

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

13.12.2011

Geschäftszahl

2011/05/0180

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kail und die Hofräte Dr. Enzenhofer und Dr. Moritz als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Kalanj, über die Beschwerde der Ing. Mag. D. C.-N. in Wien, vertreten durch Dr. Hans Ambros, Rechtsanwalt in 1224 Wien, Bureschgasse 2, gegen den Bescheid der Bauoberbehörde für Wien vom 21. September 2011, Zl. BOB - 215/11, betreffend einen Bauauftrag (weitere Partei: Wiener Landesregierung), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Begründung

I.

Der Beschwerde und dem angefochtenen Bescheid ist Folgendes zu entnehmen:

Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin einer näher bezeichneten Liegenschaft mit einem darauf errichteten Haus in Wien.

Nach dem geltenden Flächenwidmungs- und Bebauungsplan (Plandokument Nr. 7599 vom 24. Mai 2005) ist für diese Liegenschaft die Widmung "Bauland-Wohngebiet, Bauklasse I (eins)" festgesetzt, wobei die zulässige Gebäudehöhe mit 7,50 m beschränkt ist. Durch Ausweisung einer vorderen Baufluchtlinie ist ein Vorgarten mit einer Tiefe von 5,00 m festgelegt. Der bebaubare Bereich mit einer Tiefe von 18,00 m wird gegenüber dem hinteren Liegenschaftsteil, der gärtnerisch auszugestalten ist, durch eine hintere Baufluchtlinie abgegrenzt.

Anlässlich einer am 16. April 2010 vom Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37 (im Folgenden: MA 37), durchgeführten Ortsaugenscheinverhandlung wurde festgestellt, dass im Dachgeschoss dieses Hauses an der Straßenfront neben der Dachgaube - abweichend vom (baubehördlich) bewilligten Plan vom 20. Juli 2006 und ohne Erwirkung der hierfür erforderlichen Baubewilligung - jeweils zwei Dachflächenfenster eingebaut worden sind. Weiters wurde die Decke der unterirdischen Garage mittels Plattenbelag als Terrasse und nicht begrünt ausgeführt. Somit wurde der ca. 80 m² große Bereich der unterirdischen Garage vollflächig versiegelt. Diese Terrasse befindet sich in dem oben genannten hinteren, gärtnerisch auszugestaltenden Liegenschaftsteil.

Mit Bescheid vom 31. März 2011 erteilte die MA 37 der Beschwerdeführerin den folgenden baupolizeilichen Auftrag:

"Der Magistrat erteilt gemäß § 129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien (BO) der Eigentümerin der Baulichkeit auf der im Betreff genannten Liegenschaft nachstehenden Auftrag:

1.) Die Decke der unterirdischen Garage ist laut letztbewilligten Plan vom 20. Juli 2006, Zl.(...) zu begrünen und gärtnerisch auszugestalten.

2.) Die an der Straßenfront im Dachgeschoss neben der Dachgaube eingebauten 4 Dachflächenfenster sind zu entfernen.

Die Maßnahmen nach Punkt 1-2 sind binnen 6 Monaten nach Rechtskraft, dieses Bescheides durchzuführen."

Die von der Beschwerdeführerin dagegen erhobene Berufung wurde mit dem vorliegend in Beschwerde gezogenen Bescheid der belangten Behörde gemäß § 66 Abs. 4 AVG als unbegründet abgewiesen. Dazu führte die belangte Behörde nach Hinweis auf § 129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien (BO) sowie § 62a Abs. 1 Z 16 und § 79 Abs. 6 leg. cit. aus, dass die Terrasse ein vollflächiger, dicht verlegter Betonbelag in der gärtnerisch

auszugestaltenden Fläche sei und Gartenterrassen, auch wenn es sich dabei um bewilligungsfreie Bauvorhaben handle, den Bauvorschriften einschließlich der Bebauungsvorschriften zu entsprechen hätten. Der gärtnerisch auszugestaltende Teil der Liegenschaft habe eine Breite von 14 m und eine Tiefe von ca. 34 m, somit eine Größe von ungefähr 475 m². Die darin liegende Terrasse mit einer Größe von ca. 80 m² nehme demnach etwa ein Sechstel der gärtnerisch auszugestaltenden Fläche ein. Im Hinblick auf das Verhältnis der Größe der gärtnerisch auszugestaltenden Fläche zu jener der Terrasse sei es offensichtlich, dass diese augenscheinlich das unbedingt erforderliche Ausmaß überschreite, wodurch § 79 Abs. 6 BO nicht entsprochen werde und von einer Vorschriftswidrigkeit auszugehen sei. Letztlich sei darauf zu verweisen, dass im bewilligten Bauplan aus dem Jahr 2006 lediglich eine Terrasse von 21,90 m² ausgewiesen sei. Demnach sei der diesbezügliche Bauauftrag zu Recht erlassen worden.

