

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

29.03.2017

Geschäftszahl

Ra 2016/05/0103

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

Ra 2016/05/0104

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Bernegger und die Hofräte Dr. Enzenhofer und Dr. Moritz sowie die Hofrätinnen Dr. Pollak und Mag. Rehak als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Lorenz, über die Revision 1. des F H und 2. der M H, beide in G, beide vertreten durch Thurnher Wittwer Pfefferkorn Rechtsanwälte GmbH in 6850 Dornbirn, Messestraße 11, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 12. April 2016, Zl. LVwG-150823/3/RK/CJ/JW-150824/2, betreffend einen baupolizeilichen Auftrag (vor dem Landesverwaltungsgericht belangte Behörde: Gemeinderat der Marktgemeinde G; weitere Partei:

Oberösterreichische Landesregierung), zu Recht erkannt:

Spruch

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Die Marktgemeinde G hat den Revisionswerbern Aufwendungen in der Höhe von insgesamt EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

1 Mit Bescheid des Bürgermeisters der Marktgemeinde G vom 27. November 1968 wurde H.P. (dem Rechtsvorgänger der Revisionswerber im Eigentum an der Liegenschaft Grundstück Nr. 556/24, EZ 678, KG G, und seinerzeitigem Bauwerber) die Baubewilligung für die Errichtung eines Wohnhauses mit einer Kleingarage erteilt.

2 Mit Bescheid des Bürgermeisters der Marktgemeinde G vom 22. März 1971 wurde H.P. die Abänderung des mit Bescheid vom 27. November 1968 genehmigten Bauvorhabens bewilligt; unter anderem werde die Garage direkt an das Wohnhaus angebaut und nach "rückwärts" versetzt. Nach den mit dem Bescheid vom 22. März 1971 bewilligten Plänen ist der Westansicht und der Nordansicht auf dem Dach der Garage ein geländerartiger Aufbau zu entnehmen, jeweils über die gesamte Länge bzw. Breite des Garagendaches. Die Nordansicht zeigt auch eine Türe aus dem Obergeschoß des Wohnhauses mit Stufen zum Dach der Garage.

3 Mit Bescheid des Bürgermeisters der Marktgemeinde G vom 5. August 1975 wurde H.P. die Bewohnungs- und Benützungsbewilligung gemäß §§ 48 und 50 Abs. 1 der Bauordnung für Oberösterreich für das gegenständliche Bauvorhaben erteilt. Unter Punkt 1. wurde in diesem Bescheid vorgeschrieben, dass bis zur Anbringung des Terrassengeländers über der Garage der Zugang versperrt zu halten ist.

4 Im Akt befindet sich des Weiteren eine "Bauanzeige" vom 12. Juni 1991 betreffend die Erneuerung der Absturzsicherung über der Garage (das Wort bzw. der Wortteil "Terrasse" wurde darin jeweils durchgestrichen und durch andere Worte ersetzt). Ausgeführt wird in der Bauanzeige weiters, die Einfassung solle mit Ziegelmauerwerk anstatt des Holzgeländers erfolgen. In die Umfassung seien drei Blumentröge integriert. Die Höhe der Umfassung betrage 1 m ab fertiger Fußbodenoberkante, somit 1,08 m ab der derzeitigen Oberkante. Die Blumentröge seien 0,78 m ab der derzeitigen Fußbodenoberkante hoch. Die Treppe zur befestigten Fläche

werde gemauert und ebenfalls mit einem gemauerten Handlauf versehen. Im östlichen, an der Hauswand gelegenen Teil werde eine Sitzbank gemauert, wobei die Lehnenoberkante +1,5 m betrage.

5 Am 11. Juli 1991 fand eine mündliche Verhandlung betreffend die baupolizeiliche Überprüfung hinsichtlich der Errichtung einer Mauer über der Garage statt. Dabei wurde vom Amtssachverständigen K. gutachtlich ausgeführt, dass die Abtragung des Holzgeländers und die Errichtung einer maximal 1 m hohen Brüstung anstelle desselben keiner Baubewilligung bedürften. Sollte eine Terrasse oberhalb der Garage angelegt werden, wären die Bestimmungen des § 33 der Oberösterreichischen Bauordnung anzuwenden und die Terrasse mindestens 2 m von der seitlichen Bauplatzgrenze abzurücken.

6 Mit Bescheid des Bürgermeisters der Marktgemeinde G vom 19. März 2015 wurde den Revisionswerbern aufgetragen, die auf dem Flachdach der Garage konsenslos errichtete Brüstungsmauer samt Blumentrögen bis zu einer Höhe von 3 m über Fußbodenoberkante der Garage bis 20. Juni 2015 zu beseitigen. Die Verwendungszweckänderung des Flachdachs über dem Garagengebäude als Terrassennutzung inklusive Herstellung einer baulichen Anlage für eine Terrassennutzung im Abstand von mindestens 2 m zur Grundstücksgrenze sei der Marktgemeinde G bis 20. Juni 2015 anzuzeigen.

