

Rückwidmung, Entschädigung und Amtshaftung

Ferdinand Kerschner

Übersicht

- I. „Den Boden aufbereiten“ – Vom Klimaschutzgesetz zum Bodenschutzgesetz
- II. Marginalien zum österreichischen Bodenschutzrecht
- III. Zur Zulässigkeit von Rückwidmungen in Freiland
 - A. Überblick über Rechtslage nach den ROG der Länder, insb nach dem Stmk ROG
 - B. Allgemeine Rechtsgrundsätze
 - C. Zulässigkeitskriterien nach VfGH
 - D. Klimawandel / IPPC – Bodenschutz – Biodiversität – Umweltschutz
 - E. Interessenabwägung
- IV. Allfällige Entschädigungspflicht
 - A. Allgemein: Materielle Enteignung
 - B. OGH-Judikatur
 - C. VfGH-Judikatur
 - D. Maßgebliche Judikatur und Anlassfall
 - E. Aufwendungen zur Baureifmachung
 - F. Entschädigungspflichtige Kosten im Einzelnen
- V. „Leitsätze“ zur potentiellen Amtshaftung

I. „Den Boden aufbereiten“ – Vom Klimaschutzgesetz zum Bodenschutzgesetz

Als Rektorin der Universität für Bodenkultur kommt der jugendlichen Jubilarin *Eva Schulev-Steindl* unvergleichlich noch mehr Wirk- und Gestaltungsmacht beim Klima- und Umweltschutz zu. Sie war und ist – neben tiefgreifenden hochwissenschaftlichen Arbeiten – eine pragmatisch-dogmatisch Agierende und damit eine Akteurin mit intensivem Praxisbezug. Ihre Arbeiten und Einsichten leuchten ein („dokei mei“) und überzeugen. Sie hat über Jahrzehnte den Boden für einen effektiven Klimaschutz aufbereitet. Ihr überzeugender Entwurf eines höchst dringlichen Klimaschutzgesetzes mit konkreten und kontrollierbaren Ziel-

vorgaben (!) harrt einer raschen politischen Umsetzung. Eine Vorwahlzeit ist dafür freilich ob der Kurzfristigkeit politischen Denkens ein sehr ungünstiger Rahmen.¹

Der Verfasser durfte viele Jahre mit der Jubilarin gemeinsam bei zahlreichen Österreichischen Umweltrechtstagen, RdU-Editorials und RdU-Glossen manchmal auch erfolgreiche Anstöße zu besserem Nachhaltigkeitsrecht geben, so auch im gemeinsam mit *Ruppel* herausgegebenen Band „Climate Law-Current Opportunities and Challenges“ (2021).

Liebe *Eva*, du fehlst doch sehr bei den Umweltrechtstagen, aber ebenso bei der Redaktion der RdU. Es ist auch Dein großer Verdienst, dass die RdU im Jahr 2023 bereits 33.000 elektronische Abfragen aus Praxis und Wissenschaft aufweisen kann.

Insbesondere zum bisher allgemein, vor allem politisch eher vernachlässigten Bodenschutz hast Du in den letzten Jahren die Weichen gestellt und den Boden aufbereitet. Als Rektorin der strukturell und umfassend interdisziplinär ausgerichteten „Boku“ führst Du ein Zentrum des österreichischen Bodenschutzes. Mit Deiner Energie und Voraussicht wird und muss der gemeinsame Kampf um ein österreichisches Bodenschutzgesetz gelingen, auch wenn hier noch gegen viele „Windmühlen“ „a long hard road“ bevorsteht.

Wenn der Verfasser daher in seinem Beitrag versucht, in der Raumordnung das „Institut der Rückwidmung“ als ein Mittel des Bodenschutzes in den Fokus zu stellen, so hoffe ich, liebe *Eva*, auf Dein geschätztes Interesse.

Dir die allerbesten Glückwünsche für viele, viele Jahre!

II. Marginalien zum österreichischen Bodenschutzrecht

Österreich ist bekanntermaßen „Europameister“, EU-Schlusslicht im Bodenverbrauch.² Wohl auch aus diesem Grund ist im **Regierungsprogramm 2020–2024** eine Reduktion des Bodenverbrauchs bis 2030 von derzeit etwa 12 ha/Tag auf 2,5 ha/Tag vorgesehen. Das wird nun von den Bundesländern und vom Gemeindebund abgelehnt. Im Februar 2024 haben sie in Ausübung ihrer verfassungsrechtlichen Kompetenz in der Raumordnung eine eigene „Strategie“ ohne diese

¹ Näher *Bergthaler/Ennöckl/Kerschner/Wagner*, Editorial RdU 2024/29, 45.

² Siehe näher noch unten III.D.; aus der juristischen Literatur *Schnedl*, Herausforderung Bodenschutz: Akuter Handlungsbedarf (auch) in Österreich! NR 2023, 382 ff; dazu auch den Tagungsbericht zum Grazer Umweltrechtsforum 2023: Bodenschutz im Zeichen der Klimakrise – Rechtliche Rahmenbedingungen, politische Herausforderungen und Konfliktpotentiale, von *Schnedl/Hiemesch/Ruppel*, NR 2023, 369 ff.

konkreten Zielvorgaben beschlossen, die „ideologische Luftschlösser“ seien. Es gäbe – so deren maßgebliches Gegenargument – auch „andere Interessen“. Damit ist auch die österreichische Raumordnungskonferenz „overruled“. Als nachhaltig, pragmatisch und überaus mutig erscheint andererseits das Positionspapier „Klima, Boden & Gesellschaft der Bundeskammer der ZiviltechnikerInnen und ArchitektInnen“: „Österreich ist fertiggebaut“ (sic).

