

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/3/30 2001/06/0015

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 30.03.2005

## Index

L82000 Bauordnung;  
L82005 Bauordnung Salzburg;  
40/01 Verwaltungsverfahren;

## Norm

AVG §64 Abs1;  
BauPolG Slbg 1997 §16 Abs3 idF 2004/065;  
BauPolG Slbg 1997 §16 Abs4 idF 2004/065;  
BauRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Giendl und die Hofräte Dr. Bernegger, Dr. Waldstätten, Dr. Rosenmayr und Dr. Bayjones als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Gubesch, über die Beschwerde der IS in P, vertreten durch Dr. Wolfgang Maria Paumgartner, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Alpenstraße 48a, gegen die Gemeindevertretung der Gemeinde P wegen Verletzung der Entscheidungspflicht in einer Bauangelegenheit (Beteiligte gemäß § 8 AVG: 1. HW und 2. EW, beide in P, beide vertreten durch Dr. Reinhard Bruzek und Dr. Heinz Ager, Rechtsanwälte in 5061 Elsbethen, Gemeindeweg 12), zu Recht erkannt:

## Spruch

Gemäß § 42 Abs. 4 zweiter Satz und § 62 Abs. 2 VwGG in Verbindung mit § 16 Abs. 3, 4 und 6 des Salzburger Baupolizeigesetzes 1997, LGBI. Nr. 40 i.d.F. LGBI. Nr. 96/2004, wird

1. auf Grund des Antrages der Beschwerdeführerin vom 23. Juli 1998 den Beteiligten aufgetragen, binnen sechs Monaten nach Zustellung dieses Erkenntnisses die Terrasse oberhalb der Garage und des Eingangsbereiches ihres auf dem Grundstück Nr. 46/31 der KG T bestehenden Gebäudes und das dazugehörige Geländer zu entfernen und die Dachfläche soweit um 14 cm zu verringern und auf die Höhe des nördlich angrenzenden Flachdaches zu bringen, als sie einen Abstand von weniger als 4 m von der Grenze zum Grundstück der Beschwerdeführerin, Nr. 46/22 der KG T, aufweist,

2. im Übrigen der Antrag der Beschwerdeführerin vom 23. Juli 1998 abgewiesen.

Die Gemeinde P hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.172,88 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Die beteiligten Parteien sind Eigentümer eines Wohnhauses samt Nebengebäuden auf ihrem Grundstück Nr. 46/31 der KG T. Das Grundstück der Beschwerdeführerin Nr. 46/22 der KG T grenzt im Norden an das Grundstück der beteiligten Parteien an.

Mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde P vom 4. Mai 1960 wurde den Rechtsvorgängern der beteiligten Parteien die Baubewilligung zur Errichtung einer Kleingarage und zum Anbau eines Vorbaus mit Holzlage erteilt. Diese - in Rechtskraft erwachsene - Baubewilligung sieht den Zubau einer Kleingarage und eines Windfanges vor, wobei die Kleingarage an der Nordwestseite des bestehenden Objektes mit einem 1,50 m breiten, dazwischenliegenden Durchgang errichtet werden sollte. An der Nordostseite des Hauses werde ein überdeckter Zugang mit einem Zwischenpodest geschaffen. Die (nördliche) Außenmauer der Kleingarage und des Anbaus käme direkt an der Grundgrenze zum Grundstück der Beschwerdeführerin zu stehen, die Anrainer hätten ihr Einverständnis erklärt. Die Abdeckung der Garage und des überdeckten Zuganges zum Hauses werde als Stahlbetonflachdach mit entsprechender Isolierung ausgeführt.

In der Folge dieser Baubewilligung wurden die darin vorgesehenen baulichen Maßnahmen im Jahre 1960 durchgeführt. Auf dem flachen Betondach der Garage wurde - ohne dass dies von der Baubewilligung umfasst gewesen wäre - eine Terrasse samt Geländer hergestellt. Oberhalb des überdeckten Zugangs zwischen Garage und dem Wohnhaus wurde weiters an Stelle der in der Baubewilligung vorgesehenen Abdeckung als Stahlbetonflachdach ein Dachhäuschen im Ausmaß von etwa 1,80 m x 3,00 m mit einem nach Norden, zum Grundstück der Beschwerdeführerin hin geneigtem Dach und einer - vom Niveau der Terrasse gemessenen - Höhe von bis zu 1,40 m errichtet.

