

Geschäftszeichen:

**LVwG-2021/40/1424-1**

Ort, Datum:

Innsbruck, 07.06.2021

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Mag. Piccolroaz über die Beschwerde des AA, vertreten durch die RAe BB, Adresse 1, \*\*\*\* Z, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Z vom 08.04.2021, ZI \*\*\*, betreffend eine Übertretung der Tiroler Bauordnung 2018,

### zu Recht:

1. Der Beschwerde wird **Folge gegeben**, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 erster Fall VStG **eingestellt**.
2. Die **ordentliche Revision** ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG **nicht zulässig**.

### Entscheidungsgründe

#### I. Verfahrensgang und Sachverhalt:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer spruchgemäß nachstehender Sachverhalt zur Last gelegt:

- „1. Datum/Zeit: 12.10.2019 - 14.07.2020  
Ort: Y, Gst. \*\*1 KG Y, Ostflanke des X auf  
Gst. \*\*1 KG Y

*Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma CC GmbH (unbeschränkt haftende Gesellschafterin der CC GmbH) und somit als zur Vertretung nach Außen berufendes Organ verantworten, dass ein bewilligungspflichtiges Bauvorhaben ohne eine entsprechende Baubewilligung ausgeführt wurde, indem zumindest im Zeitraum von 12.10.2019 bis 14.07.2020 auf Gst. \*\*1 KG Y eine bauliche Anlage - Berghütte samt dazugehörendem Plumpsklo - ohne erforderliche Baugenehmigung errichtet wurde.*

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1. § 28 Abs. 1 lit a Tiroler Bauordnung 2018

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
1. €3.630,00	1 Tage(n) 10 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 67 Abs. 1 lit aTBO 2018

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

€ 363,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 3.993,00"

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Beschwerde bringt der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer im Wesentlichen zusammengefasst vor, dass weder die CC GmbH noch die DD GmbH & Co KG zu irgendeinem Zeitpunkt Eigentümer der Berghütte gewesen seien noch hätten sie diese Berghütte errichtet. Die DD GmbH & Co KG sei lediglich Eigentümerin des Grundstückes, auf dem die Hütte seit geraumer Zeit errichtet sei. Eine Strafbarkeit des Beschwerdeführers als Geschäftsführer sei daher ausgeschlossen. Herr EE, rechtsfreundlich vertreten durch RA FF, habe selbst vorgebracht, dass er Eigentümer dieser Berghütte samt des umgebenden Grundes sei. EE habe auch selbst den Kaufvertrag vom 15.09.2006 zur Vorlage gebracht, mit welchem er die Berghütte von GG erworben habe. EE bringe auch ausdrücklich vor, dass die spätere Grundkäuferin DD GmbH & Co KG, die das GSt \*\*1 erst mit Kaufvertrag vom 27.01/02.02.2017 erworben habe, von der errichteten Berghütte Kenntnis gehabt hätte. Die DD GmbH & Co KG habe mit schriftlichem Kaufvertrag vom 27.01/02.02.2017 unter anderem das GSt \*\*1 der KG Y von GG erworben. Im Vertragspunkt VI sei dabei explizit festgehalten, dass auf diesem Grundstück eine Jagdhütte bestehe, die im Eigentum des Pächters der Gemeindejagd, EE stehe. Die Strafbestimmung richte sich dem unmissverständlichen Wortlaut nach an den Bauführer. Es sei geradezu offenkundig, dass Herr AA als handelsrechtlicher Geschäftsführer der CC GmbH & Co KG und diese als unbeschränkt haftende Gesellschafterin der DD GmbH & Co KG weder Bauherr noch Bauverantwortlicher oder sonst in irgendeiner Art und Weise Bauführer der konsenslos errichteten Berghütte sei. Eine Strafbarkeit der Grundeigentümerin sei in den Strafbestimmungen des § 67 TBO 2018 für die konsenslose Errichtung eines Bauwerkes durch einen von ihr unterschiedlichen Bauführer gerade nicht vorgesehen. Ausdrücklich unrichtig sei auch die Feststellung in der Begründung, dass der Beschwerdeführer es zu verantworten hätte, dass ein bewilligungspflichtiges

