

# TE Vwgh Erkenntnis 2004/6/15 2003/05/0248

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 15.06.2004

## Index

L37153 Anliegerbeitrag Aufschließungsbeitrag Interessentenbeitrag

Niederösterreich;

L81703 Baulärm Umgebungslärm Niederösterreich;

L82000 Bauordnung;

L82003 Bauordnung Niederösterreich;

L82250 Garagen;

L82253 Garagen Niederösterreich;

yy41 Rechtsvorschriften die dem §2 R-ÜGStGBI 6/1945 zuzurechnen

sind;

## Norm

BauO NÖ 1976 §111;

BauO NÖ 1976 §87 Abs2 idF 8200-1;

BauO NÖ 1996 §35 Abs2 Z3;

BauO NÖ 1996 §51 Abs1 Z3;

BauO NÖ 1996 §53;

BauRallg;

GaragenO NÖ 1979 §12 Abs4 lita;

RGaO §12 Abs4 lita;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident DDr. Jakusch und die Hofräte Dr. Kail, Dr. Pallitsch, Dr. Waldstätten und Dr. Moritz als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. König, über die Beschwerde

1. des Hans Felix und 2. der Rosemarie Felix, beide in Strasshof, beide vertreten durch Mag. Georg Riha, Rechtsanwalt in Wien 11, Simmeringer Hauptstraße 100a, gegen den Bescheid der Niederösterreichischen Landesregierung vom 7. Oktober 2003, Zl. RU1-V-03059/00, betreffend einen Abbruchauftrag (mitbeteiligte Partei: Marktgemeinde Strasshof an der Nordbahn, vertreten durch den Bürgermeister), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Niederösterreich hat den Beschwerdeführern Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Die Beschwerdeführer sind Eigentümer eines Grundstückes im Gebiet der mitbeteiligten Gemeinde mit einem darauf errichteten Haus samt einer angebauten Garage.

Die Baubewilligung für dieses Einfamilienhaus mit Garage, welche, von der Straße aus gesehen, an die rechte Grundgrenze angebaut ist, wurde den Beschwerdeführern mit Bescheid des Bürgermeisters der mitbeteiligten Gemeinde vom 28. September 1971 erteilt. Im zugrundeliegenden, bewilligten Bauplan ist im Bereich der rechten Grundgrenze eine Gebäudehöhe (Dachunterkante) von 6,00 m und eine Höhe der Garage (welche mit einem Flachdach versehen ist) von 3,00 m kotiert, gemessen vom angrenzenden Gelände. Dem (angrenzendes Gelände) entspricht auf der linken Seite des Gebäudes die Kotierung eines Niveaus von -0,30 m (das "Nullniveau" ist jenes des Erdgeschoßfußbodens des Wohnhauses; das Niveau des Bodens der Garage liegt etwas tiefer). In dem mit "Baubeschreibung" überschriebenen Abschnitt in der über die Bauverhandlung vom 6. September 1971 errichteten Niederschrift (welche Niederschrift mit dem Baubewilligungsbescheid zu einem Bescheidbestandteil erklärt wurde) heißt es "das Niveau, das ist die Höhenlage der Straße in der Straßenfluchtlinie, wurde wie folgt ermittelt: (Anmerkung: Bei diesem Satzteil handelt es sich um einen Vordruck) liegt 10 cm über dem derzeitigen Straßenniveau "(dieser zweite Satzteil ist in der Niederschrift teils maschinschriftlich und teils handschriftlich ergänzt).

Mit Bescheid des Bürgermeisters der mitbeteiligten Gemeinde vom 23. August 1984 wurde auf Grund der Endbeschau vom 18. Juni 1984 gemäß § 111 der Niederösterreichischen Bauordnung 1976 festgestellt, dass das Bauvorhaben bewilligungsgemäß ausgeführt worden sei, und die Benützungsbewilligung erteilt.

