Zeitschrift der Gesellschaft für das öffentliche Haushaltswesen

ÖHW

Das öffentliche Haushaltswesen in Österreich

Einheitliche Weiterentwicklung des Haushalts- und Rechnungswesens der Länder und Gemeinden – Implikationen und Vorschläge für eine VRV Neu (Teil I)

Staatliche Finanzspekulationen – welchen Beitrag kann das öffentliche Rechnungswesen zur Problemlösung leisten?

Die Gesundheitsreform 2012.

13 Jahre unabhängige öffentliche Finanzkontrolle in Oberösterreich – Erfahrungen und Ausblick

Aktuelle Regeln und Anwendungen des Haushaltswesens im Land Oberösterreich

Effektivität und Effizienz des Verwaltungshandelns – was kann das Rechnungswesen dazu beitragen?

Das Projekt der Transparenz öffentlicher Leistungen – die Entwicklung einer Leistungsangebotsdatenbank, einer Transparenzdatenbank und eines Transparenzportals

Talentmanagement – generelle Erkenntnisse und Möglichkeiten im öffentlichen Sektor

Kameralistik und/oder Doppik – „doppelte Kameralistik"

Evaluierung der Liberalisierung der Elektrizitätsmärkte in Österreich – eine kritische Analyse

Aktuelle Rechtsprechung – Interessantes für Gemeinden/Beispiele aus der zivil- und öffentlich-rechtlichen Judikatur

Jahrgang 54 (2013) · Heft 1–3

INFOS – Mailto: angela.grandl@vst.gv.at
Wikipedia: „ÖHW – Das öffentliche Haushaltswesen in Österreich"

Aktuelle Rechtsprechung – Interessantes für Gemeinden

Beispiele aus der zivil- und öffentlich-rechtlichen Judikatur

Von RA Dr. Ulrike H a f n e r[1]

1 Überprüfung von „Privatgutachten" durch Amtssachverständige im Bauverfahren – VwGH 13. 6. 2012, 2012/06/0046

Sachverhaltskern

Im Jahr 2010 beantragte eine Bauwerberin beim Magistrat Salzburg die Erteilung einer Baubewilligung für den Neubau eines mehrgeschossigen Einkaufszentrums samt Tiefgarage und oberirdischen Parkdecks. Der Baugrund befand sich im „Bauland" und war gewidmet als „Gebiet für Handelsgroßbetriebe – Einkaufszentren".

Im Zuge des Bewilligungsverfahrens stellte die Bauwerberin auch diverse Anträge auf Erteilung von brandschutztechnischen Ausnahmegenehmigungen, basierend auf der Salzburger Garagen-Verordnung und dem Salzburger Bautechnikgesetz.

Gegen das Projekt erhoben Nachbarn im Bauverfahren Einwendungen, mit denen sie unter anderem ein an der Stelle der geplanten Garagenzu- und -ausfahrt zu erwartendes erhöhtes Schadstoffemissions- und Lärmaufkommen monierten.

Im Bauverfahren erster Instanz legte die Bauwerberin ein lärmtechnisches Sachverständigengutachten („Privatgutachten") aus dem Jahr 2004 zum damaligen Schallpegel-Ist-Zustand vor.

Die Baubehörde zog dem Verfahren mehrere Sachverständige bei:

- Ein bautechnischer Amtssachverständiger beurteilte die von der Bauwerberin gestellten Anträge auf Erteilung von brandschutztechnischen Ausnahmegenehmigungen positiv.
- Ein elektro- und maschinentechnischer Amtssachverständiger unterzog das von der Bauwerberin vorgelegte lärmtechnische Privatgutachten einer Überprüfung, führte erläuternd aus, weshalb im Jahr 2010 von einer gegenüber 2004 unveränderten Schallpegel-Ist-Situation auszugehen sei, und beurteilte

[1] RA Dr. Ulrike Hafner ist Rechtsanwältin in Graz (Griss & Partner Rechtsanwälte).

das Projekt aus lärmtechnischer Sicht insgesamt als positiv. Schallemissionen, die das örtliche zumutbare Maß überschreiten würden, seien nicht zu erwarten, dies insbesondere auch aufgrund der beabsichtigten Errichtung einer ausreichend groß dimensionierten Lärmschutzwand.
- Ein von der Behörde beigezogener Gutachter für Luftreinhaltetechnik gelangte ebenfalls zu einem für das Projekt positiven Ergebnis.