Mit Ansuchen vom 20. Mai 1989 begehrten die beteiligten Parteien vom Bürgermeister der Gemeinde P die baubehördliche Genehmigung für Umbaumaßnahmen beim bestehenden Gebäude sowie die Errichtung eines Abstellraumes (Hobbyraumes) westlich der bestehenden Garage. Mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde P vom 10. April 1990 wurde den Beteiligten gemäß § 2 Abs. 1 lit. a und b und § 9 Abs. 2 des Salzburger Baupolizeigesetzes auf Grund dieses (am 6. April 1990 modifizierten) Antrages die baubehördliche Bewilligung für die Durchführung von Umbauarbeiten sowie die Errichtung eines Abstellraumes beim bestehenden Wohnhaus nach Maßgabe der eingereichten Planunterlagen sowie der näher vorgeschriebenen Auflagen erteilt. Eine Erhöhung des Flachdachs oberhalb der bestehenden Garage, das nunmehr als Terrasse projektiert ist, sieht das Projekt im Bereich von weniger als vier Metern vom Grundstück der Beschwerdeführerin nicht vor. In der Verhandlungsschrift vom 6. April 1990, die nach dem Spruch dieses Bescheides einen wesentlichen Bestandteil desselben bildet, ist ausgeführt, dass der Abschluss der Terrasse mit einem 1,00 m hohen Geländer erfolgen solle, und dass auf "der best. Terrasse über der Garage ... dieses Geländer an der Nordseite in der gleichen Linie wie beim Abstellraum bis zur Giebelwand des Wohnhauses" durchgezogen werden soll.

Die Beteiligten führten in der Folge dieses Bescheides bauliche Veränderungen durch, wobei sie - abweichend von der Baubewilligung vom 10. April 1990 - durch Herstellung einer Massivdecke aus wasserfestem Beton mit zweilagigen 7er Baustahlgittermatten etwa 14 cm höher als in der Baubewilligung vorgesehen oberhalb der Garage eine Terrassenfläche und ein diese begrenzendes Geländer in einer Entfernung von weniger als 4,00 m von der Grundgrenze des Grundstücks der Beschwerdeführerin herstellten, und zwar bis zum Dachhäuschen in einem Abstand von nur 277 cm.

Mit Schreiben vom 6. November 1991 reichten sie wegen dieser - offensichtlich bereits durchgeföhrten - Änderungen eine neue zusätzliche Baubeschreibung zum genehmigten Bauansuchen vom 6. April 1990 nach und führten darin - soweit hier relevant - u.a. aus:

"Bei der alten Terrasse wird das Geländer vom Neubau - Hobbyraum - im Abstand von 4 m zur Grundgrenze Parz. 46/22 Fr. S, schräg zum Terrassendachhäuschen auf 290 cm Abstand am Eck-Dachhäuschen montiert, lt. Plan, wie die darübergezogene Dachdeckenplatte ... Die Dach- oder Terrassendecke ist ebenfalls eine Massivdecke aus wasserfestem Beton mit 2-lagigen 7er Baustahlgittermatten, als Ober- und Unterbewehrung betoniert. Da die alte Decke bei der bestehenden Garage nicht mehr wasserdicht war, wurde die neue Decke in der gleichen Höhe wie beim Neubau, um keine Stufenbildung zu erhalten, zugleich als Dachdecke darüber gezogen ... Im Bereich der Abstandszone von Fr. S, Parz. 46/22 wurde von der alten Garage nur der Deckenestrich abgenommen und durch eine wasserfeste Betondecke in der gleichen Höhe ersetzt."

Für diese Änderungen ist in den Akten des Verwaltungsverfahrens keine baubehördliche Genehmigung ersichtlich, eine Einigung mit der Beschwerdeführerin konnte nicht erzielt werden.

Mit Ansuchen vom 6. November 1991 und vom 24. Juni 1993 begehrte der Erstbeteiligte die Erteilung der Genehmigung zu weiteren Änderungen und zur Unterschreitung des Mindestabstandes der Terrassenplatte mit Terrassengeländer im Bereich zur Grundgrenze des Grundstücks der Beschwerdeführerin. In seiner Stellungnahme über diese Anträge führte der bautechnische Amtsachverständige Ing. MK in der darüber durchgeföhrten Verhandlung vom 29. September 1993 aus, dass durch ein durchsichtig ausgeführtes Terrassengeländer und eine über dem neu errichteten Hobby-Abstellraum hergestellte Terrasse (vom Osten her gesehen) auf einer "Länge von 3,38 m ... eine Unterschreitung des Mindestabstandes (von 4 m) von 1,23 m bis auf 0,00 m verlaufend" (Klammerausdrücke nicht im Original) erfolge. Hinsichtlich dieser Anträge wird im Übrigen auf die hg. Erkenntnisse vom 27. Februar 1998, Zl. 96/06/0016, sowie vom 24. Oktober 2002, Zl. 2001/06/0016, verwiesen.

