

# Auflagen im Verwaltungsverfahren in Theorie und Praxis

## 1. Teil

### 1. Theoretische Einführung:

1.1. Wenn man sich rechtstheoretisch mit Auflagen befasst, so befasst man sich mit Bescheiden. Auflagen sind nämlich Teile von Bescheiden, und zwar **Teile von Bescheidsprüchen**.

Über das Wesen eines Bescheides zu Ihnen zu sprechen, würde hier zu weit führen. Essenziell ist aber auch im Zusammenhang mit Auflagen, was unter dem Spruch eines Bescheides zu verstehen ist, weil Auflagen Teile eines solchen Bescheidspruches sind.

Nach den entsprechenden Regelungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes (kurz: AVG) muss jeder Bescheid einen Spruch enthalten. Dieser Spruch ist der zentrale Teil des Bescheides, in dem die normative Erledigung getroffen wird. Eine Erledigung, die keinen Spruch enthält also keine normative Anordnung trifft ist kein gültiger Bescheid.

Am Ende eines verwaltungsrechtlichen Genehmigungsverfahrens steht typischerweise ein Genehmigungsbescheid, also ein Bescheid, mit dem jemandem eine Genehmigung oder eine Bewilligung erteilt wird. Ein Bescheid, mit dem eine Bewilligung versagt wird, mit dem also rechtlich nichts positiv gestaltet wird, hat hingegen typischerweise keine Auflagen.

Wenn wir uns nun den Spruch zB eines Genehmigungsbescheides anschauen, so hat er nach dem Gesetz die in Verhandlung stehende Angelegenheit und alle die Hauptfrage betreffenden Parteienanträge in der Sache zu erledigen. Der Spruch eines Baugenehmigungs- oder Baubewilligungsbescheides lautet daher regelmäßig dahin, dass „dem Antragsteller die Bewilligung zur Errichtung eines Gebäudes nach den §§ xx der Bauordnung erteilt wird.“ Regelmäßig finden sich dort nach dieser Rechtsgestaltung auch sogenannte „Nebenbestimmungen“; darunter fallen auch die Auflagen.

1.2. **Nebenbestimmungen** sind behördliche Anordnungen, die im Zusammenhang mit der Haupterledigung stehen und diese in gewisser Weise modifizieren, ergänzen oder detaillierter gestalten. Es handelt sich dabei um unselbständige Anordnungen, die nur im Zusammenhang mit der Haupterledigung ergehen, also nicht selbständig Bescheidinhalt sein können. Unter Nebenbestimmungen versteht man Auflagen, Bedingungen, Befristungen und Widerrufsvorbehalte.

1.2.1. **Wann** darf ein Bescheid Nebenbestimmungen haben?

Als hoheitliche Anordnungen unterliegen auch Nebenbestimmungen dem Legalitätsprinzip und bedürfen daher in der Regel einer gesetzlichen Grundlage in den maßgeblichen Verwaltungsvorschriften. Derartige Nebenbestimmungen dürfen von der Behörde auf jeden Fall dann beigesetzt werden, wenn es dafür eine gesetzliche Grundlage gibt. Häufig finden sich diesbezüglich ausdrückliche Anordnungen in den Verwaltungsvorschriften, zB im § 77 der Gewerbeordnung (GewO) oder in entsprechenden Bestimmungen der Bauordnungen. Hier zwei Beispiele aus Bauordnungen:

§ 26 Abs 7 Tir Bauordnung:

„Die Baubewilligung ist befristet, mit Auflagen oder unter Bedingungen zu erteilen, soweit dies zur Wahrung der nach den baurechtlichen und raumordnungsrechtlichen Vorschriften geschützten Interessen erforderlich ist und das Bauvorhaben dadurch in seinem Wesen nicht

verändert wird. Die Baubewilligung kann auch mit der Auflage erteilt werden, dass im Zuge der Bauausführung oder nach der Bauvollendung bestimmte technische Unterlagen der Behörde vorgelegt werden müssen.“

§ 18 Abs 10 Bgld Baugesetz:

„Ergibt die Prüfung des Bauvorhabens, dass die gemäß § 3 maßgeblichen baupolizeilichen Interessen nicht verletzt werden, hat die Baubehörde die Baubewilligung – erforderlichenfalls unter Auflagen, Bedingungen oder Befristungen – mit Bescheid zu erteilen.“

Anders ist das zB in der Wiener BauO geregelt, die in ihrem § 70 Abs 2 eine solche generelle Ermächtigung nicht kennt; dort heißt es lapidar:

„(2) Über das Ansuchen um Baubewilligung hat die Behörde durch schriftlichen Bescheid zu entscheiden. Wird die Baubewilligung erteilt, ist damit über Einwendungen abgesprochen.“

Die Wiener BauO kennt aber bei speziellen Bewilligungstatbeständen sehr wohl die Möglichkeit der Vorschreibung von Auflagen (§§ 61, 120 Abs 15, 122 Abs 3 Wiener BauO). Die Textierung des § 61 Wiener BauO (ähnlich auch § 122 Abs 3 leg cit) lautet, dass

„in der Bewilligung (von Anlagen) jene Auflagen vorzuschreiben sind, die notwendig sind, um eine unzulässige Beeinträchtigung hintan zu halten; ist dies durch Auflagen nicht möglich, ist die Bewilligung zu versagen.“

Einer der Zwecke der Vorschreibung von Auflagen kann es also auch sein, ein Projekt an die vorgegebenen öffentlichen Interessen oder subjektiv-öffentlichen Interessen Dritter so anpassen zu können, dass keine Versagungsgründe mehr entgegen stehen. Damit berühre ich aber bereits ein sehr heikles Kapitel, nämlich das der Abgrenzung von klassischen Auflagen und sogenannten projektsändernden Auflagen; dazu später.

Strittig ist nun, ob die Behörde auch ohne explizite Ermächtigung im Gesetz Nebenbestimmungen in einen Bescheid aufnehmen darf. Dies hat das Schrifttum überwiegend für den Fall bejaht, dass die Nebenbestimmungen vom Inhalt des Gesetzes her gedeckt sind, dh wenn der Behörde auf der Grundlage des zu vollziehenden Gesetzes insbesondere bei einschlägigen Genehmigungskriterien – bei Erlassung des Bescheides die **Wahrung bestimmter Interessen** übertragen ist, und die konkrete Nebenbestimmung der Wahrung dieser Interessen dient. Dies hat der Verwaltungsgerichtshof in seiner Judikatur auch bestätigt (VwGH 21. März 1990, 89/01/0057) und Auflagen dann für zulässig erachtet, wenn sie

- entweder gesetzlich vorgesehen oder
- mit dem Sinn der zu treffenden Hauptentscheidung untrennbar verbunden sind, oder
- dem Antrag der Partei entsprechen.

Nun kurz zu den wichtigsten **Arten** der Nebenbestimmungen und ihrer Unterscheidung. Wie schon gesagt, sind darunter Auflagen, Bedingungen, Befristungen und der Widerrufsvorbehalt zu verstehen.

1.2.2. **Auflagen** kommen nur bei begünstigenden Rechtsgestaltungsbescheiden in Betracht; durch die Auflage wird dem Begünstigten eine Verpflichtung vorgeschrieben, und zwar für den Fall der Inanspruchnahme der zuerkannten Berechtigung,

diesfalls muss er bestimmte Handlungen oder Unterlassungen vornehmen. Die Auflage ist also, so könnte man sagen, ein kleiner „Leistungsbescheid“. Die Verpflichtung, die in der Auflage ausgesprochen wird, besteht nämlich nur dann, wenn von der verliehenen Berechtigung auch tatsächlich Gebrauch gemacht wird. Wird diese Berechtigung nicht in Anspruch genommen, braucht auch die in der Auflage vorgeschriebene Leistung nicht erbracht zu werden. Also nur dann, wenn jemand eine Baubewilligung auch in die Tat umsetzt, also zB ein Gebäude errichtet, für welches ihm die Baubewilligung erteilt wurde, werden die Auflagen schlagend, nur dann muss er sich an diese Auflagen halten. Man bezeichnet Auflagen aus diesem Grund auch als so genannte „bedingte Polizeibefehle.“

Die Missachtung der Auflage berührt aber den Bestand der erteilten Berechtigung nicht. Für die Auflage ist charakteristisch, dass durch ihre Beisetzung das Recht, das mit dem begünstigenden Verwaltungsakt begründet wird, weder nach seinem Inhalt noch nach seinem Umfang eingeschränkt, sondern dass nur der Inhaber des Rechtes für den Fall der Gebrauchnahme zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichtet wird. Der Verwaltungsakt wird also ohne Rücksicht auf die Erfüllung der Auflage rechtswirksam, und das Recht bleibt auch bei Nichtbeachtung der Auflage bestehen. Allerdings riskiert der Berechtigte zB die zwangsweise Vollstreckung der Auflage oder auch, dass er bei der Missachtung von Auflagen einen verwaltungsstrafrechtlich relevanten Straftatbestand setzt.

