

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

15.06.2004

Geschäftszahl

2003/05/0224

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident DDr. Jakusch und die Hofräte Dr. Kail, Dr. Pallitsch, Dr. Waldstätten und Dr. Moritz als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. König, über die Beschwerde

1. des Univ. Doz. Dr. Franz Frühwald und 2. der Mag. Sylvia Frühwald, beide in Wien, beide vertreten durch Urbanek Lind Schmied Reisch, Rechtsanwälte OEG in St. Pölten, Kremser Gasse 4, gegen den Bescheid der Bauoberbehörde für Wien vom 29. September 2003, Zl. BOB - 123/03, betreffend einen baupolizeilichen Auftrag, zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Die Beschwerdeführer haben der Bundeshauptstadt Wien Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 je zur Hälfte binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die Beschwerdeführer sind Eigentümer der Liegenschaft Rudolf-Waisenhorn-Gasse 53 in Wien (ein Eckgrundstück), welche unter anderem an die öffentliche Verkehrsfläche H-Stiege grenzt.

In einem Aktenvermerk der erstinstanzlichen Behörde (MA 37/23) vom 14. November 2002 ist festgehalten, dass auf der Liegenschaft der Beschwerdeführer entlang der H-Stiege (entlang der Baulinie) eine fundierte Einfriedung ohne Baubewilligung errichtet werde. In einem von einem Dritten an die erstinstanzliche Behörde gerichteten Schreiben vom 22. November 2002 heißt es unter anderem, die Einfriedung auf der Seite zur H-Stiege sei mit einem Beton-Streifenfundament ausgestattet und darauf eine massive Holzverplankung mit Metallsternen angebracht worden.

Nach Durchführung eines Lokalaugenscheines am 10. Februar 2003, an welchem beide Beschwerdeführer teilnahmen (und erklärten, sie seien Eigentümer der baulichen Anlage (Einfriedung)), erging der erstinstanzliche Bescheid der MA 37/23 vom selben Tag, womit den Beschwerdeführern gemäß § 129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien (kurz: BO) der Auftrag erteilt wurde, die entlang der H-Stiege (Baulinie) hergestellte Einfriedung im Ausmaß von ca. 40 m Länge und ca. 2,10 m Höhe beseitigen zu lassen. Die Maßnahme sei binnen drei Monaten nach Rechtskraft des Bescheides durchzuführen. Begründend heißt es, bei der am 10. Februar 2003 abgehaltenen Augenscheins-Verhandlung sei festgestellt worden, dass entlang der H-Stiege (Baulinie) eine Einfriedung bestehend aus Fertigbetonteilen und Holzlatten, im Ausmaß von ca. 40 m Länge und einer Höhe von ca. 2,10 m ohne baubehördliche Bewilligung errichtet worden sei. Gemäß § 129 Abs. 10 BO sei der vorschriftswidrige Bau zu beseitigen, sofern nicht eine nachträgliche Baubewilligung erwirkt werde. Die gesetzte Frist sei nach der Art der angeordneten Maßnahmen angemessen.

Dagegen erhoben die Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 27. Februar 2002 Berufung, in welcher sie ausführten, mit Bescheid vom 14. Jänner 2003 habe die MA 37/23 "über unseren Bauantrag betreffend die Errichtung einer Garage abgesprochen". Dieser Bescheid sei in Rechtskraft erwachsen. In diesem Bescheid sei über die verfahrensgegenständliche Einfriedung "als konsensgemäßer, nicht von Änderungen betroffener Bestand abgesprochen worden".

Der nunmehr bekämpfte Bescheid vom 10. Februar 2003 spreche "genau über jenen Sachverhalt rechtsgestaltend ab, über den die belangte Behörde unmittelbar zuvor mit Bescheid vom 14.1.2003 gegenteilig rechtsgestaltend abgesprochen" habe. Da der Bescheid vom 14. Jänner 2003 in Rechtskraft erwachsen sei, stelle

der nunmehr bekämpfte Bescheid eine gemäß § 68 AVG unzulässige Änderung des erstgenannten Bescheides dar und sei "wegen entschiedener Sache mit dem Mangel der Rechtswidrigkeit des Inhaltes behaftet".

