



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38610
Telefax: (43 01) 4000 99 38610
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: 1) VGW-111/067/4508/2016/E-36
K. S.

Wien, am 16.02.2017

GZ: 2) VGW-111/V/067/5146/2016/E
M. W.

GZ: 3) VGW-111/V/067/5147/2016/E
M. E.

Geschäftsabteilung: VGW-C

Wien, K.-weg 9
Gst.Nr. ... in EZ ..., KG ...

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Dr. Grois über die Beschwerden (vormals Berufungen) 1) des Herrn K. S., 2) der Frau M. W., vertreten durch Rechtsanwalt, 3) der Frau M. E., gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37, vom 13.03.2013, Zahl MA37/GGO-KV-14476-10/08, mit welchem gemäß § 70 BO für Wien und in Anwendung des Wiener Garagengesetzes, und auf Grund der mit Bescheid vom 28.02.2013, GZ: BV ... - 2590/12, erteilten Bewilligung für Abweichungen nach § 69 Abs. 1 lit. f, eine Baubewilligung erteilt wurde, und gegen den Bescheid der Bezirksvertretung für den ... Bezirk, Bauausschuss vom 28.02.2013, GZ: BV ... – 2590/12, sowie nach Aufhebung des Beschlusses des Verwaltungsgerichtes Wien, vom 15.07.2014, Zahlen VGW-111/067/22430/2014 u.a., durch den Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 16.03.2016, Zahl Ra 2014/05/0038-10,

zu Recht erkannt:

2. Gemäß § 28 Abs. 1 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes – VwGVG wird der Beschwerde gegen den Bescheid der Bezirksvertretung für den ... Bezirk, Bauausschuss vom 28.02.2013, GZ: BV ... – 2590/12, und gegen den Bescheid des Magistrats der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37, vom 13.03.2013, Zahl MA37/GGO-KV-14476-10/08, stattgegeben und werden die angefochtenen Bescheide aufgehoben.

3. Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 25a Abs. 1 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985 – VwGG eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 des Bundes-Verfassungsgesetzes – B-VG zulässig.

BEGRÜNDUNG

I.1.1. Mit dem beschwerdegegenständlichen Bescheid vom 13.03.2013, MA 37/GGO-KV-14476-10/08, erteilte der Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37, der mitbeteiligten Partei, Frau Mag. L. N. (nachfolgend: Bauwerberin) gemäß § 70 BO für Wien und aufgrund der mit Bescheid vom 28.02.2013, GZ BV ... – 2590/12, erteilten Bewilligung für Abweichungen nach § 69 Abs. 1 lit. f BO für Wien die Bewilligung auf der Liegenschaft Wien, K.-weg 9, EZ ... KG ..., GStNr ..., zur Vornahme folgender Bauführung:

„Das bestehende Einfamilienhaus soll um einen unterkellerten, oberirdisch dreigeschossigen Zubau erweitert werden.

Die Schmutzwässer werden weiterhin in den öffentlichen Straßenkanal eingeleitet, die Niederschlagswässer oberflächlich zur Versickerung gebracht. Die Beheizung der neu geschaffenen Aufenthaltsräume erfolgt mittels Gasfeuerung.

An der Nord- und Westfassade des Zubaus soll eine Geländeanschüttung mit einer Höhe von bis zu 1,10 m hergestellt werden.

Unter der bestehenden südseitigen Terrasse soll ein Kellerraum geschaffen und gleichzeitig die Lage des gartenseitigen Stiegenzugangs abgeändert und ein Kellerabgang hergestellt werden.

Weiters soll die bestehende Garage vergrößert werden.

Die Bauführung wird in öffentlich-rechtlicher Beziehung für zulässig erklärt.“

Der Bescheid ist im Wesentlichen wie folgt begründet:

„Seitens der Anrainer Herr Mag. B. Z., Frau V. Z., Frau M. W., vertreten durch RA, Herr K. S. und Frau M. E. wurden diverse Einwendungen hinsichtlich der Überschreitung der Gebäudehöhe und des zulässigen Gebäudeumrisses, dem zulässigen Lichteinfall, der Nichtbebauung von Abstandsflächen, der Vornahme einer Geländeanschüttung und der Überschreitung der bebauten Fläche erhoben.“

Für die gegenständliche Liegenschaft ist nach dem maßgeblichen Flächenwidmungs- und Bebauungsplan (Plandokument ...) die Widmung Wohngebiet, Bauklasse I mit einer Gebäudehöhenbeschränkung von 6,50 m, offene oder gekuppelte Bauweise und eine Beschränkung der maximal bebaubaren Grundfläche einzelner Gebäude auf 200 m² festgesetzt. Der höchste Punkt der zur Errichtung gelangenden Dächer darf die tatsächlich erreichte Gebäudehöhe um höchstens 4,50 m überragen.

Das bestehende Einfamilienhaus mit einer bebauten Fläche von 147 m² wird um einen Zubau im Ausmaß von 73 m² vergrößert. Durch diesen Zubau wird zwar die laut Bebauungsbestimmungen zulässige bebaubare Fläche einzelner Gebäude von 200m² überschritten, doch wurde mit Bescheid des Bezirksbauausschusses vom 28.02.2013 die Bewilligung zur Abweichung von den Bebauungsvorschriften gemäß § 69 BO für Wien erteilt und steht somit das vorliegende Projekt nicht mehr im Widerspruch mit den geltenden Bauvorschriften.

Weiters soll die bestehende Garage auf 50 m² vergrößert werden. Hierzu sind die Bestimmungen der Bauordnung hinsichtlich der Größe von Nebengebäuden bzw. Garagen im Sinne des Wr. Garagengesetzes anzuwenden.

§ 82 Abs. 1 BO für Wien lautet wie folgt:

Nebengebäude sind Gebäude oder gesondert in Erscheinung tretende Teile eines Gebäudes, wenn sie nicht mehr als ein über dem anschließenden Gelände liegendes Geschoß aufweisen, keine Aufenthaltsräume enthalten und eine bebaute Grundfläche von nicht mehr als 100 m² haben.

Aufgrund der vorliegenden Pläne zeigt sich die Garage als Nebengebäude im Sinne des § 82 Abs. 1 BO für Wien da diese keine Aufenthaltsräume enthält, nur aus einem oberirdischen Geschoß besteht und im architektonischem Kontext des Gebäudekomplexes gesondert in Erscheinung tritt sowie die zulässig bebaubare Fläche einhält.

Abschließend ist festzustellen dass die in § 76 Abs. 10 BO für Wien vorgeschriebene Beschränkung der bebauten Fläche auf maximal ein Drittel der Bauplatzfläche durch sämtliche projektierte Bauwerke auch eingehalten wird.

In den vorgelegten Einreichplänen ist ersichtlich dass die an der Südfassade bestehende Terrasse allseits von einer Böschung begrenzt ist. Es ist daher der Keller unter dieser Terrasse als unterirdisches Gebäude zu betrachten und gemäß § 80 Abs 1 BO für Wien auch nicht in die bebaute Fläche einzurechnen.

Hinsichtlich des Einwands über die allfällige Überbauung der südseitigen Terrasse ist anzumerken dass die in der Eingabe angeführte Überdachung nicht Gegenstand der vorliegenden Einreichung ist.

Zu den Vorbringen hinsichtlich einer Überschreitung der zulässigen Gebäudehöhe wird angemerkt:

Da das Einfamilienhaus nicht an der Baulinie liegt, ist die Gebäudehöhe gem. § 81 Abs. 2 BO für Wien zu ermitteln. Es darf somit die Summe der Flächeninhalte aller Gebäudefronten nicht größer als das Produkt aus der Summe der Längen aller Gebäudefronten und der höchsten zulässigen Gebäudehöhe sein. Hierbei wird die Gebäudehöhe vom anschließenden Gelände aus bemessen, dies ist aber nicht das gewachsene Gelände, sondern jenes Gelände, wie es nach dem Bauvorhaben zum Zeitpunkt der Bauvollendung vorhanden sein wird.

Aus der den Einreichunterlagen beigelegten Fassadenabwicklung und der Tabelle zur Flächenermittlung ist schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, dass das Gebäude eine mittlere Gebäudehöhe von 5,91m aufweist.

Gleichzeitig belegt die Fassadenabwicklung und die zugehörige Tabelle zur Ermittlung der Flächen, in welcher neben den Fassadenflächen auch die Flächen der Geländeanschüttung dargestellt sind, dass die zulässige Gebäudehöhe auch ohne der beantragten Geländeanschüttung eingehalten werden kann. Dies wurde den Anrainern in der Beweisvorlage auch dargelegt.

Zu dem Einwand dass das Bauprojekt außerhalb des zulässigen Gebäudeumrisses liegt, wird angemerkt dass wie bereits oben erwähnt der Bebauungsplan eine Gebäudehöhe von 6,50 m vorsieht und gleichzeitig darf der höchste Punkt des Gebäudes die Gebäudehöhe um höchstens 4,50 m überragen, womit sich ein höchster möglicher Dachfirst von 11m ergibt. In den einzelnen Ansichten der Einreichpläne sowie in der Fassadenabwicklung ist deutlich ablesbar, dass der höchste Punkt des Projektes (selbst vom ursprünglichen Gelände aus gerechnet) bei 9,78 m liegt, und somit die maximale Höhe von 11m gar nicht erreicht wird. Gemäß § 81 Abs. 6 BO darf der zulässige Gebäudeumriss durch einzelne, nicht raumbildende Gebäudeteile, wie Treppenhäuser oder Gauben, überschritten werden. Auch die Höhe des Stiegenhauses dieses Projektes ist in den Ansichten und in der Fassadenabwicklung klar

dargestellt, und es ist ersichtlich dass ebenfalls die maximale Höhe von 11m nicht erreicht wird.

Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass im Dachbereich des Zubaues keine weiteren Dachgauben vorgesehen sind.

Die in den Plänen dargestellte über Niveau projektierte Terrasse an der West- und Nordfassade, welche durch seitliche Erdanschüttungen abgeschlossen wird, ist auch in ähnlicher Ausführung mehrfach in der umliegenden Bebauung vorzufinden. Diese projektierte Geländeanschüttung hat aber auf die Beurteilung des Projektes keinen Einfluss, dies ist aus den Einreichunterlagen und der beigelegten Fassadenabwicklung klar ersichtlich.

Im Grundbuch wurde eine Baubeschränkung gem. Punkt 1 des Bescheides vom 13.07.1995, die wie folgend lautet, ersichtlich gemacht:

Die Eigentümerin des Bauplatzes Nr. 1 ist gemäß § 78 Abs. 3 der Bauordnung für Wien verpflichtet, die in den Teilungsplänen blau lasierte Grundfläche im Baufalle nur so zu bebauen, dass der bauordnungsgemäße Lichteinfall für Hauptfenster eines auf Bauplatz rot 2 zu errichtenden Gebäudes gesichert ist.

Aus dem von den Planern beigelegten, und auch den Anrainern vorgelegten Belichtungsnachweis ist ersichtlich, dass durch den Zubau der bauordnungsgemäße Lichteinfall für ein auf der Liegenschaft K.-weg ONr. 11 zu errichtendes Gebäude nicht beeinträchtigt wird.

Da auch das bestehende Wohnhaus auf K.-weg ONr. 11 mehr als 3 m von der Liegenschaft der Antragstellerin entfernt ist, kann von keiner Beeinträchtigung des in § 78 Abs. 3 erforderlichen Lichtprimas ausgegangen werden.

Weiters kann aus dem beigefügtem Belichtungsnachweis erkannt werden, dass durch die Geländeanschüttung der Lichteinfall für Baulichkeiten auf der Liegenschaft K.-weg ONr. 11 auch nicht beeinträchtigt wird.

Gemäß § 79 Abs. 3 der BO Wien muss der Abstand von Gebäuden von Nachbargrenzen in der Bauklasse I mindestens 6 m betragen. In die Abstandsfläche darf mit Gebäuden auf höchstens 3 m an die Nachbargrenze herangerückt werden, wobei die über die Abstandsfläche hineinragende bebaute Fläche je Front 45 m² nicht überschreiten darf; insgesamt darf diese über die gedachte Abstandslinie hinausragende bebaute Fläche auf demselben Bauplatz 90 m² nicht überschreiten. Aus den eingereichten Einreichunterlagen ist ersichtlich, dass die im § 79 Abs. 3 geforderte Abstandsfläche eingehalten wird.

Dem Antrag der Anrainer auf eine Objektvermessung kann nicht entsprochen werden, da es sich bei diesem Bauantrag um keine Objektgenehmigung nach dem in der Natur vorhandenen Baubestand handelt, sondern um eine in den eingereichten Bauplänen dargestellten Projektgenehmigung .

Zur Aussage der Anrainer, dass für das eingereichte Projekt die derzeit gültige Rechtslage und somit eine andere Beurteilungsbasis zur Anwendung der Tatbestände des §69 BO für Wien anzuwenden ist, kann nach Einholung der Stellungnahme der MA 64 folgendes angeführt werden:

Die Bauoberbehörde weist im Berufungsbescheid vom 05.05.2011, Zl. BOB -680 bis 685/10 darauf hin, dass durch den gegenständlichen Aufhebungsbescheid gemäß § 66 Abs. 2 AVG das Verfahren in die Lage zurücktritt, in der es sich vor Erlassung des angefochtenen Baubewilligungsbescheides vom 11.08.2008 befand, sodass daher gemäß § 72 BO der Bau nicht begonnen oder weitergeführt werden darf.

Auch wenn im Verfahren zur Erstellung des Bescheides vom 11.08.2008 die Notwendigkeit der Anwendung des § 69 BO nicht erkannt worden sein sollte, in der Zwischenzeit jedoch feststeht, dass das eingereichte Bauprojekt von den Vorschriften des Bebauungsplanes abweicht, so hat die Behörde in dem nun anhängigen Verfahren über die Zulässigkeit dieser Abweichung gemäß § 69 BO zu entscheiden.

Mit der BO-Novelle LGBl. für Wien Nr. 25/2009 wurde unter anderem § 69 neu gefasst. Diese Novelle wurde am 02.04.2009 kundgemacht und trat einen Monat danach, somit am 03.05.2009, in Kraft. Gemäß Art. III Abs. 2 dieses Gesetzes gelten für im Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits anhängige Verfahren die bisherigen gesetzlichen Bestimmungen.

Somit gilt für das gegenständliche Baubewilligungsverfahren, das seit dem 14.04.2008 anhängig ist, § 69 BO in der Fassung vor der Novelle LGBl. für Wien Nr. 25/2009.

Aus vorgenannten Erwägungen waren die diesbezüglichen Einwendungen der Anrainer hinsichtlich der Überschreitung der Gebäudehöhe und des zulässigen Gebäudeumrisses, dem eingeschränkten Lichteinfall auf Nachbarliegenschaften, der Nichteinhaltung von Abstandsflächen, der Vornahme einer Geländeanschüttung und der Überschreitung der bebauten Fläche als im Gesetz nicht begründet abzuweisen.“

1.2. Der die Bewilligung für Abweichungen nach § 69 Abs. 1 lit. f BO für Wien gewährende Bescheid der Bezirksvertretung für den ... Bezirk, Bauausschuss (nachfolgend kurz: Bauausschuss), vom 28.02.2013, GZ BV ... – 2590/12, lautet wie folgt:

„Der Bauausschuss der Bezirksvertretung für den ... Bezirk hat in seiner Sitzung vom 28.02.2013 wie folgt beschlossen:

Gemäß § 69 Abs. 1 lit. f der BO ist für das beim Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37, zur Zahl: MA 37/... – K.-weg 9/14476-10/08 anhängige Bauvorhaben, nach Maßgabe der diesem Baubewilligungsverfahren zu Grunde liegenden Pläne nachstehende Abweichung von Bebauungsvorschriften zulässig:

Durch den Zubau darf die maximal bebaubare Fläche von 200 m² pro Gebäude um 20 m² überschritten werden.

Die Gründe, die für die Abweichung sprechen, überwiegen.

Begründung

Gemäß § 69 Abs. 1 der BO hat die Behörde nach Maßgabe des § 69 Abs. 2 BO über die Zulässigkeit der dort näher genannten Abweichungen von Bebauungsvorschriften für das einzelne Bauvorhaben zu entscheiden.

Durch die vorgesehene Abweichung von den Bebauungsvorschriften wird von den Bestimmungen des Flächenwidmungs- und Bebauungsplanes nur unwesentlich abgewichen.

Bei der Entscheidung für die Bewilligung der Abweichung war zu berücksichtigen, dass

- die Bebaubarkeit der Nachbargrundflächen nicht vermindert wird,
- das vom Flächenwidmungs- und Bebauungsplan beabsichtigte örtliche Stadtbild nicht störend beeinflusst wird,
- der konsensgemäße Baubestand der betroffenen Liegenschaft und der Nachbarliegenschaften nicht beeinträchtigt wird,
- keine Überschreitung der bei einer der Flächenwidmung entsprechenden Nutzung typischerweise entstehenden Emissionen zu erwarten ist,
- die beabsichtigte Flächennutzung sowie Aufschließung nicht grundlegend anders werden,
- eine zeitgemäße Ausstattung des konsensgemäßen Baubestandes und des geplanten Baus erreicht wird,
- die auf Grund des Flächenwidmungs- und Bebauungsplanes maximal erreichbare Kubatur sogar unterschritten wird,
- das Ausmaß der auf Grund des Flächenwidmungs- und Bebauungsplanes gärtnerisch auszugestaltenden Flächen nicht verringert wird,
- lediglich 27,81% der Bauplatzfläche bebaut werden,
- im selben Haus neuer Wohnraum in größerem Ausmaß geschaffen wird.

Gegen die Bewilligung der Abweichung spricht, dass die Anrainer Herr G. Z., Frau M. Z., Frau M. W., vertreten durch RA, Herr K. S. und Frau M. E. nachfolgenden Einwende gegen die Erteilung einer Bewilligung zu der beantragten Abweichung von den Bebauungsbestimmungen erhoben haben:

„Es handelt sich bei den beantragten Abweichungen um eine schwerwiegende Abweichung der maximal bebaubaren Fläche. Selbst eine Überschreitung der maximal bebaubaren Fläche um nur 10 % ist auch unter Anwendung des § 69 der BO nicht genehmigungsfähig.“

Des weiteren wird vorgebracht, dass die maximal bebaubare Fläche nicht nur um die beantragten 20 m² überschritten wird, sondern dass aufgrund der Herstellung eines Kellers unter der an der Südfassade bestehenden, ca. 1 m über dem anschließenden Gelände liegenden Terrasse, diese auch in die bebaute Fläche einzuberechnen wäre.

Dazu ist seitens der Baubehörde zu bemerken:

Für die gegenständliche Liegenschaft ist nach dem maßgeblichen Flächenwidmungs- und Bebauungsplan (Plandokument ...) die Widmung Wohngebiet, Bauklasse I mit einer Gebäudehöhenbeschränkung von 6,50 m, offene oder gekuppelte Bauweise und einer Beschränkung der maximal bebaubaren Grundfläche einzelner Gebäude auf 200 m² festgesetzt.

Das bestehende Einfamilienhaus, mit einer bebauten Fläche von 147 m², wird um einen Zubau im Ausmaß von 73 m² vergrößert. Gleichzeitig wird die bestehende Garage auf 50 m² vergrößert.

In den vorgelegten Einreichplänen ist ersichtlich, dass die an der Südfassade bestehende Terrasse allseits von einer Böschung begrenzt ist. Es ist daher der Keller unter dieser Terrasse als unterirdisches Gebäude zu betrachten, und daher gemäß § 80 Abs 1 BO Wien auch nicht in die bebaute Fläche einzurechnen.

Es kann daher richtigerweise von einer Überschreitung der maximal bebaubaren Grundfläche des Einfamilienhauses um 20 m² ausgegangen werden.

Weiters lässt sich feststellen die Grundfläche des Bestandes und des Zubaus sowie die Grundfläche der Garage deutlich weniger als ein Drittel der 970 m² großen Grundstücksfläche in Anspruch nehmen.

Die Überschreitung der zulässigen bebaubaren Fläche um 20 m² bzw. 10 % ist, wie aus der Stellungnahme der MA21 B (Flächenwidmung) ersichtlich, nicht geeignet die Tendenz des Flächenwidmungs- und Bebauungsplanes zu unterlaufen und kann nach eingehender Prüfung der Behörde als unwesentlich betrachtet werden.

Da somit jene Gründe, die für die Bewilligung der Abweichung sprechen, gegenüber jenen, die dagegen sprechen, überwiegen, war spruchgemäß zu entscheiden.“

2. Die Anrainer Frau M. W., Herr K. S., Frau V. Z., Herr Mag. B. Z. und Frau M. E. erklärten gegen den Bescheid des Magistrats der Stadt Wien Berufung zu erheben.

2.1. Frau M. W. brachte in ihrer Berufung vor:

„Unzuständigkeit:

- (1) M. W. hat mit Eingabe an die Bauoberbehörde für Wien vom 24.02.2013, also etwa drei Wochen vor Zustellung des mit Berufung angefochtenen Bescheids, den Übergang der Entscheidungspflicht auf die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde gem. § 73 AVG beantragt.
- (2) Da dieser Antrag berechtigt gestellt wurde, ist die Zuständigkeit zur Fällung einer Sachentscheidung von der ursprünglich zuständigen Behörde, dem Magistrat der Stadt Wien (MA 37), auf die Bauoberbehörde übergegangen.
- (3) Das Magistrat der Stadt Wien (MA 37) war daher im Zeitpunkt der Zustellung und im Zeitpunkt der Verfassung des Bescheids vom 13.03.2013 nicht zuständig.
- (4) Die Berufungswerberin beantragt daher, den angefochtenen Bescheid wegen Unzuständigkeit der Behörde erster Instanz aufzuheben.

Inhaltliche Rechtswidrigkeit:

- (5) Vorsichtsweise, für den Fall, dass die Berufungsbehörde zu dem Ergebnis gelangt, dass die Behörde erster Instanz trotz des berechtigt gestellten Antrags gem. § 73 AVG zur Entscheidung zuständig war, wird ausgeführt:
- (6) Der angefochtene Bescheid beruht unter anderem auf dem oben genannten Bescheid des Bauausschusses der Bezirksvertretung für den ... Bezirk vom 28.02.2013. Gegen diesen Bescheid ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig, wohl aber kann eine Berufung gegen den Bescheid, der sich auf die Bewilligung oder Versagung von unwesentlichen Abweichungen von Bebauungsvorschriften stützt, angefochten werden.
- (7) Die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung im Sinn des § 69 BO i.d.g.F. liegen entgegen der in diesem Bescheid des Bauausschusses niedergelegten Rechtsansicht nicht vor:

Rechtsgrundlagen:

- (8) Anzuwenden war für die Baubehörde erster Instanz jedenfalls die BO für Wien in der Fassung bei Bescheiderlassung, nicht aber bei ursprünglicher Einreichung. Dies bedeutet, dass § 69 BO in der jetzt geltenden Fassung für die Prüfung des Bauansuchens als Rechtsgrundlage zwingend heranzuziehen ist. Die Baubehörde gab im Spruch des angefochtenen Bescheides aber als Rechtsgrundlage § 69 Abs. 1. lit f, BO

an, also eine Rechtsvorschrift, die bei Bescheiderlassung nicht mehr galt, ebensowenig bei Neueinreichung nach der seinerzeitigen Aufhebung durch die Bauoberbehörde.

- (9) Im angefochtenen Bescheid ist zu lesen: *„Gemäß Artikel III Abs. 2 dieses Gesetzes gelten für im Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits anhängige Verfahren die bisherigen gesetzlichen Bestimmungen.“*

Artikel III. Abs. 2 lautet:

(2) Grundstücke, die nach den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen durch eine rechtswirksam gewordene behördliche Abteilungsbewilligung ausdrücklich zum Zwecke der Bebauung geschaffen worden sind, gelten auch im Sinne dieses Gesetzes als Bauplätze.

Für die Behauptung im angefochtenen Bescheid ist in Art. III (2) keine gesetzliche Grundlage dafür zu finden, dass ein auf § 69 basierender Antrag auf Abweichung von den Bebauungsvorschriften, der erstmals nach dem 01.01.2011 eingebracht worden ist, dennoch nach der Rechtslage vor dem 11.08.2008 zu beurteilen ist. Diese Rechtsansicht ist daher falsch.

- (10) Schon deswegen ist der angefochtene Bescheid rechtswidrig.

Planinhalte / Verletzung von subjektiv-öffentlichen Nachbarrechten:

- (11) Widersprüchliche, inkonsistente bzw. unvollständige und unhaltbare Planinhalte in den Einreichunterlagen führten zu Fehlbeurteilungen durch die MA 21, MA 64, MA 19, MA 37 und durch den Bezirksbauausschuss. Auf diese Fehler wurde in den Bauverhandlungen und in den Einwendungen wiederholt hingewiesen, sie sind aber in dem angefochtenen Bescheid nicht berücksichtigt worden:

1. RAMPE OST:

Im Einreichplan Grundriss Kellergeschoß ist an der Ostseite des Neubaus eine Rampe strichliert rot, dargestellt, also wird sie im Erdgeschoß neu errichtet. Diese Rampe ist im Erdgeschoß mit 5 % aber schwarz dargestellt, also als Altbestand. In der Ansicht West des Neubaubereiches ist die Türe rot eingezeichnet (neu), im Grundriss Erdgeschoß schwarz (Bestand).

2. PERGOLA SÜD:

Auch wenn während der Einreichung die Terrassenüberdachung (Flugdach) zwischenzeitlich zu einer Pergola nach § 62a (14) rückgebaut worden sein soll, so ist diese in den Plänen darzustellen, ebenso die vierscharige Schalsteinmauer am Westrand der Baulichkeit auf der Terrasse sowohl in Ansichten, Schnitten und Grundrissen.

3. BAULICHKEIT UNTER DER TERRASSE:

Auch wenn die Baulichkeit „unter der Terrasse“ im Süden als „unterirdischer Bau“ ausdrücklich nicht in die Ermittlung der bebaubaren Fläche einbezogen werden soll, - was bestritten wird - so bedarf sie dennoch einer baurechtlichen Genehmigung unter Zugrundelegung der erforderlichen Baupläne, weil es sich um ein Werk handelt, das technische Fertigkeiten zur Ausführung gemäß BOW erfordert und eines Bauführers bedarf. Diese „Baulichkeit unter der Terrasse mit Überdachung“ ist jedoch offensichtlich nie bewilligt worden, stellt doch der Teilungsplan zum Abteilungsbescheid MA 64- GA .../11/95 vom 13.06.1995 diese Terrassenfläche nicht dar. Da seit 1995 bis heute weder mehr als 30 Jahre vergangen sind, kann auch kein nachträglicher Konsens nach § 71a erfolgt sein, noch war die „Terrasse mit Überdachung“ jemals Gegenstand einer Bauverhandlung nach § 70 oder § 71, bei dem auch Anrainer als Partei zu laden gewesen wären. Diese Baulichkeit wäre somit nicht als Bestand (schwarz) in den Plänen darzustellen. Damit kann es dort auch keine „Änderungen“ (rot/gelb) geben. Damit ist auch die „Anschüttung“ südlich und der Stiegenaufgang südlich, östlich und nördlich nicht richtig dargestellt. Auch die Ansicht „Süd“ ist in dieser Hinsicht falsch, denn alles ist „Neubau“, eventuell für eine „nachträgliche Genehmigung eines Bestandes“.

Gemäß § 69 setzt die Beurteilung sowohl in der Fassung vor dem 12.08.2008 (Abs. 2) als auch in der Fassung nach dem 12.08.2008 (Abs. 4) den *konsensgemäßen Baubestand* voraus. Dieser ist nicht gegeben. Das Argument, dass die allfällige Überbauung der südlichen Terrasse nicht Gegenstand der vorliegenden Einreichung ist, widerspricht auch dem Grundsatz dass ein Bauansuchen ein unteilbares Ganzes zu sein hat (VwGH 13.10.1975, Slg 8896/A).

Die Bauwerberin wäre daher aufzufordern gewesen, ihr Projekt zu ändern, wenn dadurch die Bewilligungsfähigkeit erreicht werden kann. Dies ist nicht erfolgt.

4. ÜBERSCHREITUNG DER ZULÄSSIGEN GEBÄUDEHÖHE (GEBÄUDEABWICKLUNG):

Bis heute konnte den Nachbarn (als Parteien im Verfahren) keine Fassadenabwicklung mit Flächentabelle vorgelegt werden, die den Anforderungen des § 65 (1) entspricht. Es fehlt der Plankopf mit der Unterfertigung des Planverfassers. Daher wird die Richtigkeit grundsätzlich bestritten.

Es ist auch nicht Aufgabe der Nachbarn als Partei, Flächentabellen anzufertigen oder anfertigen zu lassen. Diese müssen in prüfbarer Form dem Bauansuchen beiliegen und den Anrainern mit Parteienstellung nach § 134 bzw. § 134a rechtzeitig vor der Bauverhandlung mit ausreichenden Amtstagen zur Einsichtnahme zugänglich gemacht werden. Dies ist nicht geschehen.