**1.2.3. Bedingungen** machen im Unterschied zu den Auflagen das Entstehen oder den Untergang einer Berechtigung oder einer Verpflichtung von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig. Je nachdem, ob der Eintritt oder das Erlöschen der Rechtsfolge von diesem Ereignis abhängt, unterscheidet man aufschiebende und auflösende Bedingungen.

So kann jemandem eine Bewilligung unter einer bestimmten Bedingung erteilt werden (zB dass er bis zu einem bestimmten Tag eine bestimmte Unterlage nachreicht). Geschieht dies nicht fristgerecht, wird die erteilte Bewilligung nicht wirksam, der Berechtigte kann sie nicht ausüben, auch nicht im Fall verspäteter Vorlage. Erfüllt der Bewilligungsinhaber allerdings innerhalb der zur Verfügung stehenden Frist diese Bedingung, so wirkt die erteilte Bewilligung ab diesem Zeitpunkt uneingeschränkt. Bis zur Erfüllung der Bedingung ist der Bescheid also in Schwebe; wenn sich aber die Bedingung erfüllt, treten die Bescheidwirkungen ohne weiteres ein.

Wird das Ende der Wirksamkeit des Bescheides von einer Bedingung, also einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht, so verliert der Bescheid mit Eintritt der Bedingung seine Wirksamkeit, ohne dass es eines weiteren gesonderten Verwaltungsaktes, also zB den Entzug der Bewilligung brauchte.

**Beispiel:** Eine Vermietungsbewilligung nach § 116 Abs 1 LuftfahrtG wird unter der Bedingung erteilt, dass das Luftfahrzeug während seiner gesamten Verwendungszeit für die Verwendungsart „gewerbsmäßige Vermietung“ zugelassen sein muss. Bei Vorliegen einer solchen Resolutivbedingung endet die Rechtswirksamkeit des Verwaltungsaktes, hier des Bescheides, mit dem die Vermietungsbewilligung erteilt wird, ohne dass es eines weiteren Bescheides, etwa der Rücknahme der Bewilligung, bedürfte (VwGH 13. Oktober 1993, 92/03/0191).

**1.2.4. Eine Befristung** bewirkt, dass die Begründung oder die Beendigung einer Verpflichtung oder einer Berechtigung von einem zukünftigen gewissen Ereignis abhängig gemacht wird. Dies kann durch die Festlegung eines kalendermäßig bestimmten Zeitpunktes (klassischer Fall: die datumsmäßig befristete Bewilligung) oder Ereignisses (zB Ostern) oder durch das Abstellen auf ein anderes gewisses Ereignis (zB Almafahrt) erfolgen.

**1.2.5. Der Vorbehalt des Widerrufs** besteht schließlich darin, dass sich die Behörde im Spruch eines Bescheides ausdrücklich die Zurücknahme einer Berechtigung oder einer Bewilligung vorbehält, diese also einfach ohne weiteres auch widerrufen kann (zB § 71 Wr BauO; „... kann die Behörde auf bestimmte Zeit oder auf Widerruf bewilligen“).

Voraussetzung dafür, dass die Behörde mit einem Widerrufsvorbehalt vorgehen kann, ist aber, dass diese Möglichkeit ausdrücklich im angewandten Gesetz vorgesehen ist.

**1.3.** Nun kann es sich die Behörde aber nicht einfach aussuchen, ob sie mit einer Bedingung oder mit einer Auflage oder mit einer Befristung vorgeht. Dabei ist in erster Linie die Eignung der jeweiligen Nebenbestimmung zur Erreichung des damit ins Auge gefassten Zieles oder Zweckes entscheidend. Für die meisten Zielsetzungen wird von vornherein nur ein bestimmter Typ von Nebenbestimmung in Betracht kommen, sodass sich die Frage der Auswahl nicht oft stellen wird.

Für den Fall, dass sich mehrere Arten der Nebenbestimmungen zur Erreichung eines Zieles gleichermaßen eignen und eine Auswahl getroffen werden kann, ist auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zurückzugreifen.

Der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** ist sowohl bei der Entscheidung über das Ob einer Nebenbestimmung als auch bei der Typenwahl (also ob Auflage, Bedingung oder Befristung vorgeschrieben wird) und auch bei der inhaltlichen Gestaltung der jeweils gewählten Nebenbestimmung zu berücksichtigen. Die Nebenbestimmungen, auch die Auflagen, haben Eingriffscharakter. Das bedeutet, dass Auflagen auch ohne ausdrückliche Einschränkung im Gesetz auf die Vorschreibung bloß „erforderlicher Maßnahmen“ dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegen. Demnach muss die Behörde immer berücksichtigen, durch welche Anordnung **am wenigsten** in die Rechte der Betroffenen eingegriffen wird, welche von mehreren möglichen Auflagen für den Bewilligungswerber weniger einschneidend sind, ohne den jeweiligen Schutzzweck zu beeinträchtigen. Es muss das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel gewählt werden.

Ich bitte Sie nun, mich durch den Ablauf eines klassischen Verwaltungsverfahrens zu begleiten und dabei in den jeweiligen Verfahrensphasen das Augenmerk auf die Auflagen und ihr rechtliches Schicksal zu lenken:

## 2. Fragestellungen in einem Verwaltungsverfahren

### 2.1. Verfahren erster Instanz:

#### 2.1.1. Rolle des Sachverständigen:

Nehmen wir ein klassisches Verwaltungsverfahren, zB ein Bauverfahren, das in Vollziehung einer Bauordnung eines Bundeslandes durchgeführt wird. Nehmen wir weiters an, dass es sich um ein nicht zu unbedeutendes Bauwerk handelt und dass rundherum kritische Nachbarn wohnen, dass also mit Einwendungen und Rechtsmitteln zu rechnen ist.

Ein solches Verfahren beginnt mit einem entsprechend belegten Antrag an die Behörde und führt meist zuerst zu einer Vorprüfung durch die Behörde, danach regelmäßig zu einer mündlichen Verhandlung.

Bereits hier tritt der hinsichtlich der Formulierung von Auflagen in der Praxis Hauptverantwortliche auf, nämlich der Sachverständige. Im Bauverfahren handelt es sich meist um einen Bautechniker, der entweder der Behörde als Amtssachverständiger zur Verfügung steht oder aber von der Behörde als nichtamtlicher Sachverständiger bestellt wird. Seine Aufgabe ist die fachkundige Überprüfung des Projektes und die Festlegung jener Maßnahmen, Unterlassungen oder Vorkehrungen, die für den Fall einer Bewilligung des Bauvorhabens als Auflagen in den Bescheidspruch aufgenommen werden.

# Auflagen im Verwaltungsverfahren in Theorie und Praxis

Spielen Nachbarn mit, die zB Einwendungen gegen das Vorhaben wegen möglicher Gesundheitsbeeinträchtigungen erheben, und bietet das jeweils anwendbare Gesetz für die Behandlung solcher Einwände auch eine rechtliche Grundlage, so werden noch weitere Sachverständige, zB auf dem Bereich der Lärmschutztechnik oder der Medizin, beigezogen. Bei Großprojekten, wie zB Kraftwerken tritt eine Vielzahl von spezialisierten Sachverständigen auf.

Sachverständige, die öfter beigezogen werden, haben für diesen Zweck bereits vorgefertigte „Musterlisten“ regelmäßig vorzuschreibender Auflagen, die dann – meist durch Streichung der nichtpassenden Stellen – auf den einzelnen Fall zugeschnitten werden. Andere Sachverständige formulieren die Auflagen sozusagen frei aus dem Stand. Meist endet das Gutachten des beigezogenen Sachverständigen mit der Passage, dass dieser „aus fachlicher Sicht bei Einhaltung nachstehender Auflagen keine Einwände gegen das Bauvorhaben erhebt“. Weil die Behörden erster Instanz dann regelmäßig die so formulierten Auflagen in den Spruch ihres Bescheides übernehmen, lastet in der Praxis eigentlich auf den Sachverständigen die Aufgabe, die Auflagen so zu formulieren, dass sie den Vorgaben des Gesetzes bzw der Rechtsprechung entsprechen.

Der Bescheid, in den diese Auflagen einfließen, ist aber natürlich der Behörde, und nicht dem Sachverständigen, zuzurechnen. Weil Auflagen und ihre Formulierungen aber unter vielen rechtlichen Aspekten zu beleuchten sind und die Missachtung solcher Aspekte zu Bescheidaufhebungen und zu Verzögerungen führen können, sollten meines Erachtens diese Auflagenlisten nicht ungeprüft in den Bescheid übernommen, sondern einer rechtlichen Überprüfung unterzogen werden.

