

lizei in enger Verbindung stehenden Interessen der Gemeinde als Inhaberin von Verkehrsflächen, die sie nach Art 118 Abs 3 Z 4 B-VG selbst verwaltet (VfSlg 6208, 6685, 6770), sind gleichfalls dem eigenen Wirkungsbereich zuzuordnen. Der Umstand, dass die Grundabtretung unter dem Blickwinkel des Eigentumsschutzes und für Zwecke der Kompetenzzuordnung als Enteignung zu qualifizieren ist (vgl VfSlg 3475, 3666, 8980, 8981, 9781), ändert daran nichts. Die Grundabtretungspflicht unterscheidet sich von Enteignungen nach dem Straßenrecht dadurch, dass sie nur aus Anlass und im (engeren oder weiteren) Zusammenhang mit einer angestrebten Grundteilung ausgelöst wird (VfGH 17. 10. 1991, Slg 12891 zum Kā GrundstücksteilungsG).

8) Eine Zuständigkeit der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich ist nur dort gegeben, wo die Kompetenzverteilung des B-VG dies zulässt, was im Falle einer Zuständigkeit der Bergbehörde für einen Steinbruch nicht der Fall ist (VwGH 15. 12. 1994, 94/06/0030, BauSlg 285) – s zur Abgrenzung von Baubehörde und Bergbehörde die E zu § 3.

9) Wie der VfGH in Erk VfSlg 7459/1974 in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung ausgesprochen hat, liegt eine Verletzung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstverwaltungsrechtes einer Gemeinde nur dann und insoweit vor, als eine staatliche Behörde eine Maßnahme trifft, womit das Recht der Gemeinde auf Besorgung einer bestimmten Angelegenheit im eigenen Wirkungsbereich schlechthin verneint wird. Die Prüfung der Rechtmäßigkeit solcher Akte steht dem Verwaltungsgerichtshof zu. An dieser Auffassung hält der VfGH seither fest (VfSlg 7568/75 und B 323/75 v 18. 12. 1976). Die Beschwerde könnte also nur dann begründet sein, wenn der belangten Behörde der Vorwurf der Verneinung des Selbstverwaltungsrechtes gemacht werden müsste (VfGH 11. 10. 1977, B 237/76, VfSlg 8150).

S auch E zu § 2 sowie die E und Erörterungen in der Einführung.

Behördenzuständigkeit

§ 2. (1) Behörde¹⁾ erster Instanz²⁾ ist der Bürgermeister³⁾, Behörde zweiter Instanz⁴⁾ der Gemeinderat⁵⁾.

(2) In Städten mit eigenem Statut⁶⁾ ist Behörde erster Instanz der Stadtssenat⁷⁾, Behörde zweiter Instanz die Berufungskommission.^{8), 9), 10)}

LGBI 1995/59

Zu § 2: EB

Aus praktischen Überlegungen soll in der Landeshauptstadt Graz als Berufungsbehörde eine eigene Berufungskommission, statt wie bisher (bis 1. 9. 1995), der Gemeinderat, eingeführt werden, um damit eine Verfahrensbeschleunigung, speziell während der Sommermonate zu erreichen. Die hiedurch erforderlichen Änderungen im Statut der Landeshauptstadt Graz sind im Artikel IX zusammengefaßt.

Anmerkungen

1) Baubehörde ist jene Behörde (also mit staatlicher Gewalt – imperium – ausgestattete Organisationseinheit), die im Einzelfall die Bestimmungen des BauG zu vollziehen hat, also die rechtlichen Sollensnormen in die Wirklichkeit umzusetzen hat, insb die im Gesetz vorgesehenen Bescheide zu erlassen hat. Der Stmk Landesgesetzgeber hat nur Zuständigkeiten für Organe der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich festgesetzt (s auch § 1). Dass nicht sämtliche Aufgaben der Baubehörde im eigenen Wirkungsbereich zu vollziehen sind, wurde schon in der Einführung dargetan.

2) Ein Charakteristikum des modernen Rechtsstaates ist ein Instanzenzug innerhalb der Verwaltung und eine mögliche Überprüfung letztinstanzlicher Bescheide der Verwaltungsbehörden durch unabhängige Richter (des VfGH u des VwGH).

3) Der Bürgermeister als demokratisch gewählter Mandatar ist seit der Gemeindeverfassung des Jahres 1962 regelmäßig zur Vollziehung der baurechtlichen Vorschriften in erster Instanz berufen. Der Bürgermeister ist sohin gleichzeitig Repräsentant der Demokratie u des Rechtsstaates. Als Repräsentant des Rechtsstaates muss für den Bürgermeister als politischen Funktionär – wie für jeden in der Hoheitsverwaltung tätigen Beamten – oberste Richtschnur für sein Verhalten die sinnvolle Auslegung der im Einzelfall anzuwendenden Rechtsnormen im Geiste des Gesetzes (gesetzeskonforme Auslegung), ja im Geiste der Verfassung (verfassungskonforme Auslegung) sein. Der große österreichische Verwaltungsrechtler *Merkl* hat als Merkmale einer guten Verwaltung die Sachlichkeit, die Rechtlichkeit u die Unparteilichkeit genannt. Der Bürgermeister wird daher für seine verantwortungsvolle Aufgabe die nötigen Sachkenntnisse und zumindest ein Minimum an Rechtskenntnissen erwerben müssen und darf trotz seiner Berufung als Repräsentant einer politischen Partei nicht parteilich sein. In der Vollziehung der Gesetze hat der Bürgermeister keine politische Entscheidung im eigentlichen Sinne zu treffen, sondern die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu garantieren. Es zeigt sich in der Funktion des Bürgermeisters sohin sehr deutlich das Spannungsfeld zwischen Rechtsstaat und Demokratie (vgl *Hauer*, Die persönliche Verantwortung im demokratischen Rechtsstaat), zugleich kann aber der Bürgermeister sehr deutlich machen, dass es im Zusammenleben auf den gelebten Rechtsstaat und die gelebte Demokratie ankommt, dienen doch beide in erster Linie der Freiheit der Menschen. Eine Gefährdung des Rechtsstaates kann uE nur durch eine missverstandene Demokratie hervorgerufen werden, ist doch der Rechtsstaat die Ordnung, in der ein politisch reifes Volk seine Begrenzung erkennt, wie der Schweizer Rechtsgelehrte *Kägi* formulierte.

Konkret bedeuten diese Ausführungen etwa: Erfüllt ein Bewilligungswerber alle jene Voraussetzungen, die für die Erteilung einer bestimmten Bewilligung erforderlich sind, dann besitzt er einen Rechtsanspruch auf die Er-

teilung dieser Bewilligung; hier ist kein Platz für eine Volksbefragung, Volksabstimmung oder eine sonstige demokratische Willensäußerung – keine noch so laut sich gebärdende Minder- oder auch Mehrheit, auch keine Propaganda von Medien darf in einem Rechtsstaat den Bürgermeister hindern, eine dem Gesetz entsprechende Entscheidung zu treffen, soll nicht der Willkür Tür und Tor geöffnet werden.

Als für das Baugeschehen Verantwortlicher trägt der Bürgermeister insb auch für die Wahrung und Verbesserung des Ortsbildes u für Fragen der Zersiedelung eine große Verantwortung, wie er ja ganz allgemein für die Einhaltung der Bauvorschriften Sorge zu tragen hat (s auch *Hauer*, Recht für Gemeindefunktionäre). Die zugeteilten Beamten des Gemeindeamtes sowie die im Einzelfall beizuziehenden Sachverständigen haben den Bürgermeister bei seinen Aufgaben bestmöglich zu unterstützen. Das Gemeindeamt als solches ist keine Behörde, sondern ein Hilfsorgan, fehlt doch die für eine Behörde von der Rechtsordnung eingeräumte typische Zwangsgewalt (*imperium*).

4) Die Behörde zweiter Instanz ist grundsätzlich – abgesehen von der möglichen Berufungsvorentscheidung (§ 64a AVG) durch die erste Instanz – zur Entscheidung über Berufungen gegen Bescheide der Behörde erster Instanz zuständig. Das Recht auf Einbringung der Berufung ist ein Recht, das allen Parteien zusteht. Dieses Recht ergibt sich, wie das Recht auf Zustellung des Bescheides, bereits aus der Tatsache der Parteistellung im Zusammenhang mit §§ 62 u 63 AVG. Formelle Voraussetzungen kennt § 63 AVG. Nach § 63 Abs 5 AVG ist die Berufung binnen zwei Wochen bei der Behörde (Einbringungsstelle), die den Bescheid in erster Instanz erlassen hat, einzubringen. Wird eine Berufung innerhalb dieser Frist bei der Berufungsbehörde eingebracht, so gilt dies als rechtzeitige Einbringung; die Berufungsbehörde hat die bei ihr eingebrachte Berufung unverzüglich an die Behörde erster Instanz weiterzuleiten. Die Berufsungsfrist beginnt für jede Partei mit der an sie erfolgten Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des Bescheides, im Fall bloß mündlicher Verkündung (s zB Anm zu § 41) mit dieser. Der Postenlauf zur richtigen Einbringungsstelle wird in die Berufsungsfrist nicht eingerechnet (§ 33 Abs 3 AVG). Gem § 63 Abs 3 AVG hat die Berufung den Bescheid zu bezeichnen, gegen den sie sich richtet, und einen begründeten Berufsungsantrag zu enthalten. In der Rsp wird jede Berufung als begründet beurteilt, die überhaupt die Rüge einer Rechtsverletzung andeutungsweise erkennen lässt. Bei Fehlen eines begründeten Berufsungsantrages liegt seit der AVG-Nov 1998 ein Mangel vor, der zur Erlassung eines Verbesserungsauftrages nach § 13 Abs 3 AVG durch die Berufsungsbehörde zu führen hat, s näher Anm zu § 22. Eine Anmeldung der Berufung oder die Nachbringung der Begründung kennt das AVG nicht. Weitere rechtliche u sachverhaltsmäßige Ausführungen sind bis zur Erlassung des Berufsungsbescheides noch möglich, zumal kein Neuerungsverbot besteht, s aber die besondere Rechtsstellung des Nachbarn (s die Anm zu § 26).

Die Berufungsvorentscheidung durch die Erstinstanz wird im Baubewilligungsverfahren uE kaum sinnvoll sein.

Entscheidend ist grundsätzlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Erlassung des Berufungsbescheides (vgl verstSen 4. 5. 1977, Slg 9315 A). Zum Berufungsverfahren im Einzelnen s insb die Anm u E bei *Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶.

