

# Kurzgutachten

zur

**Baurechtlichen Bewilligung**

der

**Sport & Fun Halle Praterstern**

im Auftrag der

**Die Grünen Grüne-Alternative Wien**

Wien, im September 2022

**Dr. Lorenz E. Riegler, LL.M.**  
**Rechtsanwalt**  
RA-Code R151678

**A** Mariahilfer Straße 124/14  
1070 Wien  
**T** +43 1 522 31 33  
**F** +43 1 522 31 33-3  
**E** [riegler@allright.at](mailto:riegler@allright.at)  
**W** [www.allright.at](http://www.allright.at)

**UID:** ATU 57539603

Volksbank Salzburg

**BIC:** VBOEATWWSAL

Fremdgeldkonto

**IBAN:** AT76 4501 0506 1817 0001

Honorarkonto

**IBAN:** AT06 4501 0506 1817 0000

## Ausgangslage

### Sachverhalt

Den Medien war zu entnehmen, dass seitens des Magistrats der Stadt Wien, MA 37, die baubehördliche Bewilligung für die Errichtung der sogenannten „Sport & Fun Halle Praterstern“ in der Venediger Au erteilt wurde. Laut gültiger Flächenwidmung darf auf der beanspruchten Fläche allerdings kein Gebäude errichtet werden.

Vor diesem Hintergrund bin ich ersucht worden, näher dargestellte Rechtsfragen im Zusammenhang mit dieser Baubewilligung zu erörtern.

Hintergrund der Überlegungen ist der Umstand, dass diese Baubewilligung auf § 71 BO für Wien (in der Folge BO) gestützt wird und nur eine zeitlich beschränkte Geltung haben soll. Eine gerichtliche Überprüfung dieser Baubewilligung konnte nicht herbeigeführt werden, weil dem Bewilligungsverfahren neben der Stadt Wien keine weiteren Parteien hinzuzuziehen waren.

Zu klären ist daher im Besonderen die Rechtsfrage, ob mit der Erteilung dieser Baubewilligung die Voraussetzungen des § 71 BO und die dazu ergangene Judikatur eingehalten wurden.

### Projektbeschreibung

Gemäß einschlägiger Veröffentlichungen der Stadt Wien (<https://www.wien.gv.at/bezirke/leopoldstadt/freizeit/sport-und-fun-halle-praterstern.html>) soll im Bereich der Venediger Au die sogenannte „Sport & Fun Halle Praterstern“ errichtet werden. Dabei ist die Errichtung eines Gebäudes mit einer Größe von ca. 40m x 70m, einer Höhe von ca. 13m und einer gesamten bebauten Fläche von ca. 2.900m<sup>2</sup> vorgesehen. Die Halle soll in massiver Bauweise mit einem Kern aus Stahlbeton und weiters als Holzbau errichtet werden.

Öffentlich wurde bekannt, dass dieses Bauvorhaben mittlerweile baubehördlich genehmigt wurde und sich diese Bewilligung auf § 71 BO stützt. Einsehbar war der Baubewilligungsbescheid allerdings nicht, außerdem waren offenbar keine Nachbarn iSd § 134 Abs. 3 BO im Baubewilligungsverfahren zu beteiligen. Bekannt wurde nur, dass die Bewilligung für das Bauvorhaben „Sport & Fun Halle Praterstern“ seitens der MA 37 - Baupolizei mit Bescheid vom 13.06.2022 zur Zahl MA 37/BB/395178-2022-1, erteilt wurde und mittlerweile rechtskräftig ist.

Die Bewilligung wurde auf die Dauer von 5 Jahren befristet gemäß § 71 BO erteilt.

## Rechtsgrundlagen

### Flächenwidmung

Das Bauvorhaben soll auf den Grundstücken Nrn. 1488/19 und 1488/21, beide inneliegend in der EZ 5723, KG 01657 Leopoldstadt und auf dem Grundstück Nr. 1496/18, inneliegend in der EZ 4288, KG 01657 Leopoldstadt, errichtet werden. Eigentümerin aller dieser Grundstücke ist die Stadt Wien.

