

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak***Gesamtpunkte: 400 Punkte + 90 ZP**

Die Lösungsskizze bezieht sich auf die Gruppe A. Für die Gruppe B müssen Sie die §§ bei **Landesgesetzen** um den Faktor 2, für die Gruppe C um den Faktor 3 erhöhen.

**Teil 1****Frage 1: Darf Lukas trotz des Fehlens einer speziellen Ausbildung dafür ganz allgemein einen Verkaufsstand der beschriebenen Art jährlich betreiben? (44 Punkte + 4 ZP)**Gruppe B: Raul GarnerGruppe C: Albert Albohück

Die von Lukas geplante Tätigkeit erfolgt offensichtlich selbständig und in Ertragserzielungsabsicht iSd § 1 Abs 2 GewO. Ungeachtet dessen, dass *Lukas* diese Tätigkeit tatsächlich an seiner Wohnadresse nicht dauerhaft ausübt, ist auch die Voraussetzung der Regelmäßigkeit erfüllt, weil er in Hinblick auf das Festival jedes Jahr – und nicht bloß im Jahr 2021 – einen Verkaufsstand betreiben will. Somit kann iSd § 1 Abs 4 GewO nach den Umständen des Falles auch auf die Absicht der Wiederholung der Tätigkeit geschlossen werden. Die GewO ist daher anwendbar. Es besteht auch kein Anhaltspunkt für das Vorliegen einer Ausnahme von deren Anwendungsbereich iSd § 2 GewO. **(10 Punkte)**

*Auch der Ausnahmetatbestand des § 2 Z 25 GewO, betreffend Verabreichung von Speisen und Ausschank von Getränken im Rahmen und Umfang bestimmter Veranstaltungen durch Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie gewisse jur Personen (zB gemeinnützig tätige) ist nicht anwendbar, weil Lukas den Ausschank bloß aus Anlass und nicht im Rahmen des Festivals durchführt und er keinesfalls eine Körperschaft des öffentlichen Rechts oder eine jur Person darstellt. (+4 ZP)*

Lukas plant die Verabreichung von Speisen (zB Leberkäsesemmeln) und den Ausschank von Getränken (zB Bier) iSd § 111 Abs 1 Z 2 GewO. Gem § 94 Z 26 GewO ist das Gastgewerbe ein reglementiertes Gewerbe. Voraussetzung für die Ausübung von reglementierten Gewerben ist gem § 16 Abs 1 GewO grundsätzlich der Nachweis der Befähigung. **(7 Punkte)**

Gemäß § 111 Abs 2 GewO bedarf es für gewisse Tätigkeiten keines Befähigungsnachweises für das Gastgewerbe. Dazu gehört nach § 111 Abs 2 Z 3 GewO die Verabreichung von Speisen in einfacher Art und der Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen, wenn hiebei nicht mehr als acht Verabreichungsplätze bereitgestellt werden. Laut Sachverhalt will Lukas Bier vom Fass ausschenken und gerade nicht in Dosen oder Flaschen verkaufen, womit er diese Ausnahme nicht erfüllt. Dies gilt unabhängig davon, ob auf seiner „Heurigengarnitur“ mehr als acht Personen Platz finden würden, was aus dem Sachverhalt nicht klar hervorgeht. Ein Befähigungsnachweis ist daher erforderlich. **(12 Punkte)**

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak*

---

§ 16 Abs 2 GewO definiert den Begriff „Befähigungsnachweis“ und stellt dabei darauf ab, dass die Person die fachlichen einschließlich der kaufmännischen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen besitzt, um die dem betreffenden Gewerbe eigentümlichen Tätigkeiten selbstständig ausführen zu können. Gem § 18 Abs 1 GewO hat der BM für Wirtschaft und Arbeit für jedes reglementierte Gewerbe durch Verordnung festzulegen, durch welche Belege die Zugangsvoraussetzungen zum betreffenden Gewerbe als erfüllt anzusehen sind. § 18 Abs 2 GewO enthält eine Liste der möglichen Belege die gem Abs 1 in Betracht kommen, darunter fällt gem § 18 Abs 2 Z 3 GewO auch das Zeugnis über den erfolgreichen Abschluss einer Studienrichtung an der Universität. § 18 Abs 5 Satz 2 GewO versteht darunter den Abschluss eines Diplom-, Bachelor-, Master-, oder Doktoratsstudiums. Es kommt folglich darauf an, ob der BMWA in der VO gem § 18 Abs 1 GewO das Studium der Rechtswissenschaften als ein solches vorgesehen hat, dessen Abschluss den Zugang zum Gastgewerbe ermöglicht. **(15 Punkte)**

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak*

**Frage 2: Ist sein konkretes Vorhaben, anlässlich des Festivals den beschriebenen Verkaufsstand am genannten Ort zu betreiben, bewilligungspflichtig? Muss *Lukas* dafür sonstige rechtliche Schritte setzen? (37 Punkte + 25 ZP)**

Gruppe B: Raul Garner

Gruppe C: Albert Albohück

Gem § 5 Abs 1 GewO dürfen Gewerbe, soweit nichts Anderes bestimmt ist, aufgrund einer Anmeldung iSd § 339 Abs 1 GewO ausgeübt werden. Dies gilt mangels einer Sonderregelung auch für das von Lukas beabsichtigte Gastgewerbe. **(3 Punkte)**

Laut Sachverhalt befindet sich der Standort des von Lukas angemeldeten Gewerbes an seiner Wohnadresse. Der Verkaufsstand soll aber in der Nähe des Festivalgeländes auf einem anderen Grundstück und somit außerhalb der Betriebsstätte betrieben werden. Gem § 50 Abs 1 Z 11 GewO dürfen Gewerbetreibende im Rahmen ihres Gewerbes vorübergehend aus Anlass einzelner besonderer (demonstrativ aufgezählter) Gelegenheiten außerhalb der Betriebsräume und allfälligen sonstigen Betriebsflächen des Standorts ihres Gastgewerbes Speisen verabreichen und Getränke ausschenken. In der demonstrativen Aufzählung sind unter anderem „Volksfeste“ genannt. Als solches ist das Festival wohl zu qualifizieren. Bei gegenteiliger Sicht erscheint dieses mit den genannten Gelegenheiten (zB auch Sportveranstaltungen) vergleichbar. Im Ergebnis muss Lukas daher nach der GewO für die Ausübung der Tätigkeit anlässlich des Festivals keine über die bereits vorgenommene Gewerbeanmeldung hinausgehenden rechtlichen Schritte setzen. **(10 Punkte)**

