

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

28.01.2009

Geschäftszahl

2008/05/0190

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Giendl und die Hofräte Dr. Pallitsch, Dr. Handstanger, Dr. Hinterwirth und Dr. Moritz als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Zykan, über die Beschwerde der Stadtgemeinde Enns, vertreten durch Weixelbaum Humer Trenkwalder & Partner, Rechtsanwälte OG in 4020 Linz, Lastenstraße 36, gegen den Bescheid der Oberösterreichischen Landesregierung vom 1. August 2008, Zl. IKD(BauR)-014003/2-2008- Ma/Wm, betreffend Erteilung eines Bauauftrages (mitbeteiligte Parteien: 1. H F und 2. B F, beide in 4470 Enns), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Oberösterreich hat der beschwerdeführenden Stadtgemeinde Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die mitbeteiligten Parteien sind Eigentümer des Grundstückes Nr. .1298, KG Enns, Reintalgasse 30b, welches im Norden an die öffentliche Verkehrsfläche Grundstück Nr. 1335/1, KG Enns, grenzt.

Anlässlich einer baubehördlichen Überprüfung am 14. August 2007 wurde niederschriftlich festgehalten, dass zur Grundgrenze des öffentlichen Gutes eine konsenslose Stützmauer errichtet worden sei und durch einen Geometer zu klären sei, auf welchem Grundstück diese Stützmauer stehe.

Mit Bescheid des Bürgermeisters der beschwerdeführenden Stadtgemeinde vom 16. August 2007 wurde den mitbeteiligten Parteien aufgetragen "bis Ende September 2007 durch einen Geometer die Lage der konsenslosen Stützmauer in Bezug auf die Grundgrenze zum öffentlichen Gut klären zu lassen. Auf Grundlage dieses Planes kann dann geklärt werden, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine nachträgliche Bewilligung der Stützmauer und der angeschlossenen Räumlichkeiten möglich ist".

Mit Schreiben vom 30. August 2007 teilte der Erstmitbeteiligte der Baubehörde mit, dass die aufgetragene Vermessung veranlasst worden sei.

Aus dem in der Folge vorgelegten Bestandsplan des Geometers vom 30. August 2007 ergibt sich, dass ein Teil dieser Mauer auf öffentlichem Grund der Reintalgasse errichtet ist.

Mit Bescheid des Bürgermeisters der beschwerdeführenden Stadtgemeinde vom 12. Dezember 2007 wurden die mitbeteiligten Parteien aufgefordert, "die straßenseitige Einfriedungsmauer entlang ihrer Liegenschaft in Enns, Reintalgasse 30b, Baufläche .1298, KG Enns, bis spätestens 31. Mai 2008 zu beseitigen". Begründet wurde dies damit, aus dem Vermessungsplan sei ersichtlich, dass die Einfriedungsmauer zur Reintalgasse zum Großteil auf öffentlichem Grund errichtet worden sei. Diese Einfriedungsmauer bestehe aus einem Betonsockel mit einer Höhe von 52 cm bis 124 cm, Betonmauerpfeilern und einer vollflächigen Ausmauerung mit einer Höhe von 122 cm. Die Gesamthöhe dieser Einfriedungsmauer betrage vom Straßenniveau aus gemessen mindestens 174 cm und unterliege der baubehördlichen Anzeigepflicht gemäß § 25 Abs. 1 Z. 14 Oö. Bauordnung 1994. Die geschlossene Ausführung der Einfriedungsmauer stehe im Widerspruch zu § 29 Abs. 2 Z. 2 Oö. Bautechnikgesetz 1994, wonach Einfriedungen gegen Verkehrsflächen nicht als geschlossene Mauern ausgeführt werden dürften. Eine Zustimmung der Straßenverwaltung zur Einfriedungsmauer liege nicht vor. Die Möglichkeit, nachträglich eine Bauanzeige einzubringen, sei dann nicht einzuräumen, wenn nach der maßgeblichen Rechtslage eine Bewilligung nicht erteilt werden könne. Eine Reduktion der Straßenbreite durch die Einfriedungsmauer sei aus verkehrstechnischer Sicht nicht

genehmigungsfähig. Eine nachträgliche Genehmigung der Einfriedungsmauer sei mangels Grundeigentümerzustimmung und wegen des Widerspruchs zu § 29 Abs. 2 Z. 2 Oö. Bautechnikgesetz 1994 nicht möglich.

