

Lösungsskizze zur Fächerübergreifende Modulprüfung III am 4.3.2021  
(Erstellung des Falles: Univ.-Prof. DDr. Michael Potacs)

---

1.) Wie beurteilen Sie die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des LVwG Tirol? Welche Rechtsmittel stehen Christina zur Verfügung und wie stehen ihre Erfolgschancen? (63,5 P + 10,5 ZP)

**A. Rechtmäßigkeit der Entscheidung des LVwG Tirol (33 P + 7 ZP)**

**a. Anwendbarkeit des TirStrG und Bewilligungspflicht (2,5 P + 2 ZP)**

- Gem § 1 Abs 1 lit a TirStrG gilt das Gesetz für öffentliche Straßen und Wege, soweit in Abs 3 nichts anderes bestimmt ist. Im konkreten Fall ist keine der Ausnahmen nach Abs 3 einschlägig. **(0,5 P)**. *Es handelt sich nicht um eine Forststraße iSd § 59 Abs 2 ForstG, da der Waldweg nicht für den Verkehr von Kraftfahrzeugen bestimmt ist. (0,5 ZP)*
- Als eine Straße ist gem § 2 Abs 1 TirStrG eine bauliche Anlage anzusehen, die dazu bestimmt ist, dem Verkehr von Fußgängern, von Fahrzeugen einschließlich Kraftfahrzeugen und von Tieren zu dienen. Die neu zu errichtende Straße entspricht dieser Definition, da sie – im Unterschied zum Waldweg – auch dem Verkehr von Kraftfahrzeugen dienen soll. **(0,5 P)**
- Bei der geplanten Straße handelt es sich laut SV um eine öffentliche Straße iSd §§ 2 Abs 3 iVm Abs 5 TirStrG, die dem Gemeindegebrauch gewidmet ist **(0,5 P)**
- Konkret handelt es sich laut SV um eine Gemeindestraße (§ 6 Z 2 TirStrG). **(0,5 P)**
- Gem § 40 Abs 1 TirStrG ist der Neubau einer Straße bewilligungspflichtig. **(0,5 P)**
- *Um die Erteilung der Straßenbaubewilligung hat der Straßenverwalter gem § 41 Abs 1 TirStrG schriftlich bei der Behörde anzusuchen. (0,5 ZP) Gem § 2 Abs 7 TirStrG ist Straßenverwalter, wem als Träger von Privatrechten der Bau, die Erhaltung und die Verwaltung einer Straße obliegen. Für Gemeindestraßen ist der Straßenverwalter gem § 14 Abs 1 TirStrG die betreffende Gemeinde, im konkreten Fall ist Straßenverwalter daher die Gemeinde St. Rudolf, die um die Straßenbaubewilligung ansuchen muss und der auch der Bau der Straße obliegt. (1 ZP)*

**b. Zuständigkeit des Bürgermeisters (4 P)**

- Die sachliche und örtliche Zuständigkeit richtet sich gem § 1 AVG nach den Vorschriften über ihren Wirkungsbereich und nach den Verwaltungsvorschriften. Die sachliche

Zuständigkeit für die Straßenbaubewilligung ergibt sich sohin aus § 75 Abs 3 lit a TirStrG, welcher anordnet, dass der Bürgermeister in allen nicht unter die Abs 1 und 2 fallenden Angelegenheiten die zuständige Behörde 1. Instanz ist, soweit es sich um die Erlassung von Bescheiden handelt. Die Zuständigkeit zur Bewilligung einer Gemeindestraße ist nicht in den Abs 1 und 2 geregelt, weshalb der Bürgermeister die sachlich zuständige Behörde ist. **(1 P)**

- Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit trifft das TirStrG keine Regelung, so dass sich die örtliche Zuständigkeit nach § 3 AVG richtet. Gem § 3 Z 1 AVG richtet sich die Zuständigkeit in Sachen, die sich auf ein unbewegliches Gut beziehen, nach der Lage des Gutes. Da die Straße im örtlichen Wirkungsbereich der Gemeinde St. Rudolf errichtet werden soll, ist die sachlich und örtlich zuständige Behörde 1. Instanz der Bürgermeister der Gemeinde St. Rudolf. **(1 P)**
- Gem Art 118 Abs 3 Z 4 B-VG iVm § 16 Abs 2 lit d TGO ist die Gemeinde zur Besorgung der Verwaltung der Verkehrsflächen der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich berechtigt. **(1 P)**
- Die entsprechenden Gesetze haben gem Art 118 Abs 2 B-VG derartige Angelegenheiten ausdrücklich als solche des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde zu bezeichnen. § 75 Abs 5 TirStrG legt in verfassungskonformer Weise fest, dass die Gemeinden die ihnen nach dem TirStrG obliegenden Aufgaben im eigenen Wirkungsbereich zu besorgen haben. **(1 P)**

### c. Zuständigkeit LVwG (4 P + 2 ZP)

- In Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde besteht gem Art 118 Abs 4 Satz 2 B-VG grundsätzlich ein zweistufiger Instanzenzug, soweit dieser durch Gesetz nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde. **(0,5 P)**
- In Tirol wurde der innergemeindliche Instanzenzug in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches gem § 17 Abs 2 TGO unbeschadet des § 31 Abs 2 TGO ausgeschlossen. Das TirStrG sieht keine Möglichkeit der Berufung vor, weshalb § 31 Abs 2 TGO nicht einschlägig ist. **(1 P)**
- Gegen den Bescheid des Bürgermeisters kann daher eine Bescheidbeschwerde gem Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG **(0,5 P)** erhoben werden.
- *Zur sachlichen Zuständigkeit ist auszuführen, dass „Angelegenheiten der wegen ihrer Bedeutung für den Durchzugsverkehr durch Bundesgesetz als Bundesstraßen erklärten Straßenzüge außer der Straßenpolizei“ gem Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG in Gesetzgebung*

*und Vollziehung Bundessache sind. (1 ZP) Die übrigen Straßen unterliegen gem Art 15 Abs 1 B-VG der Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz der Länder. (1 ZP)*

- Im konkreten Fall handelt es sich um eine Gemeindestraße. Das Tiroler Straßenrecht ist keine Angelegenheit, die ausschließlich von Bundesbehörden zu vollziehen ist. Sachlich zuständig ist gem Art 131 Abs 1 B-VG daher das LVwG. **(1 P)**
- Örtlich zuständig ist gem § 3 Abs 2 Z 1 VwGVG iVm § 3 Z 1 AVG (alternativ: § 3 Abs 1 VwGVG) das LVwG Tirol. **(1 P)**