5. LICHTEINFALL:

Der Lichteinfallsnachweis, der erst in einer der Bauverhandlungen vorgelegt worden war, entspricht ebenfalls nicht den Anforderungen nach § 65(1) hinsichtlich Unterfertigung durch einen befugten Verfasser.

Darüber hinaus geht dieser Nachweis in Form eines A4-Blattes mit der Ansicht Ost von der vorhandenen Verbauung des Nachbargrundstückes G.St.Nr. ... aus, nicht aber von einer baurechtlich möglichen Neuverbauung. Denn die Berufungswerberin dürfte unter Ausnutzung der Abstandsfläche bis auf 3 Meter zur Grundgrenze eine Baulichkeit mit Hauptfenstern errichten, deren Fußbodenniveau unter Bezug auf das Verkehrsflächenniveau ausgelegt wird. Dann würde aber der Lichteinfallswinkel unter 45° zufolge der eingereichten Unterlagen nicht mehr die Hauptfenster erreichen. Der Lichteinfall auf welchen der Berufungswerberin ein subjektiv-öffentliches Nachbarrecht zusteht, wird daher bei Bewilligung der Einreichung beeinträchtigt.

6. Im Plan fehlt darüber hinaus im Grundriss die Darstellung eines weiteren Nebengebäudes in der Nordwestecke der Liegenschaft, wie aus dem Karten- und Luftbildmaterial auf www.wien.gv.at leicht eruiert werden kann.

- (12) Darüber hinaus wird auf die in den Bauverhandlungen getätigten mündlichen und umfangreichen schriftlichen und dokumentierten Vorbringen der Anrainer mit Parteienstellung verwiesen, die im angefochtenen Bescheid nicht erörtert wurden:

- Weder auf die vorangeführten gegenüber den ausführlichen Einwendungen im Zuge des Bauverfahrens hier nur auszugsweise angeführten Planmängel noch auf die gesamten Vorbringen wurde in der Begründung des angefochtenen Bescheids eingegangen. Hier wird auf die Aktenlage verwiesen. Jede Einwendung ist gesondert zu beurteilen, ihr entweder stattzugeben oder sie begründet zurück- oder abzuweisen.
- Die Beurteilung des Belichtungsnachweises (Seite 4) im Bescheid MA 37 für das vorhandene bestehende Wohnhaus auf K.-weg 11 ist falsch, die Beurteilung hat nach der möglichen, neuen Bebauung nach Abbruch mit einem Abstand im Bauwich von nur 3 Meter und Straßenniveau auszugehen. Die Behörde spricht aber im angefochtenen Bescheid vom Bestand: „Da auch das bestehende Wohnhaus auf K.-weg ONr. 11 mehr als 3 m von der Liegenschaft der Antragstellerin entfernt ist, kann von keiner Beeinträchtigung des in § 78 Abs. 3 erforderlichen Lichtprismas ausgegangen werden.“
- Der Nachweis hätte die zulässige Bebauung zu berücksichtigen, nicht aber die tatsächliche, die den Bescheid tragende Argumentation ist rechtswidrig.
- Die Begründung: „Die in den Plänen dargestellte über Niveau projektierte Terrasse an der West- und Nordfassade, welche durch seitliche Erdanschüttungen abgeschlossen wird, ist auch in ähnlicher Ausführung mehrfach in der umliegenden Bebauung vorzufinden.“ widerspricht den Tatsachen des horizontalen Geländeverlaufs der sogenannten W.-siedlung zwischen K.-weg-W.-straße-T.-gasse-W.-gasse. Der Bauwerberin kann es nicht gelingen, eine qualifizierte Stückzahl derartiger „Erdanschüttungen“ nachzuweisen. Jede derartige Anschüttung ist in Hinblick auf die bauhöhenmäßige Beschränkung des Flächenwidmungs- und Bebauungsplanes als Unterlaufen der Intentionen desselben anzusehen, diese Anschüttungen dürfen entgegen dem angefochtenen Bescheid in den Ermittlungen der Gebäudehöhe nicht berücksichtigt werden.
- Zur Frage der Objektvermessung (Bescheid 5. Seite 1. Absatz): Wie ausgeführt, handelt es sich nicht nur um eine Projektgenehmigung, sondern auch um die Genehmigung eines – zumindest in Teilen – in der Natur vorhandenen Altbestandes, für welche keine Bewilligung bestand.

- (13) Die Baubehörde hätte daher bei richtiger Anwendung des Gesetzes und bei richtiger Feststellung der konsensgemäß bebauten Fläche auf dem Grundstück der Bauwerberin den Antrag auf Bewilligung des oberirdischen dreigeschossigen (!) Zubaus, der Geländeanschüttung und der Garagenvergrößerung abweisen müssen.

- (14) Beantragt wird daher, dass die Bauoberbehörde in Stattgebung dieser Berufung den angefochtenen Bescheid aufhebt und den verfahrensgegenständlichen Antrag der Bauwerberin abweist.

Zum Zustandekommen des Bescheids/Willkür:

- (15) Wie schon ausgeführt, erfolgte der Antrag auf § 69 nach dem 01.01.2011. Es ist zunächst zu prüfen, wer den Antrag gestellt hat, dürfen doch antragsbedürftige Verwaltungsakte von der Behörde nicht von Amts wegen gesetzt werden; geschieht es – wie hier – dennoch, so ist der Verwaltungsakt rechtswidrig (VwGH 09.11.1977, Slg 9425/A).
- (16) Festzuhalten ist – wie aus dem Akt der Behörde erster Instanz ersichtlich sein müsste – dass sowohl die MA 19 als auch der Bauausschuss der Bezirksvertretung für den ... Bezirk negative Stellungnahmen abgegeben haben.
- (17) Der Bauausschuss hat in seiner Sitzung vom 04.09.2012 gemäß Protokoll einstimmig das Bauvorhaben abgelehnt (Protokoll Seite 2 Punkt 4). Es hätte daher ein ablehnender Bescheid des Bauausschusses erfolgen müssen.
- (18) Die Baubehörde hätte daher die von ihr eingeholten negativen Stellungnahmen dem Bescheid nach deren Einlangen zugrunde zu legen gehabt und das Bauansuchen abweisen müssen.
- (19) Die Berufungswerberin hat keine Kenntnis darüber, aus welchen Gründen nun plötzlich, nach den negativen Beschlussfassungen davor, eine positive Stellungnahme des Bauausschusses vorliegt. Der Berufungswerberin liegt nur ein Aktenvermerk über eine Besprechung bei der Baubehörde (Feb. 2011) vor, aus dem sich ergibt:
- (20) Die Bauoberbehörde hat im Februar 2011 die Bauwerberin zu einem Gespräch ins Rathaus eingeladen und ihre Sicht der Dinge erläutert (übergangene Nachbarrechte, Überschreitung der bebauten Fläche zufolge unzureichender Prüfung). Eigentlich wäre eine Ausnahmegenehmigung nach § 69 erforderlich. Da aber die MA 37 und die Bauoberbehörde bemüht wären, die Sache im Sinne der Bauwerberin zu lösen, wurde die schon erteilte Baugenehmigung behoben und das Verfahren an die erste Instanz zurückverwiesen. Dies mit der Weisung der Bauoberbehörde, eine Genehmigung nach § 69 zu erteilen.
- (21) Die Bauwerberin beantragt daher Auskunft, der Berufungsbehörde, ob dieses Gespräch tatsächlich stattgefunden hat und ob diese Weisung tatsächlich erteilt wurde, weiters die Befragung der Mitglieder des Bauausschusses zu den Entwicklungen, die dazu führten, dass statt der ursprünglichen negativen Stellungnahme nun ein positiver Bescheid vorliegt.
- (22) Ein Verfahren, bei welchem die Baubehörde oder die Bauwerberin eine inhaltlich andere Erledigung beim Bauausschuss urgiert, würde den Bestimmungen des AVG und der Kompetenzaufteilung im Sinn des § 69 BO widersprechen.
- (23) Auch aus diesem Grund ist die Berufung berechtigt, die Baubehörde hätte die ursprüngliche, negative Stellungnahme des Bauausschusses ihren Bescheid zugrunde zu legen gehabt.
- (24) Beantragt wird daher auch in diesem Zusammenhang, die Bauoberbehörde wolle der Berufung stattgeben, den angefochtenen Bescheid abändern und aussprechen, dass das verfahrensgegenständliche Bauansuchen der Bauwerberin abgewiesen wird.“ (Ohne Unterstreichungen und fettgedruckte Hervorhebungen wie im Original)

2.2. Herr K. S. brachte in seiner Berufung vor:

„Mit 01.09.2009 hat die Bauwerberin Frau Mag. N. mit den Bauarbeiten ihres Zubaus begonnen. Von Seiten der Baupolizei wurde ich bereits bei meinem ersten Besuch am 17.09.2009 falsch informiert, da der damals zuständige Referent Herr Ing. P. erklärte, dass auf Grund meiner Unterschrift ein verkürztes Bauverfahren erfolgt und dadurch jeder Einwand nicht berücksichtigt werden kann. Das war falsch und ich habe am 06.12.2009 einen Antrag auf Baustopp, Bauverhandlung und bescheidmäßige Erledigung gestellt. Erst am 17.03.2010 kam es zu einer Bauverhandlung in der ich meine Einwände gegen den Bau einbrachte. Im Oktober 2010 stellte ich einen Devolutionsantrag der zu einem Berufungsbescheid Aktenzahl BOB - 680 bis 685/10 vom 05.05.2011 führte, in dem meine Parteistellung bestätigt und das Verfahren in die Lage zurücktritt, in der es sich vor Erlassung des angefochtenen Bescheides vom 11. August 2008 befand.“

In der Folge fanden am 19.03.2012 und am 14.06.2012 weitere Bauverhandlungen statt in denen ich meine Einwendungen wiederholt vorgebracht habe. Am 14.12.2012 stellte ich einen weiteren Devolutionsantrag, da der im ersten Bescheid aufgehobene Bescheid bis zu diesem Datum noch immer nicht ersetzt wurde. Dieser Devolutionsantrag wurde mit der Begründung abgelehnt, dass der Behörde kein schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden kann, was angesichts eines Zeitraumes von immerhin 18 Monaten rätselhaft erscheint. In der Zwischenzeit wurde dieses Bauvorhaben drei Mal dem Bauausschuss des Bezirks zur Beurteilung vorgelegt, davon wurde der Antrag zwei Mal an die MA37 zurückgewiesen, dabei wurde im zweiten Verfahren am 04.09.2012 kein Bescheid durch den Bauausschuss erstellt. Im dritten Verfahren sind dann die positive Stellungnahmen der MA 19 nachgereicht worden, die schlussendlich zu einer positiven Beurteilung durch den Bauausschuss führte. Maßgeblich sind weiters die wiederholten Planwechsel innerhalb des Bauverfahrens. Da der Bauwerber Frau Mag. N. bereits den Bau fertig stellte als sich eine Aufhebung des ersten Bescheides abzeichnete, die Baupolizei dieser Tatsache in keiner Weise Rechnung trug, ist jetzt sehr gut erkennbar, dass die in den Einreichplänen dargestellten Geländeaufschüttungen bei den bestehenden Bau nicht geplant waren und wahrscheinlich nur dazu dienen die bestehende Bauhöhe zu relativieren. Diese Vorgehensweise war bereits Bestandteil der beiden letzten Bauverhandlungen, wie auch die unvollständigen Flächenberechnungen deren unterschiedliche Blickwinkel zwischen der Bauwerberin und den Parteien von Seiten der Baupolizei nur einseitig zu Gunsten der Bauwerberin ausgelegt wurden.

Der relevante Sachverhalt stellt sich wie folgt dar:

Die Bauwerberin Frau Mag. N. hat den Bau eines Gebäudezubauens eingereicht, der im Wesentlichen den geltenden Bebauungsbestimmungen widerspricht. Durch zahlreiche Umplanungen und eines neuerlichen Antrages mit Ersuchen um Abweichung nach § 69, aber auch durch einseitige Beurteilung der MA37 und für das Bauprojekt ausgelegte Berechnungen, die durch die Parteien wiederholt als unhaltbar nachgewiesen wurden, ist es zu dem o.g. Bescheid gekommen. Die zunächst negative Stellungnahme des Bauausschusses wurde durch die Baubehörde 1. Instanz nicht entsprochen, wahrscheinlich auch deshalb, weil es der Bauausschuss unterlassen hatte einen entsprechenden Bescheid zu erlassen. Erst im dritten Anlauf konnte der Bauausschuss veranlasst werden, allerdings NICHT einstimmig, das o.g. Bauprojekt in Verbindung mit dem § 69 positiv zu beurteilen.

Der Bescheid ist deshalb rechtswidrig, weil

- Im Bescheid nicht auf die vom Bauwerber im Gesetz verlangte Begründung für eine Abweichung nach § 69 eingegangen wird. Aus den vorliegenden Unterlagen sind weder zweckmäßigere Flächennutzungen, noch eine zeitgemäße Nutzung des konsensgemäßen Bauwerkes ersichtlich. Auch das Herbeiführen eines zeitgemäß entsprechenden Stadtbildes ist nicht erwähnt.
- Konsensgemäßes Bauwerk - in dem im Bescheid genannten und neugefassten § 69 wird von einem konsensgemäßen Bauwerk gesprochen, der Begriff „konsensgemäß“ wird in diesem § aufgezählt und ist entsprechend zu interpretieren. In der 16. Landtagsitzung vom 03.10.2012 gibt der Herr Landtagsabgeordnete Dr. Ludwig, auch oberster Chef der Baubehörde folgende wörtliche Antwort auf die Frage des Abgeordneten Mag. G. Kasal, ob „konsensgemäß“ weiter spezifiziert wird

Amtsf StR Dr Michael Ludwig:

Also wir haben, wenn ich das jetzt richtig in Erinnerung habe, im Abs 2 Z 1bis 4 einige Themenschwerpunkte aufgelistet. Es ist vielleicht auch interessant zu sehen, inwieweit diese Themen auch angesprochen werden. Also wir haben beispielsweise in der Z 1 als ein Kriterium die zweckmäßigere Flächennutzung vorgesehen.

Das würde zum Beispiel herangezogen werden, wenn es um Lichteinfall geht. Oder bei der Z 2 „Zweckmäßigere oder zeitgemäße Nutzung von Bauwerken“. Das wäre zum Beispiel eine Ausnahmebestimmung oder eine Ausnahmemöglichkeit, wenn es um den Einbau von Aufzügen für Behinderte geht. Das ist ein Thema, das verstärkt auch herangezogen wird. Aber das halte ich prinzipiell auch für eine gute Maßnahme, die zwingend auch nicht die Situation der Anrainerinnen und Anrainer verschlechtert. Oder Z 3 „Zeitgemäßes Stadtbild“. Da geht es beispielsweise vor allem um Giebelangleichungen, also das wäre ein Thema im Dachbereich. Oder die Z 4 „Erhaltung schützenswerter Baumbestand“. Auch das ist ein Thema. Quelle: Wörtliches Protokoll der Landtagsitzung

Im vorliegenden Bescheid wird mit keinem Wort auf die im Gesetz genannten grundsätzlichen Kriterien eingegangen. Das genehmigte Bauwerk zeigt auch keines der genannten Voraussetzungen. Der Bescheid wird lediglich durch Abwehr der von den Anrainern eingebrachten Einwände begründet.

- Eine andere Planung des Gebäudes hätte einen Antrag nach § 69 unnötig werden lassen. Was im Sinne des Gesetzgebers sein muss, wenn der hauptverantwortliche

Stadtrat diesen Paragraphen als eine Sonderregelung für Ausnahmegenehmigungen innerhalb der Bauordnung Wiens erklärt.

- Es wäre somit Aufgabe der Bescheid ausstellenden Behörde gewesen, den Bauwerber in diesem Sinne des Gesetzes zu beraten bzw. die Rahmenbedingungen für dieses Bauprojekt entsprechend auszulegen und somit eine Baugenehmigung ohne hinzuziehen des § 69 zu ermöglichen.
- Bezug nehmend auf die Wiener Bauordnung Artikel II/d: „Zur Bauklasse 1 gehören jene Stadtgebiete, für die eine ein Stock hohe oder bloß ebenerdige Bebauung vorgeschrieben ist..“. Im konkreten Fall handelt es sich um ein zwei Stockwerke hohes turmartiges Gebäude mit Flachdach, wobei der Keller ebenfalls aus dem Gelände herausragt. Es kann daher nicht von einer geringfügigen Abweichung gesprochen werden. Somit wäre der Antrag abzulehnen gewesen.
- Das Bauprojekt wurde drei Mal dem Bauausschuss vorgelegt, wobei bereits bei der 2. Vorlage das Projekt abgewiesen wurde, zumindest liegt kein positiver Bescheid vor. Da es ja keinen Sinn macht in einer dritten Vorlage im Bauausschuss einen möglichen positiven Bescheid bestätigen zu lassen, kann diese Annahme gelten, außerdem wurde kein etwaig erstellter Bescheid den Parteien zugestellt. Im Gegensatz zu der jetzt verfügbaren Baugenehmigung, hier ist der Bescheid des Bauausschusses als Anlage beigelegt. Das bedeutet aber, dass dieses Bauprojekt durch die Baupolizei wiederholt dem Bauausschuss vorgelegt wurde, nämlich so lange bis er das Bauvorhaben positiv beurteilen konnte oder wollte, was ich als rechtswidrig interpretieren möchte. Auch wird in den vorliegenden Bescheid des Bauausschuss nicht begründet warum es jetzt zu einer anderen Beurteilung gekommen ist, weiters wird zwar auch hier ein konsensgemäßer Baubestand erwähnt, wie dieser Baubestand im Sinne des § 69 zustande kommt, nicht näher erläutert und begründet.
- Abweichungen im §69 Absatz 1 sind nur dann zulässig, wenn auch die Kriterien in Absatz 2 nachvollziehbar erfüllend angesehen werden können. Eine Nachvollziehbarkeit in den beiden ausgestellten Bescheiden ist nicht erkennbar.
- Die in der Begründung unter Pkt. F geschriebene Feststellung: „Der höchste Punkt der zur Errichtung gelangenden Dächer darf die tatsächliche erreichte Gebäudehöhe um höchstens 4,5 m überragen“ - ist falsch! Tatsächlich handelt es sich um ein Flachdach und hier liegt die Höhe bei 3 m.
- Der im Bescheid zitierte Eintrag aus dem Grundbuch - es besteht eine Baubeschränkung ist unvollständig. Neben der erwähnten Regelung zum Lichteinfall besteht auch eine Baubeschränkung und zwar: „25% der bebaubaren Fläche darf bebaut werden..“, die unerwähnt bleibt. Das entspricht einer Fläche von 58,75 m² der Zubau laut Bescheid beträgt 73 m², tatsächlich ist die bebaute Fläche noch höher anzusetzen, er übersteigt bereits die erlaubte Fläche (Überschreitung liegt bei 24,25 %-Basis 73 m²), darüber hinaus befindet sich im Bereich der Baubeschränkung bereits eine Gartenhütte, die ebenfalls zu berücksichtigen ist. Diese wird bereits als bebaute Fläche ausgewiesen - siehe Beilage Auszug des Flächenwidmungs- und Bebauungsplan Ausdruck 16.01.2013.“ (Ohne fettgedruckte Hervorhebungen wie im Original)

2.3. Frau M. E. brachte in ihrer Berufung vor:

„Unzuständigkeit“:

- (1) Die Berufungswerberin hat mit Eingabe an die Bauoberbehörde für Wien vom 27.02.2013, also etwa drei Wochen vor Zustellung des mit Berufung angefochtenen Bescheids, den Übergang der Entscheidungspflicht auf die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde gem. § 73 AVG beantragt.
- (2) Da dieser Antrag berechtigt gestellt wurde, ist die Zuständigkeit zur Fällung einer Sachentscheidung von der ursprünglich zuständigen Behörde, dem Magistrat der Stadt Wien (MA 37), auf die Bauoberbehörde übergegangen.
- (3) Das Magistrat der Stadt Wien (MA 37) war daher im Zeitpunkt der Zustellung und im Zeitpunkt der Verfassung des Bescheids vom 13.03.2013 nicht mehr zuständig.
- (4) Die Berufungswerberin beantragt daher, den angefochtenen Bescheid wegen Unzuständigkeit der Behörde erster Instanz aufzuheben.

Inhaltliche Rechtswidrigkeit:

Für den Fall, dass die Berufungsbehörde zu dem Ergebnis gelangt, dass die Behörde erster Instanz trotz des berechtigt gestellten Antrags gem. § 73 AVG zur Entscheidung zuständig war, wird als Berufung ausgeführt und begründet:

- A) Widersprüchliche, inkonsistente bzw. unvollständige und unhaltbare Planinhalte in den Einreichunterlagen, die zu Fehlbeurteilungen durch die MA 21, MA 64, MA 19, BOB, MA 37, durch den Bezirksbauausschuss und auch durch die Anrainer als Parteien im Verfahren führen. Diese Fehler wurden in den Bauverhandlungen wiederholt vorgebracht, schriftlich niedergelegt und sind aber in den bisherigen Bescheiden nicht berücksichtigt worden:
1. RAMPE OST: Im Einreichplan Grundriss Kellergeschoß ist an der Ostseite des Neubaus eine Rampe strichliert rot dargestellt, also wird sie im Erdgeschoß neu errichtet werden. Diese Rampe ist im Erdgeschoß mit 5 % aber schwarz dargestellt, also als Altbestand. In der Ansicht West des Neubaubereiches ist die Türe rot eingezeichnet (neu), im Grundriss Erdgeschoß schwarz (Bestand).
 2. PERGOLA SÜD: Auch wenn während der Einreichung die Terrassenüberdachung (Flugdach) zwischenzeitlich zu einer Pergola nach § 62 a (14) rückgebaut worden sein soll, so ist diese in den Plänen darzustellen, ebenso die vierscharige Schalsteinmauer am Westrand der Baulichkeit auf der Terrasse sowohl in Ansichten, Schnitten und Grundrissen.
 3. BAULICHKEIT UNTER DER TERRASSE: Auch wenn die Baulichkeit „unter der Terrasse“ im Süden als „unterirdischer Bau“- was bestritten wird - nicht in die Ermittlung der bebaubaren Fläche einbezogen werden soll, so bedarf sie dennoch einer baurechtlichen Genehmigung gemäß der ständigen Rechtsprechung des VwGH unter Zugrundelegung der erforderlichen Baupläne, weil es sich um ein Werk handelt, das technische Fertigkeiten zur Ausführung gemäß BOW erfordert und eines Bauführers bedarf. Diese „Baulichkeit unter der Terrasse mit Überdachung“ ist jedoch offensichtlich nie einer Baueinreichung unterzogen worden, stellt doch der Teilungsplan zum Abteilungsbescheid MA 64- GA .../11/95 vom 13.06.1995 diese Terrassenfläche nicht dar. Da seit 1995 bis heute weder mehr als 30 Jahre vergangen sind, kann auch kein nachträglicher Konsens nach § 71a erfolgt sein, noch war die „Terrasse mit Überdachung“ jemals Gegenstand einer Bauverhandlung nach § 70 oder § 71, bei dem auch Anrainer als Partei zu laden gewesen wären. Diese Baulichkeit wäre somit nicht als Bestand schwarz in den Plänen darzustellen. Damit kann es dort auch keine „Änderungen“ (rot/gelb) geben. Damit ist auch die „Anschüttung“ südlich und der Stiegenaufgang südlich, östlich und nördlich nicht richtig dargestellt. Auch die Ansicht „Süd“ ist in dieser Hinsicht falsch, denn alles ist „Neubau“ eventuell für eine „nachträgliche Genehmigung eines Bestandes“. Gemäß § 69 setzt die Beurteilung sowohl in der Fassung vor dem 12.08.2008 (Abs. 2) als auch in der Fassung nach dem 12.08.2008 (Abs. 4) den *konsensgemäßen Baubestand* voraus. Dieser ist aber daher nicht gegeben. Das Argument, dass *die allfällige Überbauung der südlichen Terrasse nicht Gegenstand der vorliegenden Einreichung ist*, widerspricht auch dahingehend der Tatsache, dass ein Bauansuchen ein unteilbares Ganzes ist (VwGH 13.10.1975, Slg 8896/A). Der Bauwerber ist aufzufordern, sein Projekt (seine Pläne) zu ändern, wenn dadurch die Bewilligungsfähigkeit erreicht werden kann. Dies ist nicht erfolgt.
 4. GEBÄUDEABWICKLUNG: Bis heute konnte den Anrainern als Parteien im Verfahren keine Fassadenabwicklung mit Flächentabelle vorgelegt werden, die den Anforderungen des § 65 (1) entspricht. Es fehlt der Plankopf mit der Unterfertigung des Planverfassers. Daher wird die Richtigkeit grundsätzlich bestritten. Es ist auch nicht Aufgabe der Nachbarn als Partei, Flächentabellen anzufertigen oder anfertigen zu lassen. Diese müssen in prüfbarer Form dem Bauansuchen beiliegen und den Anrainern mit Parteienstellung nach § 134 bzw. § 134a rechtzeitig vor der Bauverhandlung mit ausreichenden Amtstagen zur Einsichtnahme zugänglich gemacht werden. Dies ist nicht erfolgt.
 5. Im Plan fehlt darüber hinaus im Grundriss die Darstellung eines weiteren Nebengebäudes in der Nordwestecke der Liegenschaft, wie aus dem Karten- und Luftbildmaterial auf www.wien.gv.at leicht eruiert werden kann.
- B) Bescheidsinhaltsfehler:
- Darüber hinaus wird auf die in den Bauverhandlungen getätigten mündlichen und umfangreichen schriftlichen und dokumentierten Vorbringen der Anrainer mit Parteienstellung verwiesen, die im angefochtenen Bescheid in keinster Weise einer Erörterung unterzogen worden sind:

- Weder auf die vorangeführten gegenüber den ausführlichen Einwendungen im Zuge des Bauverfahrens hier nur auszugsweise angeführten Planmängel noch auf die gesamten Vorbringen wurde im Bescheid der MA 37 im Detail eingegangen. Hier wird auf die Aktenlage verwiesen. Jede Einwendung ist zu beurteilen, ihr entweder stattzugeben oder sie begründet zurückzuweisen, da sonst den Anrainern mit Parteienstellung im Berufungsfall ja das Recht genommen wird, gegen das Argument der bescheidausstellenden Behörde die rechtlich erforderliche Begründung vollständig und korrekt zu formulieren.
- Die Behauptung: *„Die in den Plänen dargestellte über Niveau projektierte Terrasse an der West- und Nordfassade, welche durch seitliche Erdanschüttungen abgeschlossen wird, ist auch in ähnlicher Ausführung mehrfach in der umliegenden Bebauung vorzufinden.“* widerspricht den Tatsachen des fast horizontalen Geländeverlaufs der sogenannten W.-siedlung zwischen K.-weg-W.-straße-T.-gasse-W.-gasse. Der Behörde wird es nicht gelingen, eine qualifizierte Stückzahl derartiger „Erdanschüttungen“ nachzuweisen, die lediglich der Gebäudehöhenbemessung dienen. Daher ist jede derartige Anschüttung in Hinblick auf die bauhöhenmäßige Beschränkung des Flächenwidmungs- und Bebauungsplanes als *Unterlaufen der Intentionen* desselben anzusehen, diese Anschüttungen sind in den Ermittlungen der Gebäudehöhe nicht zu berücksichtigen.
- § 81 (2) Bei den über eine Gebäudetiefe von 15 m hinausragenden Teil von Gebäuden an der Baulinie, Straßenfluchtlinie oder Verkehrsfluchtlinie sowie bei allen nicht an diesen Fluchtlinien gelegenen Gebäuden darf die Summe der Flächeninhalte aller Gebäudefronten nicht größer als das Produkt aus der Summe der Länge aller Gebäudefronten und der höchsten zulässigen Gebäudehöhe sein; hiebei darf die höchste zulässige Gebäudehöhe an der Grundgrenze und bis zu einem Abstand von 3 m von derselben überhaupt nicht und an übrigen Fronten an keiner Stelle um mehr als 3 m überschritten werden.
- Die Nordfront besitzt laut Plan eine Höhenkote von + 8,68 m. Addiert man zu dieser die 1,10 m „Geländeanschüttung“ lt. Plan, so ergeben sich 9,78 m, das sind mehr als $6,50 + 3,00 = 9,50$ m. Aus der Ansicht und den Grundrissen ist klar ersichtlich, dass es derartige Frontteile gibt, die somit nicht § 81 (2) entsprechen.
- Zur Frage der Objektvermessung (Bescheid 5. Seite 1. Absatz): Wie ausgeführt, handelt es sich nicht nur um eine Projektgenehmigung, sondern auch um die Genehmigung eines - zumindest in Teilen - in der Natur vorhandenen Baubestandes - Altbestandes - ohne Baugenehmigung.
- Im Baubescheid MA 37 behauptet die Behörde: *„Gemäß Artikel III Abs. 2 dieses Gesetzes gelten für im Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits anhängige Verfahren die bisherigen gesetzlichen Bestimmungen.“*

Sie stützt sich dabei offenbar auch auf eine Stellungnahme der MA 64.

