



VERWALTUNGSGERICHT  
WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (43 01) 4000 DW 38556  
Telefax: (43 01) 4000 99 38710  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at  
DVR: 4011222

GZ: VGW-211/026/RP26/2559/2017-9  
H. P.

Wien, 13.6.2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Landesrechtspfleger Ing. Orsolits über die Beschwerde des Herrn H. P., vertreten durch Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Wien, gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37 - Gebietsgruppe ..., Bauinspektion, vom 22.12.2016, ZI. MA37/731301-2016-1, betreffend Bauordnung für Wien - Vorschriftswidrigkeit, nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

- I. Gemäß § 28 Abs. 1 und 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG in Verbindung mit § 68 Abs. 1 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz – AVG wird Spruchpunkt 1) des angefochtenen Bescheides behoben.
- II. Gemäß § 28 Abs. 1 und 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG wird der Bescheid hinsichtlich Spruchpunkt 2) des angefochtenen Bescheides bestätigt und die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Zum Gang des Verfahrens

Anlässlich einer Erhebung am 21.09.2016 vor Ort wurde vom zuständigen Sachbearbeiter der Magistratsabteilung 37, Baupolizei, festgestellt, dass das bestehende Kleingartenwohnhaus auf der gegenständlichen Liegenschaft mit dem Kleingartenwohnhaus der benachbarten Liegenschaft C.-gasse ..B gekuppelt wurde.

In der Folge wurde am 04.11.2016 eine Ortsverhandlung durchgeführt und das Gebäude auf der Liegenschaft vermessen. Die Verhandlung wurde am 05.12.2016 im Beisein des Beschwerdeführers in den Räumlichkeiten der MA 37 fortgesetzt, dabei wurde folgender unbestrittener Sachverhalt festgehalten:

Das tatsächlich errichtete Kleingartenwohnhaus, welches sich auf der Liegenschaft Wien, C.-gasse ..A, befindet, stimmt nicht mit dem laut Baubewilligung vom 17.11.2004, ZI. MA 37/..-C.-gasse/1305/04 bewilligten Kleingartenwohnhaus überein. Das Grundstück umfasst 327 m<sup>2</sup>, davon sind 58,03 m<sup>2</sup> Grundfläche des Kleingartenhauses (die Überschreitung der Grundfläche um 8,03 m<sup>2</sup> ist nicht Verfahrensgegenstand) sowie 140,06 m<sup>2</sup> befestigte Fläche. Insgesamt sind daher 198,09 m<sup>2</sup> befestigte Fläche, die Bestimmungen des § 16 Abs. 1 WKLG (zulässige bebaubare Fläche 1/3 (in diesem Fall von 327 m<sup>2</sup> = 109 m<sup>2</sup>) - gärtnerische Ausgestaltung 2/3) wurden nicht eingehalten. Weiters beträgt der Abstand zur nördlichen Grundgrenze lediglich 1,73 m.

Daraufhin erließ die Baubehörde den bekämpften Bescheid vom 22.12.2016, mit welchem dem Eigentümer der Baulichkeit gemäß § 129 Abs. 10 BO für Wien binnen sechs Monaten nach Rechtskraft des Bescheides aufgetragen wurde:

*„1) Das Kleingartenwohnhaus, welches auf der Liegenschaft Wien, Klg. ..., Gruppe .., EZ ...8 der Kat. Gem. ..., ohne der hierfür benötigten Bewilligung laut § 8 WKIG errichtet wurde, ist abtragen zu lassen und 2) Die gärtnerische Ausgestaltung laut § 16 Abs. 1WKIG ist herstellen zu lassen.“*

In der Begründung dieses Bescheides wurde unter anderem ausgeführt, dass das errichtete Kleingartenwohnhaus nicht mit den vorliegenden Baubewilligungen übereinstimme und wurde das Kleingartenwohnhaus mit dem Wohnhaus der Nachbarliegenschaft gekuppelt. Weiters wurde die maximal bebaubare Fläche um 8,03 m<sup>2</sup> überschritten, der Abstand zur nördlichen Grundgrenze würde lediglich 1,73 m betragen. Im Übrigen überschreite auch die befestigte Fläche mit 198,09 m<sup>2</sup> die erlaubte Größe um 89,09 m<sup>2</sup>.

