

# TE Vwgh Erkenntnis 2002/11/21 2002/07/0107

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.11.2002

## **Index**

40/01 Verwaltungsverfahren;

## **Norm**

AVG §58 Abs2;

AVG §66 Abs4;

VVG §1 Abs1;

VVG §10 Abs2 Z1;

VVG §4 Abs1;

VVG §4 Abs2;

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Fürnsinn und die Hofräte Dr. Bumberger, Dr. Beck, Dr. Hinterwirth und Dr. Enzenhofer als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Kante, über die Beschwerde der Wassergenossenschaft D, vertreten durch den Obmann A, dieser vertreten durch Dr. Robert Steiner, Rechtsanwalt in Spittal/Drau, Ortenburgerstraße 4, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Kärnten vom 11. Juli 2002, Zl. 8W-Allg-439/9/2001, betreffend Ersatzvornahme und Kostenvorauszahlung, zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

Der Bund hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 908,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

## **Begründung**

Unter dem Datum des 12. November 1998 erließ der Landeshauptmann von Kärnten (LH) gegenüber der beschwerdeführenden Partei einen Bescheid, dessen Spruch folgenden Wortlaut hat:

"I. Der Landeshauptmann von Kärnten bewilligt gemäß § 40, § 99 Abs. 1 lit. f sowie § 111 Abs. 1 und 2 Wasserrechtsgesetz 1959 (WRG 1959) der (beschwerdeführenden Partei) die im Ausführungsprojekt vom Oktober 1986 des Wasserbauamtes Spittal/Drau dargestellte Abänderung auf Parzelle 470 KG R der M, wobei der auf der Parzelle bestehende offene Graben auf Parzelle 470 entsprechend dem Vorbringen der M, vertreten durch den Sohn R, erstattet anlässlich der örtlichen mündlichen Verhandlung vom 16.5.1997, zu verrohren und zu verschütten ist.

II. Gemäß § 121 Wasserrechtsgesetz 1959 in Verbindung mit § 99 Abs. 1 lit. f WRG 1959 wird festgestellt, dass die oben nachträglich bewilligten Maßnahme dem Ausführungsprojekt vom Oktober 1986 des Wasserbauamtes Spittal/Drau entspricht."

In der Einleitung zu diesem Bescheid heißt es, mit Bescheid des LH vom 23. November 1983 sei der beschwerdeführenden Partei die Bewilligung zur Erneuerung der Entwässerungsanlagen nach Maßgabe des vorgelegten Projektes erteilt worden. Die im bewilligten Projekt dargestellten Arbeiten seien abweichend durchgeführt und die Anlage in drei Teilschritten mit den Bescheiden des LH vom 22. August 1994, vom 2. August 1996 und vom 24. Dezember 1996 kollaudiert worden. Aus dem Bescheid des LH vom 22. August 1994 sei die Liegenschaft Parzelle 470, KG R (Eigentümer M), ausdrücklich ausgenommen worden, da zwischen der verfahrensbeteiligten Partei M und der beschwerdeführenden Partei über die geänderte Anlagenerrichtung auf der genannten Parzelle kein Einvernehmen habe erzielt werden können. Letztendlich sei nach Durchführung eines umfangreichen Verfahrens mit entsprechenden Zeugeneinvernahmen am 16. Mai 1997 eine abschließende mündliche Verhandlung über die Frage der Inanspruchnahme der Parzelle 470 durchgeführt worden.

Dieser Bescheid wurde von der beschwerdeführenden Partei nicht bekämpft.

Mit Schreiben vom 8. März 1999 teilte M der Bezirkshauptmannschaft S (BH) mit, dass die beschwerdeführende Partei ihrer Verpflichtung, den auf dem Grundstück 470 bestehenden offenen Graben zu verrohren und zu verschütten, bisher nicht nachgekommen sei. Sie stellte den Antrag, die BH wolle den dem Punkt I des Bescheides des LH vom 12. November 1998 entsprechenden Zustand in einem Verwaltungsvollstreckungsverfahren herstellen.

Mit Schreiben vom 27. Oktober 1999 drohte die BH der beschwerdeführenden Partei die Ersatzvornahme an.

In dieser Androhung wurde zunächst Spruchabschnitt I des Bescheides des LH vom 12. November 1998 wörtlich wiedergegeben. Es folgt die Feststellung, dass die beschwerdeführende Partei dieser Verpflichtung bisher nicht nachgekommen sei. Daran anschließend heißt es dann in der Androhung:

"Im Bereich der Parzelle Nr. 470 der KG R haben Sie daher nachstehende Maßnahmen zu treffen:

1. Der bestehende offene Graben ist zu verrohren und zu verschütten.
2. Die Verrohrung ist dem Rohrdurchmesser auf der Parzelle Nr. 471 der KG R entsprechend anzupassen.
3. Die Überschüttung hat in einer Mächtigkeit zu erfolgen, die eine ortsübliche Bewirtschaftung zulässt und dass keine Beschädigung der Rohrleitung entsteht; dass heißt, die Überschüttung sollte mindestens 1 m über Rohrscheitel erfolgen.
4. Die Maßnahmen sind nach erfolgter Beweidung und Aberntung (letzter Schnitt) bzw. nach erfolgter Nachweide und vor der Frostperiode durchzuführen.