Die derzeit gültige Flächenwidmung sieht für diese Grundstücke jeweils eine Widmung Grünland-Erholungsgebiete gemäß § 4 Abs. 2 Punkt A lit. b sublit. 4 BO vor. Im gültigen Plandokument 6538 von 25.11.2002, genehmigt mit Beschluss des Gemeinderates der Stadt Wien vom 23.05.2003, ist jeweils eine **Esp-Widmung** ausgewiesen.

### **Widmung Grünland-Erholungsgebiet**

Unter der Überschrift „Zulässige Nutzungen“ ist in § 6 Abs. 2 BO geregelt, dass Erholungsgebiete der Erholung und der Gesundheit dienen. Soweit der Bebauungsplan gemäß § 5 Abs. 4 lit. e BO nicht anderes bestimmt, dürfen innerhalb der in § 4 Abs. 2 Punkt A lit. b BO genannten Widmungen Bauwerke nur insoweit errichtet werden, als sie für die Benützung und Erhaltung dieser Gebiete erforderlich sind.

### **Leitbild Grünraum 2020**

Relevant ist auch das Grünraumkonzept bzw. das Leitbild Grünraum 2020 der Stadt Wien, welches vom Gemeinderat der Stadt Wien am 24.06.2020 beschlossen wurde. Die zu bebauende Fläche ist darin als „*Wandelbares Grün*“ ausgewiesen. In den Erläuterungen zu diesem Leitbild Grünraum Wien wird zur Kategorie „*Wandelbares Grün*“ folgendes ausgeführt:

*Diese Flächen haben bereits jetzt eine Funktion als Grün- oder Freiraum, beinhalten aber auch andere Nutzungen. Voraussetzung für eine Nutzungsänderung, die eine Änderung im Flächenwidmungs- und Bebauungsplan erfordern ist, dass die Grünraumfunktion erhalten oder verbessert wird. Dabei können die grünen Teilflächen in Lage und Zuschnitt verändert werden. Die Qualitäten werden jedoch erhalten oder verbessert.*

### **Bebauungsplan**

In § 5 Abs. 4 lit. e BO ist ausdrücklich vorgesehen, dass im Bebauungsplan auch Bestimmungen über die bauliche Ausnutzbarkeit von Sport- und Spielplätzen, bei Sportplätzen auch in Bezug auf Sporthallen festgelegt werden können. Davon hat im vorliegenden Fall der Verordnungsgeber aber keinen Gebrauch gemacht. Aufgrund dieser Bestimmung wäre es zulässig gewesen, konkret die Errichtung einer Sporthalle festzulegen.

### **Besondere Bebauungsbestimmungen**

Hingegen hat der Gemeinderat der Stadt Wien in der erwähnten Sitzung am 23.05.2003, Pr. Zl. 001829/2003-GSV, den Beschluss gefasst, für die vorliegenden Grundstücke folgende Besondere Bestimmungen gemäß § 5 Abs. 4 BO festzulegen:

*4.1. Auf der mit **BB1** bezeichneten und als Grünland/Erholungsgebiet/Sport und Spielplatz gewidmeten Grundfläche dürfen keine Gebäude errichtet werden.*

*4.2. Auf den mit **BB2** bezeichneten Grundflächen dürfen Gebäude bis zu einer maximalen Gebäudehöhe von 5,5 m errichtet werden; der höchste Punkt des Daches darf nicht mehr als 2,0 m über der tatsächlich ausgeführten Gebäudehöhe liegen.*

Die Sport & Fun Halle Praterstern soll überwiegend auf Grundflächen errichtet werden, welche den Zusatz BB1 aufweisen (GSt. Nrn. 1488/21 und 1496/18), teilweise auch auf solchen mit dem Zusatz BB2 (Gst. Nr. 1496/18).

