

## 1. EINLEITUNG

Das Bauverfahren wird in der Praxis von einem Begriff begleitet: **der Präklusion**. Doch was ist die Präklusion eigentlich? In den Baugesetzen selbst wird dieser Begriff nicht genannt.

Eine Präklusion (aus dem lateinischen *praecludere* – ausschließen) bezeichnet in der juristischen Fachsprache den Ausschluss bestimmter Rechtshandlungen oder Rechte, wenn diese nicht innerhalb von gesetzlichen Fristen wahrgenommen werden.<sup>1</sup> Dabei geht es in erster Linie um den **Nachbar** bzw. **Anrainer** im Bauverfahren. Für den Antragsteller gelten die Präklusionsregelungen nicht. Versäumt derjenige, über dessen Antrag das Verfahren eingeleitet wurde, die Verhandlung, so kann sie entweder in seiner Abwesenheit durchgeführt oder auf seine Kosten auf einen anderen Termin verlegt werden.<sup>2</sup>

Doch welche Bedeutung hat die Präklusion nun? Sie dient der **Rechtssicherheit**. Mit der Präklusion soll in erster Linie *die übergangene Partei* (Nachbar) vermieden werden. Werden nämlich Parteien nicht dem Verfahren ordnungsgemäß beigezogen, behalten sie grundsätzlich alle ihre Rechte und können einen Bescheid – mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung – ohne jede zeitliche Beschränkung bekämpfen. Die Rechtskraft tritt daher (in der Regel ohne Wissen des Konsenswerbers und der Behörde) erst gar nicht ein. Dies ist besonders unbefriedigend, wenn bereits ein Vorhaben ausgeführt wurde und im Nachhinein das Verfahren wieder aufgenommen wird.

Hauptursache für übergangene Parteien waren in der Vergangenheit fehlerhafte bzw nicht erfolgte persönliche Zustellungen. In diesem Sinne wurde die Präklusion von der persönlichen Zustellung losgelöst und an die doppelte Kundmachung einer mündlichen Verhandlung geknüpft. Damit soll sichergestellt werden, dass alle Nachbarn bzw Parteien Kenntnis vom Bauvorhaben erlangen und Gelegenheit haben, Einwendungen dagegen zu erheben. Wer trotz dieser Möglichkeit seine Rechte nicht wahrnimmt, ist präkludiert.

Die grundlegenden Bestimmungen zur Präklusion befinden sich im Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG. Das AVG gilt subsidiär (dh ersatzweise) zu allen besonderen Verfahrensvorschriften, so auch zu jenen, die in den Baugesetzen der Länder enthalten sind. Das AVG ist also grundsätzlich nur dann anzuwenden, wenn die einzelnen Baugesetze der Länder keine eigenen Verfahrensvorschriften enthalten.

Die einzelnen Baugesetze sehen gesonderte, häufig dem AVG nachgebildete Bestimmungen für die mündliche Verhandlung, deren Kundmachung und die Präklusion vor

---

<sup>1</sup> Siehe allgemein zum Begriff zB <https://de.wikipedia.org/wiki/Präklusion> (abgerufen am 2. 3. 2021).

<sup>2</sup> § 42 Abs 4 AVG.

## 1. Einleitung

oder präzisieren diese. Zum Teil werden aber – wie bspw in Wien – ganz andere Wege gewählt.

Dennoch bleibt für die Anwendbarkeit der allgemeinen Präklusionsbestimmungen des AVG noch Raum. Zunächst bedarf es daher einer Auseinandersetzung mit den Bestimmungen des AVG. Dementsprechend widmet sich der erste Teil dieses Aufsatzes den allgemeinen Bestimmungen des AVG. In der Folge wird auf die einzelnen Bundesländer eingegangen, die durchaus unterschiedliche Regelungen vorsehen. Über diese unterschiedlichen Regelungen soll dieser Band einen soliden Überblick gewähren, um im Einzelfall auch feststellen zu können, ob die Gefahr von übergangenen Parteien bzw Nachbarn besteht oder nicht. Notwendigerweise bedarf es dazu auch einer näheren Auseinandersetzung, wer nach dem jeweiligen Baugesetz überhaupt Nachbar ist und wann ihm eine Parteistellung zukommt.