Wir setzen Ihnen für die Erbringung der Leistung noch einmal eine Frist bis 30.11.1999.

Sollten Sie Ihre Verpflichtung bis dahin wieder nicht erfüllt haben, werden wir veranlassen, dass die Leistung auf Ihre Gefahr und Kosten von jemand anderem erbracht wird."

Mit Bescheid vom 26. Juni 2000 ordnete die BH "die mit Schreiben vom 27.10.1999 angedrohte Ersatzvornahme" an. Gleichzeitig verpflichtete sie die beschwerdeführende Partei, als Vorauszahlung für die Kosten der Ersatzvornahme einen Betrag von S 1.068.500,-- zu erlegen.

Die beschwerdeführende Partei berief.

Mit Bescheid vom 11. September 2000 gab die belangte Behörde der Berufung insofern Folge, als der zweite und dritte Satz im Spruch des erstinstanzlichen Bescheides geändert wurden. An die Stelle des zweiten Satzes des Spruches, welcher die Anordnung der Ersatzvornahme enthält wurde folgender Text gesetzt:

"Es wird daher die gemäß Punkt 1. und 2. des Schreibens vom 27.10.1999, Zl. 5-WG-20/6-1999, angedrohte Ersatzvornahme angeordnet. Das heißt, dass der auf Grundstück Nr. 470, KG R, bestehende offene Graben zu verrohren und zu verschütten ist, wobei die Verrohrung in der Weise vorzunehmen ist, dass die Rohrdimension jener der auf dem Nachbargrundstück Nr. 471, KG R, vorhandenen Entwässerungsanlage entspricht und nach erfolgter Verrohrung der Graben zur Gänze aufzuschütten ist."

Geändert wurden auch die Kosten der Ersatzvornahme.

Dieser Bescheid wurde vom Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 22. Februar 2001, 2000/07/0254, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

Begründet wurde diese Entscheidung damit, dass die Androhung der Ersatzvornahme nicht mit der tatsächlich angeordneten Ersatzvornahme übereinstimmt.

In der Androhung der Ersatzvornahme durch die BH vom 27. Oktober 1999 wurde nämlich unter Punkt 3 der von der beschwerdeführenden Partei zu treffenden Maßnahmen angeführt, dass die Überschüttung in einer Mächtigkeit zu erfolgen hat, die eine ortsübliche Bewirtschaftung zulässt und dass keine Beschädigung der Rohrleitung entsteht, dass heißt, die Überschüttung sollte mindestens 1 m über Rohrscheitel erfolgen.

Im Bescheid der belangten Behörde vom 11. September 2000 hingegen wurde angeordnet, dass nach erfolgter Verrohrung der Graben zur Gänze aufzuschütten ist. Eine Aufschüttung des Grabens zur Gänze - wie sie dem Titelbescheid entspricht - ist aber inhaltlich etwas anderes als eine "Überschüttung mindestens 1 m über Rohrscheitel". Vor Erlassung einer Vollstreckungsverfügung, welche die dem Titelbescheid entsprechende gänzliche Verfüllung des Grabens anordnet, wäre daher, wie der Verwaltungsgerichtshof im Vorerkenntnis ausführte, eine (nochmalige) Androhung mit diesem Inhalt durch die BH erforderlich gewesen.

Im fortgesetzten Verfahren nahm die belangte Behörde mit Schreiben vom 12. November 2001 gegenüber der beschwerdeführenden Partei eine Androhung der Ersatzvornahme vor, in welcher als die von der beschwerdeführenden Partei zu erfüllende und noch nicht erfüllte Leistung die Aufschüttung des Grabens zur Gänze angeführt wird.

Diese Androhung wurde dem Obmann der beschwerdeführenden Partei und nicht deren Rechtsvertreter zugestellt.

Mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid vom 11. Juli 2002 gab die belangte Behörde der Berufung der beschwerdeführenden Partei gegen den Bescheid der BH vom 26. Juni 2000 insofern Folge, als der erstinstanzliche Bescheid "gänzlich geändert wird und die Anordnung der Ersatzvornahme sowie der Auftrag zur Vorauszahlung der Kosten der Ersatzvornahme nunmehr wie folgt lautet:

I.

