OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: LVwG-151196/12/VG

Datum: Linz, 4. September 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Gubesch über die Beschwerde des F W, wohnhaft in S, vertreten durch H R GmbH, K x, x E, gegen den Bescheid des Gemeinderates der Stadtgemeinde Eferding vom 20.12.2016, GZ.: 131-9/21-2015, betreffend einen baupolizeilichen Beseitigungsauftrag nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen. Der angefochtene baupolizeiliche Beseitigungsauftrag wird mit der Maßgabe bestätigt, dass es zu lauten hat:

„Dem Beschwerdeführer wird gemäß § 49 Oö. BauO 1994 aufgetragen, die bewilligungslos errichtete bauliche Anlage (Hütte), welche auf dem Grundstück Nr. x, EZ x, KG E, errichtet wurde (zur näheren Ausgestaltung und Lage der Hütte wird auf die Feststellungen in dieser Entscheidung verwiesen), binnen einer Frist von drei Monaten ab Zustellung dieser Entscheidung zu beseitigen und den vorigen Zustand wieder herzustellen.“

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadtgemeinde Eferding vom 30.6.2016 wurde dem Beschwerdeführer (kurz: Bf) gemäß § 49 Oö. Bauordnung (BauO) 1994 aufgetragen, das bewilligungslos errichtete Bauwerk, das Nebengebäude, welches auf dem Grundstück Nr. x errichtet und welches auf dem beiliegenden Flächenwidmungsauszug lagemäßig dargestellt wurde, innerhalb einer Frist von 8 Wochen, spätestens jedoch bis zum 31.8.2016 zu beseitigen und den vorigen Zustand wieder herzustellen. Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, dass sich das verfahrensgegenständliche Nebengebäude großteils auf einer Fläche befinde, welche gemäß dem geltenden Flächenwidmungsplan der Stadtgemeinde Eferding als Grünzug ausgewiesen sei, auf dem eine Bebauung unzulässig sei. Dieser Sachverhalt sei dem Bf im vorausgegangenen Ermittlungsverfahren zur Kenntnis gebracht worden. Der Bf habe daraufhin mit dem vorgelegten Einreichplan vom 3.11.2015 die Versetzung dieser Gartenhütte beantragt, welche nach Durchführung einer Bauverhandlung mit Bescheid der Baubehörde erster Instanz vom 2.12.2015 bewilligt worden sei. Bei der Bauverhandlung sei ausdrücklich durch B W (Vater des Bf, Anm.) protokolliert worden, dass die Versetzung der Hütte bis Jahresende 2016 vorgenommen werde. Nachdem bisher keine entsprechende Anzeige für den Baubeginn dieser Maßnahme erfolgt sei, habe die Behörde einen Beseitigungsauftrag zu erlassen.

2. Die dagegen eingebrachte Berufung des Bf wies der Gemeinderat der Stadtgemeinde Eferding (in der Folge: belangte Behörde) mit Bescheid vom 20.12.2016 als unbegründet ab. Im Spruch wurde das Grundstück, auf dem sich das zu beseitigende Nebengebäude befindet, berichtigt auf das Grundstück Nr. x der KG E. Die Erfüllungsfrist wurde mit 8 Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides, spätestens jedoch bis 3.3.2017 neu festgesetzt. In der Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass das Wohnhaus des Bf mit Bescheid vom 8.4.1955 baurechtlich genehmigt worden sei. Zu diesem Zeitpunkt sei die Oö. BauO vom 13.3.1875 gültig gewesen. Das gegenständliche Gebäude habe ein Ausmaß von 12,00 x 3,80 m, insgesamt daher über 45 m² verbaute Fläche. Schon nach der damals geltenden Oö. BauO 1875 seien derartige Gebäude gemäß § 1 Abs. 1 leg. cit. bewilligungspflichtig gewesen. Weder in der Baubewilligung für das Wohnhaus vom 8.4.1955, noch in den genehmigten Planunterlagen sei ein Hinweis auf die Errichtung einer derartigen Gartenhütte auffindbar. Mit Bescheid vom 16.12.1982 sei eine Aufstockung, sowie ein Anbau einer Garage bewilligt worden, auch in diesem Bauakt sei kein Hinweis auf die gegenständliche Gartenhütte auffindbar. Für die gegenständliche Aufstockung des Wohnhauses sei mit Bescheid vom 15.7.1985 die Bewohnungs- und Benützungsbewilligung erteilt worden. Im Überprüfungsprotokoll zu dieser Kollaudierungsverhandlung vom 15.1.1985 sei ebenfalls kein Hinweis auf die

