

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

27.08.2014

Geschäftszahl

2013/05/0169

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kail und die Hofräte Dr. Enzenhofer und Dr. Moritz sowie die Hofrätinnen Dr. Pollak und Mag. Rehak als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Sußner, über die Beschwerde 1. der S R und 2. des C R, beide in W, beide vertreten durch Dr. Lothar Hofmann, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Johannesgasse 15, gegen den Bescheid der Bauoberbehörde für Wien vom 26. Juni 2013, Zl. BOB - 182431/2012, betreffend Bauauftrag (weitere Partei: Wiener Landesregierung), zu Recht erkannt:

Spruch**I. Der angefochtene Bescheid wird hinsichtlich des Spruchpunktes 5.) wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.**

II. Im Übrigen (hinsichtlich der Spruchpunkte 2.) und 3.) des angefochtenen Bescheides) wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Die Bundeshauptstadt Wien hat den Beschwerdeführern insgesamt Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Zur Vorgeschichte ist auf das hg. Erkenntnis vom 11. Dezember 2012, Zl. 2010/05/0074, zu verweisen. Daraus ist Folgendes festzuhalten:

Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung (im Folgenden MA) 37, vom 31. März 2009 wurde den Beschwerdeführern als Eigentümer des auf einer näher bezeichneten Liegenschaft in Wien errichteten Kleingartenwohnhauses nach Durchführung mündlicher Verhandlungen am 12. Jänner 2009 und am 27. März 2009 gemäß § 129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien (BO) unter anderem folgender Bauauftrag erteilt:

"2.) Die Vorschriftswidrigkeiten beim Kleingartenwohnhaus, die darin bestehen, dass durch Geländeabgrabungen nunmehr die zulässige bebaute Fläche, die zulässige Höhenlage des obersten Abschlusses des Gebäudes über dem verglichenen Gelände und die zulässige Kubatur überschritten werden, ist zu beseitigen.

3.) Die zweiläufige eingeschoßhohe Freitreppe vom Kellerniveau auf das Terrassenniveau im Bereich zwischen dem Zugangsweg und der ostseitig unterkellerten Terrassenfläche ist zu entfernen.

5.) Die vorschriftswidrige fassadenartige Balken-, Wand- und Stützkonstruktion an der Südfront im 1. Stock zwischen und unterhalb der auskragenden Terrassenüberdachung (...) ist zu entfernen."

Die belangte Behörde präzisierte diesen Bescheid mit Bescheid vom 26. Jänner 2010, im Übrigen wurde die dagegen erhobene Berufung aber als unbegründet abgewiesen. Dieser Bescheid wurde mit dem eingangs zitierten hg. Erkenntnis vom 11. Dezember 2012 hinsichtlich der genannten Spruchpunkte 2.), 3.) und 5.) wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes wegen Befangenheit der beigezogenen Amtssachverständigen Dipl.-Ing. G. aufgehoben. Im Übrigen wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Mit Schreiben vom 26. Februar 2013 erstellte nunmehr der Amtssachverständige Dipl.-Ing. W. eine gutachterliche Stellungnahme. Er führte aus, die Geländeabgrabung betreffend den zwischen der im Konsensplan als "behinderten-gerechter Zugang" (zum Keller) bezeichneten Rampe und der ostseitig unterkellerten Terrasse gelegenen Erdkern (im Einreichplan +1,29) führe dazu, dass die Terrasse im Anschluss an das Kleingartenwohnhaus 2,70 m anstatt der gemäß § 15 Abs. 6 Wiener Kleingartengesetz 1996 (WKIG) zulässigen 10,00 cm über dem anschließenden Gelände liege. Daher sei dieser Keller, der nicht nur

geländebedingt über das anschließende Gelände rage, bei der Berechnung der maximal zulässigen bebauten Fläche, der höchstzulässigen Gesamtkubatur sowie des zulässigen obersten Abschlusses des Kleingartenwohnhauses zu berücksichtigen. Der maximal zulässige oberste Abschluss von 5,50 m werde um ca. 40 cm überschritten, die zulässige Gesamtkubatur von 265,00 m³ werde um ca. 0,50 m³ überschritten und die maximal zulässige verbaute Fläche von 50,00 m² werde um ca. 18,00 m² überschritten. Hinsichtlich des in Spruchpunkt 5.) beschriebenen Bauteils führte der Amtssachverständige aus, dass nur ein Gerüst, das für das Ranken von Pflanzen erforderlich sei, als Pergola angesehen werden könne. Die an der Südfront unterhalb der auskragenden Terrassenüberdachung vorhandene fassadenartige Balken-, Wand- und Stützkonstruktion sei unzulässig, da die Konstruktion in ihrer Gesamtheit als räumliche Erweiterung des Kleingartenwohnhauses in Erscheinung trete und über eine Funktion als Pergola infolge ihrer massiven Ausmaße und ihrer teilweise wandartigen, flächigen Ausgestaltung hinausgehe.

