

Fächerübergreifende Modulprüfung III am 27.04.2018
(Erstellung des Falles: Univ.-Prof. DDr. Michael Potacs)

1. Was kann Herbert gegen den Untersagungsbescheid unternehmen und wie beurteilen Sie seine Erfolgsaussichten? (15,5 P + 2,5 ZP)

a) Zulässigkeit des Rechtsmittels (8 P + 1 ZP)

- Herbert kann gegen den Untersagungsbescheid 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.
- + Mit dem Untersagungsbescheid liegt ein tauglicher Beschwerdegegenstand vor. (1 ZP)
- Sachlich zuständiges Verwaltungsgericht ist gem Art 131 Abs 1 B-VG das LVwG (0,5 P), da das Veranstaltungsgesetz in Landesverwaltung vollzogen wird. (0,5 P)
- Örtlich zuständig ist gem § 3 Abs 1 VwGVG das LVwG Stmk (alternativ: § 3 Abs 2 Z 1 VwGVG iVm § 3 Z 1 AVG) (1 P).
- Die Beschwerdelegitimation ist gegeben, wenn und soweit Herbert behauptet, durch den Untersagungsbescheid in seinen Rechten verletzt worden zu sein. (1 P)
- Eine solche Rechtsverletzung muss möglich sein (0,5 P) und ist vorliegend möglich (0,5 P).
- Die Beschwerde müsste gem § 7 Abs 4 VwGVG (0,5 P) innerhalb von vier Wochen ab Zustellung des Bescheids. (0,5 P)
- und gem § 12 VwGVG (0,5 P) bei der belangten Behörde eingebracht werden (0,5 P).
- Enthalten muss sie die in § 9 Abs 1 VwGVG genannten Angaben. (1 P)

b) Begründetheit (7,5P + 1,5 ZP)

- Unzumutbarer Störungen der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit stellen zwar gem § 8 Abs 8 Stmk VeranstaltungG (0,5 P) iVm § 4 Abs 2 Z 2 Stmk Veranstaltungsg (0,5 P) einen Untersagungsgrund für eine anzeigepflichtige Veranstaltung dar (0,5 P).
- Anzeigepflichtig sind nach § 8 Abs 1 Stmk Veranstaltungsg allerdings nur Veranstaltungen, die nicht melde- oder bewilligungspflichtig sind (1 P).
- Gegenständlich liegt aber eine meldepflichtige Veranstaltung iSd § 7 Stmk Veranstaltungsg vor (0,5 P), weil die Veranstaltung gem § 7 Abs 1 Z 3 Stmk Veranstaltungsg (0,5 P) von der Veranstaltungsstättenbewilligung umfasst ist (0,5 P), zumal es sich um ein Musikkonzert für 6000 TeilnehmerInnen handelt und vom Bewilligungsbescheid Konzerte für bis zu 6300 TeilnehmerInnen erfasst sind (0,5 P).
- Eine Untersagung nach § 8 Abs 8 Stmk Veranstaltungsg scheidet daher aus (1 P).
- Zudem sieht auch § 7 Stmk Veranstaltungsg für meldepflichtige Veranstaltungen keine Untersagungsmöglichkeit vor (1 P).
- Das LVwG hat daher den Untersagungsbescheid aufzuheben (1 P)
- + und nach § 17 VwGVG (0,5 ZP) iVm § 13 Abs 3 AVG (0,5 ZP) Herbert dahingehend einen Verbesserungsauftrag zu erteilen, dass er eine Meldung erstattet (0,5 ZP) (alternativ ebenfalls 1,5 ZP, wenn man auf §§ 17 VwGVG iVm § 13 AVG hinweist, und dann argumentiert, dass Umdeutung in Meldung möglich).

2. Beurteilen Sie die Rechtmäßigkeit des Bescheides! (18 P + 7 ZP)

c) Aufhebung gem § 68 Abs 3 AVG (4 P + 4 ZP)

- Die GewO wird in mittelbarer Bundesverwaltung vollzogen. Bescheiderlassende Behörde ist somit gemäß § 333 GewO die Bezirksverwaltungsbehörde. (1 P)
- Sachlich in Betracht kommende Oberbehörde ist der Landeshauptmann. (1 P)
- + Der Landeshauptmann ist allerdings nur sachlich in Betracht kommende Oberbehörde der BVB, nicht des Verwaltungsgerichts. (1 ZP)

