

# TE Lvwg Erkenntnis 2021/11/30 LVwG-2021/36/2810-2

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 30.11.2021

## Entscheidungsdatum

30.11.2021

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren

L82007 Bauordnung Tirol

## Norm

AVG §53a Abs2

BauO Tir 2018 §36

## Text

A.

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol entscheidet durch seine Richterin Drin Gstir über die Beschwerde des AA, Adresse 1, \*\*\*\* Z, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Y vom 10.08.2021, Zi \*\*\*, soweit damit Barauslagen in der Höhe von Euro 606,00 vorgeschrieben wurden,

zu Recht:

1. Der Beschwerde wird Folge gegeben, und der angefochtene Bescheid in diesem Umfang (Vorschreibung von Barauslagen) aufgehoben.
2. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

B.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol fasst durch seine Richterin Drin Gstir über die Beschwerde des AA, Adresse 1, \*\*\*\* Z, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Y vom 10.08.2021, Zi \*\*\*, soweit damit über den Antrag auf Feststellung eines vermuteten Baukonsenses entschieden wurde, den

B E S C H L U S S

1. Der Beschwerde wird Folge gegeben, der angefochtene Bescheid im diesem Umfang (Entscheidung über den Antrag nach § 36 TBO 2018) aufgehoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückverwiesen.
2. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Entscheidungswesentlicher Verfahrensgang und Sachverhalt (zum Erkenntnis – A. und Beschluss – B.):

Von AA (in der Folge: Beschwerdeführer) wurde unter Einbringung von Planunterlagen ein Antrag zur Feststellung des vermuteten Baukonsenses betreffend das Bestandsgebäude auf Gst \*\*1 KG Y eingebracht.

Dazu wurde von der belangten Behörde die hochbautechnische Stellungnahme des mit Bescheid vom 04.06.2021 bestellten hochbautechnischen Sachverständigen vom 14.07.2021 eingeholt. Darin wird - jedoch ohne nähere detaillierte Begründung - zusammengefasst ausgeführt, dass am 01.07.2021 mit dem nunmehrigen Beschwerdeführer eine Besichtigung vor Ort erfolgt sei und vom Sachverständigen angenommen wird, dass die betreffende bauliche Anlage teilweise entgegen den zur Zeit ihrer Erbauung in Geltung gestandenen baurechtlichen Vorschriften ohne entsprechende Bewilligung errichtet worden sei und das Vorliegen der Baubewilligung nicht zu vermuten sowie das im Antrag angeführte Alter des Gebäudes für den Sachverständigen nicht nachvollziehbar sei.

Für die Erstattung der schriftlichen Stellungnahme und die Durchführung des Termins vor Ort wurden vom bestellten hochbautechnischen Sachverständigen bei der belangten Behörde die Honorarnote datiert mit 23.08.2021 eingebracht und Gebühren in der Höhe von insgesamt Euro 605,20 geltend gemacht.

Mit dem gegenständlich bekämpften Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Y vom 10.08.2021, Zl \*\*\*, wurde das „Bauansuchen“ gemäß § 34 Abs 3 TBO abgewiesen und ua auch Barauslagen in der Höhe von Euro 606,00 vorgeschrieben.

Dagegen brachte der Beschwerdeführer die Beschwerde vom 27.08.2021 ein und führte darin im Wesentlichen Folgendes aus:

Der Beschwerdeführer habe mit Antrag vom 15.05.2021 die bescheidmäßige Feststellung des zu vermutenden Baukonsenses hinsichtlich des sich auf Gst \*\*1 KG Y befindlichen Gebäudes nach § 36 TBO 2018 beantragt. Dieser Feststellungsantrag sei vor dem Hintergrund erfolgt, dass es für das betreffende Gebäude bei der Gemeinde Y keinerlei Bauakten bzw Aufzeichnungen gebe, sowie aus der Absicht, in naher Zukunft bauliche Änderungen bzw einen Neubau durchzuführen. Ein entsprechendes Bauansuchen sei bis dato aber noch nicht eingereicht worden. Umso mehr verwundere es, dass im Spruch des angefochtenen Bescheides „das Bauansuchen“ gemäß § 34 Abs 3 Tiroler Bauordnung 2018 – TBO 2018 abgewiesen wird und sei der Bescheid schon aus diesem Grund mit einer Rechtswidrigkeit behaftet, da eine bescheidmäßige Erledigung eines antragsbedürftigen Verwaltungsverfahrens ohne den entsprechenden verfahrenseinleitenden Antrag wegen Unzuständigkeit der Behörde unzulässig sei. Sollte mit der im Spruch angeführten Abweisung aber die abschlägige Behandlung des Antrages auf Feststellung des zu vermutenden Baukonsenses nach § 36 TBO 2018 gemeint sein, sei auch diese Entscheidung unrichtig. Bei dem gegenständlichen Gebäude handele es sich um ein mindestens 304 Jahre altes Gebäude, welches ehemals als landwirtschaftlicher Betrieb, als Handwerksbetrieb, als Handelsbetrieb, sowie für Wohnzwecke genutzt worden sei. Dass das Gebäude auf das 18. Jahrhundert zurückgehe, ergebe sich schon aus der Dorfchronik Y, herausgegeben und verlegt von der Gemeinde Y i.J. 1997, in der auf Seite 33 im Beitrag zu den Besitzern des Hauses „BB“ Folgendes angemerkt ist: „(...) Der BB, 1717 CC (...)\". Das verfahrensgegenständliche Gebäude sei sohin mehr als 200 Jahre vor in Kraft treten der ersten Bauordnung in Tirol errichtet worden und sei jedenfalls davon auszugehen, dass aktenmäßige Unterlagen darüber (bzw eine Bewilligung) nicht vorhanden sein können, und die betreffende bauliche Anlage nicht entgegen allfälliger baurechtlicher Vorschriften, dh ohne entsprechende Bewilligung, errichtet worden sei. Festzuhalten sei auch, dass hinsichtlich eines fehlenden Konsenses niemals baubehördliche Beanstandungen stattgefunden hätten. Die Baubehörde hätte somit die beantragte Feststellung treffen müssen, dass das Vorliegen einer Baubewilligung nach § 36 TBO 2018 zu vermuten sei. Zudem wurde mit näherem Vorbringen zusammengefasst ausgeführt, dass bei den Ermittlungen, ob für ein Bauwerk zumindest die Vermutung der Konsensmäßigkeit besteht, es erforderlich sei Nachforschungen in den Archiven der in Betracht kommenden Behörden vorzunehmen. Die belangte Behörde stütze sich auf die Stellungnahme des hochbautechnischen Sachverständigen. Abgesehen davon, dass diese Stellungnahme nicht den Anforderungen eines Sachverständigengutachtens entspreche, lasse der Sachverständige völlig offen, aus welchem Grund er die Angaben zum Gebäudealter nicht nachvollziehen könne. Was die im Bescheid angeführten Zweifel über die Konsensfähigkeit des Gebäudes in Bezug auf das nördlich situierte Schaufenster („Glasvitrine“) und die östlich situierte Freitreppe („Stiege“) betrifft, wird zugestanden, dass diese untergeordneten Bauteile wohl nicht auf das 18. Jahrhundert zurückzuführen sind, sondern wohl Anfang bis Mitte des 20. Jahrhunderts nachträglich errichtet wurden. Diesbezüglich sei aber davon auszugehen, dass diese geringfügigen

Änderungen nach den damaligen baurechtlichen Vorschriften nicht gesondert bewilligungspflichtig gewesen seien. Sollten diese Änderungen nach den damaligen baurechtlichen Vorschriften dennoch bewilligungspflichtig gewesen sein (was ausdrücklich bestritten wird), hätte die Baubehörde zunächst entsprechende Nachforschungen hinsichtlich des Vorliegens allfälliger Genehmigungen anstellen müssen. Zumal die baurechtliche Zuständigkeit für betriebliche Gebäude nach der TLBO 1901 bereits ab den 1920er Jahren und für alle anderen Gebäude spätestens nach dem Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich bis in die späten 1950er bzw. 1960er Jahre von den Bezirkshauptmannschaften wahrgenommen worden seien, hätte die belangte Behörde auch bei dieser Behörde anfragen müssen bzw im Landesarchiv entsprechende Recherchen vornehmen müssen. Selbst wenn die belangte Behörde nach Durchführung dieser Recherchen zum Schluss gekommen wäre, dass es für die Glasvitrine bzw den Stiegenaufgang tatsächlich keinen Baukonsens gibt, so hätte der Antrag des Beschwerdeführers nicht zur Gänze abgewiesen werden dürfen, sondern hätte eben die Feststellung getroffen werden müssen, dass ein Baukonsens nur für das Gebäude - unter Außerachtlassung dieser beiden untergeordneten Bauteile - bestehe. Durch das mangelhaft gebliebene Ermittlungsverfahren sei die Baubehörde jedenfalls rechtsunrichtig zum Schluss gekommen, dass ein Baukonsens für das gesamte Gebäude nicht zu vermuten sei. Sollte dieser Bescheid in Rechtskraft erwachsen hätte dies zur Konsequenz, dass das gesamte Gebäude als „Schwarzbau“ anzusehen und komplett abzutragen wäre. Diese Konsequenz könne der Beschwerdeführer nicht akzeptieren. Ungeachtet dieser Beschwerde wird der Antragsteller aber einer einvernehmlichen Lösung zur Entschärfung der Verkehrssituation weiterhin nicht im Wege stehen. Weiters wurde auch - ungeachtet der bereits erfolgten Entrichtung dieses Betrages - der Kostenspruch bezüglich der Barauslagen des hochbautechnischen Sachverständigen in Höhe von € 606,00 angefochten. Für die Vorschreibung der Gebühren als „Barauslagen“ nach § 76 AVG gegenüber dem Antragsteller sei zunächst eine ordnungsgemäße Bestellung des Sachverständigen, eine rechtzeitige und den Anforderungen des Gebührenanspruchsgesetzes - GebAG entsprechende Honorarnote des Sachverständigen, ein Kostenbestimmungsbescheid der Behörde und schließlich eine Entrichtung der Gebühr durch die Behörde zwingend erforderlich. Aus der gegenständlichen Vorschreibung sei nicht abzuleiten, ob die vorgenannten gesetzlichen Anforderungen eingehalten wurden. Jedenfalls sei nicht nachvollziehbar, wie sich die Gebühr des Sachverständigen nach den Vorgaben des GebAG aufschlüsselt.