5) Der Gemeinderat ist höchstes Organ der Gemeinde, welches in der Regel echte politische Entscheidungen zu treffen hat, hier jedoch ausdrücklich als Berufungsbehörde vorgesehen wurde – mit Ausnahme der Landeshauptstadt Graz, wie sich aus Abs 2 ergibt – (rechtspolitisch könnte auch der Gemeindevorstand als Berufungsbehörde fungieren, wie dies etwa in Kärnten (§ 94 Abs 1 der Kärntner Allgemeinen Gemeindeordnung) und Tirol (§ 53 der Tiroler Bauordnung) der Fall ist, also als Kontrolleinrichtung des Rechtsstaates. Im Allgemeinen hat sich die Gemeindeautonomie in dieser Hinsicht besser bewährt als zu erwarten war, allerdings zeigt sich immer wieder, dass nach Fraktionen abgestimmt wird und in der Diskussion politische Überlegungen, nicht aber rechtliche Argumente im Vordergrund stehen (s auch Anm 3). Zu geringe Rechtskenntnisse führen auch mitunter zu haarsträubenden Ergebnissen. Zur Verbreitung rechtsstaatlichen Gedankenguts vgl etwa *Hauer*, Recht für Gemeindefunktionäre, mit dem Untertitel „Was sollte der Gemeindefunktionär vom Rechtsstaat im allgemeinen und vom Baurecht im Besonderen wissen?“

6) Im Land Steiermark besitzt nur die Landeshauptstadt Graz ein eigenes Statut, s Gesamtübersicht. Typisch für eine Stadt mit eigenem Statut ist das Zusammenfallen von Gemeindeverwaltung und staatlicher Verwaltungsbehörde erster Instanz (Bezirksverwaltungsbehörde).

7) In Graz ist, wie schon nach der alten Rechtslage (Stmk BO 1968), wiederum der Stadtsenat als Baubehörde erster Instanz zuständig. Die rechtspolitische Frage, aus welchen Gründen nur in Graz als Baubehörde erster Instanz der Stadtsenat eingerichtet wurde – anders in allen anderen Städten mit eigenem Statut –, lässt sich zwar teilweise mit einer geschichtlichen Entwicklung beantworten, allein schon in organisatorischer Hinsicht erscheint eine solche Zuständigkeitsregelung verfehlt. Hier müsste es doch reichen, den Magistrat als Baubehörde erster Instanz vorzusehen wie in den anderen Städten.

8) War nach der Stmk BO 1968 der Gemeinderat der Landeshauptstadt Graz als Baubehörde zweiter Instanz vorgesehen, so ist nunmehr als Behörde eine eigene Berufungskommission normiert. Die Berufungskommission wird vom Gemeinderat für seine Funktionsdauer aus seiner Mitte gewählt und besteht aus 9 Mitgliedern, wobei die Sitze nach dem Verhältniswahlrecht auf die im Gemeinderat vertretenen Wahlparteien aufgeteilt werden. Diese doch wesentliche Änderung der Behördenzuständigkeit in Graz lässt vor allem eine raschere Abwicklung der Bauverfahren erwarten, hat sich doch sogar aus der Sicht des VwGH gezeigt, dass schon vom Zeitfaktor her die geringe Zahl von

Sitzungen des Gemeinderates (lange Pause im Sommer und nach Wahlen) Probleme für zeitgerechte Entscheidungen gebracht haben. Von einer Entpolitisierung kann jedoch nicht gesprochen werden, da nach wie vor der Stadtsenat als Behörde erster Instanz vorgesehen ist (s Anm 7) u die Berufungskommission nur aus politischen Mandataren besteht (s dagegen etwa § 138 WBO). Eigene Berufungsbehörden sind auch in Innsbruck und Salzburg eingerichtet und schon auf Grund der Bundesverfassung (Art 111 B-VG) für Wien festgelegt.

9) Während gegen Entscheidungen der Berufungskommission der Landeshauptstadt Graz unmittelbar die Anrufung des VfGH u/oder des VwGH möglich ist, weil der Landesgesetzgeber hier eine Vorstellung an die LReg als Gemeindeaufsichtsbehörde nicht angeordnet hat (§ 100 Abs 2 des Statutes der Landeshauptstadt Graz, LGBI 1967/130, zuletzt idF LGBI 2010/42, auszugsweise wiedergegeben, s Gesamtübersicht), ist bei allen anderen Gemeinden vor Anrufung des VfGH u/oder VwGH schriftlich Vorstellung an die LReg zu erheben (bei der Gemeinde einzubringen).

Das von der Bundes-Verfassungsgesetznovelle 1962 eingeführte Aufsichtsmittel der Vorstellung stellt ein Rechtsinstitut dar, welches als eine mittlere Lösung zwischen Berufung und Verwaltungsgerichtshofbeschwerde beurteilt werden kann (zur Einführung der Landesverwaltungsgerichtsbarkeit ab 1. 1. 2014 siehe die Ausführungen in der Einführung). Wer durch den Bescheid eines Gemeindeorgans in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsberreiches in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet, kann nach Erschöpfung des innergemeindlichen Instanzenzuges innerhalb zwei Wochen nach Erlassung des Bescheides dagegen Vorstellung erheben. Die Aufsichtsbehörde hat den Bescheid aufzuheben, wenn Rechte des Vorstellungswerbers verletzt werden. Die Gemeinde hat im aufsichtsbehördlichen Verfahren Parteistellung; sie ist berechtigt, gegen die Aufsichtsbehörde vor VwGH und VfGH Beschwerde zu führen (Art 119a Abs 9 B-VG). Die Vorstellung ist nach § 94 Abs 2 GemO bei der Gemeinde einzubringen. Gem § 94 Abs 3 GemO kommt der Vorstellung kraft Gesetzes keine aufschiebende Wirkung zu, doch kann die Aufsichtsbehörde auf Antrag die aufschiebende Wirkung zuerkennen (näher § 94 Abs 3 GemO).

Nicht jede objektive Rechtswidrigkeit des Bescheides der Gemeindebehörde kann zu dessen Aufhebung führen, die Aufhebung hat vielmehr zur Voraussetzung, dass subjektive Rechte des Vorstellungswerbers verletzt werden (VwSlg 7873 A). Kann die Frage der Verletzung von Rechten auf Grund des mangelhaft gebliebenen Ermittlungsverfahrens auf Gemeindeebene nicht eindeutig beantwortet werden, wird die Aufsichtsbehörde zur Durchführung eines Ermittlungsverfahrens verpflichtet sein. Im Allgemeinen steht es jedoch der Aufsichtsbehörde frei, ob sie bei Vorliegen von Verfahrensmängeln ein eigenes Ermittlungsverfahren durchführt oder den angefochtenen Gemeindebescheid aus diesem Grund aufhebt. Im Falle der

Durchführung eines Ermittlungsverfahrens ist zu beachten, dass auch der Gemeinde gegenüber Parteigehör zu gewährleisten ist. Änderungen der Sach- und Rechtslage vor der Aufsichtsbehörde sind für das Vorstellungsverfahren unbeachtlich (VwSlg 7806 A).

Eine Besonderheit des Vorstellungsverfahrens ist noch zu beachten. Der VwGH vertritt in stRsp die Auffassung, dass die Gemeinde u die weiteren Parteien des Verfahrens nur an die die Aufhebung tragenden Gründe des aufsichtsbehördlichen Bescheides gebunden sind – gleichbleibende Sach- u Rechtslage vorausgesetzt. Diese Bindung erstreckt sich nach dieser Rsp auch auf die Aufsichtsbehörde u den VwGH. Diese Bindung bezieht sich sowohl auf Fragen des materiellen Rechts als auch auf solche des Verfahrensrechts, ja auch eine unrichtige Rechtsansicht ist für das weitere Verfahren bindend (VwSlg 8091 A, 8491 A ua). Wird auf Grund einer Vorstellung von der Aufsichtsbehörde der bekämpfte Bescheid der Gemeinde aufgehoben, muss der Vorstellungswerber, aber auch die anderen Parteien des Verfahrens prüfen, ob die in der Begründung des Vorstellungsbescheides geäußerte Rechtsansicht seiner Auffassung voll entspricht; ist dies nicht der Fall, hat er das Recht, diesen Bescheid anzufechten, obwohl festgestellt wurde, dass er in seinen Rechten verletzt worden ist. In der Praxis wird diese Konsequenz vielfach übersehen und es ist in der Tat ungewöhnlich, einen Bescheid, welcher ohnehin ein neues Verfahren vor der Gemeinde auslöst und dessen Spruch dem Standpunkt der Partei Rechnung trägt, im Hinblick auf die in der Begründung geäußerte Rechtsansicht bekämpfen zu müssen (VwSlg 7963 A). Im Einzelnen s *Hauer, Der Nachbar im Baurecht*⁵ 153 ff u das dort genannte Schrifttum.

10) Obwohl die Behörden schon nach § 73 Abs 1 AVG verpflichtet sind, über Anträge von Parteien und Berufungen ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber binnen 6 Monaten nach deren Einlangen den Bescheid zu erlassen, verletzen Behörden immer wieder diese Entscheidungspflicht. Bei einer Verletzung der Entscheidungspflicht durch die Baubehörde erster Instanz ist die Partei – im Baubewilligungsverfahren nach der Rsp nur der Antragsteller – berechtigt, unmittelbar bei der sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde (Gemeinderat bzw in der Landeshauptstadt Graz die Berufungskommission u in weiterer Folge der Gemeinderat als oberste Behörde, s Anm zu § 29) einen Devolutionsantrag zu stellen (§ 73 Abs 2 AVG), mit dem die Pflicht zur Entscheidung an diese Oberbehörde übergeht. Ein solcher Antrag ist allerdings abzuweisen, wenn die Verzögerung nicht auf ein überwiegendes Verschulden der Behörde zurückzuführen ist (s näher insb Anm 2 u E zu § 29). Hat auch der Gemeinderat nicht innerhalb von 6 Monaten entschieden, kann der VwGH – hier kommt eine Zuständigkeit der Gemeindeaufsichtsbehörde nicht in Betracht – im Wege einer Säumnisbeschwerde nach Art 132 B-VG angerufen werden, wobei hier Fragen des Verschuldens nicht zu erörtern sind (s näher *Hauer, Der Nachbar im Baurecht*⁵ 189 ff). Für die Erhebung der

Säumnisbeschwerde muss seit der Änderung des VwGG iZm der AVG-Novelle BGBl I 1998/158 der Ablauf von sechs Monaten nicht abgewartet werden, wenn in der Verwaltungsvorschrift eine kürzere Frist vorgesehen ist (§ 27 Abs 1 VwGG), was gem § 18 Abs 3 der Fall ist (s die Anm zu § 18).

Judikatur

Allgemeines

1) Welche Dienststelle einer Behörde (Magistrat) einschreitet, ist keine Frage der Zuständigkeit, sondern der inneren Gliederung dieser Behörde (VwGH 16. 10. 1986, 86/06/0165, BauSlg 786).

2) Der Magistrat (und seine verschiedenen Dienststellen) ist den Behörden der Landeshauptstadt Graz als Hilfsorgan beigegeben. Der Magistrat (Baurechtsamt usw) ist zur Ausfertigung von durch den Stadtsenat (oder Gemeinderat) beschlossenen Bescheiden berechtigt, wobei eine Fertigung „Für den Stadtsenat“ (oder „Für den Gemeinderat“) der Geschäftsordnung des Magistrats (s E v 29. 10. 1981, 06/3884/80) entspricht (VwGH 22. 10. 1992, 92/06/0139).

