



# 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

1. GZ: VGW-211/026/1096/2019/VOR  
A. B.
2. GZ: VGW-211/026/1097/2019/VOR  
C. B.

Wien, 23.12.2019

... Bezirk, D.-gasse  
ident E.-gasse Parz. ...  
Gst. Nr. ... in  
EZ ... der Kat. Gem. ...

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag.<sup>a</sup> Ebner, LL.M., aufgrund der Vorstellung vom 17.01.2019 über die Beschwerde 1.) des Herrn A. B. und 2.) der Frau C. B. vom 05.06.2018 gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37-Gebietsgruppe ..., Bauinspektion, vom 24.05.2018, Zl. MA37/..., mit welchem den Eigentümern der Baulichkeit auf der Liegenschaft Wien, D.-gasse gemäß § 129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien (BO) in Verbindung mit dem Wiener Kleingartengesetz (WKIG 1996) der Auftrag erteilt wurde, die im Bescheid angeführte Maßnahme binnen einem Monat nach Rechtskraft des Bescheides durchzuführen,

zu Recht erkannt:

- I. Gemäß § 28 Abs. 1 und 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGGV wird der angefochtene Bescheid bestätigt und die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.
- II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

## Entscheidungsgründe

Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37 - Gebietsgruppe ..., Bauinspektion, vom 24.05.2018, ZI. MA37/..., wurde den Eigentümern der Baulichkeit auf der Liegenschaft Wien, D.-gasse ident E.-gasse Parz. ... gemäß § 129 Abs. 10 BO für Wien nachstehender Auftrag erteilt:

„Es ist der vorschriftswidrige Zustand, nämlich die Geländeänderung im Bereich der bestehenden Gerätehütte, zu beseitigen.

Das Niveau ist jener Höhenlage wieder anzupassen, die im Konsensplan zur Bewilligung ZI. MA 37/... angeführt ist.

Die Maßnahme ist binnen 1 Monat nach Rechtskraft dieses Bescheides durchzuführen.

Die Erfüllung des Auftrages ist bei diesem Amt unter Anschluss eines Gutachtens zu melden.“

Dagegen brachten die Liegenschaftseigentümer und nunmehrigen Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 05.06.2018 fristgerecht Beschwerde an das Verwaltungsgericht Wien ein und führten zusammengefasst wie folgt aus:

„Punkt 1 - Ortserhebung der MA 41:

Lt. MA 37 liegt das Gelände im Bereich der Gerätehütte bis zu 15 cm über der im Konsensplan zur Bewilligung zu ZI. MA37-... angeführten Höhenlage von -0,10 m. Hier ist anzumerken, dass im Konsensplan zur Bewilligung zu ZI. MA37-... keine Höhenlage (Wiener Null oder Höhe über Adria) angegeben ist! Im Plan wurden nur die Höhen der Rohdecke -0,10 m, sowie die Höhen der fertigen Fußböden 0,00 m eingetragen.

[...]

Lt. Mail von Hr. F. (MA 41) wurde am 28.03.2018 auftragsgemäß die Höhenlage des bestehenden Geländes in Bezug zur Fußbodenoberkante im Erdgeschoss ermittelt. Die FOK EG = 0,00 und ist die Bezugshöhe, gemessen wurden die Geländehöhen (Rasen, Kies, Weg) in dem Streifen zwischen Gebäude und Einfriedung (Nordseite). Lt. Auskunft der MA 41 wurde die in der Mitteilung angeführte Ist-Höhen von der MA 37 offensichtlich mit anderen Höhen des Einreichplans verglichen und nicht mit der Bezugshöhe FOK EG. Die MA 41 hat auftragsgemäß allerdings nur die Höhenlage des vorhandenen Geländes in Bezug zur FOK EG ermittelt und die FOK EG wird nicht um 15 cm überschritten.

### Punkt 2 - Geländeänderung ist unzulässig:

Im Bereich der Gerätehütte wurden am 12.07.2017 die bereits bestehenden Zierbeete in der Höhe von wenigen Zentimetern aufgefüllt. Lt. Schreiben der MA 37 vom 24.08.2017, MA37/..., sind Anschüttungen bis zur Höhe des Hauseinganges auch zulässig, da dieses Niveau auch der Geländehöhe des Hauses entspricht. Lt. diesem Schreiben muss das Kiesmaterial ggf. nur bis zur Höhe des Hauseinganges wieder entfernen werden.

