

Auflagen im Verwaltungsverfahren in Theorie und Praxis

2. Teil

2.3. Berufungsverfahren/Anfechtbarkeit:

Gegen einen Bescheid erster Instanz wird Berufung erhoben. Der Berufungswerber – der Bewilligungsinhaber oder eine andere Verfahrenspartei, etwa ein Nachbar – bekämpft nur eine bestimmte Auflage. Wie ist das zu beurteilen?

Nebenbestimmungen bilden in der Regel eine untrennbare Einheit mit dem Hauptinhalt des Bescheides, nämlich dann, wenn der Hauptinhalt des Bescheides ohne die Nebenbestimmung rechtlich nicht bestehen dürfte. **Nebenbestimmungen können daher grundsätzlich nicht gesondert bekämpft werden;** ihre Bekämpfung führt dazu, dass der Bescheid als zur Gänze angefochten angesehen wird. Wer sich also gegen eine belastende Nebenbestimmung in einem begünstigenden Bescheid zur Wehr setzen will, riskiert damit, dass der Bescheid zur Gänze aufgehoben wird, und damit auch die Begünstigung entfällt (vgl zB VwGH 25. Februar 1992, 91/04/0126). Nur dann, wenn die Nebenbestimmung in keinem aus dem Gesetz ableitbaren Zusammenhang mit dem Hauptinhalt des Bescheides steht – also eigentlich ohne gesetzliche Grundlage ergeht – nimmt die Rechtsprechung an, dass die Nebenbestimmung gesondert bekämpft werden kann (vgl VwGH vom 27. April 1995, 94/11/0336).

Grundsätzlich gilt also, dass eine Bewilligung und die mit ihr verbundene Nebenbestimmung als untrennbare Einheit zu behandeln sind, wenn die Bewilligung ohne die betreffende Nebenbestimmung nicht erteilt werden dürfte und dementsprechend von der Behörde auch nicht erteilt worden wäre. Es ist also zu prüfen, ob der Hauptinhalt des Bescheides ohne Nebenbestimmung rechtmäßiger Weise bestehen dürfte, sodass deren Trennbarkeit von der Beurteilung des jeweils gegebenen sachlichen und rechtlichen Zusammenhanges abhängig ist.

Als Beispiel für trennbare Nebenbestimmungen werden in der Rechtsprechung Nebenbestimmungen mit rein deklarativem Charakter genannt, also Fälle, in denen eigentlich gar keine Nebenbestimmung dieser Art bestehen dürfte oder der Fall, dass zB wasserrechtliche Bestimmungen in einen Bewilligungsbescheid nach dem Baurecht aufgenommen wurden. Dann kann nicht gesagt werden, dass der Hauptinhalt des Bescheides nicht ohne die betreffende Nebenbestimmung rechtmäßiger Weise selbständig bestehen dürfte.

Weiteres Beispiel:

Dem Bf wurde die Bewilligung zum Betrieb eines Bades an einem näher bezeichneten Grundwasserteich gemäß § 5 Bäderhygienegesetz unter den Auflagen erteilt, dass während des Betriebes eine Aufsichtsperson anwesend zu sein hat, die über eine Ausbildung in Erster Hilfe sowie im Rettungsschwimmen verfügt und dass dieser Aufsichtsperson ein Telefon mit öffentlichem Anschluss zur Verfügung zu stellen ist.

Diese Auflagen finden in § 14 Abs 1 Bäderhygienegesetz aber keine Deckung, weil diese Verpflichtung nur für Inhaber eines Hallenbades oder künstlichen Freibckenbades gilt.

Damit bleibt kein Raum für eine behördliche Vorschreibung von Aufsichtspersonen auch für Bäder an Oberflächengewässern und Saunaanlagen im Wege einer Auflage. Die besagten Nebenbestimmungen sind vom übrigen Inhalt des angefochtenen Bescheides trennbar, weil sie mit dem Hauptinhalt des Spruches in keinem aus dem Bäderhygienegesetz nach dessen Zweck und Inhalt ableitbaren Rege-

lungszusammenhang stehen, sodass nicht gesagt werden kann, dass der Spruch nach Aufhebung dieser beiden Auflagen nicht rechtmäßigerweise selbständig weiterbestehen dürfte (96/11/0012).

Der Verwaltungsgerichtshof hat also die **Trennbarkeit einer Nebenbestimmung vom Hauptinhalt des Bescheides angenommen**, wenn die in den Bescheidspruch aufgenommene Nebenbestimmung mit diesem in keinem aus dem Gesetz ableitbaren Regelungszusammenhang steht. Im Falle einer solchen qualifizierten Rechtswidrigkeit ist die Nebenbestimmung als eigener rechtswidriger, selbst der Rechtskraft fähiger und gesondert anfechtbarer Bescheid zu qualifizieren, der bloß als Bestandteil eines anderen Bescheides auftritt. In Wahrheit handelt es sich damit nicht mehr um eine Auflage im vorhin dargestellten Verständnis, sondern um einen verkappten eigenen Bescheid im Bescheid, wo selbstverständlich von der Trennbarkeit ausgegangen werden kann.