Unter Punkt 4 heißt es dort: „Die fortschreitende **Bodeninanspruchnahme** und die damit einhergehende **Bodenversiegelung** gefährden die biologische Vielfalt und Lebensmittelversorgung, erhöhen das Hochwasserrisiko, verschärfen die Entstehung von Hitzeinseln und verhindern die Speicherung von Treibhausgasen.“ Treffender und überzeugender kann das gar nicht formuliert werden.

Die Länder und (meisten) Gemeinden wollen aber keine konkreten überprüfbareren Ziele bzw Verpflichtungen, sondern freie Hand, es geht mE zentral um Machterhalt, um Millionen Euro verschieben zu können. Seit Jahrzehnten verlangen viele Rechtswissenschaftler aus diesen Gründen **Kompetenzverschiebungen** weg von Bürgermeistern und Gemeinderäten, **die in einem Höchstmaß strukturell befangen sind**. Das war freilich bisher ein erfolgloser Kampf gegen Windmühlen.

Die **Bodenstrategie der EU-Kommission 2021** hat das Ziel, bis 2025 einen Netto-Null-Flächenverbrauch zu erreichen: Die Mitgliedstaaten und damit auch Österreich müssen bis 2023 (!) ehrgeizige Ziele für die Verringerung des Netto-Flächenverbrauchs festlegen. Das nicht zielkonforme, individuell interessengeleitete „Weiterwurschteln“ wie bisher stört zunehmend zuletzt auch manche Bürgermeister und diese plädieren etwa für Kompetenzübertragung an die Bezirksverwaltungsbehörden. Sie könnten aber auch – was bei vielen Gemeinden wenig bekannt sein dürfte – nicht bebautes Bauland **unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere bei Baulandüberhang wieder rückwidmen**.³ Das soll hier nun – auch unter den Aspekten einer allfälligen Entschädigung bzw eines Amtshaftungsrisikos – näher untersucht werden. Vielleicht kann dann auch ein eher verbreiteter politischer Rückwidmungsunwillen („Das geht ja gar nicht“) verändert werden.

³ Vgl schon zutreffend *Kanonier*, Möglichkeiten der Raumplanung gegen Bodenversiegelung, RdU 2023, 224 ff (228 f). Die ausgezeichneten ganz einschlägigen Arbeiten „Bodenschutz im Zeichen der Klimakrise“, hrsg von *Schmedl/Ruppel/Hofer* und *Dreier/Neger*, Rückwidmung von Bauland, bbl 2024, 102–109, erschienen erst nach Abschluss des Manuskripts und konnte deshalb nicht mehr berücksichtigt werden.

III. Zur Zulässigkeit von Rückwidmungen in Freiland

A. Überblick über Rechtslage nach den ROG der Länder, insb nach dem Stmk ROG

Grundsätzlich beinhaltet die rechtliche Gestaltungsmacht der Länder bzw Gemeinden auch die Möglichkeit von Rückwidmungen. Vorrangig zu beachten sind ausdrückliche Regelungen in den ROG, die an der Verfassung zu messen sind. Spezielle Regelungen in den ROG werden wohl mangels anderer Anhaltspunkte meist taxativ zu verstehen sein. Die Rückwidmungsregelungen zeigen – soweit überhaupt vorhanden – ein sehr uneinheitliches Bild: Zu verweisen ist auf § 36 Krnt ROG, § 6 Abs 3 Z 2, § 27 Abs 3 NÖ ROG, § 49 Abs 1 Z 2, § 65 Sbg ROG, § 37a Abs 1 lit d Tir ROG.⁴

Inhaltlich wird Rückwidmung vorgesehen von Bau- in Grünland, verschiedene Kategorien von Bau- in Grünland bzw verschiedene Kategorien von Grünland in Grünland, Bauland in Grünland oder Verkehrsfläche und Bauland in Freiland.

Die konkreten gesetzlichen Voraussetzungen bzw Kriterien der Rückwidmung sind recht unterschiedlich: Bei Baulandreserven, für Rückhalt und Abfluss von Hochwasser bzw Hochwasserrückhalt, für Sondergebiete für Seveso-Betriebe, für Schutzstreifen für Immissionsschutz, für Gefährdungsbereiche von Hochwasser, Wildbäche, Steinschlag, Lawinen, Rutschungen, Altlasten uä, für Abrundung von Siedlungsgebiet (bei Ausgleich), Rückwidmungen nur iZm Entschädigung sind in § 49, § 65 und § 77 b Sbg ROG und § 44 Stmk ROG geregelt.

Die folgenden Ausführungen basieren zum Großteil auf einer Untersuchung des Verfassers zum **Stmk ROG**, die auf Anfrage aus der Praxis beruht.

Das Stmk ROG in geltender Fassung geht mE von einer grundsätzlichen **immanenten Zulässigkeit** einer Umwidmung von Bauland in Freiland aus. Das ergibt sich aus § 44 Abs 2 Z 1 Stmk ROG, wonach für den Fall einer Rückwidmung grundsätzlich als Entschädigung der Eigentümer ausdrücklich nur die **Kosten der Baureifmachung**, im Wesentlichen also die Vertrauensschäden zu ersetzen sind; dazu näher unten IV. Der **Ersatz der Wertminderung des Grundstücks durch die Rückwidmung** ist nach Z 2 leg cit nur für den Fall der Umschließung durch Bauland (mindestens dreiseitig) vorgesehen. Sachlich gerechtfertigt kann diese Differenzierung wohl dadurch sein, dass hier das Vertrauen der Eigentümer besonders stark und damit ausreichend schutzwürdig sein wird; zum Vertrauensgrundsatz näher noch unten. Aber aus leg cit Z 2 ist jedenfalls der Gegenschluss

⁴ Die Regelung in § 44 Abs 1 Stmk ROG ist wohl nicht unmittelbar auf Rückwidmungen gerichtet und versucht nur der vom VfGH vertretenen Sonderopfertheorie gerecht zu werden.

zu ziehen: In allen anderen Fällen ist kein Ersatz der Wertminderung durch die Rückwidmung vorgesehen.

