

Oö. Landesregierung
p.A. Amt der Oö. Landesregierung
Landhausplatz 1
4021 Linz
per E-Mail: verfd.post@ooe.gv.at

Linz, 11.01.2021

Verf-2012-126129

Referenten: Dr. Roland Zauner, Rechtsanwalt, und Mag. Oskar Takacs, M.B.L., Rechtsanwalt

Sehr geehrte Damen und Herren!

Bezugnehmend auf Ihr Schreiben vom 03.12.2020, Verf-2012-126129/233, erstattet die Oberösterreichische Rechtsanwaltskammer zum Begutachtungsentwurf betreffend die Oö Bauordnungs-Novelle 2021 nachstehende

Stellungnahme:

1. Die begriffliche Klarstellung in § 1 Abs 3 Z 2 der Oö BauO 1994 idF des Novellenentwurfs erscheint als sinnvoll.

Gleiches gilt für die in § 1 Abs 3 Z 8 idF des Novellenentwurfs vorgesehene Präzisierung. Insbesondere ist zu begrüßen, dass an dieser Stelle nicht mehr auf „öffentliche Verkehrsflächen“ abgestellt werden soll, da es sich dabei um einen raumordnungsrechtlichen, nicht um einen straßenrechtlichen Terminus handelt.

Die Vermeidung einer Doppelzuständigkeit der Baubehörde und der Veranstaltungsbehörde für Veranstaltungsstätten ist ebenso zu begrüßen.

Auch gegen die Ergänzungen in § 1 Abs 3 Z 16 bis 18 Oö BauO 1994 idF des Novellenentwurfs hegt die Oberösterreichische Rechtsanwaltskammer keine Bedenken.

2. Gegen die Vereinfachungen im Zusammenhang mit dem Bauplatzbewilligungsverfahren besteht kein Einwand.
3. Ebenso spricht nichts gegen den beabsichtigten Entfall des § 12 Oö BauO 1994, diese Bestimmung hat auch nach Wahrnehmung unseres Standes keinen Anwendungsbereich.
4. Die klarere Gliederung zwischen den Begriffen der Baufreistellung in einen neuen § 24a Oö BauO 1994 – der nach der beabsichtigten Struktur somit stets die Zustimmung der Nachbarn sowie die Bestätigung des Planverfassers über die Übereinstimmung des Bauvorhabens mit den baurechtlichen Vorschriften zugrunde hat – und den sonstigen anzeigepflichtigen Bauvorhaben (die in § 25 Oö BauO verbleiben) dient der Übersichtlichkeit.



Aus Sicht der Oberösterreichischen Rechtsanwaltskammer werden durch die Ausweitung jener Bauvorhaben, die einer Baufreistellung zugänglich sein sollen, auch die Nachbarrechte nicht eingeschränkt, da es ja freisteht, die Unterschrift zu verweigern und es dann zum „ordentlichen“ Baubewilligungsverfahren kommen muss.

5. Die Ausdehnung jener Bauvorhaben betreffend Schwimm- und Wasserflächen, die keiner Anzeige bedürfen, folgt auch aus Sicht unseres Berufsstandes einem Bedürfnis der Praxis.

Ebenso erscheint die Einführung einer anzeigefreien Gebäudekategorie als sinnvoll, wobei auch nach Ansicht der Oberösterreichischen Rechtsanwaltskammer es wesentlich ist, dass bei anzeigefreien Gebäuden und Schutzdächern diese im Bauland liegen müssen.