Bereits im Verwaltungsgerichtsverfahren vom 11.12.2017, VGW-211/005/RP23/14732/2017-9 und VGW-211/V/005/RP23/14733/2017, wurden uns unzulässige Anschüttungen vorgeworfen. Durch das Verwaltungsgericht Wien konnte der Rechtsansicht der Behörde jedoch nicht gefolgt werden, dass durch die Nachfüllung von bestehenden Zierbeeten in der Höhe von wenigen Zentimetern eine unzulässige Geländeänderung durchgeführt wurde. Das Verwaltungsgericht Wien sah sich daher gehalten den angefochtenen Bescheid hinsichtlich dieses Punktes zu beheben.

In seinem Erkenntnis vom 15.03.2011, ZI. 2008/05/0024, hat der Verwaltungsgerichtshof zum Tatbestandsmerkmal der „unbedingten Erforderlichkeit“ ausgeführt, dass Voraussetzung für eine zulässige Geländeänderung jedenfalls ist, dass eine für sich rechtmäßige Baulichkeit errichtet wurde.

### Punkt 3 - Geländeänderung diene dem Zweck ein bewilligungsfreies Gebäude zu erwirken:

Lt. Verwaltungsgericht Wien vom 30.11.2017, VGW-211/005/13818/2017/VOR ist es ohne Relevanz, mit welcher Höhe das Gelände im bewilligten Einreichplan eingetragen wurde und dass dieses anscheinend nicht dem bewilligten Plan entsprechend ausgeführt wurde. Die sich ergebende fiktive Geländehöhe ist für die Höhe des Nebengebäudes nicht heranzuziehen, sondern jedenfalls nur das anschließende vorhandene Gelände. Die festgestellte Höhe von 2,38 m - gemessen vom anschließenden Gelände - wurde von der Behörde mehrmals festgestellt. Die Behörde ist zutreffend vom anschließenden vorhandenen Gelände ausgegangen, um die Höhe des obersten Abschlusses des Nebengebäudes festzustellen.

[...]

Am 02.02.2018 wurde bei der Überprüfung der Gebäudehöhe eine Höhe von ca. 2,21 m - gemessen am höchsten Punkt der Gerätehütte an der Schnittkante Außenwand/Dachhaut vom „anschließenden vorhandenen Gelände“- festgestellt. Es wurde vor Ort festgestellt, dass die Gebäudehöhe an sich nur in sehr geringem Umfang (ca. 1 cm - Maßtoleranz) den Bestimmungen des Wiener Kleingartengesetzes widerspricht.

Die Gerätehütte hat am höchsten Punkt eine Raumhöhe von ca. 2,18 m. Somit ist eine Höhe der Gerätehütte mit ca. 2,21 m unabhängig von der geographischen Höhenlage schlüssig und nachvollziehbar.

Die angeblich vorschriftswidrige Geländeänderung mit bis zu 15 cm ist für uns nicht erkennbar. Am 28.03.2018 wurde von der MA 41 auftragsgemäß die Höhenlage des bestehenden Geländes in Bezug zur Fußbodenoberkante im Erdgeschoss (= 0,00 m) ermittelt, gemessen wurden die Geländehöhen (Rasen, Kies, Weg) in dem Streifen zwischen Gebäude und Einfriedung (Nordseite). Lt. MA 41 wurde die Bezugshöhe nicht um 15 cm überschritten.

Lt. Schreiben der MA 37 vom 24.08.2017, MA37/..., sind Anschüttungen bis zur Höhe des Hauseinganges zulässig, da dieses Niveau auch der Geländehöhe des Hauses entspricht. Das Kiesmaterial ist ggf. bis zur Höhe des Hauseinganges wieder zu entfernen. Aus unserer Sicht gibt es keine Anschüttungen, die über der Höhe des Hauseinganges liegen und somit zu entfernen sind.

[...]"

Dem gegenständlichen Verfahren liegt folgender Verfahrensgang zugrunde:

Von der belangten Behörde, der Magistratsabteilung 37, wurde festgestellt, dass auf der verfahrensgegenständlichen Liegenschaft das Gelände angehoben wurde.