Die immanente allgemeine Rückwidmungsmöglichkeit nach dem Stmk ROG wird aber natürlich **verfassungskonform** (gerade auch im Sinne der VfGH-Judikatur) zu **interpretieren und damit einzuschränken** sein.

Für die normativen Wertungen der Zulässigkeitskriterien für eine Rückwidmung spielen natürlich auch die in den §§ 1 und 3 Stmk ROG geregelten Raumordnungsgrundsätze eine maßgebliche und vorrangige Rolle. So ist nach § 1 leg cit **ganz vorrangig** auf die **natürlichen Gegebenheiten** und auf die **Erfordernisse des Umweltschutzes** Bedacht zu nehmen.

Als einschlägig für den Anlassfall und gerade auch für neue örtliche Raumplanungen könnten hier folgende **Raumordnungsgrundsätze** gelten:

Ganz vorrangig ist in § 3 Abs 1 Z 1 normiert: „Die Qualität der natürlichen Lebensgrundlagen ist durch **sparsame und sorgsame Verwendung der natürlichen Ressourcen wie Boden ... zu erhalten ... und soweit erforderlich nachhaltig zu verbessern.**“ (eigene Hervorhebungen).

Z 2: Beachtung eines **sparsamen Flächenverbrauchs.**

Abs 2 lit c: unter Berücksichtigung der **ökologischen Tragfähigkeit**, lit i: unter **Berücksichtigung von Klimaschutzzielen und -maßnahmen**, insbesondere zur **Reduktion von Treibhausgasen** und zur **Anpassung an den Klimawandel** (wieder eigene Hervorhebungen).

Abs 2 Z 4: **Erhaltung der Landschaft** sowie **Schutz ökologisch bedeutsamer Strukturen.**

Z 6 lit d: **Erfordernisse des Natur- und Landschaftsschutzes.**

Die Rückwidmungskriterien sind nicht nur iS der genannten Normen auszulegen, sondern auch **verfassungskonform iSd Staatsziele der Nachhaltigkeit und des umfassenden Umweltschutzes** wie wohl auch der Alpenkonvention.⁵ All diese Handlungsaufträge an alle (!) Staatsorgane wären bei neuen Flächenwidmungsplänen umso mehr zu beachten. Diese sind leider bisher **mE in verfassungswidriger Weise von Behörden und (Höchst-)Gerichten viel zu wenig berücksichtigt** worden. Das deutsche Bundesverfassungsgericht ist hingegen entsprechend Art 20a dt Grundgesetz (entspricht weitgehend dem österreichischen Staatszielen nachhaltiger Entwicklung und umfassenden Umweltschut-

⁵ Vgl etwa *Kerschmer* in *Kerschmer* (Hrsg), *Staatsziel Umweltschutz* (1996) 2. These S 2.

zes) diesem Handlungsauftrag vor wenigen Jahren gefolgt.⁶ Bei Verletzung dieser Handlungsaufträge kann auch eine Gemeinde durchaus der Amtshaftung unterliegen.⁷

Den genannten Normen der Verfassung und des Stmk ROG kommt **dreifache Wirkung** zu:

1. Im Zweifel ist gegen Bodenverbrauch/Bodenversiegelung auszulegen.
2. Deren Wertungen sind bei einer Interessenabwägung zu berücksichtigen.
3. Es handelt sich um materielle Wertungen.

B. Allgemeine Rechtsgrundsätze

Nach hA ist eine Rückwidmung in Freiland/Grünland in einem neuen Flächenwidmungsplan als Verordnung nicht per se rechtswidrig, da sonst die Gesetz- bzw. Ordnungsgeber ihrer Gestaltungsmacht bzw. ihres Gestaltungsspielraums weitgehend beraubt wären. Es steht dem Gesetzgeber grundsätzlich frei, für die Zukunft die Rechtslage anders und für Betroffene auch ungünstiger zu gestalten.⁸ Das Vertrauen auf unveränderten Fortbestand genießt im Allgemeinen keinen besonderen verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz. Der VfGH schränkt nur in ganz besonderen Fällen ein, nämlich 1. wenn der Gesetzgeber einen spezifischen Vertrauensstatbestand geschaffen hat oder 2. wenn besonders intensive Eingriffe vorliegen.⁹

Eine Rückwidmung von Bauland in Freiland / Grünland ist – vor allem auch aus Gründen des verfassungsmäßigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – nach hA daher nur unter bestimmten allgemeinen Voraussetzungen zulässig, nämlich wenn sich

1. die örtlichen oder überörtlichen Planungsgrundlagen geändert haben.

Demnach müssen auch die örtlichen Planungsgrundlagen, also entweder das örtliche **Entwicklungskonzept** oder das **örtliche Raumordnungskonzept**, modifiziert werden.¹⁰

⁶ Vgl BVerfG v 24.3.2021, 1 BvR 26/56/18 (ua); dazu näher *Kerschner/Wagner/Schulev-Steindl/Bergthaler*, Zu den gewaltigen Pflöcken eines neuen Klimaschutzrechts, RdU 2021, 145.

⁷ Vgl *Kerschner in Kerschner*, aaO 5. These, S 3.

⁸ Siehe Judikatur näher bei *Mayer/Muzak*, Bundes-Verfassungsrecht⁵, 619.

⁹ Vgl dazu auch *Lampert*, Die befristete Baulandwidmung in Vorarlberg, bauaktuell 2018, 102 ff (103 f).

¹⁰ Siehe etwa VfGH 1.12.2017, V 95/2017; zuletzt wohl VfGH 6.12.2023, V 73/2023 ua (Hinterstoder) und 19.9.2023, V 242/2022 (Gänsersdorf).

Das allein reicht aber nach dem VfGH nicht. Es muss **2. auch eine auf das konkrete Grundstück bezogene Grundlagenforschung vorliegen**,¹¹ wobei das aber keine wissenschaftliche Arbeit sein muss.