Errichtung eines derartigen Nebengebäudes gefunden worden. Im Rahmen einer baubehördlichen Überprüfung am 15.6.2015 habe der Vater des Liegenschaftseigentümers ausgeführt, dass die Hütte im Jahr 1985 errichtet worden sei. Der Bf legte im Zuge des verwaltungsbehördlichen Verfahrens ein Rechtsgutachten von Universitätsprofessor Dr. K W vor, der zusammengefasst zu dem Ergebnis kommt, dass die baurechtliche Bewilligung der Verlegung der Gartenhütte jedenfalls die Rechtmäßigkeit des Bestandes dieser Gartenhütte bestätige, zumal die Verlegung eines rechtlich nicht existenten Gebäudes baurechtlich nicht genehmigt werden dürfe. Mit Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung würden die Fristen für die Ausführung des Bauvorhabens gemäß § 38 Oö. BauO 1994 laufen. Eine in der Bauverhandlung geäußerte Absicht des Bauwerbers, das Bauvorhaben früher in Angriff zu nehmen und zu vollenden, habe keine Auswirkungen auf die Rechtsgültigkeit des Bescheides. Mit dem Abbruchbescheid nehme die Baubehörde dem Bauwerber die Möglichkeit, von seinem festgestellten Recht auf Verlegung der Gartenhütte Gebrauch zu machen. Dazu führte die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid im Wesentlichen aus, dass im Rechtsgutachten teilweise die gegenständliche Liegenschaft mit einer anderen, näher bezeichneten Liegenschaft verwechselt worden sei, was allerdings auf den Inhalt des Gutachtens keinen Einfluss habe. Das Ermittlungsverfahren habe eindeutig ergeben, dass für die gegenständliche Gartenhütte keine rechtskräftige Baubewilligung vorliege. Die Ansicht, dass durch die Bewilligung der Verlegung der Hütte, die Rechtmäßigkeit des Bestandes bestätigt worden sei, sei nach der eingeholten Ansicht des Oö. Gemeindebundes vertretbar, aber nicht zwingend korrekt. Die Absichtserklärung, innerhalb eines bestimmten Zeitraumes mit den Arbeiten zu beginnen, habe keine rechtlichen Auswirkungen auf den Bestand der Bewilligung, da eben die gesetzlichen Fristen gemäß § 38 Oö. BauO 1994 maßgeblich seien. Nachdem jedoch für die Baubehörde erkennbar gewesen sei, dass die Beseitigung des gegenständlichen Gebäudes über einen längeren Zeitraum hinausgezögert werden soll, habe der Bürgermeister den gegenständlichen Abbruchauftrag erteilen müssen. Die erteilte Bewilligung laute dahingehend, dass die Hütte aus dem Grünzug auf gewidmetes Bauland zu versetzen sei. Diese Bewilligung bleibe aufrecht und die Wiedererrichtung des Gebäudes sei innerhalb der gesetzlich möglichen Frist (3 Jahre ab Rechtskraft des Bescheides und 5 Jahre ab Beginn der Bauarbeiten) möglich. Würde man bei der jetzt bestehenden Gartenhütte von einem baurechtlich anerkannten Gebäude ausgehen, könnte dieses unter Umständen für immer bestehen bleiben, weil der Bauwerber von seiner Baubewilligung (Versetzung der Hütte) keinen Gebrauch machen müsste und dazu auch nicht gezwungen werden könnte. Lediglich die Vollstreckung eines Beseitigungsauftrages sei während der Anhängigkeit eines Ansuchens um nachträgliche Bewilligung unzulässig (Hinweis auf Judikatur des VwGH). Dies setze aber nicht nur voraus, dass sich das nachträgliche Bauansuchen auf das vom Vollstreckungsverfahren betroffene Bauobjekt beziehe, sondern auch, dass diesbezüglich überhaupt eine nachträgliche Baubewilligung erteilt werden könne

(Hinweis auf Judikatur des VwGH). Dies sei im gegenständlichen Fall jedoch aufgrund der Widmungswidrigkeit nicht gegeben.