Im Vorlagebericht an die belangte Behörde vom 5. März 2003 führte die erstinstanzliche Behörde unter anderem aus, das in der Berufung genannte weitere Verfahren sei ein vom gegenständlichen Auftragsverfahren unabhängiges Baubewilligungsverfahren für eine Garage, welches mit einer Versagung der Baubewilligung (Bescheid vom 14. Jänner 2003) abgeschlossen worden sei. Ein Zusammenhang zwischen den beiden Verfahren sei nicht erkennbar.

Über Anfrage der belangten Behörde vom 1. Juli 2003, ob für die Herstellung der gegenständlichen Einfriedung ein wesentliches Maß bautechnischer Kenntnisse erforderlich sei und ob eine kraftschlüssige Verbindung mit dem Boden hergestellt worden sei, teilte der bautechnische Sachverständige der erstinstanzlichen Behörde mit Erledigung vom 15. Juli 2003 mit, dies treffe zu. Das wesentliche Maß an bautechnischen Kenntnissen sehe die erstinstanzliche Behörde darin, dass eine ausreichende Dimensionierung und eine entsprechende frostfreie Tiefe des Fundamentes auszuführen seien, dass der Baulinienverlauf genau einzuhalten sei, und dass eventuelle Ver- oder Entsorgungsleitungen von bzw. in die vorgelagerte öffentliche Verkehrsfläche fachgerecht verlegt werden könnten.

Die belangte Behörde gewährte hiezu Parteiengehör; die Beschwerdeführer äußerten sich in einem Schriftsatz vom 5. August 2003 ablehnend. Sie vertraten darin unter anderem auch die Auffassung, der Begriff "wesentliches Maß an bautechnischen Kenntnissen" sei dahin zu verstehen, dass mehr an bautechnischen Kenntnissen erforderlich sei, als zur Errichtung von Bauvorhaben, die im Sinne des § 62a BO bewilligungsfrei seien. Wenn also das Maß der bautechnischen Kenntnisse im Beschwerdefall entscheidend sei, dann sei die Einfriedung als bewilligungsfrei zu beurteilen, "weil eben weniger bautechnische Kenntnisse erforderlich sind wie für die Errichtung eines bewilligungsfreien Gartengerätehauses". Dies immer unter der Voraussetzung, dass es sich um eine Neuherstellung handle. Hier sei aber ein unansehnlich gewordener Altbestand schrittweise ersetzt worden. Instandsetzungsarbeiten unterlägen nicht der Bewilligungspflicht. Die belangte Behörde übersehe, dass die handelsüblichen Elemente der Einfriedung schon auf Grund ihrer Abmessungen und ihres Eigengewichtes von selbst stünden und nicht umfallen könnten. Die Einhaltung der Baulinie sei keine Frage von bautechnischen, sondern vermessungstechnischen Kenntnissen. Überdies gebe es in diesem Bereich des Grundstückes keine Versorgungsleitungen. Die Baubehörde erster Instanz müsse den schlüssigen Sachbeweis führen, dass die strittige Einfriedung den Regeln der Technik widerspreche, wo konkret dieser Widerspruch überhaupt bestünde, und inwieweit dieser Widerspruch geeignet wäre, öffentliche Interessen zu berühren. Weiters sei "die belangte Behörde" als Gutachterin im Berufungsverfahren befangen.

Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde die Berufung gemäß § 66 Abs. 4 AVG als unbegründet abgewiesen und den bekämpften erstinstanzlichen Bescheid bestätigt. Im Wesentlichen heißt es begründend, dass mit dem Bescheid vom 14. Jänner 2003 ein Verfahren betreffend ein Bauansuchen zur Errichtung einer Doppelgarage auf der Liegenschaft abgeschlossen worden sei, mit dem nunmehr bekämpften Bescheid vom 10. Februar 2003 aber ein Bauauftrag bezüglich der Einfriedung an der Baulinie an der H-Stiege erteilt worden sei. Gegenstand der beiden Verfahren seien somit unterschiedliche Sachverhalte, womit keine entschiedene Sache gegeben sei.

