

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/6/23 2007/05/0150

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.06.2008

## Index

L37159 Anliegerbeitrag Aufschließungsbeitrag Interessentenbeitrag  
Wien;  
L80009 Raumordnung Raumplanung Flächenwidmung Bebauungsplan Wien;  
L80409 Altstadterhaltung Ortsbildschutz Wien;  
L82000 Bauordnung;  
L82009 Bauordnung Wien;  
001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;

## Norm

AVG §56;  
BauO Wr §129 Abs10;  
BauO Wr §86 Abs2;  
BauO Wr §86 Abs3;  
BauRallg;  
VwGG §41 Abs1;  
VwRallg;

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):2007/05/0151

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Giendl und die Hofräte Dr. Pallitsch, Dr. Handstanger, Dr. Hinterwirth und Dr. Moritz als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Zykan, über die Beschwerde 1. der Mag. B, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Schottengasse 4/4/29 (hg. Zl. 2007/05/0150) und 2. des Dr. K, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Schottengasse 4/4/29 (hg. Zl. 2007/05/0151), gegen den Bescheid der Bauoberbehörde für Wien vom 25. April 2007, Zl. BOB - 515 und 520/06, betreffend Bauauftrag, nach durchgeführter mündlicher Verhandlung, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführer haben der Bundeshauptstadt Wien Aufwendungen in der Höhe von EUR 794,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Die Beschwerdeführer sind je zur Hälfte Eigentümer der Grundstücke Nr. 643/18 Baufläche (Gebäude) mit 100 m<sup>2</sup>, Delugstraße 12, und Nr. 650/56 Baufläche (Gebäude) mit 72 m<sup>2</sup> und Baufläche begrünt mit 764 m<sup>2</sup>, beide inneliegend der Liegenschaft EZ 1213 Grundbuch 01513 Untersievering.

Für diese Grundstücke gilt der Flächenwidmungs- und Bebauungsplan Plandokument (PD) 5779; Dieses PD ordnet unter Punkt II. 3.4. an:

"Innerhalb des gesamten Plangebietes dürfen Einfriedungen an den seitlichen und hinteren Grundgrenzen von Liegenschaften, die im Bauland liegen und für die die gärtnerische Gestaltung zwingend vorgeschrieben ist, eine Höhe von 2,0 m nicht überragen und ab einer Höhe von 1,5 m den freien Durchblick nicht hindern. Die Herstellung vollflächiger Einfriedungen ist untersagt."

Diese Regelung ist für die genannten Grundstücke der Beschwerdeführer anzuwenden, weil sie im Bauland liegen und die gärtnerische Gestaltung wie oben wiedergegeben zwingend vorgeschrieben ist.

Im Norden grenzt an die beiden Grundstücke das Grundstück Kaasgrabengasse 7a. Die Eigentümerin dieses Grundstückes teilte der Baubehörde mit Mail vom 24. April 2006 mit, dass an der gemeinsamen Grundstücksgrenze eine Mauer errichtet worden sei, die eine Höhe von 1,40 m bis 1,70 m erreiche; auf diese Mauer sei ein Sichtschutz von 1,80 m Höhe in Form eines Holzflechtzaunes aufgesetzt worden.

In der von der Baubehörde am 21. Juli 2006 an Ort und Stelle durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde festgestellt, dass auf der Liegenschaft Delugstraße 12, Grundstück Nr. 650/56, an der hinteren Grundgrenze zu der Liegenschaft Kaasgrabengasse 7a auf einer Länge von ca. 19 m die Einfriedung in einer Höhe von durchschnittlich ca. 2,30 m errichtet worden sei. Diese Einfriedung widerspreche den Bebauungsbestimmungen hinsichtlich der Höhe und des freien Durchblickes.

Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, MA 37, vom 28. August 2006 wurde den Beschwerdeführern gemäß § 129 Abs. 10 Bauordnung für Wien der Auftrag erteilt, "die auf der Liegenschaft Delugstraße 12 an der rückwärtigen Grundgrenze zu der Liegenschaft Kaasgrabengasse 7a errichtete Einfriedung mit einer Höhe von bis zu 2,30 m und einer Länge von ca. 19 m (...) zu entfernen. Begründet wurde dies damit, dass "auf der Liegenschaft Delugstraße 12, Gst. Nr. 650/56 in EZ 1213 der Kat.-Gemeinde Untersievering" "an der rückwärtigen Grundgrenze zu der Liegenschaft Kaasgrabengasse 7a auf einer Länge von ca. 19 m eine Einfriedung mit einer Höhe von bis zu 2,30 m errichtet" worden sei, wobei auf das fundierte Mauerwerk (bis zu 1,40 m hoch) ein dichter Holzflechtzaun von 1,80 m Höhe aufgesetzt worden sei. Die Einfriedung widerspreche den Bebauungsbestimmungen hinsichtlich ihrer Höhe und dem freien Durchblick.

