

# TE Vwgh Erkenntnis 1970/6/1 1085/69

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 01.06.1970

## Index

L37159 Anliegerbeitrag Aufschließungsbeitrag Interessentenbeitrag

Wien;

L80009 Raumordnung Raumplanung Flächenwidmung Bebauungsplan Wien;

L80409 Altstadterhaltung Ortsbildschutz Wien;

L82000 Bauordnung;

L82009 Bauordnung Wien;

40/01 Verwaltungsverfahren;

## Norm

AVG §37;

AVG §39 Abs2;

AVG §40;

AVG §42;

AVG §45 Abs3;

AVG §65;

AVG §66 Abs4;

AVG §68 Abs2;

BauO Wr §129 Abs10;

BauO Wr §13 Abs2 litb;

BauRallg;

1. AVG § 37 heute
2. AVG § 37 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
3. AVG § 37 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
1. AVG § 39 heute
2. AVG § 39 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. AVG § 39 gültig von 20.04.2002 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
4. AVG § 39 gültig von 01.01.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 39 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
1. AVG § 40 heute
2. AVG § 40 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. AVG § 40 gültig von 20.04.2002 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002

4. AVG § 40 gültig von 18.08.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/1999

5. AVG § 40 gültig von 01.02.1991 bis 17.08.1999

1. AVG § 42 heute

2. AVG § 42 gültig ab 01.03.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013

3. AVG § 42 gültig von 01.01.2008 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008

4. AVG § 42 gültig von 01.03.2004 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2004

5. AVG § 42 gültig von 01.01.1999 bis 29.02.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998

6. AVG § 42 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

1. AVG § 45 heute

2. AVG § 45 gültig ab 01.02.1991

1. AVG § 65 heute

2. AVG § 65 gültig ab 01.02.1991

1. AVG § 66 heute

2. AVG § 66 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998

3. AVG § 66 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

1. AVG § 68 heute

2. AVG § 68 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013

3. AVG § 68 gültig von 01.07.1995 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995

4. AVG § 68 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

#### **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Borotha und die Hofräte Dr. Lehne, Dr. Leibrecht, Dr. Hrdlicka und Dr. Straßmann als Richter, im Beisein der Schriftführer Administrationsrat Dohnal und Ministerialkommissär Dr. Bily, über die Beschwerde der HH und der GH, beide in W, beide vertreten durch Dr. Erwin Hoffmann, Rechtsanwalt in Wien IX, Widerhofergasse 8, gegen den Bescheid der Bauoberbehörde für Wien vom 28. Mai 1969, Zl. MDR-B XIV-31/68, betreffend einen baupolizeilichen Auftrag nach § 129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien, zu Recht erkannt: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Borotha und die Hofräte Dr. Lehne, Dr. Leibrecht, Dr. Hrdlicka und Dr. Straßmann als Richter, im Beisein der Schriftführer Administrationsrat Dohnal und Ministerialkommissär Dr. Bily, über die Beschwerde der HH und der GH, beide in W, beide vertreten durch Dr. Erwin Hoffmann, Rechtsanwalt in Wien römisch neun, Widerhofergasse 8, gegen den Bescheid der Bauoberbehörde für Wien vom 28. Mai 1969, Zl. MDR-B XIV-31/68, betreffend einen baupolizeilichen Auftrag nach Paragraph 129, Absatz 10, der Bauordnung für Wien, zu Recht erkannt:

#### **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

#### **Begründung**

Die Beschwerdeführerinnen sind Eigentümer des Hauses und der Liegenschaft W, K-straße (20), ONr. keine, EZ. 573 des Grundbuches der Katastralgemeinde X, Gst. Nr. 335/116. Für das auf dieser Liegenschaft befindliche Haus soll laut einem Aktenvermerk des Magistrates der Stadt Wien - M. Abt. 37 vom 31. August 1967 am 11. Oktober 1929 - von der damals noch zum Bundesland Niederösterreich gehörenden Gemeinde H - eine Baubewilligung erteilt worden sein, die aber infolge Kriegseinwirkung nicht mehr auffindbar ist. (Als Nachweis für die Erteilung der Baubewilligung findet sich nur eine Verständigung der Bezirkssteuerbehörde vom 24. Februar 1931, wonach "für den mit gemeindeamtlichem Bescheid vom 11. Oktober 1929 bewilligten Neubau", der am 2. Juli 1930 baulich vollendet und mit 15. Juli 1930 in Benützung genommen worden ist, eine zeitlich befristete Befreiung von der Landesgebäudesteuer und von allen Zuschlägen zu derselben bewilligt wurde.) Auf Grund amtlicher Feststellungen am 31. Juli und am 13. November 1967 ergab sich, daß die Beschwerdeführerinnen, ohne eine baubehördliche Bewilligung erwirkt zu haben, veranlaßt haben, daß das Obergeschoß des bestehenden Hauses und die Decke über dem Erdgeschoß abgetragen wurde, das Obergeschoß um ca. 1 m gegen die Gartenseite vergrößert neu hergestellt und anstelle der Tramdecke eine Stahlbetondecke verlegt worden ist. Weiters wurden ganz neu ein ca. 3 m vorspringender Balkon über die ganze Hausbreite sowie drei Stahlbetonsäulen zur Aufnahme des über die Erdgeschoßmauer vorspringenden Zubaus im

ersten Stock errichtet. Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien - M. Abt. 37 vom 28. Februar 1967 (richtig 28. November 1967) wurde den Beschwerdeführerinnen gemäß § 129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien der Auftrag erteilt, den ohne Baubewilligung errichteten Zubau sowie die Decke über dem Erdgeschoß mit dem Obergeschoß binnen einer Frist von drei Monaten nach Rechtskraft des Bescheides von einem hiezu befugten Gewerbetreibenden abtragen zu lassen und den konsensgemäßen Zustand wiederherzustellen. Zur Begründung des Bescheides wurde ausgeführt, daß gemäß § 129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien der vorschriftswidrige Bau zu beseitigen sei. Eine nachträgliche Baubewilligung könne nicht erteilt werden, weil für die Liegenschaft noch kein Bebauungsplan existiere und deshalb eine Bausperre nach § 8 Abs. 1 der Bauordnung für Wien bestehe. Die Beschwerdeführerinnen sind Eigentümer des Hauses und der Liegenschaft W, K-straße (20), ONr. keine, EZ. 573 des Grundbuches der Katastralgemeinde römisch zehn, Gst. Nr. 335/116. Für das auf dieser Liegenschaft befindliche Haus soll laut einem Aktenvermerk des Magistrates der Stadt Wien - M. Abt. 37 vom 31. August 1967 am 11. Oktober 1929 - von der damals noch zum Bundesland Niederösterreich gehörenden Gemeinde H - eine Baubewilligung erteilt worden sein, die aber infolge Kriegseinwirkung nicht mehr auffindbar ist. (Als Nachweis für die Erteilung der Baubewilligung findet sich nur eine Verständigung der Bezirkssteuerbehörde vom 24. Februar 1931, wonach "für den mit gemeindeamtlichem Bescheid vom 11. Oktober 1929 bewilligten Neubau", der am 2. Juli 1930 baulich vollendet und mit 15. Juli 1930 in Benützung genommen worden ist, eine zeitlich befristete Befreiung von der Landesgebäudesteuer und von allen Zuschlägen zu derselben bewilligt wurde.) Auf Grund amtlicher Feststellungen am 31. Juli und am 13. November 1967 ergab sich, daß die Beschwerdeführerinnen, ohne eine baubehördliche Bewilligung erwirkt zu haben, veranlaßt haben, daß das Obergeschoß des bestehenden Hauses und die Decke über dem Erdgeschoß abgetragen wurde, das Obergeschoß um ca. 1 m gegen die Gartenseite vergrößert neu hergestellt und anstelle der Tramdecke eine Stahlbetondecke verlegt worden ist. Weiters wurden ganz neu ein ca. 3 m vorspringender Balkon über die ganze Hausbreite sowie drei Stahlbetonsäulen zur Aufnahme des über die Erdgeschoßmauer vorspringenden Zubaus im ersten Stock errichtet. Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien - M. Abt. 37 vom 28. Februar 1967 (richtig 28. November 1967) wurde den Beschwerdeführerinnen gemäß Paragraph 129, Absatz 10, der Bauordnung für Wien der Auftrag erteilt, den ohne Baubewilligung errichteten Zubau sowie die Decke über dem Erdgeschoß mit dem Obergeschoß binnen einer Frist von drei Monaten nach Rechtskraft des Bescheides von einem hiezu befugten Gewerbetreibenden abtragen zu lassen und den konsensgemäßen Zustand wiederherzustellen. Zur Begründung des Bescheides wurde ausgeführt, daß gemäß Paragraph 129, Absatz 10, der Bauordnung für Wien der vorschriftswidrige Bau zu beseitigen sei. Eine nachträgliche Baubewilligung könne nicht erteilt werden, weil für die Liegenschaft noch kein Bebauungsplan existiere und deshalb eine Bausperre nach Paragraph 8, Absatz eins, der Bauordnung für Wien bestehe.