7 Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, gemäß § 41 Abs. 1 Z 5 des Oberösterreichischen Bautechnikgesetzes 2013 dürfe die Traufenhöhe von im Abstand gelegenen Bauwerksteilen 3 m über dem Erdgeschoßfußboden nicht überschreiten. Die Absturzsicherung dürfe also nicht so ausgeführt werden, dass sie bei der Ermittlung der Traufenhöhe als zu berücksichtigende Brüstungsmauer (Attika) anzusehen sei. Zur baupolizeilichen Überprüfung vom 11. Juli 1991 werde festgehalten, dass diesbezüglich aus nicht mehr feststellbaren Gründen keine schriftliche Erledigung (Baubescheid) erfolgt sei. Es sei daher auf jenen Bestand abzustellen, der mit Baubewilligungsbescheid vom 22. März 1971 konsentiert worden sei. Dort sei die Nutzung des Garagenflachdaches als Terrasse nicht vorgesehen gewesen. Daher sei die derzeitige Terrassennutzung konsenswidrig, und es müssten alle Aufbauten (wie Brüstungsmauer, gemauerte Blumentröge etc.) entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen entfernt werden, die nicht der Baubewilligung aus dem Jahr 1971 entsprächen. Nach der derzeitigen Rechtslage stelle die geänderte Nutzung eines Garagenflachdaches als Terrasse eine zumindest anzeigepflichtige Verwendungszweckänderung dar. Dabei sei allerdings § 41 Abs. 2 Z 3 des Oberösterreichischen Bautechnikgesetzes 2013 zu beachten, wonach ein Mindestabstand von 2 m zur Bauplatz- oder Nachbargrundgrenze für eine Terrassennutzung einzuhalten sei. Gegen die Nutzung des Flachdaches über der Garage als Terrasse bestünden dann keine Einwände, wenn die genannte Bestimmung eingehalten werde. Der bautechnische Amtssachverständige habe am 11. Juli 1991 klar festgehalten, dass dann, wenn eine Terrasse oberhalb der Garage angelegt werden "sollte", § 33 der Oberösterreichischen Bauordnung 1976 anzuwenden sei, wonach bereits damals mindestens 2 m Abstand von der seitlichen Bauplatzgrenze durch eine Terrasse einzuhalten gewesen sei.

8 Gegen diesen Bescheid erhoben die Revisionswerber Berufung. 9 Mit dem auf Grund des Beschlusses des Gemeinderates der Marktgemeinde G vom 10. September 2015 ergangenen Bescheid vom 1. Oktober 2015 wurde die Berufung abgewiesen, die Erfüllungsfrist jedoch mit zwei Monaten ab Rechtskraft des baupolizeilichen Auftrages festgesetzt.

10 Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, eine Benützungsbewilligung könne eine Baubewilligung nicht abändern und einen bewilligungswidrigen Zustand nicht sanieren. Aus der Auflage der Benützungsbewilligung, wonach bis zur Anbringung des Terrassengeländers über der Garage der Zugang versperrt zu halten sei, könne daher nicht ohne weiteres auf einen damit erteilten baurechtlichen Konsens der Verwendungszweckänderung geschlossen werden. Im Baubewilligungsbescheid vom 22. März 1971 sei die Nutzung des bloßen Garagenflachdaches als Terrasse nicht vorgesehen gewesen. Der Amtssachverständige Ing. K. habe im Befund der Niederschrift vom 11. Juli 1991 festgehalten, dass das mit Bescheid vom 22. März 1971 genehmigte Projekt (Bauansuchen, Baubeschreibung und Plan) keinerlei Aussagen über die Nutzung der Fläche oberhalb der Garage treffe.

11 Die Absturzsicherung dürfe nicht so ausgeführt werden, dass sie nach § 2 Z 27 Oberösterreichisches Bautechnikgesetz 2013 als bei der Ermittlung der Traufenhöhe zu berücksichtigende Brüstungsmauer (Attika) anzusehen sei. Die Traufenhöhe dürfe 3 m über dem Erdgeschoßfußboden nicht überschreiten.

12 Dass das Flachdach der Garage schon seit 1975 als Terrasse bescheidkonform errichtet und auch genutzt worden sei, sei unrichtig. Bei der baupolizeilichen Überprüfung vom 11. Juli 1991 habe der bautechnische Amtssachverständige festgehalten, dass dann, wenn eine Terrasse oberhalb der Garage angelegt werden "sollte", die Bestimmungen des § 33 der Oberösterreichischen Bauordnung 1976 anzuwenden seien. Somit sei zweifelsfrei zum Zeitpunkt der baupolizeilichen Überprüfung im Jahr 1991 keine Terrasse errichtet gewesen bzw. das Garagenflachdach nicht als Terrasse benützt worden. Es liege daher eine konsenswidrige Nutzung vor, und es seien alle Aufbauten (wie Brüstungsmauer, gemauerte Blumentröge, gemauerte Sitzecke etc.), die nicht der Baubewilligung aus dem Jahr 1971 entsprächen, zu entfernen.

