

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

10.04.2012

**Geschäftszahl**

2012/06/0010

**Beachte****Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

2012/06/0012

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kail und den Hofrat Dr. Waldstätten, die Hofrätin Dr. Bayjones, den Hofrat Dr. Moritz sowie die Hofrätin Mag. Merl als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Zöchling, über die Beschwerden 1.) des H B in T, vertreten durch Dr. Horst Auer, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Börsegasse 10 (Beschwerde Zl. 2012/06/0010), und 2.) der Gemeinde P, vertreten durch Hohenberg Strauss Buchbauer, Rechtsanwälte GmbH in 8010 Graz, Hartenaugasse 6 (Beschwerde Zl. 2012/06/0012), gegen den Bescheid der Steiermärkischen Landesregierung vom 21. November 2011, Zl. FA13B-10.30-P17/2011-6, betreffend Nichtigerklärung einer Baubewilligung, zu Recht erkannt:

**Spruch****Beide Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.**

Jede beschwerdeführende Partei hat dem Land Steiermark Aufwendungen in der Höhe von EUR 581,90 jeweils binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Der Erstbeschwerdeführer ist Eigentümer eines Grundstückes im Gebiet der zweitbeschwerdeführenden Gemeinde, das im 3.0 Flächenwidmungsplan (beschlossen am 11. November 2004, in Rechtswirksamkeit getreten am 27. Jänner 2005) als Freiland gewidmet ist. Auf diesem Grundstück befanden sich ein Wohnhaus und ein Nebengebäude (Wirtschaftsgebäude). Als Ergebnis einer Vorbesprechung am 11. September 2008 auch mit Vertretern der belangten Behörde betreffend die Zulässigkeit geplanter wesentlicher baulicher Maßnahmen im Hinblick auf die Freilandwidmung wurde das Vorhaben in zwei "Baulose" geteilt. Mit Bescheid des Bürgermeisters vom 21. November 2008 wurde das Baulos 1 bewilligt (Umbauten beim bestehenden Wohnhaus (Anhebung) und Zubau beim Nebengebäude), mit weiterem Bescheid vom 4. Dezember 2008 das Baulos 2 (weitere Umbauten und Zubau beim bestehenden Wohnhaus, sowie Nutzungsänderung - Einbau einer Garage - beim Nebengebäude). Das Baulos 1 sah beim bestehenden Nebengebäude den Zubau eines Abstellraumes sowie eines Abstell- und Geräteraumes vor, das Baulos 2 den Einbau einer Garage in den Altbestand des Nebengebäudes.

Der Aktenlage zufolge erwachsen beide Bescheide unangefochten in Rechtskraft.

Bei Durchführung der Baumaßnahmen ergaben sich, soweit für das nunmehrige Beschwerdeverfahren erheblich, beim Nebengebäude Probleme, die in einem Schreiben des Bauunternehmens (T.) vom 8. Juli 2009 an die Gemeinde wie folgt beschrieben wurden:

"Beim Nebengebäude wurde ebenfalls nach Entfernen der Holzschalung starke Vermoderung der tragenden Holzteile durch ständigen Wassereintritt festgestellt. Ein möglicher Einsturz des Nebengebäudes war jederzeit möglich. Das Gebäude wurde schließlich auf Grund Gefahr in Verzug unverzüglich abgetragen."

Weiters heißt es, auf Grund des Umstandes, dass man die extrem schlechte Bausubstanz des Gebäudes erst im Zuge der Abbrucharbeiten und nach Entfernen der Wandverkleidungen habe erkennen können, sei der Untergang des Gebäudes für den Bauwerber und das ausführende Bauunternehmen vollkommen unvorhergesehen gewesen.

Mit Bescheid des Bürgermeisters vom 9. Juli 2009 wurde dem Erstbeschwerdeführer, soweit für das Beschwerdeverfahren erheblich, gemäß den Plänen, die dem Bewilligungsbescheid vom 4. Dezember 2008 zugrunde lagen, die baubehördliche Bewilligung u. a. für die Neuerrichtung des Nebengebäudes erteilt (diese Baupläne weisen dementsprechend zwei Genehmigungsvermerke auf). Der Aktenlage zufolge erwuchs auch dieser Bescheid unangefochten in Rechtskraft.

