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-151339/12/DM – 151340/2

Datum:

Linz, 20. Juni 2018

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 Mag. Manzenreiter über die Beschwerde 1. des R E und 2. der D K, beide xweg x, x, gegen den Bescheid des Gemeinderates der Gemeinde Hirschbach im Mühlkreis vom 25.8.2017, GZ: Bau-15/2016, betreffend einen baupolizeilichen Beseitigungsauftrag nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17.5.2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern teilweise stattgegeben, als der angefochtene Bescheid mit der Maßgabe abgeändert wird, dass die bewilligungslos errichtete bauliche Anlage „Schlichtung von Stahlbetonschwellen“ im Bereich der südwestlichen Grundgrenze des Grundstückes Nr. x, KG G, – ausgenommen die im unteren Bereich der Schlichtung befindliche Stützkonstruktion bis zu einer Höhe von maximal 1,50 m – binnen drei Monaten ab Zustellung dieser Entscheidung zu beseitigen ist.
Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

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 Gemeinde Hirschbach im Mühlkreis vom 9.3.2017 wurde den Beschwerdeführern (im Folgenden kurz: Bf) aufgetragen, die bewilligungslos errichtete bauliche Anlage „Schlichtung von Stahlbeton-bahnschwellen“ im Bereich der südwestlichen Grundgrenze des Grundstückes Nr. x, KG G, binnen drei Monaten ab Rechtskraft dieses Bescheides zu beseitigen. Auf das Wesentliche zusammengefasst wird dieser Bescheid damit begründet, dass für die vorgenommene Schlichtung der Stahlbetonbahnschwellen kein Baukonsens vorliege und dafür auch kein künftiger Baukonsens erwirkt werden könne, da die angeführten Baumaßnahmen die Höhenvorgaben des rechtsgültigen Bebauungsplanes „K.... II“ vom 22.5.2012 eindeutig überschreiten.

2. Der dagegen von den Bf erhobenen Berufung wurde mit dem nun angefochtenen Bescheid des Gemeinderates der Gemeinde Hirschbach im Mühlkreis (im Folgenden: belangte Behörde) vom 25.8.2017 keine Folge gegeben und wurde dies auch ausführlich begründet.

[In der Zwischenzeit haben die Bf bezüglich der beschwerdegegenständlichen konsenslos errichteten baulichen Anlage bei der Baubehörde auch eine mit 4.5.2017 datierte Bauanzeige verbunden mit einem Antrag gemäß § 36 Oö. BauO 1994 (geringfügige Abweichungen vom Bebauungsplan) eingebracht, welche mit Bescheid des Bürgermeisters vom 16.6.2017 negativ beschieden wurde und dies mit Bescheid des Gemeinderates vom 25.8.2017 bestätigt wurde. Diesbezüglich wird auf das beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ebenfalls anhängige Verfahren zu LVwG-151341 sowie 151342 verwiesen.]

3. Dagegen erhoben die Bf rechtzeitig Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass gemäß § 49 Oö. BauO 1994 nicht ein unbedingter Beseitigungsauftrag erlassen hätte werden dürfen, sondern ein bedingter. Dies deshalb, weil eine nachträgliche Genehmigung unter Berücksichtigung des § 36 Oö. BauO 1994 möglich wäre. Die belangte Behörde hätte die geringfügige Abweichung vom Bebauungsplan gemäß § 36 Abs. 1 leg.cit. bewilligen müssen. Darüber hinaus bestehen Bedenken bezüglich der Gesetzmäßigkeit des gegenständlich anwendbaren Bebauungsplanes Nr. 4, Änderung Nr. 1, „K.... II“ (xweg).

4. Mit Vorlageschreiben vom 18.9.2017 wurde die Beschwerde unter Anschluss des bezughabenden Verwaltungsaktes dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt.

5. Aus Anlass der Beschwerde hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 20.10.2017 den Verordnungsakt betreffend die Änderung des Bebauungsplanes Nr. 4 „K.... II“ (xweg), Änderung Nr. 1, der Gemeinde Hirschbach im Mühlkreis eingeholt und sowohl die belangte Behörde als auch die Oö. Landesregierung als Aufsichtsbehörde um Abgabe einer Stellungnahme hinsichtlich der von den Bf vorgetragenen Bedenken zum gesetzmäßigen Zustandekommen des hier maßgeblichen Bebauungsplanes ersucht. Dem kamen die belangte Behörde mit Schreiben vom 25.10.2017 und die Oö. Landesregierung mit Schreiben vom 14.11.2017 nach.

