



## **IM NAMEN DER REPUBLIK!**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Lehofer, Mag. Nedwed und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Revision der Stadtgemeinde H, vertreten durch die Hohenberg Strauss Buchbauer Rechtsanwälte GmbH in 8010 Graz, Hartenaugasse 6, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Steiermark vom 15. Jänner 2016, Zl LVwG-41.11-898/2015-26, betreffend Auflassung einer Eisenbahnkreuzung gemäß § 48 Eisenbahngesetz (mitbeteiligte Partei: Ö AG in W, vertreten durch die Jarolim Flitsch Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Volksgartenstraße 3), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts aufgehoben.

Der Bund hat der revisionswerbenden Partei Aufwendungen in Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Entscheidungsgründe:**

- 1 Mit Bescheid vom 8. November 2013 erließ die im Devolutionsweg zuständig gewordene Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie - im zweiten Rechtsgang nach Aufhebung zweier vorangegangener Bescheide durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. Mai 2010, 2009/03/0023 - eine Anordnung zur Auflassung der auch hier gegenständlichen schienengleichen Eisenbahnkreuzung in km 50,107 der ÖBB-Strecke Fehring - Friedberg im Gemeindegebiet der Stadtgemeinde H unter Vorschreibungen von Nebenbestimmungen zur Umgestaltung des verbleibenden Wegenetzes bzw zur Vornahme sonstiger Ersatzmaßnahmen.
- 2 Dieser Bescheid wurde aufgrund einer Beschwerde der auch hier revisionswerbenden Gemeinde mit Erkenntnis des VwGH vom 18. Februar 2015, 2013/03/0156, wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufgehoben.

==



- 3 In der Folge erließ das Landesverwaltungsgericht Steiermark das nunmehr angefochtene Erkenntnis, mit dem es die Auflassung der gegenständlichen Eisenbahnkreuzung unter Beachtung der unter Spruchpunkt II. angeführten Ersatzmaßnahme mit einer Ausführungsfrist von zwei Jahren ab Zustellung des Erkenntnisses anordnete. In Spruchpunkt II. sprach das Verwaltungsgericht aus, dass die Auflassung der Eisenbahnkreuzung in Km 50,107 innerhalb der Auflassungsfrist, aber erst nach Errichtung und Inbetriebnahme des schienengleichen Eisenbahnüberganges für Fußgänger in Km 50,150 zu erfolgen habe. Die Revision an den Verwaltungsgerichtshof wurde für unzulässig erklärt.

Das Verwaltungsgericht stellte in diesem Erkenntnis den bisherigen Verfahrensgang dar und führte aus, dass es aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens von folgendem Sachverhalt ausgehe:

Die Eisenbahnkreuzung in Km 50,107 der eingleisigen ÖBB-Strecke Fehring - Friedberg befinde sich im Verlauf einer Gemeindestraße im Ortsgebiet der revisionswerbenden Gemeinde. Hier quere die Gemeindestraße von der nahegelegenen B50, welche parallel zur Bahnlinie verlaufe, das Streckengleis. Die Firma P werde derzeit sowohl über diese Eisenbahnkreuzung als auch über die südlich des Werks gelegene Straße und den Kreisverkehr erschlossen. Weiters binde unmittelbar südlich der Eisenbahnkreuzung der H-Weg ein, welcher bahnparallel unmittelbar südlich der Bahntrasse verlaufe. Für den H-Weg bestehe ein allgemeines Fahrverbot, ausgenommen Werksverkehr, Radfahrer und City-Bus im Bereich der Liegenschaft der Firma P.

Die gegenständliche Eisenbahnkreuzung zähle zu den besonders gefährlichen Bahnübergängen mit besonderer Unfallhäufigkeit in den letzten Jahren.

Durch die Auflassung der Eisenbahnkreuzung in Km 50,107 komme es für den mehrspurigen Verkehr zu maximalen (zumutbaren) Mehrweglängen von 320 m bis 540 m. Das Einkaufszentrum H sei für Fußgänger derzeit lediglich über die Eisenbahnkreuzung in Km 50,107 erreichbar. Bei einer Auflassung der Eisenbahnkreuzung in Km 50,107 betrage die Mehrweglänge über eine



alternative Route über die S Straße und die H-Verbindungsspanne 770 m, wobei jedoch auf der H-Verbindungsspanne ein gesicherter Fußweg im Bestand nicht vorhanden sei. Als Ausgleichsmaßnahme sei daher in Km 50,150 eine neue Fußgänger-Eisenbahnkreuzung zu errichten, und zwar 43 m östlich der derzeit bestehenden Eisenbahnkreuzung. Für Fußgänger ergäben sich durch die Auflassung der Eisenbahnkreuzung in Km 50,107 und Errichtung einer neuen Fußgänger-Eisenbahnkreuzung in Km 50,150 maximale Mehrweglängen von ca 68 m, welche zumutbar seien.