Auf Grund einer schriftlichen Anzeige von Nachbarn vom 30. Oktober 2001, das Haus und die Garage seien zu hoch errichtet worden, erfolgte am 28. Februar 2002 durch die Baubehörde eine Überprüfung an Ort und Stelle unter Beziehung eines bautechnischen Amtssachverständigen und der Beschwerdeführer. In der hierüber errichteten Niederschrift heißt es, es seien vor Ort sowohl die Gebäudehöhe der Garage als auch die Gebäudehöhe der Westseite (Anmerkung: das ist die Seite zur rechten Grundgrenze) des Hauptgebäudes gemessen worden. Als unterer Messpunkt für die Ermittlung der beiden Gebäudehöhen sei das Niveau des Gehsteiges an der Straßenfluchtlinie - im Bereich der Garagenzufahrt - herangezogen worden. Dieser untere Messpunkt werde mit dem im Bauplan angegebenen Niveau - 0,30 gleichgesetzt. Bezogen auf diesen Messpunkt sei eine Gebäudehöhe der Garage von 3,16 m ermittelt worden. Die Gebäudehöhe an der Seitenfront des Hauptgebäudes betrage - bezogen auf den festgelegten Messpunkt - 5,94 m, wobei wie im bewilligten Plan als oberer Messpunkt die Sparrenunterkante herangezogen worden sei. Die Festlegung des unteren Messpunktes erfolgte "in der o.a. Position", weil das seinerzeitige bewilligte Niveau nicht mehr nachvollziehbar sei. Es habe sich seinerzeit um eine unbefestigte Verkehrsfläche gehandelt. Augenscheinlich entspreche der Seitenabstand der Bewilligung. Eine exakte Messung des betreffenden Bauwandes sei nicht durchgeführt worden. Im Zuge der Überprüfung seien die Messergebnisse in skizzenhafter Form aufgezeichnet worden.

Der Amtssachverständige führte hiezu weiter aus, die Höhe des Hauptgebäudes entspreche der Bewilligung. Die Garage mit einer ermittelten Höhe von 3,16 m "sprenge" das bewilligte Ausmaß um 16 cm. Die "angetroffene Höhe" könne nachträglich nicht bewilligt werden, weil "in offener Bauweise" ein Nebengebäude im Bauwich eine maximale Gebäudehöhe von 3,00 m aufweisen dürfe.

In einem Schreiben vom 8. April 2002 vertrat ein von den Beschwerdeführern beigesetztes Bauunternehmen die Auffassung, die Garage sei bewilligungsgemäß ausgeführt worden. Das tatsächliche Straßenniveau sei jedoch im Zuge von nachträglich durchgeführten Straßenbauarbeiten auf die heutige Höhe abgesenkt worden. Dieses nunmehrige Straßenniveau könne demnach nicht zur Prüfung der Frage herangezogen werden, ob die Garage bewilligungsgemäß ausgeführt worden sei.

Erhebungen der Gemeinde ergaben eine Stärke der Asphaltdecke der Straße zwischen 6 und 8 cm, was die Baubehörde mit Erledigung vom 29. Juli 2002 den Beschwerdeführern vorhielt; in diesem Schreiben heißt es darüber hinaus unter anderem, die Gemeinde habe niemals einen Auftrag für Bauarbeiten erteilt, der Abgrabungsarbeiten (betrifft die Straße) im fraglichen Bereich umfasst hätte. Es sei lediglich die Asphaltierung der zum Zeitpunkt der Erteilung der seinerzeitigen Baubewilligung noch unbefestigten Straße und in weiterer Folge deren Wiederherstellung nach Kanalbauarbeiten in Auftrag gegeben worden. Es sei daher davon auszugehen, dass das Gelände in diesem Bereich seit dem Jahr 1971 unverändert geblieben sei, und dass sich Abweichungen gegenüber dem damals

bewilligten Niveau nur aus der Dicke der Asphaltdecke ergeben könnten. Wäre das Niveau der Straße abgesenkt worden, müsste sich daraus im Übrigen eine deutliche Erhöhung des Hauptgebäudes ergeben. Dies sei aber nicht der Fall.