In Bezug auf die auftragsgegenständlichen Dachflächenfenster führte die belangte Behörde nach Hinweis auf § 60 Abs. 1 lit. c, § 62 Abs. 1 und § 73 Abs. 3 BO aus, dass durch diese Dachflächenfenster in der zur Straße gerichteten Dachfläche zweifelsfrei das äußere Ansehen des Gebäudes verändert werde, sodass eine Bewilligungspflicht gemäß § 60 Abs. 1 lit. c leg. cit. gegeben sei. Da somit eine Bauanzeige nicht möglich sei, könnten diese Änderungen nicht erst im Rahmen der Fertigstellungsanzeige der erstinstanzlichen Baubehörde zur Kenntnis gebracht werden. Da die unbestritten vor dem Einbau der Dachflächenfenster erforderliche Baubewilligung nicht erwirkt worden sei, liege eine Konsenswidrigkeit vor und sei zu Recht ein Entfernungsauftrag erlassen worden.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

1. Gemäß § 129 Abs. 10 BO ist jede Abweichung von den Bauvorschriften einschließlich der Bebauungsvorschriften zu beheben.

Vorschriftswidrig im Sinn dieser Gesetzesbestimmung ist ein Bau, für den im Zeitpunkt seiner Errichtung ein baubehördlicher Konsens erforderlich war und weiterhin erforderlich ist, für den jedoch ein solcher Konsens nicht vorliegt. Bei Abweichungen von den Bauvorschriften können gemäß § 129 Abs. 10 leg. cit. Bauaufträge sowohl für bewilligungspflichtige, anzeigepflichtige als auch bewilligungsfreie Bauvorhaben erteilt werden (vgl. zum Ganzen etwa das hg. Erkenntnis vom 11. Oktober 2011, Zl. 2008/05/0261, mwN).

2.1. Die Beschwerde bringt gegen den in Bezug auf die Gartenterrasse erteilten Bauauftrag vor, dass eine in einer Betonplatte bestehende Gartenterrasse in der Größenordnung wie der gegenständlichen nach der hg. Judikatur baurechtlich bewilligungsfrei sei und dem Gesetzgeber nicht die Absicht unterstellt werden könne, derartige Gartenterrassen frei von baurechtlichen Bewilligungs- oder auch nur Anzeigepflichten für zulässig zu erklären und diese dann durch andere Bestimmungen, etwa über die Flächenwidmung, unmöglich zu machen. Dies wäre nämlich der Fall, wenn eine Gartenterrasse gärtnerisch zu gestalten wäre, womit dann überhaupt keine Terrasse im unzweifelhaften Sinn dieses umgangssprachlichen Wortes vorhanden wäre, sondern lediglich eine Gartenfläche. Die Flächenwidmung als Verordnung könne nur im Rahmen der höheren Norm, hier der Bestimmung des § 62a Abs. 1 Z 16 BO, ausgelegt werden. Bei dem hier vorliegenden Verhältnis der Terrassenfläche zur gärtnerisch zu gestaltenden Fläche könne von einem Rechtsmissbrauch keine Rede sein. Im Übrigen sei als gärtnerisch auszugestaltender Teil der Liegenschaft deren gesamte Fläche von 811 m² abzüglich der bebauten Fläche von 140 m² anzusehen, was 671 m² - und nicht "ungefähr 475 m²" - ergebe. Die im angefochtenen Bescheid getroffene Feststellung dieser Größe des gärtnerisch auszugestaltenden Teils der Liegenschaft sei daher aktenwidrig, und der Sachverhalt bedürfe der wesentlichen Ergänzung, dass die Größe des gärtnerisch auszugestaltenden Teils der Liegenschaft 671 m² betrage.

2.2. Mit diesem Vorbringen zeigt die Beschwerde keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf.

Die Beschwerde wendet sich nicht gegen die - auf dem Boden der im angefochtenen Bescheid getroffenen Feststellungen unbedenkliche - Ansicht der belangten Behörde, dass es sich bei der gegenständlichen, mittels eines Plattenbelages ausgeführten Decke der unterirdischen Garage um eine Gartenterrasse im Sinn des § 62a Abs. 1 Z 16 BO handelt und sich diese im hinteren Liegenschaftsteil befindet, der nach dem Bebauungsplan gärtnerisch auszugestalten ist.