• ARTIKEL III

(1) Die Bestimmungen der §§ 11, 20, 58 und 74 der Bauordnung gelten auch für bereits vor Wirksamkeit dieses Gesetzes ergangene Bescheide, Abteilungs- und Baubewilligungen aber, die nach den bisherigen gesetzlichen Vorschriften noch nicht erloschen sind, jedoch nach den Bestimmungen dieser Bauordnung schon erloschen wären oder innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten dieses Gesetzes erlöschen würden, behalten ihre Gültigkeit für den Rest ihrer bisherigen Dauer, längstens jedoch für ein Jahr vom Tage des Inkrafttretens des Gesetzes. Die im § 74 bestimmte Frist für die Vollendung von Bauwerken beginnt für die unter Wirksamkeit der bisherigen Gesetze begonnenen Bauwerke mit dem Tage des Inkrafttretens dieses Gesetzes.

(2) Grundstücke, die nach den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen durch eine rechtswirksam gewordene behördliche Abteilungsbewilligung ausdrücklich zum Zwecke der Bebauung geschaffen worden sind, gelten auch im Sinne dieses Gesetzes als Bauplätze.

(3) Die Bestimmungen des § 13 haben auf Abteilungen keine Anwendung zu finden, die vor Wirksamkeit dieses Gesetzes bereits von den Grundbuchsgerichten bewilligt worden sind.

(4) Die Bestimmungen des § 50 gelten auch dann, wenn die Gemeinde vor Wirksamkeit dieses Gesetzes Grundflächen für neue Verkehrsflächen gegen Entgelt erworben hat.

(5) Auf bereits bestehende Bauwerke, für die vor Wirksamkeit dieses Gesetzes eine Baubewilligung erteilt worden ist, haben die Bestimmungen des § 48 und jene Bestimmungen Anwendung zu finden, die die Anwendung auf bestehende Bauwerke ausdrücklich vorsehen.

(6) Außerdem haben auch die Bestimmungen der §§ 93 Abs. 3, 96 Abs. 2, 101 Abs. 2, 107 Abs. 1 und 126 Abs. 4 in der Fassung vor der Techniknovelle 2007 für bestehende Bauwerke zu gelten. Die auf Grund des X. und XI. Abschnittes in der Fassung vor der Techniknovelle 2007 zu erlassenden Verordnungen haben auch zu bestimmen, ob und inwieweit diese Vorschriften auf bereits bestehende Bauwerke Anwendung finden. In dieser Hinsicht können jedoch bauliche Änderungen nur so weit verlangt werden, als sie aus öffentlichen Rücksichten unbedingt notwendig sind.

(7) § 90 Abs. 5 in der Fassung vor der Techniknovelle 2007 ist auf bestehende Gebäude anzuwenden, wenn bewilligungspflichtige Bauführungen mehr als die Hälfte der im Gebäude befindlichen Wohnungen und Betriebseinheiten betreffen.

Es ist für diese Behauptung im Art. III (2) keine Begründung zu finden, dass ein auf § 69 basierender Antrag auf Abweichung von den Bebauungsvorschriften, der erstmals nach dem 01.01.2011 eingebracht worden ist, nach der Rechtslage vor dem 11.08.2008 zu beurteilen ist.

- Wie schon ausgeführt, erfolgte der Antrag auf § 69 erwiesener Maßen nach dem 01.01.2011. Es ist zu prüfen, wer den Antrag gestellt hat, dürfen doch antragsbedürftige Verwaltungsakte von der Behörde nicht von Amts wegen gesetzt werden; geschieht es dennoch, so ist der Verwaltungsakt rechtswidrig (VwGH 09.11.1977, Slg 9425/A).

Diese Frage geht auf folgende Erhebungen zurück:

Die Bauoberbehörde hat im Februar 2011 die Bauwerberin zu einem Gespräch ins Rathaus eingeladen und ihre Sicht der Dinge erläutert (übergangene Nachbarrechte, Überschreitung der bebauten Fläche zufolge unzureichender Prüfung). Eigentlich wäre eine Ausnahmegenehmigung nach § 69 erforderlich. Da aber die MA 37 und die Bauoberbehörde bemüht sei, die Sache im Sinne der Bauwerberin zu lösen, wurde die schon erteilte Baugenehmigung behoben und das Verfahren an die erste Instanz zurückverwiesen. Dies mit der Weisung der Bauoberbehörde, eine Genehmigung nach § 69 zu erteilen.

- (5) Der angefochtene Bescheid beruht unter anderem auf dem oben genannten Bescheid des Bauausschusses der Bezirksvertretung für den ... Bezirk vom 28.02.2013. Gegen diesen Bescheid ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig, wohl aber kann eine Berufung gegen den Bescheid, der sich auf die Bewilligung oder Versagung von unwesentlichen Abweichungen von Bebauungsvorschriften stützt, angefochten werden.
- (6) Die Voraussetzungen für eine Ausnahmegenehmigung im Sinn des § 69 BO liegen entgegen der in diesem Bescheid des Bauausschusses niedergelegten Rechtsansicht nicht vor:
- Das bestehende Einfamilienhaus der Bauwerberin hat eine größere bebaute Fläche als lediglich 147 m². Dies liegt u. a. daran, dass der herausragende Kellerabschnitt entgegen der Ansicht des Bauausschusses nicht als unterirdisches Gebäude zu betrachten ist, sondern gemäß den einschlägigen Bestimmungen der BO in die bebaute Fläche eingerechnet werden muss. Siehe dazu die vorstehenden Einwendungen.
 - Die Baubehörde hätte daher bei richtiger Anwendung des Gesetzes und bei richtiger Feststellung der konsensgemäß bebauten Fläche auf dem Grundstück der Bauwerberin den Antrag auf Bewilligung des oberirdischen Zubaus, der Geländeanschüttung und der Garagenvergrößerung abweisen müssen.
- (7) Beantragt wird daher, dass die Bauoberbehörde in Stattgebung dieser Berufung den angefochtenen Bescheid aufhebt und im Sinn einer Abweisung des verfahrensgegenständlichen Antrags der Bauwerberin abweist.

Zum Zustandekommen des Bescheids des Bauausschusses:

- (8) Festzuhalten ist - wie aus dem Akt der Behörde erster Instanz ersichtlich sein müsste - dass sowohl die MA 19 als auch der Bauausschuss der Bezirksvertretung für den ... Bezirk zunächst negative Stellungnahmen abgegeben haben.
- Der Bauausschuss hat in seiner Sitzung vom 04.09.2012 gemäß Protokoll einstimmig das Bauvorhaben abgelehnt (Protokoll Seite 2 Punkt 4). Es hätte daher ein ablehnender Bescheid des Bauausschusses erfolgen müssen.
 - *Da die Baubehörde erster Instanz an eine Entscheidung des Bauausschusses gebunden ist, hätte sie in ihrem Bescheid in der Folge die Baubewilligung versagen müssen.*
- [ISBN 3-85122-619-4 Wiener Bauvorschriften Hon. Prof. Dr. Heinrich Geuder Präs. d. U V W i. R. und DDr. Wolfgang Hauer Senatspräsident des VwGH i. R. Anm. Seite 367 Nr. 22]

- (9) Die Baubehörde hätte daher die von ihr eingeholten negativen Stellungnahmen dem Bescheid zugrunde zu legen gehabt und das Bauansuchen abweisen müssen.
- (10) Die Berufungswerberin hat keine genaue Erkenntnis darüber, aus welchen Gründen nun plötzlich, nach den negativen Beschlussfassungen davor, eine positive Stellungnahme des Bauausschusses vorliegt.
- (11) Die Berufungswerberin beantragt daher die Befragung der Mitglieder des Bauausschusses zu den Entwicklungen, die dazu führten, dass statt der ursprünglichen negativen Stellungnahme nun ein positiver Bescheid vorliegt, der eindeutig der Rechtslage der BOW widerspricht.
- (12) Zur Illustration wird die negative Stellungnahme des Bauausschusses vorgelegt.
- (13) Ein Verfahren, bei welchem die Baubehörde oder die Bauwerberin eine inhaltlich andere Erledigung beim Bauausschuss urgiert, würde den Bestimmungen des AVG und der Kompetenzaufteilung im Sinn des § 69 BO widersprechen.
- (14) Auch aus diesem Grund ist die Berufung berechtigt, die Baubehörde hätte die ursprüngliche, negative Stellungnahme des Bauausschusses ihren Bescheid zugrunde zu legen gehabt.
- (15) Beantragt wird daher auch in diesem Zusammenhang, die Bauoberbehörde wolle der Berufung stattgeben, den angefochtenen Bescheid abändern und aussprechen, dass das verfahrensgegenständliche Bauansuchen der Bauwerberin abgewiesen wird.“ (Ohne Unterstreichungen und fettgedruckte Hervorhebungen wie im Original)

Dem Berufungsschriftsatz in Kopie angeschlossen ist ein (durch Schwärzungen oder dergleichen nicht unkenntlich gemachtes) Protokoll über die Sitzung des Bauausschusses für den ... Bezirk vom 4. September 2012, welches augenscheinlich dem im Akt der belangten Behörde AS 185 ff einliegenden Protokoll entspricht.

3. Die belangte Behörde übermittelte die rechtzeitig eingebrachten Berufungen am 08.04.2013 der Bauoberbehörde für Wien, welche als (damals) zuständige Berufungsbehörde -- respektive von der Magistratsdirektion, Geschäftsbereich Recht – Verfassungsdienst, als jener Dienststelle, die die Geschäftsstücke der Bauoberbehörde für Wien bearbeitete -- ausweislich der Aktenlage folgende Verfahrensschritte setzte:

3.1. Mit Schreiben vom 29.05.2013 erging an die Magistratsabteilung 37 das Ersuchen um Mitteilung um wie viel das Bauvorhaben die zulässig bebaute Fläche überschreitet, wenn bei der Berechnung der bebauten Fläche die erkerartige Überbauung der Garage (durch den Gang im 1. Stock der Baulichkeit) mitberücksichtigt wird. Unter einem erging der Hinweis, dass die Beurteilung und Fertigung der Stellungnahme durch einen Amtssachverständigen vorzunehmen ist, welcher bei der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides nicht mitgewirkt hat.

Mit Schreiben vom 12.06.2013 erstattete der Amtssachverständige DI Wo. folgende Stellungnahme:

Durch die erkerartige Überbauung der Garage (Nebengebäude) im 1. Stock des gegenständlichen Zubaus wird durch den Gang folgende bebaute Fläche in Anspruch genommen:

$$1,45 \text{ m} \times (2,40 \text{ m} + 0,30 \text{ m}) = 3,92 \text{ m}^2$$

Eine Nachrechnung der bebauten Flächen für das gesamte Gebäude ergibt 220,09 m² bebaute Fläche.

- In Summe wird die beschränkte bebaute Flächen von 200 m² gemäß Bebauungsplan um 20,0 m² exklusive des Erkerbauteils überschritten = 10%
- In Summe wird die beschränkte bebaute Fläche von 200 m² gemäß Bebauungsplan um 23,92 m² inklusive des Erkerbauteils im 1. Stock über der Garage überschritten = 12%

3.2. Mit Schreiben vom 18.07.2013 wurde die Bauwerberin vom Ergebnis der Beweisaufnahme dahingehend verständigt, dass durch den Gang im 1. Stock der Baulichkeit die Garage erkerartig überbaut wird, diese Überbauung aber weder als Erker iSv § 84 Abs. 2 BO für Wien noch als Teil der Garage (Nebengebäude) anzusehen sei und folglich bei der Ermittlung der bebauten Fläche gemäß § 80 Abs. 2 BO für Wien nicht außer Betracht zu lassen sei. Die sohin vorgenommene Ermittlung der bebauten Fläche unter Einbeziehung der erkerartigen Überbauung habe ergeben, dass die im anzuwendenden Flächenwidmungs- und Bebauungsplan festgelegte zulässige bebaubare Fläche von 200 m² um 23,92 m² (12%) überschritten werde. Da der Bauausschuss der Bezirksvertretung für den ... Bezirk jedoch vom Bescheid vom 28.08.2013 lediglich die Ausnahme erteilt habe, dass durch den Zubau der maximal bebaubaren Fläche von 200 m² pro Gebäude um 20 m² (10%) überschritten werden dürfe, reiche im Hinblick auf die mit dem Zubau einhergehende Überschreitung der bebaubaren Fläche um 23,92 m² die vom Bauausschuss erteilte Ausnahmegewilligung nicht aus. Weil der Magistrat dennoch die Baubewilligung erteilt hat, habe er auch zugleich eine Bewilligung zur Abweichung von den Bebauungsvorschriften nach § 69 Abs. 1 lit. f BO für Wien erteilt, für welche er nicht zuständig war, weshalb die Bescheide aufzuheben seien um dem Magistrat die Möglichkeit zu geben, nach Durchführung der erforderlichen Ermittlungen, den Bauausschuss mit der Angelegenheit der Überschreitung der zulässig bebaubaren Fläche um 23,92 m² zu befassen.

3.3. In einer aus Anlass des Schreibens vom 18.07.2013 bei der Dienststelle der Bauoberbehörde am 12.09.2013 erfolgenden Besprechung wurde seitens der

(Vertreter der) Bauwerberin angekündigt, das Bauvorhaben entsprechend abzuändern.

Sodann ist im E-Mail vom 04.10.2013 des Architekten DI T. zum Betreff K.-weg 9, Wien, an den bei der Geschäftsstelle der Bauoberbehörde mit der Berufung befassten Mitarbeiter ausgeführt:

„Bezugnehmend auf das o.a. anhängige Verfahre möchten wir wie folgt festhalten:

Protokoll:

Am 24.9.2013 wurden unter Beisein von Frau Mag. M. und Hr. Mag. St. Änderungen an den anhängigen Einreichplänen zu dem Einreichverfahren

„Errichtung eines Zubaus zum EFH ...“ Zahl: Ma 37/...-K.-weg 9/14476-10/08

im Auftrage der Bauwerberin Frau L. N. durch Arch. DI T. durchgeführt.

Die Einreichparien A2, B2 und A1 wurden ebenfalls korrigiert und an Hr. Mag. St. übergeben.

Folgende Änderungen wurden vorgenommen:

- 1) Der sich im 1. Stock des Zubaus befindliche Gang wurde von 9,07 m² auf 5,15 m² verkleinert und die Außenwandflächen entsprechend korrigiert
- 2) Die Ansicht Ost wurde entsprechend korrigiert
- 3) Die sich über der Garage befindliche Terrasse wurde durch die Verkleinerung des Ganges im 1. Stock von 45,86 m² auf 49,82 m² vergrößert.

[...]“

3.4. Mit Schreiben der Geschäftsstelle der Bauoberbehörde vom 10.10.2013 erging an die Magistratsabteilung 37 das Ersuchen um gutachterliche Stellungnahme, ob die im Berufungsverfahren im Bauplan durchgeführte Projektänderung, die nach dem Schreiben des Planverfassers vom 04.10.2013 darin besteht, dass der sich im 1. Stock des Zubaus befindliche Gang verkleinert wurde, aus technischer Sicht bewilligungsfähig ist und ob dadurch ihre im Schreiben vom 29.0.2013 thematisierte erkerartige Überbauung der Garage durch den Gang beseitigt wurde.

Hierauf erging am 21.10.2013 durch DI Wo. die Mitteilung, dass durch die von Architekten DI T. vorgenommene Projektänderungen die erkerartige Überbauung im 1. Stock entfernt und der dahinter liegende Gang verkleinert wurde. Durch die Reduzierung dieser erkerartigen Überbauung der Garage (Nebengebäude) im 1. Stock entfällt die bebaute Fläche von 1,45 m x (2,40 m + 0,30 m) = 3,92 m². In Summe werde nunmehr die entsprechend dem Bebauungsplan auf 200 m² beschränkt bebaubare Fläche um 20,0 m² überschritten = 10% und entspricht damit exakt der vom Bauausschuss für den ... Bezirk erteilten Ausnahmegenehmigung.

3.5. Mit Schreiben der Geschäftsstelle der Bauoberbehörde vom 14.11.2013 wurde den Berufungswerbern unter anderem unter Anschluss des Schreibens des Planverfassers vom 04.10.2013, des Schreibens des bautechnischen Amtssachverständigen vom 21.10.2013 sowie einer Ausschnittskopie der geänderten Einreichpläne mitgeteilt, dass die Bauwerberin das Bauvorhaben insoweit abgeändert habe, als die erkerartige Überbauung der Garage (Nebengebäude) entfernt und der dahinter liegende Gang verkleinert wurde. Den Berufungswerbern wurde die Möglichkeit eingeräumt, dazu innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung dieses Schreibens Stellung zu nehmen.

Die Berufungswerber gaben alle, zuletzt Herr S. mit Schreiben datiert mit 07.12.2013, Stellungnahmen ab.

Diese Stellungnahmen wurden von der Geschäftsstelle der Bauoberbehörde am 11.12.2013 an die Magistratsabteilung 37 mit dem Ersuchen übermittelt, zu diesen Stellungnahmen aus bautechnischer Sicht Stellung zu nehmen sowie eine Stellungnahme eines Amtssachverständigen für Stadtplanung zu den vorgebrachten Argumenten im Hinblick auf Ausnahmegewilligung gemäß § 69 BO für Wien einzuholen. Weiters wurde ersucht, den Parteien des Verfahrens, insbesondere den Berufungswerbern, die zusätzlichen Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Rahmen des Parteiengehörs zur Kenntnis zu bringen.

4.1. Am 27.02.2014 legte die belangte Behörde den Verwaltungsakt dem Verwaltungsgericht Wien vor. Im Vorlageschreiben vom 24.02.2014 ist ausgeführt:

„Der beiliegende Bezug habende Akt wird gemäß Schreiben der BOB vom 11. Dezember 2013 nach erfolgter Stellungnahme durch die Baubehörde zur Entscheidung vorgelegt. Von der Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung wurde Abstand genommen.

Aus bautechnischer Sicht wird zu den neuerlichen Beschwerdegründen der Berufungswerber folgende Stellungnahme abgegeben:

Es wurde wiederum kein neuer Sachverhalt vorgebracht.

Entgegen der Punkte 2.) – 5.) der Stellungnahme von der Rechtsanwaltskanzlei ist nach wie vor, die Anwendung der alten Rechtslage für § 69 BO zu den Abweichungen de[r] Bestimmungen des Bebauungsplanes maßgebend, denn das Projekt wurde mit Gültigkeit der damaligen Rechtslage eingereicht und der Baubescheid ist ergangen.

Es wurden im Berufungsverfahren Planänderungen vorgenommen, welche eine Reduzierung der bebauten Fläche durch Reduzierung des Erkers und des dahinter liegenden Ganges betreffen, so dass nunmehr die bebaute Fläche genau um das Maß von 10,0 % überschritten ist.

Seitens der Ausnahme gemäß § 69 BO wurde in der damaligen Stellungnahme der MA 21 vom 8. März 2012, folgendes festgestellt:

„Im PD ... wurde die bauliche Ausnutzbarkeit auf max. 200 m² beschränkt um die Maßstäblichkeit der Einfamilienhaussiedlung zu bewahren. Diese Bestimmung bezieht sich jeweils auf die maximal bebaubare Grundfläche einzelner Gebäude auf Bauplätzen.

Die Abweichung erscheint unwesentlich und unterläuft aus folgenden Gründen nicht die Zielsetzungen des Bebauungsplanes:

- Die Grundfläche des Bestandes und des Zubaus nimmt deutlich weniger als ein Drittel der Grundstücksfläche in Anspruch. Der durchgrünte Charakter, der Siedlungsgebietes kann somit weiter erhalten bleiben.
- Eine Beeinträchtigung des stadträumlichen Erscheinungsbildes und der Maßstäblichkeit des Siedlungsgebietes ist aufgrund der starken Gliederung des Bauvorhabens nicht zu erwarten.'

Aufgrund dieser Stellungnahme, welche nach wie vor ihre Gültigkeit besitzt, kann es nicht von Einfluss auf das Stadtbild bzw. den Charakter des Siedlungsgebietes sein bzw. eine Beeinträchtigung herbeiführen, ob die Überschreitung der bebauten Fläche 10 %, wie im Bescheid des Bauausschusses angeführt ist, oder die Überschreitung 12 % beträgt.

Der unter Punkt 6.) als „Sickergrube“ erwähnte Punkt, betrifft einen technischen Einbauteil im Fußboden des Raumes, der Kellerraum unter der bestehenden Terrasse ist eindeutig dargestellt und stellt den Bestand bzw. Konsens dar.

Es wurden keine neuen Erkenntnisse vorgebracht, welche notwendig wären den Berufungswerbern neuerlich zur Kenntnis zu bringen, deshalb erscheint, wie oben ausgeführt, eine neuerliche Stellungnahme der MA 21- Flächenwidmung und Stadtteilplanung nicht sinnvoll.“

4.2. Das Verwaltungsgericht Wien übermittelte den Verwaltungsakt an die belangte Behörde mit dem Ersuchen zurück, diesen chronologisch geordnet, nummeriert und mit Inhaltsverzeichnis wieder vorzulegen. An die belangte Behörde erging in weiterer Folge das weitere Ersuchen, den vollständigen, chronologisch geordneten, nummerierten und mit Inhaltsverzeichnis versehenen Akt der mitbeteiligten Partei (Bauwerberin) beginnend ab dem Jahr 2008 vorzulegen sowie die Akten der früheren Bauoberbehörde für Wien betreffend das in Beschwerde gezogene Bauvorhaben der Bauwerberin zu übermitteln. Am 08.07.2014 übermittelte die belangte Behörde den Bescheid der früheren Bauoberbehörde für Wien vom 24.04.2013 (mit welchem zu Geschäftszahl BOB-173516/2013 der u.a. von Frau W. und Frau E. unter einem mit der Berufung gestellte Devolutionsantrag als unzulässig zurückgewiesen wurde).

4.3. Aus den vorgelegten Akten stellte sich zusammengefasst folgender Verfahrensgang dar:

4.3.1. Mit Ansuchen vom 31.03.2008, eingegangen bei der belangten Behörde am 14.04.2008, beantragte die Bauwerberin gemäß § 70 BO für Wien die Baubewilligung zur Errichtung eines Zubaus auf der Liegenschaft Wien, K.-weg 9, EZ ... KG In weiterer Folge wurde ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit Bescheid der Magistratsabteilung 37 vom 11.08.2008, ZI MA 37/... - K.-weg 9/14476-1/08, gemäß § 70 BO für Wien die

beantragte Baubewilligung erteilt und diese auf den dem Ansuchen vom 31.03.2008 beigeschlossenen Einreichplänen vermerkt.

4.3.2. Mit Ansuchen vom 19.02.2010, eingegangen bei der belangten Behörde am 23.02.2010, beantragte die Bauwerberin gemäß §§ 70 und 73 BO für Wien, bauliche Änderungen und die Errichtung einer Einfriedung auf der Liegenschaft Wien, K.-weg 9, EZ ... KG Die dem Ansuchen angeschlossenen Pläne (Planwechsel) haben die Plan Nr. PW/KAW/10/01. Dieses Ansuchen ist bislang offen.

4.3.3. Der Baubewilligungsbescheid vom 11.08.2008 wurde den Anrainern von der belangten Behörde Anfang Dezember 2010 zugestellt. Dagegen erhoben unter anderem auch Frau M. W., Herr K. S. und Frau M. E. Berufung an die Bauoberbehörde für Wien.

Die Bauoberbehörde für Wien behob aufgrund deren Berufungen mit Berufungsbescheid vom 05.05.2011, BOB – 680 bis 685/10, gemäß § 66 Abs. 2 AVG den Bescheid vom 11.08.2008 und verwies die Angelegenheit zur neuerlichen Verhandlung und Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurück, weil die Baubewilligung ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 70 BO für Wien erteilt wurde und den Anrainern im Bewilligungsverfahren somit keine Gelegenheit geboten wurde, subjektiv-öffentliche Nachbarrechte geltend zu machen und damit Parteistellung iSd § 134 Abs. 4 BO für Wien zu erlangen. Im Berufungsbescheid (Seite 31) wies die Bauoberbehörde für Wien darauf hin, „dass durch den gegenständlichen Aufhebungsbescheid gemäß § 66 Abs. 2 AVG das Verfahren in die Lage zurücktritt, in der es sich vor Erlassung des angefochtenen Baubewilligungsbescheides vom 11.08.2008 befand, sodass daher gemäß § 72 BO der Bau nicht begonnen oder weitergeführt werden darf.“

Am 11.10.2011 informierte die belangte Behörde die Bauwerberin niederschriftlich, dass im Zuge der behördlichen Überprüfung des Bauansuchens und der vorgelegten Plangrundlagen festgestellt wurde, dass die zulässige bebaubare Fläche von 200m² durch die Ausbildung von vorstehenden Bauteilen überschritten werde. Eine allfällige Baubewilligung wäre nur unter

Anspruchnahme einer Ausnahmegewilligung gemäß § 69 BO für Wien denkbar, wobei über den Ausgang des durchzuführenden Ermittlungsverfahrens unter Beiziehung des Bezirksbauausschusses keinerlei Aussage getroffen werden kann.

4.3.4. Mit weiterem Ansuchen vom 16.12.2011, eingegangen bei der belangten Behörde am 12.01.2012, beantragte die Bauwerberin gemäß § 70 BO für Wien die Baubewilligung für diverse bauliche Änderungen und die Errichtung eines Zubaus auf der Liegenschaft Wien, K.-weg 9, EZ ... KG Die dem Ansuchen angeschlossenen Einreichpläne sind mit der Plannummer EP/KAW/11/01, 02 bezeichnet. Auf diesen Einreichplänen ist vermerkt, dass sich auf sie der (nunmehr beschwerdegegenständliche) Bescheid der Magistratsabteilung 37 – Baupolizei, Gebietsgruppe Ost, kleinvolumige Bauvorhaben, ZI MA37/GGO KV 14476-10/08, bezieht.

Die Magistratsabteilung 19 (Architektur und Stadtgestaltung) stimmte in ihrer Stellungnahme vom 02.03.2012 der Überschreitung der maximal bebaubaren Grundfläche nicht zu. Die Magistratsabteilung 21 B (Stadtteilplanung und Flächennutzung) erachtete in ihrer Stellungnahme vom 08.03.2012 die Überschreitung der maximal bebaubaren Grundfläche durch das Bauvorhaben als unwesentliche Abweichung, die den Zielsetzungen des Bebauungsplanes nicht unterlaufe.

Die belangte Behörde führte am 19.03.2012 und am 14.06.2012 mündliche Verhandlungen durch, in welchen, soweit im Beschwerdeverfahren relevant, die Anrainer Frau M. W., Herr K. S. und Frau M. E. umfangreiche Einwendungen erhoben und sich unter anderem auch gegen die Anwendung des § 69 BO für Wien idF vor der Novelle LGBl. für Wien Nr. 25/2009 aussprachen.

4.3.5. Über Ersuchen der belangten Behörde – ob die Rechtslage zum Zeitpunkt der Einreichung (14.04.2008) anzuwenden und damit auch der ‚alte‘ § 69 BO für Wien anzuwenden sei – erteilte die Magistratsabteilung 64 am 25.07.2012 die Rechtsauskunft: „Mit der BO-Novelle LGBl. für Wien Nr. 25/2009 wurde unter anderem § 69 neu gefasst. Diese Novelle wurde am 02.04.2009 kundgemacht und trat einen Monat danach, somit am 03.05.2009, in Kraft. Gemäß Art. III Abs. 2 dieses Gesetzes gelten für im Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits

anhängige Verfahren die bisherigen gesetzlichen Bestimmungen. Somit gilt für das gegenständliche Baubewilligungsverfahren, das seit dem 14.04.2008 bei der MA 37 anhängig ist, § 69 in der Fassung vor der Novelle LGBl. Für Wien Nr. 25/2009.“

4.3.6. Entsprechend dem im Akt der belangten Behörde AS 185 ff einliegenden (durch Schwärzungen oder dergleichen nicht unkenntlich gemachten) Protokoll über die Sitzung des Bauausschusses für den ... Bezirk vom 04.09.2012 lehnten die Vertreter des Bauausschusses einstimmig das Bauansuchen der Bauwerberin iZm § 69 Abs. 1 lit. f BO für Wien ab; die Zustellung einer Bescheidausfertigung über diese Beschlussfassung erfolgte nicht. Im genannten Protokoll ist unter anderen vermerkt:

„[...]

