolgen. Der Versuch der Ausfolgung ist jedoch von der Behörde gemäß § 24 vorletzter Satz Zustellgesetz zu beurkunden. Diesbezügliche Anhaltspunkte fehlen – wie einleitend dargetan – dem Akt. Anhand der vorliegenden Stellungnahme wiederum ist zeitlich (mit Ausnahme des Monats) nicht eingrenzbar, wann der Versuch der Ausfolgung erfolgt sein sollte. Auch ermangelt dem Akt eine in diesem Fall nach den § 20 Abs. 1, § 24 zu treffende Verfügung (VwGH 22.6.1994, 93/01/0016).

**Keine Beurkundung  
des Zustellversuches**

Angesichts dieser Umstände erscheint zweifelhaft, ob die Behörde zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit des Bescheides vom 5. Juni 2002 als vorliegend ansehen kann. Die Volksanwaltschaft gibt daher zu bedenken, diese Zweifel durch einen rechtlich einwandfreien Zustellvorgang auszuräumen.

## **7.2.20 Mehrjährige Säumnis der Baubehörde – Gemeinde Gnadendorf**

VA NÖ/411-BT/03

N.N. führte darüber Beschwerde, dass von den benachbarten Schweinestallungen samt Güllegruben vor allem im Sommer unerträgliche Geruchsbelästigungen ausgehen würden. Die Baubehörde habe es jahrelang unterlassen, den gesetzmäßigen Zustand herzustellen. Die vorliegende Beschwerde war aus folgenden Gründen **berechtigt**:

1. Die Baubehörde wies das Ansuchen zur Errichtung des Stallgebäudes vom 7. August 1997 erst mit einem nicht als Bescheid bezeichneten, aber noch innerhalb des Fehlerkalküls der Rechtsordnung gelegenen Schreiben vom 23. Mai 2002, und das gleich lautende Bauansuchen vom 21. September 1999 erst mit Bescheid vom 13. März 2001 zurück, obwohl diese Ansuchen sogleich nach Ablauf der in den Verbesserungsaufträgen (vom 10. Juni und 6. Oktober 1998 bzw. vom 10. November 1999) gesetzten Fristen hätten zurückgewiesen

werden müssen (§ 13 Abs. 3 AVG). Die lange Hängigkeit der Verfahren hatte zur Folge, dass der Auftrag zur Beseitigung des konsenslos errichteten Stallgebäudes vom 22. Dezember 1998 nicht vollstreckt werden konnte.

2. Das identische Bauansuchen vom 5. Mai 1999 wies die Behörde mit einem nicht als Bescheid bezeichneten, aber ebenfalls noch innerhalb des Fehlerkalküls der Rechtsordnung gelegenen Schreiben vom 10. August 1999 zurück. Sie vertrat darin die unhaltbare Auffassung, dass es sich beim eingereichten Projekt wegen des rechtskräftigen Beseitigungsauftrags vom 22. Dezember 1998 um eine entschiedene Sache handle (§ 68 Abs. 1 AVG).
3. Auf Grund des wiederum identischen Ansuchens vom 21. Oktober 2003 ersuchte die Behörde das NÖ Gebietsbauamt um eine Begutachtung aus bau- und agrartechnischer Sicht, anstatt die Vollständigkeit der Einreichunterlagen (§§ 18 und 19 NÖ BO) zu prüfen und gegebenenfalls einen Verbesserungsauftrag zu erteilen (§ 13 Abs. 3 AVG und § 19 Abs. 3 iVm § 20 Abs. 2 NÖ BO) bzw. bei Vollständigkeit der Einreichunterlagen eine Vorprüfung (§ 20 NÖ BO) durchzuführen und den Antragsteller nötigenfalls zu einer Projektsänderung aufzufordern. Die für die Beurteilung notwendigen agrartechnischen und medizinischen Sachverständigen sind erst der Bauverhandlung beizuziehen (§ 21 Abs. 3). Eine solche ist dann durchzuführen, wenn die Vorprüfung zu keiner Abweisung des Antrages führt (§ 21 Abs. 1).
4. Obwohl für die mit Bescheid vom 11. November 1991 bewilligte Güllegrube und den mit Bescheid vom 22. Jänner 1997 bewilligten Schweinestall samt Nebenräumen keine Fertigstellungsanzeigen (§ 30 Abs. 1 und 2 NÖ BO) und insbesondere keine Bescheinigungen des Bauführers über die bewilligungsgemäße Ausführung vorlagen, verabsäumte es die Behörde, eine Überprüfung dieser Bauwerke durchzuführen (§ 30 Abs. 3) und erforderlichenfalls Aufträge zur Behebung von Baugebrechen zu erteilen (§ 33 Abs. 2).

Die VA hält folgende weitere Vorgansweise für geboten:

1. Die Behörde muss zunächst prüfen, ob dem letzten Bauansuchen vom 21. Oktober 2003 sämtliche erforderlichen Beilagen (§§ 18 und 19 NÖ BO) angeschlossen sind. Sollte dies nicht der Fall sein, ist ein Verbesserungsauftrag zu erteilen (§ 13 Abs. 3 AVG). Wenn die Behörde zur Beurteilung des Bauvorhabens die Beibringung weiterer Unterlagen (§ 19 Abs. 3 NÖ BO) für notwendig hält, müsste sie den Bauwerber dazu auffordern, die noch benötigten Angaben oder Beilagen vorzulegen (§ 20 Abs. 2).

Entspricht der Bauwerber dem Verbesserungsauftrag nicht fristgerecht, muss die Behörde das Ansuchen zurückweisen. Werden die Mängel hingegen rechtzeitig behoben, gilt das Ansuchen als ursprünglich richtig eingebracht, sodass die Behörde eine Vorprüfung (§ 20 NÖ BO) durchführen muss. Wenn die Behörde bei der Vorprüfung ein Hindernis (Widerspruch zu den gesetzlichen Bestimmungen) feststellt, hat sie den Antrag abzuweisen. Hält sie eine Beseitigung durch Änderung des Vorhabens für möglich, hat sie dies dem Bauwerber mitzuteilen. Die Mitteilung hat eine Frist zur Vorlage der geänderten Antragsbeilagen zu enthalten. Wird diese Frist nicht eingehalten, ist der Antrag abzuweisen.

Führt die Vorprüfung zu keiner Abweisung, hat die Behörde eine Bauverhandlung abzuhalten (§ 21 Abs. 1 NÖ BO), in deren Verlauf ein Ortsaugenschein vorzunehmen ist, und der die für die Beurteilung des Vorhabens und seiner Auswirkungen notwendigen Sachverständigen beizuziehen sind.

Während der Anhängigkeit eines Ansuchens um nachträgliche Baubewilligung darf ein Beseitigungsauftrag prinzipiell nicht vollstreckt werden. Dieser Grundsatz gilt bloß dann nicht, wenn der vorschriftswidrig errichtete Bau, von dem bereits feststeht, dass er nicht bewilligt werden kann, bei einem künftigen Bau von untergeordneter Bedeutung ist (VwGH 18. 9. 1984, 84/05/0122). Da ein Stallgebäude und ein Schuppen jedoch mit der Widmung Grünland-Landwirtschaft übereinstimmen, wäre eine Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens unzulässig gewesen.

2. Die Behörde hat eine Überprüfung der bewilligten Güllegrube und des bewilligten Schweinestalles samt Nebenräumen durchzuführen und erforderlichenfalls einen Auftrag zur Behebung von Baugebrechen zu erteilen (§ 33 Abs. 2 NÖ BO). Das gilt auch, wenn der Eigentümer seiner Erhaltungspflicht nicht nachkommt (§ 33 Abs. 1). Die Behörde darf die Überprüfung durch Sachverständige durchführen lassen sowie die Vornahme von Untersuchungen und die Vorlage von Gutachten anordnen. Abdeckungen von Sammelgruben (z.B. Gülle- und Jauchegruben) sind tragsicher und verkehrssicher sowie mit den erforderlichen Einstiegsöffnungen auszustatten (§ 154 Abs. 3 NÖ BTV). Den Behördenorganen und den beauftragten Sachverständigen ist der Zutritt zu gestatten (§ 33 Abs. 3). Wenn nötig, ist dem Eigentümer die Duldung mit Bescheid aufzutragen. Sollte die Behebung der Baugebrechen dagegen unwirtschaftlich sein und der Eigentümer innerhalb der ihm gewährten Frist die Missstände nicht behoben haben, müsste die Behörde den Abbruch anordnen (§ 35 Abs. 2 Z 2).

Sie kann ferner insoweit nachträglich zusätzliche Auflagen vorschreiben, als dies zur Beseitigung von das Leben oder

die Gesundheit von Menschen gefährdenden Missständen notwendig und unvermeidlich ist (§ 68 Abs. 3 AVG; vgl. auch § 32 NÖ BO, der allerdings einen eingeschränkteren Anwendungsbereich hat). In diesem Fall müsste durch entsprechende Sachverständigengutachten eine konkrete Gefährdung von Personen nachgewiesen werden (vgl. VwGH 3. 2. 1969 VwSlg 7499/A; 20. 12. 1976, 2303/74; 24. 4. 1989, 88/10/0211; 13. 4. 1993, 93/05/0007).

3. Stellt die Baubehörde eine Übertretung von Bauvorschriften fest, kann sie jederzeit eine Anzeige an die zuständige Strafbehörde (hier: BH Mistelbach) erstatten. Strafbar macht sich unter anderem, wer ein bewilligungspflichtiges Vorhaben ohne rechtskräftige Baubewilligung ausführt oder ausführen lässt oder ein so errichtetes oder abgeändertes Bauwerk benützt (§ 37 Abs. 1 Z 1 NÖ BO), ein Baugebrechen trotz eines baupolizeilichen Auftrags nicht beseitigt oder trotz einer verfügten Baueinstellung die Ausführung fortsetzt (Z. 5), ein Bauwerk vor der Fertigstellungsanzeige benützt (Z. 6), einen Abbruchauftrag nicht befolgt (Z. 8) oder Organen der Behörde den Zutritt oder die Einsicht in Unterlagen verweigert (Z. 9).

In Hinblick auf die dargestellte Sach- und Rechtslage ersuchte die VA den Bürgermeister der Gemeinde Gnadendorf, ihr über die baubehördlichen Maßnahmen zu berichten bzw. die allenfalls erlassenen Bescheide und erstatteten Strafanzeigen vorzulegen.

## 8 Natur- und Umweltschutz

### 8.1 Was ist „Abfall“ nach dem NÖ AWG 1992? Legistische Anregung– Amt der NÖ Landesregierung

VA NÖ/492-NU/03, Amt der NÖ LReg RU4-A-126/024-04

N.N. führte bei der VA Beschwerde über eine Ungleichbehandlung. Ihr selbst werde die Verwendung von Altreifen bei der Einfriedung ihrer Pferdekoppel versagt. Bei Böschungsbefestigungen würden Altreifen jedoch sehr wohl Verwendung finden. Auch würden mit ihnen Mülldeponien ausgelegt.

Die gegenständliche Beschwerde wirft die grundsätzliche Frage auf, was unter „Abfall“ nach dem NÖ AWG 1992 zu verstehen ist. Maßgeblich ist dabei § 3. Seine Ziffer 1 lautet auszugsweise:

*Im Sinne dieses Gesetzes gelten als: **Abfälle:***

**Gesetzestext**

- *Bewegliche Sachen, deren sich der Eigentümer oder Inhaber entledigen will oder entledigt hat oder*
- *deren Erfassung und Behandlung als Abfall im öffentlichen Interesse geboten ist.*

*Eine Erfassung und Behandlung ist im öffentlichen Interesse so lange nicht geboten, als eine Sache nach allgemeiner Verkehrsauffassung neu ist, in einer nach allgemeiner Verkehrsauffassung für sie bestimmungsgemäßen Verwendung steht oder nach dem Ende ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung im unmittelbaren Bereich des Haushaltes bzw. der Betriebsstätte auf eine zulässige Weise verwendet oder verwertet wird.*

Die NÖ Landesregierung vertritt die Auffassung, dass in § 3 Z. 1 zweiter Satz NÖ AWG 1992 festgelegt wird, bis zu welchem Zeitpunkt die Erfassung und Behandlung im öffentlichen Interesse nicht erforderlich ist. Sobald diese Voraussetzungen nicht (oder nicht mehr) vorliegen, ist eine Erfassung oder Behandlung im öffentlichen Interesse erforderlich. Wenn eine Erfassung im öffentlichen Interesse erforderlich ist, handelt es sich um Abfall gemäß § 3 Z. 2 zweiter Fall NÖ AWG 1992.

**Unterschiedliche Auffassungen**

Die VA hält dem entgegen, dass in § 3 Z. 1 erster Satz Abfälle als bewegliche Sachen, deren sich der Eigentümer oder Inhaber entledigen will oder entledigt hat oder deren Erfassung und Behandlung **als Abfall** im öffentlichen Interesse geboten ist, definiert.

Wann eine Erfassung und Behandlung im öffentlichen Interesse nicht geboten ist, besagt § 3 Z. 1 zweiter Satz. Der Inhalt des zweiten Satzes enthält jedoch keine Aussage, ob eine Sache als Abfall zu qualifizieren ist. Insbesondere vermag aus dem Um-

stand, dass eine Erfassung im öffentlichen Interesse erforderlich ist, nicht notwendig geschlossen zu werden, dass es sich dabei schon um Abfall handelt. Wollte man dies unterstellen, so wäre die Wendung in § 3 Z 1 erster Satz „als Abfall“ überflüssig. Überflüssiges geregelt zu haben, sollte man dem Gesetzgeber aber im Zweifel nicht unterstellen.

Bei den vorliegenden Auffassungsunterschieden handelt es sich keinesfalls (bloß) um juristische Spitzfindigkeiten. Sie berühren Grundprinzipien der Bundesverfassung. Denn das **Rechtsstaatsprinzip** verlangt neben einem Mindestmaß an Zugänglichkeit auch eine Verständlichkeit der Rechtsnormen. **Rechtsnormen müssen von ihrem Inhalt so klar sein, dass sich der Adressat normgemäß verhalten kann.** Dem Rechtsstaatsprinzip widerspricht insbesondere eine Vorschrift, die nur mit „subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksportaufgaben“ verstanden werden kann (VfSlg 12.420/1990).

**Grundrechtsrelevanz**

Da dem Gesetzgeber nicht zugesonnen werden kann, Überflüssiges geregelt zu haben, war der NÖ Landesregierung, sollte sie an der im gegenständlichen Prüfverfahren vertretenen Auffassung festhalten wollen, zu raten, die Wendung „als Abfall“ in § 3 Z 1 zweiter Fall zu streichen.

**Legistische Anregung**

Zur Verwendung von Altreifen in Deponien sei noch angemerkt, dass diese bereits „als Abfall“ eingebracht werden. Bezüglich anderwertiger Verwendungen bleibt, wie die NÖ Landesregierung einräumte, stets zu prüfen, ob es sich noch um eine „bestimmungsgemäße Verwendung“ iS § 3 Zi 1 zweiter Satz AWG 1992 handelt. Die in Beschwerde gezogene Ungleichbehandlung erwies sich damit im Ergebnis als eine vermeintliche.

## 9 Landes- und Gemeindestraßen

### 9.1 Unterbleiben eines straßenrechtlichen Bewilligungsverfahrens zur Umgestaltung eines Platzes, Nachbarrecht auf Gewährleistung einer bestehenden Zufahrt, Entscheidung einer unzuständigen Behörde – Stadtgemeinde Klosterneuburg

VA NÖ/481-LGS/02, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-46/082-2003

N.N. führte darüber Beschwerde, dass durch den geplanten Umbau des G-Platzes in Klosterneuburg der Zugang und die Zufahrt zu ihrem Anliegergrundstück behindert werde. Das Prüfverfahren führte zu folgendem Ergebnis:

Die Umgestaltung des G-Platzes schloss erkennbar die Herstellung von Gehsteigen vor Grundstückszugängen und -zufahrten ein, zumal die Zufahrt im Projektsplan vom Juni 2002 und im Katasterplan vom 11. November 2002 eingezeichnet war.

In einem Schreiben des Referates Tiefbau der Stadtgemeinde Klosterneuburg vom 24. Oktober 2002 heißt es: *„Durch den Umbau der Straße bzw. des Gehsteiges wurde die Zufahrt zu der Liegenschaft nicht verschmälert, da im gesamten Kurvenbereich der Gehsteig abgesenkt (Höhe beträgt 3 cm) wurde und somit problemlos zu überfahren ist. Weiters wurden im Bereich direkt vor dem Einfahrtstor hinter dem Leistenstein (Rand- bzw. Bordstein) zwei Reihen Kleinsteinpflaster verlegt um den Einfahrtsbereich eindeutig zu kennzeichnen. Der Schutzweg wurde entgegen dem Projekt um ca. 3,5 m in Richtung B-Gasse verlegt. Diese Projektsänderung wurde im Beisein und mit Einverständnis von Frau N.N. bei einer Besprechung am Freitag dem 6. 9. 02 um 9:00 Uhr an Ort und Stelle durchgeführt. ...“*

Am 5. Mai 2003 verordnete die BH Wien-Umgebung vor der südöstlich gelegenen Grundstückszufahrt („Garteneinfahrt“) einen Schutzweg nach der StVO.

Der Bürgermeister führte in seiner Stellungnahme vom 21. März 2003 aus, dass ein straßenrechtliches Bewilligungsverfahren zur Umgestaltung des G-Platzes nicht beabsichtigt sei. In einem weiteren Schreiben vom 10. Juli 2003 hieß es, dass keine straßenrechtliche Verhandlung stattgefunden habe, weil die bestehende Zufahrt baubehördlich weder bewilligt noch angezeigt, und N.N. im Übrigen auch nicht auf sie angewiesen sei.

Die VA hält dazu fest:

Als bewilligungspflichtige Umgestaltung einer Straße (§ 12 Abs. 1 NÖ Straßengesetz 1999) kommen unter anderem die Aufbringung einer festen Decke, die Herstellung von Gehsteigen, Parkstreifen und Grünanlagen innerhalb der bisherigen Straßenränder oder auf zusätzlich eingelösten oder enteigneten Grundflächen sowie Rückbaumaßnahmen in Betracht (vgl. *Hauer/Zaussinger*, Niederösterreichisches Baurecht<sup>6</sup> § 12 NÖ Straßengesetz 1999 Anm. 3).

Die Eigentümer jener Grundstücke, die an die für den geplanten Straßenbau beanspruchten Flächen angrenzen, haben im Bewilligungsverfahren Parteistellung (§ 13 Abs. 1 Z 3). Sie dürfen allerdings nur die im Gesetz erschöpfend festgelegten subjektiv-öffentlichen Rechte geltend machen. Dazu zählt die Gewährleistung eines bestehenden Zuganges oder einer bestehenden Zufahrt, wenn das Grundstück über keinen anderen Zugang oder keine andere Zufahrt zu erreichen ist (§ 13 Abs. 2 Z 2). Umgestaltungen von Straßen, bei denen keine Parteirechte berührt werden oder denen die Parteien nachweisbar zugestimmt haben, bedürfen keiner Bewilligung (§ 12 Abs. 1).