Schließlich muss **3. im Regelfall auch eine begründete Interessenabwägung** gegeben sein. Eine allgemeine Wertung dafür wird sein, dass nach neueren Entwicklungen und Tendenzen in der Raumplanung nunmehr auf eine 10- oder 20-jährige befristete Baulandwidmung für zulässig angesehen wird. Im Anlassfall ist 30 Jahre lang nicht gebaut worden.¹²

Schließlich wird vom VfGH ständig vertreten, dass eine Entschädigungspflicht keinesfalls unbedingte Voraussetzung für eine Rückwidmung ist.¹³

C. Zulässigkeitskriterien nach VfGH

Wichtige Parameter zu grundsätzlichen Kriterien sind zwei Erkenntnissen zu Tiroler Gemeinden zu entnehmen.¹⁴ Daraus ergibt sich, dass eine nötige Reduktion des Baulandes für sich alleine noch keine Rückwidmung rechtfertigt. Allerdings ist diese Aussage aber wohl nur auf die konkrete Gemeinde bezogen.

Eine weitere wichtige Judikaturlinie hat der VfGH seit 1992 zum Wiener Umland entwickelt, nämlich zur sogenannten „Wienerwald-Deklaration“, empfohlen von der Planungsgemeinschaft Ost (PGO); vgl vor allem VfSlg 13.282/1992: Auch die Änderung der Planungsgrundlagen allein reichen nach dieser Judikatur nicht. Vorausgesetzt ist weiters

1. eine auf das konkrete Grundstück bezogene Grundlagenforschung oder
2. bei Auswahl von Grundstücken aus der Baulandreserve eine fehlerfreie Interessenabwägung nötig: Außer dem Fall, dass das Interesse des Grundeigentümers ohnehin durch die Entschädigung abgegolten ist, müssen die Gemeindeforensen (an einer besten Anordnung und Gliederung des Baulandes sowie der Grünlanderhaltung) mit dem Interesse an der Baulandnutzung in infrastrukturell aufgeschlossener Fläche und dem wirtschaftlichem Interesse der Grundstückseigentümer abgewogen werden.

Diese Grundsätze sind im Wesentlichen wohl und zuletzt neuerdings vom VfGH 19.9.2023, V 242/2022 (wirtschaftliche Interessen des Eigentümers) und V 73/2023 ua (entgegenlaufende Interessen) vom VfGH in der E v 14.6.2014, V 64/2018 bzw VfGH 14.6.2019, V 64/2018, MietSlg 71.752 bestätigt worden (Auswahl nach

¹¹ Zuletzt wohl VfGH V 73/2023 ua (Hinterstoder).

¹² Siehe wieder VfGH V73/2023 ua und V 242/2022.

¹³ ZB vgl VfSlg 13.282/1992.

¹⁴ Vgl VfSlg 9975/1984 und VfSlg 10.277/1984.

sachlichen Kriterien, entsprechende Grundlagenforschung und Interessenabwägung). Wegen fehlenden expliziten Eingehens auf das konkrete Grundstück hat der VfGH die Rückwidmungen als gesetzwidrig aufgehoben. Die Kriterien müssen sich – was mE besonders in der Praxis wichtig ist – in den Erläuterungen des örtlichen Raumordnungsprogramms finden! Der Einwand, dass Rückwidmung besonders positiv seitens des Naturschutzes sei, begründe (allein wohl) die Rechtmäßigkeit nicht.¹⁵

Andererseits aber ist mE nicht ausgeschlossen, dass die VfGH-Erkenntnisse zur Wienerwald-Deklaration, nämlich vor allem maßgeblicher Siedlungsdruck auf erhaltungswerte Naturräume (!) in anderen vergleichbaren Fällen sinngemäß anzuwenden sein könnten: Der Naturraum ist nicht nur aus Naturschutzgründen, sondern auch im Interesse des Tourismus überaus erhaltenswert, wenn nicht sogar existenznotwendig.

Vorrangig wichtig und daher für rückwidmende Gemeinden zu empfehlen ist es, je nach konkreter Situation genau zu begründen, warum das vorhandene Bauland zu reduzieren ist. Dabei müssen tatsächliche nachteilige Wirkungen auf den Raum, die sich aus der Nutzung aus Bauland ergäben, dargestellt werden; s oben etwa zur Vermeidung des Siedlungsdrucks auf Naturräume; unvorhersehbares höheres Versiegelungsausmaß als zum Zeitpunkt der Erlassung des Flächenwidmungsplans. Im Weiteren muss – wie schon mehrfach erwähnt – die Auswahl der rückzuwidmenden Flächen individuell begründet werden. Es muss ein tatsächlicher Bezug zum konkreten Grundstück bestehen; hier insbesondere wohl auch sehr lange Dauer der Nichtnutzung als Bauland (lange „Ersitzungszeit“ bzw „Verjährungszeit“ für Freiland). Zu empfehlen ist (gerade auch aus juristischer Sicht), auf folgende Umstände einzugehen:

- Mittels demographischer Daten Nachweis eines existierenden Siedlungsdrucks.
- Oft genannt werden ua folgende vom Ortsplaner/von Ortsplanerin zu erhebende und auszuwertende Daten:
- existierende Baulandreserven;
- Prognose bei Fortschreiten des bisherigen Trends;
- Siedlungsbilanz;
- Entwicklung des Flächenverbrauchs durch Projekte, die nicht im gemeindlicher Planungskompetenz liegen;
- wesentliche Änderung dieser Fakten seit Erlass des geltenden Flächenwidmungsplans.

¹⁵ Siehe auch VfGH 14.6.2019, V 64/2018.