Das dem nunmehrigen Beschwerdeverfahren zugrunde liegende Verwaltungsverfahren wurde mit dem Schreiben der belangten Behörde vom 20. Juni 2011 eingeleitet, mit dem beiden beschwerdeführenden Parteien die Absicht mitgeteilt wurde, den Baubewilligungsbescheid vom 9. Juli 2009 betreffend das Nebengebäude als nichtig aufzuheben. Soweit für das Beschwerdeverfahren erheblich, heißt es zusammenfassend, der Bauführerbestätigung (vom 8. Juli 2009) sei nicht zu entnehmen, dass der Untergang (des Konsenses) des Nebengebäudes im Sinne des § 25 Abs. 4 Z 2 des Steiermärkischen Raumordnungsgesetzes 1974 (ROG 1974) im Zuge der Bauausführung, nämlich unvorhergesehen, erfolgt sei. Vielmehr sei davon auszugehen, dass dieses Nebengebäude auf Grund der Gefahr eines Einsturzes bewusst abgetragen worden sei. Überdies sei festzuhalten, dass das Nebengebäude im Zuge der Zubaumaßnahmen und somit in Realisierung des ersten Bauabschnittes abgetragen worden sei. Der Zubau sei zu einem bestehenden Nebengebäude genehmigt worden, sodass Gegenstand einer Neubaubewilligung im Sinne des § 25 Abs. 4 Z 2 ROG 1974 lediglich der Neubau eines Wirtschaftsgebäudes hätte sein können. Für die Genehmigung der Nutzung als Garage sei keine entsprechende Rechtsgrundlage gegeben gewesen. Eine nachträgliche Nutzungsänderung, wie dies im ursprünglichen Projekt vorgesehen gewesen sei, sei jedoch nicht zulässig, weil eine Nutzungsänderung gemäß § 25 Abs. 3 Z 3 lit. b ROG 1974 nur bei Gebäuden zulässig sei bzw. gewesen sei, die bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle LGBl. Nr. 1/1995 (das sei der 1. Februar 1995 gewesen) rechtmäßig errichtet worden seien. Dieser zweite Umstand sei jedoch nicht weiter maßgeblich, weil bereits, wie dargelegt, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Neubaubewilligung gemäß § 25 Abs. 4 Z 2 ROG 1974 nicht gegeben gewesen seien.

Der Baubewilligungsbescheid vom 9. Juli 2009 sei daher gemäß § 8 Abs. 2 und 5 des Steiermärkischen Raumordnungsgesetzes 2010 (StROG) iVm § 32 Abs. 3 ROG 1974 nichtig.

Die Beschwerdeführer äußerten sich ablehnend.

Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde die Baubewilligung vom 9. Juli 2009, soweit sie das Nebengebäude betraf, für nichtig erklärt (und ausgesprochen, dass die mit dem Bescheid vom 9. Juli 2009 erteilte Baubewilligung für die Neuerrichtung des bestehenden Wohnhauses aufrecht bleibe). Zur Begründung heißt es nach Hinweis auf gesetzliche Bestimmungen (§ 38 Abs. 2 StROG, § 32 Abs. 1 und 3 sowie § 25 Abs. 4 Z 2 sowie § 25 Abs. 3 Z 3 lit. b ROG 1974, § 101 Abs. 1 GemO), der Bescheid vom 9. Juli 2009 sei in Teilbereichen, nämlich (lediglich hinsichtlich) des Nebengebäudes, für nichtig zu erklären gewesen, weil er insofern entgegen der Bestimmung des § 25 Abs. 4 Z 2 ROG 1974 die Baubewilligung für den Neubau eines Nebengebäudes erteilt habe, obwohl hierfür die Voraussetzungen nicht vorgelegen seien.