Das seitens der belangten Behörde eingeholte Vermessungsgutachten der MA 41 vom 30.03.2018 besagt im Wesentlichen, dass die Höhenaufnahme in einem lokalen System erfolgt sei, wobei als Ausgangshöhe das bestehende Fußbodenniveau (Fliesenboden) im Eingangsbereich des Wohngebäudes gedient habe. Aus der Aufnahme gehe hervor, dass das Gelände um das Wohnhaus meist 5 bis 11 cm unter der Höhe der Fußbodenoberkante des Hauses liege. Im Bereich der bestehenden Gartenhütte sei das Gelände um einige Zentimeter höher und weise Höhenkoten von -0,02 bis -0,05 cm auf. Dem Gutachten ist ein Lageplan Maßstab 1 : 100 angeschlossen, welcher die Höhen des Geländes enthält.

Mit Schreiben vom 10.4.2018 wurden die Liegenschaftseigentümer von der Vermessung durch die MA 41 in Kenntnis gesetzt. Die Liegenschaftseigentümer und nunmehrigen Beschwerdeführer wurden mit diesem Schreiben aufgefordert, den festgestellten vorschriftswidrigen Zustand zu beseitigen und wurden ihnen gleichzeitig die Rechtsfolgen im Fall ihrer Unterlassung zur Kenntnis gebracht.

Am 18.05.2018 wurde von einem Organ der belangten Behörde festgestellt, dass der vorschriftswidrige Zustand nicht behoben wurde.

In der Folge erließ die belangte Behörde den verfahrensgegenständlichen Bescheid vom 24.05.2018, ZI. MA37/....

Dagegen brachten die Liegenschaftseigentümer und nunmehrigen Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde ein. In der Folge legte die belangte Behörde mit Schreiben vom 11.10.2018 dem Verwaltungsgericht Wien den

bezughabenden Verwaltungsakt mit der eingebrachten Beschwerde zur Entscheidung vor.

Das Verwaltungsgericht Wien führte am 04.12.2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der die Beschwerdeführer und eine Vertreterin der belangten Behörde teilnahmen.

Dabei gaben die Beschwerdeführer zu Protokoll, dass sich die eingetragene Höhe von -0,10 m im Lageplan des Konsenses, ZI. MA37-..., nicht auf die Höhe des Geländes, sondern auf die Oberkante Terrasse bzw. Kellerdecke beziehe. Die Beschwerdeführer führten weiters aus, dass das Gelände im Jahr 2007 (nach Fertigstellung des Wohnhauses) unmittelbar an die Terrasse angrenzte. Die Terrassenhöhe sei gleich mit der Fußbodenoberkante des Erdgeschosses. Darüber hinaus brachten die Beschwerdeführer vor, dass ausgehend von der Fußbodenoberkante des Wohnhauses um das Wohnhaus ein Sockel auf gleicher Höhe gebaut wurde. Die Höhe des Sockels wäre als Bezugspunkt für die Höhe des Fundaments der Gerätehütte genommen worden. Am 02.02.2018 sei, ausgehend vom Fundament, eine Höhe der Gerätehütte von 2,21 m bis zur Dachhaut gemessen worden. Die Beschwerdeführer legten in der Verhandlung eine Stellungnahme des Bauführers und Fotos der Hütte im Fundamentbereich vor.

Die Behördenvertreterin führte dazu aus, dass sich nach ihrer Ansicht die eingetragene Höhe von -0,10 m im Lageplan nicht auf die Terrasse bzw. die Kellerdecke beziehe, sondern die Höhe des Geländes wiedergebe. Ob die Symbole im Lageplan stimmen würden, könne nicht gesagt werden. Die Vertreterin der belangten Behörde gab zudem an, dass die Gerätehütte eine Höhe von 2,38 m aufgewiesen hätte. Es wäre vom damals vorhandenen Gelände gemessen worden; allerdings bezweifle sie eine Geländesetzung, wie von den Beschwerdeführern behauptet wurde. Im Übrigen verwies die Behördenvertreterin auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien vom 03.10.2017, GZ: VGW-211/005/RP23/ 10779/2017, 4. Absatz, Seite 4.

In der Folge erließ das Verwaltungsgericht Wien durch seinen zuständigen Landesrechtspfleger das Erkenntnis vom 15.01.2019, ZI. VGW-211/026/RP26/ 13502/2018-6 u.a.

Dagegen wurde seitens der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 17.01.2019 fristgerecht Vorstellung erhoben.

