

Geschäftszeichen:

LVwG-2014/31/0154-1

Ort, Datum:

Innsbruck, 7.4.2014

**Ing. Mag. (FH) A Z und B Z, V;
Abweisung einer Berufung gegen einen Mängelbehebungsauftrag gemäß
§ 35 Abs 3 TBO 2011 – Beschwerde**

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Richter Mag. Christian Hengl über die Beschwerden der Ing. Mag. (FH) A Z und B Z, beide wohnhaft in Adresse, PLZ V, beide vertreten durch RA Dr. B S, Adresse, 6020 Innsbruck, gegen den Bescheid des Gemeinderates der Gemeinde V vom 7.10.2013, Zahl ***-*/2013-**/*,

zu Recht erkannt:

1. Gemäß § 28 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird die Beschwerde des Ing. Mag. (FH) A Z als **unbegründet abgewiesen**.
2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine **ordentliche Revision** an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG **unzulässig**.

Hinsichtlich der Beschwerde der B Z ergeht nachfolgender

B E S C H L U S S

1. Gemäß §§ 27 und 31 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird die Beschwerde mangels Parteistellung als **unzulässig zurückgewiesen**.
2. Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 25a VwGG eine **ordentliche Revision** an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG **unzulässig**.

Rechtsmittelbelehrung

Soweit die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof in Wien für zulässig erklärt worden ist, kann innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung dieser Entscheidung eine ordentliche Revision erhoben werden. Im Fall der Nichtzulassung der ordentlichen Revision kann innerhalb dieser Frist nur die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden.

Wenn allerdings in einer Verwaltungsstrafsache oder in einer Finanzstrafsache eine Geldstrafe von bis zu 750 Euro und keine Freiheitsstrafe verhängt werden durfte und im Erkenntnis eine Geldstrafe von bis zu 400 Euro verhängt wurde, ist eine (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof wegen Verletzung in Rechten *nicht* zulässig.

Jedenfalls kann gegen diese Entscheidung binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, erhoben werden.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen, und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde V vom 11.7.2013, Zahl ***-*/2013-**/*, wurde den nunmehrigen Beschwerdeführern als Bescheidadressat „*Familie B und A, Z*“ die weitere Ausführung des bereits begonnenen Bauvorhabens, das die Neugestaltung des Gartens samt Errichtung eines gemischten Pflanzen- und Schwimmteiches mit einer Füllmenge von 150 bis 200 m³ Wasser auf Gst. Nr ****, KG V, zum Inhalt hat, untersagt.

In Spruchpunkt 1. dieses Bescheides wurde zudem ausgeführt, dass um die nachträgliche baubehördliche Bewilligung innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Schreibens bei der Behörde anzusuchen sei.

Mit Spruchpunkt 2. wurde verfügt, dass der Baustellenbereich gemäß § 31 Abs 1 Tiroler Bauordnung so abzusichern sei, dass das Leben und die Gesundheit von Menschen und die Sicherheit von Sachen nicht gefährdet sowie unzumutbare Belästigungen der Nachbarn, insbesondere durch Lärm oder Staub, vermieden werden.

Begründend wurde ausgeführt, dass der hochbautechnische Sachverständigen Ing. H N am 8.7.2013 eine Besichtigung der bereits durchgeführten Baumaßnahmen vorgenommen und in der Stellungnahme vom 9.7.2013 zusammenfassend festgestellt hat, dass für die Errichtung

einer solchen baulichen Anlage allgemeine bautechnische Kenntnisse wesentlich berührt werden.

Zwar seien der Gartengestaltung dienende bauliche Anlagen wie Teiche gemäß § 1 Abs 3 lit m vom Geltungsbereich der Tiroler Bauordnung 2011 ausgenommen, Schwimmteiche seien jedoch darunter nicht zu subsumieren sondern vielmehr als bewilligungspflichtige Bauvorhaben zu qualifizieren.

Ergänzend wurde darauf hingewiesen, dass es sich beim Baugrundstück Gst. Nr ****, KG V, um eine als Freiland gewidmete Fläche handle und die Errichtung von Schwimmteichen im Freiland nicht zulässig sei.

Der fristgerecht dagegen von Ing. Mag. (FH) A Z und B Z erhobenen Berufung wurde mit dem nunmehr bekämpften Bescheid des Gemeinderates der Gemeinde V vom 7.10.2013 keine Folge gegeben.

In den fristgerecht dagegen erhobenen Vorstellungen wurde von den Beschwerdeführern nahezu wortgleich vorgebracht wie folgt:

*„Der Gemeinderat der Gemeinde V hat mit Bescheid vom 07.10.2013, GZ ***-*/2013-**/*, zugestellt am 11.10.2013, die Berufung des Vorstellungswerbers gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde V vom 11.07.2013 (ON 3) als unbegründet abgewiesen. Dieser Bescheid wurde dem Vorstellungswerber am 11.10.2013 zugestellt. Gegen diesen Bescheid erhebt Ing. Mag. (FH) A Z nunmehr binnen offener Frist*

Vorstellung

an die Tiroler Landesregierung und führt diese wie folgt aus:

Der Vorstellungswerber ist durch den angefochtenen Bescheid in seinem Recht auf den gesetzlichen Richter (verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht), Durchführung eines ordnungsgemäßen Verwaltungsverfahrens sowie auf Anwendung der Ausnahmebestimmungen des § 1 Abs 3 lit m und p TBO 2013 verletzt worden.

Dies wird nunmehr wie folgt begründet:

1. Unzuständigkeit des Gemeinderates:

Der Gemeinderat beruft sich im angefochtenen Bescheid in Bezug auf seine Zuständigkeit auf § 53 Abs 1 TBO 2011. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

„Außerhalb der Stadt Innsbruck ist Behörde im Sinn dieses Gesetzes der Bürgermeister, soweit in den Abs 2, 3 und 4 nichts anderes bestimmt ist. Über Berufungen gegen Bescheide des Bürgermeisters entscheidet der Gemeindevorstand. Gegen dessen Entscheidungen ist ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. “

Die Absätze 2 bis 4 dieser Bestimmung betreffen Sachverhalte, die im gegenständlichen Fall irrelevant sind. Aus welchen Gründen der Gemeinderat in dieser Sache zuständig sein sollte, ist unerfindlich. Dies umso mehr, als der Gemeindevorstand mit dieser Sache nicht einmal befasst wurde. Der Bürgermeister (oder die Gemeindeverwaltung) hat die gegenständliche Berufung dem Gemeindevorstand nie vorgelegt, dieser konnte sich nie damit befassen oder eine Entscheidung treffen. Es wurde schlicht eine GR-Sitzung einberufen, deren Tagesordnung eine Entscheidung über die gegenständliche Berufung zum Gegenstand hatte.