Mit Eingabe vom 15. Mai 1996 suchten die Beteiligten um nachträgliche baubehördliche Genehmigung des Dachhäuschens an, hinsichtlich dieses Antrages wird auf das hg. Erkenntnis vom 24. Oktober 2002, Zl. 2000/06/0031, verwiesen.

Mit Schreiben an den Bürgermeister der Gemeinde P vom 23. Juli 1998 führte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin wie folgt aus:

"Sehr geehrter Herr Bürgermeister!

Bekanntlicherweise laufen zwei Bauverfahren, und zwar zu 131/0-1996-1998 und 191/0-1993-1998, der Konsensorwerber H und EW. Mit Bescheiden jeweils vom 09.07.1998 wurden die von den Ehegatten W beantragten baubehördlichen Bewilligungen von der Gemeindevorstellung der Gemeinde P erteilt. Diese Bescheide sind nicht rechtskräftig, da ich dagegen fristgerecht namens meiner Mandantschaft Vorstellung an das Amt der Salzburger Landesregierung erhoben habe. Diese Bescheide werden bereits deshalb aufzuheben sein, da diese von der unzuständigen Behörde erlassen wurden.

Gem. § 16 (6) BauPolG hat der Nachbar das Recht, einer bescheidwidrigen oder nicht bewilligten Ausführung einer baulichen Maßnahme, in welcher gegen Bestimmungen des Nachbarmindestabstandes verstoßen wird, einen Antrag nach § 16 (1-4) zu stellen.

Sowohl die verfahrensgest. Terrasse als auch das verfahrensgest. Dachhäuschen wurden unstrittigerweise ohne baubehördliche Genehmigung errichtet, und zwar in der Weise, dass dadurch die gesetzlichen Nachbarmindestabstände unterschritten werden. Bei dem Dachhäuschen kommt noch dazu, dass dieses nicht einmal gemäß den nachträglich eingereichten Plänen ausgeführt wurde, sondern das Dach über die Grundstücksgrenze meiner Mandantschaft ragt.

Darüber hinaus ergibt sich aus der Verhandlungsschrift vom 12.05.1993, S. 3, dass die Terrasse eine Höhe von 2,6 m aufzuweisen hat. Auf dem Flachdach der Garage wurde aber in der Folge der Estrich erneuert und im Terrassenbereich eine Erhöhung der Betondecke um 14 cm vorgenommen, sodass sich eine Terrassenhöhe von 2,74 m ergibt und zwar in einem Bereich, der innerhalb des gesetzlichen Mindestnachbarabstandes zu dem Grundstück meiner Mandantschaft sich befindet. In diesem Umfang wurde niemals von den Ehegatten W um Genehmigung angesucht.

Es wird deshalb gestellt der ANTRAG

iSd § 16 (3) BauPolG den Ehegatten W aufzutragen, die ohne Bewilligung vorgenommenen Baumaßnahmen innerhalb einer Frist von 14 Tagen zu beseitigen."

Nachdem der Bürgermeister der Gemeinde P über diesen Antrag keinen Bescheid erlassen hatte, richtete die Beschwerdeführerin einen bei der Gemeindevorstellung der Gemeinde P unter Hinweis auf § 73 AVG gerichteten, am 10. Februar 1999 eingelangten Devolutionsantrag, die Gemeindevorstellung der Gemeinde P wolle nunmehr über ihren Antrag vom 23. Juli 1998 entscheiden, wobei eine Entscheidung der Gemeindevorstellung der Gemeinde P über diesen Antrag bisher ausgeblieben ist. Am 5. Februar 2001 langte im Verwaltungsgerichtshof die gegenständliche Säumnisbeschwerde ein.

Mit Verfügung vom 12. Februar 2001 leitete der Verwaltungsgerichtshof gemäß § 35 Abs. 3 VwGG das Vorverfahren ein und forderte die belangte Behörde gemäß § 36 Abs. 2 VwGG auf, binnen drei Monaten den versäumten Bescheid zu erlassen und vorzulegen oder anzugeben, warum eine Verletzung der Entscheidungspflicht nicht vorliege.

Mit Verfügung vom 4. September 2002 gab der Verwaltungsgerichtshof den Parteien des Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof und der Salzburger Landesregierung Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen, ob das bestehende Dachhäuschen sowie die Terrasse auf dem Dach der Garage des Grundstücks der mitbeteiligten Parteien zum Zeitpunkt ihrer Errichtung im Sinne des § 16 Abs. 3 des Salzburger Baupolizeigesetzes (Sbg BauPolG) ohne Bewilligung ausgeführt worden seien sowie weiters dazu, ob sie dies zum gegenwärtigen Zeitpunkt seien.