Darüber hinaus wurde der bautechnische Amtssachverständige mit Schreiben vom 20.3.2018 ersucht, selbständig einen Lokalaugenschein durchzuführen und die aktuelle Sachlage anhand der Regelungen des rechtswirksamen Bebauungsplanes festzustellen.

Die dazu ergangene Stellungnahme des bautechnischen Amtssachverständigen zur aktuellen Sachlage vom 23.4.2018 wurde den Parteien in Vorbereitung auf die mündliche Verhandlung am 17.5.2018 übermittelt.

II. Feststellungen (Sachverhalt):

1. Die beiden Bf sind jeweils zur Hälfte Miteigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundstückes Nr. x, KG G. Für dieses als Bauland Dorfgebiet gewidmete Grundstück gilt der Bebauungsplan Nr. 4 „K.... II“ (xweg), Änderung Nr. 1, der Gemeinde Hirschbach im Mühlkreis (rechtswirksam seit 1.4.2017). Dieser regelt in Punkt 10.) „Außengestaltung und Einfriedungen“ die Stützbauwerke für die Bauplätze Nr. 1-15. Das hier beschwerdegegenständliche Grundstück entspricht dem Bauplatz Nr. 5, für den u.a. Folgendes gilt:

- „An der Grundgrenze zu den westlichen Grundstücken darf ein Stützbauwerk bis zu einer max. Höhe von 1,50 m errichtet werden.
- Unter Einhaltung eines Versatzabstandes von 1,00 m von der Mauerkrone (obere Vorderkante des Stützbauwerkes) können weitere Stützbauwerke bis zu einer max. Höhe von 1,50 m errichtet werden.
- Ab dem 3. Stützbauwerk kann 1 Stützbauwerk mit einer max. Höhe von 2,40 m errichtet werden.“

2. Im südwestlichen Teil des Grundstückes wurden zu den Nachbarparzellen hin Mauerwerkskonstruktionen mit unterschiedlichen Höhen, Rücksprüngen bzw. Höhenversätzen zur Ausführung gebracht. Die Ausführung der Mauern erfolgte in Form einer Schlichtung von Stahlbetonbahnschwellen, die üblicherweise für den Bahnbau verwendet werden. Im südwestlichen Teil der Liegenschaft wurde in einem Abstand von ca. 1,20 m zur Parzelle x2 eine Mauerschlichtung mit einer Höhe von 1,40 m zur Ausführung gebracht. Diese Mauer verläuft in nordwestlicher

Richtung in das Gelände. Oberhalb befindet sich eine dreiecksförmige Terrassenfläche, die eine maximale Breite von 3,30 m und eine Länge von 7,40 m in nordwestlicher Richtung gemessen aufweist. Darüber sitzt eine Mauerwerkskonstruktion mit einer Höhe von 1,95 m, wobei die Mauer wiederum in nordwestliche Richtung verläuft. In etwa grundstücksmittig ergibt sich aufgrund des Urgeländeverlaufes eine Mauerhöhe von 2,70 m, welche auch das ermittelte Maximum in Bezug auf die Höhen darstellt. Diese Mauer verläuft weiter in Richtung der Grundstücksecke nordwestseitig und es ergibt sich dort eine Mauerhöhe von 1,50 m. Zur Parzelle x1 besteht ein Abstand von ca. 1,00 m. Dort befindet sich der Fußpunkt der ausgeführten Stahlbetonbahnschwellenschlichtung.

Über diese Mauer ist eine Terrassenfläche ausgebildet, welche ein durchgehend gleiches Niveau aufweist. Der Mauerverlauf unterhalb ist leicht bogenförmig in westlicher Richtung hin. Über dieser Terrasse bzw. auf die Terrasse aufgesetzt wurde nochmals eine 75 cm hohe Bahnschwellenschlichtung aufgesetzt, welche nicht dem Verlauf der darunterliegenden Stützmauer folgt, sondern in Richtung der nordwestlichen Grundstücksecke verläuft. Aus diesem Grund ergeben sich im Bereich der südlichen bzw. nordwestlichen Grundgrenze auslaufende Terrassenbereiche, wobei andererseits in etwa grundstücksmittig eine Terrassenbreite von rund 2,40 m gegeben ist.