#### **d. Subjektive Rechte im Straßenbaubewilligungsverfahren (18 P + 2,5 ZP)**

##### *1. Einwendung hinsichtlich der Beeinträchtigung durch Lärm und Staub (4 P)*

- § 37 Abs 1 lit c TirStrG sieht vor, dass Straßen nach den Erfahrungen der Praxis und den Erkenntnissen der Wissenschaft so geplant und gebaut werden müssen, dass Beeinträchtigungen der angrenzenden Grundstücke durch den Bestand der Straße sowie Gefährdungen oder Beeinträchtigungen der Nachbarn durch den Verkehr auf der Straße so weit herabgesetzt werden, wie dies mit einem im Verhältnis zum erzielbaren Erfolg wirtschaftlich vertretbaren Aufwand möglich ist. **(0,5 P)** Entspricht das Bauvorhaben nicht den Erfordernissen nach § 37 Abs 1 TirStrG, ist das Ansuchen von der Behörde abzuweisen (§ 44 Abs 2 TirStrG). **(0,5 P)**
- Der Begriff des Nachbarn wird im TirStrG nicht definiert, aus dem Wortlaut des § 37 Abs 1 lit c TirStrG, der auch auf „Beeinträchtigungen angrenzender Grundstücke“ abstellt, ergibt sich aber, dass Eigentümer eines an die geplante Straße angrenzenden Grundstückes wohl als Nachbarn anzusehen sind. Christina ist daher Nachbarin iSd § 37 Abs 1 lit c TirStrG. **(1 P)**
- Gem § 37 Abs 2 TirStrG werden durch § 37 Abs 1 lit c TirStrG keine subjektiven Rechte der Nachbarn begründet. **(0,5 P)**
- Christinas Einwendungen sind im Bewilligungsverfahren im Allgemeinen aber nur dann zulässig, wenn sie sich auf subjektive Rechte beziehen. Die in § 37 Abs 1 lit c TirStrG genannten Beeinträchtigungen können daher gegen die Bewilligung der Straße nicht eingewendet werden. **(1 P)** Christina kann sich somit nicht auf eine unzumutbare Beeinträchtigung durch den voraussichtlichen Verkehr auf der Straße durch Lärm und Staub stützen – die zweite im SV genannte Einwendung ist unzulässig **(0,5 P)**.

2. Einwendung nach § 43 Abs 1 TirStrG (3 P + 0,5 ZP)

- Ein subjektives Recht ergibt sich für Christina aber aus § 43 Abs 1 TirStrG, wonach die Eigentümer der von einem Bauvorhaben betroffenen Grundstücke das Recht haben, Änderungen des Bauvorhabens hinsichtlich der Straßentrasse zu beantragen, sofern dadurch die Beanspruchung ihrer Grundstücke vermieden oder verringert werden kann. **(1 P)**
- Wer als Eigentümer der von einem Bauvorhaben betroffenen Grundstücke anzusehen ist, definiert das TirStrG nicht. Da die gegenständliche Straße aber unmittelbar an das Grundstück von Christina angrenzt und für die Durchführung des Vorhabens auch Grundstücksteile in Anspruch genommen werden sollen, ist davon auszugehen, dass es sich bei Christina um eine von dem Bauvorhaben betroffene Grundstückseigentümerin handelt. Christina kommt daher im Straßenbaubewilligungsverfahren Parteistellung iSd § 8 AVG zu. **(1 P)** Dies ergibt sich auch aus § 42 Abs 1 lit b TirStrG, wonach die Eigentümer der vom Bauvorhaben betroffenen Grundstücke zur mündlichen Verhandlung zu laden sind. **(0,5 ZP)**
- Christinas Einwendungen beziehen sich allerdings nicht auf die in § 43 Abs 1 TirStrG wörtlich genannten Rechte. Christina beantragt insbesondere keine Änderung des Bauvorhabens hinsichtlich der Straßentrasse, sondern sie macht geltend, der Bürgermeister habe „keine Befugnis, eine Straße auf ihrem Grundstück ohne ihr Einverständnis zu bewilligen“ und dass „kein öffentliches Interesse an dem geplanten Hotelprojekt“ bestünde. **(1 P)**

3. Einwendung hinsichtlich einer erforderlichen Einwilligung (1 P)

- Christinas Einwendung bezieht sich auf das Erfordernis einer Einwilligung von Christina. Ein solches (subjektives) Recht sieht das TirStrG nicht vor. Christinas Einwendung ist daher unzulässig. **(1 P)**

4. Einwendung hinsichtlich der Raufußhühner (2 P)

- Raufußhühner sind nach § 25 Abs 1 TNSchG insofern geschützt als bestimmte Verhaltensweisen, die sich nachteilig auf den Bestand auswirken können (wie zB das absichtliche Töten oder das Zerstören der Nester), verboten sind. **(1 P)**
- Das Naturschutzrecht liegt allerdings ausschließlich im öffentlichen Interesse, Christina steht diesbezüglich daher kein subjektives Recht zu (Schutznormtheorie). Die Einwendung ist unzulässig. **(1 P)**

5. Einwendung hinsichtlich des öffentlichen Interesses (8 P + 2 ZP)

- Hinsichtlich dieser Einwendung gilt es § 62 Abs 2 TirStrG zu berücksichtigen, wonach bei Bauvorhaben, die einer Straßenbaubewilligung bedürfen, der eine Enteignungsvoraussetzung bildende Bedarf iSd § 62 Abs 1 lit a TirStrG mit dem Eintritt der Rechtskraft der Straßenbaubewilligung als nachgewiesen gilt. **(0,5 P)**
- Bereits wegen des Grundrechtes auf Eigentum gilt, dass eine Enteignung nur dann zulässig ist, wenn ein öffentliches Interesse daran besteht. **(1 P)** Dies bringt § 62 Abs 1 lit a TirStrG – auf den in § 62 Abs 2 TirStrG verwiesen wird – dahingehend zum Ausdruck, dass eine Enteignung nur dann zulässig ist, wenn für das Vorhaben ein Bedarf besteht, dessen Deckung „im öffentlichen Verkehrsinteresse“ liegt. **(0,5 P)**
- Aus § 62 Abs 2 TirStrG ergibt sich, dass der im öffentlichen Verkehrsinteresse liegende Bedarf durch die rechtskräftige Straßenbaubewilligung nachgewiesen wird. Das bedeutet, dass im Enteignungsbescheid keine Ausführungen zum öffentlichen Verkehrsinteresse notwendig sind; es reicht der Verweis auf die straßenbaurechtliche Bewilligung. Die Straßenbaubewilligung entfaltet daher Bindungswirkung für allfällig nachfolgende Enteignungen. **(1 P)**
- Aufgrund der Bindungswirkung der Straßenbaubewilligung im Enteignungsverfahren ist dem Grundeigentümer im Straßenbaubewilligungsverfahren auch das Recht einzuräumen, das Vorliegen eines Bedarfes für das Vorhaben, dessen Deckung im öffentlichen Verkehrsinteresse gelegen ist, in Frage zu stellen. Wäre dies im straßenbaurechtlichen Verfahren nämlich nicht möglich, hätten betroffene Grundeigentümer keine Möglichkeit, Einwendungen hinsichtlich des öffentlichen Interesses an der Enteignung zu erheben. *Das aber würde dem Grundrecht auf Eigentum widersprechen, das dem Enteigneten ein subjektives Recht einräumt, dass nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses enteignet werden darf.* **(1 ZP)** Aufgrund verfassungskonformer Interpretation von § 62 Abs 2 TirStrG **(1 ZP)** hat Christina diesbezüglich also ein subjektives Recht im Straßenbaubewilligungsverfahren. **(1 P)**
- Zum ersten Teil der ersten Einwendung („kein öffentliches Interesse an dem Hotelprojekt“): Mit dem ersten Teil der Einwendung wendet sich Christina gegen das Vorliegen eines öffentlichen Interesses; die Einwendung lässt daher einen klaren Bezug zu § 62 Abs 1 lit a iVm Abs 2 TirStrG erkennen. Mit ihrer Einwendung kann sich Christina auch gegen das Vorliegen eines öffentlichen Interesses an dem Hotelprojekt wenden, da aufgrund des untrennbaren Zusammenhanges zwischen dem Bau des Hotels und der Ver-