In ihren dagegen erhobenen Berufungen führen die Beschwerdeführer aus, dass die Liegenschaft Delugstraße 12, Grundstück Nr. 650/56, KG Untersievering, an der hinteren Grundgrenze zur Liegenschaft Kaasgrabengasse 7a nur eine Länge von rund 11 m aufweise. An der hinteren Grundgrenze zur Liegenschaft Kaasgrabengasse 7a befänden sich die Grundstücke Nr. 650/56 und 643/18; beide Grundstücke gemeinsam hätten eine Länge von rund 19 m. Der Zaun sei in keiner Weise undurchsichtig. Es handle sich um eine Holzkonstruktion, welche den geforderten freien Durchblick gewährleiste. Es fehlten Feststellungen betreffend die Einfriedung im Zusammenhang mit dem örtlichen Stadtbild. Abweichungen vom Bebauungsplan seien dann zulässig, wenn dadurch das örtliche Stadtbild nicht beeinträchtigt werde.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid wurde der erstinstanzliche Bescheid dahin abgeändert, dass er wie folgt zu lauten hat:

"Die auf der Liegenschaft Delugstraße 12 an der rückwärtigen Grundgrenze zur Liegenschaft Kaasgrabengasse 7a errichtete Einfriedung mit einer Höhe von bis zu 2,30 m und einer Länge von ca. 19 m ist derart abzuändern, dass sie ab einer Höhe von 1,50 m die freie Durchsicht nicht hindert."

In der Begründung führte die belangte Behörde aus, dass jeder Bau vorschriftswidrig sei, für den im Zeitpunkt seiner Errichtung ein baubehördlicher Konsens erforderlich gewesen und weiterhin erforderlich sei, aber nicht vorliege. Bei