*In diesem Zusammenhang stellt sich allerdings das Problem, dass Lukas sein Gewerbe faktisch ausschließlich anlässlich des Festivals iSd § 50 Abs 1 Z 11 GewO betreibt, während an der als Standort angegebenen Wohnadresse keine solche Tätigkeit ausgeübt wird. Es ist fraglich, ob dadurch im Ergebnis das Gastgewerbe am Ort in der Nähe des Festivals betrieben wird und daher in der Anzeige der falsche Standort angegeben wurde. Diesfalls wäre von Lukas eine eigene Gewerbeanmeldung für den Standort in der Nähe des Festivals vorzunehmen. Es läge wohl keine weitere Betriebsstätte iSd § 46 Abs 2 Z 1 GewO oder eine Verlegung des Betriebs an einen anderen Standort iSd § 46 Abs 2 Z 2 vor, weil am Standort der bestehenden Anmeldung das Gewerbe gar nicht betrieben wird. Auch diesfalls bestünde aber eine Anzeigepflicht. Dagegen kann aber eingewendet werden, dass an der Wohnadresse ein organisatorischer Mittelpunkt besteht, die GewO keine Betriebspflicht kennt und die Frage der Eignung des Standorts nur im Betriebsanlagenverfahren relevant ist. (+14 ZP)*

Gem § 74 GewO bedürfen gewerbliche Betriebsanlagen, das sind örtlich gebundene Einrichtungen, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit „nicht bloß vorübergehend“ zu dienen bestimmt sind, dann einer Genehmigung der Behörde, wenn sie wegen der Verwendung

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak*

von Maschinen und Geräten, wegen ihrer Betriebsweise, wegen ihrer Ausstattung oder sonst geeignet sind, bestimmte Interessen zu beeinträchtigen. Zu diesen Interessen zählen zB der Schutz von Leben und Gesundheit der Gewerbetreibenden und Kunden und der Schutz der Nachbarn vor Emissionen. Zu verneinen ist bereits die örtliche Bindung des Verkaufsstandes, da dieser bloß aus einem einfachen selbstgezimmernten Verkaufsstand, einem Klapptisch sowie Klappbänken besteht, welche nicht mit dem Boden verbunden und leicht und rasch abbaubar sind. Ebenso wird der kurze Zeitraum von vier Tagen gerade einen typischen Fall für den einen Ausnahmetatbestand vom Betriebsanlagenbegriff begründenden vorübergehenden Charakter der Einrichtung bilden. Im Ergebnis stellt sich mangels Vorliegens einer Betriebsanlage die Frage nach deren Bewilligungspflicht nicht. **(10 Punkte)**

*Lukas möchte seinen Stand direkt an der Grenze zu einer Straße errichten, an der Festivalbesucher vorbeigehen. Schon daraus ergibt sich, dass diese Straße von jedermann unter den gleichen Bedingungen benützt werden kann. Es handelt sich daher um eine Straße mit öffentlichem Verkehr iSd § 1 Abs 1 StVO, womit diese anwendbar ist. § 82 StVO begründet die Bewilligungspflicht für die Benützung von Straßen zu verkehrsfremden Zwecken ua für Tätigkeiten, die geeignet sind, Menschenansammlungen auf der Straße herbeizuführen oder die Aufmerksamkeit der Lenker von Fahrzeugen zu beeinträchtigen. Aufgrund der hohen Zahl an zu erwartenden Festivalbesuchern und der Position des Verkaufsstandes unmittelbar an der Grenze des Grundstückes zur Straße ist mit der Bildung von Warteschlangen durch Kunden auf der Straße zu rechnen. In weiterer Folge ist davon auszugehen, dass auch Fahrzeuglenker durch diese Ansammlungen abgelenkt werden könnten. **(6 Punkte + 4 ZP)***

Fraglich erscheint, ob der Ausnahmetatbestand der gewerblichen Tätigkeiten auf Gehsteigen oder Gehwegen ohne feste Standplätze iSd § 82 Abs 3 lit a StVO anwendbar ist. Der Zeitraum von vier Tagen und die leichte Abbaubarkeit des Standes könnten für die Verneinung eines festen Standplatzes sprechen. Dagegen spricht aber der im Vergleich zur Gewerbeordnung unterschiedliche Schutzzweck der StVO, der in der Aufrechterhaltung der Flüssigkeit, Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs liegt (vgl § 82 Abs 5 StVO). Man wird daher das Fehlen eines festen Standplatzes bloß dann anzunehmen haben, wenn Tätigkeiten lediglich etwa im Vorbeiziehen ausgeübt werden. Gerade die durch die StVO geschützten Rechtsgüter können auch durch wenige Tage oder Stunden an der gleichen Stelle ausgeübte Tätigkeiten massiv beeinträchtigt werden, was nicht davon abhängt, wie der Stand technisch beschaffen ist. Im Ergebnis benötigt Lukas daher eine Bewilligung gem § 82 StVO. **(8 Punkte)**

*Gemäß § 4 Z 7 NÖ BauO ist ein Bauwerk ein Objekt, dessen fachgerechte Herstellung ein wesentliches Maß an bautechnischen Kenntnissen erfordert und das mit dem Boden kraftschlüssig verbunden ist. Für ein solches Bauwerk wäre eine Bewilligung nach § 14 NÖ BauO erforderlich. Bei dem von Lukas selbstgezimmernten Stand handelt es sich um kein Bauwerk, da zu dessen Errichtung keine bautechnischen Kenntnisse erforderlich sind und*

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**  
Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak*

---

*aufgrund der kurzen Dauer eine kraftschlüssige Verbindung mit dem Boden zu bezweifeln ist.  
Daher bedarf die Errichtung des Standes keiner Bewilligung iSd § 14 NÖ BauO. (+ 7 ZP)*

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak*

**Frage 3: Beurteilen Sie die Rechtmäßigkeit der beschriebenen Verordnung! (40 Punkte + 21 ZP)**

Gruppe A: Bgm: Max Moser; BH: Dr. Erhart Kumaz

Gruppe B: § + 2; Bgm: Erhart Kumaz; BH: Dr. Max Moser

Gruppe C: § + 3; Bgm: Max Moser; BH: Dr. Raul Garner

*Gemäß § 1 Abs 1 iVm Abs 2 NÖ Veranstaltungsg handelt es sich hier um eine öffentliche Veranstaltung, da es sich um eine Veranstaltung handelt, die allgemein zugänglich ist. Eine Ausnahmebestimmung gemäß § 1 Abs 4 NÖ Veranstaltungsg kommt nicht zur Anwendung. (+ 4 ZP)*

Die Verordnung stützt sich ausdrücklich auf § 2 Abs 1 Z 1 NÖ Veranstaltungsg, gemäß welchem Veranstaltungen verboten sind, wenn sie unter anderem die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit gefährden. Es kann argumentiert werden, dass ein Ansteigen der Infektionszahlen – welches durch die Abhaltung von Veranstaltungen mit großer Teilnehmerzahl begünstigt wird – eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung bedeuten kann, weil es dadurch zu einer starken Belastung systemrelevanter Infrastruktur (wie insb Krankenhäuser) kommt. § 2 Abs 1 Z 1 NÖ Veranstaltungsg ist zwar nicht ausdrücklich als Verordnungsermächtigung formuliert, allerdings ermächtigt Art 18 Abs 2 B-VG Verwaltungsbehörden generell, innerhalb ihres Wirkungsbereiches gesetzliche Bestimmungen zu präzisieren. In Sinne erscheint es grundsätzlich zulässig, dass das Vorliegen einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch die zuständige Verwaltungsbehörde mittels DurchführungsVO näher präzisiert wird. **(12 Punkte)**