D. Klimawandel / IPPC – Bodenschutz – Biodiversität – Umweltschutz

Es ist heute notorisch, dass der übermäßige Bodenverbrauch (Versiegelung) in Österreich (etwa 11 ha täglich) sowohl dem Umweltschutz, aber vor allem auch dem Klimaschutz, der nachhaltigen Entwicklung und der Biodiversität schadet.¹⁶ Zur wichtigen CO₂-Speicherung von Humus etwa Helga Kromp-Kolb, Landwirtschaft und Klimaschutz aus österreichischer Sicht, in E. Wagner/Kerschner/Bergthaler (Hrsg), Landwirtschaft im Fokus des europäischen Umweltrechts – Nachhaltigkeit in Theorie und Praxis (2019) 119 ff (insb 121).

Unbebauter Boden ist nach den Weltmeeren der zweitwichtigste Treibhausgasspeicher.¹⁷ Weber weist zutreffend darauf hin, dass Bodenversiegelung zweifach nachteilig auf den Klimawandel wirkt: Erstens werden durch Entfernung der Humusschicht Treibhausgase freigesetzt und zweitens wird der Boden unfähig, CO₂ zu speichern! Durch die Bodenversiegelung geht meist auch eine Zunahme des Verkehrs und von Gebäuden (beides die größten Emissionsquellen (!)) einher.

Bodenreduktion führt auch – wie erwähnt – zu massiven Eingriffen in Artenvielfalt und Naturschutz: So sind etwa seit 1989 an die 75% an Insektenarten ausgestorben.¹⁸

Betonbauten sind hingegen neben der Versiegelung auch sehr klimaschädlich („Klimakiller“). Die Verdichtung führt bekanntlich auch unter Umweltschutzaspekten zur überaus nachhaltig andauernden Zerstörung der natürlichen Bodenstruktur und zur Veränderung der natürlichen Abflussverhältnisse.

Der letzte IPPC-Bericht (Weltklimarat; 6. IPPC-Sachstandsbericht [AR6]) enthält erschreckende Zukunftsszenarien; s dazu insbesondere den IPCC-Sonderbericht über Klimawandel und Landsysteme (SRCCL), Hauptaussagen über Klimawandel, Desertifikation, Landdegradierung, nachhaltiges Landmanagement, Ernährungssicherheit und Treibhausgasflüsse in terrestrischen Ökosystemen.

¹⁶ Vgl zu letzterer F. Kerschner/I. Kerschner, Was haben wir erreicht? Woran scheitern wir? Was muss besser werden? „Es gibt auch (viel) Gutes, wenn man nichts tut“. Eine Paraphrase zu „Erich Kästner“, in Wagner/Schumacher (Hrsg), Biodiversitätsrecht – International – Europäisch – National (2023) 267: Zunehmende Bodenversiegelung als maßgeblicher Verursacher der dramatischen Verschlechterung der Biodiversität.

¹⁷ Vgl Gerlind Weber, Verschandelt! Verschleudert! Verbaut! Schluss mit dem Bodenfraß, in Mayer/Ritter/Fitz/Architektenzentrum Wien (Hrsg), Boden für alle (2020) 138 ff.

¹⁸ Siehe wieder Weber, aaO 143; vgl auch die Forderungen von WissenschaftlerInnen, die Bodenschutzstrategie zu beschließen, Wiener Zeitung v 4.5.2023 (etwa: Österreich brauche „schon längst jede fruchtbare Fläche“).

Österreich ist – wie schon oben erwähnt – „Europameister“ im Flächenverbrauch, unser Straßennetz ist bereits doppelt so dicht wie etwa in Deutschland oder der Schweiz. **Die internationalen, europäischen und nationalen rechtlichen Vorgaben und Handlungsaufträge sind mE sogar allein ausreichend, um Rückwidmungen in Frei- bzw Grünland zu rechtfertigen.** Die meisten BürgermeisterInnen sind – wie bereits oben II. angedeutet – **leider strukturell** befangen in Hinblick auf Baulandwidmungen zugunsten der baulandinteressierten Gemeindebürger, aber auch anderer Interessenlobbies. Ein normativ bereits höchst nötiges Umdenken müsste vor allem – was längst von der (Rechts-)Wissenschaft gefordert – auch wieder bereits oben II. angeführt – zu entsprechenden Kompetenzverschiebungen führen. Insofern überforderte Bürgermeister, aber auch Gemeinderäte stehen oft unter **enormen Handlungsdruck, in Dilemmatas.** Sie bzw die Partei wollen wiedergewählt werden. Wertsteigerungen der Liegenschaften ermöglichen Machterhalt. Alle (oder viele) sind für weniger Bodenverbrauch, aber „nur nicht bei uns“! Wir müssen allerdings alle beitragen, kein Floriani-Prinzip! Das gilt auch für Gemeinden.

Derzeit ist in Österreich eine neue **österreichische Bodenstrategie** in Bearbeitung und steht – hoffentlich bald – kurz vor Abschluss. Nach der neuen UVP-Novelle 2023 (bereits in Kraft) muss der Projektwerber auch ein **Bodenschutzkonzept** vorlegen (§ 6 Abs 1 Z 1 lit g UVP-G). Nach den Erläuterungen zur UVP-G-Novelle soll der **Flächenverbrauch bis 2030 auf 2,5 ha täglich reduziert werden** und mittelfristig soll zusätzliche Bodenversiegelung durch **Entsiegelungen** kompensiert werden.¹⁹

Zu verweisen ist auch auf den **ÖREK 2030 – Umsetzungspakt „Bodenstrategie für Österreich“**: Damit sollen insbesondere die landwirtschaftlichen Flächen gesichert und **der Bedeutung der Böden für den Klimaschutz und der Klimawandelanpassung** Rechnung getragen wie auch zum **Schutz und zur Entwicklung der Natur-, Grün- und Erholungsräume (!)** beigetragen werden. Siehe weiters schon oben II. Marginalien.