Die Eisenbahnkreuzung in Km 50,150 sei als Fußgänger-Eisenbahnkreuzung so auszubilden, dass durch geeignete Maßnahmen das Befahren durch Fahrzeuge verhindert werde. Nördlich der Bahn sei vom bestehenden Schutzweg über die B50 westlich der abzutragenden Eisenbahnkreuzung bis zur neu zu errichtenden Fußgänger-Eisenbahnkreuzung in Km 50,150 ein Fußweg herzustellen. Südlich der neuen Fußgänger-Eisenbahnkreuzung sei eine Fußwegverbindung zum H-Weg herzustellen. Die wirtschaftliche Zumutbarkeit sei gegeben.

Das Verwaltungsgericht nimmt in weiterer Folge Bezug auf ein Gutachten, das im Verfahren zur Erteilung der eisenbahnrechtlichen Baugenehmigung für die Errichtung des schienengleichen Eisenbahnüberganges für Fußgänger in Km 50,150 erstellt worden sei. In der Zusammenfassung dieses Gutachtens heiße es unter anderem, dass vom gutachterlichen Standpunkt der vorgelegte Bauentwurf zur Ausführung geeignet sei und dem Stand der Technik entspreche. Für die Errichtung des Gehweges nördlich der neu zu errichtenden Eisenbahnkreuzung in Km 50,150 habe mit dem Grundeigentümer bereits eine Einigung erzielt werden können. Für die Errichtung des Gehweges südlich der neu zu errichtenden Eisenbahnkreuzung gebe es mit den Eigentümern, der Stadtgemeinde H sowie der Firma P noch keine Einigung. Aufgrund des vorliegenden Sachverständigengutachtens seien zwar die Mehrweglängen nach der Auflassung der gegenständlichen Eisenbahnkreuzung für den mehrspurigen Verkehr und für Radfahrer zumutbar, jedoch nicht für Fußgänger. Daher sei als Ersatzmaßnahme eine Eisenbahnkreuzung für Fußgänger in Km 50,150 zu errichten. Damit sei sichergestellt, dass das im Zusammenhang mit der



Auflassung der gegenständlichen Eisenbahnkreuzung umzugestaltende Wegenetz den Verkehrserfordernissen entspreche.

Zuletzt hält das Verwaltungsgericht fest, der Vertreter der Gemeinde H habe im Zuge der Verhandlung noch vorgebracht, dass der Gestattungsvertrag zwischen der Stadtgemeinde H und der Firma P vom 17. Dezember 2004 mittlerweile per Ende Mai 2016 gekündigt worden sei. In diesem Gestattungsvertrag sei der Stadtgemeinde H seitens des Eigentümers gestattet worden, einen Teil näher bezeichneter Grundstücke (darauf befindet sich auch der H-Weg) als Geh- und Radweg sowie zur Führung einer City-Busverbindung zu adaptieren und ihr insoweit für die Dauer des Vertrages das Recht zur Nutzung als Geh- und Radweg für die Öffentlichkeit und Führung einer City-Buslinie eingeräumt worden.

Das Verwaltungsgericht verwies in diesem Zusammenhang auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach das Verwaltungsgericht seine Entscheidung an der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seiner Entscheidung auszurichten habe. Dies bedeute, dass zum Zeitpunkt der nunmehrigen Entscheidung der H-Weg, an welchen der Gehweg nach Passieren der neu zu schaffenden Eisenbahnkreuzung anschließe, als Gehweg zur Verfügung stehe. Die Realisierung der Ersatzmaßnahme (Eisenbahnkreuzung für Fußgänger in Km 50,150) sei allerdings nicht Gegenstand des nunmehrigen Verfahrens.

Die Anordnung der Umgestaltung oder Auflassung einer Eisenbahnkreuzung ergehe als Leistungsbescheid, der sich sowohl an das Eisenbahnunternehmen als auch an den Träger der Straßenbaulast richte, wobei beiden die Pflicht auferlegt sei, die im Rahmen ihres Aufgabenbereiches anfallenden Änderungen vorzunehmen und die dafür noch notwendigen Genehmigungen rechtzeitig einzuholen. Werde es daher aufgrund der Änderungen der Straßenverhältnisse notwendig, auf nicht zur Verfügung stehende Grundstücke zurückzugreifen und scheitere eine gütliche Einigung mit den jeweiligen Grundeigentümern, so sei mit einer dauernden oder vorübergehenden Enteignung vorzugehen. Dabei sei für jenen Bereich, der durch die zu ändernde Straße in Anspruch genommen werden solle, nur der Träger der Straßenbaulast zur Einbringung eines



Enteignungsantrages berechtigt und - durch eine verbindliche Anordnung gemäß § 48 EibG - auch verpflichtet.