*Kompetenzrechtliche Erwägungen sprechen aber deutlich gegen die Eignung des § 2 Abs 1 Z 1 NÖ Veranstaltungsg als Grundlage für die gegenständliche Verordnung. Durch diese wird im Ergebnis eine epidemiologische Gefahr bekämpft, welche kompetenzrechtlich gem Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG unter Gesundheitswesen fällt und daher Bundessache ist. Eine verfassungskonforme Interpretation des § 2 Abs 1 Z 1 NÖ Veranstaltungsg führt daher zum Ergebnis, dass diese Bestimmung keine Grundlage für die gegenständliche Verordnung bilden kann. (+ 8 ZP)*

Die Verordnung wird von der Bezirkshauptmannschaft Amstetten erlassen. Diese stellt eine monokratische Behörde dar und ist daher mit dem Bezirkshauptmann, von dem im Sachverhalt gesprochen wird, gleichzusetzen. Die Zuständigkeit zur Erlassung von VO ist im NÖ Veranstaltungsg nicht explizit geregelt. Daher ergibt sich die Zuständigkeit durch Ermittlung des Wirkungsbereichs iSd Art 18 Abs 2 B-VG. Hier liegt die Vollziehung eines Landesgesetzes vor, weshalb jedenfalls der Landesregierung als oberste Behörde des Landes iSd Art 101 B-VG ein Wirkungsbereich zukommt. Dies schließt jedoch grundsätzlich die Verordnungserlassung durch Unterbehörden innerhalb ihres örtlichen Wirkungsbereiches nicht

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak*

aus. Die gegenständliche Verordnung gilt für das Gemeindegebiet von St. Pantaleon-Erla und beschränkt sich daher auf einen Teil des Amtssprengels der BH Amstetten. **(10 Punkte)**

*§ 17 NÖ VeranstaltungG normiert lediglich, dass sofern die Gemeinde überhaupt für die Vollziehung zuständig ist, das NÖ VeranstaltungG im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde zu besorgen ist. Er begründet selbst keine Zuständigkeit von Gemeindeorganen. (+ 2 ZP)*

*Gegen die Zuständigkeit der BH Amstetten spricht allerdings, dass gem § 4 Abs 1 Z 3 lit d NÖ VeranstaltungG gerade für Musikfestivals mit mehr als 50.000 Besuchern pro Tag explizit eine Zuständigkeit der LReg vorgesehen ist. Im Übrigen ist gem § 4 Abs 1 Z 2 lit b NÖ VeranstaltungG die Zuständigkeit der BH in Abgrenzung von jener der Gemeinde gerade ab 3.000 Besuchern pro Tag vorgesehen, was exakt der Abgrenzung in der VO entspricht. Im Ergebnis kann die Zuständigkeit der BH somit insoweit in Frage gestellt werden, als durch die allgemeine Formulierung der VO auch Musikfestivals mit über 50.000 Besuchern erfasst werden. (+ 7 ZP)*

Problematisch erscheint der sehr eingeschränkte sachliche und zeitliche Geltungsbereich der VO. Diese bezieht sich lediglich auf eine Gemeinde und gilt exakt nur für jene vier Tage, an denen das Festival stattfindet. Damit ist völlig offenkundig, dass dieses den einzigen Sachverhalt bildet, auf den die VO anwendbar ist. Dies spricht dafür, dass es sich um eine „verschleierte Verfügung in Verordnungsform“ handelt, durch die in Wahrheit ein Verbot einer einzelnen Veranstaltung (vgl auch § 12 Abs 1 Z 4 NÖ VeranstaltungG) erfolgt. Nach dem verfassungsrechtlich vorgesehenen Rechtsquellen-system wäre dafür die Bescheidform erforderlich. Zu erwägen gewesen wäre daher eine bescheidmäßige Untersagung iSd § 12 Abs 1 Z 4 NÖ VeranstaltungG. **(10 Punkte)**

Aus den erwähnten Gründen fehlt es wohl auch an der gebotenen sachlichen Differenzierung iSd Gleichheitssatzes (Art 2 StGG, Art 7 B-VG). Es ist nicht ersichtlich, warum die ins Treffen geführten epidemiologischen Gründe ausschließlich während dieser vier Tage und nur für die Gemeinde St. Pantaleon-Erla zutreffen würden. Der Umstand, dass nur in dieser Gemeinde eine Veranstaltung mit einer besonders hohen Teilnehmerzahl zu erwarten ist, begründet wohl ebenso wenig eine Rechtfertigung für diese Differenzierung und belegt vielmehr den versteckten Individualcharakter der Anordnung. **(8 Punkte)**

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak*

**Frage 4: Besteht eine rechtliche Möglichkeit für *Lukas*, gegen die Verordnung vorzugehen? (20 Punkte + 3 ZP)**

Gruppe B: Raul Garner

Gruppe C: Albert Albohück

Zu prüfen ist ein Individualantrag gem Art 139 Abs 1 Z 3 B-VG gegen die VO, durch welche Veranstaltungen über 3000 Personen in St.Pantaleon-Erla verboten wurden. Dafür muss Lukas behaupten können, unmittelbar durch die Gesetzeswidrigkeit der VO in seinen Rechten verletzt zu sein. Kardinale Voraussetzung dafür ist der Eingriff in seine Rechtssphäre. Lukas ist nicht Veranstalter des Festivals, sondern nützt lediglich den dadurch zu erwartenden Besucherstrom, um Kunden für seinen Gastronomiestand zu gewinnen. Damit kann die VO aber insoweit nicht in seine Rechte eingreifen. Dass Lukas dadurch faktisch den Stand mangels Kunden nicht wirtschaftlich betreiben kann, stellt lediglich eine sogenannte „Reflexwirkung“ dar. **(10 Punkte)**

Nach dem Sachverhalt hat Lukas aber auch eine Karte für das Festival gekauft. Er hat somit einen privatrechtlichen Vertrag mit dem Festivalbetreiber geschlossen. Durch die aufgrund der VO nötige Absage des Festivals kann der Betreiber diesen Vertrag nicht erfüllen. Soin wird in eine privatrechtliche Position von Lukas eingegriffen, welche auch durch das Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums gem Art 5 StGG und Art 1 1. ZPEMRK verfassungsrechtlich geschützt ist. Ob derartige Privatrechte als (subjektive) Rechte iSd Art 139 B-VG ausreichen, wird von der Jud des VfGH tendenziell verneint. Es ist auch fraglich, ob die Nichterfüllbarkeit des Vertrags nicht bloß eine mittelbare Folge der VO darstellt und es somit auch an der erforderlichen Unmittelbarkeit eines allfälligen Eingriffs fehlen würde. Im Ergebnis ist die Legitimation von Lukas zur Stellung eines Individualantrags gegen die VO über die Absage des Festivals zu verneinen. **(10 Punkte + 3 ZP)**