13 Gegen diesen Bescheid erhoben die Revisionswerber Beschwerde vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Darin stellten sie unter anderem den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und führten im Wesentlichen aus, bereits im Einreichplan von 1971 sei ein Geländer (eine Brüstung) an der nordseitigen Außenkante der Terrasse ersichtlich und daher sei die gesamte Fläche über der Garage als Terrasse bewilligt worden. Dies ergebe sich insbesondere aus der Westansicht, in der die Dachfläche der Garage mit

Geländer (Brüstung) ausgestattet sei. Nur deshalb sei auch in der Bewohnungs- und Benützungsbewilligung vom 23. Juli 1975 festgehalten worden, dass die am 23. Juli 1975 vorgenommene Überprüfung ergeben habe, dass der Bau plangemäß und entsprechend den Bestimmungen der Bauordnung für Oberösterreich ausgeführt worden sei und gegen die bewilligungsgemäße Benützung des Baues unter anderem unter der Auflage, dass bis zur Anbringung des Terrassengeländers über der Garage der Zugang versperrt zu halten sei, kein "Anstand" (gemeint offenbar: Einwand) bestehe. Daraus ergebe sich auch, dass nach Anbringen des Geländers bzw. der aus den Plänen ersichtlichen Brüstung das Garagendach als Terrasse habe benutzt werden dürfen.

14 Zum Hinweis vom 11. Juli 1991 auf die Neuerrichtung einer Terrasse, die im Abstand von 2 m zur Grundgrenze zu erfolgen hätte, sei festzuhalten, dass damals keine Terrasse neu errichtet worden sei, weil diese schon seit 1975 bescheidkonform errichtet und auch seitdem genutzt worden sei. Durch die Erneuerung des Geländers aufgrund von Bauvorschriften im Jahre 1991 sei weder eine Änderung der Nutzung der Terrasse noch eine Änderung der Höhe des Geländers, sondern lediglich des Materials erfolgt. Die Brüstungsmauer sei einem Geländer jedenfalls gleichwertig und daher von der ursprünglichen Bewilligung umfasst. § 27 Abs. 1 des Oberösterreichischen Bautechnikgesetzes 2013 stelle Geländer und Brüstungen gleich.

15 Außerdem gebe es einen Notariatsakt aus dem Jahr 1982 im Zusammenhang mit dem Eigentumserwerb durch die Revisionswerber, worin auch "die auf der Garage befindliche Terrasse" genannt sei.

16 Die Blumentröge befänden sich hinter der Absturzsicherung und seien deutlich niedriger (ca. 0,7 m) als diese selbst. Sie seien als Einrichtungsgegenstände der Terrasse zu sehen. Jedenfalls seien sie keine Bauwerke im Sinne der baurechtlichen Vorschriften. Gleichzeitig werde durch diese Blumentröge der seitliche Abstand der Terrasse zur Grundgrenze erhöht und die Nutzfläche der Terrasse entsprechend verkleinert. Seitens des nunmehrigen Nachbarn liege jedenfalls eine schlüssige Abstandsnachsicht vor (wurde näher ausgeführt). Der nunmehrige Nachbar, H.P., habe das Wohnhaus der Revisionswerber und die Garage samt Terrasse als seinerzeitiger Eigentümer auch dieser Liegenschaft selbst errichtet. Als Nachbar sei er daher nun in Kenntnis des tatsächlichen Abstandes der Garage vom Nachbargrundstück und habe somit die Garage und die Art ihrer Errichtung samt Geländer und Brüstung schlüssig akzeptiert und eine Abstandsnachsicht, falls überhaupt erforderlich, schlüssig erteilt. Zum Beweis dafür sei der Erstrevisionswerber einzuvernehmen.

17 Mit dem angefochtenen Erkenntnis wurde die Beschwerde der Revisionswerber mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass die Erfüllungsfrist mit zwei Monaten ab Zustellung des Erkenntnisses festgesetzt wurde. Begründend führte das Landesverwaltungsgericht nach Wiedergabe des Verfahrensganges und von Rechtsvorschriften im Wesentlichen aus, dass zwar im Einreichplan von 1971 in der Westansicht ein Geländer zu erkennen sei. Im ursprünglichen Baubescheid vom 27. November 1968 seien aber Vorschriften getroffen worden, dass grundlegende Abweichungen oder Abänderungen vom Bauplan einer neuerlichen Genehmigung bedürften, dass die Situierung des Neubaus in der im Befund festgelegten Weise zu erfolgen habe, die Abstände laut Bebauungsplan einzuhalten seien, am Balkon ein standsicheres Geländer (mindestens 90 cm hoch und mit senkrechten Sprossen) und bei allen Stiegen und absturzgefährlichen Stellen Anhaltestangen anzubringen seien. Im Baubewilligungsbescheid vom 22. März 1971 sei ausgeführt worden, dass die Garage direkt an das Wohnhaus angebaut und nach "rückwärts" versetzt werde und die Vorschriften des Baubewilligungsbescheides vom 27. November 1968 weiterhin sinngemäß maßgebend seien. Außerdem habe die Garage eine großemäßige Ausdehnung von 6,5 m x 4 m auf 8,5 m x 4,75 m erfahren.