Von der belangten Behörde wurde dann erst nach Erlassung der bekämpften Entscheidung am 14.09.2021 die vom bestellten nichtamtlichen Sachverständigen geltend gemachten Gebühren in der Höhe von insgesamt Euro 605,20 bezahlt.

Eine bescheidmäßige Festsetzung dieser Gebühren gegenüber dem Sachverständigen gemäß § 53a Abs 2 AVG 1991 ist bislang noch nicht erfolgt.

## II. Beweiswürdigung (zum Erkenntnis – A. und Beschluss – B.):

Zur Klärung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes wurde Beweis aufgenommen durch Einsichtnahme in den vorgelegten Akt der belangten Behörde.

Daraus ergibt sich - wie vorstehend und im Folgenden im Detail dargetan - dass zum einen (Erkenntnis - A.) eine bescheidmäßige Festsetzung der Gebühr gemäß

§ 53a Abs 2 AVG 1991 bislang nicht erfolgt ist und daher dem nunmehrigen Beschwerdeführer bereits aus diesem Grund auch noch nicht vorgeschrieben werden konnte und zum anderen (Beschluss - B.) von der Baubehörde der entscheidungsrelevante Sachverhalt hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Antrags auf Feststellung nach § 36 TBO 2018 nicht vollständig ermittelt wurde.

Es konnte daher aus diesen Gründen die gegenständliche Entscheidung auch ohne die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergehen.

## III. Rechtslage:

Gegenständlich sind insbesondere folgende Rechtsvorschriften entscheidungsrelevant:

Tiroler Bauordnung 2018 – TBO 2018, LGBI Nr 28/2018 in der hier maßgeblichen Fassung

LGBI Nr 167/2021:

„§ 36Feststellungsverfahren

(1) Die Behörde hat hinsichtlich jener bewilligungspflichtigen baulichen Anlagen, für die die Baubewilligung nicht nachgewiesen werden kann, im Zweifel von Amts wegen oder auf Antrag des Eigentümers mit Bescheid festzustellen,

ob das Vorliegen der Baubewilligung zu vermuten ist oder nicht. Das Vorliegen der Baubewilligung ist zu vermuten, wenn aufgrund des Alters der betreffenden baulichen Anlage oder sonstiger besonderer Umstände davon auszugehen ist, dass aktenmäßige Unterlagen darüber nicht mehr vorhanden sind, und überdies kein Grund zur Annahme besteht, dass die betreffende bauliche Anlage entgegen den zur Zeit ihrer Errichtung in Geltung gestandenen baurechtlichen Vorschriften ohne entsprechende Bewilligung errichtet worden ist. Anlässlich der Feststellung, wonach das Vorliegen der Baubewilligung zu vermuten ist, ist weiters der aus der baulichen Zweckbestimmung der betreffenden baulichen Anlage hervorgehende Verwendungszweck festzustellen.

(2) Dem Antrag nach Abs. 1 erster Satz sind ein Lageplan, im Fall von Gebäuden mit den Inhalten nach § 31 Abs. 2, eine Baubeschreibung sowie Bestandspläne, aus denen die wesentlichen Merkmale der baulichen Anlage ersichtlich sind, in dreifacher Ausfertigung anzuschließen. Im Fall der Einleitung des Verfahrens von Amts wegen hat die Behörde den Eigentümer der baulichen Anlage unter Setzung einer angemessenen Frist zur Vorlage dieser Unterlagen aufzufordern. Wird diesem Auftrag nicht entsprochen, so ist die Feststellung, wonach das Vorliegen der Baubewilligung nicht zu vermuten ist, zu treffen. Im Auftrag ist auf diese Rechtsfolge hinzuweisen.

(3) Der Bescheid, wonach das Vorliegen der Baubewilligung zu vermuten ist, ist dem Eigentümer der baulichen Anlage in zweifacher Ausfertigung und unter Anschluss zweier mit einem entsprechenden Vermerk versehener Ausfertigungen der Unterlagen nach Abs. 2 erster Satz zuzustellen. Der Vermerk hat das Datum und die Geschäftszahl des betreffenden Bescheides zu enthalten.

(4) Die Feststellung, wonach das Vorliegen der Baubewilligung zu vermuten ist, ist dem Bestehen der Baubewilligung gleichzuhalten. Die Feststellung, wonach das Vorliegen der Baubewilligung nicht zu vermuten ist, ist dem Fehlen der Baubewilligung gleichzuhalten.“

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, BGBl Nr 51/1991 idF BGBl I

Nr 161/2013:

„Gebühren der nichtamtlichen Sachverständigen

#### § 53a

(1) Nichtamtliche Sachverständige haben für ihre Tätigkeit im Verfahren Anspruch auf Gebühren, die durch Verordnung der Bundesregierung in Pauschalbeträgen (nach Tarifen) festzusetzen sind. Soweit keine solchen Pauschalbeträge (Tarife) festgesetzt sind, sind auf den Umfang der Gebühr die §§ 24 bis 37, 43 bis 49 und 51 des Gebührenanspruchsgesetzes – GebAG, BGBl. Nr. 136/1975, sinngemäß anzuwenden. Die Gebühr ist gemäß § 38 des Gebührenanspruchsgesetzes 1975 bei der Behörde geltend zu machen, die den Sachverständigen herangezogen hat.

