

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

23.08.2012

Geschäftszahl

2010/05/0170

Beachte**Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

2012/05/0021

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kail und die Hofräte Dr. Waldstätten, Dr. Enzenhofer und Dr. Moritz sowie die Hofrätin Dr. Pollak als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Kalanj, über die Beschwerde der Dr. R M in Rom, Italien, zu 1.) vertreten durch Dr. Martin Alt, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Wollzeile 6-8, zu 2.) nunmehr vertreten durch Mag. Stefan Traxler, Rechtsanwalt in 2340 Mödling, Spitalmühlgasse 16/3, gegen die Bescheide der Bauoberbehörde für Wien 1.) vom 23. Juni 2010, Zl. BOB-232/10 (protokolliert zur Zl. 2010/05/0170), und 2.) vom 28. November 2011, Zl. BOB-278/11 (protokolliert zur Zl. 2012/05/0021), jeweils betreffend die Erteilung eines Bauauftrages (weitere Partei: Wiener Landesregierung), zu Recht erkannt:

Spruch

Die angefochtenen Bescheide werden wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben.

Die Bundeshauptstadt Wien hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 2.652,80 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin einer bebauten Liegenschaft im 17. Bezirk in Wien. Über Mitteilungen von Nachbarn hinsichtlich behaupteter vorschriftswidriger Bauführungen kam es zu Erhebungen und am 22. März 2010 zu einer Verhandlung an Ort und Stelle, an welcher aber die Beschwerdeführerin nicht teilnahm (sie hatte sich allerdings schriftlich geäußert; auch gibt es zahlreiche Lichtbilder in den Akten).

Der Verhandlungsschrift zu der am 22. März 2010 durchgeführten Ortsaugenscheinverhandlung sind auszugsweise folgende Ausführungen zu entnehmen:

"... Die Orts-Verhandlung ergab folgenden Sachverhalt:

sh Beilage -1-"

Die an die Verhandlungsschrift angeheftete "Beilage -1-" ist ein Bescheidentwurf mit insgesamt 6 Spruchpunkten und Begründungen hiezu; weiters gibt es als zusätzliche Beilage zur Verhandlungsschrift einen Katasterplan mit Einzeichnungen.

Der Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung (MA) 37, erteilte der Beschwerdeführerin als Eigentümerin der baulichen Anlagen mit Bescheid vom 12. April 2010, gestützt auf § 129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien (im Folgenden: BO), einen in 6 Spruchpunkte gegliederten baupolizeilichen Auftrag, darunter:

"1.) Die flugdachähnliche Konstruktion im Bereich zwischen wegseitiger Einfriedung bis zum Gebäude mit einer mittleren Höhe von 3,70 - 5,70 m, einer Länge von 28,80 m und einer Breite von ca. 2,50 m sind entfernen zu lassen.

2.) ...

3.) Die ohne Baubewilligung an der östlichen Grundgrenze hergestellte Einfriedung mit einer Höhe von max. 4,40 m bis 2,60 m und einer Länge von ca. 28,00 m ist bis zu einer Höhe von 2,50 m entfernen zu lassen.

4.) ..."

Begründend wurde zu Spruchpunkt 1.) nach Wiedergabe des § 62a Abs. 13 BO und § 60 Abs. 1 lit. a BO ausgeführt:

"Es wurden flugdachähnliche Konstruktionen mit einer Höhe von 3,70 m - 5,70 m und Fläche von ca. 80 m² festgestellt. Eine Bewilligung wurde nicht erteilt somit sind sie vorschriftswidrig.

Die zum Aufschließungsweg gerichtete Seite der flugdachähnlichen Konstruktionen erhöht die Einfriedung auf eine Gesamthöhe im Mittel von 3,70 m - 5,70 m. Dies widerspricht den Bestimmungen des § 62a und § 86 BO."

Zu Punkt 3.) heißt es zusammenfassend, gemäß § 62a Abs. 1 Z 21 BO seien Einfriedungen bis zu einer Höhe von 2,50 m bewilligungsfrei, soweit sie nicht gegen öffentliche Verkehrsflächen gerichtet seien. Eine Bewilligung für die Überschreitung der Einfriedungshöhe von 2,50 m sei nicht erteilt worden, weshalb diese Höhe vorschriftswidrig sei.