Die nunmehr rechtsfreundlich vertretenen Beschwerdeführer äußerten sich ablehnend und verwiesen unter anderem darauf, mit dem Benützungsbewilligungsbescheid sei die bewilligungskonforme Ausführung unter anderem auch der Garage festgestellt worden.

Mit dem erstinstanzlichen Bescheid vom 5. November 2002 wurde den Beschwerdeführern der baupolizeiliche Auftrag erteilt, die Garage innerhalb von vier Monaten ab Rechtskraft des Bescheides abzubrechen.

Dies wurde nach Darstellung des Verfahrensganges zusammengefasst damit begründet, es sei unstrittig, dass das gegenständliche Garagengebäude mit einer Höhe von 3,0 m bewilligt worden sei und tatsächlich eine Höhe von 3,16 m aufweise, gemessen vom Niveau des Gehsteiges an der Straßenfluchlinie. Das Vorbringen der Beschwerdeführer, diese Abweichung resultiere lediglich aus einer Absenkung des Straßenniveaus, stelle eine unglaubliche Schutzbehauptung dar: Wie im Schreiben der Baubehörde vom 29. Juli 2002 festgehalten, seien seitens der Gemeinde zu keinem Zeitpunkt Abgrabungsarbeiten in diesem Bereich der Straße vorgenommen oder in Auftrag gegeben worden. Durch die Aufbringung einer Asphaltdecke, deren Stärke im Übrigen genau bekannt sei, auf der seinerzeit noch unbefestigten Straße könne es somit lediglich zu einer Erhöhung des vorhandenen Niveaus, nicht aber zu einer Absenkung gekommen sein. Dies stimme mit der bei der baubehördlichen Überprüfung am 28. Februar 2002 ermittelten Höhe des Hauptgebäudes überein. Im Übrigen hätte eine Absenkung des Straßenniveaus zur Folge gehabt, dass bei der Ausfahrt vom Grundstück ein deutlicher Niveauunterschied entstanden wäre, was die Beschwerdeführer nicht einmal behaupteten. Es sei daher davon auszugehen, dass das vom bautechnischen Amtssachverständigen im Zuge der Verhandlung am 28. Februar 2002 herangezogene Vergleichsniveau für die Beschwerdeführer durchaus günstig gewählt worden sei. Das bestehende Gebäude überschreite somit die bewilligte Höhe. Diese Abweichung sei wesentlich, weil sie nicht bewilligungsfähig sei. Auf Grund des maßgeblichen Bebauungsplanes gelte für das Grundstück der Beschwerdeführer die offene Bebauungsweise (wurde näher ausgeführt). Bei offener Bauweise dürften im seitlichen Bauwich Nebengebäude aber unter anderem nur dann errichtet werden, wenn die Gebäudehöhe nicht mehr als 3 m betrage. Im Hinblick hierauf sei gemäß § 35 Abs. 2 Z 3 erster Fall NÖ BO 1996 der Abbruch des Gebäudes aufzutragen gewesen.

Dagegen erhoben die Beschwerdeführer Berufung, die mit Berufungsbescheid des Gemeindevorstandes der mitbeteiligten Gemeinde vom 20. März 2003 als unbegründet abgewiesen wurde. (Die Berufungsbehörde schloss sich der Beurteilung der Behörde erster Instanz an).

Dagegen erhob die Beschwerdeführer Vorstellung, die mit dem angefochtenen Bescheid ebenfalls als unbegründet abgewiesen wurde. Zusammengefasst vertrat die belangte Behörde die Auffassung, aus der Benützungsbewilligung könne ein Recht auf Belassung eines konsenswidrigen Zustandes nicht abgeleitet werden, und schloss sich im Übrigen der Auffassung der Gemeindebehörden an.