#### Anordnung der Ersatzvornahme

"Die Wassergenossenschaft (WG D, vertreten durch den Obmann A) als verpflichtete Partei hat die ihr mit Bescheid des LH von Kärnten vom 12.11.1998, Zl. 8W-Allg-42/34/97, auferlegte Verpflichtung, den auf Grundstück Nr. 470, KG R, bestehenden offenen Graben zu verrohren und zu verschütten, nicht erfüllt.

Mit Schreiben vom 12.11.2001, Zl. 8W-Allg-439/7/2001 (Androhung der Ersatzvornahme) wurde nochmals eine Frist zur Erbringung der Leistung, den auf dem Grundstück Nr. 470, KG R, bestehenden offenen Graben zu verrohren und zu verschütten, wobei die Verrohrung in der Weise vorzunehmen ist, dass die Rohrdimension jener der auf dem Nachbargrundstück Nr. 471, KG R, vorhandenen Entwässerungsanlage entspricht und nach erfolgter Verrohrung der Graben zur Gänze aufzuschütten ist, bis 21.12.2001 eingeräumt und für den Fall der Nichterfüllung der Verpflichtung die Ersatzvornahme angedroht. Diese Frist ist fruchtlos verstrichen.

Es wird daher die mit Schreiben des Landeshauptmannes von Kärnten vom 12.11.2001, Zl. 8W-Allg-439/7/2001, angedrohte Ersatzvornahme angeordnet. Das heißt, dass die mangelnde Leistung, nämlich die Verrohrung und Verschüttung des auf Grundstück Nr. 470, KG R, bestehenden offenen Grabens auf Gefahr und Kosten der WG D unverzüglich (durch einen anderen) bewerkstelligt wird, wobei die Verrohrung in der Weise vorzunehmen ist, dass die Rohrdimension jener der auf dem Nachbargrundstück Nr. 471, KG R, vorhandenen Entwässerungsanlage entspricht und nach erfolgter Verrohrung der Graben zur Gänze aufzuschütten ist."

Unter Spruchabschnitt II wurde ein Auftrag zur Vorauszahlung der Kosten der Ersatzvornahme in Höhe von EUR 73.821,06 erteilt.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der Rechtswidrigkeit des Inhalts und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht wird.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und in der Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die beschwerdeführende Partei bringt u.a. vor, die belangte Behörde habe ihre Zuständigkeit überschritten, indem sie selbst die Androhung der Ersatzvornahme vorgenommen habe.

Schon mit diesem Vorbringen ist die beschwerdeführende Partei im Recht.

Nach § 4 Abs. 1 VVG kann die mangelnde Leistung nach vorheriger Androhung auf Gefahr und Kosten des Verpflichteten bewerkstelligt werden, wenn der zu einer Arbeits- oder Naturalleistung Verpflichtete dieser Pflicht gar nicht oder nicht vollständig oder nicht zur gehörigen Zeit nachgekommen ist.

Die Androhung der Ersatzvornahme ist eine unabdingbare Voraussetzung für die Durchführung einer Ersatzvornahme; die Unterlassung der Androhung macht die Vollstreckung unzulässig (vgl. Walter-Thienel, Verwaltungsverfahren II2, 1312). Die vorherige Androhung der Ersatzvornahme ist eine Prozessvoraussetzung für eine dem Gesetz entsprechende Ersatzvornahme. Das Fehlen dieser Prozessvoraussetzung bewirkt, dass die Vollstreckung nach § 10 Abs. 2 Z. 1 VVG als mit dem Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses behaftet unzulässig ist (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. Oktober 1988, 86/04/0048). Die Androhung der Ersatzvornahme steckt somit auch den Rahmen des Vollstreckungsverfahrens ab. Aus dem Charakter der Androhung als Prozessvoraussetzung für das Vollstreckungsverfahren und als Umschreibung seines Rahmens folgt, dass sowohl die Erstbehörde als auch die Berufungsbehörde sich mit der Ersatzvornahmeanordnung in jenem Rahmen zu halten haben, der durch die Androhung der Ersatzvornahme gesteckt wurde.

Im Beschwerdefall wurde in der Androhung der Ersatzvornahme vom 27. Oktober 1999 durch die BH unter Punkt 3 der von der beschwerdeführenden Partei zu treffenden Maßnahmen angeführt, dass die Überschüttung in einer Mächtigkeit zu erfolgen hat, die eine ortsübliche Bewirtschaftung zulässt und keine Beschädigung der Rohrleitung entsteht, dass heißt, die Überschüttung sollte mindestens 1 m über Rohrscheitel erfolgen. Auch die von der BH erlassene Anordnung der Ersatzvornahme hatte diesen Inhalt.