## 2. DIE PRÄKLUSIONSREGELN DES AVG

Die allgemeinen Regelungen des AVG zur Präklusion finden sich in den §§ 40 ff. Besonders relevant sind dabei neben den Bestimmungen zur Präklusion selbst die Bestimmungen zur sog „doppelten Kundmachung“ von mündlichen Verhandlungen. Nur wenn mündliche Verhandlungen nämlich ordnungsgemäß und doppelt kundgemacht wurden, kann es überhaupt erst zu einer Präklusion kommen. Vorab ist daher die Kundmachung näher zu betrachten.

### 2.1 Die mündliche Verhandlung und ihre Kundmachung

Nach § 39 Abs 1 AVG hat die Behörde – soweit die Verwaltungsvorschriften hierüber keine Anordnungen enthalten – von Amts wegen vorzugehen und den Gang des Ermittlungsverfahrens zu bestimmen. Sie kann insb von Amts wegen oder auf Antrag eine mündliche Verhandlung durchführen. Die Behörde hat bei dieser Entscheidung Bedacht zu nehmen auf die möglichste **Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis**. Mangels besonderer Bestimmung in den einzelnen Baugesetzen steht die Entscheidung über die mündliche Verhandlung daher im Ermessen der Behörde.

***Praxistipp:** Auch wenn die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung im Ermessen der Behörde steht, ist die Durchführung einer solchen im Bauverfahren immer anzuraten. Mangels Sonderregelungen in den Baugesetzen tritt Präklusion nämlich nur bei Durchführung einer mündlichen Verhandlung ein.*

Wird eine mündliche Verhandlung durchgeführt, so hat diese nach § 40 Abs 1 AVG **unter Zuziehung aller bekannten Beteiligten** sowie der erforderlichen Zeugen und Sachverständigen zu erfolgen und ist – sofern sie mit einem Augenschein verbunden wird – womöglich an Ort und Stelle, sonst am Sitz der Behörde oder an dem Ort abzuhalten, der nach der Sachlage am zweckmäßigsten erscheint.

Die **Anberaumung** einer mündlichen Verhandlung hat nach § 41 Abs 1 AVG durch

► **persönliche Verständigung der bekannten Beteiligten**

zu erfolgen. Wenn noch andere Personen als Beteiligte in Betracht kommen, ist die Verhandlung überdies

► **an der Amtstafel der Gemeinde,**

► **durch Verlautbarung in der für amtliche Kundmachungen der Behörde bestimmten Zeitung oder**

► **durch Verlautbarung im elektronischen Amtsblatt der Behörde kundzumachen.**

## 2. Die Präklusionsregeln des AVG

Das bedeutet also:

Die **bekanntesten Beteiligten** sind persönlich zu verständigen. Dabei ist allerdings Vorsicht geboten.

Liegt zB Miteigentum vor, sind stets **sämtliche Miteigentümer** (gesondert) **zu laden**. Auch bei **Ehegatten** als Miteigentümer ist die Zustellung mittels zweier Sendungen (Rückscheinbriefe) erforderlich. Eine Sendung (Rückscheinbrief), die an beide Ehegatten adressiert ist und von einem Ehegatten übernommen wird, kann für den anderen Ehegatten nach der Rechtsprechung des VwGH auch nicht als Ersatzzustellung wirksam sein.<sup>3</sup>

Wenn **noch andere Personen als Beteiligte in Betracht kommen** (was in der Regel der Fall sein kann), ist die **Verhandlung überdies durch Edikt** (also an der Amtstafel der Gemeinde oder mittels Verlautbarung in einem der oben genannten Medien) **kundzumachen**.

Die Verhandlung ist so anzuberaumen, dass die Teilnehmer **rechtzeitig und vorbereitet** erscheinen können. Die Verständigung (Kundmachung) über die Anberaumung der Verhandlung hat **die für Ladungen vorgeschriebenen Angaben einschließlich des Hinweises auf die gemäß § 42 AVG eintretenden Präklusionsfolgen** zu enthalten.