*Bejaht man hingegen die Relevanz der privatrechtlichen Position für den Eingriff in die Rechtssphäre, ist zu fragen, ob die VO ohne Erlassung eines Bescheides oder Fällung eines gerichtlichen Urteils wirksam wird, was die Jud im Sinne der Unzumutbarkeit eines Umwegs prüft. Es ist keine gesetzliche Grundlage erkennbar, in diesem Zusammenhang einen Bescheid zu erwirken. Theoretisch könnte Lukas den Festivalbetreiber zivilrechtlich klagen, um im gerichtlichen Verfahren seine Bedenken geltend zu machen. Man wird es aber wohl als unzumutbar ansehen müssen, wenn er den auch mit Kosten und Zeitaufwand verbundenen Zivilrechtsweg nur deswegen zu beschreiten hätte, um Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der VO geltend zu machen. Unter der Prämisse der Relevanz der privatrechtlichen Rechtsposition für einen Eingriff wäre die Zulässigkeit eines Individualantrags iSd Art 139 B-VG daher zu bejahen. **(8 Alternativpunkte)***

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak***Teil 2**

**Frage 5: Wer hätte über einen Antrag auf Bewilligung der Errichtung einer Rollfähre zu entscheiden? Wer hätte über ein Rechtsmittel gegen die Abweisung eines solchen Bewilligungsantrags zu entscheiden? Würde die Gemeinde St. Pantaleon-Erla durch die Abweisung eines solchen Bewilligungsantrags tatsächlich in Grundrechten verletzt? (81 Punkte + 17 ZP)**

Gruppe B: Bgm Erhart Kumaz

Gruppe C: Albert Albohück

Bei der geplanten Rollfähre handelt es sich um eine nicht frei fahrende Fähre (§ 2 Z 1 iVm Z 5 SchifffahrtsG). Für solche ist gem § 71 Abs 1 SchifffahrtsG die BVB zuständig. Da es sich beim Betrieb der Fähre um den eines Unternehmens oder zumindest einer sonstigen dauerhaften Tätigkeit handelt, richtet sich die örtliche Zuständigkeit gem § 3 Z 2 AVG nach dem Ort, an dem das Unternehmen betrieben oder die Tätigkeit ausgeübt werden soll. Die Fähre soll das im Bezirk Amstetten (Niederösterreich) gelegene St. Pantaleon-Erla mit dem im Bezirk Perg (Oberösterreich) gelegenen Naarn im Machland verbinden. Daher ergibt sich die örtliche Zuständigkeit mehrerer Behörden, nämlich der BH Amstetten und der BH Perg. Diese haben daher gem § 4 Abs 1 AVG einvernehmlich vorzugehen. **(10 Punkte)**

*Gem § 4 Abs 2 AVG geht die Zuständigkeit bei Fehlen eines Einvernehmens auf die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde über. Wer diese ist, hängt von der Vollzugsform ab. Gem Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG (Verkehrswesen bezüglich der Schifffahrt) iVm Art 102 Abs 2 B-VG (Verkehrswesen) kann das Binnenschifffahrtsrecht in unmittelbarer Bundesverwaltung vollzogen werden. Art 11 Abs 1 Z 6 B-VG ist nicht anwendbar, da sich diese Kompetenz betreffend Binnenschifffahrt nicht auf die Donau bezieht. Der zuständige Materiengesetzgeber kann trotz der Nennung der Angelegenheit in Art 102 Abs 2 B-VG dennoch mittelbare Bundesverwaltung vorsehen. In der Normierung der Zuständigkeit der BVB gem § 71 Abs 1 SchifffahrtsG ist eine solche Regelung zu erblicken. Die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde ist daher zunächst der jeweilige LH, womit die LH von NÖ und OÖ wiederum gem § 4 Abs 2 AVG einvernehmlich vorzugehen haben. In weiterer Folge (bei fehlendem Einvernehmen) kommt es zu einer Zuständigkeit der BMKUEMIT als gegenüber den beiden LH sachlich zuständiger Oberbehörde. (+12 ZP)*

Rechtsmittel gegen diese Entscheidung stellt die Bescheidbeschwerde an das zuständige VwG gem Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG dar. Gem Art 131 Abs 1 iVm Art 102 Abs 2 B-VG besteht die sachliche Zuständigkeit eines LVwG, da mittelbare Bundesverwaltung vorliegt. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich gem § 3 Abs 2 Z 1 VwGVG iVm § 3 Z 2 AVG nach dem Ort der Ausübung der Tätigkeit. Da diese zum Teil in Niederösterreich und zum Teil in Oberösterreich ausgeübt wird, lässt sich die Zuständigkeit des VwG nicht gem § 3 Abs 2 VwGVG bestimmen. Zuständig ist daher gem § 3 Abs 3 VwGVG das VwG Wien. **(15 Punkte)**

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak*

Beim Betrieb einer Rollfähre durch eine Gemeinde handelt es sich um eine Tätigkeit der Privatwirtschaftsverwaltung iSd Art 17 B-VG; genauer gesagt um eine wirtschaftliche Unternehmung iSd Art 116 Abs 2 B-VG. In diesem Bereich kommt der Gemeinde als Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts Grundrechtssubjektivität zu. **(8 Punkte)**

*Die Rollfähre dient unmittelbaren Zwecken der Schifffahrt und stellt daher eine Schifffahrtsanlage dar (§ 2 Z 19 SchifffahrtsG). Die Errichtung dieser neuen Schifffahrtsanlage ist gemäß § 47 Abs 1 SchifffahrtsG bewilligungspflichtig. (+2 ZP)*

Die Rollfähre stellt eine Hochseilfähre iSd § 57 Abs 1 SchifffahrtsG dar. Gem § 15 Abs 1 SchifffahrtsG handelt es sich bei der Donau um eine Wasserstraße. Auf solchen dürfen gem § 57 Abs 1 SchifffahrtsG nur frei fahrende Fähren errichtet werden. Die mit Stahlseilen fixierte Rollfähre stellt keine solche dar. *Dass die geplante Rollfähre als Hochseilfähre nicht darunterfällt, ergibt sich auch aus dem zweiten Absatz, welcher die Neuerrichtung von Hochseilfähren nur auf dem Wiener Donaukanal erlaubt.* Die Rechtsauffassung der Beamten, wonach die geplante Rollfähre nicht errichtet werden darf, ist daher zutreffend. **(6 Punkte + 3 ZP)**