Diese Vorgangsweise ist nicht nur rechtswidrig (Anmaßung einer nicht gegebenen Entscheidungskompetenz), sondern auch verfassungswidrig (Verletzung des Vorstellungswerbers in seinem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf den gesetzlichen Richter).

Weder der Ladung zur GR-Sitzung vom 16.09.2013, noch dem vorhegenden Protokoll darüber ist zu entnehmen, weshalb der GR in dieser Sache formell und materiell zuständig sein sollte. Es hat ja nicht einmal eine Sitzung des Gemeindevorstandes gegeben, in der die Frage der Zuständigkeit erörtert werden hätte können, der Gemeindevorstand wurde schlicht übergangen, weshalb der angefochtene Bescheid schon aus diesem Grunde mit Rechtswidrigkeit belastet ist.

2. Befangenheit der Abteilung Bau- und Raumordnungsrecht beim Amt der Tiroler Landesregierung:

Bereits in der Berufung gegen den erstinstanzlichen Bescheid wurde vorgebracht, dass eine Äußerung des Leiters der Abteilung Baurecht und Raumordnung beim Amt der Tiroler Landesregierung (Dr. P T) als Grundlage für die rechtliche Beurteilung zitiert wird. Jetzt wird dieses Problem schlagend, weil genau diese Abteilung nunmehr für die Entscheidung über die gegenständliche Vorstellung (zumindest bis 31.12.2013) zuständig ist. Die gesamte Abteilung ist ob dieses Umstandes befangen. Wie sollte ein Mitarbeiter dieser Abteilung unbefangen entscheiden, wenn sich der eigene Chef gegenüber dem Bürgermeister bereits klar geoutet hat?

Fast schon skurril wird dieser Umstand durch die Begründung im angefochtenen Bescheid, der Bürgermeister habe sich bei der Auskunftsstelle geirrt und eigentlich den Gemeindeverband gemeint, als er Dr. P T von der Landesregierung zitierte. Fast schon strafrechtlich relevant wird die weitere Vorgangsweise des Bürgermeisters, wenn er einen von ihm selbst angefertigten Aktenvermerk nachträglich handschriftlich korrigiert und über dem Namen „Dr. P T“ anbringt:

„FALSCH, die Rechtsauskunft wurde H. BGM vom Gemeindeverband gegeben!“

Welcher vernünftig denkende Mensch kann dieser nicht besonders kreativen Ausrede Glauben schenken? In Wahrheit ist der Bürgermeister über diesen in der Berufung direkt angesprochenen Umstand erschrocken und/oder seitens des Landes wurde ihm signalisiert, dass dies nicht gerade eine besonders kluge Vorgangsweise war. Man war daher versucht,

diese „blöde Situation“ zu retten. Doch dies erfolgte mit unglaubwürdigen, untauglichen und rechtlich bedenklichen Mitteln. Dies aus folgenden Gründen:

a)

Bereits anlässlich des Lokalausweises am 10.07.2013 hat der Bürgermeister gegenüber dem Vorstellungswerber in Anwesenheit des beigezogenen Sachverständigen zum Ausdruck gebracht, dass er bei „Dr. P T vom Amt der Tiroler Landesregierung“ eine Rechtsauskunft eingeholt habe.

b)

Dieser Umstand wurde vom Bürgermeister in einem Aktenvermerk (Telefonprotokoll) eigens schriftlich festgehalten.

c)

Im Erstbescheid wurde nicht nur der Name des Behördenleiters, sondern auch sämtliche Funktion genau beschrieben:

„nach Rechtsauskunft beim Amt der Tiroler Landesregierung, Abteilung Bau- und Raumordnungsrecht, Herrn Dr. P T am 09.07.2013“

Wie glaubhaft ist es, wenn ein Bürgermeister nachträglich behauptet, nicht zwischen dem Amt der Tiroler Landesregierung und dem Tiroler Gemeindeverband unterscheiden zu können?

Wie glaubhaft ist es, wenn ein Bürgermeister nachträglich behauptet, nicht den Leiter der Baurechtsbehörde des Landes Tirol (Dr. P T), mit dem er laufend zu tun hat und 3/12 den er noch dazu ausdrücklich namentlich genannt hat, gemeint zu haben, sondern eine namentlich nicht genannte Auskunftsperson des Gemeindeverbandes?

Wie glaubhaft ist es, wenn ein Bürgermeister nachträglich behauptet, sich diesbezüglich nicht nur mündlich beim Lokalausweis, sondern sogar zweimal schriftlich geirrt zu haben? Der Bürgermeister fertigt einen Aktenvermerk an und erwähnt darin den genauen Namen seines Auskunftgebers (samt exakter Amtsbezeichnung), den er noch dazu persönlich aufgrund seiner langjährigen Amtstätigkeit kennt, nieder. Er unterschreibt dann auch noch einen Bescheid, in dem wiederum der ihm persönlich bekannte Dr. P T samt Amt zitiert wird. Erst nach einem entsprechenden Vorbringen in der Berufung „erkennt“ der Bürgermeister, dass er sich geirrt hat und ändert handschriftlich seinen eigenen Aktenvermerk....?

Wohl kein vernünftig denkender Mensch kann so eine abenteuerliche Geschichte glauben. Da hält ein öffentlicher Amtsträger ein in einer Rechtssache geführtes und für ihn wichtiges Telefonat mit einer ihm persönlich bekannten Person samt Datum und Gesprächsinhalt in einem Aktenvermerk schriftlich fest, teilt Inhalt und Gesprächspartner einer Verfahrenspartei unter Zeugen mit, erhebt dieses Gespräch sogar noch zu einer wesentlichen Grundlage für die Begründung einer von ihm selbst verfassten Entscheidung und kommt dann im Nachhinein, als ihm die Tragweite dieses (wohl nur zur eigenen Absicherung angeführten) Umstandes bewusst wurde, zur Erkenntnis, sich nicht nur in der Person des Gesprächspartners, sondern auch in der Auskunftsstelle gemeint zu haben. Er korrigiert dann sogar noch seinen eigenen Aktenvermerk!

Man stelle sich vor, ein solches „Kunststück“ würde ein rechtssuchender Normalbürger zustande bringen, wohl keine Behörde würde dies im Zuge der Beweiswürdigung als tatsächlichen Irrtum würdigen. Welchen Wert hätten dann noch Urkunden oder sonstige Schriftstücke eines Amtsträgers, wenn deren Inhalt so einfach vom erklärenden selbst als Irrtum erklärt und somit abgetan werden könnten, nur weil sich nachträglich herausstellt, dass sich das richtig Beurkundete als unangenehm herausstellt?