Abweichungen von Bauvorschriften könnten nach § 129 Abs. 10 Bauordnung für Wien Bauaufträge sowohl für bewilligungspflichtige, anzeigespflichtige als auch bewilligungsfreie Bauvorhaben erteilt werden. Nach § 62a Abs. 1 Z. 21 Bauordnung für Wien sei für Einfriedungen bis zu einer Höhe von 2,50 m, soweit sie nicht gegen öffentliche Verkehrsflächen, Friedhöfe oder Grundflächen für öffentliche Zwecke gerichtet seien, weder eine Baubewilligung noch eine Bauanzeige erforderlich. Die gegenständliche Einfriedung sei zur Gänze an der hinteren Grundgrenze der Liegenschaft in Wien 19., Delugstraße 12, situiert und grenze nicht an eine öffentliche Verkehrsfläche, einen Friedhof oder eine Grundfläche, die für öffentliche Zwecke vorbehalten sei. Sie sei demnach eine bewilligungsfreie Baulichkeit, zumal sie auch eine Höhe von 2,50 m nicht überschreite. Nach § 86 Abs. 2 Bauordnung für Wien müssten jedoch Einfriedungen so ausgestaltet werden, dass sie das örtliche Stadtbild nicht beeinträchtigten. Sie dürften, sofern der Bebauungsplan nichts anderes bestimme, den Boden der höher gelegenen, anschließenden Grundfläche um nicht mehr als 2,50 m überragen. Gemäß Abs. 3 dieser Gesetzesstelle dürften Einfriedungen von Vorgärten gegen die Verkehrsfläche und an den seitlichen Grundgrenzen auf die Tiefe des Vorgartens, sofern der Bebauungsplan nichts anderes zulasse, den freien Durchblick nicht hindern. Abweichungen hievon seien zulässig, wenn dadurch das örtliche Stadtbild nicht beeinträchtigt werde. Sonstige Grundgrenzen dürften, wenn der Bebauungsplan nichts anderes bestimme, durch volle Wände abgeschlossen werden. In dem zum Zeitpunkt der Errichtung der Einfriedung geltenden Flächenwidmungs- und Bebauungsplan, PD 5779, sei festgelegt, dass Einfriedungen an seitlichen und hinteren Grundgrenzen eine Höhe von 2 m nicht überschreiten und ab einer Höhe von 1,50 m den freien Durchblick nicht hindern dürften. Mit dem nunmehr zum Zeitpunkt der Entscheidung der belangten Behörde gültigen PD 7677 seien diese Vorschriften insoweit abgeändert worden, als Einfriedungen auf gärtnerisch auszugestaltenden Flächen den freien Durchblick nicht hindern dürften. Eine geringere zulässige Höhe als die im Gesetz festgelegte sei nicht mehr festgesetzt. Die gegenständliche Einfriedung weise eine Höhe von 2,30 m auf und entspreche dadurch nicht den zum Zeitpunkt der Errichtung geltenden Bebauungsbestimmungen, weil sie das zulässige Höhenmaß überschreite. Nach den derzeit geltenden Bebauungsbestimmungen sei jedoch eine Höhe der gegenständlichen Einfriedung gemäß § 86 Abs. 2 Bauordnung für Wien von bis zu 2,50 m zulässig, weshalb sie in diesem Punkt nunmehr keine vorschriftswidrige Baulichkeit darstelle und eine Reduktion der Höhe nicht mehr aufgetragen werden könne. Auf Grund der zum Zeitpunkt der Errichtung geltenden Bebauungsbestimmungen sei die Errichtung von blickdichten Einfriedungen bis zu einer Höhe von 1,50 m zulässig und erst über dieser Höhe dürften sie die freie Durchsicht nicht hindern. Der untere Teil der Einfriedung, bestehend aus fundiertem Mauerwerk mit einer Höhe bis zu 1,40 m, stelle sich somit als im Zeitpunkt seiner Errichtung unzweifelhaft als zulässig dar. Lediglich der auf dem Mauerwerk aufgesetzte blickdichte Holzflechtzaun erweise sich auf Grund der Art seiner Ausführungen nicht zur Gänze den zum Errichtungszeitpunkt geltenden Bebauungsbestimmungen entsprechend, weil der die Gesamthöhe von 1,50 m (Mauerwerk und unterer Teil des Holzflechtzaunes) übersteigende Teil die freie Durchsicht hindere. Es sei daher der Bescheid der Baubehörde erster Instanz in seinem bekämpften Umfang derart abzuändern gewesen, dass an Stelle einer gänzlichen Entfernung der Einfriedung lediglich deren Anpassung an die Bebauungsbestimmungen als gelindestes zum Ziel führendes Mittel zur Einhaltung der baurechtlichen Vorschriften aufzutragen gewesen sei. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführer sei der Bescheid der Baubehörde erster Instanz im Hinblick auf die Lage und Länge der Einfriedung eindeutig, da in Verbindung mit dem Kopf des bekämpften Bescheides ersichtlich sei, dass die Einfriedung an der hinteren Grundgrenze sämtlicher in der EZ 1213 der KG Untersievering einliegenden Grundstücke gegenüber der Liegenschaft in Wien 19., Kaasgrabengasse 7a, in ihrer Gesamtlänge von ca. 19 m vom gegenständlichen Bauauftrag erfasst sei. Auch liege der behauptete Feststellungsmangel, wonach die Baubehörde erster Instanz eine Überprüfung, ob die gegenständliche Einfriedung mit dem örtlichen Stadtbild vereinbar sei, unterlassen habe, nicht vor, da auf Grund des eindeutig gegebenen Widerspruchs des oberen Teils der Einfriedung zu den Bebauungsbestimmungen allein aus diesem Grund ein Auftrag zur Anpassung zu erlassen gewesen sei und eine Beurteilung aus stadtgestalterischer Sicht auf Grund des eindeutigen Wortlautes des § 86 Abs. 3 Bauordnung für Wien nicht erforderlich gewesen sei.

Gegen diesen Bescheid richten sich die Beschwerden. Die Beschwerdeführer erachten sich durch den angefochtenen Bescheid in ihrem Recht, keinen Bauauftrag zu erhalten, verletzt. Sie machen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerden kostenpflichtig abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 129 Abs. 10 Bauordnung für Wien ist jede Abweichung von den Bauvorschriften einschließlich der Bebauungsvorschriften zu beheben. Ein vorschriftswidriger Bau, für den eine nachträgliche Bewilligung nicht erwirkt oder eine Bauanzeige nicht rechtswirksam (§ 62 Abs. 6) erstattet wurde, ist zu beseitigen; gegebenenfalls kann die Behörde Aufträge erteilen.