In der gegen diesen Bescheid rechtzeitig eingebrachten Beschwerde legte der Beschwerdeführer „Einspruch gegen den Bescheid“ ein (dieser wird als Beschwerde gewertet), da der Abstand zur nördlichen Grundgrenze eingehalten werde, die belangte Behörde habe die angebrachte Wärmedämmung fälschlich miteinberechnet. Auch liege keine Überschreitung der befestigten Fläche vor, da es sich bei der berechneten Fläche um Teile des Parkplatzes handeln würde.

Auf Anfrage durch das Verwaltungsgericht Wien übermittelte die Behörde die Hauseinlage und RegEZ der gegenständlichen Liegenschaft.

Aus der RegEZ geht hervor, dass die Behörde bereits am 12.04.2013, ZI. MA 37/..-1609-1/2013, einen Bauauftrag gemäß § 129 Abs. 10 BO für Wien erlassen hat. Folgendes wurde zum damaligen Zeitpunkt beauftragt:

*„1.) Der parkplatzseitige Zubau an das Kleingartenwohnhaus im Ausmaß von ca. 1,80 m x 9,00 m mit einer Höhe von ca. 2,00 m ist abtragen und entfernen zu lassen.*

*2.) Der Zubau im Bereich der Pergola an der rechten Grundgrenze im Ausmaß von ca. 4,80 m x 2,00 m mit einer gemittelten Höhe von ca. 2,95 m ist abtragen und entfernen zu lassen.“*

Gegen diesen Bauauftrag brachte der Beschwerdeführer einen „Einspruch“ ein, der aber durch Berufungsvorentscheidung vom 22.05.2013 wegen verspäteter Einbringung abgewiesen.

Dieser Behördenakt enthält auch Fotos, mit denen der Zustand der Baulichkeiten und der Liegenschaft am 23. Jänner 2013 (insbesondere die Abweichungen von der Baubewilligung) dokumentiert wurden.

Am 26.04.2017 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien, gemeinsam mit dem Verfahren zur GZ: VGW-211/005/RP23/2560/2017, betreffend eine Beschwerde gegen einen Bauauftrag der Nachbarliegenschaft (Wien, C.-gasse ..B, EZ ...6 der Kat. Gemeinde ...), eine öffentliche Verhandlung in Anwesenheit beider Parteien statt, bei der zusammengefasst folgender Sachverhalt festgestellt wurde:

Der Beschwerdeführer (in der Folge kurz BF) bestritt den fehlenden Abstand zur Grundgrenze, die Überdachung zum Parkplatz sei bereits fast vollständig entfernt worden, er habe auch einen Plan anfertigen lassen, um die getätigten Änderungen bei der MA 37 einzureichen und einer Bewilligung zuzuführen. Die Keller der beiden Häuser seien innen nicht miteinander verbunden. Auch sei ein Baumeister mit der Vermessung der Grundstücke beauftragt worden, ein Ergebnis liege nicht vor.

Der Vertreter der belangten Behörde bestätigte den Akteninhalt (beide Häuser wichen von den bewilligten Plänen ab), der im Plan eingetragene Abstand von 3 m ist jedenfalls in der Natur nicht mehr vorhanden. Statt der im Plan eingetragenen Pergolen seien Zubauten errichtet worden, diese sind von einander technisch nicht getrennt und verbinden die beiden Kleingartenwohnhäuser miteinander. Hinter den Zubauten zwischen den beiden Kleingartenwohnhäusern wurde eine Dachluke für das darunter liegende Kellergeschoß geschaffen. Aus Sicht der Behörde sind auch die Keller der beiden Kleingartenwohnhäuser verbunden. Eine Innenbesichtigung habe allerdings nicht stattgefunden.

