

Aufträge und Maßnahmen der Baubehörde zur Beseitigung von Vorschriftswidrigkeiten bzw konsenslosen Bauwerken

Gerald Fuchs

Bestehen baurechtliche Vorschriftswidrigkeiten bzw konsenslose Bauwerke, so sind diese zu beseitigen und die Baubehörden haben nach den baurechtlichen Vorschriften entsprechende, dahin gerichtete Maßnahmen zu setzen. Dem wird allerdings mitunter ein dahin gehender Vorhalt entgegengebracht, wonach es in der Praxis nicht immer bzw nicht immer ausreichend rasch geschehe, dass die Behörden den gesetzlichen Zustand herstellen. Der folgende Beitrag befasst sich nun mit den diesbezüglich für Behörden erforderlichen Verfahrens- und Zeitabläufen.



Mag. Gerald Fuchs ist Referatsleiter der Magistratsabteilung 37 (Baupolizei), Stabstelle Recht, des Magistrats der Stadt Wien und Lektor an der FH Campus Wien.

1. Erteilung baubehördlicher Aufträge

Hinsichtlich der Beseitigung bzw Rückgängigmachung vorschriftswidrig bzw konsenslos gesetzter baulicher Maßnahmen ist auf die Verpflichtung der Behörde zu amtswegigem Vorgehen gegen Vorschriftswidrigkeiten hinzuweisen. Dies umfasst insbesondere die Erlassung baubehördlicher Aufträge zur Beseitigung konsensloser Bauwerke und die amtswegige Vollstreckung dieser Aufträge bis hin zur Ersatzvornahme.

Ein solcher Fall liegt auch dann vor, wenn eine Baubewilligung (vorerst) durch die Baubehörde erster Instanz erteilt, diese nach Erhebung von Beschwerden durch Nachbarn im Rechtsmittelverfahren vom Landesverwaltungsgericht bestätigt, aber letztlich aufgrund einer von diesen erhobenen Revision vom VwGH behoben und für rechtswidrig erklärt wird. Wurde der erhobenen Revision keine aufschiebende Wirkung zuerkannt so kann ein Bauwerber die vom Landesverwaltungsgericht erteilte Baubewilligung auf eigenes Risiko konsumieren und das Bauwerk errichten. Der Bauwerber riskiert damit, dass das so errichtete Bauwerk nach Behebung der Baubewilligung durch den VwGH sodann konsenslos wird bzw ist und folglich wieder zu beseitigen ist.

Der bescheidmäßigen Erteilung eines Beseitigungsauftrags hat ein entsprechendes Ermittlungsverfahren nach den Anforderungen des AVG voranzugehen. Hier ist ein besonderes Augenmerk auf die Feststellung und Beschreibung der Vorschriftswidrigkeiten zu legen. Gegen einen abschließenden Auftragsbescheid steht dem Verpflichteten das Rechtsmittel der Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht zu, welcher in aller Regel aufschiebende Wirkung zukommt. Der Auftrag ist erst nach seiner Rechtskraft zu erfüllen.

Hinsichtlich des Zeitablaufs ist in diesem Zusammenhang zur Dauer von Beschwerdeverfahren zu bemerken, dass laut Tätigkeitsbericht des LVwG Wien für das Jahr 2018 Verfahren zu Baubewilligungen etwa nach erhobener Beschwerde von Nachbarn durchschnittlich 300 Tage in Anspruch nehmen und die durchschnittliche Verfahrensdauer zu Bauaufträgen bei 190 Tagen liegt.¹

Den verfahrens- und rechtstechnischen Anforderungen eines behördlichen Auftragsverfahrens von der behördlichen Wahrnehmung bzw erstatteten Anzeige bis zur Erlangung eines rechtskräftigen Auftrags ist daher unter Umständen ein gewisser Zeitablauf geschuldet. Naturgemäß trifft dies nicht immer die persönlichen Erwartungen eines Anzeigelegers oder beschwerdeführenden Nachbarn gegen eine (vorerst) erteilte Baubewilligung.