3. Gegen diesen Bescheid erhob der Bf rechtzeitig Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Der Bf beantragt, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge in Stattgabe der Beschwerde den angefochtenen Bescheid aufheben und dahingehend abändern, dass der Berufung gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Stadtgemeinde Eferding als Baubehörde erster Instanz stattgegeben wird und das Verfahren betreffend Beseitigung eingestellt wird; in eventu den angefochtenen Bescheid beheben und die Angelegenheit zur neuerlichen Erlassung eines Bescheides an die belangte Behörde zurückverweisen; sowie eine mündliche Verhandlung durchführen. Der Bf bringt im Wesentlichen vor, die Rechtsvorgänger des Bf hätten die gegenständliche Liegenschaft vor dem 12.3.1955 käuflich erworben. Mit Bescheid vom 8.4.1955 sei diesen Rechtsvorgängern die Errichtung eines Einfamilienwohnhauses bewilligt worden. Der Gutsbestand dieser Liegenschaft habe bereits damals die Grundstücke Nr. x und x je KG E umfasst. Ein Grundstück mit der Nr. x besitze weder der Bf, noch sei dies jemals Gegenstand der Grundbuchseinlage EZ x KG E gewesen. Der Spruch des Beseitigungsauftrages beziehe sich damit auf ein Grundstück, auf dem der Bf gar keine Gartenhütte habe, das Grundstück stehe auch nicht in seinem Eigentum. Umgehend nach Rechtskraft des Baubewilligungsbescheides vom 8.4.1955 sei mit der Errichtung des Einfamilienwohnhauses und auch mit der Errichtung der jetzt streitgegenständlichen Gartenhütte durch die Rechtsvorgänger des Bf begonnen worden und bezogen auf die Gartenhütte auch noch im Jahr 1955 fertiggestellt worden. Im Zeitpunkt der Errichtung habe hierfür kein gesonderter Genehmigungstatbestand vorgelegen. Offensichtlich erstmals mit dem Flächenwidmungsplan der Stadtgemeinde Eferding vom 17.8.1978 sei im Bereich der Grundstücke des Bf ein Trenngrün ausgewiesen worden, wobei die Tiefe des Trenngrüns gemäß dem ursprünglichen Flächenwidmungsplan anders beschaffen gewesen sei als derzeit. Daraus folge, dass die gegenständliche Gartenhütte einen älteren Bestand habe als der Flächenwidmungsplan. Damit habe die Gartenhütte den historisch vermuteten Baukonsens für sich und verletze der Flächenwidmungsplan durch Einführung des Trenngrüns diesen Baukonsens. Mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadtgemeinde Eferding vom 2.12.2015, Zl. 131-9/21-2015 (also zur selben Geschäftszahl wie nunmehr der Beseitigungsauftrag) sei dem Bf die Baubewilligung für die Versetzung des bestehenden Nebengebäudes auf dem Grundstück Nr. x, KG E erteilt worden. Dieser Bescheid sei in Rechtskraft erwachsen.

Der nunmehrige Beseitigungsauftrag widerspreche dem Inhalt dieser rechtskräftigen Baubewilligung. Der Laufzeitmechanismus der Baubewilligung ergebe sich aus § 38 Oö. BauO 1994. Demnach sei innerhalb einer Frist von 3 Jahren nach dem Eintritt der Rechtskraft des Baubewilligungsbescheides mit