Der Behördenvertreter führte weiters aus, dass aus Sicht der Behörde weder der Zubau im Bereich der ehemaligen Pergolen noch nordseitig im Bereich der

ehemaligen Überdachung technisch von den restlichen „Hauptgebäuden“ trennbar sei. Es sind keine „Außenmauern“ im Innenbereich mehr ersichtlich und sind die Zubauten mittlerweile mit dem ursprünglichen Gebäude so verwachsen, dass man nicht mehr genau sagen kann, wo welcher Gebäudeteil beginnt oder endet.

Ein Lageplan der verfahrensgegenständlichen Liegenschaften wurde als Beilage zum Akt genommen, betreffend die verfahrensgegenständliche Liegenschaft wurde vom Behördenvertreter der Bereich der versiegelten Fläche blau eingetragen, der BF ergänzte die Terrassenfläche (rot).

Konfrontiert mit dem Bauauftrag aus dem Jahr 2013 gab der Behördenvertreter an, von diesem keine Kenntnis gehabt zu haben. Der Bauauftrag wurde vom zuständigen Wkm. E. und der Dezernatsleiterin als erfüllt angesehen und dann abgelegt.

In der Verhandlung wurden die Fotos der Jahre 2013 und 2016 verglichen. Dabei wurde festgestellt und vom Behördenvertreter bestätigt, dass die Gebäude bis auf den Zubau in Richtung zum Parkplatz praktisch unverändert bestehen, der Bauauftrag aus dem Jahr 2013 ist daher als nicht erfüllt anzusehen.

In der Frage der Rechtskraft der Bauaufträge vom 12.04.2013 teilte die belangte Behörde mit, dass die Bescheide zu den Zahlen MA37/..-3039-1/2013 und MA37/..-1609-1/2013 ordnungsgemäß am 18.04.2013 zugestellt wurden. Die verspätet eingebrachten Berufungen vom 06.05.2013 wurden mit Berufungsvorentscheidungen vom 22.05.2013, Zln. MA37/..-3039-3/2013 und MA37/-1609-3/2013, ordnungsgemäß zugestellt am 29.05.2013, abgewiesen.

Die oben angeführten Berufungsvorentscheidungen – daher auch die Bauaufträge betreffend die Liegenschaften C.-gasse ..A und ..B/Parz.1 - sind in Rechtskraft erwachsen.

#### Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

##### Hinsichtlich Spruchpunkt I) wurde erwogen:

Gemäß § 129 Abs. 10 BO für Wien ist jede Abweichung von den Bauvorschriften einschließlich der Bebauungsvorschriften zu beheben. Ein vorschriftswidriges Bauwerk, für das eine nachträgliche Bewilligung nicht erwirkt oder eine Bauanzeige nicht rechtswirksam (§ 62 Abs. 6) erstattet wurde, ist zu beseitigen. Gegebenenfalls kann die Behörde Aufträge erteilen; solche Aufträge müssen erteilt werden, wenn augenscheinlich eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen besteht.

Vorschriftswidrig im Sinne dieser Gesetzesstelle ist nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes jeder Bau, für den im Zeitpunkt seiner Errichtung eine

baubehördliche Bewilligung erforderlich war und auch weiterhin erforderlich ist, für den aber eine Bewilligung nicht vorliegt. Gleiches gilt für den Fall der sonstigen Vorschriftswidrigkeit.

Der BF ist unbestritten Eigentümer der Baulichkeiten auf der gegenständlichen Liegenschaft. Im Zuge der verwaltungsgerichtlichen Verhandlung wurde festgestellt, dass die durch die Behörde vorgenommenen Aufzeichnungen aus dem Jahr 2013 über den Zustand der vor Ort vorgefundenen Baulichkeiten nicht mehr auffindbar sind. Es ist daher nicht mehr feststellbar, inwieweit, die gesamte Baulichkeit von den vorhandenen Bewilligungen nunmehr tatsächlich abweicht und wurden diesbezüglich auch keine Feststellungen im gegenständlichen Bauauftragsbescheid getroffen.