Hinzuweisen bleibt auf EU-Bestrebungen durch das „Nature Restoration Law“. Es geht um ein rechtsverbindliches Wiederherstellungsgesetz.²⁰ Weiters ist die neue **EU-Bodenstrategie** für 2030, gebilligt vom Rat und vom Europäischen Parlament unterstützt, zu nennen: Ein europäisches Bodengesundheitsgesetz ist in Planung!

¹⁹ Erläut RV 1901 BlgNR 17.GP; s dazu *Baumgartner*, RdU 2023, 94 f.

²⁰ Leider sind zuletzt die Widerstände EU-weit wieder deutlich größer geworden! Inzwischen hat aber die EU – wie allgemein bekannt – die Renaturierungs-VO – auch mit Hilfe Österreichs – beschlossen.

E. Interessenabwägung

Bei der nach dem VfGH zu Recht bei Rückwidmung von Bauland gebotenen Interessenabwägung (vgl oben III.E.) sind mE grundsätzlich nur **normativ vorgegebene**, öffentliche oder/und private Interessen zu berücksichtigen.²¹ Die oben unter III.A. angeführten gesetzlich gebotenen Handlungsaufträge Richtung Rückwidmungen sind bisher – soweit ersichtlich – noch nicht oder kaum bei vielen Gemeinden, aber auch nicht beim VfGH angekommen. Diese sind aber mE rechtlich eindeutig verbindlich und auch gerade bei Planungsakten zu berücksichtigen. **Diese sprechen massiv für Rückwidmungen.** Das gilt aber ebenso zB für konkrete Interessen von Gemeinden, vor allem für den Schutz nicht nur für den Tourismus existentieller erhaltener oder eben wiedergewonnener Naturräume, sondern auch der Freizeit- und (Winter-)Sportausübungsmöglichkeiten.²²

Dagegen sind die **wirtschaftlichen Interessen der Grundstückseigentümer** abzuwägen. Ist von diesen der eigentliche Umwidmungszweck (etwa Bau eines Sanatoriums bzw Reha-Zentrums) etwa schon 30 Jahre nicht verwirklicht worden, dann wiegen die ökonomischen Interessen wenig. Ein nun allenfalls geplantes Großbauprojekt lässt sich wohl nur schwer mit Tourismusinteressen und der Vermeidung von Zweitwohnsitzen vereinbaren. **Die Eigentümer haben im Anlassfall an die 30 Jahre nichts zur Baulandmobilisierung beigetragen.**

Das Vertrauensschutzinteresse ist mehrfach nicht von besonderer Wertigkeit, wenn die Eigentümer niemals einen Kaufpreis für Bauland bezahlt, aber auch keinen „Planwertausgleich“ geleistet haben. In Hinblick auf die Bauland-, konkreter auf die durch die Aufschließungswidmung entstandenen Vertrauensschäden sind nach Stmk ROG ohnehin zu entschädigen; s näher unten IV.

IV. Allfällige Entschädigungspflicht

A. Allgemein: Materielle Enteignung

Ob Eigentümer bei (formellen) Enteignungen in allen Fällen entschädigungsbe-rechtigt sind, ist vor allem in der Lehre umstritten.²³ Während die **überwiegende**

²¹ Vgl näher *Kerschner*, Eckpunkte der Interessenabwägung im naturschutzrechtlichen Verfahren – Methodisches am Beispiel des OÖ Natur- und Landschaftsschutzgesetzes, öarr 2017, 181 ff (189 ff) mwN.

²² Vgl schon oben zur Erhaltung lebenswerter Naturräume „analog“ zur Wienerwald-Deklaration.

²³ Vgl etwa *Holzner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 365 (Stand 1.1.2023) Rz 8 f.

Lehre von einer allgemeinen Entschädigungspflicht ausgeht,²⁴ ist der VfGH – was natürlich für die Praxis entscheidend ist – **ablehnend**. Wenn wie hier keine formelle Enteignung zur Diskussion steht, sondern als Eigentumsbeeinträchtigung durch die Rückwidmung nur eine sogenannte „materielle Enteignung“,²⁵ kommt der VfGH aufgrund eines Größenschlusses zum Ergebnis, dass auch bei „bloßen“ Eigentumsbeschränkungen aus Verfassungsgründen grundsätzlich **keine Entschädigungspflicht** besteht. Aus Gleichheitsgründen wird nach dem VfGH aber bei einem sogenannten „Sonderopfer“ (bei einem konkreten Eigentumseingriff hat einer nur die Nachteile, während andere daraus alle Vorteile ziehen) die **gleichheitswidrige Norm aufgehoben** (aber auch nur das!).

Die Rechtslage zur Entschädigung bei Rückwidmungen ist deshalb komplexer, da bezüglich der Höhe der Entschädigung eine veritable **Judikaturdivergenz zwischen OGH und VfGH** besteht.

B. OGH-Judikatur

Seit 1992 hat der OGH bei Rückwidmungen eine sehr **eigentümerfreundliche Rechtsprechungslinie** entwickelt. In der E v 11.3.1999, 2 Ob 52/99g hat der OGH unter Berufung auf die sogenannte **Sonderopfertheorie** ausgesprochen, dass auch die durch die Rückwidmung bewirkte **Verkehrswertminderung** (also Differenz zwischen Bauland- und Freilandverkehrswert) zu ersetzen sei.²⁶ In einer mE freilich **methodisch völlig unververtretbaren Weise** meint der OGH, dass unter „Aufwendungen“ für die Baureifmachung nach § 4 Abs 1 NÖ ROG **auch der Anschaffungspreis** zu verstehen sei.²⁷ Ob im Anlassfall (Stmk ROG) die freilich auch interpretationsbedürftige **Sonderopfertheorie** zuträfe,²⁸ **braucht aber nicht näher erörtert werden, da** – wie gleich zu zeigen ist – **der VfGH dieser OGH-Linie mE völlig zutreffend nicht folgt**; vgl gleich C. Ist aber der OGH letzte und damit auch entscheidende Instanz, müsste wohl die Gemeinde nicht nur die Kosten der Baureifmachung – wie nach dem Wortlaut des § 44 Abs 1 Stmk ROG – ersetzen, **sondern auch die Verkehrswertminderung** (sofern der OGH seine

²⁴ Vgl zB *Berka*, Verfassungsrecht⁸ (2021) Rz 1151 ff.