3) Grundsätzlich ist der Behördenleiter zur Delegation an Bedienstete der Gemeinde berechtigt (VwGH 13. 12. 1948, VwSlg 628 A, 23. 10. 1972, 0309/72).

4) Auch für ein Bauvorhaben der Gemeinde ist der Bürgermeister als Baubehörde erster Instanz zuständig. Ist der Bürgermeister selbst Antragsteller, liegt Befangenheit vor (VwGH 13. 12. 1988, 88/05/0140, BauSlg 1228).

5) Differenzen zwischen dem Bürgermeister und einem Nachbarn, die zur Befassung von Rechtsanwälten führten, reichen aus, um die volle Unbefangenheit (§ 7 Abs 1 Z 4 AVG) des Bürgermeisters in Zweifel zu ziehen (VwGH 22. 6. 1976, 1779/75).

6) Wirkt der Bürgermeister an einer gem § 71 Abs 1 ihm zuzurechnenden Entscheidung persönlich nicht mit, weil er sich gem § 64 Abs 2 GemO durch einen Gemeindebediensteten – gleichgültig, ob behördenintern gerechtfertigt oder nicht – hat vertreten lassen, liegt ein Befangenheitsgrund für seine Teilnahme am Berufungsverfahren gem § 7 Abs 1 Z 5 AVG nicht vor. Rechtsverletzungen allein geben noch kein Indiz für das Vorliegen einer Befangenheit gem § 7 Abs 1 Z 4 AVG ab (VwGH 11. 3. 1975, 0315/73, Slg 8783 A, 6. 5. 1975, 1488/73).

7) Der Bürgermeister ist nach § 45 Abs 1 Stmk GemO zur Erhebung einer Beschwerde an den VwGH namens der Gemeinde berechtigt (s verst Sen 29. 5. 1980, 2671/78). Die Beschlussfassung durch den Gemeinderat nach § 43 Abs 2 lit d GemO betrifft nur das Innenverhältnis (VwGH 11. 6. 1981, 06/0648/80).

8) Der Bürgermeister ist nach der Stmk GemO berechtigt, für die Gemeinde Rechtsmittel zu erheben (VwGH 14. 4. 1988, 87/06/0026, BauSlg 1095).

9) Wurde gegen einen Bauauftrag eine Berufung erhoben, darf der Bürgermeister nicht neuerlich einen Auftrag erlassen (VwGH 2. 10. 1984, 84/05/0067, BauSlg 307 betr NÖ).

10) Hat die Gemeindeaufsichtsbehörde einen Berufsbescheid des Gemeinderates aufgehoben, dann hat der Gemeinderat neuerlich über die Berufung zu entscheiden; der Bürgermeister ist zu einer neuerlichen Entscheidung nicht zuständig (VwGH 13. 4. 1989, 86/06/0215). S auch VwGH 15. 6. 1989, 89/06/0034.

11) Aus § 58 Abs 4 iVm § 32 Stmk GemO ergibt sich, dass der Gemeinderat im Falle der Befangenheit von Bürgermeister und Vizebürgermeister in Ermangelung eines Vorsitzenden nicht beschlussunfähig wird (VwGH 12. 2. 1981, 06/3149/80).

12) Die Notkompetenz nach § 58 Abs 1 Grazer Stadtstatut kann der Stadtssenat für den Gemeinderat nur dann in Anspruch nehmen, wenn dieser auch nicht zeitgerecht zu einer Sondersitzung (§ 49 Abs 1 u 3) einberufen werden kann (VwGH 25. 4. 1978, 1391/77).

13) Auch in Anwendung der Notkompetenz nach § 58 Abs 1 des Statuts der Landeshauptstadt Graz ist der Stadtssenat nicht befugt, anstelle des Gemeinderates (nun Berufungskommission) über eine Berufung gegen einen von ihm selbst erlassenen Bescheid zu entscheiden (VwGH 17. 9. 1981, 06/2442/79).

14) Ist für die Gemeinde ein Regierungskommissär bestellt, findet im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde gegen Bescheide des Regierungskommissärs keine Berufung statt (VwGH 18. 3. 1977, 0186/76, 17. 1. 1979, 2084/76).

15) Der Befangenheitsgrund des § 7 Abs 1 Z 5 AVG im Berufungsverfahren liegt nur vor, wenn der Organwalter in unterer Instanz in der Form an der Erlassung des Bescheides mitgewirkt hat, dass der Bescheid ganz oder teilweise auf seinem Willensakt basiert (vgl E 19. 10. 1964, VwSlg 6461 A). Unter Mitwirkung an der Erlassung des Bescheides ist somit die Teilnahme an der Erzeugung des den förmlichen Verwaltungsakt darstellenden Spruches, nicht aber eine bloße Beteiligung an dem der Erlassung des Bescheides vorangegangenen Verwaltungsverfahren zu verstehen (vgl E 17. 2. 1972, 0256/71).

Im gegenständlichen Fall mag zutreffen, dass Dr D Verwaltungsorgan iSd § 7 Abs 1 AVG war, wie dies die mitbeteiligten Parteien in ihrer Gegenschrift vorbringen. Entscheidend ist aber, dass der erstinstanzliche Bescheid, welcher der Behörde „Bürgermeister“ zuzurechnen ist, durch Entscheidung des entsprechenden Organwalters (Bürgermeister Dir R B) erlassen worden ist, der Bescheid stellt daher den Willensakt dieses Organwalters dar. Wenn auch Dr D als Leiter einer mündlichen Verhandlung tätig war und den Entwurf des Bescheides erstellt hat, lag doch die Entscheidung ausschließlich bei Bürgermeister Dir R B, es lag kein Fall der Vertretung des Bürgermeisters

durch Bedienstete der Gemeinde iSd § 64 Abs 2 der Stmk GemO vor. Dr D hat somit an der Erlassung des Bescheides iSd § 7 Abs 1 Z 5 AVG nicht mitgewirkt. Da dies die belangte Behörde verkannte, hat sie den Bescheid mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes belastet (VwGH 16. 2. 1994, 99/03/0251).

16) Der bautechnische Sachverständige, dessen Berechnungen von der belangten Behörde für ihre Beurteilung herangezogen wurden, hat den Bewilligungsbescheid der Baubehörde erster Instanz approbiert. Der angesprochene Organwalter hat damit iSd § 7 Abs 1 Z 4 AVG „an der Erlassung des (vor der belangten Berufungsbehörde) angefochtenen Bescheides mitgewirkt“ und hätte sich daher der Ausübung seines Amtes als Amtssachverständiger während des Berufungsverfahrens zu enthalten gehabt (vgl *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ [2009] 86, unter Hinweis auf *Hengstschläger/Leeb*, AVG Rz 13 zu § 7 [2004], sowie die dort zitierte Judikatur des VwGH); VwGH 28. 9. 2010, 2009/05/0218.

17) Eine geltend gemachte Befangenheit bedeutet keine zur Aufhebung führende Rechtsverletzung, wenn die getroffene Entscheidung dem Gesetz entspricht (VwGH 23. 4. 1996, 95/05/0333, BauSlg 105).

18) Ein im Berufungsverfahren beigezogener SV ist nicht deshalb befangen, weil er bereits im erstinstanzlichen Verfahren mitgewirkt hat (VwGH 30. 5. 1996, 95/06/0129, BauSlg 139).

19) Die Mitwirkung eines befangenen Organwalters in der Gemeinderatsitzung bildet keinen wesentlichen Befangenheitsgrund, wenn dessen Stimme für die Mehrheitsbildung nicht entscheidend war (VwGH 24. 3. 1998, 98/05/0001, BauSlg 77).

20) Ein Beamter begeht Amtsmissbrauch schon dann, wenn er als Planer für einen Bewilligungswerber tätig war, sich wegen Befangenheit nicht seiner Amtsausübung enthielt, sondern als Sachverständiger die Pläne auf ihre Übereinstimmung mit den NÖ Bauvorschriften überprüfte sowie dem Bürgermeister die Erledigungsentwürfe vorbereitete. Auf die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung kommt es nicht an (OGH 14. 3. 2000, 11 Os 125/99, RZ 11/00, 256).

21) Bei einem Hotel handelt es sich um keine Luftfahrtanlage, auch wenn es überwiegend zur Unterbringung von Piloten und Bordpersonal dienen soll. Die gemeindlichen Baubehörden sind daher für ein solches Bauvorhaben zuständig (VwGH 4. 3. 1999, 98/06/0214, BauSlg 41).

22) Die gemeindliche Baubehörde und nicht die nach dem UVP-G zuständige Behörde war für die Errichtung der Hotelanlage zuständig (VwGH 23. 5. 2001, 99/06/0164, BauSlg 120).

Intimationsbescheide

23) Gegen die Erlassung von Intimationsbescheiden bestehen keine Bedenken (VwGH 12. 3. 1952, Slg 2474 A, 15. 2. 1977, 2266/76, 31. 5. 1983, 83/05/0011, BauSlg 64 ua).

24) Die Unterfertigung eines Intimationsbescheides des Gemeinderates (als Berufungsbehörde) durch den Bürgermeister ist rechtlich unbedenklich (VwGH 6. 3. 1984, 83/05/0179, BauSlg 206, 3. 7. 1986, 85/06/0201, BauSlg 731 ua).

25) Wurde im Gemeinderat nur über den Spruch des Bescheides abgestimmt, nicht aber auch über die Grundzüge einer Begründung, dann ist der eine Begründung aufweisende durch die Beschlussfassung im Gemeinderat nicht gedeckt (VwGH 20. 3. 1984, 83/05/0137, BauSlg 214).

26) Wird ein Intimationsbescheid erlassen, obwohl ein Beschluss der zuständigen Behörde (hier: Gemeinderat) gar nicht vorliegt, ist ein Fall der Unzuständigkeit gegeben (VwGH 24. 11. 1988, 84/06/097, 0099, BauSlg 1220).

27) Weicht der Intimationsbescheid der Gemeinde vom Beschluss des Gemeinderates ab, muss diese der Unzuständigkeit gleichkommende Rechtswidrigkeit von der Gemeindeaufsichtsbehörde aufgegriffen werden (VwGH 29. 10. 1985, 85/05/0066, BauSlg 544).

28) Wurde der der Widmungsbewilligung zugrunde gelegte Plan erst nach der Beschlussfassung durch den Gemeinderat vorgelegt, kann dieser nicht zu Recht zum Gegenstand dieses Beschlusses erklärt werden. Ein diesen Beschluss ausfertigender (Intimations-)Bescheid widerspricht der Rechtslage (VwGH 17. 1. 1985, 83/06/0157, BauSlg 372).