Die Gemeinde St. Pantaleon-Erla plant, die Hochseilfähre als wirtschaftliches Unternehmen zu betreiben, das nicht durch Steuermittel, sondern durch Einnahmen finanziert wird. Diese geplante wirtschaftliche Tätigkeit wird durch das Verbot der Errichtung von Hochseilfähren gem § 57 Abs 1 SchifffahrtsG unmöglich gemacht. Damit liegt ein auf ein Gesetz gestützter Eingriff in das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit gem Art 6 StGG in Form einer Erwerbsantrittsbeschränkung vor. Aus den abgedruckten Mat ergibt sich, dass das Verbot der Errichtung von Hochseilfähren einer Beeinträchtigung der Schifffahrt entgegenwirken soll. Damit dient diese einem öffentlichen Interesse. Zu prüfen ist die Verhältnismäßigkeit der vorliegenden Regelung. Dafür spricht die wesentlich größere Bedeutung der Nutzung der Donau als Wasserstraße für den Güterverkehr und die Möglichkeit von Motorfähren als Alternative ohne zusätzliche Kostenbelastung. Dagegen spricht das ausnahmslose Verbot unabhängig von der Beeinträchtigung der Schifffahrt durch das konkrete Projekt und die Zulässigkeit bestehender Hochseilfähren, welche für sich die gleichen Auswirkungen auf die Schifffahrt haben. **(15 Punkte)**

Durch § 57 SchifffahrtsG erfolgt eine Differenzierung zwischen neuen Hochseilfähren auf der einen Seite und sonstigen Fähren sowie bestehenden Hochseilfähren auf der anderen Seite. Damit wird durch eine generelle Norm in das Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz (Art 2 StGG, Art 7 B-VG) eingegriffen. Die Ungleichbehandlung zwischen Hochseilfähren und sonstigen Fähren erscheint durch die erwähnte Beeinträchtigung der Schifffahrt durch erstere sachlich gerechtfertigt. Hingegen erscheint es fraglich, ob ein sachlicher Grund dafür besteht, Betreiber bestehender Hochseilfähren gänzlich anders zu behandeln als die künftiger, zumal die Auswirkungen auf die Schifffahrt im Hinblick auf die einzelne Rollfähre dieselben sind. Dafür spricht aber der vom VfGH ebenfalls aus dem Gleichheitssatz abgeleitete Grundsatz des

### Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021

Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak*

---

Vertrauensschutzes, der gerade Inhabern bestehender Bewilligungen zukommt, sowie die Erhöhung des Ausmaßes der Beeinträchtigung der Schifffahrt insgesamt bei einer größeren Zahl von Rollfähren. Darüber hinaus stellt sich die wirtschaftliche Ausgangslage bei neuen Fährunternehmen insofern anders dar, als diese ohnehin ein Fahrzeug und Infrastruktur für den Betrieb neu beschaffen müssen, wohingegen auf bestehende (Roll)fährunternehmen durch die Notwendigkeit des Austausches der Anlage massive Zusatzkosten zukommen würden, worin ein zusätzlicher Grundrechtseingriff in die Eigentumsfreiheit gem Art 5 StGG und Art 1 1. ZPEMRK bestünde. **(15 Punkte)**

Der Bgm beruft sich auch auf ein Grundrecht auf Klimaschutz. Ein solches ist in der österreichischen Verfassung nicht vorgesehen. Klimaschutzaspekte können ausnahmsweise bei anderen Grundrechten (Recht auf Leben gem Art 2 EMRK, Recht auf Privatleben gem Art 8 EMRK) im Falle der konkreten Beeinträchtigung von Menschen durch massive Umweltbelastungen eine Rolle spielen. Für solche besteht hier kein Anhaltspunkt. Des Weiteren ist im BVG Nachhaltigkeit der Grundsatz des umfassenden Umweltschutzes normiert, der aber kein Grundrecht, sondern bloß eine Staatszielbestimmung darstellt. Diese wird vom VfGH im Zweifel im Zuge verfassungskonformer Interpretation als Auslegungsmaxime herangezogen. Das Fehlen jeglicher Schadstoffe und die autarke Antriebsform von Hochseilfähren sprechen in diesem Sinne für diese Form des Fährverkehrs. Eine Unklarheit über die Auslegung einer einfachgesetzlichen Bestimmung liegt hier aber nicht vor. Ebenso wenig kann aus dem sehr allgemein formulierten Grundsatz des umfassenden Umweltschutzes abgeleitet werden, dass Hochseilfähren jedenfalls zulässig sein müssten. **(12 Punkte)**

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak*

**Frage 6: Hat der zuständige Landesrat tatsächlich eine rechtliche Möglichkeit, das Vorgehen der Gemeinde St. Pantaleon-Erla „rückgängig“ zu machen? Wenn ja: Liegen die (verfassungsrechtlichen) Voraussetzungen dafür vor? Könnte sich die Gemeinde dagegen wehren? (42 Punkte + 12 ZP)**

In Art 119a Abs 1 B-VG ist die Aufsicht des Bundes und des Landes über Gemeinden geregelt. Diese soll sicherstellen, dass die Gemeinde bei der Besorgung ihres eigenen Wirkungsbereiches Gesetze und Verordnungen nicht verletzt, insbesondere ihren Wirkungsbereich nicht überschreitet und die ihr gesetzlich obliegenden Aufgaben erfüllt. Hier geht es um die behauptete Rechtswidrigkeit eines Flächenwidmungsplans, somit einer Verordnung der Gemeinde, die im eigenen Wirkungsbereich erlassen wurde. Dies ergibt sich verfassungsrechtlich aus der Gemeindeaufgabe der „örtlichen Raumplanung“ gem Art 118 Abs 3 Z 9 B-VG. Gem Art 119a Abs 6 B-VG hat die Aufsichtsbehörde gesetzwidrige Verordnungen nach Anhörung der Gemeinde durch Verordnung aufzuheben und die Gründe hierfür der Gemeinde gleichzeitig mitzuteilen. **(10 Punkte)**

Das Raumordnungsrecht fällt gem Art 15 Abs 1 B-VG in den selbständigen Wirkungsbereich der Länder, daher kommt das Aufsichtsrecht gem Art 119a Abs 3 B-VG diesbezüglich dem Land Niederösterreich und nicht dem Bund zu. Gem Art 119a Abs 3 letzter Halbsatz B-VG ist das Aufsichtsrecht von den Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung auszuüben. Im Sachverhalt ist von einem Landesrat die Rede. Mit dem Landesrat ist ein einzelnes Mitglied des Kollegialorgans LReg iSd Art 101 B-VG gemeint. Eine Zuständigkeit eines solchen Landesrates kann sich daraus ergeben, dass gem § 3 Abs 1 B-VG Ämter der LReg durch LVG im selbständigen Wirkungsbereich des Landes das monokratische System eingeführt wurde, indem eine Übertragung von Angelegenheiten an einzelne Mitglieder der LReg (Landesräte) erfolgt. **(10 Punkte)**

Der FWP ist Teil des örtlichen Raumordnungsprogrammes gemäß § 13 Abs 2 NÖ ROG. Eine Rechtswidrigkeit der Änderung des Flächenwidmungsplans könnte sich zunächst daraus ergeben, dass entgegen dem NÖ ROG die Mitteilung der Auflage des Entwurfs im „Gemeindeblatt“ als Publikations- oder Mitteilungsblatt der Gemeinde unterlassen wurde. Allerdings bestimmt § 24 Abs 6 letzter Satz NÖ ROG, dass dadurch die Rechtmäßigkeit des Verfahrens zur Erlassung des Flächenwidmungsplanes nicht berührt wird. Diese Bestimmung ist weit formuliert und betrifft somit nicht nur den Prüfungsmaßstab des VfGH gem Art 139 B-VG, sondern auch der Aufsichtsbehörde gem Art 119a Abs 6 B-VG. Eine Aufhebung des Flächenwidmungsplans aus diesem Grund kommt daher konkret nicht in Betracht. **(8 Punkte)**