Dagegen erhoben die Beschwerdeführer zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, der mit Beschluss vom 3. Dezember 2003, B 1571/03-3, die Behandlung der Beschwerde ablehnte und sie dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abtrat.

In ihrer über Auftrag des Verwaltungsgerichtshofes ergänzten Beschwerde machen die Beschwerdeführer inhaltliche Rechtswidrigkeit und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und in einer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 35 Abs. 2 Z 3 der Niederösterreichischen Bauordnung 1996, LGBl. 8200, hat die Baubehörde den Abbruch eines Bauwerks anzuordnen, wenn für das Bauwerk keine Baubewilligung oder Anzeige vorliegt und es unzulässig ist (erster Fall) oder (zweiter Fall) der Eigentümer den für die fehlende Baubewilligung erforderlichen Antrag oder die Anzeige nicht innerhalb der von der Baubehörde bestimmten Frist ab der Zustellung der Aufforderung hiezu eingebracht hat.

Wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat, setzt ein Beseitigungsauftrag voraus, dass die

Bewilligungspflicht sowohl im Zeitpunkt der Errichtung des Bauwerkes als auch im Zeitpunkt der Erteilung des Auftrages zu bejahen ist (siehe dazu beispielsweise die in Hauer/Zaussinger, Niederösterreichisches Baurecht6, zu E 4a bei § 35 BO angeführte hg. Judikatur), was nunmehr sinngemäß auch hinsichtlich anzeigepflichtiger Bauwerke gilt.

In Frage steht unter anderem, ob die von den Behörden des Verwaltungsverfahrens angenommene abweichende Ausführung der Garage vom erteilten Konsens (absolute Höhe über dem Bezugspunkt von 316 cm statt 300 cm) konsensbedürftig war (beziehungsweise in weiterer Folge konsensfähig ist). Wann die Garage tatsächlich errichtet wurde, ist den Verwaltungsakten nicht zu entnehmen, jedenfalls aber im Zeitraum zwischen der Erteilung der Baubewilligung (28. September 1971) und der Endbeschau (18. Juni 1984). Rechtsgrundlage für die Bewilligung der Errichtung von Garagen im seitlichen Bauwich war 1971 noch die Reichsgaragenordnung (RgaO), GBlÖ Nr. 1447/1939 (in der Fassung der Verordnung vom 13. September 1944, RArbBl. 1944, Teil I Seite 325), die in der Folge mit Kundmachung der NÖ Landesregierung vom 6. März 1979 als NÖ Garagenordnung, LGBI. 8200/3, wiederverlautbart wurde. Nach § 12 Abs. 4 lit. a RGaO (bzw. NÖ Garagenordnung) konnte die Baubehörde die Errichtung unter anderem von Kleingaragen auch an der Nachbargrenze (unter näher beschriebenen Voraussetzungen) zulassen, wobei sie "in jedem einzelnen Baufall oder allgemein das Höchstmaß für die Höhe der Garage" festsetzen konnte.

Mit der am 1. Jänner 1982 in Kraft getretenen Novelle LGBI. 8200-1 wurde die NÖ BauO 1976, LGBI. 8200, umfänglich geändert; zugleich (mit 1. Jänner 1982) trat die NÖ Garagenordnung außer Kraft. Die "Anordnung und Ausgestaltung von Abstellanlagen" war nunmehr im § 87 NÖ BO 1976 (in der Fassung der Novelle) geregelt. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung darf eine Kleingarage je Bauplatz bei offener Bebauungsweise im Vorgarten an der seitlichen Grundstücksgrenze oder im seitlichen Bauwich unter anderem dann angeordnet werden, wenn die Gebäudehöhe außer bei Kuppelung mit einer Kleingarage auf dem Nachbargrundstück (Anmerkung: dieser Fall liegt hier nicht vor) höchstens 2,50 m, gemessen an der Grundstücksgrenze zum Anrainer, beträgt. Diese Rechtslage galt auch noch zum Zeitpunkt der Endbeschau (wie auch zum Zeitpunkt der Erlassung des Benützungsbewilligungsbescheides vom 23. August 1984).