Zum Berufungsverfahren

29) Die Rechtsmittelbehörde hat das Risiko einer Bescheidaufhebung dann zu tragen, wenn sie von der Feststellung der Versäumung der Rechtsmittelfrist ausgeht, diese Feststellung dem Rechtsmittelwerber aber vor ihrer Entscheidung nicht vorgehalten hat (VwSlg 5380 A, 4. 10. 1973, 0669/73, 16. 2. 1976, 0133/75). Der Nichtwahrnehmung des behaupteten Zustellmangels steht auch nicht das Neuerungsverbot (§ 41 VwGG) entgegen (VwSlg 2367 A) (VwGH 23. 2. 1982, 81/05/0038).

30) Der Bauwerber besitzt im Baubewilligungsverfahren einen Rechtsanspruch darauf, dass über eine verspätet erhobene Berufung eines Nachbarn nicht mehr sachlich entschieden wird (VwGH 24. 2. 1983, 82/06/0118, BauSlg 16, 26. 1. 1989, 88/06/0020 ua).

31) Eine Berufung muss wenigstens erkennen lassen, was die Partei anstrebt und worin sie eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides erblickt, § 63 Abs 3 AVG darf aber nicht im Geiste eines dem AVG fremden und übertriebenen Formalismus ausgelegt werden (VwGH 27. 5. 1986, 85/05/0151, BauSlg 689 ua).

32) Eine Berufung ist nicht deshalb unzulässig, weil die Berufungsausführungen nicht stichhaltig sind. Das Fehlen der Begründung einer Berufung darf seit der AVG-Nov 1998 nicht zu einer Rückweisung der Berufung führen, sondern zur Erlassung eines Verbesserungsauftrages (VwGH 30. 1. 2001, 99/05/0206, BauSlg 10 betr W).

33) Vor Erlassung eines Berufungsbescheides ist auch zu prüfen, ob überhaupt ein erstinstanzlicher Bescheid vorliegt, weil ansonsten die Berufung zurückzuweisen ist.

Vor Erlassung eines Bauauftrages muss die Behörde prüfen, ob nicht die Rechtskraft eines früheren Auftrages in derselben Sache dem neuerlichen Auftrag entgegensteht (VwGH 25. 4. 1985, 83/06/0180, BauSlg 431).

34) Wurde einer Berufung keine der Aktenlage nach erforderliche Vollmacht angeschlossen, hat die Berufungsbehörde mit der Erlassung eines Verbesserungsauftrages nach § 13 Abs 3 AVG vorzugehen (VwGH 21. 11. 1985, 83/06/0257, BauSlg 575).

35) Gegenstand der Berufung des Bauwerbers kann nur die Frage sein, ob die Baubewilligung mit Recht versagt wurde. Eine Berufung gegen einen Bescheid, mit welchem das Bauansuchen vollinhaltlich bewilligt wurde, ist unzulässig (VwGH 27. 11. 1972, 0858/71).

36) Während der Anhängigkeit einer Berufung ist die Erstinstanz nicht berechtigt, in derselben Sache neuerlich zu entscheiden, weil durch die Erhebung einer Berufung, wie sich aus § 66 Abs 4 AVG ergibt, die Befugnis zur Entscheidung in der Sache auf die Berufungsbehörde übergegangen ist (vgl VwSlg 766 A und vom 25. 5. 1972, 0229/72). „Sache“ (iSd § 66 Abs 4 AVG) ist immer die Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches des Bescheides der Unterbehörde gebildet hat (vgl VwGH 28. 6. 1971, 1301/70, und VwSlg 8123 A). Die Unzuständigkeit der Erstinstanz hat die Berufungsbehörde von Amts wegen wahrzunehmen (vgl VwSlg 1750 A und das schon angeführte E 0229/72). Unterlässt dies die Berufungsbehörde, dann ist der angefochtene Bescheid wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit (vgl VwSlg 7514 A) aufzuheben (VwGH 1. 7. 1974, 1358/73).

37) Die Berufungsbehörde ist berechtigt, Formgebrechen (nun Mängel), deren Vorliegen die Behörde erster Instanz übersehen hatte, aufzugreifen und deren Behebung in Anwendung des § 13 Abs 3 AVG anzuordnen, wenn ohne eine solche Mängelbehebung eine Sachentscheidung nicht möglich wäre. Um im Beschwerdefall diese Frage beurteilen zu können, reichten die in erster Instanz vorgelegten Unterlagen aus. Die Berufungsbehörde wäre daher verpflichtet gewesen, über die rechtzeitig erhobene Berufung eine Sachentscheidung zu fällen (VwGH 28. 5. 1974, VwSlg 8622 A). S auch E 27. 8. 1996, 96/05/0078, BauSlg 196 ua.

38) Auch dann, wenn in erster Instanz eine Baubewilligung erteilt wurde, ist die Berufungsbehörde (hier auf Grund der Berufung eines Nachbarn) berechtigt, nach § 13 Abs 3 AVG einen Verbesserungsauftrag zwecks Vorlage ordnungsgemäßer Pläne zu erlassen. Wird dem Verbesserungsauftrag nicht bzw nicht zur Gänze entsprochen, hat die Berufungsbehörde den erstinstanzlichen Bescheid beheben und das Bauansuchen zurückzuweisen (VwGH 20. 12. 1988, 84/05/0054, BauSlg 1240).

39) Gem § 66 Abs 4 AVG hat die Berufungsbehörde, sofern ihre Berufung nicht als unzulässig oder verspätet zurückzuweisen ist, immer in der Sache selbst zu entscheiden. Die Verpflichtung der Rechtsmittelbehörde zur Entscheidung in der Sache selbst schließt die Verpflichtung mit ein, auch Änderungen der Sachlage, welche erst nach Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides eingetreten sind, in der Berufungsentscheidung zu berücksichtigen (VwGH 29. 4. 1986, 84/05/0254, BauSlg 667).

40) In seinem Erk eines verstärkten Senates vom 3. 12. 1980, 06/3112/79, Slg 10317 A, hat der VwGH neu folgende Rechtssätze geprägt:

1. Die Berufung eines Präludierten ist abzuweisen (Abgehen von dem Erk vom 26. 9. 1961, Slg 5621 A, wonach die Berufung des Präludierten zurückzuweisen ist). Durch AVG-Nov 1998 überholt.
2. Die Prüfungsbefugnis der Berufungsbehörde ist im Falle einer beschränkten Parteistellung des Berufungswerbers, wie es für Nachbarn im Baubewilligungsverfahren typisch ist, auf jenen Themenkreis eingeschränkt, in dem diese Partei mitzuwirken berechtigt ist. Sache iSd § 66 Abs 4 AVG ist sohin ausschließlich jener Bereich, in welchem dem Berufungswerber ein Mitspracherecht zusteht (Abgehen von der bisherigen Rsp, insb vom verstärkten Senat vom 8. 7. 1958, VwSlg 4725 A).

41) Die Prüfungsbefugnis der Berufungsbehörde ist im Baubewilligungsverfahren bei Berufung eines Nachbarn auf jene Fragen beschränkt, hinsichtlich deren dieser ein Mitspracherecht besitzt.

42) Die Berufungsbehörde und auch der VwGH haben eine eingetretene Präklusion gem § 42 AVG zu beachten (nun muss eine – völlige – Präklusion zur Zurückweisung der Berufung mangels Parteistellung führen).

43) Nachbarn können Verfahrensmängel nur so weit geltend machen, als sie dadurch in der Verfolgung ihrer subjektiv-öffentlichen Rechte beeinträchtigt werden (VwGH 12. 4. 1984, 83/06/0246, BauSlg 244, 13. 12. 1990, 90/06/0128 ua).

44) Die Berufungsbehörde ist nicht berechtigt, aus Anlass der Berufung eines Nachbarn andere Fragen als Rechtsverletzungen des Nachbarn aufzugreifen (VwGH 21. 2. 1984, 82/05/0158, BauSlg 195).

45) Die Prüfungsbefugnis der Berufungsbehörde (vgl E verst Sen 3. 12. 1980, VwSlg 10317 A) ist im Falle des Rechtsmittels einer Partei des Verwaltungsverfahrens mit beschränktem Mitspracherecht, wie dies auf die Anrainer gem § 118 Abs 8 und 9 NÖ BO zutrifft, auf jene Fragen beschränkt, hinsichtlich deren dieses Mitspracherecht als ein subjektiv-öffentliches Recht besteht. Wegen dieses von vornherein beschränkten Mitspracherechtes können Nachbarn Verfahrensmängel nur insoweit geltend machen, als sie dadurch in der Verfolgung ihrer subjektiv-öffentlichen Rechte beeinträchtigt werden (s E 26. 11. 1974, 1676/73, VwSlg 8713 A, 8. 11. 1976, 1615, 1622/76, Slg 9170 A, 12. 4. 1984, 83/06/0246, BauSlg 244). S auch E 17. 6. 1992, 87/06/0131, 24. 9. 1992, 88/06/0100 ua.

Im Beschwerdefall kommt hierzu, dass der Beschwerdeführer unter Hinweis auf die Rechtsfolgen des § 42 AVG zur Bauverhandlung geladen wurde und an dieser auch teilgenommen hat. Von der (Berufungs-)Behörde dürfen nur diejenigen Einwendungen berücksichtigt werden, die spätestens bei der mündlichen Verhandlung vorgebracht worden sind (VwGH 15. 12. 1987, 84/05/0043, BauSlg 1021).

46) Das beschränkte Mitspracherecht des Nachbarn im Baubewilligungsverfahren und die sich daraus ergebende Beschränkung des Prüfungsrechtes der Berufungsbehörde auf Rechtsverletzungen des Nachbarn steht mit der Möglichkeit der *reformatio in peius* nicht in Widerspruch. Die themenmäßige Beschränkung der Berufungsbehörde führt auch nicht dazu, dass das Prinzip des Schutzes subjektiver Rechte in unvertretbarer Weise überzogen wird (VwGH 4. 7. 1989, 89/05/0040).

47) Die Prüfungsbefugnis der Berufungsbehörde sowie der Aufsichtsbehörde und auch der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts ist im Falle des Rechtsmittels einer Partei des Verwaltungsverfahrens mit beschränktem Mitspracherecht, wie dies auf Anrainer auch nach dem Steiermärkischen Bau-recht zutrifft, auf jene Fragen beschränkt, hinsichtlich deren dieses Mitspracherecht als subjektiv-öffentliches Recht besteht, und soweit rechtzeitig im Verfahren derartige Einwendungen erhoben wurden (s E VS 3. 12. 1980, 3112/79 uva). Dies gilt auch für Nachbarn, die gem § 42 AVG in der Fassung der Nov BGBl I 1998/158 ihre Parteistellung beibehalten haben (VwGH 26. 4. 2002, 2000/06/0205).

48) Die Behörde hat zwar von Amts wegen die Einhaltung der Abstandsbestimmungen des § 13 BauG auf allen Gebäudeseiten eines zu bewilligenden Projektes zu überprüfen, ein Mitspracherecht des Nachbarn in Bezug auf die Einhaltung der Abstandsbestimmungen auf der seinem Gebäude abgewandten Seite eines Gebäudes besteht jedoch nicht. Die Berufungsbehörde kann diese Frage daher aus Anlass der Berufung eines solchen Nachbarn im Hinblick auf dessen mangelndes Mitspracherecht nicht neuerlich prüfen (VwGH 23. 1. 2003, 2002/06/0207). S auch E zu § 26 BauG.