Dass diese plötzliche Irrtumserkenntnis beim Vorstellungswerber den Verdacht nährt, der Sinn läge unter Umständen nur darin, eine Befangenheit der von Dr. P T geleiteten Abteilung zu verhindern und damit eine Entscheidung jener Stelle zu ermöglichen, deren Leiter möglicherweise eine vom Bürgermeister gewünschte Rechtsmeinung vertritt, liegt auf Hand. Zum Beweis dafür, dass diese besagte Telefonauskunft tatsächlich vom Behördenleiter des Amtes der Tiroler Landesregierung erteilt wurde, wird gestellt der

ANTRAG

auf **Einvernahme folgender Zeugen:**

- *Dr. P T, Abteilung Bau- und Raumordnungsrecht, Adresse, 6020 Innsbruck;*
- *Ing. C M, p.A. Gemeinde V, Adresse, PLZ V;*
- *S P, Gemeindesekretärin, p.A. Gemeinde V, Adresse, PLZ V;*
- *F W, Amtsleiter, p.A. Gemeinde V, Adresse, PLZ V*

Diese Personen mögen als Zeugen unter Wahrheitspflicht zu diesem Themenbereich aussagen, wobei diese Einvernahmen, wie auch die Entscheidung in der Sache selbst, nicht von Mitarbeitern der Abteilung Bau- und Raumordnungsrecht erfolgen mögen.

Sollte die Entscheidung über diese Vorstellung aufgrund der Komplexität der Materie sowie der Notwendigkeit weiterer Erkundigungen und Erhebungen vor dem 31.12.2013 durch die Tiroler Landesregierung nicht mehr erfolgen, was vom Vorstellungswerber aufgrund der Kürze des noch verbleibenden Zeitrahmens und der anstehenden Weihnachtsfeiertage als durchaus nachvollziehbar und üblich erachtet wird, und dadurch die Zuständigkeit zur Entscheidung über diese Vorstellung ex lege an den neuen Tiroler Landesverwaltungsgerichtshof (Behandlung der Vorstellung als Beschwerde) übergehen, zieht der Vorstellungswerber alle oben angeführten Zeugenangebote zurück, weil dann die Frage einer Befangenheit der Mitarbeiter beim Amt der Tiroler Landesregierung keine Rolle mehr spielen würde. Das neu zuständige Landesverwaltungsgericht ist zweifellos in dieser Causa nicht befangen.

Weiters würde sich die Landesregierung im Falle des Überganges der Zuständigkeit zur Entscheidung über diese Vorstellung mit 01.01.2014 an das Landesverwaltungsgericht (Vorstellung wird als Beschwerde behandelt) eine leicht zu Missverständnissen führende Optik ersparen. Durch eine Entscheidung mit bindenden inhaltlichen Rechtsausführungen in der Sache selbst (nicht jedoch bei Wahrnehmung einer Unzuständigkeit) würden dem Rechtssuchenden unnötige Erschwernisse bei der nachprüfenden Kontrolle durch den VwGH aufgebürdet, die ab 01.01.2014 nicht gegeben sind. Die Landesregierung würde sich daher nicht nur jeglicher Befangenheitsdiskussion entziehen, sondern auch ein Verfahren vor dem

neu gegründeten Landesverwaltungsgerichtshof nach den in Kürze in Kraft tretenden Bestimmungen ermöglichen.

3. Unzuständigkeit der Baubehörde nach der TBO 2011:

Der Vorstellungswerber hat bereits in seiner Berufung gegen den Erstbescheid ausgeführt, dass die Tiroler Bauordnung 2011 **nicht** für **bauliche Anlagen**, die der **Gartengestaltung** dienen, wie Zierbrunnen, Teiche, Steingärten, Grillkamine und dergleichen (§ 1 Abs 3 lit m) und Badestege und dergleichen (§ 1 Abs 3 lit p) **gilt**.

Mit dieser Ausnahmebestimmung hat der Gesetzgeber angeordnet, dass die Zuständigkeit der Baubehörde für gärtnerische Bauführungen (beispielsweise angeführt sind die Anlage von Teichen) ausgeschlossen ist. Eine allfällige Bewilligungspflicht kann sich je nach Sachlage aus dem Wasserrechtsgesetz und/oder dem Naturschutzgesetz ergeben. Beim Katalog der Ausnahmen in § 1 Abs 3 werden etliche bauliche Anlagen aus dem Anwendungsbereich der Tiroler Bauordnung ausgenommen. Darunter sind auch einige Anlagen, die grundsätzlich in die Baurechtskompetenz des Landes Tirol für bauliche Anlagen fallen würden, aus Gründen der vom Gesetzgeber angestrebten "Verwaltungsökonomie" aber dem öffentlichen Baurecht nicht mehr unterhegen. Der Gesetzgeber wollte hinsichtlich dieser baulichen Anlagen dem Eigentümer mehr Eigenverantwortung einräumen und eine Beeinträchtigung des zivilrechtlichen Eigentums durch öffentliche Bauvorschriften vermeiden. Das Bauvorhaben der Berufungswerber fällt unter die genannten Ausnahmebestimmungen, dies aus folgenden Gründen:

A) Der Begriff Gartengestaltung:

a)

Gartengestaltung ist die künstlerische Gestaltung begrenzter Freiräume durch Pflanzen, Wege, Anschüttungen, Planierungen, Architekturelemente, Wasserspiele, Teiche und Bildwerke. Die Errichtung von Schwimmbecken in Gärten hat bereits lange Tradition und reicht bis in das Altertum zurück. Diese Tradition ist über das Mittelalter und die italienische Renaissance bis in die Neuzeit weitergeführt worden. Auch im Islam und in der japanischen Kultur spielten Teiche, Schwimmbecken und Wasserkanäle eine bedeutende Rolle (siehe auch Brockhaus Enzyklopädie). Heutzutage wird unter "Garten" in der Regel all das bezeichnet, was sich als Erholungsfläche bei einem Haus befindet. Dazu gehören vor allem Teiche aller Art. Selbst Schwimmbecken werden heute als Teile des Gartens angesehen und werden je nach Lage der Grundstücke und Geschmack der Eigentümer sogar bewusst als Gestaltungselement in den Garten eingebaut. Es gibt dazu eine Unmenge von Literatur, auch die Tiroler Tageszeitung bringt immer wieder Beilagen über Gartengestaltung, darin sind Teiche aller Art (somit auch Biotope mit Bademöglichkeit) schon zur Selbstverständlichkeit geworden.

Selbst der VwGH hat festgestellt, dass sogar die Errichtung eines Schwimmbeckens unter Gartengestaltung subsumiert (Schaffung von Erholungsflächen) werden kann (VwGH 23.06.2008, 2006/05/0015).