4. BV ... – 2590/12, MA 37

Für die Liegenschaft Wien, K.-weg 9 wurde ein Bauansuchen für die Errichtung eines Zubaus eingbracht. Das Bauvorhaben weit von den geltenden Bebauungsvorschriften im Sinne des § 69 Abs. 1 lit. F BO unwesentlich ab.

Berichterstatter: DI O., MA 37

Zu Wort melden sich BR H. und BR R.

Die Vertreter des Bauausschusses lehnen einstimmig das vorliegende Bauansuchen ab.

Begründung:

Der Bauausschuss bewertet die Einwendungen der Anrainer und die Stellungnahme der Magistratsabteilung 19 aus dem Jahre 2012 höher als die Stellungnahme der Magistratsabteilung 21 B.

5. Allfälliges

[...]“

Entsprechend dem im Akt der belangten Behörde AS 183 ff einliegenden (durch Schwärzungen oder dergleichen nicht unkenntlich gemachten) Protokoll der Sitzung des Bauausschusses für den ... Bezirk vom 28.02.2013 bewilligten die Vertreter des Bauausschusses mehrheitlich das Bauansuchen der Bauwerberin iZm § 69 Abs. 1 lit. f BO für Wien; die Zustellung der Ausfertigung des Bescheides, GZ: BV ... – 2590/12, über diese Beschlussfassung erfolgte gemeinsam mit dem beschwerdegegenständlichen Bescheid am 20. bzw. 21.03.2013. Im genannten Protokoll ist unter anderen vermerkt:

„[...]

1. BV ... – 2590/12, MA 37

Für die Liegenschaft Wien, K.-weg 9 wurde ein Bauansuchen eingbracht. Das Bauvorhaben weicht von den geltenden Bebauungsvorschriften im Sinne des § 69 Abs. 1 lit. f. BO unwesentlich ab.

Berichterstatter: DI M. und DI O. MA 37

Wortmeldungen: BRin MMag. Dr. B., BR Mag. H., BRin U. und BRin Dr. D.

Der Vorsitzende verweist auf folgende Stellungnahmen im Akt:

- Stellungnahme der MA 19 vom 2.3.2012
- Stellungnahme der MA 21 vom 8.3.2012
- Anforderung des Rechtsgutachtens der MA 64 über Auftrag der MA 37 vom 26.6.2012
- Stellungnahme der MA 64 vom 25.7.2012
- Protokoll vom Bauausschuss vom 4.9.2012*
- Stellungnahme der MA 19 vom 12.10.2012

Mag. H. legt dem Bauausschuss folgende Rechtsmeinungen vor:

- Welches Recht ist anzuwenden?*
- Der Bauausschuss hat entschieden*
- Inhaltliche Anmerkungen*
- Bescheid-Entwurf*

Die mit * bezeichneten Schriftstücke werden dem Akt zusätzlich beigelegt

Die Vertreter des Bauausschusses bewilligen mehrheitlich gegen die Stimmen der FPÖ und Grüne das vorliegende Bauansuchen.

2. Allfälliges

[...]“

4.4. Mit Spruchpunkt 1) des Beschlusses vom 15.07.2014, GZ: VGW-111/067/22430/2014-9, VGW-111/V/067/22822/2014, VGW-111/V/067/22823/2014, VGW-111/V/067/22824/2014 und VGW-111/V/067/22825/2014, gab das Verwaltungsgericht Wien gemäß § 28 Abs. 3 zweiter Satz iVm § 31 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes – VwGVG der Beschwerde (vormals Berufung) statt, hob den angefochtenen Bescheid auf und verwies die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurück. Begründet war der Beschluss zusammengefasst im Wesentlichen dahingehend:

Die belangte Behörde, welche im Hinblick auf die im aufhebenden Bescheid der Bauoberbehörde für Wien vom 05.05.2011, BOB-680 bis 685/10, enthaltenen Ausführungen – dass mit dem Aufhebungsbescheid das Baubewilligungsverfahren wieder in die Lage zurücktritt, in welcher es sich vor der Erlassung des aufgehobenen Baubewilligungsbescheides (vom 11.08.2008) befand – und, weil das Baubewilligungsverfahren seit dem 14.04.2008 anhängig sei, deshalb § 69 BO für Wien in der Fassung vor der Novelle LGBl. für Wien Nr. 25/2009 anwendbar sei, habe unberücksichtigt gelassen, dass die Bauwerberin neben ihrem Ansuchen vom 31.03.2008 (eingegangen bei der belangten Behörde am 14.04.2008) am 16.12.2011 (eingegangen bei der belangten Behörde am 12.01.2012), ein weiteres Ansuchen um Baubewilligung gemäß § 70 BO auf der projektgegenständlichen Liegenschaft ... Bezirk, K.-weg 9, EZ ... KG ..., GStNr ..., stellte. Aus den Verwaltungsakten ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür,

dass die Bauwerberin mit letzterem Ansuchen lediglich das am 31.03.2008 gestellte Ansuchen modifizieren wollte. Der Bauwerberin stehe es jedoch grundsätzlich frei, für ein Grundstück mehrere Baubewilligungen zu erwirken, ohne dass durch die spätere Einreichung die frühere Einreichung als gegenstandslos zu betrachten wäre. Es steht dem Bauwerber aber nicht nur frei, für ein Grundstück mehrere inhaltlich voneinander abweichende Baugesuche einzureichen. Mangels einer Vorschrift, wonach ein späteres im Fall einer Änderung der Rechtslage ein inhaltlich gleich lautendes Baugesuch an die Stelle eines früheren tritt bzw. das frühere Baugesuch als gegenstandslos zu betrachten ist, bleibt es dem Bauwerber grundsätzlich auch unbenommen, Baugesuch durch eine neue Einreichung dem neuen Rechtsregime zu unterstellen, ohne dass dadurch das erste Gesuch als zurückgezogen anzusehen ist (vgl. etwa VwGH vom 19.12.1995, ZI 95/05/0221 oder 29.01.2002, ZI 2001/05/0677; *Moritz*, BauO für Wien⁴ (2009) § 70, 199; *Geuder*, Bauordnung für Wien, (2013), 300). Die belangte Behörde hätte daher auf das Bauansuchen vom 31.03.2008 die Bestimmungen der BO für Wien in der Fassung vor der Novelle LGBl. für Wien Nr. 25/2009 bzw. auf das Bauansuchen vom 16.12.2011, die Bestimmungen der (und insbesondere § 69) BO für Wien in der Fassung nach der Novelle LGBl. für Wien Nr. 25/2009 anzuwenden gehabt. Die belangte Behörde wandte aber auf das Ansuchen vom 16.12.2011 die Bestimmungen der (und insbesondere § 69) BO für Wien in der Fassung vor der Novelle LGBl. für Wien Nr. 25/2009 an, was keine Deckung in Art. III Abs. 2 der Novelle LGBl. für Wien Nr. 25/2009 findet.

4.4. Der Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom 15.07.2014 wurde von der Bauwerberin in Revision gezogen.

Der Verwaltungsgerichtshof behob diesen Beschluss wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften mit Erkenntnis vom 13.03.2016, Ra 2014/05/0038-10, im Kern mit der Begründung, dass die Feststellung, dass es sich bei der Eingabe der Revisionswerberin vom 16.12.2011 um ein neues Bauansuchen handelt, nicht ohne Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung getroffen hätte werden dürfen.

5. Im fortgesetzten Verfahren bot das Verwaltungsgericht Wien dem Bauausschuss die Möglichkeit zu den Beschwerden (vormals Berufungen) eine schriftliche Stellungnahme abzugeben. Unter anderem erging die Aufforderung zu dem in den Beschwerden geäußerten Vorbringen der erfolgten mehrmaligen Beschlussfassung des Bauausschusses über das Bauvorhaben einschließlich der Gründe für die wiederholten Beschlussfassungen eine Stellungnahme abzugeben. Ebenso wurde der Bauwerberin die Möglichkeit eingeräumt zu den (ihr obzwar bereits aus dem Verfahren vor der Bauoberbehörde bekannten) Beschwerden, vormals Berufungen, eine schriftliche Stellungnahme abzugeben und einen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu stellen.

5.1. Seitens des Vorsitzenden des Bauausschusses der Bezirksvertretung für den ... Bezirk, MMag. G., wurde per E-Mail am 23.05.2016 folgende Stellungnahme abgegeben:

„Anbei sämtliche elektronisch gespeicherte Unterlagen in der Causa K.-weg 9. Die Pläne (vor und nach beantragten Planwechseln) wurden stets an die MA 37 retourniert. Die Entscheidungen des Bauausschusses orientierten sich jeweils an den Stellungnahmen der MA 19. Bei der Sitzung am 4.9.2012 fand das Bauansuchen zwar keine Zustimmung, die Stellungnahme der MA 19 war aber so formuliert, dass sich daraus keine eindeutige Begründung für einen negativen Bescheid ableiten ließ. Es wurde kein Bescheid erlassen. Die in der Stellungnahme der MA 19 angeführte Kubaturmaximierung entsprach nämlich nicht den tatsächlichen Gegebenheiten und konnte daher m.E. keinen negativen Bescheid begründen. Ein auf falschen Voraussetzungen basierender Bescheid wäre nach meinem Dafürhalten rechtswidrig gewesen. Daher kam es zu einer neuerlichen Vorlage am 28.2.2013; bei dieser Sitzung wurde ein von der MA37 in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten der MA 64 und die diesbezügliche Stellungnahme der MA 19 vorgelegt. Unter dieser Voraussetzung wurde mehrheitlich dem Antrag entsprochen.“

Dieser Stellungnahme in Kopie angeschlossen waren: Vorlageschreiben der MA 37 an den Bauausschuss vom 11.06.2012, Rechtsauskunft der MA 64 vom 25.07.2012. Neuerliche Stellungnahme der MA 19 vom 12.10.2012, GZ MA 19 M19/010768/2012. Vorlageschreiben der MA 37 an den Bauausschuss vom 31.10.2012. Bescheidkonzept für die Bewilligung einer Abweichung gemäß § 69 Abs. 1 lit. f BO für Wien für die projektgegenständliche Liegenschaft. Schreiben der Volksanwältin an den Verein R. vom 11.12.2012 betreffend einen Zubau auf der projektgegenständlichen Liegenschaft. Schreiben des Vereins R. vom 20.01.2013 an Frau Baudirektorin DI J. betreffend Bauakt der projektgegenständlichen Liegenschaft. Schreiben zur Sitzungsvorbereitung für die Sitzung am 28.02.2013 samt Bescheidentwurf, demzufolge in der Sitzung des Bauausschusses vom 28.02.2013 die Abweichung gemäß § 69 Abs. 1 lit. f BO für

Wien für das beim Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37 zur Zahl MA 37/... –K.-weg 9/14476-10/08 anhängige Bauverfahren unzulässig ist. Das (durch Schwärzungen oder dergleichen nicht unkenntlich gemachte) Protokoll über die Sitzung des Bauausschusses für den ... Bezirk vom 04.09.2012 und ebenso das (durch Schwärzungen oder dergleichen nicht unkenntlich gemachte) Protokoll über die Sitzung des Bauausschusses für den ... Bezirk vom 28.02.2013. Schreiben von Frau DI O. vom 24.10.2012 an den Vorsitzenden des Bauausschusses worin auszugsweise ausgeführt ist:

„Nach der Sitzung des Bauausschusses vom 04.9.2012 wurden die Einreichpläne nochmals der MA19 vorgelegt, zur Abgabe einer Stellungnahme in Form eines Gutachtens.

Da im Protokoll der Sitzung des Bauausschusses vom 4.9.2012 als wesentliche Begründung der Entscheidung die Stellungnahme der MA19 angegeben wird, habe ich Ihnen die präzisierte Stellungnahme der MA19 als Beilage dem Schreiben beigefügt.

Es wird um eine Stellungnahme gebeten und bei weiterer Ablehnung wird um einen negativen Bescheid mit entsprechender Begründung gebeten.“

5.2. Seitens der Bauwerberin, wurde per E-Mail am 24.05.2016 ein Schriftsatz übermittelt, worin ausgeführt ist:

„In der gegenständlichen Baurechtsangelegenheit erstattet Frau Mag. L. N. als verfahrensbeteiligte Bauwerberin (im Folgenden kurz als solche bezeichnet) aufgrund der Mitteilung des Verwaltungsgerichtes Wien vom 03.05.2016, zugestellt am 10.05.2016, fristgerecht nachstehende

EINGABE

I.

Gemäß § 24 Abs 3 VwGVG stellt die Bauwerberin den

ANTRAG

auf Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung.

II.

Zu den nunmehr als Beschwerden der Anrainer zu behandelnden Berufungen wird folgende

STELLUNGNAHME

erstattet:

1. Die verfahrensbeteiligten Anrainer haben mit ihren Berufungen gegen den Baubewilligungsbescheid der belangten Behörde vom 13.03.2013, MA 37/GGOKV-14476/108/08 auch gleichzeitigen gegen den Bescheid des Bauausschusses der Bezirksvertretung für den ... Bezirk vom 28.02.2013, GZ BV ...-2590/12 Berufungen erhoben.

2. Gemäß Art 94 B-VG dient das Verfahren vor den neu geschaffenen Verwaltungsgerichten der richterlichen Kontrolle der Verwaltung. Sohin einerseits der Einhaltung der Verfahrensgesetze – im gegenständlichen Fall des allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes – in zweiter Linie der Richtigkeit und Gesetzmäßigkeit der Anwendung der materiellen Verwaltungsgesetze – im gegenständlichen Fall der Bauordnung für Wien in der jeweils geltenden Fassung. Betroffene von dem gegenständlichen Verwaltungsverfahren sind

1. die Bauwerberin als Antragstellerin und Baubewilligungswerberin in ihrem Anspruch auf Erteilung der Bewilligung ihres Bauprojektes nach Maßgabe der Bestimmungen der Bauordnung für Wien,

2. die verfahrensbeteiligten Anrainer, dies jedoch nur und ausschließlich im Rahmen ihrer subjektiv-öffentlichen rechtlichen Nachbarrechte im Sinne des § 134 a Bauordnung für Wien und
 3. die belangte Baubehörde, was die Überprüfung der Gesetzmäßigkeit ihrer Tätigkeit anlangt.
3. Nur in diesem Rahmen hat sich die Überprüfung der Entscheidung der belangten Behörde vom 13.03.2013 zur GZ MA 37/GGO-KV-14476-10/08, mit der das von der Bauwerberin eingereichte Bauprojekt aufgrund ihrer Anzeige vom 31.03.2008 genehmigt wurde und der Überprüfung der Berechtigung der von den verfahrensbeteiligten Anrainern erhobenen Einwendungen mit deren Behauptungen über die Verletzung ihrer subjektiv öffentlichrechtlichen Nachbarrechte, zu bewegen.
4. Damit ergeben sich nach Ansicht der Bauwerberin folgende zur Entscheidung anstehende Fragen über die Verletzung von Verfahrensvorschriften durch die belangte Behörde und der Rechtswidrigkeit des vorangeführten Baubewilligungsbescheides vom 13.03.2013:
1. Welches Recht, bzw. konkret welche Fassung der Bauordnung für Wien ist im gegenständlichen Fall anzuwenden?
 2. Ist über eine Ausnahmegenehmigung gemäß § 69 der Bauordnung für Wien nur über Parteienantrag zu entscheiden oder hat die Behörde aus Eigenem allenfalls notwendig werdende Ausnahmegenehmigungen einzuholen?
 3. Ist - wie dies das Verwaltungsgericht Wien unterstellt - die Planvorlage vom 16.01.2012 als Neueinreichung mit allen rechtlichen Konsequenzen zu bewerten oder ist diese lediglich eine Plankorrektur (Modifikation) der ursprünglichen Einreichung vom 31.01.2008?
 4. Entspricht das eingereichte Projekt der Bauwerberin in der letztvorgelegten Fassung vom September 2013 der Bauordnung für Wien oder nicht?
 5. Sind die subjektiv öffentlichrechtlichen Nachbarrechte gemäß § 134a BO für Wien gewahrt oder verletzt?

Im Einzelnen wird zu diesen Berufungen unter Bezugnahme auf die oben angeführten entscheidungswesentlichen Punkte folgendes ausgeführt:

Zu 4.1.)

Das Ansuchen der Bauwerberin auf Erteilung einer Baubewilligung für einen Zubau zu ihrem Altbestand auf der Liegenschaft in Wien, K.-weg 9 ist nach den Bestimmungen der Bauordnung für Wien - Landesgesetzblatt 1930/11 - in der geltenden Fassung zu beurteilen.

Konkret geht es um die anzuwendende Fassung des § 69 der Bauordnung für Wien.

Vom Verwaltungsgericht Wien wird richtig die Bestimmung des § 69 der Bauordnung für Wien wiedergegeben. Es handelt sich dabei im Wesentlichen um die Fassung der Bauordnung für Wien gemäß Landesgesetzblatt 39/1992 mit geringfügigen Änderungen gemäß LGBL 37/2001 und 42/1996.

Mit LGBL 25/2009 wurde die Bauordnung für Wien auch in der Bestimmung des § 69 doch wesentlich geändert. Das Verwaltungsgericht Wien zitiert diese ebenfalls richtig und vollständig. Auch die Übergangsbestimmung dieser Novelle wird richtig zitiert. Diese bestimmt im Artikel III Abs. 2 dass:

..... für die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bereits anhängige Verfahren die bisherigen gesetzlichen Bestimmungen gelten.

Diese Novelle ist seit 03.05.2009 in Kraft.

Die Zitate eines Artikel III Abs. 2 der Wiener Bauordnung seitens der verfahrensbeteiligten Anrainer M. W., V. und Mag. B. Z. und M. E. sind falsch. Es sind die Zitate der Übergangsbestimmungen des LGBL 1930/11. Die verfahrensbeteiligten Anrainer haben sich nicht die Mühe gemacht, das Landesgesetzblatt 25/2009 bis zu seinem Ende zu lesen, in dessen abschließendem Artikel III eben die vor angeführte Übergangsbestimmung enthalten ist.

Im Ergebnis gilt, dass auf alle ab dem 03.05.2009 neu eingebrachten Bauansuchen die Bestimmungen der Bauordnung für Wien in der Fassung Landesgesetzblatt 25/2009, auf alle vorher anhängig gewesenen Verfahren jedoch die vorher geltenden Bestimmungen der Wiener Bauordnung – im gegenständlichen Fall auf das Bauansuchen, eingelangt am 14.4.2008 bei der belangten Behörde, die vorher geltenden Bestimmungen anzuwenden sind.

So steht es im Gesetz!

Der Einwand, die belangte Behörde hätte ihrer Entscheidung eine falsche Rechtsgrundlage was die Übergangsbestimmungen anlangt zu Grunde gelegt, ist daher schlicht falsch und unzutreffend.

Zu 4.2.)

Die für dieses Verfahren relevanten und wesentlichen Bestimmungen des § 69 der Bauordnung für Wien vor der Novelle 2009 sind folgende:

§ 69 Abs. 1: Für einzelne Bauvorhaben hat die Behörde nach Maßgabe des Abs 2. über die Zulässigkeit folgender Abweichungen von den Bebauungsvorschriften zu entscheiden:

lit. e: das Überschreiten der gesetzlichen Beschränkung der baulichen Ausnützbarkeit von [...] Bauplätzen anderer Bauweisen zur Errichtung zeitgemäßer Zubauten an bestehende Gebäude.

Abs.3: Die Bewilligung von unwesentlichen Abweichungen von Bebauungsvorschriften ist nur auf Antrag zulässig; das Ansuchen um Baubewilligung gilt zugleich als Antrag auf Bewilligung der für das Bauvorhaben erforderlichen unwesentlichen Abweichungen von Bebauungsvorschriften.

Abs. 5 Der Antrag auf Bewilligung von unwesentlichen Abweichungen von Bebauungsvorschriften ist nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens über das Ansuchen um Baubewilligung unbeschadet des Abs. 8. an die zuständige Behörde (§ 133) weiter zu leiten.

Die Fassung des § 69 Bauordnung für Wien in der Fassung der Novelle gemäß LGBL 25/2009 lautet:

§ 69 Abs. 1: Für einzelne Bauvorhaben hat die Behörde über die Zulässigkeit von Abweichungen von den Vorschriften des Bebauungsplanes zu entscheiden. Diese Abweichungen dürfen die Zielrichtung des Flächenwidmungsplanes und des Bebauungsplanes nicht unterlaufen.

In der Folge werden die Bedingungen, unter denen eine Ausnahme in Genehmigung erteilt werden darf oder nicht näher definiert.

§ 133 Abs. 1: Dem Bauausschuss der örtlich zuständigen Bezirksvertretung obliegt als Behörde die Entscheidung über Anträge. 1. Auf Bewilligung von Abweichungen nach [...] § 69 [...]

Abs. 2: Das Ermittlungsverfahren führt der Magistrat, bei dem auch der Antrag einzubringen ist. Nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens hat der Magistrat den Antrag an den zuständigen Bauausschuss weiter zu leiten.

Abs. 4: Die Bewilligung von Abweichungen nach Abs. 1 Z 1 ist nur auf Antrag zulässig; das Ansuchen um Baubewilligung gilt zugleich als Antrag auf Bewilligung der für das Bauvorhaben erforderlichen Abweichungen nach Abs. 1 Z 1.

Aus all dem folgt, sowohl nach, als auch vor der Novelle 2009, wie auch seither gilt, dass zwar die Bewilligung von Abweichungen der Bestimmungen der Bauordnung nur auf Antrag zu erteilen ist, dass aber - und darauf kommt es hier alleine an – das Ansuchen um Baubewilligung zugleich als Antrag auf Bewilligung der für das Bauvorhaben erforderlichen Abweichungen gilt.

Die das Ermittlungsverfahren führende Behörde – hier die belangte Behörde – H A T (von Amts wegen) nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens den Antrag an den zuständigen Bauausschuss weiter zu leiten.

Die von den verfahrensbeteiligten Anrainern behauptete Eigenmächtigkeit oder gar eine Willkür der belangten Behörde in ihrer Vorgangsweise durch ihre durchgeführten Ermittlungen im Sinne der Notwendigkeit einer Erteilung einer Ausnahmegenehmigung und in der wiederholten Vorlage der Verfahrensergebnisse zur Entscheidung an den Bauausschuss liegt daher nicht vor und sind die diesbezüglichen Vorwürfe über fragliche Motive daher in keiner Weise berechtigt.

Die Annahme der belangten Behörde, dass bereits der Antrag auf Baubewilligung der Bauwerberin vom 31.03.2008 auch den Antrag auf allenfalls notwendige Erteilung einer Ausnahmegenehmigung umfasst, ist daher sowohl nach der alten wie auch nach der neuen Rechtslage gedeckt und war ihre Vorgangsweise und Verfahrensführung korrekt und gesetzeskonform.

Zu 4.3.)

Zur Behandlung der Problematik der Feststellung des Verwaltungsgerichts zur Eingabe vom 16.12.2011/12.01.2012 wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die nachfolgenden Ausführungen zu Punkt III. verwiesen.

Zu 4.4.)

Das von der Bauwerberin zur baubehördlichen Bewilligung am 31.03.2008/14.04.2008 eingereichte Bauprojekt entspricht mit allen vorgenommenen nachträglichen Änderungen und der Erteilung der Ausnahmegenehmigung zur Flächenüberschreitung durch den Bauausschuss der Bezirksvertretung für den ... Bezirk vom 28.02.2013, GZ BV ...-2590/12 allen Bestimmungen der Bauordnung. Der Baubewilligungsbescheid der belangten Behörde vom 13.03.2013 erfolgte nach umfangreichen Ermittlungen, vor allem in die Richtung, ob die Einsprüche der betroffenen Anrainer begründet und diese in ihren Nachbarrechten beeinträchtigt sind und ist ausreichend und im Detail, insbesondere auch was die Abweisung der Einwendungen der verfahrensbeteiligten Anrainer anlagt, begründet.

Es liegt keine wie immer geartete Verletzung von Verfahrensvorschriften, insbesondere solche von Parteirechten der verfahrensbeteiligten Anrainer, aber auch keine wie immer geartete Rechtswidrigkeit des Inhaltes dieses Baubewilligungsbescheides vor.

Die Bauwerberin hat daher einen Rechtsanspruch auf die Bewilligung des von ihr am 14.4.2008 eingereichten Bauprojektes.

Zu 4.5.)

Die von den verfahrensbeteiligten Anrainern angeführten Planmängel sind, soweit sie tatsächlich berechtigt waren, zur Gänze behoben worden, betreffen aber jedenfalls nicht die subjektiv öffentlichen Nachbarrechte und sind daher unbeachtlich.

Im Einzelnen wird zu den von den verfahrensbeteiligten Anrainern vorgebrachten Rechtsverletzungen und Bauordnungswidrigkeiten der Vollständigkeit halber folgendes erwidert:

RAMPE OST:

Bei der im Grundriss des Kellergeschoßes an der Ostseite des Neubaus strichliert rot dargestellten Linie handelt es sich nicht um eine Rampe, sondern um einen im Erdgeschoß geplanten und mit der strichlierten Linie angedeuteten Gebäudeteil. Die benannte Türe in der Westansicht des Neubaus kann (da im Neubau) auch nur als neu eingereicht sein, da ja an dieser Stelle kein Altbestand im Projekt besteht.

PERGOLA SÜD:

Gemäß Wiener Bauordnung § 62 a Pkt. 14 BO ist für Pergolen weder eine Baubewilligung noch eine Bauanzeige erforderlich, eine vorhandene Überdachung wurde entfernt und keine neue geplant. Zu den sonstigen Vorhaltungen betreffend Schalsteinmauer ist darauf zu verweisen, dass es sich bei den vorliegenden Plänen um ein Projekt handelt und nicht um eine Bestandsaufnahme. Diese Schalsteinmauer ist im Übrigen Teil der darüber errichteten Terrasse.

BAULICHKEIT UNTER DER TERRASSE

Die gegenständliche Terrasse wurde mit Einreichplan vom 29.11.1993 (Zahl K.-weg 9/7692/93) bewilligt und ist somit konsensgemäßer Altbestand. Durch die Herstellung eines Durchbruches in dem bereits bestehenden Hohlraum unter der Terrasse entsteht eine Anbindung an den Bestandskeller und wird dieser erweitert. Dieser baurechtliche Zustand wurde im September 2013 der Bauoberbehörde nachgewiesen. Die gegenteiligen Behauptungen der verfahrensbeteiligten Anrainer sind daher schlicht falsch.

Eine genannte Überbauung der Terrasse ist mit dem gegenständlichen Projekt nicht geplant.

Beilage ./1 Kollaudierung der Terrasse vom 29.11.1993, GZ 9/7692/93

ÜBERSCHREITUNG DER ZULÄSSIGEN GEBÄUDEHÖHE (GEBÄUDEABWICKLUNG)

Aus der vorgelegten Gebäudefrontenabwicklung, die im Akt erliegt und die den verfahrensbeteiligten Anrainern anlässlich der Bauverhandlungen vom 19.03.2012 und 14.06.2012 zur Kenntnis gebracht wurde, ergibt sich eindeutig, dass eine Überschreitung der zulässigen Gebäudehöhe auch ohne die „Anschüttungen“, nicht vorliegt. Von Seiten der Baubehörde wurde sogar zusätzlich selbst nochmals ein zusätzliches Dokument verfasst, um die Abwicklung zu bestätigen bzw. zu prüfen. Die Einrede einer fehlenden Unterfertigung durch den Planverfasser obliegt nicht dem Nachbarschaftsrecht.

Aus all diesen Unterlagen ist ersichtlich, dass die mittlere Gebäudehöhe des Zubaus 6,2 m beträgt, wobei gemäß Bauordnung eine solche von 6,5 m zulässig wäre.

Die gegenteiligen Behauptungen entbehren jeder Berechtigung.

Beilage ./2 Gebäudeabwicklung laut Plänen vom 16.12.2011/12.01.2012

LICHTEINFALL

Betreffend die fehlende Unterschrift durch den Planverfasser ist auf das Vorstehende zu verweisen. Dies ist Sache der belangten Behörde und kein Nachbarrecht.

Die im Einreichprojekt vorgelegte Lichteinfallsberechnung geht selbstverständlich auch von der möglichen Verbauung des gegenständlichen Nachbarschaftsgrundstücks und dem Fall eines Heranrückens eines Nachbargebäudes auf 3 m Bauabstand von der Grundstücksgrenze aus. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass es sich um die Giebelseite des Zubaus der Bauwerberin handelt, ergibt sich aus den vorgelegten und den verfahrensbeteiligten Anrainern in den Bauverhandlungen vom 19.03.2012 und 14.06.2012 vorgelegten Unterlagen, dass der von der Bauordnung vorgeschriebene Lichteinfallswinkel für Hauptfenster in jedem Fall gewahrt ist.