(2) Die Gebühr ist von der Behörde, die den Sachverständigen herangezogen hat, mit Bescheid zu bestimmen. Vor der Gebührenbestimmung kann der Sachverständige aufgefordert werden, sich über Umstände, die für die Gebührenberechnung bedeutsam sind, zu äußern und, unter Setzung einer bestimmten Frist, noch fehlende Bestätigungen vorzulegen. Die Gebührenbeträge sind auf volle 10 Cent aufzurunden.

(3) Die Gebühr ist dem nichtamtlichen Sachverständigen kostenfrei zu zahlen. Bestimmt die Behörde eine höhere Gebühr, als dem nichtamtlichen Sachverständigen gezahlt wurde, so ist der Mehrbetrag dem nichtamtlichen Sachverständigen kostenfrei nachzuzahlen. Bestimmt die Behörde eine niedrigere Gebühr oder übersteigt der dem nichtamtlichen Sachverständigen gezahlte Vorschuss die von ihr bestimmte Gebühr, so ist der nichtamtliche Sachverständige zur Rückzahlung des zu viel gezahlten Betrages zu verpflichten.

#### § 57

(1) Wenn es sich um die Vorschreibung von Geldleistungen nach einem gesetzlich, statutarisch oder tarifmäßig feststehenden Maßstab oder bei Gefahr im Verzug um unaufschiebbare Maßnahmen handelt, ist die Behörde berechtigt, einen Bescheid auch ohne vorausgegangenes Ermittlungsverfahren zu erlassen.

(2) Gegen einen nach Abs. 1 erlassenen Bescheid kann bei der Behörde, die den Bescheid erlassen hat, binnen zwei Wochen Vorstellung erhoben werden. Die Vorstellung hat nur dann aufschiebende Wirkung, wenn sie gegen die Vorschreibung einer Geldleistung gerichtet ist.

(3) Die Behörde hat binnen zwei Wochen nach Einlangen der Vorstellung das Ermittlungsverfahren einzuleiten, widrigenfalls der angefochtene Bescheid von Gesetzes wegen außer Kraft tritt. Auf Verlangen der Partei ist das Außerkrafttreten des Bescheides schriftlich zu bestätigen.

#### § 76

(1) Erwachsen der Behörde bei einer Amtshandlung Barauslagen, so hat dafür, sofern nach den Verwaltungsvorschriften nicht auch diese Auslagen von Amts wegen zu tragen sind, die Partei aufzukommen, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat. Als Barauslagen gelten auch die Gebühren, die den Sachverständigen und Dolmetschern zustehen. Kosten, die der Behörde aus ihrer Verpflichtung nach § 17a erwachsen, sowie die einem Gehörlosendolmetscher zustehenden Gebühren gelten nicht als Barauslagen. Im Falle des § 52 Abs. 3 hat die Partei für die Gebühren, die den nichtamtlichen Sachverständigen zustehen, nur soweit aufzukommen, als sie den von ihr bestimmten Betrag nicht überschreiten.

(2) Wurde jedoch die Amtshandlung durch das Verschulden eines anderen Beteiligten verursacht, so sind die Auslagen von diesem zu tragen. Wurde die Amtshandlung von Amts wegen angeordnet, so belasten die Auslagen den Beteiligten dann, wenn sie durch sein Verschulden herbeigeführt worden sind.

(3) Treffen die Voraussetzungen der vorangehenden Absätze auf mehrere Beteiligte zu, so sind die Auslagen auf die einzelnen Beteiligten angemessen zu verteilen.

(4) Ist eine Amtshandlung nicht ohne größere Barauslagen durchführbar, so kann die Partei, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat, zum Erlag eines entsprechenden Vorschusses verhalten werden.

(5) Die Kosten, die der Behörde aus ihrer Verpflichtung nach § 17a erwachsen, sowie die den Sachverständigen und Dolmetschern zustehenden Gebühren sind – falls hiefür nicht die Beteiligten des Verfahrens aufzukommen haben – von jenem Rechtsträger zu tragen, in dessen Namen die Behörde in der Angelegenheit gehandelt hat.“

#### IV. Erwägungen:

Zum Erkenntnis - A. (Vorschreibung von Barauslagen):

1. Soweit der Beschwerdeführer auch die Vorschreibung der Barauslagen für den hochbautechnischen Sachverständigen bekämpft, ist dazu zunächst Folgendes grundsätzlich auszuführen:

Die Beziehung eines entsprechenden Sachverständigen durch die Behörde ist insbesondere dann verpflichtend, wenn eine Beziehung in den Verwaltungsvorschriften ausdrücklich normiert ist, oder wenn in einem Verfahren zur Erforschung der materiellen Wahrheit besondere Fachkenntnisse notwendig sind und die Organwalter der Behörde zur Beantwortung von Sachfragen nicht über das erforderliche Fachwissen verfügen.