Nach dem Baulexikon ist der Garten entwicklungsgeschichtlich eine direkt an die Behausung angrenzende Fläche, die vor allem die Gefährtin des Urmenschen mit Nutzpflanzen bebaut hat, während jener auf die Jagd ging. Aus einem solchen Nutzgarten entwickelten sich im

Laufe der Menschheitsgeschichte der Ziergarten und zahlreiche Sonderformen vom Schlossgarten bis zum Schrebergarten. Baurechtlich gehört der Garten heutzutage zu den Außenanlagen, er dient den Menschen vor allem zur Erholung und Freizeitgestaltung. Beliebte Einrichtungen in Gärten sind der Gartenteich, das Gartenhaus und der Grillplatz, bei Familien mit Kleinkindern auch Klettergerüste, Sandkästen oder Spielhäuser.

Beim gegenständlichen Teich handelt es sich um ein künstlich angelegtes und gegen den Untergrund abgedichtetes stehendes Gewässer, das auch zum Baden geeignet ist. Der Begriff „Schwimmteich“ ist unpräzise. Eigentlich handelt es sich um ein Biotop für private Nutzung. Dabei werden die Begriffe Schwimmteich, Badeteich, Bioteich, biologischer Pool, Naturpool unterschiedlich verwendet. Eine Badenutzung ist nur innerhalb der kleinen Schwimmzone möglich, die Aufbereitungs- oder Regenerationszone wird mit Wasserpflanzen bepflanzt und dient der Reinigung des Wassers. Zwischen beiden Bereichen muss ein Wasseraustausch möglich sein.

Beim gegenständlichen Biotop mit Bademöglichkeit handelt es sich somit unzweifelhaft um eine der Gartengestaltung dienende bauliche Anlage.

An dieser Stelle muss nochmals betont werden, dass der Vorstellungswerber **nie bestritten hat, dass es sich hier um eine bauliche Anlage iSd Begriffsdefinition der TBO handelt**. Wenn sich der (unzuständige) Gemeinderat daher im angefochtenen Bescheid wiederum nur darauf stützt, dass für die Herstellung und Errichtung dieses Teiches bautechnische Kenntnisse erforderlich sind, so haben die Gemeinderäte entweder die Berufung nicht gelesen oder nicht verstanden.

Der Umstand, dass es sich beim Teich des Vorstellungswerbers um eine bauliche Anlage iSd TBO 2011 handelt ist unbestritten, natürlich benötigt man - wie für jede bauliche Anlage - auch bautechnische Kenntnisse. Die Ausführungen von H N (SV der Gemeinde) beziehen sich ausschließlich auf die Frage, ob eine bauliche Anlage iSd TBO 2011 vorliegt. **Doch dies ist nicht das ausschlaggebende Kriterium**. Maßgeblich ist ausschließlich der Umstand, dass es sich beim gegenständlichen Biotop um eine **der Gartengestaltung dienende bauliche Anlage** handelt. In der Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 3 heißt es wörtlich:

„Dieses Gesetz gilt nicht für folgende **bauliche Anlagen**:

m) der Gartengestaltung dienende **bauliche Anlagen** wie Zierbrunnen, **Teiche**, Steingärten, Grillkamine und dergleichen

p) Badestege und dergleichen “

Gerade weil es sich grundsätzlich um bauliche Anlagen iSd TBO handelt, mussten sie - nach dem Willen des Gesetzgebers - vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen werden. Die Frage, ob hier eine bauliche Anlage vorliegt, ist also völlig irrelevant, weil ohnehin außer Streit stehend.

Der Gesetzgeber hat in dieser Ausnahmebestimmung **keinerlei Angaben über Größe oder Funktionalität**, geschweige denn über einen Verwendungszweck gemacht. Es ist absolut uneinsichtig, weshalb ein Zierteich Gartengestaltung sein sollte und ein Zierteich, in dem

man auch baden kann, soll dies nicht mehr der Fall sein? Hier sind ein Unterschied oder eine sachliche Rechtfertigung nicht erkennbar.

Dasselbe gilt für Zierbrunnen, Grillkamine, Steingärten etc. Es gibt Zierbrunnen in jeder beliebigen Größe, kleine oder große Steingärten, kleine und große Teiche, was immer unter „klein“ oder „groß“ gemeint sein mag ...

Bei der Beurteilung dieser Ausnahmebestimmung ist in verfassungsrechtlicher Hinsicht nach sachlichen Kriterien vorzugehen. Es kann nicht einfach willkürlich gesagt werden, dieser Teich ist Gartengestaltung, der andere nicht mehr, weil er "zu groß" wäre. Auch kleine Zierteiche sind bauliche Anlagen und man benötigt dafür bautechnische Kenntnisse. Gefahrenquellen gehen - wenn überhaupt - von einem Zierteich in gleicher Weise aus, wie von einem Biotop, in dem man auch baden kann.

Darüber hinaus wird im Gutachten des Sachverständigen Ing. H N in keiner Weise begründet, weshalb ein Schwimmteich, der sich optisch von einem anderen Teich überhaupt nicht unterscheidet, plötzlich nicht mehr Gartengestaltung sein soll. Hier liegt eine **willkürliche Beurteilung** durch die Baubehörde vor, die sich nicht einmal auf Ausführungen des Sachverständigen stützen kann. Weder der Sachverständige, noch die Baubehörde geben ein Unterscheidungskriterium an und unterlassen auch eine nachvollziehbare Angabe, wohin nun eigentlich der baurechtlich relevante Unterschied liegen sollte.

Auch die Tiroler Bauordnung gibt keinerlei Hinweise auf eine bestimmte Größenordnung, innerhalb der noch von Gartengestaltung gesprochen wird und außerhalb derer plötzlich eine Bewilligungspflicht vorliegen sollte. Ein willkürliches Abstellen auf eine „Teichgröße“ ist vom Gesetz nicht gedeckt und daher rechtswidrig. **Das entscheidende Kriterium liegt ausschließlich in der Funktionalität und der Zweckbestimmung!**

Der Vorstellungswerber hat nichts anderes errichtet, als einen Hausgarten mit Biotop und Bademöglichkeit. Auch in Steingärten können sich Menschen bewegen und aufhalten und erholen. Grillkamine dienen ebenfalls der Erholung im Garten und werden von Menschen benutzt. Auch hier ist keine Größenangabe im Gesetz vorgesehen. Es ist verfassungsrechtlich nicht zulässig, die Anwendbarkeit einer Ausnahmebestimmung vom persönlichen Geschmack eines Sachverständigen oder von der nicht nachvollziehbaren Beurteilung eines Bürgermeisters abhängig zu machen.