Mit Schreiben vom 9. Dezember 2002 nahmen die beteiligten Parteien ausführlich, u.a. wie folgt Stellung:

"(5) Die von den Einschreitern hinsichtlich der Terrasse beabsichtigten Baumaßnahmen sind im Bescheid der Gemeinde P vom 10.4.1990, Zl. 621-131/0-1989/90 genau beschrieben: in Punkt (7) auf Seite 3 dieses Bescheides ist dargestellt, dass 'im Zuge dieser Dachherstellung auch das Flachdach über der Kleingarage straßenseitig verlängert werden soll, der Abstand dieses Einbaues soll von der Parzelle 46/82 den Abstand von 4,0 m erhalten, und das Flachdach über diesem Einbau soll als Terrasse genutzt werden und mit einem 1,0 m hohen Geländer, wie im Bestand vorhanden, erfolgen. Auf der bestehenden Terrasse über der Garage soll dieses Geländer an der Nordseite in der gleichen Linie wie beim Abstellraum bis zur Giebelwand des Wohnhauses durchgezogen werden.'

Damit wurde erreicht, dass das Niveau des Daches der Garage (Terrasse) jenem der Garage auf der Nachbarliegenschaft (X) und jenem des bewilligten Hobbyraumes angeglichen werden konnte. Die Anrainerin (das ist die Beschwerdeführerin) IS hat auf Seite (7) der Verhandlungsschrift vom 6.4.1990, die dem vorbezeichneten Bescheid vom 10.4.1990 beigeheftet ist, diesem Verhandlungsergebnis zugestimmt.

(6) Demgemäß wurden das bestehende Dachhäuschen und die bestehende Terrasse spätestens mit dem Bescheid vom 10.4.1990, Zl. 621-131/0-1989/90 (Durchführung diverser Umbauarbeiten) bewilligt. Dem letztgenannten Bescheid lag das Ansuchen vom 22.6.1989 zu Grunde; in dem ihm beigefügten Plan ist das Dachhäuschen sowohl in der Ansicht Nord-, als auch in den Ansichten Süd- und Westseite als schon bestehend einzeichnet."

Die Beschwerdeführerin führte mit Schreiben vom 30. Oktober 2002 wie folgt aus:

"Die Terrasse auf dem Dach der Garage und das Dachhäuschen wurden ohne baubehördlicher Bewilligung errichtet.

Hinsichtlich der Terrasse wurde mit Bescheid vom 29.11.00 zu 131/0-1993-1998 die Errichtung einer Terrasse durch den Bürgermeister der Gemeinde P bewilligt (Kopie anbei). Gegen diesen Bescheid wurde fristgerecht und zwar am 23.01.2001 die beiliegende Berufung eingebracht. Über diese Berufung wurde bis heute nicht entschieden. Der Bescheid ist sohin nicht rechtskräftig.

Mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde P vom 29.11.2000 zu Zahl 131/0-1996-1998 wurde das bestehende Dachhäuschen behördlich bewilligt (Kopie anbei). Mit Berufung vom 23.1.2001 habe ich dagegen ebenfalls über meinen Rechtsvertreter Berufung eingebracht. Über diese Berufung wurde bis dato nicht entschieden.

Der diesbezügliche Bescheid ist deshalb nicht rechtskräftig."

Die Salzburger Landesregierung führte in ihrer Stellungnahme

vom 17. Jänner 2003 u. a. wie folgt aus:

"... Nur in einem quasi tortenstückähnlichen Bereich gerät

die Terrasse in den Mindestabstand. Aus der Sicht des Bauherrn besteht das Erfordernis darin, um aus dem bestehenden Wohnhaus ungehindert auf die Terrasse gelangen zu können. Es darf daher festgehalten werden, dass eine Abstandsunterschreitung nicht für die Terrassennutzung insgesamt erforderlich ist bzw. erteilt wurde, sondern nur für das oben erwähnte Dreieck. ... Jener Bereich, welcher innerhalb des Mindestabstandes liegt, ist allerdings vernachlässigbar. Bauherrseits wurde damit argumentiert, dass dies erforderlich sei, um einen Ausgang schaffen zu können bzw. den bestehenden Ausgang beibehalten zu können. Die Unterschreitung selbst besteht in einem Dreieck sich erweiternd von 0 auf ca. 1,60 m. Unbestritten feststeht allerdings, dass die Terrassennutzung selbst einer Baubewilligung bedarf. Insoweit sie im Mindestabstand gelegen ist auch einer Genehmigung im Sinne des § 25 Abs. 8 Bebauungsgrundlagengesetz."

Die Gemeinde P reagierte auf das Schreiben des Verwaltungsgerichtshofes vom 4. September 2002 nicht und unterließ es, die Akten des Verwaltungsverfahrens dem Verwaltungsgerichtshof vorzulegen.