*Aus verfassungsrechtlicher Sicht könnten Bedenken gegen § 24 Abs 6 NÖ ROG erhoben werden, der Verstöße gegen raumordnungsrechtliche Verpflichtungen ausdrücklich für sanktionslos erklärt. Darin könnte insb ein Verstoß gegen das aus dem Gleichheitssatz ableitbare allgemeine Sachlichkeitsgebot oder eine unzulässige Einschränkung der Prüfungsbefugnis des VfGH gem Art 139 B-VG erblickt werden. Dagegen kann aber*

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak*

*eingewendet werden, dass es grundsätzlich im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers liegt, welche Rechtsfolgen er an Rechtswidrigkeiten knüpft und leges imperfecta auch in anderen Zusammenhängen nicht als unzulässig angesehen werden. (+ 7 ZP)*

Weder Landesrat *Schabl* noch die anderen Mitglieder der LReg wussten nach dem Sachverhalt etwas über den neuen Flächenwidmungsplan der Gemeinde St. Pantaleon-Erla. Offenbar wurde dieser entgegen Art 119a Abs 6 B-VG von der Gemeinde nicht der Aufsichtsbehörde übermittelt. Ebenso wenig wurde offenbar zuvor die in § 24 Abs 5 NÖ ROG vorgesehene Übermittlung des Entwurfes des FWP an die LReg vorgenommen. An die Verletzung dieser Vorlagepflicht der Verordnung gem Art 119a Abs 6 B-VG knüpft das B-VG aber keine Rechtsfolgen. Die Verpflichtung zur Vorlage betrifft weder den Inhalt der VO noch ist sie Bestandteil des Verfahrens zu dessen Erlassung. Sie bildet daher keinen Grund zur Aufhebung der VO gem Art 119a Abs 6 B-VG durch die Aufsichtsbehörde und durch den VfGH gem Art 139 B-VG. Die unterlassene Mitteilung hindert die Aufsichtsbehörde allerdings nicht an der Prüfung bzw Wahrnehmung ihrer Aufgaben. **(8 Punkte)**

Gem Art 139 Abs 1 Z 7 B-VG entscheidet der VfGH über die Gesetzwidrigkeit von VO einer Aufsichtsbehörde nach Art 119a Abs 6 B-VG auf Antrag der Gemeinde, deren Verordnung aufgehoben wurde. Somit kann die Gemeinde sich durch einen Antrag beim VfGH gegen die Aufhebung ihrer VO wehren, ohne dass dafür zusätzliche prozessuale Voraussetzungen (wie nach Art 139 Abs 1 Z 3 B-VG) vorliegen müssen. **(6 Punkte)**

*Nicht anwendbar ist hingegen Art 119a Abs 9 B-VG, welcher der Gemeinde das Recht einräumt, als Partei des aufsichtsbehördlichen Verfahrens Beschwerde beim VwG und in weiterer Folge beim VfGH oder Revision beim VwGH zu erheben. Diese Bestimmung bezieht sich nämlich ausschließlich auf bescheidförmige aufsichtsbehördliche Maßnahmen, um welche es beim gegenständlichen Sachverhalt nicht geht. (+5 ZP)*

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak***Frage 7: Kommt es hier tatsächlich zur Verletzung von Grundrechten? (19 Punkte + 7 ZP)**

Wenn die Gemeindebürger geltend machen, dass das Grundstück der KG im Gegensatz zu deren eigenen eine Wertsteigerung erfährt, wird eine Verletzung des Gleichheitssatzes (Art 2 StGG, Art 7 B-VG) behauptet. Dieser finanzielle Vorteil ergibt sich direkt aus dem Flächenwidmungsplan als VO, ohne dass ein weiterer Rechtsakt hinzutritt. VO sind als generelle Normen anhand des Prüfungsschemas für die Gesetzgebung zu prüfen. Es kommt daher darauf an, ob es faktische Unterschiede in der Beschaffenheit der Grundstücke gibt, die dazu führen, dass die anderen Grundstücke nicht als Bauland geeignet sind. Dies kann aufgrund des Sachverhalts nicht abschließend beurteilt werden. Es ist aber jedenfalls zu bedenken, dass im Raumordnungsrecht ein recht weitreichendes Planungsermessen der Gemeinde angenommen wird. **(10 Punkte)**

*Im Übrigen sind abgesehen vom Vergleich mit dem Grundstück der KG keine Anhaltspunkte ersichtlich, die die Rechtswidrigkeit der Widmung der Grundstücke der anderen Bürger begründen würden. Selbst wenn das Grundstück der KG rechtswidrig zu Bauland erklärt worden wäre, begründet dies keinen Anspruch anderer Personen, deren Grundstück rechtmäßig als Grünland gewidmet wurde, ebenfalls eine Umwidmung zu erwirken. (+ 7 ZP)*

Soweit die Gemeindebürger eine Wertminderung ihrer benachbarten Grünflächen behaupten, könnte darin ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit gem Art 5 StGG und Art 1 1. ZPEMRK erblickt werden. In Frage käme ein Eingriff in Form einer Eigentumsbeschränkung. Dieser liegt aber entgegen der Behauptung der Gemeindebürger nicht vor. Fraglich ist zunächst, ob überhaupt objektiv eine Minderung des Verkehrswerts der Liegenschaften erfolgt ist. Die (wirtschaftliche) Betroffenheit ist auch maximal eine mittelbare, da aus der Umwidmung des Nachbargrundstückes in Bauland noch nicht hervorgeht, welches Projekt dort entstehen soll. Den Erholungswert beeinträchtigende Immissionen wird man – wenn überhaupt – erst ab einer gravierenden Intensität als Eingriff ansehen können. Dieser wäre allerdings im entsprechenden Bewilligungsverfahren (zB gewerbliches Betriebsanlagenverfahren) geltend zu machen. An der Widmung der Grundstücke der Nachbarn selbst ändert sich durch die Neufassung des Flächenwidmungsplanes ebenso nichts. Auch insoweit fehlt der Eingriffscharakter. **(9 Punkte)**

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**  
Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak*

---

**Teil 3**

**Frage 8: Verfassen Sie für das zuständige Organ die Entscheidung über das Rechtsmittel! Nehmen Sie dabei auch eine Beweiswürdigung vor! Eine Darstellung des festgestellten Sachverhaltes ist nicht erforderlich. (92 Punkte + 13 ZP)**

Gruppe B: Bgm Lukas Lobauheck, Enns Resort Pantaleon OG, Theresia Maria Tiplajnik und Benjamin Winggler, RA Paul Peter Klein

