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

Geschäftszeichen:
LVwG-151486/11/RK/FE/JW

Datum:
Linz, 13. Dezember 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Kapsammer über die Beschwerde der P, L, vertreten durch RA E K, L, gegen den Bescheid des Stadtsenates der Landeshauptstadt Linz vom 28.12.2017, GZ: 0063730/2017 MDion RM, betreffend einen baupolizeilichen Auftrag

zu Recht:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben und der angefochtene Bescheid ersatzlos behoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

Nach Inkenntnissetzung der Baubehörde durch die Eigentümerin des östlich gelegenen Grundstückes Nr. x, KG x W, wurde von der erstinstanzlichen Behörde am 19.6.2017 ein Ortsaugenschein durchgeführt und dabei festgestellt, dass an der Ostseite und an der Südseite des Grundstückes Nr. x ein Maschendrahtzaun mit der Höhe von ca. 2,50 m errichtet worden wäre.

Sodann wurde mit Schreiben vom 10.7.2017 die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) von der beabsichtigten Erlassung eines baupolizeilichen Auftrages in Kenntnis gesetzt und hat diese mit Schriftsatz vom 13.9.2017 (nunmehr anwaltlich vertreten) eine Stellungnahme abgegeben und dort unter unter „2." vorgebracht, dass für den Verwendungszweck der gegenständlichen Anlage, nämlich jener des Schutzes des dort befindlichen Gemüses und der Obstbäume vor Wild, insbesondere vor Rehen, ein derartiger Zaun in Hanglage, welcher reh- und hasendicht sei, notwendig wäre. Auf Grund der Hanglage sei jedenfalls differenziert vorzugehen gewesen und somit zur Abhaltung von Verbiss - und Wildschäden ein solcher Zaun in 2,50 m Höhe notwendig (Stellungnahme Punkt 3.). Weitere Beeinträchtigungen der Nachbarn seien nicht gegeben, wie in Stellungnahmepunkt 4. geäußert wurde.

Sodann wurde der forsttechnische Amtssachverständige, Ing. R H, mit der sinngemäßen Fragestellung beschäftigt, „ob der gegenständliche Zweck des Schutzes vor Wildverbiss einen Zaun in Höhe von 2,50 m erfordere".
Dieser führte zusammengefasst aus, dass im gegenständlichen Falle ein 2 m hoher Maschendrahtzaun zum Schutz von Gemüse und Obstbäumen vor Rehwild bereits ausreichend wäre und ein solcher von 2,50 m Höhe nur in Gebieten mit Rotwildbeständen erforderlich wäre.

Mit Bescheid vom 9.10.2017 erteilte die erstinstanzliche Behörde der Bf als Eigentümerin des im Spruch näher beschriebenen Maschendrahtzaunes den auf § 49 Abs. 6 Oö. Bauordnung (Oö. BauO) gestützten Auftrag, die Höhe des Zaunes auf die zulässige Höhe von 2 m über dem Erdboden, und zwar, über dem jeweils höher gelegenen natürlichen Gelände, zu reduzieren.
Als Erfüllungsfrist wurden acht Wochen ab Rechtskraft des Bescheides festgesetzt.
In der Begründung wurde ganz wesentlich auf die Stellungnahme des Amtssachverständigen, Ing. R H, vom 5.10.2017, zur Begründung der Entscheidung verwiesen.

Mit Eingabe vom 31.10.2017 wurde dagegen Berufung erhoben und dort die ersatzlose Behebung des angefochtenen Bescheides mit der wesentlichen Begründung verlangt, dass die Errichtung des gegenständlichen Zaunes in der

Höhe von 2,50 m weder anzeige- noch genehmigungspflichtig, noch § 49 Abs. 2 Oö. Bautechnikgesetz (Oö. BauTG) widersprechend, wäre.
Es wäre nämlich ein 2,50 m hoher reh- und hasendichter Zaun effektiv erforderlich, zumal Rehwild in der Lage wäre, eine Zaunhöhe von 2 m aus dem Stand zu überspringen und die Liegenschaft eine starke Böschungslage aufweise.
Zusammenfassend wurde (neben Vorbringen verfahrenstechnischer Natur) ausgeführt, dass der Zaun weder der Oö. Bauordnung, noch dem Oö. Bautechnikgesetz widerspreche, weil im Gegenteil ein 2,50 m hoher Zaun die einzige Möglichkeit darstellen würde, um Schäden durch Rehwild hintanzuhalten. Somit wäre unter Berücksichtigung des Verwendungszweckes die Höhe des Zaunes von 2,50 m, wie ausgeführt, auch zulässig.