Bauvorhaben ohne Baubewilligung im Zeitraum vom 12.10.2019 bis 14.07.2020 errichtet worden wäre. Aus Sicht des Beschwerdeführers sei nicht nachvollziehbar, wie die Strafbehörde überhaupt zur Ansicht gelangen könne, dass in diesem Zeitraum eine Bautätigkeit erfolgt wäre. Es ergebe sich aus dem Verwaltungsakt geradezu offensichtlich, dass die Berghütte vor dem Jahr 2005 errichtet gewesen sein müsse, hätte Herr EE sie doch ansonsten nicht käuflich erwerben können. Der Zeitpunkt des 12.10.2019 sei offenbar deshalb gewählt worden, da an diesem Tage ein Lokalaugenschein der Baubehörde stattgefunden habe, und festgestellt worden sei, dass die Berghütte errichtet sei. Auch aus dieser Überlegung heraus müsste die Bautätigkeit aber zwingend vor dem 12.10.2019 erfolgt sein. Das Datum 14.07.2020 rühre offenbar daher, da an diesem Tag der zweite Bescheid zur Entfernung durch die Gemeinde Y erlassen worden sei.

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in den verwaltungsbehördlichen Akt.

## II. Sachverhalt:

Die DD GmbH & Co KG (FN\*\*\*) ist aufgrund des Kaufvertrages vom 27.01.2017 unter anderem Eigentümerin des Gst \*\*1 KG Y. Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der CC GmbH, welche unbeschränkt haftende Gesellschafterin der DD GmbH & Co KG ist.

Auf Gst \*\*1 KG Y besteht eine Berghütte samt dazugehörendem Plumpsklo ohne die erforderliche Baubewilligung. Das gegenständliche Gebäude wurde zumindest vor dem 15.09.2006 errichtet.

Die DD GmbH & Co KG ist nicht Bauherrin oder Bauverantwortliche für die verfahrensgegenständliche Berghütte samt Plumpsklo.

## III. Beweiswürdigung:

Der vorhin festgestellte Sachverhalt ergibt sich ausschließlich aus dem von der belangten Behörde dem Landesverwaltungsgericht vorgelegten Akt. Die Eigentumsverhältnisse auf dem Bauplatz ergeben sich aus dem Grundbuchsauszug, die Eigenschaft des Beschwerdeführers als handelsrechtlicher Geschäftsführer ergeben sich aus den einliegenden Firmenbuchauszügen.

Die Feststellung, dass die DD GmbH & Co KG nicht Bauherrin oder Bauverantwortliche des verfahrensgegenständlichen Gebäudes ist, ergeben sich aus den Schreiben der RAe FF vom 13.08.2019, wonach Herr EE von GG, dem damaligen grundbücherlichen Eigentümer des Gst \*\*1 KG Y mit Kaufvertrag vom 15.09.2006 die auf diesem Grundstück errichtete Berghütte samt Grundfläche, auf der diese Berghütte steht käuflich erworben hat und sohin Eigentümer dieser Berghütte samt Umgebungsgrund ist. Weiters ergibt sich aus diesem Schreiben, dass der nunmehrigen grundbücherlichen Eigentümerin des Gst \*\*1 KG Y, das ist die DD GmbH & Co KG (die Eigentumsverhältnisse hinsichtlich der Berghütte samt Umgebungsgrund) bereits vor deren Kauf bekannt waren.

Nicht nachvollziehbar ist die Feststellung der belangten Behörde, wonach das gegenständliche Bauvorhaben im Zeitraum vom 12.10.2019 bis 14.07.2020 errichtet worden sei. Aus dem im Akt einliegenden Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Y vom 14.07.2020 ergibt sich bereits aus dem Vorspruch, dass Herr EE laut Kaufvertrag vom 15.09.2006 außerbücherlicher Besitzer einer an der Ostflanke des Xs auf Gst \*\*1 KG Y bestehenden Berghütte mit dazugehörigen Plumpsklo und einer die Berghütte umgebenden Grundfläche von ca 50 qm<sup>2</sup> ist. Die verfahrensgegenständliche Berghütte muss daher zumindest bereits am 15.06.2006 errichtet bzw fertig gestellt worden sein.

Für das Landesverwaltungsgericht steht mit der erforderlichen Sicherheit bereits aufgrund der Aktenlage fest, dass mit Abschluss des Kaufvertrages vom 27.01.2017 die verfahrensgegenständliche Berghütte jedenfalls errichtet war und daher die nunmehrige Eigentümerin des Gst \*\*1 KG Y die verfahrensgegenständliche Berghütte zweifellos nicht errichtet hat.

Nach § 44 Abs 2 VwGVG konnte die mündliche Verhandlung entfallen, da bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben ist.