18 Aus diesem Sachverhalt sei für das Landesverwaltungsgericht kein Antrag auf Genehmigung einer Terrasse für die Dachfläche der ursprünglichen, nicht angebauten Garage ersichtlich, und auch aus den Bauplänen von 1971 und einem Schreiben des Bauherrn vom 8. März 1971 sei weder eine Verwendungszweckänderung für diesen Bereich noch eine allfällige bauliche Beschreibung einer Terrasse zu ersehen. Diese Annahme werde dadurch untermauert, dass noch in der schriftlichen Eingabe vom 12. Juni 1991 ("Bauanzeige") explizit nicht von einer "Terrasse" oder von Anlagen, die der Terrasse dienten, gesprochen werde, sondern die Begriffe "Terrasseneinfassung" durch "Absturzsicherung über der Garage" sowie "Terrasse" durch "Flachdach" ersetzt worden seien. Auch sei das Wort "Terrassentüre" vermieden und in den dargestellten Skizzen explizit nicht mehr von einer Terrasse gesprochen worden. Der Befund des Amtssachverständigen vom 11. Juli 1991 sei in diesem Zusammenhang so auszulegen, dass nicht "keinerlei Aussagen über die Nutzung der Fläche oberhalb der Garage" getroffen worden seien, sondern dieser sei durchaus so zu interpretieren, dass eben keine Nutzung als Terrasse eingezeichnet und somit diese auch nicht Gegenstand der näheren behördlichen Betrachtung gewesen sei.

19 Es sei somit eine Situation zu beurteilen gewesen (und diesbezüglich sei den Festhaltungen in der Niederschrift vom 11. Juli 1991 durchaus zu folgen), wonach sowohl das Bauansuchen als auch die Baubeschreibung samt Plan von 1971 hinsichtlich der Änderungen keinerlei Aussagen über die Nutzung der Fläche oberhalb der Garage getroffen hätten, somit aber auch keinerlei Anträge bezüglich einer Verwendung als Terrasse hätten erkennen lassen. Für das Landesverwaltungsgericht sei auch keine Änderung in solchen Umständen ersichtlich (wie sie entgegen dem damaligen deutlichen Verhalten der Revisionswerber aber nunmehr von ihnen argumentativ vorgebracht würden), die zu einer anderen Beurteilung führten.

20 Der bloße Umstand, dass die Benützungsbewilligung den Begriff "Terrassengeländer" verwende, ohne jedoch diesbezüglich Näheres festzulegen, führe auch für das Landesverwaltungsgericht dazu, nicht von einer bewilligten Terrassenbenützung in diesem Sinne auszugehen, welche, was zu betonen sei, auch dann nicht im

Seitenabstand hätte errichtet werden dürfen, wenn sich unter der Terrasse eine an sich zulässige Garage befunden habe.

21 Das Landesverwaltungsgericht könne angesichts dieser Umstände den Baubewilligungsbescheid aus 1971 jedenfalls nicht so interpretieren, dass die Errichtung und Verwendung als Terrasse unter Überschreitung der Baufluchtlinien bewilligt worden wäre, was jedenfalls rechtswidrig gewesen wäre. Dies insbesondere auch aufgrund des Umstandes, dass die Einreichpläne von 1971 explizit die Nutzung der einzelnen Räumlichkeiten des Keller-, Erd- und Obergeschoßes nennen und diese auch mit einzelnen Widmungen umschrieben würden, jedoch eine Terrassennutzung für den Planteil betreffend die Darstellung des Erd- und Obergeschoßes definitiv nicht beinhalteten und diese somit nicht Teil des Änderungsplanes und des Änderungsprojektes geworden sei. In diesem Zusammenhang sei auch der Befund des Amtssachverständigen vom 11. Juli 1991 so zu sehen, dass dieser deswegen so verfasst worden sei, weil keine Terrassenbenützung gegenständlich gewesen sei. Das Beschwerdevorbringen, wonach es aufgrund der Benützungsbewilligung vom 5. August 1975 im Ergebnis zu einer Bewilligung der Terrasse gekommen sei, sei mit der Begründung der belangen Behörde zu verneinen, dass durch eine Benützungsbewilligung ein allfällig bewilligungswidriger Zustand nicht saniert werden könne.

22 Der Amtssachverständige habe am 11. Juli 1991 auf das Einhalten eines Abstandes von 2 m zur Bauplatzgrenze explizit Bezug genommen. Er habe auch ausgeführt, dass die Abtragung des Holzgeländers und die Errichtung einer maximal 1 m hohen Brüstung anstelle des Holzgeländers keiner Baubewilligung im Sinne des § 41 der Oberösterreichischen Bauordnung bedürften. Damit "dürfte" der Amtssachverständige einen Bezug zu den damals anzuwendenden Bestimmungen der §§ 33 Abs. 1 lit. h und 41 Abs. 4 lit. i der Oberösterreichischen Bauordnung 1976 in der Fassung LGBL Nr. 82/1983 hergestellt haben, zu welchem Umstand sich die belangte Behörde in ihrer Bescheidebegründung aber nicht geäußert habe. In diesem Zusammenhang sei jedoch auf § 29 Abs. 1 iVm Abs. 6 der Oberösterreichischen Bauordnung in der Fassung LGBL Nr. 82/1983 zu verweisen, wonach als Nebengebäude nur Bauten mit einer maximalen zulässigen Traufenhöhe von 3 m über dem Fußboden gegolten hätten. Die privilegierenden Bestimmungen im Zusammenhang mit möglichen Situierungen im Abstandsbereich seien nur für baulich derart ausgeführte Nebengebäude zur Anwendung gekommen. Die gegenständliche Brüstung überschreite die entsprechende Höhe und erfülle damit das gesetzliche Kriterium nicht, da unzweifelhaft eine Höhe von ca. 3,7 m anzunehmen sei. Eine höhenmäßig unzulässige Brüstung als Teil einer lagemäßig unzulässigen Terrasse sei jedenfalls nicht isoliert zu betrachten, da diese mit zwingenden anderen Vorschriften seit jeher im Widerspruch gestanden sei.