Daraus, dass die gegenständliche Zufahrt baubehördlich weder bewilligt noch angezeigt war und die Beschwerdeführerin der Verlegung des Schutzweges zugestimmt hat, kann noch nicht der Schluss gezogen werden, dass die Umgestaltung straßenrechtlich nicht bewilligungspflichtig ist.

**Maßnahme unterliegt  
straßenrechtlicher  
Bewilligungspflicht**

Denn eine Bewilligungspflicht besteht schon dann, wenn eine Verletzung in subjektiv-öffentlichen Nachbarrechten möglich ist (arg. „berührt“). Ob eines der im Gesetz taxativ aufgezählten Nachbarrechte tatsächlich verletzt ist, muss im Bewilligungsverfahren geklärt werden. Angesichts der geplanten Umgestaltung vor Grundstückszugängen und –zufahrten können Nachbarrechte zumindest berührt werden. Die VA ersuchte den Bürgermeister daher um die Übersendung der Niederschrift über die durchzuführende mündliche Verhandlung (§ 12 Abs. 3) und den zu erlassenden schriftlichen Bescheid (§ 12 Abs. 6 leg. cit.).

Der Bürgermeister übersendete der VA daraufhin die straßenrechtliche Bewilligung für den Neubau des G-Platzes vom 2. Dezember 2003, die allerdings nicht von ihm, sondern von dem in erster Instanz sachlich gar nicht zuständigen Gemeinderat erlassen wurde (vgl. § 2 Z 1 NÖ Straßengesetz 1999). Dies bedeutet eine Verletzung des verfassungsrechtlich geschützten Rechts auf den gesetzlichen Richter (vgl. Art. 83 Abs. 2 B-VG). Davon abgesehen blieb die Frage, ob die bestehende Grundstückszufahrt gewährleistet ist, ungeklärt. Sollte die Zufahrt erschwert sein, wäre das Eigentumsgrundrecht (Art. 5 StGG, Art. 1 des 1. ZPEMRK) berührt, sollte das Recht zur Erhebung von Einwen-

**Unzuständige Behörde entscheidet -  
Grundrechtsverletzung**

dungen verkürzt sein, das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK).

Die VA forderte die BH Wien-Umgebung zur amtswegigen Behebung des von der unzuständigen Behörde erlassenen Bescheides (§ 93 Abs. 1 lit. a NÖ Gemeindeordnung) und den Bürgermeister der Stadtgemeinde Kosterneuburg zur Ergänzung des Ermittlungsverfahrens sowie zum bescheidförmigen Verfahrensabschluss auf.

## 10 Gemeinderecht

### 10.1 Mangelnde Einhaltung einer niederschriftlich festgehaltenen Zusage, Empfehlung - Marktgemeinde Nußdorf ob der Traisen

VA NÖ 100-G/02, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-38/025-2002

N.N. führte bei der VA Beschwerde darüber, dass ihr als Eigentümerin einer Parzelle in der KG Reichersdorf, mit Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 1. April 1994 diverse Bewirtschaftungsbeschränkungen auferlegt worden seien.

**Angemessene Vergütung für Schutzgebiet versprochen**

Obzwar die Marktgemeinde Nußdorf ob der Traisen als Wasserberechtigter in dem Verfahren eine "angemessene Vergütung" für die mit dem Schutzgebiet verbundenen Beeinträchtigungen angeboten habe, sei eine Zahlung bis dato nicht erfolgt. Die Durchsetzung der Ansprüche erweise sich nicht zuletzt deshalb als schwierig, da es der Landeshauptmann von Niederösterreich in seinem Bescheid vom 1. April 1994 verabsäumt habe, über die Entschädigungsfrage abzusprechen.

In dem hieraufhin eingeleiteten Prüfverfahren erhob die VA nachstehenden Sachverhalt:

Mit Schreiben vom 3.7.1989 teilte die Marktgemeinde Nußdorf o.d. Traisen dem Amt der NÖ Landesregierung (Abt. III/1) mit, auf der Parzelle des N.N. einen Versuchsbrunnen errichtet zu haben. Dieser diene der künftigen Versorgung der Großgemeinde Nußdorf mit Trinkwasser. Auf Grund der Wasserbedarfsermittlung betrage die beabsichtigte Entnahmemenge 15 l/sec. Ein Projekt werde umgehend nachgereicht.

Mit Eingabe vom 7.8.1989 suchte die Marktgemeinde Nußdorf o.d. Traisen um die Erteilung der wasserrechtlichen Bewilligung für die Errichtung einer Wasserversorgungsanlage in Nußdorf o.d. Traisen (Brunnen und Vorprojekt) an. Hierüber wurde am 30.11.1989 die mündliche Verhandlung abgeführt. Mit Bescheid vom 12.3.1990 erteilte der Bezirkshauptmann von St. Pölten der Marktgemeinde Nußdorf o.d. Traisen die beantragte Bewilligung. Wie der beigeschlossenen Niederschrift (Seite 20) zu entnehmen, wurde die Frage der Festlegung eines Brunnenschutzgebietes einschließlich der Bewirtschaftungsbeschränkungen ausgeschieden und einem gesonderten Verfahren vorbehalten. Der Bescheid vom 12.3.1990 erwuchs unbekämpft in Rechtskraft.

Mit Kundmachung vom 19.12.1990 beraumte die BH St. Pölten eine mündliche Verhandlung zwecks Festlegung des erforderli-

chen Brunnenschutzgebietes und allfälliger Nutzungsbeschränkungen an. Als Ergebnis dieser Verhandlung ersuchte die Wasserrechtsbehörde den anwesenden Amtssachverständigen für Landwirtschaft um die Erstellung eines Gutachtens. Festgehalten wurde in diesem Zusammenhang, dass - soweit Überbewirtschaftungen festzustellen sind - die "zur Wahrung des Grundwasserschutzes nötigen Einschränkungen einschließlich der Entschädigungen festzulegen" seien (Niederschrift vom 30.1.1991, Seite 2). Dieses Gutachten wurde am 22. März 1993 erstellt.

Mit Verständigung des Landeshauptmannes von Niederösterreich von 3.2.1994 wurden die Verfahrensteilnehmer von der Fortsetzung der mündlichen Verhandlung in Kenntnis gesetzt. In der über diese fortgesetzte mündliche Verhandlung aufgenommenen Niederschrift findet man nach Referat sämtlicher Gutachten abschließend festgehalten: "Das Verhandlungsergebnis wird von allen Beteiligten ohne Einwand zur Kenntnis genommen. Der Herr Bürgermeister erklärt, dass die Gemeinde den betroffenen Landwirten eine angemessene Vergütung für die mit dem Schutzgebiet verbundenen Beeinträchtigungen anbieten werde". Die Niederschrift ist vom Bürgermeister der Marktgemeinde Nußdorf o.d. Traisen gefertigt. Sie entspricht auch sonst den Formerfordernissen des § 14 AVG 1991.

Mit Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 1. April 1994 wurde für die mit Bescheid der BH St. Pölten vom 12. März 1990 wasserrechtlich bewilligte Wasserversorgungsanlage (Brunnen auf dem Grundstück .., KG Reichersdorf) ein Schutzgebiet festgelegt. Das Schutzgebiet erstreckt sich zunächst auf das Grundstück .., KG Reichersdorf als "Fassungszone". Es umfasst weiters als "engeres Schutzgebiet" 20 weitere Parzellen. Für diese Parzellen gelten, unbeschadet der Regelung für die Fassungszone, die auf Seite 2 des Bescheides in insgesamt fünf Punkten umschriebenen Beschränkungen sowie die nachfolgend aufgelisteten allgemeinen und speziellen Verbote sowie allgemeinen und speziellen Gebote. Eine Absprache über eine für die Nutzungseinschränkungen zu gewährende Entschädigung fehlt. Der Bescheid stützt sich auf § 34 Wasserrechtsgesetz 1959, BGBl 215 idgF an.

**Bescheid enthält keine Entschädigung**

In der Begründung des Bescheides findet man auf Seite 9 unter anderem ausgeführt: "Gutachten der Amtssachverständigen für Landwirtschaft: Prinzipiell wird auf das Gutachten vom 22. März 1993 verwiesen. Da vom medizinischen Amtssachverständigen ein Verbot der Wirtschaftsdüngerausbringung im Schutzgebiet gefordert wird, tritt zwar eine gewisse Änderung in der Bewirtschaftungsweise ein. Da die Erhebungen im Zuge der Gutachtenserstellung im Jahre 1993 ergeben haben, dass alle Bewirtschafteter auch derzeit Mineraldünger zukaufen und im Schutzgebiet anwenden, kann einzelbetrieblich ein Austausch der Düngermittel erfolgen, und ist daher durch die Auflage keine Beeinträchtigung der Bewirtschaftung zu erwarten".

Weiters findet man auf Seite 16 des Bescheides festgehalten: "Das Verhandlungsergebnis wurde von allen Beteiligten ohne Einwand zur Kenntnis genommen. Der Bürgermeister der Marktgemeinde Nußdorf hat erklärt, dass die Gemeinde den betroffenen Landwirten eine angemessenen Vergütung für die mit dem Schutzgebiet verbundenen Beeinträchtigungen anbieten werde".

Der Bescheid erwuchs unbekämpft in Rechtskraft.

Mit Schreiben vom 8.7.2002 teilte der Bürgermeister der Marktgemeinde Nußdorf o.d. Traisen mit, dass "es bei den letzten Gesprächen mit N.N. zu einem Konsens zur beiderseitigen Zufriedenheit kam". Für die Durchführung der Lösung sei allerdings noch ein Gemeinderatsbeschluss erforderlich.

**Plötzliche Ablehnung  
einer Entschädigung**

Mit Schreiben vom 24.10.2002 teilte der Bürgermeister der Marktgemeinde Nußdorf o.d. Traisen mit, dass der Gemeinderat der Marktgemeinde Nußdorf o.d. Traisen in seiner Sitzung am 30.9.2002 den Antrag des N.N. auf eine Entschädigungszahlung "einstimmig abgelehnt" habe. Dem Beschluss lag ein vom Beschwerdeführer vorgelegter Vertragsentwurf zu Grunde, der der VA nicht übermittelt wurde.

Fest steht, dass N.N. bis dato keine Entschädigungszahlung der Marktgemeinde Nußdorf o.d. Traisen zuzuging. Auch anderen betroffenen Grundeigentümern wurde von der Marktgemeinde Nußdorf o.d. Traisen keine Entschädigung angeboten.

Die VA stellt dazu fest:

I. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (zB 27.10.1966, 745/66; 30.11.1967, 1523/66) setzt ein Entschädigungsanspruch nach § 34 Abs 4 Wasserrechtsgesetz zweierlei voraus: Zum einen eine Einschränkung der (bisherigen) Nutzung des Grundes durch die behördliche Maßnahme, und zum anderen die Rechtmäßigkeit dieser Nutzung.

Zur Einschränkung der Nutzung findet man in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 16.2.1994, 1 Ob 1/94, ausgeführt: Rechtfertigte die bisherige Fassung (arg. "nicht weiter... nutzen kann") dessen Anknüpfung an die tatsächlich geübte Nutzung bzw. an die vorhersehbare Weiterentwicklung der bereits bestehenden Nutzung, so kann es nun – seit Inkrafttreten der WRG-Nov 1990 - nicht mehr darauf ankommen, sondern es ist jede mögliche Nutzung zu entschädigen, die dem Anspruchsberechtigten infolge des Eingriffs verwehrt bleibt, soweit sie nur bei dessen Anordnung rechtlich zulässig und durch etwa erforderliche behördliche Bewilligungen gedeckt war. Der durch die Festlegung von Schutzzonen bzw. durch Schutzanordnungen verursachte Entzug dieser Nutzungsmöglichkeiten - aber auch nur dieser Nachteil - ist vom Wasserberechtigten nun gleichfalls angemessen zu entschädigen.

Die Nutzung der von der Festlegung als "engeres Schutzgebiet" betroffenen Grundstücke wurde am 28.1.1993 erfasst. Die jeweilige Nutzungsart wurde auf den Seiten 2 f in dem Gutachten des Amtssachverständigen für Landwirtschaft vom 22.3.1993 zu der beschrieben. Für die Beibehaltung dieser bisherigen sowie für jede weitere mögliche Nutzung des Grundes wurden nun Einschränkungen getroffen. Sie findet man in dem mit Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 1. April 1994 zu verfügten Ge- und Verboten sowie Bewirtschaftungsbeschränkungen detailliert ausgeführt.

Zwar mag es zutreffen, dass mit dem Verbot der Wirtschaftsdüngerausbringung eine "gewisse Änderung in der Bewirtschaftungsweise" eintritt und "durch die Auflage keine Beeinträchtigung der Bewirtschaftung zu erwarten ist" (so die Ausführungen des Amtssachverständigen für Landwirtschaft, wiedergegeben in der Begründung des Bescheides des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 1. April 1994, Seite 9). Daraus aber abzuleiten, wie dies die Marktgemeinde Nußdorf o.d. Traisen in ihrer Stellungnahme vom 27.11.2002 vermeint, dass überhaupt "keine Beeinträchtigung der Bewirtschaftung zu erwarten ist", hieße nicht nur die Ausführungen des Sachverständigen zu missdeuten, sondern sich über die im Spruchpunkt II. 1. bis 5. getroffenen Verfügungen hinwegzusetzen. Schon aus diesem Grund verbietet sich eine derartige Sicht.

Zusammenfassend vermag kein Grund gesehen zu werden, der die Marktgemeinde Nußdorf o.d. Traisen als Wasserberechtigten von der Einhaltung ihrer Zusage enthebt, "dass die Gemeinde den betroffenen Landwirten eine angemessene Vergütung für die mit dem Schutzgebiet verbundenen Beeinträchtigungen anbieten werde".

**Zusage ist einzuhalten**

II. Von der Frage, ob ein Entschädigungsanspruch dem Grunde nach zu Recht besteht, zu trennen ist, wie der Anspruch geltend zu machen ist. Auch insoweit besteht gefestigte Rechtsprechung. Demnach obliegt es demjenigen, dessen Grundstücke und Anlagen in ein Schutzgebiet einbezogen werden sollen, bereits im Verfahren, in dem die entsprechenden Anordnungen in Aussicht genommen werden, geltend zu machen, dass er dann seine Grundstücke und Anlagen nicht weiter auf die Art und in dem Umfang nutzen kann, wie es ihm auf Grund bestehender Rechte zusteht (VwGH 12.12.1996, 96/07/0036).

Wird dabei in einem Verfahren wegen Bestimmung eines Schutzgebietes nach § 34 Abs 1 WRG vorgebracht, "durch die Festlegung der für die Entnahmestelle notwendigen Schutzvorkehrungen" werde "Wert und Ertrag der von diesen Anordnungen betroffenen Grundstücke und Objekte" dauerhaft vermindert, so ist die Behörde selbst bei diesem noch nicht näher differenzierten Vorbringen verpflichtet, Ermittlungen darüber anzustellen, ob und

inwieweit die betreffenden Behauptungen zutreffen (VwGH 26.11.1991, 88/07/0153 = ZfVB 1993/265).

Das BM für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft leitet daraus – zutreffend nach Meinung der VA – ab, dass insoweit keine formelle Antragspflicht besteht, sondern die Behörde ein auf eine Nutzungseinschränkung oder Entschädigung gerichtetes Vorbringen (Begehren) von Amts wegen einer Klärung zuzuführen hat.

Einzuräumen ist, dass sich ein derartiges Vorbringen der Eheleute X.X. (als Voreigentümer des Grundstückes 1939) nicht feststellen lässt. Niederschriftlich festgehalten findet man jedoch die auch auf Seite 16 des Bescheides des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 1. April 1994 getätigten Angaben des Bürgermeisters der Marktgemeinde Nußdorf o.d. Traisen, wonach "die Gemeinde den betroffenen Landwirten eine angemessene Vergütung für die mit dem Schutzgebiet verbundenen Beeinträchtigungen anbieten werde". Die Ausführungen stellen sich als Reaktion auf die von den Sachverständigen referierten, und von diesen vorgeschlagenen Nutzungsbeschränkungen dar. Weitere Ermittlungsschritte zu diesem Punkt unterblieben.

Für die VA vermag daraus nur der Schluss gezogen zu werden, dass für die Behörde der maßgebliche Sachverhalt ausreichend erhoben war, anderenfalls Entscheidungsreife nicht gegeben gewesen wäre, und das Verfahren mit einem Mangel behaftet wäre (vgl zuletzt VwGH 7.6.2000, 96/03/0340).

III. Vor diesem Hintergrund zu betrachten ist auch jene Rechtsprechung, wonach mit dem Unterbleiben einer Entschädigungsfestsetzung eine Entscheidung des Inhalts getroffen wird, dass keine Entschädigung gebührt (VwGH 27.9.2000, 2000/07/0228). Aussagekraft kommt diesem Rechtssatz – wie ein Blick auf den Volltext bestätigt – nur insoweit zu, als sich nach dem Verfahrensgang keine Zweifel erhoben, dass dem Beschwerdeführer eine Entschädigung nicht zusteht. Für alle übrigen Fälle gilt jene Rechtsprechung, die man auch bei *Kaan/Braumüller*, Handbuch Wasserrecht (2000) in ENr. 120 zu § 34 WRG wiedergegeben findet: Ist demnach ein – gleichzeitig mit der Bestimmung des Schutzgebietes zu treffender – Abspruch über die Entschädigungsfrage (zumindest dem Grunde nach) unterblieben, ist damit auch die Festsetzung des Schutzgebietes rechtswidrig.

IV. Da verfahrensrechtlich keine Möglichkeit gesehen wird, diese Rechtswidrigkeit zu bereinigen, hatte es dem Landeshauptmann von Niederösterreich gegenüber bei der getroffenen **Beanstandung** zu bleiben.

Der Marktgemeinde Nußdorf o.d. Traisen hingegen ist zu **empfehlen**, jene Entschädigungen für die mit der Schutzgebietfestle-

**Keine rechtliche Lösung möglich, demnach**

**Empfehlung an Gemeinde**

gung verbundenen Beeinträchtigungen auszuzahlen, die den betroffenen Grundeigentümern auf Grund der vorstehenden Ausführungen zustehen. Um die "Angemessenheit" der Vergütung zu bestimmen, empfiehlt sich die Einholung eines Gutachtens eines landwirtschaftlichen Sachverständigen.

Der Ordnung halber sei festgehalten, dass von der vorliegenden Empfehlung die im Spruchpunkt II des Bescheides des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 1. April 1994 genannte Parzelle 659, KG Oberndorf ausgenommen ist. Bei ihr handelt es sich um den "Fluss Traisen".

V. In Richtung Beschwerdeführerin war abschließend anzumerken, dass eine Entschädigung nach § 34 Abs 4 WRG - wie dargelegt - nur mögliche und rechtlich zulässige Nutzungsbeeinträchtigungen abdecken kann. Die bloße Minderung des Verkehrswertes ist nach ständiger Rechtsprechung zu § 34 Abs 4 WRG nicht entschädigungsfähig (VwGH 22.5.1984, 83/07/0354; 12.6.1984, 81/07/0228).

