



An das
Amt der Burgenländischen Landesregierung
Landesamtdirektion
Europaplatz 1
7000 Eisenstadt

Der Vorsitzende

Sachbearbeiter/-in:
Dr. Wolfgang Kleewein

Geschäftszahl:
VA-8680/0002-V/1/2019

Datum:
11. Januar 2019

Betr.: Entwurf eines Gesetzes über die Raumplanung im Burgenland 2019
(Burgenländisches Raumplanungsgesetz - Bgld RPG 2019)
Stellungnahme der Volksanwaltschaft zu GZ LAD-GSA/D. L116-10008-3-2018

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Volksanwaltschaft gibt zu dem mit Schreiben vom 17. Dezember 2018, ZI: LAD-GS/VD. L116-10008-3-2018 zur Begutachtung versendeten Entwurf eines Gesetzes über die Raumplanung im Burgenland 2019 (Burgenländische Raumplanungsgesetz - Bgld. RPG 2019) innerhalb offener Frist nachstehende **Stellungnahme** ab:

Die Volksanwaltschaft kann nachvollziehen, dass das aus dem Jahr 1969 stammende und seither mehrfach novellierte Bgld Raumplanungsgesetz als nicht mehr zeitgemäß angesehen wird, und durch ein neues Bgld Raumplanungsgesetz 2019 ersetzt werden soll. Sie nimmt von einer rechtspolitischen Bewertung der beabsichtigten Neuerungen Abstand und beschränkt sich stattdessen auf jene Punkte, die in ihrer bisherigen Prüftätigkeit eine Rolle gespielt haben und/oder gegen die (verfassungs)rechtliche Bedenken bestehen.

1. Nach Ansicht der Volksanwaltschaft liegen die raumordnungsrechtlichen Regelungen jener Länder im Interesse einer bürgerfreundlichen Verwaltung, nach denen die Eigentümer von Grundstücken, deren Flächenwidmung oder Bebauungsgrundlagen geändert werden sollen, von der öffentlichen Auflage des Planungsentwurfs **nachweislich schriftlich zu**

verständigen sind.¹ Nach § 44 Abs. 3 des vorliegenden Entwurfs sind lediglich die Nachbarn im vereinfachten Verfahren von der beabsichtigten Widmungsänderung in Kenntnis zu setzen. Müssten die betroffenen Grundstückseigentümer von Änderungen nachweislich schriftlich verständigt werden, ließe sich die Akzeptanz der Raumplanung in der Bevölkerung steigern. Dies könnte in § 42 Abs. 2 für Flächenwidmungspläne, in § 44 Abs. 3 für vereinfachte Verfahren und in § 48 Abs. 2 für Bebauungspläne (Teibebauungspläne) vorgesehen werden. Die Verständigung könnte an jene Adresse zugestellt werden, an welche die Grundsteuerbescheide ergehen.

Die Akzeptanz der Raumplanung könnte ferner dadurch erhöht werden, dass jene Personen, die zeitgerecht "Erinnerungen" vorgebracht haben, schriftlich davon **benachrichtigt** werden, ob der Gemeinderat diese berücksichtigt hat oder nicht.² Sollten die "Erinnerungen" nicht berücksichtigt werden, so sollte dies **begründet** werden, damit die Betroffenen negative Entscheidungen des Gemeinderates nachvollziehen können. Da es sich bei einer schriftlichen Benachrichtigung im Verordnungserzeugungsverfahren um keinen Bescheid handelt, wären damit keine weiteren Rechtsfolgen verbunden.