- Mit der Sachentscheidung des VwG wurde der angefochtene Bescheid aus dem Rechtsbestand beseitigt und durch die VwG-Entscheidung ersetzt. **(1 P)**
 - § 68 AVG ist nicht mehr anwendbar, da kein Bescheid mehr existiert. Der Bescheid von L ist schon aus diesem Grund rechtswidrig. **(1 P)**
 - + Zu überlegen wäre, ob seit der Verwaltungsgerichtsbarkeits - Novelle 2012 unter dem Begriff „Bescheid“ in § 68 Abs 3 AVG auch Erkenntnisse der VwG zu verstehen sind. Dagegen spricht aber unter dem Gesichtspunkt der Gewaltentrennung, dass dadurch Verwaltungsbehörden gerichtliche Entscheidungen abändern könnten. **(1 ZP)**
 - + Diese Lösung kann jedenfalls kritisch gesehen werden, da öffentliche Interessen von der Kognitionsbefugnis der VwG nicht umfasst sind und somit nicht geltend gemacht werden können. **(1 ZP)**
 - + Das Verfahren nach § 68 Abs 3 AVG dient zudem nur der Wahrung bestimmter öffentlicher Interessen, das Verhältnis zur veranstaltungsrechtlichen Genehmigung ist hingegen nicht zu prüfen **(1 ZP)**
- d) *Bewilligungspflichtige Betriebsanlage? (5,5 P + 1 ZP)*
- Die Feststellung des LVwG ist nicht richtig, da im Gewerbeverfahren eine Genehmigung nach dem Veranstaltungsgesetz keine Rolle spielt. **(1 P)**
 - + § 2 Abs 1 Z 17 GewO nimmt vom Geltungsbereich der GewO nur die Veranstaltung öffentlicher Belustigungen aus, nicht aber die gastgewerbliche Tätigkeit. **(1 ZP)**
 - Zu prüfen ist auch § 50 Abs 1 Z 11 GewO, welcher Gastgewerbetreibende berechtigt, ihr Gastgewerbe außerhalb der Betriebsräume und der sonstigen Betriebsflächen des Standortes bei Veranstaltungen und Ähnlichem vorübergehend auszuüben. **(1 P)**
 - Da es sich bei § 50 Abs 1 Z 11 GewO jedoch um eine Gewerbeausübungsvorschrift handelt, ist für Beantwortung der Frage, ob H eine gewerbliche Betriebsanlagengenehmigung benötigt, somit unerheblich, ob H seine Tätigkeit auf Grundlage des § 50 Abs 1 Z 11 GewO ausübt. **(1 P)**
 - § 74 Abs 1 GewO definiert eine gewerbliche Betriebsanlage als jede örtlich gebundene Einrichtung, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit nicht bloß vorübergehend zu dienen bestimmt ist. **(1 P)**
 - Die örtliche Gebundenheit ist zweifellos gegeben (Lagerhalle). **(0,5 P)**
 - Da die Anlage hier nicht längere Zeit (bloß vorübergehend für eine einzige Veranstaltung) der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit dienen soll, liegt schon aus diesem Grund keine genehmigungspflichtige Betriebsanlage vor. **(1 P)**
- e) *Sachverständigengutachten (8,5P + 2 ZP)*
- Sachverständige sind durch Bescheid zu bestellen. **(1 P)**
 - Nach der Rsp ist aber auch die formlose Bestellung wirksam und stellt einen unwesentlichen Verfahrensmangel dar. Somit ist die formlose Bestellung des Z per Telefon nicht zu beanstanden. **(1 P)**
 - Grundsätzlich ist ein amtlicher Sachverständiger beizuziehen **(0,5 P)**, ein nichtamtlicher Sachverständiger kann nach § 52 Abs 2 AVG beigezogen werden, wenn Amtssachverständige nicht zur Verfügung stehen oder es mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles geboten ist. **(1 P)**
 - Liegen die Voraussetzungen des Abs 2 nicht vor, so kann gemäß § 52 Abs 3 AVG zur wesentlichen Beschleunigung des Verfahrens auf Antrag des Antragstellers ein nichtamtlicher Sachverständiger bestellt werden. **(1 P)**
 - Hier wird jedoch kein Antrag iSd § 52 Abs 3 AVG gestellt. Die Bestellung des Z war somit schon aus diesem Grund unzulässig. **(1 P)**
 - + Man kann nun mit einem Teil der Rsp argumentieren, dass auch in diesem Fall § 52 Abs 2 AVG anzuwenden ist, da ein amtlicher Sachverständiger nicht zur Verfügung steht. **(1 ZP** bzw Alternativlösung)

- Ein nichtamtlicher Sachverständiger ist nicht gemäß Art 20 Abs 1 B-VG an Weisungen der Behörde gebunden, daher muss Z auch nicht besonderes Augenmerk auf das An- und Abfahren in seinem Gutachten legen. (1 P)
- Die rechtliche Beurteilung obliegt der entscheidenden Behörde. (0,5 P) Aufgabe des Sachverständigen ist es, Tatsachen zu erheben, und aus diesen Tatsachen Schlussfolgerungen zu ziehen. (0,5 P)
- Eine Rechtswidrigkeit aufgrund der in dem Gutachten von Z vorgenommenen rechtlichen Beurteilung, nämlich das Vorliegen der Genehmigungspflicht der Betriebsanlage, führt jedoch nicht zur Unverwertbarkeit des Gutachtens. (1 P)
- + Jedoch wäre für die Aufhebung gem § 68 Abs 3 AVG wohl auch ein medizinisches Gutachten erforderlich, um zu eruieren, ob die festgestellten Immissionen auch das Leben oder die Gesundheit der Nachbarn iSd § 68 Abs 3 AVG gefährden. (1 ZP)

3. Wie beurteilen Sie die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts und was kann Herbert dagegen unternehmen? (38,5 P + 9,5 ZP)

a) Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts (11 P)