Mit Verfügung vom 28. September 2004 wurde die Gemeinde P neuerlich aufgefordert, die Akten des Verwaltungsverfahrens vorzulegen. An die Parteien des Verfahrens wurden weitere Fragen gerichtet. Die beteiligten Parteien nahmen dazu mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 Stellung, die Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 8. November 2004. Mit ihren Stellungnahmen haben die Parteien des Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof auch verschiedentlich Urkunden und Aktenteile vorgelegt.

Die Aktenvorlage durch die belangte Behörde erfolgte schließlich mit Schreiben vom 25. Oktober 2004.

Mit Verfügung vom 2. Jänner 2005 traf der Verwaltungsgerichtshof folgende vorläufige Feststellungen und räumte den Parteien des Verfahrens gemäß §§ 37 und 45 Abs. 3 AVG die Gelegenheit ein, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen:

"1. Die mitbeteiligten Parteien sind Eigentümer eines Wohnhauses samt Nebengebäuden auf ihrem Grundstück Nr. 46/31 der KG T. Das Grundstück der Beschwerdeführerin Nr. 46/22 der KG T grenzt im Norden an das Grundstück der mitbeteiligten Parteien an.

2. Mit der rechtskräftigen Baubewilligung des Bürgermeisters der Gemeinde P vom 4. Mai 1960 wurde den Rechtsvorgängern der mitbeteiligten Parteien westlich des bestehenden Wohnhauses die Errichtung eines 1,50 m breiten, überdeckten Zugangs sowie einer Kleingarage und nördlich eines Anbaus mit Holzlage gestattet. Dieser Baubewilligung zufolge kam die Außenmauer der Kleingarage und des Anbaus direkt an die Grundgrenze zum Grundstück der Beschwerdeführerin zu stehen, wozu der Rechtsvorgänger der Beschwerdeführer sein Einverständnis erklärt hat. Die Abdeckung der Garage und des überdeckten Zuganges zum Haus waren der Baubewilligung zufolge als Stahlbetonflachdach mit entsprechender Isolierung auszuführen.

3. In der Folge dieser Baubewilligung wurden die darin vorgesehenen baulichen Maßnahmen im Jahr 1960 ausgeführt. Auf dem flachen Betondach der Garage wurde allerdings - ohne dass dies von der Baubewilligung vom 4. Mai 1960 umfasst gewesen wäre - eine Terrasse samt Geländer von 1 m Höhe hergestellt. Oberhalb des überdeckten Zugangs zwischen Garage und dem Wohnhaus wurde - ebenfalls abweichend von der Baubewilligung vom 4. Mai 1960 - an Stelle eines Stahlbetonflachdachs in einer an das Wohnhaus anschließenden Länge von 2,77 m und an das Grundstück der Beschwerdeführerin angrenzenden Breite von 1,65 m ein dreiecksförmiger Dachaufbau mit einem nach Norden zum Grundstück der Beschwerdeführerin hin geneigten Dach errichtet, der eine maximale Höhe von 1,40 m oberhalb der Oberkante des Estrichflachdachs aufweist. An seiner westlichen Seite ist dieser Dachaufbau, der im Folgenden als 'Dachhäuschen' bezeichnet wird, mit Lichtöffnungen in Form von Glasbausteinen versehen.

4. Mit - rechtskräftigem - Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde P vom 10. April 1990 wurde den Mitbeteiligten gemäß § 2 Abs. 1 lit. a und b und § 9 Abs. 2 des Salzburger Baupolizeigesetzes auf Grund ihres Antrages die baubehördliche Bewilligung für die Durchführung von Umbauarbeiten sowie die Errichtung eines westlich an die Garage angrenzenden Hobby/Abstellraumes nach Maßgabe der eingereichten Planunterlagen sowie von näher vorgeschriebenen Auflagen erteilt. Der Hobby/Abstellraum hält der Bewilligung zufolge vom Grundstück der Beschwerdeführerin einen Abstand von 4,00 m ein, sein Flachdach besitzt dieselbe Höhe, wie das Flachdach der bestehenden Garage. Die Baubewilligung sieht auf dem Flachdach vom überdeckten Zugang, Garage und Hobby/Abstellraum die Errichtung einer Terrasse mit einem 1,00 m hohen Geländer vor, welches (als Begrenzung der Terrasse) an der Nordseite in der gleichen Linie wie beim Hobby/Abstellraum bis zur Giebelwand des Wohnhauses durchgezogen wird, also durchwegs einen Abstand von jedenfalls 4,00 m zum Grundstück der Beschwerdeführerin aufweisen soll.

