

# TE Lvwg Erkenntnis 2020/12/11 VGW-211/026/13918/2019/VOR

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 11.12.2020

## Entscheidungsdatum

11.12.2020

## Index

L82009 Bauordnung Wien

40/01 Verwaltungsverfahren

## Norm

BauO Wr §129 Abs10

AVG §7

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Maga Ebner, LL.M., aufgrund der Vorstellung vom 29.10.2019 über die Beschwerde der Frau A. B., vertreten durch Rechtsanwalts GmbH, vom 05.03.2018, gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37 - Gebietsgruppe ..., Bauinspektion, vom 07.02.2018, Zl. MA37/...-2017-1, mit welchem ein Bauauftrag gemäß § 129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien (BO) – Vorschriftswidrigkeit, erteilt wurde,

zu Recht erkannt:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 und 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz -VwGVG wird der angefochtene Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37 - Gebietsgruppe ..., Bauinspektion, vom 07.02.2018, Zl. MA37/...-2017-1, hinsichtlich des Spruchpunktes 2.) bestätigt und hinsichtlich Spruchpunkt 4.) mit der Maßgabe bestätigt, dass dieser zu lauten hat: „Am begehbarer Flachdach vor der Wohnung Top 12 ist ein Geländer (Absturzsicherung) gemäß Auflagenpunkt 3.) des Bescheides der MA 37 vom 04.03.1992, Zl. MA 37/.../91, herzustellen“ und werden die Beschwerden gegen diese Spruchpunkte als unbegründet abgewiesen.

II. Das hg. Erkenntnis vom 10.10.2019, GZ. VGW-211/026/RP23/3342/2018-8, wird hinsichtlich des Spruchpunktes 2.), in dem der angefochtene Bescheid mit der Maßgabe bestätigt wurde, dass die Größe des Ausstiegs „(70 x 80 cm)“ durch „(90 x 200 cm)“ zu ersetzen ist, behoben.

III. Gemäß § 28 Abs. 1 und 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG wird der Beschwerde hinsichtlich des Spruchpunktes 3.) stattgegeben und der Bescheid diesbezüglich behoben.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

## Entscheidungsgründe

Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37 - Gebietsgruppe ..., Bauinspektion, vom 07.02.2018, Zl. MA37/...-2017-1, wurde den Eigentümern der Baulichkeit auf der Liegenschaft Wien, C.-gasse gemäß § 129 Abs. 10 der Bauordnung für Wien (BO) der Auftrag erteilt, binnen sechs Monaten nach Rechtskraft dieses Bescheides

- 1.) den Dachausstieg im Gangbereich vor der zukünftigen Wohnung Top 13 (derzeit Dachboden) mit den Abmessungen 60 x 60 cm konsensgemäß herzustellen;
- 2.) den Ausstieg, welcher vom Abstellraum (ehemals Triebwerksraum) auf das begehbarer Flachdach vor der Wohnung Top 12 führt, konsensgemäß (70 x 80 cm) wiederherzustellen,
- 3.) am begehbaren Flachdach vor der Wohnung Top 12 den konsensgemäßen Dachaufbau wiederherzustellen,
- 4.) am begehbaren Flachdach vor der Wohnung Top 12 das konsensgemäße Geländer wiederherzustellen.

Mit gleichem Bescheid wurde weiters vorgeschrieben, binnen einem Monat nach Rechtskraft dieses Bescheides

- 5.) in der zukünftigen Wohnung Top 13 (derzeit Dachboden) die Öffnung in der Wand zwischen Vorraum und Abstellraum kraftschlüssig und fachgemäß zu verschließen.

Zu den einzelnen Spruchpunkten führte die belangte Behörde unter Bezugnahme auf die am 24.01.2018 durchgeführte Ortsverhandlung Folgendes aus:

1.) Der Dachausstieg im allgemeinen Gangbereich vor der zukünftigen Wohnung Top 13 (derzeit Dachboden) weist die Abmessungen 57 x 57 cm auf. Diese Abmessungen widersprechen jenen, welche in den bei der Baubehörde aufliegenden Plänen enthalten sind. Ein Ausstieg auf das darüber befindliche Flachdach des Hoftraktes für Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten sowie den Rauchfangkehrer ist daher nur mehr eingeschränkt möglich. (Sollte ein größerer Ausstieg geplant sein, wird auf die baubehördliche Bewilligungspflicht sowie auf die ÖNORM B 8207 hingewiesen.)

2.) Der Ausstieg, welcher vom Abstellraum (ehemals Triebwerksraum) auf das begehbarer Flachdach des Straßentraktes vor der Wohnung Top 12 führt, wurde augenscheinlich kraftschlüssig verschlossen. Ein gesicherter Zugang auf das Flachdach, welches nur zu Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten sowie vom Rauchfangkehrer zu betreten ist, ist daher von einer allgemeinen Fläche aus nicht mehr gegeben.

3.) Am begehbaren Flachdach vor der Wohnung Top 12 wurden augenscheinlich die konsensgemäßen Betonplatten sowie die Sandausgleichsschicht entfernt und lediglich eine Kiesschüttung aufgebracht. Eine Beschädigung des darunter liegenden Dachaufbaus kann daher nicht ausgeschlossen werden.

4.) Am begehbaren Flachdach vor der Wohnung Top 12 wurde das konsensgemäß Geländer entfernt und durch ein anderes Geländer ersetzt, welches nicht der Wiener Bauordnung bzw. den OIB-Richtlinien entspricht.

5.) In der Wohnung Top 13 weist die Ziegelwand zwischen dem Vorraum und dem Abstellraum eine ca. 1,00 x 2,00 m große Öffnung auf, ohne dass hierfür eine baubehördliche Bewilligung erwirkt wurde bzw. wurde auch keine Bauanzeige bei der Baubehörde eingereicht.

An der Wohnung Top 13 besteht begründetes Wohnungseigentum.