### **§ 71 BO für Wien**

§ 71 BO für Wien, LGBl. Nr. 11/1930 zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 69/2018, lautet:

#### **Bewilligung für Bauten vorübergehenden Bestandes**

Bauwerke, die vorübergehenden Zwecken dienen oder nicht dauernd bestehen bleiben können, sei es wegen des bestimmungsgemäßen Zweckes der Grundfläche, sei es, weil in begründeten Ausnahmefällen die Bauwerke den Bestimmungen dieses Gesetzes aus sachlichen Gegebenheiten nicht voll entspricht, kann die Behörde auf eine bestimmte Zeit oder auf Widerruf bewilligen. Für sie gelten die Bestimmungen dieses Gesetzes sowie des Wiener Garagengesetzes 2008 insofern nicht, als nach Lage des Falles im Bescheid auf die Einhaltung dieser Bestimmungen verzichtet worden ist. Der Bewilligung dürfen durch dieses Gesetz gegebene subjektiv-öffentliche Rechte nicht entgegenstehen und es darf die Bebaubarkeit der Nachbargrundflächen nicht vermindert werden, es sei denn, dass der Berechtigte der Bewilligung ausdrücklich zugestimmt hat oder keine Parteistellung (§ 134 Abs. 3) erlangt hat.

## **Gutachten**

### **Zur Anwendbarkeit des § 71 BO**

Zunächst werden die Tatbestandsmerkmale des § 71 BO erörtert und wird angegeben, welche einschlägige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu den einzelnen Fragen ergangen ist.

Diese Bestimmung ist im Wesentlichen bereits seit der Stammfassung der Bauordnung für Wien (Gesetz vom 25.11.1929, LGBl. Nr. 11/1930) in Kraft. Relevante textliche Anpassungen erfolgten mit der Bauordnungsnovelle 1976, LGBl. Nr. 18/1976. Den Erläuternden Bemerkungen zu dieser Bauordnungsnovelle 1976 ist folgendes zu entnehmen:

*Diese Regelung wird im Interesse der Verwaltungsvereinfachung getroffen und ist insbesondere deswegen gerechtfertigt, weil bei der Erteilung einer Ausnahmbewilligung grundsätzlich nicht von allen Bestimmungen der Bauordnung befreit werden soll, sondern nur von jenen, die im Einzelfall aus sachlich gerechtfertigten Gründen nicht angewendet werden können. Zugleich wird gegenüber der bisherigen Regelung für den Bauwerber eine Erleichterung durch die ergänzende Bestimmung geschaffen, dass der Anrainer, in dessen subjektiv-öffentliche Rechte bei Gewährung der Ausnahme eingegriffen würde, der Erteilung der Baubewilligung ausdrücklich zustimmen kann.*

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Behörde gemäß § 71 BO Bauwerke auf eine bestimmte Zeit oder auf Widerruf bewilligen kann, die vorübergehenden Zwecken dienen oder nicht dauernd bestehen bleiben können, sei es wegen des bestimmungsgemäßen Zweckes der Grundfläche, sei es, weil in begründeten Ausnahmefällen die Bauwerke den Bestimmungen der BO aus sachlichen Gegebenheiten nicht voll entsprechen. Für diese Bauwerke, wobei der Gesetzgeber nicht zwischen bestehenden oder geplanten Bauten differenziert, gelten die raumordnungs- und baurechtlichen Regelungen insofern nicht, als im Bescheid auf die Einhaltung dieser Bestimmungen verzichtet worden ist. Die Bewilligung hat ausdrücklich alle Bestimmungen anzuführen, von denen eine Abstandsnahme gewährt wird (*Moritz*, Bauordnung für Wien, 2009, Anm. zu § 71, S 210.)

§ 71 BO bezieht sich zum einen auf Bauwerke, die vorübergehenden Zwecken dienen, also typischerweise Zwischennutzungen darstellen, da durch die Regelung intendiert wird, dass die „vorübergehenden Zwecke“ durch eine andere Nutzung abgelöst werden. § 71 BO unterscheidet zum anderen zwischen zwei Arten von Bauführungen, die nicht dauerhaft bestehen bleiben und eine Bewilligung nach § 71 BO erfordern können – soweit sie nicht ohnehin nach § 62a BO bewilligungsfrei bzw. nach § 62a Abs. 3a BO bewilligungsfähig sind: Solche (*Kirchmayer*, Wiener Baurecht, 2008, Anm. 1 zu § 71, S 278.) die „dem bestimmungsgemäßen Zweck des Grundes“ widersprechen, das heißt mit dem Flächenwidmungs- oder Bebauungsplan nicht übereinstimmen, und solche, die den Bestimmungen der Bauordnung nicht (voll) entsprechen.