## **10.2 Entsendung von Zuhörern in Kontroll- bzw. Prüfungsausschuss – legistische Anregung**

VA NÖ 269-G/01, NÖ 46-G/03  
Amt der NÖ LReg LAD1-BI-32/068-01

N.N., Mitglied des Gemeinderates der Statutarstadt Wr. Neustadt, wandte sich mit folgendem Anliegen an die VA:

Er sei Mandatar einer Bürgerliste, die mit zwei Mitgliedern im Gemeinderat von Wr. Neustadt vertreten sei. Nicht im Kontrollausschuss vertretene Gemeinderatsmitglieder hätten nach dem NÖ Stadtrechtsorganisationsgesetz kein Recht, als Zuhörer den Ausschusssitzungen beizuwohnen. Dies liege nicht im Interesse einer wünschenswerten Kontrolle und Transparenz.

Die Bürgermeisterin von Wr. Neustadt berichtete der VA, dass sie die Einräumung eines Zuhörerrechts im Kontrollausschuss begrüßen würde und dieses Thema bereits bei der am 23. Oktober 2001 stattgefundenen NÖ Magistratsdirektoren-Konferenz in Waidhofen/Ybbs angesprochen habe. Das Amt der NÖ Landesregierung teilte der VA mit, das diesbezügliche Ersuchen um Novellierung des NÖ STROG in Evidenz zu halten.

Zur Entsendung von Zuhörern in Gemeinderatsausschüsse, insbesondere in den Kontrollausschuss ist aus der Sicht der VA Folgendes zu bemerken:

Zunächst sei auf die unterschiedliche Rechtslage nach der NÖ Gemeindeordnung und dem NÖ STROG hingewiesen: Während nach § 57 Abs. 3 NÖ GemeindeO jede im Gemeinderat vertretene Wahlpartei das Recht hat, eines ihrer Gemeinderatsmitglieder in einen Ausschuss als Zuhörer zu entsenden, steht dieses Recht nach § 34 Abs. 3 NÖ STROG nur Gemeinderatsklubs zu. Durch die Regelung der NÖ GemeindeO ist gewährleistet, dass auch eine „Ein-Mann-Fraktion“ an Gemeinderatsausschüssen als Zuhörer teilnehmen kann (Kommentar zur NÖ Gemeindeordnung 1973, hrsg. von der NÖ Studiengesellschaft für Verfassungs- und Verwaltungsrechtsfragen, 2. überarbeitete Auflage 1999, 79). Die VA hält eine Regelung, nach der auch „Ein-Mann-Fraktionen“ an Gemeinderatsausschüssen als Zuhörer teilnehmen können, unter dem Aspekt der Stärkung von Minderheitenrechten für durchaus sinnvoll.

Ein Zuhörerrecht von Gemeinderatsmitgliedern, deren Fraktion nicht im Kontroll- bzw. Prüfungsausschuss vertreten ist, besteht weder nach § 34 Abs. 3 NÖ STROG noch nach § 57 Abs. 3 NÖ Gemeindeordnung. Der Grund dafür liegt laut Mitteilung des Amtes der NÖ Landesregierung offenbar darin, dass der Kontroll- bzw. Prüfungsausschuss die Prüfungsergebnisse (Berichte, Protokolle) dem Gemeinderat vorzulegen hat (vgl. §§ 35 Abs. 2 und 48 NÖ STROG sowie § 82 Abs. 3 NÖ GemeindeO), während für andere Ausschüsse keine diesbezügliche Vorlagepflicht besteht. Ein Ausschluss der Teilnahme an Sitzungen des Kontroll- bzw. Prüfungsausschusses liegt jedoch nach Ansicht der VA nicht im Sinne einer gerade auch auf Gemeindeebene wünschenswerten Transparenz.

Die VA schlägt aus diesen Gründen eine Anpassung des § 34 Abs. 3 NÖ STROG an § 57 Abs. 3 NÖ GemeindeO in die Richtung vor, dass nicht mehr nur Gemeinderatsklubs, sondern jede im Gemeinderat vertretene Wahlpartei das Recht hat, eines ihrer Mitglieder als Zuhörer in einen Ausschuss zu entsenden. Wünschenswert erschiene ferner eine Novellierung beider Bestimmungen dahingehend, dass jede im Gemeinderat vertretene Wahlpartei das Recht hat, eines ihrer Mitglieder als Zuhörer in den Kontroll- bzw. Prüfungsausschuss zu entsenden.

### **10.3 Grabbenützungsrecht – Marktgemeinde Sieghartskirchen**

VA NÖ/117-G/03, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-52/008-2004

Am 6. März 2003 führte N.N. vor der Volksanwaltschaft Beschwerde darüber, dass Sie in ihren Rechten an der Grabstelle ihrer Eltern verkürzt werde. So sei ihr anlässlich einer Vorsprache bei der Marktgemeinde Sieghartskirchen mitgeteilt worden, dass ihr schon deshalb kein Benützungsrecht an der Grabstelle ihrer

Eltern habe, da dieses auf den neuen Eigentümer des elterlichen Hauses übergegangen sei.

Das Prüfverfahren ergab:

Auf dem Friedhof Sieghartskirchen befindet sich das Familiengrab der Familie X.X.. Das Grab wurde von Frau X.X. 1962 „erworben“. Sie erlegte die Grabstellengebühr. Ihr kam das Benützungsrecht an der Grabstelle zu. In Folge wurde von Frau X.X. auch die Erneuerungsgebühr entrichtet und damit das bis 1982 verlängert. Am 2. Dezember 1978 verstarb X.X. Die Kosten der Beerdigung wurden von den Beschwerdeführerin entrichtet. Unter einem wurde von ihr das Benützungsrecht um weitere 10 Jahre, bis 1992, verlängert

**Mutter erwarb Grab-  
stelle**

Am 9. Februar 1979 gab N.N. die Erklärung ab, unwiderruflich auf ihr Erbrecht zu Gunsten ihrer Schwester zu verzichten. Im Hinblick auf diese Erbsentschlagungen gab Y.Y. am 16. Februar 1979 zum gesamten Nachlass eine unbedingte Erbserklärung ab. Diese wurde mit Beschluss des Bezirksgerichtes Tulln angenommen und das Erbrecht für ausgewiesen erkannt.

**Schwester ist Allei-  
nerbin**

Auf Grund der rechtskräftigen Einantwortungsurkunde des Bezirksgerichtes Tulln vom 5. März 1979 wurde das Haus die Einverleibung des Eigentumsrechtes für Y.Y. bewilligt.

**Schenkt Haus ihrer  
Tochter...**

Laut Grundbuchsbeschluss vom 8. April 1982 überschrieb Y.Y. die Liegenschaft ihrer Tochter.

Am 19. November 1983 verstarb die Tochter der Y.Y. Sie wurde am 25. November 1983 in dem Familiengrab beigesetzt. Erbe für das Haus ist nach dem Verlassenschaftsverfahren beim Bezirksgericht Wien Innere Stadt der Ehemann der Verstorbenen. Er wurde von der Marktgemeinde Sieghartskirchen nach Erlag der Beerdigungskosten in die „Friedhof-Kartei“ eingetragen.

Noch zu Lebzeiten richtete Y.Y. ein Schreiben an die Marktgemeinde Sieghartskirchen, in dem sie – offensichtlich in Unkenntnis der Rechtslage - um Überlassung des Benützungsrechtes an der Grabstelle ihrer Eltern ersuchte. Dieses Schreiben langte am 2. November 2001 bei der Marktgemeinde Sieghartskirchen ein. Es wurde – wie sich aus einem handschriftlichen Vermerk ergibt – nicht weiter in Behandlung gezogen

**.. und stirbt in Un-  
kenntnis der Rechts-  
lage**

Am 20. Juni 2002 verstarb Y.Y. Sie wurde von ihrem Neffen und dessen Ehefrau beerbt. Die Einantwortung erfolgte mit Beschluss des Bezirksgerichtes Tulln vom 14. Oktober 2002. Y.Y. wurde am Friedhof Großweikersdorf beigesetzt.

Die Volksanwaltschaft hält zu alledem fest:

Maßgebliche Rechtsgrundlage ist § 14 NÖ Friedhofsbenützungsgesetz 1974, 9470-0 idgF. Die Bestimmung gilt seit 1953 unverändert. Sie wurde mit Kundmachung der NÖ Landesregierung vom 10. September 1974 wiederverlautbart.

Demnach ist um die Zuweisung einer Grabstelle unter Angabe der gewünschten Grabart und der örtlichen Lage der Grabstelle und, wenn eine Gemeinde mehrere Friedhöfe besitzt, auch des gewünschten Friedhofes anzusuchen. Der Bewilligungsbescheid muss auch die genaue Bezeichnung der Grabstelle und der Grabart, das Datum des Ablaufes des Benützungsrechtes sowie einen Hinweis auf die Bestimmungen des Abs. 4 enthalten (Abs. 1).

Wird für denselben Todesfall von mehreren Personen ein Ansuchen um Zuweisung einer Grabstelle gestellt oder sind hinsichtlich derselben Grabstelle mehrere Benützungsberechtigte vorhanden, so haben sie der Gemeinde innerhalb einer vom Bürgermeister (Magistrat) festzusetzenden Frist einen gemeinsamen Bevollmächtigten namhaft zu machen, der die Gebühren zu entrichten und das Benützungsrecht für die Grabstelle auszuüben hat. Die übrigen Personen haften für die Entrichtung der Gebühren mit dem Bevollmächtigten zur ungeteilten Hand. Wird innerhalb der gesetzten Frist kein Bevollmächtigter bestellt, so hat der Bürgermeister (Magistrat) einen Bevollmächtigten aus diesem Personenkreis durch Bescheid zu bestellen, wobei in erster Linie der Ehegatte, dann eines der großjährigen Kinder, dann die Eltern zu berufen sind; die in dieser Reihenfolge später Genannten jedoch nur dann, wenn die vorher Genannten nicht vorhanden sind oder ablehnen. Im Falle mehrere Benützungsberechtigte für dieselbe Grabstelle vorhanden sind, hat bis zur Höchstbeleggrenze jeder dieser Benützungsberechtigten für sich und seine Familienangehörigen Anspruch, im Todesfalle in dieser Grabstelle beigesetzt zu werden (Abs 2).

Das Benützungsrecht an der Grabstelle steht mit Ausnahme des im Abs. 2 genannten Falles allein demjenigen zu, der die Grabstellengebühr (Erneuerungsgebühr) entrichtet hat. Nach dem Tode eines Benützungsberechtigten geht das Benützungsrecht auf dessen Erben über. Die Erben sind verpflichtet, den Übergang des Benützungsrechtes dem Bürgermeister (Magistrat) bekannt zu geben. Hat ein bisher allein Benützungsberechtigter mehrere Erben, ist hinsichtlich der Ausübung des Benützungsrechtes sinngemäß nach Abs. 2 zu verfahren. Das Benützungsrecht kann, nur mit Zustimmung des Bürgermeisters (Magistrates) an eine andere physische oder juristische Person übertragen werden (Abs 4).

In einer Zusammenschau der Bestimmungen wird deutlich, dass sich § 14 Abs. 4 erster Satz nur auf jenen Bewilligungsträger be-

zieht, dem das Benützungrecht an einer Grabstelle bescheidmäßig iS § 14 Abs. 1 zweiter Satz verliehen wurde. Was im Falle seines Ablebens gilt, regeln § 14 Abs. 4 zweiter, dritter und vierter Satz.

Soll das Benützungrecht hingegen zu Lebzeiten weitergegeben werden, so sieht § 14 Abs. 4 letzter Satz vor, dass dies nur mit Zustimmung des Bürgermeisters an eine andere physische oder juristische Person zulässig ist. Ausgeschlossen ist sohin, dass unter Ausschaltung der Behörde zu Lebzeiten über das Benützungrecht an einer Grabstelle verfügt werden kann. Schon aus diesem Grund kommt der Zustimmung des Bürgermeisters für den Übertragungsakt konstitutive Wirkung zu.

Zustimmung des Bgm fehlt

Ein solcher Zustimmungsakt des Bürgermeisters kann nun im gegenständlichen Fall nicht nachgewiesen werden. Vielmehr beruft sich die Marktgemeinde Sieghartskirchen ausschließlich darauf, dass Y.Y. laut Grundbuchsbeschluss vom 8. April 1982 das Elternhaus, ihrer Tochter überschrieben hat. Dieser Akt zog jedoch nicht den Übergang des Benützungrechtes von Y.Y auf deren Tochter nach sich.

Benützungrecht ging damit nicht über

Da niemand mehr Rechte weitergeben kann als er selbst hat, ging von der Tochter nach deren Ableben das Benützungrecht an der Grabstelle auch nicht auf deren Ehemann über. Dass die Marktgemeinde Sieghartskirchen ihn in die „Friedhof-Kartei“ eintrug, hilft nicht. Insbesondere entfaltet dieser Akt keine rechtsbegründende Wirkung. Vielmehr bedarf die (Neu-)Begründung eines Benützungrechtes, wie sich aus § 14 Abs. 1 ergibt, eines „Bewilligungsbescheides“. Ein solcher rechtsgestaltender Verwaltungsakt aber wurde nicht gesetzt.

Seine Voraussetzungen lägen auch nicht vor. Rechtlich ist nämlich die Situation eingetreten, dass nach dem Tode von Y.Y. das Benützungrecht auf deren Erben übergegangen ist. **Sie** sind nunmehr Benützungsberechtigte an oben genannter Grabstelle.

... sondern fiel Erben der Schwester zu

Weder kommt damit der Beschwerdeführerin noch dem Ehemann der Y.Y., Herrn Z.Z. ein Recht an der Grabstelle zu. Da sich die Marktgemeinde Sieghartskirchen jedoch stets auf ein Benützungrecht des Z.Z. berief, und die Beschwerdeführerin aus **die-sem** Grund mit ihrem Anliegen zurückwies, erwies sich die **Beschwerde** im Ergebnis als **berechtigt**.

Die Volksanwaltschaft regt nunmehr an, die **wahren** Benützungsberechtigten der Grabstelle zu einem Gespräch zu laden und deren Interesse an dem Erhalt der Grabstelle zu erheben. Aus § 14 Abs. 4 NÖ Friedhofsbenützung- und Gebührengesetz 1974 erhellt jedenfalls, dass einer Übertragung des Benützungrechtes an die Beschwerdeführerin kein rechtlicher Hinderungsgrund entgegensteht, wobei der Ordnung halber hinzugefügt werden darf, dass die Zustimmung des Bürgermeisters nicht aus sachwidrigen

Bereinigung angesagt

Gründen oder begründungslos verweigert werden darf. Letztes gebietet bereits die ständige Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zum Gleichheitssatz. Dessen Geltung für wie auch außerhalb des Bereichs der Hoheitsverwaltung ist heute unbestritten (statt aller: *Berka*, Art 7 B-VG, in *Rill/Schäffer* (Hrsg) Bundesverfassungsrecht Kommentar Rz 113 mN auf Rsp wie Schrifttum).

**Grundrechtskonforme Auslegung geboten !**

Der vorliegende Fall hat nicht nur Vollzugsdefizite, sondern auch Schwächen der gesetzlichen Regelung erkennen lassen.

So sollte die „Zustimmung“ iS § 14 Abs 4 letzter Satz NÖ Friedhofsbenützung- und –gebührengesetz 1974 schon aus Beweisgründen nur schriftlich erteilt werden. Auch sollte klargestellt sein, dass die „Zustimmung“ bescheidmäßig zu erfolgen hat. Sichergestellt wäre so, dass sich im Falle grundloser Verweigerung administrativer Rechtsschutz eröffnet. Letztlich sollte aus Gründen der Systematik die Übertragung des Benützungsrechtes von dem Übergang im Erbweg (durch einen eigenen Absatz) getrennt werden.

**Rechtslage überarbeitungsbedürftig**

Über die getroffene Beanstandung hinaus wurde daher die zuständige Fachabteilung beim Amt der NÖ LReg um die Invormerknahme vorstehender Änderungsvorschläge für die nächste Novellierung des NÖ Friedhofsbenützung- und –gebührengesetzes 1974 ersucht.

#### **10.4 Verletzung der Amtsverschwiegenheit – Aushang eines aufsichtsbehördlichen Schreibens an der Amtstafel des Magistrats - Stadt Waidhofen/Ybbs**

VA NÖ/262-G/01, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-38/076-2002

N.N. führte bei der VA Beschwerde darüber, dass am 23. Jänner 2001 an der Amtstafel des Magistrats der Stadt Waidhofen/Ybbs, mit gelbem Leuchtstift angezeichnet, eine Kopie des mit 13. November 2000 datierten Schreibens des Amtes der Oberösterreichischen Landesregierung, versehen mit der Eingangsstampiglie der Marktgemeinde Gaflenz, angeschlagen gewesen sei.

In dem hieraufhin eingeleiteten Prüfverfahren holte die VA Stellungnahmen vom 22. November 2001 und 14. Dezember 2001 ein. Demnach steht nachfolgender Sachverhalt fest:

Mit Schreiben vom 1. August 2000 wandte sich Herr N.N. an das Amt der Oberösterreichischen Landesregierung. Die zuständige Fachabteilung leitete daraufhin ein aufsichtsbehördliches Prüfverfahren ein. Dieses Prüfverfahren wurde Herrn N.N. gegenüber mit Schreiben vom 13. November 2000 abgeschlossen. Eine Durchschrift davon ging der Marktgemeinde Gaflenz zu. Sie

langte – wie aus der Einlaufstempigle zu ersehen - am 21. November 2000 bei der Marktgemeinde Gaflenz ein.

Nach Kenntnis hat der Bürgermeister der Marktgemeinde Gaflenz eine Ablichtung dieses Schreibens dem Bürgermeister der Stadt Waidhofen/Ybbs zur Information gesandt, wobei er den Briefumschlag mit den Vermerk „*vertraulich*“ und „*persönlich*“ versehen hat. In dem Bürgermeister der Stadt Waidhofen/Ybbs erblickt der Bürgermeister der Marktgemeinde Gaflenz - seinen eigenen Angaben zufolge - einen „Schulkollegen und guten Bekannten“. Ob der Übermittlung des aufsichtsbehördlichen Schreibens ein Begleitschreiben beigegeben war, kann nicht gesagt werden.

Fest steht, dass dieses im Postweg übersandte Schreiben beim Magistrat der Stadt Waidhofen/Ybbs eingegangen ist und von der Sekretärin des Bürgermeisters der Stadt Waidhofen/Ybbs geöffnet wurde. Fest steht weiters, dass eine Ablichtung dieses Schreibens mit greller Leuchtfarbe markiert, am 23. Jänner 2001 an der Amtstafel des Magistrats der Stadt Waidhofen zum Aushang kam. Von ihm erlangten zumindest zwei Bedienstete des Magistrats Kenntnis. Diese Personen haben den Beschwerdeführer auch auf den Aushang aufmerksam gemacht.