2. Um **Planungsentscheidungen für Betroffene transparent und nachvollziehbar** zu machen, regt die Volksanwaltschaft außerdem an, § 42 Abs. 13 dahingehend zu ergänzen, dass neben dem rechtswirksamen Flächenwidmungsplan (Wortlaut der Verordnung und grafische Darstellung) auch die nicht rechtsverbindlichen **schriftlichen Erläuterungen** (§ 31 Abs. 3) im Gemeindeamt (Magistrat) der **allgemeinen Einsicht** während den Amtsstunden zugänglich gehalten werden müssen. Dies erscheint schon deshalb sinnvoll, weil im Verordnungserzeugungsverfahren kein Recht auf Akteneinsicht (§ 17 AVG) besteht³ und das Recht auf Auskunft nach dem Bgld Auskunftspflicht-, Informationsweiterverwendungs- und Statistikgesetz die Einsichtnahme in die Erläuterungen nicht ersetzen kann.⁴

¹ §13 Abs.1 letzter Satz K-GplG, § 33 Abs. 3 Satz 2 ÖO ROG, § 65 Abs. 3 Z 1 lit. c Sbg ROG, § 38 Abs. 3 Z 2 Stmk ROG, § 64 Abs 2 Tir ROG.

² Vgl. die §§ 24 Abs. 8, 38 Abs. 8, 39 Abs. 1 Z 1 und 40 Abs. 6 Stmk ROG und § 65 Abs. 6 Sbg ROG.

³ Vgl. VwGH 23.5.2005, 2004/06/0160.

⁴ Pallitsch/Pallitsch/Kleewein, Burgenländisches Baurecht³ § 18 Bgld RPG Anm. 27. Es wäre - anknüpfend an VwSlg 9151 A/1976 - auch nicht einzusehen, warum ein Gutachten, das der behördlichen Willensbildung zu Grunde liegt, der Amtsverschwiegenheit unterliegen sollte.

Da dem Örtlichen Entwicklungskonzept ebenfalls schriftliche Erläuterungen beizufügen sind (§ 26 Abs. 2), wäre es angebracht, in § 29 Abs. 13 anzuordnen, dass neben dem rechtswirksamen Örtlichen Entwicklungskonzept (Textteil und Entwicklungsplan) auch die schriftlichen Erläuterungen im Gemeindeamt (Magistrat) der allgemeinen Einsicht während der Amtsstunden zugänglich zu halten sind.

Nach Ansicht der Volksanwaltschaft sollten die Planungsbetroffenen ferner die Gründe für die Festlegungen des Bebauungsplanes (Teilbebauungsplanes) in Erfahrung bringen können, weshalb §48 Abs. 10 dahingehend zu ergänzen wäre, dass der Erläuterungsbericht (§ 48 Abs. 5) der allgemeinen Einsicht zugänglich zu halten ist.

3. § 29 Abs. 5 und in § 42 Abs. 5 **fingieren**, dass der **vor der öffentlichen Auflage vom Gemeinderat beschlossene Entwurf** des Örtlichen Entwicklungskonzepts und des Flächenwidmungsplans **als erlassen gilt**, wenn nach "Abschluss der Frist" (besser: "Ablauf der Frist") zur Stellungnahme von Sachverständigen keine Bedenken geäußert werden, nach Abschluss der öffentlichen Auflage keine "Erinnerungen" von Bürgern einlangen und am Entwurf auch sonst keine Änderungen mehr vorgenommen werden. In den Erläuterungen wird diese Neuregelung damit begründet, dass das Verfahren erleichtert würde und Flächenwidmungspläne problemloser und unkomplizierter geändert werden könnten.

Gegenstand des ersten Gemeinderatsbeschlusses ist nach § 29 Abs. 2 und § 42 Abs. 2 jedoch die **öffentliche Auflage des Entwurfs** und **nicht die Planverordnung** selbst. Der Beschluss, einen Entwurf zur allgemeinen Einsicht öffentlich aufzulegen, ist nur ein Teilakt im Verordnungserzeugungsverfahren, der den künftigen Beschluss der Verordnung nicht vorwegnehmen kann. Wird der Entwurf nach Ablauf der öffentlichen Auflage aufgrund von Stellungnahmen oder Erinnerungen geändert, ist dieser nach § 29 Abs. 6 und § 42 Abs. 6 neuerlich aufzulegen, ehe der Gemeinderat die Verordnung beschließen kann.