Aus dem Gesagten ergibt sich somit, dass in diesem Zeitraum eine geänderte Ausführung der Garage mit einer größeren Höhe jedenfalls nicht bewilligungsfrei war.

Die Beschwerdeführer meinen nun, sollte die Garage überhaupt abweichend vom Konsens errichtet worden sein, wäre dieser (von den Behörden behauptete) Mangel durch die Rechtskraft des Benützungsbewilligungsbescheides, mit welchem nicht nur die Benützungsbewilligung erteilt, sondern auch die bewilligungsgemäßige Ausführung des Vorhabens festgestellt worden sei, saniert worden. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Normativer Inhalt der Benützungsbewilligung gemäß § 111 NÖ BO 1976 ist die Erteilung der Benützungsbewilligung, wobei als Grundsatz gilt, dass die Benützungsbewilligung einen erforderlichen Baukonsens nicht zu ersetzen vermag. Lässt aber eine Benützungsbewilligung erkennen, dass damit bewilligungspflichtige Projektsänderungen bewilligt wurden, dann ist davon auszugehen, dass in Wahrheit zugleich auch eine Baubewilligung erteilt wurde (siehe dazu die in Hauer/Zaussinger, aaO, Seite 387 f wiedergegebene hg. Rechtsprechung). Im Beschwerdefall ist aber nicht zu erkennen, dass mit dem Benützungsbewilligungsbescheid auch eine Änderung der Höhe der Garage bewilligt worden wäre, zumal weder dem Bescheid noch der zugrundeliegenden Niederschrift zu entnehmen ist, dass diese Frage überhaupt thematisiert worden wäre.

Die Beschwerdeführer bestreiten die Richtigkeit der Annahme der Behörden des Verwaltungsverfahrens, die jetzige Gehsteigoberkante entspreche dem im Baubewilligungsbescheid angeordneten Bezugspunkt für das Niveau (10 cm über "dem derzeitigen Straßenniveau"). Es sei zwar möglich, dass das seinerzeitige Straßenniveau (unter der Asphaltdecke) nicht verändert worden sei, zwingend sei dies aber keineswegs. Es sei allgemein bekannt, dass auch eine Gemeindestraße aus Gründen der Befestigung, der Frostsicherheit, der Drainage von Regenwässern, etc. eines erheblichen Unterbaues bedürfe und zur Aufbringung der diversen erforderlichen Unterschichten Baggerarbeiten notwendig seien. Darauf seien aber die Behörden nicht ausreichend eingegangen.

Diese Argumentation ist zwar nicht von der Hand zu weisen, es kann aber dahingestellt bleiben, ob die Ausführungen der Gemeindebehörden im Zusammenhang mit der Asphaltierung der Straße, im fraglichen Bereich seien keine Abgrabungsarbeiten in Auftrag gegeben worden, die Gemeinde habe auch keine durchgeführt, ausreichend sind, um diese Argumente der Beschwerdeführer zu widerlegen. Im gemeindebehördlichen Verfahren wurde nämlich auch damit argumentiert, dass sich eine Absenkung des Straßenniveaus nicht nur auf die Höhe der Garage, sondern auch

auf die Höhe des Wohngebäudes hätte auswirken müssen, was aber nicht festgestellt worden sei. Tatsächlich ist im bewilligten Bauplan die Höhe der Garage mit 3,00 m und die Höhe (Dachunterkante) des Wohngebäudes mit 6,00 m ausgewiesen. Das ergibt eine Höhendifferenz von 3,00 m. Im gemeindebehördlichen Verfahren wurde aber - unwidersprochen - eine Höhe des Hauptgebäudes (Unterkante des Dachsparrens) von 5,94 m bei einer Garagenhöhe von 3,16 m festgestellt (was eine Differenz nicht wie im bewilligten Bauplan von 3,00 m, sondern lediglich von 2,78 m ergibt). Dass das Wohngebäude niedriger (oder auch ausgehend von einem tiefer angesetzten Null-Niveau) errichtet worden wäre, haben die Beschwerdeführer aber nie ins Treffen geführt. Davon ausgehend, erweist sich die Annahme der Behörden des Verwaltungsverfahrens, die Garage sei zu hoch, als schlüssig und unbedenklich.