Mit Berufungsbescheid des Stadtsenates der Landeshauptstadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) vom 28.12.2017 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen und nach überblicksweiser Darstellung der einschlägigen Rechtslage in den Erwägungsgründen ausgeführt, dass § 49 Abs. 6 Oö. BauO zur Anwendung gelange, wenn eine weder bewilligungs- noch anzeigepflichtige bauliche Anlage bauordnungs- oder raumordnungswidrig ausgeführt würde.
Es liege gemäß der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (27.6.2017, Ra 2016/05/0118) jedenfalls eine Einfriedung auf Grund deren grundsätzlichen Eignung, die Liegenschaft nach außen abzuschließen, vor.
Auch der Zweck des Schutzes des gegenständlichen Grundstückes vor Eindringen von Wild sei im Zusammenhang evident für das Vorliegen einer Einfriedung ausschlaggebend.
Die unzweifelhafte Vorschrift des § 49 Abs. 2 Oö. BauTG limitiere die Höhe von Einfriedungen mit 2 m und erlaube als Ausnahme zu dieser Regel eine größere Höhe, wenn der Verwendungszweck dies erfordere; eine Ausnahmebestimmung, die jedoch gemäß Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes (26.9.2017, Ra 2016/05/0110, mwN) restriktiv zu interpretieren sei.
Der unzweifelhaften Aussage eines beigezogenen Sachverständigen für Forstschäden, wonach die Verwendung eines 2,50 m hohen Wildschutzzaunes nach dessen Ansicht nur in Gebieten mit Rotwildbeständen zweckmäßig wäre, sei die Berufungswerberin mit ihrem rein verfahrenstechnischen Argument des nicht rechtzeitigen Zurkenntnisbringens dieser Ausführungen aber insoferne nicht erfolgbringend entgegengetreten, als dass die Bf die Möglichkeit zur Bekämpfung dieses Ergebnisses sodann in der Berufung hatte und sie dazu auch Stellung nehmen konnte (unter Nennung des Judikates des Verwaltungsgerichtshofes vom 6.11.2003, 2000/07/0234, mwN).
Gemäß weiters genannter Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (25.1.2000, 96/05/0019) sei daher der Berufungswerberin die Herstellung des rechtmäßigen Zustandes nicht rechtsirrig aufgetragen worden. Auch sei die festzusetzende Erfüllungsfrist von acht Wochen für die Kürzung des Maschendrahtzaunes angemessen.

In der dagegen fristgerecht erhobenen Beschwerde vom 30.1.2018 wurde wiederum ausgeführt, dass die gegenständliche Zaunhöhe von 2,50 m nicht gegen die Bauordnung verstoße und die Einschränkung im Oö. Bautechnikgesetz auf eine Höhe von 2 m und darüber hinaus - bei Zweckmäßigkeit - eine unzulässige Einschränkung eines Gesetzes durch eine Verordnung darstelle.
Diesbezüglich würde eine verfassungsgerichtliche Überprüfung in Form eines Normprüfungsverfahrens ausdrücklich angeregt.
Die von der Berufungsbehörde vertretene Ansicht, Ausnahmen zu dieser *Höhenregel von 2 m* wären restriktiv zu interpretieren, würde für die Oö. Bauordnung vor der letzten Novelle zutreffen. Nunmehr würde der Gesetzgeber aber Zäune sogar bis zu 2,50 m Höhe ohne Bewilligungs- oder Anzeigepflicht zulassen.
Auch wurde wiederum gerügt, dass die Bf erstmals mit der Berufungsentscheidung von der Stellungnahme des Sachverständigen erfahren habe und hätte sie im alternativen Falle beim Ortsaugenschein teilgenommen und wäre dort mit einem Sachverständigen erschienen.
Mängel in der Beurteilung wären auch deswegen gegeben, weil ein Reh aus dem Stand auch über 2 m hoch springen könne, dies umso mehr, wenn ein Reh bergab über einen Zaun springe und könne der einschreitende Anwalt, welcher seit Jahren die Jagd ausübe, auf Grund eigener Beobachtungen diesen Umstand jedenfalls klar angeben.
Auch hätte Herr Mag. C B, Geschäftsführer des Landesjagdverbandes Oberösterreich, dem Vertreter der Bf gegenüber telefonisch erklärt, dass dieser einen Zaun von mindestens 2,50 m befürworte, soferne man nachhaltig Rehwild vom Überspringen des Zaunes zum Zwecke der Nahrungsaufnahme innerhalb des eingezäunten Gebietes abhalten wolle.
Es sei das herangezogene Amtssachverständigengutachten somit nicht nachvollziehbar und diesbezüglich mangelhaft geblieben. Auch hätte der Amtssachverständige hinsichtlich der biologischen Fähigkeiten von Wild im Hinblick auf dessen Möglichkeiten, Wildhindernisse zu überwinden, „*keinerlei Erkenntnis“,* weshalb in der Nichtbeiziehung eines Sachverständigen aus dem Bereich Wildökologie und Wildbiologie ein wesentlicher Verfahrensmangel gesehen werde.

Mit Schreiben vom 2.2.2018 erfolgte die Vorlage des Aktes samt Beschwerde durch die belangte Behörde und hielt die belangte Behörde zum Beschwerdevorbringen überblicksweise fest, dass das Argument der unzulässigen Einschränkung eines Gesetzes durch eine Verordnung, nämlich der Oö. Bauordnung durch das Oö. Bautechnikgesetz, für die belangte Behörde unverständlich sei, da das Oö. Bautechnikgesetz 2013 selbst im Gesetzesrang stehe und das Unterliegen auch bewilligungs- und anzeigefreier baulicher Anlagen unter § 49 Abs. 6 Oö. BauO keiner näheren Erörterung bedürfe.
Auch stünde es, sofern die Bf die von den Verwaltungsbehörden getroffenen Sachverhaltsfeststellungen inhaltlich anzweifeln würden, dieser frei, diesem Gutachten auf gleicher fachlicher Ebene entgegenzutreten.