Der Bauführerbestätigung (gemeint: vom 8. Juli 2009) sei nicht zu entnehmen, dass der Untergang (des Konsenses) des Nebengebäudes (nach dem Zusammenhang zu ergänzen: im Sinne des § 25 Abs. 4 Z 2 ROG 1974) im Zuge der Bauausführung, also unvorhergesehen, erfolgt, sondern vielmehr der Abbruch vorsorglich wegen Gefahr in Verzug bewusst vorgenommen worden sei. Es sei daher davon auszugehen, dass das Nebengebäude im Zuge der Zubaumaßnahmen und somit in Realisierung des ersten Bauabschnittes abgetragen worden sei. Der Zubau sei zu einem bestehenden Nebengebäude (Wirtschaftsgebäude) genehmigt worden, sodass Gegenstand einer Neubaubewilligung im Sinne des § 25 Abs. 4 Z 2 ROG 1974 lediglich der Neubau eines Wirtschaftsgebäudes hätte sein dürfen. Für die Genehmigung der Nutzung als Garage sei keine entsprechende Rechtsgrundlage gegeben. Eine nachträgliche Nutzungsänderung - wie dies im ursprünglichen Projekt vorgesehen gewesen sei - sei jedoch nicht zulässig, weil eine Nutzungsänderung gemäß § 25 Abs. 3 Z 3 lit. b ROG 1974 nur bei Gebäuden zulässig sei bzw. gewesen sei, die bis zum 1. Februar 1995 rechtmäßig errichtet worden seien. Diese zweite Rechtswidrigkeit sei jedoch nicht weiter maßgeblich, weil bereits die Voraussetzungen für die Erteilung einer Neubaubewilligung nicht vorgelegen seien (es folgt eine weitere Begründung, weshalb das mit dem Bescheid vom 9. Juli 2009 bewilligte Vorhaben hinsichtlich des Wohnhauses einerseits und des Nebengebäudes andererseits teilbar sei und weshalb die Bewilligung hinsichtlich des Wohnhauses aufrecht zu bleiben habe).

Zielsetzung des ROG 1974 sei es gewesen, das Freiland von solchen Nutzungen frei zu halten, die dieser Nutzung letztendlich widersprüchen. Die Bestimmungen über das Bauen im Freiland seien reine Ausnahmebestimmungen und daher auch im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes restriktiv auszulegen (wurde näher ausgeführt). Dem stehe gegenüber, dass im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes bei solchen Nichtigkeitsklärungen unter möglicher Schonung erworbener Rechte Dritter vorzugehen sei. Die Verhinderung der Zersiedelung bzw. das Freihalten von als Freiland gewidmeten Gebieten von Bauwerken bzw. das Einhalten von im Freiland erlaubten Baumaßnahmen werde im Lichte der einschlägigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes als "derart hochwertig" angesehen, dass bei einer

Abwägung gegenüber wohlerworbenen Rechten Dritter letztere das Nachsehen haben müssten. Die Errichtung des Bauwerkes sei zwar bereits vorgenommen worden, könne jedoch ohne erhebliche finanzielle Mittel auf ein Ausmaß reduziert werden, das nach der derzeitigen Rechtslage (StROG) erlaubt sei (Hinweis auf § 33 Abs. 5 Z 7 leg. cit. - näher umschriebene Gebäude von untergeordneter Bedeutung bis zu einer Gesamtfläche von 40 m<sup>2</sup>).

Zum Zeitpunkt der Einleitung des Nichtigkeitsverfahrens durch die belangte Behörde sei bereits das StROG in Kraft gewesen. Der für nichtig erklärte Baubescheid sei noch auf das ROG 1974 gestützt gewesen. Die Aufsichtsbehörde habe bei der Prüfung, ob ein Nichtigkeitsgrund vorliege, auf jene Rechtslage abzustellen, die zum Zeitpunkt der Erlassung des für nichtig erklärten Baubescheides gegolten habe. Die Rechtswidrigkeit, welche zur Nichtigkeitsklärung geführt habe, sei auch nach § 33 Abs. 5 Z 2 ROG - also nach der neuen Rechtslage - mit Nichtigkeit bedroht.

Dagegen richten sich die vorliegenden Beschwerden wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit (Erstbeschwerdeführer) bzw. auch Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften (Zweitbeschwerdeführerin).

Der Verwaltungsgerichtshof hat beschlossen, beide Beschwerdeverfahren wegen des sachlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung zu verbinden, und hat erwogen:

Gemäß § 25 Abs. 3 Z 2 des Steiermärkischen Raumordnungsgesetzes 1974, LGBl. Nr. 127 (kurz: ROG 1974), in der bis zur Novelle LGBl. Nr. 1/1995 geltenden Fassung durften im Freiland

"2. bestehende bauliche Anlagen im unbedingt notwendigen Abstand zum bisherigen Standort ersetzt werden, wenn sie sich infolge von Elementarereignissen oder im öffentlichen Interesse (Erfordernisse der Ver- und Entsorgung, des Verkehrs, der Landesverteidigung, der Verbesserung des Orts- und Landschaftsbildes und des Hochwasserschutzes) als erforderlich erweisen und die Bestimmung des Abs. 4 bezüglich der Bebauungsdichte und der Geschoßfläche eingehalten wird."