Über Aufforderung durch die belangte Behörde habe der bautechnische Amtssachverständige in seiner Stellungnahme vom 15. Juli 2003 ausgeführt, dass für die Herstellung der gegenständlichen Einfriedung ein wesentliches Maß bautechnischer Kenntnisse erforderlich sei, indem das Fundament in einer entsprechenden Dimension und bis zu einer entsprechenden frostfreien Tiefe auszuführen sei, der Verlauf der Baulinie genau einzuhalten sei, und dass eventuelle Ver- und Entsorgungsleitungen von bzw. in die vorgelagerte Verkehrsfläche fachgerecht verlegt werden könnten.

Dem Vorbringen der Beschwerdeführer sei entgegenzuhalten, dass die Beschwerdeführer diesem Gutachten nicht auf gleicher sachlicher und fachlicher Ebene entgegengetreten seien. Somit bestehe für die belangte Behörde kein Grund, dem Gutachten nicht zu folgen, spreche doch schon die allgemeine Lebenserfahrung dafür, dass eine über 2 m hohe Einfriedung entsprechend zu fundieren sei. Zum Vorbringen, dass die Einhaltung der Baulinie keine Frage von bautechnischen, sondern vermessungstechnischen Kenntnissen sei, sei auszuführen, dass der Begriff "bautechnische Kenntnisse" den weiter gefassten darstelle und den spezielleren Begriff der vermessungstechnischen Kenntnisse mitumfasse, zumal zur Errichtung der meisten baubewilligungspflichtigen Vorhaben vermessungstechnische Arbeiten notwendig seien, etwa zur Herstellung der bewilligten Lage und der entsprechenden Situierung des Bauvorhabens. Weiters stelle die Bauordnung für Wien lediglich auf das Erfordernis eines wesentlichen Maßes bautechnischer Kenntnisse zur Herstellung des Bauvorhabens ab und nicht auf einen allfälligen gegebenen Widerspruch zu den Regeln der Technik. Eine Beweisführung der Baubehörde erster Instanz, dass das Vorhaben eben diesen Regeln der Technik widerspreche, sei daher nicht erforderlich.

Die im § 60 Abs. 1 lit. b BO geforderte Berührung öffentlicher Interessen ergebe sich durch die Situierung direkt an einer öffentlichen Verkehrsfläche.

Eine Befangenheit des beigezogenen bautechnischen Amtssachverständigen sei nicht gegeben. Gemäß § 52 Abs. 1 AVG seien in der Regel Amtssachverständige beizuziehen. Es sei auch nicht rechtswidrig, wenn zur

Begutachtung im Verfahren erster und zweiter Instanz derselbe Sachverständige herangezogen werde. Gründe, die eine Befangenheit des bautechnischen Amtssachverständigen erkennen ließen, seien nicht ersichtlich.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und in einer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Die Beschwerdeführer haben repliziert.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 129 Abs. 10 BO ist ein vorschriftswidriger Bau, für den eine nachträgliche Bewilligung oder Kenntnisnahme einer Bauanzeige nicht erwirkt worden ist, zu beseitigen. Vorschriftswidrig in diesem Zusammenhang 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. Die Frage der Bewilligungsfähigkeit des Baues ist im Verfahren nach § 129 Abs. 10 BO nicht zu prüfen. Es hinderte auch entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ein allfälliges noch nicht erledigtes entsprechendes Baubewilligungsgesuch nicht die Erlassung eines Auftrages, wohl aber könnte ein solcher Auftrag während der Anhängigkeit eines entsprechenden Ansuchens um nachträgliche Bewilligung nicht vollstreckt werden, freilich ebenso wenig im Falle der Erteilung einer nachträglichen Bewilligung (siehe dazu die in Geuder/Hauer, Wiener Bauvorschriften⁴, in E 10a Seite 761 und E 100 ff Seite 780 widergegebene hg. Judikatur).