Im westlichen Teil des Grundstückes wurden somit drei Stützmauern ausgebildet. Die am weitesten südlich gelegene Mauer weist eine maximale Mauerhöhe von 1,4 m auf und verläuft dann nordseitig in das Gelände bzw. die darüber situierte Stützmauer. Der erforderliche Rücksprung (Versatzabstand) von 1,0 m ist südseitig gegeben. Aufgrund des direkten Maueranschlusses an die zweite Stützmauer ist der erforderliche Rücksprung in diesem Bereich nicht vorhanden.
Die zweite Stützmauer weist Höhen von 1,5 m bis 2,7 m auf. Der erforderliche Versatzabstand zur darunter liegenden Mauer ist wie beschrieben nur teilweise gegeben.
Die dritte Mauer hat eine gleichbleibende Höhe von 75 cm. Aufgrund der bogenförmigen Ausbildung der darunter situierten zweiten Mauer ist im nördlichen und südlichen Teil der erforderliche Versatz der Mauerwerkskonstruktion von 1,0 m nicht gegeben. (Stellungnahme des bautechnischen Amtssachverständigen vom 23.4.2018 samt Lichtbildern, ON 7 des verwaltungsgerichtlichen Aktes)

Die bauliche Anlage wurde Ende August 2016 errichtet.

III. Beweiswürdigung:

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Akt, insbesondere auch den Bebauungsplan Nr. 4 „K.... II“ (xweg) Änderung Nr. 1 (rechtswirksam seit dem 1.4.2017), Einholung eines aktuellen Auszuges aus dem Grundbuch und dem Digitalen Oberösterreichischen Raum-Informations-System - DORIS jeweils zum Grundstück der Bf, Einholung einer fachlichen Stellungnahme zur aktuellen Sachlage durch den bautechnischen Amtssachverständigen (ON 7) und Stellungnahme zur Trennbarkeit der baulichen Anlage (ON 11), sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17.5.2018. Daraus ergeben sich die hier relevanten Feststellungen.

IV. Rechtliche Beurteilung:

1. Stellt die Baubehörde fest, dass eine bewilligungspflichtige bauliche Anlage ohne Baubewilligung ausgeführt wird oder bereits ausgeführt wurde, hat sie gemäß § 49 Abs. 1 Oö. BauO 1994 - 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.

Gemäß § 25 Abs. 1 Z 14 Oö. BauO 1994 sind Stützmauern mit einer Höhe von mehr als 1,50 Meter über dem jeweils tiefer gelegenen Gelände anzeigepflichtig.

Gemäß § 25a Abs. 5 Z 2 Oö. BauO 1994 ist § 49 leg.cit. auch auf Verfahren gemäß § 25 Abs. 1 Z 14 leg.cit. anzuwenden.

Die beschwerdegegenständliche Stützmauerkonstruktion war sowohl im Zeitpunkt ihrer Errichtung (August 2016) als auch im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides und nun auch im Zeitpunkt der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich anzeigepflichtig gemäß § 25 Abs. 1 Z 14 Oö. BauO 1994. Ebenfalls hat sie zu jedem dieser Zeitpunkte den Bestimmungen des hier maßgeblichen Bebauungsplanes (seit 1.4.2017 der nun relevanten Änderung Nr. 1) widersprochen.

Für das hier beschwerdegegenständliche Grundstück regelt der Bebauungsplan u.a. Folgendes gilt:

- „An der Grundgrenze zu den westlichen Grundstücken darf ein Stützbauwerk bis zu einer max. Höhe von 1,50 m errichtet werden.
- Unter Einhaltung eines Versatzabstandes von 1,00 m von der Mauerkrone (obere Vorderkante des Stützbauwerkes) können weitere Stützbauwerke bis zu einer max. Höhe von 1,50 m errichtet werden.
- Ab dem 3. Stützbauwerk kann 1 Stützbauwerk mit einer max. Höhe von 2,40 m errichtet werden."

