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-100142/2/DM**

Datum: **Linz, 14. Mai 2020**

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 des T A, G, K, vertreten durch A R T, H, L, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 9.3.2020, GZ: 0055859/2018, wegen Übertretung der Oö. Bauordnung 1994 (Oö. BauO 1994)

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 300 Euro zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung 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, Sachverhalt:

1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz (in der Folge: belangte Behörde) vom 9.3.2020, GZ: 0055859/2018, wurde dem Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) als Verantwortlichen der „H A G" (Bauführerin) zur Last gelegt, in der Zeit von 1.2.2018 bis 3.9.2018 von einem bewilligten Bauvorhaben (Aufstockung und Umbau des Gebäudes in L, H; Bescheid des Magistrats der Landeshauptstadt Linz vom 22.1.2018, GZ: BBV/N170101) ohne Baubewilligung der Baubehörde in bewilligungspflichtiger Weise abgewichen zu sein, da folgender Zubau errichtet worden sei:
„Auf dem begehbaren Flachdach des Gebäudes wurde im Anschluss an das Treppenhaus ein Zubau in Holzbauweise mit den Abmessungen von ca. 11,00 x 6,00 errichtet." Deshalb wurde über den Bf eine Geldstrafe in Höhe von 1.500 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 15 Stunden verhängt und ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 150 Euro vorgeschrieben.

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig erhobene Beschwerde, in der sich der Bf auf entschuldigenden sowie rechtfertigenden Notstand beruft. Bei dem Bauvorhaben sei die Errichtung der beschwerdegegenständlichen Räumlichkeiten außerhalb des Baubewilligungsbescheides nur so lange möglich gewesen, als der Kran konsensgemäß gestanden sei. Darüber hinaus sei es so gewesen, dass sämtliche baurechtliche Vorgaben, insbesondere die Einhaltung der 45-Grade-Linie, die bei Errichtung eines Dachaufbaues zulässig gewesen wäre, eingehalten worden sei, weshalb klar gewesen sei, dass hier zwar formell ein Verstoß gegen den ursprünglichen Baukonsens vorliege, aber in materiell rechtlicher Hinsicht die Genehmigung auf Basis der bautechnischen Vorschriften zu erteilen sein werde. Unmittelbar nach Abbau des Kranes sei dann auch die Baubehörde verständigt, das Bauvorhaben angezeigt und unmittelbar darauf auch sofort der Änderungsantrag gestellt worden, welcher dann auch bewilligt worden sei. Die Bauführung sei nur solange möglich gewesen, solange der Kran gestanden sei und für diesen auch eine Bewilligung vorhanden gewesen sei. Eine Bauführung im Nachhinein wäre mit derart hohen Kosten verbunden gewesen, dass diese in wirtschaftlicher Hinsicht nicht mehr finanzierbar und möglich gewesen sei. Diese wäre daher vollkommen unverhältnismäßig gewesen.

Zum rechtfertigenden Notstand wird ausgeführt, die diesbezügliche Bauführung sei auf Weisung und in Absprache des Erwerbers des vierten Obergeschoßes und des Dachgeschoßes erfolgt, der den Bf in rechtlicher Hinsicht dahingehend belehrt habe, dass dann, wenn die bautechnischen Vorschriften eingehalten würden, dies in verwaltungsstrafrechtlicher Hinsicht jedenfalls nicht zur Verurteilung führen

könne, weil ja die Baubewilligung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erteilt werde und dann quasi damit die Rechtfertigung bzw. Entschuldigung auch dokumentiert sei bzw. dass dann entschuldigender Notstand vorliegen würde.

Der Bf bringt weiters vor, die bewilligungslose Bauführung sei nach ständiger Judikatur ein Zustandsdelikt, welches erst mit dem Zeitpunkt, in dem die Bauführung abgeschlossen ist, aufhöre. Es sei daher festzuhalten, dass bis zum Zeitpunkt der Zustellung des erstinstanzlichen Straferkenntnisses bereits eine Bewilligung des Bauvorhabens erteilt worden sei, sodass zum Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Straferkenntnisses ex post der bewilligungswidrige Zustand auch weggefallen sei.

Zur Strafe sei auszuführen, dass der zunächst konsenswidrige Bau sofort der Behörde bekannt gegeben worden sei und er auch nachträglich bewilligt worden sei. Es sei nie die Absicht gewesen, hier auf Dauer einen „Schwarzbau" zu errichten. Es fehle daher an der subjektiven Tatseite bzw. sei der Verstoß so gering, dass mit dem Ausspruch der Ermahnung vorgegangen werden könne. Es werde daher der Antrag gestellt, der Beschwerde Folge zu geben und das Straferkenntnis ersatzlos zu beheben, in eventu eine Ermahnung auszusprechen, in eventu eine mildere Strafe zu verhängen.