Nach § 60 Abs. 1 lit. b BO ist, soweit nicht die §§ 62, 62a oder 70a zur Anwendung kommen, die Errichtung aller sonstigen baulichen Anlagen über oder unter der Erde, zu deren Herstellung ein wesentliches Maß bautechnischer Kenntnisse erforderlich ist, die mit dem Boden in eine kraftschlüssige Verbindung gebracht werden und wegen ihrer Beschaffenheit geeignet sind, öffentliche Rücksichten zu berühren, bewilligungspflichtig. Öffentliche Rücksichten werden jedenfalls berührt, wenn Einfriedungen gegen öffentliche Verkehrsflächen, Friedhöfe und Grundflächen für öffentliche Zwecke errichtet werden.

Nach § 62a Abs. 1 Z 21 BO zählen Einfriedungen bis zu einer Höhe von 2,50 m, soweit sie nicht gegen öffentliche Verkehrsflächen, Friedhöfe oder Grundflächen für öffentliche Zwecke gerichtet sind, zu den bewilligungsfreien Bauvorhaben.

Gemäß § 5 Abs. 6 lit. a BO sind Baulinien die Grenzen der im Bauland gelegenen öffentlichen Verkehrsflächen (Wege, Gassen, Straßen und Plätze) gegen alle übrigen Grundflächen des anliegenden Baulandes.

§ 62a Z 21 BO kommt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer hier nicht zur Anwendung, weil es sich um eine Einfriedung gegen eine öffentliche Verkehrsfläche, nämlich die H-Stiege, handelt. Der Umstand, dass der die Liegenschaft der Beschwerdeführer betreffende Flächenwidmungs- und Bebauungsplan vom Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 27. Feber 2001, V 54/00, VfSlg 16095, aufgehoben wurde und bislang kein neuer Flächenwidmungs- und Bebauungsplan erlassen wurde, wie die Beschwerdeführer vortragen, bewirkt nicht, dass dadurch die Verkehrsfläche H-Stiege nicht mehr als öffentliche Verkehrsfläche im Sinne des § 60 Abs. 1 lit. b bzw. § 62a Abs. 1 Z 21 anzusehen wäre, weil diese Verordnung nur soweit aufgehoben wurde, als sie für das Grundstück der Beschwerdeführer galt, somit nicht auch hinsichtlich anderer Grundflächen, womit die verordnete Baulinie in Bezug auf die Verkehrsfläche H-Stiege weiterhin zu gelten hat.

Da somit die fragliche Einfriedung gegen eine öffentliche Verkehrsfläche im Sinne des § 62a Abs. 1 Z 21 gerichtet ist, kann sie nicht bewilligungsfrei im Sinne dieser Gesetzesstelle sein. Vielmehr ist sie bewilligungspflichtig im Sinne des § 60 Abs. 1 lit. b BO. Es kann nämlich der Begründung der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, dass zur fachgerechten Errichtung dieser Einfriedung ein wesentliches Maß bautechnischer Kenntnisse erforderlich ist, zumal sie (auch vor dem Hintergrund des Vorbringens der Beschwerdeführer in ihrer Stellungnahme vom 5. August 2003, sie sei aus "handelsüblichen Elementen" hergestellt) standfest bzw. sturm- und kippstabil auszuführen ist, um niemanden zu gefährden.

An sich zutreffend ist das Beschwerdevorbringen, dass die Behörden des Verwaltungsverfahrens nicht näher festgestellt haben, zu welchem Zeitpunkt die gegenständliche Einfriedung hergestellt wurde. Allerdings wurde diese Frage von den Beschwerdeführern im Verwaltungsverfahren nie thematisiert, sodass zu einer exakten zeitlichen Fixierung für die Behörden kein Anlass bestand, konnten sie doch (Aktenvermerk vom 14. November 2002, bzw. Mitteilung an die Behörde vom 22. November 2002) von einer zeitnahen Errichtung ausgehen (also im zeitlichen Geltungsbereich des § 60 Abs. 1 lit. b BO), wobei auch in der Beschwerde dagegen konkret nichts vorgebracht wird.

