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-153311/11/EW

Datum:
Linz, 27. September 2022

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Dr. Wiesbauer über die Beschwerde 1. der E H und 2. des F H, beide vertreten durch Mag. jur. C A, Rechtsanwalt, B, M, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Stadtgemeinde Braunau am Inn vom 15.7.2021, GZ: IIIa/605/2-36/2021-DI (FH) ScP/Ab, betreffend eines baubehördlichen Auftrages nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 1. September 2022 durch mündliche Verkündung

zu Recht e r k a n n t :

I. Der Beschwerde wird teilweise stattgegeben und der angefochtene Bescheid mit der Maßgabe bestätigt, dass der Spruchpunkt I.1. zu lauten hat:
„Der auf dem Betonsockel montierte Aluzaun ist ab dem Messpunkt M2 bis zum Messpunkt M12, welche in der Planskizze vom 4.8.2022 (ON 3 des verwaltungsgerichtlichen Aktes) eingezeichnet sind, so rückzubauen, dass er eine Höhe von max. 2,00 Meter, gemessen zwischen M2 bis M6 von der grün strichlierten Linie und gemessen zwischen M6 bis M12 von der blauen Linie der Planskizze, nicht überschreitet. Dafür wird eine Frist von 3 Monaten ab Zustellung dieser Entscheidung festgelegt.“

II. Die Beschwerdeführer haben binnen 2 Wochen ab Zustellung dieser Entscheidung Kommissionsgebühren in Höhe von 163,20 Euro zu entrichten.

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:

1. Mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadtgemeinde Braunau am Inn vom 15.07.2021, GZ: IIIa/605/2-36/2021-DI (FH) ScP/Ab, wurde den Beschwerdeführern (in der Folge kurz: Bf) zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes gemäß § 49 Abs 6 Oö. BauO 1994 aufgetragen, die Einfriedung entlang der östlichen Grundstücksseite ihres Grundstücks wegen Widerspruchs zu § 49 Oö. BauTG 2013 zu entfernen. Dem Bescheid zugrunde lagen die Ergebnisse der Vermessung der Einfriedung durch einen Sachverständigen der belangten Behörde.

2. Gegen den baupolizeilichen Beseitigungsauftrag erhoben die Bf mit Schreiben vom 22.04.2021 rechtzeitig Beschwerde und es wurde seine ersatzlose Behebung beantragt. Zusammengefasst wendeten die Bf ein, dass der Spruch nicht hinreichend konkretisiert sei und auch ein Rückbau der Einfriedung den gesetzmäßigen Zustand herstellen würde. Es sei unrichtig, dass maßgeblich für die Höhe der Einfriedung jede höchstgelegene Stelle sei. Es müsse vom natürlich gewachsenen Boden ein Schnitt ermittelt und Referenzpunkte festgelegt werden, Anschüttungen und Abgrabungen des Urgeländes seien nicht zu berücksichtigen. Die Einfriedung solle gegen die Einsicht vom Nachbargrundstück schützen. Die Richtigkeit der Feststellung der Höhe der Einfriedung mit der erfolgten Messmethode wird ebenfalls bestritten und die Beiziehung eines Sachverständigen beantragt.

3. Mit Schreiben vom 25.11.2021 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt zugehörigem Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor und erstattete zudem eine Gegenäußerung.

4. Der vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beauftragte bautechnische Amtssachverständige erstattete mit Schreiben vom 08.08.2022 ein Gutachten, welches den Bf mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung übermittelt wurde.

5. Am 01.09.2022 fand vor dem Verwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der der beigezogene bautechnische Amtssachverständige, die Bf mit ihrem rechtsfreundlichen Vertreter sowie Vertreter der belangten Behörde teilnahmen. Die Entscheidung wurde im Anschluss an die Verhandlung mündlich verkündet.

6. Mit Schriftsatz vom 13.09.2022 wurde der Antrag auf Zustellung einer ungekürzten Urteilsausfertigung von den Bf gestellt.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

1. Die Betonmauer, auf dem die Aluelemente aufgesetzt sind, befindet sich direkt an der gemeinsamen Grundgrenze zwischen den Grundstücken Nr. x, Nr. x und x, je KG B. Die Wandstärke der Betonmauer ragt von der gemeinsamen Grundgrenze auf das Grundstück Nr. x, KG B, dessen Eigentümer E und F H sind.

Die Betonmauer, welche sich von Süden bis Norden auf dem Grundstück Nr. x, KG B, erstreckt, stellt nahezu einen waagrechten Verlauf dar. Lediglich ein Höhenunterschied von ca. 1,5 cm auf die Gesamtlänge des Mauerwerkes war aufgrund der Vermessung ersichtlich. Auch der darauf angebrachte Aluzaun weist eine waagrechte Ausführung von Süden in Richtung Norden auf.