- Art 131 Abs 1 B-VG sieht eine subsidiäre Zuständigkeit des LVwG vor. Diese ergibt sich erst, wenn die Zuständigkeit des BVwG ausgeschlossen werden kann. (1 P)
- Das BVwG ist gemäß Art 131 Abs 2 B-VG in Rechtssachen in den Angelegenheiten der Vollziehung des Bundes, die unmittelbar von Bundesbehörden vollzogen werden, zuständig. (1 P)
- Um die Zuständigkeit des BVwG zu begründen, muss jedoch die *gesamte* Angelegenheit unmittelbar von Bundesbehörden vollzogen werden. (1 P)
- Angelegenheiten des Gewerbes sind gemäß Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung (0,5 P) und werden gemäß Art 102 Abs 1 B-VG in mittelbarer Bundesverwaltung vollzogen. (1 P)
- Im konkreten Fall handelt es sich um ein Verfahren nach § 373a GewO. (1 P)
- Hier ist zwar ausnahmsweise in erster und letzter Instanz eine Zuständigkeit des Bundesministers vorgesehen. (1 P)
- Jedoch wird nicht das *gesamte* Gewerberecht (arg: „Angelegenheiten“ in Art 131 Abs 2 B-VG) unmittelbar von Bundesbehörden vollzogen. Daher ist das LVwG sachlich zuständig. (1 P)
- Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach § 3 Abs 2 VwGVG iVm § 3 AVG. (0,5 P)
- § 3 Z 1 AVG ist nicht anwendbar, da sich das Verfahren nach § 373a GewO nicht auf ein unbewegliches Gut bezieht. (1 P)
- § 3 Z 2 AVG ist auszuschließen, weil hier kein Unternehmen betrieben werden soll und auch keine dauernde Tätigkeit ausgeübt werden soll. (1 P)
- Die Zuständigkeit richtet sich also nach § 3 Z 3 4. Fall AVG. Laut SV hält sich H in Schladming auf. Daher ist das LVwG Steiermark örtlich zuständig. (1 P)

b) § 373a GewO (7 P)

- H kann als Staatsangehöriger eines EU-Mitgliedstaats, der in einem anderen Mitgliedstaat (hier Deutschland) niedergelassen ist und dort eine Tätigkeit befugt ausübt, auf die dieses Bundesgesetzes anzuwenden wäre (hier Gastgewerbe), diese Tätigkeit vorübergehend und gelegentlich unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer in Österreich ausüben. (1 P)
- Bei in Österreich reglementierten Gewerben ist eine Anzeige der erstmaligen Aufnahme der Tätigkeit gemäß § 373a Abs 4 GewO beim Wirtschaftsminister erforderlich. (1 P)
- Fraglich ist, ob H auch einen Befähigungsnachweis erbringen muss, denn das Gastgewerbe ist in Österreich gemäß § 94 Z 26 GewO reglementiert. (1 P)

- Die Erbringung des Befähigungsnachweises ist gemäß § 373a Abs 1 Z 1 GewO nicht erforderlich, wenn die gewerbliche Tätigkeit im Niederlassungsmitgliedstaat reglementiert ist oder eine reglementierte Ausbildung im Sinne des Art 3 lit e der Richtlinie 2005/36/EG vorliegt. **(1 P)**
- Laut Sachverhalt ist das Gastgewerbe in Deutschland nicht reglementiert und es liegt auch keine reglementierte Ausbildung im Sinne der Richtlinie vor, da H „keine spezifische Ausbildung vorweisen kann“. **(1 P)**
- Weiters ist ein Befähigungsnachweis gemäß § 373a Abs 1 Z 2 GewO nicht notwendig, wenn der Dienstleister die gewerbliche Tätigkeit mindestens ein Jahr während der vorhergehenden zehn Jahre im Niederlassungsmitgliedstaat ausgeübt hat. **(1 P)**
- Aus dem Wortlaut des § 373a Abs 1 Z 2 ist das Erfordernis einer durchgehenden Ausübung nicht zwingend ableitbar. **(1 P)**
- c) *Revision an den VwGH (9 P + 1 ZP)*
 - In Frage kommt eine Revision beim VwGH gemäß Art 133 Abs 1 Z 1 B-VG wegen Rechtswidrigkeit. **(1 P)**
 - Die Frist beträgt gem § 26 Abs 1 und Abs 1 Z 1 VwGG 6 Wochen ab Zustellung. **(1 P)**
 - H ist zur Revision gemäß Art 133 Abs 6 Z 1 B-VG legitimiert, da er behauptet, durch das BVwG Erkenntnis in seinen einfachgesetzlich gewährleisteten subjektiven öffentlichen Rechten auf vorübergehende Ausübung seines Gewerbes ohne Befähigungsnachweis und auf Entscheidung durch ein zuständiges Gericht verletzt zu sein. **(1 P)**
 - Gem Art 133 Abs 4 Satz 1 ist die Revision nur zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. **(1 P)**
 - Eine grundsätzliche Rechtsfrage liegt nicht vor, wenn die gesetzliche Rechtslage eindeutig ist **(1 P)**, selbst wenn dazu noch keine Rechtsprechung des VwGH ergangen ist. **(1 P)**
 - Im konkreten Fall ist die Rechtslage jedoch nicht eindeutig, da der Wortlaut der Bestimmung sowohl eine ununterbrochene Ausübung oder auch eine nicht durchgehende Ausübung der Tätigkeit umfassen könnte. **(1 P)**
 - H kann somit eine außerordentliche Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG iVm § 28 Abs 3 VwGG erheben. **(1 P)**
 - Diese hat auch die Gründe zu enthalten, aus denen entgegen dem Ausspruch des BVwGs die Revision für zulässig erachtet wird. **(1 P)**
- + Der VwGH wird das Erkenntnis wohl gemäß § 42 Abs 2 Z 1 und Z 2 VwGG mit Erkenntnis aufheben. **(1 ZP)**
- d) *Erkenntnisbeschwerde an den VfGH (Art 6 StGG, Art 83 Abs 2 B-VG) (11,5 P + 8,5 ZP)*
 - Zu prüfen ist eine Erkenntnisbeschwerde an den VfGH nach Art 144 B-VG. **(1 P)**
 - Die Frist beträgt 6 Wochen ab Zustellung des Erkenntnisses (§ 82 Abs 1 VfGG). **(1 P)**
 - H ist Träger subjektiver Rechte und somit zur Beschwerde legitimiert. **(1 P)**
- + Die Prozessvoraussetzung der Beschwer ist gegeben, da H durch die Aufhebung des Erkenntnisses besser gestellt wäre und er durch die Entscheidung des BVwG auch belastet wurde (Beeinträchtigungsmöglichkeit). **(1 ZP)**
- + Der Prüfungsmaßstab wird durch die Behauptung des Beschwerdeführers bestimmt, in seinen verfassungsgesetzlichen Recht auf Erwerbsfreiheit und im Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art 83 Abs 2 B-VG verletzt zu sein. **(1 ZP)**
- Der persönliche Schutzbereich der Erwerbsfreiheit in Art 6 StGG erfasst grundsätzlich nur Staatsbürger. Art 18 AEUV dehnt den Anwendungsbereich allerdings auch auf EU-Bürger aus. H ist also vom Schutzbereich des Art 6 StGG erfasst. **(1 P)**
- ± Das Erkenntnis des BVwG berührt den Schutzbereich des Art 6 StGG **(0,5 ZP)** und stellt auch einen Eingriff dar, da die Durchführung des Events untersagt wird. **(1 P)**
- + Der Eingriff betrifft die Erwerbsfreiheit auch unmittelbar, denn er zielt auf eine Beschränkung der Erwerbsfreiheit selbst ab. **(1 ZP)**