49) Der VwGH vermag die bisher vertretene Rechtsanschauung, dass im Zusammenhang mit der Frage der zeitlichen Anwendbarkeit von Rechtsnormen bei konstitutiven Bescheiden die Rechtslage im Zeitpunkt des letztinstanzlichen Bescheides und bei deklarativen Bescheiden die Rechtslage im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Bescheides maßgebend sei, in dieser allgemeinen Form nicht mehr aufrechtzuerhalten ... Der VwGH kommt nunmehr zur Anschauung, dass im Allgemeinen die Rechtsmittelbehörde das im Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides geltende Recht anzuwenden hat. Eine andere Betrachtungsweise wird dann geboten sein, wenn etwa der Gesetzgeber in einer Übergangsbestimmung anderes anordnet. Weiter wird eine andere Betrachtungsweise auch dann Platz zu greifen haben, wenn darüber abzusprechen ist, was an einem bestimmten Zeitpunkt oder in einem konkreten Zeitraum rechtens war (VwGH 4. 5. 1977, Slg 9315 A – verst Sen).

50) Eine Änderung der Rechtslage im Zuge des Berufungsverfahrens ist im Allgemeinen von der Berufungsbehörde zu beachten (s verstärkter Senat 4. 5. 1977, Slg 9315 A); eine Bausperreverordnung schafft eine solche neue Rechtslage (VwGH 21. 10. 1982, 82/06/0048, 49).

51) Die Auffassung, dass die Berufungsbehörde im zweiten Rechtsgang (nach Aufhebung des ersten Berufungsbescheides durch eine Vorstellungsentscheidung) ua auf den – wenngleich nach Einbringung des Baugesuches in Kraft getretenen – ergänzenden Bebauungsplan Bedacht zu nehmen hatte, ist (mangels abweichender gesetzlicher Regelung) zutreffend. Der Umstand, dass allenfalls eine raschere Entscheidung durch die Gemeindebehörden möglich gewesen wäre (nämlich vor diesem Inkrafttreten), vermag daran nichts zu ändern (VwGH 20. 3. 2003, 2003/06/0044).

52) Eine Änderung der Rechtslage im Zuge des Berufungsverfahrens ermöglicht dem Nachbarn die Erhebung neuer Einwendungen (VwGH 27. 6. 1979, 2433 u 2434/77, 8. 3. 1983, 82/05/0125, BauSlg 20).

53) Wie der VwGH schon wiederholt ausgesprochen hat, ist in der Herstellung des Zustandes, der einem erlassenen, im Instanzenzug angefochtenen baupolizeilichen Auftrag entspricht, keine von der Berufungsbehörde zu beachtende Änderung des maßgeblichen Sachverhaltes zu erblicken (vgl die E 15. 2. 1965, 2059/64, 14. 6. 1983, 82/07/0205, 19. 9. 1985, 82/06/0074, 0075 ua). Wie auch die belangte Behörde richtig erkannte, wird mit einem baupolizeilichen Auftrag die Verpflichtung zu einer Leistung begründet. Wird nun nach Erlassung des Bescheides, mit dem eine solche Verpflichtung auferlegt worden ist, die Leistung bewirkt, so ist damit nur der Zustand hergestellt, der mit dem Bescheid erreicht werden sollte. Auf die solcherart bewirkte Änderung in der Außenwelt braucht die Berufungsbehörde bei der Entscheidung über das bei ihr eingebrachte Rechtsmittel nicht Bedacht zu nehmen. Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass die wesentliche Funktion der Berufungsbehörde darin besteht, den vorinstanzlichen Bescheid auf seine Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Damit steht nicht im Widerspruch, dass die Berufungsbehörde gem § 66 Abs 4 AVG – abgesehen von den dort angeführten Ausnahmen – stets in der Sache zu entscheiden hat und berechtigt ist, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung ihre Anschauung an die Stelle jener der Unterbehörde zu setzen sowie demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern. Mit dieser Bestimmung steht im Zusammenhang, dass die Berufungsbehörde grundsätzlich seit der Erlassung der Bescheide der Unterbehörde eingetretene Änderungen nicht nur der Rechtslage, sondern auch des maßgeblichen Sachverhaltes zu berücksichtigen hat. Die Anwendung dieses Gesetzes in den Fällen, in denen die vermeintliche Änderung des Sachverhaltes nur auf die Herstellung des den Bescheid der Unterbehörde entsprechenden Zustandes zurückzuführen ist, würde zur Folge haben, dass die Berufungsbehörde gar nicht in die Lage kommen würde, ihre Funktion als rechtliche Kontrollinstanz auszuüben. Die Umset-

zung eines Bescheides, der eine Leistung auferlegt, in die Wirklichkeit kann daher weder eine noch anhängige Berufung gegenstandslos machen noch die Entscheidung der Berufungsbehörde in einem bestimmten Sinn festlegen. In einem solchen Fall darf die Sachlage nicht anders gesehen werden, als ob in der Zeit nach der Erlassung des Bescheides, mit dem die Verpflichtung zur Leistung ausgesprochen worden ist, nichts geschehen wäre (vgl das auf einem verst Sen beruhende E 16. 4. 1956, Slg 4040 A) (VwGH 26. 9. 1985, 83/06/0262, 0263, BauSlg 519).

54) Geringfügige Abänderungen des Bauvorhabens dürfen im Zuge des Rechtsmittelverfahrens vorgenommen werden. Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war der Wille der Bauwerber, ein Wohngebäude mit einer bestimmten Bausubstanz errichten zu wollen. Das in den Bauplänen dargestellte konkrete Projekt kann nicht als ein anderes (aliud) beurteilt werden, wenn im Zuge des Berufungsverfahrens Modifikationen erfolgen, welche – nach Art und Ausmaß geringfügig – dem Zweck dienen, das Projekt (zur Gänze) dem Gesetz anzupassen. Im Beschwerdefall handelte es sich um eine Einschränkung (Reduktion) des Antrages betreffend zwei Erker durch Verringerung von deren Größe im Hinblick auf die Vorschrift des § 84 Abs 2 WBO. Nach dem E 5. 10. 1964, Slg 6449 A, ist die Berufungsbehörde sogar verpflichtet, den Bauwerber zu einer Abänderung seines Bauvorhabens aufzufordern, wenn ein gegebener Versagungsgrund durch eine Modifikation des Bauansuchens beseitigt werden kann, und die Berufungsbehörde darf nur dann das ganze Vorhaben ablehnen, wenn sich der Bauwerber weigert, eine entsprechende Änderung seines Projektes vorzunehmen (vgl auch die E 19. 10. 1955, 3349/54, 8. 5. 1967, 1318/66, 7. 12. 1976, 1987, 1988/76 ua) (VwGH 18. 3. 1980, 2841/79).

55) Generell gilt, dass Projektmodifikationen zulässig sind, wobei aber durch eine Antragsänderung die Sache ihrem Wesen nach nicht geändert und die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Behörde nicht berührt werden darf (§ 13 Abs 8 AVG). Auch im Zuge des Berufungsverfahrens sind Modifikationen des Projektes zulässig, jedenfalls solche, die – nach Art und Ausmaß geringfügig – dem Zweck dienen, das Projekt (zur Gänze) dem Gesetz anzupassen. Einschränkungen des ursprünglichen Bauvorhabens sind zulässig; aber es sind auch Änderungen des ursprünglichen Bauvorhabens im Berufungsverfahren zulässig, die insgesamt betrachtet kein Ausmaß erreichen, dass das Bauvorhaben als ein anderes zu beurteilen wäre, bzw das Wesen (den Charakter) des Bauverfahrens nicht betreffen (siehe dazu bspw das E v 22. 2. 2005, 2003/06/0011, mwN; zur Projektmodifikation im Allgemeinen wie insbesondere auch im Berufungsverfahren siehe *Hauer*, Der Nachbar im Baurecht⁵ 118 f, 126 f, 141 f). Eine Erweiterung des Bauvorhabens gerichtet auf eine Vergrößerung der Bausubstanz ist im Berufungsverfahren – grundsätzlich – unzulässig (s dazu *Hauer*, aaO 141, mwN, wie auch das E v 20. 10. 2005, 2004/06/0121). Unter Umständen kann aber auch

eine Projektmodifikation im Berufungsverfahren, die erfolgt, um das Vorhaben genehmigungsfähig zu machen, zulässig sein, obwohl dadurch die Bausubstanz geringfügig erweitert wird (s E v 4. 9. 2001, 2001/05/0154, zur Wiener Bauordnung, mit Darstellung der Vorjudikatur). Nicht zuletzt kommt es daher auch auf die Umstände des Einzelfalles an. Zur Beurteilung der Frage, welche Projektmodifikationen in erster Instanz durchgeführt wurden, ist das ursprünglich eingereichte Vorhaben mit dem von der Behörde erster Instanz bewilligten zu vergleichen, und zur Beurteilung, welche Modifikationen im Berufungsverfahren erfolgten, Letzteres mit dem von der Berufungsbehörde bewilligten (VwGH 27. 11. 2007, 2006/06/0337; 1. 4. 2008, 2004/06/0114).

56) Nach der Rsp des VwGH ist die Baubehörde auch noch im Berufungsverfahren verpflichtet, den Bauwerber zu einer Abänderung seines Vorhabens aufzufordern, wenn ein gegebener Versagungsgrund durch eine Projektsänderung beseitigt werden kann; die Behörde darf nur dann das ganze Vorhaben ablehnen, wenn sich der Bauwerber weigert, eine entsprechende Änderung seines Projektes vorzunehmen (VwGH 19. 10. 1955, 3349/54, 5. 10. 1964, VwSlg 6449 A, 8. 5. 1967, 1318/66 ua). Der Sinn dieser Rsp liegt darin, dass auch in einem Berufungsbescheid ohne Erörterung mit der betroffenen Partei ein Versagungsgrund nicht ohne weiteres angeführt werden soll, der durch eine Modifikation des Vorhabens aus der Welt geschafft werden kann. Diese Grenzen der zulässigen Modifikation sind im Berufungsverfahren jedoch schon aus dem Grund eng zu ziehen, weil das Vorhaben noch dieselbe Sache iSd § 66 Abs 4 AVG sein muss. Vergrößerungen eines Projektes sind unzulässig (VwGH 23. 4. 1987, 86/06/0253, BauSlg 914). Reduktionen sind zulässig (VwGH 15. 9. 1992, 92/05/0044, ua). S nun auch § 13 Abs 8 AVG idF Nov 98.

57) Auch die Berufungsbehörde muss dem Bauwerber vor einer Versagung des Bauvorhabens eine Projektsänderung nahelegen (Aufforderung zur Modifikation).

Bei trennbaren Bauvorhaben hat die Baubehörde auch zu prüfen, ob ein trennbarer Teil des Bauvorhabens für sich allein genehmigungsfähig ist (VwGH 27. 5. 1999, 98/06/0138, BauSlg 127).