23 Zudem habe gemäß § 33 Abs. 1 der Oberösterreichischen Bauordnung in der Fassung LGBL Nr. 82/1983 ein Mindestabstand von 2 m gegen alle seitlichen Grenzen des Bauplatzes sowie gegen die innere Bauplatzgrenze mit Vorbauten nicht unterschritten werden dürfen, was auch Terrassen betroffen habe.

24 Nach den Sachverhaltsermittlungen, insbesondere den Feststellungen des bautechnischen Amtssachverständigen betreffend die Bauanzeige vom 12. Juni 1991, seien in die 105 cm hohe nordseitige Brüstung je zwei 155 cm lange und 98 cm breite sowie 78 cm hohe Blumentröge integriert. Im westlichen Bereich oberhalb der Garage befinde sich ein 1,7 m langer und 105 cm breiter Blumentrog, der zur westlichen Abgrenzung des Flachdaches einen Abstand von 1 m aufweise. Ferner sei eine Sitzecke mit 2,65 m x 2,25 m im südöstlichen Bereich des Garagendaches errichtet worden.

25 Unter Bedachtnahme auf § 62 Abs. 1 und 2 der Oberösterreichischen Bauordnung in der Fassung LGBL Nr. 82/1983 sei eine Rechtsgrundlage für den gegenständlichen baupolizeilichen Auftrag zweifelsfrei gegeben. Dies auch unabhängig davon, ob es sich betreffend die Errichtung einzelner Bauteile der gesamten Terrasse bei (einer hier aber nicht anzustellenden) isolierten Betrachtung um bewilligungspflichtige Maßnahmen im strengen Sinne handelte oder nicht.

26 Es sei nämlich klar hervorgekommen, dass die gegenständliche Brüstung auch in weiten Teilen der Aufnahme von Blumentrögen diene, ebenso dem Anbau einer Sitzecke verbunden mit deren Funktion als seitliche Absturzabgrenzung. Insbesondere das notwendige Betreuen der in den Blumentrögen gesetzten Pflanzen sowie der Aufenthalt beim Benützen der südöstlichen Sitzecke bildeten im Sinne des § 62 Abs. 1 und 2 der Oberösterreichischen Bauordnung in der Fassung LGBL Nr. 82/1983 einen "Mangel", durch dessen Beseitigung eine widmungswidrige Benützung hintangehalten werden könne. Mit der konkret durchgeführten baulichen Maßnahme und insbesondere deren Situierung sehe das Landesverwaltungsgericht "eine gegen die Baubewilligung verstoßende Benützung des Garagendaches als eindeutig zwingend verbunden an", weshalb schon ohne weiteres Eingehen auf die Höhe der gemauerten Brüstung davon auszugehen sei, dass der Auftrag zur Zurückrückung einer baulichen Absturzsicherung um mindestens 2 m zu Recht ergangen sei. Auch nach der geltenden Rechtslage müsste eine Verwendungszweckänderung angezeigt werden, wobei ein Mindestabstand von 2 m gegen die Bauplatz- oder Nachbargrundgrenzen nicht unterschritten werden dürfte.

27 Außerdem sei, wie sich schon aus der Niederschrift vom 11. Juli 1991 ergebe, auf der Garage mit einer Höhe von 2,65 m eine Brüstung in Höhe von 105 cm errichtet worden, weshalb sich eine gesamte Traufenhöhe von ca. 3,7 m ergebe. Das widerspreche § 41 Abs. 1 Z 5 lit. d des Oberösterreichischen Bautechnikgesetzes 2013, wonach eine Traufenhöhe von lediglich 3 m zulässig sei. Nach § 2 Z 27 lit. b des Oberösterreichischen Bautechnikgesetzes 2013 sei die Oberkantenhöhe bei begrenzenden Brüstungsmauern bei Flachdächern für den Betriff Traufe relevant.

28 Die Revisionswerber führten aus, dass der Gesetzgeber in § 27 Abs. 1 des Oberösterreichischen Bautechnikgesetzes 2013 im Ergebnis Brüstungen Geländern gleichstelle. Sie würden aber in diesem Zusammenhang verkennen, dass diese Bestimmung den Schutz vor Absturzunfällen vor Augen habe und eine Gleichwertigkeit dieser baulichen Anlagen bezüglich ihrer Eignung zur Verhinderung von möglichen Abstürzen jedoch nicht mit der hier gegenständlichen Fragestellung in Zusammenhang gebracht werden könne.