## 2.1.2. Projektsändernde Auflagen

Bevor ich auf die Anforderungen sprachlicher und damit inhaltlicher Art von Auflagen zu sprechen komme, stellt sich aber vorerst eine andere Frage, die bereits am Beginn eines Bewilligungsverfahrens nach erster sachverständiger Bewertung auftauchen kann. Was ist zu tun, wenn das Bauvorhaben derart mangelhaft geplant ist, dass Auflagen vorgeschrieben werden müssten, deren Umsetzung dazu führt, dass nicht mehr vom gleichen Projekt (wie eingereicht) ausgegangen werden kann? Der Zweck von Auflagen besteht ja oft darin, die Genehmigungsfähigkeit eines sonst nicht genehmigungsfähigen Projektes irgendwie herzustellen. Wie weit darf aber so eine Änderung gehen?

Vielfach löst sich dieses Problem, wenn der Bewilligungswerber seinen Antrag von sich aus modifiziert oder zurückzieht und besser belegt und neu durchdacht wieder neu einbringt. Wie ist die Rechtslage aber, wenn er das nicht tut oder wenn auch die Neueinreichung problematisch ist? Wie weit dürfen Auflagen gehen, kann es auch **projektsändernde Auflagen** geben?

Der Verwaltungsgerichtshof betonte in seiner früheren Rechtsprechung (VwSlg 6400 A, 7028 A, ua) die Grenze zwischen einer Auflage und einer inhaltlichen oder umfänglichen Einschränkung des verliehenen Rechtes. Die Verpflichtungen, welche Inhalt einer Auflage sind und nur für den Fall der Gebrauchnahme der Bewilligung Aktualität erlangen, hätten Selbstständigkeit gegenüber dem verliehenen Recht in dem Sinne, dass sie die Ausübung des Rechtes unberührt lassen. Sie – die Auflagen – dürfen keinen Substanzverlust des erworbenen Rechtes mit sich bringen. Eine Auflage ist daher – unbeschadet des sachlichen Zusammenhanges – für den Inhalt und den Umfang des verliehenen Rechtes ohne Einfluss. Eine Bestimmung hingegen, die das verliehene Recht in seinem Umfang einschränkt, ist keine Auflage.

Ein Beispiel: Eine Baubewilligung, die ein Gebäude mit 8 Stockwerken umfassen sollte, wird erteilt, aber durch eine Auflage

wird die Gebäudehöhe mit 6 Stockwerken begrenzt. Dann liegt keine Auflage mehr vor, sondern eine Abänderung des Wesens des Projektes, eine inhaltliche Modifizierung des Hauptinhaltes des Bescheides. Der Verwaltungsgerichtshof qualifiziert solche „Auflagen“ als eine versteckte Teilabweisung des Antrages.

Umgekehrt ist es nicht zulässig, fehlende Teile eines Projektes in Auflagen auszulagern. So kann zB die Abwasserbeseitigung eines geplanten Einfamilienhauses, die im Projekt entgegen dem Gesetz nicht dargestellt wurde, nicht in Form der Vorschreibung einer Auflage nachgeholt werden (VwGH 31. März 2005, 2004/05/0325). Wegen der Untrennbarkeit des zu bewilligenden Vorhabens mit der erforderlichen Abwasserbeseitigung erachtete es der Gerichtshof als notwendig, dass die Abwasserbeseitigung Teil des Projektes selbst, und damit Teil des darauf bezogenen Rechtes selbst ist, und nicht bloß eine Auflage.

Auf Grund der weiteren Rechtsentwicklung (vgl zB den vorher wiedergegebenen § 61 Wr BauO) ergab sich jedoch insofern eine neue Situation, als immer öfter die Möglichkeit der Vorschreibung „projektsändernder Auflagen“ gesetzlich verankert wurde. Diese Bestimmungen sahen vor, dass dann, wenn ein Projekt bestimmte gesetzliche Erfordernisse nicht erfüllte, dies durch Auflagen herzustellen sei. Allerdings darf auch durch solche Auflagen das Vorhaben nicht in seinem „Wesen“ verändert werden (VwSlg 10.614/A). Solche projektsändernden Auflagen stellen in untrennbarer Einheit mit dem Projekt den Gegenstand der Bewilligung dar.

Daher können als Auflagen bezeichnete **projektsändernde Vorschreibungen** in einem Baubewilligungsbescheid nicht als klassische Auflagen im Rechtssinn gewertet werden. Man geht hier vielmehr von einer materiellen Änderung des ursprünglichen Antrages durch Vorschreibung der Behörde aus. Diese Unterscheidung führt auch zu unterschiedlichen Konsequenzen bei der Nichteinhaltung von Auflagen bzw projektsändernden Auflagen. Nicht projektsändernde Auflagen eines Baubewilligungsbescheides können dann, wenn von der Bewilligung Gebrauch gemacht wurde, auch vollstreckt werden. Das heißt, im Falle der Nichteinhaltung der solchen Auflage kann das Vollstreckungsverfahren sofort beginnen (zB mit der Androhung einer Ersatzvornahme), ohne dass es eines weiteren Zwischenschrittes bedürfte.

Demgegenüber ist die rechtliche Sanktion bei der Nichterfüllung von projektsändernden Auflagen eines Baubewilligungsbescheides aber die Erlassung eines baupolizeilichen Auftrages, weil die Missachtung einer projektsändernden Auflage bei der Bauausführung die Konsenswidrigkeit des Baues bedeutet (VwGH 10. Dezember 1981, 81/06/0134, ua). Das heißt dass es eines weiteren rechtlichen Schrittes, nämlich der Erlassung eines (zB baupolizeilichen) Auftrages bedarf, um einen Titel für die Vollstreckung zu erhalten. Erst wenn dieser behördliche Auftrag seinerseits rechtskräftig wird, kann vollstreckt werden.

Der Verwaltungsgerichtshof hat aber stets die schon in der älteren Judikatur vorgezeichnete Linie beibehalten, dass ein Vorhaben durch Auflagen (nur) insoweit modifiziert werden darf, als dieses in seinem „Wesen“ unberührt bleibt (VwGH 15. September 1987, 87/04/0006, 15. September 1992, 92/04/0113, und 25. März 1997, 96/05/0250). Die Judikatur im Zusammenhang mit dieser Abgrenzung ist aber stark einzelfallbezogen zu sehen.

Hier ein paar Beispiele aus der Judikatur des VwGH:

Nach der Bauordnung für Wien dürfen projektsändernde Auflagen grundsätzlich nicht erteilt werden (vgl das Erk vom 2. März 1955, VwSlg 3672 A/1955). Eine Auflage, das zur Bewilligung eingereichte Projekt „in einer Tiefe von mindestens 10 m ab der Vorgartentiefe“ zu errichten und „das Über- bzw Mindermaß“ zu berichtigen, würde das Vorhaben der Bauwerber jedenfalls in seinem Wesen verändern (vgl Erk vom 3. April 2003, ZI 2002/05/1438) und eine unzulässige Einflussnahme

# Auflagen im Verwaltungsverfahren in Theorie und Praxis

auf die Gestaltung des Bauwillens der Bauwerber bedeuten (Erk 18. 1. 2005, 2004/05/0117).

Es kann zwar allgemein gesagt werden, dass ein Satteldach an Stelle eines Pultdaches das Wesen des Vorhabens nicht verändert; im vorliegenden Fall ist aber die gewählte Dachform mit seiner Auswirkung auf die Belichtung des im ersten Stock untergebrachten Ateliers ein offenbar wesentliches Merkmal des Vorhabens; aus dem Bauplan ergibt sich auch, dass der erste Stock keine Raumunterteilung aufweist und ausschließlich als Atelier verwendet werden soll. Die Erteilung einer solchen projektsändernden Auflage verstößt gegen § 18 Abs 1 Krnt BauO 1996 (Erk 4. 9. 2001, 99/05/0019).

Bei der vorliegenden Auflage, dass die Lagerhalle mit Brandrauchentlüftungsöffnungen dimensioniert und ausgeführt entsprechend der TRVB S 125 auszustatten sei, handelt es sich nicht um eine projektsändernde Auflage. Nachdem von der vorliegenden Baubewilligung Gebrauch gemacht wurde, durfte die bisher nicht erfüllte Auflage gemäß § 4 VVG vollstreckt werden (Erk 29. 6. 2000, 2000/06/0059).

Projektsändernde Auflagen sind nur zur Anpassung des verfahrensgegenständlichen Vorhabens an die gesetzlichen Erfordernisse nach Maßgabe des § 49 Abs 4 OÖ BauO 1976 zulässig. Solche Auflagen dürfen keinesfalls das eingereichte Projekt in wesentlichen Teilen oder hinsichtlich des Verwendungszweckes ändern. Für ein Bauvorhaben, welches für die Ableitung der anfallenden Abwässer projektsgemäß eine Senkgrube vorsieht, kann daher mittels projektsändernder Auflagen keinesfalls eine andere Form einer Abwasserbeseitigungsanlage – ohne entsprechenden Antrag durch den Bewilligungswerber – vorgeschrieben werden. Mit einer solchen Auflage würde das Wesen des (insgesamt unteilbaren) Vorhabens geändert werden (Erk 25. 3. 1997, 96/05/0250).