Mit der Novelle LGBl. Nr. 1/1995 wurde § 25 ROG 1974 ("Freiland") gänzlich neu gefasst; für den Beschwerdefall relevant ist Abs. 4 (die Novelle trat mit 1. Februar 1995 in Kraft, Abs. 4 Z. 2 letzter Satz hingegen rückwirkend mit dem 1. Jänner 1990):

"(4) Außer für Zwecke land- und forstwirtschaftlicher Nutzung dürfen im Freiland

1. bestehende bauliche Anlagen im unbedingt notwendigen Ausmaß ersetzt werden, wenn

- sie infolge eines katastrophenartigen Ereignisses (wie z. B. Elementarereignisse, Brandschaden usw.) untergegangen sind und bei Einbringung des Bauansuchens der Zeitpunkt des Unterganges nicht länger als fünf Jahre zurückliegt oder
- sich der Neubau im öffentlichen Interesse (Erfordernisse des Verkehrs, der Landesverteidigung oder des Hochwasser oder Grundwasserschutzes) als zweckdienlich erweist. Für die Vergrößerung der Geschoßfläche gilt Z. 2 sinngemäß;

2. Zubauten bei rechtmäßig bestehenden baulichen Anlagen bewilligt werden. Durch Zubauten ausgenommen bei Sondernutzungen darf die neugewonnene Geschoßfläche insgesamt nicht mehr als die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des ersten Flächenwidmungsplanes bestehende oder erstmals genehmigte betragen. Geht bei einer rechtmäßig bestehenden baulichen Anlage im Zuge von Bauausführungen der Konsens unter, kann das Projekt (ehemaliger Altbestand und Zubau) mit demselben Verwendungszweck als Neubau auf demselben Standort bewilligt werden;

3. kleinere ebenerdige, unbewohnbare Bauten von untergeordneter Bedeutung (Gartenhäuschen, Gerätehütten, Garagen für höchstens zwei Kraftfahrzeuge mit einem höchsten zulässigen Gesamtgewicht von je 3500 kg, Holzlagen, Bienenhütten und dergleichen) bis zu einer Gesamtfläche von insgesamt 30 m<sup>2</sup> nur im unmittelbaren Anschluß an rechtmäßig bestehende Wohngebäude auf demselben Grundstück errichtet werden, wenn hiedurch das Orts- und Landschaftsbild nicht beeinträchtigt wird."

§ 32 ROG 1974 lautete auszusweise:

"§ 32

Rechtswirkung der Flächenwidmungspläne, der Bebauungspläne

und der Bebauungsrichtlinien

(1) Verordnungen und Bescheide der Gemeinde auf Grund von Landesgesetzen dürfen einem Flächenwidmungsplan, einem Bebauungsplan oder Bebauungsrichtlinien nicht widersprechen.

(2) ...

(3) Entgegen der Vorschrift der Abs. 1 und 2 erlassene Bescheide sind innerhalb von drei Jahren nach Eintreten der Rechtskraft mit Nichtigkeit bedroht (§ 68 Abs. 4 lit. d AVG 1950).

(4) ..."

Das Steiermärkische Raumordnungsgesetz 2010, LGBl. Nr. 49 (StROG), ist am 1. Juli 2010 in Kraft getreten. Dessen § 33 enthält Bestimmungen zum "Freiland", wobei § 33 gemäß § 67 Abs. 13 StROG (Übergangsbestimmungen) auch für bereits bestehende Flächenwidmungspläne gilt (durch die am 1. August

2011 in Kraft getretene Novelle wurde § 33 Abs. 3 Z. 1 StROG geändert, was aber im Beschwerdefall nicht von Belang ist).

§ 33 StROG lautet auszugsweise (§ 33 Abs. 3 trifft nähere Bestimmungen zur Festlegung von Flächen oder Gebieten als "Sondernutzung im Freiland", was im Beschwerdefall nicht von Belang ist):

"(4) Im Rahmen der land- und(oder forstwirtschaftlichen Nutzung sind im Freiland zulässig:

...