²⁵ Vgl dazu schon näher *Rummel/Schlager*, Enteignungsentschädigung (1981) 42 ff.

²⁶ Vgl auch OGH v 31.1.2002, 6 Ob 105/01m.

²⁷ In gleicher Weise im Ergebnis OGH 11.5.2006, 8 Ob 34/06t (wenn durch eine entschädigungslose Enteignung mehreren Personen zwar gleiche Vorteile, nicht aber gleiche Vermögenseinbußen entstünden).

²⁸ Vgl zu dieser etwa *Berka*, Das „Sichtfenster zum See“: Zu den entschädigungsrechtlichen Konsequenzen einer Rückwidmung, Zak 2009/92, 63; *Berka*, Verfassungsrecht⁸ (2021) Rz 1553 und *Auer*, Zur Entschädigung bei Rückwidmung – OGH versus VfGH, bbl 2011, 168 ff.

Judikaturlinien nicht aufgibt, was freilich kaum zu erwarten ist [!]). Dagegen könnte freilich die Gemeinde beim VfGH eine sogenannte Individualbeschwerde nach Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG wegen verfassungswidriger Auslegung bzw Anwendung einbringen. Soweit ersichtlich hat das aber bisher noch keine Gemeinde versucht.²⁹ Ob der OGH davon unabhängig den Einwand gelten lassen würde, dass die Eigentümer selbst nie einen Baulandkaufpreis entrichtet haben, ist mE offen.

C. VfGH-Judikatur

Der VfGH hat diese mit dem Wortlaut (auch des § 44 Stmk ROG) nicht vereinbare Auslegung des OGH **nicht übernommen** und versagt nun in ständiger Judikatur wortlautgemäß den Ersatz (auch) der Verkehrswertminderung.³⁰ **Die Beschränkung des Ersatzes auf die Kosten der Baureifmachung sei verfassungsrechtlich unbedenklich!**³¹

D. Maßgebliche Judikatur und Anlassfall

Für die Höhe der Entschädigungspflicht ist somit der **maßgebliche Rechtsweg** – entweder letzte Instanz der OGH oder der VfGH – **entscheidend!** Beide sind für ihre Unterinstanzen zumindest de facto bindend, wollen diese eine Aufhebung ihrer Entscheidung durch das jeweilige Höchstgericht verhindern. Bisher ist in Entschädigungsfragen in der Regel eine sogenannte sukzessive Kompetenz von der Verwaltungsbehörde (hier BezVBeh bzw Landesregierung) an die Zivilgerichte vorgesehen. In diesem Fall wäre also die OGH-Judikatur maßgeblich. Anders ist das, wenn gesetzlich der Rechtszug an die Verwaltungsgerichte und dann an VwGH bzw VfGH geht.

Das Stmk ROG kennt nun keine sukzessive Zuständigkeit der Zivilgerichte. Nach § 44 Abs 6 Stmk ROG wird nämlich für das Entschädigungsverfahren nur auf die Abschnitte I., II., III. A und C, IV. und VII. des EISBEG verwiesen, **nicht aber auf III. B**, wo die sukzessive Zuständigkeit angeordnet ist. Daher ist mit **hoher Wahrscheinlichkeit**, ja fast mit Sicherheit **zu erwarten**, dass sich alle (Unter-)Instanzen nach der klaren Judikatur des VfGH richten werden, sodass eben nach § 44 Abs 2 Z 1 Stmk ROG **nur die Aufwendungen für die „Baureifmachung des Grundstücks“** zu ersetzen sein werden, **nicht aber die Verkehrswertminderung (Differenz zwischen Bauland- und Freilandverkehrswert)**, was natürlich einen ganz gewaltigen Unterschied ausmacht!

²⁹ Vgl auch noch OGH 9.9.2008, 5 Ob 30/08k („Sichtfenster“ zum Bodensee).

³⁰ So erstmals VfGH v 7.10.2010, B 12/10 ua, VfSlg 19.202.

³¹ Vgl auch VfSlg 13.282/1992 und VfSlg 10.370/1985.

E. Aufwendungen zur Baureifmachung

Darunter versteht man alle tatsächlich erfolgten grundstücksbezogenen nachweisbaren Ausgaben, die erforderlich sind, um eine Baubewilligung zu erlangen. Die Kosten für die Planung des (Bau-)Projekts gehören grundsätzlich nicht dazu wie eben auch die nicht unbedingt erforderlichen Kosten.

F. Entschädigungspflichtige Kosten im Einzelnen

Soweit tatsächlich aufgewendet und beweisbar:

- Aufschließungskosten eines Grundstücks (entrichtete (!)) Aufschließungsabgabe, möglicherweise Kosten für eine notwendige Zufahrt;
- Kosten der Wasserzuleitung (oder der Errichtung eines Brunnens);
- Kosten von Strom- bzw Gasleitung;
- Kosten der Vorsorge für eine Abwasserentsorgung (Kanaleinmündungsabgabe; eventuell Kosten für Senkgrube);
- Vermessungskosten.

Wenn – wie im Anlassfall – keine Wertminderungsersätze zu leisten sind, ist wohl aufgrund der vom VfGH in seinen Erkenntnissen oft vorgenommenen Junktimierung mit der Zulässigkeit der Rückwidmung bei Anfechtung des Flächenwidmungsplans mit einer insofern doch eher strengen Prüfung durch den VfGH zu rechnen.