Eine Beeinträchtigung subjektiv nachbarrechtlicher Rechte liegt daher nicht vor.

Beilage ./.3 Lichteinfallsberechnung

DARSTELLUNG EINES NEBENGEBAÜDES

Bei den vorliegenden Plänen handelt es sich um ein Projekt - es kann davon ausgegangen werden, dass keine weiteren Gebäude, welche zur bebaubaren Fläche hinzuzählen wären, auf dem Grundstück bei Fertigstellung verbleiben. Im Übrigen handelt es sich bei diesem „Gebäude“ um einen kleinen lose auf dem Untergrund stehenden Geräteschuppen aus Holzfertigteilen, der kein Bauwerk im Sinne der Bauordnung für Wien darstellt und daher in keinem Fall in die verbaute Grundfläche einzurechnen ist.

Anlässlich der Bauverhandlungen vom 19.3. und 14.6.2012 wurden allen verfahrensbeteiligten Anrainern diese Planunterlagen vorgelegt und diese sowohl vom Vertreter der Bauwerberin als auch gemeinsam mit den Vertretern der belangten Behörde erörtert und erklärt.

Alle Einwände der verfahrensbeteiligten Anrainer erweisen sich daher, wie dies auch die belangte Behörde zutreffend in ihrem Baubewilligungsbescheid vom 13.03.2013 ausgeführt hat, als unberechtigt im Sinne des § 134 a Bauordnung für Wien.

Weder wurde nach der klaren Aktenlage die Mindestabstände zu den Nachbargebäuden nicht eingehalten, noch die Gebäudehöhe überschritten und die vorgeschriebenen Fluchtlinien nicht eingehalten. Allfällige Immission bei Errichtung von Wohnhäusern sind gemäß § 134 a Bauordnung für Wien unbeachtlich; die Einräumung von Emissionen wurde von der Bauwerberin nicht beantragt. Nur die Einhaltung dieser gesetzlich taxativ aufgezählten Bedingungen sind subjektiv öffentlichrechtliche Rechte der Anrainer um die es hier geht.

5. Die belangte Behörde hat sich eingehend und im Detail mit allen Einwendungen der verfahrensbeteiligten Anrainer auseinandergesetzt und richtigerweise festgestellt, dass keine wie immer geartete Verletzung von subjektiv öffentlichen Nachbarrechten im Sinne der Berufungen vorliegen ist. Auch die Behauptungen der verfahrensbeteiligten Anrainer, die ihnen im Verfahren vorgelegten Planunterlagen wären zur Überprüfung nicht geeignet gewesen, ob ihre subjektiv öffentlichrechtlichen Rechte verletzt sind, entbehren jedweder Berechtigung. Wie sich aus den im Akt der belangten Behörde befindlichen Planunterlagen hinlänglich ergibt, sind daraus alle bereits angeführten nachbarrechtlich relevanten Daten eindeutig erkennbar.

Der behauptete Verfahrensmangel liegt nicht vor.

6. Für die flächenmäßige Überschreitung der zulässig verbaubaren Fläche liegt die Zustimmung des Bauausschusses der Bezirksvertretung mit Bescheid vom 28.02.2013, GZ BV ...-2590/12 vor.

Voraussetzung für die Erteilung der Baubewilligung mit Bescheid der belangten Behörde vom 13.3.2013 war dieser Beschluss des Bauausschusses des ... Bezirks vom 28.02.2013, GZ BV ...-2590/12, mit dem der Bauwerberin die Ausnahmegenehmigung gemäß § 69 Bauordnung für Wien zu einer Bauflächenüberschreitung von 20 m² erteilt wurde.

Mit den erhobenen Berufungen wurde auch dieser Bescheid mit angefochten.

Soweit mit diesen Berufungen die verfehlte Anwendung der Rechtslage vor der Baurechtsnovelle 2009 auch für diesen Bescheid und die Eigenmacht der Behörde moniert wird, wird auf die Ausführungen zu diesem Thema verwiesen. Diesen Einwänden kommt aus den dort angeführten Gründen keine Berechtigung zu.

7. Die Magistratsabteilung 19 hatte bereits am 12.06.2008 - GZ M19/006687/08 keinen Einwand gegen das eingereichte Bauprojekt der Bauwerberin erhoben, eine Voraussetzung für die Erlassung des Baubewilligungsbescheides vom 11.8.2008. Auch die Magistratsabteilung 21B (Stadtteilplanung und Flächennutzung) hatte mit 08.03.2012 die Zustimmung erteilt.

Die Magistratsabteilung 19 (Architektur und Stadtplanung) gab dann zunächst mit 02.03.2012 eine negative Stellungnahme ab. Zwar wurde gegen das Bauvorhaben kein Einwand - auch im Sinne der ersten Stellungnahme aus dem Jahr 2008 - erhoben, weil aber - fälschlicherweise - eine Kubaturmaximierung unterstellt wurde, wurde dem Bauvorhaben

im Hinblick auf den umgebenden kleinteiligen Einfamilienhausbestand nicht zugestimmt. Diese ihre ablehnende Stellungnahme revidierte die Magistratsabteilung 19 am 12.10.2012, weil einerseits inzwischen die positive Stellungnahme der Magistratsabteilung 21B vorlag und zum weiteren festgestellt wurde, dass gegenüber einer höchstzulässigen Gesamtkubatur von 1.855 m³ nur 1.771 m³ durch das Bauvorhaben der Bauwerberin ausgenutzt wurden und daher von der ursprünglich angenommenen Kubaturmaximierung nicht mehr ausgegangen werden konnte. Diese geänderte Ansicht der Magistratsabteilung 19 war daher sachlich begründet und nicht wie von den verfahrensbeteiligten Anrainern angedeutet, nicht nachvollziehbar und möglicherweise anders motiviert.

Richtig ist, dass der Bauausschuss der Bezirksvertretung des ... Bezirkes zunächst in einer ersten Sitzung vom 04.09.2012 - wegen der damals noch negativen Stellungnahme der Magistratsabteilung 19 die beantragte Ausnahmegenehmigung für eine Überschreitung der zulässig verbaubaren Fläche ablehnte. Aufgrund der revidierten Ansicht der Magistratsabteilung 19 wurde jedoch diese Ausnahmegenehmigung in der Sitzung vom 28.02.2013 - wenn auch nur mehrheitlich - beschlossen und damit die Überschreitung der zulässig verbaubaren Fläche um 20 m² mit Bescheid vom 28.02.2013, GZ BN ...-2590/12 genehmigt.

Entgegen allen Unterstellungen erfolgte diese revidierte Beschlussfassung in der durch die Gemeindeverfassung vorgegebenen Form ordnungsgemäß, ebenfalls sachlich fundiert und nicht aus irgendwelchen anderen fragwürdigen Momenten heraus. Dieser Bescheid ist im Übrigen ausreichend begründet, berücksichtigt auch die - unrichtigen - Behauptungen der verfahrensbeteiligten Anrainer und entspricht voll der gegebenen Rechtslage.

Auch die Berufungen gegen den Bescheid des Bauausschusses vom 28.02.2013, GZ BV ...-2590/12, entbehrt daher jeder Begründung.

8. Abschließend und zusammenfassend ist daher zu den Berufungen und nunmehr als Beschwerden zu behandelnden Eingaben der verfahrensbeteiligten Anrainern festzustellen, dass diese in allen aufgezeigten Punkten nicht berechtigt sind.

III.

ZUR FRAGE DES ANZUWENDENDEN RECHTS UND BEWEISANTRAG:

Zur Frage, ob gegenständlich ein Baubewilligungsansuchen vom 31.03.2008 - nach der Rechtslage vor der Baurechtsnovelle LGBL. 25/2009 - oder ein weiteres neues Ansuchen vom 16.12.2011 nach der neuen Rechtslage zu behandeln ist, hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Urteil vom 16.03.2016, Ra 2014/05/0038-10, ausreichende und klare Feststellungen getroffen:

"Die Revisionswerberin (Bauwerberin) legte mittels eines am 16.12.2011 datierten Formularvordrucks geänderte Pläne vor. Allein die Tatsache, dass auf diesem Formular (allenfalls irrtümlich) § 70 BO angekreuzt worden ist, führt noch nicht zwingend zu dem Schluss, die Revisionswerberin (Bauwerberin) habe einen neuen Bauantrag stellen wollen. Die Eingabe erfolgte vielmehr nur kurz nachdem die Baubehörde die Revisionswerberin (Bauwerberin) darüber informiert hatte, dass für die Erteilung der Baubewilligung Planänderungen - bzw. Richtigstellungen - sowie eine Ausnahmegenehmigung nach § 69 BO erforderlich seien und die Eingabe wurde zum laufenden Bauverfahren protokolliert. Es bestand für die Baubehörde offenkundig zu keinem Zeitpunkt ein Zweifel daran, dass die Eingabe vom 16.12.2011 allein dem Ziel diene, das anhängige Bauverfahren einer Bewilligung zuzuführen. Auch die Revisionswerberin (Bauwerberin) bestätigte diese Ansicht, wie sich insbesondere aus ihrem Schreiben vom 23.07.2013 an die zu diesem Zeitpunkt zuständige Berufsbehörde, in welchem sie sich - offenkundig ausgehend von ihrem Ansuchen vom 31.03.2008 - über die Dauer des bereits seit 5 Jahren anhängigen Bauverfahrens beklagte, ergibt."

Nach Aufhebung des ersten Baubewilligungsbeschlusses vom 11.08.2008 durch den Beschluss der Bauoberbehörde vom 05.05.2011 wurde die Bauwerberin - siehe AV vom 31.08.2011 - von der belangten Behörde eingeladen, für die Entscheidung von der belangten Behörde wesentlich gehaltene Planänderungen bzw. Planrichtigstellungen vorzunehmen.

Die Bauwerberin wurde im Oktober 2011 - siehe Niederschrift vom 11.10.2011 - erstmals davon informiert, dass im Zuge der behördlichen Erhebungen festgestellt wurde, dass mit dem gegenständlichen Projekt die zulässig bebaubare Fläche von 200 m² durch die Ausbildung von vorstehenden Bauteilen (Erkern) - von der belangten Behörde gemessen - um 20 m² überschritten wurde und dafür eine Ausnahmegenehmigung gemäß § 69 BO für Wien für die Bewilligung des Bauansuchens erforderlich ist.

Von den verfahrensbeteiligten Anrainern wurden - teilweise zu Recht - formale, jedoch für die Baubewilligung irrelevante Mängel des ursprünglichen Einreichplanes aufgezeigt. Da im Zuge der Bauausführung gegenüber der ursprünglichen Einreichplanung tatsächlich

geringfügige Änderungen vorgenommen wurden - diese betrafen jedoch wie schon angeführt nur Änderungen der Raumaufteilung im Inneren des Zubaus, eine andere Anordnung von Maueröffnungen, sowie die Nichtausführung von ursprünglich geplanten diversen Bauteilen, allesamt baurechtlich irrelevant - wurde die Bauwerberin von der zuständigen Sachbearbeiterin der belangten Behörde, Frau Dipl.-Ing. O. ausdrücklich aufgefordert, Planverbesserungen und Ergänzungen wegen der sonstigen Unübersichtlichkeit nicht auf dem ursprünglichen Einreichplan vorzunehmen, sondern einen neuen Plan vorzulegen und einen Planwechsel iSd § 73 BO für Wien vorzunehmen.

Diese Pläne wurden von der Bauwerberin mit 12.01.2012 (datiert mit 16.12.2011) vorgelegt und von der belangten Behörde zum laufenden Verfahren zur GZ MA 37/GGO-KV-14476-10/08 zum Akt genommen und zwar richtigerweise als zulässiger Planwechsel gemäß § 73 BO für Wien zum Bauansuchen vom 31.03.2008 bewertet und der weiteren Bearbeitung und Entscheidung im bereits anhängigen Verfahren GZ MA 37/GGO-KV-14476-10/08 zugrunde gelegt.

Richtig ist lediglich, dass die Bauwerberin ein mit 16.12.2011 datiertes und am 12.01.2012 bei der belangten Behörde eingelangtes Formularansuchen, in dem die Rubrik "gemäß § 70 BO" angekreuzt wurde, vorgelegt.

§ 13 Abs 8 AVG bestimmt, dass der verfahrenseinleitende Antrag - im gegenständlichen Fall der vom 31.03.2008 - in jeder Lage des Verfahrens geändert werden kann. Durch die Antragsänderung darf die Sache ihrem Wesen nach nicht geändert und die sachliche und örtliche Zuständigkeit nicht berührt werden - was im gegenständlichen Fall voll und ganz zutrif. § 37 AVG besagt weiters, dass nach einer Antragsänderung (§ 13 Abs 8) die Behörde das Ermittlungsverfahren insoweit zu ergänzen hat, als dies im Hinblick auf seinen Zweck notwendig ist. Eben das ist geschehen.

Mit dem Antrag auf Erteilung der Ausnahmegenehmigung gemäß § 69 BO vom 14.12.2011 und der Vorlage der korrigierten und geänderten Pläne mit 12.01.2012 hat die Bauwerberin lediglich auf die Vorhalte der belangten Behörde reagiert und diesen entsprochen. Die belangte Behörde hat im Sinne des § 37 AVG das am 12.01.2012 eingelangte "Bauansuchen gemäß § 70 BO", wie mit den Vertretern der Bauwerberin, vorbesprochen, richtigerweise als Antragsänderung und nicht als neues Bauansuchen gewertet und das Ermittlungsverfahren über den Antrag vom 31.03.2008 fortgesetzt.

Die Bezeichnung der Eingabe vom 16.12.2011/12.01.2012 als "Bauansuchen gemäß § 70 BO" erfolgte irrtümlich durch den Vertreter der Bauwerberin.

Wie schon angeführt, hätte die Bauwerberin ein neues Bauansuchen stellen wollen, hätte sie das alte Verfahren zurückgezogen.

Aber selbst wenn die Eingabe vom 16.12.2011/12.01.2012 als neues Bauansuchen gemäß § 70 BO gewertet würde, wäre für niemanden etwas gewonnen, da dann - nach der alten Rechtslage vor dem 03.05.2009 - jedenfalls über das ursprüngliche Bauansuchen vom 31.03.2008 nach der alten Rechtslage zu entscheiden wäre.

Das Verwaltungsgericht Wien ist in seiner Entscheidung vom 15.07.2014 unbegründet davon ausgegangen, dass es sich bei der Eingabe der Bauwerberin datiert mit 16.12.2011, bei der belangten Behörde eingelangt am 12.01.2012 um ein „weiteres“, also ein neues Ansuchen um Baubewilligung gemäß § 70 der Bauordnung für Wien, neben dem ersten Ansuchen vom 31.03.2008, handelt und sich der Baubewilligungsbescheid der belangten Behörde vom 13.03.2013, GZ MA 37/GGO-KV- 14476-10/08 auf dieses weitere neue Ansuchen bezog.

Das Verwaltungsgericht Wien begründete seine Feststellung, dass es sich bei dem Ansuchen vom 16.12.2011 - eingelangt am 12.01.2012 - um eine Neueinreichung handelte lediglich damit, dass sich aus den Verwaltungsakten keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Bauwerberin mit diesem Ansuchen lediglich das Ansuchen vom 31.03.2008 „modifizieren“ wollte.

Die Bauwerberin hat ihr Baubewilligungsansuchen vom 31.03.2008 im Zusammenhang mit ihrer Eingabe vom 12.01.2012 nicht zurückgezogen, was bei einer Neueinreichung wohl konsequent gewesen wäre und auch - nach der Praxis der Baubehörden - bei zwei dann parallel laufenden und gegenständlich identischen Bauprojekten - verlangt worden wäre und Anderes keinen Sinn ergeben würde.

Wegen der allen Verfahrensbeteiligten bekannten Änderungen der Bauordnung durch die Novelle 2009 und mit der dadurch geänderten gesetzlichen Grundlage für eine Ausnahmegenehmigung, war es das erklärte Ziel der Bauwerberin, die Beurteilung ihres Ansuchens vom 31.03.2008 nach der alten Rechtslage zu erhalten. Nach der ausdrücklichen Aufforderung durch die belangte Behörde, die eingereichten zum Teil mangelhaften und zu ergänzenden Pläne auch unter Berücksichtigung der Einwendungen der verfahrensbeteiligten Anrainer nachzubessern und zu korrigieren und einen Planwechsel iSd § 73 BO für Wien

vorzunehmen, wurden unter diesen Aspekten neue Pläne von der Bauwerberin vorgelegt. Nichts anderes war intendiert.

Der Bauwerberin bei dieser Gesamtsituation eine andere Absicht, als eine „Modifizierung“ der ursprünglichen Einreichplanung vom 31.03.2008/14.04.2008 zu unterstellen, entbehrt krass jeder vernünftigen, lebensnahen und auch sachgerechten Beurteilung des Sachverhalts.

Die belangte Behörde hat die Bauwerberin nicht aufgefordert, aufgrund der geänderten Rechtslage eine neue Einreichung mit neuen Plänen vorzunehmen, sondern ausdrücklich lediglich eine Korrektur bzw. Berichtigung und Ergänzung des ursprünglichen Einreichplanes, wenngleich in Form sonst vollkommen mit dem ursprünglichen Einreichplan identen neuen Plänen, eben nur einen zulässigen Planwechsel iSd § 73 BO für Wien vorzunehmen. Dass die belangte Behörde die Eingabe vom 12.01.2012 nicht als Neueinreichung gewertet hat, sondern lediglich als eine Korrektur und Ergänzung der ursprünglichen Einreichplanung, geht auch eindeutig daraus hervor, dass die Eingabe vom 16.12.2011/12.01.2012 zur laufenden Geschäftszahl - MA 37-K.-weg 9-14476-10/08 zum anhängigen Verfahren und nicht zu einem neuen entgegengenommen hat und der Baubewilligung vom 13.03.2013 zu Grunde gelegt wurde.

Der gesamte Verwaltungsakt und alle aktenkundigen Vorgänge sowie die klar erkennbaren dahinterstehenden Absichten sowohl der Bauwerberin, als auch der belangten Behörde lassen logisch zwingend und aus dem gesamten Zusammenhang nur den einzig vernünftigen Schluss zu, dass die Eingabe der Bauwerberin vom 16.12.2011/12.01.2012 und die Vorlage der diesbezüglichen Pläne lediglich ein Planwechsel iSd § 73 BO für Wien und jedenfalls keine Neueinreichung war.

Es wird daher der

ANTRAG

gestellt, das Verwaltungsgericht Wien möge die Berufungen meritorisch durch Erkenntnis als unbegründet zurückweisen und den mit diesen Berufungen angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 13.3.2013, GZ MA37/GGO-KV-14476-10/08 bestätigen.

Die Bauwerberin stellt weiters den

ANTRAG

auf Ladung und Einvernahme folgender Zeugen:

1. BM Ing. F., p.A. B. GmbH, Wien, R.-gasse
2. DI M., p.A. der belangten Behörde
3. DI O., p.A. der belangten Behörde
4. Mag. St., p.A. Gruppe Verfassungsdienst Wien, Rathaus,
5. Mag. M., Rechtsanwältin, Wien, N.-gasse
6. Dipl. Ing. T., Wien, R.-gasse

zum Beweis dafür, dass die Eingabe vom 16.12.2011 / 12.1.2012 ein Planwechsel im Sinne von § 73 BOW zum Ansuchen vom 31.3.2008 (eingebracht am 14.4.2008) und nicht ein neues Baubewilligungsansuchen war.“

(Ohne fettgedruckte Hervorhebungen wie im Original)

6. Das Verwaltungsgericht Wien bestellte in der beschwerdegegenständlichen Angelegenheit im November 2016 Herrn DI K. zum Amtssachverständigen und beauftragte ihn zur Gutachtenserstattung zu näher gestellten bautechnischen Fragen. Ebenso ergingen Zeugen- und Parteienladungen für eine öffentliche mündliche Verhandlung in der beschwerdegegenständlichen Angelegenheit für 18., 19. und 20.01.2017.

Die Parteien wurden darin auch aufgefordert, die zur Darlegung ihres Rechtsstandpunktes dienlichen Tatsachen bzw. Beweismittel zur Verhandlung mitzunehmen oder diese so rechtzeitig bekannt zu geben, dass sie zur Verhandlung beigebracht werden können. In der Parteienladung an den

Bauausschuss wurde dieser auch aufgefordert, zwecks Parteieinvernahme zum Verhandlungstermin am 19.01.2017 im Hinblick auf die mehrmalige Beschlussfassung im Bauausschuss jedenfalls auch den Vorsitzenden des Bauausschusses, Herrn Bezirksrat MMag. G., sowie den stellvertretenden Vorsitzenden, Herrn B., stellig zu machen.

Herr S. ersuchte mit Schreiben vom 20.12.2016 (eingelangt) um Aufnahme eines Beweismittels und führte dazu aus:

„Nach Einsicht in den Verfahrensakt habe ich das Protokoll der Bauausschuss-Sitzung vom 28.02.2013 begutachten können. Ich hatte danach die Vermutung, dass es vor dem 28.02.2013 eine Sitzung des Bauausschusses gegeben hat. Meine Anfrage am 15.12.2016 bei dem Bezirksvorsteher für den ... Bezirk wurde dahingehend beantwortet, dass es am 20.02.2013 eine Sitzung gab. Da der Bauausschuss in der Regel nur jedes Quartal eine Sitzung abhält, ist am 28.02.2013 keine Sitzung erfolgt, es liege auch kein Protokoll vor.

Freundlicherweise durfte ich am 16.12. im Büro des Bezirksvorstehers Einsicht in das Protokoll vom 20.02.2013 nehmen. In diesem Protokoll, es ist auch ganz anders erstellt als das im Akt vorliegende, wird mit keinem Punkt auf die erteilte Ausnahme zum Bauprojekt Fr. N. eingegangen. Auch meine nochmalige Nachfrage nach einem Protokoll vom 28.02.2013 wurde wieder dahin beantwortet, dass es zu dieser Sitzung keine Niederschrift gäbe und eine solche auch nicht stattgefunden hätte.

Ich ersuche Sie daher das Protokoll vom 20.02.2013 der Bauausschuss-Sitzung ... als weiteres Beweismittel in den Akt aufzunehmen und dieses Beweismittel vom Bezirksvorsteher einzufordern.“

Der belangten Behörde (Bauausschuss) wurde das Schreiben des Herrn S. vom Verwaltungsgericht Wien mit Schreiben vom 21.12.2016 zur Kenntnis gebracht. Der Bauausschuss wurde unter Hinweis auf das Vorbringen des Beschwerdeführers -- es hätte am 20.02.2013 nicht jedoch am 28.02.2013 eine Sitzung des Bauausschusses gegeben und in der Sitzung vom 20.02.2013 sei die beantragte Ausnahmegenehmigung des beschwerdegegenständlichen Bauvorhabens nicht erteilt worden -- ersucht, binnen zwei Wochen das Protokoll der Sitzung des Bauausschusses zu übermitteln und sich zu diesem Vorbringen zu äußern.

Mit Schreiben vom 03.01.2017 erging unter Hinweis – da wegen des feiertagsbedingten eingeschränkten Amtsbetriebs eine rasche Erledigung des Ersuchens des Verwaltungsgerichtes Wien vom 21.12.2016 nicht möglich sei – ein Ersuchen um Fristerstreckung bis um 10.01.2017. Diesem Ersuchen wurde entsprochen.

Mit Schreiben vom 10.01.2017 teilten der Vorsitzende sowie der stellvertretende Vorsitzende des Bauausschusses dem Verwaltungsgericht Wien Folgendes mit:

„Bezugnehmend auf die Ladung zur mündlichen Verhandlung vom 30. November 2016, [...] betreffend das Bauverfahren Wien; K.-weg 9, erlaube ich mir mitzuteilen, dass nach einer Rechtsauskunft der Magistratsdirektion eine Befragung einzelner namentlich genannter Mitglieder des Bauausschusses in der mündlichen Verhandlung über Inhalte der Willensbildung im Bauausschuss rechtlich nicht zulässig ist.

Ich ersuche daher um Kenntnisnahme, dass an der mündlichen Verhandlung am 18., 19. und 20. Jänner 2017 vom Bauausschuss der Bezirksvertretung für den ... Bezirk niemand teilnehmen wird. Das Protokoll der Sitzung vom 28. Februar 2013 wird in der Beilage vorgelegt. Daraus ist ersichtlich, dass in der gegenständlichen Bausache vom Bauausschuss der Bezirksvertretung ein gültiger Beschluss gefasst wurde. Alle personenbezogenen Daten sowie alle Umstände, die der Amtsverschwiegenheit unterliegen, sind geschwärzt.

MMag. G. e.h.
Bauausschuss Vorsitzender

B. e.h.
Stv. Bauausschuss Vorsitzender

Beilage
Protokoll der Sitzung des
Bauausschusses vom 28.2.2013“

Das in der Beilage erwähnte Protokoll weist umfängliche Schwärzungen auf: Unter anderem sämtliche Namen (von anwesenden und entschuldigtem Bezirksräten, von Teilnehmern der MA 37 und von der Protokollführerin), von Wortmeldungen oder Punkten im Zuge der Beschlussfassung. Vom äußeren Erscheinungsbild und abstellend auf das darin genannte Datum könnte das in der Beilage erwähnte Protokoll durchaus jenem Protokoll vom 28.02.2013 entsprechen, dass im Akt (Seite 183 ff) der belangten Behörde (ungeschwärzt) einliegt bzw. jenem, dass vom Vorsitzenden des Bauausschusses dem Verwaltungsgericht Wien in der Stellungnahme vom 23.05.2016 (damals noch ungeschwärzt!) angeschlossen übermittelt worden ist.

Auf Nachfrage des Verwaltungsgerichtes Wien, ob seitens des Bauausschusses noch eine Stellungnahme zum Ersuchen des Verwaltungsgerichtes vom 21.12.2016 erfolgt, erging die telefonische Mitteilung, dass die Anfrage vom 21.12.2016 durch das übermittelte Protokoll der Sitzung des Bauausschusses vom 28.02.2013 abgehandelt worden sei und keine weitere Stellungnahme erfolgen werde.

Am Tag vor (!) der öffentlichen mündlichen Verhandlung langte eine Stellungnahme der Bauwerberin, eine „zusammenfassende Darstellung der wesentlichen rechtlichen Gesichtspunkt der Sache“, beim Verwaltungsgericht

Wien ein „zwecks Erleichterung der Verhandlungsdurchführung“ und Hinweis darauf, dass neue Tatsachen und Beweismittel nicht vorgebracht würden.

7. Beim Verwaltungsgericht Wien fand eine öffentliche mündliche Verhandlung in der Beschwerdesache (am 18.01.2017, 19.01.2017, 20.01.2017) statt, an welcher die Beschwerdeführer Herr S., Frau W. im Beisein ihres anwaltlichen Vertreters, und Frau E., die Vertreter des Magistrats der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37, Herr DI L. (sowie weiters: Herr Mag. K. am 18. und 19.01, Frau Mag.^a P. am 20.01, Herr DI M. am 19. und 20.01. und letztlich Frau DI O. am 20.01.2017) sowie die Bauwerberin, Frau Mag.^a N. im Beisein ihrer anwaltlichen Vertreterin, Frau Mag.^a M., teilnahmen.

Am 18.01.2017 erfolgte unter anderem zu dem von der Bauwerberin gestellten Beweisantrag -- dass die Eingabe vom 16.12.2011/12.1.2012 ein Planwechsel im Sinne von § 73 BO für Wien zum Ansuchen vom 31.3.2008 (eingebracht am 14.4.2008) und nicht ein neues Baubewilligungsansuchen war -- die Parteieneinvernahme der Bauwerberin sowie die Einvernahme der Zeugen Frau Mag.^a M., Herr Ing. F., Herr DI T., Frau DI O. und Herr DI M.. Die beiden letztgenannten Zeugen wurden zudem zu ihren Wahrnehmungen im Zusammenhang mit den Sitzungen des Bauausschusses am 04.09.2012 und am 28.02.2013 einvernommen.

Insbesondere auch am 19.01.2017 nahm kein Vertreter des Bauausschusses der Bezirksvertretung für den ... Bezirk an der öffentlichen mündlichen Verhandlung in der Beschwerdesache teil.

Am 20.01.2017 erstattete der Amtssachverständige, Herr DI K., zu dem vom Verwaltungsgericht gestellten Fragen ein Gutachten, welches mit den Parteien erörtert wurde.