Nach einem Vergleich der Fotos aus den Jahren 2013 und 2016 wird festgestellt, dass sich der Zubau im Bereich der vormals bewilligten Pergola - wie auch das grundsätzlich bewilligte Kleingartenwohnhaus - noch genauso darstellt wie im Jahr 2013 und daher keinesfalls der Punkt 2 des rechtskräftigen Bauauftrages aus dem Jahr 2013 als erfüllt angesehen werden kann.

Mit § 68 Abs. 1 AVG wird das Prinzip der materiellen Rechtskraft festgelegt, welche sich auf eine bestimmte Verwaltungssache bezieht. Diese wird dadurch zur entschiedenen Sache (*res iudicata*) (VwGH vom 12. Oktober 1993, ZI. 90/07/0039).

Gegenstand der materiellen Rechtskraft ist der im Bescheid enthaltene Abspruch über die verwaltungsrechtliche Angelegenheit, die durch den Bescheid ihre Erledigung gefunden hat, und zwar auf Grund der Rechtslage, wie sie in dem von der Behörde angenommenen Sachverhalt zum Ausdruck kommt (VwGH vom 21. Juni 1994, ZI. 90/07/0097, u. a.).

Die Sache verliert nur dann ihre Identität, wenn in den entscheidungsrelevanten Fakten bzw. in den die Entscheidung tragenden Normen wesentliche, das heißt die Erlassung eines inhaltlich anders lautenden Bescheides ermöglichende oder gebietende Änderungen eintreten (VwGH vom 23. Oktober 1995, ZI. 95/10/0012, u. a.).

Identität der Sache im Sinne des § 68 Abs. 1 AVG liegt auch dann vor, wenn eine bisher von der Partei nicht ins Treffen geführte Rechtsfrage aufgegriffen wird oder die Behörde in dem bereits rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren die Rechtsfrage auf Grund eines mangelhaften Ermittlungsverfahrens oder einer unvollständigen oder unrichtigen rechtlichen Beurteilung entschieden hat (VwGH vom 30. Juni 1994, ZI. 92/06/0270, u. a.).

Bei Gleichbleiben der tatsächlichen Verhältnisse und rechtlichen Grundlagen darf keine weitere Entscheidung in dieser Sache ergehen. Identität der Sachlage ist dann gegeben, wenn sich der für die Entscheidung maßgebende Sachverhalt,

welcher dem rechtskräftigen Vorbescheid zugrunde lag, nicht geändert hat (Hinweis E vom 24. Juni 2014, Ro 2014/05/0050, mwN). Identität der Rechtslage liegt vor, wenn seit Erlassung des rechtskräftigen Vorbescheides in den die Entscheidung tragenden Normen keine wesentliche Modifikation eingetreten ist. (VwGH vom 29.4.2015, ZI. 2012/05/0152).

Identität der Sache als eine der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 68 Abs. 1 AVG ist dann gegeben, wenn sich der für die Entscheidung maßgebende Sachverhalt, der dem rechtskräftigen Vorbescheid zugrunde lag, nicht geändert hat. Im Übrigen ist bei der Überprüfung, ob sich der Sachverhalt maßgeblich verändert hat, vom rechtskräftigen Vorbescheid auszugehen, ohne dass dabei dessen sachliche Richtigkeit nochmals zu ergründen wäre, weil die Rechtskraftwirkung ja gerade darin besteht, dass die von der Behörde entschiedene Sache nicht neuerlich untersucht und entschieden werden darf. Eine andere fachliche Beurteilung unverändert gebliebener Tatsachen berührt die Identität der Sache nicht. In Bezug auf die Rechtslage kann nur eine Änderung der maßgeblichen Rechtsvorschriften selbst bei der Frage, ob Identität der Sache gegeben ist, von Bedeutung sein, nicht aber eine bloße Änderung in der interpretativen Beurteilung eines Rechtsbegriffs oder einer Rechtsvorschrift bei unverändertem Normenbestand (VwGH vom 24. Juni 2014, Ro 2014/05/0050).