2. Das Gelände verläuft von Süden abfallend nach Norden und weist einen Höhenunterschied von ca. 47 cm auf. Das höher gelegene natürliche Gelände und das natürliche Gelände verlaufen gleich. Das (höher gelegene) natürliche Gelände befindet sich an der westlichen Grundstücksgrenze der Grundstücke Nr. x und x, KG B. Es ist in der Planskizze vom 04.08.2022 des bautechnischen Gutachtens vom 08.08.2022 zwischen Messpunkt M2 und M6 mit der grün strichlierten Linie und zwischen Messpunkt M6 und M12 mit der blauen Linie dargestellt.

Gemessen zwischen Messpunkt M2 und M6 von der grün strichlierten Linie und gemessen zwischen Messpunkt M6 und M12 von der blauen Linie übersteigt die Einfriedung (Betonsockel und Aluzaun) eine Höhe von 2,00 m über dem (höher gelegenen) natürlichen Gelände.

Der Betonsockel samt aufgesetztem Aluzaun überschreitet eine Höhe von 2,5 m über dem jeweils tiefer gelegenen Gelände nicht.

3. Der Betonsockel, welcher sich von der Südseite bis zur Nordseite an den jeweiligen gegenständlichen Grundstücken erstreckt, wurde als eigenständiger Betonsockel in Stahlbetonbauweise hergestellt. Die darauf montierten Alusäulen mit den dazwischen befindlichen Aluelementen wurden auf dem Betonsockel mittels verdeckten Schraubenverbindungen montiert. Die Alusäulen und die Alu-Wandelemente wurden mit sichtbaren Schraubverbindungen zusammengefügt. Der Betonsockel und der darauf aufgesetzte Aluzaun sind aufgrund dieser baulichen Ausführungen trennbar.

Es ist auch möglich, die Alusäulen und die Wandelemente dazwischen zu kürzen und dadurch bilden sie trennbare Elemente.

[bautechnisches Gutachten ON 3 und Verhandlungsschrift ON 6 des verwaltungsgerichtlichen Aktes]

III. Beweiswürdigung

Das Verwaltungsgericht hat Beweise erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Akt, den Gerichtsakt und in das offene Grundbuch sowie durch Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, zu welcher ein bautechnischer Amtssachverständiger beigezogen wurde. Die gutachterlichen Ausführungen in der mündlichen Verhandlung zu den gemessenen Höhen der Einfriedung wurden von den Bf nicht bestritten. Die Einwände der Bf hinsichtlich des Verlaufes des (höher gelegenen) natürlichen Geländes bleiben zu einem großen Teil unsubstantiiert und konnten die schlüssigen mit Geodaten und Messungen belegten Ausführungen des bautechnischen Amtssachverständigen nicht in Zweifel ziehen. Lediglich hinsichtlich des Geländeverlaufes zwischen Messpunkt M2 und M6 kam es aufgrund der Ausführungen in der mündlichen Verhandlung zu einer Anpassung. In der Planskizze vom 04.08.2022 wird das (höher gelegene) natürliche Gelände zwischen den Messpunkten M0 und M12 mit einer blauen Linie dargestellt. Aufgrund der Feststellungen in der mündlichen Verhandlung verläuft das (höher gelegene) natürliche Gelände zwischen Messpunkt M2 und M6 jedoch anhand der grün strichlierten Linie. Der festgestellte entscheidungswesentliche Sachverhalt ergibt sich daraus sowie aus den in Klammern angeführten Beweismitteln unstrittig.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

1. Die seit 01.09.2021 in Kraft getretene Oö. Bauordnungs-Novelle 2021 kommt verfahrensgegenständlich nicht zur Anwendung, da das in diesem Zeitpunkt anhängige individuelle Verwaltungsverfahren nach den bisher geltenden Rechtsvorschriften weiterzuführen ist. Für die Klärung der Frage aber, ob die Erteilung einer nachträglichen Baubewilligung im Zeitpunkt der Erlassung des Abbruchauftrages möglich ist, ist die in diesem Zeitpunkt geltende Rechtslage maßgeblich (VwGH 29.04.2015, 2013/05/0025).