der Bauausführung zu beginnen. Wenn mit der Bauausführung innerhalb der 3-jährigen Frist begonnen werde, erlösche die Baubewilligung, wenn das Bauvorhaben nicht innerhalb von 5 Jahren nach Beginn der Bauausführung fertiggestellt worden sei. Die Frist für die Fertigstellung sei über Antrag des Bauwerbers angemessen zu verlängern. Auf die Einhaltung dieses Laufzeitmechanismus habe der Bewilligungswerber einen Rechtsanspruch. Mit diesem Rechtsanspruch kollidiere der Beseitigungsauftrag. Wäre im angefochtenen Bescheid dieser Sachverhalt festgestellt worden, hätte die rechtliche Beurteilung ergeben, dass der Beseitigungsauftrag rechtsirrig sei. Mit der bestehenden Baubewilligung anerkenne die Baubehörde die rechtliche Existenz dieser Gartenhütte. Denn die Bewilligung zur Verlegung eines Gebäudes dürfe nur erteilt werden, wenn das zu verlegende Gebäude eine baurechtliche Bewilligung besessen habe. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Errichtung der Gartenhütte bereits Bestandteil der Baubewilligung von 1955 gewesen sei, ob die Behörde damals keinen gesonderten Genehmigungstatbestand angenommen habe oder ob sie den historisch vermuteten Baukonsens angenommen habe. Der Bürgermeister habe jedenfalls rechtskräftig die vorgesehene Verlegung der Gartenhütte und damit ihre rechtlich gesicherte Existenz anerkannt. Laut der einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stehe der baurechtlichen Genehmigung eines beantragten Um- und Zubaus entgegen, wenn der vorhandene Baubestand kein rechtmäßiger sei. Voraussetzung eines jeden Zu- bzw. Umbaus sei, dass der Bestand der baulichen Anlage, von dem dabei ausgegangen werde, ein rechtmäßiger sei (Hinweis auf Judikatur des VwGH und auf Literatur, jeweils zur Tiroler Bauordnung). Damit sei durch den baurechtlichen Bewilligungsbescheid des Bürgermeisters der Stadtgemeinde Eferding vom 2.12.2015 die Rechtmäßigkeit des Baubestandes bestätigt. In der mündlichen Verhandlung habe der Bauwerber erklärt das Bauvorhaben bis Ende 2016 zu vollenden. Die Rechtsnatur dieser Erklärung sei eindeutig. Es handle sich um eine Wissenserklärung, die aber keine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Baubewilligung dargestellt habe. Daher habe ein Abweichen von dieser Wissenserklärung auch keinerlei Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit des Baubewilligungsbescheides. Die Behörde habe auch zu Recht darauf verzichtet, diesen vom Bauwerber genannten Zeitpunkt in den Bescheid aufzunehmen. Denn eine Verkürzung der gesetzlich zwingend angeordneten Geltungszeiträume für die Aufrechterhaltung der Baubewilligung sei rechtlich ausgeschlossen. Wenn nun der Bauwerber von seiner Baubewilligung nicht, wie ursprünglich vorgesehen, noch im Jahre 2016 Gebrauch mache, bleibe die Baubewilligung gleichwohl aufrecht. Damit habe die belangte Behörde rechtswidrig den Beseitigungsauftrag bestätigt.

Die belangte Behörde begründe die Abweisung der Berufung damit, dass für das gegenständliche Gebäude keine gültige Baubewilligung vorliege. Dies ginge aus der Baubewilligung des Wohnhauses vom August 1967 und aus den genehmigten Planunterlagen hervor. Auch im Kollaudierungsbescheid vom Dezember 1976 sei

kein Hinweis auf die Errichtung eines derartigen Nebengebäudes gefunden worden. Daher sei das Gartenhaus konsenslos errichtet worden und eine nachträgliche Baubewilligung sei aufgrund der Widmung des gegenständlichen Grundstückes als Grünzug mit Bauverbot nicht möglich. Im Berufungsbescheid werde ausgeführt, dass der Bf im laufenden Verfahren keine diesbezügliche Baubewilligung habe vorlegen können. Dem sei zu entgegnen, dass sowohl das Einfamilienhaus als auch die Gartenhütte im Jahr 1955 errichtet worden seien. Seit diesem Zeitpunkt und nicht erst seit 1967, wie die belangte Behörde vermeine, seien beide Gebäude, das Einfamilienhaus und das Gartenhaus unbeanstandet von Behörden und Nachbarn faktisch und rechtlich existent. Dass der Bf nach über 60 Jahren keine Unterlagen mehr über das seinerzeitige Bauverfahren habe, sei eine Tatsache und könne wohl nicht als Begründung dienen die Rechtmäßigkeit des Gebäudes in Zweifel zu ziehen. Offensichtlich gebe es auch bei der Baubehörde der Stadtgemeinde Eferding keine aus dem Jahr 1955 stammenden Unterlagen.

Aber ebenso offensichtlich hätten auch die Organe der Baupolizei der Stadtgemeinde Eferding nie einen Zweifel an der Rechtmäßigkeit dieser Gartenhütte gehegt, da ansonsten in diesen beinahe 60 Jahren wohl ein entsprechendes Verfahren eingeleitet worden wäre. Auch bei der Änderung des Flächenwidmungsplanes im Jahr 1978, womit der Grünzug am gegenständlichen Grundstück festgelegt worden sei, sei offensichtlich keinerlei Zweifel an der Rechtmäßigkeit dieser Gartenhütte entstanden. Es sei nämlich davon auszugehen, dass bei der Bestandsaufnahme, die zwingend jeder Änderung des Flächenwidmungsplanes voranzugehen hätte, die Existenz eines rechtswidrig bestehenden Gebäudes zu Tage gekommen wäre. Dies sei aber nicht der Fall gewesen. Spätestens aber bei der baurechtlichen Verhandlung über den Abbruch und die Neuerrichtung des gegenständlichen Gartenhauses, hätte das Thema der Rechtmäßigkeit des Bestandes dieser Gartenhütte thematisiert werden müssen, hätte es Zweifel an der Rechtmäßigkeit gegeben. Weder aus der Verhandlungsschrift noch aus dem baubehördlichen Bewilligungsbescheid zum Abbruch und zur Neuerrichtung gehe in irgendeiner Form ein Zweifel an der Rechtmäßigkeit hervor. Die Baubehörde sei sohin offensichtlich während 60 Jahren von der Rechtmäßigkeit des Objekts ausgegangen. Es müsse daher von einem historischen Baukonsens ausgegangen werden.