In der dagegen erhobenen Berufung führten die Beschwerdeführer aus, dass im Jahre 1974 im Tauschwege Teile ihres Grundstückes Nr. 1298 an das öffentliche Gut Grundstück Nr. 1335/1 abgetreten worden seien. Zwischen der beschwerdeführenden Stadtgemeinde und dem Erstmitbeteiligten sei es zu einer Einigung dahingehend gekommen, dass das Grundstück bis zur bereits bestehenden Gartenmauer zum Zwecke der Verbreiterung der Reintalgasse abgetreten werden solle. Diese so vereinbarte Grenze sei von den Parteien nie angezweifelt worden. In Übereinstimmung mit den zuständigen Organen der beschwerdeführenden Stadtgemeinde sei im Jahre 2005 auf das alte Mauerfundament eine neue Mauer aufgesetzt worden.

Mit Bescheid des Gemeinderates der mitbeteiligten Stadtgemeinde vom 14. März 2008 wurde der Berufung der mitbeteiligten Parteien gemäß § 66 Abs. 4 AVG keine Folge gegeben. Die straßenseitige Einfriedungsmauer sei zum Großteil auf öffentlichem Gut errichtet. Für die Grundtransaktion im Jahre 1974 liege eine schriftliche Zustimmung der mitbeteiligten Parteien vor. Mit dieser Zustimmung seien die neuen Grundgrenzen von ihnen akzeptiert worden. Diese Grundtransaktion sei mit Beschluss des Gemeinderates der beschwerdeführenden Stadtgemeinde vom 24. Juni 1971 genehmigt worden; aus diesem Beschluss gehe hervor, dass sich die mitbeteiligten Parteien bei Auflassung eines Teilstückes des Verbindungsweges zwischen Reintalgasse und dem Ortschaftsweg Grundstück Nr. 1372/2, KG Enns, bereit erklären, aus ihrem Grundbesitz einen Streifen zur Verbreiterung der Reintalgasse im Tauschwege wertgleich abzutreten. Es sei keine Vereinbarung bekannt, wonach sich die neue Grundgrenze an der Lage einer damals bestehenden Einfriedungsmauer orientiert hätte. Bei einer baulichen Maßnahme sei jeder Bauherr verpflichtet, die Lage des Bauvorhabens in Bezug auf die Nachbargrundgrenzen zu überprüfen. Dies sei auch dann erforderlich, wenn eine alte Gartenmauer bestehe und durch eine neue Gartenmauer ersetzt werden soll. Die Errichtung einer Einfriedungsmauer auf öffentlichem Gut sei unzulässig.

In der dagegen erhobenen Vorstellung wiesen die mitbeteiligten Parteien darauf hin, dass sie seit dem Jahre 1973 die Begrenzungsmauer als in ihrem Eigentum stehend betrachtet hätten. Die Verbreiterung der Straße im Jahre 1974 durch die beschwerdeführende Gemeinde sei nur bis zu dieser Einfriedungsmauer durchgeführt worden; diese Mauer sei als Stützmauer für die zur Verbreiterung erforderliche Aufschüttung der öffentlichen Verkehrsfläche verwendet worden. Die Einfriedungsmauer, deren Erhöhung im Jahre 2005 auf der bis dahin vorhandenen Begrenzungsmauer aufgesetzt worden sei, sei daher nicht auf öffentlichem Grund errichtet worden. Die von der Behörde erwähnte Vereinbarung vom 12. Juli 1974 sei eine "Vermarktungsniederschrift" zum Plan des Geometers. Darin heiße es ausdrücklich: "Eine Veränderung der Besitzgrenzen in der Natur hat nicht stattgefunden." Daraus sei ersichtlich, dass für die mitbeteiligten Parteien zum damaligen Zeitpunkt in keiner Weise erkennbar gewesen sei, dass die damals bereits vorhandene Begrenzungsmauer nicht auch nach dem Grundstückstausch auf ihrem Grundstück stehen sollte.

In ihrer Stellungnahme an die belangte Behörde beharrte die mitbeteiligte Stadtgemeinde darauf, dass ein Teil der gegenständlichen Begrenzungsmauer auf öffentlichem Gut errichtet ist.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid wurde der Vorstellung der mitbeteiligten Parteien Folge gegeben und festgestellt, dass die mitbeteiligten Parteien durch den Berufungsbescheid in ihren Rechten verletzt werden. Der Berufungsbescheid des Gemeinderates der mitbeteiligten Stadtgemeinde vom 14. März 2008 wurde behoben und die Angelegenheit zur neuerlichen Entscheidung an die Beschwerdeführerin zurückverwiesen.