Nach Art 18 Abs 1 B-VG darf **die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden**. Die Behörden dürfen daher nach diesem Baustein der Österreichischen Bundesverfassung und Rechtsstaatlichkeit ihren Entscheidungen nur auf der Basis bestehender Gesetze und Verordnungen treffen und können nicht willkürlich nach eigenem Gutdünken entscheiden. Auch jedes Ermessen darf nur im Rahmen der Gesetze ausgeübt werden. Größenangaben sind in der TBO bei den genannten Ausnahmen nicht enthalten, spielen daher auch keine Rolle bei der Anwendung dieser Ausnahmen.

Gesetze sind in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen und hier sind wohl unzweifelhaft alle baulichen Anlagen ausgenommen, die der Gartengestaltung, also der Schaffung eines persönlichen privaten Erholungsbereiches, dienen. Allein schon durch das Wohnort "dienen" ist ein klarer Hinweis auf die Maßgeblichkeit des Verwendungszweckes zu entnehmen. Ob ein

Garten seiner Größe nach mit dem dazugehörigen Wohnhaus in einem vernünftigen Verhältnis steht, ist nach Maßgabe der örtlichen Verhältnisse, der konkret gegebenen Wohnverhältnisse, der Anzahl der möglichen vorhandenen Nutzer etc zu beurteilen. Eine m²-Anzahl oder ein sonstiges nicht am Verwendungszweck orientiertes Merkmal darf nicht für die Beurteilung dafür herangezogen werden, ob eine bauliche Anlage vom Anwendungsbereich der Tiroler Bauordnung ausgenommen ist oder nicht.

Zum Beweis für die Subsumierung des Teiches des Vorstellungswerbers unter den Begriff „Gartengestaltung“ wird gestellt der

ANTRAG

auf Einholung eines Fachgutachtens eines gerichtlich beeideten Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Gartengestaltung. Es handelt sich hier um ein eigenes Fachgebiet, wofür in der Liste der Gerichtssachverständigen 49 Eintragungen zu finden sind, davon drei, die im Bereich des LG Innsbruck tätig sind. Einige haben sogar einen besonderen Hinweis auf ihre Qualifikation für Schwimmteiche, Badeteiche, Naturpools, Naturerlebnisbäder, künstlich angelegte Biotope und Zierteiche angeführt. Weiters wird der Behörde ein Fachbuch vorgelegt, aus dem sich ergibt, dass jede Form von Teichen zur Gartengestaltung gehört. Der Tiroler Gesetzgeber hat daher auch bewusst nur den allgemeinen Ausdruck „Teiche“ verwendet und dadurch keine Einschränkung vornehmen und jede mögliche Teichform ausnehmen wollen.

b)

*Im öffentlichen Recht ist bei einer Interpretation nach jenen grundlegenden Regeln des Rechtsverständnisses vorzugehen, die im ABGB für den Bereich der Privatrechtsordnung normiert sind. § 6 ABGB verweist zunächst auf die Bedeutung des Wortlautes in seinem Zusammenhang. Dabei ist grundsätzlich zu fragen, welche Bedeutung einem Ausdruck nach dem allgemeinen Sprachgebrauch oder nach dem Sprachgebrauch des Gesetzgebers zukommt. Dafür müssen die objektiven, jedermann zugänglichen Kriterien des Verständnisses statt des subjektiven Verständnishorizonts der einzelnen Beteiligten im Vordergrund stehen. In diesem Sinne vertritt der VwGH die Auffassung, dass die Bindung der Verwaltung an das Gesetz nach Art 18 B-VG einen **Vorrang des Gesetzeswortlautes aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und der demokratischen Legitimation der Norm bewirke** und den **dem Gesetz unterworfenen Organen die Disposition über das Verständnis möglichst zu entziehen** sei. Dies bedeute bei Auslegung von Verwaltungsgesetzen einen **Vorrang der Wortinterpretation** in Verbindung mit der grammatikalischen und der systematischen Auslegung sowie äußerste Zurückhaltung gegenüber der Anwendung sogenannter "korrigierender Auslegungsmethoden". Daher ist zunächst nach dem Wortsinn zu fragen. Hier stellt die Heranziehung einer gängigen Enzyklopädie zur Auslegung - sofern eine Legaldefinition wie im gegenständlichen Fall fehlt - eine zulässige Methode zur Ermittlung des Begriffsinhaltes dar (VwGH 26.09.2002, 2001/06/0047 uva).*

Nur dann, wenn sich aus der Wortinterpretation keine Anhaltspunkte ergeben, also der Wortlaut des Gesetzes unklar bleibt, kann zur Auslegung auf die Materialien zurückgegriffen

werden. Die in Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommende Absicht des historischen Gesetzgebers ist aber weder das einzige noch das wichtigste Mittel der Gesetzesauslegung. Stehen die Materialien in eindeutigem Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes, sind sie für die Auslegung bedeutungslos (Hinweis E VwGH 6.7.1990, 89/17/0110, mit weiteren Nachweisen, und E VwGH 21.12.1990, 90/17/0344, sowie E VfGH VfSlg 5153/1965).

Auch in der Rechtsprechung des VwGH kommt die Auffassung zum Ausdruck, dass der Wortlaut des Gesetzes mit seiner Systematik und seinem Zusammenhänge mit anderen Gesetzen jedenfalls über der Meinung der Gesetzesredaktoren steht. Auf Erkenntnisquellen außerhalb des kundgemachten Gesetzes (Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage, Parlamentarische Protokolle etc) darf nur zurückgegriffen werden, wenn die Ausdrucksweise des Gesetzgebers Zweifel aufwirft; für sich allein können sie über den normativen Inhalt einer Rechtsvorschrift nichts aussagen (VwGH 29.11.2012,2011/01/0167).

Bereits der Wortlaut der hier maßgeblichen Ausnahmebestimmung ist eindeutig. Ein (Bio-)Teich mit Bademöglichkeit ist heute bereits fixer Bestandteil des Begriffes Gartengestaltung. Unzählige Fachwerke, wissenschaftliche Abhandlungen, Broschüren, Internetdarstellungen etc. belegen dies.