Zu bemerken ist grundsätzlich auch, dass der Grundsatz der Möglichkeit des Bauens auf eigenes Risiko für Bauwerber bis zu einer nachfolgenden Überprüfung ein langjährig etabliertes Grundprinzip vereinfachter baubehördlicher Verfahren ist (so etwa im Sinne des § 70a Wr BauO).

2. Parteistellung im Auftragsverfahren

Ob ein Anzeigeleger und insbesondere ob ein Nachbar im Zusammenhang mit baupolizeilichen Aufträgen Parteistellung und einen auf die Einleitung eines baubehördlichen Auftragsverfahrens oder die Aufrechterhaltung eines baupolizeilichen Auftrags gerichteten Rechtsanspruch hat, ist nicht einheitlich zu beurteilen. Es ist darauf abzustellen, ob das Gesetz etwa den Nachbarn Parteistellung einräumt.²

Für Wien kommt dem Nachbarn nach den Bestimmungen der Wr BauO kein diesbezügliches Antragsrecht zu. Laut VwGH ist ihm aber bei verfassungskonformer Auslegung von § 62 und § 134 Abs 5 iVm § 134a Abs 1 Wr BauO im Bauanzeigeverfahren gemäß § 62 Wr BauO die auf die Frage der Überprüfung der Zulässigkeit des Bauanzeigeverfahrens beschränkte Parteistellung zuzubilligen.³ Auch durch die OÖ BauO wird einem Nachbarn kein Rechtsanspruch auf Einleitung eines baubehördlichen Auftragsverfahrens (bzw Aufrechterhaltung eines baupolizeilichen Auftrags) oder auf Beseitigung eines konsenslosen Baues einräumt.⁴

Demgegenüber hat der VwGH in einer aktuellen Entscheidung zur Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung einer seitens eines Nachbarn geführten Revision gegen eine Baubewilligung

gericht.wien.gv.at/Content.Node/verwaltungsgericht-wien/Taetigkeitsbericht2018.pdf.

2 Vgl VwGH 25. 9. 2014, 2013/07/0060.

3 Vgl VwGH 22. 1. 2019, Ra 2018/05/0191.

4 Vgl VwGH 24. 4. 2018, Ra 2018/05/0032.

darauf verwiesen, dass andere Bauordnungen den Nachbarn das Recht gewähren, ihre Nachbarrechte auch im baupolizeilichen Auftragsverfahren zu verfolgen und die Schaffung eines solchen Titels gegebenenfalls durchzusetzen. So insbesondere § 6 Abs 1 und 2 iVm § 35 Abs 2 NÖ BauO, § 41 Abs 6 Stmk BauG, § 34 Abs 3 Krnt BauO sowie auch § 7 Abs 5 iVm § 16 Sbg BauPolG.⁵

So stehen sich diesbezüglich unterschiedliche Regelungsstrukturen und mit der Großstadt Wien und kleineren Gemeindestrukturen auch unterschiedliche Verwaltungsstrukturen gegenüber. Auch wenn ein Nachbar im baubehördlichen Auftragsverfahren keine Parteistellung hat und ein Handeln der Behörde somit nicht unmittelbar erzwingen kann, steht es ihm aber jedenfalls zu, Missstände gegenüber der Behörde aufzuzeigen bzw anzuzeigen, welche wiederum in Kenntnis der Umstände zu amtswegigem weiterem Vorgehen verpflichtet ist. Andernfalls setzt sie sich dem Vorwurf eines Missbrauchs der Amtsgewalt aus oder muss sich eines Einschreitens der Volksanwaltschaft gewahr sein.