7. Aufgrund der von den Parteien vorgelegten Schriftsätze samt Beilagen, der unbestritten gebliebenen Aktenlage, der Parteieneinvernahme, der Einvernahme der genannten Zeugen, sowie des vom Amtssachverständigen erstatteten schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachtens hat das Verwaltungsgericht Wien folgenden Sachverhalt festgestellt und als erwiesen angenommen:

7.1. Die Bauwerberin ist grundbücherliche Eigentümerin der projektgegenständlichen Liegenschaft EZ ... KG ... mit der Liegenschaftsadresse K.-weg 9. Herr S. ist grundbücherlicher Eigentümer der Liegenschaft EZ ... KG ... mit der Liegenschaftsadresse K.-weg 12. Frau W. ist grundbücherlicher Eigentümerin der Liegenschaft EZ ... KG ... mit der Liegenschaftsadresse K.-weg 11. Frau E. ist grundbücherlicher Eigentümerin der Liegenschaft EZ ... KG ... mit der Liegenschaftsadresse K.-weg 10.

Die Liegenschaft von Frau W. grenzt nördlich der projektgegenständlichen Liegenschaft unmittelbar an diese an. Die Liegenschaften der Beschwerdeführer Frau E. und Herr S. liegen der projektgegenständlichen Liegenschaft im Osten, getrennt durch den K.-weg, gegenüber. Dass die Trennung der projektgegenständlichen Liegenschaft von der Liegenschaft der Beschwerdeführer Frau E. und Herr S. durch den K.-weg 20 m überschreitet, wurde bislang von keiner Verfahrenspartei behauptet noch sind dem Verwaltungsgericht Wien entsprechende Bedenken erwachsen.

Die Beschwerdeführer haben rechtzeitig gegen das Bauvorhaben Einwendungen betreffend Überschreitung der Gebäudehöhe und des zulässigen Gebäudeumrisses, zulässigem Lichteinfall, der Bebauung von Abstandsflächen, der Vornahme einer Geländeanschüttung und der Überschreitung der zulässigen bebauten Fläche erhoben. Dabei haben sie sich auch gegen die Anwendung des § 69 BO für Wien idF vor der Novelle LGBl. für Wien Nr. 25/2009 ausgesprochen.

7.2.1. Mit Ansuchen vom 31.03.2008, eingegangen bei der belangten Behörde am 14.04.2008, beantragte die Bauwerberin gemäß § 70 BO für Wien die Baubewilligung zur Errichtung eines Zubaus auf der Liegenschaft Wien, K.-weg 9, EZ ... KG In weiterer Folge wurde mit Bescheid der Magistratsabteilung 37 vom 11.08.2008, ZI MA 37/... - K.-weg 9/14476-1/08, gemäß § 70 BO für Wien die beantragte Baubewilligung erteilt und diese auf den dem Ansuchen vom 31.03.2008 beigeschlossenen Einreichplänen vermerkt. Diesen Bescheid behob die Bauoberbehörde für Wien aufgrund von Nachbarberufungen mit Berufungsbescheid vom 05.05.2011, BOB – 680 bis 685/10, gemäß § 66 Abs. 2 AVG und verwies die Angelegenheit zur neuerlichen Verhandlung und Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde

zurück, weil die Baubewilligung ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung erteilt wurde und den Anrainer im Bewilligungsverfahren somit keine Gelegenheit geboten wurde, subjektiv-öffentliche Nachbarrechte geltend zu machen und damit Parteistellung zu erlangen.

Mittels Formblatt, datiert mit 19.02.2011 und bei der belangten Behörde am 23.02.2012 eingegangen, überreichte die Bauwerberin dem Magistrat der Stadt Wien, MA 37, Einreichpläne. Auf diesem Formblatt ist angekreuzt „Bauansuchen gem. § 70 BO“ und zur Art des Bauvorhabens ist vermerkt „Diverse bauliche Änderungen, Errichtung eines Zubaus“. Weiters ist auf dem Formblatt beim Einreichstempel die (augenscheinlich zuerst protokollierte) Geschäftszahl „1177-1/12“ durchgestrichen und darunter die Zahl „14476-10/08“ vermerkt.

Aufgrund der Ergebnisse der öffentlichen mündlichen Verhandlung steht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fest, dass die Bauwerberin mit der Eingabe 19.02.2011/23.02.2012 (nachfolgend kurz: Einreichung bzw. Eingabe 2012) entgegen der Ankreuzung auf dem Formblatt kein weiteres Bauansuchen auf der projektgegenständlichen Liegenschaft stellen wollte sowie entgegen der von der Bauwerberin im verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Mai 2016 abgegebenen Stellungnahme mit der Einreichung 2012 auch keinen Planwechsel im Sinne des § 73 BO für Wien zum Ansuchen vom 31.03.2008 intendierte, sondern mit der Einreichung 2012 den ursprünglichen Baubewilligungsantrag vom März 2008 modifizieren wollte.

7.2.2. Diese Feststellungen stützen sich auf folgende Erwägungen:

Im Beschwerdeverfahren ist strittig, ob mit der Eingabe 2012 ein eigenständiges/neues Bauansuchen gestellt wurde, oder, ob – ausgehend vom Vorbringen der Bauwerberin im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – damit ein Planwechsel gemäß des § 73 BO für Wien zum Ansuchen vom 31.03.2008 intendiert war.

7.2.2.1. Die Aktenlage des von der belangten Behörde vorgelegten Aktes zeigt zunächst den Schluss auf, die Bauwerberin hätte mit der Eingabe 2012 ein eigenständiges Bauansuchen gestellt:

So sind auch nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes Parteierklärungen – und bei der gegenständlichen Eingabe handelt es sich unzweifelhaft um eine Erklärung der Bauwerberin – ausschließlich nach ihrem objektiven Erklärungswert auszulegen. Entscheidend ist, wie Erklärungen unter Berücksichtigung der konkreten gesetzlichen Regelung, des Verfahrenszwecks und der Aktenlage objektiv verstanden werden muss. Bei eindeutigem Inhalt eines Anbringens sind hingegen davon abweichende, nach außen nicht zum Ausdruck gebrachte Absichten und Beweggründe grundsätzlich ohne Belang (vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG² § 13 (Stand 1.1.2014, rdb.at), Rz 38 mwN). So hat die Bauwerberin, die sich bereits zum Zeitpunkt der Eingabe 2012 sowohl rechtskundiger als auch technischer Fachberater bediente, in ihrem Ansuchen, das zwar nicht von ihrer persönlich sondern von ihren technischen Beratern inhaltlich vorbereitet wurde, das grundsätzlich für Neueinreichungen für Bauansuchen Verwendung findende Formular herangezogen und dabei unzweideutig das Feld „Bauansuchen gem. § 70 BO“ angekreuzt. Aufgrund der Einvernahme der Zeugen DI T. und Ing. F. liegt die Annahme nahe, dass die inhaltliche Vorbereitung des der Bauwerberin zuzurechnenden Formulars samt Planunterlagen durch eine Mitarbeiterin von DI T., namentlich durch Frau DI Ma., erfolgte, welche nach den Ausführungen von DI T. zum Zeitpunkt der inhaltlichen Vorbereitung der Eingabe 2012 einen beruflich einschlägigen Erfahrungswert bei der selbständigen Bearbeitung von Plänen samt Bauansuchen aufwies. Auch in den Einreichplänen selbst ist kein Anhaltspunkt (etwa Hinweis auf eine frühere Einreichung oder Bezug auf eine bereits vergebene Behördengeschäftszahl) dafür enthalten, dass die Eingabe 2012 auf einen Planwechsel zur Eingabe 2008 oder allfällig auf eine Modifikation des Ansuchens 2008 abzielte.

Der Eingabe 2012 ist (anders als „Änderungen an den anhängigen Einreichplänen“ im Zuge des Verfahrens vor der Bauoberbehörde für Wien) kein gesondertes Begleitschreiben angeschlossen, welches allfällig darlegte, dass die Eingabe 2012 etwa als Modifikation des Ansuchens 2008 zu verstehen sei und welche Modifikationen vorgenommen wurden. Nach den glaubhaften Ausführungen des Zeugen DI M. ist es hingegen übliche Praxis, dass bei Änderung bzw. Verbesserung von Einreichplänen ein entsprechendes Begleitschreiben von den Planverfassern mitüberreicht werde; fehlt ein solches Begleitschreiben, dann werde von der Einreichstelle ein Formular ausgehändigt,

damit die Pläne dem jeweiligen Akt bzw. dem anhängigen Bauverfahren zugeordnet werden können.

Auch der im Akt der belangten Behörde einliegende Aktenvermerk vom 31.08.2011 (B-AS 52) und die Niederschrift vom 11.10.2011 (B-AS 55) zeigen für sich genommen keine andere Deutung der Eingabe 2012 auf: Der Aktenvermerk vom 31.08.2011 verweist auf eine telefonische Vereinbarung, dass der Planer am 12.09.2011 – somit auch vor der relevanten Eingabe 2012 – im Amt erscheinen werde um notwendige Planänderungen bzw. -richtigstellungen vorzunehmen; dies zeigt für sich genommen lediglich die Absicht für Änderungen bzw. Richtigstellungen auf (bestehenden) Plänen nicht hingegen jedoch eine Absicht auf die Vorlage neuer bzw. allfällig verbesserter Pläne auf. Auch in der Niederschrift vom 11.10.2011 ist zusammengefasst lediglich vermerkt, dass nach Aufhebung des Bewilligungsbescheides 2008 durch den Berufungsbescheid der Bauoberbehörde für Wien im Mai 2011 das Bauansuchen überprüft wurde und erkannt wurde, dass wegen Überschreitung der (zulässigen) bebaubaren Fläche eine Ausnahmegewilligung gemäß § 69 BO für Wien erforderlich sei, über den Ausgang des sodann durchzuführenden Ermittlungsverfahrens unter Beiziehung des Bauausschusses keinerlei Aussage getroffen werden könne. Weitere Anhaltspunkte zur allfällig vom objektiven Erklärungswert des im verwendeten Formulars bei der Eingabe 2012 samt Plänen abweichenden Parteienwilles finden sich nicht in der Aktenlage.

Dass von der belangten Behörde -- auf Ersuchen des Vorsitzenden des Bauausschusses -- am 10.07.2012 (B-AS 148) angefragte Rechtsgutachten zur Thematik der anzuwendenden Fassung § 69 BO für Wien, enthält keine expliziten Anhaltspunkte dafür, wie die belangte Behörde die Eingabe 2012 (Neueinreichung, Planwechsel, Antragsmodifikation) interpretierte, weil in der Anfrage der Eingabe 2012 gar keine Erwähnung findet.

Auch die vorgenommene Umprotokollierung der Eingabe 2012 auf eine andere Geschäftszahl der belangten Behörde, deren Gründe im Behördenakt nicht dargelegt sind, bietet keinen Anhaltspunkt an dem von der Bauwerberin Erklärten abzugehen. Die Gründe der Umprotokollierung wurden erst im verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Zuge der Zeugeneinvernahme teilweise

transparent: Zunächst konnte selbst die mit der Bearbeitung des Aktes befasste Frau DI O. zu den Gründen der Umprotokollierung befragt auch hierzu keine Angaben machen, weil es ihr, ihren eigenen Ausführungen zufolge, „nicht um die Bearbeitung einer Geschäftszahl“ sondern um das Bauvorhaben gehe. Die Umprotokollierung wurde nach der Aussage des Zeugen DI M. von der Kanzlei und „vermutlich auf seine Anordnung geändert“, was „vermutlich deshalb erfolgt sei“, weil Frau DI O. „neue Pläne verlangt habe und deshalb auch kein neues Bauansuchen gestellt worden sei, sondern die Planvorlage zum ursprünglichen Bauvorhaben erfolgt ist“.

7.2.2.2. Die von der Aktenlage der belangten Behörde zur Thematik, ob mit der Eingabe 2012 als eigenständiges/neues Bauansuchen gestellt wurde, ob damit ein Planwechsel gemäß 73 BO für Wien zum Ansuchen 2008 oder, ob damit das Ansuchen 2008 modifiziert wurde, abweichend getroffenen Feststellungen beruhen im Wesentlichen auf den nicht unglaubhaft, in diesen Punkt übereinstimmenden und nachvollziehbaren Aussagen der Bauwerberin und der Zeugen Mag.^a M., DI O. und DI M.: Die Handlungen der Bauwerberin sind erkennbar davon motiviert, ihren (bereits errichteten) Zubau einer baubehördliche Bewilligung zuzuführen; auch ist nach Parteien- und Zeugeneinvernahme klar erkennbar, dass die Initiative für die Eingabe 2012 nicht bei der Bauwerberin lag, denn mit der Eingabe 2012 samt Plänen reagierte die Bauwerberin auf den Wunsch der zuständigen Sachbearbeiterin, Frau DI O., welche korrigierte Einreichpläne wollte. Inhaltlich betrachtet ist die Erklärung der Bauwerberin in ihrer Eingabe 2012 Ausfluss des Wollens der zuständigen Sachbearbeiterin, welche hiezu Wahrnehmungen und Erinnerungen hatte und aussagte, sie habe die Bauwerberin aufgefordert neue Pläne vorzulegen und die Bauwerberin sei diesem Wunsch nachgekommen. Der Grund für diese Aufforderung lag darin, dass der Sachbearbeiterin eine Neuvorlage der Einreichpläne -- einerseits im Hinblick auf die Erkenntnisse die aus dem Berufungsbescheid 2011 und andererseits im Hinblick auf die bereits von der Bauwerberin im Planwechsel 2010 ausgedrückten Abweichungen zum ursprünglichen Einreichplan aus dem Jahr 2008 gezogen wurden -- erforderlich erschien. Zwar werde diese Aufforderung der üblichen Behördenpraxis mit Aktenvermerk dokumentiert, was aber in verfahrensgegenständlicher Angelegenheit unterblieben ist. Als die Pläne der Eingabe 2012 bei Frau DI O. auf

„den Tisch einlangten“, war dieser, ihrer Aussage zufolge „klar, dass es sich dabei um das bereits laufende Bauverfahren gehandelt hat“.

Dass das Bauansuchen 2008 aus bautechnischer Sicht einer Modifikation durch die Eingabe 2012 zugänglich ist, respektive es sich dabei aus bautechnischer Sicht nicht um ein anderes Bauvorhaben handelt, hat der bestellte Amtssachverständige schlüssig und nachvollziehbar dargelegt.

Anders als von der Bauwerberin in der Stellungnahme vom Mai 2016 (erstmalig) vorgebracht, sind hingegen im verwaltungsgerichtlichen Beweisverfahren keine Anhaltspunkte dafür hervorgekommen, dass mit der Eingabe 2012 ein Planwechsel gemäß des § 73 BO für Wien zum Ansuchen vom 31.03.2008 intendiert war. Seitens der Rechtsvertreterin der Bauwerberin wurde im Zuge ihrer Zeugeneinvernahme auch dargelegt, dass sie nicht wisse, ob Frau DI O. in der Besprechung im Jahr 2011 namentlich § 73 BO für Wien konkret gesagt habe – in der Stellungnahme von Mai 2016 sei auszudrücken intendiert gewesen, dass „mit der Eingabe 2012 eine Änderung beabsichtigt war, welche die Grenzen des § 73 BO für Wien nicht überschritten habe“.

Dem Verwaltungsgericht Wien erscheint es daher aufgrund des Ergebnisses des Beweisverfahrens als (noch) überwiegend wahrscheinlich, dass die Eingabe 2012 den ursprünglichen Baubewilligungsantrag vom März 2008 (lediglich) modifiziert hat.

7.3.1. Mit dem (modifizierten) Bauvorhaben war der Bauausschuss der Bezirksvertretung für den ... Bezirk (nachfolgend kurz: Bauausschuss) in weiterer Folge dreimal befasst.

Zunächst waren mit dem Bauvorhaben noch die Magistratsabteilungen 19 und 21B befasst. Die Magistratsabteilung 19 erhob am 02.03.2012, GZ M19/002036/2012 (B-AS 68), aus architektonischer Sicht gegen das Bauvorhaben gemäß § 85 BO für Wien keinen Einwand. Zur Überschreitung der maximal bebauten Grundfläche um 20 m² ist ausgeführt, dass diese auf Grund der Planunterlagen mangels schriftlicher Begründung nicht nachvollziehbar sei, architektonische oder stadtgestalterische Argumente seien nicht vorgebracht.

Vielmehr scheine die Abweichung ausschließlich einer Kubaturmaximierung zu dienen, der von der Magistratsabteilung 19 angesichts des umgebenden, kleinteiligen Einfamilienhausbestandes nicht zugestimmt werden könne. Die Magistratsabteilung 21B nahm im Schreiben vom 08.03.2012, GZ MA 21 B - § 69/.../329/12/3, (B-AS 73 ff) zur Frage, ob durch die beantragte Überschreitung der zulässigen bebaubaren Fläche von 200 m² pro Gebäude die Tendenz des Flächenwidmungs- und Bebauungsplanes unterlaufen werden, dahingehend Stellung, dass die Abweichung unwesentlich erscheine und die Zielsetzungen des Bebauungsplanes aus folgenden Gründen nicht unterlaufe: Die Grundfläche des Bestandes und des Zubaus nehme deutlich weniger als ein Drittel der Grundstücksfläche in Anspruch. Der durchgrünte Charakter des Siedlungsgebietes könne somit weiter erhalten bleiben. Eine Beeinträchtigung des stadträumlichen Erscheinungsbildes und der Maßstäblichkeit des Siedlungsgebiets ist aufgrund der starken Gliederung des Bauvolumens nicht zu erwarten.

Im Zuge der (terminlich nicht genau feststellbaren) ersten Befassung des Bauausschusses wurde, nach Aussage des Zeugen DI M., beschlossen, dass die Beschlussfassung über das Bauvorhaben im Bauausschuss verschoben werde und, dass der Akt der MA 37 zwecks Einholung eines Gutachtens von der Magistratsabteilung 64 zur Frage der anzuwendenden Fassung des § 69 BO für Wien übermittelt werde. Ausweislich des im Akt des Magistrats der Stadt Wien, MA 37, einliegende Schreiben (B-AS 147, beim Magistrat der Stadt Wien am 26.06.2012 eingelangt) des Vorsitzenden des Bauausschusses, MMag. G., erging darin das Ersuchen um Einholung eines Rechtsgutachtens der Stadt Wien, ob eine Ausnahmegenehmigung nach § 69 BO für Wien erforderlich sei, obwohl dies zum Einreichzeitpunkt nicht der Fall war. Dieses wurde in weiterer Folge mit Schreiben vom 10.07.2012 angefragt und mit Schreiben vom 27.07.2012, GZ MA 64 - 3019/2012, seitens des Magistrats der Stadt Wien, Magistratsabteilung 64, erstattet.

Nach Einholung des Rechtsgutachtens des Magistrats der Stadt Wien, Magistratsabteilung 64, fasste der Bauausschuss der Bezirksvertretung am 04.09.2012 den einstimmigen Beschluss, dass das (modifizierte) Bauvorhaben abgelehnt wird, mit der Begründung, dass der Ausschuss die Einwendungen der

Anrainer und die Stellungnahme der Magistratsabteilung 19 aus dem Jahr 2012 höher als die Stellungnahme der Magistratsabteilung 21 B bewertet. Ein der Beschlussfassung entsprechender Bescheid wurde nicht erlassen. Dies deshalb, weil – ausweislich der schriftlichen Stellungnahme des Vorsitzenden des Bauausschusses vom 23.05.2016 – die in der Stellungnahme der MA 19 angeführte Kubaturmaximierung nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprach und ein auf dieser falschen Voraussetzung basierender Bescheid rechtswidrig gewesen wäre. Der Zeuge DI M. bestätigte, dass das im Akt des Magistrats der Stadt Wien (B-AS 185 ff) einliegende Beschlussprotokoll bzw. darin Verschriftlichte hinsichtlich Ablehnung des Bauansuches mit seinen Wahrnehmungen übereinstimme; im Protokoll sei aber nicht ersichtlich, dass im Bauausschuss in weiterer Folge über eine neuerliche Zuleitung bzw. Befassung des Bauvorhabens seitens der Magistratsabteilung 19 diskutiert und beschlossen wurde, weshalb in weitere Folge der Akt erneut der Magistratsabteilung 37 übermittelt wurde.

Die Magistratsabteilung 19 gab am 12.10.2012, zu GZ M19/010768/2012, eine weitere Stellungnahme aus architektonischer Sicht ab, worin ausgeführt ist, dass in der Anfrage der Magistratsabteilung 37 unter anderem darauf hingewiesen werde, dass bei einer Gebäudehöhe von 6,50m, einer bebaubaren Fläche von 200 m² und einer Frishöhenbeschränkung von 4,5m über der tatsächlich erreichten Gebäudehöhe (ohne Einberechnung von möglichen Erkern und Gaupen) eine Gesamtkubatur von 1855m³ möglich sei. Das eingereichte Projekt weise nachgewiesenermaßen eine Kubatur von 1771 m³ auf, wobei die beantragte Geländeanschüttung, sämtliche Erker und Gaupen sowie die nach § 69 beantragte Überschreitung der bebaubaren Fläche mit eingerechnet seien. Somit sei die zulässige Kubatur jedenfalls nicht ausgenützt. Dieser Tatbestand sei der Magistratsabteilung 19 bei der 1. Anfrage im März 2012 nicht bekannt gewesen, womit die in der Stellungnahme vom 02.03.2012 angeführte Kubaturmaximierung nun nicht mehr schlüssig argumentiert werden könne. Auch läge eine positive Stellungnahme der MA 21 B vom 08.03.2012 vor, in der argumentiert werde, dass „die bebaute Fläche deutlich weniger als ein Drittel der Grundstücksfläche in Anspruch nimmt und somit der durchgrünte Charakter des Siedlungsgebietes weiter erhalten bleibt. Eine Beeinträchtigung des stadträumlichen Erscheinungsbildes und der Maßstäblichkeit des

Siedlungsgebietes sei aufgrund der starken Gliederung des Bauvolumens nicht zu erwarten.“ Folglich sei in Anbetracht dieser nun vorgebrachten Bedingnisse seitens der Magistratsabteilung 19 eine Ausnahme nach § 69 Abs. 1 lit. f zu akzeptieren.

Unter dieser Voraussetzung wurde dann das (modifizierte) Bauvorhaben in der Sitzung des Bauausschusses am 28.02.2013 mehrheitlich bewilligt; der Zeuge DI M. bestätigte, dass das im Akt des Magistrats der Stadt Wien (B-AS 183 ff) einliegende Beschlussprotokoll bzw. darin Verschriftlichte hinsichtlich der Diskussion im Bauausschuss bzw. über die zustimmende Behandlung im Bauausschuss in dieser Sitzung mit seinen Wahrnehmungen übereinstimmt.

Dass die Beschlussfassung des Bauausschusses vom September 2012 sistiert worden war, konnte aufgrund des Beweisverfahrens nicht festgestellt werden.

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren sind keine das Vorbringen des Herrn S., es hätte am 20.02.2013 nicht jedoch am 28.02.2013 eine Sitzung des Bauausschusses gegeben, stützenden Anhaltspunkte hervorgekommen.

7.3.2. Zu den Erwägungen, welche den Feststellungen im Zusammenhang mit den Befassungen und den Beschlussfassungen des Bauausschusses mit dem beschwerdegegenständlichen Bauvorhaben zugrunde liegen, ist Eingangs anzumerken, dass im Laufe des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens die abnehmende Mitwirkung des Bauausschusses an der Ermittlung des relevanten Sachverhaltes erkennbar wurde. Dies mündete letztlich darin, dass der Bauausschuss die Ansicht zum Ausdruck brachte, eine Einvernahme der Mitglieder des Bauausschusses über Gegenstände bzw. Inhalte der Beschlussfassung in der Beschwerdesache durch das Verwaltungsgericht Wien sei rechtlich unzulässig, Nachfragen zu in Frage gestellten Beschlussfassungen wurden inhaltlich nicht beantwortet und Beschlussprotokolle wurden unter Hinweis auf Datenschutz und Amtsverschwiegenheit durch Schwärzungen über Teile unlesbar gemacht; Letzteres hätte im Ergebnis zur Folge, dass -- wenn die so geschwärzten Protokolle nicht bereits erkennbar im Akt der belangten Behörde einlägen bzw. dem Verwaltungsgericht Wien zu einem früheren Zeitpunkt ungeschwärzt vorgelegt gewesen wären – (bloß beispielhaft

aufgezeigt) nicht überprüfbar wäre, ob tatsächlich Mitglieder des Bauausschusses einen entsprechenden Beschluss gefasst haben.

Das Verwaltungsgericht Wien teilt auch nicht die Ansicht, dass eine Einvernahme der Mitglieder des Bauausschusses rechtlich unzulässig ist: Ein darauf abzielendes gesetzliches Verbot ist nicht ersichtlich. Im Hinblick auf den Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel sind auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren Zeugen- und Parteieneinvernahmen gängige Beweismittel. Dass der Bauausschuss der Bezirksvertretung für den ... Bezirk in der beschwerdegegenständlichen Angelegenheit (neben dem Magistrat der Stadt Wien (MA 37) auch) belangte Behörde ist, weil dessen Bescheid in Beschwerde gezogen ist (§ 9 Abs. 2 Z 1 VwGVG), und als belangte Behörde Parteistellung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren hat (§ 18 VwGVG), kann wohl als unbestritten gelten. Ebenso unstrittig dürfte sein, dass dem Verwaltungsgericht Wien im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit von Gesetzes wegen die Aufgabe zur Kontrolle der Gesetzmäßigkeit eines in Beschwerde gezogenen Bescheiden zukommt (Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG iVm § 136 Abs. 1 BO für Wien). Im Hinblick auf die Wahrnehmung dieser Aufgabenstellung ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes Wien eine Berufung auf Datenschutz oder Amtsverschwiegenheit argumentativ nicht tragfähig um eine Informationsbeschränkung gegenüber der kontrollierenden Einrichtung im Zusammenhang mit der die Rechtssache bildenden Angelegenheiten -- und das sind in der beschwerdegegenständlichen Angelegenheit alle auf das modifizierte Bauvorhaben der Bauwerberin Bezug habende Veranlassungen, Beschlussfassungen udgl -- zu begründen. Im Hinblick auf die Parteistellung des Bauausschusses im verwaltungsgerichtlichen Verfahren steht jedoch für die Einvernahme dessen Organwalter über Gegenstände der Behandlung bzw. Beschlussfassung im Rahmen der dem Bauausschuss gemäß § 133 Abs. 1 BO für Wien überantworteten behördlichen Tätigkeit nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes Wien diesem lediglich die Möglichkeit einer Parteieneinvernahme offen (und nicht auch die Möglichkeit einer Zeugeneinvernahme, welche zwangsweise durchsetzbar wäre); bereits vor diesem Hintergrund war der Antrag des Beschwerdeführerinvertreters auf zeugenschaftliche Einvernahme näher bezeichneter Mitglieder des Bauausschusses abzulehnen. In Ermangelung anderer gesetzlicher

Bestimmungen ist eine unterbliebene Mitwirkung des Bauausschusses im Ergebnis wie jede unterbliebene Mitwirkung einer anderen Partei im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu behandeln und würdigen, mit der Konsequenz, dass damit (allfällige) Auswirkungen auf die Verfahrenspositionen der nichtbehördlichen Parteien – hier: der Bauerbering oder der beschwerdeführenden Nachbarn -- nicht ausgeschlossen werden können.

Die getroffenen Feststellungen im Zusammenhang mit den Befassungen und den Beschlussfassungen des Bauausschusses mit dem beschwerdegegenständlichen Bauvorhaben, stützen sich einerseits auf die im Akt des Magistrats der Stadt Wien, MA 37, einliegenden Schriftstücke sowie Protokolle des Bauausschusses, dem Schreiben des Vorsitzenden des Bauausschusses im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vom 23.05.2016 sowie der glaubhaften und nachvollziehbaren Aussage des Zeugen DI M.. Die ebenso ausweislich der beiden im Akt der MA 37 einliegenden Protokolle des Bauausschusses bei den Sitzungen im September 2012 und im Februar 2013 anwesende Frau DI O. vermochte hierzu wiederum im Zuge ihrer Zeugeneinvernahme über keinerlei Wahrnehmungen bzw. Erinnerungen im Zusammenhang mit Befassungen des Bauausschusses mit dem beschwerdegegenständlichen Bauvorhaben aussagen.

Der Feststellung, dass eine Sistierung der Beschlussfassung des Bauausschusses vom September 2012 nicht festgestellt werden konnte, beruht einerseits auf der Aktenlage, welche keine Anhaltspunkte für eine dennoch erfolgte Sistierung bietet, und zudem auf der klaren Zeugenaussage von Herrn DI M..

Auch für das Vorbringen des Herrn S. vom Dezember 2016 sind keine stützenden Anhaltspunkte hervorgekommen. Er selbst habe zwar in das Protokoll vom 20.02.2013 Einsicht nehmen können, jedoch keine Kopie davon gemacht, weil davon nichts über das Bauvorhaben der Bauwerberin zu lesen war; in diesem Protokoll waren Vorhaben enthalten, welche sich inhaltlich mehr auf bauliche Herstellungen im Verkehr bezogen. Er selbst erklärte vor dem Verwaltungsgericht Wien den Eindruck gehabt zu haben, dass man ihn mit dem Protokoll vom 20.02.2013 „abspeisen wollte“ und man ihn nicht in das Protokoll vom 28.02.2013 einsehen lassen wollte.