Auch könnte den Zweifeln an der fachlichen Kompetenz des beigezogenen Amtssachverständigen nur mit dem Bemerken begegnet werden, dass ein forsttechnischer Sachverständiger sehr wohl in der Lage wäre, die notwendige Höhe von Zäunen, die der Hintanhaltung von Forstschäden durch Wildverbiss dienen sollen, zu beurteilen.

Mit anschließendem Schreiben des Landesverwaltungsgerichtes vom 17.5.2018 wurde der Amtssachverständige des Landes Oberösterreich, DI G D, beauftragt, fachliche Ausführungen in der gegenständlichen Angelegenheit zu übermitteln, dies wegen des Umstandes, dass eine Aussage eines Sachverständigen bezüglich einer notwendigen Zaunhöhe von 2 m existiere, sowohl im Berufungsvorbringen als auch weiters in der Beschwerde zusammenfassend aber weiterhin eine Notwendigkeit des Zaunes von 2,50 m Höhe argumentiert würde.

Mit anschließendem Schreiben vom 4.10.2018 erstattete der Amtssachverständige sodann eine umfangreiche Stellungnahme zum Betreff, in welcher dieser als wesentliches überblicksweises Ergebnis festhielt, dass angesichts (dort näher ausgeführter) Kriterien, welche eine Zaunhöhe von mindestens 2,25 m im geneigten Gelände vorsehen würde, die im gegebenen Fall (angesichts einer Höhe von 2,50 m) sich ergebende Überdimensionierung „aus *jagdfachlicher Sicht* (im Sinne eines ‚*Sicherheitsaufschlags‘) vertretbar“* wäre.

Im Wege des der Bf gewährten Parteiengehörs führte die Bf mit Stellungnahme vom 23.10.2018 aus, dass das gegenständliche Grundstück seinerzeit zur Gänze umzäunt gewesen wäre und künftig wieder ein Zaun aufgestellt werden würde, da insbesondere in der Notzeit wiederum mit Wildschäden zu rechnen sei und somit eine erneute Einzäunung notwendig sei.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht vom 25.10.2018 wurde von der belangten Behörde weiterhin die Meinung vertreten, eine Zaunhöhe von 2,50 m wäre auch angesichts der inzwischen angestellten Ermittlungen zu hoch, während die Bf dem Amtssachverständigen beipflichtete, dass eine differenzierte Betrachtung zwischen Autobahnen und Obstgärten, aufgrund einer wesentlich höheren Motivation für ein Wildtier, Nahrung zu finden, als eine solche, zu wechseln, anzustellen wäre.
Der Amtssachverständige hielt in seiner ersten Stellungnahme fest, dass im Ergebnis unter Anlegen einer Überbemessung – *„Sicherheitsaufschlag“* - von 0,25 m - jagdfachlich auch eine Höhe von 2,50 m vertretbar wäre.
Hinsichtlich einer von der Bf vorgelegten wildökologischen Stellungnahme des Herrn Mag. C B, allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Wildbiologie, Wildökologie, Jagd- sowie Naturschutz, vom 20.7.2018, welche zur exakten gegenständlichen Örtlichkeit erfolgt ist und eine Zaunhöhe von 2,50 m als durchaus im Bereich des Notwendigen für das hier zu erwartende Rehwild erachtet, führte der vom Landesverwaltungsgericht beigezogene

Amtssachverständige überblicksweise aus, dass sich aus dieser in der Verhandlung soeben vorgelegten Stellungnahme im Ergebnis eine Bestätigung der vom Amtssachverständigen selbst geäußerten Fachmeinungen ergeben würde. Auch hielt der Amtssachverständige auf Befragen der Bf abschließend fest, „*dass die vom Sachverständigen Mag. B für die Höhe des Zaunes geforderten 2,50 m aus seiner Sicht durchaus nachempfunden werden könnten“.*

