



**VERWALTUNGSGERICHT  
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38730  
Telefax: (+43 1) 4000 99 38730  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at  
ERV-Anschriftcode: Z011300  
ERsB: 9110019835300

GZ: VGW-112/072/3933/2025-24  
DI A. B.

Wien, 16.07.2025

Geschäftsabteilung: VGW-R

Betrifft:

..., C.-straße 85 Parz. 3  
..., KLG D. Parz. 3  
Gst.Nr. ...3/4 in EZ ...5, KG E.  
Gst.Nr. ...3/9 in EZ ...2, KG E.

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Dr.<sup>in</sup> LETTNER über die Beschwerde des Herrn DI A. B., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37, Baupolizei - Gebietsgruppe ..., Bauinspektion, vom 03.02.2025, Zl. ..., wegen der Erteilung eines Bauauftrags gemäß § 129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien (BO),

zu Recht e r k a n n t:

I. Der Beschwerde wird keine Folge gegeben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Der Behörde wurde zur Kenntnis gebracht, dass hinsichtlich des Kleingartens in Wien ..., C.-straße 85, Parzelle 3, Kleingartenverein D., Parzelle 3, ein Verstoß gegen die Bauvorschriften vorliege. Dieser bestehe darin, dass die Begrenzungsmauer und der Garten zum Teil auf einer als Parkfläche gewidmeten Fläche (...3/4) errichtet worden seien.

Die Behörde schaffte einen Grundbuchauszug der Liegenschaft EZ ...5, KG E., bei, die sich im Eigentum der Stadt Wien befindet. Sie schaffte weiters einen Grundbuchauszug der Liegenschaft EZ ...2, KG E., (Gst.Nr. ...3/9) bei, die sich im Eigentum des Herrn DI A. B. befindet.

Aktenkundig ist ein Kaufvertrag vom 14.1.2013 zur Zahl ..., zwischen der Stadt Wien und Frau F. B. sowie Herrn G. B., wonach die Stadt Wien als Verkäuferin an die o.a. Käufer je zur Hälfte von der Liegenschaft EZ ...5 das Grundstück Nr. ...3/9 im Ausmaß von 270 m<sup>2</sup> verkauft.

In Punkt 5.1. des Vertrags wird ausdrücklich festgehalten, dass die Käufer zur Kenntnis nehmen, dass der Kaufgegenstand das Grundstück ...3/9 umfasst. Der Kleingarten 3 erstrecke sich in der Natur über das Grundstück Nr. ...3/9 hinaus über eine Fläche, die als Parkplatz gewidmet sei und im Eigentum der Öffentlichkeit stehe. Diese Fläche wurde nicht an die Käufer veräußert. Das Generalpachtrecht und das Pachtverhältnis zwischen Zentralverband und Unterpächter an der Fläche blieb jedoch aufrecht, bis die Behörde oder der Zentralverband als Verwalter den Auftrag erteilt, diese Fläche geräumt zu übergeben. In diesem Fall sind die Käufer verpflichtet, den Zaun des Kleingartens 3 an die Grenze des Grundstücks Nr. ...3/9 zu versetzen.

Am 27.11.2024 wurde von der Behörde eine Verhandlung in Anwesenheit des Herrn DI A. B. (in der Folge: Beschwerdeführer) durchgeführt, in der erörtert wurde, dass sich die Haupteinfriedung im vorderen rechten Liegenschaftsbereich in einem Ausmaß von ca. 4,91 m x 5 m und einer Höhe von ca. 1,17 m auf der Liegenschaft EZ ...5 der KG E. befindet. Weiters befindet sich auch ein (Teil eines) Wasserbecken(s) im Ausmaß von 2,36 m x 3,42 m (Fläche 8,07 m<sup>2</sup>) auf dieser Liegenschaft.

Diese Liegenschaft weist laut dem Plandokument PD ... unter BB 5 eine Widmung als Gemeinschaftsanlage zum Abstellen von Kraftfahrzeugen für das Kleingartengebiet für ganzjähriges Wohnen auf, wobei die Errichtung von oberirdischen Bauten untersagt ist.

Von der Behörde wurde bei der MA 69 als Vertreterin der Grundeigentümerin der Liegenschaft EZ ...5 KG E., Stadt Wien, erfragt, dass die Stadt Wien nicht Eigentümerin der (darauf errichteten) Bauwerke ist.

In der Folge erging der nunmehr angefochtene Bescheid, mit dem dem Beschwerdeführer Folgendes aufgetragen wurde:

„Der Magistrat erteilt gemäß § 129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien (BO) dem Eigentümer der Baulichkeiten auf der im Betreff genannten Liegenschaft nachstehenden Auftrag:

1.) Die im vorderen rechten Liegenschaftsbereich errichtete Haupteinfriedung, welche sich mit einer Gesamtlänge von ca. 9,81 m und mit einer Höhe von ca. 1,17 m auf der Liegenschaft Gst.Nr. ...3/4 der EZ ...5 der KG E. (Widmung EklwP) befindet, ist entfernen zu lassen.

2.) Das im vorderen rechten Liegenschaftsbereich errichtete Wasserbecken, welches sich mit einem Ausmaß von ca. 2,36 m x ca. 3,42 m ebenfalls auf der Liegenschaft Gst.Nr. ...3/4 der EZ ...5 der KG E. befindet, ist entfernen zu lassen.

Die Maßnahmen nach Punkt 1.) und Punkt 2.) sind binnen 6 Monaten nach Rechtskraft dieses Bescheides durchzuführen.