Die Beschwerdeführerin erhob Berufung. Zum Spruchpunkt 1. führte sie zusammengefasst aus (dieser Spruchpunkt ist Gegenstand der zur Zl. 2010/05/0170 protokollierten Beschwerde), dass ein Flugdach bzw. eine flugdachähnliche Konstruktion iSd § 62a Abs. 1 Z. 13 BO nicht existiere. Richtig sei lediglich, dass die Beschwerdeführerin eine Pergola errichtet habe, die gemäß § 62a Abs. 1 Z. 14 BO ein bewilligungsfreies Bauvorhaben darstelle. Bei der errichteten Pergola handle es sich um einen nach oben offenen Stichbogengang, der aus einem Rankgerüst aus grün lackiertem Schmiedealuminium bestehe. Unter der Pergola seien 85 Kletterpflanzen eingepflanzt worden, die im Laufe der nächsten Jahre die gesamte Pergola bewachsen würden. Zusätzlich seien in einigen Teilbereichen Schilfmatten als weitere Rankhilfen für die eingepflanzten Kletterpflanzen auf der Pergola montiert worden, die jedoch in 3 bis 5 Jahren wieder entfernt würden. Bei derartigen Schilfmatten handle es sich um kein Bauwerk, weil sie nur angebunden und nicht kraftschlüssig mit der Pergola verbunden seien. Das Anbinden von Schilfmatten bedürfe auch keines wesentlichen Maßes an bautechnischen Kenntnissen und es gewährten die Schilfmatten auch keinen Schutz vor den Wetter- und Windverhältnissen und hielten Wind, Regen, Schnee, Sonne etc. nicht ab. Im Übrigen machte die Beschwerdeführerin die Verletzung des Parteigehörs geltend, zumal ihr die Ergebnisse der Ortsaugenscheinverhandlung vom 22. März 2010 nicht mitgeteilt worden seien und ihr auch keine Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme eingeräumt worden sei.

Die belangte Behörde wies mit dem erstangefochtenen Bescheid die gegen Spruchpunkt 1.) erhobene Berufung gemäß § 66 Abs. 4 AVG ab und bestätigte den erstinstanzliche Bescheid im Umfang dieses Spruchpunktes; im Übrigen wurde der erstinstanzliche Bescheid gemäß § 66 Abs. 2 AVG aufgehoben (tragender Aufhebungsgrund war, dass der Sachverhalt unzureichend ermittelt worden sei und es einer neuerlichen Verhandlung bedürfe).

Zu Spruchpunkt 1.) führte die belangte Behörde begründend aus, der bautechnische Amtssachverständige habe im Zuge der mündlichen Verhandlung vor Ort festgestellt, dass im Bereich zwischen gegenseitiger Einfriedung bis zum Gebäude flugdachartige Konstruktionen mit einer Höhe von 3,70 m bis 5,70 m, einer Länge von 28,80 m und einer Breite von 2,50 m errichtet worden seien. Unter Verweis auf die hg. Erkenntnisse vom 20. November 2007, Zl. 2005/05/0161, und vom 17. Mai 1999, Zl. 98/05/0240, hielt sie weiters fest, dass es sich, entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, bei dem hier verfahrensgegenständlichen Bauwerk nicht um eine Pergola handle, weil eine überdeckte Konstruktion vorliege, auch wenn die Überdeckung nur aus Schilfmatten, welche auf Trägern auflagen, bestehe. Wie aus den im Akt befindlichen Fotos ersichtlich sei, stelle sich das Bauwerk zweifellos als eine mit einer durchgängigen Dachfläche versehene Baulichkeit dar, weshalb die Ausnahmebestimmung des § 62a Abs. 1 Z. 14 BO nicht zur Anwendung komme. Vielmehr liege ein gemäß § 60 Abs. 1 lit. b BO bewilligungspflichtiges Bauwerk vor, zumal auf Grund der Größe der Baulichkeit auch § 62a Abs. 1 Z. 13 BO nicht zur Anwendung gelange. Allein aus dem Ausmaß der vorhandenen flugdachartigen Konstruktion ergebe sich, dass zu deren Aufstellung ein wesentliches Maß bautechnischer Kenntnisse erforderlich sei, zumal diese auf Grund ihrer Maße einem erheblichen Winddruck ausgesetzt sei und daher unter anderem einer entsprechenden Fundierung bedürfe. Die hier in Rede stehende Baulichkeit sei weiters kraftschlüssig mit dem Boden verbunden. Darüber hinaus sei anzumerken, dass maßgebend sei, ob bei ordnungsgemäßer (fachgerechter) Ausführung des Bauwerkes eine kraftschlüssige Verbindung mit dem Boden gegeben sein müsse. Dies treffe im vorliegenden Fall auf Grund des auftretenden Winddrucks zu. Öffentliche Rücksichten könnten durch die Errichtung der verfahrensgegenständlichen Konstruktion berührt werden, weil einerseits das Stadtbild betroffen sei, andererseits die Gefahr des Umstürzens auf den Aufschließungsweg gegeben sei. In diesem Zusammenhang sei anzumerken, dass es nicht darauf ankomme, ob öffentliche Rücksichten berührt würden, sondern nur darauf, ob sie berührt werden könnten.

Bei der unter Spruchpunkt 1.) genannten flugdachartigen Konstruktion handle es sich daher um ein bewilligungspflichtiges Bauwerk, für welches unstrittig bislang keine baubehördliche Bewilligung erteilt worden sei. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin seien die flugdachartigen Konstruktionen im

erstinstanzlichen Bescheid durch Lageangabe und Abmessungen hinreichend genau konkretisiert worden, womit keine Verwechslungsgefahr bestehe.

Hinsichtlich der gerügten Verfahrensmängel wies die belangte Behörde darauf hin, dass Mängel des Parteigehörs im Verfahren erster Instanz im Berufungsverfahren durch die mit der Berufung gegebene Möglichkeit der Stellungnahme saniert worden seien, wenn der Beschwerdeführerin - wie im vorliegenden Fall - durch den erstinstanzlichen Bescheid die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens zur Kenntnis gebracht worden seien.