Das wohl rechtlich stärkste Argument für die Rechtmäßigkeit des Bestandes des Gartenhauses liefere aber der baurechtliche Bewilligungsbescheid des Bürgermeisters der Stadtgemeinde Eferding vom 2.12.2015 mit dem die Baubewilligung für die Versetzung des bestehenden Nebengebäudes erteilt worden sei. Damit sei sowohl das Versetzen der Hütte, als auch der Abbruch und die Wiedererrichtung rechtskräftig bewilligt worden (Hinweis auf § 24 Abs. 1 Z 4 iVm Z 1 Oö. BauO 1994). Der Bf wiederholt sodann sein Vorbringen, wonach seiner Ansicht nach die Bewilligung einer Verlegung nur erfolgen dürfe, wenn das

zu verlegende Gebäude eine baurechtliche Bewilligung besessen habe. Ein konsenslos errichtetes Gebäude dürfe nicht Gegenstand eines Baubewilligungsverfahrens zur Verlegung sein. Hier könnte nur die gänzliche Neuerrichtung des Gebäudes verhandelt werden (Hinweis auf § 24 Oö. BauO 1994). Daran ändere auch die heutige Rechtslage nichts, nach der Nebengebäude (Hinweis auf § 2 Z 18 Oö. Bautechnikgesetz) gar nicht mehr bewilligungs-, sondern u.U. nur mehr anzeigepflichtig seien (Hinweis auf § 25 Abs. 1 Z 2 lit. b Oö. BauO 1994). Die Behörde habe mit ihrer Verlegungsbewilligung die rechtskonforme Existenz dieser Gartenhütte anerkannt. Ein Abbruchbescheid für ein rechtskräftig bewilligtes Gebäude sei aber schlicht unzulässig. Denn es handle sich hier um eine res iudicata, deren Rechtskraft nur durch §§ 68 und 69 AVG durchbrochen werden könnte.

II. Feststellungen (Sachverhalt):

Der Bf ist Alleineigentümer der Liegenschaft EZ x, KG E, bestehend aus den Grundstücken Nr. x und Nr x.

Die Errichtung der verfahrensgegenständlichen Hütte erfolgte zeitnah mit dem Wohnhaus, welches im Zeitraum von 1953 bis 1955/1956 erbaut wurde. Die in Holzriegelbauweise errichtete Hütte wurde auf einer Betonplatte gegründet und hat eine bebaute Fläche von 12,00 x 3,80 m, die Traufenhöhe beträgt 2,50 m und der First des Satteldaches befindet sich in 4 m Höhe. Die überdeckte und jedenfalls überwiegend umschlossene Hütte kann von Personen betreten werden. Die Hütte befindet sich zur Gänze auf dem Grundstück Nr. x und zum Großteil in einem Bereich, in dem dieses Grundstück nach dem rechtswirksamen Flächenwidmungsplan Nr. 3 der Stadtgemeinde Eferding (Beschluss des Gemeinderates vom 28.8.2014) als „Grünzug – Gz 5“ gewidmet ist. In der verbalen Festlegung (Legende) des Flächenwidmungsplanes wird diese Widmung wie folgt definiert:

„Gz 5: Schutz des Bachlaufes, Erhalten der Grünflächen. Außerhalb eines 10m breiten Streifens entlang des öffentlichen Gewässers ist eine Nutzung als private Gartenfläche sowie das Aufstellen von Spielgeräten zulässig. Jegliche Bebauung, Einfriedung od. Ä. ist unzulässig.“

Es liegt keine Baubewilligung oder Bauanzeige für eine auf dem Grundstück Nr. x im Bereich des Grünzuges befindliche Hütte vor.

Am 3.11.2015 zeigte der Bf den geplanten Abbruch der Gartenhütte auf Grundstück Nr. x sowie ersatzweise die Errichtung einer Gartenhütte auf Grundstück Nr. x gemäß § 25 Abs. 1 Z 2 Oö. BauO 1994 an. Aus dem dazu vorgelegten Einreichplan vom 3.11.2015 geht hervor, dass die bestehende Hütte abgebrochen und auf einem Bereich des Grundstückes Nr. x wieder errichtet werden soll, für den die hier relevante Widmung als Grünzug nicht gilt. Mit

Bescheid vom 2.12.2015 erteilte der Bürgermeister der Stadtgemeinde Eferding die Baubewilligung für den Abbruch und die Wiedererrichtung eines Nebengebäudes nach Maßgabe des Einreichplanes.