Die VA hält zu alledem fest:

- I. Gemäß Art. 20 Abs. 3 Bundes-Verfassungsgesetz BGBl. Nr. 1/1930 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 285/1987 sind „alle mit Aufgaben der Bundes-, Landes- und Gemeindeverwaltung betrauten Organe sowie die Organe anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts ..., soweit gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, zur Verschwiegenheit über alle ihnen ausschließlich aus ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen verpflichtet, deren Geheimhaltung im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, der umfassenden Landesverteidigung, der auswärtigen Beziehungen, im wirtschaftlichen Interesse einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, zur Vorbereitung einer Entscheidung oder im überwiegenden Interesse der Parteien geboten ist (Amtsverschwiegenheit). Die Amtsverschwiegenheit besteht für die von einem allgemeinen Vertretungskörper bestellten Funktionäre nicht gegenüber diesem Vertretungskörper, wenn er derartige Auskünfte ausdrücklich verlangt“.

**Amtsverschwiegenheit**

Außer Streit steht, dass es sich bei dem im Postweg übermittelten Schreiben des Bürgermeisters der Marktgemeinde Gaflenz um eine „Tatsache“ im Sinne Art. 20 Abs. 3 B-VG handelt. Diese Tatsache war im Zeitpunkt der Eröffnung des Schreibens auch als „geheim“ iS des Art. 20 Abs. 3 B-VG anzusehen. An ihrer Geheimhaltung hat der Beschwerdeführer ein überwiegendes Interesse.

Fraglich ist jedoch, ob es sich dabei um eine „amtliche“ Tatsache handelt. Die einschlägige Kommentarliteratur (Wieser in: Korinek/Holoubek [Hrsg] Kommentar zum B-VG Band II [2001] Art. 20 Abs. 3 B-VG Rz 22) führt in diesem Zusammenhang aus:

*„Als weitere Voraussetzung der Verschwiegenheitspflicht fordert Art. 20 Abs. 3 B-VG, dass die Tatsache dem Organwalter ausschließlich aus seiner amtlichen Tätigkeit bekannt geworden ist. „Aus seiner amtlichen Tätigkeit“ sind einem Organ nicht nur jene Tatsachen bekannt, die ihm aufgrund seiner ihm zugewiesenen Tätigkeit bekannt geworden sind, sondern auch jene, die ihm nur deshalb bekannt geworden sind, weil der Organwalter eine amtliche Tätigkeit ausübt. Zur „amtlichen Tätigkeit“ gehört damit nicht nur die unmittelbare Amtsausübung, sondern jegliches Verhalten, das einen Konnex zur Dienstverrichtung aufweist, wie etwa informelle Gespräche mit anderen Organwaltern (über deren amtliche Tätigkeit) im Rahmen der Dienstausbübung. Erfährt ein Organwalter dagegen im privaten Kreis von irgendwelchen amtlichen Vorgängen, so begründet dies keine Verschwiegenheitspflicht; ebenso verhält es sich in dem Fall, dass ein Organwalter während der Dienstzeit rein private Informationen eines anderen Organwalters erhält.“*

Legt man diese Überlegungen der Beurteilung des vorliegenden Falles zugrunde, so gelangt man zu dem Ergebnis, dass dem Bürgermeister der Stadt Waidhofen/Ybbs das Schreiben des Bürgermeisters der Marktgemeinde Gaflenz **nicht** als private Information zuzuging. Insbesondere ergibt sich aus sämtlichen niederschriftlichen Einvernahmen nicht, dass dieses Schreiben an ihn als Privatperson, per Adresse Stadtgemeinde Waidhofen a.d. Ybbs adressiert war, sondern vielmehr, dass sich dieses Schreiben an ihn in seiner Funktion als Bürgermeister der Stadtgemeinde Waidhofen a.d. Ybbs richtete. Die Beweggründe, weshalb der Bürgermeister der Marktgemeinde Gaflenz dieses Schreiben verschickte, haben dabei außer Betracht zu bleiben; ebenso, dass das Kuvert den Vermerk „persönlich“ und vertraulich“ enthielt. Denn „persönlich“ bedeutet nichts anderes, als dass der Adressat – geht es nach Wunsch des Absenders – selbst vom Inhalt des Kuverts Kenntnis nehmen mögen, „vertraulich“, dass der Adressat den Inhalt der beigeschlossenen Zeilen für sich behalten möge. Nicht wird damit zum Ausdruck gebracht, dass dem Adressaten das Schreiben als

**Keine "private Information"**

Privatperson zur Kenntnis gelangen soll. Das Schreiben unterlag damit der Amtsverschwiegenheit.

Die in Art. 20 Abs. 2 B-VG normierte Amtsverschwiegenheit kann sowohl vorsätzlich wie fahrlässig verletzt werden. In Betracht kommt dabei sowohl ein Tun als auch ein Unterlassen. Eine Verletzung der Amtsverschwiegenheit durch ein Unterlassen kann auch dadurch erfolgen, dass ein Organwalter Schriftstücke in einem Raum liegen lässt, zu dem auch Personen Zutritt haben, denen gegenüber er zur Verschwiegenheit verpflichtet ist (*Wieser*, aaO Rz 55 bei FN 228). Dies ist im vorliegenden Fall geschehen.

- II. Die VA nimmt dabei keine Kritik daran, dass ein mit dem Vermerk „persönlich“ und „vertraulich“ versiegeltes Schriftstück von der Sekretärin des dem Bürgermeister geöffnet und auch gelesen wurde. Abgesehen davon, dass die Sekretärin als Gemeindebedienstete nach den einschlägigen Bestimmungen der NÖ Gemeindebeamtendienstordnung 1976 (vgl 30 GBDO 1976, LGBl 2400-37) bzw. des NÖ Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetzes (vgl § 4 GVBG 1976, LGBl 2420-41) der Verschwiegenheit unterliegt, ist die Ermächtigung, an den Bürgermeister der Stadt Waidhofen/Ybbs gerichtete und mit dem Vermerk „persönlich“ und „vertraulich“ versehene Schriftstücke zu öffnen und sich von deren Inhalt in Kenntnis zu setzen, schon deshalb nicht zu beanstanden, da nur so in seiner Abwesenheit allfällige Termine rechtzeitig gewahrt und Dispositionen in seinem Sinne getroffen werden können. Beides gehört zum Kernaufgabenbereich einer Sekretärin.
- III. Nicht vermag die VA allerdings zu billigen, dass dieses Schreiben offensichtlich geraume Zeit unversperrt im Büro des Bürgermeisters lag. Selbst wenn das Schreiben nicht - wie die Sekretärin meinte - bereits im November 2000 eingelangt ist, sondern, wie es dem Bürgermeister der Stadt Waidhofen/Ybbs erinnerlich ist, „vermutlich im Jänner 2001 eingelangt ist“, blieb es offensichtlich so lange unversperrt in seinen Amtsräumen, dass Dritte davon Kenntnis erlangt haben.

Da der Bürgermeister der Stadt Waidhofen/Ybbs selbst angab, dieses Schreiben „nur als Information gesehen und darüber auch mit niemanden gesprochen und auch nicht Herr N.N. darüber etwas gesagt“ zu haben, und der Sekretärin kein Vertrauensbruch unterstellt werden soll, können sich diese Dritten nur **eigenmächtig** in Kenntnis dieses Schreibens gesetzt haben.

- IV. Fest steht weiters, dass von diesem Schreiben eine Ablichtung angefertigt werden konnte, welche im Weiteren am 23. Jänner 2001 an der Amtstafel des Magistrats zum Aushang

**Grundrecht auf Datenschutz verletzt**

gelangte, wobei es spätestens zu diesem Zeitpunkt zu einer Verletzung des Grundrechts auf Datenschutz kam, enthält doch das Schreiben vom 13. November 2000 personenbezogene Daten iS § 1 Abs. 1 DSG 2000, an deren Achtung ein nachvollziehbares „schutzwürdiges Interesse“ besteht.

- V. All diese Umstände sind vom Bürgermeister der Stadt Waidhofen/Ybbs in Wahrung seiner Organisationsverantwortung gemäß § 46 Abs. 1 NÖ Stadtrechtsorganisationsgesetz, LGBl. 1026-1, zu vertreten, wobei seinen Ausführungen, dass ihm der Vorfall erst anlässlich seiner Einvernahme „bekannt wurde und Maßnahmen bereits während des laufenden Verfahrens getroffen wurden“, entgegen zu halten ist, dass nach den Angaben einer anderen Auskunftsperson, „es schon vorher immer wieder verschiedene unerklärliche Informationen im Haus gegeben“ hat, sodass nach Meinung der VA jene Sicherungsmaßnahmen, die aus Anlass des gegenständlichen Vorfalls getroffen wurden, bereits zu einem früheren Zeitpunkt gesetzt hätten werden können.

Aus den vorstehenden Gründen war der **Beschwerde** des N.N. **Berechtigung** zuzuerkennen. Die Entscheidung, inwieweit die Erledigung der VA Anlass gibt, mit N.N. ein abschließendes Gespräch zu führen, wurde dem Bürgermeister der Stadt Waidhofen/Ybbs überlassen.

## 10.5 Mangelhafte Beschilderung einer Radroute – Marktgemeinde St. Andrä-Wördern

VA NÖ/300-G/03, Amt der NÖ LReg WST3-6930/196-03

N. N. führte bei der VA Beschwerde über unzulängliche bzw. irreführende Hinweisschilder entlang des nach Klosterneuburg führenden Donauradwegs im Bereich des Greifensteiner Donau-Altarms.

Das volksanwaltschaftliche Prüfverfahren ergab, dass sich auf dem donauseitigen Ufer des Greifensteiner Altarms im Bereich des Donauradwegs auf Privatgrund ein Schild eines Fährbetriebs „Fähre über Klosterneuburg nach Wien“ befand. Da gleichzeitig an dieser Stelle ein reguläres grünes Hinweisschild auf den weiteren Verlauf des über eine (von dort nicht einsehbare) Brücke auch nach Klosterneuburg führenden Radwegs fehlte, wurde insbesondere bei ortsunkundigen Radfahrern der Eindruck erweckt, die Fähre sei die einzige Möglichkeit, über Klosterneuburg nach Wien zu gelangen, was nicht der Fall war.

Auf Ersuchen der Marktgemeinde St. Andrä-Wördern wurde die Tourismusabteilung des Amtes der NÖ Landesregierung als Koordinationsstelle für die Einrichtung überregionaler Radrouten in das Prüfverfahren der VA einbezogen. Dabei stellte sich heraus,

dass die Führung einer Radroute grundsätzlich zunächst auf Empfehlung des Amtes der NÖ Landesregierung erfolgt. Der konkrete Verlauf einer solchen Route durch ein Gemeindegebiet wird von den betroffenen Gemeinden selbst festgelegt.

Dort, wo eine Radroute über Privatgrund führt, schließen die Gemeinden in der Regel privatrechtliche Verträge mit den Grundeigentümern ab, um eine reibungslose Benützung des Radwegs sicherzustellen. Wenngleich sie dabei vom Amt der Landesregierung unterstützt werden, gibt es hiebei mangels gesetzlicher Grundlage offensichtlich einen gewissen Spielraum, etwa was die ausreichende Beschilderung betrifft. Die Aufstellung eines Schildes bedarf nämlich grundsätzlich der Zustimmung des jeweiligen Grundeigentümers.

Laut Tourismusabteilung des Amtes der NÖ Landesregierung ist die gesamte Routenbeschilderung des Donauradwegs überarbeitungsbedürftig und soll in Zusammenarbeit mit den betroffenen Gemeinden und Grundeigentümern spätestens bis zum Beginn der Radfahrsaison 2004 entsprechend adaptiert werden. Dies betrifft auch die mangelhafte Beschilderung des Donauradwegs im Bereich des Greifensteiner Altarms, wo aus der Sicht des Amtes der Landesregierung eine rechtzeitige Information der Radfahrer über ihre Wahlmöglichkeiten anzustreben ist. Da die aufgezeigte Situation als touristisch unbefriedigend anzusehen ist, war der **Beschwerde Berechtigung** zuzuerkennen.

Die VA empfiehlt, die bei der Einrichtung einer überregionalen Radroute notwendigen rechtlichen und organisatorischen Schritte stärker als bisher beim Amt der NÖ Landesregierung zu bündeln und beim Abschluss zivilrechtlicher Benützungsverträge zwischen Gemeinden und privaten Grundeigentümern sicherzustellen, dass die übersichtliche Aufstellung der erforderlichen Hinweisschilder über den Verlauf einer Radroute nicht behindert werden kann.

**Hinreichende Beschilderung wäre sicherzustellen**

## **10.6 Vergabe eines Pachtvertrages - Gemeinde Großdietmanns**

VA NÖ/550-G/02, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-46/037-2003

Herr N.N. wandte sich an die VA und brachte vor, dass durch Anschlag an der Amtstafel der Marktgemeinde Großdietmanns die Wiederverpachtung eines gemeindeeigenen Fischteiches kundgemacht wurde.

Interessenten wurden eingeladen, binnen einer bestimmten Frist ein schriftliches Anbot einzureichen. Die Anbotseröffnung erfolge zum Ablauf der Frist öffentlich.

Die Öffnung der Angebote sei aber letztlich nicht öffentlich, sondern im Zuge einer Gemeinderats-Fraktionssitzung erfolgt.

Zu diesem Zeitpunkt seien lediglich das Angebot des Beschwerdeführers sowie ein weiteres Angebot vorgelegen.

Während der Beschwerdeführer einen konkreten Betrag als Pachtzins angeboten habe, hätte das zweite Angebot einen solchen Pachtzins nicht enthalten.

Die betreffende Gemeinderatsfraktion sei aber mit dem Beschwerdeführer als Pächter nicht einverstanden gewesen und sei zwischen der Öffnung der Angebote und der Gemeinderatssitzung, in der über die Verpachtung entschieden wurde, das Angebot des Beschwerdeführers bekannt geworden.

Es sei daher ein Leichtes gewesen, dass andere Anbieter das vorliegende Angebot des Beschwerdeführers überboten. Eine dieser Personen sei letztlich auch zum Zug gekommen.

Somit sei der Beschwerdeführer, der die Bedingungen der Gemeinde akzeptiert hat, schlechter gestellt als der Bieter, der sich nicht an die von der Gemeinde gesetzte Angebotsfrist gehalten hat, mit dem aber der Pachtvertrag letztlich abgeschlossen wurde.

Die VA konfrontierte die Marktgemeinde Großdietmanns mit diesen Angaben des Beschwerdeführers. In beiden übermittelten Stellungnahmen trat der Bürgermeister der gegenständlichen Darstellung des Vergabevorganges nicht entgegen.

Es wurde lediglich darauf verwiesen, dass das gegenständliche Vergabeverfahren nicht dem NÖ Vergabegesetz unterlag und damit die Gemeinde „ihren Besitz frei von Vorschriften verpachten“ dürfe.

Weiters müsse eine Verpachtung auch nicht unbedingt an den Meistbietenden erfolgen, sondern „aus welchen Gründen immer“ könne auch ein anderer Interessent zum Zug kommen.

Selbst wenn der Beschwerdeführer das Höchstangebot gelegt hätte, könnte es sein, dass er nicht den Zuschlag bekommen hätte, weil auch andere Gründe maßgebend sein können.

Allerdings wurden der VA im konkreten Fall keine solchen Gründe genannt.

Die VA vertritt den Standpunkt, dass, auch wenn im gegenständlichen Fall das NÖ Vergabegesetz nicht anzuwenden war, sich die Adressaten der gegenständlichen Kundmachung, die als „Öffentliche Ausschreibung“ tituliert war, durchaus darauf verlassen konnten, dass die Gemeinde sich an die von ihr darin selbst aufgestellten Vergabebedingungen halten wird.

**Öffentliche Ausschreibung hat sich am Vergabegesetz zu orientieren**

Der Beschwerdeführer konnte daher aus Sicht der VA darauf vertrauen, dass nur Anbieter zum Zug kommen, die ihr Anbot innerhalb der von der Gemeinde gesetzten Frist einbringen und die Öffnung der Anbote in einer für die Öffentlichkeit zugänglichen Weise erfolgen wird.

Die eigenen Vorgaben auch einzuhalten, scheint schon deshalb geboten, da es auch nicht im Interesse der Gemeinde liegen kann, durch eine abweichende Vorgangsweise Raum für die Vermutung einer nicht ausschließlich von sachlichen Gesichtspunkten geprägten Verfügung über im Eigentum der Allgemeinheit stehenden Vermögens zu bieten.

## 10.7 Unterliegen Modellflugplätze dem NÖ Veranstaltungsgesetz ? – Volksanwaltschaft trägt zur Klärung strittiger Rechtsfragen bei

VA NÖ/130-G/03, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-46/035-2003

N.N. führte bei der VA – stellvertretend auch für andere Betroffene – Beschwerde über Lärmbeeinträchtigungen, welche von dem Betrieb eines Modellflugplatzes auf den Grundstücken ..., KG Jetzelsdorf ausgehen. Er legte in diesem Zusammenhang eine vom Modellflugclub X.X. erstellte „Flugplatzordnung“ vor

Bei rechtlicher Prüfung der Angelegenheit erhob sich für die Volksanwaltschaft zunächst die Frage, ob der Modellflugplatz einem Betriebsstättengenehmigungsverfahren nach § 15 NÖ Veranstaltungsgesetz, LGBl. 7070-3, zu unterziehen ist. Ausgehend von der Annahme, dass auf dem Betriebsgelände auch Vorführungen stattfinden, die allgemein zugänglich sind, deutet schon das grundsätzliche Verbot, Personen zu überfliegen, auf ein gefahrensgeeignetes Verhalten, sodass auch die Ausnahme vom Anwendungsbereich des Gesetzes iS § 1 Abs. 3 lit. m Veranstaltungsgesetz nicht vorliegen dürfte.

In seiner Rückäußerung ging das Amt der Niederösterreichischen Landesregierung davon aus, dass der Veranstaltungsbegriff des NÖ Veranstaltungsgesetzes bedinge, dass *“eine Person oder mehrere Personen (Veranstalter) für eine andere Person oder mehrere andere Personen (Publikum, Gäste) etwas zu deren Vergnügen anbietet/en (z.B. Theateraufführungen, Konzert, Kino, Zirkus, Tierschau, Sportwettkampf aber auch Karussell, Autodrom und dergleichen)“*.

Hinzu trete das Erfordernis der Öffentlichkeit, müsse doch die Veranstaltung allgemein zugänglich sein. Diese Kriterien seien bei Modellflügen nicht gegeben. Es fehle an der *„grundsätzlichen Absicht, jemand anderem etwas anzubieten (Beziehung Veranstalter*

**Was ist eine Veranstaltung ?**

**Wann ist diese öffentlich ?**

– *Publikum*)“. Dem gemäß stelle sich auch die Frage der Öffentlichkeit nicht.

Die VA teilte die Auffassung, dass „jemand, der Flüge mit einem Modellflugzeug durchführt, dies **in der Regel** auch allein zum Vergnügen tun“ wird. Sie gab allerdings zu bedenken, dass sich aus der Flugplatzordnung des Modellflugclubs X.X. ausdrücklich ergibt, dass dieser auch Flugvorführungen veranstaltet, zu denen Besucher und Zuschauer eingeladen werden.