Als Konsens für die Punkte 2.) und 4.) wird die Benützungsbewilligung (inklusive des dazu gehörenden Planes) vom 26.09.1997, Zahl: MA 37/.../95 und für den Punkt 3.) die Bewilligung (inklusive des dazu gehörenden Planes) vom 04.03.1992, Zahl: MA 37/.../91 angesehen.

Gemäß § 129 Abs. 10 BO sind die ohne Baubewilligung durchgeführten baulichen Abänderungen zu beseitigen.

Die gestellten Fristen sind nach der Art der angeordneten Maßnahmen angemessen.

Gegen diesen Bescheid brachte die rechtsfreundlich vertretene Miteigentümerin der Baulichkeit auf der Liegenschaft Wien, C.-gasse sowie Eigentümerin der Wohnung Top 12, Frau A. B., mit Schriftsatz vom 05.03.2018 fristgerecht Beschwerde an das Verwaltungsgericht Wien ein, welche wie folgt lautet:

....

## 2. Sachverhalt

2.1 Die Beschwerdeführerin hat mit Kaufvertrag vom 18.05.1994 (Beilage ./4) 248/1695 Anteile (B-LNr. 33) der Liegenschaft EZ ..., KG D. (...) bestehend aus der Grundstücksnummer ... erworben. Mit den Anteilen ist untrennbar Wohnungseigentum an Wohnung Top Nr. 12 verbunden. Die Top Nr. 12 beinhaltet auch den Zugang und die Benützung einer Dachfläche mit einer Fläche von 48 m<sup>2</sup>. Die Benützungsbewilligung erfolgte auf Grund des Bescheides (GZ MA37/.../95 vom 26.09.1997) und dem dazugehörigen Plan für die Benützungsgenehmigung von Arch. Dipl.-Ing. E. F..

2.2 Dass das die gegenständliche Fläche (Terrasse oder begehbares Flachdach) der Top Nr. 12 ausschließlich zugeordnet ist ergibt sich aus folgenden Tatsachen:

? Im Kaufvertrag vom 18.5.1994 (Beilage ./4) wird auf Seite 3 explizit festgehalten, dass die Wohnung der beklagten Partei auch aus einer „Terrasse im Ausmaß von 48m<sup>2</sup> besteht.

? Im gültigen Wohnungseigentumsvertrag vom 14.05.1996 (Beilage ./5) wurde in Punkt X die Zuordnung der Terrassen zu den Objekten verbindlich festgehalten. Die allgemeinen Teile sind in Punkt VIII des Wohnungseigentumsvertrages (Beilage ./G) ausdrücklich ausgeführt, nämlich dadurch, dass die Portierloge und die Kellerabteile im gemeinsamen Eigentum stehen.

? Auch in der Entscheidung der MA 50 vom 16.05.1995 (Beilage ./6) ist das begehbarer Flachdach mittel Zuschlags festgehalten und Teil des Wohnungseigentumsobjektes Top Nr. 12. In dieser Entscheidung wurden die Nutzwerte wegen des Dachgeschoßausbaus für die Wohnungen 12 und 13 neu bestimmt und die Zu- und Abschläge für die Ermittlung der Nutzwerte der Wohnungen der Beschwerdeführerin angeführt. Unter anderem findet sich auf der Seite 5 der Entscheidung ein Zuschlag iHv 5 % für das begehbarer Flachdach (Zuschlag „Z 3“). Das Flachdach wird auf Seite 6 der Entscheidung bei der Bestimmung des Nutzwerts der Wohnung der beklagten Partei als Zuschlag festgelegt und hinzugerechnet.

? Das begehbarer Flachdach ist mit einem Geländer umrandet und ist nur von der Wohnung Top Nr. 12 erreichbar. Man müsste über einen ungesicherten Dachausstieg auf ein ungesichertes Dach klettern, um dann überhaupt erst in die Nähe des Flachdachs zu gelangen. Das begehbarer Flachdach kann daher auch faktisch nur von der Beschwerdeführerin benutzt werden. Über dieses Flachdach ist auch der einzige Zugang zum Abstellraum der Wohnung Top Nr. 12.

2.3 Die Beschwerdeführerin nutzt daher diese Fläche auch schon ausschließlich seit über 20 Jahren und bis vor kurzem ungestört. im Jahr 2008 fanden im Haus umfassende Renovierungsarbeiten statt. Dabei wurde die gesamte Ziegelmauer neu verputzt, die Ausstiegsluke mitzugenauert und auch mitverputzt. Diese Arbeiten erfolgten durch die Miteigentümer vertreten durch die Hausverwaltung. Die Beschwerdeführerin hat diesbezüglich keine Arbeiten beauftragt oder ausführen lassen. Dies wurde auch in der Verhandlungsschrift durch die Beschwerdeführerin zu Protokoll gegeben.

2.4 Trotzdem hat ein Miteigentümer (Herr G.H.), der seine Anteile im Wege einer Zwangsversteigerung im Jahr 2002 erworben hat, beim Bezirksgericht I. gegen die Beschwerdeführerin eine Klage auf Unterlassung und Beseitigung eingebracht (GZ ..., BG I.). Der klagende Miteigentümer ist seit dem Jahr 2002 Miteigentümer der Liegenschaft, womit 49/1695 Anteile Eigentum an den benachbarten Flächen der Top Nr. 12 verbunden sind, und hat ca. 13 Jahre (!) nach Erwerb als Nachbar der Wohnung plötzlich vermeint, dass man dieses Dach nicht benutzen dürfe, obwohl dieses von dessen Flächen sehr gut sichtbar ist.

2.5 In diesem Prozess wurde unter anderem der Verhandlungsleiter und Sachbearbeiter im gegenständlichen Verfahren J. K. vom Kläger Herrn G. H. als Zeuge beantragt. Herr J. K. wurde auch tatsächlich als Zeuge in der Tagsatzung vom 13.11.2017 vor dem Bezirksgericht I. vernommen.