Ein weiterer eindrucksvoller Beweis dafür ist zB auch die Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Berufsausbildung im Lehrberuf Garten- und Grünflächengestaltung (Garten- und Grünflächengestaltung-Ausbildungsordnung), BGBl 152/2006 (II). Der Lehrberuf Garten- und Grünflächengestaltung umfasst ein generell verordnetes Berufsbild, darin sind unter anderem bereits im ersten Lehrjahr Grundkenntnisse von technischen und naturnahen Wasseranlagen, wie Teiche, Bachläufe, Schwimmteiche, ausdrücklich im Verordnungstext angeführt. Im zweiten Lehrjahr werden Kenntnisse davon und im dritten Lehrjahr wird das „Erstellen von technischen und naturnahen Wasseranlagen, wie Teiche, Bachläufe, Schwimmteiche“ gelehrt (§ 3 Abs 1 Z 16 dieser VO). Wenn die Errichtung eines Schwimmteiches sogar zum gesetzlich vorgeschriebenen Berufsbild der Garten- und Grünflächengestaltung gehört, dann kann wohl nicht mehr ernsthaft bestritten werden, dass ein Biotop mit Bademöglichkeit nicht „der Gartengestaltung dient“.

c)

Bezugnehmend auf die von den Gemeindebehörden erachtete Relevanz der „Größe“ darf noch auf das Bäderhygienegesetz verwiesen werden. Danach sind nur solche Kleinbadeteiche bewilligungspflichtig, wenn sie im Rahmen einer der Gewerbeordnung unterliegenden Tätigkeit betrieben werden. Dieses Gesetz enthält auch eine Legaldefinition darüber, wann ein Kleinbadeteich vorhängt. Diese lautet:

„Kleinbadeteiche sind künstlich angelegte, gegenüber dem Grundwasser abgedichtete, mit oder ohne technische Einrichtungen versehene Teiche, deren Oberfläche **kleiner als 1,5 ha** ist (2 Abs 5 Bäderhygienegesetz).“

Beim Teich des Vorstellungswerbers handelt es sich um ein Biotop mit Bademöglichkeit im Ausmaß von ca 140 m² Wasserfläche, wobei sich die Bademöglichkeit auf ca 40 m²

beschränkt. Nach der zitierten Gesetzesstelle hegt bei Flächen bis 1.500 m² immer noch ein Kleinbadeteich vor.

Das Größenargument ist daher mehrfach unzutreffend und absurd.

Aus all diesen Gründen hegt hier zweifellos eine bauliche Anlage vor, die der Gartengestaltung dient, weshalb die Tiroler Bauordnung darauf nicht anzuwenden ist. **Der angefochtene Bescheid wurde somit von einer für diese bauliche Anlage unzuständigen Behörde erlassen und ist nichtig.**

d)

An dieser Stelle muss auch darauf hingewiesen werden, dass es der Behörde nicht erlaubt ist, eine (mögliche) Gesetzeslücke durch Maßnahmen der Vollziehung zu ersetzen. Wenn es die Behörden für unbefriedigend halten mögen, dass der hier gegenständliche Teich von der TBO ausgenommen ist, dann ist dies ein Problem des Gesetzgebers und nicht der die TBO vollziehenden Behörde, die sich dadurch quasi zum Gesetzgeber „aufspielt“.

Das in der Verfassung ebenfalls tragende Prinzip der Gewaltentrennung würde durch eine solche Vorgangsweise verletzt.

Es läge am Tiroler Gesetzgeber, eine sachlich gerechtfertigte Größenordnung für Teiche einzuführen oder das Gesetz überhaupt abzuändern, wenn man solche baulichen Anlagen einer Bewilligungspflicht zuführen wollte. Solange dies nicht geschehen ist, kann sich jeder Bürger auf die Bewilligungsfreiheit berufen.

Dies ist zB im Bezirk X bereits mehrfach geschehen. In vielen Gemeinden des *** bestehen bereits etliche Bioteiche mit Bademöglichkeit. Noch kein einziger wurde baurechtlich verhandelt, jeder Bürgermeister hat verstanden, dass hier eben für bauliche Anlagen der Gartengestaltung eine Ausnahme vom Anwendungsbereich der TBO vorhegt.

B) Freilandnutzung:

Richtig ist, dass in § 41 Abs 2 TROG 2011 Aufzählungen über Anlagen vorhanden sind, die im Freiland errichtet werden dürfen. Diese Aufzählungen beziehen sich jedoch aufgrund der Systematik dieses Gesetzes ausschließlich auf Anlagen, auf die die Tiroler Bauordnung 2011 anzuwenden sind. Beim TROG 2011 handelt es sich um öffentlich rechtliche Bestimmungen, die bezogen auf den einzelnen Bürger als Adressaten nur im Zusammenhang mit der Anwendung der Tiroler Bauordnung vollzogen werden können. Es gibt im Katalog des § 1 Abs 3 TBO 2011 etliche bauliche Anlagen, die unzweifelhaft vom Anwendungsbereich der TBO 2011 ausgenommen, auch in § 41 Abs 2 TROG 2011 nicht erwähnt sind und dennoch im Freiland aufgestellt werden dürfen. Es gibt in Tirol unzählige bauliche Anlagen, die im Freiland errichtet wurden, vom Anwendungsbereich der TBO 2011 aber ausgenommen sind und auch nicht im Zulässigkeitskatalog des § 41 TROG 2011 aufscheinen. All diese Anlagen müssten entfernt oder mit einer Sonderflächenwidmung versehen werden, würde man der rechtlichen Beurteilung des Gemeinderates folgen.

Die Unzulässigkeit dieser rechtlichen Vorgangsweise ergibt sich auch daraus, dass das TROG 2011 keinerlei Strafbestimmungen oder sonstige Bestimmungen enthält, aufgrund derer man Vorschriften dieses Gesetzes unmittelbar gegenüber vermeintlichem Übertreten durchsetzen könnte. Das Tiroler Raumordnungsgesetz ist im Hinblick auf die Zulässigkeit von Anlagen ausschließlich über die Tiroler Bauordnung umzusetzen. Alles andere wäre auch verfassungswidrig, weil dann über das Instrument der Raumordnung auch Anlagen verhindert werden könnten, die aus Kompetenzgründen nicht dem Anwendungsbereich der Tiroler Bauordnung unterliegen. Bei verfassungskonformer Interpretation des TROG 2011 muss man daher zum Ergebnis gelangen, dass Anlagen, die vom Anwendungsbereich der TBO 2011 ausgenommen sind, von den Bestimmungen des Tiroler Raumordnungsgesetzes nicht unmittelbar betroffen sind.

Der Gemeinderat kann als (unzuständige) Baubehörde nicht die Zulässigkeit einer Anlage nach TROG 2011 beurteilen oder sanktionieren, wenn er gar nicht zuständige Behörde nach TBO 2011 ist. Die Behörden nach § 53 Abs 1 TBO 2011 können ausschließlich als Baubehörden tätig werden. Bei Anlagen im Ausnahmebereich sind sie eben unzuständig und können somit auch Vorschriften des Tiroler Raumordnungsgesetzes nicht vollziehen. Wenn der GR daher ausführt, dass im Freiland ein Schwimmteich nicht errichtet werden dürfe, dann kommt ihm für eine solche Feststellung nur dann Kompetenz zu, wenn diese Anlage nach den Bestimmungen der TBO 2011 zu beurteilen wäre, was aber nicht der Fall ist.