II. Festgestellter Sachverhalt:

Die Bf, P, x, L, ist Alleineigentümerin des gegenständlichen Grundstückes Nr. x1, Benutzungsart Garten, im Grenzkataster eingetragen, mit einer Fläche von 1.039 m².
Das Grundstück ist als Grünland-Grünfläche (konkret Grünzug mit besonderer Widmung, konkret Grünfläche als Gliederungselement der Stadtlandschaft) gewidmet und als Garten genutzt.
An der Ost- und Südseite dieses Grundstückes, somit hinsichtlich dessen Ostseite an die Westgrenze des östlich benachbarten Grundstückes Nr. x angrenzend, befand sich der errichtete 2,50 m hohe Maschendrahtzaun, welcher in grüner Farbe ausgebildet ist und auch ein Türelement aus Eisen, ebenfalls in grüner Farbe, aufwies.
Das gegenständliche Gelände auf Grundstück Nr. x ist vor allem im Bereich des Zaunes mäßig geneigt mit einem Gefälle von maximal 40 Grad oder 85 %.
Die zu schützende Fläche, Grundstück Nr. x, war zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Bescheides zur Gänze umzäunt.
Beabsichtigt ist die Wiederaufstellung in diesem Winter.
Die Situierung des Zaunes ist teilweise sehr nahe an der höchsten Böschungsneigung, welche hier vorgefunden wird und ist in dunkelgrünem Maschendrahtzaun, bewehrt mit gängigen dunkelgrünen vertikalen Zaunstreben, im Boden verankert.
Der gegenständliche Zaun dient dem Schutz von Gemüse- und Obstkulturen vor eindringendem Schalenwild, insbesondere Rehwild.
Rehwild kann bei der gegebenen Hangneigung in Extremsituationen (wie beispielsweise auf der Flucht), eine Zaunhöhe von 2,25 m überspringen.
Bei Nichtvorliegen derartiger Extremsituationen genügt bei normalen Verhältnissen eine Zaunhöhe von 2,25 m zum Abhalten von Rehwild.
Für die gegenständliche Situation eines teilweise kupierten Geländes mit daraus resultierendem - nicht unwesentlichem - Höhenunterschied zwischen Luv- und Leeseite in Bezug auf einen errichteten Zaun wird sowohl in jagdfachlicher Hinsicht als auch in wildökologischer Hinsicht auf einen Zaun von 2,50 m Höhe Bezug genommen.
Eine Höhe von 2,50 m ist am fraglichen Ort aus jagdfachlicher Sicht fachlich vertretbar und diese größere Zaunhöhe als 2,25 m, wie aus wildbiologischer Sicht dargetan, durchaus nachempfindbar.

Aus wildökologischer Sicht stellt sich eine Zaunhöhe von 2,50 m als durchaus im Bereich des Notwendigen dar, um allenfalls Rehwild von Verbiss von Gemüsekulturen bzw. Obstbäumen bzw. sonstigen Blumen abzuhalten.

III. Beweiswürdigung:

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis aufgenommen durch Einsichtnahme in den Behördenakt, Beibringung ergänzender Stellungnahmen, welche ins Parteiengehör gegeben wurde, Auszüge aus dem Grundbuch sowie aus dem Digitalen Raumordnungssystem des Landes Oberösterreich sowie die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 25.10.2018 samt Verwertung einer dort von der Bf beigebrachten wildökologischen Stellungnahme.

Im Verfahren erwies sich als wesentlich, weil für die gegenständliche Entscheidung letztendlich relevant, ob das Ermittlungsverfahren ein solches Ergebnis gebracht hat, nach welchem ein Maschendrahtzaun zur Abhaltung von Rehwild in der Höhe von 2,50 m, wie eben erwähnt, tatsächlich im Sinne des § 49 Abs. 2 Oö. BauTG 2013 erforderlich war, mit anderen Worten, ob der Verwendungszweck dieses Zaunes eine größere Höhe tatsächlich erfordert hat.
Nun ist der Verwendungszweck des gegenständlichen Zaunes zweifellos jener der Abhaltung von Schalenwild davon, auf das gegenständliche Grundstück Nr. x, KG x W, Garten, mit dortigen Gemüse- und Obstbaumkulturen, zu gelangen.
Hierzu liegt dem Landesverwaltungsgericht wie auch der belangten Behörde eine fachliche Stellungnahme des Herrn Ing. R H von der Bezirksforstinspektion Linz vom 5.10.2017 vor, in welcher dieser (lediglich-) ausführte, dass der an der Ost- und Südseite des Grundstückes Nr. x, KG W, errichtete 2,50 m hohe Maschendrahtzaun in einer Höhe von 2,00 m ausreichend wäre und ein 2,50 m hoher Maschendrahtzaun nur in Gebieten mit Rotwildbeständen zweckmäßig wäre.
Die kurze und bündige Aussage des Amtssachverständigen kann somit dahingehend verdichtet werden, dass auch bei der gegebenen Hanglage ein Zaun höher als 2 m nicht erforderlich wäre.
Dies wäre gegenständlich eben nur dann erforderlich, wenn es sich um ein Gebiet mit Rotwildbeständen handeln würde.

In weiterer Folge (wozu auf den Verfahrenshergang näher eingegangen werden kann) ist zu diesen Ausführungen jedoch in sachverständiger Hinsicht letztlich teilweise Entgegenstehendes (zum Teil nur in Teilbereichen) vorgebracht worden und stellt sich dies für das Landesverwaltungsgericht nun wie folgt dar:

Der Amtssachverständige, DI G D, führte in seiner Stellungnahme vom 4.10.2018 auf ausdrückliches Befragen aus, dass er nähere Unterlagen für die Beurteilung des gegenständlichen Falles verwendet hätte, nämlich (neben den Akten laut Aktenverzeichnis) die Verordnung der Oö. Landesregierung über den

Abschlussplan und die Abschlussliste, LGBl. Nr. 74/2004, sowie das Planungshandbuch Straße, Dokument-Nr. 800.100.1600, der A Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft.