29 Das weitere Vorbringen der Revisionswerber im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Aspekten, insbesondere mit einem Notariatsakt vom 14. Juni 1982 betreffend Wohnungseigentum auch für die gegenständliche Terrasse, sei auf den Zivilrechtsweg zu verweisen, weil direkte baurechtliche Aspekte dadurch nicht angesprochen seien. Das Vorbringen, dass die Nachbarn den Abstand schlüssig akzeptiert hätten, vermöge die Beschwerde nicht zum Erfolg zu führen, da eine konsensuale Außerkraftsetzung zwingender Rechtsvorschriften im gegebenen Zusammenhang keine relevanten Rechtsfolgen haben könne.

30 Das Landesverwaltungsgericht habe Beweis aufgenommen durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt einschließlich der diversen Schriftsätze der Revisionswerber und in die angeforderten Unterlagen zur raumordnungsrechtlichen Rechtslage der Gemeinde (Bebauungsplan und aktueller Flächenwidmungsplan sowie diverse Grundbuchsauzüge und Orthofotos). Auf dieser Grundlage hätten weitere Ermittlungsschritte, insbesondere die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, unterbleiben können, da keine weitere Klärung des Sachverhaltes zu erwarten gewesen sei und der Sachverhalt der Terrassenbenutzung und dessen bauliche Ausgestaltung im Ergebnis unbestritten geblieben seien. Es seien somit ausschließlich Rechtsfragen zu beurteilen gewesen, zu deren Lösung die einschlägige Rechtslage und der Inhalt der behördlichen Bewilligungen und sonstiger Verfahrensschritte ausschließlich heranzuziehen gewesen seien. Der Akteninhalt lasse den gesamten verfahrens- und sachverhaltsmäßigen Hergang als zweifelsfrei erscheinen.

31 Gegen dieses Erkenntnis erhoben die Revisionswerber Beschwerde vor dem Verfassungsgerichtshof, der deren Behandlung mit Beschluss vom 9. Juni 2016, E 959/2016-5, ablehnte und die Beschwerde mit Beschluss vom 6. Juli 2016, E 959/2016-7, dem Verwaltungsgerichtshof abtrat.

32 In ihrer Revision machen die Revisionswerber Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Erkenntnisses und Rechtswidrigkeit desselben infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend.

33 Das Landesverwaltungsgericht hat die Akten des Verfahrens vorgelegt.

34 Die vor dem Landesverwaltungsgericht belangte Behörde erstattete eine Revisionsbeantwortung.

35 Die Landesregierung als weitere Partei gemäß § 21 Abs. 1 Z 3 VwGG verzichtete auf eine Revisionsbeantwortung.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

36 Die Revision ist in Anbetracht der Frage der Zulässigkeit des Absehens von einer mündlichen Verhandlung zulässig und auch begründet.

37 In der Revision wird im Wesentlichen moniert, im gegenständlichen Fall sei ein civil right betroffen und es wäre daher zwingend eine mündliche Verhandlung durchzuführen gewesen, erst recht, zumal diese beantragt worden sei. Bereits mit dem Baubewilligungsbescheid vom 22. März 1971 sei die Benutzung als Terrasse bewilligt worden. Aufgrund des Einreichplanes sei ersichtlich gewesen, dass der Bereich über der Garage als Terrasse benutzt werden sollte. Dies sei auch genehmigt worden. Eine konsenslose Errichtung der Terrasse liege nicht vor. Aus der Benützungsbewilligung vom 5. August 1975 gehe hervor, dass nach dem Anbringen des Geländers bzw. der aus den Plänen ersichtlichen Brüstung das Garagendach als Terrasse benutzt werden dürfe. Im Jahre 1991 sei keine Terrasse neu errichtet worden. Wegen Bauauffälligkeit sei lediglich das Gelände zu erneuern gewesen. Eine Änderung der Nutzung der Terrasse oder eine Änderung der Höhe des Geländers sei nicht erfolgt. Die Brüstungsmauer sei einem Gelände jedenfalls gleichwertig. Sie sei daher von der ursprünglichen rechtskräftigen Bewilligung erfasst. Gesetzlich seien Geländer und Brüstungen gleichgestellt. Außerdem sei die Terrasse nachweislich bereits im Notariatsakt 1982 erwähnt worden. Die Blumentröge befänden sich hinter der Absturzsicherung und seien deutlich niedriger (ca. 0,7 m) als die Absturzsicherung selbst. Sie seien jedenfalls keine Bauwerke. Durch diese Blumentröge werde der seitliche Abstand der Terrasse zur Grundgrenze vergrößert und die Nutzfläche der Terrasse entsprechend verkleinert. Die Anmerkung im Baubewilligungsbescheid vom 22. März 1971, dass die Vorschriften des Baubewilligungsbescheides vom 27. November 1968 weiterhin sinngemäß maßgebend seien, könne nicht dazu führen, dass eine bewilligte Terrasse plötzlich nicht mehr bewilligt sei. Eine baupolizeiliche Überprüfungsverhandlung im Jahr 1991 könne nicht zur Beseitigung der Rechtmäßigkeit der Terrasse samt Blumentrögen führen.