Dagegen richtet sich die zur Zl. 2010/05/0170 protokollierte 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 Beschwerdeführerin hat repliziert.

Hinsichtlich der von der belangten Behörde aufgehobenen Spruchpunkte kam es im fortgesetzten erstinstanzlichen Verfahren zu ergänzenden Ermittlungen (Anmerkung: für das nachfolgende Beschwerdeverfahren Zl. 2012/05/0021 ist nur die Einfriedung Punkt 3. relevant).

Am 15. Juni 2010 gab der Amtssachverständige der MA 19 unter dem Betreff "Bestand - Einfriedungsmauer - Gartensiedlungshaus" aus architektonischer Sicht auszugsweise das folgende Gutachten ab:

"Befund

Für die Liegenschaft 17.(...) ist die Widmung ,GS' - Gartensiedlungsgebiet ausgewiesen.

(Abbildung des Flächenwidmungsplans)

Entlang der Liegenschaft 17. (...) wurde eine weiß verputzte vollflächig geschlossenen Mauer mit Höhen zwischen ca. 1,80 m und ca. 2,50 m als Einfriedung errichtet. Darüber wurden ca. 1,20 m bis ca. 3,00 m hohe Schilfmatten auf Metallgitter befestigt, sodass die Einfriedung eine Gesamthöhe zwischen ca. 3,80 m bis ca. 5,50 m erreicht.

(Fotos 'Mauer mit Schilfmatten')

Seitens der Baubehörde (BOB - 26/10 vom 12. April 2010) wurde folgendes festgestellt:

- Bei der Einfriedung handelt es sich um ein bewilligungspflichtiges Bauwerk.
- Bei der Mauer mit den Schilfmatten auf einem Metallgitter handelt es sich um ein, in seiner Funktionalität als Einfriedung, einheitliches Bauwerk.

Gemäß § 86 (2) BO müssen Einfriedungen so ausgestaltet sein, dass sie das örtliche Stadtbild nicht beeinträchtigen. Sie dürfen den Boden der höher gelegenen, anschließenden Grundfläche um nicht mehr als 2,50 m überragen.

Die Einfriedungen entlang des Aufschließungsweges der (Liegenschaft) weisen unterschiedliche Höhenentwicklungen auf. Ihre höchsten bzw. niedrigsten Maße (geringfügige Abweichungen möglich) in Bezug auf den Sockel, die Zaunfelder und die daraus resultierenden Gesamthöhen entwickeln sich wie folgt:

(nähere Ausführungen an Hand von zahlreichen Lichtbildern)

Gutachten

Rechts und links entlang des Aufschließungsweges der (Name des Weges) bergauf, entwickeln sich die Einfriedungen der Grundstücke, wie o.a., auf Grund unterschiedlicher Geländeform und -höhe, des unterschiedlichen Herstellungszeitpunkts und einer Vielzahl an Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf ihre Höhe und ihres Erscheinungsbildes abwechslungsreich und vielseitig. Die Einfriedungen bestehen zumeist aus einer Basis, aus vollflächig verschlossenen massiven Sockeln in Höhen zwischen 0 m bis max. 1,75 m und darüber liegenden 0 m bis 1,80 m hohen Zäunen und Gitter aus Holz oder Metall in unterschiedlicher Gestaltung. Die Gesamthöhen der Einfriedungen liegen somit zwischen 0 m und 2,90 m.

Die bis zu 2,50 m hohe Mauer mit der bis zu ca. 3,00 m hohen Schilfmatten der Liegenschaft (der Beschwerdeführerin) passt in der Gestaltung mit der vollflächig verschlossenen massiven Basis und der darüber angebrachten Schilfmatten in Bezug auf die Bauform, das Material und die Farbe durchaus in das umliegende Ortsbild.

In Bezug auf ihre Höhe überragt sie jedoch das ortsübliche Ausmaß sowohl im Bereich des Sockels um max. 0,75 m - als auch im Bereich der darüber liegenden Zaun- bzw. Gitterfelder um max. 1,20 m und der Gesamthöhe um ca. 2,60 m.

Zudem widerspricht die Einfriedung dem § 86 (2) BO, da diese den Boden der höher gelegenen, anschließenden Grundfläche um nicht mehr als 2,50 m überragen dürfen.

Es wird jedoch angemerkt, dass die Geländeverhältnisse auf der Liegenschaft selbst nicht festgestellt werden konnten. Ein Niveauunterschied von ca. 3,00 m, der sich aus der Lage des Aufschließungsweges

und der Annahme einer zulässigen Mauerhöhe von 2,50 m ergeben würde, wird aber weder als natürlich noch als realistisch angesehen.

Schluss

Die gegenständliche Einfriedung entspricht aus stadtgestalterischer Sicht in Bezug auf ihre Höhe, weder im Bereich des Sockels noch im Bereich der darüber liegenden Schilfmatten, der Maßstäblichkeit aller umliegenden Einfriedungen und kann somit in ihren Erscheinungsbild nicht als ortsüblich bezeichnet werden. Das bestehende sowie das beabsichtigte örtliche Stadtbild ist durch die massive Höhe bzw. der Maßstäblichkeit der gegenständlichen Einfriedung im Vergleich zu allen anderen Einfriedungen des Aufschließungsweges, nicht nur beeinträchtigt sondern gestört.