Zusammengefasst kann man sagen, dass projektsändernde Auflagen, also die inhaltliche Modifizierung eines Projektes (innerhalb der „Wesensgrenze“, die auf jeden Fall beachtet werden muss) eigentlich keine Auflagen im klassischen Sinn und nur dann zulässig sind, wenn sie eine Grundlage im Gesetz haben. An diese Qualifikation, nämlich als Auflage ohne projektsändernden Charakter auf der einen und projektsändernden Auflagen auf der anderen Seite knüpfen im Fall der Missachtung der Vorschreibung unterschiedliche Rechtsfolgen (entweder baupolizeilicher Auftrag bei Missachtung projektsändernder Auflagen oder Vollstreckung nach VVG im Fall klassischer Auflagen).

## 2.1.3. Anforderungen an Auflagen

2.1.3.1. Inhaltlich werden an Auflagen bestimmte Anforderungen gestellt, damit sie rechtmäßig sind. Diese Anforderungen entsprechen aber gleichermaßen auch praktischen Überlegungen, weil es bei schlecht oder unzureichend formulierten Auflagen regelmäßig zu Schwierigkeiten in der praktischen Umsetzung kommt. Auflagen müssen insbesondere

- **erforderlich**,
- **geeignet**,
- **hinreichend bestimmt** und
- **behördlich erzwingbar** sein.

Diese vier Kriterien sind die entscheidenden Merkmale rechtmäßiger Auflagen, wobei sie einander teilweise bedingen bzw die Übergänge fließend sind.

2.1.3.2. Auflagen müssen **erforderlich** sein, dh sie müssen im Hinblick auf die nach den jeweiligen Materievorschriften zu schützenden Interessen geboten sein. Die Auflagen müssen erforderlich sein, um eine Gefährdung der im Gesetz verankerten Schutzinteressen auszuschließen bzw um die Gefahren auf ein zumutbares Maß zu beschränken.

Als Beispiel für eine ausdrückliche Betonung dieser Voraussetzung in einer gesetzlichen Bestimmung sei § 35 Abs 2 OÖ BauO genannt:

„(2) Bei der Erteilung der Baubewilligung sind die nach baurechtlichen Vorschriften im Interesse der Sicherheit, der Festigkeit, des Brand-

schutzes, der Wärmedämmung und des Wärmeschutzes, der effizienten Energienutzung, der Schalldämmung und des Schallschutzes, der Gesundheit, der Hygiene, des Unfallschutzes, der Bauphysik, des Umweltschutzes sowie des Orts- und Landschaftsbildes in **jedem einzelnen Fall erforderlichen** Auflagen oder Bedingungen

1. für das Bauvorhaben selbst,
2. für die Ausführung des Bauvorhabens und
3. für die Erhaltung und die Benützung des auf Grund der Baubewilligung ausgeführten Bauvorhabens

vorzuschreiben.“

Die Behörde ist dabei verpflichtet zu prüfen, welche von mehreren möglichen Auflagen für den Konsenswerber weniger belastend und einschneidend sind. Sie muss sich dabei an dem bereits erwähnten Verhältnismäßigkeitsprinzip orientieren.

2.1.3.3. Auflagen müssen **geeignet** sein. Sie müssen so formuliert sein, dass die an ihre Einhaltung geknüpften Erwartungen auch wirklich eintreten können. Insbesondere darf ihre Erfüllung nicht faktisch (zB technisch) unmöglich sein. Eine Auflage, die eine technisch unmögliche Tätigkeit oder Maßnahme vorschreibt, ist unzulässig (VwGH 25. 4. 1996, 95/07/0193).

**Keine Unmöglichkeit** nimmt der Verwaltungsgerichtshof aber an, wenn der Erfüllung der Auflage privatrechtliche Hindernisse, wie etwa die fehlende Zustimmung des Eigentümers der Anlage oder eines Dritten, entgegenstehen (VwSlg 11.752/A/1985). Demnach ist es Sache des Inhabers einer mit Auflagen belasteten Baubewilligung, die der Erfüllung der Auflage allenfalls entgegenstehenden Hindernisse – wie etwa die mangelnde privatrechtliche Verfügungsgewalt – zu beheben. Der Berechtigte hat also für die objektiv ja mögliche Erfüllung der Auflagen zu sorgen (vgl VwGH 2. 7. 1998, 97/06/0057), andernfalls hat er die Gebrauchnahme von seiner Bewilligung zu unterlassen (vgl VwGH 25. 4. 1996, 95/07/0193).

Weiters hat der Verwaltungsgerichtshof die Ansicht vertreten, dass die Frage der Vereinbarkeit gewerberechtlicher Auflagen mit baurechtlichen Vorschriften nicht als Vorfrage zu prüfen ist (VwSlg 11.188/A/1983). Das kann dazu führen, dass ein Konsenswerber zB eine gewerberechtliche Bewilligung nicht ausführen darf, wenn der Erfüllung einer damit verbundenen Auflage zB ein baurechtliches Verbot entgegen steht.

Als weiteres Beispiel einer „nicht geeigneten“ Auflage sei noch erwähnt, dass der Verwaltungsgerichtshof fallweise auch die materielle Eignung einer Auflage zur Zielerreichung inhaltlich prüft. So wurde zB die bloße Vorschreibung eines Immissionsgrenzwertes allein, ohne dass im Einzelnen bestimmte emissionsmindernde Maßnahmen, bei deren Einhaltung die Wahrung dieses Grenzwertes zu erwarten war, vorgeschrieben wurden, als ungeeignete Auflage betrachtet (VwGH 23. 5. 1989, 88/04/0239).

Zur Eignung einer Auflage, ihr Ziel zu erreichen, zählt auch der Aspekt, dass sich eine Auflage nur an denjenigen richten darf, der zu ihrer Erfüllung auch verpflichtet ist, also regelmäßig an den Konsensinhaber.

Daher darf eine Auflage – unbeschadet dessen, dass in die Beurteilung der Auswirkungen einer Betriebsanlage auch das Verhalten Dritter, also zB der Kunden, einzubeziehen ist – nur als ein an den **Inhaber der Betriebsanlage** gerichteter normativer Anspruch ergehen (E 28. 3. 1989, 88/04/0238). Auflagen, die nicht den Berechtigungsinhaber, sondern einen Dritten verpflichten, sind daher unzulässig.

### Beispiele:

Bei einer Auflage, mit der vorgeschrieben wird, bei den zu Verladearbeiten abgestellten Kraftfahrzeugen sei der Motor abzustellen, handelt es sich um keinen an den Inhaber der Betriebsanlage gerichteten normativen Anspruch. Eine solche Auflage könnte daher auch nicht gegen den Konsensinhaber vollstreckt werden (VwGH 23. 5. 1989, 88/04/0342).

# Auflagen im Verwaltungsverfahren in Theorie und Praxis

Eine wasserrechtliche Bewilligung wird mit Zustimmung des Grundeigentümers für eine Anlage auf fremdem Grund erteilt; darin findet sich die an den Konsenswerber gerichtete Auflage, die Böschungen, die kein Anlagenbestandteil sind, flussabwärts nicht zu bebauen. Der Grundeigentümer ist durch diese Auflage nicht gebunden und könnte dennoch die Böschungen bebauen.

Im Zusammenhang mit der Geeignetheit oder Ungeeignetheit einer Auflage spielen aber bereits Aspekte eine Rolle, die auch mit der Bestimmtheit der Auflage, dem Bereich, zu dem die meiste Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes besteht, in engem Zusammenhang stehen.

2.1.3.4. Auflagen müssen **bestimmt** sein. Wie bereits vorhin ausgeführt, stellen Auflagen die Nebenbestimmungen eines Spruches dar und müssen daher auch dem für den Spruch geltenden Bestimmtheitsgebot des § 59 Abs 1 AVG entsprechen. Auflagen, also bedingte Polizeibefehle, müssen so bestimmt gefasst sein, dass dem Bescheidadressaten die überprüfbare Möglichkeit gegeben wird, dem Leistungsauftrag ohne neuerliche Nachforschungen zu entsprechen (vgl VwGH 15. Dezember 1994, 94/06/0022 und vom 25. April 1996, 95/07/0193).

Andererseits müssen die Auflagen auch so bestimmt sein, dass sie vollstreckt werden können, dass also ohne weiteres Ermittlungsverfahren und neuerliche Entscheidung eine Vollstreckungsverfügung im Rahmen einer allfälligen, ihrem Umfang nach deutlich abgegrenzten Ersatzvornahme ergehen kann. Die Eignung, vollstreckt zu werden, ist ein oft herangezogenes Kriterium bei der Überprüfung der Auflage in Hinblick auf ihre Bestimmtheit.

Auflagen müssen deshalb bestimmt sein und konkrete Gebote oder Verbote enthalten, um dem Verpflichteten die Grenzen seines Verhaltens und damit die Einhaltung der Auflagen jederzeit zweifelsfrei erkennbar zu machen. Sie müssen so klar gefasst sein, dass dem Verpflichteten jederzeit klar ist, was er zu tun hat und wo die Grenzen seines Verhaltens liegen.