Die Behörde kann bei der Bewilligung von Bauwerken vorübergehenden Bestandes gemäß § 71 BO hinsichtlich dem Bewilligungsende unterscheiden zwischen einem bestimmten Zeitpunkt oder einem offenen Fristende („auf Widerruf“), das bei Vorliegen definierter Sachverhalte eintritt. Die Variante hängt von der Art des konkreten Zwischennutzungsvorhabens und der geplanten Nachnutzung ab. Liegt einerseits ein zeitlich klar abgrenzbares Projekt vor oder ist andererseits der Zeitpunkt der Nachnutzung zeitlich fixiert, bietet sich eine Bewilligung für eine Bauführung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt bzw. innerhalb eines Zeitintervalls an. Ist hingegen insbesondere die Nachnutzung zeitlich nicht fixiert und (noch) nicht abschätzbar, kann mit einer Bewilligung auf Widerruf der inhaltlichen und zeitlichen Unbestimmtheit entsprochen werden (*Kanonier*, Zwischennutzungen in Wien aus planungs- und baurechtlicher Sicht, bbl 2012, 235ff).

Eine derartige Zwischennutzung, welche die Anwendbarkeit des § 71 BO rechtfertigen würde, liegt hier aber offenbar nicht vor. Dies aus folgenden Gründen:

#### **Bauten vorübergehenden Bestandes**

Bei Anwendbarkeit des § 71 BO ist nach der Judikatur des VwGH (20.03.1990, 84/05/0231) nämlich zu klären, ob der Bestand des Gebäudes, für welches eine Bewilligung nach § 71 BO angestrebt wird, nur ein vorübergehender sein soll.

Als Bauten, die vorübergehenden Zwecken dienen, gelten insbesondere Bauhütten, Tribünen bei Festzügen oder Kantinen bei großen Sportveranstaltungen (vgl. *Geuder*, Sammlung des Wiener Baurechts 2002, Anm. zu § 71 Abs. 1).

Damit kann eine Sporthalle bereits begrifflich kein Bauwerk vorübergehenden Bestandes sein. Vielmehr liegt ganz offenkundig ein auf Dauer angelegtes Projekt vor. Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 71 BO ist es, dass es sich um Bauten handelt, die vorübergehenden Zwecken dienen oder nicht dauernd bestehen bleiben können (vgl. VwGH 25.1.1971, GZ 1056/69, VwSlg 7950 A/1971, VwGH 2.7.1985, GZ 85/05/0010, VwGH 24.6.2009, GZ 2008/05/0240).

Für ein auf Dauer angelegtes Projekt ist eine Bewilligung auf jederzeitigen Widerruf unzulässig (VwGH 20.3.1990, 84/05/0231 - zu großes Haus mit Rauchfang im Kleingartengebiet). Kann bei einem auf Dauer angelegten Projekt von vornherein erkannt werden, dass kein sachlicher Widerrufsgrund denkbar ist, darf keine Baubewilligung auf Widerruf erteilt werden (VwGH 23.2.2010, 2008/05/0176). Dieselben Kriterien müssen auch für auf eine bestimmte Dauer befristete Bewilligungen gelten.

Findet sich kein Anhaltspunkt dafür, dass der Bestand der zu beurteilenden Anlage nur ein vorübergehender sein soll, kommt schon aus diesem Grund die Erteilung einer Baubewilligung auf Widerruf nicht in Betracht, weil bei gleichbleibender Sach- und Rechtslage ein Widerruf nicht sachgerecht wäre (VwGH 24.6.2009, 2008/05/0240). Umgekehrt ist die Erteilung einer befristeten Baubewilligung dann unzulässig, wenn bei gleichbleibender Sach- und Rechtslage bei Ablauf der Befristung ein konsensloser Zustand eintritt, weil die Anlage eben auf Dauer angelegt ist und nicht nur vorübergehenden Zwecken dienen soll.