Die beabsichtigte Regelung **unterstellt dem Verordnungsgeber**, der die öffentliche Auflage des Planentwurfs beschließt, einen **Willen, den er im fraglichen Zeitpunkt nicht hatte**. Denn zum Zeitpunkt des Beschlusses über die öffentliche Auflage ist noch ungewiss, ob der Entwurf aufgrund von Stellungnahmen der Sachverständigen, Erinnerungen der Bürger oder aus anderen Gründen abgeändert werden wird bzw. abgeändert werden muss. Der Beschluss, künftig eine Verordnung zu erlassen, entfaltet keine normative Wirkung.⁵ Auch das Gesetz kann den Willen des demokratisch legitimierten Gemeinderates,

⁵ Vgl. VfSlg12.594/1990.

eine Verordnung zu erlassen oder abzuändern, nicht ersetzen. Der Gemeinderat müsste die Verordnung vielmehr unter der aufschiebenden Bedingung beschließen, dass keine Stellungnahmen und Erinnerungen einlangen und der Entwurf auch sonst nicht mehr geändert wird. Dafür fehlt jedoch eine entsprechende gesetzliche Grundlage.

4. Laut § 33 Abs. 3 Z 7 des Entwurfs sollen in Baugebieten für Erholungs- und Fremdenverkehrseinrichtungen drei verschiedene Nutzungsarten (Subwidmungen) ausgewiesen werden. Dazu gehören Baugebiete, in denen zusätzlich zu gewerblich betriebenem Tourismus (lit. a) und Erholungs- oder Freizeitnutzungen (lit. b) auch eine "Wohnnutzung in Form eines Hauptwohnsitzes in baulich eingeschränkter Form" zulässig ist (lit. c). Die Landesregierung soll mittels Verordnung einzelne Nutzungsarten ausschließen und für Baugebiete, in denen ein **"Hauptwohnsitz in baulich eingeschränkter Form"** zulässig ist, **"Einzelheiten der Bebauung"** regeln können. Diese Ermächtigung steht jedoch in einem **Spannungsverhältnis zum Legalitätsprinzip** (Art. 18 Abs. 1 und 2 B-VG), weil nicht klargestellt wird, welche konkreten Festlegungen die Landesregierung treffen darf und ob sie ermächtigt ist, selbst einen Bebauungsplan (Teilbebauungsplan) zu erlassen.

Macht die Landesregierung von der Ermächtigung, per Verordnung "Einzelheiten der Bebauung" zu regeln, keinen Gebrauch, stellt sich die Frage, was unter einem "Hauptwohnsitz in baulich eingeschränkter Form" iSd § 33 Abs. 3 Z 7 lit. c) zu verstehen ist. Nach § 35 Abs. 1 und 2 sind Baulichkeiten für eine "baulich eingeschränkte Wohnnutzung in Form eines Hauptwohnsitzes" nur zulässig, wenn ein **rechtswirksamer Bebauungsplan** (Teilbebauungsplan) besteht. Offenbleibt, welche **baulichen Einschränkungen für Hauptwohnsitze** in einem Bebauungsplan (Teilbebauungsplan) festgelegt werden dürfen.

Nach der Rechtsprechung des VfGH darf der Verordnungsgeber nur solche Regelungsinstrumente einsetzen, die vom Gesetz als zulässige Inhalte eines Bebauungsplanes vorgezeichnet sind.⁶ Andernfalls fehlt es an der notwendigen **Vorherbestimmung des Verordnungsinhalts durch das Gesetz**. Wäre dem Verordnungsgeber eine dem Gesetzgeber supplierende Aufgabe zugewiesen, würde eine formalgesetzliche Delegation vorliegen, die Art. 18 Abs. 1 und 2 B-VG widerspricht.