Weshalb eine Absturzsicherung über der Garage in den Planunterlagen dargestellt worden sei und dieser Bereich ungenutzt bleiben solle, sei den Ausführungen des Landesverwaltungsgerichtes nicht zu entnehmen. Es sei nicht nachvollziehbar, für welchen anderen Zweck eine Absturzsicherung über der Garage errichtet worden wäre, wenn nicht für die Begehung und Nutzung der Fläche oberhalb der Garage, zumal das Garagendach durch eine separate Tür zugänglich sei, die gemäß dem Benützungsbewilligungsbescheid von 1975 bis zur Anbringung des Terrassengeländers verschlossen zu halten gewesen sei. Bereits im Jahr 1982 habe ein entsprechend dem Einreichplan unweit der Grundstücksgrenze errichtetes Terrassengelände bestanden. Bereits in den 70er Jahren sei die Errichtung des Terrassengeländers auf der Garage (Höhe von 2,65 m inklusive

Garagendecke) vorgeschrieben worden. Unter Berücksichtigung der Geländerhöhe von 1 m sei somit eine Höhe von 3,65 m (statt 3 m) aufgetragen und genehmigt worden. Dafür sei von den Nachbarn bereits in den 70iger Jahren ein Abstandsverzicht erteilt worden. Der Bau sei plangemäß und nach den baurechtlichen Bestimmungen durchgeführt worden. Dies sei auch durch die Bewohnungs- und Benützungsbewilligung vom 23. Juli 1975 bestätigt worden. In der Folge sei das Terrassengeländer bis heute optisch nicht mehr verändert und lediglich im hinteren Bereich eine kleine Ziegelmauer samt Blumentrögen angebracht worden. Es liege daher ein behördlich genehmigter Zustand vor.

§ 24 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz, BGBl. I Nr. 33/2013,

lautet auszugsweise:

"Verhandlung

§ 24. (1) Das Verwaltungsgericht hat auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

...

(3) Der Beschwerdeführer hat die Durchführung einer Verhandlung in der Beschwerde oder im Vorlageantrag zu beantragen. ...

(4) Soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, kann das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Parteienantrags von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 entgegenstehen.

..."

§ 49 der Oberösterreichischen Bauordnung 1994, LGBl. Nr. 66,
idF LGBl. Nr. 70/1998 lautet:

"§ 49

Bewilligungslose bauliche Anlagen

(1) Stellt die Baubehörde fest, daß eine bewilligungspflichtige bauliche Anlage ohne Baubewilligung ausgeführt wird oder bereits ausgeführt wurde, hat sie - unabhängig von § 41 - dem Eigentümer der baulichen Anlage mit Bescheid aufzutragen, entweder nachträglich innerhalb einer angemessen festzusetzenden Frist die Baubewilligung zu beantragen oder die bauliche Anlage innerhalb einer weiters festzusetzenden angemessenen Frist zu beseitigen und gegebenenfalls den vorigen Zustand wiederherzustellen. Die Möglichkeit, nachträglich die Baubewilligung zu beantragen, ist dann nicht einzuräumen, wenn nach der maßgeblichen Rechtslage eine Baubewilligung nicht erteilt werden kann.

(2) Sucht der Eigentümer der baulichen Anlage um die nachträgliche Erteilung der Baubewilligung fristgerecht an und wird dieser Antrag entweder zurückgewiesen oder abgewiesen oder zieht der Antragsteller den Antrag zurück, wird der Auftrag auf Beseitigung der baulichen Anlage rechtswirksam; die im Bescheid gemäß Abs. 1 festgesetzte Frist zur Beseitigung der baulichen Anlage beginnt in diesem Fall mit der Rechtswirksamkeit der Zurückweisung oder Abweisung oder der Zurückziehung des nachträglichen Baubewilligungsantrages.

(3) Sind wegen des schlechten Bauzustandes der bewilligungslos errichteten baulichen Anlage Sicherungsmaßnahmen erforderlich, hat die Baubehörde die jeweils erforderlichen Sicherungsmaßnahmen dem Eigentümer der baulichen Anlage mit Bescheid aufzutragen. § 48 Abs. 7 gilt sinngemäß.

(4) Stellt die Baubehörde bei der Überprüfung einer baubehördlich bewilligten Anlage bewilligungspflichtige Abweichungen oder das Erlöschen der Baubewilligung fest, oder wurde die rechtswirksame Baubewilligung nachträglich aufgehoben oder für nichtig erklärt, gelten die Bestimmungen der Abs. 1 bis 3 sinngemäß.

(5) Unter baulichen Anlagen im Sinn der Abs. 1 bis 4 sind sämtliche bewilligungspflichtige Bauvorhaben (§ 24) zu verstehen.

(6) Stellt die Baubehörde fest, daß eine baubehördlich nicht bewilligungspflichtige bauliche Anlage nicht entsprechend den für sie geltenden bau- oder raumordnungsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere jenen des Flächenwidmungsplans oder Bebauungsplans, ausgeführt wird oder bereits ausgeführt wurde, hat sie dem Eigentümer mit Bescheid die Herstellung des rechtmäßigen Zustandes innerhalb einer angemessen festzusetzenden Frist aufzutragen.