Allerdings darf die Unzulässigkeit einer Bewilligung nach § 71 BO nicht allein daran geknüpft werden, dass der Bau eventuell auf Dauer angelegt ist. Damit würde nämlich verkannt werden, dass § 71 BO zwei alternative Eingangsvoraussetzungen kennt. Es kommt also nicht allein auf die (Tat-)Frage an, ob das Projekt auf Dauer angelegt ist, sondern, ob ein sachlich begründeter Widerruf denkbar ist, weil ja für beide Eingangsvoraussetzungen des § 71 BO nur eine Bewilligung auf Zeit oder auf Widerruf in Betracht kommt (VwGH 29.1.2009, GZ 2005/05/0276).

Im vorliegenden Fall ist aber – auf Grundlage einer gleichbleibenden Sach- und Rechtslage – das Erlöschen der Baubewilligung nach Fristende unsachlich, weil die Sporthalle ein auf Dauer angelegtes Vorhaben darstellt.

### **Ermessensentscheidung**

§ 71 BO räumt der Behörde ein Ermessen ein. Nach dem Wortlaut des Gesetzes *kann* die Behörde eine Bewilligung auf eine bestimmte Zeit oder auf Widerruf bewilligen. Gemäß ständiger Judikatur des VwGH (29.04.2015, Ra 2015/05/0021) ist die Erteilung einer Bewilligung im Sinne des § 71 BO eine Ermessensentscheidung. Dabei besteht die Verpflichtung in der Begründung der Entscheidung die für die Ermessensübung maßgebenden Überlegungen und Umstände insoweit offen zu legen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfung der Ermessensentscheidung auf ihre Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes durch den Verwaltungsgerichtshof erforderlich ist (VwGH 24.1.2014, 2013/09/0133, 5.3.2014, 2013/05/0041).

Da der erwähnte Bewilligungsbescheid und seine konkrete Begründung nicht bekannt sind, kann nicht festgestellt werden, ob die maßgebenden Überlegungen und Umstände der Ermessensübung offengelegt wurden. Dazu kommt, dass mangels weiterer Parteien im Verfahren eine Nachprüfung der Ermessensentscheidung im Gerichtswege nicht stattfinden konnte.

Der Vollständigkeit halber wird hier angemerkt, dass § 71 BO wohl dem Rechtsstaatsprinzip widerspricht, weil diese Bestimmung keine Kriterien vorgibt, welche einen inhaltlichen Rahmen für das behördliche Ermessen liefern. Mangels klarer Determination dürfte hier auch eine Verletzung des Legalitätsprinzips im Sinne des Art. 18 B-VG vorliegen.

### **Widerspruch zur Flächenwidmung**

§ 71 BO unterscheidet zwischen Bauten (baulichen Anlagen), die den bestimmungsgemäßen Zweck des Grundes, das heißt der Flächenwidmung, widersprechen, und Bauten, die den Bestimmungen der Bauordnung nicht bzw. nicht voll entsprechen, wobei das Projekt auch beiden Normenkomplexen widersprechen kann (VwGH 29.01.2008, 2005/05/0276, Hinweis auf *Geuder/Hauer*, Wiener Bauvorschriften<sup>5</sup>, 542). Bei der geplanten Sporthalle handelt es sich um eine bauliche Anlage, welche der Flächenwidmung und dem Bebauungsplan widerspricht.

Auffällig ist bei der Textierung der Ausnahmetatbestände in § 71 BO, dass für Bauwerke, die den Bestimmungen dieses Gesetzes aus sachlichen Gegebenheiten nicht voll entsprechen, begründete Ausnahmefälle für die Erteilung der Bewilligung erforderlich sind, während bei den Ausnahmen vom bestimmungsgemäßen Zweckes der Grundfläche (insbesondere Flächenwidmungs- und Bebauungsplan) solche begründete Ausnahmefälle nicht gefordert werden. Der Eindruck, das bei Ausnahmen vom Flächenwidmungs- und Bebauungsplan keine besonderen Ausnahmegründe erforderlich sind, ist „wohl irrig“, da der Gesetzgeber ansonsten „keine Ermessensentscheidung, sondern eine Willkürentscheidung zugelassen“ hätte (*Geuder/Hauer*, Wiener Bauvorschriften<sup>5</sup>, 542).