Erweist sich in einem Verwaltungsverfahren die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige als notwendig bzw ist dies gesetzlich geboten, hat die Behörde gemäß

§ 52 Abs 1 AVG 1991 einen ihr beigegebenen oder zur Verfügung stehenden Amtssach-verständigen beizuziehen.

Wenn ein solcher nicht zur Verfügung steht oder es mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles geboten ist, kann die Behörde ausnahmsweise andere geeignete Personen, sogenannte nichtamtliche Sachverständige, heranziehen (§ 52 Abs 2 AVG 1991).

2. Nichtamtliche Sachverständigen haben gemäß § 53 a Abs 1 AVG 1991 für ihre Tätigkeit im Verfahren Anspruch auf Gebühren.

Die Sachverständigengebühr ist vom Sachverständigen bei jener Behörde geltend zu machen, die ihn herangezogen hat. Die Gebührenansprüche der nichtamtlichen Sachverständigen im Verwaltungsverfahren sind in § 53a AVG 1991 abschließend geregelt.

Der Gebührenanspruch des nichtamtlichen Sachverständigen für dessen Tätigkeit erfolgt unter analoger Anwendung einzelner Bestimmungen des Gebührenanspruchgesetzes 1975 – GebAG 1975.

Um den Anforderungen des § 38 GebAG Genüge zu tun, ist der Gebührenanspruch des nichtamtlichen Sachverständigen nach den einzelnen Gebührenbestandteilen des § 24 GebAG aufzugliedern, damit eine entsprechende Prüfung auch möglich ist.

Der Sachverständige hat § 38 Abs 1 GebAG seinen Antrag auf Zuerkennung von Gebühren -bei sonstigem Verlust - binnen 14 Tagen schriftlich oder mündlich bei der belangten Behörde geltend zu machen. Diese Frist beginnt mit Abschluss seiner Tätigkeit, also grundsätzlich mit Erstattung des Gutachtens (VwGH 27.06.2002, 2002/07/0055; VwGH 24.04.2003, 2003/07/0027; ua).

3. Die zuständige Behörde hat dann gemäß § 53a Abs 2 AVG 1991 über die Zuerkennung der Gebühr mittels – verfahrensrechtlichem – Bescheid abzusprechen.

Ein Bescheid, mit dem Kosten eines Sachverständigen festgesetzt werden, betrifft allein das Verhältnis zwischen Behörde und Sachverständigen (vgl VwGH 11.10.1994, ZI 93/05/0027; VwGH 24.06.2003, ZI 2001/01/0260; ua). Dabei ist auch die Höhe der Kosten von der Behörde entsprechend zu prüfen und zu begründen.

Aufgrund eines solchen Bescheides, mit dem gegenüber dem Sachverständigen die Kosten festgesetzt werden, hat die Behörde, die den nichtamtlichen Sachverständigen beigezogen hat, diesen zu bezahlen und es erwachsen ihr damit erst sogenannte Barauslagen.

4. Zusammengefasst ergibt sich sohin, dass – unbeschadet der sonstigen Voraussetzungen - nur solche Gebühren der Behörde als Barauslagen erwachsen sind, welche dem Sachverständigen gegenüber mittels Bescheid gemäß § 53a Abs 2 AVG 1991 festgesetzt und diese zudem von der Behörde auch tatsächlich bezahlt wurden.

Fehlt eine dieser beiden Voraussetzungen (bescheidmäßige Festsetzung der Gebühren und bereits erfolgte Bezahlung der Behörde), liegen keine Barauslagen im Sinne des § 76 Abs 1 AVG 1991 vor und ist die Vorschreibung des Kostenersatzes somit verfrüht und damit bereits aus diesem Grund nicht zulässig (VwGH 15.11.2001, ZI 2000/07/0282).

5. Im gegenständlichen Fall ergibt sich aus dem von der belangten Behörde vorgelegten Bauakt, dass mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Y vom 04.06.2021,

ZI 131-/2021-28, - wie im Bescheid ausdrücklich angeführt - DD im gegenständlichen Verfahren aufgrund des Antrages auf Feststellung eines vermuteten Baukonsenses zum nichtamtlichen hochbautechnischen Sachverständigen bestellt wurde.

Von diesem wurde laut Akteninhalt am 01.07.2021 ein Ortsaugenschein durchgeführt und die schriftliche gutachterliche Stellungnahme vom 14.07.2021 erstattet.

Aus den von der belangten Behörde nach Aufforderung des Landesverwaltungsgerichts Tirol ergänzend vorgelegten Unterlagen ergibt sich, dass die Honorarnote des Sachverständigen allerdings erst mit 23.08.2021 datiert ist und von der belangten Behörde dann auch erst am 14.09.2021 – sohin nach Erlassen des gegenständlich bekämpften Bescheides – diese geltend gemachten Gebühren bezahlt wurden.

6. Zudem ergibt sich aus dem von der belangten Behörde vorgelegten Akt, dass bislang noch keine bescheidmäßige Bestimmung der Gebühr gemäß § 53a Abs 2 AVG 1991 erfolgt.

Die bescheidmäßige Festsetzung der Gebühr des Sachverständigen ist jedoch - wie vorstehend ausgeführt und auch vom Beschwerdeführer zutreffend vorgebracht – ebenfalls eine der unabdingbaren Voraussetzungen, für die Rechtmäßigkeit ihrer Vorschreibung gegenüber einer Partei (vgl VwGH 26.09.2002, ZI 2001/06/0033; uva).