Die Erfüllung des Auftrages ist bei diesem Amt zu melden.“

Dieser Auftrag wird zusammengefasst damit begründet, dass sich die im Auftrag genannten Baulichkeiten auf einer Grundfläche befinden, für die laut dem Plandokument Besondere Bestimmungen gelten. Diese mit BB5 bezeichneten und als Grünland/Erholungsgebiet/Kleingartengebiet für ganzjähriges Wohnen gewidmeten Grundfläche soll einer Gemeinschaftseinrichtung zum Einstellen von Kraftfahrzeugen dienen. Die Errichtung von oberirdischen Bauwerken ist nach dieser Festsetzung im Bebauungsplan untersagt.

Die Behörde verweist weiters auf die o.a. Vertragsbestimmung in Punkt 5.2. des Kaufvertrages sowie auf den Bescheid der MA 64 GZ: ... vom 21.02.2011, in dem das prov. Grundstück (...3/4) als Trennstück ausgewiesen und für die Errichtung von 12 Stellplätze für die Kleingartenanlage vorgesehen wird.

Der o.a. Bescheid wurde dem Beschwerdeführer nachweislich am 5.2.2025 zugestellt. Am 3.3.2025 erhob der Beschwerdeführer Beschwerde. Die Beschwerde ist rechtzeitig.

Der Beschwerdeführer führt darin aus, dass der Beschwerdeführer seit dem Jahr 2015 aufgrund eines Schenkungsvertrages Alleineigentümer der Liegenschaft EZ ...2, KG E., Gst.Nr. ...3/9, C.-straße 85, Wien, KLG D. Parzelle 3, sei. Davor seien seine Eltern zunächst Pächter der Kleingartenparzelle gewesen, bevor sie das Grundstück Nr. ...3/9 mit dem Kauvertrag zur Zahl ... aus dem Jahr 2013 von der

Stadt Wien erworben hätten. Bis zum Kauf sei das Grundstück Nr. ...3/9 Teil der EZ ...5 gewesen. Es sei im Zuge der Eigentumsübertragung in die neue Einlage EZ ...2 übertragen worden.

Die gegenständliche Kleingartenparzelle 3 habe sich seit jeher über das Grundstück Nr. ...3/9 hinaus auf das Grundstück Nr. ...3/4 erstreckt. Der Generalpachtvertrag und der Unterpachtvertrag hätten sich auf die gesamte Parzelle 3 erstreckt, ohne Einschränkungen auf eine bestimmte Grundstücksnummer zu treffen. Im Kaufvertrag sei daher unter Punkt 5.1. vermerkt, dass das Generalpachtrecht und das Unterpachtverhältnis bis zu seinem Widerruf aufrecht blieben. Ein solcher Widerruf sei nicht erfolgt. Das Pachtverhältnis hinsichtlich des Grundstückes Nr. ...3/4 sei daher weiterhin aufrecht. Ein Widerruf dürfe nur aufgrund sachlicher Gründe und nicht willkürlich erfolgen. Bis zum Widerruf dürfe der Unterpächter die Fläche in jenem Ausmaß nutzen, in dem sich der Kleingarten Parzelle 3 darauf erstrecke.

Wenn sich die Behörde in ihrem Auftrag begründend auf die Besonderen Bestimmungen des PD ... beziehe, wonach das Grundstück Nr. ...3/4 einer Gemeinschaftseinrichtung zum Einstellen von Kraftfahrzeugen vorbehalten sei, so sei dem entgegen zu halten, dass die verfahrensgegenständlichen Bauwerke bereits vor der Geltung des PD ... ab dem 29.4.2009 errichtet worden seien. Der Flächenwidmungs- und Bebauungsplan gemäß PD ... sei zum Zeitpunkt der Errichtung der Einfriedung bzw. des Schwimmbeckens nicht einschlägig gewesen. Davor sei der gesamte Bereich als Kleingartengebiet festgelegt gewesen; die Parkplatzwidmung für Grundstück Nr. ...3/4 sei erst mit PD ... festgelegt worden.

Sowohl die Einfriedung, als auch das Schwimmbecken hätten bereits vor der Übernahme des Kleingartens durch seine Eltern bestanden.

Bereits im Baubewilligungsbescheid aus dem Jahr 1982 sei als Auflagenpunkt 5. vorgeschrieben worden, dass der Kleingarten mit einer Einfriedung abzufrieden sei. Aus den beiliegenden Einreichplänen ergebe sich, dass entlang der gesamten Länge des Gartenabschnittes der Parzelle 3 bis zum Aufschließungsweg (Gst.Nr....3/5) und damit auch teilweise auf dem Grundstück ...3/4 eine Stützmauer mit einer Höhe von 0,7 m eingezeichnet sei, welche bis dato konsensgemäß bestehe. Auf dieser Stützmauer befinde sich die verfahrensgegenständliche Einfriedung. Die Einfriedung stelle den bewilligten

Konsens dar. Sie überschreite die zulässige Höhe von 2 m bzw. 2,20 m nicht. Sie dürfe entlang des Aufschließungsweges gemäß § 62a Abs. 1 Z 21 BO bewilligungsfrei errichtet werden.

Auch das Wasserbecken sei bereits viele Jahre vor dem Inkrafttreten des PD ... errichtet worden. Es sei gemäß § 62a Abs. 1 Z 22 BO ebenfalls ein bewilligungsfreies Bauvorhaben (Fläche von 18 m<sup>2</sup>, somit unter 25 m<sup>2</sup>).