breiterung der Straße das gesamte Projekt für die Beurteilung des öffentlichen (Verkehrs-)Interesses miteinzubeziehen ist. Besteht kein öffentliches Interesse an dem Hotelprojekt, besteht auch kein öffentliches Verkehrsinteresse an der Verbreiterung der Straße. Christina hat im Ergebnis eine zulässige Einwendung erhoben. **(2 P)** [*alternativ: Christinas Einwendung bezieht sich auf das öffentliche Interesse an dem Hotelprojekt, nicht aber auf das in § 62 Abs 1 lit a TirStrG genannte „öffentliche Verkehrsinteresse“ an der Verbreiterung der Straße. Das Hotelprojekt ist weder Gegenstand des Straßenbaubewilligungsverfahrens, noch des Enteignungsverfahrens. Christina könnte das Nichtvorliegen eines öffentlichen Interesses an dem Hotelprojekt daher nur im Bewilligungsverfahren für das Hotelprojekt einwenden, sofern ihr in diesem Verfahren Parteistellung und ein subjektiv-öffentliches Recht zukommt. Christina hat daher keine zulässige Einwendung erhoben. (2 P)*]

- Zum zweiten Teil der ersten Einwendung („Verkehrsbelastung stößt in dem engen Tal an ihre Grenzen“): Mit der Einwendung, die Verkehrsbelastung in dem kleinen Tal stoße bereits an ihre Grenzen, stellt Christina das Vorliegen eines Bedarfes an dem Vorhaben, dessen Deckung im öffentlichen Verkehrsinteresse liegt, in Frage. Dies ist eine zulässige Einwendung, die Christina gem § 62 Abs 1 lit a iVm Abs 2 TirStrG auch im Straßenbaubewilligungsverfahren geltend machen kann. **(1 P)** Die Behörde hätte sich mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob das Vorhaben mit Blick auf das erforderliche öffentliche Interesse unbedingt notwendig und verhältnismäßig ist. **(1 P)**

#### **e. Präklusion (3,5 P + 0,5 ZP)**

- Die Behörde kann gem § 42 Abs 1 TirStrG (alternativ: § 40 AVG) eine mündliche Verhandlung durchführen. Zu diesem Zweck sind die in § 42 Abs 1 lit a bis e TirStrG genannten Beteiligten (persönlich) zu laden. Laut SV wurde Christina von der Anberaumung der mündlichen Verhandlung persönlich verständigt und damit ordnungsgemäß geladen (vgl auch § 41 Abs 1 AVG). **(0,5 P)**
- Gem § 42 Abs 1 Satz 2 TirStrG ist die Anberaumung der mündlichen Verhandlung außerdem mindestens während zweier Wochen an der Amtstafel der Gemeinde sowie auf der Internetseite der Behörde kundzumachen. Auch dies ist laut SV ordnungsgemäß erfolgt. **(0,5 P)**
- *Die Ladung sowie die Kundmachung enthalten zudem den nach § 42 Abs 1 Satz 4 TirStrG erforderlichen Hinweis auf die in § 41 Abs 2 lit a bis c TirStrG genannten Unterlagen. (0,5 ZP)*

- Weil Christina laut SV von der anberaumten mündlichen Verhandlung persönlich verständigt wurde, präkludiert sie grundsätzlich bereits gem § 42 Abs 2 AVG hinsichtlich all jener subjektiv-öffentlicher Rechte, hinsichtlich derer sie nicht spätestens schriftlich bis zum Tag vor der Verhandlung oder mündlich während der Verhandlung zulässige Einwendungen erhoben hat. **(1 P)**
- Der Eintritt der Präklusionsfolgen setzt aber voraus, dass in der Verständigung auf die Präklusionsfolge hingewiesen wurde. Gem § 41 Abs 2 AVG hat die Verständigung nämlich die für Ladungen vorgeschriebenen Angaben sowie einen Hinweis auf die gem § 42 AVG eintretenden Folgen (insbesondere auf den Verlust der Parteistellung) zu enthalten. **(0,5 P)** Laut SV enthält Christinas Ladung aber keine weiteren Hinweise **(0,5 P)**. Da in der Verständigung somit nicht auf die Präklusionsfolge des § 42 AVG hingewiesen wurde, kann Christina nicht präkludieren **(0,5 P)**.

#### **f. Ergebnis (1 P)**

- Christina hat ein subjektives Recht hinsichtlich der Voraussetzung, dass für das Vorhaben ein Bedarf besteht, dessen Deckung im öffentlichen Verkehrsinteresse liegt. Dieses subjektive Recht kann sie – obwohl es sich um eine Enteignungsvoraussetzung handelt – auch im straßenbaurechtlichen Verfahren geltend machen. Christina hat in der mündlichen Verhandlung zulässige Einwendungen erhoben und die Präklusionsfolgen gem § 42 AVG sind nicht eingetreten, da Christina in der Verständigung nicht darauf hingewiesen wurde. Christinas Beschwerde hätte daher vom LVwG Tirol nicht zurückgewiesen werden dürfen **(1 P)**.