Dazu hat das Verwaltungsgericht Wien erwogen:

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Zuzufolge Abs. 2 hat über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder
2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Zuzufolge § 54 Abs. 1 VwGVG kann gegen Erkenntnisse und Beschlüsse des Rechtspflegers (§ 2) Vorstellung beim zuständigen Mitglied des Verwaltungsgerichtes erhoben werden.

Das Rechtsinstitut der Vorstellung kann jedoch nicht dazu führen, dass ein „innergerichtlicher Instanzenzug“ geschaffen wird, zumal dies eindeutig der Intention des Gesetzgebers zuwiderliefe, die Verwaltungsverfahren zu beschleunigen. Im Fall einer - wie hier vorliegend - rechtzeitigen und zulässigen Vorstellung ist vom zuständigen Richter/von der zuständigen Richterin des Verwaltungsgerichtes sohin zu überprüfen, ob die Beschwerdesache mit dem Erkenntnis oder dem Beschluss des Rechtspflegers sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht rechtsrichtig abgeschlossen wurde. Da eine Vorstellung nicht zwingend zu begründen ist und der Richter/die Richterin über die (wieder) offene Beschwerde zu entscheiden hat, kann die Vorstellung gemäß § 54 Abs. 1 VwGVG nicht dazu dienen, ein bereits vom Rechtspfleger erledigtes Rechtsmittel gegen eine behördliche Entscheidung außerhalb der gemäß § 7 Abs. 4 VwGVG vorgesehenen Frist losgelöst von dem Erkenntnis oder Beschluss des Rechtspflegers zu ergänzen oder anders zu erweitern. Über das ursprüngliche Rechtsmittel hinausgehende Vorbringen und Anträge in einer Vorstellung sind daher nur soweit beachtlich, wie sie sich direkt mit der Begründung der damit bekämpften Entscheidung des Rechtspflegers auseinandersetzen beziehungsweise sich darauf beziehen.

Vorerst ist im beschwerdegegenständlichen Fall auf das Wiener Kleingartengesetz 1996 (WKIG 1996) hinzuweisen und Folgendes festzuhalten:

§ 1 Wiener Kleingartengesetz 1996 (WKIG 1996) besagt:

(1) Dieses Gesetz ist auf Flächen mit der Widmung „Grünland - Erholungsgebiet - Kleingartengebiet“ und „Grünland - Erholungsgebiet - Kleingartengebiet für ganzjähriges Wohnen“ sowie auf vorübergehend kleingärtnerisch genutzte Flächen anzuwenden.

(2) Soweit dieses Gesetz nicht anderes bestimmt, gilt die Bauordnung für Wien.

Laut § 16 Abs. 2 WKIG 1996 sind Stützmauern, Lichtschächte, Geländeänderungen, Stufenanlagen, Rampen, Wege, Traufenpflaster und andere befestigte Flächen nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß zulässig. Terrassen dürfen bis zu einer Größe von zwei Dritteln des Ausmaßes der bebauten Fläche des Kleingartenhauses oder Kleingartenwohnhauses und Wasserbecken bis zu einer Gesamtfläche von 25 m<sup>2</sup> je Kleingarten errichtet werden. Überdachungen von Terrassen dürfen das Gesamtausmaß von einem Viertel des Ausmaßes der bebauten Fläche des Kleingartenhauses oder Kleingartenwohnhauses nicht überschreiten. Diese Flächen werden den bebauten Flächen des Kleingartens nicht zugerechnet.

Gemäß § 129 Abs. 10 Bauordnung für Wien (BO) 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. Aufträge sind an den Eigentümer (jeden Miteigentümer) des Bauwerkes zu richten; im Falle des Wohnungseigentums sind sie gegebenenfalls an den Wohnungseigentümer der betroffenen Nutzungseinheit zu richten. Im Falle der Verwendung von Flächen zum Einstellen von Kraftfahrzeugen ohne baubehördliche Bewilligung (§ 3 Abs. 1 Z 2 WGarG 2008) durch einen vom Eigentümer (den Miteigentümern) verschiedenen Nutzungsberechtigten sind Aufträge gegebenenfalls an diesen zu richten. In Schutzzonen sind überdies Abweichungen von den Bebauungsbestimmungen im Bebauungsplan, für die eine Baubewilligung weder nachgewiesen noch infolge des erinnerlichen Bestandes des Gebäudes vermutet werden kann, zu beheben und die Bauwerke und Bauwerksteile in stilgerechten und den Bebauungsbestimmungen entsprechenden Zustand zu versetzen. Lassen sich Art und Umfang von vermuteten Abweichungen von den Bauvorschriften nicht durch bloßen Augenschein feststellen, ist der Eigentümer (jeder Miteigentümer) eines Bauwerkes verpflichtet, über das Vorliegen der vermuteten Abweichungen und gegebenenfalls über deren Art und Umfang den Befund eines Sachverständigen vorzulegen. Der dem Befund zugrunde gelegte Sachverhalt muss durch die Behörde überprüfbar sein.