Die **Ladung bzw Kundmachung ohne Hinweis auf die Präklusionsfolgen** des § 42 AVG hat dagegen zur Folge, dass die Partei nicht gehindert ist, auch nach der mündlichen Verhandlung gegen das Vorhaben Einwendungen zu erheben. Die bloße Anführung von Paragraphenbezeichnungen reicht dabei nicht aus;<sup>4</sup> die Rechtsfolgen sind klar auszuführen.

**Praxistipp:** *Um die Präklusionsfolgen eintreten zu lassen, muss in den Ladungen und der Kundmachung explizit auf die Rechtsfolgen bei nicht rechtzeitiger Geltendmachung der Rechte hingewiesen werden. Es empfiehlt sich hier, den Gesetzestext wortwörtlich zu übernehmen und im Anschluss vereinfacht zusammenzufassen.*

### 2.2 Die doppelte Kundmachung als Voraussetzung für die Präklusion

Der Eintritt der Präklusionsfolgen nach § 42 Abs 1 AVG setzt wie ausgeführt voraus, dass eine **(förmliche) mündliche Verhandlung durchgeführt** wird.<sup>5</sup> Zudem muss diese doppelt kundgemacht worden sein.

<sup>3</sup> VwGH 30. 4. 2013, 2013/05/0003.

<sup>4</sup> Vgl dazu zB VwGH 12. 10. 2010, 2009/05/0116.

<sup>5</sup> Vgl etwa VwGH 30. 3. 2004, 2003/06/0036.

Wurde eine mündliche Verhandlung

- ▶ gemäß § 41 Abs 1 AVG zweiter Satz (siehe dazu schon Punkt 2.1) **und**
- ▶ in einer in den Verwaltungsvorschriften vorgesehenen besonderen Form

kundgemacht, so hat dies zur Folge, dass eine Person ihre Stellung als Partei verliert, soweit sie nicht spätestens am Tag vor Beginn der Verhandlung während der Amtsstunden bei der Behörde oder während der Verhandlung Einwendungen erhebt.

Wenn die Verwaltungsvorschriften **über die Form der Kundmachung nichts bestimmen**, so kommt es zu einem Verlust der Parteistellung, wenn

- ▶ die mündliche Verhandlung gemäß § 41 Abs 1 zweiter Satz und
- ▶ in geeigneter Form kundgemacht wurde.

Das Gesetz selbst definiert, unter welchen Voraussetzungen eine Kundmachung als **geeignet** angesehen werden kann, um die Präklusionsfolgen auszulösen.

So gilt die **Kundmachung im Internet unter der Adresse der Behörde** als **geeignet**, wenn sich aus einer dauerhaften Kundmachung an der Amtstafel der Behörde ergibt, dass solche Kundmachungen im Internet erfolgen können und unter welcher Adresse sie erfolgen. Sonstige Formen der Kundmachung sind geeignet, wenn sie **sicherstellen, dass ein Beteiligter von der Verhandlung voraussichtlich Kenntnis erlangt**.

***Praxistipp:** Soweit nicht ohnehin bereits erfolgt, sollte an der (physischen und elektronischen) Amtstafel ein Hinweis auf die Kundmachung von Bauverhandlungen auf der Homepage der Behörde dauerhaft angebracht werden.*

Wurde eine mündliche Verhandlung **nicht wie oben ausgeführt doppelt kundgemacht**, so erstreckt sich die Präklusion nur auf jene Beteiligten, die **rechtzeitig die Verständigung von der Anberaumung der Verhandlung erhalten haben**. Nur sie verlieren ihre Stellung als Partei, wenn sie nicht zeitgerecht zulässige Einwendungen erheben. Insoweit kommt bei fehlender oder mangelhafter doppelter Kundmachung der persönlichen Verständigung besondere Bedeutung zu.

***Praxistipp:** Es ist neben der Kundmachung zusätzlich darauf zu achten, dass persönliche Verständigungen eingeschrieben (RSb) versendet werden und bei der Verhandlung alle Rückscheine im Akt aufliegen.*

## 2.3 Einwendungen

Wie eingangs erwähnt müssen bestimmte Rechte binnen bestimmter Frist wahrgenommen werden, um der Präklusion zu entgehen. Die **Rechte, die im Bauverfahren von Nachbarn bzw Anrainern wahrgenommen werden**, nennt man **Einwendungen**.