5. Die Mitbeteiligten führten in der Folge der Erlassung dieses Bescheides im Jahr 1991 bauliche Veränderungen durch. Das Dach des Hauses wurde - u.a. auch in einem Teilbereich oberhalb des Dachhäuschens - nach Westen hin verlängert. Eine bauliche Veränderung des Dachhäuschens hat dadurch nicht stattgefunden. Das bestehende Geländer auf dem Dach der Garage wurde entfernt und auf dem Flachdach der Garage im Bereich einer Entfernung von weniger als 4,00 m vom Grundstück der Beschwerdeführerin der Deckenestrich abgenommen und durch eine wasserfeste Betondecke in der gleichen Höhe ersetzt.

Die neue Terrasse auf dem Flachdach des neu errichteten Hobby/Abstellraumes wurde allerdings - abweichend von

der Baubewilligung vom 10. April 1990 - durch Herstellung einer Massivdecke aus wasserfestem Beton mit 2-lagigen 7er Baustahlgittermatten, als Ober- und Unterbewehrung etwa 14 cm höher als in der Baubewilligung vorgesehen ausgebildet. Abweichend von der Baubewilligung wurde diese höhere Terrassenfläche und das diese begrenzende Geländer im Bereich oberhalb der Garage und des überdeckten Zugangs fortgesetzt und dort auch in einer Entfernung von weniger als 4,00 m von der Grundgrenze des Grundstücks der Beschwerdeführerin bis zu einem Abstand von 277 cm an dieses herangebaut.

Für diese Abweichungen von der Baubewilligung vom 10. April 1990 ist eine Baubewilligung bisher nicht erteilt worden."

Die beteiligten Parteien erstatteten dazu eine mit Anlagen versehene Stellungnahme vom 21. Februar 2005, in der sie hinsichtlich einer baubehördlichen Bewilligung der Terrasse auf der Garage aus dem Jahr 1990 ausführten, es sei in einem Verhandlungsgespräch vom 6. April 1990 zwischen den mitbeteiligten Parteien und der Beschwerdeführerin vereinbart worden, dass die beteiligten Parteien die Terrasse auf dem Schneidepunkt Ecke Hobbyraum zum Dachaufbau auf 2,70 m bauen dürften. "Leider wurde dieser bereits zugesagte Abstand von 2,70 m im Protokoll irrtümlich auf 4 m Abstand festgehalten."

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Gemeindevertretung ist das oberste, im Verwaltungsweg anrufbare Organ der Gemeinde P. Die Voraussetzung, dass die oberste im Verwaltungsverfahren, sei es im Instanzenzug, sei es im Wege eines Antrages auf Übergang der Entscheidungspflicht anrufbare Behörde angerufen wurde (§ 27 Abs. 1 erster Satz VwGG) ist somit im Hinblick auf die Anrufung der Gemeindevertretung mit Devolutionsantrag erfüllt. Da der versäumte Bescheid nicht nachgeholt wurde und ein zulässiger Devolutionsantrag vorliegt, ist der Verwaltungsgerichtshof zuständig, in der Sache über den Antrag der Beschwerdeführerin auf Beseitigung baulicher Maßnahmen auf dem Grundstück Nr. 46/31 der KG T zu entscheiden.

Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen des Salzburger Baupolizeigesetzes 1997, LGBl. Nr. 40, zuletzt geändert durch das LGBl. Nr. 65/2004 lauten:

"Folgen der bescheidwidrigen oder nicht

bewilligten Ausführung baulicher Maßnahmen

§ 16

...

(3) Ist eine bauliche Anlage ohne Bewilligung ausgeführt oder ist ihre Bewilligung nachträglich aufgehoben worden, so hat die Baubehörde dem Eigentümer und allenfalls auch dem Veranlasser aufzutragen, die bauliche Anlage binnen einer angemessenen Frist zu beseitigen. Wird ein Ansuchen um nachträgliche Baubewilligung gestellt, darf eine Vollstreckung des Beseitigungsauftrages nicht eingeleitet oder fortgesetzt werden. Bei Versagung der nachträglichen Bewilligung beginnt die Frist zur Beseitigung ab Rechtskraft des Versagungsbescheides neu zu laufen.

(4) Die Bestimmung des Abs 3 gilt hinsichtlich des unzulässig Hergestellten sinngemäß, wenn die Ausführung auf Grund einer baubehördlichen Bewilligung erfolgt, von deren Inhalt aber nicht nur geringfügig abweicht. Der Beseitigungsauftrag ist diesfalls an den Bauherrn bzw den Eigentümer der baulichen Anlage zu richten.

(5) Geringfügige Abweichungen der Ausführung der baulichen Anlage vom Inhalt der Bewilligung sind von der Baubehörde nachträglich zu genehmigen. Hinsichtlich solcher Abweichungen kann die Baubehörde die Vorlage der erforderlichen Pläne und Unterlagen (§§ 4 und 5) verlangen. Bei Bauten, die unter § 17 Abs 4 fallen, kann die Genehmigung über Antrag im Überprüfungsbescheid erteilt werden.