Die Nichteinhaltung vorgeschriebener Auflagen ist in vielen Materien gesetzlich unter Strafe gestellt; ist die Auflage jedoch nicht hinreichend bestimmt, scheidet eine Strafbarkeit aus. Aber auch unterhalb der Ebene allfälliger Strafverfahren erweist es sich als notwendig, dass Auflagen ausreichend bestimmt formuliert sind.

Der Verwaltungsgerichtshof hat nun wiederholt den Grundsatz zum Ausdruck gebracht, dass die Anforderungen an die Formulierung von Auflagen in Hinblick auf den Aspekt der ausreichenden Bestimmtheit „nicht überspannt“ werden sollten. So spricht er in ständiger Rechtsprechung aus, dass eine Auflage nicht schon dann zu unbestimmt ist, wenn ihr Inhalt nicht für jedermann unmittelbar eindeutig erkennbar ist. Ausreichende Bestimmtheit einer Auflage ist auch dann anzunehmen, wenn ihr Inhalt für den Bescheidadressaten bzw, wenn die Umsetzung des Bescheides durch den Bescheidadressaten unter Zuziehung von Fachleuten zu erfolgen hat, für diese objektiv eindeutig erkennbar ist. Dies gilt nicht bloß für den durch die Auflage belasteten Konsensträger, sondern auch für die Partei, deren Rechte durch die Auflage geschützt werden sollen. Auch für eine solche Partei widerspricht die Formulierung einer Auflage dem Bestimmtheitsgebot des § 59 Abs 1 AVG nur dann, wenn ihr Inhalt auch unter Beiziehung eines Fachkundigen nicht verlässlich ermittelt werden kann (VwGH 25. April 2002, 98/07/0103).

Manchmal wird auf den Adressatenkreis und dessen Qualifizierung abgestellt; so hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass es nicht Aufgabe der Baubehörde ist, bei Aufnahme von Auflagen in den Baubewilligungsbescheid einem sachkundigen Unternehmer alle technischen Maßnahmen im Detail vorzuschreiben (99/05/0154).

Eine Umschreibung des Aufлагeninhaltes in einer Art und

Weise, dass ihr Inhalt für jedermann ohne Zuhilfenahme von Fachleuten jederzeit klar ist, wird in vielen Fällen gar nicht möglich sein. Darauf aufbauend ist der Verwaltungsgerichtshof in seiner Judikaturlinie davon ausgegangen, dass die Frage der ausreichenden Bestimmtheit einer Auflage nicht allein eine Rechts-, sondern auch eine gegebenenfalls fachlich zu lösende Tatsachenfrage darstellt. Daraus folgt nun, dass soweit die Unbestimmtheit nicht ohnehin offensichtlich ist die Partei, deren Schutz die Auflage dient und die diese wegen ihrer Unbestimmtheit bekämpft, verpflichtet ist, ein auf die konkrete Auflage bezogenes erforderlichenfalls auch fachkundig untermauertes Vorbringen zu erstatten, aus dem sich nachvollziehbar ableiten lässt, dass und weshalb der Inhalt der bekämpften Auflage auch unter fachkundigem Beistand nicht zu ermitteln sei. Weiters bringt es die Eigenschaft dieser Frage auch als Tatsachenfrage mit sich, dass eine im Verwaltungsverfahren trotz vorhandener Gelegenheit unterbliebene Bekämpfung einer Auflage aus dem Grund fehlender Bestimmtheit im Allgemeinen wegen des im verwaltungsgerichtlichen Verfahrens geltenden Neuerungsverbot vor dem Verwaltungsgerichtshof nicht mehr nachgeholt werden kann.

Die Judikatur ist in diesem Zusammenhang sehr stark einzelfallbezogen, sodass jenseits der genannten Richtsätze grundsätzliche Leitlinien kaum vorgegeben werden können. Allgemein lässt sich aber wohl sagen: je genauer, desto besser.

## 2.1.3.5. Beispiele:

Aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind folgende Beispiele für **nicht hinreichend bestimmte** Auflagen zu nennen:

- Eine Auflage, die dem Sprengbefugten die Aufgabe überbürdet, durch **geeignete Maßnahmen** – ohne diese im einzelnen anzuführen – sicherzustellen, dass jegliche Sicherheit bei einer Sprengung in einem Steinbruch gewährleistet ist, trägt dem Erfordernis der Bestimmtheit von Auflagen nicht Rechnung; 87/04/0080).
- die Einhaltung der Zufahrtszeiten sei durch **geeignete Maßnahmen** (zB Schranken oder Hinweisschilder) sicherzustellen;
- **während der Nachtzeit** seien bestimmte Vorkehrungen zu treffen (hier störte das Fehlen einer konkreten Zeitangabe);
- der **Spuckstoffanteil im Brennstoff** der Wirbelschichtanlage dürfe 10% nicht überschreiten (hier war unklar, worauf sich der Prozentsatz bezieht, weil er sich auf Gewicht, Volumen, Brennstoffwärmeleistung oder dgl beziehen hätte können).
- Die innenliegenden Räume, welche nicht von der geplanten mechanischen Lüftungsanlage erfasst werden, sind **wirksam** zu lüften (es dem Konsenswerber zu überlassen, welche Maßnahmen er im einzelnen für „wirksam“ hält und ergreift, widerspricht dem Erfordernis der Bestimmtheit von Auflagen; 2001/04/0153).
- Die in den Küchen erfasste mechanische Abluft ist entsprechend den **jeweiligen Abluftmengen** sowohl durch Partikelabscheider als auch durch **entsprechende** Geruchsfilter (zB Aktivkohle) zu reinigen (hier genehmigte die belangte Behörde eine Abluftanlage, die nur in Grundzügen, nicht aber in Details vorlag. Diese Unklarheit fand schließlich auch ihren Niederschlag in der diesbezüglichen Auflage; 97/04/0117)
- Einer Auflage, mit der vorgeschrieben wird, **es sei „anzustreben“**, dass bestimmte A-bewertete Schallpegel nicht überschritten werden, fehlt sowohl die Bestimmtheit als auch die behördliche Erzwingbarkeit (88/04/0152).
- Die Quellschüttung ist in **zweckentsprechenden** Zeiträumen zu messen (die zeitliche Dimension der Messungen wird nicht determiniert; 99/07/0063).
- Die Filter sind **ordnungsgemäß** zu warten und **zeitgerecht** zu ergänzen, die Anlage ist so zu betreiben, dass die Anrainer nicht durch Lärm, Rauch oder üblen Geruch oder andere Immissionen (zB Farnebel) unzumutbar belästigt werden (keine eindeutigen und schlüssigen Anhaltspunkte für die Tatbestandsmerkmale „ordnungsgemäß zu warten“ und „zeitgerecht zu ersetzen“; 89/04/0119).
- ebenso wenig wie die Formulierung, ein bestimmtes Ergebnis sei

# Auflagen im Verwaltungsverfahren in Theorie und Praxis

durch „geeignete Maßnahmen“ sicherzustellen, kann eine Auflage, wonach „sachgemäß und fachgemäß“ zu arbeiten sei, als ausreichend präzise iSd § 31 Abs 10 Tir BauO 1989 iVm § 59 Abs 1 AVG erkannt werden (97/06/0055).

- die Haltung von Rotwild sei umgehend aufzugeben, wenn „im Einzugsbereich des Geheges in freier Wildbahn künftig Rotwild, und sei es als Wechselwild“, vorkommen sollte (es ist nicht Aufgabe der Partei, den „Einzugsbereich“ des Geheges oder etwa die Einstufung des Rotwildes als „Wechselwild“ einzuschätzen; 97/02/0171).