Da diese Vorführungen öffentlich zugänglich seien, stelle sich sohin die Frage, ob es sich um „Sportveranstaltungen“ handle. Bejahendenfalls ob diese „ihrer Art nach eine Gefährdung der Zuschauer nicht erwarten lassen“. Derartige Veranstaltungen wären nämlich vom Anwendungsbereich des NÖ Veranstaltungsgesetzes gem. § 1 Abs. 3 lit. m ausgenommen.

Hiezu vertrat die zuständige Fachabteilung beim Amt der Niederösterreichischen Landesregierung die Auffassung, dass „im Falle der Anwendung eines weiten Sportbegriffes, der auch „Geschicklichkeitswettbewerbe“ einbezieht, es sich sehr wohl um „Sport“ handle, bei dem auch auf Grund der inzwischen großen und schweren Modellflugzeuge, deren Beherrschung viel Wissen und Geschick erfordert, auch die Zuschauer gefährdet werden können.

Im Übrigen unterliege eine Modellflugshow selbst dann, wenn es sich um keinen Wettbewerb und damit um keine Sportveranstaltung handle, als Darbietung dem NÖ Veranstaltungsgesetz.

Für die VA bleibt zusammenfassend festzuhalten:

Modellflugplätze unterliegen grundsätzlich nicht dem NÖ Veranstaltungsgesetz. Werden allerdings auf Modellflugplätzen Flugschows abgehalten, die öffentlich, das heißt allgemein zugänglich sind, so unterliegen diese Veranstaltungen einer Bewilligungs- und bzw. Anmeldepflicht nach dem NÖ Veranstaltungsg (mit entsprechenden Betriebsstättengenehmigungsverfahren).

Geklärt werden konnte letztlich, nach ergänzender Einbindung des Verfassungsdienstes beim Amt der NÖ Landesregierung, dass die Frage der Bewilligungsbedürftigkeit von Modellflügen nicht exklusiv in die Bundeszuständigkeit fällt und sämtliche in diesem Zusammenhang zu wahren öffentlichen Interessen vom § 129 Luftfahrtgesetz abgedeckt werden, sondern die Inanspruchnahme einer Regelungskompetenz nach dem Luftfahrtgesetz eine Betrachtung des Sachverhaltes vom Gesichtspunkt des Veranstaltungsrechtes nicht ausschließt.

**Typisierte Betrachtung passt nicht für Flugshows**

**Steuern eines Modellfluggerätes = Sport**

**Anwendungsbereich geklärt**

**Auch Kompetenzfrage geklärt**

## 11 Gewerbe- und Energiewesen

### 11.1 Verfahrensverzögerungen beim Amt der NÖ Landesregierung

Die VA wird alljährlich mit zahlreichen Beschwerden von Nachbarn über Beeinträchtigungen durch gewerbliche Betriebsanlagen befasst. Den nach den Bestimmungen der GewO durchzuführenden Betriebsanlageverfahren kommt für den Nachbarn große Bedeutung zu, weil die Gewerbebehörde in diesem Verfahren die zum Nachbarschaftsschutz notwendigen Auflagen vorzuschreiben hat. Gerade weil der Bewilligungswerber auf Grund der geltenden Rechtslage bereits mit der Genehmigung der Gewerbebehörde die jeweilige Anlage rechtmäßig errichten und betreiben darf, ist aus nachbarlicher Sicht ein rascher Abschluss des Berufungsverfahrens nicht zuletzt deswegen von großer Bedeutung, weil er sich davon bessere Auflagen zum Nachbarschaftsschutz erwartet.

Zwei Fälle von Verfahrensverzögerungen im Bereich des Amtes der NÖ Landesregierung, die sich auch im VA Bericht 2003 an den Nationalrat, Seite 188, finden, seien in diesem Zusammenhang hervorgehoben.

Ein Anrainer einer Diskothek hatte in einem Verfahren zur Erteilung zusätzlicher Auflagen bei der Gewerbebehörde erster Instanz den Einbau einer Innenschallpegelüberwachungsanlage erreicht. Über die dagegen von der Betreiberin eingebrachte Berufung erging erst zwei Jahre später eine Entscheidung. Besonders hervorgehoben sei an dieser Stelle der Zeitraum von 5 Monaten zwischen Einlangen des Berufungsaktes beim Amt der NÖ Landesregierung und Ausschreibung einer Augenscheinsverhandlung, die 7 Monate nach der erstinstanzlichen Entscheidung stattfand. In diesem langen Zeitraum sind somit keinerlei sonstige Verfahrensschritte gesetzt worden. Im weiteren Verfahren ergingen jeweils über Vorschlag des lärmtechnischen Amtssachverständigen Aufträge an die Betreiberin zur Vorlage von messtechnischen Nachweisen. (VA BD 12 WA/02, LAD 1-BI-29/169-00)

Im zweiten Fall waren mehrere Nachbarn Berufungswerber in einem Betriebsanlageverfahren, in dem die Gewerbebehörde erster Instanz die beantragten Änderungen unter Auflagenerteilung genehmigt hatte. Die zuständige Fachabteilung des Amtes der NÖ Landesregierung teilte der VA nach 2 ½-jähriger Anhängigkeit dieses Verfahrens lediglich mit, dass sich der Verfahrensakt zur Gutachtenserstellung beim Amtssachverständigen (geologischen Gutachtens von der Abteilung Baudienst) befinde. Nach Durchsicht des Aktes habe sich ergeben, dass Ergänzungen des erstinstanzlichen Ermittlungsverfahrens erforderlich seien. Die Beibringung dieses Gutachtens, die einen beträchtlichen Zeitraum in

**rasche Erledigung von Berufungen in Betriebsanlageverfahren ist notwendig**

**2jähriges Berufungsverfahren beim Amt der Landesregierung**

**über 3jähriges Berufungsverfahren beim Amt der Landesregierung**

Anspruch nahm, war jedenfalls die einzige Ergänzung des erstinstanzlichen Ermittlungsverfahrens in der mehr als 3-jährigen Dauer des Berufungsverfahrens beim Amt der NÖ Landesregierung. (VA BD 182 WA/02, LAD 1-BI-20/021-99)

In beiden Fällen lag nach Auffassung der VA eine inakzeptable Verschleppung durch die zuständige Fachabteilung vor. Sie zeigt geradezu exemplarisch die Notwendigkeit von zielorientierten Maßnahmen zur Verfahrensbeschleunigung, zu denen auch die Optimierung interner Verwaltungsabläufe gehören mag.

**Beschleunigung der  
Berufungsverfahren  
dringend geboten**

Die Dauer von Verfahren ist aber auch in grundrechtlicher Hinsicht im Lichte des Art. 6 EMRK zu würdigen. Ausgehend von der dazu bestehenden europäischen Spruchpraxis vertritt die VA die Auffassung, dass die in den beiden Fällen festgestellten Umstände die jeweilige Verfahrensdauer nicht rechtfertigten.

**grundrechtliche Würdigung**

## 12 Polizeirecht

Die Verhängung einer in Geld bemessenen Verwaltungsstrafe greift jedenfalls in das Grundrecht auf Eigentum (Artikel 5 des Staatsgrundgesetzes, Artikel 1 Abs. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK) ein. Dieses Grundrecht war im vorliegenden Falle durch die nicht gesetzesgemäße Bestrafung verletzt.

Überdies ist bei der Verhängung einer rechtswidrigen Verwaltungsstrafe auch das Grundrecht auf persönliche Freiheit (B-VG über den Schutz der persönlichen Freiheit, Artikel 5 EMRK) tangiert. Ist nämlich eine Geldstrafe uneinbringlich, hat die Behörde die im Strafbescheid festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe (§ 16 Abs. 1 VStG) zu vollziehen.

Beide Grundrechtseingriffe stehen unter Gesetzesvorbehalt und haben sich durch ein nicht rechtmäßiges Verwaltungshandeln als unzulässig herausgestellt.

### 12.1 Taxilenker soll ärztliche Diagnose erstellen

VA NÖ/90-POL/03, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-46-/047-2003

Ein in St. Pölten ansässiges Taxiunternehmen wandte sich Beschwerdeführend an die VA, weil für die in St. Pölten bestehende Fußgängerzone Ausnahmen vom Fahrverbot in einer praktisch nicht durchführbaren Art aufscheinen würden.

**Fußgängerzone behindert Taxiunternehmen**

Die Verordnung der Fußgängerzone wurde am 10. Juni 1985 im Verordnungswege mit folgender Ausnahme versehen:

„Taxifahrzeugen ist das Befahren der Fußgängerzone zur Beförderung gehbehinderter Personen sowie zur Durchführung einer Ladetätigkeit (§ 62 StVO) gestattet.“

Das Taxiunternehmen verwies auf mehrere, rechtskräftig verhängte Verwaltungsstrafen gegen Taxilenker, die diese Bestimmung angeblich nicht ordnungsgemäß eingehalten hätten.

Die VA leitete ein Missstandsprüfungsverfahren ein, weil diese Verordnung einerseits als rechtswidrig und andererseits als praxisfremd erschienen ist.

Die VA erachtete die Verordnung für rechtswidrig. Das Vorliegen einer „dauernden starken Gehbehinderung“ i.S. § 29b StVO erfordert regelmäßig die Einholung ärztlicher Sachverständigengutachten.

**Mangelnde Determinierung macht Verordnung gesetzwidrig**

Daher kann einem Taxilenker die Beurteilung, ob ein Fahrgast gehbehindert sei oder nicht, nicht zugemutet werden.

Hinsichtlich der Unzweckmäßigkeit der Verordnung wies die VA zunächst darauf hin, dass bei korrekter Auslegung des Verordnungstextes die Abholung eines in der Fußgängerzone befindlichen Gehbehindertenfahrgastes nicht zulässig ist. Als weitere Beispiele für die sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierung wies die VA darauf hin, dass eine Person mit verstauchtem Knöchel sehr wohl in die Fußgängerzone transportiert werden darf, während ein blinder Fahrgast, eine Person mit Asthmaleiden, Eltern mit einem fieberhaft erkrankten Kleinkind usw. zu Beginn der Fußgängerzone das Taxi verlassen und zu Fuß weitergehen müssten.

Der Magistrat der Landeshauptstadt St. Pölten hat daher die Verordnung abgeändert, sodass die Ausnahme von den für die Fußgängerzone geltenden Verkehrsbeschränkungen folgenden Wortlaut aufweist:

„Kraftfahrzeugen des Taxi- und Mietwagengewerbes ist das Befahren der Fußgängerzone jeweils zum Zubringen oder Abholen von Fahrgästen gestattet.“

Auch wenn das Einschreiten der VA erfolgreich war und letztlich zur Behebung des Beschwerdegrundes geführt hat, bleibt die Frage offen, weshalb der Magistrat der Landeshauptstadt St. Pölten nicht schon anlässlich der Durchführung der einschlägigen Verwaltungsstrafverfahren auf die völlige Realitätsferne der damaligen Vorschrift gestoßen ist und von sich aus entsprechende Verbesserungen in die Wege geleitet hat.

## 12.2 Fehlerhafte Kennzeichenablesung bei Geschwindigkeitsmessung

VA NÖ/191-POL/03, Unabhängiger Verwaltungssenat  
Niederösterreich Senat-BN-01-1039/1

Der Besitzer eines Motorrades wandte sich Beschwerde führend an die VA, weil er seiner Meinung nach ungerechtfertigt wegen Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit bestraft worden sei.

Er hatte im Verwaltungsstrafverfahren zwar durch Hinweis auf seine beruflich bedingte Anwesenheit an einem bestimmten Ort ein Alibi angeboten, jedoch war dies für die Verwaltungsstrafbehörde erster Instanz kein ausreichender Entlastungsbeweis.

Wegen verschiedenen, teils dem Beschwerdeführer selbst zuzurechnenden Versäumnissen wurde auch im Berufungsverfahren des Unabhängigen Verwaltungssenats für Niederösterreich der

**Zufahren mit Fahrgast gestattet, Abholen eines Fahrgastes verboten**

**Verordnungsänderung im Sinne des Beschwerdeführers**

**Alibi blieb unberücksichtigt**

Sachverhalt nicht vollständig ermittelt und das erstinstanzliche Straferkenntnis bestätigt.

Im Zuge der Prüfung durch die VA stellte sich heraus, dass die Berufungsbehörde auf Grund des eigenen Fachwissens des verfahrensdurchführenden Mitglieds das anlässlich der Geschwindigkeitsmessung aufgenommene Lichtbild dahingehend bewertete, dass darauf ein Motorrad der Marke BMW mit Boxermotor abgebildet sei.

**Lichtbild zeigte andere Fahrzeugtype**

Da der Beschwerdeführer Zulassungsbesitzer eines Motorrads mit anderer Marke ist und dieses Motorrad überdies nicht mit einem Boxermotor ausgestattet ist, konnte daraus nur mehr der Schluss gezogen werden, dass die die Geschwindigkeitsmessung durchführende Person das Kennzeichen des Fahrzeuges falsch abgelesen oder festgehalten hat.

Die Bestrafung des Beschwerdeführers erwies sich bei diesem Sachverhalt als offenkundig rechtswidrig und es hat der Unabhängige Verwaltungssenat im Land Niederösterreich seinen zuvor erlassenen Berufungsbescheid aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschwerdeführer eingestellt.

**UVS behebt amtswe-  
gig den Strafbescheid**

### **12.3 Unhaltbarer Vorwurf einer Alkoholbeeinträchtigung**

VA NÖ/276-POL/03, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-46/066-2003

Die Bezirkshauptmannschaft St. Pölten hielt in einem an einen niederösterreichischen Autofahrer ergangenen Straferkenntnis fest, er habe zu einem näher bezeichneten Zeitpunkt sein Fahrzeug in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt, wobei der Atemluftalkoholgehalt zur Tatzeit 2,3 Promille betragen habe. Eine dagegen erhobene Berufung wurde als verspätet zurückgewiesen und ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abschlägig beschieden.

**2,3 Promille Alkohol in  
der Atemluft?**

Die VA nahm Einsicht in den Bezug habenden Verwaltungsstrafakt, der mit einer Anzeige des Gendarmeriepostens Kapellen beginnt. In dieser Anzeige wird zunächst ein vom Beschwerdeführer verursachter Verkehrsunfall mit Sachschaden beschrieben, den dieser nicht sofort gemeldet haben soll. Weiters ist darin festgehalten, dass eine mit Alkomat durchgeführte Messung des Atemluftalkoholgehalts Werte von 0,49 mg/l und 0,50 mg/l ergeben hat. Hinsichtlich dieser Messwerte gab der Beschwerdeführer damals sofort an, er habe nach dem Unfall alkoholische Getränke zu sich genommen („Nachtrunk“).

**Alkomatmessung  
nach verspäteter Mel-  
dung eines Verkehrs-  
unfalles**

Das nicht rechtzeitige Melden des Verkehrsunfalls und der Nachtrunk führten zu einer Strafverfügung, die der Beschwerdeführer unbekämpft gelassen hat. Hinsichtlich des Alkoholdelikts erließ die Bezirkshauptmannschaft St. Pölten am 23. November 2001 ein Straferkenntnis. Über den Beschwerdeführer wurde eine

**ATS 17.600.- Strafe**

Geldstrafe in der Höhe von ATS 17.600.- verhängt. Als Begründung zur Tatfrage wurde lediglich ausgeführt:

„Auf Grund der eindeutigen und durchaus schlüssigen Angaben des Meldungslegers sieht die Behörde keine Veranlassung, an der Richtigkeit der angezeigten Sachverhaltsdarstellung zu zweifeln.“

Auffällig ist zunächst die im Straferkenntnis enthaltene Verbindung des Begriffes „Atemluftalkoholgehalt“ mit dem Begriff „Promille“. Der Anteil von Alkohol in der Atemluft wird aber richtigerweise mit Milligramm pro Liter angegeben, während eine Promille-Angabe in Verbindung mit dem Blutalkoholgehalt üblich ist.

Aktenmäßig ergibt sich auch kein Hinweis darauf, in welcher Weise die Behörde auf den Wert von 2,3 Promille gekommen sein könnte. Ein handschriftliches „Gekritzelt“ auf einer Beilage zur Anzeige lässt keinerlei Rückschlüsse auf allenfalls durchgeführte Berechnungen zu und kann auch keinem bestimmten Behördenorgan zugeordnet werden. Auch ist nicht ersichtlich, in welcher Weise der Angabe des Beschwerdeführers über einen behaupteten Nachtrunk nachgegangen worden sei. Zwischen dem Unfallzeitpunkt (der gleichzeitig als Tatzeit des alkoholbeeinträchtigten Lenkers angenommen wurde) und der Messung des Atemluftalkoholgehalts ist ein überaus langer Zeitraum gelegen, weil der Unfallzeitpunkt mit ungefähr 21.00 Uhr aktenkundig ist und die Messung um 9.33 bzw. 9.34 Uhr des Folgetages erfolgt ist.

Schon allein dieser lange Zeitraum zwischen Lenken des Fahrzeuges und Messung hat grundlegende Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Bestrafung geweckt, weil verwertbare Ergebnisse einer Atemluftalkoholmessung eine zeitliche Nahebeziehung zum Lenken des Fahrzeuges erfordern. Auch ein erst nach Erlassung des Straferkenntnisses verfasster Bericht der Amtsärztin der Bezirkshauptmannschaft St. Pölten weist auf die sehr lange Zeitspanne zwischen Tat- und Messzeitpunkt hin und kommt daher zum Ergebnis, dass „eine Rückrechnung unter diesen Umständen (sehr lange Zeitspanne zwischen dem Tat- und Messzeitpunkt, unklare Konsumbedingungen) relativ fragwürdig ist“.

Die VA konnte daher davon ausgehen, dass ein Nachweis des alkoholbeeinträchtigten Lenkers eines Fahrzeuges nicht erbracht werden konnte und daher die in Prüfung stehende Bestrafung offenkundig rechtswidrig erfolgte.

Die daraufhin kontaktierte Bezirkshauptmannschaft St. Pölten ist der Argumentation der VA umgehend gefolgt und hat das Straferkenntnis nach § 52a des Verwaltungsstrafgesetzes wegen offenkundiger Rechtswidrigkeit aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

Auch die führerscheinrechtlichen Maßnahmen, die mit Verhängung einer derartigen Verwaltungsstrafe verbunden sind, wurden schließlich eingestellt.

**Begriffsverwirrung bei  
Bezirkshauptmannschaft**

**Tatzeit 21 Uhr, Messung  
am Folgetag nach 9 Uhr**

**Amtsarzt erst nach  
Erlassen des Straferkenntnisses  
herangezogen**

**Alkoholisierung nicht  
beweisbar**

**Einschreiten der VA  
bewirkt Bescheidhebung**

Eine plausible Erklärung für die von der VA als eklatant zu bezeichnende rechtliche Fehlleistung der Bezirkshauptmannschaft St. Pölten ließ sich nicht finden.