V. „Leitsätze“ zur potentiellen Amtshaftung

Manche Gemeinden scheuen bisher oft eine Rückwidmung auch wegen allfälliger Schadenshaftung: Kernfrage ist die allfällige zivilrechtliche Schadenerschafthaftung von Gemeinde, Gemeinderäten und Mitarbeitern des Gemeindeamts (vorbereitende Dienststelle) im Hinblick auf Grund und Umfang einer allfälligen Ersatzpflicht. Strafrechtliche oder verwaltungsrechtliche Sanktionen wegen unzulässiger Rückwidmung werden hier nicht untersucht. Das gilt auch generell für eine potentielle Haftung der beteiligten RaumplanerInnen. Sie unterliegen als Privatsachverständige oder nichtamtliche Sachverständige der allgemeinen Haftung nach ABGB, nicht hingegen dem AHG.³² Anders wäre das bei „beigezogenen“ RaumplanerInnen oder beliebigen oder inpflichtgenommenen Sachverständigen. Die Gemeinde, die Gemeinderäte und wohl auch die Mitarbeiter des Gemeindeamts handeln hingegen nach ganz hA bei Vollziehung der Raumordnung

³² Vgl nur *Attlmayer in Attlmayer/Walzel von Wiesentreu* (Hrsg), *Sachverständigenrecht*³ (2021) 149 Rz 4.012.

und der Flächenwidmung im Rahmen der **Hoheitsverwaltung**.³³ Daher greift grundsätzlich das **Amtshaftungsgesetz (AHG)**. Auch der Erlass von Verordnungen zählt unstrittig zum hoheitlichen Handeln.

Aus Platzgründen können hier die einschlägigen Fragen der Amtshaftung nicht eingehender und im Detail behandelt werden. Wegen deren großen praktischen Bedeutung sollen aber zumindest die entscheidenden „Leitsätze“ vermittelt werden, wobei auch auf weiterführende Literatur verwiesen wird.

„Leitsätze“

- Flächenwidmung und Raumordnung sind Bereiche der Hoheitsverwaltung.³⁴
- Werden Liegenschaftseigentümer durch unzulässige Baulandrückwidmung durch rechtswidrig und schuldhaft handelnde Organwalter der Gemeinde geschädigt, besteht grundsätzlich Amtshaftung der Gemeinde gegenüber den Geschädigten.
- Gemeinderäte und Mitglieder des Gemeindeamts sind Organwalter der Gemeinde. Keiner der Gemeinde zurechenbarer Organwalter ist ein nichtamtlicher Sachverständige, etwa ein Raumplaner.
- Ein Bebauungsplan muss bei geplanter Änderung des Flächenwidmungsplans nicht vor diesem erlassen werden.
- Bei Baulandrückwidmung tritt Amtshaftung der Gemeinde nur ein, wenn der Rückwidmung eine unvertretbare Rechtsansicht zugrunde gelegt wird.³⁵
- Bestehen keine näheren gesetzlichen Regeln für die Zulässigkeit einer Baulandrückwidmung, sind – soweit vorhanden – die vom VfGH entwickelten Kriterien/Parameter maßgeblich. Wird diesen im Wesentlichen entsprochen, so liegt keine unvertretbare Rechtsansicht vor.
- Soweit die Flächenwidmungsplan-Verordnung nicht vom VfGH aufgehoben worden ist, kann ein Zivilgericht auch nicht auf einen rechtswidrig herbeigeführten Schaden entscheiden (Art § 89 Abs 2 B-VG). Nur bei Präjudizialität der Rechtswidrigkeit der Flächenwidmungsplan-Verordnung muss das Amtshaftungsgericht den VfGH anrufen. Nimmt etwa das Amtshaftungsgericht bereits eine vertretbare Rechtsansicht der Gemeinde an, ist eine VfGH-Anrufung zu unterlassen.
- Kein Amtshaftungsanspruch besteht, wenn der Geschädigte die sogenannte „Rettungspflicht“ gem § 2 Abs 2 AHG verletzt hat. Ein Individualantrag der

³³ Siehe nur *Mader in Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1 AHG Rz 39; *Ziebensack*, AHG² (2023) § 1 Rz 3409; so auch der OGH zur Änderung der Flächenwidmung in der E 15.12.1982, 1 Ob 34, 8 Z = SZ 55190; *Kleewein*, bbl 2008, 1 ff.

³⁴ Vgl etwa OGH 1 Ob/20f, ZIIR 2020, 459 (*Thiele*).

³⁵ Vgl näher *Kerschner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 3 AHG Rz 34 mwN.

- betroffenen Grundeigentümer beim VfGH setzt unmittelbare Betroffenheit und Unzumutbarkeit eines anderen Rechtsmittels voraus.³⁶
- Zumutbar kann ein Antrag der Liegenschaftseigentümer auf Bebauung samt Bekämpfung eines ablehnenden Bescheids im Verwaltungsrechtsweg bis zum VwGH sein.
 - Im Fall einer Amtshaftung des Rechtsträgers Gemeinde kann diese nach tatsächlicher Ersatzleistung an den Geschädigten nach § 3 AHG bei ihren objektiv-sorgfaltswidrig handelnden Organwaltern Regress nehmen, wenn diese zumindest grobfahrlässig waren.³⁷
 - Grobe Fahrlässigkeit setzt extremes Abweichen von der objektiv gebotenen Sorgfalt voraus. Eine solche ist hier nur bei offenbar unvertretbarer Rechtsansicht gegeben.
 - Die Judikatur nimmt nur in seltenen Fällen grobe Fahrlässigkeit an.
 - Bei Haftung wegen grober Fahrlässigkeit hat der Richter den Ersatz jedenfalls bei sonstiger Existenzvernichtung bzw Existenzbedrohung beim Organwalter zu mäßigen.
 - Die Judikatur berücksichtigt bei der Ersatzmäßigung auch die Vermögensverhältnisse und Unterhaltslasten des Schädigers.

³⁶ Siehe näher *E. Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 2 AHG Rz 90.

³⁷ Vgl näher *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 3 AHG Rz 1.