Die Einfriedung ist in Abstimmung mit der MA 19 auf ein ortsübliches Ausmaß sowohl im Bereich des Sockels als auch der darüber liegenden Schilfmatten zu reduzieren. Die ist in entsprechenden Einreichunterlagen darzustellen und der MA 19 Vidende vorzulegen."

Mit Bescheid vom 29. April 2011 erteilte der Magistrat der Stadt Wien, MA 37, der Beschwerdeführerin als Eigentümerin der Baulichkeit auf der gegenständlichen Liegenschaft, gestützt auf § 129 Abs. 10 BO, den Auftrag:

"1.) Die an der westlichen Grundgrenze angrenzend zum Aufschließungsweg errichtete abgetreppte, vollflächige Einfriedungsmauer ("Sockel" gem. Gutachten der MA 19 vom 15.06.2010) im Ausmaß von 1,85 m bis 2,46 m Höhe gemessen von der Oberkante des Aufschließungsweges auf einer Länge von ca. 28,00 m von der südlichen Grundgrenze bis zum E-Verteiler an der nördlichen Grundgrenze ist abtragen zu lassen.

2.) Die Schilfmatteneinfriedung samt Metallkonstruktion über der Einfriedungsmauer (Sockel) an der westlichen Grundgrenze mit einer maximalen Höhe von ca. 3,00 m ist entfernen zu lassen."

Begründend wurde nach auszugsweiser Wiedergabe des Amtsgutachtens vom 15. Juni 2010 angegeben, dass der Aufschließungsweg eine Grundfläche in öffentlicher Verwendung sei, die Einfriedung somit dem § 86 Abs. 2 BO unterliege und bewilligungspflichtig sei. Eine Bewilligung sei nicht erteilt worden und es werde auch nicht den Bestimmungen des § 86 Abs. 2 BO entsprochen. Da die gegenständliche Einfriedung somit vorschriftswidrig sei, sei sie gemäß § 129 Abs. 10 BO zu beseitigen.

In der gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung machte die Beschwerdeführerin zusammengefasst geltend, dass Spruchpunkt 2.) die Pergola betreffe und hierüber im Bescheid vom 12. April 2010 abgesprochen worden sei. Eine Schilfmatteneinfriedung samt Metallunterkonstruktion existiere jedenfalls nicht, stattdessen liege eine Pergola vor. Ebenso bestreite die Beschwerdeführerin die von der erstinstanzlichen Behörde angenommene Höhe und das Ausmaß der Einfriedung, zumal die Behörde mangels diesbezüglicher Ermittlungen keine Feststellungen zum anschließenden Geländenniveau auf beiden Seiten der Einfriedung getroffen habe. Hingegen seien der MA 37 die tatsächlichen Geländebeziehungen schon bekannt gewesen, da sie zusammen mit Vermessungsplänen der Geometer K. im März 2010 übermittelt worden seien. Weiters handle es sich beim Aufschließungsweg um einen Privatweg mit einer im Grundbuch einverlebten Verpflichtung zur Duldung des Durchganges der Anrainer, nicht jedoch um eine öffentliche Verkehrsfläche bzw. um eine Grundfläche für öffentliche Zwecke im Sinne der §§ 79 bzw. 86 BO. Somit habe die Beurteilung des örtlichen Stadtbildes von der nächstgelegenen öffentlichen Fläche, der Straße A., zu erfolgen, wobei die Referenzgrundstücke anzuführen gewesen wären. Demnach entspreche die errichtete Einfriedungsmauer sehr wohl dem örtlichen Stadtbild, weil sowohl die Höhe als auch deren physische Ausgestaltung (Blickdichtheit) den vergleichbaren Einfriedungen entlang des Aufschließungsweges entspreche. Im Hinblick auf Verfahrensmängel monierte die Beschwerdeführerin, dass ihr nach ihrer (gesundheitsbedingten) Abwesenheit von der mündlichen Verhandlung die Verhandlungsergebnisse nicht bekannt gegeben worden seien, weshalb eine Verletzung des Parteigehörs vorliege. Ein Gutachten der MA 19 vom 15. Juni 2010 sei ihr nicht bekannt. Abschließend hielt die Beschwerdeführerin fest, dass unter Berücksichtigung der Ausführungen der erstinstanzlichen Behörde zur Höhe der anderen Einfriedungen entlang des Aufschließungsweges der erteilte Auftrag überschießend und zu weit gefasst sei. Sofern die Einfriedung überhaupt in ihrer Höhe zu reduzieren sei, so wäre sie auf eine Sockelhöhe von 1,75 m "und darüber liegende Zaun- und Gitterhöhe von 1,8 m" abzutragen.

Im Berufungsverfahren wurde der Beschwerdeführerin das Gutachten der MA 19 zur Kenntnis gebracht, die sich ablehnend äußerte.

