Auskunft:
Mag. Andreas Böhler
T +43 5574 511 27115

Zahl: VIIa-20.010-4//-254

Bregenz, am 04.05.2023

Betreff: Kurzinformation Nr. 170
§ 7 Abs. 1 lit. g BauG - Klarstellung der Auslegung (Abstandsregelung)

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Landesvolksanwalt hat in seiner Tätigkeit festgestellt, dass die Bestimmung des § 7 Abs. 1 lit. g des Baugesetzes - es handelt sich hier um die Erteilung von Abstandnachsichten durch die Behörde - häufig nicht richtig angewendet wurde. Aufgrund des gehäuften Auftretens der Thematik hat der Landesvolksanwalt[1] den Landesgesetzgeber bzw. die Landesregierung zur Klarstellung der Auslegung des § 7 Abs. 1 lit. g des Baugesetzes (im Folgenden: BauG) gegenüber den Baubehörden im Wege einer Kurzinformation der Abteilung Raumplanung und Baurecht (VIIa) des Amtes der Vorarlberger Landesregierung aufgefordert.

Nachfolgend übermitteln wir Ihnen dazu die rechtlichen Erläuterungen mit dem Ersuchen um Berücksichtigung.

Mit freundlichen Grüßen

Für die Vorarlberger Landesregierung
im Auftrag

DI Lorenz Schmidt

[1] Punkt B. des Zwischenberichtes des Landesvolksanwaltes vom 15.02.2023 gemäß § 7 Abs. 2 des Gesetzes über den Landesvolksanwalt.

Der Landesvolksanwalt berichtete, in einigen Fällen sei die Rechtsauffassung vertreten worden, diese Bestimmung könne nicht auf Fälle angewendet werden, bei denen es sich um ein nachträglich beantragtes (Anmerkung: nicht bewilligtes) Bauvorhaben handelt, das bereits ausgeführt worden sei[2].

Diese einschränkende Auslegung trifft jedoch aus Sicht der Abteilung Raumplanung und Baurecht (VIIa) aus nachstehenden Gründen nicht zu:

1. **Gesetzliche Bestimmung:**

Gemäß **§ 7 Abs. 1 BauG** kann die Behörde Ausnahmen von den Vorschriften des § 5 Abs. 1 bis 6 BauG sowie des § 6 Abs. 1 bis 3 BauG zulassen (Abstandsnachsicht), wenn die Interessen der Sicherheit, der Gesundheit sowie des Schutzes des Orts- und Landschaftsbildes nicht beeinträchtigt werden und überdies
(…)

g) es sich um eine nachträgliche Ausnahme für ein bereits ausgeführtes Bauvorhaben handelt, sofern die Unterschreitung der Abstandsflächen oder Mindestabstände während eines Zeitraumes von zehn Jahren ab Vollendung des Bauvorhabens nicht von den betroffenen Nachbarn gegenüber der Behörde schriftlich beanstandet worden ist.

Dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 lit. g BauG ist nicht zu entnehmen, dass der Ausnahmetatbestand nur auf Bauvorhaben anzuwenden wäre, die abweichend von einer Baubewilligung ausgeführt wurden. Vielmehr wird darauf abgestellt, dass das Bauvorhaben **bereits ausgeführt** wurde **und ab Vollendung** (mindestens) **zehn Jahre verstrichen** sind, in denen **keine schriftliche Beanstandung der betroffenen Nachbarn gegenüber der Behörde** erfolgte.

Der mit LGBl.Nr. 64/2019 letztmalig geänderte § 7 BauG, der den gegenständlichen Ausnahmetatbestand des Abs. 1 lit. g neu in das Baugesetz einfügte und seitdem enthält, trat am 04.09.2019 in Kraft und steht derzeit unverändert in Geltung.

2. **Gesetzesmaterialien**

Der **Motivenbericht** zur Regierungsvorlage zum Gesetz über eine Änderung des Baugesetzes **Blg. 75/2019 30. LT** führt in diesem Zusammenhang erläuternd aus (ohne Fettdruck und Unterstreichungen im Originaltext):
„Es kommt vor, dass Bauvorhaben nicht entsprechend der Baubewilligung ausgeführt und dabei die entsprechenden Abstandsflächen oder Mindestabstände nicht eingehalten werden. Die nachträgliche Erteilung der Baubewilligung bzw. die Erteilung einer entsprechenden Abstandsnachsicht ist unter Umständen mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen

[2] Vgl. dazu die mittlerweile überholte Judikatur des Landesverwaltungsgerichtes (LVwG) Vorarlberg vom 20.07.2020, Zl. LVwG-318-26/2020-R14, wonach es sich beim „bereits ausgeführten Bauvorhaben“ i.S.d. § 7 Abs. 1 lit. g BauG um ein ursprünglich bewilligtes, jedoch abweichend von der Baubewilligung ausgeführtes Bauvorhaben handeln müsse.

ohne Zustimmung des betroffenen Nachbarn nicht möglich. Dies auch dann, wenn die Unterschreitung der Abstandsflächen bzw. Mindestabstände über viele Jahre hinweg vom betroffenen Nachbarn bzw. dessen Rechtsvorgänger unbeanstandet geblieben ist.
Dies wird von den betroffenen Grundeigentümern (Bauherren bzw. deren Rechtsnachfolger im Eigentum), aber auch von den Baubehörden oftmals als unbefriedigend empfunden, zumal es in früheren Zeiten noch nicht üblich war, vor Baubeginn jedenfalls eine Vermessung durchzuführen bzw. dies von den Baubehörden nicht (immer) vorgeschrieben wurde.

Wie u.a. auch vom Landesvolksanwalt angeregt, soll daher nunmehr der § 7 Abs. 1 entsprechend ergänzt werden, indem festgelegt wird, dass bei einem bereits ausgeführten Bauvorhaben eine Abstandsnachsicht von der Behörde – auch ohne Zustimmung des betroffenen Nachbarn – zugelassen werden kann, wenn die Unterschreitung der Abstandsflächen und Mindestabstände während eines Zeitraumes von zehn Jahren ab Vollendung des Bauvorhabens von den betroffenen Nachbarn gegenüber der Behörde nicht schriftlich beanstandet worden ist (neue lit. g)*.*
(…)
Diese nachträgliche Ausnahme erscheint sachlich gerechtfertigt, da die betroffenen Nachbarn die Möglichkeit haben bzw. hatten, die Nichteinhaltung der Abstandsvorschriften des Baugesetzes bzw. des Baubescheides bei der Behörde zu beanstanden, dies aber während eines längeren Zeitraumes (10 Jahren) nicht getan haben. Die Interessen der Sicherheit, der Gesundheit sowie des Schutzes des Orts- und Landschaftsbildes (vgl. § 7 Abs. 1 erster Teilsatz) dürfen aber auch in solchen Fällen nicht beeinträchtigt werden.
Die Nichteinhaltung der Abstandsvorschriften muss vom betroffenen Nachbarn (bzw. dessen Rechtsvorgänger) innerhalb der 10-Jahresfrist schriftlich bei der Baubehörde beanstandet worden sein. Im Verfahren auf nachträgliche Erteilung einer Baubewilligung bzw. einer Ausnahme (Abstandsnachsicht) nach § 7 Abs. 1 lit. g hat der betroffene Nachbar Parteistellung (vgl. § 26 Baugesetz).
Die nachträgliche Ausnahme für ein bereits ausgeführtes Bauvorhaben nach § 7 Abs. 1 lit. g betrifft nur dieses konkrete Bauvorhaben, nicht jedoch allfällige nachfolgende Bauvorhaben auf dem betreffenden Grundstück, für die wiederum eine Abstandsnachsicht erforderlich sein kann. (…)“.

Die zur Auslegung heranzuziehenden Materialien knüpfen zunächst an den Gesetzeswortlaut an, indem auf **bereits ausgeführte Bauvorhaben** Bezug genommen wird, **ohne** einerseits bereits bewilligte, abweichend davon ausgeführte und andererseits ohne Baubewilligung ausgeführte Bauvorhaben **zu unterscheiden**. Sie sprechen weiters gerade beide Fälle an, indem von *„Nichteinhaltung der Abstandsvorschriften **des Baugesetzes bzw. des Baubescheides**“* sowie von der Parteistellung des betroffenen Nachbarn *„im Verfahren auf **nachträgliche Erteilung der Baubewilligung bzw. einer Ausnahme (Abstandsnachsicht) nach § 7 Abs. 1 lit. g**“* gesprochen wird. Die Absicht des Gesetzgebers war es somit, für beide Fallgruppen bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen die Anwendbarkeit des gegenständlichen Ausnahmetatbestandes zu ermöglichen.