#### **B. Revision an den VwGH (10,5 P + 1,5 ZP)**

- In Frage kommt eine Revision an den VwGH gem Art 133 Abs 1 Z 1 B-VG wegen Rechtswidrigkeit. **(1 P)** Die Zurückweisung der Beschwerde erfolgt durch einen Beschluss des LVwG Tirol (§ 28 Abs 1 VwGVG iVm § 31 Abs 1 VwGVG) **(1 P)**. Gem Art 133 Abs 9 B-VG sind die für Erkenntnisse geltenden Bestimmungen des Art 133 B-VG sinngemäß auch auf Beschlüsse der Verwaltungsgerichte anwendbar. **(1 P)** *Gegen die in §§ 25a Abs 2 und Abs 3 VwGG genannten Beschlüsse ist eine Revision unzulässig. Der gegenständliche Beschluss ist davon nicht umfasst. (1 ZP)*
- Die Frist beträgt gem § 26 Abs 1 Z 1 VwGG sechs Wochen ab Zustellung des Beschlusses. **(1 P)**

- Christina ist zur Erhebung einer Revision gem Art 133 Abs 6 Z 1 B-VG legitimiert, wenn sie behauptet, durch den Beschluss des LVwG in ihrem einfachgesetzlich gewährleisteten subjektiv-öffentlichen Recht auf Entscheidung durch ein zuständiges Gericht verletzt worden zu sein. **(1 P)**
- Gem Art 133 Abs 4 B-VG ist die Revision nur zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. **(1 P)** *Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Erkenntnis von der Rsp des VwGH abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rsp des VwGH nicht einheitlich beantwortet wird. (0,5 ZP)*
- Eine grundsätzliche Rechtsfrage liegt nicht vor, wenn die gesetzliche Rechtslage – wie vom LVwG Tirol angenommen – eindeutig ist, selbst wenn dazu noch keine Rsp des VwGH ergangen ist. **(1 P)**
- Im konkreten Fall ist die Rechtslage jedoch nicht eindeutig, da im Gegenteil §§ 62 Abs 1 lit a iVm Abs 2 TirStrG und der Grundsatz verfassungskonformer Auslegung im Bewilligungsverfahren subjektive Rechte einräumen. **(1 P)**
- Da die ordentliche Revision vom LVwG Tirol laut SV ausgeschlossen wurde, kann Christina somit eine außerordentliche Revision erheben. **(1 P)**
- Diese hat gem § 28 Abs 3 VwGG auch die Gründe zu enthalten, aus denen entgegen dem Ausspruch des LVwGs Tirol die Revision für zulässig erachtet wird. **(0,5 P)**
- Aus den oben genannten Gründen wird der VwGH den Beschluss wohl gem §§ 42 Abs 1 iVm Abs 2 Z 1 VwGG mit Erkenntnis aufheben. Christinas Erfolgchancen sind daher gut. **(1 P)**

### **C. Entscheidungsbeschwerde an den VfGH (20 P + 3 ZP)**

#### **a. Rechtsmittel und Zulässigkeit (4 P + 1 ZP)**

- In Frage kommt außerdem eine Entscheidungsbeschwerde an den VfGH nach Art 144 Abs 1 B-VG. **(1 P)** Gem Art 144 Abs 4 B-VG sind die für Erkenntnisse geltenden Bestimmungen des Art 144 B-VG sinngemäß auch auf Beschlüsse der VwG anzuwenden. **(1 P)** *Der Beschluss des LVwG Tirol fällt insbesondere auch nicht unter die in §§ 88a Abs 2 und Abs 3 VfGG genannten Beschlüsse, gegen die eine Beschwerde unzulässig ist. (1 ZP)*
- Die Frist beträgt gem § 82 Abs 1 VfGG sechs Wochen ab Zustellung des Beschlusses. **(1 P)**



- Christina muss vorbringen, dass sie sich durch die Entscheidung des LVwG Tirol in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht (1. Fall) oder wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in ihren Rechten (2. Fall) verletzt sieht. **(1 P)**

#### **b. Grundrecht auf den gesetzlichen Richter (3 P)**

- Christina kann behaupten, in ihrem Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt worden zu sein (Art 83 Abs 2 B-VG). **(1 P)**
- Eine Entscheidung eines VwG verletzt das Recht auf den gesetzlichen Richter, wenn das VwG in gesetzwidriger Weise seine Zuständigkeit ablehnt und damit eine Sachentscheidung verweigert **(0,5 P)** oder wenn das VwG eine ihm nicht gesetzlich zukommende Zuständigkeit in Anspruch nimmt. **(0,5 P)**
- Hier verweigert das LVwG eine Sachentscheidung, da eine Zurückweisung der Beschwerde rechtlich nicht gedeckt ist. Christina wurde somit in ihrem Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt. **(1 P)**

#### **c. Eigentumsgarantie (6 P)**

- Zu prüfen ist auch die in Art 5 StGG und Art 1 1. ZProtEMRK gewährleistete Eigentumsgarantie. **(1 P)**
- Gegenstand des Eigentumsschutzes ist jedes vermögenswerte Privatrecht. Dazu zählt auch das in Christinas Eigentum stehende Grundstück. **(1 P)**
- Fraglich ist, ob der Zurückweisungsbeschluss des LVwG Tirol in das Eigentum von Christina eingreift. Ein solcher Eingriff liegt grundsätzlich vor, wenn ein unter den Eigentumsbegriff subsumierbares Recht entzogen (Enteignung) oder beschränkt (Eigentumsbeschränkung) wird. **(0,5 P)**
- Aufgrund der Bindungswirkung des straßenbaurechtlichen Baubewilligungsbescheides kann im nachfolgenden Enteignungsverfahren nicht mehr eingewendet werden, dass die Inanspruchnahme des Grundstückes nicht im öffentlichen Interesse liegt. Die sich aus dem Straßenbaubewilligungsbescheid ergebende Feststellung, dass der Straßenbau im öffentlichen Interesse liegt, schließt die Feststellung ein, dass auch die Inanspruchnahme des Grundstückes im öffentlichen Interesse liegt. Da somit bereits durch die Straßenbaubewilligung das Eigentumsrecht an dem in Anspruch genommenen Grundstück gestaltet wird, greift jedenfalls der straßenbaurechtliche Baubewilligungsbescheid in das Grundrecht auf Eigentum ein. Auch durch die Zurückweisung der Beschwerde wird

im Ergebnis in Christinas Eigentumsrecht eingegriffen, da Christina durch den Beschluss die Möglichkeit genommen wird, das Nichtvorliegen eines öffentlichen Interesses geltend zu machen. **(1 P)** [*Auch andere, schlüssige Argumentation mit gleichem Ergebnis bepunkten; zB kein Eingriff in das Grundrecht, weil die Zurückweisung nur die prozessuale Ebene betrifft*]

- Der Beschluss des LVwG Tirol verletzt das Eigentumsrecht, wenn er gesetzlos ergeht **(0,5 P)**, sich auf ein verfassungswidriges Gesetz stützt **(0,5 P)** oder dem Gericht eine denkunmögliche Gesetzesanwendung vorzuwerfen ist. **(0,5 P)**
- Hier kommt eine denkunmögliche Gesetzesanwendung in Frage. Indem das LVwG Tirol zu dem Schluss gekommen ist, dass Christina keine zulässigen Einwendungen erhoben und ihre Parteistellung damit verloren hat, hat das LVwG § 62 Abs 1 lit a TirStrG außer Acht gelassen und sich nicht mit dem öffentlichen Interesse an dem Straßenbauprojekt auseinandergesetzt. **(1 P)**