III. Beweiswürdigung:

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde (inklusive den bezughabenden Flächenwidmungsplan) und Einholung eines aktuellen Grundbuchsauszuges sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 24.8.2017. Daraus ergibt sich der festgestellte entscheidungswesentliche Sachverhalt. Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung und Lage der verfahrensgegenständlichen Hütte stützt sich das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich auf die im vorgelegten Verwaltungsakt befindliche Niederschrift zur baubehördlichen Überprüfung vom 15.6.2015 samt den dort angeführten Beilagen, insbesondere die angeschlossene Fotodokumentation und den Flächenwidmungsplanauszug vom 15.6.2015 mit Handskizze und Bemaßung der auf dem verfahrensgegenständlichen Grundstück befindlichen Hütte. Hinsichtlich des Errichtungszeitpunktes folgt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich der glaubhaften Aussage des Zeugen (Vater des Bf, Anm.) in der mündlichen Verhandlung.

IV. Rechtliche Beurteilung:

Vorweg wird bemerkt, dass das Vorbringen des Bf unter Bezugnahme auf höchstgerichtliche Judikatur zum Um- bzw. Zubau und zur erteilten Baubewilligung vom 2.12.2015 schon deshalb verfehlt ist, weil die Versetzung im hier zu beurteilenden Einzelfall nicht etwa als Um- bzw. Zubau, sondern als Neuerrichtung (und damit rechtlich als „aliud“) zu qualifizieren ist. Die Baubewilligung wird für ein durch seine Lage bestimmtes Vorhaben erteilt, sodass für jedes Verrücken des Bauvorhabens eine neuerliche Baubewilligung erwirkt werden muss (vgl. als Beispiel für viele VwGH 8.4.2014, 2013/05/0195). Es sind zwar Einzelfälle denkbar, in denen durch eine geringfügige Verschiebung eines Bauwerkes nicht vom Vorliegen eines rechtlichen „aliud“ auszugehen ist (vgl. etwa VwGH 10.12.2013, 2012/05/0147), es ist aber im Beschwerdefall zu beachten, dass es nicht allein auf eine Verschiebung des Bauwerks um einige Zentimeter ankommt, sondern dass gerade durch diese Standortänderung ein Widerspruch zum Flächenwidmungsplan beseitigt werden soll. Eine solche Standortänderung ist daher jedenfalls als rechtliches „aliud“ anzusehen. Mit anderen Worten: Mit Bescheid vom 2.12.2015 erteilte die Baubehörde erster Instanz in rechtlicher Hinsicht eine Baubewilligung für ein anderes Vorhaben (aliud). Im Übrigen eröffnet gerade die Argumentation des Bf – wie bereits die

belangte Behörde zutreffend erkannt hat – etwaigen Umgehungsabsichten Tür und Tor, weil die eigentliche Verlegung der Hütte durch Beantragung einer Fristverlängerung für die Bauausführung gemäß § 38 Abs. 3 Oö. BauO 1994 in die Länge gezogen werden könnte. Es kann dem Landesgesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er bei vorhandenen Schwarzbauten eine solche Vorgehensweise habe dulden wollen oder gar beabsichtigt hätte.

Weiters ist festzuhalten, dass die Ausgestaltung und Lage der gegenständlichen Hütte im Rahmen einer durchgeführten baubehördlichen Überprüfung, an der auch ein bautechnischer Amtssachverständiger teilnahm, festgestellt und in der Niederschrift vom 15.6.2015 dokumentiert wurde. Entgegen der Ansicht des Rechtsvertreters des Bf in der mündlichen Verhandlung kommt es hier nicht darauf an, für welches Verfahren diese Niederschrift erstellt wurde. Dies ergibt sich schon aus dem auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltenden Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel (siehe § 17 VwGVG iVm § 46 AVG).

Die Erlassung eines baupolizeilichen Auftrages gemäß § 49 Oö. BauO 1994 setzt voraus, dass die den Gegenstand des Verfahrens bildende bauliche Anlage sowohl im Zeitpunkt ihrer Errichtung als auch im Zeitpunkt der Erlassung des behördlichen Auftrages bewilligungspflichtig (bzw. anzeigepflichtig, siehe § 25a Abs. 5 Z 2 leg. cit.) war bzw. ist (vgl. etwa VwGH 30.1.2014, 2013/05/0223).