Denn der VwGH hält in seiner Rechtsprechung fest, dass die Erteilung der Bewilligung nach § 71 BO bedeutet, dass die Behörde in gleich oder ähnlich gelagerten Fällen eine Ausnahmegewilligung erteilen müsste, will sie sich nicht dem Vorwurf einer willkürlichen Handhabung des Ermessens aussetzen, was insbesondere bei weit reichenden Ausnahmen vom Flächenwidmungs- und Bebauungsplan problematisch wäre, liefe dies doch „auf eine Unvollziehbarkeit des Flächenwidmungsplanes hinaus“ (VwGH 24.6.2009, GZ 2008/05/0240).

Eine derartige willkürliche Handhabung des Ermessens scheint im vorliegenden Zusammenhang allerdings vorzuliegen, weil in vergleichbaren Konstellationen bei klaren Widersprüchen zum Flächenwidmungs- und Bebauungsplan in der Regel keine befristeten Bewilligungen nach § 71 BO erteilt werden. Bekannt oder zugänglich sind derartige Entscheidungen jedenfalls nicht. Ganz im Gegenteil: aufgrund der langjährigen Praxis der Baubehörden ist eher davon auszugehen, dass in derartigen Konstellationen keine Bewilligungen, weder befristet noch auf Widerruf erteilt werden. Jedenfalls dann nicht, wenn die Antragsteller private Rechtsträger sind.

Der Verwaltungsgerichtshof führt dazu jedenfalls aus, dass auch der Umstand, dass von der gesetzlichen Bebaubarkeit wesentlich abgewichen wird, eine Versagung der Baubewilligung nach § 71 BO zu begründen vermag (VwGH 19.1.1999, 98/05/0195).

#### **Befristete Bewilligung oder Bewilligung auf Widerruf**

Mit Ablauf der Genehmigungsdauer der auf Zeit erteilten Baubewilligung bzw. im Zeitpunkt des Widerrufs treten ein konsensloser Zustand und die Verpflichtung zur Abtragung der Baulichkeit ein (VwGH 30.01.2007, 2006/05/0269). Aus heutiger Sicht wird die Sporthalle daher nach 5 Jahren wieder zu entfernen sein, sollte bis dahin keine dauerhafte Baubewilligung erreicht werden können; dazu näher unten.

#### **Sachliche Rechtfertigung/Ausnahmegrund**

Gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.04.2006, 2005/05/0186) ist eine Bewilligung nach § 71 BO für Wien weiters nur dann zulässig, wenn ein Ausnahmegrund vorliegt. Bei der Beurteilung eines Ansuchens um eine solche Bewilligung hat die Behörde zu prüfen, ob für die Erteilung derselben vom Antragsteller angeführte oder doch aus seinem Vorbringen im Zusammenhang mit der jeweils gegebenen Situation erkennbare besondere Gründe vorliegen, weil ansonsten eine Abstandnahme von den baugesetzlichen Vorschriften nicht gerechtfertigt wäre (VwGH vom 27.6.1997, GZ 97/05/0002).

Da die Erteilung einer Baubewilligung nach § 71 BO nur zulässig ist, wenn ein begründeter Ausnahmefall vorliegt (VwGH 84/05/0088, 89/05/0092), ist es bei Fehlen eines solchen auch unerheblich, ob es sich um Bauten handelt, die nur vorübergehenden Zwecken dienen oder nicht.

Sind solche Ausnahmegründe gegeben, dann hat die Behörde weiters zu prüfen, ob ungeachtet dieses Umstandes öffentliche, in der Bauordnung begründete Rücksichten einer Ausnahmegenehmigung entgegenstehen. Solche öffentliche Rücksichten können auch darin gelegen sein, dass die Erteilung der Ausnahmegenehmigung dazu führen könnte, dass die Behörde, will sie sich nicht dem Vorwurf einer willkürlichen Handhabung des Ermessens aussetzen, auch in anderen gleichartigen Fällen eine Ausnahmegenehmigung erteilen müsste (VwGH 9.10.1962, Slg 5581/A).