3. Vollstreckung eines behördlichen Auftrags

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch darauf, dass auch das Verfahren zur Vollstreckung rechtskräftig gewordener Bauaufträge einem verfahrensrechtlichen Regime unterliegt. Nach dem VVG ist dem Verpflichteten mittels Androhung der Ersatzvornahme nochmals eine Frist zu gewähren, innerhalb derer er selbst tätig werden kann, bevor die Vollstreckungsbehörde an seiner Stelle zwangsweise tätig wird. In der Folge wird die Anordnung der Ersatzvornahme (Vollstreckungsverfügung) erlassen, gegen die dem Verpflichteten noch das Rechtsmittel einer Beschwerde zusteht. Erst nach Rechtskraft dieser Vollstreckungsverfügung wird die Vollstreckungsbehörde tätig.

Nachdem die Behörde in Vorleistung der Kosten für die mittels Bauauftrag aufgetragenen Leistungen geht, sind eine budgetäre Bedeckung und mit ihr gegebenenfalls auch entsprechend erforderliche Genehmigungen der Finanzmittel erforderlich.

Nicht unerwähnt soll an dieser Stelle auch bleiben, dass dabei Steuergelder umgesetzt werden. Die Vollstreckungsbehörde muss damit einerseits nach der Durchsetzung des behördlichen Auftrags trachten, aber auch sorgsam mit öffentlichen Mitteln verfahren. Des Weiteren ist die Vollstreckungsbehörde verpflichtet, bei der Auswahl und Beauftragung von Unternehmen zur faktischen Durchführung der Ersatzvornahmen die gesetzlichen Bestimmungen des Vergaberechts einzuhalten. Dies bedingt wiederum einen entsprechenden zeitlichen und verwaltungstechnischen Aufwand. Auch unter der Prämisse eines möglichst raschen Handelns der Behörde müssen alle notwendigen Handlungen der Behörden in einer rechtsstaatlich vorgesehenen und somit verfahrensrechtlich einwandfreien Vorgangsweise erfolgen.

⁵ Vgl VwGH 13. 2. 2019, Ra 2019/05/0002 ua.

4. Hemmung durch nachträgliche Bewilligung für Teilbereiche des Bauwerks

Auch ein rechtskräftiger Beseitigungsauftrag der Behörde ist mitunter (noch) keine Garantie für eine umgehende faktische Beseitigung. In gewissen Fallkonstellationen kann die Vollstreckung von rechtskräftigen Bauaufträgen wegen Vorschriftswidrigkeiten im Wege der Ersatzvornahme nämlich gehemmt sein.

Während der Anhängigkeit eines Verfahrens betreffend eine nachträgliche Baubewilligung darf ein Beseitigungsauftrag wegen Konsenswidrigkeit nicht vollstreckt werden. Dies setzt aber voraus, dass sich das nachträgliche Bauansuchen auf das vom Vollstreckungsverfahren betroffene Bauobjekt bezieht.⁶ Ein baupolizeilicher Abbruchauftrag darf damit erst nach rechtskräftiger Abweisung oder Zurückweisung eines bereits anhängigen Bauansuchens vollstreckt werden.⁷

Ein Vollzug des Bauauftrags durch die Behörde ist für die Dauer des Vorliegens des Hemmungsgrundes unzulässig. Mit einer Einreichung ist ein Vollstreckungsverfahren grundsätzlich hinsichtlich jener Teile eines zu beseitigenden Objekts gehemmt, die Teil des Bewilligungsverfahrens sind. Es ist jedoch nicht möglich, durch mehrmaliges Ansuchen die Vollstreckung dauerhaft zu vereiteln.⁸

Wenn für Teilbereiche von konsenswidrigen Bauten nachträglich eine Baubewilligung erteilt wird und wesentliche Bauteile selbständig und nunmehr konsensgemäß bestehen bleiben können, ist die Vollstreckung grundsätzlich gehemmt. Liegt bei dem eingereicht Vorhaben ein *aliud* vor, weil etwa die nachträglich erteilte Baubewilligung und das vorhandene Gebäude nicht übereinstimmen (zB hinsichtlich Lage, Höhe, Größe), so tritt keine Hemmung der Vollstreckung ein.