Zurück zum Berufungsverfahren:

Bezieht sich die Berufung nur auf einen solchen trennbaren Teil, wird davon auszugehen sein, dass hinsichtlich des übrigen Bescheides Teilrechtskraft eingetreten ist, dass dieser Teil also nicht mehr bekämpft werden kann. Liegt hingegen eine untrennbare Nebenbestimmung vor, gilt der gesamte Bescheid als bekämpft. Dies eröffnet der Berufungsbehörde die Möglichkeit den gesamten Bescheid in alle Richtungen hin umzugestalten und abzuändern, letztendlich auch die Bewilligung zu versagen.

Vor dem Hintergrund des Risikos, durch die Anfechtung einer Nebenbestimmung das durch den Bescheid begründete Recht zu verlieren, erklären sich in der Praxis immer wieder vorkommende Versuche, Rechtsmittel, also zB Berufungen, Einsprüche etc auf belastende Nebenbestimmungen einzuschränken und auch die Berufungsbehörde zu einem verengten Blick zu bewegen. Regelmäßig scheitern aber solche Versuche, was der Berufungsbehörde eine allumfassende Prüfung ermöglicht. Dabei ist es aber selbstverständlich zulässig, wenn eine Berufungsbehörde den vor ihr in Berufung gezogenen Bescheid nach entsprechender Prüfung des Gesamtprojektes dann tatsächlich nur hinsichtlich der betreffenden untrennbaren Nebenbestimmung abändert, die allein Gegenstand der Berufung gewesen war.

Am Ende des Berufungsverfahrens steht also wieder ein Bescheid, mit dem – möglicherweise nach Beiziehung anderer Sachverständiger – auch andere oder neue Auflagen vorgeschrieben werden können. In einem solchen Fall empfiehlt es sich aber, im Berufungsbescheid klarzustellen, ob die neuen Auflagen zu den Auflagen des – allenfalls aufrecht erhaltenen – erstinstanzlichen Bescheides hinzutreten oder an deren Stelle treten sollen. Unklarheiten in dieser Beziehung oder inhaltliche Widersprüche innerhalb von Auflagenkatalogen (aufrechterhaltener) Bescheide erster und zweiter Instanz können zu inhaltlich unlösbaren Fragen und damit zur Rechtswidrigkeit des Berufungsbescheides führen.

2.4. Rechtskraft:

In der Regel wird der Bescheid der Berufungsbehörde mit seiner Erlassung verbindlich gegenüber Dritten, gegenüber

Behörden und natürlich gegenüber dem dadurch Begünstigten. Ihrer Natur gemäß sind auch alle Nebenbestimmungen der Rechtskraft fähig, werden also ebenfalls rechtskräftig und verbindlich. Natürlich treten auch rechtswidrige Auflagen, wenn sie rechtskräftig werden, gegenüber dem Antragsteller, aber auch gegenüber der rechtlichen Umwelt, rechtsgestaltend in Kraft und sind daher – wenn bzw. solange sie nicht aufgehoben werden – ebenfalls verbindlich (VwGH 9. November 1999, 99/05/0147).

Welche Wirkungen hat die Rechtskraft für den Fall, dass der Rechtsinhaber eine Änderung des Bescheides bzw. der damit verfügbaren Auflagen wünscht?

Bei Vorliegen eines rechtskräftigen Bescheides mit Auflagen und bei gleichbleibender Sach- und Rechtslage scheidet ein Bewilligungsinhaber nun mit einem Antrag auf Änderung einer rechtskräftigen Auflage schon deshalb, weil ein solcher Antrag im Sinne des § 68 Abs 1 AVG die Aufrollung einer bereits rechtskräftig entschiedenen Sache bezwecken würde (VwGH 18. Februar 1997, 97/05/0020). Bei gleicher Sach- und Rechtslage ist ein solcher Antrag zurückzuweisen, weil rechtskräftig entschiedene Sache (*res iudicata*) vorliegt.

Nicht zu verwechseln ist dies aber mit der dem Konsensinhaber stets offen stehenden Möglichkeit, ein neues Ansuchen zB auf Abänderung eines Gebäudes einzubringen. Diesem Ansuchen stünde die rechtskräftig entschiedene Angelegenheit nicht entgegen, weil es sich um eine neue Sache handelt. Gleiches gilt bei Änderung der Rechtslage, allerdings nur dann, wenn sich diese Änderung inhaltlich auf den Teil des Bescheides auswirkt, in dem die zu ändernde Auflage zu finden ist bzw. auf den sich die Auflage bezieht.

Die Rechtskraft hat auch eine sichernde Funktion, kann sich doch der Inhaber eines Rechtes darauf verlassen, dass ihm dieses nicht mehr weggenommen wird und dass auch inhaltlich nichts mehr an dem eingeräumten Recht verändert wird. Dies gilt auch für die gegenbeteiligten Parteien, die sich zB darauf verlassen können wollen, dass eine sie begünstigende Auflage auch tatsächlich in einem Bewilligungsbescheid auf Dauer bestehen bleibt. Diese Bestandsgarantie rechtskräftiger Bescheide, die mit der Rechtskraft einher geht, ist daher auch unter unternehmerischen Gesichtspunkten oder unter dem Aspekt des Rechtsfriedens ein wichtiges Element unserer Rechtsordnung. Dementsprechend sind Eingriffe in diese Bestandsgarantie nur unter besonderen Voraussetzungen möglich.