3. Mit Schreiben vom 20.4.2020 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

II. Beweiswürdigung:

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht. Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte entfallen, da der entscheidungswesentliche Sachverhalt, wonach für den Zubau in der Zeit von 1.2.2018 bis 3.9.2018 keine Baubewilligung vorlag, nicht bestritten wird.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

1. Gemäß § 57 Abs. 1 Z 2 Oö. BauO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, wer als Bauherr oder Bauherrin oder Bauführer oder Bauführerin ein bewilligungspflichtiges Bauvorhaben ohne rechtskräftige Baubewilligung ausführt oder vom bewilligten Bauvorhaben entgegen den Vorschriften des § 39 Abs. 2 bis 4 abweicht.

Gemäß Abs. 2 par.cit. sind Verwaltungsübertretungen gemäß Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafen bis 36.000 Euro, in den Fällen des Abs. 1 Z 2, 7 und 14 mit Geldstrafen von 1.450 Euro bis 36.000 Euro zu bestrafen.

§ 39 Abs. 2 bis 4 Oö. BauO 1994 lautet wie folgt:

„(2) Vom bewilligten Bauvorhaben darf - sofern nicht Abs. 3 oder 4 zur Anwendung kommt - nur mit Bewilligung der Baubehörde abgewichen werden. § 34 gilt sinngemäß.

(3) Ohne Bewilligung der Baubehörde darf vom bewilligten Bauvorhaben abgewichen werden, wenn

1. die Abweichung solche Änderungen betrifft, zu deren Vornahme auch bei bestehenden baulichen Anlagen eine Bewilligung nicht erforderlich ist, sowie

2. Auflagen und Bedingungen des Baubewilligungsbescheides hievon nicht berührt werden.

(4) Sind Abweichungen der im Abs. 3 Z 1 genannten Art anzeigepflichtig gemäß § 25 Abs. 1 Z 3, darf vom bewilligten Bauvorhaben nur nach Maßgabe des § 25a Abs. 2 abgewichen werden."

2. Der Bf bestreitet nicht, dass die als Bauführerin auftretende H A G das im angefochtenen Straferkenntnis angeführte bewilligungspflichtige Bauvorhaben im angegebenen Zeitraum ohne Baubewilligung ausgeführt hat und er dies gemäß § 9 VStG als handelsrechtlicher Geschäftsführer zu verantworten hat. Der objektive Tatbestand des § 57 Abs. 1 Z 2 Oö. BauO 1994 ist daher erfüllt.

3. Hinsichtlich der subjektiven Tatseite ist auszuführen, dass gemäß § 5 Abs. 1 VStG, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten ausreicht. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Gebot dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachen-vorbringen und durch das Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung" nicht.

Es ist daher zu prüfen, ob sich der Bf entsprechend sorgfältig verhalten hat, um glaubhaft machen zu können, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Dem Bf war zum Zeitpunkt der Bauausführung des beschwerdegegenständlichen Zubaus unstrittig bewusst, dass dafür eine Bewilligung nach der Oö. BauO 1994 erforderlich ist, jedoch keine entsprechende Baubewilligung vorlag. Wenn er in seiner Beschwerde dazu begründend ausführt, bei gegenständlichem Bauvorhaben sei die Errichtung der Räumlichkeiten außerhalb des Baubewilligungsbescheides nur so lange möglich gewesen, als der Kran konsensgemäß gestanden sei und eine Bauführung im Nachhinein wäre mit derart hohen Kosten verbunden gewesen, dass diese in wirtschaftlicher Hinsicht nicht mehr finanzierbar und möglich gewesen sei, so ist auszuführen, dass gemäß § 6 VStG eine Tat dann nicht strafbar wäre, wenn sie durch Notstand entschuldigt oder, obgleich sie dem Tatbestand einer Verwaltungsübertretung entspricht, vom Gesetz geboten oder erlaubt ist. Das Vorliegen eines solchen entschuldigenden Notstandes kann der Bf mit seinen Beschwerdeausführungen jedoch nicht darlegen, da eine Notstandssituation iSd § 6 VStG nicht vorgelegen ist, da nicht angenommen werden kann, dass es dem Beschuldigten anders als durch Begehung des strafbaren Verhaltens nicht möglich gewesen wäre, eine unmittelbare und schwere Gefahr abzuwehren. Ausgehend von der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist unter Notstand iSd § 6 VStG nur ein Fall der Kollision von Pflichten und Rechten zu verstehen, indem man sich oder einen anderen aus schwerer unmittelbarer Gefahr einzig und allein dadurch retten kann, dass man eine im Allgemeinen strafbare Handlung begeht (vgl. VwGH 24.7.2001, 97/21/0622; 11.5.2004, 2004/02/0144; 10.10.2018, Ra 2018/03/0063 u.a.). In der Möglichkeit einer wirtschaftlichen Schädigung kann eine unmittelbar drohende Gefahr und Notstand im vorbezeichneten Sinn nicht gesehen werden. So sind insbesondere auch auf bloß mögliche nachteilige (hier: wirtschaftliche) Folgen verweisende Gründe mangels Unmittelbarkeit einer drohenden Gefahr nicht geeignet, die Annahme eines solchen Notstandes zu rechtfertigen (vgl. VwGH 24.7.2001, 97/21/0622). Mit den gegenständlichen Ausführungen des Bf über die Gründe für sein Handeln kann dieser daher keinen Notstand iSd § 6 VStG aufzeigen. Die vorliegende Verwaltungsübertretung ist dem Bf daher sowohl in objektiver, als auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen.