Wie unbestritten feststeht, weist die gegenständliche Stützmauerkonstruktion Höhen von teilweise weit über die erlaubten 1,50 m auf (1,95 m, 2,70 m). Auch der geforderte Versatzabstand von 1,00 m wird größtenteils nicht eingehalten.

Die Bf argumentieren nun, eine Voraussetzung für die Erlassung eines baupolizeilichen Auftrages sei, dass die Erteilung einer nachträglichen Bewilligung nach der maßgeblichen Rechtslage ausgeschlossen sei, wobei die Baubehörde sogar zu prüfen habe, ob die Bewilligung in Anwendung von Ausnahmebestimmungen erteilt werden könne. Nach dem im Verfahren zur nachträglichen Bauanzeige der Stützmauerkonstruktion Gesagten (vgl. LVwG-151341) hätte die belangte Behörde die geringfügige Abweichung vom Bebauungsplan gemäß § 36 Abs. 1 Oö. BauO 1994 bewilligen müssen. Damit sei aber nach der wiedergegebenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine Voraussetzung für die Erlassung eines Beseitigungsauftrages weggefallen, weil die Erteilung einer nachträglichen Bauberechtigung gerade schon möglich gewesen sei.

Dazu kann auf die Ausführungen in der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts zum nachträglichen Bauanzeigeverfahren der gegenständlichen Stützmauerkonstruktion verwiesen werden (LVwG-151341/8 – 151342/2 vom 20.6.2018). Demnach kann nach Ansicht des Landesverwaltungs-gerichts Oberösterreich eine Ausnahme gemäß § 36 Abs. 1 Oö. BauO 1994 nicht erteilt werden:

„Die Frage, ob eine Abweichung geringfügig im Sinne des § 36 Abs. 1 Oö. BauO 1994 ist, ist ausgehend von der jeweils konkreten Festlegung im Bebauungsplan, von der abgewichen werden soll, zu beurteilen (vgl. VwGH 5.3.2014, 2013/05/0102).

Im Übrigen hat der Verwaltungsgerichtshof hinsichtlich der Geringfügigkeit der Abweichung ausgeführt, dass § 36 Abs. 2 Oö. BauO 1994 auch dann, wenn es nicht um die dort genannten Abweichungen von Fluchtlinien geht, für die Auslegung diese Merkmales herangezogen werden kann (vgl. VwGH 20.10.2009, 2007/05/0046). Wie der Verwaltungsgerichtshof aber weiters ausgeführt hat (vgl. VwGH 6.11.2013, 2011/05/0174), erübrigt es sich nicht, auf den konkreten Einzelfall einzugehen, zumal auch § 36 Abs. 2 leg.cit. nicht in jedem Fall eine Überschreitung von 10 % erlaubt. Der Verwaltungsgerichtshof hat ferner betont,

dass es sich bei § 36 leg.cit. um eine grundsätzlich restriktiv zu interpretierende Ausnahmebestimmung handelt (vgl. VwGH 2.8.2016, Ro 2014/05/0035; 5.3.2014, 2013/05/0102).

Für das beschwerdegegenständliche Grundstück gilt gemäß dem hier rechtswirksamen Bebauungsplan, dass an der Grundgrenze zu den westlichen Grundstücken ein Stützbauwerk bis zu einer max. Höhe von 1,50 m errichtet werden darf. Unter Einhaltung eines Versatzabstandes von 1,00 m von der Mauerkrone (obere Vorderkante des Stützbauwerkes) können weitere Stützbauwerke bis zu einer maximalen Höhe von 1,50 m errichtet werden. Ab dem dritten Stützbauwerk kann ein Stützbauwerk mit einer maximalen Höhe von 2,40 m errichtet werden.