Soweit in der Beschwerde damit argumentiert wird, die Einfriedung sei auf Grund einer Darstellung in Plänen, die einem Baubewilligungsbescheid vom 22. März 1994 zugrunde lagen, bewilligt worden (bzw. als bewilligt anzusehen), kann auf dieses erstmals im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erstattete Tatsachenvorbringen nicht Bedacht genommen werden (§ 41 VwGG).

Die Beschwerdeführer räumen nun weiters ein, dass die fragliche Einfriedung mit dem Bescheid vom 14. Jänner 2003 nicht bewilligt wurde (weil sie schon auf Grund der Pläne, die den Bescheid vom 22. März 1994

zugrundelagen, als konsentiert anzusehen sei), und bringen auch vor, dass mit diesem Bescheid vom 14. Jänner 2003 eine Bewilligung der Garage nicht erfolgte (im Vorlagebericht der erstinstanzlichen Behörde an die belangte Behörde hat es dementsprechend geheißen, mit dem genannten Bescheid sei die Bewilligung für die Garage versagt worden; dem entspricht auch der von den Beschwerdeführern mit der Beschwerde vorgelegte Plan, der diesem Bescheid vom 14. Jänner 2003 zugrundelag, weil nach dem Vidierungsvermerk eben die Bewilligung versagt wurde). Sie vertreten aber zusammengefasst die Auffassung, die Einfriedung sei in diesem Plan (welcher dem Bescheid vom 14. Jänner 2003 zugrundelag) als Bestand ausgewiesen gewesen, womit dieser ausgewiesene Bestand mangels Beanstandung durch die Behörde als konsentiert zu gelten habe. Diese Auffassung ist unzutreffend, weil es ihr an jeglicher gesetzlicher Grundlage mangelt. Die "Nichtbeanstandung" einer im Plan als Bestand ausgewiesenen Einfriedung verschafft dieser nicht den allenfalls fehlenden Konsens.

Die Beschwerdeführer tragen weiters vor, würden sie dem Beseitigungsauftrag zur Gänze nachkommen, müssten sie die strittige Einfriedung zur Gänze, also auch inklusive der angeblich konsenslosen Fundamente entfernen lassen. Dadurch würde entlang der öffentlichen Verkehrsfläche ein ca. 40 m langer, etwa 0,5 m breiter und etwa 1 m tiefer Graben entstehen, der die Standsicherheit der bestehenden öffentlichen Verkehrsfläche "akut beeinträchtigen" würde. Das Erdreich würde nämlich unter der Last der angrenzenden Verkehrsfläche nachgeben und in den Fundamentgraben rutschen, was auch zur Gefährdung der Fußgänger führen würde. Maßnahmen zur dauerhaften Absicherung der öffentlichen Verkehrsfläche wären "als bauliche Anlage aus denselben Gründen bewilligungspflichtig und mangels verordneter Baulinie ebenso wenig bewilligungsfähig, wie die strittige Einfriedung" (Anmerkung: angesprochen wird damit offenbar der Umstand, dass für diese Liegenschaft kein Bebauungsplan bestehe). Der angefochtene Bescheid sei daher auch deshalb rechtswidrig, weil er die Herbeiführung eines gefährlichen Zustandes anordne.

Dem ist mit der belangten Behörde (in ihrer Gegenschrift) zu entgegnen, dass die fachgerechte Beseitigung dieser Mauer auch die Verpflichtung zur entsprechenden Auffüllung des allenfalls durch die Beseitigung entstehenden Grabens umfasst.

Der Umstand, dass mangels Einfriedung die Liegenschaft der Beschwerdeführer ihres Schutzes beraubt wäre, ist kein Kriterium des § 129 Abs. 10 BO. Ebenso wenig ist bei der Bemessung der Erfüllungsfrist darauf Bedacht zu nehmen, wie lange ein entsprechendes Baubewilligungsverfahren (noch dazu gerechnet ab dem Inkrafttreten eines noch gar nicht erlassenen Bebauungsplanes bzw. Flächenwidmungsplanes) dauern würde, weil dies im § 129 Abs. 10 BO ebenfalls nicht vorgesehen ist.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 15. Juni 2004