Welche Möglichkeiten gibt es nun, wenn einem die rechtskräftige Bewilligung nicht gefällt? Oder wenn von Amts wegen nach Rechtskraft des Bescheides zB bei den Auflagen Nachrüstungsbedarf besteht?

2.5. „Durchbrechungen der Rechtskraft“

Mit dieser Bezeichnung meine ich im vorliegenden Zusammenhang die in der Rechtsordnung vorgesehenen Möglichkeiten, die bestehen (können), um die Rechtskraft eines Bewilligungsbescheides zu umgehen oder sie inhaltlich aufzubrechen.

Dabei gibt es eine Reihe ganz unterschiedlicher rechtlicher Ausgangslagen. Es gibt rein verfahrensrechtliche Instrumente, wie zB die Wiederaufnahme des Verfahrens oder die Nichtigklärung von Bescheiden, es gibt aber auch Sonderbestimmungen in einzelnen Materiegesetzen, wo zB die nachträgliche Vorschreibung von Auflagen ausdrücklich vorgesehen ist (zB in der GewO, im Wasserrecht) oder andere spezielle Rechtskonstruktionen, wie zB das Kollaudierungsverfahren, die eine inhaltliche Veränderung des Konsenses auch nach Eintritt der Rechtskraft des Bewilligungsbescheides selbst ermöglichen.

2.5.1. Kollaudierungsverfahren

In einigen Materiegesetzen, so zB nach dem WRG oder nach den Bauordnungen, finden wir Konstruktionen, wo einem rechtskräftigen Bewilligungsbescheid ein Kollaudierungsbescheid, oder eine Benützungsbewilligung oder ähnliches folgt. Diese Konstruktionen sind inhaltlich eigentlich nicht vergleichbar, können aber de facto zum gleichen Ergebnis führen. So ist zB im Kollaudierungsverfahren nach dem WRG ausdrücklich vorgesehen, dass im Kollaudierungsbescheid nachträgliche bzw. neue oder andere Auflagen vorgeschrieben werden können, die dann zusätzlich oder anstelle derer des Bewilligungsbescheides einzuhalten sind.

Beispiel (§ 121 Abs 1 WRG)

§ 121. (1) Die Ausführung einer nach den Bestimmungen des Wasserrechtsgesetzes oder unter Mitwirkung dieses Bundesgesetzes bewilligungspflichtigen Wasseranlage ist unverzüglich der für die Erteilung der Bewilligung zuständigen Behörde bekannt zu geben. Diese hat sich in einem auf Kosten des Unternehmers durchzuführenden Verfahren von der Übereinstimmung der Anlage mit der erteilten Bewilligung, bei Trieb- und Stauwerken insbesondere auch von der richtigen und zweckmäßigen Setzung der Staumaße, zu überzeugen, die Messungsergebnisse schriftlich festzuhalten, das Ergebnis dieser Überprüfung durch Bescheid auszusprechen und die Beseitigung etwa wahrgenommener Mängel und Abweichungen zu veranlassen. **Geringfügige Abweichungen, die öffentlichen Interessen oder fremden Rechten nicht nachteilig sind oder denen der Betroffene zustimmt, können im Überprüfungsbescheid nachträglich genehmigt werden.** Wird bei einer Fristüberschreitung die Bewilligung nicht ausdrücklich für erloschen erklärt, so gilt die Anlage als fristgemäß ausgeführt (§ 112 Abs 1).

Man sieht hier an der Textierung, dass eine solche Abänderung nur im Fall der Geringfügigkeit möglich sein soll, und auch nur dann, wenn weder öffentliche Interessen noch die Interessen Dritter beeinträchtigt werden, es sei denn, der Dritte stimmt zu. Es handelt sich hier daher um eine gesetzlich vorgesehene Anpassungsmöglichkeit an die nach der Herstellung der Anlage gegebene Realität, dies allerdings nur unter bestimmten Umständen.

Im Falle einer Benützungsbewilligung, wie zB nach § 36 Abs 3 Tir Bauordnung, ist eine solche im Gesetz vorgesehene, nachträglich abweichende Bewilligung grundsätzlich nicht vorgesehen.

Beispiel (§ 36 Abs 3 Tir BauO)

§ 36. ...

(3) Die Behörde hat die Benützungsbewilligung innerhalb von drei Monaten nach dem Einlangen des Ansuchens zu erteilen, wenn das betreffende Gebäude entsprechend der Baubewilligung und den bautechnischen Erfordernissen ausgeführt wurde und die Voraussetzungen nach § 35 Abs 2 erfüllt sind. **Liegen nur unwesentliche Baumängel vor oder sind zur Vollendung des Gebäudes nur noch geringfügige Bauarbeiten erforderlich, so kann die Benützungsbewilligung mit entsprechenden Auflagen oder unter entsprechenden Bedingungen erteilt werden.** Eine Teilbenützungsbewilligung ist erforderlichenfalls mit Auflagen oder unter Bedingungen im Sinne des § 29 Abs 1 zweiter Satz zu erteilen.