Bei der gegenständlichen Hütte handelt es sich schon auf Grund ihres Ausmaßes und der Beschaffenheit zweifelsfrei um ein Gebäude im Sinne der Legaldefinition des § 2 Z 12 Oö. Bautechnikgesetz 2013, sohin um ein überdecktes, allseits oder überwiegend umschlossenes Bauwerk, das von Personen betreten werden kann.

Die Hütte wurde im Zeitraum 1953 bis 1955/1956 errichtet. Nach der in diesem Zeitraum geltenden Rechtslage wäre die Neuerrichtung der verfahrensgegenständlichen Hütte, die aufgrund ihrer Ausgestaltung auch nach damaliger Rechtslage ein Gebäude darstellte, unzweifelhaft bewilligungspflichtig gewesen (siehe § 1 Abs. 1 Oö. BauO 1875; vgl. etwa VwGH 25.10.1988, 88/05/0101, zur Bewilligungspflicht eines Gebäudes im Geltungsbereich der Oö. BauO 1875, dort: Gartenhütte mit ca. 30 m² Grundfläche).

Nach der derzeit geltenden Rechtslage ist die bestehende Hütte gemäß § 24 Abs. 1 Z 1 Oö. BauO 1994 (Neubau eines Gebäudes) bewilligungspflichtig bzw. allenfalls nach § 25 Abs. 1 Z 2 lit. b leg. cit. (Neubau eines Nebengebäudes unter den dort näher genannten Voraussetzungen) anzeigepflichtig, wobei noch der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen ist, dass für Bauvorhaben gemäß § 25 Abs. 1 Z 2 Oö. BauO 1994 alle Vorschriften über vergleichbare bewilligungspflichtige Bauvorhaben sinngemäß gelten, ausgenommen die §§ 32 bis 35 leg. cit. (siehe § 25a Abs. 5 Z 1 Oö. BauO 1994). Hier kann aber ohnehin

dahingestellt bleiben, ob das Bauvorhaben nun bewilligungspflichtig oder allenfalls anzeigepflichtig ist, weil – wie sogleich zu zeigen sein wird - jedenfalls ein Widerspruch zur Flächenwidmung vorliegt (vgl. z.B. VwGH 17.4.2012, 2009/05/0063; 15.5.2014, 2012/05/0089):

Die verfahrensgegenständliche Hütte befindet sich auf dem Grundstück Nr. x und zwar großteils in einem Bereich, für den gemäß § 30 Abs. 2 Z 5 Oö. Raumordnungsgesetz (ROG) 1994 eine Sonderwidmung Grünland (Grünzug – Gz 5) gilt.

Gemäß § 30 Abs. 5 zweiter Halbsatz Oö. ROG 1994 dürfen im Grünland nur Bauten und Anlagen errichtet werden, die nötig sind, um dieses bestimmungsgemäß zu nutzen. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass die Bestimmungen des Oö. ROG 1994 über die besondere Ausweisung von Flächen, die Grünland sind, sofern sie nicht für die Land- und Forstwirtschaft bestimmt sind und nicht zum Ödland gehören, im Zusammenhalt mit § 30 Abs. 5 Oö. ROG 1994 dahin auszulegen sind, dass auf einer mit Sonderwidmung Grünland versehenen Fläche – wie dies auch hier der Fall ist – nur Bauten und Anlagen errichtet werden dürfen, die nötig sind, um diese Fläche bestimmungsgemäß, nämlich im Sinn der vorgesehenen Sonderwidmung, zu nutzen. Hiebei sind auf einer solchen Fläche nur Bauten oder bauliche Anlagen zulässig, die allein für die Nutzung im Sinn der vorgesehenen Sonderwidmung Grünland als nötig angesehen werden können. Dabei ist ein strenger Maßstab anzulegen: Eine bloße Nützlichkeit der Bauten und Anlagen ist nicht ausreichend. Auch eine nur teilweise Nutzung zu diesem Zweck erfüllt diese Voraussetzung nicht (vgl. etwa VwGH 7.3.2000, 99/05/0253; 6.9.2011, 2011/05/0046; 24.3.2015, 2013/05/0221, mwN).