7.4. Aufgrund des im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bestellten bautechnischen Amtssachverständigen, Herrn DI K., schlüssig und nachvollziehbar erstatteten und mit dem Parteien erörterten Gutachtens steht, ausgehend von dem in den (mit der Eingabe 2012 und im Verfahren vor der Bauoberbehörde geänderten) Einreichplänen projektierten Bauvorhaben aus bautechnischer Sicht zudem als erwiesen fest:

7.4.1. Das Gesamtausmaß der bebauten Fläche (Hauptgebäude samt Zubau ohne Garage) auf der projektgegenständlichen Liegenschaft beträgt gerundet $220,1 \text{ m}^2$ ($147,125 \text{ m}^2 + 72,9675 \text{ m}^2 = 220,0925 \text{ m}^2$).

Die im PD ... Pkt 3.2. festgelegte zulässige bebaute Fläche wird durch das Bauvorhaben um gerundete $20,1 \text{ m}^2$ überschritten.

Die Garage hat einen direkten Zugang zum internen Treppenhaus des Erdgeschosses. Die Garage ist ein gesondert in Erscheinung tretender Gebäudeteil, brandschutztechnisch vom Hauptgebäude getrennt und folglich bautechnisch als selbständige Baulichkeit zu qualifizieren. Das von der Garage erfasste flächenmäßige Ausmaß der bebauten Fläche beträgt $49,82 \text{ m}^2$.

Vorbehaltlich einer allfälligen Präzisierung ist derzeit in den Einreichplänen nicht schlüssig dargestellt, ob die Unterbauung der Terrasse tatsächlich unterirdisch zu liegen kommt. Diese Baulichkeit umfasst ein flächenmäßiges Ausmaß von $33,60 \text{ m}^2$.

7.4.2. Auf der projektgegenständlichen Liegenschaft beträgt das zulässige Kubaturausmaß bei Gebäuden mit quadratischer Grundfläche $1914,6 \text{ m}^3$ bzw. bei Gebäuden mit rechteckiger Grundfläche $1997,5 \text{ m}^3$. Das Ausmaß der Kubatur für das beschwerdegegenständliche Bauvorhaben beträgt ca. 1736 m^3 und liegt somit unterhalb des auf der projektgegenständlichen Liegenschaft zulässigerweise erzielbaren Kubaturausmaßes.

7.4.3. Das projektgegenständliche Bauvorhaben weist Geländeveränderungen/-anschüttungen im Ausmaß von $41,17 \text{ m}^2$ in den von den Anschüttungen betroffenen Bereichen der Gebäudefronten auf.

Die im Akt des Magistrats der Stadt Wien (B-AS 344 ff) einliegende Fassadenabwicklung ist grundsätzlich schlüssig und nachvollziehbar, wobei jedoch Abweichungen zum Bestandsgebäude im Bereich der Gebäudefront „P“, „Q“ und „R“ gegeben sind. Das Bauvorhaben weist -- unter Berücksichtigung der im Bebauungsplan (PD ...) festgesetzten Gebäudehöhenbeschränkung von 6,5 m und der Beschränkung, dass der höchste Punkt der zur Errichtung gelangenden Dächer die tatsächlich erreichte Gebäudehöhe um höchstens 4,5 m überragen darf -- eine mittlere ausgeführte Gebäudehöhe mit Bezug auf das nach der Bauführung vorhandene Gelände von 5,91 m auf. Das auf der projektgegenständlichen Liegenschaft konsentrierte Gebäude sowie der projektierte Zubau (einerseits mit und andererseits ohne die projektierte Geländeänderungen) überschreitet nicht die gemäß § 81 Abs. 2 BO für Wien iVm dem PD ... zulässige Gebäudehöhe von 6,50 m. Das projektierte Gebäude weist eine mittlere Gebäudehöhe mit Bezug auf das vor der Bauführung vorhandene Gelände (also ohne Anschüttungen) von 6,38 m auf. Die mittlere Gebäudehöhe des Zubaus mit Bezug auf das nach der Bauführung vorhandene Gelände (als mit Anschüttungen) beträgt 7,28 m. Die mittlere Gebäudehöhe des Zubaus mit Bezug auf das vor der Bauführung vorhandene Gelände (also ohne Anschüttungen) beträgt 8,01 m.

7.4.4. Der im Akt des Magistrats der Stadt Wien (B-AS 345) einliegende Belichtungsnachweis ist schlüssig und nachvollziehbar. Durch das Bauvorhaben wird die Liegenschaft von Frau W., Eigentümerin der unmittelbar an die projektgegenständliche Liegenschaft im Norden angrenzende Liegenschaft EZ ... KG ..., in der Bebaubarkeit nicht beeinträchtigt.

II.1. Gemäß § 42 Abs. 3 VwGG tritt die Rechtssache durch die Aufhebung des beim Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Beschlusses in die Lage zurück, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Beschlusses befunden hat. Entsprechend § 63 Abs. 1 VwGG ist das Verwaltungsgericht Wien bei der Erlassung der Ersatzentscheidung an die vom VwGH in seinem aufhebenden Erkenntnis geäußerte Rechtsanschauung gebunden.

2. Gemäß Art. 151 Abs. 51 Z 8 B-VG idF der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl. I Nr. 51/2012, iVm lit. J der Anlage zum B-VG in der genannten

Fassung wurde mit 01.01.2014 u.a. im Land Wien die Bauoberbehörde gemäß § 138 BO für Wien aufgelöst. Die Zuständigkeit zur Weiterführung der mit Ablauf des 31. Dezember 2013 bei dieser Behörde anhängigen Verfahren geht auf die Verwaltungsgerichte über. Die von den Beschwerdeführern Frau W. und Frau E. gestellten Anträge auf Übergang der Entscheidungspflicht gemäß § 73 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 – AVG idF vor dem Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013, BGBl. I Nr. 33/2013, wurden bereits von der (damals zuständigen) Bauoberbehörde für Wien als unzulässig zurückgewiesen. Insoweit sind diese Anträge nicht mehr verfahrensanhängig und vom Verwaltungsgericht Wien auch nicht mehr weiterzuführen (Art. 151 Abs. 51 Z 8 B-VG). Ausführende Bestimmungen, welche das verwaltungsgerichtliche Handeln in derartig übergegangenen Verfahren determinieren, finden sich nicht im Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz, BGBl. I Nr. 33/2013 idGF.

Entsprechend Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG erkennen Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen einen Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit. Gemäß § 27 iVm § 9 Abs. 1 Z 3 und 4 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit es nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der belangten Behörde gegeben findet, den angefochtenen Bescheid auf Grund der Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, und des Begehrens zu überprüfen. Die Rechtssache ist gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG, sofern eine Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, durch Erkenntnis zu erledigen. Eine öffentliche mündliche Verhandlung kann gemäß § 24 Abs. 3 VwGVG u.a. entfallen, wenn die Beschwerde zurückzuweisen ist oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben ist.

Gemäß § 17 VwGVG sind grundsätzlich auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG unter anderem die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles. Der somit sinngemäß auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren anzuwendende § 13 AVG lautet auszugsweisen:

„Anbringen

§ 13. (1) bis (6) [..]

(7) Anbringen können in jeder Lage des Verfahrens zurückgezogen werden.

(8) Der verfahrenseinleitende Antrag kann in jeder Lage des Verfahrens geändert werden. Durch die Antragsänderung darf die Sache ihrem Wesen nach nicht geändert und die sachliche und örtliche Zuständigkeit nicht berührt werden.“

3. Die im Beschwerdeverfahren anzuwendenden Bestimmungen der Bauordnung für Wien – BO für Wien, LGBl. für Wien Nr. 11/1930, zuletzt geändert durch Wiener Landesgesetz, LGBl. für Wien Nr. 27/2016, lauteten auszugsweise:

3.1.1. Art. III der Novelle LGBl. für Wien Nr. 25/2009 lautet:

„Artikel III In-Kraft-Treten und Übergangsbestimmung

(1) Dieses Gesetz tritt einen Monat nach seiner Kundmachung in Kraft.

(2) Für im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bereits anhängige Verfahren gelten die bisherigen gesetzlichen Bestimmungen.

(3) Auf Flächenwidmungspläne und Bebauungspläne, die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Gesetzes bereits in Geltung stehen oder zur öffentlichen Einsicht aufliegen, ist Art. I Z 92 (betreffend § 82 Abs. 5) nicht anzuwenden.“

Gemäß Art. III Abs. 1 der Novelle LGBl. für Wien Nr. 25/2009 tritt dieses Gesetz einen Monat nach seiner Kundmachung in Kraft. Das die Novelle LGBl. für Wien Nr. 25/2009 enthaltende Landesgesetzblatt für Wien wurde am 02.04.2009 ausgegeben und trat folglich am 02.05.2009 in Kraft. Entsprechend Abs. 2 des genannten Art. III gelten für im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bereits anhängige Verfahren die bisherigen gesetzlichen Bestimmungen.

3.1.2. § 69 BO für Wien idF vor der Novelle LGBl. für Wien Nr. 25/2009, Art. 1 Z 73, lautet:

„Unwesentliche Abweichungen von Bebauungsvorschriften

§ 69. (1) Für einzelne Bauvorhaben hat die Behörde nach Maßgabe des Abs. 2 über die Zulässigkeit folgender Abweichungen von den Bebauungsvorschriften zu entscheiden:

- a) Abweichungen von festgesetzten Fluchtlinien oder Höhenlagen;
- b) gänzlich oder teilweises Abweichen von den Baufluchtlinien zum Zwecke der Erhaltung schützenswerten Baumbestandes in allen Bauweisen, sofern die zulässige Ausnützbarkeit des Bauplatzes nicht überschritten wird;
- c) Unterbrechungen der geschlossenen Bauweise;
- d) das Unterschreiten der gemäß § 5 Abs. 4 lit. h und gemäß § 77 Abs. 4 lit. a bestimmten sowie der bauklassenmäßigen Mindestgebäudehöhe in allen Bauklassen;
- e) das Überschreiten der gesetzlichen Beschränkung der baulichen Ausnützbarkeit von Mittelbauplätzen in der Gruppenbauweise, um eine entsprechende Gebäudetiefe zu gewährleisten, oder auf Bauplätzen anderer Bauweisen zur Errichtung zeitgemäßer Zubauten an bestehende Gebäude;
- f) Abweichungen von den Bestimmungen des Bebauungsplanes nach § 5 Abs. 4 lit. d, e, i, k, m, n, o, p, q, r, s, u und y, nach lit. k jedoch nur bis zu einer Dachneigung von 45°, und nach § 5 Abs. 4 lit. w hinsichtlich der Errichtung von Geschäftshäusern sowie hinsichtlich der Beschränkung

- des Rechtes, Fenster von Aufenthaltsräumen von Wohnungen zu öffentlichen Verkehrsflächen herzustellen sowie in Wohnzonen hinsichtlich der Verpflichtung, nicht weniger als 80 vH der Summe der Nutzfläche der Hauptgeschosse eines Gebäudes, jedoch unter Ausschluß des Erdgeschosses, Wohnzwecken vorzubehalten, für die Errichtung von Garagengebäuden;
- g) von der Anlage der gemäß § 5 Abs. 4 lit. f festgesetzten Lage von Laubengängen, Durchfahrten, Durchgängen oder Arkaden sowie der gemäß § 5 Abs. 4 lit. g festgesetzten Lage von öffentlichen Durchfahrten und Durchgängen, Verkehrsbauwerken und öffentlichen Aufschließungsleitungen unter der Voraussetzung, dass gleichzeitig eine rechtlich gesicherte, vom Standpunkt des öffentlichen Interesses aus gleichwertige andere Lösung verwirklicht wird;
 - h) Abweichungen von den festgesetzten Widmungen bei Umhauen, Zubauten oder Errichtung von Nebengebäuden, wenn mit dem Bau keine Vergrößerung der Nach teile oder Belästigungen der Nachbarn gegenüber dem bisherigen Zustand verbunden ist;
 - i) Abweichungen vom Bebauungsplan oder von gesetzlichen Beschränkungen der zulässigen Gesamtbebauung, die eine Folge von Bestimmungen des Bebauungsplanes sind, bei Errichtung von Industriebauwerken, Gebäuden, die nicht Wohnzwecken, Zwecken der Erzeugung, Verarbeitung oder Instandsetzung von Gegenständen, der Verabreichung oder dem Verkauf von Speisen und Getränken, der Verrichtung von Dienstleitungen, Büro- oder Geschäftszwecken oder der landwirtschaftlichen Urproduktion dienen und landwirtschaftlichen Nutzbauwerken, wenn diese Abweichungen durch die Funktion des Bauwerkes sachlich gerechtfertigt sind;
 - j) Abweichungen vom Bebauungsplan hinsichtlich der Errichtung von Gemeinschaftsanlagen in Gartensiedlungsgebieten (§ 4 Abs. 2 lit. C Punkt b), sofern die hierfür festgesetzten Grundflächen mit Gemeinschaftsanlagen nicht bebaut werden sollen und eine gleichwertige Lösung innerhalb derselben als Gartensiedlungsgebiet gewidmeten Grundflächen gefunden wird ;
 - k) in Wohnzonen nach Maßgabe des Abs. 7 Ausnahmen vom Verbot der Verwendung einer Wohnung oder eines Teiles einer Wohnung ausschließlich oder überwiegend für andere als Wohnzwecke (§ 7 a Abs. 3) sowie vom Verbot des Ausbaues der Dachgeschosse für andere Zwecke als für Wohnungen, Hauswaschküchen und die dazugehörigen Nebenräume sowie für Triebwerksräume (§ 7 a Abs. 4);
 - m) das Überschreiten der gemäß § 5 Abs. 4 lit. h und gemäß § 77 Abs. 3 lit. c bestimmten sowie der bauklassenmäßigen Gebäudehöhe, wenn das Interesse an der Gestaltung des örtlichen Stadtbildes nicht entgegensteht;
 - n) in Schutzzonen Abweichungen von den Bestimmungen des Bebauungsplanes, insbesondere auch von der festgesetzten Baulinie, wenn das öffentliche Interesse an einer besonderen Situierung und Ausbildung des Baukörpers zur Gestaltung des örtlichen Stadtbildes überwiegt und die zulässige Ausnützbarkeit des Bauplatzes nicht überschritten wird;
 - o) das Überschreiten des Ausmaßes der gemäß § 76 Abs. 10 und 11 zulässig bebauten Fläche einzelner Gebäude, soweit dies deren bestimmungsgemäßer Verwendungszweck erfordert;
 - p) Ausnahmen von der Verpflichtung gemäß § 119 Abs. 6 zum Anlegen von Kleinkinderspielplätzen und Kinderspielplätzen. wenn deren Errichtung auf demselben Bauplatz infolge seiner baulichen Ausnützbarkeit nicht zumutbar ist oder Umstände vorliegen, die in der zweckmäßigen Nutzung der Liegenschaft gelegen sind und der zweckmäßigen Nutzung des Kinderspielplatzes entgegenstehen oder wenn ihre Errichtung infolge der Größe und Gestalt des Bauplatzes nicht möglich ist und in jedem Fall im Gebäude ein genügend großer Kinderspielraum (Gemeinschaftsraum) vorgesehen wird;
 - q) Abweichungen vom Gebot, daß die Dachgauben insgesamt höchstens ein Drittel der Länge der betreffenden Gebäudefront in Anspruch nehmen dürfen (§ 81 Abs. 6).
 - r) Abweichungen von den Bestimmungen des Bebauungsplanes über die Verpflichtung zur Herstellung von Pflichtstellplätzen;
 - s) Ausnahmen vom Gebot der Freihaltung von Teilen der Fläche des Bauplatzes von jeder ober- und unterirdischen Bebauung sowie vom Verbot der Versiegelung dieser Fläche (§ 76 Abs. 10a);
 - t) Überschreitungen des Rauminhaltes von 50 m³ bei Schwimmbecken im Sinne des § 79 Abs. 6.

(2) Durch Abweichungen nach Abs. 1 darf die Bebaubarkeit der Nachbargrundflächen ohne nachgewiesene Zustimmung des betroffenen Nachbarn nicht vermindert werden; an Emissionen darf nicht mehr zu erwarten sein, als bei einer der Flächenwidmung entsprechenden Nutzung typischerweise entsteht. Im übrigen darf, abgesehen von den unter Abs. 1 näher genannten Voraussetzungen, von den Bestimmungen des Flächenwidmungsplanes und des Bebauungsplanes nur unwesentlich abgewichen werden; es dürfen das vom Flächenwidmungsplan und Bebauungsplan beabsichtigte örtliche Stadtbild nicht störend beeinflusst und die beabsichtigte Flächennutzung sowie Aufschließung nicht grundlegend anders werden. Die Gründe, die für die Abweichung sprechen, sind mit den Gründen, die dagegen sprechen, abzuwägen. Insbesondere ist auf den konsensgemäßen Baubestand der betroffenen Liegenschaft und der Nachbarliegenschaften sowie auf den Umstand, daß die Ausnahmebewilligung nur für die Bestanddauer des Baues gilt, Bedacht zu nehmen. Vom Bauwerber geltend gemachte Verpflichtungen aus Bundes- oder anderen Landesgesetzen sind zu berücksichtigen, desgleichen, ob die Abweichung einer zeitgemäßen Ausstattung oder der besseren barrierefreien Benützbarkeit des konsensgemäßen Baubestandes oder des geplanten Baues dienlich ist.

(3) Die Bewilligung von unwesentlichen Abweichungen von Bebauungsvorschriften ist nur auf Antrag zulässig; das Ansuchen um Baubewilligung gilt zugleich als Antrag auf Bewilligung der für das Bauvorhaben erforderlichen unwesentlichen Abweichungen von Bebauungsvorschriften.

(4) Über den Antrag auf Bewilligung von unwesentlichen Abweichungen von Bebauungsvorschriften hat die Behörde schriftlich durch Bescheid unter Bezugnahme auf ein bestimmtes Bauvorhaben nach Abschluß des Ermittlungsverfahrens über das Ansuchen um Baubewilligung unbeschadet des Abs. 8 zu erkennen; die Behörde darf nur Anträge, die sich auf ein bestimmtes Bauansuchen beziehen und mit Bauplänen gemäß § 63 Abs. 1 lit. a belegt sind, nach Abschluß des Ermittlungsverfahrens über das Ansuchen um Baubewilligung in Behandlung nehmen. Durch den Bescheid werden der Flächenwidmungsplan und der Bebauungsplan weder abgeändert noch ergänzt. Wird die Bewilligung erteilt, ist damit über Einwendungen abgesprochen.

(5) Der Antrag auf Bewilligung von unwesentlichen Abweichungen von Bebauungsvorschriften ist nach Abschluß des Ermittlungsverfahrens über das Ansuchen um Baubewilligung unbeschadet des Abs. 8 an die örtlich zuständige Behörde (§ 133) weiterzuleiten.

(6) Widerspricht ein Ansuchen um Baubewilligung den Bestimmungen des Flächenwidmungsplanes und des Bebauungsplanes derart, daß der Umfang einer unwesentlichen Abänderung oder Ergänzung des Flächenwidmungsplanes beziehungsweise des Bebauungsplanes überschritten wird, ist es abzuweisen; ein mit dem Ansuchen um Baubewilligung verbundener ausdrücklicher Antrag auf Bewilligung von unwesentlichen Abweichungen von Bebauungsvorschriften gilt in diesem Falle als dem Ansuchen um Baubewilligung nicht beigelegt. Dies gilt auch, wenn der Bauwerber mit dem Ansuchen um Baubewilligung ausdrücklich einen Antrag auf Bewilligung von unwesentlichen Abweichungen von Bebauungsvorschriften stellt, ohne daß sein Bauvorhaben einer solchen Bewilligung bedarf, beziehungsweise wenn das Ermittlungsverfahren über das Ansuchen um Baubewilligung ergibt, daß die Baubewilligung ohne Änderung des Bauvorhabens oder der Baupläne versagt werden muß.

(7) Ausnahmen gemäß Abs. 1 lit. k hinsichtlich der Umwidmung von Aufenthaltsräumen in Wohnzonen sind unbeschadet des Abs. 2 in Wohngebieten nur dann zulässig, wenn dadurch die für Wohnungen verwendeten Flächen nicht weniger als 80 vH der Summe der Nutzflächen der Hauptgeschosse, jedoch unter Ausschluß des Erdgeschosses betragen; in Wohngebieten und in gemischten Baugebieten ist eine Ausnahme weiters auch dann zu bewilligen, wenn die Wohnqualität in den betroffenen Aufenthaltsräumen durch äußere Umstände wie Immissionen, Belichtung, Belüftung, fehlende sonstige Wohnnutzungen im selben Haus oder die besonders schlechte Lage im Erdgeschoß und ähnliches gemindert ist oder wenn Einrichtungen, die der lokalen Versorgung der Bevölkerung dienen, geschaffen oder erweitert werden sollen oder wenn zugleich anderer Wohnraum in räumlicher Nähe in zumindest gleichem Ausmaß geschaffen wird.

(8) Vor der erstinstanzlichen Bewilligung der erforderlichen unwesentlichen Abweichungen von Bebauungsvorschriften darf die Baubewilligung nicht erteilt werden. Gegen einen Bescheid, mit dem über den Antrag auf Bewilligung von unwesentlichen Abweichungen von Bebauungsvorschriften entschieden wird, ist eine abgesonderte Berufung nicht zulässig. Die Berufung kann nur mit der Berufung gegen die Entscheidung über das Ansuchen um Baubewilligung verbunden werden, die sich auf die Entscheidung über Abweichungen von Bebauungsvorschriften stützt. Die Bewilligung unwesentlicher Abweichungen von Bebauungsvorschriften steht nachträglichen Änderungen des Bauvorhabens nicht entgegen, sofern die Abweichung nicht berührt wird.

(9) Die Bestimmungen über unwesentliche Abweichungen von Bebauungsvorschriften finden auch in Gebieten Anwendung, über die gemäß § 8 Abs. 2 eine zeitlich begrenzte Bausperre verhängt ist.“

3.1.3. § 69 BO für Wien idF der Novelle LGBL. für Wien Nr. 25/2009, Art. 1 Z 73, lautet:

„Abweichungen von Vorschriften des Bebauungsplanes

§ 69. (1) Für einzelne Bauvorhaben hat die Behörde über die Zulässigkeit von Abweichungen von den Vorschriften des Bebauungsplanes zu entscheiden. Diese Abweichungen dürfen die Zielrichtung des Flächenwidmungsplanes und des Bebauungsplanes nicht unterlaufen. Darüber hinaus darf

1. die Bebaubarkeit der Nachbargrundflächen ohne nachgewiesene Zustimmung des betroffenen Nachbarn nicht vermindert werden,
2. an Emissionen nicht mehr zu erwarten sein, als bei einer der Flächenwidmung entsprechenden Nutzung typischerweise entsteht,
3. das vom Flächenwidmungsplan und Bebauungsplan beabsichtigte örtliche Stadtbild nicht störend beeinflusst werden und
4. die beabsichtigte Flächennutzung sowie Aufschließung nicht grundlegend anders werden.

(2) Abweichungen, die die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen, sind weiters nur zulässig, wenn sie nachvollziehbar

1. eine zweckmäßigere Flächennutzung bewirken,

2. eine zweckmäßigere oder zeitgemäße Nutzung von Bauwerken, insbesondere des konsensgemäßen Baubestandes, bewirken,
3. der Herbeiführung eines den zeitgemäßen Vorstellungen entsprechenden örtlichen Stadtbildes dienen oder
4. der Erhaltung schützenswerten Baubestandes dienen.

(3) Für Bauvorhaben in Schutzzonen dürfen Abweichungen nach Abs. 1 nur bewilligt werden, wenn das öffentliche Interesse an einer besonderen Situierung und Ausbildung des Baukörpers zur Gestaltung des örtlichen Stadtbildes überwiegt und die zulässige Ausnützbarkeit des Bauplatzes nicht überschritten wird.

(4) Die Gründe, die für die Abweichung sprechen, sind mit den Gründen, die dagegen sprechen, abzuwägen. Insbesondere ist auf den konsensgemäßen Baubestand der betroffenen Liegenschaft und der Nachbarliegenschaften sowie auf den Umstand, dass die Ausnahmebewilligung nur für die Bestanddauer des Baues gilt, Bedacht zu nehmen. Vom Bauwerber geltend gemachte Verpflichtungen aus Bundes- oder anderen Landesgesetzen sind zu berücksichtigen, desgleichen, ob die Abweichung der besseren barrierefreien Benützbarkeit des konsensgemäßen Baubestandes oder des geplanten Baues dienlich ist.

(5) Die Bestimmungen über Abweichungen von Vorschriften des Bebauungsplanes finden auch in Gebieten Anwendung, über die gemäß § 8 Abs. 2 eine zeitlich begrenzte Bausperre verhängt ist.“

3.2.:

„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.

(2) Vor die Gebäudefront ragende Gebäudeteile der in § 84 Abs. 1 und 2 genannten Art und in dem dort bezeichneten Ausmaß bleiben bei der Ermittlung der bebauten Fläche außer Betracht, gleichgültig, ob sie über Baufluchtlinien ragen oder nicht; überschreiten solche Gebäudeteile das genannte Ausmaß, sind sie zur Gänze nach Abs. 1 zu beurteilen. Erker, Balkone und Loggien, unter denen nicht überall eine freie Durchgangshöhe von mindestens 2,10 m gewährleistet ist, sind der bebauten Fläche voll zuzurechnen.“

„Gebäudehöhe und Gebäudeumrisse; Bemessung

§ 81. (1) [...]

(2) Bei den über eine Gebäudetiefe von 15 m hinausragenden Teilen von Gebäuden an der Baulinie, Straßenfluchtlinie oder Verkehrsfluchtlinie sowie bei allen nicht an diesen Fluchtlinien gelegenen Gebäuden darf die Summe der Flächeninhalte aller Gebäudefronten nicht größer als das Produkt aus der Summe der Längen aller Gebäudefronten und der höchsten zulässigen Gebäudehöhe sein; hierbei darf die höchste zulässige Gebäudehöhe an der Grundgrenze und bis zu einem Abstand von 3 m von derselben überhaupt nicht und an den übrigen Fronten an keiner Stelle um mehr als 3 m überschritten werden. Bei dieser Ermittlung sind die Wände an der Bauplatz- oder Baulosgrenze (Feuermauern) ab 15 m hinter der Baulinie, Straßenfluchtlinie oder Verkehrsfluchtlinie wie Fronten in Rechnung zu stellen. Giebelflächen zählen bei dieser Ermittlung mit, jedoch bleiben je einzelner Giebelfläche höchstens 50 m², je Gebäude höchstens 100 m² außer Betracht. Der oberste Abschluss des Daches darf keinesfalls höher als 7,5 m über der zulässigen Gebäudehöhe liegen, sofern der Bebauungsplan nicht anderes bestimmt.

(3) [...]

(4) Durch das Gebäude darf jener Umriss nicht überschritten werden, der sich daraus ergibt, dass in dem nach Abs. 1 bis 3 für die Bemessung der Gebäudehöhe maßgeblichen oberen Anschluss der Gebäudefront ein Winkel von 45°, im Gartensiedlungsgebiet von 25°, von der Waagrechten gegen das Gebäudeinnere ansteigend, angesetzt wird. Dies gilt auch für den Fall, dass im Bebauungsplan eine besondere Bestimmung über die Höhe der Dächer festgesetzt ist. Ist im Bebauungsplan eine besondere Bestimmung über die Neigung der Dächer festgesetzt, ist der dieser Festsetzung entsprechende Winkel für die Bildung des Gebäudeumrisses maßgebend.

(5) bis 7 [...]"

„Nebengebäude

§ 82. (1) Nebengebäude sind Gebäude oder gesondert in Erscheinung tretende Teile eines Gebäudes, wenn sie nicht mehr als ein oberirdisches Geschoß aufweisen, keine Aufenthaltsräume enthalten und eine bebaute Grundfläche von nicht mehr als 100 m², in Gartensiedlungsgebieten von nicht mehr als 5 m² haben.

(2) Die Errichtung eines Nebengebäudes setzt das Vorhandensein oder das gleichzeitige Errichten eines Hauptgebäudes voraus. Die Fläche aller Nebengebäude auf demselben Bauplatz darf nicht mehr als ein Zehntel seiner Fläche betragen.

(3) Nebengebäude dürfen auf allen kraft des Bebauungsplanes unbebaut zu belassenden Flächen des Bauplatzes errichtet werden, wenn für diese Flächen nicht die gärtnerische Ausgestaltung gemäß § 5 Abs. 4 lit. p angeordnet ist. In Vorgärten und auf Abstandsflächen sind Nebengebäude unbeschadet des Abs. 4 und der Bestimmungen über die Errichtung von Garagen unzulässig.