Da eine bescheidmäßige Festsetzung der Gebühr gemäß § 53a Abs 2 AVG 1991 bislang nicht erfolgt ist, sind der Behörde Barauslagen noch nicht erwachsen und konnten daher dem nunmehrigen Beschwerdeführer bereits aus diesem Grund auch noch nicht vorgeschrieben werden.

7. Zusammengefasst ergibt sich daher, dass der Beschwerde - soweit sie sich gegen die Vorschreibung von Barauslagen in der Höhe von Euro 606,00 richtet - ohne Prüfung der weiteren Voraussetzungen, insbesondere, ob im gegenständlichen Fall zB allenfalls bereits ein Verlust des Gebührensanspruchs gemäß § 38 Abs 1 GebAG eingetreten sein könnte – bereits aus diesem Grund Folge zu gegeben, und der Bescheid in diesem Umfang aufzuheben war.

Zum Beschluss - B.(Feststellungsverfahren nach § 36 TBO 2018):

1. Soweit der Beschwerdeführer dazu zunächst zusammengefasst vorbringt, dass er die bescheidmäßige Feststellung des vermutenden Baukonsenses für das Gebäude auf Gst \*\*1 KG Y nach § 36 TBO 2018 beantragt habe und derzeit noch kein Bauvorhaben zur baulichen Änderungen bzw

für einen Neubau eingebracht worden sei und der Bescheid schon deshalb mit einer Rechtswidrigkeit behaftet sei, da im Spruch des angefochtenen Bescheides „das Bauansuchen“ gemäß § 34 Abs. 3 Tiroler Bauordnung 2018 – TBO 2018 abgewiesen wurde, ist dazu zunächst Folgendes auszuführen:

Gemäß dem Sonderregime des § 36 Abs 1 TBO 2018 hat die Behörde hinsichtlich jener bewilligungspflichtigen baulichen Anlagen, für die die Baubewilligung nicht nachgewiesen werden kann, im Zweifel von Amts wegen oder auf Antrag des Eigentümers mit Bescheid festzustellen, ob das Vorliegen der Baubewilligung zu vermuten ist oder nicht.

Anlässlich der Feststellung, wonach das Vorliegen der Baubewilligung zu vermuten ist, wäre weiters auch der aus der baulichen Zweckbestimmung der betreffenden baulichen Anlage hervorgehende Verwendungszweck festzustellen.

Gemäß § 36 Abs 4 TBO 2018 ist die Feststellung, wonach das Vorliegen der Baubewilligung zu vermuten ist, dem Bestehen der Baubewilligung gleichzuhalten. Die Feststellung, wonach das Vorliegen der Baubewilligung nicht zu vermuten ist, ist dem Fehlen der Baubewilligung gleichzuhalten.

Wie vom Beschwerdeführer zutreffend vorgebracht, hätte daher die belangte Behörde über den gegenständlichen Antrag auf Feststellung des Baukonsenses nicht gemäß § 34 TBO 2018 sondern gemäß § 36 TBO 2018 zu entscheiden gehabt und bescheidmäßig feststellen müssen, ob das Vorliegen der Baubewilligung zu vermuten ist oder nicht.

2. Zum Gegenstand eines Feststellungsverfahrens nach § 36 TBO 2018 kann eine bauliche Anlage nur in ihrer derzeitigen Gestalt und Nutzung gemacht werden. Nur in Bezug auf eine solche, durch entsprechende Bestandspläne (§ 36 Abs 4) ausgewiesene bauliche Anlage kann ein Feststellungsverfahren im Rahmen des § 36 TBO 2018 geführt werden. Nicht hingegen können unter dieser Rechtsgrundlage für in der Vergangenheit liegende (hypothetische) vormalige Bau- bzw Nutzungsstände Feststellungen ausgesprochen werden (LVwG-2018/39/2263-2, 8.4.2019).

Die Vermutung des Baukonsenses bezieht sich daher auf die derzeitige (dh im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt durch die Baubehörde vorliegende) Gestaltung des Gebäudes und nicht etwa auf eine frühere, mutmaßlich im Zeitpunkt der Errichtung vorliegende.

Bei der Beurteilung der Frage der Bewilligungspflicht von weiteren Bauführungen an einem solchen Altbestand ist daher vom tatsächlich vorhandenen und nicht von einem einmal (vielleicht) gewesenen Bestand auszugehen (vgl VwGH 26.09.2002, 2000/06/0098; ua).

3. Soweit der Beschwerdeführer zusammengefasst vorbringt, dass die verfahrensgegenständliche bauliche Anlage bislang immer unbeanstandet geblieben sei, ist dazu auszuführen, dass dies keinen besonderen Umstand iSd 36 Abs 1 zweiter Satz TBO 2018 darstellt, der – für sich alleine - die Annahme eines vermuteten Baukonsens iSd § 36 TBO 2018 rechtfertigen könnte.