#### **d. Recht auf Achtung der Wohnung (4 P + 1 ZP)**

- Zu denken ist auch an eine mögliche Verletzung des in Art 8 EMRK normierten Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Dieses umfasst auch das Recht auf Achtung der Wohnung **(1 P)**.
- Das Recht auf Achtung der Wohnung schützt nicht nur vor physischen Eingriffen (zB unbefugtes Betreten), sondern auch vor Einwirkungen wie Lärm, Emission oder Gestank, sofern diese ein Mindestmaß an Schwere erreichen. Die Entscheidung des LVwG Tirol greift in Christinas Recht auf Achtung der Wohnung ein, da sie ihr die Möglichkeit nimmt, die nach Art 8 EMRK geschützten Interessen im Verfahren geltend zu machen. **(1 P)**
- Der Beschluss des LVwG Tirol verletzt Art 8 EMRK, wenn er gesetzlos ergeht, wenn er auf einer dem Art 8 EMRK widersprechenden Rechtsvorschrift beruht oder wenn das VwG eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Rechtsgrundlage in denkunmöglicher Weise angewendet hat [*Anmerkung: jeweils 0,5 P, wenn nicht bereits bei der Eigentumsgarantie angeführt*]. Im konkreten Fall wäre es möglich, dass der Beschluss auf einer dem Art 8 EMRK widersprechenden Rechtsvorschrift, nämlich § 37 Abs 2 TirStrG, beruht. § 37 Abs 2 TirStrG normiert, dass durch § 37 Abs 1 lit c TirStrG keine subjektiven Rechte der Nachbarn begründet werden und hindert Christina somit daran, sich im Straßenbaubewilligungsverfahren auf den durch den Verkehr verursachten

Lärm und Staub zu berufen. Dies sind Interessen, die bei Erreichen einer bestimmten Mindestschwelle von Art 8 EMRK geschützt werden. (1 P)

- Dabei gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass der EGMR nationalen Behörden in der örtlichen Raumplanung einen großen Ermessensspielraum zugesteht. Der EGMR verlangt aber ein faires Verfahren, in dem die durch Art 8 EMRK geschützten Interessen gebührend berücksichtigt werden und ein Ausgleich zwischen den Rechten der Betroffenen und den Interessen der Gesellschaft geschaffen wird. Eine solche Berücksichtigung gewährleistet bereits §§ 37 Abs 1 lit c iVm 44 Abs 2 TirStrG. Im Straßenbaubewilligungsverfahren werden die Rechte der Betroffenen daher angemessen berücksichtigt und ein Ausgleich zwischen den konfligierenden Interessen wird angestrebt. Eine Verfassungswidrigkeit des § 37 Abs 2 TirStrG ist daher nicht zu erkennen. (1 P) *Bei ausführlicher Argumentation: 1 ZP. [Auch gegenteiliges Ergebnis bei schlüssiger Argumentation bepunkten]*

#### e. Gleichheitssatz (1 P + 1 ZP)

- § 37 Abs 2 TirStrG hat sich außerdem am Sachlichkeitsgebot messen zu lassen, das aus dem Gleichheitssatz des Art 7 B-VG abgeleitet wird. (1 P). *Bei ausführlicher Argumentation, warum die Einschränkung der Nachbarrechte als unsachlich angesehen werden könnte: 1 ZP.*

#### f. Ergebnis (2 P)

- Der VfGH wird den Beschluss im Ergebnis entweder gem § 87 Abs 1 VfGG aufheben (1 P) oder die Beschwerde gem § 87 Abs 3 VfGG iVm Art 144 Abs 2 und Abs 3 B-VG an den VwGH abtreten, weil die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht zu erwarten ist. (1 P)

**2.) Welche rechtlichen Möglichkeiten stehen Christina zur Verfügung und wie stehen ihre Erfolgschancen? (24 P + 13 ZP)**

#### A. Rechtsmittel und Zuständigkeit (3,5 P + 1 ZP)

- Das Enteignungsverfahren wird gem § 67 Abs 1 TirStrG auf schriftlichen Antrag des Enteigners eingeleitet. Der Enteigner ist gem § 64 Abs 1 der Straßenverwalter der Straße, zu deren Gunsten enteignet wird, also hier die Gemeinde St. Rudolf. (1 P)
- Gem § 70 Abs 1 TirStrG ist über einen Enteignungsantrag mit Bescheid zu entscheiden. Es ergeht hier ein Bescheid des Bürgermeisters. Der innergemeindliche Instanzenzug

wurde ausgeschlossen, wodurch eine Berufung nicht in Frage kommt. (*Verweis auf Teil 1*) (1 P)

- Christina kann gegen den Bescheid daher eine Bescheidbeschwerde nach Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG (0,5 P) iVm Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG (0,5 P) erheben.
- Sachlich und örtlich zuständig ist das LVwG Tirol (*siehe Teil 1*). (0,5 P)
- *Es liegt keine Kompetenz des Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG vor, da die Enteignung für eine Straße nach dem TirStrG hier Angelegenheiten betrifft, die in den selbständigen Wirkungsbereich der Länder fallen.* (1 ZP)

### **B. Zulässigkeit (6,5 P + 1 ZP)**

- Christina ist gem § 64 Abs 2 TirStrG Enteignete, da sie die Eigentümerin des betroffenen Grundstücks ist. (0,5 P)
- Aus diesem Grund hatte Christina auch im Enteignungsverfahren gem § 67 Abs 3 TirStrG Parteistellung (1 P).
- Sie hat im Enteignungsverfahren geltend gemacht, dass noch Rechtsmittel gegen die Entscheidung des LVwG laufen. Die Einbringung einer Revision oder einer Entscheidungsbeschwerde hindert jedoch nicht den Eintritt der Rechtskraft. (*auch bepunktet, wenn unter Begründetheit geprüft*) (1 P)
- Allerdings bringt Christina in der mündlichen Verhandlung auch vor, dass die Voraussetzungen für die Enteignung nicht vorliegen. In diesem Umfang macht Christina ein subjektives Recht geltend, da sie eine Enteignung nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen dulden muss. Diese Einwendung ist daher zulässig, wodurch in diesem Umfang auch keine Präklusion eingetreten ist. (1 P)
- *Im Fall einer Enteignung reicht es bereits aus, wenn sich der Enteignungsgegner gegen einen Eingriff in sein Eigentum schlechthin wendet, sich also dagegen ausspricht.* (1 ZP)
- Für die Beschwerdelegitimation gem Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG hat Christina in der Bescheidbeschwerde zu behaupten, durch den Enteignungsbescheid in ihren Rechten verletzt worden zu sein, wobei die Verletzung möglich sein muss. Möglich ist hier eine Verletzung in dem Recht, eine Enteignung nur nach Maßgabe des §§ 61 ff TirStrG dulden zu müssen (*alternativ: möglicher Eingriff in Eigentumsfreiheit*) (1 P).
- Gem § 7 Abs 4 VwGVG ist die Beschwerde innerhalb von vier Wochen zu erheben (1 P). Die Beschwerde ist bei der belangten Behörde einzubringen (§ 12 VwGVG) (0,5 P) und hat den Inhaltserfordernissen des § 9 VwGVG zu entsprechen (0,5 P).