(4) Beträgt die Gebäudehöhe von Nebengebäuden nicht mehr als 2,50 m und die Firsthöhe nicht mehr als 3,50 m und werden sie in einer Tiefe von mindestens 10 m ab der Vorgartentiefe errichtet, dürfen sie auch auf den kraft Gesetzes oder des Bebauungsplanes ansonsten unbebaut zu belassenden Flächen des Bauplatzes errichtet werden; die Anordnung der gärtnerischen Ausgestaltung von Grundflächen nach § 5 Abs. 4 lit. p steht dem nicht entgegen.

(5) Die durch Nebengebäude in Anspruch genommene Grundfläche ist auf die nach den gesetzlichen Ausnutzbarkeitsbestimmungen bebaubare Fläche und die die nach § 5 Abs. 4 lit. d durch den Bebauungsplan beschränkte bebaubare Fläche des Bauplatzes anzurechnen. Im Gartensiedlungsgebiet ist die mit einem Nebengebäude bebaute Grundfläche auf die Ausnutzbarkeitsbestimmungen eines Bauloses dann anzurechnen, wenn die bebaubare Fläche im Bebauungsplan mit mindestens 100 m² festgesetzt ist.

(6) Den Bestimmungen der Abs. 2 bis 5 unterliegen auch Flugdächer jeder Größe.“

„Wirkungsbereich der Bauausschüsse der Bezirksvertretungen

§ 133. (1) Dem Bauausschuss der örtlich zuständigen Bezirksvertretung obliegt als Behörde die Entscheidung über Anträge

1. auf Bewilligung von Abweichungen nach §§ 7a Abs. 5, 69, 76 Abs. 13, 81 Abs. 6 und 119 Abs. 6;
2. auf Erteilung von Sonderbaubewilligungen nach § 71b.

(2) Das Ermittlungsverfahren führt der Magistrat, bei dem auch der Antrag einzubringen ist. Nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens hat der Magistrat den Antrag an den zuständigen Bauausschuss weiterzuleiten.

(3) Der Vorsitzende des Bauausschusses hat die Bescheide zu unterfertigen.

(4) Die Bewilligung von Abweichungen nach Abs. 1 Z 1 ist nur auf Antrag zulässig; das Ansuchen um Baubewilligung gilt zugleich als Antrag auf Bewilligung der für das Bauvorhaben erforderlichen Abweichungen nach Abs. 1 Z 1.

(5) Der Antrag auf Bewilligung von Abweichungen nach Abs. 1 Z 1 ist nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens über das Ansuchen um Baubewilligung an den Bauausschuss weiterzuleiten, der über den Antrag schriftlich durch Bescheid zu erkennen hat; der Bauausschuss darf nur Anträge, die sich auf ein bestimmtes Bauansuchen beziehen und mit Bauplänen gemäß § 63 Abs. 1 lit. a belegt sind, nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens über das Ansuchen um Baubewilligung in Behandlung nehmen. Durch den Bescheid werden der Flächenwidmungsplan und der Bebauungsplan weder abgeändert noch ergänzt. Wird die Bewilligung erteilt, ist damit über Einwendungen abgesprochen.

(6) Widerspricht ein Ansuchen um Baubewilligung den Voraussetzungen der §§ 7a Abs. 5, 69 Abs. 1 und 2, 76 Abs. 13, 81 Abs. 6 oder 119 Abs. 6, ist es abzuweisen; ein mit dem Ansuchen um Baubewilligung verbundener ausdrücklicher Antrag auf Bewilligung von Abweichungen nach Abs. 1 Z 1 gilt in diesem Falle als dem Ansuchen um Baubewilligung nicht beigelegt. Dies gilt auch, wenn der Bauwerber mit dem Ansuchen um Baubewilligung ausdrücklich einen Antrag auf Bewilligung von Abweichungen nach Abs. 1 Z 1 stellt, ohne dass sein Bauvorhaben einer solchen Bewilligung bedarf, bzw. wenn das Ermittlungsverfahren über das Ansuchen um Baubewilligung ergibt, dass die Baubewilligung ohne Änderung des Bauvorhabens oder der Baupläne versagt werden muss.

(7) Vor der erstinstanzlichen Bewilligung von Abweichungen nach Abs. 1 Z 1 darf die Baubewilligung nicht erteilt werden. Gegen einen Bescheid, mit dem über den Antrag auf Bewilligung von Abweichungen nach Abs. 1 Z 1 entschieden wird, ist eine abgesonderte Beschwerde (§ 136 Abs. 1) nicht zulässig. Die Beschwerde kann nur mit der Beschwerde gegen die Entscheidung über das Ansuchen um Baubewilligung verbunden werden, die sich auf die Entscheidung über Abweichungen nach Abs. 1 Z 1 stützt. Die Bewilligung von Abweichungen nach Abs. 1 Z 1 steht nachträglichen Änderungen des Bauvorhabens nicht entgegen, sofern die Abweichung nicht berührt wird.“

„Parteien

§ 134. (1) Partei im Sinne des § 8 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes ist in allen Fällen, in denen dieses Gesetz ein Ansuchen oder eine Einreichung vorsieht, der Antragsteller oder Einreicher.

(2) (...)

(3) Im Baubewilligungsverfahren und im Verfahren zur Bewilligung von Abweichungen von Vorschriften des Bebauungsplanes sind außer dem Antragsteller (Bauwerber) die Eigentümer (Miteigentümer) der Liegenschaften Parteien. Personen, denen ein Baurecht zusteht, sind wie Eigentümer der Liegenschaften zu behandeln. Die Eigentümer (Miteigentümer) benachbarter Liegenschaften sind dann Parteien, wenn der geplante Bau und dessen Widmung ihre im § 134 a erschöpfend festgelegten subjektiv-öffentlichen Rechte berührt und sie spätestens, unbeschadet Abs. 4, bei der mündlichen Verhandlung Einwendungen im Sinne des § 134 a gegen

die geplante Bauführung erheben; das Recht auf Akteneinsicht (§ 17 AVG) steht Nachbarn bereits ab Einreichung des Bauvorhabens bei der Behörde zu. Alle sonstigen Personen, die in ihren Privatrechten oder in ihren Interessen betroffen werden, sind Beteiligte (§ 8 AVG). Benachbarte Liegenschaften sind im Bauland jene, die mit der vom Bauvorhaben betroffenen Liegenschaft eine gemeinsame Grenze haben oder bis zu einer Breite von 6 m durch Fahnen oder diesen gleichzuhaltende Grundstreifen oder eine höchstens 20 m breite öffentliche Verkehrsfläche von dieser Liegenschaft getrennt sind und im Falle einer Trennung durch eine öffentliche Verkehrsfläche der zu bebauenden Liegenschaft gegenüberliegen. In allen übrigen Widmungsgebieten sowie bei Flächen des öffentlichen Gutes sind jene Liegenschaften benachbart, die in einer Entfernung von höchstens 20 m vom geplanten Bauwerk liegen.

(4) bis (7) (...)

„Subjektiv-öffentliche Nachbarrechte

§ 134a. (1) Subjektiv-öffentliche Nachbarrechte, deren Verletzung die Eigentümer (Miteigentümer) benachbarter Liegenschaften (§ 134 Abs. 3) im Baubewilligungsverfahren geltend machen können, werden durch folgende Bestimmungen, sofern sie ihrem Schutze dienen, begründet:

- a) Bestimmungen über den Abstand eines Bauwerkes zu den Nachbargrundgrenzen, jedoch nicht bei Bauführungen unterhalb der Erdoberfläche;
- b) Bestimmungen über die Gebäudehöhe;
- c) Bestimmungen über die flächenmäßige Ausnützbarkeit von Bauplätzen, Baulosen und Kleingärten;
- d) Bestimmungen des Bebauungsplanes hinsichtlich der Fluchtlinien;
- e) Bestimmungen, die den Schutz vor Immissionen, die sich aus der widmungsgemäßen Benützung eines Bauwerkes ergeben können, zum Inhalt haben. Die Beeinträchtigung durch Immissionen, die sich aus der Benützung eines Bauwerkes zu Wohnzwecken oder für Stellplätze im gesetzlich vorgeschriebenen Ausmaß ergibt, kann jedoch nicht geltend gemacht werden;
- f) Bestimmungen, die den Nachbarn zu Emissionen berechtigen.

(2) Bestimmungen gemäß Abs. 1 lit. e dienen dem Schutz der Nachbarn nur insoweit, als nicht ein gleichwertiger Schutz bereits durch andere Bestimmungen gegeben ist. Ein solcher gleichwertiger Schutz ist jedenfalls gegeben bei Emissionen aus Bauwerken und Bauwerksteilen mit gewerblicher Nutzung im Industriegebiet, im Gebiet für Lager- und Ländeflächen, in Sondergebieten, im Betriebsbaugelände sowie im sonstigen gemischten Baugebiet, sofern auf sie das gewerberechtliche Betriebsanlagenrecht zur Anwendung kommt.

(3) Emissionen gemäß Abs. 1 lit. f sind nur solche, die auf der Grundlage eines behördlichen Bescheides zulässig sind. Durch solche Emissionen darf auf der zu bebauenden Liegenschaft keine Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der Benutzer oder Bewohner entstehen. Diesen Emissionen kann durch entsprechende Baumaßnahmen auf der zu bebauenden Liegenschaft oder mit Zustimmung des Eigentümers (aller Miteigentümer) auf der Nachbarliegenschaft entgegengetreten werden.“

4. § 65 der Wiener Stadtverfassung – WStV, LGBl. für Wien Nr. 28/1968, zuletzt geändert durch Wiener Landesgesetz, LGBl. für Wien Nr. 50/2013, lautet:

„Sistierung von Beschlüssen

§ 65

Wenn eine Bezirksvertretung oder ein Ausschuss der Bezirksvertretung Beschlüsse faßt, welche gegen ein Gesetz oder gegen Beschlüsse des Gemeinderates verstoßen oder den Wirkungsbereich der Bezirksvertretung oder des Ausschusses der Bezirksvertretung überschreiten, ist der Bezirksvorsteher verpflichtet, ihre Ausführung aufzuschieben und hierüber innerhalb von 14 Tagen die Entscheidung des Bürgermeisters einzuholen, welchem auch seinerseits das Recht zusteht, in solchen Fällen mit der Sistierung vorzugehen und innerhalb der gleichen Frist die Angelegenheit dem Gemeinderat zur Entscheidung vorzulegen.“

5. Die Bestimmungen der Geschäftsordnung der Bezirksvertretungen, ABl. der Stadt Wien Nr. 29A/2001, zuletzt geändert durch Verordnung, ABl. der Stadt Wien Nr. 52/2013, lauten auszugsweise:

„VII. AUSSCHÜSSE UND KOMMISSIONEN

Ausschüsse

§ 25. (1) Die Bezirksvertretung hat einen Finanzausschuss (§ 103 Abs. 4 WStV), einen Bauausschuss (§ 103i WStV) und einen Umweltausschuss (§ 103j WStV) zu bestellen.

(2) Jeder Ausschuss besteht aus einer von der Bezirksvertretung zu bestimmenden Anzahl von Mitgliedern, die mindestens zehn und höchstens fünfzehn beträgt, und aus einer gleichen Anzahl von Ersatzmitgliedern. Dem Ausschuss gehört ferner der Bezirksvorsteher oder die Bezirksvorsteherin an, der oder die jedoch kein Stimmrecht besitzt.

(3) und (4) [...]“

„§ 25a. (1) bis (3) [...]

(4) Der oder die Vorsitzende hat die Tagesordnung nach Beratung mit dem Bezirksvorsteher oder der Bezirksvorsteherin zu bestimmen. Er oder sie hat dafür zu sorgen, dass die in der Sitzung des Ausschusses zu erledigenden Geschäftsstücke auf die Tagesordnung gesetzt werden.

(5) [...]“

„§ 25b. (1) und (2) [...]

(3) Wenn der Bezirksvorsteher oder die Bezirksvorsteherin einen Beschluss eines Ausschusses der Bezirksvertretung gemäß § 65 WStV sistiert, hat er oder sie dies unverzüglich dem oder der Vorsitzenden des Ausschusses mitzuteilen, der oder die die Sistierung spätestens in der nächsten Sitzung des Ausschusses bekannt zu geben hat.“

6. Die Festsetzung des Flächenwidmungsplanes und des Bebauungsplanes für die verfahrensgegenständlichen Flächen erfolgte durch das Plandokument ..., (nachfolgend kurz: PD ...), beschlossen in der Sitzung des Gemeinderats am 26.11.2003, Pr. Zl. Danach ist bei der projektgegenständlichen Liegenschaft die Widmung Wohngebiet, offene oder gekuppelte Bauweise, Beschränkung der bebaubaren Fläche auf 200 m² pro Gebäude und baulicher Anlage (Punkt 3.2.), Bauklasse eins mit einer Beschränkung der Gebäudehöhe auf 6,5 m festgesetzt, wobei entsprechend der besonderen Widmungsfestlegung in Punkt 3.3. der höchste Punkt der im Bauland/Wohngebiet zur Errichtung gelangenden Dächer die tatsächlich ausgeführte Gebäudehöhe um höchstens 4,5 m überragen darf.

III.1.1. Zu den Beschwerden (vormals als Berufung eingebracht) ist eingangs allgemein anzumerken, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes das Mitspracherecht des Nachbarn im Baubewilligungsverfahren in zweifacher Weise beschränkt ist: Es besteht einerseits nur insoweit, als dem Nachbarn nach den in Betracht kommenden baurechtlichen Vorschriften subjektiv-öffentliche Rechte zukommen, und andererseits nur in jenem Umfang, in dem der Nachbar solche Rechte im Verfahren durch die rechtzeitige Erhebung entsprechender Einwendungen wirksam geltend gemacht hat (vgl. *Geuder*, Bauordnung für Wien (2013), 507 oder etwa VwGH vom 24.06.2009, ZI 2007/05/0018). Die Nachbarrechte werden durch die Tatbestandsvoraussetzung „sofern sie ihrem“ (gemeint: der Nachbarn)

„Schutze dienen“ eingeschränkt. Dies bedeutet, dass trotz objektiven Verstoßes gegen eine unter § 134a BO subsumierbare baurechtliche Vorschrift die Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechtes eines Nachbarn dann nicht vorliegt, wenn nach der Situierung des bewilligten Bauvorhabens schon der Lage nach in subjektive Rechte des Nachbarn nicht eingegriffen werden kann (vgl. etwa VwGH vom 25.09.2012, ZI 2010/05/0142 mwN). Ebenso wie die bisherige Berufungsbehörde darf das Verwaltungsgericht eine Prüfungsbefugnis nur in jenem Bereich ausüben, in dem keine Präklusion eingetreten ist, weil insoweit durch die Einführung der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit keine Änderung ersichtlich ist.

1.2. Zur anzuwendenden Rechtslage:

1.2.1. Die Beschwerdeführer machen inhaltliche Rechtswidrigkeit des beschwerdegegenständlichen Bescheides unter dem Gesichtspunkt geltend, die belangte Behörde hätte anstelle der Rechtslage in der Fassung vor der Novelle der BO für Wien, LGBl. für Wien Nr. 25/2009, die Bestimmungen der BO für Wien in der zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung geltenden Rechtslage anzuwenden gehabt.

Aufgrund der Ergebnisse des verwaltungsgerichtlichen Beweisverfahrens steht fest, dass die Bauwerberin mit der Eingabe 2012 ihr ursprüngliches Bauansuchen vom März 2008 (lediglich) modifiziert hat. Durch diese Änderung wurde das Wesen des ursprünglichen Vorhabens nicht geändert, weil das ursprüngliche Bauvorhaben im Wesentlichen lediglich reduziert wurde und es sich aus bautechnischer Sicht auch nicht um ein anderes Bauvorhaben handelt. Damit hat die Bauwerberin durch die Eingabe im Rahmen der ihr durch § 13 Abs. 8 AVG eingeräumten Möglichkeiten disponiert (vgl. etwa *Hengstschläger/Leeb*, AVG² § 13 (Stand 1.1.2014, rdb.at) Rz 43 mwN). Dies hat zur Folge, dass in der beschwerdegegenständlichen Angelegenheit (weiterhin) das Bauansuchen aus dem Jahr 2008 (mit den Modifikationen der Eingabe 2012) als der verfahrenseinleitende Antrag zu betrachten ist und im Hinblick auf Art. III der Novelle LGBl. für Wien Nr. 25/2009 in der Beschwerdesache (insbesondere in Hinblick auf § 69 BO für Wien) die Rechtslage in der Fassung vor der Novelle der BO für Wien, LGBl. für Wien Nr. 25/2009, anzuwenden ist.

Im Hinblick auf die in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien erkennbar gewordene In-Frage-Stellung der Zulässigkeit von Projektänderungen im Rechtsmittelverfahren wird ergänzend darauf hingewiesen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die Baubehörde (auch im Berufungsverfahren) verpflichtet ist bzw. war, dem Bauwerber bei Widerspruch seines Bauvorhabens zu baurechtlichen Bestimmungen naheulegen, sein Bauvorhaben entsprechend zu ändern, um einen Abweisungsgrund zu beseitigen. Das Projekt darf dabei nur so verändert werden, dass es nicht als ein anderes Projekt zu beurteilen wäre. Im Hinblick auf § 17 VwGVG iVm § 13 Abs. 8 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes - AVG ist diese Auffassung auch für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten aufrechtzuerhalten (VwGH 27.08.2014, Ro 2014/05/0062).

1.2.2. Die Beschwerdeführer machen geltend, der Antrag gemäß § 69 BO für Wien auf Abweichungen von den Bebauungsvorschriften sei erstmalig nach dem 01.01.2011 eingebracht worden, das Bauvorhaben wurde aber fälschlicherweise dennoch nach der Rechtslage vor dem 11.08.2008 beurteilt. Dazu ist auf § 133 Abs. 2 BO für Wien (dieser entspricht inhaltlich § 69 Abs. 3 BO für Wien idF vor der Novelle LGBl. für Wien Nr. 25/2009) zu verweisen, demzufolge u.a. auch die Bewilligung von Abweichungen gemäß § 69 BO für Wien nur auf Antrag zulässig ist – das Ansuchen um Bewilligung gilt jedoch zugleich als Antrag auf Bewilligung der für das Bauvorhaben erforderlichen Abweichungen nach § 69 BO für Wien. Damit ist aber klargestellt, dass auch ohne gesonderter förmlicher Antragstellung auf Bewilligung von Abweichungen von den Bebauungsvorschriften ein solcher kraft gesetzlicher Fiktion bereits mit dem Ansuchen um Baubewilligung als gestellt gilt und damit auch dieser Zeitpunkt entsprechend der in Folge von Novellen hinsichtlich der für ein Bauvorhaben anzuwendenden Rechtsvorschriften maßgeblich ist; Es können daher für die Beurteilung des Ansuchens auf die Bewilligung von Abweichungen von den Bebauungsvorschriften nicht andere Bebauungsbestimmungen herangezogen werden, als für die Beurteilung des Ansuchens um Baubewilligung (vgl. etwa VwGH vom 20.09.2005, ZI 2004/05/0131).

1.3. Die Beschwerdeführer machen im Kern geltend, nach der erfolgten einstimmigen Ablehnung des Bauansuchens in der Sitzung des Bauausschusses vom 04.09.2012 hätte -- anstelle der erneuten Beschlussfassung in der Sitzung des Bauausschusses vom 28.02.2013, in welcher das Bauansuchen sodann mehrheitlich bewilligt wurde -- ein ablehnender Bescheid des Bauausschusses ergehen müssen und das Bauansuchen in weiterer Folge abgelehnt werden müssen bzw. stünde die erste ablehnende Entscheidung einer neuerlichen Befassung des Bauausschusses rechtlich entgegen.

1.3.1. Aufgrund der Ergebnisse des verwaltungsgerichtlichen Beweisverfahrens steht fest, dass der Bauausschuss der Bezirksvertretung für den ... Bezirk im Rahmen seiner ersten Befassung eine Beschlussfassung über das Bauvorhaben (bloß) verschoben hat. Im Rahmen seiner zweiten Befassung im September 2012 wurde die beantragte Ausnahmegenehmigung gemäß § 69 Abs. 1 lit. f BO für Wien für das Bauansuchen einstimmig abgelehnt, dies mit der Begründung, dass der Bauausschuss die Einwendungen der Anrainer und die Stellungnahme der Magistratsabteilung 19 höher bewertet. Weil die der Beschlussfassung des Bauausschusses im September 2012 zugrunde gelegte Stellungnahme der MA 19 hinsichtlich der Kubaturmaximierung nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprach und ein auf falschen Voraussetzungen basierender Bescheid rechtswidrig gewesen wäre, wurde die Magistratsabteilung 19 erneut befasst. Die Magistratsabteilung 19 akzeptierte nach neuerlicher Befassung – unter anderem unter Zugrundelegung des Umstandes, dass das tatsächlich projektierte Kubaturausmaß unter dem zulässiger weiser erzielbaren Kubaturausmaß der verfahrensgegenständlichen Liegenschaft liegt – eine Ausnahme nach § 69 Abs. 1 lit. f BO für Wien. Unter dieser Voraussetzung wurde dann dem (modifizierten) Bauvorhaben in der Sitzung des Bauausschusses im Februar 2013 mehrheitlich beantragte Ausnahmegenehmigung gemäß § 69 Abs. 1 lit. f BO für Wien für das Bauansuchen bewilligt. Eine Sistierung der ersten Beschlussfassung vom September 2012 erfolgte nicht.

1.3.2. In dem mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 11.06.2014, B 960/2012-9, zugrunde liegendem Fall, war der Gerichtshof mit einer vergleichbaren Fallkonstellation der mehrmaligen Beschlussfassung in einem Bauausschuss der Bezirksvertretung auf Grundlage des § 133 Abs. 1 BO für Wien

befasst. Im dortigen Verfahren wurde zunächst die beantragte Entscheidung mehrheitlich abgelehnt; ein Beamter wies im Rahmen einer Rechtsbelehrung darauf hin, dass die Ablehnung rechtswidrig wäre, worauf ein Stimmführer den Vorsitzenden des Bauausschusses darüber informierte, dass er bei der Abstimmung einem Rechtsirrtum unterlägen sei. Über die Rechtmäßigkeit einer neuerlichen Abstimmung herrschte Unklarheit, sodass die Bezirksvorsteherin beigezogen wurde. Diese entschied sich für eine neuerliche Abstimmung und „vorsichtsweise“ für die Sistierung des Beschlusses. In der Folge wurde über das Bauvorhaben neuerlich abgestimmt und auch die Zulassung der Ausnahme bei Stimmgleichheit mit Dirimierung der Vorsitzenden beschlossen.

Im damaligen verfassungsgerichtlichen Verfahren wurde den Ausführungen der belangten Behörde (Bauoberbehörde für Wien) auch unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, derzufolge der erste Ausschussbeschluss lediglich ein interner Akt der Willensbildung gewesen sei, dessen Abänderung nach dem AVG zulässig gewesen sei, grundsätzlich zugestimmt. In Folge wurde jedoch weiters ausgeführt, dass die Abänderung eines internen Aktes auch den organisationsrechtlichen Vorschriften über die Willensbildung der betreffenden Behörde entsprechen muss und im weiteren unter Hinweis auf § 65 WStV ausgeführt, dass dieser eindeutig festlege, wie vorzugehen sei, wenn ein Ausschuss einer Bezirksvertretung einen gesetzwidrigen Beschluss gefasst hat: § 65 WStV sehe die Sistierung des Beschlusses durch den Bezirksvorsteher und die Einholung der Entscheidung des Bürgermeisters innerhalb von 14 Tagen vor.

Im Hinblick auf das dem Verfahren B 960/2012 zugrundeliegende Anlassverfahren und der dort von der Bezirksvorsteherin vorgenommene Sistierung des Beschlusses im Laufe der Sitzung des Bauausschusses hätte die Bezirksvorsteherin nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes innerhalb von 14 Tagen auch die Entscheidung des Bürgermeisters einholen müssen. Dies wäre die gesetzeskonforme Vorgehensweise gewesen. Die vom Bauausschuss gewählte Vorgehensweise der neuerlichen Beschlussfassung hingegen fand weder in der Wiener Stadtverfassung noch in der Geschäftsordnung der Bezirksvertretungen ihre gesetzliche Deckung, weshalb die Vorgehensweise des Bauausschusses im

besonderen Maße mit den Rechtsvorschriften im Widerspruch stand, welche auch von der Berufungsbehörde aufzugreifen gewesen wäre.

1.3.3. Abgesehen davon, dass in der hier beschwerdegegenständlichen Angelegenheit keine Sistierung der Beschlussfassung vom 04.09.2012 erfolgte, ist die hier beschwerdegegenständliche Angelegenheit mit jener, die dem genannten Erkenntnis B 960/2012 zugrunde lag, weitestgehend vergleichbar. Auch das im nunmehrigen Beschwerdeverfahren erfolgte Abgehen von der ersten Beschlussfassung im Bauausschuss war von der Erwägung getragen, dass die erste Beschlussfassung nicht rechtmäßig war und im Ergebnis als nicht tragfähig für einen darauf gestützten Bescheid befunden wurde.

Unter Zugrundelegung der vom Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis B 960/2012 zum Ausdruck gebrachten Rechtsansicht, wonach der Bezirksvorsteher bei Vorliegen der in § 65 Wiener Stadtverfassung bestimmten Voraussetzungen den Beschluss des Ausschusses der Bezirksvertretung (hier des Bauausschusses) *sistieren muss* und die Zuständigkeit zur Entscheidung auf den Bürgermeister übergeht, hätte nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes Wien der Bezirksvorsteher spätestens bei der Beratung über die erneute Aufnahme des von der Bauwerberin beantragten Bauvorhabens auf die Tagesordnung des Bauausschusses vor der Beschlussfassung im Februar 2013 -- somit zu einem Zeitpunkt, wo auch dem Bauausschuss respektive dem dem Bauausschuss auch angehörenden Bezirksvorsteher bekannt war/sein musste, dass die Beschlussfassung im September 2012 von falschen Voraussetzungen ausging und deshalb ein darauf gesetzter Bescheid rechtswidrig wäre, diese Beschlussfassung somit gesetzwidrig war -- hinsichtlich der Beschlussfassung von September 2012 gemäß § 65 Wiener Stadtverfassung vorgehen müssen (= die Ausführung des Beschlusses von September 2012 sistieren und hierüber innerhalb von 14 Tagen die Entscheidung des Bürgermeisters einholen).

Die vom Bauausschuss gewählte Vorgehensweise der neuerlichen Beschlussfassung im Februar 2013 ohne vorherige Einhaltung der Vorgehensweisen hinsichtlich des gesetzwidrigen Beschlusses vom September 2012 war rechtlich nicht gedeckt bzw. gesetzlos.

Diese Fehlerhaftigkeit ist vom Verwaltungsgericht Wien aufzugreifen (um nicht selbst die eigene Entscheidung mit Willkür zu belasten) und ist daher der Bescheid des Bauausschusses vom 28.02.2013 aufzuheben. Das Verwaltungsgericht Wien ist selbst nicht in der Lage, im Zuge des Beschwerdeverfahrens über die Frage dieser Ausnahmegewährung zu entscheiden, weil dadurch ein kompletter Verfahrensabschnitt übersprungen werden würde, respektive die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien in der Sache selbst letztlich das Übergehen der Zuständigkeit des Bezirksausschusses – § 133 BO für Wien, hier *in Verbindung mit § 65 Wiener Stadtverfassung* – nach sich zöge (vgl. allgemein *Heinz Schäffer*, Grundrechtliche Organisations- und Verfahrensgarantien in: Handbuch der Grundrechte, § 200 Rz 21).

Dadurch, dass der Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37, mit dem Baubewilligungsbescheid vom 13.03.2013, auf den im Hinblick auf § 65 Wiener Stadtverfassung gesetzwidrig ergangenen und deshalb aufzuhebenden Bescheid des Bauausschusses vom Februar 2013 abstellte, hat er letztlich eine Bewilligung erteilt, für die er gemäß § 133 BO für Wien nicht zuständig war, weshalb auch dieser Bescheid aufzuheben war.

3. Zum Revisionsausspruch

Der Ausspruch über die Zulässigkeit der ordentlichen Revision gründet sich darauf, dass gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision zulässig ist, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil etwa eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehlt. Ungeachtet dessen, dass die gegenständliche Entscheidung im Hinblick auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 11.06.2014, B 960/2012, angezeigt war, ist eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur geänderten Beschlussfassung einer Kollegialbehörde respektive eines Ausschusses von Bezirksvertretungen (des Bauausschusses) in anhängigen Bewilligungsverfahren im Lichte des § 65 Wiener Stadtverfassung nicht ersichtlich.

BELEHRUNG

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und einzubringen. Einzubringen ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof. Die Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und die Revision beim Verwaltungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

Dr. Grois
(Richterin)