2. Gemäß § 49 Abs. 6 Oö. BauO 1994 hat die Baubehörde, wenn sie feststellt, dass eine baubehördlich nicht bewilligungspflichtige bauliche Anlage nicht entsprechend den für sie geltenden bau- oder raumordnungsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere jenen des Flächenwidmungsplans oder Bebauungsplans, ausgeführt wird oder bereits ausgeführt wurde, dem Eigentümer mit Bescheid die Herstellung des rechtmäßigen Zustandes innerhalb einer angemessen festzusetzenden Frist aufzutragen.

Die Oö. BauO 1994 unterwirft die Herstellung von Stützmauern und darauf gesetzten Einfriedungen in Abhängigkeit von ihrer Höhe einer Anzeigepflicht (§ 25

Abs. 1 Z 14 Oö. BauO 1994) oder definiert sie als bewilligungs- und anzeigefrei (§ 26 Z 4 leg. cit.).

3. Vorweg ist festzuhalten, dass es sich bei der gegenständlichen Einfriedung unzweifelhaft um eine bauliche Anlage im Sinne des § 49 Oö. BauO 1994 handelt.

4. Die gegenständliche Mauer mit aufgesetztem Aluzaun überschreitet die Höhe von 2,50 m über dem jeweils tiefer gelegenen Gelände nicht. Sie ist daher bewilligungs- und anzeigefrei (angemerkt wird, dass auf den gegenständlichen Sachverhalt zwar nach der Übergangsbestimmung des Art. II LGBl Nr. 55/2021 noch die Rechtslage vor Inkrafttreten der Bauordnungs-Novelle 2021 anzuwenden ist; dies ändert für den gegenständlichen Sachverhalt jedoch nichts, weil eine Stützmauer mit aufgesetzter Einfriedung, die nicht höher als 2,50 m ist, vor als auch nach In-Kraft-Treten der Bauordnungs-Novelle als bewilligungs- und anzeigefrei zu qualifizieren ist).

Der Umstand, dass ein Bauvorhaben nach der Oö. BauO 1994 bewilligungs- und anzeigefrei ist, ändert nichts daran, dass die bau- und raumordnungsrechtlichen Bestimmungen einzuhalten sind (siehe § 49 Abs. 6 Oö. BauO 1994). Gegenständlich geht es um die zulässige maximale Höhe der Betonmauer samt Einfriedung.

5. § 49 Abs 1 Oö. BauTG 2013 idF vor der Novelle LGBl Nr. 56/2021 normiert, dass Einfriedungen als bauliche Anlagen den allgemeinen Erfordernissen des § 3 unterliegen. Dessen Abs 2 normiert, dass Einfriedungen, soweit in anderen Rechtsvorschriften oder im Bebauungsplan nichts anderes festgelegt ist, eine Höhe von 2 m über dem Erdboden, und zwar über dem *jeweils höher gelegenen natürlichen Gelände* nicht überschreiten dürfen, außer der Verwendungszweck erfordert eine größere Höhe. Eine Überschreitung der Höhe für Zwecke des Sichtschutzes ist jedoch nicht zulässig.

Die Regierungsvorlage zur Bauordnungs-Novelle LGBl Nr. 56/2021 Beilage Oö. Landtag 1572/2021, XXVIII. Gesetzgebungsperiode, hält dazu Folgendes fest:

„Nach dem geltenden § 49 Abs. 2 ist, soweit in anderen Rechtsvorschriften oder im Bebauungsplan nichts anderes festgelegt ist, die zulässige Höhe einer Einfriedung von 2 m vom Erdboden, „und zwar über dem jeweils höher gelegenen natürlichen Gelände“ zu messen. Dieser Bezug auf zwei verschiedene Geländeniveaus wirft in der Praxis regelmäßig Fragen auf. Es erscheint ausreichend, den Höhenbezug von Einfriedungen in dieser Bestimmung alleine auf das natürliche Gelände abzustellen. Der ergänzte letzte Satz bringt unmissverständlich zum Ausdruck, dass ein (bloßer) Sichtschutz keine Rechtfertigung im Sinn dieser Gesetzesstelle für eine 2 m überschreitende Höhe einer Einfriedung darstellt. Diese Klarstellung dient sowohl den Interessen des

Schutzes des Orts- und Landschaftsbilds als auch dem Schutz der Nachbarschaft vor überhohen Einfriedungen.“

§ 49 Oö. BauTG 2013 normiert nun idF der Novelle LGBl Nr. 56/2021 in dessen Abs 1, dass Einfriedungen als bauliche Anlagen den allgemeinen Erfordernissen des § 3 unterliegen. Dessen Abs 2 normiert, dass Einfriedungen, soweit in anderen Rechtsvorschriften oder im Bebauungsplan nichts anderes festgelegt ist, eine Höhe von 2 m über dem *natürlichen Gelände* nicht überschreiten dürfen, außer der Verwendungszweck erfordert eine größere Höhe. Eine Überschreitung der Höhe für Zwecke des Sichtschutzes ist jedoch nicht zulässig.