(5) Außerhalb der land- und/oder forstwirtschaftlichen Nutzung dürfen im Freiland

1. Neu und Zubauten errichtet werden,

a) die für eine Sondernutzung gemäß Abs. 3 Z. 1 erforderlich sind, oder

b) für eine Wohnnutzung, wenn eine Sondernutzung gemäß Abs. 3 Z. 2 (Auffüllungsgebiet) festgelegt ist und der Neu- bzw. Zubau nicht innerhalb des Geruchsschwellenabstandes eines landwirtschaftlichen Tierhaltungsbetriebes errichtet wird.

2. Zubauten bei im Freiland befindlichen rechtmäßig bestehenden baulichen Anlagen - ausgenommen bei solchen baulichen Anlagen, die ehemals im Rahmen der land- und/oder forstwirtschaftlichen Nutzung oder ehemals einer Sondernutzung im Sinn des Abs.3 Z.1 unter Anwendung von raumordnungsrechtlichen Freilandbestimmungen bewilligt wurden - bewilligt werden. Durch Zubauten darf die neu gewonnene Geschoßfläche insgesamt nicht mehr als die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des ersten Flächenwidmungsplanes bestehende oder erstmals genehmigte betragen, wobei der Zubau den gleichen Verwendungszweck aufzuweisen hat wie der bauliche Bestand. Geht bei einer rechtmäßig bestehenden baulichen Anlage im Zuge von Bauausführungen der Konsens unter, kann das Projekt (ehemaliger Altbestand und Zubau) mit demselben Verwendungszweck als Neubau auf demselben Standort bewilligt werden.

3. Umbauten vorgenommen werden. Umbauten auf Grund einer Änderung des Verwendungszweckes sind nur dann zulässig, wenn damit die Erhaltung und fachgerechte Sanierung einer baukulturell bemerkenswerten und gebietstypischen Bausubstanz verbunden ist; ausgenommen davon sind Dachgeschoßausbauten bei bestehenden Wohnhäusern.

4. Änderungen des Verwendungszweckes bei bis zum 1. Februar 1995 rechtmäßig errichteten Gebäuden bewilligt werden, wenn der bisherige Nutzungscharakter des Gebäudes überwiegend erhalten bleibt. Zubauten für die neue Nutzung sind nicht zulässig (ausgenommen Dachgaupen).

5. bei zusammengefassten Kleingartenanlagen von mehr als zehn Einheiten bauliche Anlagen nur nach einem Gesamtkonzept (Infrastruktur und Gestaltung) errichtet werden, wobei keine Dauerbewohnbarkeit geschaffen werden darf. Für die Erstellung des Gesamtkonzeptes kann die Gemeinde durch Verordnung bestimmte Voraussetzungen, wie Infrastruktur, Gestaltung und dergleichen festlegen.

6. Wartehäuschen im Zusammenhang mit dem Betrieb von Kraftfahrlinien, Telefonzellen, Messstellen, Trafostationen, Sende und Strommasten, Bildstöcke, Regeldruckeinrichtungen, Schiebstationen und dergleichen errichtet werden.

7. kleinere ebenerdige, unbewohnbare Gebäude von untergeordneter Bedeutung (Gartenhäuschen, Gerätehütten, Garagen für höchstens zwei Kraftfahrzeuge mit einem höchsten zulässigen Gesamtgewicht von je 3500 kg, Holzlagen, Bienenhütten und dergleichen) und kleinere bauliche Anlagen ohne Gebäudeeigenschaft im Sinn des § 21 Abs. 1 Z. 2 des Steiermärkischen Baugesetzes, insgesamt bis zu einer Gesamtfläche von 40 m<sup>2</sup> und jeweils nur im unmittelbaren Anschluss an rechtmäßig bestehende Wohngebäude auf demselben Grundstück, sowie Einfriedungen errichtet werden, wenn hierdurch das Orts- und Landschaftsbild nicht beeinträchtigt wird.

(6) Im Freiland dürfen über die Abs.4 und 5 hinaus bestehende bauliche Anlagen im unbedingt notwendigen Abstand zum bisherigen Standort ersetzt werden, wenn

1. sie infolge eines katastrophenartigen Ereignisses (wie z. B. Elementarereignisse, Brandschaden usw.) untergegangen sind und bei Einbringung des Bauansuchens der Zeitpunkt des Unterganges nicht länger als fünf Jahre zurückliegt oder

2. sich der Neubau im öffentlichen Interesse (Erfordernisse des Verkehrs, der Landesverteidigung oder des Hochwasser oder Grundwasserschutzes) als erforderlich erweist. Die bisherige Geschoßfläche darf hierbei nach Maßgabe des Abs. 5 Z. 2 vergrößert werden, wenn ein Zubau nach dieser Bestimmung zulässig wäre."