(6) Wird durch eine bescheidwidrige oder nicht bewilligte Ausführung einer baulichen Maßnahme gegen eine Bestimmung betreffend Abstände zu der Grenze des Bauplatzes oder zu anderen Bauten verstossen, so steht dem hiervon in seinen subjektivöffentlichen Rechten verletzten Nachbarn das Recht der Antragstellung auf behördliche Maßnahmen nach Abs 1 bis 4 zu. Dies gilt nicht, wenn die bauliche Anlage 20 oder mehr Jahre ab Vollendung der baulichen Maßnahme, bei Bauten ab Aufnahme der auch nur teilweise Benutzung besteht. Der Antrag hat solche Gründe zu enthalten, die einen Verstoß gegen Abstandsbestimmungen als wahrscheinlich erkennen lassen.

(7) Dem Abweichen vom Baukonsens ist das Abweichen von im Zeitpunkt des Bauansuchens geltenden baurechtlichen

Vorschriften gleichzuhalten, soweit es nicht vom Baukonsens erfasst ist. Für derartige, geringfügige Abweichungen genügt die Angabe in der Bestätigung gemäß § 17 Abs 2 Z 1."

Die maßgeblichen Vorschriften des Salzburger Bebauungsgrundlagengesetzes, LGBI. Nr. 69/1968 i.d.F. LGBI. Nr. 107/2003, lauten:

"Lage der Bauten im Bauplatz

§ 25

(1) Die Bauten sollen im Bauplatz und zueinander so gelegen sein, dass sowohl sie als auch die auf benachbarten Bauplätzen bestehenden oder zu errichtenden Bauten eine ihrem Zweck entsprechende Besonnung und Belichtung erhalten und dass die dem Aufenthalt von Menschen dienenden Räume so weit wie möglich vor Lärmeinwirkung geschützt sind.

(2) Soweit nicht durch die im Bebauungsplan festgelegten Bebauungsgrundlagen Bestimmungen über die Lage der Bauten im Bauplatz vorgesehen sind und soweit nicht durch andere Rechtsvorschriften ein größerer Abstand der Bauten zu den Grenzen des Bauplatzes oder der Bauten zueinander vorgeschrieben ist, gelten hinsichtlich der Lage der Bauten im Bauplatz die nachstehenden Bestimmungen.

(3) Für den Abstand der Bauten von der Grundgrenze gegen die Verkehrsfläche gilt die Baufluchtlinie oder die Baulinie. Im Übrigen müssen die Bauten im Bauplatz so gelegen sein, dass ihre Fronten von den Grenzen des Bauplatzes jeweils einen Mindestabstand im Ausmaß von Dreiviertel ihrer Höhe bis zum obersten Gesimse oder zur obersten Dachtraufe, jedenfalls aber von 4 m, haben. Grenzt der Bauplatz an Flächen an, die ihrer Bodenbeschaffenheit nach nicht bebaubar sind (Gewässer, Böschungen u. dgl.), vermindert sich dieser Abstand um die Hälfte der Breite dieser Flächen, nicht jedoch unter 4 m. Die Höhe bis zum obersten Gesimse oder zur obersten Dachtraufe ist an der jeweiligen Front vom gewachsenen Gelände aus zu berechnen. Nicht als oberste Dachtraufe gelten hiebei Traufen von bloß geringfügiger Länge, die keinen negativen Einfluss auf die sonst gegebenen Besonnungs- und Belichtungsverhältnisse ausüben (Traufen von Krüppel- oder Schopfwalmen).

(4) Im Bauplatz muss jeder Bau von einem anderen einen Abstand von mindestens der Summe ihrer nach Abs. 3 vorgeschriebenen Grenzabstände haben. Hiebei gelten die im § 34 lit. a ROG 1998 angeführten Gruppen von Bauten sowie gekuppelt errichtete Bauten (§ 34 lit. b ROG 1998) als ein Bau. Diese Mindestabstandsbestimmung gilt nicht für eingeschoßige Nebenanlagen, die zu Wohnbauten gehören und dem Bedarf der Bewohner dienen.

...