Ist der Gegenstand eines baupolizeilichen Auftrags ein Bauwerk, an dem etwa im Sinne des § 48 Abs 1 OÖ BauO Baugebrechen festgestellt wurden, deren Beseitigung angeordnet wurde, stellt eine etwa erteilte Baubewilligung für den Umbau dieses vorschriftswidrigen Bauwerks keine Änderung des für die Erlassung des baupolizeilichen Auftrags maßgeblichen Sachverhalts dar. Im Unterschied zu einem errichteten Schwarzbau, der nachträglich bewilligt wird, kommt für ein Gebäude mit festgestellten Baugebrechen die Erteilung einer nachträglichen Baubewilligung (und damit seine nachträgliche Legalisierung in dieser Form) nicht in Betracht. Die Erteilung einer Baubewilligung für den Umbau eines bewilligten Bauwerks, an dem in einem baupolizeilichen Bescheid Baugebrechen festgestellt worden waren, im Zuge dessen die von einem Bauauftrag betroffenen Räumlichkeiten komplett umgebaut, saniert oder abgetragen würden, stellt somit keinen geänderten Umstand, der den Vollzug eines wegen Baugebrechen erteilten Abtragungsbescheides obsolet machen würde, dar. **Die Behörde kann daher einen solchen Ti-**

⁶ Vgl VwGH 28. 5. 2013, 2011/05/0139.

⁷ Vgl VwGH 23. 5. 2017, Ra 2017/05/0082.

⁸ Vgl Moritz, BauO Wien² (2014) 371.

telbescheid so lange vollstrecken, als das Baugebrechen tatsächlich vorliegt.⁹

Dies bringt auch zum Ausdruck, dass eine **Hemmung** zwar eintreten soll, **wenn durch die Erteilung der Bewilligung der ursprüngliche Mangel unmittelbar geheilt wird**, nicht aber dann, wenn noch weitere Maßnahmen dazu zu setzen sind. Der Bauwerber muss unmittelbar Maßnahmen zur Herstellung des konsensgemäßen Zustands setzen, damit beginnen, um den Vollzug eines Beseitigungsauftrags zu hemmen.

Im Baubewilligungsverfahren ist auch ein Mängelbehebungsauftrag dann nicht erforderlich, wenn der **Antrag offenkundig aussichtslos** ist. Liegt etwa der maßgebende Grund für die Nichterteilung der Baubewilligung im Widerspruch des Bauvorhabens zum Flächenwidmungsplan, dann hätte daran auch eine Vorlage fehlender Unterlagen (Pläne, Beschreibungen etc) nichts geändert.¹⁰

Weiters hat der VwGH einer Revision gegen einen Abtragungsauftrag zu einem Gebäude die aufschiebende Wirkung zuerkannt und ausgeführt, dass „*generalpräventive Gründe*“ keine zwingenden öffentlichen Interessen im Sinne des § 30 Abs 2 VwGG darstellen. Die massiven wirtschaftlichen Interessen bzw Nachteile, die für die revisionswerbende Partei mit der sofortigen Vollstreckung und dem Abbruch des Gebäudes verbunden wären, überwiegen das eingewendete gegenläufige

öffentliche Interesse. Das Vorbringen der Behörde, mit zahlreichen Ansuchen werde langjährig in evidenter Verschleppungsabsicht versucht, ein aus baurechtlicher Sicht keiner Genehmigung zugängliches Gebäude und damit den rechtswidrigen Zustand zu erhalten, führte in dieser Abwägung nicht zum Erfolg.¹¹

Im konkreten Einzelfall können sich im Lichte dieser Umstände daher schwierige Abgrenzungsfragen ergeben, ob die Vollstreckung eines rechtskräftigen Beseitigungsauftrags gehemmt ist.