Mit dem zur Zl. 2012/05/0021 angefochtenen Bescheid vom 28. November 2001 wies die belangte Behörde die Berufung gemäß § 66 Abs. 4 AVG ab.

Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass die verfahrensgegenständliche Einfriedung eine Höhe von 2,50 m überschreite und daher nicht § 62a Abs. 1 Z. 21 BO anwendbar sei, sondern eine Bewilligungspflicht gemäß § 60 Abs. 1 lit. b BO bestehe, weil zur Herstellung der Einfriedung auf Grund der Abmessungen jedenfalls eine ausreichende Fundierung erforderlich sei, um ein Umstürzen auszuschließen und dem auftretenden Winddruck standzuhalten. Dies erfordere ein wesentliches Maß bautechnischer Kenntnisse zur fachgerechten Herstellung einer derartigen Einfriedung. Öffentliche Rücksichten würden jedenfalls durch die Einsehbarkeit der Einfriedung im Stadtbild berührt.

Zum Vorwurf der fehlenden Sachverhaltsfeststellungen zum exakten Geländeverlauf auf der Gartenseite der Einfriedung und der Behauptung, die Einfriedung überschreite, gemessen vom höher gelegenen anschließenden Gelände, nicht eine Höhe von 2,50 m, sei auszuführen, dass auf Grund des Umstandes, dass bereits die Metallkonstruktion mit der auf dieser befestigten Schilfmatte für sich alleine gesehen eine maximale Höhe von 3,00 m erreiche, zweifelsfrei eine Höhe von 2,50 m überschritten werde. Diese Schlussfolgerung sei damit zu begründen, dass die Metallkonstruktion samt Schilfmatte untauglich sei, eine Stützfunktion für ein 0,50 m höher gelegenes Gelände auszuüben. Sohin bestehe kein Zweifel, dass nicht nur das Niveau des Aufschließungsweges, sondern auch das gartenseitig anschließende Niveau zumindest punktuell um mehr als 2,50 m von der verfahrensgegenständlichen Einfriedung überragt werde und sich daher gemäß § 86 Abs. 2 BO als vorschriftswidrig erweise. Darüber hinaus werde, wie sich aus dem Gutachten vom 15. Juni 2011 ergebe, durch die Einfriedung das örtliche Stadtbild gestört.

Zum Berufungsvorbringen, Spruchpunkt 2.) des erstinstanzlichen Bescheides beziehe sich inhaltlich auf eine Pergola, über welche bereits abgesprochen worden sei, führte die belangte Behörde aus, dass es sich im angesprochenen Bescheid (Anm: dem erstangefochtenen Bescheid) "um solche Konstruktionen im Bereich zwischen gegenseitiger Einfriedung bis zum Gebäude" handle. Darüber hinaus sei, wie sich aus den vom bautechnischen Amtssachverständigen getroffenen Feststellungen sowie aus den im Akt befindlichen Fotos ergebe, das vom Auftrag erfasste Bauwerk keinesfalls als Pergola zu qualifizieren, sondern es handle sich vielmehr um eine Einfriedung, welche vom erteilten rechtskräftigen Auftrag vom 23. Juni 2010 nicht erfasst sei.

Hinsichtlich der gerügten Verfahrensmängel wies die belangte Behörde darauf hin, dass im Zuge des Berufungsverfahrens mit Schreiben vom 14. Juli 2011 der Beschwerdeführerin eine Kopie der Verhandlungsschrift vom 27. April 2011 sowie eine Kopie des Gutachtens vom 15. Juni 2010 zur Kenntnis gebracht und sohin dieser Mangel saniert worden sei. Weiters handle es sich bei der Einfriedung um ein einheitliches Bauwerk in dem Sinn, dass sich ein Bauauftrag auf das gesamte Bauwerk zu beziehen habe. Im Übrigen werde im Gutachten der Schluss gezogen, dass sowohl das bestehende als auch das beabsichtigte örtliche Stadtbild durch die massive Höhe bzw. Maßstäblichkeit der gegenständlichen Einfriedung im Vergleich zu allen anderen Einfriedungen des Aufschließungsweges nicht nur beeinträchtigt, sondern gestört seien. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin handle es sich bei dem Aufschließungsweg um eine öffentlich zugängliche Fläche und es habe die Beurteilung des Stadtbildes somit von diesem Standpunkt aus zu erfolgen.

Dagegen richtet sich die zur Zl. 2012/05/0021 protokollierte Beschwerde wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat beschlossen, beide Beschwerdeverfahren wegen ihres persönlichen und sachlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung zu verbinden, und hat erwogen:

§ 129 Abs. 10 BO lautet auszugsweise:

"§ 129. (...)

(10) Jede Abweichung von den Bauvorschriften einschließlich der Bebauungsvorschriften ist 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. (...)"

Weiters sind folgende Bestimmungen der BO in den Beschwerdefällen relevant:

"Ansuchen um Baubewilligung

§ 60. (1) Bei folgenden Bauvorhaben ist, soweit nicht die §§ 62, 62a oder 70a zur Anwendung kommen, vor Beginn die Bewilligung der Behörde zu erwirken:

...

b) Die Errichtung aller sonstigen Bauwerke über und 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. Öffentliche Rücksichten werden jedenfalls berührt, wenn Einfriedungen gegen öffentliche Verkehrsflächen, Friedhöfe und Grundflächen für öffentliche Zwecke errichtet werden.