Die Baubehörde erteilte der Bauwerberin Ende 2011 die beantrage Baubewilligung sowie die angestrebten Ausnahmebewilligungen.

Die Berufung der Nachbarn gegen den Bewilligungsbescheid wurde von der Bauberufungskommission der Landeshauptstadt Salzburg nach einer Ergänzung des Ermittlungsverfahrens als unbegründet abgewiesen, der erstinstanzliche Bescheid wurde bestätigt. Zu diesem Ergebnis war die Kommission gelangt, nachdem sie von allen behördlicherseits beigezogenen Sachverständigen Ergänzungsgutachten angefordert hatte. Sämtliche Sachverständige beurteilten das Projekt – auch nach einer Projektmodifikation – weiterhin positiv. Der elektro- und maschinentechnische Amtssachverständige hatte dabei in seinem Ergänzungsgutachten die Messdaten zum Lärm-Ist-Zustand aus dem Privatgutachten 2004 mit strategischen Lärmkarten aus 2008 verglichen und neuerlich begründet ausgeführt, dass der Lärm-Immissionspegel gegenüber 2004 unverändert geblieben sei, weshalb es zulässig gewesen sei, seiner Beurteilung die Daten des von der Bauwerberin vorgelegten Privatgutachtens aus dem Jahr 2004 zugrunde zu legen.

Gegen die Entscheidung der Berufungskommission erhoben die Beschwerdeführer Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof.

Rechtsfolge

Der Gerichtshof wies die Beschwerde als unbegründet ab, dies im Wesentlichen begründet damit, dass einerseits das Salzburger BauTG kein allgemeines nachbarrechtliches Mitspracherecht zu Aspekten der Brandsicherheit vorsieht und dass sich die Behörde andererseits im Zuge ihrer Entscheidungsfindung berechtigt auf die eingeholten Gutachten gestützt hat.

Die Beschwerdeführer hatten moniert, dass der behördlich beigezogene elektro- und maschinentechnische Amtssachverständige keine eigenen Lärmmessungen durchgeführt und sich auf Werte aus einem 2004 erstellten Privatgutachten gestützt habe. Gleiches gelte für den Sachverständigen für Luftreinhaltetechnik.

Dazu führte der Gerichtshof Folgendes aus: *„Werden von der Behörde nicht nach Maßgabe des § 52 AVG Amtssachverständige oder bestellte sonstige Sachverständige herangezogen, sondern Gutachten anderer Sachverständiger (‚Privatgutachten') von einer Partei vorgelegt, so sind diese einer Überprüfung durch Sachverständige im Sinne des § 52 AVG zu unterziehen, wobei gegebenenfalls dann aber nicht noch ein (zusätzliches) Gutachten eines Sachverständigen im Sinne des § 52 AVG notwendig ist."*

Im vorliegenden Fall seien die vorgelegten Privatgutachten von den behördlicherseits beigezogenen Sachverständigen überprüft und für schlüssig befunden worden.

Diese Rechtsansicht hatte der Gerichtshof unter anderem auch bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 (VwGH 28. 4. 2009, 2009/06/0015 mwN) vertreten, in welcher er einen wesentlichen Verfahrensmangel darin erblickt hatte, dass dort eine Überprüfung von vorgelegten Privatgutachten durch behördlich beigezogene Sachverständige unterblieben war, obwohl sich die dortige Beschwerdeführerin ausdrücklich gegen die Berücksichtigung jener Gutachten ausgesprochen hatte.

Fazit

Privatgutachten sind taugliche Beweismittel in Zivilverfahren ebenso wie in Verwaltungsverfahren. Es sind dies Gutachten, die von einer Verfahrenspartei – oft schon vor Einleitung eines Verfahrens zum Zweck der Abklärung und/oder Unterstützung des eigenen Standpunktes – eingeholt und beigebracht werden.

Verwaltungsbehörden können und müssen sich wiederum eigener Sachverständiger bedienen, um ausreichende Entscheidungsgrundlagen ermitteln zu können. Das ungeprüfte Übernehmen von (naturgemäß oft einseitigen) Ergebnissen aus Privatgutachten führte dazu, dass Verfahren mit Mängeln behaftet und einer Überprüfung im Instanzweg nicht standhalten würden. Insbesondere Baubehörden sind daher gut beraten, vorgelegte Privatgutachten durch eigene Sachverständige auf Richtigkeit und Schlüssigkeit hin überprüfen und die Ergebnisse dieser Überprüfung in die Begründung des erlassenen Bescheides einfließen zu lassen.