Die belangte Behörde führt in ihrem angefochtenen Bescheid dazu Folgendes aus:

‚Entgegen der von Seiten der Berufungswerber offenbarten Intention, besteht der Sinn und Zweck des § 36 OÖ. BauO 1994 nicht darin, bewusst in Kauf genommene Abweichungen vom Bebauungsplan im Nachhinein genehmigen zu lassen. Vielmehr sollte mit § 36 der Baubehörde die Möglichkeit eröffnet werden, unter bestimmten Voraussetzungen im Baubewilligungsbescheid selbst geringfügige Abweichungen von Festlegungen des Bauungsplans mit zu bewilligen. Die ursprünglich ausschließlich für das Bewilligungsverfahren geschaffene Regelung wurde erst nachträglich durch Adaption des § 25a Abs. 5 OÖ. BauO 1994 auf das Anzeigeverfahren ausgedehnt, demgemäß hat allerdings der VwGH bereits unmissverständlich dargelegt, dass § 36 OÖ Bauordnung 1994 Restriktiv zu interpretieren ist (vgl. RO 2014/05/0035). So scheiden beispielswiese wirtschaftliche Belange bei der Beurteilung, ob eine Ausnahme zu gewähren ist aus, weil das Gesetz hierauf nicht abstellt.

Die von Seiten der Berufungswerber ins Treffen geführte Argumentation hinsichtlich der ihrer Ansichten nach überwiegenden öffentlichen Interessen bzw. fehlenden Beeinträchtigung von geschützten Interessen Dritter ist erst dann zu prüfen, wenn die primäre Voraussetzung für eine Anwendbarkeit des § 36 OÖ. BauO 1994 gegeben ist, wonach lediglich geringfügige Abweichungen von den Bestimmungen des Bebauungsplans gemäß § 32 Abs. 1 Ziffer 3 und 4, sowie Abs. 2 Ziffer 2-13 OÖ ROG 1994 vorliegen dürfen. Insofern haben die Berufungswerber primär darzulegen, dass die im Rahmen des gesonderten begründeten Antrags aufgezeigten Abweichungen tatsächlich bloß geringfügige im Sinne des § 36 OÖ Bauordnung 1994 darstellen. Der VwGH hat bereits mehrfach (vgl. beispielsweise 2007/05/0046 vom 20,10.2009) angeführt, dass § 36 Abs. 2 OÖ. BauO 1994 auch dann, wenn es nicht um die dort genannten Abweichungen von Fluchtlinien geht, für die Auslegung dieses Merkmals herangezogen werden kann. Die 10%ige Grenze ist insofern als seine Richtschnur heranzuziehen, wobei es erforderlich ist zusätzlich auf den konkreten Einzelfall einzugehen, zumal auch § 36 Abs. 2 OÖ Bauordnung 1994 nicht in jedem Falle eine Überschreitung von 10% erlaubt, ebenso wenig allerdings eine 10%ige Überschreitung in jedem Fall als nicht mehr geringfügig angesehen werden kann.

In ihren Ausführungen verkennen die Berufungswerber allerdings, dass im gegenständlichen Fall nicht bloß eine Überschreitung der maximal zulässigen Höhen von

Stützmauern im Sinne des Bebauungsplans Nr, 4 K.... II. (xweg) vorhanden ist, sondern darüber hinaus, ohne nähere Begründung von Seiten der Berufungswerber, eine Umschichtung der Stützbauwerke vorgenommen wurde. Für die auf den gegenständlichen Fall relevanten Bauplätze 1 - 8 normiert der rechtsgültige Bebauungsplan unmissverständlich:

1) An der Grundgrenze zu den westlichen Grundstücken darf ein Stützbauwerk bis zu einer max. Höhe 1,50 m errichtet werden.
2) Unter Einhaltung des Versatzabstandes von 1m von der Mauerkrone (obere Vorderkante des Stützbauwerkes) können weitere Stützbauwerke bis zu einer max. Höhe von 1,50 m errichtet werden.
3) Ab dem 3- Stützbauwerk kann ein Stückbauwerk mit einer max. Höhe von 2,40m errichtet werden.