...

Bewilligungsfreie Bauvorhaben

§ 62 a (1) Bei folgenden Bauführungen ist weder eine Baubewilligung noch eine Bauanzeige erforderlich:

13. Flugdächer mit einer bebauten Fläche von höchstens 25 m² und einer lotrecht zur bebauten Fläche gemessenen Höhe von höchstens 2,50 m auf unmittelbar bebauten Flächen, ausgenommen in Schutzzonen und Gebieten mit Bausperre;

14. Pergolen;

21. Einfriedungen bis zu einer Höhe von 2,50 m, soweit sie nicht gegen öffentliche Verkehrsflächen, Friedhöfe oder Grundflächen für öffentliche Zwecke gerichtet sind;

(3) Anlagen nach Abs. 1 müssen den Bauvorschriften einschließlich der Bebauungsvorschriften entsprechen und sind andernfalls zu beseitigen; gegebenenfalls kann die Behörde Aufträge gemäß § 129 Abs. 10 erteilen. Solche Aufträge müssen erteilt werden, wenn augenscheinlich eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen besteht.

Einfriedungen

§ 86. (1) ...

(2) Einfriedungen müssen so ausgestaltet werden, dass sie das örtliche Stadtbild nicht beeinträchtigen. Sie dürfen, sofern der Bebauungsplan nicht anderes bestimmt, den Boden der höher gelegenen, anschließenden Grundfläche um nicht mehr als 2,50 m überragen."

In den Beschwerdefällen geht es um eine entlang des (nach den Lichtbildern in den Akten relativ steil ansteigenden) Aufschließungsweges errichtete, abgetreppte Mauer (Spruchpunkt 1. des Bescheides vom 29. April 2011), aber auch um ein Bauwerk, das von den Behörden als "flugdachähnliche Konstruktionen", von der Beschwerdeführerin hingegen als Pergola bezeichnet wird. Strittig ist dabei auch, ob die im Spruchpunkt 2. des Bescheides vom 29. April 2011 genannte "Schilfmatteneinfriedung samt Metallkonstruktion über der Einfriedungsmauer (Sockel)" Teil der "flugdachähnlichen Konstruktionen" bzw. Pergola ist und vom Bauauftrag vom 12. April 2010 umfasst ist (wie die Beschwerdeführerin weiterhin meint) oder nicht (wie die belangte Behörde meinte). Die Lage der "flugdachähnlichen Konstruktionen" ergibt sich aus dem Plan, der der Niederschrift über die Verhandlung vom 22. März 2010 angeschlossen ist.

Zum erstangefochtenen Bescheid:

In den Verwaltungsakten befinden sich zahlreiche Lichtbilder. Diese (insbesondere jene vom Aufschließungsweg aus, auf denen die Mauer samt den darüber befindlichen Schilfmatten ersichtlich sind, aber auch etwa die Bilder Bl. 101 und 102, die diese "Pergola" von innen zeigen) geben Grund zur Annahme, dass es sich bei dieser "Pergola" um ein gangartiges Gerüst entlang der genannten Mauer handelt, an welchem oben und seitlich Schilfmatten angebracht sind, wobei es (so die Lichtbilder Bl. 101 und 102) so aussieht, als wären die mauerseitigen, senkrechten Steher des Gerüsts an der Mauer befestigt. Das deutet darauf hin, dass die mit Schilfmatten verkleidete, zum Aufschließungsweg gerichtete und entlang der Mauer verlaufende Längsseite der "Pergola" ident ist mit der im Spruchpunkt 2. des Bescheides vom 29. April 2011 genannten "Schilfmatteneinfriedung samt Metallkonstruktion über der Einfriedungsmauer (Sockel)". Diese Annahme wird auch durch die Ausführungen in der Begründung des Bescheides vom 12. April 2010 gestützt, worin es heißt, die zum Aufschließungsweg gerichtete Seite der flugdachähnlichen Konstruktionen erhöhe die Einfriedung auf eine näher bezifferte Gesamthöhe. Die belangte Behörde vertritt aber im zweitangefochtenen Bescheid die gegenteilige Auffassung. Diese sachverhältnismäßigen Annahmen stehen allerdings im Widerspruch zur wiedergegebenen Feststellung in der Begründung des Bescheides vom 12. April 2010 und können angesichts des zuvor Gesagten nicht als schlüssig begründet angesehen werden, zumal auch nähere Feststellungen der Behörden zur Beschaffenheit dieser "flugdachähnlichen Konstruktionen" fehlen. Soweit die belangte Behörde im erstangefochtenen Bescheid in diesem Zusammenhang auf Feststellungen des bautechnischen Amtssachverständigen verweist, ist dem zu entgegen, dass den Akten Äußerungen eines bautechnischen Amtssachverständigen, insbesondere ein nachvollziehbarer Befund und ein nachvollziehbares Gutachten zu dieser Frage nicht zu entnehmen sind (in der Verhandlungsniederschrift sind Äußerungen eines bautechnischen Sachverständigen nicht protokolliert). Jedenfalls ergibt sich aus dem erstinstanzlichen Bescheid vom 12. April 2010 nicht, auf Grund welcher konkreten Umstände die Behörde davon ausging, es handle sich um "flugdachähnliche Konstruktionen". Die belangte Behörde hat dazu im erstangefochtenen Bescheid eine (knappe) Begründung dahingehend nachgetragen, dass es sich um eine überdeckte Konstruktion und daher um keine Pergola handle.