Die nachträgliche Umwidmung der Grundfläche führe nicht dazu, dass zum Zeitpunkt ihrer Errichtung bewilligungsfreie Bauvorhaben nachträglich vorschriftswidrig werden; vielmehr könnten Aufträge gemäß § 129 Abs. 10 BO nur erteilt werden, wenn die Baulichkeit sowohl zum Zeitpunkt ihrer Errichtung, als auch zum Zeitpunkt der Auftragserteilung bewilligungspflichtig gewesen sei.

Der angefochtene Auftrag sei daher zu Unrecht ergangen. Er sei ersatzlos zu beheben.

Im Zuge des Beschwerdeverfahrens wurde die Hauseinlage des verfahrensgegenständlichen Kleingartens beigebracht. Weiters wurden die Plandokumente beigebracht, die vor dem aktuellen PD ... aus 2009 für die verfahrensgegenständliche Fläche gegolten haben, beigebracht. Es handelt sich dabei um PD ... aus 1996 und PD ... aus 1954.

Aufgrund der Beschwerde wurde am 13.6.2025 eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien durchgeführt. Die Verhandlung hatte folgenden Verlauf:

„(...) Die Verhandlungsleiterin bezeichnet den Gegenstand der Verhandlung und fasst den bisherigen Gang des Verfahrens zusammen.

#### Eröffnung des Beweisverfahrens

Auf die Verlesung des Akteninhaltes wird mit Zustimmung des BFV verzichtet; dieser gilt somit als verlesen.

Die Verhandlungsleiterin gibt Gelegenheit sich zum Gegenstand der Verhandlung zu äußern.

Der BFV verweist auf das bisherige Vorbringen.

Erörtert wird, dass sich der angefochtene Bauauftrag auf den Kleingarten in Wien ..., C.-straße 85 Parzelle 3, bezieht. Vom BF wird ein Kleingarten genutzt. Der

Kleingarten befindet sich auf dem Grundstück Nummer ...3/9. Weiters wird vom BF eine Grundfläche genutzt, die für Gemeinschaftsanlagen gewidmet ist. Diese befindet sich auf dem Grundstück ...3/4. Der Kleingarten wurde vom BF käuflich erworben und befindet sich in dessen Eigentum. Das Grundstück Nummer ...3/4 wird von ihm gepachtet.

Aktenkundig ist ein Kaufvertrag, aus dem ersichtlich ist, dass der Kleingarten von den Eltern des BF gekauft wurde. In diesem Kaufvertrag wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Grundstück Nummer ...3/4 nicht Teil des Kaufgegenstandes ist und weiterhin gepachtet wird.

Aus der Hauseinlage geht hervor, dass 1982 ein Kleingartenhaus auf dem Kleingarten bewilligt wurde. Zu diesem Zeitpunkt waren beide oben genannten Grundstücke Pachtgrundstücke. 2011 wurde eine Baubewilligung für einen Wintergarten erteilt.

Auf dem Einreichplan für die Errichtung eines Wintergartens ist in der Darstellung Lageplan das Wasserbecken nicht eingezeichnet.

Der BehV teilt mit, dass er Einsicht in die Bewilligung der Schaffung des gegenständlichen Kleingartens aus 2011 genommen habe. Mit diesem Bescheid sei der vorliegende Kleingarten geschaffen worden und im Zuge dessen die Verpflichtung zur Schaffung eines Stellplatzes entstanden. Auf Vorhalt, dass bereits 1982 ein Kleingartenhaus nach § 71 BO und dem damals geltenden Kleingartengesetz bewilligt wurde, gibt er an, dass der Kleingarten erst geschaffen sei, wenn die Kleingartenfläche im Grundbuch angemerkt sei.

Der BFV teilt dazu mit, dass, wie schriftlich vorgebracht, der Teilungsplan und der Kaufvertrag erst nach Errichtung des Pools und der Einfriedung erfolgt seien.

Der BF teilt mit, dass die Einfriedung seines Wissens nach bereits in den 70er Jahren errichtet worden sei. Im Bewilligungsbescheid für das Kleingartenhaus sei im Punkt 5 der Auflagen die Errichtung einer Einfriedung vorgeschrieben.

Der Pool sei etwa 25-30 Jahre alt. Unterlagen dazu, wann der Pool errichtet wurde, können nachgereicht werden.

Zu ergänzen sei, dass der vorhandene Parkplatz 12 Stellplätze für 12 Kleingärten enthalte. Auf dem verfahrensgegenständlichen Grundstück würden daher die Stellplätze 13 und 14 errichtet, die für die Kleingartenanlage gar nicht erforderlich seien.

Der BehV teilt mit, dass trotz gewissenhafter Nachschau keine Stellplatzbewilligung für den derzeit genutzten Parkplatz gefunden werden können.

Anhand der von der MA 21 beigeschafften Plandokumente PD .../2009, PD .../1996 und PD .../1954 ist Folgendes ersichtlich:

Die derzeit geltende Widmung des Grundstückes Nr. ...3/4 als Gemeinschaftsanlage wurde erst mit dem PD .../2009 verordnet. Laut PD ... befand sich in diesem Bereich keine Gemeinschaftsanlage, es war zwar eine Fläche für einen Parkplatz vorgesehen, diese befand sich allerdings im linken Bereich der heutigen Kleingartenanlage. Im PD ... ist diese Fläche noch als Parkfläche (korrekt: „Parkanlage“) bezeichnet.

Der BehV legt den Bescheid der MA 64 vom 21.02.2011, Zl.: ... samt Teilungsplan in Kopie zum Akt (Beilage ./A). Mit diesem Bescheid erfolgte die Grundabteilung betreffend die verfahrensgegenständliche Kleingartenanlage.