Zu prüfen ist weiters, ob diese festgestellte Abweichung bewilligungsfähig ist, weil bei Bejahung dieser Frage (noch) nicht mit einem Abbruchauftrag, sondern mit einem Auftrag gemäß § 35 Abs. 2 Z 3 zweiter Fall BO 1996 vorzugehen ist. Diese Frage haben die Behörden des Verwaltungsverfahrens unter Hinweis auf § 51 NÖ BO 1996 verneint haben (woraus sie wiederum die Unzulässigkeit im Sinne des § 35 Abs. 2 Z 3 erster Fall leg. cit. abgeleitet haben).

Soweit im Beschwerdefall erheblich, dürfen gemäß § 51 Abs. 1 Z 3 NÖ BO 1996 im seitlichen Bauwich Nebengebäude errichtet werden, wenn die Gebäudehöhe dieser Nebengebäude nicht mehr als 3 m beträgt.

Die Behörden des Verwaltungsverfahrens sind davon ausgegangen, dass die Höhe der Garage 3,16 m betrage, somit mehr als die in § 51 Abs. 1 Z 3 normierten 3,00 m. Sie haben dabei aber übersehen, dass für die Frage, welche Gebäudehöhe maßgeblich ist, mangels abweichender Anordnung im § 51 Abs. 1 Z 3 BO 1996 die Bestimmung des § 53 BO 1996 maßgeblich ist (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 20. Dezember 2002, Zl. 2000/05/0272) und es - grundsätzlich - auf die mittlere Höhe der Gebäudefront ankommt, und zwar gegebenenfalls in Verbindung mit einer allfälligen Bewilligung einer Änderung der Höhenlage des Geländes (dieser Aspekt könnte deshalb eine Rolle spielen, weil die in der Niederschrift vom 28. Februar 2002 genannte Skizze darauf hindeutet, dass die Wandhöhe der Garage zwar 3,00 m betragen könnte, sich die strittige Überhöhung von 16 cm aber auf Grund einer Veränderung der Höhenlage des Grundstückes (Anschüttung) ergeben könnte). Nicht maßgeblich ist in diesem Zusammenhang (also zur Frage der Bewilligungsfähigkeit der tatsächlich errichteten Garage) der im seinerzeitigen Baubewilligungsbescheid vom 28. September 1971 festgesetzte Höhenbezugspunkt. In Verkennung dessen wurde aber im gemeindebehördlichen Verfahren die Frage einer allfälligen Bewilligungsfähigkeit der tatsächlich errichteten Garage (gegebenenfalls auch in Verbindung mit der Bewilligung einer Änderung der Höhenlage des Geländes) nach unrichtigen Kriterien geprüft, womit auch die Frage der "Unzulässigkeit" des Gebäudes im Sinne des § 35 Abs. 2 Z 3 erster Fall BO 1996 nicht abschließend beurteilt werden kann.

Dadurch, dass die belangte Behörde diesen Mangel des gemeindebehördlichen Verfahrens verkannte, belastete sie den angefochtenen Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit, weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBI. II Nr. 333/2003.

Wien, am 15. Juni 2004

### **Schlagworte**

Bewilligungspflicht Bauwerk BauRallg4Baubewilligung BauRallg6Baupolizei Baupolizeiliche Aufträge Baustrafrecht  
Kosten Konsenslosigkeit und Konsenswidrigkeit unbefugtes Bauen BauRallg9/2

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

ECLI:AT:VWGH:2004:2003050248.X00

### **Im RIS seit**

09.07.2004

### **Zuletzt aktualisiert am**

18.06.2012

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)