Wie der VwGH nämlich in ständiger Rechtsprechung ausführt, kann sich aus dem Umstand, dass eine bauliche Anlage lange Zeit von der Baubehörde unbeanstandet geblieben ist, kein baurechtlicher Konsens ergeben, da ein solcher durch ein konkludentes (stillschweigendes) Verhalten der Bauaufsichtsorgane weder begründet noch ersetzt werden kann (vgl VwGH 12.09.1989, 89/05/0045; VwGH 29.09.2016, 2013/05/0183; ua)

Es wäre daher zB auch die Erlassung eines baupolizeilichen Beseitigungsauftrages zulässig, wenn eine konsenslose bauliche Anlage jahrelang unbeanstandet existierte (vgl VwGH 26.04.1988, 87/05/0199; VwGH 30.04.2009, 2006/05/0217; ua).

Diesem Vorbringen konnte sohin im Lichte der höchstgerichtlichen Rechtsprechung keine Berechtigung zukommen.

Der Vollständigkeit halber ist dazu allerdings noch ergänzend anzumerken, dass ein „vermuteter Konsens“ – neben anderen Voraussetzungen – nur bei einem Jahrzehntelang unbeanstandeten Bestand eines Gebäudes in Betracht kommen kann (vgl VwGH 23.02.2010, 2009/05/0250).

4. Soweit der Beschwerdeführer mit näheren Ausführungen zusammengefasst vorbringt, dass sich schon aus der Dorfchronik ergebe, dass es sich beim gegenständlichen Gebäude um ein mindestens 304 Jahre altes Gebäude handle, das somit vor in Kraft treten der ersten Bauordnung in Tirol errichtet worden und ehemals als landwirtschaftlicher Betrieb, als Handwerksbetrieb, als Handelsbetrieb, sowie für Wohnzwecke genutzt worden sei, und die im weiteren wohl Anfang bis Mitte des 20. Jahrhunderts durchgeführten Änderungen (nördlich situierte Schaufenster - „Glasvitrine“ und die östlich situierte Freitreppe - „Stiege“) im Zeitpunkt ihrer Errichtung nicht baubewilligungspflichtig gewesen seien, ist dazu Folgendes auszuführen:

Aus dem übermittelten Akt ergibt sich, dass im behördlichen Verfahren vom hochbautechnischen Sachverständigen am 01.07.2021 im Beisein des Beschwerdeführers ein Ortaugenschein durchgeführt und die schriftliche gutachterliche Stellungnahme vom 14.07.2021 erstattet wurde.

Darin wird vom Sachverständigen ohne nähere Begründung ausgeführt, dass das Vorliegen einer Baubewilligung nicht zu vermuten ist.

Hinweise auf ein weitergehendes Ermittlungsverfahren finden sich nicht in dem von der belangten Behörde übermittelten Bauakt.

5. Wie in § 36 Abs 1 zweiter Satz TBO 2018 ausdrücklich normiert, ist allerdings das Vorliegen der Baubewilligung dann zu vermuten, wenn aufgrund des Alters der betreffenden baulichen Anlage oder sonstiger besonderer Umstände davon auszugehen ist, dass aktenmäßige Unterlagen darüber nicht mehr vorhanden sind, und überdies kein Grund zur Annahme besteht, dass die betreffende bauliche Anlage entgegen den zur Zeit ihrer Errichtung in Geltung gestandenen baurechtlichen Vorschriften ohne entsprechende Bewilligung errichtet worden ist.

Wie der VwGH in ständiger Rechtsprechung ausführt, kann das Vorliegen eines konsensgemäßen Zustandes nur dann vermutet werden, wenn keine Anhaltspunkte für eine gegenteilige Annahme vorliegen. Die Rechtsvermutung der Konsensmäßigkeit eines alten Gebäudes kann sohin nur dann Platz greifen, wenn der Zeitpunkt der Erbauung des Altbestandes so weit zurückliegt, dass die Erteilung der Baubewilligung fraglich scheint oder bestimmte Indizien dafürsprechen, dass trotz des Fehlens behördlicher Unterlagen von der Erteilung einer Baubewilligung auszugehen ist.

Die Rechtmäßigkeit des Bestandes soll daher grundsätzlich nur dann vermutet werden, wenn der Zeitpunkt der Erbauung so weit zurückliegt, dass, von besonders gelagerten Einzelfällen abgesehen, auch bei ordnungsgemäß geführten Archiven die Wahrscheinlichkeit, noch entsprechende Unterlagen auffinden zu können, erfahrungsgemäß nicht mehr besteht oder zB Unterlagen auch gar nie bestanden haben, wenn diese zB vor dem erstmaligen Inkrafttreten einer Bauordnung in Tirol mit 01.01.1901 errichtet wurde bzw nach der im Zeitpunkt der Errichtung (bzw auch allfälligen Änderung) jeweils konkret geltenden Fassung der Tiroler Bauordnung weder bauanzeige- oder baubewilligungspflichtig waren (VwGH 24.04.2007, 2006/05/0031).

Zur Frage des Vorliegens eines vermuteten Konsenses für ein Jahrzehntlang unbeanstandet gebliebenes Gebäude ist – wie der VwGH in ständiger Rechtsprechung ausführt – ein besonders sorgfältiges Ermittlungsverfahren durchzuführen (vgl VwGH 23.01.1996, 95/05/0026).