Bezugnehmend auf § 4 Abs. 2 dieser Verordnung der Landesregierung betreffend Abschlussplan und Abschlussliste, Fassung vom 28.9.2018, führte dieser nachvollziehbar aus, dass die erforderliche Zaunhöhe für Rehwild, wie dort festgehalten, von 1,5 m Höhe, als Untergrenze angesehen werden könne, hielt jedoch dazu im Vorfeld bereits fest, dass die Praxis gezeigt habe, dass zwar selten, aber vor allem im geneigten Gelände, Rehwild oder auch Rotwild den Zaun überspringen könne (vorweg stellte der Amtssachverständige Gefälleneigungen im gegenständlichen Gelände von maximal 40 Grad oder 85 % fest).

Unter weiterer Berücksichtigung einer schematischen Darstellung und Heranziehung des oben schon genannten Planungshandbuchs Straße der A Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft stellte dieser sodann einen fachlichen Bezug zur dort angegebenen wirksamen Zaunhöhe für Rehwild im Mindestmaß von 160 cm und für Rotwild von 200 cm her und beschäftigte sich sodann mit der gegebenen Geländeneigung von bis zu 85 %, aufgrund welcher sich ein Zuschlag für Rehwild um 0,65 m, somit 2,25 m Zaunhöhe (in 75 cm Entfernung des Zaunes - als bei Hangneigungen zu berücksichtigendem Sicherheitszuschlag) ergeben würde.
Wichtig erscheint im Zusammenhang für das Landesverwaltungsgericht für Aspekte der Beweiswürdigung, dass der Amtssachverständige auf Seite 2 seiner Stellungnahme zu dieser Festlegung im Planungshandbuch der A die sich so ergebende Höhe von 2,25 m für den gegenständlichen Zaun als Mindesthöhe, wie dort ausgeführt, gesehen hat und sich sodann mit diesem Umstand näher auseinandergesetzt hat und dazu feststellte, dass der gegenständliche Zaun mit einer Höhe von 2,5 m somit um 0,25 m überdimensioniert wäre, *„was jedoch aus jagdfachlicher Sicht im Sinne eines Sicherheitsaufschlages von 0,25 m fachlich vertretbar wäre“.*
Aus diesen Ausführungen schließt das Landesverwaltungsgericht, dass der Amtssachverständige, DI D, hier wesentlich detaillierter, als in jenen Ausführungen des von der Erstbehörde beigezogenen Amtssachverständigen enthalten, vorgegangen ist, da die Ausführungen DI D unter vorheriger Darlegung von verwendeten Unterlagen und Differenzierungen mitsamt Sicherheitsaufschlägen sehr plausibel erscheinen.
Für das Landesverwaltungsgericht ergibt sich eine diesbezüglich hohe Glaubwürdigkeit auch aufgrund dessen Aussage, dass es eine fachlich vertretbare Art und Weise darstelle, für den gegenständlichen Verwendungszweck des Abhaltens von Wild zum Eindringen auf das gegenständliche Grundstück eine „*sicherheitsweise*“ Überbemessung um 0,25 m (was eine Überbemessung um ca. 11 % bedeutet) vorzunehmen.

Sodann bringen die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 25.10.2018 ein neuerliches Eingehen auf diesen fachlich relevanten Umstand der Erforderlichkeit eines Wildzaunes in welcher konkreten Höhe und führte der Amtssachverständige auf Befragen hiezu aus, dass unter normalen Verhältnissen eine Zaunhöhe von lediglich 2,25 m das Eindringen von Rehwild hier abhalten könne.

Jedoch könne in Extremsituationen (z.B. auf der Flucht) selbst die Zaunhöhe von 2,25 m übersprungen werden, weshalb die gewählte Überbemessung im Sinne eines Sicherheitsaufschlages eben jagdfachlich wegen dieser Fluchtphänomene, wie dies auch schon in der Stellungnahme vom 4.10.2018 vom Sachverständigen so festgestellt worden wäre, vertretbar sei.
Damit ist aber letztlich jene betragsmäßige Höhe des Wildzaunes Gegenstand der weiteren Betrachtung, welche zwischen 2,25 m und 2,50 m Höhe zu liegen kommt.