6. Die Tatsache, dass künftig schon in der Baubeschreibung auf das Thema der Hang- und Oberflächensituation eingegangen werden muss, stellt zwar eine formale Verschärfung der Voraussetzungen des Bauplans dar, ist jedoch aus Sicht der begutachtenden Kammer zu begrüßen. In den Materialien zum Begutachtungsentwurf wird darauf verwiesen, dass es der Baubehörde bereits in der bestehenden Fassung der BauO mittels Auslegung möglich gewesen wäre, ergänzende, von einer Fachperson erstellte wasserbautechnische Projektunterlagen über die Entsorgung der Hang- und Oberflächenwässer zu verlangen. Eine derartige Auslegung des derzeit in Geltung stehenden § 29 Abs 3 ist durchaus denkbar, allerdings konnten hierzu keine Judikate gefunden werden, die dies bestätigen könnten. Allerdings führt *Madlspurger in Pabel, Oö Baurecht [2019] § 20 Rz 22* aus, dass die Baubehörde „zur umfassenden Beurteilung des Bauvorhabens erforderliche Ergänzungen insbesondere durch die Vorlage von schaubildlichen Darstellungen, Detailplänen und statischen Vorbemessungen oder statischen Berechnungen samt Konstruktionsplänen“ verlangen kann. Eine Auslegung im Sinne der Erläuterungen zum Begutachtungsentwurf ist daher durchaus einleuchtend und dürfte die Änderung auch bezüglich dieses Punktes nicht zu tiefgreifenden inhaltlichen Änderungen der Norm führen.

Zu erwähnen gilt es an dieser Stelle, dass aus dieser Bestimmung keine subjektiven öffentlichen Nachbarrechte abgeleitet werden können. Ungeachtet dessen stellt sie eine Stärkung der Nachbarstellung dar und entschärft vorprogrammierte Konflikte. Durch die geplante Neuerung wird der Problembereich der Hang- und Oberflächensituation zum frühestmöglichen Zeitpunkt im Bauverfahren behandelt, nämlich bereits im Rahmen der Vorprüfung des Projekts durch die Behörde.

7. Die Novellierung des § 30 Abs 6 Oö BauO 1994 ist sinnvoll, weil diese Bestimmung in der Vergangenheit öfter Gegenstand staatsanwaltschaftlicher Ermittlungsverfahren war.
8. Eine Novellierung des § 31 Abs 5 Oö BauO 1994 scheint aus den in den erläuternden Bemerkungen angeführten Gründen als sinnvoll. Nach der zur Oö BauO 1994 ergangenen ständigen Judikatur (vgl VwGH 31.1.2006, 2003/05/0179 mwN), ist unter einem „Wohngebäude“ ein Gebäude zu verstehen, das ausschließlich oder zumindest vorwiegend für Wohnzwecke bestimmt ist. Ferner ist in den „OIB-Richtlinien – Begriffsbestimmungen“, die durch § 9 Abs 2 erster Satz Oö. Bautechnikverordnung 2013 für verbindlich erklärt werden, der Begriff



„Wohngebäude“ als „Gebäude, die ganz oder überwiegend zum Wohnen genutzt werden“, definiert. Der VwGH hat dies in der Vergangenheit auch in diesem Sinne judiziert, sodass derartige Einwendungen aufgrund heranrückender Wohngebäude dann nicht zustehen, wenn überwiegende betriebliche Nutzung dieser Gebäude vorlag (vgl. VwGH 30.10.2018, Ra 2018/05/0259). Durch die im Raum stehende Änderung in § 31 Abs 5 Oö BauO 1994 würde auch der Bau überwiegend betrieblich genutzter (und nur teilweise Wohnzwecken dienender) Gebäude dazu führen, dass Betriebe im Bauverfahren Einwendungen erheben können. Diese Änderung scheint auch sachlich gerechtfertigt, da es – wie bereits in den Erläuterungen zum Begutachtungsentwurf erwähnt – für einen Betrieb im Fall der Vorschreibung nachträglicher Auflagen keinen Unterschied macht, in welchem Umfang das Nachbargebäude für Wohnzwecke genutzt wird. Die begutachtende Kammer sieht in dieser Änderung eine willkommene Klarstellung der geltenden Rechtslage, die angesichts der Judikatur des VwGH die Rechtsstellung der von heranrückender Wohnbebauung betroffener Nachbarbetriebe stärkt.