Bei den Ermittlungen, ob für ein Bauwerk zumindest die Vermutung der Konsensmäßigkeit besteht, ist es auch erforderlich festzustellen, ob aus der behaupteten Entstehungszeit der Bauten (bzw der allenfalls in der Vergangenheit erfolgten Änderung) Bewilligungen für ähnliche Bauten im örtlichen Umkreis der Baubewilligung auffindbar sind. Hiezu gehören auch Nachforschungen in den Archiven der in Betracht kommenden Behörden (vgl VwGH 30.4.1992, 88/06/0199).

Das im gegenständlichen Fall erfolgte Ermittlungsverfahren mit Durchführung eines Ortaugenscheins und Einholung eines hochbautechnischen Gutachtens in dem – ohne nähere Begründung – ausgeführt wird, dass das Vorliegen einer Baubewilligung nicht zu vermuten ist, entspricht weder den gesetzlichen Vorgaben des § 36 TBO 2018 noch den Anforderungen an ein Ermittlungsverfahren im Lichte der höchstgerichtlichen Rechtsprechung.

6. Gemäß § 28 Abs 3 zweiter Satz VwGVG kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen, wenn die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen hat. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

Eine Zurückverweisung der Sache an die Verwaltungsbehörde zur Durchführung notwendiger Ermittlungen kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Verwaltungsbehörde jegliche erforderliche Ermittlungstätigkeit unterlassen hat, wenn sie zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts lediglich völlig ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt oder wenn die Behörde bloß ansatzweise ermittelt hat (vgl VwGH 26.06.2014, ZI Ro 2014/03/0063; ua).

7. Im gegenständlichen Fall entspricht das behördliche Ermittlungsverfahren - wie bereits vorstehend ausgeführt - weder den gesetzlichen Vorgaben noch den Anforderungen an ein Ermittlungsverfahren im Lichte der höchstgerichtlichen Rechtsprechung.

So ist – im Hinblick auf das geltend gemachte Vorbringen des Beschwerdeführers - dem Bauakt insbesondere auch nicht zu entnehmen, von welchem Errichtungszeitpunkt des Gebäudes der Sachverständige bzw die belangte Behörde ausgegangen sind und ob im weiteren Änderungen an diesem Gebäude erfolgt sind, und wenn ja, welche konkret und wann diese Änderungen nach Ansicht der belangten Behörde durchgeführt wurden, um nach den jeweils in Geltung gestandenen baurechtlichen Vorschriften eine Prüfung zur Frage deren Baukonsenses vornehmen zu können.

8. Im verwaltunggerichtlichen Verfahren hat sich somit zusammengefasst ergeben, dass aus vorstehend angeführten Gründen der maßgebliche Sachverhalt nicht feststeht bzw der entscheidungsrelevante Sachverhalt nicht bereits – in einer für das Landesverwaltungsgericht nachvollziehbaren Weise - im verwaltungsbehördlichen Verfahren entscheidungsmaßgeblich geklärt wurde.

Zudem sprechen weder Gründe der Raschheit noch der Einsparung von Kosten in einem Ausmaß, das als erheblich zu bewerten wäre, für eine Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst, sondern ermöglicht das notwendige Agieren vor Ort der belangten Behörde eine effizientere Arbeitsweise.

Es war daher aus diesem Grund der gegenständlich bekämpfte Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Y vom 10.08.2021, Zl \*\*\*, soweit damit über den Antrag des Beschwerdeführers auf Feststellung eines vermuteten Baukonsenses gemäß § 36 TBO 2018 entschieden wurde, aufzuheben und die Angelegenheit zur Durchführung des erforderlichen Ermittlungsverfahrens – unter Wahrung der Verfahrensrechte, insbesondere des Parteiengehörs – und zur Erlassung eines neuen Bescheides an den Bürgermeister der Gemeinde Y zurückzuverweisen.

#### V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision (zum Erkenntnis – A. und Beschluss – B.):

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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

Dazu kann insbesondere auf die in dieser Entscheidung angeführte höchstgerichtliche Rechtsprechung verwiesen werden.

Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

#### 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 Euro 750,00 und keine Freiheitsstrafe verhängt werden durfte und im Erkenntnis eine Geldstrafe von bis zu Euro 400,00 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 Verwaltungsgericht einzubringen.

Es besteht die Möglichkeit, für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof Verfahrenshilfe zu beantragen. Verfahrenshilfe ist zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung

des notwendigen Unterhalts zu bestreiten bzw wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von der Partei noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof ist der Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der oben angeführten Frist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der oben angeführten Frist im Fall der Zulassung der ordentlichen Revision beim Verwaltungsgericht einzubringen. Im Fall der Nichtzulassung der ordentlichen Revision ist der Antrag auf Verfahrenshilfe beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen; dabei ist im Antrag an den Verwaltungsgerichtshof, soweit dies dem Antragsteller zumutbar ist, kurz zu begründen, warum entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird.

Zudem besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden können.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr.in Gstir

(Richterin)

**Schlagworte**

Barauslagen,

Ermittlungsverfahren,

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGTI:2021:LVwG.2021.36.2810.2

**Zuletzt aktualisiert am**

16.12.2021

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Tirol LVwg Tirol, <https://www.lvwg-tirol.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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