3. Literatur/Judikatur

Einhellig dazu und besonders klar ist die Auslegung in der Literatur und jüngeren Judikatur des Landesverwaltungsgerichtes Vorarlberg (ohne Fettdruck im Originaltext):
„Festzuhalten ist, dass der Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 1 lit. g BauG ***nicht auf Bauvorhaben eingeschränkt ist, die abweichend von einer erteilten Baubewilligung ausgeführt*** *wurden, sondern sich – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen –* ***auch auf Vorhaben erstreckt, die überhaupt ohne Baubewilligung ausgeführt worden sind.“*** (*Germann/Fleisch*, Das Vorarlberger Baugesetz, 2019, Seite 85; siehe auch LVwG Vorarlberg 18.01.2022, Zl. LVwG-318-29/2021-R19 mit Erwägungen zum Nichtvorliegen eines „vollendeten“ Bauvorhabens i.S.d. § 7 Abs. 1 lit. g BauG bei Vornahme wesentlicher Änderungen, sowie LVwG Vorarlberg 03.02.2023, Zl. LVwG-318-89/2021-R18 mit umfassenden Ausführungen zum Begriff der „Vollendung“ eines Bauvorhabens).

4. Zusammenfassung:

- Die Baubehörde kann gemäß § 7 Abs. 1 lit. g BauG eine Abstandsnachsicht für ein bereits ausgeführtes Bauvorhaben **sowohl für bereits bewilligte, aber abweichend ausgeführte, als auch für (noch) nicht bewilligte Bauvorhaben** erteilen.
- Die Interessen der Sicherheit, der Gesundheit sowie des Schutzes des Orts- und Landschaftsbildes dürfen auch in solchen Fällen nicht beeinträchtigt werden.
- Die Unterschreitung der Abstandsflächen oder Mindestabstände darf während eines Zeitraums von zehn Jahren ab Vollendung (!) des Bauvorhabens nicht von den betroffenen Nachbarn schriftlich gegenüber der Behörde beanstandet worden sein.
- Im Verfahren auf nachträgliche Erteilung einer Baubewilligung bzw. einer Ausnahme (Abstandsnachsicht) nach § 7 Abs. 1 lit. g BauG hat der betroffene Nachbar Parteistellung (vgl. § 26 BauG).
- Betroffen von einer Ausnahme nach § 7 Abs. 1 lit. g BauG ist immer nur das konkrete Bauvorhaben, nicht jedoch allfällige nachfolgende Bauvorhaben auf dem betreffenden Grundstück, für die wiederum eine Abstandsnachsicht erforderlich sein kann.

Die Bestimmung des § 7 Abs. 1 lit. g BauG begünstigt den Bauwerber lediglich in Bezug auf die Möglichkeit der Erteilung einer Abstandsnachsicht durch die Behörde. Sie dient nicht dazu, „Schwarzbauten“ rechtlich zu sanieren. Im Falle eines bereits ausgeführten, jedoch nicht bewilligten Bauvorhabens ist

a) entweder über Antrag ein Baubewilligungsverfahren durchzuführen, in dem sämtliche gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Baubewilligung von der Behörde zu prüfen sind,
b) oder – sollte von der Behörde das Nichtvorliegen einer Baubewilligung für ein bewilligungspflichtiges Bauvorhaben festgestellt (und allenfalls über behördliche

Aufforderung kein Bauantrag gestellt) werden – nach der Bestimmung des § 40 BauG (Herstellung des rechtmäßigen Zustandes) vorzugehen.

Wir ersuchen Sie, obenstehende Auslegung des § 7 Abs. 1 lit. g BauG zukünftig in den Verfahren zu berücksichtigen.

Ergeht an:

1. Gemeinden, E-Mail:
2. Bezirkshauptmannschaft Bregenz (BHBR), Intern
3. Bezirkshauptmannschaft Dornbirn (BHDO), Intern
4. Bezirkshauptmannschaft Feldkirch (BHFK), Intern
5. Bezirkshauptmannschaft Bludenz (BHBL), Intern
6. Baurechtsverwaltungen, E-Mail:
7. Vorarlberger Gemeindeverband, Marktstraße 51, 6850 Dornbirn, E-Mail: vbg.gemeindeverband@gemeindehaus.at

Nachrichtlich an:

1. Büro Landesamtsdirektor (LAD), Intern
2. Herrn Landesrat Mag. Marco Tittler, im Hause, E-Mail: marco.tittler@vorarlberg.at
3. Landesvolksanwalt für Vorarlberg, Römerstraße 14, 6900 Bregenz, E-Mail: buero@landesvolksanwalt.at
4. Landesverwaltungsgericht (LVwG), Intern

Vor Abfertigung an:

Abt. Gesetzgebung (PrsG), Intern