Gruppe C: Bgm Elena Wegessler, River Resort Mostquarter KG, Laurentia Tennemann und Maria Theresia Pitlajnik

Gemeindeamt St. Pantaleon-Erla

Ringstraße 13

4303 St. Pantaleon-Erla

GZ (xx-x xxxx)

St. Pantaleon-Erla, 29. 11. 2021

Danube Resort Mostviertel KG

Adresse

Zu Händen des Vertreters Mag. *Ulf Salzburg*

[Kopf: **3 Punkte**]

**Berufungsbescheid**

Über die von Ihnen gegen den Bescheid des Bürgermeister von St. Pantaleon-Erla vom xxx GZ xxx zugestellt am 3. 11. 2021 betreffend die Erteilung eines Abbruchauftrages erhobene Berufung vom xxx ergeht vom Gemeindevorstand von St. Pantaleon-Erla als zuständige Berufungsbehörde im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde folgender (**8 Punkte**)

**Spruch:**

Gem § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung stattgegeben und der Abbruchauftrag ersatzlos behoben. (**4 Punkte**)

*Keine Kostenvorschreibung mangels Anhaltspunkte im SV. (+2 ZP)*

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak***Begründung**

*Gem § 2 Abs 1 NÖ BauO hatte der Gemeindevorstand über die von der Danube Resort Mostviertel KG eingebrachte Berufung als zweitinstanzliche Behörde im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde zu entscheiden. (+2 ZP)*

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender Sachverhalt fest: ...

Zu diesem Ergebnis gelangte die Behörde aufgrund folgender Beweismittel und für die Beweiswürdigung maßgebender Erhebungen: **(2 Punkte)**

- Vernehmung von Laurentia Tennemann und Benjamin Winggler als Organe der Berufungswerberin Danube Resort Mostviertel KG
- Einvernahme des Nachbarn Matthias Stolz als Zeuge
- Einvernahme der Gemeindebediensteten Tobine Arsegg als Zeugin
- E-Mail vom 27. 1. 2021 betr Verlängerung der Ausführungsfrist
- Augenschein der erstinstanzlichen Behörde vom 10. 2. 2021
- Fotos des Grundstückes mit den abgeholzten Bäumen vom 10. 2. 2021

In der Parteienvernehmung vom xxx von Laurentia Tennemann, Gesellschafterin der Danube Resort Mostviertel KG, wird – wie bereits in der Berufung – angegeben, dass am 8. 1. 2021 die Abholzung von Bäumen erfolgt sei. Diese Aussage wird vom Nachbarn Matthias Stolz vollinhaltlich bestätigt, der auch den Tag der Abholzung bezeugen kann. Auch bei dem von der Behörde durchgeführten Augenschein wurde eine bereits vollendete Abholzung festgestellt und fotografisch dokumentiert. Damit steht fest, dass eine Abholzung zum Zeitpunkt der Stellung der Baubeginnsanzeige am 7. 2. 2021 bereits erfolgt war. Gleichzeitig ergibt sich aus diesen zur Verfügung stehenden Beweismitteln einhellig, dass keine darüberhinausgehenden Arbeiten zu jenem Zeitpunkt erfolgt waren. Weiters ergibt sich aus der insoweit glaubhaften Parteienvernehmung, der E-Mail der Danube Resort Mostviertel KG an die Baubehörde und aus dem E-Mail-Protokoll des Gemeindeamtes, dass am 27. 1. 2021 ein Antrag auf Verlängerung der Bauausführung gestellt wurde. Die übereinstimmenden Aussagen von Laurentia Tennemann und Tobine Arsegg lassen keinen Zweifel darüber, dass Tobine Arsegg am 31. 1. 2021 telefonisch mitgeteilt hat, dass dem Antrag auf Verlängerung der Bauausführung wegen der Bausperre nicht stattgegeben werden könne. Auch das Telefonprotokoll der Behörde belegt, dass zum angegebenen Zeitpunkt vom Diensttelefon der Tobine Arsegg ein Anruf an die Nummer der Frau Tennemann erfolgt ist. Dem wurde vonseiten des Bürgermeisters als erstinstanzlich zuständiger Behörde auch nicht entgegengetreten. **(20 Punkte)**

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak*

Der festgestellte Sachverhalt ist wie folgt rechtlich zu beurteilen:

Die erstinstanzliche Behörde geht von einem Erlöschen des Rechtes aus der am 2. 2. 2019 in Rechtskraft erwachsenen Baubewilligung mit 2. 2. 2021 aus, weil die Danube Resort Mostviertel KG nicht im Sinne des § 24 Abs 1 Z 1 NÖ BauO mit der Ausführung des bewilligten Bauvorhabens begonnen hat. Aus diesem Grund sei für das Bauwerk ab diesem Tag keine Baubewilligung vorgelegen und wäre dieses daher konsenslos errichtet worden. Deshalb sei gem § 35 Abs 2 Z 2 NÖ BauO ein Abbruchauftrag zu erteilen gewesen. Die Berufungswerberin macht geltend, dass durch die am 8. 1. 2021 vorgenommene Abholzung von Bäumen mit der Ausführung des bewilligten Bauvorhabens begonnen worden sei. Aus der oben vorgenommenen Beweiswürdigung ergibt sich, dass die behauptete Abholzung der Bäume tatsächlich zum angegebenen Zeitpunkt erfolgt ist. Nach Auffassung der Berufungsbehörde ist es zweifelhaft, ob eine Abholzung der Bäume einen Baubeginn darstellen kann. Für diese Sicht spricht, dass es sich bei den Fällungsarbeiten lediglich um vorbereitende Tätigkeiten handelt, welche keinen baulichen Charakter haben und dementsprechend auch keiner besonderen bautechnischen Kenntnisse und Fähigkeiten bedürfen. Darüber hinaus kann eine Abholzung der Bäume auch jederzeit ohne Baubewilligung erfolgen, wohingegen man für einen Baustart begründende Tätigkeiten regelmäßig eine entsprechende Bewilligung einholen muss. Dagegen kann allerdings eingewendet werden, dass die Fällung letztlich ausschließlich der Errichtung des Bauwerks diene und daher ein untrennbarer Zusammenhang zu diesem bestehe. Im Ergebnis kann diese Frage aber entgegen der Rechtsansicht der erstinstanzlichen Behörde und der Berufungswerberin dahingestellt bleiben. **(15 Punkte)**