9. Zwar handelt es sich beim Baubewilligungsverfahren bekanntlich um ein Projektbewilligungsverfahren, dennoch ist die Durchführung der Bauverhandlung an Ort und Stelle in der Praxis ein durchaus geeignetes Instrument, um in Rede und Gegenrede mögliche Unklarheiten auszuräumen. Gerade dann, wenn – sei es auch nur in Ausnahmefällen – Bauverhandlungen nicht an Ort und Stelle stattfinden, ist zu besorgen, dass Verfahren genau aus diesem Grund strittig werden. Es sollte daher die Pflicht zur Bauverhandlung an Ort und Stelle ohne Ausnahme aufrechterhalten werden.
10. Die neu beabsichtigte Fassung des § 41 Abs 3 Z 8 Oö BauO 1994 bezüglich Baulärm wirkt auch aus Sicht der Oberösterreichischen Rechtsanwaltskammer bloß klarstellend. Schon de lege lata zählen die Bestimmungen betreffend den Baulärm zu den Bestimmungen über die Bauausführung.
11. Die Oberösterreichische Rechtsanwaltskammer begrüßt das Vorhaben, einen neuen Abs 4 in § 46 Oö BauO 1994 zu implementieren.

§ 46 behandelt in seiner geltenden Fassung nur den Fall, dass „andere oder zusätzliche“ Auflagen und Bedingungen von der Baubehörde vorgeschrieben werden. Dies jedoch auch nur unter der Voraussetzung, dass eine Gefährdung für das Leben und körperliche Sicherheit von Menschen oder eine unzumutbare Belästigung der Nachbarschaft trotz Einhaltung der im Baubewilligungsbescheid vorgeschriebenen Auflagen und Bedingungen eintritt.

Der neue Abs 4 behandelt hingegen den Fall, dass nachträglich obsolet gewordene Auflagen und Bedingungen geändert oder aufgehoben werden. In den Erläuterungen zum Begutachtungsentwurf wurde auch nochmals darauf hingewiesen, dass Änderungen im Sinne des neuen Abs 4 lediglich zugunsten des Bauberechtigten geändert bzw. aufgehoben werden können.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht hat § 46 in seiner geltenden Fassung hauptsächlich die Eigentumsfreiheit des Bauberechtigten berührt, wobei dieser Eingriff laut dem VwGH durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt ist (*Humer in Pabel*, Oö Baurecht [2019] § 46 Rz 3; mit Verweis auf *Neuhofner*, Oö BauO⁷ § 46 Rz 4 und VwGH 25.10.1994, 94/05/0105). Da der neue Abs 4 nur zugunsten des Bauberechtigten wirken kann, ist ein Eingriff in dessen Eigentumsfreiheit nicht



möglich. Vielmehr wäre ein Eingriff in die Rechte der Nachbarn denkbar. Da diesen jedoch ausdrücklich Parteistellung in Verfahren nach § 46 nF eingeräumt wird, können deren Einwendungen bei der Abänderung bzw Aufhebung der Auflagen und Bedingungen berücksichtigt werden. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist die Änderung des § 46 unseres Erachtens daher unbedenklich. Die allgemeinen Bestimmungen des § 68 AVG führten bei der Anwendung auf Bescheide in Bauverfahren vielfach zu Auslegungsfragen, die auch von der Judikatur nicht immer eindeutig beantwortet werden konnten. Die geplanten Änderungen zu § 46 BauO sollten diesbezüglich zu einer aus Sicht des Rechtsanwenders begrüßenden Vereinfachung führen.

Es darf darauf hingewiesen werden, dass auch § 79c GewO 1994 als vergleichbare Bestimmung angesehen kann. Diese Bestimmung erscheint daher aus dieser Sicht praktisch bedeutsam.

12. Die Absicht, einen neuen § 49a Oö BauO 1994 betreffend sog. „Schwarzbauten“ einzuführen, ist in Hinblick auf den Rechtsfrieden grundsätzlich sinnvoll.

Die im Begutachtungsentwurf zitierten Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes (VfSlg 14763/1997 und VfSlg 15441/1999) stellen den in diesem Zusammenhang tragenden Grundsatz in ihren Mittelpunkt, wonach es dem Gleichheitssatz widerspricht, dass *„Personen, die sich rechtswidrig verhielten, indem sie nicht nur ohne die gesetzlich erforderliche Baubewilligung, sondern möglicherweise auch unter Missachtung der rechtskräftigen Verweigerung einer Baubewilligung entgegen der flächenplanerischen, also rechtsverbindlichen Grünflächenwidmung ein Bauwerk errichteten, vom Gesetzgeber schlechthin und jedenfalls bessergestellt werden als jene Personen, die in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung auf eine konsenslose Bauführung auf einer Grünfläche verzichteten* (Seite 4, 4. Absatz VfSlg 14763/1997; sinngemäß auch in VfSlg 15441/1999 und VfSlg 16901/2003).