5. Die Volksanwaltschaft begrüßt ausdrücklich die Aufnahme des neuen Versagungstatbestandes in § 42 Abs. 9 Z 5. Demnach hat die Landesregierung die aufsichtsbehördliche Genehmigung mit Bescheid zu versagen, wenn der Flächenwidmungsplan ausschließlich

⁶ Vgl. etwa VfSlg 19.213/2010, VfGH 24.11.2016, V 39/2016.

zu Zwecken "erfolgt" (besser: "erlassen wird"), die der nachträglichen Schaffung der raumplanungsrechtlichen Grundlagen für nicht konsensgemäß errichtete "Maßnahmen" oder für solche "Maßnahmen" (besser: "bauliche Maßnahmen") dient, die ohne Vorliegen der entsprechenden Flächenwidmung genehmigt wurden. Das Verbot, im Widerspruch zum Flächenwidmungsplan konsenslos bzw. konsenswidrig errichtete oder rechtswidrig genehmigte Bauten durch nachträgliche Festlegung der passenden Flächenwidmung zu sanieren, trägt der ständigen Rechtsprechung des VfGH Rechnung.⁷

Die Volksanwaltschaft hält es für angebracht, einen derartigen **Versagungstatbestand** auch in § 48 Abs. 6 **für Bebauungspläne** (Teilbebauungspläne) zu normieren, zumal einige der vom VfGH entschiedenen Fälle Bebauungspläne betreffen und das Problem gerade auch in der Bebauungsplanung auftritt. In den Erläuterungen zu § 42 wird auf die weithin gängige Praxis verwiesen, zuerst eine bauliche Maßnahme zu setzen und danach die rechtlichen Voraussetzungen dafür zu schaffen. Daher bedürfe es aus generalpräventiven Gründen der Einführung eines weiteren Versagungstatbestandes. Dieses Argument lässt auf Bebauungspläne übertragen.

6. Die **Entschädigungsregelung** in § 53 des Entwurfs, die dem derzeit geltenden § 27 entspricht, ist nach Ansicht der Volksanwaltschaft widersprüchlich. Einerseits soll eine angemessene Entschädigung für eine "Wertverminderung" zustehen, wenn durch die Wirkung eines Flächenwidmungs- oder Bebauungsplanes (Teilbebauungsplanes) die Bebauung eines für diesen Zweck geeigneten Grundstücks verhindert wird. Andererseits soll die Entschädigung aber nur dann gebühren, wenn die Wertverminderung für den Betroffenen (die Betroffene) eine "unbillige Härte" darstellt (Abs. 1). Eine "unbillige Härte" soll dann vorliegen, wenn "im Vertrauen auf die Rechtslage nachweisbar Kosten für die Baureifmachung des Grundstückes aufgewendet worden sind" (Abs. 2).

Nach Ansicht der Volksanwaltschaft ist jedoch **zwischen planungsbedingten Wertminderungen und frustrierten Aufwendungen zu unterscheiden**. Der VfGH hat es zwar als verfassungsrechtlich unbedenklich erachtet, wenn nur die Kosten für die Baureifmachung vergütet werden.⁸ Allerdings hat der OGH Entschädigungsregelungen zur Vermeidung eines gleichheitswidrigen Ergebnisses dahin ausgelegt, dass unter "Aufwendungen", die in Hinblick auf die bisherige Widmungs- oder Nutzungsart tatsächlich getätigt wurden,

⁷ Vgl. VfSlg 17.211/2004, 17.402/2004, 19.760/2013 zu Flächenwidmungsplänen; VfSlg 12.171/1989, 15.104/1998, 19.101/2010 zu Bebauungsplänen.

⁸ VfSlg 13.282/1992, 17.149/2004, 19.202/2010.

auch der Anschaffungspreis für das Bauland, abzüglich des hypothetischen Grünlandpreises, zu verstehen ist.⁹ Abgesehen davon ist nicht einzusehen, weshalb eine "unbillige Härte" nur dann vorliegen soll, wenn Kosten für die Baureifmachung aufgewendet wurden.¹⁰ Da auch eine "Wertverminderung" eine "unbillige Härte" darstellen kann, regt die Volkswirtschaft eine **Klarstellung** dahingehend an, dass sowohl Wertverminderungen als auch nachweisbare Kosten für die Baureifmachung ersatzfähig sind.