Beweiswürdigend war vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hiezu auch die von der Bf anlässlich der mündlichen Verhandlung beigebrachte wildökologische Stellungnahme des allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für Wildbiologie, Wildökologie, Jagd sowie Naturschutz, Mag. C B, vom 20.7.2018 heranzuziehen, in welcher dieser ebenfalls, und zwar, mit dem Amtssachverständigen DI D übereinstimmend, vorerst ausführte, dass in prinzipieller Hinsicht eine Zaunhöhe von 150 cm im Wald ausreichend wäre, um Rehe vor einer nicht zu großen Fläche abzuhalten (System der „Vergleichsflächen“).
Auch hielt dieser (und zwar, nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes letztlich übereinstimmend mit den beiden übrigen Sachverständigen) fest, dass bei Vorliegen von kupiertem Gelände es zum Einspringen von Wild in diese Vergleichsflächen im Wald kommen kann, was für das Landesverwaltungsgericht keinen anderen Schluss zulässt, als dass eben eine differenzierte Betrachtung hinsichtlich der auch gegenständlich vorliegenden Hangneigungsverhältnisse und das Nichtvorhandensein von Wald in Bezug auf die gewählte Zaunhöhe vorzunehmen ist.
Sodann stellte der genannte Sachverständige einen Bezug zur Situation bei Autobahnen her, wo neuere Zäune bereits eine Höhe von 200 cm aufwiesen, und, wie er wortwörtlich ausführte: *„letzteres aus gutem Grund, denn wo die Zäune niedriger sind, kann Wild, das beispielsweise von Hunden gehetzt wird oder auch durch innerartliche Verfolgung (Brunft), die geringere Höhe relativ leicht überwinden“*.
Sodann stellte dieser Amtssachverständige wiederum einen Bezug zu seinem Wissensstand betreffend Vorfälle auf der A 7 - Mühlkreisautobahn - her, wo zwischen A und M immer wieder Rehe in den eingezäunten Autobahnbereich trotz 2 m hohem Zaun kämen.
Die A wäre dem Phänomen des leichteren Überwindens von Zäunen bei Hanglagen durch Wild dadurch begegnet, dass sie den Zaun weiter nach unten stellte, um die Sträucher, die sich in der Folge außerhalb des Zaunes (aus Sicht der Autobahn),

also innerhalb des eingezäunten Bereiches aus Sicht der Rehe befänden, für das Wild nutzbar zu machen.

Dadurch wäre ein Überspringen des Zaunes weitgehend ausgeschlossen worden. Damit ist aber nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes wiederum ein relativ klarer - und auch den logischen Denkgesetzen folgender - Schluss gezogen worden, dass eben - in Bezug auf eine gewählte Zaunhöhe - geneigtes Gelände (bei entsprechender Zaunsituierung, wie vorliegend) in Richtung eines höheren Zaunes zu berücksichtigen wäre.
Der Amtssachverständige Mag. B führte (in Bezug auf seine Ausführungen) sodann logisch-konsequent aus, dass im vorliegenden Fall auf dem gegenständlichen Grundstück mit dem zu sichernden *Areal „eine Zaunhöhe von 250 cm durchaus im Bereich des Notwendigen wäre, um Rehwild sicher von dieser Fläche fern zu halten."*

Somit war vom Landesverwaltungsgericht beweiswürdigend noch zu berücksichtigen, dass auf Befragen in der mündlichen Verhandlung der vom Gericht beauftragte Amtssachverständige, DI D, auf expliziten Vorhalt dieser schriftlichen Stellungnahme des gerichtlich beeideten Sachverständigen, DI B, ausführte, *„dass die Stellungnahme des Mag. B die von ihm geäußerte Fachmeinung durchaus bestätige".*
Insbesondere war beweiswürdigend zu berücksichtigen, dass zu diesen Ausführungen befragt, der Amtssachverständige damit endete, dass, wenn der Sachverständige Mag. B weiters schreibe, dass durchaus höhere Zäune erforderlich sein könnten, „die genannten 2,50 m als Empfehlung durchaus *nachempfunden werden könnten".*
Somit war vom Landesverwaltungsgericht auf den Umstand entsprechend Bedacht zu nehmen, dass die erste sachverständige Stellungnahme in der Angelegenheit vom 5.10.2017 zwar wortwörtlich auf eine Hanglage der zu schützenden Liegenschaft Bezug nimmt, aber keine Begründung dafür liefert, warum im gegenständlichen Fall dieser Umstand keine - bzw. allenfalls welche - konkrete Bedeutung entwickle, weil der dortige letzte Satz, dass eine Verwendung eines 2,50 m hohen Wildschutzzaunes nur in Gebieten mit Rotwildbeständen zweckmäßig wäre, eben nicht auf die hier zweifellos bestehende Hanglage detailliert Bezug nimmt.
Die fachtechnische Stellungnahme bleibt diesbezüglich nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes aufklärungsbedürftig.

Die in weiterer Folge erstatteten Ausführungen der nachfolgenden Sachverständigen haben sich aber explizit mit der gegebenen Hanglage, der Vorschriftenlage und mit den möglichen Fluchtphänomenen bei Rehwild beschäftigt und vorerst eine Mindestzaunhöhe von 2,25 m übereinstimmend ermittelt.