Normativer Inhalt der Bewilligung gemäß § 36 Abs 3 Tir BauO ist die Erteilung der Benützungsbewilligung, wobei als Grundsatz gilt, dass die Benützungsbewilligung einen erforderlichen Baukonsens nicht zu ersetzen vermag. Lässt aber eine Benützungsbewilligung erkennen, dass damit bewilligungspflichtige Projektänderungen bewilligt wurden, dann ist davon auszugehen, dass in Wahrheit zugleich auch eine Baubewilligung erteilt wurde (vgl zu § 111 NÖ BauO 1976 VwGH 18. Dezember 2006, 2005/05/0284).

Auch wenn es im Gesetz eigentlich nicht vorgesehen ist, kann eine Benützungsbewilligung also auch nachträglich den Baukonsens verändern. Kritisch ist ein solches Vorgehen aber nicht

Auflagen im Verwaltungsverfahren in Theorie und Praxis

nur deshalb zu beleuchten, weil es im Gesetz nicht so vorgezeichnet ist, sondern weil ein Benützungsbewilligungsverfahren mit einem anderen Parteienkreis durchgeführt wird als ein Bewilligungsverfahren. Daher vertritt der Verwaltungsgerichtshof bei solchen Konstellationen die Ansicht, dass dann, wenn die Änderung des Bauvorhabens Umstände betrifft, durch welche in Rechte des Nachbarn eingegriffen wird, diesem auch im Benützungsbewilligungsverfahren Parteistellung zukommt (VwGH 21. Juli 2005, 2004/05/0104).

2.5.2. Zum anderen gibt es in verschiedenen Materiegesetzen ausdrücklich vorgesehene Instrumentarien des nachträglichen Eingriffes in die Rechtskraft (vgl § 21a WRG, § 79 oder § 79b GewO, § 26 Abs 9 TBO, § 29 Bgld BauG, § 32 NÖ BauO uä), die ua der nachträglichen Vorschreibung von Auflagen dienen. Ein solcher Eingriff ist aber oft nur für den Fall vorgesehen, dass trotz Einhaltung des bestehenden Konsenses öffentliche Interessen nicht ausreichend geschützt werden. Auch hier gilt im Grundsatz, dass ein solcher Eingriff durch nachträgliche Vorschreibung von Auflagen nur dann möglich ist, wenn es ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist. Weil es sich dabei um einen Eingriff in bestehende Rechte, meist in Eigentumsrechte, handelt, muss diese Eingriffsmöglichkeit restriktiv gehandhabt werden, dh es darf nur eingegriffen werden, soweit dies notwendig ist und es ist das gelindeste zum Ziel führende Mittel zu wählen (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).

Beispiele (§ 21a WRG, § 79 GewO, 26 Abs 9 TBO):

§ 21a. (1) Ergibt sich nach Erteilung der Bewilligung insbesondere unter Beachtung der Ergebnisse der Bestandsaufnahme (§ 55d), dass öffentliche Interessen (§ 105) trotz Einhaltung der im Bewilligungsbescheid oder in sonstigen Bestimmungen enthaltenen Auflagen und Vorschriften nicht hinreichend geschützt sind, hat die Behörde vorbehaltlich § 52 Abs 2 zweiter Satz die nach dem nunmehrigen Stand der Technik (§ 12a) zur Erreichung dieses Schutzes **erforderlichen anderen oder zusätzliche Auflagen vorzuschreiben**, Anpassungsziele festzulegen und die Vorlage entsprechender Projektunterlagen über die Anpassung aufzutragen. Art und Ausmaß der Wasserbenutzung vorübergehend oder auf Dauer einzuschränken oder die Wasserbenutzung vorübergehend oder auf Dauer zu untersagen.

§ 79. (1) Ergibt sich nach Genehmigung der Anlage, dass die gemäß § 74 Abs 2 wahrzunehmenden Interessen trotz Einhaltung der im Genehmigungsbescheid vorgeschriebenen Auflagen nicht hinreichend geschützt sind, so hat die Behörde die nach dem Stand der Technik (§ 71a) und dem Stand der medizinischen und der sonst in Betracht kommenden Wissenschaften zur Erreichung dieses Schutzes **erforderlichen anderen oder zusätzlichen Auflagen (§ 77 Abs 1) vorzuschreiben**; die Auflagen haben gegebenenfalls auch die zur Erreichung dieses Schutzes erforderliche Beseitigung eingetretener Folgen von Auswirkungen der Anlage zu umfassen; die Behörde hat festzulegen, dass bestimmte Auflagen erst nach Ablauf einer angemessenen, höchstens drei Jahre, in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen (zB bei Betriebsübernahmen) höchstens fünf Jahre, betragenden Frist eingehalten werden müssen, wenn der Inhaber der Betriebsanlage nachweist, dass ihm (zB wegen der mit der Übernahme des Betriebes verbundenen Kosten) die Einhaltung dieser Auflagen erst innerhalb dieser Frist wirtschaftlich zumutbar ist, und gegen die Fristeinräumung keine Bedenken vom Standpunkt des Schutzes der im § 74 Abs 2 umschriebenen Interessen bestehen. Die Behörde hat solche Auflagen nicht vorzuschreiben, wenn sie unverhältnismäßig sind, vor allem wenn der mit der Erfüllung der Auflagen verbundene Aufwand außer Verhältnis zu dem mit den Auflagen angestrebten Erfolg steht. Dabei sind insbesondere Art, Menge und Gefährlichkeit der von der Anlage ausgehenden Emissionen und der von ihr verursachten Immissionen sowie die Nutzungsdauer und die technischen Besonderheiten der Anlage zu berücksichtigen.