Nicht zu unterschätzen ist dennoch der Mehrwert, den gute, fundierte Privatgutachten bisweilen nicht nur für Parteien, sondern auch für die entscheidende Behörde haben können. Liegen bereits bei Verfahrenseinleitung schlüssige, objektive Gutachten vor, kann dies zu einer wesentlichen Vereinfachung und Verkürzung von Verfahren beitragen.

2 Keine Bindung der Gemeinde bei eigenmächtigem Handeln des Bürgermeisters – OGH 9. 11. 2011, 5 Ob 52/11z

Sachverhaltskern

Eine oberösterreichische Gemeinde beauftragte ein privates Unternehmen damit, zu Zwecken der Verkehrsberuhigung den Straßenverkehr mit Videoaufnahmen zu überwachen. Übertretungen wurden dokumentiert und zur Anzeige gebracht. Aus den Straferlösen erhielt die Gemeinde einen Anteil, der beauftragte Unternehmer bekam pro Anzeige einen vereinbarten Fixbetrag.

Der die Überwachung durchführende Unternehmer trat nach einiger Zeit an den Bürgermeister heran und bat um Vorfinanzierung einer neuen Videoanlage, da seine eigene defekt geworden sei. Ohne hierfür einen Beschluss des Gemeinderates einzuholen, sagte der Bürgermeister dem Unternehmer zu, die Gemeinde würde die Umrüstung vorfinanzieren; vereinbart wurde weiters die Gegenverrechnung dieser Umrüstungskosten mit den laufenden Forderungen des Unternehmers gegenüber der Gemeinde, so lange, bis die Kosten der Anschaffung abgedeckt seien.

Der Bürgermeister veranlasste die Auszahlung des vereinbarten Betrages,

welchen der Unternehmer jedoch nie zweckgemäß verwendete. Er schaffte insbesondere keine neue Anlage an und erbrachte auch keine Leistungen mehr für die Gemeinde, welche daraufhin den Rücktritt vom Vertrag erklärte. Ein gegen den Unternehmer erwirktes Urteil zugunsten der Gemeinde blieb uneinbringlich, zumal der Unternehmer insolvent geworden und nicht einmal kostendeckendes Vermögen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vorhanden war.

Die Gemeinde klagte daraufhin ihren ehemaligen Bürgermeister auf Zahlung von Schadenersatz und brachte im Wesentlichen vor, dieser habe sein Amt missbraucht, indem er dem Unternehmer eigenmächtig ein Darlehen zugezahlt habe. Hierfür hätte es nach der Oö. Gemeindeordnung eines Beschlusses des Gemeinderates bedurft.

Der beklagte Bürgermeister wendete im Wesentlichen ein, für eine Forderung gegen ihn bestehe keine Rechtsgrundlage, bei der Auszahlung habe es sich nicht um ein Darlehen gehandelt, es habe sich um einen Akt der laufenden, dem Bürgermeister obliegenden Verwaltung gehandelt, die Forderung sei im Übrigen verjährt und ein gegen ihn eingeleitetes Strafverfahren wegen Amtsmissbrauchs sei eingestellt worden. Darüber hinaus verwies der Beklagte darauf, dass der Prüfungsausschuss der Gemeinde den Vorgang geprüft und nie beanstandet habe, dass es hier an einem Gemeinderatsbeschluss mangle, was einer Genehmigung des Geschäfts gleichkomme. Im Übrigen hätte, so der Bürgermeister, der Gemeinderat dem Vorgang ohnedies zugestimmt, wäre er seinerzeit damit befasst worden.

Das Erstgericht folgte der Rechtsansicht der klagenden Gemeinde, wonach es sich bei dem Vorgang um einen Darlehensvertrag gehandelt habe, der eines Gemeinderatsbeschlusses bedurft hätte, um die Gemeinde wirksam zu binden. Der Bürgermeister habe rechtswidrig seine Kompetenzen überschritten. Dieser könne sich auch nicht darauf berufen, dass der Gemeinderat dem Vorgang bei entsprechender Befassung zugestimmt hätte, weil die Regelungen der Gemeindeordnung gerade die Einhaltung der darin geregelten Zuständigkeiten sicherstellen sollen. Verjährung sei nicht eingetreten, weil der Schaden der Gemeinde erst mit der tatsächlichen Uneinbringlichkeit gegenüber dem insolventen Unternehmer eingetreten sei.