Sowohl die Ausführungen des Amtssachverständigen, DI D, als auch jene von Mag. B haben sodann übereinstimmend die gewählte Zaunhöhe von 2,50 m zum einen als jagdfachlich vertretbaren Sicherheitsaufschlag, somit als jagdfachlich durchaus nachempfindbare Empfehlung dieser Zaunhöhe und zum anderen (wildökologisch) als im Bereich des Notwendigen bezeichnet, wozu in beiden Fällen eine Art *„Sicherheitsaufschlag“* mitargumentiert wurde.
Das Landesverwaltungsgericht würdigt dabei den fachlich mehrfach geäußerten Umstand, dass Rehwild bei Fluchtverhalten auch Zäune von 2,25 m Höhe überspringen kann.
Beide Sachverständige haben somit übereinstimmend festgestellt, dass im Fluchtfalle somit eine höhere Zaunhöhe als 2,25 m durchaus fachlich angebracht wäre.
Dies führt nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes aber zum naheliegenden Ergebnis, dass die Zaunhöhe von 2,50 m im vorliegenden Falle jene ist, die ein Überspringen mit der gebotenen Sicherheit hintanhält.
Dies deshalb, da im gesamten Verfahren nicht etwa aufgetaucht ist, dass derartige Fluchtphänomene im gegenständlichen räumlichen Bereich für Rehwild auszuschließen wären, was den Zusammenhang schon für sich evident macht.

Beweiswürdigend kommt das Landesverwaltungsgericht daher zum Ergebnis, dass die in der Folge hervorgekommenen Aussagen der Sachverständigen - nachfolgend jenen, die der erstinstanzlichen Behörde zur Verfügung gestanden sind, - ein differenziertes – und dem Erstgutachten auch teilweise widersprechendes - Bild hinsichtlich der zu wählenden Zaunhöhe wegen der differenziert zu betrachtenden Örtlichkeit (im Hinblick auf die gegebene Hanglage) gebracht haben, die zu dem Ergebnis führt, dass eine Zaunhöhe von 2,50 m im beschriebenen besonderen Fall tatsächlich fachlich notwendig ist, wie dies wortwörtlich ausgeführt wurde, was aber im gegebenen Zusammenhang nichts anderes bedeutet, als dass eine derartige Zaunhöhe zur jederzeitigen und verlässlichen Erreichung des Zweckes der sicheren Abhaltung von Rehwild vom gegenständlichen Grundstück dem Verwendungszweck des Weidezaunes gerecht wird.
Ein gegenteiliger Schluss des Landesverwaltungsgerichtes im Rahmen dieses Beweisverfahrens würde nämlich dazu führen, dass eine Zaunhöhe (mit hier unzweifelhaft mindestens 2,25 m) vorgeschrieben würde, welche in bestimmten Fällen den angestrebten Zweck eben gar nicht erreicht, weshalb beide diesbezüglich übereinstimmende Aussagen von Sachverständigen auch nicht etwa anders gedeutet werden können, denn als Bestätigung der Erforderlichkeit einer Zaunhöhe von 2,50 m im Falle, um dem angestrebten Verwendungszweck gerecht zu werden.

IV. Rechtliche Beurteilung:

Die Bf vermag mit ihrer Beschwerde nach Durchführung eines ergänzenden Ermittlungsverfahrens des Landesverwaltungsgerichtes aufgrund folgender Erwägungen im Ergebnis durchzudringen:

Gemäß den Materialien zur Bestimmung des § 29 Abs. 2 Oö. BauTG (Ausschussbericht zu § 29 Oö. BauTG in der unverändert gebliebenen Fassung des Oö. Bautechnikgesetzes LGBl. Nr. 67 aus 1994 in der Fassung LGBl Nr. 5 aus 1995, war mit dem in Abs. 2 normierten Vorbehalt *„anders lautender Bestimmungen im Bebauungsplan oder in anderen Rechtsvorschriften“* der Schutz des Orts- und Landschaftsbildes sowie von Nachbar- und Verkehrssicherheitsinteressen im Zusammenhang mit der Errichtung von Einfriedungen beabsichtigt.
Es ist rechtlich davon auszugehen, dass ein Bebauungsplan für das vorliegende Gebiet nicht existent ist, weshalb unter Bezugnahme auf § 29 Abs. 2 an „andere Rechtsvorschriften“ zu denken wäre, und zwar, in Bezug auf allfällige weitere Festlegungen für Einfriedungen.
Damit ist die subsidiäre Geltung der Bestimmungen des Abs. 2 bei Nichtvorhandensein anderer Rechtsvorschriften ausgesprochen und dazu auszuführen, dass nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes derartige andere Rechtsvorschriften nach Sinn und Zweck der Vorschrift sowohl eine höhere, als auch eine niedrigere Ausführung einer derartigen Einfriedung festlegen könnten. Dies unabhängig von der gemäß § 29 Abs. 1 normierten Geltung des § 3 BauTG, welcher für Bauwerke (und um ein solches handelt es sich hier zweifellos, da die Anlage unzweifelhaft mit dem Boden in Verbindung steht und bautechnische Kenntnisse erfordert, um fachgerecht im Boden verankert zu sein und ein Umstürzen hintanzuhalten) in § 3 Abs. 3 Z 3 eine Nichtstörung des Orts- und Landschaftsbildes verlangt (unter folglicher Nennung weiterer einschlägiger Kriterien) nennt.
Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes ist bei gegebener Rechtslage ein schädlicher Aspekt in Bezug auf eine allfällige Nichtvereinbarkeit der Anlage mit dem Orts- und Landschaftsbild bzw. Nachbarinteressen schon offenkundig auszuschließen, da selbst die allfällige betragsmäßige Zaunhöhenvergrößerung um 25 cm bzw. cirka 11 % eines Maschendrahtzaunes von der sachverständig ermittelten Mindestzaunhöhe von 2,25 m auf 2,50 m, welcher in dunkelgrüner Farbe im Grünland und transparent ausgeführt ist, derartige schädliche Aspekte offenkundig nicht aufzuweisen vermag und sind solche im Verfahren auch nicht aufgetaucht.
Wenn § 49 Abs. 2 Oö. BauTG nun baulich über zwei Meter hohe Einfriedungen dann zulässt, wenn der Verwendungszweck eine größere Höhe erfordert, so ist eben nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes im laufenden Verfahren in gewissem Sinne nach und nach hervorgekommen, dass die ursprünglich durchaus auf dem Boden der Ermittlungsergebnisse stehende Rechtsmeinung der belangten Behörde mit deren gewonnener Ansicht einer maximal zulässigen Zaunhöhe von 2 m eben durch die detaillierteren zusätzlichen Ermittlungsergebnisse in diesem Sinne als teilweise überholt gelten muss und ist eben nunmehr eine genügend