- Ein Erkenntnis verletzt dieses Grundrecht, wenn es gesetzlos ergeht (**0,5 P**), sich auf ein verfassungswidriges Gesetz stützt (**0,5 P**) oder dem Gericht denkunmögliche Gesetzesanwendung vorzuwerfen ist (**0,5 P**).
- Hier kommt eine denkunmögliche Gesetzesanwendung in Frage, weil das BVwG § 373a GewO einen Art 6 StGG widersprechenden Inhalt unterstellt haben könnte. (**1 P**)
- + Dabei handelt es sich um einen Unterfall der Denkmöglichkeit. (**1 ZP**)
- Da die Rechtslage aber hier eben nicht eindeutig ist, liegt auch keine Denkmöglichkeit und somit keine Verletzung von Art 6 StGG vor. (**1 P**)
- Zu prüfen ist auch das Recht auf den gesetzlichen Richter in Art 83 Abs 2 B-VG. (**1 P**)
- + Als EU-Bürger ist H auch Grundrechtsträger (Jedermannsrecht). (**1 ZP**)
- 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 eine ihm nicht gesetzlich zukommende Zuständigkeit in Anspruch nimmt. (**0,5 P**)
- Hier nimmt das BVwG eine ihm nicht gesetzlich zukommende Zuständigkeit in Anspruch, da das LVwG Steiermark zuständig gewesen wäre. H wurde somit in seinem Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt. (**1 P**)
- + Der VfGH wird das Erkenntnis wohl gemäß § 87 Abs 1 VfGG aufheben (**1 ZP**) oder die Beschwerde gemäß § 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 ZP**)
- + Überlegt werden könnte, ob nicht ausschließlich der VfGH über die Unzuständigkeit entscheiden darf, da gemäß Art 133 Abs 5 B-VG von der Zuständigkeit des VwGH Rechtssachen, die zur Zuständigkeit des VfGH gehören, ausgeschlossen sind. Dagegen spricht aber § 42 Abs 2 Z 2 VwGG, wonach der VwGH die Unzuständigkeit eines Verwaltungsgerichts zu prüfen hat. (**1 ZP**)

4. Wie beurteilen Sie die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen des Bürgermeisters sowie des Gemeindevorstands und wer ist im vorliegenden Fall die zuständige Rechtsmittelinstanz? (31 P + 6 ZP)

a) Eigener Wirkungsbereich einer Gemeinde (2 P / 0 ZP)

- Der Wirkungsbereich der Gemeinde ist gem Art 118 Abs 1 B-VG ein eigener und ein vom Bund oder vom Land übertragener. Der eigene Wirkungsbereich umfasst nach Art 118 Abs 2 S 1 B-VG iVm § 40 Abs 1 GemO (**0,5 P**) alle Angelegenheiten, die im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der in der Gemeinde verkörperten örtlichen Gemeinschaft gelegen und geeignet sind, durch die Gemeinschaft innerhalb ihrer örtlichen Grenzen besorgt zu werden. (**0,5 P**)
- Nach Art 118 Abs 3 Z 9 B-VG iVm § 40 Abs 2 Z 9 GemO (**0,5 P**) ist eine Gemeinde unter anderem auch zur Besorgung der örtlichen Baupolizei im eigenen Wirkungsbereich berechtigt. (**0,5 P**)

b) Anwendbarkeit des Baugesetzes (2 P / 4 ZP)