**Eklatante Fehlleistung  
der BH St. Pölten**

## 12.4 Fahrerflucht – Unterlassen einer individuellen Strafbemessung

VA NÖ/364-POL/02, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-38/104-2002

Eine Beschwerdeführerin wandte sich wegen einer Verkehrsstrafe hilfesuchend an die Volksanwaltschaft. Die Bezirkshauptmannschaft Horn verhängte eine Geldstrafe, da die Beschwerdeführerin bei einem Verkehrsunfall nicht sofort angehalten und die nächste Polizei- oder Gendarmeriedienststelle vom Verkehrsunfall verständigt hatte. Die Beschwerdeführerin hielt die Höhe der Strafe für ungerechtfertigt, da sie sich der „Fahrerflucht“ nicht bewusst gewesen sei und von der Beschädigung eines anderen Fahrzeuges beim Ausparken gar nichts bemerkt habe.

**Höhe einer Verkehrsstrafe traf Pensionistin hart**

Da der Vorfall durch eine Zeugenaussage bestätigt wurde und die Beschwerdeführerin darüber hinaus ein Geständnis abgelegt hatte, konnte die Volksanwaltschaft in der Bestrafung selbst keinen Missstand in der Verwaltung feststellen. Die vorgelegten Unterlagen ließen allerdings darauf schließen, dass auf die individuellen Einkommensverhältnisse der Beschwerdeführerin keine Rücksicht genommen wurde. Als gesetzlicher Strafraum für das der Beschwerdeführerin vorgeworfene Delikt des nicht sofortigen Anhaltens sind € 36 bis € 2.180, für jenes des Nichtmeldens des Verkehrsunfalls bis € 726 vorgesehen. Der Bezirkshauptmann teilte in einer Stellungnahme dazu mit, dass *„das Delikt „Fahrerflucht“ grundsätzlich als sehr verwerflich einzustufen [ist], weshalb bei derartigen Übertretungen grundsätzlich die Strafhöhe wie in diesem Fall mit € 218,-- bis € 145,-- festgesetzt wird.“*

**619,30 € Strafe bei  
290 € Monatseinkommen**

Aus Sicht der Volksanwaltschaft ist der Unrechtsgehalt des Deliktes bereits in der Höhe der Strafandrohung verankert. Die vom Bezirkshauptmann vertretene Meinung, dass die Strafhöhe bei derartigen Übertretungen „grundsätzlich wie in diesem Fall“ festgelegt wird, ließ darauf schließen, dass § 19 Abs. 2 letzter Satz VStG bei der Beschwerdeführerin – möglicherweise aber auch bei anderen ähnlichen Fällen – unberücksichtigt geblieben ist. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind aber bei der Bemessung von Geldstrafen jedenfalls zu berücksichtigen. In diesem Sinne ersuchte die Volksanwaltschaft den Landeshauptmann um aufsichtsbehördliche Beurteilung.

**Individuelle Strafbemessung unterblieb völlig**

Dieser schloss sich offensichtlich der Rechtsmeinung der Volksanwaltschaft an und teilte mit, dass das Straferkenntnis gemäß § 52 a VStG entsprechend den Einkommensverhältnissen

der Beschwerdeführerin abgeändert wurde. Der von der Beschwerdeführerin insgesamt zu bezahlende Betrag (einschließlich Verfahrenskosten) wurde von € 619,30 auf € 200,20 reduziert. Die Volksanwaltschaft geht davon aus, dass dieser Einzelfall zu einem Umdenken bei der Behörde und Abänderung der bisher üblichen Vorgangsweise – im Hinblick auf künftigen Fälle - führt.

**Strafbetrag durch Einschreiten der VA erheblich reduziert**

Aus grundrechtlicher Sicht ist festzuhalten, dass das Recht auf gleiche Behandlung besteht, da an gleiche Tatbestände – von sachlichen Differenzierungen abgesehen - grundsätzlich gleiche Rechtsfolgen zu knüpfen sind. Das Recht auf eine individuelle Strafbemessung ist jedem Beschuldigten in gleicher Weise eingeräumt und daher auch entsprechend anzuwenden. Durch die unangemessen hohe Strafe wurde auch in die verfassungsgesetzlich gewährleistete Unverletzlichkeit des Eigentums – die Beschwerdeführerin hätte einen höheren Strafbetrag als ihr Monatseinkommen zu bezahlen gehabt – eingegriffen.

**Grundrechtliche Würdigung**

## 12.5 Fehlerhafte E-Mail-Adresse

VA NÖ/416-POL/03, Bezirkshauptmannschaft Lilienfeld, 1-BH

Im Zuge eines Verwaltungsstrafverfahren hat ein Beschwerdeführer sowohl auf Schreiben einer niederösterreichischen als auch einer steirischen Landesbehörde die Angabe einer unrichtigen E-Mail-Adresse der Behörden bemerkt und in einer an die VA gerichteten Beschwerde die Vermutung geäußert, diese Behörden würden absichtlich den Schriftverkehr per E-Mail erschweren wollen.

**Erschwert Behörde absichtlich e-mail-Verkehr?**

Für den Bereich des Landes Niederösterreich (hier war die BH Lilienfeld betroffen) stellte sich heraus, dass ein dort verwendeter veralteter Nadeldrucker das Trennzeichen @ nicht richtig umsetzen konnte und stattdessen das Paragraphenzeichen (§) in der E-Mail-Adresse auf dem Briefpapier der BH ausdrückte. Dadurch wurde es dem Beschwerdeführer verunmöglicht auf elektronischem Weg die Verwaltungsstrafbehörde zu kontaktieren.

Dieser Mangel wurde nach bekannt werden durch Austausch des veralteten Druckers umgehend behoben. Darüber hinaus wurden alle NÖ Bezirkshauptmannschaften von der Landesamtsdirektion angewiesen allfällige untaugliche Nadeldrucker auszutauschen.

**Druckerprobleme behoben**

Die Volksanwaltschaft erkannte daher der Beschwerde Berechtigung zu.

## 12.6 Falsch abgelesenes Kennzeichen führt zu Bestrafung eines unschuldigen Autofahrers

VA NÖ/539-POL/02, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-38/112-2002

Die Bezirkshauptmannschaft Gänserndorf bestrafte eine Autofahrerin wegen Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit. Gegen die Strafverfügung erhob die Beschwerdeführerin verspätet Einspruch. Im Instanzenzug wurde zwar die Zurückweisung des Einspruchs wegen Verspätung bestätigt, jedoch war die Bezirksverwaltungsbehörde auf die inhaltlich vorgebrachten Argumente der Beschwerdeführerin, zwischen dem in der Anzeige genannten Fahrzeug und dem auf sie zugelassenen Fahrzeug würden sowohl hinsichtlich der Farbe als auch der Type erhebliche Unterschiede bestehen, nicht näher eingegangen.

**Falsch abgelesenes  
Kennzeichen**

Erst durch das Einschreiten der VA konnte erreicht werden, dass die Bezirkshauptmannschaft Gänserndorf die Strafverfügung wegen offenkundiger Rechtswidrigkeit aufgehoben und das Verfahren eingestellt hat.

Der Grund der (berechtigten) Beschwerde konnte somit behoben werden, jedoch bleibt der VA die kritische Anmerkung, dass die Behörde auch von sich aus in der Lage gewesen wäre, die Rechtswidrigkeit der Bestrafung selbst zu erkennen, um nicht erst auf das Einschreiten der VA zu warten, um den offenkundig rechtswidrigen Strafbescheid zu beheben. Auch die von der VA in deren Prüfverfahren kontaktierte Aufsichtsbehörde, die Niederösterreichische Landesregierung, hat dieses Versäumnis nicht aufgegriffen.

**Ohne Einschreiten der  
VA wäre rechtswidrige  
Bestrafung aufrecht  
belassen worden**

## 13 Schulwesen

### 13.1 Schulgeldzahlung für sprengelfremden Schulbesuch

VA NÖ/183-SCHU/03, NÖ LReg Onodi-GDE-105/011-2003

Eine Familie aus Pottendorf erachtete sich in Sachen Schulgeldzahlung für beschwert und hat sich deswegen an die Volksanwaltschaft gewandt.

Ausgelöst wurde der Fall dadurch, dass der Sohn der beschwerdeführenden Eltern nicht die sprengelzuständige Sporthauptschule (SHS) in Bad Vöslau besuchen wollte, sondern jene in Wiener Neustadt.

Da die Beschwerdeführer ihren Antrag zum Einen mit der wesentlich günstigeren Verkehrsanbindung nach Wiener Neustadt, zum Andern damit begründeten, dass nur dort der moderne Fünfkampf unterrichtet werde, die mit dem sprengelfremden Schulbesuch verbundenen Vorteile die bei der Schulsprengelfestsetzung berücksichtigten Interessen also überwogen, sowie weder Klassenzusammenlegung noch Unterschreitung der Klassenschülermindestzahl bei der sprengelmäßig zuständigen Schule, noch eine Klassenteilung in der sprengelfremden Schule eintraten, wurde der Wechsel vom Bürgermeister der Gemeinde Pottendorf nicht untersagt.

**Gute Gründe für sprengelfremden Schulbesuch**

Der Schulerhaltungsbeitrag für den Besuch der SHS in Wiener Neustadt erwies sich allerdings um 605 € teurer als jener für den Besuch der SHS in Bad Vöslau, sodass der Bürgermeister von Pottendorf auf die Idee verfiel, die Verpflichtungserklärung von der schriftlichen Zusicherung des Beschwerdeführers, der Gemeinde den Differenzbetrag in Höhe von 605,- € zu erstatten, abhängig zu machen.

**Gemeinde lässt sich für Verpflichtungserklärung bezahlen**

Im durchgeführten Prüfungsverfahren stellte die VA fest, dass diese Vorgehensweise als rechtswidrig zu qualifizieren ist. Gemäß § 5 Schulorganisationsgesetz, BGBl 242/ 1962, § 14 Abs 1 PflErhGG, BGBl 163/1955 sowie § 11 NÖ Pflichtschulgesetz ist der Besuch öffentlicher Pflichtschulen unentgeltlich.

**Rechtswidrige Vorgehensweise**

Es verfängt dabei nicht, dass sich die Gemeinde damit zu verantworten versucht, „ohnedies nur jenen Betrag, der über den für die Sporthauptschule Bad Vöslau geltenden Schulerhaltungsbeitrag hinausgeht, zu refundieren“, denn der Grundsatz der Schulgeldfreiheit gilt auch beim Besuch sprengelfremder, öffentlicher Pflichtschulen.

**Untauglicher Rechtfertigungsversuch der Gemeinde**

Auch der Auffassung, „dass sich die Eltern freiwillig bereit erklären, diesen Beitrag zum Schulerhaltungsbeitrag zu leisten“, kann nicht näher getreten werden, weil die Gemeinde die Abgabe der

Verpflichtungserklärung ausdrücklich von dieser Vorleistung abhängig machte und weil eine derartige Bereitschaft andererseits auch nichts an der gesetzlich garantierten Unentgeltlichkeit des Pflichtschulwesens zu ändern vermag.

Die Volksanwaltschaft sieht darin einen Verwaltungsmissstand, dass die Gemeinde ohne gesetzliche Grundlage „Schulgeld“ verlangte. Die Volksanwaltschaft ist der Ansicht, dass der abgeschlossene „Vertrag“ § 879 ABGB widerspricht und deswegen nichtig ist. Der Beschwerdeführer hat auch umgehend jede Zahlung an die Gemeinde eingestellt und hat nach Ansicht der Volksanwaltschaft einen Anspruch auf Rückerstattung der bereits bezahlten Beträge.

**Nichtiger Vertrag**

Auswirkungen für den Schulbesuch des Sohnes ergeben sich nicht, weil gemäß § 3 Abs 8 Schulunterrichtsgesetz die einmal erfolgte Aufnahme für alle an der betroffenen Schule geführten Schulstufen der selben Schulart bis zur Beendigung des Schulbesuchs gilt.

**Schulbesuch weiterhin gesichert**

Im konkreten Fall fordert die Volksanwaltschaft die Rückerstattung der zu Unrecht bezahlten Beträge. Dieser Fall wird auch zum Anlass genommen, um erneut auf das starre und nicht zeitgemäße System der verbindlichen Schulsprengleiteilung hinzuweisen.

**Verbindliche Schulsprengel nicht zeitgemäß**

Darüber hinaus liegt auch eine Verletzung des Gleichheitssatzes vor, nach dem die Behörden an gleiche Tatbestände nur gleiche Rechtsfolgen zu knüpfen haben. Da Schulgeldzahlungen in Österreich grundsätzlich nicht vorgesehen sind, ist der Vertragsabschluss, der die Erstattung des überschießenden Schulerhaltungsbeitrages vorsah, nicht zu rechtfertigen.

## 13.2 Direktor ohne Schule

VA NÖ/186-SCHU/02, Amt der NÖ LReg LAD1-BI-38/048-2002

Mit der Beschwerde, mit 38 Jahren rechtswidrig in den zeitlichen Ruhestand versetzt worden zu sein, wandte sich der Direktor der Musikschule Purgstall bereits im Jahr 1993 an die Volksanwaltschaft.

**Pensionierung mit 38 Jahren**

Die Gemeinde versuchte, den dreifach geprüften Musikschuldirektor – koste es, was es wolle – loszuwerden. Dazu löste sie zunächst die Schule 1991 per Gemeinderatsbeschluss auf und versetzte den Beschwerdeführer – da weder eine Weiterverwendung als Musiklehrer der Marktgemeinde noch eine Überstellung auf einen Dienstposten eines anderen Dienstzweiges mangels freier Dienstposten möglich sei – mit Bescheid in den Ruhestand. Kurze Zeit später beschloss der Gemeinderat, gemeinsam mit der Gemeinde Bergland, die Gründung des „Musikschulverbandes Erlauftal“ ab 1. Jänner 1992 und bis dahin den Betrieb eines „provisorischen Musikschulverbandes“, dessen übergangsweise Leitung

**Gemeinde löst Musikschule auf und überträgt Leitung des provisorischen Musikschulverbandes dem bisherigen Bürgermeister**

dem Bürgermeister der schulauflösenden Gemeinde übertragen wurde.

Da der Beschwerdeführer dagegen den Verwaltungsgerichtshof anrief, war ein Aufgreifen durch die Volksanwaltschaft wegen Anhängigkeit der Sache bei einem Höchstgericht zum damaligen Zeitpunkt nicht möglich.

Der Verwaltungsgerichtshof hob mit Erkenntnis vom 28. September 1993 zu 92/12/0109 den Bescheid der Marktgemeinde Purgstall wegen Rechtswidrigkeit auf, weil der Beschwerdeführer mit der Leitung des „provisorischen Musikschulverbandes“ schon aus Gründen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Verwaltung hätte betraut werden müssen.

Nach dem Beitritt der Gemeinde zum „Musikschulverband Erlauftal“ wurden Lehrer und Schüler der ehemaligen Musikschule Purgstall der neuen Musikschule eingegliedert. Zum Teil fanden Lehrer Verwendung, die über keine Lehrbefähigung verfügten, die neue Schulleiterstelle wurde ohne Ausschreibung vergeben.

Um dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes formell zu entsprechen, wurde vom Landesschulrat für Niederösterreich mit Bescheid vom 30. März 1994 die Meldung der (Neu-)Errichtung der „Musikschule Purgstall“ und die Bestellung des Beschwerdeführers als Leiter (und einzigem Lehrer) an dieser Musikschule bewilligt. Der Einschreiter ist seither nicht nur der einzige Lehrer der „Musikschule Purgstall“, sondern gleichzeitig auch sein eigener Direktor. Mangels geeigneter Räumlichkeiten muss der „Unterricht“ im Trauungssaal der Marktgemeinde stattfinden.

Mit Schreiben vom 22.6. 1993 bot die Gemeinde Purgstall anderen Gemeinden die „Leistungen“ des Beschwerdeführers „gegen Kostenersatz“ an. Ohne gesetzliche Grundlage erteilte hierauf der Bürgermeister von Purgstall dem Beschwerdeführer die Weisung, als Lehrer innerhalb des Musikschulverbandes zu arbeiten und neben seiner nunmehrigen Stammschule die halbe Lehrverpflichtung in Petzenkirchen, der Schule, die er ursprünglich aufgebaut hatte, zu erfüllen. Die VA leitete abermals ein Prüfverfahren ein.

In der Sendung „Volksanwalt – Gleiches Recht für Alle“ vom November 2002 scheiterte der Versuch, eine einvernehmliche Lösung herbeizuführen am Widerstand des Bürgermeisters. Ein „runder Tisch“, den das zuständige Mitglied der Landesregierung im Anschluss an die Sendung einberief, führte nur insoweit zu einem Ergebnis, als weitere Versuche, den Beschwerdeführer per rechtswidriger Weisung an andere Schulen zu „verleihen“ unterlassen wurden.

Auf die Bedenken der VA, ob die Führung zweier Musikschulen dem Erfordernis des sparsamen und zweckmäßigen Einsatzes finanzieller Mittel entspreche, teilte die Abteilung Kultur und Wissenschaft des Amtes der NÖ Landesregierung mit, dass der „NÖ Musikschulplan nur eine Schule für den Standort Purgstall an der

**Prüfung durch VA wegen damaliger Gerichtsanhängigkeit nicht möglich**

**VwGH hebt Pensionsbescheid auf**

**Mangelnde Qualitätsanforderungen in neuer Schule**

**Um VwGH-Erkenntnis zu entsprechen, errichtet Gemeinde Musikschule mit Beschwerdeführer als einzigem Lehrer und Direktor**

**VA leitet Prüfverfahren ein**

**Einigung scheidet am Widerstand des Bürgermeisters**

**Geldmittel weder sparsam noch zweckmäßig eingesetzt**

Erlauf, nämlich den Musikschulverband vorsieht“. Die Frage, warum die Gemeinde Purgstall eine zweite Musikschule unterhalte, stehe mit dem verlorenen Arbeitsrechtsprozess in Verbindung und könne „nicht bewertet“ werden.

Die VA sieht in dem Umstand, dass der Beschwerdeführer bei vollem Gehalt lediglich 16(!) Wochenstunden unterrichtet, obwohl er selbst voll leistungsfähig und leistungswillig wäre, einen eklatanten Missstand in der Verwaltung, da von einem sparsamen und zweckmäßigen Einsatz finanzieller Mittel wahrlich nicht gesprochen werden kann.

Die VA ist bestrebt, für den Beschwerdeführer eine angemessene Verwendung zu finden. Die VA beabsichtigt auch an den Landeshauptmann von NÖ heranzutreten um eine Verwendung des sehr qualifizierten Beschwerdeführers im Landesdienst anzuregen.

**Grundsatz der Sparsamkeit sowie Zweckmäßigkeit der Verwaltung gröblich verletzt!**

**Vernünftige Lösung angestrebt**

### 13.3 Amtshaftungsklage wegen sprengelfremden Schulbesuchs

VA NÖ/436-SCHU/03

In wiederholten **Berichten an National- und Bundesrat** über die **Jahre 1996, 1997, 1998, 2000** sowie im **14. und 15. Bericht an den Niederösterreichischen Landtag** über die **Jahre 1994 und 1995, S. 99f**, berichtete die VA bereits über Probleme im Zusammenhang mit der unflexiblen Schulsprengelteilung nach dem Territorialitätsprinzip.