Mit Schreiben vom 2. Mai 2013 führten die Beschwerdeführer aus, es wäre eine unabhängige Befundaufnahme sowie eine Besichtigung unter ihrer Beiziehung angezeigt gewesen. Dies werde unter einem mit der Begutachtung durch einen externen Sachverständigen beantragt. Zudem sei die zulässige Kubatur nicht überschritten worden, weil es sich um keine Geländeabgrabung handle, sondern um einen Kellerabgang, welcher nicht genehmigungspflichtig sei. Da der Keller(abgang) nicht zur bebauten Fläche zu rechnen sei, sei die zulässige maximal bebaute Fläche nicht überschritten worden. Es handle sich bei dem unter Spruchpunkt 5.) angeführten Bauteil um eine Pergola, nicht um einen Raum und auch um keine räumliche Erweiterung.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid änderte die belangte Behörde den erstinstanzlichen Bescheid insofern ab, als die Spruchpunkte 2.) und 5.) nunmehr lauten:

"2.) Die Vorschriftswidrigkeit beim Kleingartenwohnhaus, die darin besteht, dass durch Geländeausgrabungen im Bereich zwischen dem behindertengerechten Kellerzugang und der ostseitigen unterkellerten Terrassenfläche durch Entfernung des im bewilligt geltenden Einreichplan Zl. (...) ausgewiesenen Erdkernes die zulässige bebaute Fläche, die zulässige Höhenlage des obersten Abschlusses des Gebäudes über dem verglichenen Gelände und die zulässige Kubatur überschritten werden, ist zu beseitigen.

5.) Die vorschriftswidrige fassadenartige und kubisch wirkende, horizontal und vertikal angeordnete Balken-, Wand- und Stützenkonstruktion an der Südfront des Kleingartenwohnhauses im

1. Stock unterhalb der obersten auskragenden und zum Teil im Einreichplan Zl. (...) ausgewiesenen Terrassenüberdachung, vorkragend vor den Zubau laut Punkt 1.) dieses Bescheides, ist zu entfernen."

Im Übrigen wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen und der erstinstanzliche Bescheid in seinem Punkt 3.) bestätigt.

Begründend führte die belangte Behörde nach Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens, von Rechtsvorschriften und der Bebauungssituation auf der gegenständlichen Liegenschaft entsprechend dem Einreichplan im Wesentlichen aus, den Feststellungen des bautechnischen Amtssachverständigen sei zu entnehmen, dass der Erdkern, der zwischen dem Kellerzugang und der ostseitig unterkellerten Terrassenfläche liege, abgetragen worden sei. Durch diese Abgrabung sei die in diesem Bereich konsentrierte Geländehöhe, welche im Konsensplan mit +1,29 angegeben werde, auf das Niveau des anschließenden Kellerzugangs (-1,31) verringert worden, sodass dadurch das anschließende Gelände an der nunmehr freigelegten Gebäudeaußenwand um über 2,50 m tiefer zu liegen komme als bewilligt. Wie der Stellungnahme des bautechnischen Amtssachverständigen vom 26. Februar 2013 entnommen werden könne, rage durch die Abgrabung der vorragende ostseitige Keller nicht (mehr) nur geländebedingt über das anschließende Gelände und komme die ostseitige Terrasse beim westseitigen Anschluss an das Kleingartenhaus weit mehr als 10 cm über dem anschließenden Gelände zu liegen. Dadurch sei der ursprünglich unter der ostseitigen Terrasse gelegene Keller nunmehr als oberirdisch zu qualifizieren. Durch diese Abgrabung würden der im Kleingartengebiet für ganzjähriges Wohnen zulässige oberste Abschluss des Gebäudes sowie die höchstzulässige Gesamtkubatur und bebaute Fläche zum Teil erheblich überschritten. Es sei daher ein Bauwerk errichtet worden, das in dieser Form nach den Bestimmungen des WKIG nicht bewilligungsfähig wäre. Dies lasse sich auch schlüssig den zeichnerischen Darlegungen des bautechnischen Amtssachverständigen entnehmen. Anzumerken sei, dass der durch die Abgrabung des Erdkerns freigelegte Bereich nicht ausschließlich als Kellerzugang diene, sondern zur Situierung einer Freitreppe, die auf die Terrasse führe, benutzt werde. Dieser freigelegte Bereich könne daher nicht als zulässiger Kellerzugang angesehen werden. Da die Treppe in einem Bereich errichtet worden sei, der lediglich durch konsenswidrige und vorschriftswidrige Geländeabgrabung geschaffen worden sei, und die Freitreppe sohin bei der Herstellung des konsensmäßigen Zustandes nicht weiter bestehen könne, folge die Notwendigkeit ihrer Beseitigung mit Spruchpunkt 3.) schon aus Spruchpunkt 2.). Im Übrigen beurteile der bautechnische Amtssachverständige die Freitreppe als nicht erforderlich im Sinne des § 16 Abs. 2 WKIG, und es bleibe anzumerken, dass die im Einreichplan als "behindertengerechter Zugang" bezeichnete Rampe dem Konsens nach durch eine Kellertüre und nicht durch eine Freitreppe zu erreichen sei. Zu Spruchpunkt 5.) sei auszuführen, dass im Konsensplan nur die im Obergeschoß bestehende, U-förmige "Überdachung mit einer Pergola" dargestellt sei. Die vom Amtssachverständigen beschriebenen, darüber hinausgehenden Bauteile seien zusätzlich errichtet worden. Wenngleich die oberste Balkenkonstruktion als Terrassenüberdachung zulässig und daher in dieser Hinsicht der erstinstanzliche Bescheid abzuändern gewesen sei, seien die übrigen von Spruchpunkt 5.) erfassten Bauteile als unzulässig anzusehen, zumal diese eine zusätzliche Terrassenüberdachung