Die Rechtskraft der Berufungsvorentscheidung (und damit des ursprünglichen Bauauftrages der belangten Behörde vom 12.04.2013) stand somit einer neuerlichen Entscheidung in der durch diesen Bescheid erledigten Sache entgegen. Da die tatsächlichen Verhältnisse und rechtlichen Grundlagen unverändert sind, durfte keine weitere Entscheidung in dieser Sache ergehen, auch wenn die belangte Behörde im Verfahren die Ansicht vertritt, dass das Gebäude in seiner Gesamtheit abzubrechen ist. Das Gebäude selbst hat sich jedenfalls seit den Erhebungen 2013, mit Ausnahme des unter Punkt 1 des damaligen Bescheides beauftragten und mittlerweile zum größten Teil entfernten Zubaus, wie aus den in den Unterlagen aufliegenden Fotos unzweifelhaft erkennbar, nicht maßgeblich verändert.

Der angefochtene Bescheid war daher in Anwendung der ständigen Rechtsprechung hinsichtlich Spruchpunkt 1) wegen entschiedener Sache zu beheben.

Hinsichtlich Spruchpunkt II) wurde erwogen:

Gemäß § 129 Abs. 10 BO für Wien ist jede Abweichung von den Bauvorschriften einschließlich der Bebauungsvorschriften zu beheben. Ein vorschriftswidriges Bauwerk, für das eine nachträgliche Bewilligung nicht erwirkt oder eine Bauanzeige nicht rechtswirksam (§ 62 Abs. 6) erstattet wurde, ist zu beseitigen. Gegebenenfalls kann die Behörde Aufträge erteilen; solche Aufträge müssen

erteilt werden, wenn augenscheinlich eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen besteht.

Die gegenständliche Liegenschaft (C.-gasse ..A, Wien, EZ ...8, Katastralgemeinde ...) weist laut Grundbuchsauszug eine Größe von 327 m<sup>2</sup> auf. Gemäß der Bestimmung des § 16 Abs. 1 Wiener Kleingartengesetz 1996 – WKLG müssen mindestens zwei Drittel eines Kleingartens gärtnerisch ausgestaltet sein. Im gegenständlichen Fall entspricht dies einer Fläche von mindestens 218 m<sup>2</sup>. Die befestigte Fläche der Liegenschaft beträgt jedoch mehr als 198 m<sup>2</sup>. Als befestigte Fläche zählen unter anderem das Kleingartenwohnhaus, die betonierten Terrassen und die betonierte Einfahrt bzw. der Stellplatz auf der verfahrensgegenständlichen Liegenschaft. Die befestigte Fläche des Stellplatzes auf der Liegenschaft EZ ....4 der Katastralgemeinde ... wurde nicht einberechnet.

Die maximal erlaubte, befestigte Fläche für diese Liegenschaft beträgt 109 m<sup>2</sup>, diese wird unbestritten im gegenständlichen Fall um etwa 89 m<sup>2</sup> überschritten.

Da die befestigte Fläche das gesetzlich erlaubte Ausmaß von einem Drittel (entspricht 109 m<sup>2</sup>) überschreitet, war spruchgemäß zu entscheiden und der Bescheid hinsichtlich Spruchpunkt 2) zu bestätigen.

#### BELEHRUNG

Gegen diese Entscheidung besteht gemäß § 54 VwGVG die Möglichkeit der Erhebung einer Vorstellung bei der zuständigen RichterIn des Verwaltungsgerichts Wien. Die Vorstellung ist schriftlich innerhalb von zwei Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung einzubringen.

Ing. Orsolits  
Landesrechtspfleger