**Sprengelteilung nicht mehr zeitgemäß**

Einen besonders **gravierenden** Fall behandelte die VA im **20. und 21. Bericht** der Jahre **2000 und 2001** an den **Niederösterreichischen Landtag** sowie im **Bericht des Jahres 2001 an National- und Bundesrat**, der durch die Fernsehsendung „Volksanwalt – Gleiches Recht für Alle“ auch einer breiteren Öffentlichkeit bekannt wurde.

**Gravierender Fall**

In der Gemeinde **Paudorf** in Niederösterreich waren die Kinder zweier allein erziehender berufstätiger Mütter aus einer anderen Gemeinde polizeilich gemeldet worden. Der Schulleiter der Volksschule in Paudorf nahm diese Schüler im Schuljahr 2000/02 in die Volksschule auf, ohne eigens nachzuforschen, ob sie auch tatsächlich in der Gemeinde wohnen, d.h. nächtigen. Dies veranlasste den Bürgermeister, dem Schulleiter eine Klage in damaliger Höhe von 100.000,- Schilling anzudrohen und ihn bei Schule und Bezirksverwaltungsbehörde anzuzeigen; die Anzeigen wurden in der Folge jedoch zurückgelegt.

**Streit, weil Direktor sprengelfremde Kinder aufnahm**

Bei der **Paudorfer Schule** handelt es sich um eine Volksschule mit musikalischem Schwerpunkt, die in den Jahren 1997 und 2000 zur besten Lernstätte der Sechs- bis Zehnjährigen in Niederösterreich gewählt wurde. Außerdem rief der rührige Schuldirektor den

**Beispielhaftes Schulprojekt**

Verein „Kindernest“ ins Leben, der erstmals eine umfangreiche Nachmittagsbetreuung direkt in der Schule ermöglicht und dadurch 76 Kindern aus Paudorf und Umgebung bis 17 Uhr ein zweites „Zuhause“ bieten kann. – Für die Schulbenützung fordert der Bürgermeister alsbald vom Verein „Kindernest“ einen anteiligen Schulerhaltungsbeitrag in Höhe von € 7.300,--.

Im Schuljahr 2002/03 nahm der Schulleiter wieder ein Kind einer Nachbargemeinde auf, von dem er allerdings annahm, dass es nach Paudorf zuständig sei.

Die oben erwähnte ORF-Sendung, die ausführlichen Niederschlag in den Medien fand, sowie die beiden angeführten Berichte an NÖ Landtag sowie National- und Bundesrat verfehlten ihre Wirkung nicht, sodass sich der Bürgermeister am 12. Dezember 2002 endlich entschloss, das „Kriegsbeil zu begraben“: In Gegenwart eines Mitglieds der NÖ Landesregierung einigten sich der Bürgermeister seitens der Gemeinde und der Beschwerdeführer seitens der Volksschule dahingehend, sprengelfremde Kinder künftig nur mehr im wechselseitigen Einverständnis aufzunehmen. – Der jahrelange Streit schien damit ein gütliches Ende zu nehmen

**Vereinbarung sollte Streit beenden**

Ohne neuen Anlass behauptete der Bürgermeister im Frühjahr 2003 unvermittelt, die Gemeinde werde als Schulerhalter durch den, in seinen Augen, unberechtigten Schulbesuch eines – schon im September aufgenommenen – sprengelfremden Kindes geschädigt.

**Bürgermeister geht wiederum gegen Beschwerdeführer vor**

Er begründete dies damit, dass die Wohngemeinde des Schülers Paudorf gegenüber keine Verpflichtungserklärung zur Leistung des Schulerhaltungsbeitrags abgegeben hatte und die Aufnahme von Schülern unwiderruflich sei, sohin der Gemeinde Paudorf durch die zusätzlich nötigen Schulaufwendungen ein Schaden von jährlich € 872,-- entstehe.

**Jährlichen Schaden mit € 872,-- beziffert**

Dem Schulleiter warf er vor, den Schüler – obwohl er wusste oder hätte wissen müssen, dass **Wohnen** auch das **Nächtigen** umfasse – wider besseres Wissen als zur Gemeinde gehörig aufgenommen und dadurch die Gemeinde vorsätzlich geschädigt zu haben.

**Wohnen umfasst auch Nächtigung**

Die Volksanwaltschaft leitete abermals ein Prüfverfahren ein:

Obwohl er damit eindeutig gegen die gerade erst geschlossene Vereinbarung verstieß (was zwischenzeitlich auch vom damals anwesenden Mitglied der Landesregierung bestätigt wurde), klagte der Bürgermeister im Wege der **Amtshaftung** die **Republik** (die ihrerseits dem Beschwerdeführer den Streit verkündete) auf Zahlung des ihm angeblich durch den Beschwerdeführer entstandenen Schadens beim Landesgericht Krems zu 27 Cg 38/03g ein.

**Bürgermeister verkündet Streit**

Da das NÖ Pflichtschulgesetz in Vollziehung Landes- bzw. Gemeindesache ist, ist nicht davon auszugehen, dass der Schulleiter als Organ für die Republik gehandelt haben könnte, sodass die Amthaftungsklage gegen den Bund nahezu absurd erscheint. Zudem dürfte die Klage nicht durch einen Gemeinderatsbeschluss gedeckt sein, was die VA an anderer Stelle überprüft.

**Mutwillige Klagsführung**

Unabhängig davon wäre der Wechsel an eine sprengelfremde Schule stets von den Eltern des Schulpflichtigen bei der Bezirksverwaltungsbehörde der Wohnsitzgemeinde zu beantragen, die dazu auch die Stellungnahme des Leiters der sprengelfremden Schule einzuholen hätte. Da eine diesbezügliche Anfrage von der Bezirkshauptmannschaft an ihn jedoch nie herangetragen wurde, durfte der Beschwerdeführer den aufzunehmenden Schüler zweifellos als sprengelangehörig ansehen, so dass er sich mit der damals noch polizeilichen Meldebestätigung und dem Bericht von Augenzeugen, wonach das Kind im Ort wohne, begnügen konnte.

**Klage ohne Gemeinderatsbeschluss?**

Jede andere Auffassung hätte zu bedeuten, dass ein Schulleiter von Gesetz wegen verpflichtet wäre, Ermittlungen vor Ort anzustellen, ob bei der Gemeinde gemeldete Schüler auch tatsächlich die Nacht im Gemeindegebiet verbringen. Den einschlägigen Bestimmungen ist eine solche Vorschrift jedoch nicht zu entnehmen.

**Keine Verpflichtung für Schulleiter, eigene Ermittlungen anzustellen**

Da es auf die Tatsache des Wohnens und nicht auf die Erfüllung einer den Gemeinden übertragenen Meldevorschrift ankommt, obliegt es vielmehr dem *Schulerhalter*, darüber Erhebungen anzustellen. Schulerhalter ist aber die *Gemeinde* und nicht der Schulleiter.

**Obliegenheit des Schulerhalters**

Der jüngste – schon als grotesk anzusprechende – Fall zeigt einmal mehr, wie berechtigt die wiederholt geäußerte Auffassung der VA ist, die vorhandene Sprengelteilung als nicht mehr zeitgemäß zu überdenken, damit Sprengelstreitigkeiten nicht weiter auf dem Rücken von Schulkindern, Eltern und engagierten Pädagogen ausgetragen werden können!

**Sprengelteilung neu überdenken!**

Auf Grund des Umstandes, dass die Gemeinde versuchte, in ihre Zuständigkeit fallende Obliegenheiten auf den Schuldirektor abzuwälzen, bürdete sie ihm damit Verpflichtungen auf, die gesetzlich gar nicht vorgesehen sind. Die willkürliche Beschreitung des Rechtswegs in Form der Amthaftungsklage kommt aus der Sicht der VA der Verletzung des Gleichheitssatzes sehr nahe.

## 13.4 Schulbehörde mobbt Schüler

VA NÖ/644-SCHU/02

Eine erziehungsberechtigte Großmutter hat sich für den in ihrer Obhut stehenden Enkel, einem Schüler der HS Hohenau, beschwerdeführend an die Volksanwaltschaft gewandt.

Über Antrag der Leiterin der Hauptschule Hohenau, sprach der Bezirksschulinspektor (BSI) des Bezirksschulrates (BSR) Gänserndorf am 3.10. 2002 bescheidmäßig die Suspendierung des Schülers mit der Begründung aus, es liege „Gefahr in Verzug“ vor und kündigte gleichzeitig die Einleitung eines Ausschlussverfahrens an.

**Gefahr in Verzug?**

Das von der Beschwerdeführerin dagegen fristgerecht erhobene ordentliche Rechtsmittel der Vorstellung (von ihr unzutreffend als „Einspruch“ bezeichnet) wies der BSI am 15.10. 2002 mit der Begründung zurück, dass ein „Einspruch“ gegen die Suspendierung „nicht möglich“ sei, erklärte aber gleichzeitig, dass das im Bescheid angekündigte Ausschlussverfahren nur erfolge, wenn ein solches Verfahren von der Erziehungsberechtigten „gewünscht“ werde.

**Einleitung eines Ausschlussverfahrens nur „auf Wunsch“ der Beschwerden**

Auf Vorschlag des genannten BSR wurde der Schüler, dessen Zeugnisse durchschnittliche Noten aufweisen, zunächst in die Landessonderschule (Heilpädagogische Klasse) Hinterbrühl aufgenommen, nach kurzer Zeit von der erziehungsberechtigten Großmutter (die selbst Lehrerin gewesen war) jedoch wieder herausgenommen, da sie die dortige Beschulung für nicht zweckmäßig erachtete. Der Schüler wurde mit 1.11. 2002 der Sonderschule Gänserndorf zugewiesen. Durch einen von der Bezirksschulinspektorin (BSIn) unterfertigten Bescheid vom 16.12. 2002 wurde er auch dort vom weiteren Besuch der Schule ausgeschlossen.

**Durchschnittlich begabter Schüler**

Im Prüfungsverfahren der Volksanwaltschaft kam hervor, dass der Bescheid des BSR Gänserndorf vom 3.10. 2002 – entgegen der Bestimmung des § 58 Abs 2 AVG – nicht begründet war, sondern es bei der bloßen Behauptung bewenden ließ, dass „Gefahr in Verzug“ vorliege. Welche Gefahr von welchem Verzug konkret ausging, wurde allerdings mit keinem Wort angedeutet. Auch eine Rechtsmittelbelehrung fehlte.

**Bescheid ohne inhaltliche Begründung und Rechtsmittelbelehrung**

Da die Schulleitung dem Schüler bisher *schwerwiegende* Verfehlungen nicht vorgeworfen hatte, ist die Vermutung nicht unberechtigt, dass hier offensichtlich versucht wurde, mit Hilfe der Suspendierung die Ausschlusskonferenz zu umgehen, um vollendete Tatsachen zu schaffen. Diese Absicht erhellt nicht nur daraus, dass der BSR Gänserndorf im Bescheid kein einziges Beispiel für eine allfällige Gefährlichkeit des Schülers anführte, er hatte auch das von Amts wegen vorgesehene Verfahren, das klären soll, ob der Suspendierung ein Schulausschluss folgt, nicht eingeleitet.

**Suspendierung, um Ausschlusskonferenz zu umgehen?**

Auch das Schreiben des BSI vom 15.10. 2002 hinterließ aber nicht nur deswegen einen äußerst negativen Eindruck, weil es den Erfordernissen eines Bescheides nur mangelhaft entspricht (keine Bezeichnung als Bescheid, keine Rechtsmittelbelehrung), die darin angeführten Punkte 3, 4 und 10 enthalten zudem den Hinweis, dass ein ordentliches Verfahren nur eingeleitet würde, wenn

**Erziehungsberechtigte soll Ausschluss des eigenen Enkels beantragen**

ein Schulausschluss „gewünscht“ werde; was nicht nur zynisch anmutet, sondern glatt gesetzwidrig ist!

Für die Volksanwaltschaft drängt sich der Verdacht auf, dass die Beschwerdeführerin bzw. ihr Enkel um die Durchführung des Ermittlungsverfahrens gebracht werden sollten, um entweder die Feststellung zu verhindern, dass Gründe für einen Ausschluss gar nicht vorlägen, oder aber zu verhindern, dass der Ausschluss mittels – anfechtbarem – Bescheid überprüfbar werden könnte. – Unzweifelhaft wurde dadurch das Recht auf Parteigehör gröblich verletzt.

**Grundzüge des Verfahrensrechtes missachtet**

Im Bescheid des Bezirksschulrates Gänserndorf vom 16.12. 2002 wurden Suspendierung und Schulausschluss von der Sonderschule Gänserndorf gleich in einem vorgenommen. Auch dieser Bescheid wurde von der Volksanwaltschaft beanstandet.

**Erneuter Schulausschluss**

Erfüllt ein Schüler die Erfordernisse des § 49 Abs 1 SchUG (Ausschluss eines Schülers), dann ist er auf Antrag der Schulkonferenz von der Schule auszuschließen. Vor Beschlussfassung ist ihm Gelegenheit zur Rechtfertigung zu geben, überdies kann der Erziehungsberechtigte zu den Vorwürfen Stellung nehmen. Im Pflichtschulbereich hat die ausschließende Behörde noch sicherzustellen, dass die Schulpflicht erfüllt werden kann. Eine Suspendierung kommt nur dann zur Anwendung, wenn die vom Schüler ausgehende Gefahr so groß ist, dass ein längeres Zuwarten unverantwortlich wäre. In diesem Fall ist unverzüglich zu handeln und erst danach das Ausschlussverfahren durchzuführen.

**Wieder Beanstandung durch VA**

In der Begründung gibt auch dieser Bescheid keinerlei Auskunft darüber, worin die behaupteten Verfehlungen des Schülers liegen. Auffallend ist, dass auch hier kein einziger konkreter Vorfall angeführt wird, sondern sich die Behörde mit nebulösen Vorhalten („Bei N. N. ist sowohl die dauernde sittliche als auch die körperliche Gefährdung der Mitschüler gegeben“) begnügt. Der bloße Verweis, auf im Rahmen des Ermittlungsverfahrens eingeholte Unterlagen und persönliche Beobachtungen durch die BSI, die jedoch nicht näher ausgeführt werden, reicht – mangels Nachvollziehbarkeit – als Begründung nicht aus. Schließlich begnügt sich die Bezirksschulbehörde mit einem ganz allgemein gehaltenen Hinweis auf ein Gutachten, das aber zumindest in den wesentlichen Teilen angeführt hätte werden müssen. Die Behörde nennt aber nicht einmal den Gutachter, geschweige denn das Datum des Gutachtens, sodass auch sein Inhalt unüberprüfbar bleibt.

**Wieder keine taugliche Bescheidbegründung**

Insgesamt entsteht für die Volksanwaltschaft der Eindruck, dass man den Enkel der Beschwerdeführerin unter Verkürzung seiner gesetzmäßig verankerten Rechte als Schüler loswerden wollte. Es ist besonders bedenklich, dass bis heute weder ein, rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechendes Verfahren durchgeführt, noch konkrete, nachprüfbare Vorwürfe gegen den Schüler erhoben wurden, gegen die er sich hätte zur Wehr setzen können.

**Behörde wollte Schüler loswerden**

Nur durch den beharrlichen Widerstand der erziehungsberechtigten Großmutter, und das Einschreiten der Volksanwaltschaft konnte erreicht werden, dass der Schüler mit Schulbeginn 2003/04, dem Wunsch der Großmutter entsprechend, wieder in die HS Hohenau aufgenommen wurde.

**Widerstand brachte  
Erfolg**

Außerdem stellt der Umstand der krassen Mangelhaftigkeit der Bescheidbegründung eine eklatante Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes dar.

Die Volksanwaltschaft wird die künftige Vorgangsweise der zuständigen Schulbehörde jedenfalls weiter im Auge behalten.

## 14 Landes- und Gemeindeabgaben

### 14.1 Besonders auffällige Säumnis einer Gemeinde als Abgabenbehörde und Untätigkeit der Gemeindeaufsicht

NÖ/14-ABG/01, IVW3-BE-3180301/002-2003

Ein Bürger aus Aspangberg-St.Peter hat sich im Jänner 2001 mit einer Beschwerde über eine behördliche Säumnis an die Volksanwaltschaft gewandt. Seinem Vorbringen zufolge hat der Beschwerdeführer zwei Eingaben getätigt, über die seitens des Gemeinderates der Gemeinde Aspangberg-St.Peter nicht entschieden wurde: Berufung 23 09 1989 gegen den Abgabenbescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Aspangberg-St.Peter vom 14 08 1989 (Kanalbenützungsgebühr) und Berufung vom 18 10 1997 gegen den Abgabenbescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Aspangberg-St.Peter vom 18 09 1997 (Kanalbenützungsgebühr).

Der beschwerdebezogene Gemeinderat wurde deshalb von der Volksanwaltschaft mit Schreiben vom 06 03 2001 ersucht, zu den beschwerdegegenständlichen Vorwürfen Stellung zu nehmen. Eine Reaktion der Gemeinde Aspangberg-St.Peter erfolgte nicht. Am 31 05 2001 hat die Volksanwaltschaft dem Gemeinderat dieser Gemeinde die Angelegenheit deshalb dringend in Erinnerung gerufen und nachdrücklich auf die Verpflichtung gemäß dem Verfassungsgesetz über die Zuständigkeit der Volksanwaltschaft für den Bereich der Verwaltung des Landes Niederösterreich (LGBl 0003-01/1980) in Verbindung mit Artikel 148b Abs.1 des Bundes-Verfassungsgesetzes hingewiesen. Am 19 06 2001 wurde sodann von der beschwerdebezogenen Behörde entsprechend Stellung genommen.

Aufgrund des Beschwerdevorbringens und der informativen Ausführungen des Bürgermeisters der Gemeinde Aspangberg-St.Peter musste die Volksanwaltschaft feststellen, dass der Gemeinderat der Gemeinde Aspangberg-St.Peter über die beiden Berufungen des Beschwerdeführers vom 23 09 1989 (Abgabenbescheid vom 14 08 1989) bzw. 18 10 1997 (Abgabenbescheid vom 18 09 1997) nicht fristgerecht entschieden hat. Gemäß § 232 der Niederösterreichischen Landesabgabenordnung sind die Abgabenbehörden verpflichtet, über die Anbringen der Parteien ohne unnötigen Aufschub – längstens jedoch binnen sechs Monaten – zu entscheiden.