Fazit

Ein dahin gehender Vorhalt, wonach es in der Praxis nicht immer bzw nicht immer ausreichend rasch geschehe, dass die Behörden bei Vorschriftswidrigkeiten bzw konsenslosen Bauwerken den gesetzlichen Zustand herstellen, greift bei näherer struktureller Betrachtung in aller Regel zu kurz. Auch wenn aus persönlicher Sicht etwa von Anzeigeglern oder Nachbarn Wünsche nach einem raschen Handeln der Behörde nachvollziehbar erscheinen, soll nicht außer Acht gelassen werden, dass alle notwendigen Handlungen der Behörden in einer rechtsstaatlich vorgesehenen und somit verfahrensrechtlich einwandfreien Vorgangsweise zu erfolgen haben. Dies ist auch mit einem entsprechenden Zeitverlauf verbunden.

⁹ Vgl VwGH 26. 9. 2017, Fe 2016/05/0001.

¹⁰ Vgl VwGH 21. 5. 2007, 2006/05/0086.

¹¹ Vgl VwGH 20. 2. 2018, Ra 2017/05/0293.

Die irrtümlich bezahlte Rechnung

Rechtsfragen zur Rückforderung bei Irrtümern bei der Überweisung

Christoph Wiesinger

Es ist nicht der Regelfall, aber dennoch kann es vorkommen. Jemand bezahlt eine Rechnung irrtümlich zweimal oder macht bei der Überweisung einen Fehler, der zu einer Überzahlung führt. Solange der Bereicherte kooperativ ist, lässt sich ein solcher Fehler leicht korrigieren. Im Folgenden soll aber die Rechtslage nüchtern dargestellt werden.

1. Begriff der irrtümlich bezahlten Rechnung

Die „*irrtümlich bezahlte Rechnung*“ ist kein juristischer Fachausdruck und es soll an dieser Stelle auch gar nicht der Versuch unternommen werden, einen solchen zu schaffen. Hier soll nur der mögliche Sachverhalt, um den es im Folgenden geht, erläutert werden.

Unter irrtümlich bezahlter Rechnung soll hier verstanden werden, dass jemand eine Rechnung in der Annahme bezahlt, er habe diese noch nicht bezahlt. Diesem Fall ist jener gleichzuhalten, in dem er irrtümlich mehr leistet. Jemand möchte zB 1.000 € überweisen, vertippt sich aber und überweist 10.000 €. In beiden Fällen zahlt er irrtümlich mehr, als er müsste, ohne dass sich an den zugrunde liegenden Rechtsgeschäften etwas ändert. Irrtümlich bezahlt ist eine Rechnung in diesem Sinn

auch dann, wenn die Zahlung an einen anderen erfolgt als an den Gläubiger (zB an eine Konzerngesellschaft mit einem sehr ähnlichen Namen).¹

Keine irrtümliche Leistung liegt vor, wenn der Leistende zum Leistungszeitpunkt eine bestehende Schuld tilgen will und zu einem späteren Zeitpunkt einen Anspruch erwirbt, etwa wenn er eine Preisminderung aus dem Titel der Gewährleistung oder einen Schadenersatzanspruch geltend machen will (hier ist § 1435 ABGB Anspruchsgrundlage).

2. Rechtsgrundlage für den Rückforderungsanspruch

2.1. Kondiktionsanspruch

Rechtsgrundlage für die Rückforderung der irrtümlichen Zahlung ist § 1431 ABGB (*condictio indebiti*). Rechtsdogmatisch handelt es sich dabei um eine

¹ Diese Fälle auch bei *Kerschner* in *Klang*, ABGB³, § 1431 Rz 8.



MMag. Dr. Christoph Wiesinger, LL.M. ist Mitarbeiter der Geschäftsstelle Bau der Wirtschaftskammer Österreich in Wien.