Fest steht, dass die Beschwerdeführer Eigentümer der gegenständlichen Liegenschaft und der dort angeordneten Baulichkeiten sind. Das Kleingartenwohnhaus und das Schwimmbecken auf der

verfahrensgegenständlichen Liegenschaft wurden mit Bescheid zur Zahl MA 37/... bewilligt.

Weitere Geländeänderungen wurden nicht bewilligt.

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in den behördlichen Verwaltungsakt, den Gerichtsakt samt Fotodokumentationen, die Durchführung der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien am 04.12.2018 sowie Beischaftung des Konsensplans.

Ausgangspunkt des nunmehr beschwerdegegenständlichen Verfahrens war die Errichtung einer Gerätehütte mit einer festgestellten maximalen Höhe von 2,38 m statt der höchstzulässigen Gebäudehöhe von 2,20 m. Dazu wird auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 30.11.2017, ZI. VGW-211/005/13817/2017/VOR-6 u.a., hingewiesen, mit welchem der Auftrag der Baubehörde, die auf der verfahrensgegenständlichen Liegenschaft vorschriftswidrig errichtete Gerätehütte zu entfernen, bestätigt wurde.

Nach der von den Beschwerdeführern eingebrachten Vorstellung gegen das Erkenntnis vom 03.10.2017, ZI. VGW-211/005/RP23/10779/2017-2, welches mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 30.11.2017, ZI. VGW-211/005/13817/2017/VOR-6 u.a., bestätigt wurde, wurde im Verlauf des Vorstellungsverfahrens im Zuge einer vom Verwaltungsgericht Wien angeordneten neuerlichen Messung vor Ort am 24.10.2017 von der belangten Behörde festgestellt, dass das Gelände rund um die Hütte aufgeschüttet worden war. Da diese Aufschüttung jedoch offensichtlich nicht ausreichte, um die Gebäudehöhe auf das zulässige Maß von 2,20 m zu verringern, waren von den Beschwerdeführern auch noch zusätzlich Betonplatten aufgebracht worden, um die Gebäudehöhe weiter zu reduzieren und damit eine vorschriftsgemäße Höhe dieser Gerätehütte zu erreichen.

Zufolge der Bestimmungen des § 129 Abs. 10 BO ist jede Abweichung von den Bauvorschriften einschließlich der Bebauungsvorschriften zu beheben.

Vorschriftswidrig im Sinne des § 129 Abs. 10 BO ist ein Bau, 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 den Bauvorschriften können nach § 129 Abs. 10 BO Bauaufträge sowohl für bewilligungspflichtige, anzeigepflichtige als auch bewilligungsfreie Bauvorhaben erteilt werden (vgl. u.a. VwGH 28.4.2006, ZI. 2005/05/0070). Der Grund für die Abweichung ist dabei unerheblich (vgl. VwGH 23.2.2010, ZI. 2009/ 05/0162). Ebenso ist die Frage der Bewilligungsfähigkeit der vorgenommenen Abweichungen im Auftragsverfahren nach § 129 Abs. 10 BO



nicht zu prüfen (vgl. VwGH 6.9.2011, 2011/05/0132). Ob eine nachträgliche Baubewilligung erteilt oder eine nachträgliche Bauanzeige zur Kenntnis genommen werden kann, ist demnach auch keine für die Erlassung eines Abtragungsauftrages nach § 129 Abs.10 BO zu lösende Vorfrage. Selbst ein allfälliges noch nicht erledigtes entsprechendes Baubewilligungsgesuch hindert die Erlassung eines solchen Auftrages nicht, wohl aber könnte ein solcher Auftrag während der Anhängigkeit eines entsprechenden Ansuchens um nachträgliche Bewilligung und nach der Erteilung einer nachträglichen Bewilligung nicht (mehr) vollstreckt werden (vgl. VwGH 23.2.2010, ZI.2009/05/0162, mwN).