Der BFV bringt dazu vor, dass diese Grundabteilung keinen Einfluss auf die Zulässigkeit des angefochtenen Bauauftrages haben könne, da sie erst nach Errichtung der Einfriedung und des Wasserbeckens durchgeführt worden sei.

Dem BF wird aufgetragen, binnen 3 Wochen ab der heutigen Verhandlung allfällige Unterlagen zur Errichtung der Einfriedung bzw. des Pools dem Gericht vorzulegen. Sollten keine Unterlagen eingefunden werden, so wäre dies ebenfalls mitzuteilen.

Auf die Verlesung der Verhandlungsschrift wird verzichtet.

Ein unkorrigierter Ausdruck der Verhandlungsschrift wird verlangt und von den Verfahrensparteien übernommen. (...)"

Mit Schriftsatz vom 17.6.2025 legte der Beschwerdeführer die Rechnung für die Herstellung des Wasserbeckens vom 14.8.2008 und die Rechnung für ein Pooldach etc. vom 8.10.2008 vor.

In der Folge wurden von der MA 41 Luftbilder des verfahrensgegenständlichen Kleingartens beigeschafft, aus denen hervorgeht, dass das Wasserbecken am 11.7.2008 noch nicht, am 7.4.2009 jedoch bereits vorhanden war.

Diese Beweisergebnisse wurden der Behörde zur Kenntnis gebracht und es wurde ihr Gelegenheit gegeben, dazu eine Stellungnahme abzugeben.

Die Behörde führte dazu aus, dass sich ein etwaiger Bestandsschutz nur auf rechtmäßig genutzten Eigengrund beziehen könne, nicht jedoch auf fremde, öffentlich gewidmete Grundflächen. Zudem sei unklar, ob die Errichtung mit dem Generalpächter abgestimmt gewesen sei, da im Kaufvertrag aus 2013 seitens der Käufer ausdrücklich anerkannt worden sei, dass sich Teile der Einfriedung auf

fremden Grund (öffentliche Fläche) befänden und dass diese auf Verlangen unverzüglich zu entfernen oder zu versetzen seien.

Mit dem gegenständlichen Bescheid liege ein solches behördliches Verlangen im öffentlichen Interesse vor. Der Eigentümer habe sich daher vertraglich bereits zur Entfernung verpflichtet.

Aufgrund des Akteneinhalts und des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung steht folgender Sachverhalt als erwiesen fest:

Verfahrensgegenständlich ist die vom Beschwerdeführer genutzte Fläche in Wien ..., C.-straße 85, die die Grundstücke Nr. ...3/4 (EZ ...5) und Nr. ...3/9 (EZ ...2), beide KG E., umfasst. Die vom Beschwerdeführer genutzte Fläche ist in etwa rechteckig und grenzt an die C.-straße.

Das Grundstück Nr. ...3/9 ist heute ein bewilligter Kleingarten und steht im Eigentum des Beschwerdeführers. Der Kleingarten wurde mit Bescheid des Magistrats der Stadt Wien, MA 64, vom 21.2.2011, Zahl ..., geschaffen. Im Zuge dieser Grundabteilung wurde die 24 m<sup>2</sup> große Grundfläche, auf der sich die verfahrensgegenständliche Einfriedung und ein Teil des Wasserbeckens befindet, und die vom Beschwerdeführer weiterhin gepachtet wird, vom Grundstück Nr. ...3/9 abgetrennt und dem Trennstück A (dieses bildet die für die Errichtung eines Parkplatzes vorgesehene Allgemeinfläche) hinzugefügt.

Die Grundabteilung wurde grundbücherlich durchgeführt. Der Kleingarten behielt die Gst.Nr. ...3/9 und wurde in die EZ ...2, KG E., gelegt.

Der Kaufvertrag vom 1.3.2013, mit dem die Eltern des Beschwerdeführers den Kleingarten erworben haben, bezieht sich auf das (neue) Grundstück Nr. ...3/9, EZ ...2, KG E.. Zuvor waren die beide oben genannten Grundstücke gepachtet. In Punkt 5.1. des Vertrages wird ausdrücklich festgehalten, dass Kaufgegenstand nur das (neue) Grundstück Nr. ...3/9 ist. Der von den Käufern ebenfalls genutzte Grundstücksteil von Nr. ...3/4 wurde nicht mitverkauft, sondern blieb diesbezüglich der Pachtvertrag aufrecht, bis die Behörde oder der Zentralverband als Verwalter den Auftrag erteilt, diese Fläche geräumt zu übergeben. In diesem Fall sind die Käufer verpflichtet, den Zaun des Kleingartens 3 an die Grenze des Grundstückes Nr. ...3/9 zu versetzen. (...)

Auf den verfahrensgegenständlichen Bereich ist aktuell der Bebauungsplan PD ... aus 2009 anzuwenden. Daraus ergibt sich Folgendes:

Entlang der C.-straße ist eine Straßenfluchtlinie festgesetzt. Das Kleingartenhaus des Beschwerdeführers befindet sich in einem als „Eklw“ gewidmeten Bereich. Von der C.-straße aus gesehen rechts des Kleingartens des Beschwerdeführers besteht entlang der C.-straße ein ca. 38 m langer und 5 m breiter Streifen, der aktuell die Widmung „EklwP“ aufweist. Für diese Fläche sind die BB 5 festgesetzt, die als Grünland/Erholungsgebiet/Kleingartengebiet für ganzjähriges Wohnen gewidmeten Grundflächen bezeichnen, welche Gemeinschaftseinrichtungen zum Einstellen von Kraftfahrzeugen vorbehalten sind. Die Errichtung von oberirdischen Bauwerken ist dort untersagt.