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch der Umstand, dass das TROG 2011 lediglich in § 13 Strafbestimmungen in Bezug auf Freizeitwohnsitze normiert, hier werden bestimmte Handlungen dezidiert als Verwaltungsübertretungen bezeichnet und können von der Bezirksverwaltungsbehörde auch verfolgt werden. Alle anderen im TROG 2011 enthaltenen Verpflichtungen stehen nicht unter unmittelbarer Strafsanktion, sondern können nur über die Bestimmungen der Tiroler Bauordnung vollzogen werden. Hier sind auch spezielle Bestimmungen enthalten, dass Bauvorhaben (sofern vom Gesetz nicht ausgenommen) nur auf entsprechend gewidmeten Flächen errichtet werden dürfen. Wenn jemand hingegen beispielsweise im Freiland eine Anlage errichtet, die in der Aufzählung des § 41 nicht angeführt sind, dann ist dies nur dann strafbar, wenn diese Anlage nach den Bestimmungen der TBO 2011 zu beurteilen und von ihrem Anwendungsbereich nicht ausgenommen ist.

Zusammenfassend ist daher in diesem Zusammenhang auszuführen, dass die Bestimmungen des Tiroler Raumordnungsgesetzes für den gegenständlichen Fall nur dann von Bedeutung sind, wenn die verfahrensgegenständliche Anlage unter die Bestimmungen der TBO 2011 fällt und von ihrem Anwendungsbereich nicht ausgenommen ist.

*Interessant ist in diesem Zusammenhang auch der Umstand, dass die BH X gegen den Vorstellungswerber zwar ein Strafverfahren wegen der angeblichen Nichtbefolgung eines Bescheides des Bürgermeisters und wegen konsensloser Errichtung einer baulichen Anlage eingeleitet hat (GZ AN-**-2013/*BH X), der Vorwurf, im Freiland eine nicht unter § 41 Abs 2 TROG erwähnte bauliche Anlage errichtet zu haben, fehlt. Dies sicherlich nicht ohne Grund, es fehlt eben im TROG eine Bezug habende Strafbestimmung, dies ist immer nur bei Anwendbarkeit der TBO gegeben.*

3. Weitere Argumente:

A)

Die Vorschriften nach § 31 Abs 1 TBO 2011 sind gesetzeswidrig, weil das Bauvorhaben zum Zeitpunkt der Zustellung des angefochtenen Bescheides bereits ausgeführt war und sich diese Bestimmung nur auf Zustände "bei der Ausführung eines Bauvorhabens" bezieht. Darauf ist der GR in der angefochtenen Entscheidung gar nicht eingegangen.

B)

Die Vorschreibung, binnen Monatsfrist ein Bauansuchen einzubringen, geht ebenfalls ins Leere, weil das Bauvorhaben der Tiroler Bauordnung - wie oben bereits ausgeführt - nicht unterhegt.

Dies gilt auch für eine allfällige folgende Vorschreibung, den ursprünglichen Zustand wieder herzustellen. Solange nicht rechtskräftig entschieden ist, ob das gegenständliche Bauvorhaben der Tiroler Bauordnung unterliegt, kann kein Wiederherstellungsauftrag erfolgen.

Aus all diesen Gründen stellt A Z den

ANTRAG,

den bekämpften Bescheid des Gemeinderates der Gemeinde V vom 07.10.2013 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben und die Rechtssache an die zuständige Behörde der Gemeinde V zurückzuverweisen."

Von B Z wurde in der nunmehr als Beschwerde zu wertenden Vorstellung zudem ausgeführt, dass im angefochtenen Bescheid nicht zum Ausdruck gebracht worden sei, ob ihrer Berufung Folge gegeben worden sei oder nicht. Zumal „aus Vorsichtsgründen“ davon ausgegangen werden müsse, dass auch die Berufung der B Z abgewiesen worden sei, erhebt auch letztere das Rechtsmittel der Vorstellung.

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in den erstinstanzlichen Bauakt.

II. Erwägungen:

Gemäß Art 151 Abs 51 Z 8 B-VG gehen bei den Gemeindeaufsichtsbehörden am 31.12.2013 anhängige Vorstellungsverfahren mit 1.1.2014 auf das Landesverwaltungsgericht über.

Soweit das Verwaltungsgericht nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, hat es den angefochtenen Bescheid aufgrund der Beschwerde oder aufgrund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung zu überprüfen (vgl § 27 VwGVG).

Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen (§ 28 Abs 1 VwGVG).

Zunächst ist hinsichtlich der gerügten **Nichtabsprache über die Berufung der B Z** auszuführen, dass der Beschwerdeführer Ing. Mag. (FH) A Z in der Berufung vom 23.7.2013 selbst ausgeführt hat:

„B Z ist weder Miteigentümerin jenes Grundstückes, auf dem das gegenständliche Vorhaben errichtet wurde, noch ist sie Auftraggeberin, das betrifft ausschließlich A Z. Weshalb B Z mit dem angefochtenen Bescheid in Anspruch genommen wurde, ist nicht erkenntlich und noch weniger nachvollziehbar. ...“

Dementsprechend führt der nunmehr bekämpfte Berufungsbescheid, der eine inhaltliche Überprüfung des bekämpften Bescheides vornimmt und diesen in jede Richtung abzuändern vermag, statt „Familie B und A, Z“ nunmehr ausschließlich „Ing. Mag. (FH) A Z“ als Bescheidadressat an.

Vor dem Hintergrund, dass Ing. Mag. (FH) A Z vor dem Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde V vom 11.7.2013, Zahl ***-*/2013-**/*, nicht mittels Baugesuch oder Bauanzeige sondern bloß mittels formlosem Mail vom 21.6.2013 an die Gemeinde V herangetreten ist und informativ mitteilte, dass eine nicht der Tiroler Bauordnung unterliegende Neugestaltung des Gartens vorgenommen werde – somit kein Bauwerber benannt wurde – kann in der von der Gemeinde V gewählten Vorgangsweise auch keinerlei Beeinträchtigung von subjektiven Rechten der Beschwerdeführer erblickt werden.

Beide Beschwerdeführer wurden in der Zustellverfügung des Mängelbehebungsauftrages angeführt, beide Bescheidadressaten haben gegen diesen Bescheid Berufung erhoben.

In der nunmehr bekämpften Berufungsentscheidung wurde der Bescheidadressat – auf Grund des oben angeführten Vorbringens des Ing. Mag. (FH) A Z – folgerichtig auf „Ing. Mag. (FH) A Z“ berichtigt und wurde die Berichtigung des Bescheidadressaten auch der B Z zur Kenntnis gebracht.