Laut Vermessungsgutachten der MA 41 vom 30.03.2018 steht zweifelsfrei fest, dass das vorhandene Gelände nicht dem bewilligten Gelände laut Konsensplan zu ZI. MA 37/... entspricht. Im Bereich der bestehenden Gerätehütte weicht das vorhandene Gelände vom bewilligten Geländeniveau insofern ab, als dieses um 5 bis 8 cm höher liegt und Höhenkoten von -0,02 bis -0,05 m aufweist. Als Bezugspunkt (+- 0,00 m) der Messung wurde das Fußbodenniveau im Eingangsbereich des Wohngebäudes laut dem der Bewilligung vom 15.01.2007, ZI. MA 37/..., zugrundeliegenden Einreichplan herangezogen. Laut diesem als bewilligt geltenden Plan ist das an das Kleingartenwohnhaus und die Terrasse anschließende Gelände mit dem Eintrag -0,10 m, also 10,00 cm unter der Erdgeschoßoberkante festgehalten. In diesem Konsensplan befinden sich drei Höhenbemaßungen (-0,10), welche eindeutig im Bereich des das Kleingartenwohnhaus samt Terrasse umliegenden Geländes liegen. Dabei wurde ein falsches Bemaßungssymbol verwendet, und zwar jenes für die Höhenlage eines Punktes in einem Bauwerk (Fertigmaß). Korrekterweise hätten diese verwendeten Symbole nicht ausgekreuzt werden dürfen und laut ÖNORM A 6240-2 aus einem leeren Vollkreis bestehen müssen. Dazu wird seitens der belangten Behörde bemerkt, dass üblicherweise von vielen Planverfassern - wie auch im vorgenannten Konsensplan - für alle Höhenangaben nur das ausgekreuzte, teilweise geschwärzte Symbol für die Höhenlage verwendet wird.

Zweifellos steht für das erkennende Gericht fest, dass die im Konsensplan zu ZI. MA 37/... im Gebäudeinneren dargestellte Höhenlage sich auf den fertigen Deckenaufbau inklusive des Bodenbelages bezieht. Dies wird von den Beschwerdeführern selbst in ihrer Vorstellung bestätigt, in der sie die ÖNORM A 6240-2 zitieren, in der festgelegt ist, dass ein ausgekreuzter Kreis, dessen rechtes oberes Viertel und dessen linkes untere Viertel geschwärzt sind, sich auf die Höhenlage eines Punktes in einem Bauwerk - Fertigmaß, bezieht. In dem der vorgenannten Bewilligung zugrundeliegenden Plan ist dieses Symbol in der Fläche des Kleingartenwohnhauses mit der Kote „0,00“ angeordnet. Damit ist eindeutig dargestellt, dass sich die fertige Fußbodenoberkante des Kleingartenwohnhauses im Erdgeschoss auf der Höhenlage 0,00 m befindet. Ebenso besteht kein Zweifel, dass die anderen Höhenkoten, die mit dem gleichen

Symbol markiert sind, sich nicht in der Fläche des Kleingartenwohnhauses, sondern außerhalb der bebauten Fläche des Kleingartenwohnhauses im umgebenden Gelände befinden und somit nur die Höhenlage des Geländes bemaßen können.

Ausgehend von der Höhenkote  $\pm 0,00$  der Fußbodenoberkante des Kleingartenwohnhauses im Erdgeschoss wurde von der MA 41 das Gelände im Nahbereich des Kleingartenwohnhauses und der Gerätehütte höhenmäßig vermessen. Aus der diesbezüglichen Darstellung des Lage- und Höhenplanes der MA 41 ergibt sich, dass anschließend an das Kleingartenwohnhaus nahezu an keiner Stelle das Gelände genau 10 cm unter dem Fußbodenniveau des Erdgeschosses zu liegen kommt. Daraus ist insbesondere auch zu erkennen, dass im Bereich der Gerätehütte das Gelände einschließlich der zusätzlich aufgebrachten Betonplatten eine Höhe von bis zu  $+0,05$  m, also 5 cm über dem vorgenannten Erdgeschossniveau aufweist, obwohl es laut der Darstellung im Konsensplan 10 cm unter dem Fußbodenniveau des Erdgeschosses des Kleingartenwohnhauses liegen sollte. Mit anderen Worten wurde an dieser Stelle das Geländenniveau insoweit angehoben, als es nunmehr gegenüber dem Konsens bis 15 cm höher liegt.