Hinsichtlich der "flugdachähnlichen Konstruktionen" / "Pergola" gilt weiters Folgendes:

In der BO findet sich keine Definition des Begriffes "Pergola". Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 9. Oktober 2001, Zl. 99/05/0050, zu § 62a Abs. 1 Z. 14 BO unter Hinweis auf Vorjudikatur und in Bekräftigung der dort getroffenen Aussagen ausgesprochen, dass unter einer "Pergola" (= Rankgerüst) im Allgemeinen ein nicht überdeckter Laubengang in einer Gartenanlage zu verstehen ist, wobei die auf Stützen

liegenden Unterzüge ein Gebälk tragen, das von Pflanzen umrankt ist. Entscheidende Funktion einer Pergola ist somit, dass sie als Rankgerüst in einer Gartenanlage Pflanzen Halt gewährt. Dieser Funktion dient regelmäßig ein leichter Baustoff, vorzugsweise Holz. Nur ein Gerüst, das für das "Ranken" von Pflanzen erforderlich ist, kann somit als Pergola angesehen werden (vgl. hiezu auch die hg. Erkenntnis vom 23. September 2009, Zl. 99/06/0082, vom 20. November 2007, Zl. 2005/05/0161, und vom 23. Februar 2010, Zl. 2008/05/0025). Eine Pergola ist nach oben offen und nicht raumbildend (siehe das hg. Erkenntnis vom 17. Mai 1999, Zl. 98/05/0240, zur BO).

Handelt es sich daher bei der fraglichen baulichen Anlage um das auf den Lichtbildern ersichtliche, zuvor beschriebene, seitlich wie auch oben flächendeckend mit Schilfmatten verkleidete Metallgerüst, ist diese bauliche Anlage nach dem zuvor Gesagten nicht als "Pergola" im Sinne des § 62a Abs. 1 Z. 14 BO zu qualifizieren, weil durch das Anbringen der Schilfmatten die "Offenheit nach oben" nicht mehr gegeben und (bei seitlicher Umschließung) die bauliche Anlage raumbildend ausgestaltet ist (vgl. hiezu abermals das hg. Erkenntnis vom 17. Mai 1999, Zl. 98/05/0240). Dass die Schilfmatten als "Rankhilfen" dienen und bei entsprechendem Pflanzenbewuchs wieder entfernt werden sollen, spielt bei dieser Beurteilung keine Rolle.

Unstrittig ist jedenfalls, dass die bestehende bauliche Anlage (deren Beschaffenheit, wie gesagt, nicht näher festgestellt wurde) oben mit Schilfmatten "überdeckt" ist. Das war gemäß dem erstangefochtenen Bescheid für die belangte Behörde das entscheidende Kriterium, weshalb diese bauliche Anlage nicht als Pergola anzusehen sei. Die belangte Behörde hat sich aber nicht mit der Frage befasst, ob dann, wenn man diese Schilfmatten entfernte, die bauliche Anlage als (nicht vorschriftswidrige) Pergola zu qualifizieren wäre, und hat (demnach) auch nicht geprüft, ob der Beseitigungsauftrag auf die Schilfmatten beschränkt werden könnte, worauf die Beschwerdeführerin zutreffend verweist. Die Einschränkung eines Beseitigungsauftrages auf einen Teil einer baulichen Anlage setzt rechtliche und tatsächliche Teilbarkeit voraus (vgl. hiezu die Ausführungen in *Moritz*, Bauordnung für Wien⁴, § 129, S. 325, mwN.). Dass diese Voraussetzungen hinsichtlich der Schilfmatten nicht vorlägen, ist bei der gegebenen Verfahrenslage nicht ersichtlich.

Zum zweitangefochtenen Bescheid:

Die Beurteilung der belangten Behörde, dass die Mauer samt der darüber befindlichen "Schilfmatteneinfriedung" (mit der Trägerkonstruktion) angesichts der Lage der gesamten Konstruktion an der Grundstücksgrenze insgesamt als Einfriedung zu qualifizieren ist, ist zutreffend.