- 4 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision mit dem Antrag, der Verwaltungsgerichtshof möge in der Sache selbst entscheiden, der Revision Folge geben und das angefochtene Erkenntnis dahingehend abändern, dass der Antrag auf Auflassung der gegenständlichen Eisenbahnkreuzung abgewiesen werde. Hilfsweise wird beantragt, der Verwaltungsgerichtshof möge das Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und/oder Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufheben. Die revisionswerbende Gemeinde beantragt weiters den Zuspruch der Verfahrenskosten. Mit Schriftsatz vom 25. April 2016 erstattete die revisionswerbende Gemeinde weiteres Vorbringen.
- 5 Der Verwaltungsgerichtshof leitete das Vorverfahren ein und lud die Verfahrensparteien ein, sich zur Frage der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes im Lichte des Art 151 Abs 51 Z 9 B-VG zu äußern.
- 6 Die mitbeteiligte Partei erstattete eine Revisionsbeantwortung, in der sie beantragt, der Verwaltungsgerichtshof möge die Revision zurückweisen, in eventu abweisen und der mitbeteiligten Partei Kostenersatz zuerkennen.

Die revisionswerbende Gemeinde nahm mit Schriftsatz vom 15. Juni 2016 zu der in der Einleitung des Vorverfahrens aufgeworfenen Frage der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Stellung, ergänzte einen „weiteren Revisionspunkt“ und stellt einen auf den Grund der Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichtes gestützten Aufhebungsantrag.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

- 7 § 48 Abs 1 Eisenbahngesetz, BGBl Nr 60/1957 idF BGBl I Nr 25/2010 lautet auszugsweise wie folgt:

**„Anordnung der baulichen Umgestaltung und der Auflassung**

§ 48. (1) Die Behörde hat auf Antrag eines zum Bau und zum Betrieb von Haupt-, Neben-, Anschluss- oder Materialbahnen mit beschränkt-öffentlichem



Verkehr berechtigten Eisenbahnunternehmens oder eines Trägers der Straßenbaulast anzuordnen:

1. [...]

2. die Auflassung eines oder mehrerer in einem Gemeindegebiet gelegener schienengleicher Eisenbahnübergänge zwischen einer Haupt-, Neben-, Anschluss- oder Materialbahn mit beschränkt-öffentlichem Verkehr einerseits und einer Straße mit öffentlichem Verkehr andererseits, sofern das verbleibende oder das in diesem Zusammenhang umzugestaltende Wegenetz oder sonstige in diesem Zusammenhang durchzuführende Ersatzmaßnahmen den Verkehrserfordernissen entsprechen und die allenfalls erforderliche Umgestaltung des Wegenetzes oder die Durchführung allfälliger sonstiger Ersatzmaßnahmen den Verkehrsträgern (Eisenbahnunternehmen und Träger der Straßenbaulast) wirtschaftlich zumutbar sind.

Sie kann unter denselben Voraussetzungen eine solche Anordnung auch von Amts wegen treffen. Für die Durchführung der Anordnung ist eine Frist von mindestens zwei Jahren zu setzen.

[...]“

- 8 Die revisionswerbende Gemeinde bringt zur Zulässigkeit der Revision vor, es fehle Rechtsprechung zu der Frage, ob die nach § 48 Abs 1 Z 2 EibG im Zusammenhang mit der Auflassung einer Eisenbahnkreuzung vorgesehene „Umgestaltung des Wegenetzes“ nicht näher determinierten und erfolgungsgewissen Bemühungen des Trägers der Straßenbaulast überlassen werden dürfe.
- 9 Diesbezüglich verweist die revisionswerbende Partei begründend auf den zivilrechtlich bereits im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses unvermeidlichen Verlust der weiteren Wegführung für die angeordnete Ersatzmaßnahme spätestens Ende Mai 2016; dieser Verlust der weiteren Wegeanbindung würde der Ersatzmaßnahme jeden Sinn nehmen, der ersatzweise vorgesehene Fußgängerübergang würde „auf unbearbeiteter Grasnarbe enden“.