§ 48 Abs. 7 gilt sinngemäß."

38 Ein baupolizeilicher Beseitigungsauftrag betrifft civil rights im Sinne des Art. 6 EMRK (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. August 2016, Zl. Ra 2014/05/0058). Dies muss im Lichte des § 49 der Oberösterreichischen Bauordnung 1994 auch für Aufträge nach dieser Bestimmung gelten, nachträglich um

Baubewilligung anzusuchen. Wird gegen eine aus Art. 6 EMRK abgeleitete Verhandlungspflicht verstoßen, ist eine nähere Prüfung der Relevanz dieses Mangels nicht erforderlich (vgl. das hg. Erkenntnis vom 14. April 2016, Zl. Ra 2015/06/0089).

39 Die mündliche Verhandlung ist nicht nur für die Klärung des Sachverhaltes und die Einräumung von Parteiengehör vonnöten, sondern auch für die mündliche Erörterung einer nach der Aktenlage strittigen Rechtsfrage zwischen den Parteien und dem Gericht, und ebenso darf eine ergänzende Beweiswürdigung durch das Landesverwaltungsgericht regelmäßig erst nach einer mündlichen Verhandlung erfolgen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 30. September 2015, Zl. Ra 2015/06/0007).

40 Das Landesverwaltungsgericht hat sich bei der Frage, ob eine Bewilligung für die Terrasse vorliegt, auch darauf gestützt, dass im Baubewilligungsbescheid vom 22. März 1971 die Vorschriften des Baubewilligungsbescheides vom 27. November 1968 weiterhin als sinngemäß maßgebend normiert wurden.

41 Weiters hat das Landesverwaltungsgericht eine Auslegung der Ausführungen des Amtssachverständigen vom 11. Juli 1991 vorgenommen dahingehend, dass "keine Nutzung als Terrasse eingezeichnet gewesen sei" (bezogen auf den Einreichplan von 1971) und diese somit auch nicht Gegenstand der näheren behördlichen Betrachtung gewesen sei. Ferner bemerkte das Landesverwaltungsgericht, dass der Befund des Amtssachverständigen vom 11. Juli 1971 deswegen so verfasst gewesen sei, weil keine Terrassenbenutzung gegenständlich gewesen sei. Im Übrigen "dürfte" vom Amtssachverständigen ein Bezug zu den damals anzuwendenden Bestimmungen der §§ 33 und 41 der Oberösterreichischen Bauordnung in der Fassung LGBl. Nr. 82/1983 hergestellt worden sein, zu welchem Umstand sich die belangte Behörde in ihrer Bescheidsbegründung aber nicht geäußert habe. "In diesem Zusammenhang" sei aber darauf zu verweisen, dass schon damals eine Traufenhöhe von maximal 3 m über dem Fußboden zulässig gewesen sei, was hier nicht eingehalten sei, und außerdem ein Mindestabstand von 2 m erforderlich gewesen sei. Weiters führte das Landesverwaltungsgericht aus, dass es keine Änderung in solchen Umständen ersehen könne "(wie sie entgegen dem deutlichen damaligen Verhalten der BF aber nunmehr von ihnen argumentativ vorgebracht werden)", die zu einer anderen Beurteilung führten.

42 Außerdem legte das Landesverwaltungsgericht auf Grund näher angeführter Umstände (insbesondere die Bauanzeige der Revisionswerber aus dem Jahre 1991) dar, es könne den Baubewilligungsbescheid aus 1971 jedenfalls "nicht so interpretieren", dass die Errichtung und Verwendung als Terrasse unter Überschreitung der Baufluchtlinien bewilligt worden wäre, was jedenfalls rechtswidrig gewesen wäre. Schließlich führte das Landesverwaltungsgericht das Betreten der Pflanzen in den Blumentrögen und den Aufenthalt beim Benutzen der Sitzcke als Umstände ins Treffen, durch deren Beseitigung eine widmungswidrige Benützung hintangehalten werden könne. Das Vorbringen der Revisionswerber, dass § 27 Abs. 1 des Oberösterreichischen Bautechnikgesetzes 2013 Brüstungen und Geländer gleichstelle, verwarf das Landesverwaltungsgericht.

43 Insgesamt lag somit ein konkretes sachverhaltsbezogenes Vorbringen in der Beschwerde vor und hat das Landesverwaltungsgericht ergänzende Beweiswürdigungen vorgenommen und auch strittige Rechtsfragen beantwortet, ohne zuvor eine mündliche Verhandlung durchzuführen.

44 Das angefochtene Erkenntnis war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

45 Von der beantragten mündlichen Verhandlung war gemäß § 39 Abs. 2 Z 4 VwGG Abstand zu nehmen.

46 Der Spruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 518/2013 idF Nr. 8/2014. Das Mehrbegehren war abzuweisen, da die Eingabengebühr für den gegen bloß ein Erkenntnis gerichteten, einheitlichen Revisionsschriftsatz nur einmal zu entrichten war (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 18. Juli 2002, Zl. 2002/16/0158, und vom 21. November 2013, Zl. 2011/16/0050).

Wien, am 29. März 2017