Bewilligungsfreie Bauvorhaben nach § 62a Abs. 1 Bauordnung für Wien müssen nach Abs. 3 dieses Paragraphen ebenfalls den Bauvorschriften einschließlich den Bebauungsvorschriften entsprechen und sind andernfalls zu beseitigen; gegebenenfalls kann die Behörde Aufträge gemäß § 129 Abs. 10 erteilen.

Die Beschwerdeführer bekämpfen die Feststellungen der belangten Behörde betreffend die Länge des Holzflechtzaunes und die Höhe der Einfriedung. Sie führen aus, die belangte Behörde habe festgestellt, dass auf der Liegenschaft Delugstraße 12, Grundstück Nr. 650/56, in EZ 1213 der KG Untersievering an der hinteren Grundgrenze zur Liegenschaft Kaasgrabengasse 7a, auf einer Länge von ca. 19 m eine Einfriedung mit einer Höhe von bis zu 2,30 m errichtet worden sei. Die Liegenschaft Delugstraße 12, Grundstück Nr. 650/56, KG Untersievering, weise aber an der hinteren Grundgrenze zur Liegenschaft Kaasgrabengasse 7a lediglich eine Länge von rund 11 m auf. Nur die an der hinteren Grundgrenze zur Liegenschaft Kaasgrabengasse 7a liegenden beiden Grundstücke Nr. 650/56 und 643/18 gemeinsam hätten eine Länge von rund 19 m. Die beauftragte Änderung der Einfriedung mit einer Länge von 19 m sei daher tatsächlich nicht möglich; die beauftragte Abänderung sei nicht exekutierbar, weil die beanstandete Einfriedung lediglich eine Länge von 11 m aufweise.

Mit diesem Vorbringen übersehen die Beschwerdeführer, dass die belangte Behörde nunmehr in Abänderung des erstinstanzlichen Bauauftrages auf das Grundstück Nr. 650/56 weder im Spruch noch in der Begründung Bezug nimmt. Der angefochtene Bescheid bezieht sich ausdrücklich auf die - unstrittig - ca. 19 m lange hintere Grundgrenze der den Beschwerdeführern gehörigen Liegenschaft, die an der Nordseite zur Gänze an die ebenfalls im Spruch genannte Liegenschaft Kaasgrabengasse 7a grenzt. Eine die Exekutierbarkeit des Auftrages hindernde Undeutlichkeit des Spruches ist für den Verwaltungsgerichtshof nicht erkennbar.

Mit ihrem erstmals im Beschwerdeverfahren erstatteten Vorbringen, die tatsächlichen Gegebenheiten hätten sich bis zum Zeitpunkt der Entscheidung der Berufungsbehörde geändert und es handle sich bei der gegenständlichen Mauer um eine Stützmauer, verstoßen die Beschwerdeführer gegen das vor dem Verwaltungsgerichtshof geltende Neuerungsverbot im Sinne des § 41 Abs. 1 VwGG.

Insoweit die Beschwerdeführer in ihren Vorträgen in der mündlichen Verhandlung darauf verweisen, dass sie nach Erlassung des angefochtenen Bescheides die Höhe des Zaunes reduziert und den rechtlichen Vorgaben angepasst hätten, ist diesem Vorbringen entgegen zu halten, dass für die belangte Behörde die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides maßgeblich war (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. März 2003, ZI. 2003/06/0004). Für den Verwaltungsgerichtshof war bei Beurteilung der Gesetzmäßigkeit des angefochtenen Bescheides ebenfalls dieser Zeitpunkt maßgeblich (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 1976, VwSlg. 8998/A). Auch mit dem Hinweis, dass auch auf Nachbargrundstücken Holzzäune errichtet worden seien, die keine freie Durchsicht gewähren, zeigen die Beschwerdeführer keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf, weil es eine "Gleichheit im Unrecht" nicht gibt (vgl. hierzu das hg. Erkenntnis vom 17. Oktober 2002, ZI. 2002/07/0092).