Nach § 8 Abs. 2 StROG dürfen ua. Baubewilligungen dem StROG nicht widersprechen. Nach Abs. 5 leg. cit sind (ua.) Baubewilligungen, die (ua.) dem Abs. 2 leg. cit. widersprechen, innerhalb von drei Jahren nach Eintreten der Rechtskraft mit Nichtigkeit bedroht (§ 68 Abs. 4 Z. 4 AVG).

Im Beschwerdefall ist weiters die Steiermärkische Gemeindeordnung 1967 (GemO), LGBl. Nr. 115, in der Fassung LGBl. Nr. 81/2010 maßgeblich.

Die im Beschwerdefall insbesondere relevanten Bestimmungen lauten (der genannte § 94 regelt die Vorstellung):

"§ 97

Aufsichtsbehörde

(1) Aufsichtsbehörde ist die Landesregierung. Sie kann sich zur Überprüfung der Gemeinden (§§ 87 und 98) sowie für Erhebungen und Ermittlungen der Bezirksverwaltungsbehörden bedienen.

(2) Die Aufsichtsbehörde hat unter möglichster Bedachtnahme auf die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinde und unter möglichster Schonung erworbener Rechte Dritter vorzugehen. Stehen im Einzelfall verschiedene Aufsichtsmittel zur Verfügung, so ist das jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Mittel anzuwenden.

(3) ..."

"§ 101

Sonstige Behebung von Bescheiden

(1) Außer im Fall des § 94 kann ein rechtskräftiger Bescheid eines Gemeindeorganes von der Aufsichtsbehörde nur aus den Gründen des § 68 Abs. 3 und 4 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes AVG behoben werden.

(2) Nach Ablauf von drei Jahren kann ein in Abs. 1 genannter Bescheid nicht mehr behoben werden. Diese Frist beginnt mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des Bescheides, im Falle bloß mündlicher Verkündung mit dieser."

Zutreffend hat die belangte Behörde erkannt, dass die Frage, ob ein Bescheid an einem durch gesetzliche Vorschrift ausdrücklich mit Nichtigkeit bedrohten Fehler im Sinne des § 68 Abs. 4 Z 4 AVG leidet, nach jener Rechtslage zu prüfen ist, die zum Zeitpunkt der Erlassung des für nichtig zu erklärenden Bescheides gegolten hat, es sei denn, dass sich aus der in der Folge geänderten Rechtslage ergibt, dass der Gesetzgeber die in Rede stehende Rechtswidrigkeit nun nicht mehr mit Nichtigkeitssanktion bedroht wissen will (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 18. März 2004, Zl. 2003/05/0013, VwSlg. 16316/A).

Im Beschwerdefall geht es um ein Gebäude, das nicht land- oder forstwirtschaftlichen Zwecken dient.

Im Beschwerdefall galt bei Erlassung des (teilweise) für nichtig erklärten Bescheides das ROG 1974, im nun zugrunde liegenden Verwaltungsverfahren das StROG. In Frage steht, ob die Voraussetzungen des § 25 Abs. 4 Z 2 letzter Satz ROG 1974 gegeben waren. Es entspricht dies den Voraussetzungen des § 33 Abs. 5 Z 2 letzter Satz StROG, wobei in beiden Fällen eine ohne Vorliegen dieser Voraussetzungen dennoch erteilte Baubewilligung mit Nichtigkeit bedroht ist.

Kern des Streites ist der normative Gehalt des § 25 Abs. 4 Z 2 letzter Satz ROG 1974 (in der Fassung der Novelle LGBl. Nr. 1/1995).