§ 26. ... (9) Ergibt sich nach der Erteilung der Baubewilligung, dass trotz bescheidgemäßer Ausführung des Bauvorhabens eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen besteht, so hat die Behörde dem Inhaber der Baubewilligung mit schriftlichem Bescheid **andere oder zusätzliche Auflagen** im Sinne des Abs 7 **vorzuschreiben**. Solche Auflagen sind nur insoweit zulässig, als der damit verbundene Aufwand in einem vertretbaren Verhältnis zum erzielbaren Erfolg steht.

Ohne auf Details eingehen zu wollen, ist in diesem Zusammenhang zu sagen, dass die Judikatur diese Eingriffsvoraussetzungen immer streng geprüft hat, und zwar sowohl das Vorliegen der Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Eingriffs an sich also auch die Parameter der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Solchen Bescheiden gehen in der Regel, vor allem wenn es sich um größere Anlagen handelt, aufwändige Verfahren mit der Befassung von Sachverständigen etc voraus.

Die Formulierungen dieser oder ähnlicher Bestimmungen sehen eine Reaktion auf trotz Einhaltung des Konsenses eingetretene Missstände vor; diese Reaktion besteht (ua) in der zusätzlichen Vorschreibung von Auflagen. Es gibt aber auch Bestimmungen in einzelnen Gesetzen, die für den Fall der Veränderung der Sachlage, also zB des Wegfalls der Gründe, die für die Vorschreibung einer Auflage gesprochen haben, die Möglichkeit vorsehen, eine Auflage nachträglich wieder zu beseitigen.

Als Beispiele seien § 79c GewO oder § 92 Abs 7 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz genannt:

„§ 79c. Die nach § 77, § 79 oder § 79b vorgeschriebenen **Auflagen** sind auf Antrag mit Bescheid **aufzuheben oder abzuändern**, wenn und soweit die Voraussetzungen für ihre Vorschreibung nicht mehr vorliegen.

§ 92. ... (7) Die Wirksamkeit einer Bewilligung nach Abs 1 und 5 wird durch einen Wechsel in der Person des Arbeitgebers nicht berührt. **Auflagen** gemäß Abs 2 sind von der zuständigen Behörde auf Antrag des Arbeitgebers **aufzuheben oder abzuändern, wenn die Voraussetzungen für die Vorschreibung nicht mehr vorliegen.**“

Fraglich ist, ob diese genannten Möglichkeiten der nachträglichen inhaltlichen Veränderung des Konsenses immer nur dann möglich sein sollen, wenn sie im Gesetz ausdrücklich vorgesehen sind. Diese Frage ist allerdings sehr umstritten.

Unstrittig ist, dass dann, wenn sich die Sach- und Rechtslage nicht geändert hat, ein Eingriff in den Auflagenkatalog nur auf Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung und bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen möglich ist.

Hat sich die Sach- oder Rechtslage aber geändert, sind also nun zB die Voraussetzungen für die Vorschreibung einer Auflage nicht mehr gegeben, so könnte man die Ansicht vertreten, dass aus dieser Auflage niemandem mehr ein Recht erwächst, und könnte diese nach § 68 Abs 2 AVG (dazu gleich mehr) aufheben.

Man könnte auch die Ansicht vertreten, dass die Rechtskraft eines – auch die Auflagen umfassenden – Bescheides nur soweit reicht, als die Sach- und Rechtslage unverändert besteht. Den Einwand, es liege entschiedene Sache vor, könnte man bei Änderung des Sachverhaltes daher einem Antragsteller, der zB die Abänderung des Bescheides (durch Entfall der Auflage) begehrt, dann nicht entgegen halten.

Die zuletzt genannten Überlegungen werfen aber ein kritisches Licht auf die oben beispielsweise aufgezeigten gesetzlichen Grundlagen zB des § 79c GewO, weil dann Zweifel an der Notwendigkeit einer solchen Bestimmung, die eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für einen Eingriff bei geänderter Sachlage schafft, entstehen. Wenn es auch ohne gesetzliche Grundlage möglich wäre, in rechtskräftige Bescheide bei Änderung der Sachlage (oder der Rechtslage) einzugreifen, wozu benötigte man dann Bestimmungen, die dies ausdrücklich erlauben?

2.5.3. Eine weitere Möglichkeit des Eingriffs in die Rechtskraft eines Bescheides bei unveränderter Sach- und Rechtslage bieten die allgemeinen verfahrensrechtlichen Instrumente des AVG, wie der § 68 AVG. Davon wird aber eher selten Gebrauch gemacht, weil diese Voraussetzungen nicht oft vorliegen.

„§ 68. ... (2) Von Amts wegen können Bescheide, **aus denen niemandem ein Recht erwachsen ist**, sowohl von der Behörde oder vom unabhängigen Verwaltungssenat, die oder der den Bescheid erlassen hat, als auch in Ausübung des Aufsichtsrechtes von der sachlich in

Auflagen im Verwaltungsverfahren in Theorie und Praxis

Betracht kommenden Oberbehörde aufgehoben oder abgeändert werden.