- Die entsprechenden Gesetze haben dabei gem Art 118 Abs 2 S 2 B-VG (**0,5 P**) derartige Angelegenheiten ausdrücklich als solche des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde zu bezeichnen. Durch § 1 BauG werden die in diesem Gesetz geregelten Angelegenheiten verfassungskonform als solche des eigenen Wirkungsbereichs bezeichnet. (**0,5 P**)
- Bei der Errichtung der Bühne und der hierfür notwendigen Umbauarbeiten an der Lagerhalle handelt es sich um eine Angelegenheit der örtlichen Baupolizei, weshalb hierfür das BauG grundsätzlich anwendbar ist. (**1 P**)
- + Zu prüfen ist allerdings, ob die Ausnahmebestimmung des § 3 Z 8 BauG (**0,5 ZP**) zur Anwendung gelangt, wonach bauliche Anlagen iSd § 4 Z 13 BauG, die bloß von vorübergehendem Bestand sind und dem StVAG unterliegen, vom Anwendungsbereich des BauG ausgenommen sind. (**0,5 ZP**)
- + Nach § 15 Abs 1 StVAG (**0,5 ZP**) unterliegen nur dauerhafte Veranstaltungsstätten einer Bewilligungspflicht. Dies trifft auf die alte Lagerhalle zu, für welche bereits eine gültige Veranstaltungsstättenbewilligung nach dem StVAG vorliegt. (**0,5 ZP**)

- + Die Errichtung der Bühne und der hierfür notwendige Umbau der Lagerhalle ist allenfalls als wesentliche Änderung einer bereits bewilligten Veranstaltungsstätte iSd § 18 StVAG zu betrachten. **(1 ZP)**
 - + Maßgeblich für die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung des § 3 Z 8 BauG ist daher bloß die Lagerhalle als bewilligte Veranstaltungsstätte. **(0,5 ZP)** Da die Lagerhalle aber nicht bloß von vorübergehendem, sondern vielmehr von dauerhaftem Bestand ist, gelangt die Ausnahmebestimmung des § 3 Z 8 BauG nicht zur Anwendung. **(0,5 ZP)**
- c) *Zuständige Baubehörde in 1. Instanz (2 P / 1 ZP)*
- + Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Berufungsbehörde ist die sachliche Zuständigkeit der Baubehörde in 1. Instanz. **(1 ZP)**
 - Nach § 1 AVG richtet sich die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Behörden nach den Vorschriften über ihren Wirkungsbereich und nach den Verwaltungsvorschriften. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich weiters aus § 3 Z 1 AVG, sohin nach der Lage des unbeweglichen Gutes. Da sich die Lagerhalle im örtlichen Wirkungsbereich der Gemeinde Schladming befindet, ist eine Behörde der Gemeinde Schladming für die Erteilung der Baubewilligung örtlich zuständig. **(1 P)**
 - Innerhalb der Gemeinde obliegt gem § 45 Abs 2 lit b iVm lit d GemO **(0,5 P)** dem Bürgermeister Bernhard die Entscheidung und Verfügung in allen gemeindebehördlichen Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches sowie die Handhabung der Ortschaftspolizei. Sachlich und örtlich zuständige Baubehörde in 1. Instanz ist daher der Bürgermeister Bernhard der Gemeinde Schladming. **(0,5 P)**
- d) *Bewilligungspflicht des Bauvorhabens (4 P / 0 ZP)*
- Bei der alten Lagerhalle handelt es sich zunächst um eine bauliche Anlage iSd § 4 Z 13 BauG, weil diese mit dem Boden in Verbindung steht und zu deren Errichtung offensichtlich bautechnische Kenntnisse notwendig waren, nachdem bereits eine rechtskräftige Baubewilligung für ihren bisherigen Bestand vorliegt. **(1 P)**
 - Laut Sachverhalt möchte Herbert nun in der alten Lagerhalle eine Konzertbühne errichten und diesbezüglich einige notwendige Umbauten am Gebäude vornehmen. Dadurch soll die Lagerhalle also nicht vergrößert werden, sodass dieses Vorhaben keinen Zubau iSd § 4 Z 64 BauG darstellt. Ebenso gibt es im Sachverhalt keine Anhaltspunkte, dass es sich dabei um eine größere Renovierung iSd § 4 Z 34a BauG handeln könnte. **(1 P)**
 - Da es sich um eine bloße Umgestaltung des Inneren einer baulichen Anlage handelt, welche die äußeren Abmessungen zwar nicht verändert, jedoch geeignet ist, öffentliche Interessen, wie insbesondere den Brandschutz, zu berühren, stellt dieses Vorhaben einen Umbau iSd § 4 Z 58 BauG dar. **(1 P)**
 - Umbauten von baulichen Anlagen fallen dabei unter § 19 Z 1 BauG und sind damit grundsätzlich baubewilligungspflichtig. **(0,5 P)** Dies trifft auf die Errichtung der Konzertbühne und die dafür notwendigen Umbauten der Lagerhalle zu. **(0,5 P)**
- e) *Nachbarrechte (4 P / 0 ZP)*
- Ein Nachbar kann gem § 26 Abs 1 S 1 BauG **(0,5 P)** gegen die Erteilung der Baubewilligung subjektiv-öffentliche Einwendungen erheben, wenn diese sich auf Bauvorschriften beziehen, die nicht nur dem öffentlichen Interesse, sondern auch dem Interesse der Nachbarn dienen. **(0,5 P)**
 - Dazu zählen Einwendungen hinsichtlich der Nichteinhaltung von Abstandsvorschriften nach § 26 Abs 1 Z 2 BauG **(0,5 P)** sowie von Schallschutzvorschriften nach § 26 Abs 1 Z 3 BauG **(0,5 P)**.
 - Wer Nachbar iSd BauG ist, definiert der Landesgesetzgeber in § 4 Z 44 BauG. **(0,5 P)** Demnach handelt es sich dabei um den Eigentümer oder Inhaber einer Bauberechtigung der an den Bauplatz in einem solchen räumlichen Naheverhältnis stehen, dass vom geplanten Bau oder dessen konsensmäßiger Benützung Einwirkungen auf diese Grundflächen ausgehen können, gegen welche die Bestimmungen des BauG Schutz gewähren. **(0,5 P)**
 - Laut Sachverhalt grenzen die Grundstücke der Nachbarn Michael und Franz unmittelbar an das Grundstück, auf dem sich die Lagerhalle befindet, an, sodass beiden Nachbarn Parteistellung iSd § 8 AVG zukommt. **(1 P)**
- f) *Präklusion (7 P / 0 ZP)*