Die Grundfläche, auf der sich die verfahrensgegenständliche Einfriedung und ein Teil des Wasserbeckens befinden, ist Teil des Grundstückes Nr. ...3/4 und bildet den von der C.-straße aus gesehen linken Abschluss dieser Fläche.

Diese vom Beschwerdeführer genutzte Fläche (o.a. Teil des Gst. Nr. ...3/4 und Gst. Nr. ...3/9) ist an zwei Seiten von einer Einfriedung umgeben. Diese befindet sich mit einer Länge von ca. 9,81 m und mit einer Höhe von ca. 1,17 m auf dem Gst.Nr. ...3/4. Unter „Einfriedung“ ist dabei die Stützmauer samt darauf befestigter Zaunelemente zu verstehen.

Auf dem Gst. Nr. ...3/4 befindet sich weiters ein ca. 2,36 m x 3,42 m großer Teil eines Wasserbeckens. Das Gesamtausmaß dieses Wasserbeckens beträgt ca. 5,30 m x 3,42 m.

Vor dem derzeit geltenden PD ... vom 29.4.2009 galt für den Bereich PD ... aus 1996. Darin war entlang der C.-straße eine Straßenfluchtlinie festgesetzt. Das Kleingartenhaus, das heute im Eigentum des Beschwerdeführers steht, wurde auf einem als „Ekl“ gewidmeten Bereich errichtet. Der Bereich, der heute als Gemeinschaftsfläche ausgewiesen ist, war damals offenbar als AufschlieBungsweg vorgesehen. Von der C.-straße aus gesehen rechts dieser Fläche befand sich eine als „P BB3“ bezeichnete Fläche. Dafür galt: „Gemeinschaftsanlagen, die dem Einstellen von Kraftfahrzeugen vorbehalten sind. Der Bodenbelag darf keine geschlossene Fläche bilden, um Baumpflanzungen zwischen den Stellplätzen zu ermöglichen“.

Laut den davor geltenden PD ... trug der Bereich, in dem sich heute die o.a. Kleingartenanlage befindet, die Bezeichnung „Parkanlage“ (im Sinne von „Park“, nicht von „Parken“).

Aus der Hauseinlage geht hervor, dass mit Bescheid des Magistrats der Stadt Wien, MA 37, vom 14.12.1992, Zahl ..., die Errichtung eines Kleingartenhauses Gst.Nr. ...3/9, EZ ...5, KG E., gemäß § 71 BO und in Anwendung des Kleingartengesetzes LGBl. für Wien Nr. 3/79 bewilligt wurde. Das Haus wurde gemäß § 71 BO iVm § 8 Abs. 4 WKlgG bewilligt, weil es sich bei der bebauten Fläche zwar schon um eine Kleingartenanlage (Widmung) gehandelt hat, aber noch keine Abteilungsbewilligung bestand. Diese erfolgte erst im Jahr 2011 (s.o.).

In Auflagenpunkt 5 dieses Bescheides wurde vorgeschrieben, dass der Kleingarten mit einer gefälligen, die Durchsicht nicht behindernden Einfriedung abzufrieden sei (...). Diese Auflage bezog sich auf die damals noch nicht als Kleingarten genehmigte Grundfläche Gst. Nr. ...3/9 (Pachtgrund), die auch das heutige Gst. Nr. ...3/4 (damals beide in EZ ...5) umfasste.

Im Jahr 2011 erfolgte die Bewilligung der Errichtung eines Wintergartens (Zahl ...).

Die verfahrensgegenständliche Einfriedung und das Wasserbecken wurden vor dem 29.4.2009 (d.i. das Inkrafttreten des heute anzuwendenden Bebauungsplanes) errichtet.

#### Beweiswürdigung:

Der oben festgestellte Sachverhalt stützt sich auf den Akteninhalt des Behördenaktes und das Ergebnis der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien. Vom Gericht wurden weiters die Hauseinlage des verfahrensgegenständlichen Kleingartens und die Bebauungspläne beigebracht, die für diesen Kleingarten in der Vergangenheit und gegenwärtig gegolten haben bzw. gelten.

Daraus geht hervor, wann das Kleingartenhaus bewilligt wurde. Weiters geht aus den o.a. Unterlagen hervor, welche Widmung zum Zeitpunkt der Baubewilligung gemäß § 71 BO gegolten hat bzw. aktuell gilt.

In der mündlichen Verhandlung wurde vom Behördenvertreter der Grundabteilungsbescheid samt Einreichplan vorgelegt, mit dem der o.a. Kleingarten geschaffen wurde. Aus der „Gegenüberstellung“ im Teilungsplan ist insbesondere ersichtlich, welches Schicksal die Grundfläche hatte, auf der die Einfriedung und der Teil des Wasserbeckens sich befinden, auf die sich der angefochtene Bauauftrag bezieht.

Die Feststellungen zum Zeitpunkt der Errichtung des Wasserbeckens beruhen auf den vom Beschwerdeführer vorgelegten Rechnungen und den vom Gericht beigeordneten Luftbildern. Dass die Einfriedung vor Inkrafttreten des heute geltenden Bebauungsplanes errichtet wurde, blieb unbestritten.

In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes festzuhalten:

Gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Gemäß § 16 Abs. 1 BO sind bei Schaffung und Veränderung von Bauplätzen, Baulosen, Kleingärten oder Teilen von solchen die Bestimmungen des Bebauungsplanes einzuhalten.