#### IV. Rechtslage:

Die verfahrensgegenständlich relevanten Bestimmungen der Tiroler Bauordnung 2018. LGBl Nr 28 in der Fassung LGBl Nr 134 /2020 lauten:

##### *„§ 28.*

##### *Bewilligungspflichtige und anzeigepflichtige Bauvorhaben, Ausnahmen*

*(1) Einer Baubewilligung bedürfen, soweit sich aus den Abs. 2 und 3 nichts anderes ergibt*

*a) der Neu-, Zu- und Umbau von Gebäuden;*

*[...]*

##### *§ 67.*

##### *Strafbestimmungen*

*(1) Wer*

*a) als Bauherr oder Bauverantwortlicher ein bewilligungspflichtiges Bauvorhaben ohne eine entsprechende Baubewilligung oder abweichend von der Baubewilligung oder ein anzeigepflichtiges Bauvorhaben ohne eine entsprechende Bauanzeige, erheblich abweichend von der Bauanzeige, ungeachtet einer Untersagung nach § 30 Abs. 3 dritter Satz oder vorzeitig ohne Vorliegen der Voraussetzungen nach § 37 Abs. 2 ausführt,*

*[...]“*

#### V. Erwägungen:

Gemäß § 28 Abs 1 lit a TBO 2018 bedarf der Neubau eines Gebäudes einer Baubewilligung. Unstrittig ist nun im gegenständlichen Fall, dass die verfahrensgegenständliche Berghütte auf

Gst \*\*1 KG Y ein bewilligungspflichtiges Bauvorhaben darstellt, für welches eine Baubewilligung nicht vorliegt.

Die Beschwerdeführerin steht auf dem Standpunkt, dass sie zwar Grundeigentümerin des Gst \*\*1 KG Y ist, sie jedoch weder Eigentümerin des Gebäudes noch Bauherrin oder Bauverantwortliche sei. Dem ist aus folgenden Gründen zuzustimmen:

Strafbar ist grundsätzlich der unmittelbare Täter bzw Ausführungstäter, also derjenige, der eine dem Wortlaut des Tatbestands entsprechende Ausführungshandlung vornimmt. Zum Teil wird in den einzelnen Tatbeständen des § 67 TBO 2018 der Täterkreis näher bestimmt (zB „Bauherr“, „Bauverantwortlicher“, „Eigentümer“, „Abbruchberechtigter“), (vgl dazu Weber/Rath-Kathrein, Kommentar zur TBO 2018 zweite Auflage Rz 7 zu § 67 TBO 2018).

Beim Tatbestand der unbefugten Bauführung gemäß § 67 Abs 1 lit a kommt als unmittelbarer Täter sowohl der Bauherr als auch der Bauverantwortliche in Betracht. Der Begriff des Bauherren wird in der TBO nicht definiert. Nach der VwGH Rechtsprechung handelt es sich um denjenigen, in dessen Auftrag und auf dessen Rechnung ein Bau ausgeführt wird (zB VwGH 16.05.1979, 1725/77; 06.12.1990, 88/06/0215, 23.06.2010, 2006/06/0287).

Dass die DD GmbH & Co KG Bauherrin oder Bauverantwortliche des verfahrensgegenständlichen Gebäudes wäre, wird von der belangten Behörde nicht festgestellt, wird ihr spruchgemäß nicht vorgeworfen und konnte geradezu das Gegenteil bereits aus dem Akteninhalt erwiesen werden. Mangels Eigenschaft der DD GmbH & Co KG als Bauherrin bzw Bauverantwortliche scheidet daher eine Bestrafung nach § 67 Abs 1 lit a TBO 2018 des Beschwerdeführers bereits aus.

Sollte allerdings die belangte Behörde die Auffassung vertreten, dass auch die Aufrechterhaltung eines konsenslosen Baubestandes strafbar wäre, so ist darauf zu verweisen, dass nicht die Aufrechterhaltung des ohne Bewilligung herbeigeführten Zustandes, sondern ausschließlich die Ausführungshandlung selbst strafbar ist (vgl VwGH 22.10.1981, 81/06/0106).

Zusammenfassend ergibt sich daher, dass der Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer der CC GmbH, welche wiederum unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Grundeigentümerin des Gst \*\*1 KG Y, DD GmbH & Co KG ist, keine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung trifft, weshalb das Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschwerdeführer gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG einzustellen war.

#### VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

### **R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g**

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.

Hinweis:

Rechtskräftig verhängte Geldstrafen (sowie Verfahrenskostenbeiträge) sind bei der Behörde einzubezahlen (vgl § 54b Abs 1 VStG).

Landesverwaltungsgericht Tirol

Mag. Piccolroaz

(Richter)