- Die Baubehörde kann gem § 24 Abs 1 BauG [alternativ: § 40 AVG] **(0,5 P)** über ein Ansuchen eine mündliche Bauverhandlung durchführen. Die Anberaumung einer solchen mündlichen Verhandlung hat dabei nach § 25 Abs 1 BauG [alternativ: § 41 AVG] **(0,5 P)** grundsätzlich durch persönliche Verständigung der bekannten Beteiligten zu erfolgen.
 - Laut Sachverhalt wurden alle bekannten Beteiligten, sohin auch die Nachbarn Michael und Franz, von der Anberaumung der mündlichen Bauverhandlung persönlich verständigt und damit ordnungsgemäß geladen. **(0,5 P)** → *Achtung: Laut Sachverhalt ist unklar, ob die „persönliche Verständigung“ der Nachbarn durch den Bürgermeister auch die Angaben des § 41 Abs 2 AVG (insbesondere den Hinweis auf den Verlust der Parteistellung) enthält. Deshalb auch die 0,5 Punkte vergeben, wenn die Studierenden das Problem erkannt und thematisiert haben bzw aufgrund dessen zu einer anderen Lösung gekommen sind.*
 - Wenn noch andere Personen als Beteiligte in Betracht kommen, so ist die Bauverhandlung gem § 25 Abs 1 S 3 BauG **(0,5 P)** überdies durch Anschlag in der Gemeinde oder durch Verlautbarung in der für amtliche Kundmachungen der Behörde bestimmten Zeitung kundzumachen. Dies ist laut Sachverhalt allerdings nicht erfolgt. **(0,5 P)**
 - Wurde die Bauverhandlung gem § 25 Abs 1 S 3 BauG und zusätzlich in geeigneter Form kundgemacht, so hat dies gem § 27 Abs 1 S 1 BauG **(0,5 P)** zur Folge, dass ein Nachbar seine Stellung als Partei verliert, soweit er nicht spätestens am Tag vor Beginn der Bauverhandlung bei der Baubehörde oder während der Bauverhandlung entsprechende Einwendung iSd § 26 Abs 1 BauG erhebt. **(0,5 P)**
 - Nach § 27 Abs 1 S 2 BauG **(0,5 P)** gilt eine Kundmachungsform iSd § 27 Abs 1 S 1 BauG als geeignet, wenn sie sicherstellt, dass ein Nachbar von der Anberaumung der Bauverhandlung voraussichtlich Kenntnis erlangt. Die Kundmachung der mündlichen Verhandlung unter der Adresse der Gemeinde gilt dabei nach § 42 Abs 1a AVG **(0,5 P)** nur dann als geeignet, wenn die Zulässigkeit dieser Kundmachungsform zuvor dauerhaft auf der Amtstafel der Gemeinde angekündigt worden war.
 - Dies ist aber laut Sachverhalt nicht erfolgt, sodass auch das Kundmachungserfordernis nach § 27 Abs 1 S 1 BauG nicht erfüllt ist. **(0,5 P)**
 - Daraus folgt, dass die mündliche Bauverhandlung nicht gehörig doppelt kundgemacht worden ist, um die Präklusionswirkungen nach § 27 Abs 1 BauG eintreten zu lassen. **(0,5 P)**
 - Trotzdem verlieren jedoch gem § 27 Abs 2 BauG **(0,5 P)** diejenigen Nachbarn, welche von der Anberaumung einer mündlichen Bauverhandlung tatsächlich verständigt wurden, ihre Parteistellung, wenn sie nicht rechtzeitig Einwendungen iSd § 27 Abs 1 BauG erhoben haben.
 - Laut Sachverhalt ist nur der Nachbar Michael bei der mündlichen Verhandlung erschienen und hat Einwendungen hinsichtlich der Nichteinhaltung von Abstandsvorschriften vorgebracht, sodass dieser von den Präklusionswirkungen des § 27 Abs 1 BauG nur teilweise erfasst ist. **(0,5 P)**
 - Nachbar Franz ist hingegen nicht zur mündlichen Bauverhandlung erschienen und hat auch im Vorfeld keine Einwendungen bei der Baubehörde erhoben. Da Franz allerdings tatsächlich persönlich von der Anberaumung der mündlichen Bauverhandlung als bekannter Beteiligter verständigt worden ist, treten für ihn folglich die Präklusionswirkungen nach § 27 Abs 1 iVm Abs 2 BauG ein. **(0,5 P)** → *Achtung: Laut Sachverhalt ist unklar, ob die „persönliche Verständigung“ der Nachbarn durch den Bürgermeister auch die Angaben des § 41 Abs 2 AVG (insbesondere den Hinweis auf den Verlust der Parteistellung) enthält. Deshalb auch die 0,5 Punkte vergeben, wenn die Studierenden das Problem erkannt und thematisiert haben bzw aufgrund dessen zu einer anderen Lösung gekommen sind.*
- g) *Verfahrensrecht: Berufung (4 P / 0 ZP)*
- In Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde besteht gem Art 118 Abs 4 S 2 B-VG grundsätzlich ein zweistufiger Instanzenzug, soweit dieser durch Gesetz nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden ist. **(0,5 P)**
 - Erst nach Erschöpfung des Instanzenzuges kann gem Art 132 Abs 6 B-VG gegen Bescheide der Gemeindebehörden das Rechtsmittel der Bescheidbeschwerde an das zuständige Verwaltungsgericht erhoben werden. **(0,5 P)**