Eine Vorschriftswidrigkeit dieser Einfriedung aus dem Blickwinkel, dass sie (oder auch nur die Mauer) wegen Nichterfüllung des § 62a Abs. 1 Z. 21 gemäß § 60 Abs. 1 lit. b BO baubewilligungspflichtig wäre (und es am erforderlichen Konsens mangle), wurde von der belangten Behörde nicht angenommen (die Mauer grenzt an einen Aufschließungsweg in einem Gartensiedlungsgebiet, vgl. § 16 Abs. 3 BO). Vielmehr ist sie davon ausgegangen, dass die Einfriedung den Bestimmungen des § 86 Abs. 2 BO widerspreche und deshalb vorschriftswidrig sei. Der Verwaltungsgerichtshof kann die hier wesentliche Aussage des Gutachtens, diese Einfriedung (als funktionelle Einheit) beeinträchtige wegen ihrer Mächtigkeit das Stadtbild, nicht als unschlüssig erkennen. Sie ist daher (als funktionelle Einheit betrachtet) vorschriftswidrig im Sinne des § 86 Abs. 2 erster Satz BO, weshalb grundsätzlich ein Beseitigungsauftrag zu erlassen war.

Damit ist die Frage noch nicht beantwortet, ob der Beseitigungsauftrag sowohl die Mauer als auch die "Schilfmatteneinfriedung" (mit der Trägerkonstruktion) zu erfassen hatte (Spruchpunkte 1. und 2. des Bescheides vom 29. April 2011). Auch hier stellt sich die Frage der Teilbarkeit. Die belangte Behörde vertritt hiezu im zweitangefochtenen Bescheid zwar die Auffassung, es handle sich (insgesamt) um ein einheitliches Bauwerk (weshalb der Bauauftrag das gesamte Bauwerk zu erfassen habe), ohne dies aber näher (und schlüssig) zu begründen, zumal die Behörden wohl selbst von einer Teilbarkeit insofern ausgingen, als der Beseitigungsauftrag aus zwei gesonderten Spruchpunkten besteht.

Jedenfalls ist ein Beseitigungsauftrag hinsichtlich der Schilfmatten berechtigt. Bei der Trägerkonstruktion ist aber eine Teilbarkeit insofern fraglich, als nicht feststeht, ob es sich dabei um einen Teil der "flugdachartigen Konstruktionen" / "Pergola" handelt und ob bejahendenfalls diesbezüglich eine Teilbarkeit gegeben wäre.

Zum Spruchpunkt 2. des Bescheides vom 29. April 2011 bleibt sachverhaltsmäßig die Frage der zuvor angesprochenen Teilidentität der Beseitigungsaufträge offen, weil bei gegebener Teilidentität ein Verstoß gegen den Grundsatz "ne bis in idem" vorläge, was den zweitangefochtenen Bescheid insofern mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belasten würde. Eine solche Teilidentität wäre dann nicht gegeben, wenn der (mit dem erstangefochtenen Bescheid bestätigte) Spruchpunkt 1. des Bescheides vom 12. April 2010 diese seitlichen Schilfmatten mit der seitlich tragenden Konstruktion gar nicht erfasste, wofür sich aber in diesem Spruchpunkt samt Begründung (auch der belangten Behörde im erstangefochtenen Bescheid) kein Hinweis findet; dass nämlich nur Teile der "flugdachähnlichen Konstruktion" erfasst wären, ist daraus nicht zu entnehmen (eine solche Teilidentität könnte allerdings mit Spruchpunkt 3. des Bescheides vom 12. April 2010 bestanden haben, dieser Punkt wurde aber mit dem erstangefochtenen Bescheid gemäß § 66 Abs. 2 AVG behoben).

Was die Mauer für sich allein betrifft, ist eine Teilbarkeit (Abtragen auf eine geringere Höhe) an sich gegeben (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Dezember 2002, Zl. 2000/05/0285, mwN.). Zuvor ist aber zu klären, ob die Mauer für sich allein (ohne Schilfmatten darüber, allenfalls mit oder ohne die Träger) vorschriftswidrig im Sinne des § 86 Abs. 2 BO ist. Was das Kriterium des Stadtbildes anlangt, ist dem Gutachten des

Sachverständigen der MA 19 ein heterogener Bestand an Einfriedungen im Beobachtungsgebiet zu entnehmen. Es ergibt sich aber aus dem Gutachten nicht schlüssig (zumal das Gutachten mit Schwergewicht die Einfriedung insgesamt - als funktionelle Einheit - beurteilt), warum deshalb, weil diese Mauer um bis zu 0,75 cm höher ist als andere Mauern (und nicht auch Einfriedungen insgesamt) in der Umgebung, eine Beeinträchtigung (und darauf kommt es an) des örtlichen Stadtbildes gegeben ist. Hinsichtlich der Kriterien des § 86 Abs. 2 zweiter Satz BO fehlen (bezogen auf die Mauer für sich allein) zwar nähere Feststellungen, wobei allerdings Spruchpunkt 1. des Bescheides vom 29. April 2011 von einer Höhe unter 2,50 m ausgeht.

Zusammenfassend belastete die belangte Behörde die angefochtenen Bescheide mit Feststellungsmängeln wie auch in Verkennung der rechtlich maßgeblichen Beurteilungskriterien mit sekundären Verfahrensmängeln, somit mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und inhaltlicher Rechtswidrigkeit, weshalb sie (da die Aufhebung wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit Vorrang hat) gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben waren.

Im fortgesetzten Verfahren erscheint es zweckmäßig, dass die belangte Behörde in einem Bescheid unter Ausnützung ihrer reformatorischen Entscheidungsbefugnis entscheidet.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 23. August 2012