Dementsprechend ist B Z nicht mehr Partei dieses Verfahrens und war ihre Beschwerde dementsprechend mit Beschluss als unzulässig zurückzuweisen.

Hinsichtlich der geltend gemachten **Unzuständigkeit des Gemeinderates der Gemeinde V als Baubehörde II. Instanz** ist auszuführen, dass der Gemeindevorstand der Gemeinde V aus vier Mitgliedern besteht. Neben dem Bürgermeister und dem Vizebürgermeister gehören diesem noch Ing. Mag. (FH) A Z und E Tan.

Da in der konstituierenden Sitzung des Gemeinderates keine Ersatzmitglieder bestimmt wurden, waren zwei von vier Mitgliedern des Gemeindevorstandes der Gemeinde V befangen, konkret der Bürgermeister der Gemeinde V, da er den angefochtenen Bescheides erlassen hat (§ 7 Abs 1 Z 4 AVG) und der Gemeindevorstand Ing. Mag. (FH) A Z als Bauwerber selbst (§ 29 Abs 1 lit a TGO).

Dementsprechend war keine Beschlussfähigkeit des Gemeindevorstandes der Gemeinde V gegeben, zumal lediglich zwei stimmberechtigte Gemeindevorstandsmitglieder verblieben sind (§ 48 Abs 6 TGO).

Die Befassung des Gemeinderates der Gemeinde V mit der gegenständlichen Berufung war somit gemäß §§ 29 Abs 7 iVm 48 Abs 6 TGO geradezu indiziert.

Zum Themenkreis **Unzuständigkeit der Baubehörde** nach der TBO 2011, weil die Tiroler Bauordnung 2011 nicht für bauliche Anlagen, die der Gartengestaltung dienen, gelte, ist auszuführen wie folgt:

Gemäß § 1 Abs 3 lit m Tiroler Bauordnung 2011 gilt dieses Gesetz nicht für der Gartengestaltung dienende bauliche Anlagen wie Zierbrunnen, Teiche, Steingärten, Grillkamine und dergleichen.

Den im Akt einliegenden planlichen Darstellungen und Lichtbildern ist zu entnehmen, dass das Vorhaben auf einer unbebauten Fläche, die derzeit als Freiland ausgewiesen ist, errichtet werden soll.

Das Bauvorhaben sieht die Errichtung einer Teichanlage, welche aus einem Schwimmbereich, einem Reinigungsrandbereich (Biotop), einem hölzernen Zugangssteg mit angeschlossener Plattform und einem Einstieg bestehen soll, vor.

Alle wasserführenden Bereiche sind mit einer verschweißten Teichfolie abgedichtet. Der Untergrund der einzelnen Bereiche musste vor Aufbringen der auf einem Vlies verlegten Teichfolie mittels Sand fachgerecht geebnet und geglättet werden, um eine Beschädigung der Folie zu vermeiden und wurde in diesem Bereich auch eine Stützmauer errichtet.

Der Lichtbildbeilage der Polizeiinspektion X vom 18.7.2013 sind umfangreiche und großflächige bauliche Maßnahmen zu entnehmen.

Bereits aus der Baubeschreibung und dem im Akt einliegenden Lichtbildern lässt sich schlussfolgern, dass das gegenständliche Bauvorhaben mit den in § 1 Abs 3 lit m angeführten, nicht der Tiroler Bauordnung unterliegenden baulichen Anlagen, hinsichtlich Funktion und Größe nicht verglichen werden kann.

Unstrittig ist zudem, dass dem Badeteich Schwimmfunktion zukommt und § 6 Abs 3 lit b letzter Halbsatz TBO 2011 offene Schwimmbecken ausdrücklich als der Tiroler Bauordnung unterliegende bauliche Anlagen definiert. Wenn jedoch bereits offene Schwimmbecken der Tiroler Bauordnung unterliegen sollen, so hat dies umso mehr für Badeteiche mit einem Wasservolumen von 150 bis 200 m³ und daran anknüpfenden massiven baulichen Anlagen zu gelten.

Hier ist insbesondere ist auf die gesicherte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, wonach selbst bei der Herstellung eines Aufstellschwimmbeckens mit einem Durchmesser von 4,5 Meter und einer Höhe von 1,2 Meter und einem Wasservolumen von 16 m³ (somit ca einem Zehntel des gegenständlichen Badeteiches) jedenfalls bautechnische

Kenntnisse der Statik und auch in Bezug auf die Fundamentierung dieses Beckens erforderlich sind. Aus diesem Grund müsse das offene Schwimmbecken „als eine sonstige bauliche Anlage im Sinne des § 20 Abs 1 lit e TBO 2001, bei der allgemeine bautechnische Erfordernisse im Sinne des § 16 Abs 1 TBO 2001 wesentlich berührt werden“ angesehen werden (vgl VwGH 30.5.2006, 2004/06/0210).

Eine Subsumierung des gegenständlichen Bauvorhabens unter § 1 Abs 3 lit m TBO 2011 kam sohin nicht in Betracht und konnte auf der Grundlage dieser Ausführungen die in der Beschwerde beantragte Einholung eines Fachgutachtens eines gerichtlich beeideten Sachverständigen aus dem Gebiet der Gartengestaltung unterbleiben.

Es war daher entsprechend den Ausführungen im bekämpften Bescheid davon auszugehen, dass es sich beim gegenständlichen Badeteich samt Nebenanlagen um eine der Tiroler Bauordnung unterliegende bewilligungspflichtige bauliche Anlage iSd § 21 Abs 1 lit e TBO 2011 handelt und dementsprechend der vom Bürgermeister der Gemeinde V mangels Baubewilligung erlassene – und vom Gemeinderat der Gemeinde V mit Bescheid vom 7.10.2013 bestätigte – Mängelbehebungsauftrag vom 11.7.2013 zu Recht erging.

Abschließend ist noch festzustellen, dass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichtes Tirol ein nachträgliches Bauansuchen gemäß §§ 27 Abs 3 lit a TBO 2011 ohne weiteres Verfahren abzuweisen wäre, zumal ein derartiges Bauvorhaben im Freiland (vgl § 41 Abs 2 TROG 2011) raumordnungsrechtlich nicht zulässig ist und in Ermangelung eines Hauptgebäudes oder einer Hauptanlage auf demselben Grundstück (vgl § 2 Abs 10 TBO 2011) auch eine Bewilligung als Nebenanlage nicht in Betracht kommt.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl etwa die oben zitierte Judikatur).

Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich, sondern geradezu als gesichert zu bezeichnen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Landesverwaltungsgericht Tirol
Mag. Christian Hengl
(Richter)