Von Seiten des Bebauungsplans werden demnach die Außengestaltungen und Einfriedigungen klar umrissen und definiert. Insbesondere wird keine Möglichkeit eingeräumt, die Höhe der einzelnen Stützbauwerke untereinander auszutauschen und das Erst- bzw. Zweitstützbauwerk auf eine Höhe von max. 2,40m zu errichten. Im Rahmen der Ausarbeitung eines neuen Bebauungsplans wurden unter Beiziehung eines Ortsplanes, sowie unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten, max. zulässige Höhen und Verteilungen für Stützbauwerke festgelegt. Hierbei wurden insbesondere die Interessen der örtlichen Raumplanung und allfällige wechselseitige Beeinträchtigungen von Nachbargrundstücken berücksichtigt, im Zuge dessen wurde der nunmehr rechtskräftige Bebauungsplan erlassen, welcher die oben zitierte Verteilung von Stützbauwerken mit der genannten max. Höhe vorsieht Eine willkürliche Umreihung stellt in diesem Zusammenhang keine bloß geringfügige Abweichung von den Bestimmungen des Bebauungsplans dar, da unmissverständlich festgelegt wurde, dass erst ab dem 3. Stützbauwerk ein Stützbauwerk mit einer max. Höhe von 2,40m errichtet werden kann.

In weiterer Folge weisen die berufungsrelevanten Stützbauwerke nicht einmal nach unzulässiger Umreihung die vorgeschriebene max. Höhe von 2,40m auf, sondern überschreiten diese an höchster Stelle um 16,76 %, was für sich alleine bereits nicht mehr eine bloß geringfügige Überschreitung darstellt. In Zusammenschau mit der Vorverlagerung des zulässigen Stützbauwerks durch die Berufungswerber, kann eine bloß geringfügige Abweichung vom rechtskräftigen Bebauungsplan nicht mehr erkannt werden.

Die Genehmigungsfähigkeit des der Baubehörde angezeigten Stützbauwerks scheitert bereits am Tatbestand der geringfügigen Abweichung von den Bestimmungen des Bebauungsplans, weshalb grundsätzlich eine weiterführende Prüfung eines Zuwiderlaufens der öffentlichen Interessen bzw. sonstiger geschützter Interessen Dritter gar nicht mehr erforderlich wäre.‘ [Hervorhebungen nicht übernommen]

Die Bf entgegnen in ihrer Beschwerde zum Tatbestandsmerkmal der „geringfügigen Abweichung“ Folgendes:

‚Anders als die belangte Behörde vermeint, ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien zur Novelle LGBl. Nr. 96/2006 (AB 942/2006 BlgLT 26. GP 21), nicht, dass der Gesetzgeber von der im Erkenntnis VwGH 9.11.1999, 99/05/0151, entwickelten Rechtsprechung abgehen wollte, nach der bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Rechtsanspruch auf

Genehmigung geringfügiger Abweichungen von Bestimmungen des Bebauungsplanes besteht. Es entspricht auch ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, dass eine Gesetzestextierung mit „kann" (oder „können") der Behörde kein Ermessen einräumt, sondern eine gebundene Entscheidung zur Folge hat, wenn die in Betracht kommende Verwaltungsvorschrift bereits alle Voraussetzungen normiert, die den ganzen Bereich der Erwägungen, die für die Entscheidung maßgebend sein könnten, umfassen (vgl. etwa VwGH 28.3.2017, Ro 2016/09/0011); genau dies ist aber bei § 36 Abs. 1 Oö. BauO der Fall. Selbst wenn man von einer Ermessensentscheidung ausginge, müsste die Behörde dieses Ermessen im Sinne des Gesetzes üben, was insbesondere voraussetzt, dass alle für diese Entscheidung wesentlichen tatsächlichen Umstände unter Einhaltung der maßgebenden Verfahrensvorschriften ermittelt und berücksichtigt wurden (vgl. VwGH 26.4.2016, Ro 2015/03/0038). Ob man nun § 36 Abs. 1 Oö. BauO als gebundene oder als Ermessensentscheidung qualifiziert, in beiden Fällen erweist sich der erstangefochtene Bescheid - wie noch näher dargelegt wird - als rechtswidrig.