Im angefochtenen Bescheid wird hingegen angeordnet, dass nach erfolgter Verrohrung der Graben zur Gänze aufzuschütten ist.

Damit aber hat die belangte Behörde den Rahmen der durch die erstinstanzliche Androhung der Ersatzvornahme und die damit übereinstimmende Anordnung der Ersatzvornahme gesteckten Rahmen des Verwaltungsvollstreckungsverfahrens verlassen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die belangte Behörde selbst die Ersatzvornahme in der Form angedroht hat, wie sie sie dann im angefochtenen Bescheid angeordnet hat, da weder das AVG - soweit es im Verwaltungsvollstreckungsverfahren anzuwenden ist - noch das VVG der Berufungsbehörde die Befugnis geben, durch eine eigene Androhung der Ersatzvornahme den durch die Androhung der Ersatzvornahme im erstinstanzlichen Verfahren gezogenen Rahmen zu ändern und damit über die Sache des Berufungsverfahrens hinauszugehen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat denn auch im Vorerkenntnis vom 22. Februar 2001, 2000/07/0254, ausdrücklich betont, dass vor Erlassung einer Vollstreckungsverfügung, welche die dem Titelbescheid entsprechende gänzliche Verfüllung des Grabens anordnet, eine (nochmalige) Androhung mit diesem Inhalt durch die Bezirkshauptmannschaft erforderlich wäre.

An diese Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes war die belangte Behörde gemäß § 63 Abs. 1 VwGG im weiteren Verfahren gebunden.

In Konsequenz dieser Auffassung hätte sie den erstinstanzlichen Bescheid aufzuheben gehabt, um den Weg für einen neuen Bescheid durch die Erstbehörde nach vorangegangener Androhung der Ersatzvornahme durch diese frei zu machen.

In der Gegenschrift meint die belangte Behörde, sie habe nur in der von ihr eingeschlagenen Weise vorgehen können, weil eine Aufhebung nach § 66 Abs. 2 AVG nicht in Frage gekommen wäre.

Es ist richtig, dass eine Aufhebung des erstinstanzlichen Bescheides nach § 66 Abs. 2 AVG im Beschwerdefall nicht in Betracht gekommen wäre. Von einer solchen ist aber auch gar nicht die Rede. Der Bescheid wäre vielmehr nach § 10

VVG in Verbindung mit § 66 Abs. 4 AVG aufzuheben gewesen. Ein solcher Bescheid würde nicht die endgültige Beendigung des Verfahrens bedeuten, sondern den Weg für eine Anordnung der Ersatzvornahme durch die Erstbehörde (nach vorangegangener Androhung) frei machen (vgl. zu der je nach ihrem Zweck und ihrer Begründung unterschiedlichen Wirkung von auf § 66 Abs. 4 AVG gestützten Bescheiden das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 13. April 2000, 99/07/0202, und die dort angeführte Vorjudikatur).

Der angefochtene Bescheid enthält auch einen Kostenvorauszahlungsauftrag. Wie der Verwaltungsgerichtshof im Vorerkenntnis vom 22. Februar 2001, 2000/07/0254, dargelegt hat, setzt die Erlassung eines Kostenvorauszahlungsauftrages das Vorliegen einer Androhung der Ersatzvornahme voraus

Im Beschwerdefall liegt zwar eine Androhung vor. Diese stammt aber von einer hiefür unzuständigen Behörde. Die Androhung der Ersatzvornahme durch eine unzuständige Behörde ist aber keine Grundlage für einen Kostenvorauszahlungsauftrag.

Aus den dargestellten Erwägungen erweist sich der angefochtene Bescheid als inhaltlich rechtswidrig, weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war.

Der Ausspruch über den Kostenersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 501/2001.

§ 1 Z. 1 lit. a dieser Verordnung sieht als Schriftsatzaufwand einen Betrag von EUR 908,- vor. Das darüber hinausgehende Mehrbegehren der beschwerdeführenden Partei war daher abzuweisen.

Wien, am 21. November 2002

### **Schlagworte**

Beschränkungen der Abänderungsbefugnis Beschränkung durch die Sache Besondere Rechtsprobleme

Beschränkungen der Abänderungsbefugnis Diverses Inhalt der Berufungsentscheidung Kassation Beschränkungen der

Abänderungsbefugnis Beschränkung durch die Sache Beschränkungen der Abänderungsbefugnis Beschränkung durch

die Sache Besondere Rechtsprobleme Auswechslung behördlicher Aufträge und Maßnahmen Beschränkungen der

Abänderungsbefugnis Beschränkung durch die Sache Bindung an den Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens

Allgemein

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2002:2002070107.X00

### **Im RIS seit**

17.03.2003

### **Zuletzt aktualisiert am**

22.09.2008

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)