(3) Andere Bescheide kann in Wahrung des öffentlichen Wohles die Behörde, die den Bescheid in letzter Instanz erlassen hat, wenn ein unabhängiger Verwaltungssenat entschieden hat, dieser, oder die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde insoweit **abändern, als dies zur Beseitigung von das Leben oder die Gesundheit von Menschen gefährdenden Missständen oder zur Abwehr schwerer volkswirtschaftlicher Schädigungen notwendig und unvermeidlich** ist. In allen Fällen hat die Behörde mit möglicher Schonung erworbener Rechte vorzugehen.“

Die Anwendbarkeit des § 68 Abs 2 AVG kommt deshalb selten in Frage, weil es in den Bereichen, wo mit Auflagen gearbeitet wird, kaum Bescheide gibt, aus denen „niemand ein Recht erwachsen“ ist. Regelmäßig erwächst ja dem Inhaber der Bewilligung eine Berechtigung, in die nach § 68 Abs 2 AVG dann nicht eingegriffen werden dürfte.

Aber auch die Anwendung des § 68 Abs 3 AVG wird an hoch gesteckte Voraussetzungen geknüpft. Es muss ein Fall vorliegen, wo Missstände gegeben sind, die das Leben oder die Gesundheit der Menschen gefährden oder der Volkswirtschaft schwere Schäden zufügen würden. Man sieht auch hier, dass der Eingriff in die Rechtskraft nur in äußersten Notsituationen möglich sein soll. Sollte ein solcher Fall gegeben sein, ist selbstverständlich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Wahl der Mittel und beim Ausmaß des Rechtseingriffs zu beachten.

2.5.4. Wiederaufnahme des Verfahrens

Eine weitere Möglichkeit, in die Rechtskraft eines Bescheides – und damit der verfügten Auflagen – nachträglich einzugreifen, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens. Dabei ist zu beachten, dass eine bewilligte Wiederaufnahme zur Wiederaufrollung des gesamten Verfahrens führt, und nicht – wie bei den zuvor genannten Eingriffsmöglichkeiten – lediglich in einen sonst bestehen bleibenden Konsens korrigierend eingegriffen wird. Es wird also das Ursprungsverfahren neu aufgerollt, vom ursprünglich bestanden habenden Bescheid bleibt in der Regel nichts mehr bestehen.

In Verfahren, die typischerweise mit Auflagen zu tun haben, erscheint einer der drei Wiederaufnahmetatbestände von besonderem Interesse, nämlich der des § 69 Abs 1 Z 2 AVG. Demnach kann ein Verfahren wieder aufgenommen werden, wenn „neue Tatsachen oder Beweismittel hervorkommen, die im Verfahren ohne Verschulden der Partei nicht geltend gemacht werden konnten und allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens voraussichtlich einen im Hauptinhalt des Spruches anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätten“ (sogenannter „Neuerungsstatbestand“). Wichtig ist dabei, dass es sich um Tatsachen oder Beweismittel handeln muss, die bereits vor Bescheiderlassung bestanden haben, aber aus irgendwelchen Gründen unbekannt waren, und erst nachträglich bekannt wurden. Neue, nach Bescheiderlassung hervorgekommene Tatsachen oder Beweismittel (zB ein später eingeholtes Gutachten) erfüllen diese Voraussetzung hingegen nicht.

Die Möglichkeit der Wiederaufnahme ist zudem in der Regel mit 3 Jahren nach Rechtskraft des Bescheides befristet.

2.5.5. Beschwerde an die Höchstgerichte:

Eine Möglichkeit der Beseitigung der Rechtskraft habe ich noch nicht erwähnt, nämlich die der Aufhebung eines Bescheides durch einen der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes.

Damit es dazu kommen kann, muss Beschwerde gegen einen Bescheid erhoben werden, der in letzter Instanz ergangen ist. Allerdings kommt den Höchstgerichten bloß kassatorische Entscheidungsbefugnis zu. Im Fall der Rechtswidrigkeit eines Bescheides kann dieser daher nicht abgeändert und sozusagen

richtiggestellt werden, sondern muss aufgehoben werden. Erweist sich also eine Auflage in einem Bewilligungsbescheid als unrechtmäßig, weil zB den Erfordernissen der Bestimmtheit und Geeignetheit nicht entsprechend, so führt dies nicht zur Richtigstellung der Auflage, sondern zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides. Die Gestaltungsmöglichkeiten einer Berufungsbehörde kommt den Höchstgerichten nicht zu.

Auch hier tritt wieder die Frage der Trennbarkeit der Nebenbestimmungen vom verliehenen Recht auf, die ich schon im Zusammenhang mit der Berufung erwähnt habe. Hier agieren Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshof nicht ganz deckungsgleich.

Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes sind Beschwerden nach Art 144 Abs 1 B-VG jedenfalls unzulässig, die sich ausschließlich gegen belastende Nebenbestimmungen eines Bewilligungsbescheides richten, wenn diese mit der Bewilligung eine untrennbare Einheit bilden (VfSlg 15.403/99). Der Gerichtshof begründet dies damit, dass er sich nicht für befugt hält, entgegen der Interessen des Beschwerdeführers (am Weiterbestehen des Restbescheides) über den ausdrücklichen Antrag hinauszugehen und den gesamten Bescheid aufzuheben. Bezüglich der Bescheidbeschwerden, mit denen lediglich untrennbare Nebenbestimmungen angefochten werden, trifft der Verwaltungsgerichtshof hingegen folgende **Differenzierung**:

Lässt sich die Einschränkung als ein Vergreifen im Ausdruck qualifizieren, so geht der Gerichtshof davon aus, dass in Wahrheit der gesamte Bescheid angefochten ist und versteht die Beschränkung der Beschwerde auf die Nebenbestimmung als Eingrenzung des Beschwerdepunktes (VwGH 25. April 1996, 95/07/0193; 23. Jänner 2001, 2000/11/0116). Mit einer solchen Beschwerde gilt der gesamte Bescheid als angefochten und es wird bei Rechtswidrigkeit dieser Auflage auch der gesamte Bescheid aufgehoben.

Geht aus einer Beschwerde hingegen der eindeutige Wille des Beschwerdeführers hervor, dass sie nicht auch zur Aufhebung der eingeräumten Begünstigung führen möge, sondern eben nur zur Aufhebung einer bestimmten Auflage, so wird nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes damit in Wahrheit die Abänderung des Bescheides angestrebt. In Ermangelung einer reformatorischen Entscheidungsbefugnis weist der Gerichtshof solche Beschwerden daher wegen offenkundiger Unzuständigkeit zurück (VwSlg 13.587/A/1992, VwGH 28. August 1997, 95/04/0084, 20. April 2004, 2003/06/0119). Solche Beschwerde stammen meist vom Bewilligungsinhaber, der eine ihm unangenehme Auflage aus dem Bescheid entfernt haben will, allerdings bei Aufrechterhaltung des gesamten restlichen Bescheides.

Lässt sich allerdings die Trennbarkeit der Nebenbestimmung auf Grund der mangelhaften Bescheidbegründung gar nicht beurteilen, dann führt ihre alleinige Anfechtung nicht zur Zurückweisung der Beschwerde durch den Verwaltungsgerichtshof, sondern zur Aufhebung des gesamten Bescheides wegen dieses wesentlichen Verfahrensmangels der mangelhaften Begründetheit (VwGH 26. Februar 1998, 97/07/0204, 22. Dezember 2003, 2003/10/0238).

Beispiel: (Erk vom 26. Februar 1998, 97/07/0204 iZm VerpackungsVO)

Ob der angefochtene Auflagenteil erforderlich im Sinne des § 7b Abs 2 AWG ist, kann derzeit mangels entsprechender Begründung im angefochtenen Bescheid nicht beurteilt werden. Dies hat zur Folge, dass aber auch noch nicht endgültig beurteilt werden kann, ob der Hauptinhalt des angefochtenen Bescheides ohne die strittige Nebenbestimmung bestehen könnte. Es fehlt daher an den Voraussetzungen für die Aufhebung der angefochtenen Nebenbestimmung allein. Dies führt aber nicht zur Zurückweisung der allein auf die Aufhebung der Nebenbestimmung gerichteten Beschwerde, sondern zur Aufhebung des gesamten Spruches.

Auflagen im Verwaltungsverfahren in Theorie und Praxis

2.6. Rechtsfolgen bei Nichtbefolgung von Auflagen:

Abschließend wende ich mich noch kurz der Frage zu, welche Rechtsfolgen mit der Nichtbefolgung von Auflagen für den Bewilligungsinhaber verbunden sein können.

2.6.1. Vollstreckung

Auflagen sind, sobald von der Baubewilligung Gebrauch gemacht worden ist, grundsätzlich gegenüber dem Inhaber der Bewilligung vollstreckbar (VwGH 9. November 1999, 99/05/0147). Der Rechtsbestand einer Baubewilligung, mit der eine Auflage als Nebenbestimmung erlassen wurde, bleibt bei Nichterfüllung der Auflage allerdings unberührt (VwGH 7. März 2000, 99/05/0266).

Auf Grundlage einer rechtskräftigen Auflage soll ohne weiteres Ermittlungsverfahren und neuerliche Entscheidung eine Vollstreckungsverfügung im Rahmen einer allfälligen Ersatzvornahme ergehen können (VwGH 16. September 1999, 99/07/0063). Eine Ersatzvornahme kommt aber nur bei vertretbaren Leistungen in Frage, daher zB nicht bei persönlichen Verpflichtungen (wie etwa der Auflage, beim Autofahren eine Brille zu tragen).

Fraglich ist, ob die Nichterfüllung einer Auflage auch Grundlage für ein verwaltungspolizeiliches Verfahren, zB ein wasserpolizeiliches Auftragsverfahren, sein kann. Grundsätzlich bedarf es eines wasserpolizeilichen Auftrages nicht mehr, wenn ein entsprechender Exekutionstitel bereits durch rechtskräftige und vollstreckbare Auflagen im Bewilligungsbescheid geschaffen wurde (VwGH 15. Februar 1983, 82/07/0161, VwSlg 10973 A/1983, zu § 138 WRG 1959). Liegt der Missstand bloß in der Nichtumsetzung der Auflage, so ist für ein Auftragsverfahren kein Platz, es ist vielmehr mit Vollstreckung der Auflage vorzugehen.