58) Eine Änderung des Projektes im Berufungsverfahren muss im Spruch des Berufungsbescheides klargestellt werden (VwGH 9. 9. 1999, 98/06/0084, BauSlg 190).

59) Die Grenzen einer zulässigen Projektsänderung im Zuge des Berufungsverfahrens sind jedenfalls überschritten, wenn die Änderung des Projektes (hier: Änderung der Zahl und Lage der Baukörper sowie weitere Änderungen) zu einer neuerlichen Überprüfung des gesamten Projektes führen müssen; es handelt sich in einem solchen Fall nicht um dieselbe Sache iSd § 66 Abs 4 AVG (VwGH 21. 2. 1989, 88/05/0205, 0206 betr NÖ). § 13 Abs 8 AVG dürfte dieser Aussage nicht entgegenstehen.

60) Ein in den ursprünglichen Bauplänen dargestelltes Projekt kann nicht als ein „aliud“ beurteilt werden, wenn im Zuge des Berufungsverfahrens Modifikationen erfolgen, welche – nach Art und Ausmaß geringfügig – dem Zweck dienen, das Projekt (zur Gänze) dem Gesetz anzupassen. Auch wenn nicht nur Einschränkungen des ursprünglichen Bauvorhabens vorgenommen werden, so sind Änderungen des ursprünglichen Bauvorhabens im Berufungsverfahren zulässig, die **insgesamt** betrachtet kein Ausmaß erreichen, dass das Bauvorhaben als ein anderes zu beurteilen wäre, bzw die das Wesen (den Charakter) des Vorhabens nicht betreffen (Hinweis E 10. 9. 1981, 2041/79, VwSlg 10526 A/1981). VwGH 22. 2. 2005, 2003/06/0011, 16. 3. 2012, 2009/05/0037 betr W.

61) Wurde ein Bauvorhaben durch die Baubehörde erster Instanz bewilligt, kann im Zweifel nicht angenommen werden, dass der Bauwerber auf Grund der Berufung eines Nachbarn durch Vornahme von Projektsänderungen im Zuge des Berufungsverfahrens das ursprüngliche Vorhaben zurückziehen wollte; über die Berufung ist eine Sachentscheidung zu treffen (VwGH 28. 1. 1986, 85/05/0145, BauSlg 621).

62) Im Zuge des Berufungsverfahrens vorgenommene, dann jedoch wieder zurückgenommene Projektsänderungen sind rechtlich unerheblich (VwGH 1. 7. 1986, 82/05/0015, BauSlg 718).

63) Wurde von der Baubehörde erster Instanz ein Antrag nach § 13 Abs 3 AVG zurückgewiesen, hat die Berufungsbehörde iSd § 66 Abs 4 AVG ausschließlich zu prüfen, ob die Zurückweisung zu Recht erfolgte. Die Berufungsbehörde ist in einem solchen Fall nicht berechtigt, die Zurückweisung in eine Abweisung abzuändern (VwGH 17. 5. 1984, 81/06/0127, BauSlg 264).

64) Wurde ein Bauauftrag zu Unrecht an eine Pächterin gerichtet, ist diese Person zur Erhebung einer Berufung berechtigt, wäre ein solcher Auftrag nach der Rechtslage auch nicht an sie zu richten gewesen (VwGH 29. 1. 1985, 84/05/0202, BauSlg 377).

65) Ein Berichtigungsbescheid bildet mit dem berichtigten Bescheid eine Einheit. Eine nur gegen den Berichtigungsbescheid erhobene Berufung berechtigt nur im Rahmen des Berichtigungsbescheides zur Aufhebung des berichtigten Bescheides (VwGH 17. 3. 1987, 87/05/0040, BauSlg 881).

66) Wurde in einer Berufung gegen einen erstinstanzlichen Bescheid betr die Versagung einer Baubewilligung und die Erlassung eines Beseitigungsauftrages der Antrag gestellt, diesen aufzuheben, dann ist dieser Bescheid zur Gänze angefochten, mögen sich die Ausführungen in der Berufung nur mit der Frage der Erteilung einer Baubewilligung auseinander setzen – ging die Berufungsbehörde davon aus, dass der Beseitigungsauftrag in Rechtskraft erwuchs, ist ihr Bescheid rechtswidrig (VwGH 6. 7. 1989, 87/06/0054).

67) Die Berufungsbehörde darf nicht baupolizeiliche Aufträge erteilen, die gar nicht Gegenstand des erstinstanzlichen Bescheides waren (VwGH 29. 10. 1985, 85/05/0114, BauSlg 556).

68) Gem § 66 Abs 4 AVG ist die Berufungsbehörde berechtigt, einen Bauauftrag neu zu formulieren (VwGH 6. 3. 1984, 83/05/0185, BauSlg 207).

69) Der vom Bauwerber verschiedene Grundeigentümer wird durch die Abweisung eines Bauansuchens nicht in seinen Rechten verletzt (VwGH 15. 1. 1985, 82/05/0139, BauSlg 366, 22. 9. 1987, 87/05/0091, BauSlg 966 – nur Rechtssatz).

70) Durch die Versagung einer Baubewilligung wird der Grundeigentümer, der dem Bauvorhaben zugestimmt hat, selbst aber nicht als Bauwerber aufgetreten ist, in seinen subjektiven öffentlichen Rechten nicht verletzt; seine Beschwerde erweist sich als unzulässig (VwGH 6. 10. 1983, 83/06/0120, 0121, 0122, BauSlg 113). S auch E 30. 1. 2001, 2000/05/0274, BauSlg 20 ua.

71) Auch gegen einen Berufungsbescheid, der gem § 66 Abs 2 AVG die Angelegenheit an die Behörde erster Instanz zurückweist, steht dem Nachbarn im Baubewilligungsverfahren das Recht zur Erhebung einer Beschwerde an den VwGH zu, und zwar auch dann, wenn in erster Instanz die Bewilligung versagt worden ist (VwGH verst Senat 13. 6. 1985, 84/05/0240, BauSlg 466).

72) Auch bei einer Änderung der Rechtslage kann eine Entscheidung nach § 66 Abs 2 AVG berechtigt sein, wenn damit der bisher ermittelte Sachverhalt ergänzungsbedürftig wurde – hier teilte der VwGH die Auffassung der Gemeinde, entgegen der Gemeindeaufsichtsbehörde, die die Voraussetzungen nach § 66 Abs 2 AVG verneint hatte (VwGH 24. 9. 1992, 91/06/0235).

73) Die Notwendigkeit einer Verfahrensergänzung durch Einholung eines Gutachtens rechtfertigt eine Entscheidung nach § 66 Abs 2 AVG nicht (VwGH 24. 9. 1992, 92/06/0120).

74) Eine Aufhebung durch die Berufungsbehörde nach § 66 Abs 2 AVG ist nur dann zulässig, wenn die Durchführung oder Wiederholung einer mündlichen Verhandlung unvermeidlich ist; grundsätzlich hat die Berufungsbehörde eine Sachentscheidung zu treffen (VwGH 29. 8. 1996, 96/06/0180, BauSlg 224 ua).

75) Der Bauwerber besitzt ein Recht auf Sachentscheidung nach § 66 Abs 4 AVG. Eine kassatorische Entscheidung nach § 66 Abs 2 AVG ist nur dann zulässig, wenn die Durchführung einer mündlichen Verhandlung unvermeidlich erscheint; dies ist bei der erforderlichen Einholung eines ergänzenden Gutachtens nicht der Fall. § 13 Abs 8 AVG ermöglicht dem Bauwerber eine Projektsänderung auch noch im Berufungsverfahren (VwGH 20. 4. 2001, 2001/05/0019, BauSlg 88 betr W).

76) Auch **die tragenden Aufhebungsgründe eines** in Rechtskraft erwachsenen aufhebenden **Berufungsbescheides nach § 66 Abs 2 AVG** bewirken eine Bindung für das fortgesetzte Verfahren.

Ergänzende Sachverhaltsfeststellungen und die Einholung von ergänzenden Gutachten bedeuten nicht immer, dass eine neuerliche Durchführung ei-

ner mündlichen Verhandlung unvermeidlich ist. Im Beschwerdefall waren (nur) hinsichtlich einiger Auflagen ergänzende Feststellungen des Sachverhaltes und auch Gutachtensergänzungen erforderlich (VwGH 18. 12. 1997, 97/06/0181, BauSlg 297). Hier ist anzumerken, dass die Parteien einen **Rechtsanspruch auf Sachentscheidung** durch die Berufungsbehörde besitzen (§ 66 Abs 4 AVG); § 66 Abs 2 AVG soll nur ausnahmsweise zu einer kassatorischen Entscheidung führen.

77) Wird ein in einem baubehördlichen Verfahren ergangener Bescheid nur von einer unter mehreren Parteien bekämpft, ändert der Ausgang des Rechtsmittelverfahrens nichts an der verfahrensrechtlichen Stellung der am Rechtsmittelverfahren nicht mehr beteiligten Parteien, wenn sie durch diese nicht schlechter gestellt wurden. Sie können daher an einem fortgesetzten Verfahren bei sonst unveränderter Verfahrenslage nicht mehr teilnehmen (VwGH 1. 7. 1975, VwSlg 8871 A).

78) Hat ein Nachbar gegen einen Baubewilligungsbescheid eine Berufung erhoben, ist die Berufungsbehörde auch dann zur Entscheidung über diese Berufung verpflichtet, wenn nach Erhebung der Berufung der Bauwerber sein Bauansuchen zurückzieht. Der Nachbar besitzt einen Rechtsanspruch darauf, dass über seine Berufung entschieden wird. Die Zurückziehung hat zur Folge, dass für die Erlassung des antragsbedürftigen Verwaltungsaktes (Baubewilligung) eine Voraussetzung fehlt, der erlassene Bescheid daher nicht mehr Gegenstand der Rechtsordnung sein darf. Im Falle einer Säumnisbeschwerde hat in einer solchen Situation auch der VwGH eine Sachentscheidung zu treffen; er darf nicht, wie bisher (vgl VwGH 20. 12. 1978, 1652, 1713/77, 20. 5. 1980, 0209/80) mit einer Einstellung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens vorgehen (VwGH 22. 12. 1987, 87/05/0084, BauSlg 1039).

79) Wurde ein baupolizeilicher Auftrag an einen Grundeigentümer als Eigentümer der Baulichkeit erteilt, so ist die Berufung eines Dritten, der behauptet, als Pächter Superädifikatseigentümer zu sein, als unzulässig zurückzuweisen. Ist der Dritte tatsächlich Eigentümer, so kann er bei einem allfälligen Vollstreckungsverfahren nach § 37 EO vorgehen (s E 15. 12. 1988, 88/06/0206). VwGH 14. 3. 1989, 88/05/0270.