Auf Grund der dagegen eingebrachten Berufung änderte die Bauoberbehörde für Wien mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid vom 28. Mai 1969 gemäß § 66 Abs. 4 AVG den Spruch des erstinstanzlichen Bescheides dahin ab, daß er nunmehr zu lauten habe: Auf Grund der dagegen eingebrachten Berufung änderte die Bauoberbehörde für Wien mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid vom 28. Mai 1969 gemäß Paragraph 66, Absatz 4, AVG den Spruch des erstinstanzlichen Bescheides dahin ab, daß er nunmehr zu lauten habe:

"Gemäß § 129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien (BO) wird der Auftrag erteilt, binnen sechs Monaten nach Rechtskraft des Bescheides die auf der Liegenschaft W, K-straße (20), Gst. Nr. 335/116, inneliegend in EZ. 573 des Grundbuches der Kat. Gem. X, errichtete Baulichkeit abtragen zu lassen." "Gemäß Paragraph 129, Absatz 10, der Bauordnung für Wien (BO) wird der Auftrag erteilt, binnen sechs Monaten nach Rechtskraft des Bescheides die auf der Liegenschaft W, K-straße (20), Gst. Nr. 335/116, inneliegend in EZ. 573 des Grundbuches der Kat. Gem. römisch zehn, errichtete Baulichkeit abtragen zu lassen."

Zur Begründung des Bescheides wurde ausgeführt, auf Grund der Aktenlage stehe eindeutig fest, daß ohne Erwirkung der hierfür erforderlichen Baubewilligung das auf der Liegenschaft ursprünglich bestehende Gebäude derart abgeändert wurde, daß es nunmehr als ein anderes anzusehen sei. Unbestritten stehe ferner fest, daß für die nunmehr erfolgten Baumaßnahmen eine baubehördliche Bewilligung nicht erwirkt worden sei. Für einen Fall dieser Art regle § 129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien, daß Abweichungen von den Bauvorschriften zu beheben seien und der vorschriftswidrige Bau, für den eine nachträgliche Bewilligung nicht erteilt worden ist, zu beseitigen sei. Entgegen dem angefochtenen (erstinstanzlichen) Bescheid sei daher für die gesamte bestehende Baulichkeit ein Abtragungsauftrag