Die belangte Behörde bestreitet die Anwendbarkeit von § 36 Abs. 1 Oö. BauO schon dem Grunde nach, wenn sie ausführt, dass es bei der aus dem projektierten Projekt resultierenden Abweichung am Tatbestandsmerkmal der „Geringfügigkeit" mangle. Dabei zieht die belangte Behörde jene Rechtsprechung heran, nach der die - für Abweichungen von Fluchtlinien nach § 36 Abs. 1Z1 Oö. BauO normierte - Grenze für Abweichungen von 10 % auch für andere als die dort genannten Abweichungen als Richtschnur für die Auslegung der Geringfügigkeit herangezogen werden kann. Nach dieser Rechtsprechung kann aber nicht gesagt werden, dass eine Ausnahme nur deshalb nicht mehr geringfügig ist, weil sie 10 % erreicht; vielmehr ist auf den konkreten Einzelfall einzugehen (vgl. etwa VwGH 5.3.2014, 2013/05/0102-0103; 6.11.2013, 2011/05/0174).

Wie wir im Verfahren bereits vorgebracht haben, kann die Beurteilung der verfahrensgegenständlichen Abweichung vom Bebauungsplan nicht allein unter Heranziehung der 10 %-Grenze erfolgen, sondern muss ihr Augenmerk auf den konkreten Einzelfall richten, vor allem weil es nicht bloß um die Überschreitung von höchstzulässigen Höhen geht. Beim angezeigten Bauvorhaben werden die Höhen der zweiten und dritten Stützmauer-Ebene getauscht; zudem wird die nach dem Bebauungsplan in dritter Ebene zulässige Höhe um 40cm überschritten (ca. 16,7 %). Die laut Bebauungsplan zulässige Gesamthöhe von 5,4m wird dabei nicht erreicht, an höchster Stelle weisen die projektierten Stützmauern eine Gesamthöhe von lediglich 4,3m auf, sodass nur etwa 80 % der zulässigen Gesamthöhe ausgeschöpft werden.

Zudem haben wir im bisherigen Verfahren bereits dafür plädiert, dass bei der Beurteilung der Geringfügigkeit der Abweichung auch ins Kalkül gezogen werden muss, dass die Abweichung im Rahmen unseres Projekts dem Raumordnungsziel des Umweltschutzes (§ 2 Abs. 1 Z 1 Oö ROG) und der gesetzlichen Anforderung an Behauungspläne, eine ökologische Bauweise zu ermöglichen (§ 31 Abs. 2 zweiter Satz Oö ROG), Rechnung trägt.‘

Ausgehend von der oben angeführten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kann der belangten Behörde nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, wenn sie eine Abweichung von den Bestimmungen des Bebauungsplanes durch eine wesentlich andere Anordnung der Stützmauern und eine Überschreitung der

zulässigen Höhe einzelner Stützmauern bzw. Teile davon nicht als geringfügige Abweichung qualifiziert hat. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass auch der im Bebauungsplan geforderte Versatzabstand der einzelnen Stützmauern von 1,00 m durch das Ineinanderfließen der Stützmauern zum größten Teil nicht gegeben ist.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes scheidet es aus, dass auf wirtschaftliche Belange bei der Beurteilung, ob eine Ausnahme zu gewähren ist, Bedacht genommen wird, weil § 36 Oö. BauO 1994 restriktiv zu interpretieren ist und das Gesetz darauf nicht abstellt (vgl. VwGH 2.8.2016, Ro 2014/05/0035). Auch auf Belange des Umweltschutzes und einer ökologischen Bauweise stellt § 36 Oö. BauO 1994 nicht ab, weshalb diese Gesichtspunkte – anders als die Bf vermeinen und dies umfangreich begründen – ebenfalls nicht berücksichtigt werden können.

Die weiteren Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 Oö. BauO 1994, dass die Abweichung öffentlichen Interessen und den Planungszielen der Gemeinde nicht widersprechen und Interessen Dritter nicht verletzen darf, sind bloß kumulative Voraussetzungen und ändern nichts daran, dass die Abweichung jedenfalls bloß geringfügig sein darf (vgl. VwGH 10.10.2006, 2005/05/0021). Auf das ausführliche Vorbringen der Bf dazu war daher mangels Vorliegens einer geringfügigen Abweichung nicht mehr einzugehen.