Das Berufungsgericht hob das stattgebende Ersturteil auf und verwies die Rechtssache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung zurück an die erste Instanz. Es habe sich zwar um einen Darlehensvertrag gehandelt, jedoch habe es das Erstgericht unterlassen, die Frage zu klären, ob dem beklagten Bürgermeister allenfalls die Haftungserleichterungen des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes (Mäßigung des Ersatzbetrages) zugutekommen könnten. Der Umstand, dass der Prüfungsausschuss das Fehlen eines Gemeinderatsbeschlusses nicht beanstandet habe, bewirke mangels entsprechender Kompetenz des Ausschusses keine Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch die Gemeinde. Zu klären seien zudem noch die Beurteilungsgrundlagen zum Thema Verjährung, weil der Beginn der Verjährungsfrist bereits im Zeitpunkt der rechtsgrundlosen Zahlung eingetreten sei. Darauf, dass der Gemeinderat dem Geschäft zugestimmt hätte, könne sich der Beklagte nicht berufen.

Rechtsfolge

Der Oberste Gerichtshof hatte sich mit den Rekursen beider Seiten gegen den Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts zu befassen und gelangte, den Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts bestätigend, zusammengefasst zu folgendem Ergebnis:

Die Gemeindeordnung beschränke die allgemeine Vertretungsbefugnis des Bürgermeisters. Eine durch einen erforderlichen Gemeinderatsbeschluss nicht gedeckte Willenserklärung des Bürgermeisters binde die Gemeinde grundsätzlich nicht.

Zwar habe es sich entgegen der Ansicht der Vorinstanzen bei dem vorliegenden Rechtsgeschäft nicht um eine Darlehensvergabe, sondern um eine Vorschussgewährung gehandelt, jedoch hätte es auch hierfür eines Gemeinderatsbeschlusses bedurft.

Ein Fall laufender Geschäftsführung liege bei einmaligen großen Anschaffungen nicht vor. Zudem habe die ursprüngliche Befugnis zur Beauftragung eines Unternehmens mit der Verkehrsüberwachung nicht auch die Befugnis umfasst, die Anschaffung neuer Betriebsmittel vorzufinanzieren. Die mangelnde Beanstandung der fehlenden Vertretungsbefugnis durch den Prüfungsausschuss könne nicht als nachträgliche Genehmigung des Rechtsgeschäfts aufgefasst werden.

Das für den Zuspruch von Schadenersatz notwendige Verschulden aufseiten des Beklagten sieht der Gerichtshof als gegeben an. Ein Unternehmer, der eine notwendige Geräteumstellung nicht aus Eigenem finanzieren kann, könne als Vertragspartner kein Vertrauen genießen.

Wenngleich Bürgermeister nicht Dienstnehmer der Gemeinden sind, können in Fällen gleichsam hauptberuflicher Wahrnehmung ihrer Funktion die Haftungserleichterungen des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes zwar grundsätzlich zur Anwendung gelangen, jedoch habe es der Beklagte im konkreten Fall unterlassen, entsprechende Umstände zu behaupten und zu beweisen. Eine Aufhebung des Ersturteils zum Zweck einer Prüfung der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des DHG sei somit unzulässig.

Der OGH öffnet jedoch ein anderes Tor für den beklagten Bürgermeister. Entgegen den Vorinstanzen erachtet er die Erhebung des Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens für grundsätzlich zulässig. Zu prüfen sei im weiteren Verfahren, ob der Gemeinderat, wäre er seinerzeit mit der Frage befasst worden, der Vorschussvereinbarung zugestimmt hätte.

Noch klärungsbedürftig sei schließlich auch die Frage der Verjährung. Zu ermitteln sei der Zeitpunkt der Kenntniserlangung der nicht geschuldeten Zahlung durch den Gemeinderat, welcher Zeitpunkt den Beginn der Verjährungsfrist darstelle.

Fazit

Zuständigkeitsverteilungen, wie sie von sämtlichen österreichischen Gemeindeordnungen vorgenommen werden, sind keine zahnlosen Formvorschriften. Fehlt einem Bürgermeister in Fällen erforderlicher Beschlussfassung durch

den Gemeinderat eben dieser Beschluss des zuständigen Organs, bindet sein Handeln die Gemeinde nicht. Der Handelnde selbst hat die Konsequenzen solcherart eigenmächtig abgegebener Willenserklärungen zu tragen und gegebenenfalls auch mit seinem eigenen Vermögen einzustehen.