Liegt aber keine vollstreckbare Auflage vor, kann das Abweichen vom Bewilligungsbescheid die Grundlage für einen solchen Auftrag darstellen (VwGH 22. Oktober 1985, 85/07/0156, ebenfalls zu § 138 WRG).

Diese Unterscheidung wurde bereits vorher angesprochen und tritt zB dann auf, wenn es sich um projektsändernde Auflagen und ihre Vollstreckbarkeit handelt. **Projektsändernde Auflagen** stehen ja in untrennbarer Einheit mit den durch sie modifizierten Plänen und Beschreibungen und stellen daher **unmittelbar** den Gegenstand der Baubewilligung dar (zB: Vorschreibung des Einbaus einer im Projekt nicht vorgesehenen Entlüftungsanlage in einen Schweinestall, für den die Baubewilligung begehrt wird). Eine von solchen projektsändernden Auflagen abweichende Bauausführung ist daher als konsenswidrig anzusehen, woraus folgt, dass in diesem Fall ein baupolizeiliches Auftragsverfahren durchzuführen und der in einem solchen Verfahren dann rechtskräftig ergangene baupolizeiliche Auftrag im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchsetzbar ist (VwGH 10. Dezember 1981, 81/06/0134, VwSlg 10614/A/1981).

Wichtig ist zu erwähnen, dass Vollstreckung nicht nur von Amts wegen in Frage kommt. Die aus Auflagen berechnete Partei kann ebenfalls auf die Vornahme der erforderlichen Vollstreckungsschritte zur Erfüllung der Auflagen bei den Behörden dringen (zB auf die Einhaltung von Auflagen im Schutzgebietsbescheid für ihr Wasserversorgungsunternehmen). Nach der ständigen Rechtsprechung stellen rechtskräftige, vollstreck-

bare Auflagen eines Bewilligungsbescheides einen Exekutionstitel für den hiedurch Berechtigten dar (VwGH 15. Februar 1983, 82/07/0161).

2.6.2. Verwaltungsstrafverfahren

In vielen Materiengesetzen verwirklicht die Missachtung rechtskräftiger Auflagen einen verwaltungsrechtlich zu ahndenden **Straftatbestand**. Als Beispiel unter vielen sei § 137 Abs 2 WRG genannt:

„(2) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist, sofern die Tat nicht nach Abs 3 oder 4 einer strengeren Strafe unterliegt, mit einer Geldstrafe bis zu € 14.530,-, im Falle der Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu vier Wochen, zu bestrafen, wer

...
7. die gemäß § 105 in Bescheiden vorgeschriebenen **Auflagen und Nebenbestimmungen** oder die gemäß § 21a in Bescheiden **nachträglich vorgeschriebenen anderen oder zusätzlichen Auflagen nicht** einhält;“

Ist eine Auflage, auf die in einem Straftatbestand verwiesen wird, nicht ausreichend klar gefasst, dann kommt auch eine Bestrafung wegen Nichtbefolgung der Auflage nicht in Frage (VwSlg 13.149/A/1990, VwGH 25. Februar 1993, 92/04/0164).

Im Verwaltungsstrafverfahren ist die Rechtmäßigkeit der übertretenen Auflage grundsätzlich nicht mehr zu überprüfen; lediglich die Unmöglichkeit, sie zu erfüllen, könnte einen Entschuldigungsgrund darstellen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat aber in einigen Entscheidungen diesen Grundsatz eingeschränkt und ausgesprochen, dem Gesetzgeber könne nicht unterstellt werden, er wolle auch die Missachtung von rechtskräftigen Auflagen, deren Erteilung das Gesetz nicht einmal in abstracto, also überhaupt nicht, vorsieht, einer Bestrafung zuführen (VwGH 9. September 1981, 81/03/0070, ua).

2.6.3. Entzug (Verfall) des Rechtes

Vereinzelt gibt es in Materiengesetzen noch andere und noch unangenehmere Sanktionen als Verwaltungsstrafen oder Zwangsvollstreckung für den Fall der Missachtung oder Nichteinhaltung von Auflagen. Als Beispiel sei § 27 Abs 4 WRG genannt:

„§ 27. ... (4) Die Behörde hat eine **Bewilligung zu entziehen**, wenn ungeachtet wiederholter Mahnung unter Hinweis auf die Rechtsfolgen die anlässlich der Bewilligung, der Änderung der Bewilligung (§ 21a) oder Überprüfung angeordneten Maßnahmen nicht durchgeführt **oder Auflagen nicht eingehalten** werden.“

Die Ahndung des totalen Rechtsverlustes erscheint als Rechtsfolge der regelmäßigen Missachtung von Konsensbestimmungen schmerzhafter als wiederholte Verwaltungsstrafen. Dabei geht der Gesetzgeber offenbar davon aus, dass derjenige, der wiederholt gegen den Konsens verstößt, auch weiterhin dagegen verstoßen wird. Diese Prognose auch zukünftigen Fehlverhaltens steht hinter dieser massiven Sanktion des totalen Rechtsverlustes.

Korrespondenz:

Dr Dietlinde Hinterwirth

Hofrätin des Verwaltungsgerichtshofes

Judenplatz 11, 1014 Wien