Jedoch wird wohl eine Schwierigkeit darin bestehen, dass gerade bei Lageverschiebungen eines Gebäudes oder Änderungen dessen Verwendungszwecks schlussendlich sehr strittig ist, ob man vom ursprünglichen Vorliegen einer Baubewilligung ausgehen kann oder nicht. Gerade bei Abstandsverschiebungen oder Verwendungszweckänderungen wird es im Allgemeinen sehr rasch zur Feststellung eines „aliud“ kommen, für das, weil als „aliud“ errichtet, die ursprüngliche Baubewilligung erloschen ist (zB VwGH 15.05.2012, 2011/05/0073; 24.02.2016, Ro 2015/050012). Für diese Fälle eines „aliud“ wird voraussichtlich auch künftig § 49a Oö BauO 1994 keinen Rechtsfrieden schaffen können, denn diese Bestimmung würde nach dem derzeitigen Wortlaut ja voraussetzen, dass für „dieses“ Gebäude, nicht für ein „aliud“, eine Baubewilligung vorlag. Dies scheint sowohl für Fragen betreffend Lageverschiebungen, als auch für Fragen betreffend die Veränderung des Verwendungszwecks zu gelten.

Der zweite große diskussionswürdige Punkt dieser Bestimmung ist die Formulierung „oder der Baukonsens vermutet werden kann“. Im Begutachtungsentwurf wird zu dieser Formulierung unter anderem auf die Entscheidung VwGH 24.02.1987, 86/05/0161 verwiesen. Der aus dieser Entscheidung abgeleitete Rechtssatz lautet wie folgt:

„Die Rechtsvermutung der konsensmäßigen, also durch eine Baubewilligung gedeckten Ausführung eines seit vielen Jahren bestehenden Baues setzt die Vermutung voraus, dass das



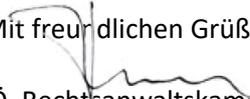
Gebäude in seiner derzeitigen Gestalt auf Grund einer nach der im Zeitpunkt der Erbauung in Geltung gestandenen Vorschrift erteilten Baubewilligung errichtet worden ist. Bei Fehlen baurechtlicher Vorschriften (hier: für die Zeit um das Jahr 1600) galt der aus dem Eigentum an Grund und Boden abgeleitete Grundsatz der Baufreiheit; es handelt sich daher nicht um einen rechtswidrigen Bestand.“

Der Anwendungsbereich dieser Vermutung wird sich daher hauptsächlich auf historische Gebäude beschränken und stellt insofern die ständige Rechtsprechung des VwGH auf eine normative Grundlage.

13. Nach bisheriger Rechtslage ist die Oberösterreichische Rechtsanwaltskammer der Meinung, dass dann, wenn wegen eines Bauwerks ohne entsprechenden Baukonsens ein Abbruchauftrag erteilt wurde, nicht noch zusätzlich eine Benützungsunteragung ausgesprochen werden muss. Dies macht im Ergebnis auch keinen Unterschied, da Rechtsmittel ja in jedem Fall aufschiebende Wirkung haben. Die Regelung des § 50 Abs 6 Oö BauO 1994 idF des Novellenentwurfs erscheint daher als überschießend. Sie würde nach Wahrnehmungen in der Praxis eher zu einer Gefahr für die Baupolizei, da unterlassene Benützungsaufträge (auch im Falle erlassener Abbruchaufträge) nach § 50 Abs 6 Oö BauO 1994 zu staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren führen könnten.

Die Oberösterreichische Rechtsanwaltskammer ersucht um Berücksichtigung im weiteren Gesetzgebungsverfahren.

Mit freundlichen Grüßen



OÖ. Rechtsanwaltskammer
Präsident Dr. Franz Mittendorfer