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass Gegenstand des Beseitigungsauftrages eine straßenseitige Einfriedungsmauer entlang der Liegenschaft Reintalgasse 30b in Enns sei, welche sich größtenteils auf öffentlichem Gut befinde. Es handle sich nach den Feststellungen der Baubehörden um ein anzeigepflichtiges Bauvorhaben gemäß § 25 Abs. 1 Z. 14 Oö. Bauordnung 1994. Gemäß § 49 Abs. 1 leg. cit. sei die Möglichkeit, nachträglich eine Baubewilligung zu beantragen, dann nicht einzuräumen, wenn nach der maßgeblichen Rechtslage eine Baubewilligung nicht erteilt werden könne. Dies sei im Beschwerdefall jedoch nicht gegeben. Auch wenn die Einfriedungsmauer auf fremdem Grund, konkret auf öffentlichem Gut, stehe, könne trotzdem eine Bauanzeige eingebracht werden. Dieser Bauanzeige würden im vorliegenden Fall vermutlich keine Untersagungsgründe im Sinne des § 25a Abs. 1 leg. cit. entgegen stehen. Es hätte somit ein Alternativauftrag gemäß § 49 Abs. 1 iVm § 25a Abs. 5 Z. 2 Oö. Bauordnung 1994 erteilt werden müssen. Ein unbedingter Beseitigungsauftrag komme insofern nicht in Betracht, als der vorliegende Fall nicht unter § 29 Abs. 2 Z. 2 Oö. Bautechnikgesetz 1994 subsumierbar sei. Diese Bestimmung, auf die sich die Behörde in ihrem Beseitigungsauftrag stütze, normiere nämlich die Ausführung von Einfriedungen gegen Verkehrsflächen sowie im Vorgartenbereich gegen Nachbargrundgrenzen. Sie regle demnach nicht die Errichtung von Einfriedungen auf Verkehrsflächen. Das sei hier nicht der Fall, da die Einfriedungsmauer auf öffentlichem Gut stehe. Daraus ergebe sich, dass § 29 Abs. 2 Z. 2 Oö. Bautechnikgesetz 1994 einer Bauanzeige der Einfriedungsmauer nicht entgegen stehe, weshalb ein Alternativauftrag zu erteilen gewesen wäre. Auch eine Grundeigentümerzustimmung sei nach den baurechtlichen Bestimmungen nicht erforderlich; es werde auf § 25a Abs. 5 Z. 2 Oö. Bauordnung 1994, der § 28 leg. cit. für Bauvorhaben gemäß § 25 Abs. 1 Z. 14 leg. cit. nicht für anwendbar erkläre, hingewiesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde. Die beschwerdeführende Stadtgemeinde macht Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Der Erstmitbeteiligte erstattete ebenfalls eine Gegenschrift. Die beschwerdeführende Stadtgemeinde replizierte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Ihrem gesamten Vorbringen zufolge stützt die beschwerdeführende Stadtgemeinde ihre Beschwerdelegitimation auf Art. 119a Abs. 9 B-VG, Art. 116 Abs. 1 iVm Art. 119a Abs. 9 B-VG gewährleistet der Gemeinde ein subjektives Recht auf Selbstverwaltung und demzufolge einen Abwehranspruch gegenüber rechtswidrigen aufsichtsbehördlichen Verwaltungsakten (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 29. Jänner 2008, Zl. 2006/05/0297).

Die belangte Behörde hat mit dem angefochtenen Bescheid auf Grund einer Vorstellung der mitbeteiligten Parteien gegen einen Gemeinderatsbescheid auf Grund § 102 Oö. Gemeindeordnung 1990, LGBL. Nr. 91/1990, zuletzt geändert durch LGBL. Nr. 152/2001, ihre Entscheidung getroffen.

Nach § 102 Abs. 5 leg. cit. hat die Aufsichtsbehörde, sofern die Vorstellung nicht als unzulässig oder verspätet zurückzuweisen ist, den Bescheid, wenn Rechte des Einschreiters durch ihn verletzt werden, aufzuheben und die Angelegenheit zur neuerlichen Entscheidung an die Gemeinde zu verweisen. Die Gemeinde ist bei der neuerlichen Entscheidung an die Rechtsansicht der Aufsichtsbehörde gebunden.