Hingegen hat der Gerichtshof als **ausreichend bestimmt** Folgendes angesehen:

- die Anordnung, ein Schneegeländefahrzeug dürfe nur bei „ausreichender Schneelage“ verwendet werden, weil sie das gebotene Verhalten bei verständiger Auslegung zweifelsfrei erkennen lasse und damit die Einhaltung der Auflage ermögliche, also hinreichend bestimmt sei. In diesem Erkenntnis kommt zum Ausdruck, dass die Erforderlichkeit einer näheren Konkretisierung (zB die Angabe einer Schneehöhe) im Lichte „einer zweck- und sachgemäßen Regelung der sich im Alltag ergebenden Lebenssachverhalte“ zu beurteilen und daher in concreto zu verneinen ist (2000/10/0110).
- Die gesamte Böschung zu den nordseitigen Grundstücken der Beschwerdeführerin sei abzusichern, wobei unbedingt naturnahe, standortgemäße und gewässerverträgliche ingenieurbioökologische Bauweisen anzuwenden seien. (objektiv erkennbarer eindeutiger Inhalt; 2000/07/0012).
- Durch eine entsprechende Schalteinrichtung muss sichergestellt sein, dass die Anlage (Leuchtreklame) in der Zeit von 22 Uhr bis 6 Uhr außer Betrieb ist. (Es ist erkennbar, welcher Zweck erreicht werden soll. Die Auflage überlässt dem Bf lediglich die Wahl der Mittel, um den Zweck dieser Auflage zu erfüllen.)
- Die Formulierung „während der Weidezeit“ ist klar bestimmbar, differieren doch die jährlichen Weidezeiten aufgrund nicht zu beeinflussender natürlicher und sonstiger Gegebenheiten. Es wurde „zur ordnungsgemäßen Ausübung der Weiderechte“ des Bf „während der Weidezeit“ die Errichtung einer Abzäunung gegen eine neu zu errichtende Straße vorgeschrieben. Darauf und auf den Schutz der aufgetriebenen Tiere bezogen war der Begriff „Weidezeit“ so zu verstehen, dass er vom Auftrieb der Tiere abhängig ist. Werden Tiere aufgetrieben, ist Weidezeit, und nur während dieser Zeit erweist sich die vorgeschriebene Maßnahme als notwendig (2006/07/0049)
- Zur ordnungsgemäßen Ausübung der Weiderechte ist eine entsprechende Abzäunung gegen die neu errichtete Straße zu errichten (durch die ausdrückliche Anführung des Zweckes der Auflage sowie der zu setzenden Maßnahme und der Vorzeichnung des Verlaufes der Abzäunung ist der Inhalt dieser Auflage für einen Fachmann jedenfalls eindeutig erkennbar und die Auflage damit hinreichend bestimmt; 2006/07/0049)
- Die Musikanlage der ‚Eisbar‘ ist so zu betreiben, dass ein Schallpegel von 60 dB in einem Abstand von 10 m von der Gebäudeaußenwand des näher bezeichneten Hotels während einer Dauer von 15 Minuten gemessen nicht überschritten wird. Die Musikanlage der ‚Eisbar‘ ist mit Lautstärkereglern auf den vorgeschriebenen Grenzwert einzuregulieren und anschließend sind die Regler an dieser Stelle mit einem Endanschlag zu versehen. Dieser Anschlag ist so auszuführen, dass er ohne technische Hilfsmittel nicht verstellt werden kann. Alternativ zur erwähnten manuellen Lautstärkebegrenzung kann auch eine aktive elektronische und plombierbare Pegelbegrenzanlage eingebaut werden, die die Einhaltung des Grenzwertes garantiert.

(Neben der Vorschreibung eines bestimmten zu erreichenden Schallpegels wird weiters vorgeschrieben, wie dieser Grenzwert erreicht werden kann (mit einer Einregelung der Musikanlage mit Lautstärkereglern) und wie dieser Grenzwert auf Dauer mit technischen Hilfsmitteln einzuhalten ist. Damit werden im Einzelnen jene Maßnahmen bezeichnet, bei deren Einhaltung die Wahrung des zulässigen Schallpegels zu erwarten ist, sodass diese Auflage ausreichend bestimmt ist; 2002/04/0044)

- (Fahrbahnwässerreinigungsanlage) „Zur Gewährleistung, dass bei einem Schadstoffunfall keine wassergefährdenden Stoffe in die Vorflut gelangen können, ist der Ablauf des Reinigungsbeckens zur Mineralölabscheideranlage mit einem Absperrorgan zu versehen, das folgende Funktionen zu erfüllen hat:

Durch **geeignete technische und organisatorische** Maßnahmen

ist sicherzustellen, dass bei jedem Unfall mit Schadstoffen, auch wenn diese nur vermutet werden können, dieser Ablauf unverzüglich geschlossen wird. Dies könnte erreicht werden durch zB: elektrisch betriebenen Schieber, der mittels Fernübertragung, zB Funk- oder Signalkabel, betätigt wird.“

(Die Handlungspflicht im Gefahrenfall ist eindeutig festgelegt, der Gefahrenfall ausreichend definiert. Auch ist das geforderte Verhalten in der Führung des bewilligten Betriebes der Anlage durch die festgelegte Vorsorge für den Gefahrenfall in einer Weise determiniert, die den Pflichtenumfang in der Betriebsführung ausreichend klarstellt und sich auch einer jederzeitigen Überprüfung durch die Behörde nicht entzieht. Dem Bf wird die Möglichkeit eröffnet, solche technische und organisatorische Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer Handlungspflicht im Gefahrenfall zu wählen, die für sie am wenigsten einschneidend sind.; 95/07/0007.)

- (Zulassungsbescheid für ein lokales Hörfunkprogramm) Im Programm sind die Sprachen der im Burgenland angesiedelten Volksgruppen in **angemessener Weise** zu berücksichtigen. (Ausreichend bestimmt; Es ist geboten, diese Auflage nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit dem im Antrag auf Zulassung dargestellten und in der Zulassung genehmigten Programm auszulegen. Die Auflage stellt sicher, dass jene spezifischen Zielsetzungen des Programms, die für die Auswahlentscheidung maßgeblich waren, auch tatsächlich verfolgt werden. Ob daher die Volksgruppensprachen im Programm des Hörfunkveranstalters „angemessen berücksichtigt“ werden, bemisst sich nach dem im Zulassungsantrag vorgelegten und mit der Zulassung genehmigten Programm. An Hand dieses Maßstabes ist auch die Frage zu beantworten, ob eine grundlegende Veränderung des der Zulassung zu Grunde liegenden Programms eingetreten ist; 2004/04/0121).
- Für den Betrieb eines Maststalles für 30 Großvieheinheiten ist eine **ausreichend dimensionierte** und flüssigkeitsdichte Güllegrube zu errichten (wie groß die Güllegrube bei einem Maststall für 30 Großvieheinheiten sein muss, lässt sich von einem Fachkundigen wohl beurteilen; 2005/05/0141).

Diese Beispiele zeigen die Fallbezogenheit der einzelnen Bewertungen; generelle Aussagen zum Thema Bestimmtheit sind daher nur schwer zu treffen.

2.1.3.6. Auflagen müssen **behördlich erzwingbar** sein. Das heißt, sie müssen so gestaltet sein, dass sie im Verwaltungsstrafverfahren oder im Wege einer Zwangsmaßnahme bzw der Verwaltungsvollstreckung auch durchgesetzt werden können. Der Verwaltungsgerichtshof fordert in diesem Zusammenhang, dass die Auflagen Maßnahmen vorsehen müssen, die der Behörde eine jederzeitige und aktuelle Kontrollmöglichkeit in Bezug auf deren Einhaltung einräumen (VwGH 23. Mai 1989, 88/04/0342).

2.1.4. Darauf, ob eine Auflage auch **wirtschaftlich zumutbar** ist, kommt es hingegen grundsätzlich nicht an. Dieser Aspekt spielt vor allem im Zusammenhang mit Auflagen, die den Interessen der Nachbarn dienen, eine Rolle.

Ist eine Auflage geboten und ist nicht ersichtlich, dass andere weniger einschneidendere Maßnahmen denselben Effekt erzielen könnten, so ist die Frage der wirtschaftlichen Folgen für den Betrieb nicht mehr zu prüfen; es sei denn, das Gesetz sieht eine solche Rücksichtnahme ausdrücklich vor.

So hat der Verwaltungsgerichtshof zB im Zusammenhang mit der (alten) GewO 1973 ausgesprochen, dass die Behörde bei Vorschreibung von Auflagen, die zur Vermeidung einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der im § 74 Abs 2 Z 1 GewO genannten Personen erforderlich sind, deren wirtschaftliche Zumutbarkeit nicht zu prüfen hat (VwGH 2. Oktober 1989, 88/04/0215). Zur Abwehr gesundheitsgefährdender Immissionen ist die Vorschreibung geeigneter Auflagen ohne Rücksicht auf ihre wirtschaftliche Zumutbarkeit zulässig (VwGH 23. Mai 1989, 87/04/0201). Die damals angewandte Bestimmung des § 79 Abs 1 GewO 1973 sah aber vor, dass bei allen anderen Auflagen, die nicht im Zusammenhang mit der Vermeidung einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit

standen, sehr wohl wirtschaftliche Verhältnisse zu berücksichtigen waren.

2.1.5. Auch eine Vorschreibung „**alternativer Auflagen**“ ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht von vornherein unzulässig. Voraussetzung ist, dass alle Alternativen zum gleichen mit der vorgeschriebenen Maßnahme angestrebten Erfolg führen; alle Alternativen müssen naturgemäß auch ausreichend konkretisiert werden.

So kann es keinem Zweifel unterliegen, dass sowohl durch die Anbringung eines Gitters, eines Schrankens oder einer versperrten Kette das angestrebte Ziel, den Kundenverkehr mit Kraftfahrzeugen zum Betrieb des Konsenswerbers hintan zu halten, erreicht werden kann (VwGH 19. September 1989, 86/04/0068). Eine Auflage, die dem Berechtigten eine Wahlfreiheit gestattete, war daher rechtmäßig.