Die Behauptung der Beschwerdeführer, der Holzflechtzaun sei sowohl licht- als auch luftdurchlässig und die freie Durchsicht sei ausreichend gewährleistet, ist durch die in die Feststellungen des angefochtenen Bescheides eingeflossenen Ermittlungsergebnisse, insbesondere auch durch das im vorliegenden Verwaltungsakt einliegende Lichtbild, nicht gedeckt. Die Richtigkeit der diesbezüglichen Feststellung der belangten Behörde vermögen die Beschwerdeführer mit ihren unbewiesenen gebliebenen Behauptungen nicht zu erschüttern. Auch die in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Photos haben an diesem Ergebnis nichts zu ändern vermocht.

Schließlich rügen die Beschwerdeführer, die belangte Behörde hätte es unterlassen, Feststellungen zur Einfriedung im Zusammenhang mit dem örtlichen Stadtbild zu treffen. Sie verweisen auf die Regelung des § 86 Abs. 3 Bauordnung für Wien und führen aus, dass die belangte Behörde verpflichtet gewesen wäre, den freien Durchblick anderer in der Umgebung vorhandenen Mauern, Hecken, Zäune und Gebäude zu beurteilen. Hätte die belangte Behörde die Grundstücksbegrenzung der Nachbarliegenschaft geprüft, wäre sie zum Ergebnis gelangt, dass auf der gesamten Länge dieses Grundstückes die dortige Einfriedung in einer Höhe von über 5,50 m keinen freien Durchblick

gewährleiste, weshalb ihre Einfriedung das örtliche Stadtbild keineswegs beeinträchtigt. Abweichungen vom Bebauungsplan seien dann zulässig, wenn dadurch das örtliche Stadtbild nicht beeinträchtigt werde.

§ 86 Bauordnung für Wien enthält Regelungen über die Einfriedungen. Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

"Einfriedungen

§ 86

(1) Wo dies aus Gesundheitsrücksichten, aus Sicherheitsgründen oder zum Schutz des örtlichen Stadtbildes notwendig ist, ist dem Eigentümer des anliegenden Grundes aufzutragen, seine Liegenschaft gegen die Verkehrsfläche einzufrieden.

(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.

(3) Einfriedungen von Vorgärten gegen die Verkehrsfläche und an den seitlichen Grundgrenzen auf die Tiefe des Vorgartens dürfen, sofern der Bebauungsplan nicht anderes zulässt, den freien Durchblick nicht hindern. Abweichungen hievon sind zulässig, wenn dadurch das örtliche Stadtbild nicht beeinträchtigt wird. Sonstige Grundgrenzen dürfen, wenn der Bebauungsplan nicht anderes bestimmt, durch volle Wände abgeschlossen werden."

Die gegenständliche Einfriedung befindet sich zur Gänze an der hinteren Grundgrenze der Liegenschaft der Beschwerdeführer und grenzt nicht an eine öffentliche Verkehrsfläche, einen Friedhof oder eine Grundfläche, die für öffentliche Zwecke vorbehalten ist. Die im zweiten Satz des § 86 Abs. 3 Bauordnung für Wien gesetzlich als zulässig eingeräumten Möglichkeiten von "Abweichungen, wenn dadurch das örtliche Stadtbild nicht beeinträchtigt wird", beziehen sich aber nur auf die im ersten Satz dieser Gesetzesstelle genannten Einfriedungen von Vorgärten. Für sonstige, also insbesondere auch die hinteren, Grundgrenzen gelten jedenfalls die Bestimmungen des Bebauungsplanes, sofern diese wie im Beschwerdefall anderes anordnen wie § 86 Abs. 3 dritter Satz Bauordnung für Wien. Das örtliche Stadtbild war daher bei Beurteilung der Bauordnungswidrigkeit der gegenständlichen Einfriedung nicht entscheidungsrelevant.

Auf Grund dieser Erwägungen war daher die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 23. Juni 2008

### **Schlagworte**

Maßgebende Rechtslage maßgebender Sachverhalt Sachverhalt Diverses Baupolizei Baupolizeiliche Aufträge  
Baustrafrecht Kosten Konsenslosigkeit und Konsenswidrigkeit unbefugtes Bauen BauRallg9/2 Rechtsgrundsätze  
Diverses VwRallg6/7

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

ECLI:AT:VWGH:2008:2007050150.X00

### **Im RIS seit**

18.07.2008

### **Zuletzt aktualisiert am**

25.11.2016

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