Gemäß § 20 BO werden die Bewilligung und die Kenntnisnahme einer Abteilung unwirksam, wenn die Abteilung binnen zwei Jahren, vom Tage der Zustellung des Bescheides an gerechnet, nicht grundbücherlich durchgeführt worden ist. Ist auf Grund einer gültigen Abteilungsbewilligung eine Baubewilligung erwirkt worden, erlischt die Abteilungsbewilligung erst mit Ablauf der Gültigkeitsdauer der Baubewilligung. Kann eine Abteilungsbewilligung nicht mehr unwirksam werden, ist sie umgehend grundbücherlich durchzuführen.

Gemäß § 71 BO kann die Behörde Bauwerke, die vorübergehenden Zwecken dienen oder nicht dauernd bestehen bleiben können, sei es wegen des bestimmungsgemäßen Zweckes der Grundfläche, sei es, weil in begründeten Ausnahmefällen die Bauwerke den Bestimmungen dieses Gesetzes aus sachlichen Gegebenheiten nicht voll entspricht, auf eine bestimmte Zeit oder auf Widerruf bewilligen. Für sie gelten die Bestimmungen dieses Gesetzes sowie des Wiener Garagengesetzes 2008 insofern nicht, als nach Lage des Falles im Bescheid auf die Einhaltung dieser Bestimmungen verzichtet worden ist. Der Bewilligung dürfen durch dieses Gesetz gegebene subjektiv-öffentliche Rechte nicht entgegenstehen und es darf die Bebaubarkeit der Nachbargrundflächen nicht vermindert werden,

es sei denn, dass der Berechtigte der Bewilligung ausdrücklich zugestimmt hat oder keine Parteistellung (§ 134 Abs. 3) erlangt hat.

Gemäß § 129 Abs. 10 BO Jede Abweichung von den Bauvorschriften einschließlich der Bebauungsvorschriften ist zu beheben. Ein vorschriftswidriges Bauwerk, für den 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. Aufträge sind an den Eigentümer (jeden Miteigentümer) des Bauwerkes zu richten; (...)

Gemäß § 3 WKlgG können die Bebauungspläne u.a. Gemeinschaftsflächen und die der Öffentlichkeit zugänglichen Bereiche sowie Grundflächen und Räume, die zur Errichtung und Duldung von öffentlichen Durchgängen und öffentlichen Aufschließungsleitungen durch die Gemeinde von jeder Bebauung frei zu halten sind und Bestimmungen über die sich daraus ergebenden Einschränkungen der Bebaubarkeit und Nutzung enthalten.

In § 8 Abs. 1 bis 10 WKlgG sind die Voraussetzungen für die Bewilligung von Kleingartenhäusern und Kleingartenwohnhäusern geregelt. Gemäß § 8 Abs. 1 leg. cit. Ist im „Grünland - Erholungsgebiet - Kleingartengebiet“ und „Grünland - Erholungsgebiet - Kleingartengebiet für ganzjähriges Wohnen“ sowie auf vorübergehend kleingärtnerisch genutzten Flächen ist für Neu-, Zu- und Umbauten von Kleingartenhäusern und Kleingartenwohnhäusern sowie für die Umwidmung eines Kleingartenhauses in ein Kleingartenwohnhaus nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen eine Baubewilligung erforderlich. Alle anderen Bauführungen in Kleingärten und auf vorübergehend kleingärtnerisch genutzten Flächen bedürfen weder einer Baubewilligung noch einer Bauanzeige (...). Gemäß § 8 Abs. 11 leg. cit. sind die Abs. 1 bis 10 sinngemäß anzuwenden, wobei aber die Bewilligung nur als gemäß § 71 der Bauordnung für Wien erteilt gilt, wenn ein bewilligter Kleingarten nicht vorliegt.

Gemäß § 50 Abs. 2 Wiener Garagengesetz sind bei Schaffung von Kleingärten im Kleingartengebiet sowie im Kleingartengebiet für ganzjähriges Wohnen im Rahmen der Abteilungsbewilligung Trennstücke für Stellplätze zu schaffen; dabei sind bei Kleingärten mit der Widmung „Kleingartengebiet für ganzjähriges Wohnen“ für jeden Kleingarten, sonst für je fünf Kleingärten, ein Stellplatz zu berechnen. Bei Neufestsetzung der Widmung „Grünland – Erholungsgebiet – Kleingartengebiet“ oder „Grünland – Erholungsgebiet – Kleingartengebiet für ganzjähriges Wohnen“ ist bei Abteilung auf Kleingärten, sofern diese Kleingärten in ihrer überwiegenden Anzahl tatsächlich bereits bebaut sind, von der Verpflichtung zur Schaffung der Stellplätze insofern abzusehen, als dafür Grundflächen nicht zur Verfügung stehen; diese Verpflichtung gilt bis zum Freiwerden eines Kleingartens, der sich für die Erfüllung der Stellplatzverpflichtung eignet, als gestundet.

Im vorliegenden Fall wurde Folgendes erwogen:

Der nunmehr angefochtene Bauauftrag schreibt unter Bezugnahme auf § 129 Abs. 10 BO die Beseitigung der im vorderen rechten Liegenschaftsbereich der vom Beschwerdeführer genutzten Grundfläche errichteten Haupteinfriedung mit einer Gesamtlänge von ca. 9,81 m und mit einer Höhe von ca. 1,17 m und des im vorderen rechten Liegenschaftsbereich errichteten Wasserbeckens mit einem Ausmaß von ca. 2,36 m x ca. 3,42 m binnen 6 Monaten vor.

Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass sich diese Baulichkeiten auf einer Grundfläche befinden, die laut dem geltenden Bebauungsplan Gemeinschaftseinrichtungen zum Einstellen von Kraftfahrzeugen vorbehalten ist. In den dafür geltenden BB 5 ist festgesetzt, dass hinsichtlich dieser Fläche die Errichtung von oberirdischen Bauwerken untersagt ist.

Die Behörde zitiert weiters § 50 Abs. 2 Wiener Garagengesetz betreffend die Stellplatzverpflichtung bei Schaffung von Kleingärten und verweist auf den Bescheid der MA 64 vom 21.2.2011, Zahl ..., mit dem der Kleingarten des Beschwerdeführers geschaffen wurde.

Der Beschwerdeführer hat dem zusammengefasst entgegengehalten, dass die gegenständliche Kleingartenfläche zum Zeitpunkt der Errichtung der Einfriedung und des Wasserbeckens auch das Gst.Nr. ...3/4 umfasst habe. Auch der Pachtvertrag, der vor dem Eigentumserwerb am Kleingarten bestanden habe, habe diese Fläche miteinbezogen. Ein Widerruf sei nicht erfolgt.

Die Einfriedung und das Wasserbecken würden unter Berücksichtigung des damals geltenden Plandokuments konsensgemäß bestehen, da diese Bauwerke nach dem Wiener Kleingartengesetz heute und auch zum Zeitpunkt ihrer Errichtung bewilligungsfrei (gewesen) seien. Für das Kleingartenhaus bestehe eine Bewilligung gemäß § 71 BO, da zum Zeitpunkt der Errichtung noch keine Grundabteilung erfolgt sei.

Nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs ist ein Bau im Sinne des § 129 Abs. 10 BO vorschriftswidrig, für den im Zeitpunkt seiner Errichtung ein baubehördlicher Konsens erforderlich war und weiterhin erforderlich ist, für den aber ein solcher Konsens nicht vorliegt. Bei Abweichungen von Bauvorschriften können nach dieser Gesetzesbestimmung Bauaufträge sowohl für bewilligungspflichtige als auch für anzeigepflichtige als auch für bewilligungsfreie Bauvorhaben erteilt werden. Im Fall eines bewilligungsfreien Bauwerks ist ein

Bauftrag daher dann gerechtfertigt, wenn es zum Zeitpunkt seiner Errichtung und zum Zeitpunkt der Erteilung des Bauauftrages von den Bauvorschriften einschließlich der Bebauungsvorschriften abgewichen ist. Der Grund für die Abweichung von Bauvorschriften ist unerheblich. Ferner ist bei Abweichungen oder vorschriftswidrigen Bauten ein Auftrag stets ohne weitere Voraussetzungen (z.B. Verletzung öffentlicher Interessen) möglich.

Im vorliegenden Fall ist Folgendes zu berücksichtigen:

Zum Zeitpunkt der Errichtung der Einfriedung und des Wasserbeckens, die wie oben ausgeführt, vor dem Inkrafttreten des aktuell geltenden Plandokuments erfolgte, bestanden für die vom Beschwerdeführer genutzte Grundfläche zwar die Widmung EKI (PD ...), wobei auch der verfahrensgegenständliche Grundstücksteil des (neuen) Grundstückes Nr. ...3/4 (24 m<sup>2</sup>) Teil der vom Beschwerdeführer genutzten Fläche war. Es wurde aber zunächst keine Grundabteilung durchgeführt, die die Schaffung eines Kleingartens bewirkt hätte. Es waren daher auch allfällig erforderliche Abtretungen, Abschreibungen bzw. die Schaffung von Trennstücken noch nicht erfolgt. Aus diesem Grund hatte das Kleingartenhaus nur eine Bewilligung gemäß § 71 BO (siehe § 8 Abs. 11 WKlgG).

Erst mit Bescheid des Magistrats der Stadt Wien, MA 64, vom 21.2.2011, Zahl ..., erfolgte die Grundabteilung und Kleingartenschaffung. Zuvor, nämlich im Jahr 2009, trat das PD ... in Kraft, das vorsah, dass der verfahrensgegenständliche Grundstücksteil des (neuen) Grundstückes Nr. ...3/4, auf dem sich die verfahrensgegenständlichen Bauwerke bzw. Bauwerksteile befinden, Teil einer Fläche für Gemeinschaftsanlagen (Parkplätze) werden sollte. Im der Grundabteilung zu Grunde liegenden Teilungsplan ist diese Grundfläche daher als Teil des Trennstückes A (das ist die Fläche für Gemeinschaftseinrichtungen) und nicht mehr als Teil des Kleingartens eingezeichnet.

Die verbücherte Grundabteilung gibt dem Beschwerdeführer die Möglichkeit, für sein Kleingartenhaus statt der bisher vorhandenen Bewilligung auf jederzeitigen Widerruf gemäß § 71 BO eine definitive Bewilligung gemäß § 8 Abs. 4 WKlgG zu erwirken, zumal der Kleingarten im Grundbuch angemerkt ist und die Grundabteilung damit nicht mehr unwirksam werden kann (§ 20 WKlgG). Die Grundabteilung in Verbindung mit der grundbücherlichen Durchführung bewirkt aber auch, dass der verfahrensgegenständliche Grundstücksteil des (neuen)

Grundstückes Nr. ...3/4 nicht mehr dem Kleingarten zuzurechnen, sondern Teil der Fläche für Gemeinschaftseinrichtungen ist, für die das PD ... unter BB5 vorsieht, dass die Errichtung oberirdischer Bauwerke untersagt ist.