Diese Säumnis wurde vom Bürgermeister der Gemeinde Aspangberg-St.Peter unter anderem damit gerechtfertigt, dass er durch die stets ordnungsgemäße und unbeanstandete Bezahlung der Kanalbenützungsgebühren seitens des Rechtsmittelwerbers ver-

**Zwei Berufungen aus den Jahren 1989 und 1997 waren im Jahre 2001 noch immer unerledigt.**

**Eine behördliche Stellungnahme erfolgt erst nach ausdrücklichem Hinweis auf die diesbezügliche verfassungsrechtliche Verpflichtung.**

**Die Abgabenbehörde sieht in der Abgabentrachtung eine Zurücknahme des Rechtsmittels – eine**

anlasst worden sei, von einer stillschweigenden Zurücknahme der Berufung vom 23.09.1989 auszugehen. Dem hält die Volksanwaltschaft entgegen, dass gemäß § 198 der Niederösterreichischen Landesabgabenordnung eine Berufung keine aufschiebende Wirkung hat und die Fälligkeit der vorgeschriebenen Abgabe unberührt bleibt. Da ein Rechtsmittelwerber somit trotz einer Berufung gegen den Abgabenbescheid zur fristgerechten Abgabenerfüllung verpflichtet ist, kann in einer pünktlichen und vollständigen Abgabenerfüllung niemals eine Zurücknahme der Berufung gesehen werden. Die Rechtsansicht der Gemeinde ist daher absurd.

**absurde Rechtsansicht.**

Aufgrund der Prüfung der Volksanwaltschaft sicherte der Bürgermeister der Gemeinde Aspangberg-St. Peter mit Schreiben vom 19.06.2001 eine umgehende zweitinstanzliche Erledigung zu.

In weiterer Folge informierte der Beschwerdeführer die Volksanwaltschaft im Jänner 2002 darüber, dass über seine beiden Berufungen vom 23.09.1989 und 18.10.1997 noch immer nicht entschieden wurde. Der Bürgermeister der Gemeinde Aspangberg-St. Peter wurde von der Volksanwaltschaft deshalb am 12.02.2002 neuerlich aufgefordert, im Gegenstande Stellung zu nehmen. Eine Reaktion auf diese Aufforderung erfolgte nicht.

**Die behördliche Zusicherung einer umgehenden Erledigung wird nicht eingehalten. Die Volksanwaltschaft regt deshalb Aufsichtsbehördliche Maßnahmen an.**

Aus diesem Grunde berichtete die Volksanwaltschaft dem für Belange der Gemeindeaufsicht zuständigen Landesrat über die schwere Säumnis der Gemeinde Aspangberg-St. Peter und regte aufsichtsbehördliche Maßnahmen an. Daraufhin ging der Volksanwaltschaft zwar eine Zwischeninformation der Gemeindeaufsichtsbehörde vom 03.06.2002 zu, ein weiter gehender Erfolg stellte sich jedoch nicht ein. Am 26.02.2003 ersuchte die Volksanwaltschaft den zuständigen Landesrat deshalb dringend, unter Einsatz bzw. Androhung von Gemeindeaufsichtsmitteln auf die Herstellung des gesetzeskonformen Zustandes hinzuwirken. Auch auf dieses Ersuchen erfolgte keine Bescheiderlassung. Der zuständige Landesrat teilte der Volksanwaltschaft lediglich mit, dass die beschwerdebezogene Gemeinde personell und fachlich überfordert sei und den vorliegenden Problemfall zügig zum Abschluss bringen wolle.

**Weiterhin keine Bescheiderlassung. Auch die Gemeindeaufsicht reagiert nicht.**

Aufgrund des zwischenzeitlichen Überganges der Zuständigkeit von Gemeindeaufsichtsbelangen an ein anderes Mitglied der Niederösterreichischen Landesregierung wurde dieses seitens der Volksanwaltschaft mit Schreiben vom 09.07.2003 über die nach wie vor andauernde Säumnis der Gemeinde Aspangberg-St. Peter informiert und um aufsichtsbehördliche Maßnahmen ersucht. Leider erfolgte auch auf dieses Schreiben keine Reaktion.

**Säumnis strafrechtlich relevant?**

In einem Urgenzschreiben der Volksanwaltschaft vom 21.10.2003 wurde ausdrücklich betont, dass die Säumnis des beschwerdebezogenen Gemeinderates – trotz Hinweises der Volksanwaltschaft – seit 1989 bzw. 1997 andauert. Eine solche Beharrlichkeit im Fehlverhalten lässt nicht nur einen Missstand in der öffentlichen

Verwaltung vermuten, sondern erweckt auch den Verdacht eines strafbaren Verhaltens nach § 302 des Strafgesetzbuches und einer Begründung für ein aufsichtsbehördliches Vorgehen gemäß § 94 Abs.1 der Niederösterreichischen Gemeindeordnung.

Erst am 10.11.2003 wurde der Volksanwaltschaft mitgeteilt, dass die Berufung des Beschwerdeführers aus dem Jahre 1997 in der 46. Kalenderwoche des Jahres 2003 mit Berufungsvorentscheidung erledigt und die Berufung aus dem Jahre 1989 zurückgezogen worden sei. Das Ergebnis der Berufungsvorentscheidung ist der Volksanwaltschaft nicht bekannt, weil im Gegenstande lediglich die behördliche Säumnis – nicht jedoch die materielle Richtigkeit der Vorschreibung – in Beschwerde gezogen worden ist.

Bei der Volksanwaltschaft entstand aufgrund der gegenständlichen Ereignisse der Eindruck, dass die Gemeindeaufsicht des Landes Niederösterreich nicht besonders wirksam ist, da trotz der offenbar beharrlichen Weigerung der Organe der beschwerdebezogenen Gemeinde, den vorliegenden Beschwerdefall zum Abschluss zu bringen, keine nachhaltig wirksamen Maßnahmen ergriffen wurden. Die Erlassung einer Berufungsvorentscheidung – sohin eines Mittels der Verfahrensbeschleunigung – nach nahezu sechs Jahren kann unter keinen Umständen als fristgerechte Erledigung einer Eingabe angesehen werden. Die Zurückziehung der Berufung aus dem Jahre 1989 durch den Rechtsmittelwerber beseitigt nicht die behördliche Untätigkeit und Säumnis während eines Zeitraumes von etwa vierzehn Jahren. Als besonders bedenklich erweist sich jedoch das völlig wirkungslose Agieren der niederösterreichischen Gemeindeaufsicht bzw. die Abstandnahme von sämtlichen aufsichtsbehördlichen Maßnahmen.

Aus grundrechtlicher Sicht ist festzuhalten, dass die Säumnis der in Beschwerde gezogenen Behörde derart eklatant ist, dass sie – insbesondere wegen der Beharrlichkeit trotz wiederholter Hinweise – als objektiv willkürlich zu qualifizieren ist. Die jahrelange Verweigerung einer Rechtsmittelentscheidung stellt eine krasse Verletzung der Rechtslage im Sinne der ständigen Judikatur des VfGH dar (VfSlg. 14.906/1997 u.a.). Der Beschwerdeführer wurde daher auch in seinem Grundrecht auf Gleichheit gem. Art. 7 B-VG, Art. 2 StGG verletzt.

Überdies hat die örtlich und sachlich zuständige Behörde durch ihre Tätigkeitsverweigerung den Beschwerdeführer als Partei ohne jede plausible Begründung und entgegen den geltenden verfahrensrechtlichen Bestimmungen der Landesabgabenordnung in seinem Grundrecht auf den gesetzlichen Richter (Art. 83 Abs.2 B-VG) verletzt, Gegen das Gebot des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs.1 EMRK) wurde durch die beharrliche Entscheidungsverweigerung der beschwerdebezogenen Gemeinde gleichfalls verstoßen, weil über die Sache des Beschwerdeführers nicht innerhalb angemessener Frist entschieden wurde.

**Die Volksanwaltschaft beanstandet:**

- 1. Sechsjährige bzw. vierzehnjährige Säumnis;**
- 2. Wirkungsloses und schleppendes Agieren der Gemeindeaufsicht.**

**Grundrechtsverletzung**

## 14.2 Unzulässige Vertretung einer Behörde durch einen Rechtsanwalt

VA NÖ/92-ABG/02, IVW3-BE-3071001/004-2002

Von einem Bürger aus Hainburg wurde die Volksanwaltschaft im Zuge einer Beschwerde darüber informiert, dass die Bemühungen der niederösterreichischen Gemeindeaufsicht betreffend das Hintanhalten der Übertragung von Behördenaufgaben an Rechtsanwälte noch nicht überall erfolgreich waren. So hatte sich die Stadtgemeinde Hainburg/Donau gegenüber dem Beschwerdeführer unzulässigerweise eines Rechtsanwaltes bedient (Exekution des Rückstandsausweises vom 28.08.2001 durch das Bezirksgericht Hainburg) und die Rechtsanwaltskosten dem Beschwerdeführer in Rechnung gestellt.

Die Bemessung und Einhebung von Abgaben ist zweifelsfrei als Hoheitsverwaltung anzusehen. Ein Wechsel von der Hoheitsverwaltung zur Privatwirtschaftsverwaltung ist nicht möglich, weil eine Abgabe in Bescheidform vorzuschreiben ist.

Nach gefestigter Rechtsprechung und herrschender Lehre schafft Art.18 Abs.1 des Bundes-Verfassungsgesetzes, wonach die staatliche Verwaltung nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden darf, für die Hoheitsverwaltung einen grundsätzlich unbeschränkten und strengen Gesetzesvorbehalt. Die Gesetze haben die wesentlichen Voraussetzungen des behördlichen Handelns der Verwaltung in organisatorischer, verfahrensmäßiger und inhaltlicher Hinsicht so zu bestimmen, dass der Normadressat seine Rechtsposition bereits dem Gesetz entnehmen kann und die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes in der Lage sind, die Übereinstimmung der Verwaltungsakte mit dem Gesetz zu überprüfen (VfSlg 5923/1969 u.v.a.).

Die hoheitliche Verwaltung darf dementsprechend nur aufgrund von gesetzlichen Ermächtigungen tätig werden, was letztlich einen positiven Handlungsvorbehalt bedeutet (siehe dazu Adamovich/Funk, "Allgemeines Verwaltungsrecht", 1. Auflage, Kapitel III, Seiten 87 ff sowie Walter/Mayer, "Grundriss des österreichischen Bundes-Verfassungsrechtes", 5. Auflage, Seiten 176 ff). Da keiner gesetzlichen Norm zu entnehmen ist, dass die Beauftragung eines Rechtsanwaltes durch eine Gemeinde als Abgabenbehörde ausdrücklich vorgesehen ist und Art.18 Abs.1 des Bundes-Verfassungsgesetzes auch auf dem Gebiete der Selbstverwaltung (z.B. für Gemeinden) gilt, ist die Übertragung von Aufgaben der Abgabeneinhebung an einen Rechtsanwalt durch eine Gemeinde rechtswidrig.

Die Volksanwaltschaft ersuchte deshalb den für die Gemeindeaufsicht zuständigen Landesrat, den Bürgermeister der Stadtgemeinde Hainburg/Donau nachhaltig über die Unzulässigkeit der Vertretung von Behörden durch Rechtsanwälte zu informieren und

**Trotz wiederholter Hinweise von Volksanwaltschaft und Gemeindeaufsicht Beauftragung eines Rechtsanwaltes mit abgabenbehördlichen Aufgaben (Exekutionsführung).**

**Die Beiziehung eines Rechtsanwaltes für Aufgaben der Hoheitsverwaltung ist gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen und deshalb unzulässig.**

zu veranlassen, dass dem Beschwerdeführer die verfahrensgenständlichen Rechtsanwaltskosten samt Zinsen rückerstattet werden.

Mit Schreiben der Niederösterreichischen Landesregierung als Gemeindeaufsichtsbehörde vom 07.11.2002 wurde der Bürgermeister der Stadtgemeinde Hainburg/Donau darauf hingewiesen, dass die Beauftragung eines Rechtsanwaltes mit der exekutiven Hereinbringung von Abgabeforderungen gegenüber dem Beschwerdeführer gesetzwidrig war. Seitens der Gemeindeaufsichtsbehörde erging auch die nachdrückliche Empfehlung, dem Beschwerdeführer das verrechnete Rechtsanwalts Honorar rückzuerstatten.

Der vorliegenden Beschwerde wurde seitens der Volksanwaltschaft Berechtigung zuerkannt. Wie der Beschwerdeführer zwischenzeitlich mitteilte, wurde der Anregung der Volksanwaltschaft seitens der Stadtgemeinde Hainburg/Donau entsprochen: Durch die Refundierung der Rechtsanwaltskosten konnte der Beschwerdeführer behoben werden.

Aus grundrechtlicher Sicht ist zu bemerken, dass die Vorschreibung von Kosten für eine unzulässige Rechtsvertretung als grundrechtsverletzender Eingriff anzusehen ist. Eine solche behördliche Maßnahme verletzt das Grundrecht der Unverletzlichkeit des Eigentums (Art. 5 des Staatsgrundgesetzes bzw. Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur MRK).

**Beschwerde berechtigt. Volksanwaltschaft erwirkt Rückzahlung der Rechtsanwaltskosten durch Gemeinde.**

**Die Gesetzlose Vorschreibung von Kosten stellt eine Verletzung des Grundrechtes auf Unverletzlichkeit des Eigentums dar.**

### 14.3 Unterlassene Grundsteuerreduktion nach Rückwidmung

VA NÖ/456-ABG/03

Der im Ausland lebende Bf wandte sich über seinen Rechtsvertreter an die VA, da ihm seitens der Stadtgemeinde Ternitz nach Rückwidmung seines Grundstückes von Bauland-Wohngebiet auf Grünland-Park im Jahr 1992 die Grundsteuer nicht reduziert wurde und sich die Stadtgemeinde Ternitz bei Klärungsversuchen auf das 1992 geltende NÖ Raumordnungsgesetz 1976 ausredete.

Im Dezember 1992 erfolgte durch die Stadtgemeinde Ternitz die Rückwidmung der Liegenschaft des Bf von Bauland-Wohngebiet auf Grünland-Park auf Grund der Feststellung, dass die Liegenschaft zum Teil im Hochwasserabflussbereich des Sierningbaches liege.

Der im Ausland lebende Bf wurde von der Rückwidmung nicht verständigt und erhielt 9 Jahre Grundsteuer-Vorschreibungen in nicht gerechtfertigter Höhe auf Grund der ursprünglichen Widmung.

**Unterlassene Grundsteuerreduktion nach Rückwidmung**

**Rückwidmung wegen vermeintlicher Hochwassergefahr**

**Keine Verständigung des Bf**

Nachdem der Bf durch Zufall von der Rückwidmung Kenntnis erlangt hatte, wurde die schriftliche Anfrage seines Rechtsvertreter seitens der Stadtgemeinde Ternitz lediglich damit beantwortet, dass die „Umwidmung 1992 auf Grund der Feststellung erfolgte, dass das Grundstück im hundertjährigen Hochwasserabflussbereich des Sierningbaches liege“.

**Im Ausland lebender Bf erlangt zufällig Kenntnis von Rückwidmung**

Bei einer anschließenden persönlichen Vorsprache wurde dem Rechtsanwalt mitgeteilt, dass die Stadtgemeinde Ternitz auf Basis des im Jahr 1992 geltenden Raumordnungsgesetzes 1976 lediglich verpflichtet gewesen sei, von der Umwidmung das Vermessungsamt, die BH Neunkirchen sowie die NÖ Landesregierung zu verständigen, nicht aber das für die bescheidmäßige Feststellung des Einheitswertes zuständige Finanzamt Neunkirchen. Die Umwidmung sei lediglich während einer Dauer von 8 Wochen an der Amtstafel der Stadtgemeinde Neunkirchen kund zu machen gewesen.

**Klärungsversuche des Rechtsvertreters des Bf blieben erfolglos**

Da diese Vorgangsweise seitens der VA losgelöst von der damals geltenden Rechtslage keinesfalls als bürgerfreundlich angesehen wurde, leitete die VA das Prüfungsverfahren ein und ersuchte den Bürgermeister der Stadtgemeinde Ternitz um Stellungnahme.

**Mangelnde Bürgerfreundlichkeit**

Die Stadtgemeinde Ternitz berief sich in Ihrer Stellungnahme darauf, dass die beabsichtigte Neuerstellung des örtlichen Raumordnungsprogrammes wie oben beschrieben öffentlich aufgelegt und kund gemacht worden sei. Darüber hinaus habe auch die gesamte Bezirkspresse von dem Vorhaben berichtet. Eine persönliche Verständigung der von der Widmungsänderung betroffenen Grundeigentümer sei im damals gültigen NÖ Raumordnungsgesetz 1976 nicht vorgesehen gewesen und wurde daher auch nicht durchgeführt. Die Vorschreibung der Grundsteuer sei auf Basis des vom zuständigen Finanzamt bescheidmäßig festgestellten Einheitswertes der Liegenschaft des Bf erfolgt, eine Änderung des Einheitswertes könne aber nur vom (von der Rückwidmung nicht verständigten!) Finanzamt vorgenommen werden. Im Jahr 2001 sei allerdings vom Finanzamt (offenbar auf Antrag des Bf) doch ein entsprechend reduzierter Einheitswertbescheid erlassen worden, was ab 2002 zu einer Reduktion der jährlichen Grundsteuer-Vorschreibung von € 56,70 auf € 5,00 geführt habe.

**Finanzamt wird von Rückwidmung nicht verständigt**

Im Hinblick auf die für die Jahre 1993 bis 2001 zu viel geleistete Grundsteuer von € 465,30 soll der Bf auf Vorschlag des Ternitzer Bürgermeisters „beim Finanzamt Neunkirchen eine bis 1.1.1993 rückwirkende Neubemessung des Einheitswertes beantragen“, was laut Bürgermeister „mit einer automatischen Neuberechnung der Grundsteuer und in der Folge Rückerstattung der zuviel bezahlten Beträge verbunden wäre“.

**Lösungsvorschläge der Stadtgemeinde Ternitz**

Darüber hinaus bietet der Ternitzer Bürgermeister an „falls das Finanzamt dem Antrag des Bf nicht entsprechen sollte - vorbehaltlich der Beschlussfassung durch die entsprechenden Gremien - im Wege der Nachsicht den vorstehenden Betrag zurückzuzahlen“.

Da auf Grund von § 186 (3) NÖ LAO feststeht, dass für die Jahre 1993-2000 jedenfalls bereits Verjährung eingetreten ist, wird daher wohl der zweite Vorschlag des Ternitzer Bürgermeisters zum Tragen kommen müssen. Die VA geht davon aus, dass dem Bf im Wege der Nachsicht tatsächlich das gesamte Guthaben aus der zu viel bezahlten Grundsteuer samt Zinsen rückerstattet wird.

Aus grundrechtlicher Sicht ist festzuhalten, dass der Bf in seinem Grundrecht auf Gleichheit gemäß Art. 7 B-VG, Art. 2 StGG verletzt wurde. Die Stadtgemeinde Ternitz ist demnach verpflichtet, an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen zu knüpfen und alle Liegenschaftseigentümer, deren Liegenschaften im Bereich Grünland-Park liegen, gleich zu behandeln, zumal kein Grund für eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung vorliegt.

#### **Grundrechtsverletzung**

Weil nach der Judikatur auch das Eigentum, in das durch die Vorschreibung der Grundsteuer eingegriffen wurde, grundrechtlich geschützt ist, hat die Behörde den Bf auch in seinem Grundrecht auf Eigentum gemäß Art. 5 StGG, Art. 1 1. ZProt. EMRK verletzt.