2.6 Unmittelbar nach der Verhandlung wurde vom Zeugen Herrn J.K. das hier gegenständliche Verfahren eingeleitet. Am 24.01.2018 fand die anberaumte Verhandlung statt. Es gab keinerlei Befragungen der Parteien, insbesondere hinsichtlich der Arbeiten und des konkreten Dachterrassenaufbaus. Auch nicht hinsichtlich möglicher Arbeiten, die ohne eine Anzeige bei der Baubehörde durchgeführt wurden bzw. wie genau der Aufbau derzeit aussieht. Auch die im Bauakt erliegenden Unterlagen zu Arbeiten beim Aufzug, welche auch das hier gegenständliche Aufzugstriebwerkshaus betreffen, wurden nicht erwähnt.

2.7 Ein Verhandlungsprotokoll wurde nicht erstellt und den Parteien zugestellt. In die Verhandlungsschrift konnten die Parteien Einsicht nehmen. Es wurde laut Verhandlungsschrift von der Behörde folgender Sachverhalt festgestellt:

- 1) Der Ausstieg vom Maschinenraum auf das Flachdach von Top Nr. 12 wurde verschlossen;
- 2) Es wurde das Geländer durch ein anderes ersetzt;
- 3) Die Betonplatten auf dem Flachdach wurden entfernt;
- 4) In der Wohnung Top Nr. 13 befindet sich eine ca. 2 x 1 m große Öffnung in der Mittelwand.
- 5) Der RFK-Ausstieg weist keine Sicherungen auf.

Die Beschwerdeführerin ist daher davon ausgegangen, dass bei Punkt 3. der Verhandlungsschrift im ungünstigsten Fall Betonplatten aufzubringen sind. Auch in Punkt 1. der Verhandlungsschrift konnte davon ausgegangen werden, dass eine wesentlich günstigere Alternative vorgeschrieben wird, da es ja immer nur um den Rauchfangkehrerausstieg gegangen ist.

2.8 Es wurde sodann der jedoch angefochtene Bescheid erlassen, der folgende Aufträge enthält:

- 1.) Der Dachausstieg im Gangbereich vor der zukünftigen Wohnung Top 13 (derzeit Dachboden) ist mit den Abmessungen 60 x 60 cm konsensgemäß wiederherzustellen.
- 2.) Der Ausstieg, welcher vom Abstellraum (ehemals Triebwerksraum) auf das begehbarer Flachdach vor der Wohnung führt, ist konsensgemäß (70 x 80 cm) wiederherzustellen.
- 3.) Am begehbaren Flachdach vor der Wohnung Top Nr. 12 ist der konsensgemäße Dachaufbau wiederherzustellen.
- 4.) Am begehbaren Flachdach vor der Wohnung Top Nr. 12 ist das konsensgemäße Geländer wiederherzustellen.
- 5.) In der zukünftigen Wohnung Top 13 (derzeit Dachboden) ist die Öffnung in der Wand zwischen Vorraum und Abstellraum kraftschlüssig und fachgemäß zu verschließen.

In der Begründung wird ferner ausgeführt, dass das Flachdach nur zu Wartungs- und Revisionszwecken betreten werden dürfe. Auch hierzu wurden keinerlei Feststellungen getroffen.

Beweis:

- Einvernahme Beschwerdeführerin;
- Kaufvertrag (Beilage ./4);
- Wohnungseigentumsvertrag (Beilage ./5);
- Entscheidung MA 50, (Beilage ./6);
- gegenständlicher Bauakt;
- das offene Grundbuch.

### 3. Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit

#### 3.1 Gemäß Artikel 130 Abs. 1 Z. 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über

Beschwerden „gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit“. Der Beschwerdeführer erhebt gegen den Bescheid des Magistrats der Stadt Wien vom 07.02.2018 Beschwerde an das zuständige Landesverwaltungsgericht gemäß Artikel 132 Abs. 1 Z 1 B-VG. Der Bescheid MA37/...-2017-1 wurde am 07.02.2018 ausgestellt und wurde der Vertreterin der Beschwerdeführerin am 12.02.2018 zugestellt.

3.2 Der angefochtene Bescheid wird – soweit er unter anderem die Beschwerdeführerin betrifft – zur Gänze angefochten. Der Spruchpunkt 5. verpflichtet nur den Miteigentümer G. H. und nicht die Beschwerdeführerin. Lediglich der Spruchpunkt 5. wird daher nicht angefochten.

3.3 Der Beschwerde selbst kommt die aufschiebende Wirkung gemäß§ 13 Abs 1 VWVG zu. Aufgrund des vorliegenden Mehrparteienverfahrens wird der angefochtene [Bescheid] gegenüber allen Parteien (sonstige Personen gemäß Rubrum) nicht rechtskräftig.

### 4. Beschwerdepunkt

Der angefochtene Bescheid ist inhaltlich rechtswidrig und rechtswidrig aufgrund der Verletzung [von] Verfahrensvorschriften. Die Beschwerdeführerin erachtet sich zudem in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein faires Verfahren (insbesondere Entzug des rechtlichen Gehörs) verletzt. Ebenso wird die Befangenheit und die Unzuständigkeit des Sachbearbeiters geltend gemacht.

## 5. Beschwerdegründe

### 5.1 Befangenheit des Verhandlungsleiters und Sachbearbeiters J.K.:

5.1.1 Vollinhaltlich aufrechterhalten wird der Befangenheitsantrag gegen den Verhandlungsleiter und Sachbearbeiter sowie Bescheidverfasser J. K.. Dieser wurde bereits mit Antrag vom 15.01.2018 von der Beschwerdeführerin gegenüber der belangten Behörde geltend gemacht. Die Gründe werden vollinhaltlich aufrechterhalten und lauten wie folgt:

§ 7 AVG regelt wie folgt:

#### Befangenheit von Verwaltungsorganen

§ 7. (1) Verwaltungsorgane haben sich der Ausübung ihres Amtes zu enthalten und ihre Vertretung zu veranlassen:

1. in Sachen, an denen sie selbst, einer ihrer Angehörigen (§ 36a) oder einer ihrer P?egebefohlenen beteiligt sind;
2. in Sachen, in denen sie als Bevollmächtigte einer Partei bestellt waren oder noch bestellt sind;
3. wenn sonstige wichtige Gründe vorliegen, die geeignet sind, ihre volle Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen;
4. im Berufungsverfahren, wenn sie an der Erlassung des angefochtenen Bescheides oder der Berufungsvorentscheidung (§ 64a) mitgewirkt haben.