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in seinem Erkenntnis vom 1. April 1993, Zl. 93/06/0033, allerdings auf Grundlage der Bestimmungen vor der Novelle LGBl. Nr. 1/1995, mit einem sachverhaltsmäßig ähnlichen Fall befasst (das weitere Erkenntnis vom selben Tag, Zl. 91/06/0005, betraf einen diesbezüglichen baupolizeilichen Auftrag). Es ging darum, dass der damalige Beschwerdeführer mit Bescheid vom 2. April 1990 die baubehördliche Bewilligung für die Errichtung eines unterkellerten eingeschossigen Wohnhauszubaus mit ausgebautem Dachgeschoß und im Kellergeschoß untergebrachter Pkw-Kleingarage sowie für den Umbau des Altbestandes (Sanierung) - auf einem als Freiland gewidmeten Bauplatz in G - erhalten hatte. Im Zusammenhang mit der Errichtung des bewilligten Zubaus bzw. der beabsichtigten Sanierung des Altbestandes kam es zu einem unerwarteten Einsturz der wesentlichen Teile des tragenden Mauerwerks des Altbestandes, der entsprechende Neuaufführungen notwendig gemacht hätte. Dementsprechend stellte der damalige Beschwerdeführer am 4. Februar 1991 ein Bauansuchen um idente Wiederherstellung des (zufolge Baugebrechens) eingestürzten Altbestandes. Dieses Bauansuchen wurde mit dem erstinstanzlichen Bescheid vom 20. September 1991 abgewiesen, weil das Bauvorhaben einen unlösbaren Widerspruch zu der bestehenden Flächenwidmung "Freiland" aufweise, die Ausnahmebestimmung des § 25 Abs. 3 Z. 2 ROG 1974 aber mangels Vorliegens eines Elementarereignisses bzw. einer landwirtschaftlichen Nutzung nicht anzuwenden sei. Die dagegen erhobene Berufung des Beschwerdeführers blieb erfolglos. Der Verwaltungsgerichtshof wies mit dem zuvor genannten Erkenntnis vom 1. April 1993 die Beschwerde als unbegründet ab und führte dazu aus:

"Außerhalb des äußersten Wortsinns des Begriffes 'Elementarereignis' liegt aber jedenfalls der Einsturz eines Hauses bei dem Versuch, es zu 'sanieren', da bei derartigen Bauführungen stets mit einem Einsturz infolge Störung des labilen Gleichgewichtes gerechnet werden muß, weshalb gegen ein solches Ereignis - anders als bei einem Elementarereignis - entsprechende Vorkehrungen getroffen werden können. Derartige Ereignisse bilden einen in der Rechtssphäre des Bauwerbers liegenden Umstand, dessen Nichtberücksichtigung in § 25 Abs. 3 ROG in keinem Fall als gleichheitswidrig anzusehen ist. An dieser Auslegung kann auch die vom Gesetzgeber eingeräumte Möglichkeit, konsentiertere Bauten unter bestimmten weiteren Voraussetzungen auf das Doppelte zu vergrößern, nichts ändern, da in diesen Fällen dem bestehenden Baukonsens in einem beschränkten Umfang der Vorrang vor den Intentionen der Flächenwidmung eingeräumt wurde. Hier ist jedoch der Baukonsens durch die - wie immer - erfolgte Zerstörung des Altbestandes untergegangen."

In der Folge wurden, wie dargelegt, mit der Novelle LGBl. Nr. 1/1995 die Bestimmungen betreffend das Freiland (§ 25 ROG 1974) neu gefasst, wobei der im Beschwerdefall wesentliche letzte Satz des § 25 Abs. 4 Z 2 rückwirkend mit 1. Jänner 1990 in Kraft trat.

Im Beschwerdefall ist (zutreffend) unstrittig, dass der Baukonsens betreffend den Altbestand mit dessen Abbruch untergegangen ist und dies - zeitlich gesehen - während der Bauausführung erfolgte. Strittig ist allerdings, ob es sich dabei um einen Untergang "im Zuge von Bauausführungen" im Sinne des § 25 Abs. 4 Z 2 letzter Satz ROG 1994 handelte. Die Beschwerdeführer bejahen dies, die belangte Behörde hat dies mit dem angefochtenen Bescheid verneint.