in zweiter (darunterliegender) Ebene darstellten, die jedoch mit den Bestimmungen des WKIG nicht im Einklang stehe. Die kubisch wirkende Terrassenüberdachung in zwei Ebenen entspreche keinesfalls dem Bild des § 16 Abs. 2 WKIG, und es entstehe zudem ein großvolumig wirkender Bauteil, der mit den Vorgaben des WKIG hinsichtlich der Maßstäblichkeit im Kleingarten im Widerspruch stehe. Zudem werde durch die zusätzliche Überdachung der Terrasse in zweiter Ebene jedenfalls das höchstzulässige Ausmaß für Terrassenüberdachungen gemäß § 16 Abs. 2 WKIG von im vorliegenden Fall 12,50 m² überschritten. Dass es sich bei dieser Konstruktion um keine Pergola handle, sei vom bautechnischen Amtssachverständigen festgestellt worden und es sei dies bereits dadurch nicht denkbar, dass es sich dabei um einen auskragenden, freischwebenden Bauteil (Vorbau an einem Gebäude) handle, wodurch das Vorliegen einer Pergola ausgeschlossen werden könne. Zu dieser Feststellung bedürfe es entgegen der Stellungnahme der Beschwerdeführer vom 2. Mai 2013 keines Ortsbildgutachtens. Dem Antrag auf Beiziehung eines externen Sachverständigen sei nicht zu entsprechen gewesen, weil die Voraussetzungen des § 52 AVG nicht vorlägen. Insbesondere weise der vorliegende Fall keine Besonderheit auf, die die Beiziehung eines externen Sachverständigen an Stelle des zur Verfügung stehenden qualifizierten Amtssachverständigen verlangen würde.

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

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor mit dem Antrag, die Beschwerde unter Zuerkennung des Vorlageaufwandes abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

