



VOLKSANWALTSCHAFT

Der Vorsitzende

An das
Amt der Burgenländischen Landesregierung
Landesamtsdirektion - Generalsekretariat -
Recht
Hauptreferat Verfassungsdienst
Europaplatz 1
7000 Eisenstadt

Sachbearbeiter/-in:
MR Dr. Peter Kastner

Geschäftszahl:
VA-8680/0002-V/1/2018

Datum: 30. AUG. 2018

Betr.: Entwurf eines Gesetzes, mit dem das Burgenländische Baugesetz 1997 –
Bgl. BauG geändert wird (Burgenländische Baugesetz-Novelle 2019)

Stellungnahme der Volksanwaltschaft
zu GZ LAD-GS/VD.L106-10009-3-2018

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zu dem Entwurf eines Gesetzes, mit dem das Burgenländische Baugesetz 1997 geändert werden soll, welcher mit Begleitschreiben vom 14. August 2018 zu der Zahl LAD-GS/VD.L 106-10009-3-2018 übersandt wurde, gibt die Volksanwaltschaft innerhalb offener Frist nachstehende **Stellungnahme** ab:

I. Einleitende Bemerkung:

Die vorliegende Novelle setzt sich zum Ziel, geltende baurechtliche Bestimmungen zu modernisieren, in der Judikatur aufgezeigte Probleme zu beseitigen, Anregungen von mit der Vollziehung betrauten Behörden und Betroffenen zu übernehmen und nicht zuletzt praxisorientierte Vereinfachungen vorzusehen.

Die Volksanwaltschaft nimmt diese Vorgaben zur Kenntnis. Sie sieht in der vorliegenden Stellungnahme von einer rechtspolitischen Bewertung der beabsichtigten Neuerungen - etwa was die Streichung des Anzeigeverfahrens betrifft – ab, und beschränkt sich stattdessen auf das Aufzeigen verfassungsrechtlicher Unvereinbarkeiten.

II. Bedenken gegen die Neufassung des § 16:

Beabsichtigt ist eine nicht unwesentliche Erweiterung der Zahl der geringfügigen Bauvorhaben. Sie sind in § 16 Abs 3 demonstrativ aufgezählt. Die Auflistung soll der Vereinheitlichung bei der Vollziehung dienen und, wie es in den Erläuternden Bemerkungen zu § 16 Abs 3 heißt, „die in der Praxis oft schwierigen Einzelfallbeurteilungen erleichtern“.

Aufrecht bleibe bei diesen Bauten, auch wenn sie vom Gesetz als „geringfügig“ bezeichnet werden, die Zuständigkeit der Behörde, das Vorhaben auf eine mögliche Verletzung wesentlicher baupolizeilicher Interessen zu überprüfen. Diese Prüfung erfasst Fragen der Standfestigkeit, der Tragfähigkeit, des Brandschutzes sowie der Benützungssicherheit.

Die Volksanwaltschaft wendet sich nun nicht gegen die beispielsweise Aufzählung einzelner Vorhaben in § 16 Abs 3. Sie hegt auch keine Bedenken, dass in Zif 2 - anders als in den Bauordnungen der an das Burgenland angrenzenden Bundesländer¹ - bei Schwimm- und Wasserbecken statt auf das Fassungsvermögen auf die Wasserfläche abgestellt wird, bewegt sich doch eine derartige Entscheidung im Rahmen des dem Gesetzgeber zukommenden rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes.

Bedenklich erscheint vielmehr, dass die Landesregierung durch Verordnung weitere Arten von Bauvorhaben als geringfügig bezeichnen kann, und sich für diese Vorhaben damit ein Bewilligungsverfahren erübrigt.

Der (einfache) Gesetzgeber ist nicht ermächtigt, die Vollziehung zu betrauen, per Verordnung neue Voraussetzungen, deren Inhalt durch das Gesetz nicht vorgegeben ist, zu schaffen². Soll, wie es in den Erläuternden Bemerkungen zu § 16 Abs 3 heißt, die „Möglichkeit geschaffen werden, weitere Tatbestände, die sich aus der Vollzugspraxis ergeben und der Systematik des geringfügigen Bauvorhabens entsprechen, normativ zu regeln“, so ist hierzu der Gesetzgeber aufgerufen. Begibt sich der Gesetzgeber seiner Kompetenz, indem er die Behörde ermächtigt, neues Recht zu schaffen, nimmt er seine Regelungskompetenz nicht wahr; er delegiert seine Verantwortung an die Vollziehung.

Kraft Art 18 Abs 1 B-VG darf „die gesamte staatliche Verwaltung ... nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden“. Art 18 Abs 1 und 2 B-VG ordnet die Bindung der Vollziehung an das

¹ ZB § 17 Zif 2 NÖ BauO, § 21 Abs 1 Zif 2 lit d Stmk BauG; § 62a Abs 1 Zif 22 Wr BauO.

² Ständige Rsp seit VfGH 16.10.1962, G12/62; V9/62 = Slg 4300/1962; zuletzt: VfSlg 16.902/2003, 16903/2003.

Gesetz an. Damit ist der Gesetzgeber angehalten, inhaltlich ausreichend bestimmte Regelungen zu schaffen. Eine Ermächtigung, durch Verordnung weitere Arten von Bauvorhaben, von denen erwartet werden kann, dass die in § 3 angeführten baupolizeilichen Interessen nicht verletzen, als „geringfügig“ zu bezeichnen, entspricht diesen Vorgaben nicht.