Wie ebenfalls in der Berufung vorgebracht und im gegenständlichen Verfahren festgestellt wurde, hat die Berufungswerberin nämlich am 27. 1. 2021 einen Antrag auf Verlängerung der Bauausführungsfrist iSd § 24 Abs 4 NÖ BauO gestellt. An diesem Tag war diese zweijährige Frist gem § 24 Abs 1 Z 1 NÖ BauO noch nicht abgelaufen. Im Anruf der Tobine Arsegg kann keine Entscheidung über den Antrag auf Verlängerung der Bauausführung erblickt werden, da weder im AVG noch in der NÖ BauO – im Gegensatz etwa zu § 46 EpidemieG – eine telefonische Bescheiderlassung vorgesehen ist. Zudem verpflichtet § 5 Abs 1 NÖ BauO dazu, derartige Entscheidungen schriftlich zu erlassen. Im Anruf der Behördenbediensteten kann daher lediglich eine rechtlich unverbindliche Mitteilung einer Rechtsauffassung erblickt werden. Ein über den Antrag absprechender Bescheid wurde bis dato nicht erlassen. Gem § 24 Abs 7 NÖ BauO verlängert sich die Frist zur Ausführung eines bewilligten Bauvorhabens bis zur diesbezüglichen Entscheidung der Baubehörde, wenn ein Ansuchen um Verlängerung dieser Frist vor deren Ablauf eingebracht wurde. Aus diesem Grund ist die Frist zur Ausführung des bewilligten Bauvorhabens bis heute noch nicht abgelaufen und die Baubewilligung nicht gem § 24 Abs 1 NÖ BauO erloschen. **(17 Punkte)**

Entgegen den Ausführungen der erstinstanzlichen Behörde führt auch die am 19. 1. 2021 erlassene Bausperre nicht zur Rechtswidrigkeit der gegenständlichen Bauausführung. Gem § 35 Abs 4 letzter Satz NÖ ROG werden Bauverfahren, die im Zeitpunkt der Kundmachung

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak*

der Bausperre bereits anhängig waren, hiedurch nicht berührt. Der Begriff des „Bauverfahrens“ in diesem Sinne ist weit zu verstehen und endet nicht mit der Erlassung des Baubewilligungsbescheides. Nach dem Konzept der NÖ BauO gehören spätere Schritte wie insb die Baubeginns- und –fertigstellungsanzeige ebenfalls dazu. Die Bausperre konnte daher das gegenständliche Vorhaben nicht erfassen. Es kann auch argumentiert werden, dass § 35 Abs 4 letzter Satz NÖ BauO von der Nichterfassung rechtskräftig bewilligter Vorhaben ausgeht und daher lediglich die Nichterfassung anhängiger Verfahren explizit anordnet. *Die gegenteilige Sicht kann auch aufgrund des Gebots verfassungskonformer Interpretation nicht geteilt werden. Sie würde zu dem Ergebnis führen, dass Bauvorhaben im Bewilligungsstadium bessergestellt wären als bereits rechtskräftig bewilligte Bauvorhaben, wofür offenkundig keine sachliche Rechtfertigung iSd Gleichheitssatzes (Art 2 StGG, Art 7 B-VG) bestehen würde.* **(14 Punkte + 6 ZP)**

Daher stellen die vorliegenden Zubauten kein konsenslos errichtetes Bauwerk iSd § 35 Abs 2 Z 2 NÖ BauO dar, weshalb keine gesetzliche Grundlage für einen Abbruchauftrag besteht. Der gegenständliche Bescheid war daher ersatzlos zu beheben. **(3 Punkte)**

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid ist gem Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG iVm Art 131 Abs 1 B-VG das Rechtsmittel der Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Landes Niederösterreich zulässig. Sie hat den angefochtenen Bescheid und die Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen. Weiters hat sie die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, ein bestimmtes Begehren und die Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um beurteilen zu können, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde. Die Beschwerde ist innerhalb von 4 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides beim Gemeindeamt St. Pantaleon-Erla schriftlich einzubringen. **(4 Punkte + 3 ZP)**

Für den Gemeindevorstand von St. Pantaleon-Erla

*Unterschrift*

Bürgermeister Raul Garner

ODER

Für den Gemeindevorstand von St. Pantaleon-Erla

Bürgermeister Raul Garner e.h.

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**  
Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak*

---

Für die Richtigkeit der Ausfertigung/F.d.R.d.A.:

*Unterschrift*

**(2 Punkte)**

*\*Die Jud erachtet die Fertigung durch das erstinstanzlich zuständige Organ nicht als Befangenheit iSd § 7 Abs 1 Z 4 AVG. Dennoch wird eine von der gegenteiligen Position ausgehende Ausfertigung durch den Vizebürgermeister in gleicher Weise bepunktet.*

**Fächerübergreifende Modulprüfung III am 29. 11. 2021**Ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak*

**Frage 9: Hat die *Danube Resort Mostviertel KG* eine rechtliche Möglichkeit, eine Entscheidung über den Antrag auf Verlängerung der Bauausführung zu erwirken? (25 Punkte + 3 ZP)**

Gruppe B: Bgm Lukas Lobauheck, Enns Resort Pantaleon OG,

Gruppe C: Bgm Elena Wegessler, River Resort Mostquarter KG

Gem § 73 Abs 1 AVG beträgt die Entscheidungsfrist für den Bürgermeister als zuständige Baubehörde mangels abweichender Regelung in der NÖ BauO sechs Monate. Gem § 73 Abs 2 AVG geht die Zuständigkeit zur Entscheidung betreffend Bescheide, gegen die Berufung erhoben werden kann, auf schriftlichen Antrag der Partei auf die Berufungsbehörde über (Devolutionsantrag). Die Angelegenheiten der örtlichen Baupolizei fallen gem Art 118 Abs 3 Z 9 B-VG jedenfalls in den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde. Da in NÖ der Instanzenzug in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinden nicht iSd Art 118 Abs 4 B-VG gesetzlich ausgeschlossen wurde, ist die Berufung zulässig. Berufungsbehörde ist gem § 2 Abs 1 NÖ BauO iVm § 3 Z 1 AVG der Gemeindevorstand von St. Pantaleon-Erla. **(13 Punkte)**

*Nicht in Betracht kommt daher eine Säumnisbeschwerde an das zuständige LVwG. Diese würde eine Säumnis des Gemeinderates als Berufungsbehörde voraussetzen. (+3 ZP)*

Nach dem Sachverhalt wurden die Zubauten bereits fertiggestellt, sohin die Bauausführung bereits beendet. Der Antrag auf Verlängerung der Bauausführungsfrist ist darauf gerichtet, die Rechte aus der Baubewilligung für einen längeren als den gesetzlich vorgesehenen Zeitraum in Anspruch zu nehmen. Diese Rechte bestehen in der Ausführung eines Baus gem dem Bewilligungsbescheid. Diese Rechte wurden mit Vollendung des Bauwerks konsumiert. Es besteht ab diesem Zeitpunkt daher kein rechtliches Interesse des Bewilligungswerbers an der Entscheidung über die Verlängerung der Ausführungsfrist. Die Rechtsposition der *Danube Resort Mostviertel KG* könnte sich durch Stattgabe des Antrags nicht verbessern, daher wäre ein Devolutionsantrag als unzulässig zurückzuweisen. **(12 Punkte)**

*Falls die Zulässigkeit des Devolutionsantrages bejaht wird, kommt es für die Stattgebung des Devolutionsantrages gem § 73 Abs 2 AVG auf das überwiegende Verschulden der Behörde (Bürgermeister) an. (+2 ZP)*