In der Beschwerde wird im Wesentlichen ausgeführt, Geländeänderungen seien im Bereich des WKIG bewilligungsfrei und auch dann nicht Teil des Konsenses, wenn sie in einem Plan dargestellt seien. Durch die Abgrabung des Erdkerns werde also keinesfalls eine Konsenswidrigkeit begründet. Auch die gesetzlich höchstzulässigen Ausmaße in Bezug auf bebaute Fläche, Gebäudehöhe und Kubatur würden durch die Abgrabung nicht berührt. Maßgeblich sei nach § 15 Abs. 6 WKIG das Niveau der Terrasse über dem anschließenden Gelände beim Anschluss an das Kleingartenwohnhaus. Der angesprochene Bereich zwischen Kellerzugang und dem ostseitigen Teil der Terrasse sei aber keinesfalls "anschließendes Gelände", denn dort befinde sich der Kellerzugang bzw. der Treppenabgang zum Keller. Als maßgeblich anzusehen sei das Niveau der Terrasse beim Anschluss an das Kleingartenwohnhaus an den Gebäudefronten, nicht aber im Zwischenbereich des Kellerzugangs. Auch wenn man die Treppe als anschließendes Gelände ansehen wollte, wäre der unter Spruchpunkt 2.) erteilte baupolizeiliche Auftrag nicht nachvollziehbar, weil es um den Niveauunterschied beim Anschluss an das Gebäude gehe. Demgemäß wäre auch in diesem Fall der obere Treppenabschluss als maßgebliches verglichenes Gelände anzusehen. Die belangte Behörde gehe auch davon aus, dass die Notwendigkeit der Beseitigung der Freitreppe mit Spruchpunkt 3.) schon aus Spruchpunkt 2.) folge, weil diese im durch die konsenswidrige Abgrabung des Erdkernes geschaffenen Freiraum stehe. Die Treppe selbst sei aber weder Neu-, Zu- noch Umbau im Sinne des § 8 Abs. 1 WKIG, sondern eine nach § 16 Abs. 3 WKIG zu beurteilende Stufenanlage - also Teil der Gestaltung des Kleingartens und als solcher bewilligungsfrei. Die belangte Behörde übergehe insbesondere, dass es sich bei dieser Treppe um den einzigen Abgang zum Keller im Freibereich handle. Schon deshalb sei sie als erforderlich im Sinne des § 16 Abs. 2 WKIG anzusehen. Die Treppe gehe aber auch ihrem Umfang nach nicht über das gemäß § 16 Abs. 2 WKIG zulässige Ausmaß hinaus. Es sei auch nicht richtig, dass die Entfernung der Treppe notwendig aus Spruchpunkt 2.) folge. Hinsichtlich Spruchpunkt 5.) des angefochtenen Bescheides wenden die Beschwerdeführer ein, die Ansicht der belangten Behörde, wonach die unter der zulässigen und bewilligungsfreien Terrassenüberdachung hängende Balkenkonstruktion eine zusätzliche Terrassenüberdachung in zweiter Ebene darstelle, sei nicht nachvollziehbar, da die untere Ebene keine geschlossene Fläche bilde und schon deshalb nicht als zusätzliche Überdachung angesehen werden könne. Zudem ergebe sich auch im Grundriss keine weitere überdachte Fläche, weshalb auch nicht nachvollziehbar sei, dass dadurch das höchstzulässige Ausmaß der Terrassenüberdachung gemäß § 16 Abs. 2 WKIG überschritten werde. Die in Spruchpunkt 5.) angesprochene Konstruktion sei daher als Teil der bewilligungsfreien Terrassenüberdachung als zulässig anzusehen. Das höchstzulässige Ausmaß gemäß § 16 Abs. 2 WKIG werde entgegen der nicht konkretisierten Auffassung der belangten Behörde nicht überschritten. Es handle sich um eine Rahmenkonstruktion, die insbesondere nicht einmal über eine Bodenfläche verfüge, und damit jedenfalls nicht um einen "Raum" im Sinne des § 60 Abs. 1 BO. Dass eine kubisch wirkende Terrassenüberdachung nicht dem Bild des § 16 Abs. 2 WKIG entspreche, sei nicht nachvollziehbar. § 16 Abs. 2 WKIG gebe lediglich ein zulässiges Ausmaß für Terrassenüberdachungen vor (welches gegenständlich schon aus den dargelegten Gründen nicht überschritten werde), mache aber keine optischen Vorgaben in Bezug auf Terrassenüberdachungen. Auch eine sonstige "Maßstäblichkeit" sei nach § 16 Abs. 2 WKIG nicht gefordert. Die Konstruktion habe zudem die Funktion einer Pergola und sei als solche bewilligungsfrei. Ein Verweis auf eine "Feststellung" durch den Amtssachverständigen könne dies, was zudem eine Rechtsfrage betreffe, nicht widerlegen. Weshalb ausgeschlossen sein solle, dass es sich um eine Pergola handle, weil es sich um einen freischwebenden Bauteil handle, sei nicht nachvollziehbar. Dass dieser Bauteil "abgehängt" ausgeführt sei, beeinträchtige jedenfalls nicht die Funktion als Rankhilfe. Schließlich sei ohne jedwede Konkretisierung in der

Beschreibbegründung statuiert worden, dass durch die "Unterkonstruktion" das gemäß § 16 Abs. 2 WKIG zulässige Ausmaß von Terrassenüberdachungen "jedenfalls überschritten" würde. Auf diese völlig unklare Beschreibung werde der Auftrag gemäß Spruchpunkt 5.) gestützt, nach dem eine Entfernung aufgetragen werde, soweit "vorschriftswidrig". Dieser Auftrag sei schon deshalb rechtswidrig, weil nicht ausgesprochen werde, mit welchem "Anteil" die zusätzliche Terrassenüberdachung das gesetzliche Höchstmaß überschreite. Die Beschwerdeführer bringen weiters vor, es sei entgegen ihrem Antrag kein nichtamtlicher Sachverständiger bestellt und auch kein Ortsaugenschein durchgeführt worden. Es sei das gesetzliche Gebot missachtet worden, einen nichtamtlichen Sachverständigen mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles zu bestellen, zumal bei der Behörde erster Instanz offensichtlich ausschließlich Amtssachverständige zur Verfügung gestanden seien, die nicht ohne Rückgriff auf Gutachtensteile der befangenen Sachverständigen arbeiten könnten. Eine weitere Besonderheit des Falles liege darin, dass der nunmehr betraute Sachverständige schlicht dieselben (weitgehend handschriftlichen) "Skizzen und Berechnungen" verwendet habe wie die befangene Gutachterin; es seien also Teile (nicht nur zugrunde gelegte Unterlagen) aus dem Gutachten der befangenen Amtssachverständigen - soweit erkennbar ohne weitere Hinterfragung bzw. Überprüfung - der nunmehrigen amtsachverständigen Stellungnahme zugrunde gelegt worden. Des Weiteren werde im angefochtenen Bescheid ohne nähere Spezifizierung zur Begründung auf "Fotos im Akt" verwiesen. Es bleibe offen, um welche Fotos es gehe; auch sei den Beschwerdeführern nicht Gelegenheit gegeben worden, davon Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen.