Diese Fälle betreffen nicht (nur) bösgläubiges Handeln mit Bereicherungs- oder gar Schädigungsvorsatz, sondern auch solche – in praxi häufiger auftretende – Konstellationen, in denen bloß aus Zeitgründen, aus Gründen der Einfachheit oder auch aus Gründen schlichter Unkenntnis Handlungen gesetzt werden, ohne dass diese durch entsprechend wirksame Beschlüsse gedeckt wären. In Zweifelsfällen, insbesondere bei unüblichen, seltenen oder rechtlich nicht von vornherein klar qualifizierbaren Rechtsgeschäften, ist es jedenfalls ratsam, den Gemeinderat vorab einzubeziehen.

Bürgermeister treten, gerade in kleineren Gemeinden, ihr Amt bisweilen an, ohne sich zuvor rechtlich hinreichend über die Grenzen ihrer Entscheidungsbefugnisse informiert zu haben. Ein gut eingespieltes Team im Gemeindeamt und eine offene Kommunikation zwischen allen Beteiligten können hier manches wettmachen. Sich vor Antritt eines politischen Amtes den jeweiligen rechtlichen Rahmen und insbesondere auch eigene Haftungsrisiken bewusst zu machen, sollte aber dennoch eine Selbstverständlichkeit sein.

3 Befangenheit trifft den Menschen, nicht das Organ – VwGH 18. 10. 2012, 2012/06/0171

Sachverhaltskern

Eine Bauwerberin beantragte bei einer Salzburger Stadtgemeinde die Erteilung einer Baubewilligung für die Errichtung eines Gebäudes unter anderem für die Unterbringung von Wohneinheiten im Rahmen von „betreutem Wohnen". Der Bürgermeister bewilligte das Projekt als Baubehörde erster Instanz.

Gegen diesen Bescheid berief ein Betreiber eines in unmittelbarer räumlicher Nähe zum Bauplatz gelegenen Gastronomiebetriebes. Die Berufung wurde von der Berufungsbehörde, der Gemeindevertretung der Stadtgemeinde, abgewiesen, wogegen der Berufungswerber Vorstellung an die Salzburger Landesregierung erhob. Unter anderem brachte der Vorstellungswerber darin vor, die Berufungsbehörde sei befangen gewesen.

Die Salzburger Landesregierung wies die Vorstellung des nunmehrigen Beschwerdeführers als unbegründet ab. Zum Thema Befangenheit führte sie aus, Organe wie die Gemeindevertretung oder die Stadtgemeinde könnten nach § 7 AVG niemals befangen sein; die Befangenheit einzelner Mitglieder sei vom Vorstellungswerber aber nicht einmal behauptet worden. Gründe für eine Befangenheit der Person des Bürgermeisters seien auch nicht festzustellen gewesen. Zudem sei eine etwaige Befangenheit überhaupt nur dann ein Grund für die Aufhebung einer Entscheidung, wenn sich sachliche Bedenken gegen einen Bescheid ergäben, was hier aber nicht der Fall sei. Auch stelle der Umstand, dass zwischen der Stadtgemeinde und der Bauwerberin ein Baurechtsvertrag existierte, welcher

zuvor von der Gemeindevertretung beschlossen und für die Stadtgemeinde vom Bürgermeister unterzeichnet worden war, keine sachlichen Bedenken gegen die Entscheidung dar. Noch dazu sei der Baurechtsvertrag vom Vorgänger des nunmehrigen Bürgermeisters unterzeichnet worden. Selbst wenn schließlich im Bauverfahren erster Instanz eine Befangenheit des Bürgermeisters bestanden hätte, wäre dieser Verfahrensmangel durch die Entscheidung der (unbefangenen) Berufungsbehörde saniert worden.

Gegen diese Entscheidung der Salzburger Landesregierung erhob der Berufungs- und Vorstellungswerber Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof.