(8) Die für die Baubewilligung zuständige Behörde kann auf Antrag die Unterschreitung der in den Abs. 3 und 4 festgesetzten Abstände durch Bescheid ausnahmsweise zulassen, wenn

a) die Einhaltung nach der besonderen Lage des Einzelfalles für den Ausnahmewerber eine unbillige Härte darstellt, wie etwa, wenn bestehende Bauten nicht in einer zur Erhaltung oder zeitgemäßen Wahrung ihrer Funktion dringend erforderlichen Weise geändert werden könnten oder die bauliche Ausnutzbarkeit der Grundfläche ausgeschlossen oder wesentlich beeinträchtigt wäre;

b) benachbarte Grundstücke oder Bauten und Anlagen

nicht erheblich beeinträchtigt werden, insbesondere nicht ihre

Bebaubarkeit bzw. das gewährleistete und erforderliche Tageslicht

verlieren oder in diesen Belangen wesentlich beeinträchtigt werden;

c) insgesamt der Vorteil des Ausnahmewerbers größer

ist als der Nachteil für die benachbarten Grundstücke, Bauten und

Anlagen und

d) die Lage des Baues sich nicht aus einem

Bebauungsplan ergibt.

Die Voraussetzung der lit a gilt nicht für zu Wohnbauten gehörige und dem Bedarf der Bewohner dienende eingeschossige Nebenanlagen, ebenso nicht die Voraussetzung der lit d, soweit es sich nicht um Festlegungen gemäß § 29 Abs 2 Z 12 und 16 ROG 1998 handelt.

Die Ausnahme kann mit der Baubewilligung verbunden werden. Parteien sind die Parteien des Baubewilligungsverfahrens. Bei der Festlegung der Lage der Bauten in einem Bebauungsplan kann in sinngemäßer Anwendung der vorstehenden Voraussetzungen eine Unterschreitung der Abstände gemäß Abs. 4 festgelegt werden."

Die oben dargestellten vorläufigen Sachverhaltsfeststellungen des Verwaltungsgerichtshofes vom 2. Jänner 2005 treffen zu und werden als erwiesene Sachverhaltsgrundlage für die vorliegende Entscheidung festgestellt, sie gründen sich auf die vorgelegten Bauakten und die weitgehend übereinstimmenden Stellungnahmen der Parteien im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof. Auch der von den beteiligten Parteien hervorgehobene Umstand, dass die Beschwerdeführerin anlässlich der Bauverhandlung vom 6. April 1990 der Errichtung von Terrasse und Geländer näher als 4 m zu ihrem Grundstück zugestimmt habe, könnte nichts daran ändern, dass für die Änderung des Dachflächenbereiches im angeführten Abstandsbereich im festgestellten Umfang eine Baubewilligung nicht erteilt worden ist und die Herstellung der Terrasse im Abstandsbereich von 4 m eine Abweichung von der mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde P vom 10. April 1990 bewilligten Terrasse darstellt. Auch liegt eine bloß geringfügige Abweichung von der Baubewilligung vom 10. April 1990 im Sinne des § 16 Abs. 4 erster Satz Salzburger Baupolizeigesetz nicht vor, weil das Ausmaß der Abweichung immerhin die Errichtung einer Terrasse von bis zu mehr als einem Meter näher zum Grundstück der Beschwerdeführerin hin beträgt, als es der Bewilligung entspräche. Daher war die Beseitigung dieser Abweichung aufzutragen, weil auch eine Abstandsnachsicht gemäß § 25 Abs. 8 des Bebauungsgrundlagengesetzes nicht rechtskräftig erteilt worden ist.

Der Umstand, dass für die Terrasse mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde P vom 29. November 2000 eine baubehördliche Bewilligung und eine Abstandsnachsicht erteilt worden ist, kann an diesem Ergebnis nichts ändern, weil der Tatbestand des § 16 Abs. 3 des Salzburger Baupolizeigesetzes 1997 auch erfüllt ist, wenn für die betroffene bauliche Anlage zwar eine Baubewilligung und eine Abstandsnachsicht erteilt ist, diese aber (hier: durch die Erhebung einer Berufung mit aufschiebender Wirkung) nicht rechtswirksam sind.

Soweit der Antrag der Beschwerdeführerin vom 23. Juli 1998 auf die Beseitigung des unbestritten im Jahr 1960 vollendeten Dachhäuschens gerichtet ist, war ihm schon deswegen nicht stattzugeben, weil der Beschwerdeführerin gemäß § 16 Abs. 6 zweiter Satz des Salzburger Baupolizeigesetzes 1997 mehr als 20 Jahre nach der Vollendung des Dachhäuschens kein Recht auf Geltendmachung eines Anspruches auf Beseitigung dieser baulichen Maßnahme mehr zusteht.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i. V.m. der VwGH-Aufwandsatzverordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 30. März 2005

#### **Schlagworte**

Baupolizei Baupolizeiliche Aufträge Baustrafrecht Kosten Konsenslosigkeit und Konsenswidrigkeit unbefugtes Bauen  
BauRallg9/2

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2005:2001060015.X00

#### **Im RIS seit**

03.05.2005

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>