(2) Bei Gefahr im Verzug hat, wenn die Vertretung durch ein anderes Verwaltungsorgan nicht sogleich bewirkt werden kann, auch das befangene Organ die unaufschiebbaren Amtshandlungen selbst vorzunehmen.

5.1.2 Der Verhandlungsleiter und Sachbearbeiter ist als Verwaltungsorgan anzusehen und das Durchführen der Verhandlung ist eine Amtshandlung. Bei Herrn J. K. liegen wichtige Gründe vor, die geeignet sind die volle Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen. So ist zwischen der Beschwerdeführerin und dem weiteren Miteigentümer Herrn G. H. beim Bezirksgericht I. ein Zivilverfahren zur Geschäftszahl ... anhängig, worin es um die Nutzungsrechte an Teilen der Wohnung Top Nr. 12 geht.

5.1.3 In diesem Prozess wurde Herr J.K. vom Kläger H. als Zeuge beantragt. Herr J.K. wurde auch tatsächlich als Zeuge in der Tagsatzung vom 16.11.2017 vor dem Bezirksgericht I. vernommen. Es handelt sich daher um einen wichtigen Grund der geeignet ist, die volle Unbefangenheit des Verhandlungsleiters J. K. in Frage zu stellen. Für die Befangenheit genügt es, wenn bei vernünftiger Würdigung aller konkreten Umstände Anlass besteht, an der Unvoreingenommenheit und objektiven Einstellung des Organwalters zu zweifeln. Dass keine volle Unbefangenheit vorliegt, ist daher evident.

5.1.4 Zur Amtsausübung zählt auch die Leitung einer mündlichen Verhandlung § 43 Abs 1 AVG) und die Verfassung eines Bescheides. Außerdem wird zur Befangenheit auch vorgebracht, dass der Verhandlungsleiter, der im Referat „Baustellenkontrolle“ tätig ist, hier einschreitet, obwohl keine Baustelle sondern eine Konsensüberprüfung vorliegt (siehe nächster Punkt 5.2.). Auch dieser Umstand trägt dazu bei, an der vollen Unbefangenheit des Verhandlungsleiters zu zweifeln.

5.1.5 Im angefochtenen Bescheid wird zum bereits vor Verhandlung ausgesprochenen Befangenheitsantrag durch die Beschwerdeführerin von der belangten Behörde lapidar ausgeführt, dass die Zeugenschaft kein Befangenheitsgrund sei, da dieser nicht im § 7 AVG aufgelistet sei. Ferner solle die Zuständigkeit nur eine Orientierung sein. Die Ansicht, wonach eine Befangenheit nur vorliege, wenn diese in § 7 AVG aufgelistet sei, ist zudem rechtswidrig. Außerdem hat sich die belangte Behörde mit den Gründen überhaupt nicht auseinandergesetzt.

5.1.6 Zudem hat Herr J. K. im Bescheid einen weiteren Grund gesetzt, wonach seine volle Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen ist. Dass schon objektiv Zweifel gegeben sind und sohin die Voraussetzung des § 7 AVG (Befangenheit) gegeben sind, ergibt sich nämlich auch aus der völlig deplatzierten Ausführung im angefochtenen Bescheid, wonach das Flachdach nur zu Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten sowie vom Rauchfangkehrer zu betreten sein soll.

5.1.7 Gemäß Rechtsprechung des Landesgerichts Wien (VGW-211/005/RP23/ 9713/2017-5 vom 25.09.2017) sind Nutzungseinschränkungen einer Erledigung nach § 129 Wiener Bauordnung (WBO) nicht zugänglich. Es ist daher

naheliegend, dass diese Begründung nur zum Zwecke der Verbesserung der Prozesssituation des Klägers dient, zumal der befangene Verhandlungsleiter J. K. noch in der Verhandlung am 24.01.2018 selbst ausdrücklich mitgeteilt hat, dass eine erlaubte Nutzung des Flachdachs nicht Thema des angefochtenen Verfahrens sei. Diese Begründung wurde auch schon im Zivilprozess vorgebracht.

5.1.8 Zusammenfassend kann daher ausgeführt werden, dass nicht nur aufgrund der Zeugenschaft des Verhandlungsleiters und Sachbearbeiters auf Grund eines Antrages des Miteigentümers (erhebliche) Zweifel an der vollen Unbefangenheit bestehen, sondern der Bescheidersteller nunmehr auch im Bescheid (rechtswidrig) Begründungen der Nutzung des Flachdaches niederschreibt. Der Bescheid wurde auch gleich umgehend im Zivilprozess vorgelegt, um die Prozesschancen des Herrn H. zu steigern. Es bestehen mehr als nur objektive Zweifel an der Unbefangenheit, erst recht an der vollständigen Unbefangenheit gemäß § 7 AVG.

## 5.2 Unzuständigkeit des Verhandlungsleiters:

5.2.1 Zudem ist der Verhandlungsleiter und Sachbearbeiter Herr J.K. als Werkmeister in der „MA 37 - Gebietsgruppe ... - Dezernat V - Referat Baustellenkontrolle“ tätig. Vorliegend handelt es sich nicht um eine Baustelle und ist daher ein Amtsorgan der MA 37 - Gebietsgruppe ... - Dezernat V - Referat Baubestand zuständig. Diese Abteilung besteht ebenfalls aus mehreren Mitarbeitern, die dieses Verfahren leiten können.

5.2.2 Es wird daher auch die Unzuständigkeit des Verhandlungsleiters und Sachbearbeiters J. K. vollinhaltlich aufrechterhalten.