zu erteilen, weil selbst dann, wenn für den ursprünglichen Bau eine baubehördliche Bewilligung vorgelegen wäre, durch die baulichen Abänderungen der gegebene Baubestand durch eine baubehördliche Bewilligung nicht gedeckt wäre. Eine derartige Bewertung des festgestellten Sachverhaltes durch die Berufungsbehörde sei deshalb möglich, weil nach § 66 Abs. 4 AVG 1950 die Berufungsbehörde berechtigt sei, ihre Anschauung an die Stelle jener der Unterbehörde zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern. Es sei daher auf Grund des ermittelten Sachverhaltes der im Spruch neu normierte Bauauftrag zu erteilen gewesen. Zur Begründung des Bescheides wurde ausgeführt, auf Grund der Aktenlage stehe eindeutig fest, daß ohne Erwirkung der hierfür erforderlichen Baubewilligung das auf der Liegenschaft ursprünglich bestehende Gebäude derart abgeändert wurde, daß es nunmehr als ein anderes anzusehen sei. Unbestritten stehe ferner fest, daß für die nunmehr erfolgten Baumaßnahmen eine baubehördliche Bewilligung nicht erwirkt worden sei. Für einen Fall dieser Art regle Paragraph 129, Absatz 10, der Bauordnung für Wien, daß Abweichungen von den Bauvorschriften zu beheben seien und der vorschriftswidrige Bau, für den eine nachträgliche Bewilligung nicht erteilt worden ist, zu beseitigen sei. Entgegen dem angefochtenen (erstinstanzlichen) Bescheid sei daher für die gesamte bestehende Baulichkeit ein Abtragungsauftrag zu erteilen, weil selbst dann, wenn für den ursprünglichen Bau eine baubehördliche Bewilligung vorgelegen wäre, durch die baulichen Abänderungen der gegebene Baubestand durch eine baubehördliche Bewilligung nicht gedeckt wäre. Eine derartige Bewertung des festgestellten Sachverhaltes durch die Berufungsbehörde sei deshalb möglich, weil nach Paragraph 66, Absatz 4, AVG 1950 die Berufungsbehörde berechtigt sei, ihre Anschauung an die Stelle jener der Unterbehörde zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern. Es sei daher auf Grund des ermittelten Sachverhaltes der im Spruch neu normierte Bauauftrag zu erteilen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend gemacht wird. Die Rechtswidrigkeit des Inhaltes erblicken die Beschwerdeführerinnen in erster Linie darin, daß entgegen dem mit Berufung angefochtenen erstinstanzlichen Bescheid, der lediglich die Wiederherstellung des alten Zustandes aufgetragen habe - die belangte Behörde als Berufungsbehörde die Abtragung des ganzen, also auch des konsensgemäßen Bauwerkes auftrage.

Die belangte Behörde hat sich zur Rechtfertigung des von ihr erlassenen, an die Stelle des von der ersten Instanz erteilten Auftrages gesetzten, geänderten Auftrages auf § 66 Abs. 4 AVG 1950 berufen. Danach hat die Berufungsbehörde außer dem im Abs. 2 erwähnten Fall, sofern die Berufung nicht als unzulässig oder verspätet zurückzuweisen ist, immer in der Sache selbst zu entscheiden. Sie ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung ihre Anschauung an die Stelle jener der Unterbehörde zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern. Dies bedeutet freilich nicht, daß etwa zusätzlich zu einem in erster Instanz erteilten Auftrag in zweiter Instanz ein anderer, von dem ersten Auftrag trennbarer weiterer Auftrag erteilt werden dürfte. Damit würde der Partei eine Instanz genommen. Im vorliegenden Fall aber ist nach Meinung der belangten Behörde nicht etwa ein zusätzlicher Auftrag erteilt worden; es ist vielmehr der erstinstanzliche Auftrag durch einen Auftrag anderen Inhaltes, der auf Grund des von der ersten Instanz ermittelten Sachverhaltes nach Auffassung der Berufungsbehörde allein dem Gesetz entsprochen hätte, ersetzt worden. Ob das Ergebnis dieser Vorgangsweise sonst gesetzmäßig war, wird später zu untersuchen sein. Wäre der von der Baubehörde erster Instanz von Amts wegen erlassene Auftrag grundlos erteilt worden, so wäre allerdings einer jener Fälle vorgelegen, in denen die Berufungsbehörde nach herrschender Auffassung auch im Bereiche des § 66 Abs. 4 AVG 1950 kassatorisch vorzugehen gehabt hätte (vgl. Mannlicher, Verwaltungsverfahrensgesetzes VII. Auflage, Anmerkung 7 zu § 66, S. 271). Der Berufungsbehörde kann es aber nicht verwehrt sein, selbst in der Sache zu entscheiden und in ihrer Entscheidung ihre Anschauung auch im Spruche an die Stelle jener der ersten Instanz zu setzen, wenn ein baupolizeilicher Auftrag zur Behebung des dem Verfahren zugrunde liegenden ordnungswidrigen Zustandes an sich von Gesetzes wegen geboten erscheint, dieser Auftrag aber nach Meinung der Berufungsbehörde einen anderen Inhalt haben müßte als den, den ihm die erste Instanz gegeben hatte. In diesem Fall, in dem in zweiter Instanz die "Sache", nämlich der bauordnungswidrige Zustand, um dessen Beseitigung es geht, die gleiche geblieben ist und nur zur Debatte steht, ob das von der ersten Instanz angewendete Mittel das richtige war, kann die Berufungsbehörde reformatorisch vorgehen und anstelle des von der Unterinstanz erteilten Auftrages einen von ihm inhaltlich abweichenden, aber demselben Zweck dienenden Auftrag erlassen. Über diesen Zweck hinausgehende oder zusätzliche Maßnahmen, die nicht Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens waren, zu ergreifen, ist die Berufungsbehörde allerdings nicht berechtigt. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint somit das Vorgehen der belangten Behörde formell im Gesetz gedeckt. Die belangte Behörde hat sich zur Rechtfertigung des von ihr erlassenen, an die Stelle des von der ersten Instanz erteilten