konkrete Begründung (zugunsten der Bf) hervorgekommen, von einer für den Verwendungszweck erforderlichen größeren Zaunhöhe von 2,50 m auszugehen und diese somit als sachgerecht zu betrachten.
Dabei vermag es auch keine entscheidende Rolle im gegenständlichen Falle zu spielen, wenn die belangte Behörde unter Nennung diesbezüglicher Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zutreffend ausführt, dass Ausnahmebestimmungen grundsätzlich restriktiv zu interpretieren wären (wie auf Seite 4 ihres Berufungsbescheides ausgeführt).
Ist doch im weiteren Verfahren eine größere Zaunhöhe als 2 m (nämlich in diesem Sinne *„jedenfalls 2,25 m“)* klar als zweckentsprechend hervorgekommen und durfte somit wegen des Zutreffens der Voraussetzungen zur Heranziehung des letzten Halbsatzes des § 49 Abs. 2 Oö. BauTG jedenfalls eine höhere Zaunhöhe als 2 m unter Abkehr von der prinzipiellen Regelung des Abs. 2 auch gewählt werden.
Wenn die gewählte konkrete Zaunhöhe von 2,50 m einmal als notwendig (Mag. B) und zum anderen Mal diese Notwendigkeit als durchaus nachempfindbar und auch fachlich vertretbar bezeichnet wird (DI D), so erscheint eben für das Landesverwaltungsgericht angesichts des Umstandes, dass hervorgekommen ist, dass Fluchtphänomene bei Rehwild auch gegenständlich nicht auszuschließen sind (was eine höhere Zaunhöhe als 2,25 m bedingt), zumindest bei nicht auszuschließendem Fluchtverhalten die gewählte Zaunhöhe von 2,50 m im Falle als für den angestrebten Verwendungszweck erforderlich.
Angesichts des Umstandes, dass diese Notwendigkeit auch vom Amtssachverständigen letztlich *„durchaus nachempfunden werden kann*“, sieht das Landesverwaltungsgerichts aber keinen anderen daraus zu ziehenden Schluss als jenen einer sachverständig hervorgekommenen Notwendigkeit dieser Zaunhöhe, womit aber gerade der Begriff der Erforderlichkeit für den angestrebten Verwendungszweck , welcher für die Heranziehung der Ausnahmebestimmung des § 43 Abs. 2 Oö. BauTG wesentlich ist, erfüllt ist.
Wie die Bf auch in der mündlichen Verhandlung somit nicht unschlüssig ausgeführt hat, ist aufgrund des teilweise gegebenen Gefälles von 40 Grad im fraglichen Bereich zustimmend davon auszugehen, dass die gewählte Zaunhöhe von 2,5 m letztlich in diesem Sinne notwendig ist.
Auf das weitere Vorbringen war sodann nicht mehr näher einzugehen und ist abschließend festzuhalten, dass der von der belangten Behörde ermittelte und auch die Grundlage ihrer getroffenen Entscheidung gebildet habende Sachverhalt im Laufe des weiteren Ermittlungsverfahren eine teilweise andere Richtung genommen hat.
Die teilweise neu hervorgekommene fachliche Entscheidungsgrundlage hat zur gebotenen Heranziehung von § 49 Abs. 2 Oö. BauTG letzter Halbsatz nunmehr geführt, weshalb die gewählte Zaunhöhe keinen Widerspruch zur Bestimmung des § 49 Abs. 2 bildet und somit spruchgemäß zu entscheiden war.

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. Die aufgeworfenen Rechtsfragen und das Vorbringen im Tatsachenbereich bzw. die Ermittlungsergebnisse stützen sich auf umfangreiche Ermittlungen bzw. auch Beweiswürdigungen und hat (rechtliche Beurteilung) keine solche Rechtsfragen aufgeworfen, welche etwa nicht auf klare gesetzliche Bestimmungen oder die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes stießen. Über den Einzelfall hinausgehende prinzipielle Rechtsfragen wurden nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes auch nicht aufgeworfen bzw. haben sich auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen ergeben.

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

Gegen diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Kapsammer