- Nach § 63 Abs 1 AVG richten sich der diesbezügliche konkrete Instanzenzug in den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde und das Recht zur Erhebung der Berufung nach den Verwaltungsvorschriften. **(0,5 P)**
 - Dazu bestimmt § 93 Abs 1 GemO **(0,5 P)**, dass der Instanzenzug gegen Bescheide in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs an den Gemeinderat geht, sofern gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. **(0,5 P)**
 - Da das hier anzuwendende BauG keine solche abweichende verfahrensrechtliche Bestimmung enthält, **(0,5 P)** entscheidet über eine Berufung gegen baupolizeiliche Bescheide des Bürgermeisters Bernhard gem § 63 Abs 1 AVG iVm § 93 Abs 1 GemO der Gemeinderat **(0,5 P)** und nicht der Gemeindevorstand der Gemeinde Schladming.
 - Die Berufung ist nach § 63 Abs 5 AVG innerhalb von 2 Wochen bei der Baubehörde in 1. Instanz, sohin beim Bürgermeister Bernhard, einzubringen. **(0,5 P)**
- h) Verfahrensrecht: Rechtswidrigkeit des Bescheids (2 P / 1 ZP)*
- Der Gemeindevorstand der Gemeinde Schladming hätte den abweisenden Baubescheid wegen Unzuständigkeit nicht erlassen dürfen. Die Entscheidung durch eine unzuständige Behörde belastet den Bescheid mit einem Mangel der Rechtswidrigkeit, der gem Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG **(0,5 P)** mit dem Rechtsmittel der Bescheidbeschwerde an die Verwaltungsgerichte aufgegriffen werden kann. **(0,5 P)**
 - Darüber hinaus war der Nachbar Franz nicht zur Erhebung eine Berufung berechtigt, weil dieser gem § 27 Abs 1 iVm Abs 2 BauG seiner Parteistellung verlustig geworden ist. **(0,5 P)** Er wurde nämlich von der Anberaumung einer mündlichen Bauverhandlung durch den Bürgermeister Bernhard der Gemeinde Schladming ordnungsgemäß verständigt und hat trotzdem weder im Vorfeld der mündlichen Bauverhandlung bei der Gemeinde Schladming, noch im Rahmen der mündlichen Bauverhandlung, zu der er nicht persönlich oder durch einen Vertreter erschienen war, Einwendungen geltend gemacht. **(0,5 P)** → *Achtung: Laut Sachverhalt ist unklar, ob die „persönliche Verständigung“ der Nachbarn durch den Bürgermeister auch die Angaben des § 41 Abs 2 AVG (insbesondere den Hinweis auf den Verlust der Parteistellung) enthält. Deshalb auch den 1 Punkt vergeben, wenn die Studierenden das Problem erkannt und thematisiert haben bzw aufgrund dessen zu einer anderen Lösung gekommen sind.*
 - + Abgesehen davon hat der Nachbar Franz in seiner Berufung nur die Nichteinhaltung von Schallschutzvorschriften nach dem BauG gegenüber seinem Grundstück geltend gemacht. Strittig ist aber der Umfang der Prozessgegenstands, insbesondere ob die Berufungsbehörde nur über solche subjektiv-öffentlichen Rechte absprechen darf, die ein Berufungswerber tatsächlich geltend gemacht hat oder über die objektive Rechtmäßigkeit des gesamten Bescheids. **(1 ZP)**
- i) Verfahrensrecht: Rechtsmittel gegen den Bescheid des Gemeindevorstands (4 P / 0 ZP)*
- Gem Art 131 Abs 1 B-VG ist das LVwG sachlich zuständig **(1 P)**,
 - weil Baurecht in Landesverwaltung vollzogen wird (Baurecht fällt kompetenzrechtlich in die Generalklausel zugunsten der Länder iSd Art 15 Abs 1 B-VG) **(1 P)**
 - Die örtliche Zuständigkeit richtet sich gem § 3 Abs 2 Z 1 VwGVG iVm § 3 Z 1 AVG nach der Lage des unbeweglichen Gutes. **(1 P)**
 - Im vorliegenden Fall wurde der Baubescheid vom Gemeindevorstand der Gemeinde Schladming erlassen, sodass für die Beschwerde des Herbert das Landesverwaltungsgericht Steiermark sachlich und örtlich zuständig ist. **(1 P)**

5. Verfassen Sie die Entscheidung der Rechtsmittelstelle über die Maßnahmenbeschwerde! (Lassen Sie sowohl die Kostenentscheidung als auch die Sachverhaltsfeststellungen außer Betracht!) 19 P + 6 ZP

Landesverwaltungsgericht Steiermark
Salzamtsgasse 3
8010 Graz
Geschäftszahl: LVwG-XY/XY/2018

Graz, 27.4.2018 (1 P)

Herbert
Adresse (0,5 P)

IM NAMEN DER REPUBLIK (0,5 P)

ERKENNTNIS (0,5 P)

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch seine/n Richter/in über die Maßnahmenbeschwerde des Herbert betreffend Amtshandlungen im Rahmen der Bauaufsicht vom (Datum) – zurechenbar dem Bürgermeister von Schladming – zu Recht erkannt: (0,5 P)