80) Stellt sich im Zuge des Berufungsverfahrens heraus, dass die Baubehörde erster Instanz zu Unrecht angenommen hat, die Berufungswerberin sei Eigentümerin einer benachbarten Liegenschaft und sohin als Nachbarin Partei des Verfahrens, ist die Berufung nach § 66 Abs 4 AVG als unzulässig zurückzuweisen. Der erstinstanzliche Bescheid war in Wahrheit an den Eigentümer der benachbarten Liegenschaft noch gar nicht zugestellt worden, so dass er diesem Eigentümer gegenüber auch noch keine Rechtswirkungen entfalten konnte (VwGH 25. 4. 1989, 87/05/0162).

81) Verliert eine Bauwerberin im Berufungsverfahren ihre Rechtspersönlichkeit (hier: Gesellschaft mbH durch Löschung im Handelsregister), so ist mangels Rechtsnachfolgers der an sie adressierte erstinstanzliche Baubewilli-

gungsbescheid auf Grund der Berufung eines Nachbarn aufzuheben (VwGH 6. 3. 1990, 90/05/0028).

82) Fällt der Grund für die Baueinstellung weg, dürfen die Bauarbeiten fortgesetzt werden, und zwar auch dann, wenn einer Berufung die aufschiebende Wirkung aberkannt worden ist.

83) Ein während des Berufungsverfahrens geänderter Sachverhalt ist für die Berufungsbehörde rechtlich unerheblich (VwGH 30. 8. 1994, 94/05/0067).

84) Ein im Berufungsverfahren beigezogener Sachverständiger ist nicht deshalb befangen, weil er bereits im erstinstanzlichen Verfahren mitgewirkt hat (VwGH 30. 5. 1996, 95/06/0129, BauSlg 139).

85) Dem Bauwerber steht es frei, bis zur Berufungsentscheidung sein Bauansuchen zurückzuziehen und in der Folge ein neues Bauansuchen einzubringen (VwGH 23. 4. 1996, 95/05/0067, BauSlg 96 betr NÖ).

86) Wurde ein Bauansuchen auch erst im Berufungsverfahren zurückgezogen, steht einem gleichartigen neuen Bauansuchen der Grundsatz „ne bis in idem“ nicht entgegen. Die Behörde darf ein solches neues Ansuchen entgegen der Meinung der Nachbarn nicht wegen entschiedener Sache zurückweisen (VwGH 25. 3. 1999, 98/06/0203, 0204, BauSlg 73).

87) Zum Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides des Gemeindevorstandes vom 9. 9. 2002 war der (einzige) Bescheidadressat bereits verstorben. Dieser Bescheid ist demnach ins Leere gegangen und hat keine Rechtswirkungen entfaltet (vgl die bei *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahren*² unter E 105–E 107 referierte hg Judikatur zu § 56 AVG). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass einem baupolizeilichen Beseitigungsauftrag grundsätzlich dingliche Wirkung zukommt und der Rechtsnachfolger in die Rechtsposition seines Rechtsvorgängers eintritt, weil der Eintritt in die Rechtsposition im Beschwerdefall schon während des Berufungsverfahrens erfolgte.

Da der Berufungsbescheid des Gemeindevorstandes ins Leere gegangen ist und keine Rechtswirkungen entfaltet hat, hätte die belangte Behörde die dagegen erhobene Vorstellung der nunmehrigen Bfrin mangels Vorliegens eines Bescheides als unzulässig zurückweisen müssen. Da sie in Verkenennung der Rechtslage die Vorstellung inhaltlich erledigt hat, belastete sie ihren Bescheid mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes, weshalb er gem § 42 Abs 2 Z 1 VwGG aufzuheben war (VwGH 16. 12. 2003, 2003/05/0123 betr NÖ).

Zum Berufungsverfahren s insb die umfangreiche Wiedergabe der Rsp bei *Hauer/Leukauf*, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens*⁶.

Zum Vorstellungsverfahren

88) Gem Art 131 Abs 1 Z 1 B VG kann, wer durch den Bescheid einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet, nach Erschöpfung des Instanzenzuges gegen den Bescheid Beschwerde an den VwGH erheben. Nach stRsp des VwGH (vgl die Beschlüsse vom 4. 7. 1966,

VwSlg 6966 A, vom 28. 11. 1977, 2513, 2514/77 und vom 13. 10. 1978, 2188/78) gehört zu dieser Erschöpfung des Instanzenzuges auch, dass in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde nach Erledigung der Sache im innergemeindlichen Rechtszug mittels Vorstellung auch die Aufsichtsbehörde angerufen worden ist. Die gegen den mittels Vorstellung noch bekämpfbaren Rechtsmittelbescheid des Gemeinderates erhobene Beschwerde ist mangels Ausschöpfung des administrativen Instanzenzuges gem § 34 Abs 1 VwGG zurückzuweisen (VwGH 8. 11. 1979, 2839 u 2840/79).

89) Gegen den Bescheid eines Gemeindeorganes in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde kann nur nach Erschöpfung des Instanzenzuges Vorstellung bei der Aufsichtsbehörde erhoben werden. Da diese Voraussetzung, von der abzuweichen Wortlaut und Sinn dieser auf Art 119a Abs 5 B VG beruhenden landesgesetzlichen Bestimmungen verbieten, fehlte, hat die Aufsichtsbehörde die Vorstellung der Bfr zu Recht als unzulässig zurückgewiesen (VwGH 20. 9. 1976, 1859/76). Anders in Graz.

90) Nicht jede objektive Rechtswidrigkeit des Bescheides der obersten Gemeindebehörde kann zu dessen Aufhebung führen, die Aufhebung hat vielmehr zur Voraussetzung, dass subjektive Rechte des Vorstellungswerbers verletzt wurden (VwGH 5. 10. 1970, 0642/70, VwSlg 7873 A ua).

91) Im Allgemeinen steht es der Aufsichtsbehörde frei (VwSlg 7873 A ua), ob sie bei Vorliegen von Verfahrensmängeln auf Gemeindeebene ein eigenes Ermittlungsverfahren durchführt oder aber wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften den angefochtenen Gemeindebescheid aufhebt. Hat die Aufsichtsbehörde wesentliche Mängel des Verfahrens vor den Gemeindebehörde nicht wahrgenommen, ist der Vorstellungsbescheid mit einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit belastet (VwGH 27. 10. 1970, 0651/70, VwSlg 7896 A – nur Rechtssatz).

92) Wie der VwGH in stRsp dargetan hat, ist die Aufsichtsbehörde im Verfahren über eine Vorstellung nicht verpflichtet, durch eigene Ermittlungen die Voraussetzungen für die endgültige Lösung der Frage, ob eine Verletzung des Vorstellungswerbers in materiellen Rechten eingetreten ist, zu prüfen, wenngleich sie dazu berechtigt ist (siehe hierzu die Erkenntnisse vom 27. 10. 1970, VwSlg 7896 A, und vom 17. 10. 1972, 0843/71) ... Die Aufsichtsbehörde belastet ihren Bescheid mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes, wenn sie trotz Vorliegens wesentlicher Verfahrensmängel im gemeindebehördlichen Verfahren die Vorstellung abweist, ohne den maßgebenden Sachverhalt durch eigene Ermittlung geklärt zu haben (VwGH 31. 3. 1978, 0697 u 0719/77).

93) Die Aufsichtsbehörde ist – wie die Berufungsbehörde – nicht auf die geltend gemachten Gründe beschränkt, sie kann vielmehr den Bescheid der Gemeinde im Hinblick auf eine mögliche Rechtsverletzung des Vorstellungswerbers – unter Beachtung der Vorschrift des § 42 AVG – in jeder Richtung

überprüfen (VwSlg 7806 A, 7963 A, 5. 5. 1994, 91/06/0102, BauSlg 92 ua). Änderungen der Sach- und Rechtslage vor der Aufsichtsbehörde sind für das Vorstellungsverfahren unbeachtlich (VwSlg 7806 A, 27. 6. 1979, 2433/77, 25. 1. 1983, 82/05/0105, BauSlg 3, 10. 12. 1985, 84/05/0200, BauSlg 588, 20. 1. 1994, 93/06/ 0201, BauSlg 14 ua).

94) Für das Verfahren vor der Gemeindeaufsichtsbehörde ist grundsätzlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Erlassung des abschließenden Bescheides auf Gemeindeebene entscheidend (VwGH 21. 5. 1996, 95/05/ 0317, BauSlg 131).

95) Die Befugnis der Aufsichtsbehörde im Vorstellungsverfahren erstreckt sich lediglich auf die Verletzung von subjektiven Rechten des Vorstellungswerbers; darüber hinausgehend ist ihr eine Überprüfung der objektiven Rechtmäßigkeit des Bescheides der obersten Gemeindeinstanz verwehrt. Auf die Einhaltung der gesetzlichen Schranken der Aufsichtsbefugnis haben neben der Gemeinde auch die Parteien des Verfahrens einen Rechtsanspruch, weil anderenfalls ohne gesetzliche Grundlage in ihre durch den Bescheid der obersten Gemeindeinstanz gestaltete oder festgestellte Rechtssphäre eingegriffen würde (VwGH 20. 11. 1980, 0005/79).

96) Wurde der Nachbar durch die Erteilung einer Baubewilligung in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten nicht verletzt, darf die Gemeindeaufsichtsbehörde im Vorstellungsverfahren den Berufungsbescheid nicht aufheben (VwGH 28. 9. 1999, 95/05/0269, 0270, BauSlg 203, 21. 5. 1996, 93/05/ 0252, BauSlg 126).

97) Rechtsmeinungen der Aufsichtsbehörde, die in einem aufhebenden Vorstellungsbescheid ausgedrückt sind und den aufhebenden Spruch dieses Bescheides tragen, kommt bindende Wirkung zu (VwSlg 8091 A). In diesem Umfang erstreckt sich die Bindung auf alle beteiligten Parteien und Behörden einschließlich der Aufsichtsbehörde selbst (VwSlg 8494 A); wird der betreffende Bescheid nicht mittels Beschwerde bekämpft, so binden die den aufhebenden Spruch tragenden Rechtsmeinungen auch den VwGH, worauf sich auch das Recht der Parteien gründet, im fortgesetzten Verfahren die Beachtung der Bindung in diesem Umfang und die ihnen daraus erfließenden Rechte mittels Beschwerde vor diesem durchzusetzen. Auch bei einer unrichtigen Rechtsansicht der Aufsichtsbehörde tritt diese Bindung ein (VwGH 19. 4. 1977, 2023/76, 17. 5. 1988, 88/05/0002 ua).