Beweis:

- Einvernahme Beschwerdeführerin;
- bereits im Akt erliegende Beilagen ./3 und ./4;
- weitere Beweise vorbehalten.

## 5.3 Vorschreibung des Spruchpunktes 4. (Herstellung Geländer) ausschließlich an die Beschwerdeführerin

### 5.3.1 § 129 der Bauordnung für Wien lautet wie folgt:

Benützung und Erhaltung der Gebäude; vorschriftswidrige Bauwerke

§ 129. (1) Für die bewilligungsgemäße Benützung der Räume ist der Eigentümer (jeder Miteigentümer) des Bauwerkes verantwortlich. Im Falle der Benützung der Räume durch einen anderen geht die Haftung auf diesen über, wenn er vom Eigentümer über die bewilligte Benützungsart in Kenntnis gesetzt worden ist. Im Falle der Benützung von Räumen als Heim oder wie Unterkunftsräume in einem Heim haftet jedenfalls nur der Eigentümer.

(2) Der Eigentümer (jeder Miteigentümer) hat dafür zu sorgen, dass die Bauwerke (Gärten, Hofanlagen, Einfriedungen u. dgl.) in gutem, der Baubewilligung und den Vorschriften dieser Bauordnung entsprechendem Zustand erhalten werden. Für Gebäude in Schutzzonen besteht darüber hinaus die Verpflichtung, das Gebäude, die dazugehörigen Anlagen und die baulichen Ziergegenstände in stilgerechtem Zustand und nach den Bestimmungen des Bebauungsplanes zu erhalten. Instandhaltungsmaßnahmen, durch die öffentliche Interessen berührt werden können, sind vom Eigentümer (jedem Miteigentümer) eines Gebäudes mit mehr als zwei Hauptgeschoßen zu dokumentieren. Diese Dokumentation ist, gegebenenfalls in elektronischer Form, aufzubewahren und muss der Behörde auf Verlangen zur Einsicht zur Verfügung gestellt werden.

(3) Den Vertretern der Behörde ist zur Ermöglichung der Aufsicht über den Bauzustand und der Überwachung der genauen Einhaltung der den Eigentümern (Miteigentümern) und etwaigen Benützern des Bauwerkes gesetzlich obliegenden Verpflichtungen der Zutritt zu allen Teilen eines bestehenden Bauwerkes zu jeder Tageszeit, bei Gefahr im Verzuge auch zur Nachtzeit zu gestatten; hiebei ist auf die in anderen Gesetzen enthaltenen Vorschriften und Verbote Bedacht zu nehmen. Der Eigentümer (jeder Miteigentümer), der Hausbesorger und die Benutzer der Bauwerke sind verpflichtet, alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

(4) Die Behörde hat nötigenfalls die Behebung von Baugebrechen unter Gewährung einer angemessenen Frist anzurufen. Sie ordnet die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen an und verfügt die aus öffentlichen Rücksichten notwendige Beseitigung von Baugebrechen entsprechend dem Stand der Technik im Zeitpunkt der Erteilung des Bauauftrages. Ist das Bauwerk aus öffentlichen Interessen, wie etwa solchen des Denkmalschutzes, entsprechend dem

Stand der Technik im Zeitpunkt seiner Errichtung zu erhalten, ist es in den der Baubewilligung entsprechenden Zustand zu versetzen, sofern keine 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. Bei benützten Gebäuden sind rechtskräftige Aufträge an allgemein zugänglicher Stelle des Gebäudes (jeder Stiege) anzuschlagen. Die Räumung oder der Abbruch von Bauwerken oder Bauwerksteilen ist anzuordnen, wenn die technische Unmöglichkeit der Behebung der Baugebrechen erwiesen ist. Die Räumung oder der Abbruch von Bauwerken oder Bauwerksteilen ist weiters auch dann anzuordnen, wenn durch die Art, die Vielfalt und das Ausmaß der bestehenden Baugebrechen sich die Bauwerke oder Bauwerksteile in einem solchen gefährlichen Bauzustand befinden, dass die Sicherheit der Bewohner und Benutzer des Gebäudes bedroht ist und auch durch einfache Sicherungsmaßnahmen auf längere Zeit nicht hergestellt und gewährleistet werden kann. In allen Fällen steht dem Eigentümer (Miteigentümer) des Bauwerkes oder der Bauwerksteile die Möglichkeit offen, innerhalb der Erfüllungsfrist den der Baubewilligung und den Vorschriften dieses Gesetzes entsprechenden Zustand wiederherzustellen. Für Bauwerke oder Bauwerksteile in Schutzzonen hat die Behörde darüber hinaus die Behebung von Schäden aufzutragen, die das äußere Erscheinungsbild beeinträchtigen; im Zuge der Instandsetzung des Baukörpers eines Bauwerks oder Bauwerksteiles kann die Behörde dessen Ausgestaltung nach den Bebauungsbestimmungen gemäß § 5 Abs. 4 und § 7 Abs. 3 oder entsprechend dem § 85 Abs. 5 verfügen.

(5) Der Eigentümer (jeder Miteigentümer) eines Bauwerkes ist verpflichtet, deren Bauzustand zu überwachen. Lässt dieser das Vorliegen eines Baugebrechens vermuten, hat er den Befund eines Sachverständigen einzuholen. Lassen sich Art und Umfang eines vermuteten Baugebrechens nicht durch bloßen Augenschein feststellen, ist er über Auftrag der Behörde verpflichtet, über das Vorliegen des vermuteten Baugebrechens und gegebenenfalls über dessen Art und Umfang den Befund eines Sachverständigen vorzulegen. Der dem Befund zugrunde gelegte Sachverhalt muss durch die Behörde überprüfbar sein.

(6) Bei Gefahr im Verzuge kann die Behörde auch ohne Anhörung der Partei die erforderlichen Verfügungen und Sicherungsmaßnahmen auf Gefahr und Kosten des Eigentümers (jedes Miteigentümers) eines Bauwerkes anordnen und sofort vollstrecken lassen.