Hinzu kommt, dass mit der Kategorisierung als „geringfügig“ vom Ordnungsgeber die von der Behörde sonst im Einzelfall zu treffende Beurteilung vorweggenommen würde, sodass gegen die Bestimmung auch gleichheitsrechtliche Bedenken anzumelden sind.

III. Bedenken gegen § 26a:

Neu eingefügt werden soll § 26a. Die Bestimmung trägt die Überschrift: „Mahnen statt Strafen“. Sie ist dem im Juli 2018 im National- und Bundesrat beschlossenen, zu Zif 14 in BGBl I 2018/57 kundgemachten § 33a VStG nachgebildet, erstreckt sich jedoch nicht auf sämtliche Übertretungen des Bgld Baugesetzes, sondern (lediglich) auf mangelhafte und nicht genehmigte Bauführungen.

§ 26a weicht damit vom VStG ab und stellt, im Fall seiner Gesetzwerdung, Sonderverfahrensrecht dar. Dies ist im Hinblick auf Art 11 Abs 2 B-VG problematisch. Zwar wird nicht übersehen, dass im Zuge eines Abänderungsantrages in § 33a VStG eine Subsidiaritätsklausel aufgenommen wurde³. Auf die Frage der „Erforderlichkeit“ einer vom VStG abweichenden Regelung kommt es damit nicht (mehr) an⁴. Dennoch ist die § 26a im Falle seiner Gesetzwerdung kompetenzwidrig.

Zur Führung eines Strafverfahrens ist nämlich die Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich nicht ermächtigt (VfGH 12.3.1970, B 191/69 = VfSlg 6153). Eine derartige Zuständigkeit wird der „Baubehörde“ jedoch eingeräumt, indem ihre schriftliche Aufforderung nach § 26a Abs 1 letzter Satz als Verfolgungshandlung gemäß § 32 Abs 2 und 3 VStG gilt.

§ 32 Abs 2 VStG definiert die Verfolgungshandlung, an die sich wesentliche Rechtswirkungen im Verwaltungsstrafverfahren knüpfen, als „jede von einer Behörde gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten gerichtete Amtshandlung“. Unter „Behörden“ sind dabei nur jene Entscheidungsträger zu verstehen, auf deren Verfahren das VStG Anwendung findet. Eine derartige Kompetenz wird mit § 26a Abs 1 der „Baubehörde“ eingeräumt.

³ AA-32 XXVI. GP.

⁴ S VfSlg 20.022/2015. *Eberhard/Ranacher/Weinhandl*, Rechtsprechungsbericht: Landesverwaltungsgerichte, Bundesverwaltungsgericht und Verwaltungsgerichtshof, ZfV 2/2018, 200 (201 bei FN 6).

Baubehörde erster Instanz ist im Burgenland gem § 30 Abs 1 Bgld BauG der Bürgermeister, in Städten mit eigenem Statut der Magistrat. Er nimmt diese Zuständigkeit gem Art 118 Abs 3 Zif 9 B-VG, § 31 Bgld BauG im eigenem Wirkungsbereich wahr.

Die Einräumung einer verwaltungsstrafrechtlichen Zuständigkeit überschreitet den Kreis jener Agenden, die von einem Organ eines Selbstverwaltungskörpers im Rahmen des eigenen Wirkungsbereiches erledigt werden dürfen⁵; eine derartige Regelung ist verfassungswidrig.

IV. Zur Neufassung der §§ 17 f:

Sowohl nach § 17 Abs 4 letzter Satz wie nach § 18 Abs 7 sollen künftig Bewilligungen „erforderlichenfalls unter Auflagen Bedingungen und Befristungen“ erteilt werden können.

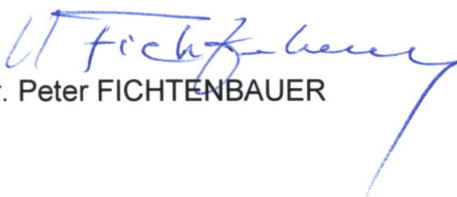
Während für Auflagen eine derartige Blankettermächtigung zulässig ist, die sich interpretativ mit dem Schutzzweck des Gesetzes füllen lässt⁶, gilt dies für die übrigen Nebenbestimmungen nicht. Die Voraussetzungen ihres Eintritts müssen gesetzlich exakt umschrieben sein, anderenfalls die Bestimmung unterdeterminiert ist⁷.

V. Abschließende Bemerkung:

Die Volksanwaltschaft sieht es mit Zustimmung, dass der Gesetzgeber bei Änderungen des Bgld BauG bislang zurückhaltend war. So liegt die letzte Novelle immerhin sechs Jahre zurück. Umso bedauerlicher ist es, dass bei diesem doch größeren Vorhaben Textteil und Erläuternde Bemerkungen nicht getrennt übermittelt wurden und von einer Textgegenüberstellung abgesehen wurde. Letztere ist auch bei kleineren gesetzlichen Änderungen in allen übrigen Bundesländern Standard.

Mit freundlichen Grüßen

Der Vorsitzende:


Dr. Peter FICHTENBAUER

⁵ VfSlg 8155/1977, VwSlg 7227 A/1976 (verst Senat). Weitere Rsp-Nw bei *Pabel*, in *Pabel* (Hrsg), Das österreichische Gemeinderecht⁴ (2017) Allgemeiner Teil Rz 83.

⁶ VwSlg 14.780 A/1997, 14.250 A/1995. VwGH 23.12.1993, 92/17/0056 = ÖZW 1994, 114 mit Anm *Mayer*.

⁷ Zur Determinierungsgebot von Befristungen und Bedingungen *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 967.