Betrachtet man die Regelungen des § 25 Abs. 4 ROG 1974, ist dort keine allgemeine Grundlage für die (generelle) Zulässigkeit der Wiedererrichtung eines Gebäudes (Altbestandes) enthalten, das (der) infolge Baufälligkeit einstürzt oder aber vorsorglich infolge Baufälligkeit wegen Gefahr im Verzug abgetragen wird (wodurch jeweils der Konsens untergeht). Es gibt nur Vorschriften für spezielle Fälle, nämlich, soweit im Lichte des Beschwerdefalles relevant, gemäß Abs. 4 Z 1 erster Fall (Untergang infolge eines katastrophentypischen Ereignisses) wie auch der in Abs. 4 Z 2 letzter Satz geregelte Fall. Dies steht auch mit dem Ziel des Gesetzgebers in Einklang, das Freiland möglichst von nicht widmungskonformen Gebäuden frei zu halten, es würde diesem Ziel zuwiderlaufen, wenn ganz allgemein Gebäude, die das Ende ihrer technischen Lebensdauer erreicht haben, immer wieder durch Neubauten ersetzt werden dürften.

Angesichts der Regelungen des Abs. 4 Z 1 letzter Fall ist der letzte Satz der Z 2 restriktiv auszulegen, und zwar auf jene Fälle zu beschränken, in denen bei Bauarbeiten etwas "passiert", sodass der Konsens eines Altbestandes, der ansonsten auf Grund seiner Beschaffenheit weiter hätte bestehen können, untergeht. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, wenn sich etwa - erst - im Zuge von Bauarbeiten herausstellt, dass der Altbestand auf Grund seiner Beschaffenheit wegen Gefahr in Verzug abgetragen werden muss. Es wäre ein Wertungswiderspruch, wenn - ohne Zusammenhang mit weiteren Bauarbeiten - ein Altbestand, der wegen seiner mangelhaften Beschaffenheit abgetragen werden muss, nicht wieder aufgebaut werden dürfte, wohl aber dann, wenn dies im Zuge einer "Bauausführung" geschieht, weil dies der Umgehung Tür und Tor öffnen würde. Es kommt daher nicht darauf an, ob die Notwendigkeit, den Altbestand wegen Baufälligkeit abzutragen, bereits bekannt war oder sich erst (hier) - unvorhergesehen, wie die Beschwerdeführer behaupten - im Zuge von Bauarbeiten ergab. Es kann auch nicht, wie argumentiert wird, ein Einsturz wegen Baufälligkeit für sich allein als Folge eines "katastrophentypischen Ereignisses" im Sinne des § 25 Abs. 4 Z. 1 erster Fall ROG 1974 qualifiziert werden, ebenso wenig ein vorsorgliches Abtragen wegen Gefahr im Verzug, ohne zuzuwarten, bis der Einsturz sozusagen von selbst erfolgt.

Demnach hat die belangte Behörde zutreffend erkannt, dass kein Fall des § 25 Abs. 4 Z. 2 letzter Satz ROG 1974 gegeben war.

Die Zweitbeschwerdeführerin bringt darüber hinaus vor, die Nichtigerklärung sei unverhältnismäßig. Zufolge der erteilten Neubaubewilligung stelle sich das Nebengebäude in der Natur so dar, wie auf Grund der Baubewilligungen aus dem Jahr 2008. Im Übrigen wäre der Erstbeschwerdeführer gemäß § 33 Abs. 5 Z 7 StROG berechtigt, im Freiland ein Nebengebäude von 40 m<sup>2</sup> zu errichten. Zufolge des Umstandes, dass das neu bewilligte Nebengebäude "nur einige wenige Quadratmeter größer ist als 40 m<sup>2</sup>", erscheine die Sanktion der Nichtigkeit (ebenfalls) unverhältnismäßig.

Letzterem ist zu entgegnen, dass das Nebengebäude gemäß dem Bauplan, der (auch) der Baubewilligung vom 9. Juli 2009 zugrunde lag, eine Grundfläche von 10,40 m x 6,70 m aufweist, demnach eine Fläche von 69,68 m<sup>2</sup>, die jedenfalls erheblich größer ist als 40 m<sup>2</sup>. Angesichts der Bedeutung der Einhaltung der raumordnungsrechtlichen Regelungen betreffend die Widmungskategorie Freiland kann in der von der Zweitbeschwerdeführerin bekämpften Nichtigerklärung keine Rechtswidrigkeit erblickt werden (siehe dazu beispielsweise das hg. Erkenntnis vom 27. Juni 2006, Zl. 2006/06/0053, mwN).

Die Beschwerden waren daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Es wurde jeweils der Schriftsatzaufwand für die Gegenschrift sowie der halbe Vorlageaufwand zuerkannt.

Wien, am 10. April 2012