Der Widerruf einer allfälligen Bewilligung für die Einfriedung bzw. das Wasserbecken kommt vorliegend nicht in Frage, da für diese Bauwerke bzw. Bauwerksteile mangels Bewilligungspflicht nach dem Wiener Kleingartengesetz (zum Errichtungszeitpunkt und auch heute) keine Bewilligung besteht. Das bedeutet aber nicht, dass die o.a. Erwägungen auf diese Baulichkeiten nicht anzuwenden wären. Sowohl die Bewilligung gemäß § 71 BO für das Kleingartenhaus, als auch die Zulässigkeit der Einfriedung und des Wasserbeckens standen vor der Grundabteilung und deren grundbücherlicher Durchführung unter dem Vorbehalt allfälliger, laut dem zum Zeitpunkt der Grundabteilung aktuellen Bebauungsplan mit der Grundabteilung verbundener, grundtechnischer Maßnahmen, wie Abtretungen, Abschreibungen, etc.

Dieser Vorbehalt wurde mit der Grundabteilung hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Grundstücksteiles schlagend.

Nachdem der verfahrensgegenständliche Grundstücksteil des (neuen) Grundstückes Nr. ...3/4 nicht im Eigentum des Beschwerdeführers steht, hatte eine Aufforderung gemäß § 17 Abs. 1 WKlG, sie lastenfrei und geräumt an die Stadt Wien, die ohnedies bereits Grundeigentümerin ist, zu übergeben, zu unterbleiben.

Dass der verfahrensgegenständliche Teil der Einfriedung bzw. des Wasserbeckens in das Eigentum der Grundeigentümern Stadt Wien übergegangen wären, sodass sich der Bauauftrag an diese hätte richten müssen, wurde nicht vorgebracht. Dem Ermittlungsergebnis der Behörde, wonach (laut Aussage der MA 69 im behördlichen Verfahren) die verfahrensgegenständlichen Baulichkeiten nicht im Eigentum der Stadt Wien sondern in seinem Eigentum befinden, wurde vom Beschwerdeführer nicht widersprochen.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs ist für die Qualifikation als Überbau in erster Linie die Absicht des Erbauers entscheidend, das Bauwerk nicht dauernd auf dem Grund zu belassen; die Beschränkung des Grundbenützungsrechtes ist nur ein Indiz für diese Absicht. Ein Superädifikat liegt also nur dann vor, wenn dem Erbauer erkennbar die Belassungsabsicht fehlt,

welchem im allgemeinen durch das äußere Erscheinungsbild des Bauwerks hervortritt, aber auch aus anderen Umständen erschlossen werden kann.

Im vorliegenden Fall wurden die verfahrensgegenständlichen Bauwerke bzw. Bauwerksteile auf einer Grundfläche errichtet, die zum Zeitpunkt der Errichtung noch nicht als Kleingarten bzw. Kleingartenteil bewilligt war und hinsichtlich derer nicht feststand, ob Abtretungsverpflichtungen bestehen. Dies kam auch im Pachtvertrag zum Ausdruck. Es war daher davon auszugehen, dass es sich dabei um Superädifikate handelt und der Auftrag zu Recht an den Beschwerdeführer als deren Eigentümer gerichtet ist.

Zum Umfang des Auftrags ist festzuhalten, dass nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs bei einem einheitlichen Bauwerk grundsätzlich der gesamte Bau Gegenstand des baupolizeilichen Auftrages ist; der Beseitigungsauftrag kann in einem solchen Fall daher nicht nur Teile der baulichen Anlage betreffen.

Die Behörde hat bei beiden Baulichkeiten dem objektiven Erklärungswert des Bescheidspruches nach Teilbarkeit angenommen und folglich nur die Entfernung des Teiles der Einfriedung bzw. des Wasserbeckens vorgeschrieben, der sich jeweils auf dem verfahrensgegenständlichen Grundstücksteil des (neuen) Grundstückes Nr. ...3/4 befindet.

Die zivilrechtliche Ausgestaltung der Nutzungsberechtigung des Beschwerdeführers für den verfahrensgegenständlichen Grundstücksteil des (neuen) Grundstückes Nr. ...3/4 ist im vorliegenden Fall irrelevant, da es sich bei der Rechtsgrundlage für den bekämpften Bauauftrag um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung aus der BO handelt.

Zusammenfassend ist daher Folgendes festzuhalten:

Die Bewilligung des Kleingartenhauses gemäß § 71 BO und die Zulässigkeit der Errichtung der Einfriedung und des Wasserbeckens standen (unabhängig vom damaligen Plandokument) unter dem Vorbehalt der bei Kleingartenschaffung (Grundabteilung) nach dem zu diesem Zeitpunkt geltenden Plandokument vorgesehenen Abtretungen, der Schaffung von Trennstücken, etc. Das zum Zeitpunkt der Kleingartenschaffung und auch heute noch geltende Plandokument sieht für den verfahrensgegenständlichen Grundstücksteil des Grundstückes Nr.

...3/4 eine Widmung als Gemeinschaftsfläche für Stellplätze vor, die oberirdisch nicht bebaut werden darf. Die Einfriedung und das Wasserbecken sind daher, soweit sie sich auf dieser Grundfläche befinden, unzulässig. Der behördliche Auftrag erging somit zu Recht.

Die im angefochtenen Bescheid gesetzte Frist für die Entfernung der Baulichkeiten erscheint ausreichend.

Der Beschwerde war daher keine Folge zu geben.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des 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. 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.

## B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 340,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen. Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung

des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Dr.<sup>in</sup> LETTNER