In ständiger Rechtsprechung hat hiezu der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt, dass (nur) den tragenden Aufhebungsgründen eines aufsichtsbehördlichen Bescheides für das fortgesetzte Verfahren bindende Wirkung zukommt. Die tragenden Gründe eines aufhebenden Bescheides der Gemeindeaufsichtsbehörde sind für das fortgesetzte Verfahren vor der Gemeindebehörde, vor der Aufsichtsbehörde und vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechtes bindend. Jener Teil der Begründung eines aufhebenden Vorstellungsbescheides, der darlegt, in welchen Punkten nach Auffassung der Aufsichtsbehörde Rechte des Vorstellungswerbers nicht verletzt worden sind, der also aufzeigt, welche der in der Vorstellung geltend gemachten oder sonst in Betracht kommenden Rechtsverletzungsmöglichkeiten mangels tatsächlicher Rechtsverletzung keine Aufhebung des gemeindebehördlichen Bescheides nach sich zu ziehen hätten, löst deshalb keine bindende Wirkung aus, weil er den aufhebenden Spruch nicht trägt. Die Bindungswirkung einer aufhebenden Vorstellungsentscheidung beschränkt sich vielmehr auf die ausdrücklich geäußerte Rechtsansicht der Vorstellungsbehörde im Umfang der die Aufhebung tragenden Begründungselemente. Hinweise der Vorstellungsbehörde für das fortgesetzte Verfahren, die über die die Aufhebung tragenden Gründe hinausgehen (sog. obiter dicta), entfalten daher keine Bindungswirkung (vgl. hiezu das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 29. Jänner 2008, mwN).

Tragender Aufhebungsgrund der angefochtenen Entscheidung ist die Auffassung der belangten Behörde, dass die Baubehörden einen Alternativauftrag gemäß § 49 Abs. 1 Oö. Bauordnung 1994 hätten erteilen müssen, weil auch in dem Fall, dass die Einfriedungsmauer auf fremdem Grund (hier auf öffentlichem Grund) stehen sollte, trotzdem eine Bauanzeige hätte eingebracht werden können.

Die belangte Behörde ging in rechtlicher Hinsicht - ebenso wie die Baubehörden - zutreffend davon aus, dass die vom Beseitigungsauftrag betroffene Mauer ein anzeigepflichtiges Bauvorhaben im Sinne des § 25 Abs. 1 Z. 14 Oö. Bauordnung 1994 ist ("Stützmauern und freistehende Mauern mit einer Höhe von mehr als 1,50 m über dem jeweils tiefer gelegenen Gelände, sowie Stützmauern mit einer aufgesetzten Einfriedung mit einer Gesamthöhe von mehr als 2,50 m über dem jeweils tiefer gelegenen Gelände;"), das vor Beginn der Bauausführung der Baubehörde anzuzeigen ist. Für solche anzeigepflichtige Bauvorhaben gilt gemäß § 25a Abs. 5 Z. 2 Oö. Bauordnung 1994 auch die Bestimmung des § 49 leg. cit. § 49 Oö. Bauordnung 1994 hat folgenden Wortlaut (auszugsweise):

"§ 49

Bewilligungslose bauliche Anlagen

(1) Stellt die Baubehörde fest, dass eine bewilligungspflichtige bauliche Anlage ohne Baubewilligung ausgeführt wird oder bereits ausgeführt wurde, hat sie - unabhängig von § 41 - dem Eigentümer der baulichen Anlage mit Bescheid aufzutragen, entweder nachträglich innerhalb einer angemessen festzusetzenden Frist die Baubewilligung zu beantragen oder die bauliche Anlage innerhalb einer weiters festzusetzenden angemessenen Frist zu beseitigen und gegebenenfalls den vorigen Zustand wiederherzustellen. Die Möglichkeit, nachträglich die Baubewilligung zu beantragen, ist dann nicht einzuräumen, wenn nach der maßgeblichen Rechtslage eine Baubewilligung nicht erteilt werden kann.

(2) Sucht der Eigentümer der baulichen Anlage um die nachträgliche Erteilung der Baubewilligung fristgerecht an und wird dieser Antrag entweder zurückgewiesen oder abgewiesen oder zieht der Antragsteller den Antrag zurück, wird der Auftrag auf Beseitigung der baulichen Anlage rechtswirksam; die im Bescheid gemäß Abs. 1 festgesetzte Frist zur Beseitigung der baulichen Anlage beginnt in diesem Fall mit der

Rechtswirksamkeit der Zurückweisung oder Abweisung oder der Zurückziehung des nachträglichen Baubewilligungsantrages.