(7) Wenn im Falle eines Notstandes die Rettung von Menschen nur von einem benachbarten Gebäude oder Grundstück aus möglich ist, ist jeder Eigentümer (Miteigentümer) und Benutzer verpflichtet, das Betreten des Gebäudes oder Grundstückes und die Vornahme der notwendigen Veränderungen zu dulden. Bei Gefahr im Verzuge können die Verfügungen gleichfalls ohne Anhörung der Partei angeordnet und vollstreckt werden. Der hiermit verbundene Schaden ist wieder gutzumachen. Hiefür gelten sinngemäß die Bestimmungen des § 126. Werden wegen Gefahr im Verzuge diese Maßnahmen von der Behörde selbst vorgenommen, ist die Gemeinde zur Wiedergutmachung des Schadens verpflichtet, unbeschadet ihres Anspruches auf Rückersatz durch den Verpflichteten.

(8) Bei Gefahr im Verzuge ist jeder Baugewerbetreibende verpflichtet, der Behörde zum Zwecke der Behebung von Baugebrechen gegen angemessene Vergütung, jedoch ohne dass im Streitfall die Ausführung verzögert werden darf, die verlangte Unterstützung in seinem Fache zu gewähren. Nach Fertigstellung der Arbeiten hat der Magistrat die Höhe der Vergütung über Verlangen binnen einem Monat festzustellen und den festgesetzten Betrag zu bezahlen oder zu erlegen.

(9) Freistehende Feuermauern und ebensolche Feuermauerteile sind, auch wenn sie nur vorübergehend ungedeckt bleiben, von außen zu verputzen. Die Behörde kann, wenn es die Rücksicht auf das örtliche Stadtbild erfordert, eine entsprechende Ausgestaltung sichtbarer Feuermauerteile verlangen. Werden aus welchem Anlass immer bisher verdeckte Feuermauerteile freigelegt, so kann der Eigentümer (jeder Miteigentümer) verhalten werden, mindestens einen glatten Verputz herzustellen.

(10) Jede Abweichung von den Bauvorschriften einschließlich der Bebauungsvorschriften ist zu beheben. Ein vorschriftswidriges Bauwerk, 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; 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. Im Falle der Verwendung von Flächen zum Einstellen von Kraftfahrzeugen ohne baubehördliche Bewilligung (§ 3 Abs. 1 Z 2 WGarG 2008) durch einen vom Eigentümer (den Miteigentümern) verschiedenen Nutzungsberechtigten sind Aufträge gegebenenfalls an diesen zu richten. In Schutzzonen sind überdies Abweichungen von den Bebauungsbestimmungen im Bebauungsplan, für die eine Baubewilligung weder nachgewiesen noch infolge des erinnerlichen Bestandes des Gebäudes vermutet werden kann, zu beheben und die Bauwerke und Bauwerksteile in stilgerechten und den Bebauungsbestimmungen entsprechenden Zustand zu versetzen. Lassen sich Art und Umfang von vermuteten Abweichungen von den Bauvorschriften nicht durch bloßen Augenschein feststellen, ist der Eigentümer (jeder Miteigentümer) eines Bauwerkes verpflichtet, über das Vorliegen der vermuteten Abweichungen und gegebenenfalls über deren Art und Umfang den Befund eines Sachverständigen vorzulegen. Der dem Befund zugrunde gelegte Sachverhalt muss durch die Behörde überprüfbar sein.

5.3.2 Im angefochtenen Bescheid wurde der Auftrag 4.) allen Miteigentümern vorgeschrieben. Dies ist rechtswidrig. Der Auftrag 4.) hätte nur der Beschwerdeführerin vorgeschrieben werden dürfen, da nur diese das Flachdach nutzen kann und dieses Flachdach ihrer Wohnung Top Nr. 12 zugeordnet ist und die Beschwerdeführerin das Geländer angebracht hat. Dies ergibt sich insbesondere aus folgenden Umständen:

? Im Kaufvertrag vom 18.5.1994 (Beilage ./4) wird auf Seite 3 explizit festgehalten, dass die Wohnung der beklagten Partei auch aus einer „Terrasse im Ausmaß von 48 m<sup>2</sup>“ besteht.

? Im gültigen Wohnungseigentumsvertrag vom 14.05.1996 (Beilage ./5) wurde in Punkt X die Zuordnung der Terrassen zu den Objekten verbindlich festgehalten. Die allgemeinen Teile sind in Punkt VIII des Wohnungseigentumsvertrages (Beilage ./G) ausdrücklich ausgeführt, nämlich dadurch, dass die Portierloge und die Kellerabteile im gemeinsamen Eigentum stehen.

? Auch in der Entscheidung der MA 50 vom 16.05.1995 (Beilage ./6) ist das begehbarer Flachdach mittels Zuschlags festgehalten und Teil des Wohnungseigentumsobjektes Top Nr. 12. In dieser Entscheidung wurden die Nutzwerte wegen des Dachgeschoßausbaus für die Wohnungen 12 und 13 neu bestimmt und die Zu- und Abschläge für die Ermittlung der Nutzwerte der Wohnungen der Beschwerdeführerin angeführt. Unter anderem findet sich auf der Seite 5 der Entscheidung ein Zuschlag iHv 5% für das begehbarer Flachdach (Zuschlag „Z 3“). Das Flachdach wird auf Seite 6 der Entscheidung bei der Bestimmung des Nutzwerts der Wohnung der beklagten Partei als Zuschlag festgelegt hinzugerechnet.

? Das begehbarer Flachdach ist mit einem Geländer umrandet und ist nur von der Wohnung Top Nr. 12 erreichbar. Man müsste über einen ungesicherten Dachausstieg auf ein ungesichertes Dach klettern, um dann überhaupt erst in die Nähe des Flachdachs zu gelangen. Das begehbarer Flachdach kann daher auch faktisch nur von der Beschwerdeführerin benutzt werden. Über dieses Flachdach ist auch der einzige Zugang zum Abstellraum der Wohnung Top Nr. 12.