Rechtsfolge

Der Verwaltungsgerichtshof teilt die Rechtsauffassung der Salzburger Landesregierung, wonach Adressat der Befangenheitsregelung des § 7 AVG niemals *„ein Organ (z. B. Bürgermeister, Landeshauptmann, Bundesminister) als bloße Summe von Zuständigkeiten"* sein könne, sondern nur der Mensch, der zur Ausübung der Kompetenzen eines bestimmten Organs berufen ist. Gemeindeorganen sei zudem grundsätzlich zuzubilligen, dass sie gesetzmäßig entscheiden, auch wenn bisweilen eigene privatwirtschaftliche Interessen mit Interessen von Normunterworfenen kollidieren.

Der vom Beschwerdeführer ins Treffen geführte Umstand, dass sich die Aufgabenbereiche des Bürgermeisters als Baubehörde erster Instanz bzw. als Mitglied der Gemeindevertretung als Baubehörde zweiter Instanz einerseits und als vertretungsbefugtes Organ der Stadtgemeinde im Rahmen der Unterzeichnung des Baurechtsvertrages andererseits überschneiden, sei kein Grund, von der Befangenheit der handelnden Person auszugehen.

Fazit

§ 7 AVG regelt im Bereich der Verwaltungsverfahren, so auch im Bauverfahren, wie mit etwaigen in der Person des jeweils Handelnden gegebenen Interessenkollisionen umzugehen ist. Ein Sachverhalt, der dem Gesetz nach einen Befangenheitsgrund bildet, ist grundsätzlich von der jeweiligen Person selbstständig aufzugreifen. Für den Fall, dass ein Befangenheitsgrund vorliegt und sich die betreffende Person dennoch an der Entscheidungsfindung beteiligt bzw. selbst Bescheid erlassend tätig ist, kann die Befangenheit als Verfahrensmangel im Rechtsmittel aufgegriffen werden, wenn sich diese potenziell auf die Sachentscheidung ausgewirkt hat.

Der VwGH hat in dem hier besprochenen Erkenntnis verdeutlicht, was dem Wortlaut ebenso wie dem Sinn und Zweck des Gesetzes nach ohnedies klar sein sollte, nämlich dass Befangenheitsgründe stets an der jeweils handelnden Person haften und niemals an der Organfunktion, welche sie ausübt, oder gar an einem Kollegialorgan.

Gerade im „kleinen" Gemeindebereich, wo vielfach noch „jeder jeden kennt", kommt das Thema Befangenheit immer wieder auf. Gerade Bürgermeister sind gut beraten, sich nicht nur in Fällen tatsächlicher Befangenheitskonstel-

lationen (etwa bei Bauansuchen von Familienmitgliedern) vertreten zu lassen, sondern auch in Konstellationen, die nach außen objektiv den Eindruck einer Befangenheit erwecken könnten. Es ist keinem Verfahren in der Sache gedient, wenn die Befangenheit eines Entscheidungsbefugten im Raum steht und allenfalls sogar im Rechtsmittelweg erfolgreich aufgegriffen wird.

4 Keine Befangenheit des Bürgermeisters als Mitglied des Gemeinderates nach Devolutionsantrag – VwGH 20. 9. 2012, 2012/06/0107

Sachverhaltskern

Den beiden vom VwGH zur genannten Geschäftszahl gemeinsam behandelten Beschwerden einer Liegenschaftseigentümerin waren über Jahre hinweg diverse, teils auch medial verbreitete Rechtsstreitigkeiten vorausgegangen. Im Folgenden soll lediglich ein Teilaspekt herausgegriffen werden, nämlich jener, welcher die Frage einer möglichen Befangenheit eines Bürgermeisters betrifft.

Im Jahr 1997 erließ der Bürgermeister einer oberösterreichischen Marktgemeinde einen Entfernungsauftrag gegen die nunmehrige Beschwerdeführerin, mit dem dieser, gestützt auf das Oberösterreichische Straßengesetz 1991, aufgetragen wurde, einen auf ihrer landwirtschaftlichen Liegenschaft entlang eines öffentlichen Wegegrundstücks errichteten Zaun und ebendort gepflanzte Obstbäume zu entfernen oder so zu versetzen, dass die gesetzlichen Abstandsvorschriften gewahrt werden.