...

(6) Stellt die Baubehörde fest, dass eine baubehördlich nicht bewilligungspflichtige bauliche Anlage nicht entsprechend den für sie geltenden bau- oder raumordnungsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere jenen des Flächenwidmungsplans oder Bebauungsplans, ausgeführt wird oder bereits ausgeführt wurde, hat sie dem Eigentümer mit Bescheid die Herstellung des rechtmäßigen Zustandes innerhalb einer angemessen festzusetzenden Frist aufzutragen. § 48 Abs. 7 gilt sinngemäß."

Die Baubehörden haben von dem in § 49 Abs. 1 letzter Satz Oö. Bauordnung 1994 vorgesehenen Alternativauftrag, es den Mitbeteiligten zu ermöglichen, nachträglich die Baubewilligung zu beantragen, Abstand genommen, weil sie die Auffassung vertreten haben, dass nach der maßgeblichen Rechtslage eine Baubewilligung nicht erteilt werden kann. Diese Auffassung haben sie auf § 29 Abs. 2 Z. 2 Oö. Bautechnikgesetz 1994 gestützt.

Nach dieser Bestimmung dürfen Einfriedungen, soweit in anderen Rechtsvorschriften oder im Bebauungsplan nichts anderes festgelegt ist, gegen Verkehrsflächen sowie im Vorgartenbereich gegen Nachbargrundgrenzen bis zu einer Tiefe von 2 m von der Straßengrundgrenze nicht als geschlossene Mauern, Planken oder in ähnlicher undurchsichtiger Bauweise ausgeführt werden; der massive Sockel solcher Einfriedungen darf höchstens 60 cm hoch sein.

Für die belangte Behörde verstößt der beschwerdegegenständliche Bau nicht gegen diese Norm, weil die Mauer auf öffentlichem Grund errichtet ist und nicht "gegen" eine Verkehrsfläche ausgeführt wurde.

Mit diesen Ausführungen setzt sich die belangte Behörde über die Feststellungen der Baubehörden, dass die vom Bauauftrag erfasste Mauer nur teilweise auf öffentlichem Grund errichtet ist, hinweg. Aus den Begründungsdarlegungen im angefochtenen Bescheid ist nicht erkennbar, warum sich der angezogene tragende Aufhebungsgrund auch auf die Teile der Mauer beziehen soll, die auf dem Grundstück der mitbeteiligten Parteien an der Grenze zur öffentlichen Verkehrsfläche errichtet worden sind. Ein Abbruchauftrag darf sich nämlich nur auf Teile einer Baulichkeit bzw. einer baulichen Anlage beziehen, wenn die rechtlich nicht sanierbaren konsenswidrigen oder konsenslosen Teile vom übrigen Teil des Baus trennbar sind (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2005, Zl. 2004/05/0279, sowie das hg. Erkenntnis vom 31. Juli 2007, Zl. 2006/05/0236, mwN). Ob Trennbarkeit im Beschwerdefall gegeben ist, kann mangels entsprechender Feststellungen nicht beurteilt werden. Ist die Trennbarkeit bezüglich des an der Grundstücksgrenze errichteten Teils des Baus zum übrigen Teil zu bejahen, trifft für den erstgenannten Teil der tragende Aufhebungsgrund nicht zu.

Insoweit sich der Bauauftrag auf Teile der Mauer bezieht, die auf öffentlichem Grund errichtet sein sollen, fehlen Anhaltspunkte dafür, auf Grund welcher rechtlichen Erwägungen die belangte Behörde davon ausgeht, dass die mitbeteiligten Parteien als Adressat des Bauauftrages in Frage kommen. Gemäß § 49 Abs. 1 Oö. Bauordnung 1994 ist nämlich ein Beseitigungsauftrag dem Eigentümer der baulichen Anlage aufzutragen.

Da die belangte Behörde dies verkannt hat, belastete sie schon deshalb ihren Bescheid mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes. Auf Grund dieser Erwägungen war daher der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008; gemäß § 3 Abs. 2 dieser Verordnung sind in den beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Verfahren, in denen bis zum Inkrafttreten dieser Verordnung noch keine Entscheidung gefällt worden ist, die Kosten nach den sich aus dieser Verordnung ergebenden Pauschalbeträgen zu berechnen.

Wien, am 28. Jänner 2009