Auch die Vorschreibung von Auflagen zur Schalldämmung in Form von demonstrativ angeführten Maßnahmen entsprach den Erfordernissen der Bestimmtheit nach § 59 Abs 1 AVG, wenn sich durch eine einmalige Messung feststellen lässt, ob mit den getroffenen Maßnahmen dem vorgeschriebenen Ergebnis der Schalldämmung Rechnung getragen wurde (VwGH 30. Juni 2004, 2002/04/0044).

## 2.1.6. Auflage und ÖNORM

Immer wieder stellt sich die Frage, ob ein in einer Auflage enthaltener Verweis auf ein Regelblatt, eine technische Richtlinie oder eine ÖNORM dem Bestimmtheitsanfordernis genügt. Dazu ist voranzuschicken, dass solche technischen Richtlinien oder ÖNORMEN aus den technischen Lebensbereichen nicht mehr wegzudenken sind. Sie geben Standards vor, die als allgemein anerkannt gelten und die vor allem für die auf technischem Gebiet arbeitenden Sachverständigen eine unabdingbare Hilfestellung darstellen. Sie spiegeln regelmäßig den jeweils aktuellen Stand der Technik wider (VwGH 20. September 2001, 2000/07/0221), und bieten eine grundlegende Entscheidungshilfe für die Sachverständigen bei der Beurteilung von Projekten.

Weiters ist zum Verständnis zu bemerken, dass ÖNORMEN und sonstige technische Richtlinien grundsätzlich nicht rechtsverbindlich sind, aber durch Gesetze oder Verordnungen, aber auch durch Bescheide verbindlich gemacht werden können (vgl zB § 8 LRV-K). Bei nicht verbindlich erklärten ÖNORMEN ist davon auszugehen, dass es sich um „generelle Gutachten“ handelt, die auf den Einzelfall heruntergebrochen werden können; allerdings bedarf es dann einer begründeten Aussage darüber, dass dieses generelle Gutachten auch im Einzelfall gilt.

Der Inhalt einer ÖNORM steht in engem Zusammenhang mit dem jeweiligen Stand der Technik. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes können von den Sachverständigen als Grundlage für die Beurteilung des Standes der Technik auch einschlägige Regelwerke, wie zB ÖNORMEN als objektivierte, generelle Gutachten (VwGH 25. Jänner 1996, 95/07/0085) herangezogen werden. So wird zB der Stand der Technik auf dem Abwassersektor in der ÖNORM B 2502 durch die Festlegung von Emissionsgrenzwerten als technisch einhaltbare Emissionsbeschränkung umschrieben (VwGH 25. April 2002, 99/07/013).

Zur Frage der Zulässigkeit des Verweises auf ÖNORMEN in Auflagen hat der Verwaltungsgerichtshof in einem grundlegenden Erkenntnis vom 24. März 1998, 97/05/0003, ausgesprochen, dass der Verweis auf bestimmte technische Richtlinien der österreichischen Brandverhütungsstellen oder auf bestimmte ÖNORMEN zulässig ist und die Auflage dadurch entsprechend präzisiert wird. Mit dem Verweis auf derartige Richtlinien oder auch auf ÖNORMEN werden diese in dem betreffenden Einzelfall verbindlich.

Allerdings ist es notwendig, dass der Verweis eindeutig ist. Ein Verweis in einer Auflage auf die „geltenden Sicherheitsbestimmungen der ÖVE“ wurde mangels konkreter Anführung der bezughabenden ÖVE-Normen als nicht ausreichend bestimmt angesehen (VwGH 3. Juni 1997, 97/06/0055). Die Eindeutigkeit eines solchen Verweises ist je kritischer zu beleuchten, je umfangreicher und komplexer sich die technische Richtlinie, auf die verwiesen wird, darstellt.

Eine weiters oft gegebene Problemstellung ist die Frage der Heranziehung der aktuellen Ausgabe der jeweiligen ÖNORM. Manchmal ist nicht klar, welche Fassung gemeint ist, manchmal werden veraltete Fassungen zitiert. Ideal wäre die Anführung der genauen Ausgabe der technischen Norm. Eine dynamische Verweisung auf die jeweils gültige Fassung wäre jedenfalls rechtswidrig. Vor allem deshalb, weil der Inhalt eines Bescheides dann vom Agieren von Einrichtungen oder Institutionen abhinge, denen keine Hoheitsgewalt zukommt. Abgesehen davon bewirkte ein solches dynamisches Verständnis, dass der Genehmigungsbescheid sich von selbst dem jeweiligen Stand der Technik anpassen würde; das steht aber im Widerspruch dazu, dass die anlagenbezogenen Vorschriften regelmäßig auf die Sach- und Rechtslage im Bescheiderlassungszeitpunkt abstellen, also keine Dynamik vorgezeichnet ist. Fehlt nun ein Hinweis auf die Ausgabe der zitierten ÖNORM in einer Auflage, ist davon auszugehen, dass ausschließlich die Ausgabe, die zum Zeitpunkt der Rechtsgestaltung dem Rechtsbestand angehörte, relevant ist.

Fraglich ist auch, ob und inwiefern die Bezugsquelle einer solchen Norm angegeben werden muss. Bei ÖNORMEN kann man voraussetzen, dass die Bezugsquelle, das Österreichische Normungsinstitut, allgemein bekannt ist. Bei anderen, zB bei ausländischen technischen Normen wird zumindest die Angabe der Bezugsquelle in der Auflage notwendig sein, um dem Bestimmtheitsgebot nicht zu widersprechen.

Ein weiteres Problem ist mit dem Adressatenkreis der ÖNORMEN oder technischen Richtlinien verbunden, weil dies keinesfalls immer der Konsensinhaber ist; manchmal richten sich die dortigen Anordnungen an den Hersteller oder den Zwischenhändler eines Produktes. Die Aufnahme einer Auflage in einen Bescheid, die in einem Verweis auf eine ÖNORM besteht, deren Handlungspflichten sich gar nicht an den Konsensinhaber, sondern an einen Dritten richten, wäre daher unzulässig.

ÖNORMEN oder technische Richtlinien können weiters sehr umfangreich sein und eine Anzahl von Geboten enthalten, die im konkreten Einzelfall dann aber gar keine Bedeutung haben. Eine Auflage des Inhaltes „Die Bestimmungen der TRVB N 115 sind einzuhalten“ erweist sich daher als äußerst unbestimmt. Für die Behörde kann die Vorschreibung einer solch unbestimmten Auflage aber ganz „angenehm“ sein, erspart man sich doch ein aufwändiges Verfahren, in dem die im Einzelfall konkret gebotenen Auflagen und Pflichtenkataloge zu erarbeiten wären.

**Beispiele** für zulässige Auflagen in Zusammenhang mit ÖNORMEN:

- Die Stiegenhäuser sind gegenüber den Aufschließungsgängen durch rauchdichte Türkonstruktionen gemäß ÖNORM B 3855 abzuschließen.
- Die Deckenkonstruktion in den Appartements ist gegenüber der Dachkonstruktion bzw. gegenüber dem Dach- und Spitzboden entsprechend ÖNORM B 3800 in brandhemmender Bauweise herzustellen.
- An oberster Stelle der Stiegenhäuser ist je eine Brandrauchentlüftung entsprechend der technischen Richtlinie der österreichischen Brandverhütungsstellen TRVB 125 einzubauen. Das Öffnen der Brandrauchentlüftung muss auch im Erdgeschoss beim Gebäudezugang möglich sein.

# Auflagen im Verwaltungsverfahren in Theorie und Praxis

## 2.1.7. Auflage und Leistungsfrist

Fraglich ist weiter, ob eine Auflage mit einer Leistungsfrist versehen werden kann. Nun schließt es der besondere Zusammenhang der Auflage mit dem Hauptinhalt des Bescheides nach der überwiegenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes aus, darin einen Ausspruch im Sinn des § 59 Abs 2 AVG zu erblicken, für den eine angemessene Leistungsfrist festzusetzen ist (VwGH 21. Februar 2002, 2001/07/0106). Daraus ist aber nicht abzuleiten, dass die Setzung einer Leistungsfrist unzulässig wäre. Wesentlich ist, dass der akzessorische Charakter der Auflage gewahrt bleibt, die Frist also nicht vor Eintritt der Inanspruchnahme der Bewilligung selbst abläuft.

Es kann auch durchaus so sein, dass eine Auflage erst später zum Tragen kommt, also erst ab einem bestimmten Zeitpunkt eingehalten werden muss (zB bei einer mehrphasigen Bewilligung, wo eine Auflage erst in einem späten Stadium der Konsumation der Bewilligung zum Tragen kommt).