Bemerkt wird, dass auf den vorliegenden, mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Beschwerdefall nach § 79 Abs. 11 letzter Satz VwGG idF BGBl. I Nr. 122/2013 die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen des VwGG in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 33/2013 weiter anzuwenden sind.

Gemäß § 1 Abs. 2 WKIG gilt, soweit in diesem Gesetz nicht anderes bestimmt ist, die BO.

Gemäß § 129 Abs. 10 BO ist jede Abweichung von den Bauvorschriften einschließlich der Bebauungsvorschriften zu beheben; ein vorschriftswidriger Bau, für den eine nachträgliche Bewilligung oder Kenntnisnahme einer Bauanzeige nicht erwirkt worden ist, ist zu beseitigen.

Die maßgebenden Bestimmungen des WKIG in der hier heranzuziehenden Fassung LGBL Nr. 25/2009 lauten auszugsweise:

"Baubewilligungen

§ 8. (1) Im 'Grünland - Erholungsgebiet - Kleingartengebiet' und 'Grünland - Erholungsgebiet - Kleingartengebiet für ganzjähriges Wohnen' sowie auf vorübergehend kleingärtnerisch genutzten Flächen ist für Neu-, Zu- und Umbauten von Kleingartenhäusern und Kleingartenwohnhäusern sowie für die Umwidmung eines Kleingartenhauses in ein Kleingartenwohnhaus nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen eine Baubewilligung erforderlich. Alle anderen Bauführungen in Kleingärten und auf vorübergehend kleingärtnerisch genutzten Flächen bedürfen weder einer Baubewilligung noch einer Bauanzeige; (...)

(...)

Ausnützbarkeit des Kleingartens

§ 12. (1) Das Ausmaß der bebauten Fläche gemäß § 80 Abs. 1 der Bauordnung für Wien darf im 'Grünland - Erholungsgebiet - Kleingartengebiet' nicht mehr als 35 m², im 'Grünland - Erholungsgebiet - Kleingartengebiet für ganzjähriges Wohnen' nicht mehr als 50 m² betragen. Die bebaute Fläche darf 25 vH der Fläche des Kleingartens nicht überschreiten.

(...)

Gebäudegröße

§ 13. (...).

(2) Kleingartenwohnhäuser dürfen eine Gesamtkubatur von höchstens 265 m³ über dem anschließenden Gelände haben, wobei der oberste Abschluss des Kleingartenwohnhauses nicht mehr als 5,50 m über dem verglichenen Gelände liegen darf.

(...)

Gestaltung der Baulichkeiten

§ 15. (1) Das Äußere von Baulichkeiten in Kleingärten und auf Gemeinschaftsflächen muss nach Bauform, Baustoff und Farbe so beschaffen sein, dass dadurch der Charakter des kleingärtnerisch genutzten Gebietes nicht beeinträchtigt wird. Baustoffe zur Abdichtung, wie Dachpappe und ähnliches, dürfen äußerlich nicht in Erscheinung treten. Balkone dürfen nur an einer Front des Kleingartenhauses oder des Kleingartenwohnhauses errichtet werden. Darüber hinaus sind Baulichkeiten der bestehenden Höhenlage möglichst anzupassen.

(...)

(6) Keller von Kleingartenhäusern und Kleingartenwohnhäusern dürfen sich über das Kleingartenhaus und das Kleingartenwohnhaus hinaus auch unter die mit diesem verbundene Terrasse erstrecken. Sofern sie im Bereich der Terrasse geländebedingt über das anschließende Gelände ragen und die Terrasse beim Anschluss an

das Kleingartenhaus oder Kleingartenwohnhaus an keiner Stelle mehr als 10 cm über dem anschließenden Gelände liegt, sind sie nicht auf die bebaute Fläche und die Gesamtkubatur anzurechnen.

(...)

Gestaltung des Kleingartens

§ 16. (...)

(2) Stützmauern, Lichtschächte, Geländeänderungen, Stufenanlagen, Rampen, Wege, Traufenpflaster und andere befestigte Flächen sind nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß zulässig. (...) 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.

(...)"

§ 80 BO in der Fassung LGBL 1992/34 lautet auszugsweise:

"Bebaute Fläche

§ 80. (1) Als bebaute Fläche gilt die senkrechte Projektion des Gebäudes einschließlich aller raumbildenden oder raumergänzenden Vorbauten auf eine waagrechte Ebene; als raumbildend oder raumergänzend sind jene Bauteile anzusehen, die allseits baulich umschlossen sind oder bei denen die bauliche Umschließung an nur einer Seite fehlt. Unterirdische Gebäude oder Gebäudeteile bleiben bei der Ermittlung der bebauten Fläche außer Betracht.