Die vom Verwaltungsgericht vertretene Auslegung des § 48 Abs 2 Z 2 EibG, wonach die „per Ende Mai 2016“ bereits zwingend zu gewärtigende Tatsache der Verbauung der weiteren Wegführung nicht zu berücksichtigen sei, sei nicht haltbar.



- 10 Die Revision ist zulässig, weil zu der von der revisionswerbenden Partei aufgeworfenen Frage noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergangen ist. Sie ist auch berechtigt:
- 11 Nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichtes sind die durch die Auflassung der gegenständlichen Eisenbahnkreuzung entstehenden Mehrweglängen für den Fußgängerverkehr nicht zumutbar. Ohne Ersatzmaßnahme würde daher das bei Auflassung der Eisenbahnkreuzung verbleibende Wegenetz den Verkehrserfordernissen nicht entsprechen. Als Ersatzmaßnahme hat das Verwaltungsgericht die Errichtung eines schienengleichen Eisenbahnüberganges für Fußgänger mit einer Ausführungsfrist von zwei Jahren ab Zustellung des (im Jänner 2016 erlassenen) Erkenntnisses festgelegt.
- 12 Der Vertreter der revisionswerbenden Gemeinde hat in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass der Gestattungsvertrag, der die Benützung des H-Weges vorsah, per Ende Mai 2016 aufgekündigt worden sei. Auch der beigezogene Sachverständige hat in der Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht ausgeführt, dass (seitens des Liegenschaftseigentümers) beabsichtigt sei, den H-Weg ab Mai 2016 nicht mehr dem öffentlichen Fußgänger-, Rad- und City-Bus-Verkehr zu Verfügung zu stellen; es sei daher die Wahl einer neuen Gehwegverbindung zwischen der neuen Eisenbahnkreuzung und dem öffentlichen Wegenetz östlich davon erforderlich. Der Sachverständige sprach dabei eine Möglichkeit an, überwiegend - aber nicht ausschließlich - auf einem Grundstück der revisionswerbenden Gemeinde eine Ersatzwegeverbindung zu schaffen.
- 13 Das Verwaltungsgericht hat dazu lediglich festgehalten, dass es seine Entscheidung an der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seiner Entscheidung auszurichten habe. Zu diesem Zeitpunkt stehe der H-Weg noch als Gehweg zur Verfügung. Das Verwaltungsgericht hat daher, wie aus dem angefochtenen Erkenntnis hervorgeht, diesen Gehweg bei der Beurteilung der Eignung des verbleibenden Wegenetzes (in Verbindung mit der vorgeschriebenen Ersatzmaßnahme des Eisenbahnüberganges für Fußgänger) zur Erfüllung der Verkehrserfordernisse iSd § 48 Abs 1 Z 2 EibG berücksichtigt.





- 14 Es trifft zu, dass das Verwaltungsgericht grundsätzlich seine Entscheidung an der zum Zeitpunkt seiner Entscheidung gegebenen Sach- und Rechtslage auszurichten hat (vgl etwa VwGH vom 16. Dezember 2015, Ro 2014/03/0083, mwH auf die ständige Rechtsprechung). Die von der Eisenbahnbehörde zu treffende und im Fall einer Beschwerde vom Verwaltungsgericht zu überprüfende und gegebenenfalls zu korrigierende Beurteilung, ob im Sinne des § 48 Abs 2 EisbG das nach Auflassung der Eisenbahnkreuzung verbleibende Wegenetz - allenfalls nach Durchführung der anzuordnenden Ersatzmaßnahmen und/oder der Umgestaltung des Wegenetzes - den Verkehrserfordernissen entspricht, erfordert jedoch eine vorausschauende Beurteilung, die gerade nicht auf den Zeitpunkt der Entscheidung des Verwaltungsgerichtes abstellen kann, weil zu diesem Zeitpunkt weder die Eisenbahnkreuzung aufgelassen noch eine angeordnete Ersatzmaßnahme durchgeführt worden ist.
- 15 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes muss - damit das verbleibende oder umzugestaltende Wegenetz den Verkehrserfordernissen entspricht - für die Erfordernisse des Verkehrs auf der Straße vorgesorgt werden (vgl VwGH vom 17. November 2015, Ra 2015/03/0082 mwH); dieses „Vorsorgen“ setzt aber voraus, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung davon ausgegangen werden kann, dass bei der Beurteilung der Erfüllung der Verkehrserfordernisse nur jenes Wegenetz berücksichtigt wird, von dem mit Grund anzunehmen ist, dass es nach Abschluss der Auflassungs- und Umgestaltungsarbeiten bzw Durchführung der Ersatzmaßnahmen auch tatsächlich zur Aufnahme des Verkehrs zur Verfügung steht.
- 16 Im vorliegenden Fall wurde im Spruch des angefochtenen Erkenntnisses eine Ausführungsfrist von zwei Jahren für die Auflassung der Eisenbahnkreuzung festgesetzt und zudem verfügt, dass diese Auflassung erst nach Errichtung und Inbetriebnahme des schienengleichen Eisenbahnüberganges erfolgen dürfe. Vor diesem Hintergrund wäre auf das Vorbringen der revisionswerbenden Partei zum - nach deren Angaben - bereits feststehenden Wegfall einer bestimmten Verkehrsverbindung (H-Weg) einzugehen und die Stichhaltigkeit dieses Vorbringens zu prüfen gewesen, zumal demnach bereits rund vier Monate nach



Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses - und damit wohl noch vor tatsächlicher Auflassung der Eisenbahnkreuzung, jedenfalls aber noch innerhalb der im angefochtenen Erkenntnis gesetzten Ausführungsfrist - ein Weg nicht mehr zur Verfügung stünde, auf dessen Vorhandensein jedoch die Beurteilung der Geeignetheit des (verbleibenden) Wegenetzes abstellt. In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, dass die Schaffung des vom Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung angesprochenen Ersatzweges anstelle des H-Weges nicht Teil der vom Verwaltungsgericht getroffenen Anordnung von sonstigen Ersatzmaßnahmen ist.

- 17 Das angefochtene Erkenntnis wäre daher auch dann, wenn das Verwaltungsgericht zur Entscheidung zuständig gewesen wäre, (inhaltlich) rechtswidrig.
- 18 Das Verwaltungsgericht war jedoch im vorliegenden Fall nicht zur Entscheidung zuständig:
- 19 Gemäß der für das Inkrafttreten der Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit geschaffenen Übergangsbestimmung des Art 151 Abs 51 Z 9 B-VG traten die Verwaltungsgerichte unter anderem in den beim Verwaltungsgerichtshof mit Ablauf des 31. Dezember 2013 anhängigen Verfahren an die Stelle der unabhängigen Verwaltungsbehörden, sonstigen unabhängigen Verwaltungsbehörden und, soweit es sich um Beschwerdeverfahren handelt, aller sonstigen Verwaltungsbehörden mit Ausnahme jener Verwaltungsbehörden, die in erster und letzter Instanz entschieden haben oder zur Entscheidung verpflichtet waren. Nach Beendigung des Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof betreffend den Bescheid einer unabhängigen Verwaltungsbehörde (im Sinne des Art 151 Abs 51 Z 8 B-VG) war das Verfahren gegebenenfalls vom Verwaltungsgericht fortzusetzen.
- 20 Die Verwaltungsgerichte traten daher insbesondere nicht in jene Verfahren ein, bei denen eine Verwaltungsbehörde in erster und letzter Instanz entschieden hatte; im Fall der Aufhebung von Bescheiden dieser Behörden war das Verfahren auch nicht von den Verwaltungsgerichten fortzuführen.



- 21 Im vorliegenden Fall war der Bescheid vom 8. November 2013, der mit Erkenntnis des VwGH vom 18. Februar 2015, 2013/03/0156, aufgehoben wurde, von der im Devolutionsweg zuständig gewordenen Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie erlassen worden.
- 22 Da somit die zuständige Bundesministerin bei Erlassung des Bescheides vom 8. November 2013 als Verwaltungsbehörde in erster und letzter Instanz tätig geworden ist, hatte das Verwaltungsgericht nach Aufhebung dieses Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof nicht gemäß Art 151 Abs 51 Z 9 B-VG in diesem Verfahren an die Stelle der Bundesministerin zu treten. Vielmehr wäre das Verfahren nach Aufhebung des Bescheides vom 8. November 2013 vom Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie fortzuführen gewesen.
- 23 Hat die Revision eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufgezeigt und erweist sie sich damit als zulässig, so ist eine Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichtes vom Verwaltungsgerichtshof gemäß § 41 VwGG von Amts wegen aufzugreifen (vgl VwGH vom 15. Oktober 2015, Ra 2014/11/0065); auf den insoweit - verspätet (vgl VwGH vom 21. September 2006, 2005/02/0069) - ergänzten Revisionspunkt und das geänderte Begehren kommt es daher nicht an.
- 24 Das angefochtene Erkenntnis war daher gemäß § 42 Abs 2 Z 2 VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts aufzuheben.
- 25 Der Ausspruch über den Aufwandsatz im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014.

W i e n , am 22. Juni 2016