Für den Beschwerdefall bedeutet dies, dass die Hütte bloß dann der Widmung entsprechen könnte, wenn diese für die festgelegte Sonderwidmung „Grünzug – Gz 5“ nötig wäre. Damit müsste sie aber nach der verbalen Festlegung des Flächenwidmungsplanes Nr. x dem Schutz des Bachlaufes bzw. dem Erhalten der Grünflächen dienen. Ob dies der Fall ist, kann hier aber schon deshalb dahingestellt bleiben, weil nach der verbalen Festlegung des Flächenwidmungsplanes Nr. x ausdrücklich „jegliche Bebauung“ unzulässig ist. Mit anderen Worten: Im Bereich des Grünzuges – Gz 5 besteht ein Bauverbot.

Wenn der Bf vorbringt, dass die gegenständliche Hütte schon jahrelang besteht und von den Behörden bisher nicht beanstandet wurde, so ist ihm zu entgegnen, dass die Erlassung eines baupolizeilichen Auftrages auch dann zulässig ist, wenn das Gebäude schon jahrelang unbeanstandet existiert hat (vgl. dazu etwa VwGH 29.9.2015, Ra 2015/05/0045 mHa VwGH 23.7.2013, 2013/05/0012, mwN). Die bisherige Untätigkeit der Behörde bewirkt jedenfalls keine Konsensmäßigkeit (vgl. dazu etwa VwGH 7.9.1993, 91/05/0183).

Auch das Vorbringen zum vermuteten historischen Konsens führt die Beschwerde nicht zum Erfolg. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, setzt die Annahme eines solchen vermuteten Konsenses bei alten Beständen voraus, dass der Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes so weit zurückliegt, dass die Erteilung der Baubewilligung fraglich erscheint, oder bestimmte Indizien dafür sprechen, dass trotz Fehlens behördlicher Unterlagen von der Erteilung einer Baubewilligung auszugehen ist. Dies kann jedoch bei einem in den 50er Jahren errichteten Gebäude nicht angenommen werden, zumal gerade aus dieser Zeit Baubewilligungen für andere Bauvorhaben (etwa zum Wohnhaus des Bf) in den Bauakten aufliegen (vgl. etwa. VwGH 27.2.1996, 95/05/0278; 29.9.2016, 2013/05/0058).

Weiters ist festzuhalten, dass das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich – wie im Übrigen bereits die belangte Behörde - mangels einer gegenteiligen Regelung, seine Entscheidung an der zum Zeitpunkt seiner Entscheidung maßgeblichen Sach- und Rechtslage auszurichten hat (vgl. etwa VwGH 19.5.2015, Ra 2015/05/0017 und 16.12.2015, Ro 2014/03/0083, jeweils mwN). Damit ist aber auch nicht relevant, ob der Grünzug allenfalls nach einem früher geltenden Flächenwidmungsplan eine andere Breite aufgewiesen hätte, oder ob diese Breite im früher geltenden Flächenwidmungsplan aufgrund des dort verwendeten Maßstabes allenfalls nicht klar erkennbar war bzw. ob die verfahrensgegenständliche Hütte allenfalls zu einem früheren Zeitpunkt genehmigungsfähig gewesen wäre. Das diesbezügliche Vorbringen des Rechtsvertreters des Bf in der mündlichen Verhandlung geht daher ins Leere.

Da die Lage der verfahrensgegenständlichen Hütte sohin im Widerspruch zur ausgewiesenen Sonderwidmung „Grünzug – Gz 5“ steht, wurde der gegenständliche (unbedingte) baupolizeiliche Beseitigungsauftrag im Ergebnis zu Recht erteilt.

Mit der gegenständlichen Entscheidung wird zudem der Beseitigungsauftrag näher konkretisiert und die Erfüllungsfrist für die Beseitigung der verfahrensgegenständlichen baulichen Anlage neu festgesetzt. Die neu festgelegte Erfüllungsfrist ist jedenfalls angemessen, um die aufgetragene Leistung zu erfüllen (vgl. etwa VwGH 12.11.2012, 2012/06/0124; 30.1.2014, 2011/05/0060).

Es ist daher spruchgemäß zu entscheiden.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Sonderwidmung Grünland sowie zum rechtlichen „aliud“ ab, noch fehlt es an einer solchen Rechtsprechung (siehe die in dieser Entscheidung zitierte Judikatur des VwGH). Im Übrigen liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, wenn die Rechtslage nach den in Betracht kommenden Normen (hier: die verbale Festlegung im maßgeblichen Flächenwidmungsplan Nr. 3 der Stadtgemeinde Eferding zur Widmung „Grünzug – Gz 5“) klar und eindeutig ist (vgl. VwGH 19.5.2015, Ra 2015/05/0030).

## R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

## H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Gubesch