Zum Argument des Bf, die Bauführung sei auf Weisung und in Absprache des Erwerbers des vierten Obergeschoßes und des Dachgeschoßes erfolgt, der den Bf in rechtlicher Hinsicht dahingehend belehrt habe, dass dann, wenn die bautechnischen Vorschriften eingehalten würden, dies in verwaltungsstrafrechtlicher Hinsicht jedenfalls nicht zur Verurteilung führen könne, weil ja die Baubewilligung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erteilt werde und dann quasi damit die Rechtfertigung bzw. Entschuldigung auch dokumentiert sei bzw. dass dann entschuldigender Notstand vorliegen würde, wird ausgeführt, dass ihm nach seinen eigenen Angaben die strafbare Handlung bewusst war und somit das Argument der „Weisung" bzw. Absprache mit dem Auftraggeber keinen Schuldausschließungsgrund iSd § 6 VStG darstellt (siehe VwGH 24.4.2018, Ra 2018/03/0039).

4. Der Bf bringt schließlich vor, es handle sich bei einer bewilligungslosen Bauführung um ein Zustandsdelikt und es sei festzuhalten, dass bis zum Zeitpunkt der Zustellung des erstinstanzlichen Straferkenntnisses bereits eine Bewilligung des Bauvorhabens erteilt worden sei, sodass zum Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Straferkenntnisses ex post der bewilligungswidrige Zustand weggefallen sei. Es bestehe daher zum Zeitpunkt der Zustellung des Straferkenntnisses kein strafbarer Tatbestand mehr.

Dazu ist auszuführen, dass mit dem Abschluss der strafbaren Handlung die Verjährungsfrist zu laufen beginnt. Im Beschwerdefall wurde innerhalb der Jahresfrist gemäß § 31 Abs. 1 VStG eine Verfolgungshandlung vorgenommen. Auch die Strafbarkeitsverjährung gemäß § 33 Abs. 2 VStG ist noch nicht eingetreten.

5. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung der Entscheidung so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Die belangte Behörde hat die bisherige Unbescholtenheit des Bf als strafmildernd gewertet, straferschwerend ist kein Umstand zutage getreten. Weitere Milderungsgründe sind auch im Beschwerdeverfahren nicht hervorgekommen. Insbesondere kann auch nicht das Fehlen der Absicht, dauerhaft einen „Schwarzbau" zu errichten, als Milderungsgrund angesehen werden. Tatsache ist, dass dem Bf bewusst war, dass er durch die Errichtung des gegenständlichen Zubaus ohne Baubewilligung eine Verwaltungsübertretung begeht. Es kann keinesfalls von einem so geringfügigen Verstoß ausgegangen werden, dass er dem Normzweck im Wesentlichen nicht zuwiderläuft [vgl. *Fister* in

Lewisch/Fister/Weilguni, VStG[2] § 45 Rz 3 (Stand 1.5.2017, rdb.at)]. Eine Ermahnung kann daher nicht ausgesprochen werden.

Der Gesetzgeber sieht für die gegenständliche Verwaltungsübertretung eine Mindeststrafe von 1.450 Euro und eine Höchststrafe von 36.000 Euro vor. Die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe liegt im untersten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens, weshalb eine Herabsetzung der verhängten Strafe nicht in Erwägung zu ziehen war.

Die Beschwerde ist daher als unbegründet abzuweisen.

Bei diesem Verfahrensergebnis ist gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG ein Beitrag für das Beschwerdeverfahren in Höhe von 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch 10 Euro vorzuschreiben.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung vorliegt. Die Beurteilung, ob eine die Strafbarkeit ausschließende Notstandsituation gemäß § 6 VStG vorliegt, hat sich am festgestellten Sachverhalt zu orientieren und ist somit keine über den jeweiligen Fall hinausgehende, also keine grundsätzliche Rechtsfrage (vgl. VwGH 7.9.2018, Ra 2018/02/0247; 15.11.2016, Ra 2016/02/0229 u.a.).

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

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Manzenreiter