Auftrages gesetzten, geänderten Auftrages auf Paragraph 66, Absatz 4, AVG 1950 berufen. Danach hat die Berufungsbehörde außer dem im Absatz 2, erwähnten Fall, sofern die Berufung nicht als unzulässig oder verspätet zurückzuweisen ist, immer in der Sache selbst zu entscheiden. Sie ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung ihre Anschauung an die Stelle jener der Unterbehörde zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern. Dies bedeutet freilich nicht, daß etwa zusätzlich zu einem in erster Instanz erteilten Auftrag in zweiter Instanz ein anderer, von dem ersten Auftrag trennbarer weiterer Auftrag erteilt werden dürfte. Damit würde der Partei eine Instanz genommen. Im vorliegenden Fall aber ist nach Meinung der belangten Behörde nicht etwa ein zusätzlicher Auftrag erteilt worden; es ist vielmehr der erstinstanzliche Auftrag durch einen Auftrag anderen Inhaltes, der auf Grund des von der ersten Instanz ermittelten Sachverhaltes nach Auffassung der Berufungsbehörde allein dem Gesetz entsprochen hätte, ersetzt worden. Ob das Ergebnis dieser Vorgangsweise sonst gesetzmäßig war, wird später zu untersuchen sein. Wäre der von der Baubehörde erster Instanz von Amts wegen erlassene Auftrag grundlos erteilt worden, so wäre allerdings einer jener Fälle vorgelegen, in denen die Berufungsbehörde nach herrschender Auffassung auch im Bereiche des Paragraph 66, Absatz 4, AVG 1950 kassatorisch vorzugehen gehabt hätte vergleiche , Mannlicher, Verwaltungsverfahrensgesetzes römisch sieben. Auflage, Anmerkung 7 zu Paragraph 66,, S. 271). Der Berufungsbehörde kann es aber nicht verwehrt sein, selbst in der Sache zu entscheiden und in ihrer Entscheidung ihre Anschauung auch im Spruche an die Stelle jener der ersten Instanz zu setzen, wenn ein baupolizeilicher Auftrag zur Behebung des dem Verfahren zugrunde liegenden ordnungswidrigen Zustandes an sich von Gesetzes wegen geboten erscheint, dieser Auftrag aber nach Meinung der Berufungsbehörde einen anderen Inhalt haben müßte als den, den ihm die erste Instanz gegeben hatte. In diesem Fall, in dem in zweiter Instanz die "Sache", nämlich der bauordnungswidrige Zustand, um dessen Beseitigung es geht, die gleiche geblieben ist und nur zur Debatte steht, ob das von der ersten Instanz angewendete Mittel das richtige war, kann die Berufungsbehörde reformatorisch vorgehen und anstelle des von der Unterinstanz erteilten Auftrages einen von ihm inhaltlich abweichenden, aber demselben Zweck dienenden Auftrag erlassen. Über diesen Zweck hinausgehende oder zusätzliche Maßnahmen, die nicht Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens waren, zu ergreifen, ist die Berufungsbehörde allerdings nicht berechtigt. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint somit das Vorgehen der belangten Behörde formell im Gesetz gedeckt.