Gegen diesen Bescheid setzte sich die Beschwerdeführerin (durchwegs erfolglos) mit allen erdenklichen Rechtsbehelfen zur Wehr und stellte etwa auch einen Antrag auf Erteilung der Zustimmung zur Unterschreitung der Abstandsvorschriften. Auch richtete sie an die zuständige Bezirkshauptmannschaft einen Antrag auf Feststellung, dass die angrenzende öffentliche Liegenschaft keine „Straße" im Sinn des Oberösterreichischen Straßengesetzes 1991 sei. Mangels Zuständigkeit der Bezirkshauptmannschaft folgte Ende 2009 ein gleichlautender Feststellungsantrag an die Marktgemeinde.

Der Bürgermeister teilte der Antragstellerin daraufhin brieflich mit, dass eine bescheidmäßige Feststellung der Straßeneigenschaft gesetzlich nicht vorgesehen sei. Gegen dieses Schreiben erhob die Beschwerdeführerin Berufung an den Gemeinderat, welche mangels Bescheidcharakter des Schreibens zurückgewiesen wurde. Die dagegen erhobene Vorstellung scheiterte ebenso wie eine diesbezüglich erhobene und im Jahr 2010 vom VwGH behandelte Beschwerde daran, dass kein bekämpfbarer Bescheid vorlag.

Daraufhin stellte die Beschwerdeführerin 2011 einen an den Gemeinderat gerichteten Devolutionsantrag mit dem Vorbringen, der Bürgermeister habe über ihren Feststellungsantrag hinsichtlich der Straßeneigenschaft nicht entschieden. Der Gemeinderat wies den Antrag im Jahr 2011 als unzulässig zurück, einerseits weil die Erlassung derartiger Feststellungsbescheide gesetzlich nicht vorgesehen sei, und andererseits, weil über die Frage der Straßeneigenschaft bereits rechts-

kräftig entschieden sei, habe doch der Gemeinderat im Jahr 1998 den ursprünglichen Entfernungsauftrag bestätigt, welche Entscheidung in Rechtskraft erwachsen sei. Der dagegen erhobenen Vorstellung der Beschwerdeführerin, gerichtet an die Oberösterreichische Landesregierung, wurde nicht Folge gegeben. Die Landesregierung verwarf das Vorbringen der Beschwerdeführerin dahingehend, der Bürgermeister sei im Zuge der Entscheidungsfindung des Gemeinderates 2011 befangen gewesen. In der Mitwirkung des Bürgermeisters an der Entscheidung des Gemeinderates nach Übergang der Zuständigkeit auf diesen (als Folge eines Devolutionsantrages) sei kein Befangenheitstatbestand zu erblicken, weil der Bürgermeister gerade keinen erstinstanzlichen Bescheid erlassen habe.

Unter anderem gegen diese Rechtsansicht richtete sich die an den VwGH gerichtete Beschwerde der Antragstellerin.

Rechtsfolge

Der Gerichtshof teilte die Rechtsansicht der belangten Landesregierung. Er verwies dabei auf ein diese Frage behandelndes – dieselbe Antragstellerin betreffendes – Erkenntnis des VwGH aus dem Jahr 2004 (GZ 2004/05/0016). Bereits darin war ausgesprochen worden, dass in derartigen Konstellationen, nach Übergang der Entscheidungspflicht auf den Gemeinderat infolge eines Devolutionsantrages, die Befangenheit eines Bürgermeisters schon deshalb ausscheide, weil dieser in erster Instanz gar nicht tätig geworden sei.

Fazit

Das hier besprochene Erkenntnis ist rechtlich selbstredend und vermag Unklarheiten darüber, ob sich ein Bürgermeister im Zuge der Behandlung eines Devolutionsantrages der Mitwirkung im Gemeinderat zu enthalten hat, auszuräumen. Als Faustregel gilt, so nicht andere Befangenheitsgründe, etwa familiäre Bindungen zu Verfahrensparteien zu bejahen sind, dass von einer Befangenheit im Sinn des Gesetzes jedenfalls dann nicht auszugehen ist, wenn der Bürgermeister keine bescheidmäßige erstinstanzliche Erledigung vorgenommen hat.

Ausnahmen sind in solchen Fällen denkbar, in denen etwa aufgrund persönlicher Animositäten die Fällung einer erstinstanzlichen Entscheidung gleichsam gezielt unterlassen wird. Hier wird sich das Gemeindeorgan korrekterweise auf den Befangenheitsgrund des § 7 Abs. 1 Z 3 AVG („sonstige wichtige Gründe, die geeignet sind, die volle Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen") zurückziehen und sich einer Mitwirkung an der Entscheidungsfindung im Gemeinderat enthalten müssen.