1. Der Maßnahmenbeschwerde der Beschwerdeführer sei durch die Absperrung der Lagerhalle in seinen Rechten verletzt worden, wird stattgegeben und wird festgestellt, dass diese Absperrung gem § 28 Abs 6 VwGVG rechtswidrig war. (1 P)

Weiters fasst das Landesverwaltungsgericht Steiermark folgenden

BESCHLUSS (0,5 P)

2. Die Maßnahmenbeschwerde, der Beschwerdeführer sei durch die Anfertigung von Fotografien in seinen Rechten verletzt worden, wird gem §28 Abs 6 VwGVG iVm § 31 Abs 1 VwGVG als unzulässig zurückgewiesen. (1 P)
3. Gegen diese Entscheidung ist gem § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof gem Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig. (1 P)

Entscheidungsgründe: (0,5 P)

[Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender Sachverhalt fest: siehe Angabe]

- + Zu diesem Ergebnis gelangte das Verwaltungsgericht aufgrund folgender Beweismittel: (0,5 ZP)
- + Der festgestellte Sachverhalt ist wie folgt rechtlich zu beurteilen: (0,5 ZP)

1. Zur Rechtswidrigkeit der Absperrung

- Bei der Absperrung handelt es sich um einen AuvBZ, da Fiona als Verwaltungsorgan im Bereich der Hoheitsverwaltung individuell nach außen relativ verfahrensfrei (unmittelbar) einen Zwang (Absperrung) tätigt (1 P)
- Gesetzliche Grundlage der Maßnahme bildet § 42 Stmk BauG, nach dem die Behörde bei Gefahr in Verzug ohne weiteres Verfahren die erforderlichen Verfügungen und Sicherungsmaßnahmen auf Gefahr und Kosten des Eigentümers einer baulichen Anlage an Ort und Stelle anordnen und sofort vollstrecken lassen kann. (1 P)
- + Gefahr im Verzug bedeutet gerade die Wahrscheinlichkeit eines unmittelbaren Schadenseintrittes bei Unterlassung einer Maßnahme; die Zulässigkeit notstandspolizeilichen Maßnahmen ist inhaltlich auf die unmittelbare Gefahrenabwehr beschränkt; dh der Behörde darf es nicht möglich sein, die Verfahrensvorschriften einzuhalten (1 ZP)
- + Aus Sicht der handelnden Organe muss im Zeitpunkt der gesetzten Handlung die Annahme des Vorliegens der sachverhaltsmäßigen Voraussetzungen vertretbar sein (1 ZP)
- Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass die Absperrung bloß prophylaktisch durchgeführt wurde und daher die gesetzliche Voraussetzung der „Gefahr im Verzug“ nicht vorlag (1 P)

- Die Absperrung verletzt Herbert daher in seinem Recht, nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen der Gefahrenabwehr gem § 42 Stmk BauG eine baupolizeiliche Maßnahme zu dulden (1 P)
- + Die Maßnahme greift zudem in das Eigentumsrecht gem Art 1 1. ZPEMRK des Herbert ein und verletzt diese auch, weil Fiona die Rechtslage grob verkannt hat (1 ZP)
- Die Absperrung war daher rechtswidrig. (0,5 P)
- Es war daher spruchgemäß zu entscheiden und die Absperrung gem § 28 Abs 6 VwGVG für rechtswidrig zu erklären (1 P)

2. Zur Zurückweisung

- Schlichtes Fotografieren im Zuge einer Amtshandlung stellt keinen AuvBZ dar (1 P),
- Es handelt sich daher um keinen tauglichen Gegenstand einer Maßnahmenbeschwerde (1 P)
- + Gem Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG können durch Bundes- oder Landesgesetz sonstige Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über Beschwerden wegen schlicht hoheitlichem Handeln vorgesehen werden (1 ZP)
- + Eine solche Bestimmung findet sich aber im Stmk BauG nicht, wonach gegen das Fotografieren kein Rechtsmittel zur Verfügung steht (1 ZP)
- Hinsichtlich dem Fotografieren als schlichtes Hoheitshandeln war daher spruchgemäß zu entscheiden und die Maßnahmenbeschwerde als unzulässig zurückzuweisen. (1 P)

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

- Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die Entscheidung des LVwG von der bisherigen Rechtsprechung des VwGH ab, noch fehlt es an einer solchen. Diesbezüglich ist die vorliegende Judikatur des VwGH auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. (1 P)

Rechtsmittelbelehrung gem § 30 VwGVG (0,5 P)

- Gegen diesen Beschluss/Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung die Möglichkeit, Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und/oder eine außerordentliche Revision beim Verwaltungsgerichtshof erheben. Diese bedürfen der Unterschrift eines Rechtsanwalts und sind mit 240 € zu vergebühren. (1 P)

Als Einzelrichter/in des Landesverwaltungsgerichts Steiermark
Name, Unterschrift (0,5 P)

Ergeht an: Herbert,
Adresse (0,5 P)

Aufbau, Klarheit und Stringenz: 14 Punkte

Systematische Herangehensweise und sinnvolle Gliederung; ordentliche Subsumtion und stringente Argumentation; ganze Sätze

Benotung:

Die Lösungsskizze ist lang und relativ detailliert. Es kann daher 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.

Gesamt: 136 Punkte, 31 Zusatzpunkte

ab 54 P: Genügend, ab 70 P: Befriedigend, ab 85 P: Gut, ab 100 P: Sehr gut