5.3.3 Im Übrigen wird auf das Vorbringen im Sachverhalt verwiesen, um Wiederholungen zu vermeiden. Das Geländer ist eine Maßnahme die ausschließlich die Beschwerdeführerin trifft.

5.3.4 Ferner war für die Bewilligung im Jahre 1997 lediglich die Beschwerdeführerin Bauwerberin und nicht die restlichen Miteigentümer. Diese Bewilligung umfasst auch das Geländer.

Beweis:

- Einvernahme Beschwerdeführerin;
- Benützungsbewilligung auf Grund des Bescheides (GZ MA 37/.../95 vom 26.09.1997) und dem dazu gehörigen Plan für die Benützungsgenehmigung von Arch. Dipl.-Ing. E. F.;
- Einvernahme Arch. Dipl.-Ing. E. F., per Adresse L.-straße, M., ... N..

## 5.4 Rechtswidrige Feststellungen zur Benutzung des Flachdaches

### 5.4.1 Verletzung von Verfahrensvorschriften | Entzug des rechtlichen Gehörs

Die Behörde hat ohne die Beschwerdeführerin um Stellungnahme zu ersuchen oder nur zu hören, bzw. ohne dass sich die Beschwerdeführerin dazu äußern konnte ohne Begründung ausgeführt, dass das begehbarer Flachdach „nur zu Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten und nur vom Rauchfangkehrer zu betreten ist.“ Worauf sich diese Feststellung gründet bleibt gänzlich offen und ist für den konkreten Fall auch irrelevant. Der Verhandlungsleiter hat selbst in der

Verhandlung angegeben, dass eine Nutzungsart der Fläche gar nicht Thema der Verhandlung ist, was rechtlich auch richtig wäre. Trotzdem wurde nunmehr diese Begründung aufgenommen, wonach das Flachdach nur eingeschränkt genutzt werden dürfe. Dass diese Begründung lediglich dem Miteigentümer G. H. nützen soll, wurde schon oben zur Befangenheit ausgeführt.

Die Fläche mit einem Aufbau (samt Betonplatten) und einem Geländer wurde so genehmigt. Warum sollte für einen Rauchfangkehrer ein Geländer und Betonplatten verlegt werden? Die Bezeichnung Flachdach wurde lediglich verwendet, da zur damaligen Rechtslage für eine Terrasse ein Rauchfangkehrersteg notwendig wäre. Nach heutiger Ansicht handelt es sich um eine Terrasse.

Die Beschwerdeführerin wird durch diese rechtswidrige Begründung in ihren Rechten verletzt. Geltend gemacht werden auch Verfahrensmängel, da die Beschwerdeführerin dazu überhaupt nicht gehört wurde. Ganz im Gegenteil hat der Verhandlungsleiter noch ausgeführt, dass die Benützungsart nicht Thema des Verfahrens sei. Ferner wird dies auch zu ihrem Nachteil verwendet, da nunmehr ein Miteigentümer mit dieser falschen Begründung versucht Unterlassungsansprüche vor dem Zivilgericht durchzusetzen.

Hätte der Verhandlungsleiter hierzu Befragungen angestellt, dann hätte die Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass ihr diese Rechte im Kaufvertrag zuerkannt wurden und sie nur über diese Fläche zu dem ihrer Wohnung zugewiesenen Abstellraum gelangen kann. Dies alles wurde von der belangten Behörde unterlassen und ist der angefochtene Bescheid rechtswidrig.

#### 5.4.2 Rechtswidrigkeit der Begründung

In der Entscheidung VGW-211/005/RP23/9713/2017-5 vom 25.09.2017 hat das Verwaltungsgericht Wien festgestellt, dass Nutzungsfragen im Zusammenhang mit Terrassen bzw. Flachdächern nicht nach § 129 Abs. 1 BO geklärt werden können. Dies ist nur bei Räumen möglich, nicht jedoch bei Flachdächern bzw. Terrassen. Daher ist diese Begründung insbesondere zu beheben. Da eine bestimmte Benützung eines Flachdachs gemäß § 129 BO nicht erteilt werden darf, ist auch die im angefochtenen Bescheid erteilte Ausführung, wofür das gegenständliche Dach verwendet werden darf, unzulässig.

5.4.3 Zusammenfassend wird diese Ausführung wegen Verfahrensmängel, Entzug des rechtlichen Gehörs und Rechtswidrigkeit angefochten.

5.4.4 Für einen baurechtlichen Konsens nach heutigem Rechtsverständnis kann das Flachdach auch als Terrasse benutzt werden. Es wird beantragt, dass diese Ausführung im angefochtenen Bescheid ersatzlos entfernt wird.

Beweis:

- Einvernahme Beschwerdeführerin;
- Einvernahme Arch. Dipl.-Ing. E. F., per Adresse L.-straße, M., ... N.;
- Benützungsbewilligung auf Grund des Bescheides (GZ MA 37/.../95 vom 26.09.1997) und dem dazu gehörigen Plan für die Benützungsgenehmigung von Arch. Dipl.-Ing. E. F.;
- weitere Beweise vorbehalten.

#### 5.5 Vorschreibung hinsichtlich des Dachaufbaus

##### 5.5.1 Verletzung von Verfahrensvorschriften (Entzug rechtliches Gehör)

In der Verhandlungsschrift wurde festgestellt, dass die Betonplatten entfernt wurden. Außer der Sichtkontrolle fanden keine weiteren Erhebungen statt. Es erfolgten keinerlei Untersuchungen oder Befragungen durch die belangte Behörde. Im angefochtenen Bescheid wird nunmehr überraschenderweise vorgeschrieben, dass der Dachaufbau gemäß Bewilligung vom 04.03.1992, Zahl MA 37/.../91 zu erfolgen habe. Dies ist auch rechtswidrig, dass für einen Aufbau die Benützungsbewilligung samt Plan aus dem Jahr 1997 heranzuziehen ist.