(...)"

Zunächst ist anzumerken, dass der Verwaltungsgerichtshof die Spruchpunkte 2.), 3.) und 5.) des baupolizeilichen Auftrages mit dem zitierten Vorerkenntnis vom 11. Dezember 2012 wegen Befangenheit der Amtssachverständigen Dipl.-Ing. G. behoben hat. Im fortgesetzten Verfahren wurde nunmehr eine gutachterliche Stellungnahme des Amtssachverständigen Dipl.-Ing. W. der Entscheidung zu Grunde gelegt. Dieser stützte sich hinsichtlich der Spruchpunkte 2.) und 3.) auf bereits im Akt enthaltene handschriftliche Skizzen und Berechnungen, die ursprünglich von der befangenen Organwalterin im Rahmen ihrer gutachterlichen Stellungnahme im ersten Verfahrensgang erstellt worden waren.

Sofern die Beschwerdeführer darin eine Rechtswidrigkeit erblicken, ist ihnen entgegenzuhalten, dass sich die Befangenheit nur auf die jeweilige Person und nicht auf eine Behörde bzw. andere Bedienstete einer Behörde bezieht (vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG I, S. 52 f, Rz 3 ff zu § 7). Im gegenständlichen Fall wurde eine Befangenheit des nunmehrigen Amtssachverständigen weder geltend gemacht noch ist eine solche ersichtlich. Es ist aber unbedenklich, wenn sich der unbefangene Sachverständige auf fremde Unterlagen stützte, solange er selbst die sachverständigen Schlussfolgerungen zog (vgl. dazu auch das hg. Erkenntnis vom 18. Dezember 2006, Zl. 2005/05/0273, mwN). Dagegen, dass dies der Fall war, wird von den Beschwerdeführern nichts gesagt, und Gegenteiliges ergibt sich auch aus der Aktenlage nicht. Wenn daher der nunmehrige Amtssachverständige nach fachkundiger Durchsicht der bereits vorliegenden Unterlagen der befangenen Sachverständigen zu denselben Ergebnissen wie diese gekommen ist, versklägt das nichts.

Dem weiteren Beschwerdevorbringen, es sei von der belangten Behörde das gesetzliche Gebot des § 52 Abs. 2 AVG missachtet worden, wonach aufgrund der Besonderheit des Falles im Hinblick auf die Verwertung von Unterlagen der seinerzeitigen Amtssachverständigen die Bestellung eines nichtamtlichen Sachverständigen notwendig gewesen wäre, ist entgegenzuhalten, dass - entsprechend dem bereits Ausgeführten - eine Besonderheit des Falles, die die Heranziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen erfordert hätte, in der Bezugnahme des nunmehrigen Amtssachverständigen auf bereits vorliegende Unterlagen einer befangenen Organwalterin nicht erkannt werden kann.

Zur Rüge der Verletzung von Verfahrensvorschriften mangels Durchführung eines Ortsaugenscheins und mangels Gewährung von Parteiengehör zu den im Akt einliegenden Fotos ist festzuhalten, dass der Bestand der gegenständlichen baulichen Anlagen durch die Behörde erster Instanz im Zuge einer vor Ort abgehaltenen Verhandlung am 12. Jänner 2009 festgestellt und durch die Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt bestritten wurde. Da die Relevanz der behaupteten Verfahrensfehler nicht näher dargelegt wurde, geht dieses Vorbringen ins Leere.

Zu I:

Die belangte Behörde stützt sich in ihrer Begründung unter anderem darauf, dass die kubisch wirkende "Überdachung der Terrasse in zweiter Ebene" keinesfalls dem Bild des § 16 Abs. 2 WKIG entspreche und zudem ein großvolumig wirkender Bauteil entstehe, der mit den Vorgaben des WKIG hinsichtlich der Maßstäblichkeit im Kleingarten im Widerspruch stehe.

Dazu ist zunächst auszuführen, dass es sich bei der gegenständlichen Konstruktion "in zweiter Ebene" schon deshalb um keine Terrassenüberdachung handeln kann, weil der untere Teil der Konstruktion lediglich einen Rahmen darstellt und innerhalb desselben offen ist. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet "überdachen" aber soviel wie "mit einem Dach versehen", etwa zum Schutz vor Witterungseinflüssen (vgl. *Duden*, Bedeutungswörterbuch, Bd. 10, 2. Auflage, S. 654). Die gegenständliche Rahmenkonstruktion kann

aber weder ihrer Funktion noch ihrem Aussehen nach als Überdachung angesehen werden. Die belangte Behörde durfte sich daher für die Beurteilung der Vorschriftswidrigkeit der gegenständlichen Konstruktion nicht auf die Regelung des § 16 Abs. 2 WKlG betreffend Terrassenüberdachungen stützen.

Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführer handelt es sich bei der in Frage stehenden Konstruktion aber auch um keine (bewilligungsfreie) Pergola:

In der BO findet sich keine Definition des Begriffes "Pergola", ebenso wenig im WKlG. Unter einer "Pergola" (= Rankgerüst) ist im Allgemeinen ein nicht überdeckter Laubengang in einer Gartenanlage zu verstehen, wobei die auf Stützen liegenden Unterzüge ein Gebälk tragen, das von Pflanzen umrankt ist. Entscheidende Funktion einer Pergola ist somit, dass sie als Rankgerüst 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 gelten (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. August 2012, Zl. 2010/05/0170, mwN). Enthält eine Konstruktion aber wie hier einen "Wandteil", so ist schon aus diesem Grund das Vorliegen einer Pergola zu verneinen, weil eine Seitenwand nicht mehr als "Gerüst" angesehen werden kann, das Pflanzen lediglich Halt gibt und somit bloß dem "Ranken" von Pflanzen dient.

Wenn die belangte Behörde im Übrigen davon ausging, dass durch die Rahmenkonstruktion ein "großvolumig wirkender Bauteil" entstehe, der mit den Vorgaben des WKlG hinsichtlich der Maßstäblichkeit im Kleingarten in Widerspruch stehe, stellte sie damit offenbar auf § 15 Abs. 1 WKlG ab, wonach das Äußere von Baulichkeiten in Kleingärten unter anderem nach der Bauform so beschaffen sein muss, dass dadurch der Charakter des kleingärtnerisch genutzten Gebietes nicht beeinträchtigt wird.

Zur Beurteilung dieser Frage bedarf es aber Feststellungen, was den Charakter des konkreten (arg.: "des") kleingärtnerisch genutzten Gebietes ausmacht. Dazu sind die Baulichkeiten in diesem Gebiet zu erfassen und näher zu beschreiben und die entsprechenden Charakteristika daraus abzuleiten. Ausgehend davon ist darzulegen, worin sich der konkrete Bau gegebenenfalls von den sonstigen Baulichkeiten des kleingärtnerisch genutzten Gebietes unterscheidet und daher allenfalls insofern den Charakter desselben beeinträchtigt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 3. Mai 2011, Zl. 2009/05/0012). Wiewohl nicht verkannt wird, dass eine Bauführung wie die gegenständliche eher ungewöhnlich erscheint, kann ohne jegliche Darlegung dessen, was in diesem Gebiet charakteristisch ist, nicht nachvollzogen werden, weshalb die gegenständliche Rahmenkonstruktion eine größere bzw. andere Bauform aufweist als in diesem Gebiet charakteristisch. Die bloße Wirkung von Räumlichkeit kann die Unzulässigkeit des Bauvorhabens nicht begründen (vgl. auch dazu das zitierte hg. Erkenntnis vom 3. Mai 2011).

Indem sich die belangte Behörde nicht mit dem konkreten Charakter des betroffenen Kleingartengebietes auseinandergesetzt hat und kein Gutachten eines Sachverständigen zur Beurteilung der Kriterien des § 15 Abs. 1 WKlG eingeholt hat, belastete sie den angefochtenen Bescheid hinsichtlich Spruchpunkt 5.) mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit. Spruchpunkt 5.) des angefochtenen Bescheides war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

Zu II:

Die Beschwerdeführer bringen unter anderem vor, dass der gegenständlich von der belangten Behörde herangezogene Bereich zwischen den beiden unterkellerten Terrassen an der Südseite des Kleingartenwohnhauses nicht als "anschließendes Gelände" anzusehen sei. Dort befinde sich vielmehr der Kellerzugang bzw. der Treppenabgang zum Keller. Dazu ist Folgendes festzuhalten:

Nach § 15 Abs. 6 WKlG sind Keller nicht auf die bebaute Fläche und die Gesamtkubatur anzurechnen, sofern sie im Bereich der Terrasse geländebedingt über das anschließende Gelände ragen und die Terrasse beim Anschluss an das Kleingartenhaus oder Kleingartenwohnhaus an keiner Stelle mehr als 10 cm über dem anschließenden Gelände liegt.

Zwar sind Geländeänderungen im Kleingartengebiet bewilligungsfrei und gelten auch nicht als bewilligt, wenn sie im Plan dargestellt werden (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 31. März 2008, Zl. 2005/05/0328). Allerdings verkennen die Beschwerdeführer, dass die Entfernung des Erdkerns nicht per se Gegenstand des Bauauftrages ist, sondern die aus dieser Veränderung resultierende Rechtswidrigkeit im Hinblick auf die zulässige Gebäudegröße gemäß § 13 WKlG. Und die Bewilligungsfreiheit bedeutet nicht, dass das Gesetz bei bewilligungsfreien Bauführungen nicht eingehalten werden müsste und ein Beseitigungsauftrag unzulässig wäre (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. Mai 2006, Zl. 2006/05/0032).