Zwar ist gemäß § 62a Abs. 1 Z 16 leg. cit. für die Bauführung einer Gartenterrasse weder eine Baubewilligung noch eine Bauanzeige erforderlich. Eine solche Anlage muss jedoch gemäß § 62a Abs. 3 leg. cit. den Bauvorschriften einschließlich der Bebauungsvorschriften entsprechen und ist andernfalls zu beseitigen, wobei die Behörde gegebenenfalls einen Auftrag nach § 129 Abs. 10 leg. cit. erteilen kann.

Gemäß § 79 Abs. 6 BO sind gärtnerisch auszugestaltende Flächen, soweit auf diesen Flächen zulässige Bauwerke oder Bauwerksteile nicht errichtet werden, gärtnerisch auszugestalten und in gutem Zustand zu erhalten.

In seinem Erkenntnis vom 25. Juni 1991, Zl. 87/05/0197, hat der Verwaltungsgerichtshof für die Zulässigkeit von Einbauten als wesentlich hervorgehoben, dass die Vereinbarkeit mit dem vom Gesetzgeber angestrebten Ziel der gärtnerischen Ausgestaltung gegeben sei. Er sah in jenem Fall eine sogenannte "Ebenseer-Böschungsbefestigung" durch Betongittersteine als die gärtnerische Ausgestaltung nicht beeinträchtigend an, weil sie nach dem entsprechenden Anwachsen von Pflanzen für eine Begrünung Sorge. Dem folgte der Verwaltungsgerichtshof in weiteren Erkenntnissen bezüglich einer mit Rasensteinen ausgelegten Fläche zur Schaffung eines Stellplatzes wie auch bezüglich der Ausführung einer Terrasse mit Rasengittersteinen, weil auch insoweit damit für eine Begrünung gesorgt wurde und damit kein Widerspruch zu § 79 Abs. 6 BO gegeben war (vgl. zum Ganzen etwa das hg. Erkenntnis vom 20. September 2005, Zl. 2004/05/0131, mwN).

Im Beschwerdefall ist die mittels eines Plattenbelages als Terrasse ausgeführte Garagendecke mit einer Größe von ca. 80 m² nicht begrünt. Im Hinblick darauf ist die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde, dass diese Fläche entgegen dem geltenden Bebauungsplan und § 79 Abs. 6 BO nicht gärtnerisch ausgestaltet wurde, nicht zu beanstanden. Hierbei kommt der Frage, ob - wie die Beschwerde vorbringt - lediglich ein Neuntel der gärtnerisch auszugestaltenden Gesamtfläche oder - wie im angefochtenen Bescheid angenommen - ein Sechstel der gärtnerisch auszugestaltenden Fläche von der gegenständlichen Terrasse eingenommen wird, keine entscheidungswesentliche Bedeutung zu. Wenn daher die Beschwerde die Feststellung der belangten Behörde, dass der gärtnerisch auszugestaltende Teil der Liegenschaft eine Größe von ungefähr 475 m² aufweise, als aktenwidrig rügt, so zeigt sie mit diesem Vorbringen keine Relevanz des behaupteten Mangels auf.

Gemäß § 5 Abs. 4 lit. p BO kann ein Bebauungsplan, wie im Beschwerdefall, zusätzlich - über die Festsetzungen nach § 5 Abs. 2 und 3 leg. cit. - die Anordnung der gärtnerischen Ausgestaltung unbebauter Grundflächen enthalten. Wie bereits ausgeführt, ordnet § 62a Abs. 3 leg. cit. an, dass (auch) bewilligungsfreie bauliche Anlagen nach § 62a Abs. 1 leg. cit. den Bauvorschriften einschließlich den Bebauungsvorschriften, somit u. a. einem rechtswirksam erlassenen Bebauungsplan entsprechen müssen und andernfalls zu beseitigen sind. Abgesehen davon, dass die hier von der Beschwerdeführerin nicht eingehaltene Verpflichtung in § 79 Abs. 6 BO normiert ist, kann von einer - wie die Beschwerdeführerin meint - verfassungswidrigen Anwendung und Auslegung des § 62a Abs. 1 Z 16 BO "durch Einschränkung aufgrund einer in niedrigerem Rang stehenden Verordnung, nämlich eines Flächenwidmungsplanes" daher - entgegen der Beschwerdeansicht - keine Rede sein.