Gemäß §129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien sind Abweichungen von den Bauvorschriften zu beheben und es ist der vorschriftswidrige Bau, für den eine nachträgliche Bewilligung nicht erteilt worden ist, zu beseitigen. Die erste Instanz war der Meinung gewesen, daß es zulässig und geboten sei, nur den "ohne Baubewilligung errichteten Zubau sowie die Decke über dem Erdgeschoß mit dem Obergeschoß abtragen zu lassen und den konsensgemäßen Zustand wiederherzustellen". Die belangte Behörde war, wie schon gesagt, der Meinung, es stehe eindeutig fest, daß das auf der Liegenschaft ursprünglich bestehende Gebäude ohne Erwirkung der hierfür erforderlichen Baubewilligung derart abgeändert wurde, daß es nunmehr als ein anderes anzusehen sei Sodann zitierte die belangte Behörde § 129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien und erteilte einen umfassenden Abtragungsauftrag, weil selbst dann, wenn für den ursprünglichen Bau eine baubehördliche Bewilligung vorgelegen wäre, durch die baulichen Abänderungen der gegebene Baubestand durch eine baubehördliche Bewilligung nicht gedeckt wäre. Der Verwaltungsgerichtshof ist nun nicht der Meinung, daß Abs. 10 des § 129 der Bauordnung für Wien immer dann, wenn bauliche Veränderungen so weit gehen, daß das Gebäude als ein anderes anzusehen ist, die vollständige Abtragung erfordere. Unter der Voraussetzung der Trennbarkeit der Bestände und der technischen Durchführbarkeit ist ein maßhaltender Auftrag, der sich auf die Beseitigung der Abweichungen von den Bauvorschriften beschränkt und die totale Abtragung vermeidet, als gesetzmäßig anzusehen. Wenn freilich Alt- und Neubestand in einem solchen Verhältnis zueinander stehen, daß eine Trennung unmöglich erscheint oder ein bauordnungswidriger Zustand entstehen würde, ist der umfassende Abtragungsauftrag gerechtfertigt. Zwischen extremen Fällen, die leicht zu beurteilen sind, liegen solche, in denen die Beurteilung außerordentlich schwierig sein mag. Nun hat die belangte Behörde gewiß den Beschwerdeführerinnen Stellungnahmen der Magistratsabteilung 37 und auch die zugehörige Skizze vorgehalten und es wurde eine Äußerungsfrist eingeräumt. Die Niederschrift enthält jedoch nur die Angaben, daß die Sach- und Rechtslage eingehend besprochen worden sei, jedoch nichts über den Inhalt der Besprechung. Eine Feststellung der nach den oben angestellten Erwägungen maßgebenden Gegebenheiten ist nicht erfolgt. Auch ist nicht erkennbar, daß der Rechtsfreund der Beschwerdeführerinnen von der neuen Würdigung des Sachverhaltes durch die belangte Behörde in Kenntnis gesetzt worden wäre. Nun ist gewiß ausgesprochen worden, daß die für das Ermittlungsverfahren im § 37 AVG 1950 vorgeschriebene Anhörung der Parteien auf die Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes

abziele, daß aber die aus letzterem zu ziehenden rechtlichen Schlüsse Sache der Wertung durch die Behörde seien und daß diesbezüglich eine Pflicht, als Partei gehört zu werden, nicht bestehe (vgl. hiezu etwa das Erkenntnis vom 20. Dezember 1961, Slg. N. F. Nr. 5694/A). Die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung sind den Beschwerdeführerinnen zur Kenntnis gebracht worden. Der Verwaltungsgerichtshof hat aber in seinem Erkenntnis vom 5. Oktober 1964, Slg. N. F. Nr. 6449/A, der Meinung Ausdruck gegeben, daß aus den Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1950 über das Ermittlungsverfahren abzuleiten sei, es wäre unzulässig, ohne jede Erörterung mit den Parteien bei Behandlung eines Parteienantrages einen Versagungsgrund geltend zu machen, der durch eine Modifikation des Vorhabens aus der Welt geschafft werden konnte. Damit kam zum Ausdruck, daß unter Umständen doch auch Sachverhaltsmomente, die der Partei als solche nicht unbekannt sind, im Verfahren mit ihr entsprechend erörtert werden müssen. Ähnliches muß aber auch bei der Abänderung eines amtswegig erlassenen Bescheides gelten. Nun hatte, wie schon ausgeführt, der erstinstanzliche Bescheid eine viel weniger weitgehende Maßnahme vorgesehen, die die Beschwerdeführerinnen als rechtswidrig bekämpften. Die Feststellung des Sachverhaltes in dem Sinne, daß eine Trennung des Alt- und des Neubestandes gar nicht möglich sei, ist nicht rechtliche Beurteilung, sondern noch im tatsächlichen Bereich gelegen, wenn sie auch eine Vorstufe der rechtlichen Wertung darstellt. Die Niederschrift zeigt, wie gesagt, nicht, daß diese Feststellung mit den Parteien erörtert worden wäre. Dazu kommt, daß auch im angefochtenen Bescheid zwar Angaben über die technische Situation enthalten sind, daß sie aber in dem entscheidenden Teil der Begründung nicht so verwertet worden sind, daß es dem Verwaltungsgerichtshof schon möglich wäre, die Frage zu beurteilen, ob die belangte Behörde mit Recht von einer Untrennbarkeit der beiden Bestände ausgegangen ist oder ob dies nicht zutrifft. Wie gesagt erscheint dem Verwaltungsgerichtshof der angefochtene Bescheid nicht schon deshalb im Gesetz gedeckt, weil das Gebäude durch die baulichen Veränderungen als ein anderes anzusehen ist. Der angefochtene Bescheid mußte demnach gemäß § 42 Abs. 2 lit. c Z. 2 VwGG 1965 wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben werden. Wien, am 1. Juni 1970 Gemäß § 129 Absatz 10, der Bauordnung für Wien sind Abweichungen von den Bauvorschriften zu beheben und es ist der vorschriftswidrige Bau, für den eine nachträgliche Bewilligung nicht erteilt worden ist, zu beseitigen. Die erste Instanz war der Meinung gewesen, daß es zulässig und geboten sei, nur den "ohne Baubewilligung errichteten Zubau sowie die Decke über dem Erdgeschoß mit dem Obergeschoß abtragen zu lassen und den konsensgemäßen Zustand wiederherzustellen". Die belangte Behörde war, wie schon gesagt, der Meinung, es stehe eindeutig fest, daß das auf der Liegenschaft ursprünglich bestehende Gebäude ohne Erwirkung der hierfür erforderlichen Baubewilligung derart abgeändert wurde, daß es nunmehr als ein anderes anzusehen sei. Sodann zitierte die belangte Behörde Paragraph 129, Absatz 10, der Bauordnung für Wien und erteilte einen umfassenden Abtragungsauftrag, weil selbst dann, wenn für den ursprünglichen Bau eine baubehördliche Bewilligung vorgelegen wäre, durch die baulichen Abänderungen der gegebene Baubestand durch eine baubehördliche Bewilligung nicht gedeckt wäre. Der Verwaltungsgerichtshof ist nun nicht der Meinung, daß Absatz 10, des Paragraph 129, der Bauordnung für Wien immer dann, wenn bauliche Veränderungen so weit gehen, daß das Gebäude als ein anderes anzusehen ist, die vollständige Abtragung erfordere. Unter der Voraussetzung der Trennbarkeit der Bestände und der technischen Durchführbarkeit ist ein maßhaltender Auftrag, der sich auf die Beseitigung der Abweichungen von den Bauvorschriften beschränkt und die totale Abtragung vermeidet, als gesetzmäßig anzusehen. Wenn freilich Alt- und Neubestand in einem solchen Verhältnis zueinander stehen, daß eine Trennung unmöglich erscheint oder ein bauordnungswidriger Zustand entstehen würde, ist der umfassende Abtragungsauftrag gerechtfertigt. Zwischen extremen Fällen, die leicht zu beurteilen sind, liegen solche, in denen die Beurteilung außerordentlich schwierig sein mag. Nun hat die belangte Behörde gewiß den Beschwerdeführerinnen Stellungnahmen der Magistratsabteilung 37 und auch die zugehörige Skizze vorgehalten und es wurde eine Äußerungsfrist eingeräumt. Die Niederschrift enthält jedoch nur die Angaben, daß die Sach- und Rechtslage eingehend besprochen worden sei, jedoch nichts über den Inhalt der Besprechung. Eine Feststellung der nach den oben angestellten Erwägungen maßgebenden Gegebenheiten ist nicht erfolgt. Auch ist nicht erkennbar, daß der Rechtsfreund der Beschwerdeführerinnen von der neuen Würdigung des Sachverhaltes durch die belangte Behörde in Kenntnis gesetzt worden wäre. Nun ist gewiß ausgesprochen worden, daß die für das Ermittlungsverfahren im Paragraph 37, AVG 1950 vorgeschriebene Anhörung der Parteien auf die Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes abziele, daß aber die aus letzterem zu ziehenden rechtlichen Schlüsse Sache der Wertung durch die Behörde seien und daß diesbezüglich eine Pflicht, als Partei gehört zu werden, nicht bestehe vergleiche , hiezu etwa das Erkenntnis vom 20. Dezember 1961, Slg. N. F. Nr. 5694/A). Die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung sind den Beschwerdeführerinnen zur Kenntnis gebracht worden. Der