98) Der Vorstellungswerber hat nach der stRsp des VwGH ein mit Beschwerde nach Art 131 B VG durchsetzbares Recht auf Beachtung der bindenden Wirkung der Rechtsansicht der Aufsichtsbehörde, die in einem aufhebenden Vorstellungsbescheid ausgedrückt ist und den aufhebenden Spruch trägt; dies allerdings nur bei unverändert gebliebenem Sachverhalt (vgl E 1. 3. 1976, 1315/75, und die dort bezogene weitere Rsp) ... Nach § 61 Abs 4 erster Satz NÖ GO 1973 ist die Gemeinde bei der neuerlichen Entscheidung an die Rechtsansicht der Aufsichtsbehörde gebunden. Daraus er-

gibt sich, dass eine Bindung an diese Rechtsansicht jedenfalls nur insoweit besteht, als die Gemeinde eine neuerliche Entscheidung trifft oder zu treffen hat. Eine „neuerliche“ Entscheidung liegt, wie der normative Zusammenhang des § 61 Abs 4 NÖ GO 1973 mit dem übrigen Inhalt des § 61 leg cit erkennen lässt, nur vor, wenn sie in jener Rechtssache ergeht, in der auch die Aufsichtsbehörde angerufen wurde (VwGH 20. 12. 1978, 1652, 1713/77, Slg 9726 A).

99) Wenn die Bfr die Ansicht vertritt, ein aufhebender aufsichtsbehördlicher Bescheid habe nur hinsichtlich seines Spruches, nicht jedoch hinsichtlich seiner Begründung, eine Bindung der Gemeindebehörde bewirkt, verkennt sie die Rechtslage. Jene Gründe, die zur Aufhebung eines Bescheides geführt haben, sind erst aus der Begründung des aufsichtsbehördlichen Bescheides erkennbar, sodass insoweit der Begründung für die Rechtsansicht der Aufsichtsbehörde entscheidende Bedeutung zukommt. An die in der Begründung eines solchen in Rechtskraft erwachsenen Bescheides geäußerte, die Aufhebung tragende Rechtsansicht der Aufsichtsbehörde ist aber die Gemeindebehörde, die Aufsichtsbehörde selbst und auch der VwGH gebunden (VwSlg 8091 A, 8325 A, 8482 A, 8494 A ua). Nur die Gründe, die zur Aufhebung geführt haben, bewirken eine Bindung; eine weiter gehende Bindungswirkung ist weder für die Gemeindebehörde noch für die Aufsichtsbehörde selbst gegeben (VwGH 21. 6. 1979, 2029/77, 13. 9. 1979, 1901/79).

100) Rechte einer Partei, über deren Vorstellung der Bescheid der höchsten Gemeindeinstanz von der Vorstellungsbehörde aufgehoben wurde, können auch durch die Begründung dieses aufhebenden Bescheides insofern verletzt werden, als dadurch Rechtsansichten auf die Gemeindebehörde überbunden werden. Dies gilt jedoch nur insoweit, als die von der Partei bekämpfte Rechtsansicht die Aufhebung des Bescheides trägt; dies kann daher nicht auf Fragen zutreffen, in denen die Vorstellungsbehörde der Ansicht der letzten Gemeindeinstanz beigetreten ist (vgl Slg 8091/A, 8494/A, 25. 4. 1978, 2672/77, 27. 11. 1980, 3118/79).

101) Die Zulässigkeit der Beschwerde ungeachtet des Umstandes, dass mit dem angefochtenen Bescheid auf Grund der Vorstellung der Bfr der Bescheid der obersten Gemeindeinstanz zur Gänze aufgehoben wurde, ergibt sich aus der Bindungswirkung der Begründung aufsichtsbehördlicher Vorstellungsbescheide für das weitere Verfahren vor der Gemeindebehörde oberster Instanz (VwGH 18. 3. 1968, 1356/67). Auch die Aufsichtsbehörde selbst ist an den vorangegangenen aufsichtsbehördlichen Bescheid gebunden (VwSlg 8091 A, 13. 2. 1980, 0461/77).

102) Auch derjenige, der einen aufhebenden aufsichtsbehördlichen Bescheid erwirkt hat, ist zur Erhebung einer Beschwerde an den VwGH berechtigt, kann er doch durch die die Aufhebung tragende Begründung in seinem Recht verletzt worden sein (VwGH 26. 2. 1985, 83/05/171, BauSlg 392).

103) Nur den tragenden Aufhebungsgründen eines aufsichtsbehördlichen Bescheides kommt für das fortzusetzende Verfahren bindende Wirkung zu,

nicht den in demselben Bescheid genannten Abweisungsgründen; Letztere können daher auch nicht (unmittelbar) mit Beschwerde an den VwGH bekämpft werden (VwGH 17. 12. 1985, 85/05/0098, BauSlg 600).

104) Auch wenn die Vorstellung eines Nachbarn zu einer Aufhebung des letztinstanzlichen Gemeindebescheides geführt hat, ist er berechtigt, den aufhebenden Vorstellungsbescheid vor dem VwGH anzufechten.

Die Nachbarin kann in ihren Rechten verletzt sein, wenn die in der Begründung des Vorstellungsbescheides geäußerte Rechtsansicht der Rechtslage nicht voll entspricht.

Nur den tragenden Aufhebungsgründen kommt für das fortzusetzende Verfahren bindende Wirkung zu, weshalb die im aufsichtsbehördlichen Bescheid genannten Abweisungsgründe nicht vom Vorstellungswerber vor dem VwGH erfolgreich bekämpft werden können; hinsichtlich solcher Gründe nahm der VwGH eine bindende Wirkung für das fortgesetzte Verfahren nicht an (vgl E 17. 12. 1985, 85/05/0098, BauSlg 600). In dieser Beziehung verkennt die Beschwerdeführerin offensichtlich die Rechtslage (VwGH 30. 9. 1986, 86/0500024, BauSlg 769).

105) Nur die Aufhebung eines letztinstanzlichen Gemeindebescheides tragenden Gründe eines Vorstellungswerbers können zu Recht Gegenstand einer Beschwerde vor dem VwGH sein, nicht verfahrensökonomische Hinweise (VwGH 18. 12. 1986, 86/06/0186, 0196, BauSlg 836, 18. 1. 1994, 93/05/0220, BauSlg 7, 3. 10. 1996, 96/06/0153, BauSlg 251, 27. 4. 1999, 95/05/0150, BauSlg 90, 26. 9. 2002, 2001/06/ 0046 ua).

106) Ein aufhebender aufsichtsbehördlicher Bescheid, der von der Gemeinde unangefochten blieb, kann von der Gemeinde im fortgesetzten Verfahren selbst dann nicht erfolgreich bekämpft werden, wenn tragende Aufhebungsgründe mit der objektiven Rechtslage nicht im Einklang stünden (VwGH 23. 2. 1999, 98/05/0210, BauSlg 32).

107) Eine Bindungswirkung eines aufsichtsbehördlichen Bescheides ist nicht mehr gegeben, wenn sich die Rechtslage geändert hat (VwGH 12. 4. 1984, 84/06/0073, BauSlg 246).

108) Im Vorstellungsverfahren kommt neben der Gemeinde auch allen denjenigen Parteistellung zu, denen eine solche Stellung bereits im vorangegangenen gemeindebehördlichen Bauverfahren zugekommen ist (Bauwerber, Anrainer) VwGH 1. 3. 1979, 1127/76, VwSlg 9785 A.

109) Wurde ein Vorstellungswerber in keinem Recht verletzt, besitzt die Gemeinde einen Rechtsanspruch, dass ihr letztinstanzlicher Bescheid von der Gemeindeaufsichtsbehörde nicht aufgehoben wird (VwGH 23. 4. 1987, 86/06/0056–0059, BauSlg 910).

110) Im Rahmen des Vorstellungsverfahrens vor der Gemeindeaufsichtsbehörde ist eine Projektsänderung und/oder Projektsergänzung nicht zulässig. Ein solches Vorgehen kann einen Nachbarn in seinen Rechten verletzen (VwGH 25. 4. 1996, 92/06/0010, BauSlg 107 betr Tir).

111) Auch der aufhebenden Entscheidung der Gemeindeaufsichtsbehörde kommt – analog zu § 42 Abs 3 VwGG – eine ex-tunc-Wirkung zu (s VwGH 26. 9. 1995, 93/04/0124, 30. 6. 1994, 91/06/0124). Das kann bedeuten, dass einem Baubewilligungsbescheid im Hinblick auf eine solche Aufhebung keine Rechtswirkung mehr zukam, also eine Baueinstellung bzw ein Beseitigungsauftrag gerechtfertigt ist (VwGH 18. 2. 1997, 95/05/0145, BauSlg 20). Hier entsprach ein bewilligtes Projekt nach Aufhebung des Flächenwidmungs- und Bebauungsplanes durch den VfGH nicht mehr der Rechtslage, die Aufsichtsbehörde hatte dementsprechend den Berufungsbescheid behoben, der Gemeinderat jedoch diese ex-tunc-Wirkung nicht beachtet, sodass Nachbarn letztlich neuerlich den VfGH anriefen, der VfGH aber die Behandlung der Beschwerde ablehnte und sie an den VwGH abtrat.

112) Die Gemeindeaufsichtsbehörde hat sich im Vorstellungsverfahren auf die Ermessenskontrolle zu beschränken, sie darf nicht selbst Ermessen üben (VwGH 9. 5. 1979, VwSlg 9834 A, 24. 3. 1983, 81/06/0093, 2949/80, BauSlg 32, 18. 10. 1984, 82/06/0180, BauSlg 319 ua) – wichtig bei Ausübung des Planungsermessens nach § 18.

113) Über den Wiedereinsetzungsantrag gegen die Versäumung der Frist zur Einbringung der Vorstellung hat ungeachtet der im Gesetz vorgesehenen Einbringungsstelle die Aufsichtsbehörde zu entscheiden (Hinweis E 17. 9. 1981, 2335/79). VwGH 6. 10. 2011, 2010/06/0006 betr Tir.

Ausnahmen vom Anwendungsbereich¹⁾

§ 3. Dieses Gesetz gilt insbesondere²⁾ nicht für:

1. bauliche Anlagen³⁾, die nach straßenrechtlichen Vorschriften⁴⁾ als Straßen oder Bestandteile⁵⁾ einer Straße gelten, sowie die dazugehörigen⁶⁾ Lärmschutzanlagen;
2. bauliche Anlagen, die der Abwicklung oder Sicherung des Betriebes oder Verkehrs von Eisenbahnen oder auf Flugplätzen⁷⁾ dienen, einschließlich der dazugehörigen Lärmschutzanlagen;
3. die Errichtung und Instandhaltung von militärischen Anlagen, insbesondere von Kampf- und Waffenständen, verbunkerten Führungs- und Fernmeldeeinrichtungen sowie Sperren, Munitionslagern, nicht ortsfest errichteten militärischen Anlagen für Zwecke der Luftraumüberwachung, Bauwerken für den militärischen Flugbetrieb, Schießstätten und Übungsplätzen mit Ausnahme der dazugehörigen Hochbauten⁸⁾ samt den damit zusammenhängenden Versorgungsanlagen;
4. bauliche Anlagen, die nach bergrechtlichen,⁹⁾ schifffahrtsrechtlichen¹⁰⁾ oder abfallrechtlichen¹¹⁾ Bestimmungen einer Bewilligung bedürfen;
5. bauliche Anlagen, die nach forstrechtlichen Vorschriften¹²⁾ einer Bewilligung bedürfen, soweit es sich nicht um Gebäude¹³⁾ handelt;