### C. Begründetheit (14 P + 11 ZP)

#### **a. Unzuständige Behörde (2,5 P + 0,5 ZP)**

- *Zur Verhandlung sind der Enteigner sowie die Enteigneten und die Nebenberechtigten zu laden. Die Anberaumung der mündlichen Verhandlung hat gem § 68 Abs 2 TirStrG zu erfolgen. Diese Erfordernisse wurden laut SV erfüllt. (0,5 ZP)*
- Sachlich zuständig für Enteignungsangelegenheiten ist gem § 75 Abs 1 lit b TirStrG die Landesregierung. Örtlich zuständig ist gem § 3 Z 1 AVG die Landesregierung Tirol. (1 P)
- Eine Enteignung kann somit nicht im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde erfolgen. (0,5 P)
- Christina erhält einen Enteignungsbescheid vom Bürgermeister der Gemeinde St. Rudolf. Dieser ist jedoch nicht die zuständige Behörde, wodurch der Bescheid schon aus diesem Grund rechtswidrig ist. (1 P)

#### **b. Enteignung der Grundstücksteile (11,5 P + 6 ZP)**

- *Die Enteignung ist nur dann im öffentlichen Interesse gelegen, wenn ernsthafte Bemühungen des Enteignungswerbers misslungen sind, das Grundstück privatrechtlich zu angemessenen Bedingungen zu erwerben. Dies ist laut SV passiert. (1 ZP)*
- *Gem § 69 Abs 1 TirStrG hat der Verhandlungsleiter in der mündlichen Verhandlung auf ein Entschädigungsübereinkommen hinzuwirken. Dieses ersetzt gem § 69 Abs 3 TirStrG die Entscheidung der Behörde über die Vergütung. Da hier jedoch ein Übereinkommen scheitert, hat die Behörde zu Recht eine angemessene Entschädigung festgelegt. (1 ZP)*
- *Gem § 68 Abs 3 TirStrG hat der Enteigner die von der Enteignung betroffenen Grundflächen spätestens am dritten Tag vor der mündlichen Verhandlung in der Natur in geeigneter Weise zu kennzeichnen. Die Kennzeichnung durch die Pflöcke erfolgte somit grundsätzlich rechtmäßig. Christina hat auch das Betreten der Mitarbeiter der Gemeinde zum Zweck der Kennzeichnung der zu enteigneten Grundstücksteile nach § 59 Abs 1 lit b TirStrG zu dulden. (1 ZP)*
- Eine Enteignung kommt hier grundsätzlich in Frage, da diese gem § 61 Abs 1 lit b TirStrG für den Neubau und bauliche Änderungen einer Straße zulässig ist. (1 P)
- Eine Enteignung ist gem § 62 Abs 1 lit a TirStrG nur zulässig, wenn für das Vorhaben,

dessen Verwirklichung die Enteignung dienen soll, ein Bedarf besteht, dessen Deckung im öffentlichen Verkehrsinteresse gelegen ist (*Verweis auf Teil 1 ausreichend*) **(0,5 P)**.

- Gem § 62 Abs 2 TirStrG gilt bei Bauvorhaben, die einer Straßenbaubewilligung bedürfen, der Bedarf hierfür mit dem Eintritt der Rechtskraft der Straßenbaubewilligung als nachgewiesen (*Verweis auf Teil 1 ausreichend*). Voraussetzung für die Enteignung für Straßenzwecke ist somit, dass das betreffende Straßenprojekt durch einen straßenrechtlichen Bescheid bereits rechtskräftig bewilligt wurde. **(1 P)**
- Das öffentliche Interesse ist somit grundsätzlich nicht mehr im Enteignungsverfahren zu prüfen. **(1 P)**
- Für eine Enteignung muss zudem nach § 62 Abs 1 lit d TirStrG der Zweck des Vorhabens unmittelbar verwirklicht werden können. **(0,5 P)**
- Im Enteignungsverfahren ist lediglich die Notwendigkeit der Inanspruchnahme der benötigten Grundstücke für das bewilligte Projekt zu prüfen. Eine Enteignung ist gem § 63 Abs 4 TirStrG in dem zur Verwirklichung ihres Zweckes erforderlichen Umfang zulässig. **(0,5 P)**
- Es liegt zwar hier eine Straßenbaubewilligung für das Straßenprojekt vor. Allerdings sollen hier noch Grundstücksteile für einen Gehweg enteignet werden, welcher nicht von der Straßenbaubewilligung umfasst ist. **(1 P)**
- Fraglich ist, ob der Gehweg als Bestandteil der Straße iSd § 2 Abs 1 TirStrG zu sehen ist, oder ob der Gehweg ein eigenständiges Projekt ist. **(1 P)**
- Bestandteil der Straße sind gem § 3 Abs 1 lit a TirStrG auch Gehwege. **(1 P)**
- Demgegenüber könnte hier auch ein Weg gem § 2 Abs 2 TirStrG vorliegen. Dieser ist eine Anlage, die dem Verkehr von Fußgängern, von Fahrzeugen mit Ausnahme von Kraftfahrzeugen und von Tieren dient. Die Errichtung eines Weges ist gem § 40 Abs 2 TirStrG nur anzeigepflichtig, nicht aber bewilligungspflichtig. **(1 P)**

*Variante 1: (3 P)*

- Der Gehweg ist ein Bestandteil der Straße, weil er im Zuge der Errichtung einer Straße als Teil dieser „baulichen Anlage“ als ein Projekt errichtet werden soll. Ein Teil der Fläche soll somit den Fahrzeugen dienen, der andere Teil den Fußgängern. **(1 P)**
- Die Straße ist jedoch nicht in diesem Umfang bewilligt, wodurch das Projekt nicht unmittelbar realisiert werden kann. Das öffentliche Verkehrsinteresse für die Straße samt Gehweg war nicht Teil des straßenbaurechtlichen Bewilligungsverfahrens. **(1 P)**

- Eine Enteignung der Grundstücksteile im laut SV geplanten Umfang ist aus diesem Grund rechtswidrig. **(1 P)**