Die Untersagung des Bauvorhabens erfolgte daher zu Recht.“

Die belangte Behörde ist beim Abbruchauftrag daher zutreffend davon ausgegangen, dass eine nachträgliche Konsentierung nicht in Frage kommt. Insbesondere kann auf Grund der obigen Ausführungen auch die Ausnahmebestimmung des § 36 Abs. 1 Oö. BauO 1994 nicht angewendet werden, sodass ein alternativer Auftrag im Sinne des § 49 Abs. 1 Oö. BauO 1994 ausscheidet (vgl. VwGH 2.8.2016, Ro 2014/05/0035 mHa VwGH 3.5.1983, 82/05/0181, 0182, zur vergleichbaren Rechtslage nach § 61 Abs. 1 der Oberösterreichischen Bauordnung LGBl. Nr. 35/1976).

2. Zur Trennbarkeit der baulichen Anlage wird Folgendes angeführt:

Bei einem einheitlichen Bauwerk ist grundsätzlich der gesamte Bau Gegenstand eines baupolizeilichen Auftrags. Ein Abbruchauftrag darf sich nur dann auf Teile eines Bauvorhabens beziehen, wenn die konsenswidrigen oder konsenslosen Teile eines Bauvorhabens von diesem trennbar sind. Die Trennbarkeit richtet sich dabei - abgesehen von einer allfälligen rechtlichen Untrennbarkeit - nach der technischen Durchführbarkeit des auf den konsenslos errichteten Bauteil beschränkten Beseitigungsauftrages (vgl. VwGH 29.4.2015, 2013/05/0025)

Im beschwerdegegenständlichen Fall wurde im südwestlichen Teil der Liegenschaft in einem Abstand von ca. 1,20 m zur Parzelle x2 eine Mauerschlichtung mit einer Höhe von 1,40 m zur Ausführung gebracht. An der nordwestseitigen Grundstücksecke weist die Mauer eine Höhe von 1,5 m auf. Dazwischen gelangt die Mauer zu einer maximalen Höhe von 2,70 m. Aufgrund der Schlichtung der Mauer mit Stahlbetonbahnschwellen ist von einer technischen Trennbarkeit auszugehen. Dieser unterste Bereich der gesamten Länge der Stützmauerkonstruktion ist daher von der sich oberhalb befindlichen Stützkonstruktion trennbar. Da entsprechend den Regelungen des hier maßgeblichen Bebauungsplans eine Stützmauer bis zu einer Höhe von 1,5 m in diesem Bereich zulässig ist und dieser Teil trennbar vom übrigen konsenslosen Teil der Stützmauerkonstruktion ist, kann dieser unterste Bereich der Stützmauerkonstruktion bis zu einer Höhe von 1,5 m nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts nicht vom Beseitigungsauftrag erfasst sein. Alles darüber Befindliche widerspricht jedoch dem Bebauungsplan und ist zu beseitigen.

3. Nach Einsicht in den Verordnungsakt sind beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich keine Bedenken gegen die gegenständliche Änderung des Bebauungsplanes entstanden:

Die demonstrative Aufzählung der Regelungsinhalte eines Bebauungsplanes in § 32 Abs. 2 Oö. ROG 1994 ermöglicht dem Verordnungsgeber, Regelungen über Stützmauern in einem Bebauungsplan zu treffen. Eine gesetzliche Verpflichtung im Hinblick auf eine verbindliche Ermöglichung einer ökologischen Bauweise ist raumordnungsrechtlich nicht normiert. Es liegt daher beim Verordnungsgeber, welche Regelungen er in einem Bebauungsplan normieren möchte. Von dieser Kompetenz hat der Verordnungsgeber im konkreten Fall Gebrauch gemacht. Darüber hinaus liegt nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts für die gegenständliche Bebauungsplanänderung auch eine ausreichende Grundlagenforschung vor und sind auch die im Zuge des Verfahrens vorgebrachten Einwendungen vom Verordnungsgeber entsprechend behandelt worden. Eine ausreichende Interessenabwägung liegt daher ebenfalls vor.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich sieht sich daher nicht veranlasst, einen Antrag beim Verfassungsgerichtshof auf Prüfung der Gesetzmäßigkeit des besagten Bebauungsplanes zu stellen.

Es ist 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 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: §§ 36 und 49 Oö. BauO 1994 sowie die Regelungen im maßgeblichen Bebauungsplan) 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

Mag. Manzenreiter