Der mit dem angefochtenen Bescheid aufrecht erhaltene baupolizeiliche Auftrag, die Decke der unterirdischen Garage zu begrünen und gärtnerisch auszugestalten, begegnet daher keinen Bedenken.

3.1. In Bezug auf den hinsichtlich der Dachflächenfenster erteilten baupolizeilichen Auftrag bringt die Beschwerde vor, dass die belangte Behörde gemäß dem für die gesamte Rechtsordnung geltenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einen Auftrag zur Einholung einer nachträglichen Baubewilligung und nicht einen Abbruchauftrag hätte erteilen müssen. So sei eine nachträgliche Baubewilligung möglich und werde durch die vorläufig nicht genehmigte Baumaßnahme das Leben oder die Gesundheit von Menschen nicht gefährdet. Die belangte Behörde hätte diesbezüglich ein ordnungsgemäßes Ermittlungsverfahren führen und zum Fehlen einer Gefährdung durch die Baumaßnahme Feststellungen treffen müssen.

3.2. Auch dieses Beschwerdevorbringen ist nicht zielführend.

Die belangte Behörde begründete ihre Ausführungen zur Bewilligungspflicht der Veränderung durch Einbau der Dachflächenfenster mit dem Hinweis auf § 60 Abs. 1 lit. c BO, wonach - soweit nicht die §§ 62, 62a oder 70a BO zur Anwendung kommen - bei Änderungen oder Instandsetzungen von Bauwerken, durch die (u.a.) das äußere Ansehen geändert wird, vor Beginn die Bewilligung der Behörde zu erwirken ist. Die Ansicht der belangten Behörde, dass für die Dachflächenfenster eine Baubewilligung einzuholen gewesen wäre, begegnet auf dem Boden der im angefochtenen Bescheid getroffenen Feststellungen keinen Bedenken und wird in der Beschwerde auch nicht bekämpft.

Gemäß § 129 Abs. 10 BO hat die Behörde bei jeder Abweichung bzw. Vorschriftswidrigkeit nach dieser Gesetzesbestimmung einen Auftrag zu erteilen, sofern nicht der Verpflichtete selbst im Sinne der gesetzlichen Anordnung die Abweichung von den Bauvorschriften einschließlich der Bebauungsvorschriften behebt oder den vorschriftswidrigen Bau beseitigt. Das Vorliegen einer Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen auf Grund eines vorschriftswidrigen Bauwerkes ist somit nicht Voraussetzung für die Erteilung eines baupolizeilichen Auftrages. Soweit daher ein Auftrag erteilt wird, der Verpflichtung nach § 129 Abs. 10 leg. cit. zu entsprechen, besteht jedenfalls kein Spielraum, der es den Baubehörden ermöglichen würde, vom Ziel der Erreichung des gesetzmäßigen Zustandes durch Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit im Sinne des Beschwerdevorbringens abzugehen. Es liegt nur insoweit ein Gestaltungsspielraum der Behörde vor, als ihr die Möglichkeit gegeben ist, mit der Erlassung des Bauauftrages zuzuwarten, und dieses vorläufige Unterbleiben eines Auftrages sachlich gerechtfertigt ist. Sachliche Gründe für ein solches Zuwarten mit der Erlassung des Bauauftrages zeigt die Beschwerde jedoch nicht auf (vgl. zum Ganzen etwa die hg. Erkenntnisse vom 23. Februar 2010, Zl. 2007/05/0064, und vom 15. Juni 2010, Zl. 2007/05/0149, mwN).

Ferner ist im baupolizeilichen Auftragsverfahren gemäß § 129 Abs. 10 BO nicht zu prüfen, ob die Möglichkeit der Erwirkung einer nachträglichen Bewilligung (oder Kenntnisnahme) besteht, und war die belangte Behörde auch nicht verpflichtet, der Beschwerdeführerin vor Erteilung des Bauauftrages die Möglichkeit einzuräumen, ein Baubewilligungsansuchen zu stellen (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 28. April 2006, Zl. 2005/05/0070, mwN).

Auch der mit dem angefochtenen Bescheid in Bezug auf die Dachflächenfenster erteilte baupolizeiliche Auftrag ist daher nicht zu beanstanden.

4. Da somit bereits der Beschwerdeinhalt erkennen lässt, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde gemäß § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 13. Dezember 2011