*Variante 2: (3 ZP)*

- *Der Gehweg ist als eigenständiges Projekt zu qualifizieren, da er nicht gleichzeitig mit der Straße beantragt wurde und bisher auch nicht Gegenstand des straßenbaurechtlichen Genehmigungsverfahrens war. (auch andere plausible Argumentation für die Eigenständigkeit bepunkten) (1 ZP)*
- *Fraglich ist, ob für die Errichtung eines Weges überhaupt eine Enteignung vorgenommen werden kann. Nach § 61 Abs 1 lit a TirStrG kann dies nur für den Neubau und die bauliche Änderung einer Straße erfolgen. Allerdings sind nach § 1 Abs 2 TirStrG die Bestimmungen für öffentliche Straßen auch auf öffentliche Wege anwendbar, sofern nichts anderes bestimmt ist. Daher kommt eine Enteignung für Wege grundsätzlich in Frage (auch anderes Ergebnis möglich). (1 ZP)*
- *Ein Weg ist nur anzeigepflichtig. Bei anzeigepflichtigen Vorhaben gibt es keine Straßenbaubewilligung, die das öffentliche Verkehrsinteresse nachweisen könnte. Das öffentliche Verkehrsinteresse für den Weg ist somit im Enteignungsverfahren zu prüfen. Da dies jedoch auch nicht erfolgt ist, ist die Enteignung rechtswidrig (oder: eine Enteignung ist für Wege generell nicht zulässig) (1 ZP)*

**c. Eingriff in die Eigentumsfreiheit und Recht auf den gesetzlichen Richter (4,5 ZP)**

- *Die bewilligte Enteignung stellt auch einen Eingriff in die Eigentumsgarantie iSd Art 5 StGG und Art 1 1. ZProtEMRK dar. (1 ZP)*
- *Die Entscheidung einer Behörde verletzt die Eigentumsgarantie, wenn die Entscheidung entweder rechtsgrundlos, (0,5 ZP) auf Grundlage einer rechtswidrigen generellen Norm (0,5 ZP) oder in denkunmöglicher Rechtsanwendung ergeht. (0,5 ZP)*
- *Hier liegt eine denkunmögliche Gesetzesanwendung vor, da die Behörde fälschlicherweise davon ausgeht, dass die Enteignung der Grundstücksteile für den Gehweg im öffentlichen Interesse liegt. (1 ZP)*
- *Denkbar ist auch ein Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter gem Art 83 Abs 2 B-VG, weil die Behörde eine ihr gesetzlich nicht zukommende Zuständigkeit in Anspruch nimmt (vgl auch Frage 1). (1 ZP)*

**3.) Verfassen Sie einen Schriftsatz für die Z-GmbH gegen diese Vorgangsweise. Lassen Sie dabei grundrechtliche Erwägungen außer Betracht. (22,5 P + 5 ZP)**

[Formpunkte für Maßnahmenbeschwerde: 2 P]

An das

Landesverwaltungsgericht Tirol

Michael-Gaismair-Straße 1

6020 Innsbruck

Kitzbühel, TT.MM.2021

**Beschwerdeführer:** Z-GmbH

[Adresse]

**Vertreten durch:** Dr. Stefanie Streng

[Adresse]

(Vollmacht erteilt)

**Belangte Behörde:** BH Kitzbühel

Josef-Herold-Straße 10, 6370 Kitzbühel

**Belangtes Organ:** Beamter der BH Kitzbühel

### **Maßnahmenbeschwerde**

**gem Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG (iVm Art 132 Abs 2 B-VG)**

Gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Zwangsgewalt durch die Abdrängung der Mitarbeiter der Z-GmbH, das Aufgraben des Bodens und die Errichtung einer Lärmschutzwand im Verlauf der auf der am Grundstück XYZ (St. Rudolf/Tirol) gelegenen Baustelle durch Organe der BH Kitzbühel am TT.MM.2021, erhebt die Z-GmbH wegen Verletzung ihrer Rechte durch ihre bevollmächtigte Vertreterin in offener Frist Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Tirol und stellt die folgenden

**Anträge,**

das Landesverwaltungsgericht Tirol möge



1. die angefochtenen Verwaltungsakte gem § 28 Abs 6 VwGVG für rechtswidrig erklären und aufheben,
2. gem § 35 VwGVG iVm der VwG-AufwandersatzV dem Rechtsträger der belangten Behörde den Ersatz der verzeichneten Kosten zu Handen der Vertreterin binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution auftragen und
3. gem § 24 VwGVG eine öffentliche Verhandlung durchführen

### **Begründung**

#### **A. Sachverhalt** (siehe Angabe)

#### **B. Zulässigkeit der Beschwerde (5,5 P)**

##### **a. Beschwerdegegenstand**

- Ein AuvBZ ist ein von einem Verwaltungsorgan im Rahmen der Hoheitsverwaltung individuell nach außen relativ verfahrensfrei erlassener Befehl oder unmittelbar getätigter Zwang. **(0,5 P)**
- Die einseitig und mit physischem Zwang gesetzten Akte erfolgten auf Anordnung des Beamten der BH, sodass auch die Handlungen der Mitarbeiter des Bauunternehmens dem Staat zuzuordnen und als im Rahmen der Hoheitsverwaltung gesetzt anzusehen sind. **(1 P)**
- Soweit die gesetzten Akte keine (rechtmäßigen) Vollstreckungshandlungen darstellen, sind diese als AuvBZ zu qualifizieren. **(1 P)**
- Das Abdrängen der Mitarbeiter der Z-GmbH, das Aufgraben des Bodens und die Errichtung der Wand stellen jeweils AuvBZ dar und sind damit tauglicher Beschwerdegegenstand. **(1 P)**

##### ***a) Beschwerdelegitimation und sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen***

- Die Beschwerdelegitimation liegt hinsichtlich des Abdrängens ihrer Mitarbeiter vom Grundstück, des Aufgrabens des Bodens und der Errichtung der Lärmschutzwand vor, weil dadurch in das subjektive Recht der Grundstückseigentümerin eingegriffen wird, den AuvBZ nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen dulden zu müssen. **(1 P)**
- Die Beschwerde ist auch sonst zulässig, da die Z-GmbH auf ihr Beschwerderecht nicht verzichtet hat (§ 7 Abs 2 VwGVG). **(0,5 P)**
- Die Beschwerde ergeht binnen der 6-wöchigen Beschwerdefrist und ist daher rechtzeitig (§ 7 Abs 4 Z 3 VwGVG) **(0,5 P)**.

### **C. Begründetheit der Beschwerde (15 P + 4,5 ZP)**

Die Beschwerde ist begründet, da die im Rahmen der „Vollstreckung“ gesetzten Maßnahmen aus folgenden Gründen rechtswidrig waren:

#### **a. Kein subjektives Recht von Fritz– fehlerhafte Einleitung (6 P + 1,5 ZP)**

- Als Vollstreckungstitel kommt lediglich der rechtskräftige Bescheid in Betracht, mit dem der Z-GmbH der Bau einer Lärmschutzwand aufgetragen wurde. **(1 P)**
- *Für eine allfällige Zuständigkeit der Bezirkshauptmannschaft als Vollstreckungsbehörde ist es gem § 1 Abs 1 Z 2 VVG iVm § 53 Abs 2 TGO erforderlich, dass der Bürgermeister diese um Vollstreckung ersucht. Der Bürgermeister kann aber Vollstreckungen auch selber vornehmen. (1 ZP)*
- Ein Vollstreckungsverfahren kann von der Vollstreckungsbehörde zum einen gem § 1a Abs 1 Z 2 VVG eingeleitet werden, wenn sie von der Behörde darum ersucht wird, von der der Vollstreckungstitel ausgegangen ist. **(1 P)**
- In diesem Fall hätte der Bürgermeister die zuständige Bezirkshauptmannschaft gem § 53 Abs 2 TGO um die Vollstreckung zu ersuchen. **(0,5 P)** Das ist aber nicht passiert, zumal die Gemeinde lt Sachverhalt „in dieser Sache bisher untätig geblieben ist“. **(0,5 P)** *Deshalb liegt im gegenständlichen Fall auch keine Vollstreckung durch Bürgermeister gem § 53 Abs 2 TGO vor (0,5 ZP).*
- Sofern es sich um Verpflichtungen handelt, auf deren Erfüllung ein Anspruch besteht, kann ein Vollstreckungsverfahren gem § 1a Abs 2 VVG auch auf Antrag durch den „Berechtigten“ (sog „betreibenden Gläubiger“) eingeleitet werden. **(1 P)**
- Fritz hat zwar einen entsprechenden Antrag gestellt. Allerdings wird durch § 45 TirStrG iVm § 37 Abs 2 TirStrG klargestellt, dass durch den Bau der Straße keine subjektiven Nachbarrechte begründet werden, die sich auf Lärmemissionen beim Bau der Straße beziehen, sodass Fritz weder im Titel- noch im Vollstreckungsverfahren Parteistellung besitzt. Da mangels Parteistellung auch kein „Anspruch“ gem § 1a Abs 2 VVG besteht, hätte aufgrund seines Antrages kein Vollstreckungsverfahren eingeleitet werden dürfen **(1 P)**
- Die Einleitung war sohin insgesamt rechtswidrig, weil sie weder aufgrund eines Ersuchens der titelerlassenden Behörde noch auf Antrag eines „Berechtigten“ erfolgt ist. **(1 P)**

**b. Androhung falsches Zwangsmittel (4 P + 2 ZP)**

- Der gegenständliche Leistungsbescheid enthält die Verpflichtung zur Vornahme einer vertretbaren Handlung, da die angeordnete Leistung (Errichtung einer Schutzwand) von einem Dritten ebenso erbracht werden kann, wie vom Verpflichteten selbst. **(1 P)**
- Zur zwangsweisen Durchsetzung vertretbarer Handlungen kommt ausschließlich eine Ersatzvornahme nach § 4 Abs 1 VVG in Betracht. Diese kann nach vorheriger Androhung auf Gefahr und Kosten des Verpflichteten bewerkstelligt werden, wenn der Verpflichtete seiner Pflicht gar nicht oder nicht vollständig oder nicht zur gehörigen Zeit nachgekommen ist. **(1 P)**
- Zunächst muss die Behörde die Ersatzvornahme allerdings androhen und gleichzeitig eine angemessene Frist (Partitionsfrist) setzen, um dem Verpflichteten die Erbringung der Leistung zu ermöglichen. **(0,5 P)**
- Das Schreiben der Vollstreckungsbehörde beinhaltet neben der Setzung einer Partitionsfrist die Androhung einer Geldstrafe gemäß § 5 Abs 2 VVG, nicht jedoch einer Ersatzvornahme. **(1 P)** *Das mit dem Schreiben angedrohte Zwangsmittel (Geldstrafe) dürfte für die Vollstreckung der betreffenden Verpflichtung gar nicht herangezogen werden, weil gesetzlich eine Exekution ausschließlich durch Ersatzvornahme gemäß § 4 VVG vorgesehen ist. Die angedrohte Geldstrafe käme als Beugemittel hingegen nur bei einer „Verpflichtung zu einer Duldung oder Unterlassung oder zu einer Handlung, die sich wegen ihrer eigentümlichen Beschaffenheit nicht durch einen Dritten bewerkstelligen lässt“, also bei unvertretbaren Leistungen gemäß § 5 Abs 1 VVG in Frage. (2 ZP)*
- Die vorherige Androhung der Ersatzvornahme ist aber eine unbedingte Voraussetzung für die gesetzmäßige Anwendung dieser Zwangsmaßnahme, sodass ihr Unterbleiben die Vollstreckung insgesamt unzulässig macht. **(0,5 P)**

**c. Fehlende Vollstreckungsverfügung (3 P + 0,5 ZP)**

- Darüber hinaus hätte die Ersatzvornahme vor ihrem Beginn mit Vollstreckungsverfügung (§ 10 Abs 2 VVG) in Form eines Bescheides angeordnet werden müssen. **(1 P)**
- Das „Schreiben“ der BH ist keine Vollstreckungsverfügung, sondern bloß eine Verfahrensanordnung. **(1 P)** *Diese ist nach § 63 Abs 2 AVG bzw § 7 Abs 1 VwGVG kein zulässiger (selbstständiger) Beschwerdegegenstand, sodass dagegen kein Rechtsmittel zulässig ist. (0,5 ZP)*
- Mangels Vollstreckungsverfügung erfolgt die Ersatzvornahme ohne taugliche Grundlage und ist damit rechtswidrig. **(1 P)**

**d. Abdrängen unverhältnismäßig (1 P)**

- Darüber hinaus würde das Abdrängen der Mitarbeiter, selbst wenn die Vollstreckung sonst zulässig wäre, unverhältnismäßig sein, weil kein Anhaltspunkt dafür besteht, dass dies notwendig gewesen wäre. **(1 P)**

**e. Bodenaufgraben unverhältnismäßig und nicht von Titelbescheid gedeckt (1 P + 1 ZP)**

- Das weitläufige Bodenaufgraben ist in diesem Ausmaß unverhältnismäßig und insofern gar nicht vom Vollstreckungstitel (Errichtung einer Lärmschutzwand) gedeckt. Es kann deshalb nicht Gegenstand einer Vollstreckung sein. **(1 P)** *Außerdem wird durch das Bodenaufgraben [und/oder das Abdrängen der Mitarbeiter] gegen das Schonungsprinzip gem § 2 VVG verstoßen (weil das Aufgraben des Bodens/Abdrängen der Mitarbeiter nicht das gelindeste Mittel zur Erfüllung der im Titelbescheid angeordneten Leistung darstellt) (1 ZP).*

Die gegen die Z-GmbH gesetzten Akte erfolgten somit gesetzeswidrig.

Kostenverzeichnis:

Z-GmbH

Anmerkung: Da es sich um ein Rechtsmittel handelt, geht es darum vertretbare Argumente für die Z-GmbH zu finden, auch wenn es Gegenargumente gibt.



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

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

**Benotung:**

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

**Punkteübersicht:**

Teil 1 (63,5 P + 10,5 ZP)

Teil 2 (24 P + 13 ZP)

Teil 3 (22,5 P + 5 ZP)

**Gesamt: 110 P + 28,5 ZP**

**ab 50 P: Genügend, ab 62 P: Befriedigend, ab 74 P: Gut, ab 86 P: Sehr Gut**