Das Verfahren ist hierzu auch mangelhaft geblieben und wurde der Beschwerdeführerin kein rechtliches Gehör eingeräumt. Die Beschwerdeführerin hätte dann Vorbringen zum damaligen Dachaufbau und den Renovierungsarbeiten durch die Hausverwaltung vorbringen können. Außerdem wurde eben nur die Betonplatten angeführt und wurde eine Bewilligung vom 04.03.1992 nicht einmal diskutiert.

Auch liegt ein Begründungsmangel und Verfahrensmangel vor, zumal keine Erhebungen stattgefunden haben und auch nicht ersichtlich ist, woraus sich ergibt, dass und wer eine Sandschicht entfernt worden sein soll. Es liegt auch ein Entzug des rechtlichen Gehörs vor, da eben die Parteien nicht einmal Stellung nehmen konnten, was in der Zeit zwischen der Bewilligung und der Benützungsfreigabe ausgeführt wurde, bzw welche Arbeiten danach im Auftrag der Hausverwaltung erfolgten. Die Hausverwaltung hat übrigens der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass die Arbeiten nicht genehmigungsbedürftig gewesen seien.

Beweis:

- Einvernahme Beschwerdeführerin;
  - Einvernahme Dr. O., p.A. Hausverwaltung P. GmbH, Wien, Q.-straße
- Benützungsbewilligung auf Grund des Bescheides (GZ MA 37/.../95 vom 26.09.1997) und dem dazu gehörigen Plan für die Benützungsgenehmigung von Arch. Dipl.-Ing. E. F.;
- Einvernahme Arch. Dipl.-Ing. E. F., per Adresse L.-straße, M., ... N..

#### 5.6 Zur Öffnung des Ausstiegs (Punkt 2.) des angefochtenen Bescheides

Die belangte Behörde hat festgestellt, dass die Öffnung verschlossen wurde und nunmehr der Rauchfangkehrer von einer allgemeinen Fläche nicht mehr auf das Flachdach der Top Nr. 12 gelangen könnte. Der Zugang erfolgte bislang nicht durch das Aufzugstriebwerkshaus, sondern über das auf das Haus aufgebaute Aufzugstriebwerkshaus hinüber. Es ist jedoch einfach möglich mittels einer Seilsicherung über dieses Haus auf das Flachdach zu kommen. Dies wurde auch so in der Verhandlung erörtert. Es ist daher unverhältnismäßig hier wieder eine Öffnung zu schaffen und diese aufzutragen.

5.6.1 Wie schon zuvor vorgebracht wurde, wurde von den Hauseigentümern bei Arbeiten im Jahr 2008 die Luke mitverschlossen und die komplette Ziegelwand neu verputzt; nach Auskunft der Hausverwaltung sind solche „Renovierungsarbeiten“ auch nicht genehmigungsbedürftig.

5.6.2 Außerdem gab es im Jahr 2008 die im Bauakt erliegenden Arbeiten über den Umbau des Personenaufzuges (siehe Plan Beilage ./7). Darin ist ersichtlich, dass eine Öffnung auf das rückwärtige Flachdach verschlossen wird und ausschließlich eine Öffnung zum gegenständlichen Flachdach erfolgt (siehe Plan Beilage ./7). Diese Umstände wurden – obwohl alle Unterlagen im Bauakt liegen – überhaupt nicht berücksichtigt. Hier hätten Erhebungen stattfinden müssen und wäre von der Behörde festzulegen, wer welche Arbeiten ausführt. Dann wäre die Behörde zur Festlegung gekommen, dass das Verschließen der Luke konsensgemäß ist.

5.6.3 Die Baubehörde hat selbst angegeben, dass der Zugang nur für den Rauchfangkehrer möglich sein muss. Dieser kann auch über das Dach des Triebwerksraumes gelangen und daher wäre es mit einfachen Mitteln möglich, mittels Leitern und einem Anschlagpunkt dem Rauchfangkehrer den Zugang zu ermöglichen. Der Bescheid ist daher rechtswidrig, da bei mehreren möglichen Gebrechensbehebungen dem Hauseigentümer die Wahlmöglichkeit gegeben sein muss. Ausschlaggebend ist allein der Erfolg der Gebrechensbehebung. Es liegen auch hier Verfahrensmängel und Entzug des rechtlichen Gehörs vor, das man eben auch in der Verhandlung erörtern hätte müssen, dass die Alternative möglich ist.

Beweis:

- Einvernahme Beschwerdeführerin;
  - Einvernahme Dr. O., p.A. Hausverwaltung P. GmbH, Wien, Q.-straße
- Benützungsbewilligung auf Grund des Bescheides (GZ MA 37/.../95 vom 26.09.1997) und dem dazu gehörigen Plan für die Benützungsgenehmigung von Arch. Dipl.-Ing. E. F.;
- Einvernahme Arch. Dipl.-Ing. E. F., per Adresse L.-straße, M., ... N..

#### 5.6.4 Zu kurze Behebungsfrist im angefochtenen Bescheid

5.6.5 Aufgrund der Tatsache, dass diese Umstände keine Gefahr in Verzug bedeuten und, wäre es auch sachgerecht die Behebungsfrist auf 12 Monate zu verlängern. Daher ist auch hier der angefochtene Bescheid rechtswidrig, da eine zu kurze Behebungsfrist angeordnet wurde. Es liegt keinerlei Gefahr in Verzug vor.

6. Anträge:

Im Übrigen hält die Beschwerdeführerin ihr gesamtes Vorbringen aus dem Verfahren erster Instanz aufrecht und behält sich weiteres Vorbringen für den Fall der Fortsetzung des Verfahrens bzw. für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ausdrücklich vor.

Auf Basis der obigen Ausführungen stellt die Beschwerdeführerin sohin folgende

Anträge:

1. Das Landesverwaltungsgericht Wien möge gemäß § 44 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchführen und
2. den angefochtenen Bescheid gemäß § 28 Abs 3 VWGVG mit Beschluss aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückzuverweisen

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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