§ 15 Abs. 6 WKlG stellt auf das anschließende Gelände beim Anschluss der Terrasse an das Kleingartenwohnhaus ab. Für die Beurteilung, ob die Voraussetzungen des § 15 Abs. 6 WKlG vorliegen, ist also auf das solcherart anschließende Gelände der jeweiligen unterkellerten Terrasse abzustellen. Dementsprechend bezog die belangte Behörde auch den Bereich zwischen den beiden Kellerteilen zu Recht in die Beurteilung mit ein. Gestützt auf das Gutachten des Amtssachverständigen kam sie dabei zu dem Schluss, dass der ostseitige Kellerteil durch die Abgrabung des Erdkerns zwischen den beiden unterkellerten Terrassen mehr als 10 cm über dem anschließenden Gelände liegt und dieser Kellerteil somit auf die bebaute Fläche und die Gesamtkubatur anzurechnen ist.

Sofern die Beschwerdeführer meinen, es handle sich bei dem Bereich zwischen den beiden Kellerteilen um kein "anschließendes Gelände", weil sich dort der Kellerzugang bzw. der Treppenabgang zum Keller befinde, ist ihnen entgegenzuhalten, dass bei der gegenständlichen Baulichkeit ohne den Erdkern schon grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Westseite des Kellers "geländebedingt" über das anschließende Gelände ragt. Nach den Materialien zur Novelle LGBL Nr. 13/2006 ist der begünstigende Tatbestand des § 15 Abs. 6 WKIG nämlich schon bei Ausgraben des Kellers auch nur an einer Front nicht erfüllt (vgl. BlgWrLT Nr. 41/2005, S. 3). Abgesehen davon haben Geländeänderungen an einer Gebäudefront auch Auswirkungen auf die Gebäudehöhe (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Juli 2013, Zl. 2013/05/0053), wobei im vorliegenden Fall die zulässige Gebäudehöhe nach den Feststellungen der belangten Behörde nach der Entfernung des Erdkerns nicht mehr eingehalten ist.

Im gegenständlichen Fall wurde der Erdkern auf das Niveau des nach Westen anschließenden Kellerzugangs abgegraben und an Stelle des Erdkerns eine Freitreppe errichtet. Dies kann jedoch entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer nicht dazu führen, dass das "anschließende Gelände" dem obersten Abschluss der Freitreppe entspricht, weil an die Außenwände eines Gebäudes anschließende weitere bauliche Anlagen, wie Stützmauern oder Freitreppen, grundsätzlich nicht bewirken können, dass sich der relevante Geländeverlauf verändert (vgl. dazu auch das hg. Erkenntnis vom 15. Februar 2011, Zl. 2010/05/0209).

Die behauptete Rechtswidrigkeit des Bauauftrages liegt daher hinsichtlich Spruchpunkt 2.) nicht vor.

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits im zitierten Vorerkenntnis vom 11. Dezember 2012 ausgesprochen, dass Spruchpunkt 3.) aufgrund des untrennbaren Konnexes dem Schicksal des Spruchpunktes 2.) folgen muss. Daran hat sich sachverhaltsmäßig nichts geändert (zur Bindungswirkung vgl. im Übrigen § 63 Abs. 1 VwGG). Die Beschwerde war daher hinsichtlich beider genannten Spruchpunkte gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die von den Beschwerdeführern beantragte Durchführung einer mündlichen Verhandlung war aus folgenden Gründen nicht erforderlich:

Gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG kann der Verwaltungsgerichtshof ungeachtet eines Parteienantrages von einer Verhandlung absehen, wenn die Schriftsätze der Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und die dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und wenn Art. 6 Abs. 1 EMRK dem nicht entgegensteht.

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 "hoch-technische" 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.

In seinem Urteil vom 18. Juli 2013, Nr. 56.422/09 (Schädler-Eberle/Liechtenstein), hat der EGMR in Weiterführung seiner bisherigen Judikatur dargelegt, dass es Verfahren gebe, in denen eine Verhandlung nicht geboten sei, etwa wenn keine Fragen der Beweiswürdigung aufträten oder die Tatsachenfeststellungen nicht bestritten seien, sodass eine Verhandlung nicht notwendig sei und das Gericht auf Grund des schriftlichen Vorbringens und der schriftlichen Unterlagen entscheiden könne.

Der entscheidungsrelevante Sachverhalt ist hier geklärt. In der vorliegenden Beschwerde wurden ausschließlich Rechtsfragen aufgeworfen, zu deren Lösung im Sinne der Judikatur des EGMR eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist. Art. 6 EMRK steht somit dem Absehen von einer mündlichen Verhandlung nicht entgegen. Die Entscheidung konnte daher im Sinne des § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der gemäß § 3 Z 1 der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014 in der Fassung BGBl. II Nr. 8/2014 weiterhin anzuwendenden Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 27. August 2014