7. Nach § 55 Abs. 1 ist für die Besorgung der Angelegenheiten des § 37 die Bezirksverwaltungsbehörde in erster Instanz zuständig. Laut § 37 Abs. 4 bedarf die Errichtung, wesentliche Erweiterung oder wesentliche Änderung von Einkaufszentren sowie die Verwendung eines bestehenden Gebäudes als Einkaufszentrum jedoch einer Bewilligung der Landesregierung. Der Gesetzgeber müsste daher klarstellen, welche Behörde zur baurechtlichen Bewilligung von Einkaufszentren **zuständig** ist.

Nach § 37 Abs. 7 hat das Land im Bewilligungsverfahren Parteistellung und ist berechtigt, die Interessen der überörtlichen Raumordnung als subjektives Recht im Verfahren geltend zu machen, Rechtsmittel zu ergreifen und Revision an den VwGH oder den VfGH zu erheben. Da das Land damit nicht eigene materielle subjektive Rechte, sondern - zur Wahrung der objektiven Rechtmäßigkeit - **öffentliche Interessen der überörtlichen Raumordnung** geltend macht, ist es als **Formal- oder Organpartei (Amtspartei)** zu qualifizieren.¹¹ Einer Formalpartei steht eine Beschwerde an den VfGH aber weder wegen Verletzung materieller subjektiver Rechte noch zur Wahrung der objektiven Rechtmäßigkeit zu (Art. 144 Abs. 1 B-VG).¹² Der einfache Gesetzgeber kann die Beschwerdelegitimation von Formalparteien auch nicht damit begründen, dass er ihnen das Recht einräumt, die Wahrung öffentlicher Interessen im Verfahren als "subjektives Recht" geltend zu machen.¹³ Echte subjektive Rechte ergeben sich nur aus Regelungen, mit denen der Gesetzgeber zusätzlich zum Schutz der Allgemeinheit private Interessen Einzelner schützen will.¹⁴

⁹ OGH 2 Ob 52/99g bbl 1999, 161 Anm. *Auer*; 6 Ob 105/01m bbl 2002, 159.

¹⁰ Vgl. *Pallitsch/Pallitsch/Kleewein*, Burgenländisches Baurecht³ § 27 Bgld RPGA nm. 5 mwN.

¹¹ *Hengstschläger/Leeb*, AVG I² § 8 Rz 12 mwN; *Domej*, Die Amtspartei im Verwaltungsverfahren (2006) 119, 168 ff; VwGH 21.11.2001, 2001/08/0150; 25.7.2003, 2002/02/0281; VfSlg 17.219/2004; 18.659/2008.

¹² *Hengstschläger/Leeb*, AVG I² § 8 Rz 13/1.

¹³ VfSlg 17.219/2004.

¹⁴ VfSlg 17.220/2004.

Eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht steht den Formalparteien nur in prozessualer Hinsicht zu. Darüber hinaus kann der einfache (Materien)Gesetzgeber Formalparteien nach Art 132 Abs. 4 B-VG zur Erhebung einer Amtsbeschwerde an das Verwaltungsgericht wegen objektiver Rechtswidrigkeit der Sachentscheidung ermächtigen.¹⁵

Im Übrigen kann die Revision nur an den VwGH, nicht aber, wie im Entwurf angeführt, an den VfGH erhoben werden.

Abschließend wird die Korrektur folgender formaler Mängel empfohlen:

- o In § 36 Abs. 1 muss es in der 2. Zeile statt "führt" "für" heißen.
- o In § 37 Abs. 6 muss es statt "Abs. 4 Z 2" "Abs. 5 Z 2" heißen.
- o In § 42 Abs. 3 Z 2 muss es statt "Genehmigung des Örtlichen Entwicklungskonzeptes" "Genehmigung des Flächenwidmungsplanes" heißen.
- o In § 42 Abs. 5 muss es statt "Entwurf des Örtlichen Entwicklungskonzeptes" "Entwurf des Flächenwidmungsplanes" heißen.

Mit freundlichen Grüßen

Der Vorsitzende:

Volksanwalt Dr. Peter FICHTENBAUER

¹⁵ Vgl. RV 1618 BlgNR 24.GP 4, 16.