Die durchgeführten beschwerdegegenständlichen Anschüttungen, welche die Beschwerdeführer in ihrer Beschwerde als zulässig monieren, stellen keine zulässigen Veränderungen des Geländes im Sinne des Wiener Kleingartengesetzes 1996 dar. Richtig ist zwar, dass mit Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien vom 11.12.2017, ZIn. VGW-211/005/RP23/14732/2017 und VGW-211/V/005/RP23/14733/2017, das Auffüllen bzw. Nachfüllen der bestehenden Zierbeete nicht als unzulässige Geländeänderung angesehen wurde. Diese Zierbeete sind jedoch im gegenständlichen Beschwerdeverfahren nicht relevant.

Fest steht, dass hinsichtlich Geländeänderungen § 16 Abs. 2 des Wiener Kleingartengesetzes 1996 bestimmt, dass diese nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß zulässig sind. Im § 15 Abs. 1 des Wiener Kleingartengesetzes ist festgehalten, dass Baulichkeiten der bestehenden Höhenlage möglichst anzupassen sind.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner ständigen Rechtsprechung zum Wiener Kleingartengesetz (vgl. etwa in VwGH 27.08.2014, ZI. 2013/05/0043, mwN) zu § 15 Abs. 1 WKIG ausgeführt, dass schon nach dem Wortlaut und dem Zusammenhang der Worte kein Zweifel bestehen kann, dass mit der „bestehenden Höhenlage“ jenes Niveau gemeint ist, das ohne die Baulichkeiten und vor ihrer Errichtung vorhanden ist, und dass somit jede Geländeänderung unter der und rund um die Baulichkeit im Zusammenhang mit der Frage der

„Anpassung“ von maßgeblicher Bedeutung ist. Maßgeblich nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. hierzu wieder VwGH 27.08.2014, ZI. 2013/05/ 0043, mwN) ist, dass eine Geländeänderung nicht dazu dienen darf, die Zulässigkeit eines Baues erst herbeizuführen.

Der Verwaltungsgerichtshof führt in diesem Zusammenhang aus, dass Geländeänderungen im Sinne des § 16 Abs. 2 WKIG zwar als flankierende Maßnahmen für eine zulässige Baulichkeit, also eine, die den Vorschriften des WKIG entspricht, zulässig sind. Es widerspricht aber den Bestimmungen des WKIG, wenn durch eine geplante Anschüttung die Zulässigkeit des bestehenden Gebäudes erst herbeigeführt werden soll, mit anderen Worten - durch die geplanten Anschüttungen das bestehende und gegenständlich nicht allen Kriterien des WKIG entsprechende Gebäude vermeintlich „niedriger“ gemacht werden soll.

In seinem Erkenntnis vom 15.03.2011, ZI. 2008/05/0024, hat der Verwaltungsgerichtshof zum Tatbestandsmerkmal der „unbedingten Erforderlichkeit“ ausgeführt, dass Voraussetzung für eine zulässige Geländeänderung jedenfalls ist, dass eine für sich rechtmäßige Baulichkeit errichtet wird.

Im verfahrensgegenständlichen Fall steht jedenfalls zweifellos fest, dass hier vom Konsens abweichende unzulässige Anschüttungen vorgenommen wurden, wobei im unmittelbaren Bereich der Gerätehütte noch zusätzlich Betonplatten aufgebracht wurden, um die Gebäudehöhe der Gerätehütte auf eine vorschriftsgemäße Höhe zu reduzieren. Mit dieser Vorgangsweise wurde das Gelände dem Gebäude „angepasst“ und damit das exakte Gegenteil zu der im geltenden Kleingartengesetz festgesetzten Bestimmung, wonach die Baulichkeiten der bestehenden Höhenlage anzupassen sind, umgesetzt. Nicht das Gelände ist dem Gebäude anzupassen, sondern das Gebäude dem Gelände.