§ 77 Abs 1 GewO sieht ein solches Szenario zB ausdrücklich vor, wenn es heißt:

„... die Behörde kann weiters zulassen, dass bestimmte Auflagen erst ab einem dem Zeitaufwand der hierfür erforderlichen Maßnahmen entsprechend festzulegenden Zeitpunkt nach Inbetriebnahme der Anlage oder von Teilen der Anlage eingehalten werden müssen, wenn dagegen keine Bedenken vom Standpunkt des Schutzes der im § 74 Abs 2 umschriebenen Interessen bestehen.“

Mangels Fristsetzung, und das wohl ist der Regelfall, kommt aber der allgemeine Rechtsgrundsatz zur Anwendung, dass unverzüglich zu leisten ist, dass also die Auflage unverzüglich nach Konsumierung oder bei Konsumierung der Bewilligung zu erfüllen ist.

## 2.1.8. Abgrenzungen

2.1.8.1. Abzugrenzen sind Auflagen von der **bloßen Wiederholung von Vorschreibungen** (Rechtsfolgen), die bereits durch das Gesetz selbst festgelegt sind und die im Auflagenkatalog lediglich, meist wortwörtlich, wiederholt werden. Findet sich also unter dem Deckmäntelchen einer „Auflage“ bloß die Wiederholung des Gesetzeswortlautes oder einer Bestimmung, die in einem anderen Gesetz enthalten ist, ist nicht von einer Auflage oder von einer sonstigen Nebenbestimmung die Rede sondern von einem unverbindlichen Zusatz eines Bescheides (vgl. VwGH 17. Juni 2004, 2003/03/0166). Bei Maßnahmen, zu denen bereits das Gesetz unmittelbar verpflichtet, bedarf es keiner Bescheidaufgabe (VwGH 3. Juni 1997, 97/06/0055).

### Beispiele aus der Praxis:

- Gebäude und bauliche Anlagen sind so auszuführen, dass sie den jeweiligen Erfordernissen der Sicherheit, der Dauerhaftigkeit, des Brand-, des Wärme- und des Schallschutzes, der Gesundheit und der Hygiene entsprechen (vgl § 16 Abs 1 TBO),
- die einschlägigen Bestimmungen der Tiroler Bauordnung und der Technischen Bauvorschriften sind einzuhalten.

### Beispiel aus der Judikatur:

Lautet die Anordnung in einer Nebenbestimmung eines Bescheides, mit dem die wasserrechtliche Bewilligung für die Einleitung von Oberflächenwässern in einen Fluss erteilt wurde, dahingehend, dass „deren chemische Untersuchungen im Einvernehmen mit der zuständigen Abteilung des Amtes der Landesregierung durchzuführen“ sind, so kommt dieser Anordnung keine selbständige normative Wirkung zu. Zwar ist die Anordnung eines Gesetzes, dass mehrere Behörden „im Einvernehmen vorzugehen hätten“, dahin zu deuten, dass ein rechtmäßiges Vorgehen eine übereinstimmende Willensbetätigung voraussetzt. Im vorliegenden Verhältnis des Adressaten einer individuellen Norm zu einem Behördenorgan liegt diese Deutung aber nicht nahe. Der bekämpfte Hinweis ist daher lediglich als (entbehrliche) Rechtsbelehrung über einen Teilaspekt der nach §§ 130 ff WRG wahrzunehmenden Gewässeraufsicht zu verstehen. Die bei der Wahrnehmung derselben der Behörde eingeräumten Rechte und Pflichten ergeben sich schon aus dem Gesetz selbst; dem bekämpften Abspruch kommt

daher keine eigenständige normative Bedeutung zu (VwGH 24. Oktober 1995, 95/07/0046).

2.1.8.2. Dies gilt auch für in Auflagen gekleidete „Hinweise“, denen jeglicher normativer Charakter fehlt.

ZB Hinweis auf die Amtsstunden der Bezirkshauptmannschaft, wo bestimmte Unterlagen einzubringen sind etc.

2.1.8.3. Ebenfalls unzulässig ist es, einen Bewilligungswerber in Form einer Auflage zu verpflichten, zB Urkunden nachzureichen, die ihrerseits Voraussetzung für die Erteilung der Bewilligung sind, oder sonst im Wege über Auflagen vorhandene Schwierigkeiten im Bereich der Bewilligungsvoraussetzungen zu umschiffen. Eine Auslagerung des Ermittlungsverfahrens an den Bewilligungswerber in Form von Auflagen ist nicht möglich.

### Beispiel aus dem Baurecht:

Voraussetzung für die Erteilung einer Baubewilligung ist die Zustimmung des Grundeigentümers. Eine Auflage des Inhaltes, dass „die Zustimmung des Grundeigentümers vorzulegen ist“, ist rechtswidrig.

### Beispiel aus dem Wasserrecht:

Zulässigkeitsvoraussetzung für die Erteilung einer wasserrechtlichen Bewilligung ist es, dass Rechte Dritter nicht beeinträchtigt werden. Diese Voraussetzung ist von Amts wegen vorab zu klären.

Wenn nicht fest steht, ob geltend gemachte bestehende Rechte durch ein Vorhaben verletzt werden, ist die Wasserrechtsbehörde nicht berechtigt, die wasserrechtliche Bewilligung unter Vorbehalt eines Beweissicherungsprogrammes zur Feststellung der Verletzung dieser Rechte zu erteilen (VwGH 8. April 1997, 95/07/0174, 24. November 2005, 2005/07/0107).

Unter dem Aspekt der unzulässigen Auslagerung von behördlichen Aufgaben sind auch Auflagen zu betrachten, die versuchen, zukünftige Szenarien durch Handlungsanweisungen abzudecken und weitere Festlegungen inhaltlicher Art auf andere Stellen zu übertragen:

**Beispiel:** Mit einer Auflage wird vorerst ein einvernehmliches Vorgehen des Konsensinhabers mit der Fischereiberechtigten vorgeschrieben; für den Fall der Nichteinigung hat aber die „ökologische Bauaufsicht“ die Maßnahme „verbindlich festzulegen“. Ob und in welcher Form sich die Konsensinhaberin dann gegen eine in ihre Rechte eingreifende Festlegung wehren kann, bleibt offen. Die Konsensinhaberin hat aber Anspruch darauf, dass die Maßnahmen zum Schutz der Fischerei in einer für sie überprüfbar Art und Weise gesetzt werden und ihr in diesem Zusammenhang auch alle Rechtsschutzmöglichkeiten zustehen (VwGH 24. Februar 2005, 2004/07/0030)

2.2. Am **Ende des erstinstanzlichen Verfahrens** steht der **Bescheid** der Behörde, in den regelmäßig die im Verfahren vorgeschlagenen Auflagen als Teil des Spruches integriert werden.

Im Bescheid erster Instanz genügt die kommentarlose Aufnahme der Auflagen in den Spruch des Bescheides allein nicht; diese Auflagen müssen in der Begründung des Bescheides auch **begründet** werden, schließlich stellen die Auflagen einen Teil des Spruches dar. In der Regel werden die Auflagen durch den Verweis auf das Gutachten des Sachverständigen begründet. In strittigen Fällen, wenn also Gegengutachten bestehen oder zu beachtende Einwände von Dritten, bedarf es natürlich eines entsprechenden argumentativen Aufwandes, auch wenn es „nur“ um Auflagen geht.

Eine weitere Frage, die sich stellt, ist die, ob der bloße Verweis im Spruch des angefochtenen Bescheides auf ein **Verhandlungsprotokoll**, dem das Gutachten des Sachverständigen und die Auflagen zu entnehmen sind, zulässig ist und als Begründung ausreicht. Hier ist die Rechtsprechung uneinheitlich. So hat der Verwaltungsgerichtshof zur gewerberechtlichen Betriebsanlage diese Frage ebenso verneint, wie zum Wasserrecht, anders jedoch wurde die Rechtslage im Bereich des Baurechts gesehen; differenzierend im Bereich der eisenbahnrechtlichen Baugenehmigung.



## Auflagen im Verwaltungsverfahren in Theorie und Praxis

---

Die überwiegende Judikatur hat aber die Auffassung vertreten, dass dem unabdingbaren Erfordernis, Auflagen im Spruch selbst zu präzisieren, durch den Verweis auf die Verhandlungsschrift oder auf die dort enthaltenen Gutachten nicht entsprochen wird. Angesichts der jüngsten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist diese Aussage allerdings dahin einzuschränken, dass diesbezügliche Verweise auf die dem Bescheid **angeschlossene**, eine **Beilage** und damit einen Teil des Bescheides selbst bildende Verhandlungsschrift nicht im Widerspruch zu § 59 Abs 1 AVG steht, wenn dieser Beilage der Inhalt der Auflagen eindeutig entnommen werden kann. § 59 Abs 1 AVG fordert also nicht nur eine ausreichend bestimmte Verweisung im Spruch, sondern zudem die ausreichende Bestimmtheit der rezipierten Anordnung in der Verhandlungsschrift.

**FORTSETZUNG IN SV 2008/3**

*Korrespondenz:*

*Dr Dietlinde Hinterwirth*

*Hofrätin des Verwaltungsgerichtshofes*

*Judenplatz 11, 1014 Wien*