Verwaltungsgerichtshof hat aber in seinem Erkenntnis vom 5. Oktober 1964, Slg. N. F. Nr. 6449/A, der Meinung Ausdruck gegeben, daß aus den Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1950 über das Ermittlungsverfahren abzuleiten sei, es wäre unzulässig, ohne jede Erörterung mit den Parteien bei Behandlung eines Parteienantrages einen Versagungsgrund geltend zu machen, der durch eine Modifikation des Vorhabens aus der Welt geschafft werden konnte. Damit kam zum Ausdruck, daß unter Umständen doch auch Sachverhaltsmomente, die der Partei als solche nicht unbekannt sind, im Verfahren mit ihr entsprechend erörtert werden müssen. Ähnliches muß aber auch bei der Abänderung eines amtswegig erlassenen Bescheides gelten. Nun hatte, wie schon ausgeführt, der erstinstanzliche Bescheid eine viel weniger weitgehende Maßnahme vorgesehen, die die Beschwerdeführerinnen als rechtswidrig bekämpften. Die Feststellung des Sachverhaltes in dem Sinne, daß eine Trennung des Alt- und des Neubestandes gar nicht möglich sei, ist nicht rechtliche Beurteilung, sondern noch im tatsächlichen Bereich gelegen, wenn sie auch eine Vorstufe der rechtlichen Wertung darstellt. Die Niederschrift zeigt, wie gesagt, nicht, daß diese Feststellung mit den Parteien erörtert worden wäre. Dazu kommt, daß auch im angefochtenen Bescheid zwar Angaben über die technische Situation enthalten sind, daß sie aber in dem entscheidenden Teil der Begründung nicht so verwertet worden sind, daß es dem Verwaltungsgerichtshof schon möglich wäre, die Frage zu beurteilen, ob die belangte Behörde mit Recht von einer Untrennbarkeit der beiden Bestände ausgegangen ist oder ob dies nicht zutrifft. Wie gesagt erscheint dem Verwaltungsgerichtshof der angefochtene Bescheid nicht schon deshalb im Gesetz gedeckt, weil das Gebäude durch die baulichen Veränderungen als ein anderes anzusehen ist. Der angefochtene Bescheid mußte demnach gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Litera c, Ziffer 2, VwGG 1965 wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben werden. Wien, am 1. Juni 1970

#### **Schlagworte**

Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Rechtsmittelverfahren Berufung Besondere verfahrensrechtliche Aufgaben der Berufungsbehörde Spruch des Berufungsbescheides Zulässigkeit und Voraussetzungen der Handhabung des AVG §68 Bindung an diese Voraussetzungen Umfang der Befugnisse

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1970:1969001085.X00

#### **Im RIS seit**

19.06.2002

#### **Zuletzt aktualisiert am**

16.01.2019

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)