6. Es kann dahingestellt bleiben, ob § 49 Abs 2 Oö. BauTG 2013 idF vor oder nach der Baurechts-Novelle LGBl Nr. 56/2021 anzuwenden ist, da im hier zu beurteilenden Einzelfall das jeweils höher gelegene natürliche Gelände gleich verläuft wie das natürliche Gelände.

Die Einfriedung überschreitet ausgehend von Messpunkt M2 bis Messpunkt M12 eine Höhe von max. 2,00 Meter über dem jeweils (höher gelegenen) natürlichen Gelände.

Entgegen der Ansicht der Bf, dass vom natürlichen gewachsenen Boden ein Schnitt zu ermitteln ist und Reverenzpunkte festzulegen sind, geht das Landes-verwaltungsgericht Oberösterreich davon aus, dass die maximale zulässige Höhe der Einfriedung gemäß § 49 BauTG 2013 über die gesamte Länge des (höher gelegenen) natürlichen Geländes einzuhalten ist und nicht nur punktuell.

Hinsichtlich der von den Bf vorgebrachten Argumente des Sichtschutzes ist auf § 49 Abs. 2 Oö. BauTG 2013 zu verweisen, der eine Überschreitung der Höhe für Zwecke des Sichtschutzes für nicht zulässig ansieht.

7. Die Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes gemäß § 49 Abs. 6 Oö. BauO 1994 kann aufgrund der baulichen Trennbarkeit des Aluzaunes selbst durch Rückbau (Kürzung des Aluzaunes) hergestellt werden.

Mit einem Auftrag, den gesetzlichen Zustand dadurch herzustellen, dass der Aluzaun bis zu einer maximalen Höhe von 2,00 Metern gemäß § 49 Abs. 2 Oö. BauTG 2013 herzustellen ist, wird dem § 49 Abs 6 Oö. BauO 1994 entsprochen, sodass es einer vollständigen Beseitigung der Einfriedung nicht bedarf (vgl. dazu die Ausführungen des Verwaltungsgerichts zu einer Mauer im Erkenntnis VwGH 25.01.2000, 96/05/0019) und der Spruch dahingehend anzupassen war.

8. Die Frist zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes wurde aufgrund der derzeitigen langen Wartezeiten in der Baubranche neu festgesetzt.

9. Kommissionsgebühren:

Da der Lokalaugenschein des vom verwaltungsgerichtlich bestellten bautechnischen Amtssachverständigen am 19.07.2022 im von Amts wegen eingeleiteten baupolizeilichen Verfahren nach § 49 Oö. BauO 1994 notwendig wurde, trifft die Bf eine Kostentragungspflicht gemäß § 76 Abs. 2 AVG: Diese setzt voraus, dass ein kausaler Zusammenhang zwischen dem schuldhaften Verhalten der Bf und des mit Kosten verbundenen Lokalaugenscheins bestand und der Lokalaugenschein zur Feststellung des maßgebenden Sachverhalts erforderlich war. Bei der Prüfung der Frage, ob ein Verschulden im Sinne des § 76 Abs. 2 AVG vorliegt, ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vom Verschuldensbegriff des § 1294 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) auszugehen. Ein solches Verschulden fällt jemandem nur zur Last, wenn ihn zumindest der Vorwurf trifft, er habe es an der gehörigen Aufmerksamkeit oder dem gehörigen Fleiß fehlen lassen (vgl. VwGH 29.1.2020, Ro 2019/05/0001). Die Bf haben in concreto die Durchführung des Lokalaugenscheins verschuldet, weil auf ihrem Grundstück eine bauliche Anlage entgegen den baurechtlichen Vorschriften errichtet wurde. Da der Lokalaugenschein für die bautechnische Befundung der baulichen Anlage notwendig war, haben die Bf die mit dem Lokalaugenschein verbundenen Kosten zu tragen.

Zwei bautechnische Amtssachverständige führten zur beauftragten Messung der gegenständlichen Einfriedung einen Lokalaugenschein in der Dauer von insgesamt vier halben Stunden durch. Der Tarif von 20,40 Euro je angefangener halber Stunde ergibt sich aus § 3 Abs. 1 Oö. Landes-Kommissionsgebühren-verordnung 2013.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da die zu lösende Rechtsfrage anhand des eindeutigen Wortlautes des Gesetzes und der dazu ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes beantwortet werden konnte. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt daher nicht vor.

## 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

Dr. Wiesbauer