Das erkennende Gericht kommt zum Ergebnis, dass im beschwerdegegenständlichen Fall die durchgeführte Geländeanschüttung offenbar nur der Herstellung einer höher gelegenen Fläche dient, um die nach dem Wiener Kleingartengesetz 1996 für eine Gerätehütte zulässige Gebäudehöhe von 2,20 m zu erreichen. Dies ist ein klarer Widerspruch zu der Bestimmung des § 16 WKIG, der von Veränderungen - für die Möglichkeit der kleingärtnerischen Nutzung der Liegenschaft oder zulässiger baulicher Anlagen - im unbedingt erforderlichen Ausmaß ausgeht. Dass die hergestellte Geländeanschüttung für die Beschwerdeführer Vorteile bringt, ist für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Geländeanschüttung nicht von Relevanz.

Die von den Beschwerdeführern hergestellte Geländeanschüttung ist daher als nicht im unbedingt erforderlichen Ausmaß im Sinne des § 16 Abs.2 WKIG 1996 zu qualifizieren, wobei die Gerätehütte der bestehenden Höhenlage nicht angepasst wurde, und stellt somit eine Vorschriftswidrigkeit im Sinne des § 129 Abs. 10 BO dar.

Die Behörde hat daher zu Recht den Auftrag erteilt, die vorschriftswidrige Geländeanschüttung zu beseitigen.

Die Erfüllungsfrist von einem Monat ist für die tatsächliche Durchführung der aufgetragenen Maßnahme als ausreichend anzusehen. Im Übrigen ist die Erfüllungsfrist auf die Rechtskraft des Bescheides abgestellt, welche erst mit der Zustellung dieses Erkenntnisses eintritt. In tatsächlicher Hinsicht haben die Beschwerdeführer durch die Einbringung der Beschwerde und die Erhebung der Vorstellung eine Fristverlängerung im Ausmaß der gesamten Dauer des Beschwerdeverfahrens, also in einem weit größeren Ausmaß erreicht.

Von einer weiteren mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien konnte aus nachfolgenden Erwägungen abgesehen werden:

Gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG kann das Verwaltungsgericht, soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 entgegenstehen.

Der EGMR hat in seinen Entscheidungen vom 10. Mai 2007, Nr. 7401/04 (Hofbauer/Österreich Nr. 2), und vom 3. Mai 2007, Nr. 17912/05 (Bösch/Österreich), unter Hinweis auf seine frühere Rechtsprechung dargelegt, dass der Beschwerdeführer grundsätzlich ein Recht auf eine mündliche Verhandlung vor einem Tribunal hat, außer es lägen außergewöhnliche Umstände vor, die eine Ausnahme davon rechtfertigten. Der EGMR hat das Vorliegen solcher außergewöhnlichen Umstände angenommen, wenn das Verfahren ausschließlich rechtliche oder "hochtechnische" Fragen ("exclusively legal or highly technical questions") betrifft. Der Gerichtshof verwies im Zusammenhang mit Verfahren betreffend ziemlich technische Angelegenheiten ("rather technical nature of disputes") auch auf das Bedürfnis der nationalen Behörden nach zweckmäßiger und wirtschaftlicher Vorgangsweise, das angesichts der sonstigen Umstände des Falles zum Absehen von einer mündlichen Verhandlung berechtige.

Der entscheidungsrelevante Sachverhalt ist hier aufgrund der Aktenlage des Behördenaktes samt Fotodokumentationen, der diesbezüglichen Konsensunterlagen, einer veranlassten Vermessung durch die MA 41, des Gerichtsaktes und der mündlichen Verhandlung beim Verwaltungsgericht Wien geklärt, sodass zur Lösung der in der vorliegenden Beschwerde aufgeworfenen Tat- und Rechtsfrage im Sinne der Judikatur des EGMR eine weitere mündliche Verhandlung nicht geboten war. Art. 6 EMRK steht somit dem Absehen von einer weiteren mündlichen Verhandlung nicht entgegen. Die Entscheidung konnte daher im Sinne des § 24 Abs. 4 VwGVG getroffen werden.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### Unzulässigkeit der ordentlichen Revision

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.

### Belehrung

Gegen diese Entscheidung 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 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 240 EUR beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

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.

Verwaltungsgericht Wien:

Mag.<sup>a</sup> Ebner, LL.M.  
Richterin