Wie bereits oben ausgeführt, wäre die Erteilung einer Baubewilligung nach § 71 BO nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes bei gleichbleibender Sach- und Rechtslage nicht sachgerecht, weil dies auch bedeuten würde, dass die Baubehörde in gleich oder ähnlich gelagerten Fällen gleichfalls eine Ausnahmegenehmigung erteilen müsste, wollte sie sich nicht dem Vorwurf einer willkürlichen Handhabung des Ermessens aussetzen (VwGH 29.01.2008, 2005/05/0276).

Ob im vorliegenden Zusammenhang derartige Ausnahmegründe vorgebracht wurden, ist - wie ausgeführt - nicht bekannt. Die den Medien zu entnehmende „Umwidmungsabsicht“ kann eine derartige sachliche Rechtfertigung wohl nicht darstellen. Weder zum Zeitpunkt der Erteilung der Baubewilligung noch jetzt zum Zeitpunkt der Verfassung dieses Gutachtens ist ein diesbezügliches Planänderungsverfahren anhängig gewesen.



Eine bloße Absicht kann objektiv jedenfalls nicht hinterfragt werden und erscheint im Hinblick auf die strenge Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur sachlichen Rechtfertigung einer Ausnahme nicht ausreichend.

Dazu kommt, dass eine befristete Bewilligung eines auf Dauer angelegten Vorhabens wohl implizit voraussetzt, dass eine Änderung des Flächenwidmungs- und Bebauungsplans innerhalb dieser Frist vorgenommen wird und zwar dahingehend, dass das bewilligte (und dann bereits errichtete) Bauvorhaben den zukünftigen Planungsgrundlagen entsprechen wird.

Dabei wird wohl aus „pragmatischer“ Sicht davon ausgegangen, dass der zukünftige Flächenwidmungs- und Bebauungsplan tatsächlich in dieser gewünschten Form erlassen wird. Denn ansonsten wäre die Sporthalle nach Ablauf der Bewilligung ohne Anspruch auf Entschädigung oder Ersatz irgendwelcher Kosten wieder abzutragen (VwGH 27.11.1928, VwSlg. 15.428 A/1928).

Ob das jedenfalls erforderliche Planänderungsverfahren diese gewünschten Ergebnisse erzielen wird, kann jedenfalls nicht objektiviert werden. Dabei ist beachtlich, dass die bloße Streichung der Besonderen Bebauungsbestimmungen BB1 (keine Errichtung von Gebäuden) wohl nicht ausreichen wird, weil auf der Widmung Grünland-Erholungsgebiet noch nachzuweisen sein wird, dass es sich um ein Bauwerk handelt, welches für die Benützung und Erhaltung des Gebietes erforderlich ist. Das kann bei einer Sporthalle zumindest bezweifelt werden. Im Übrigen wäre im Rahmen einer derartigen Planänderung auch das oben erwähnte Leitbild Grünraum 2020 zu beachten, wobei aus heutiger Sicht nicht erkannt werden kann, dass aufgrund der Errichtung dieser Sporthalle die Grünraumfunktion erhalten oder verbessert wird (*Wandelbares Grün*).

Jedenfalls wird in diesem Zusammenhang mit der Baubewilligung wohl eine ganz bestimmte Planungsentscheidung vorweggenommen, was insgesamt den Grundsätzen einer vorausschauenden Flächenwidmungs- und Bebauungsplanung entgegensteht und dem Legalitätsprinzip widersprechen dürfte (*Kanonier*, aaO, 252). Damit wird auch vorausgesetzt, dass die für diese Planungsentscheidungen (Gemeinderat, Bezirk) zuständigen Organe die erforderlichen Beschlüsse auch so fassen. Damit greift die Baubehörde letztlich in die Kompetenz der Planungsbehörden ein. Dies erscheint rechtsstaatlich jedenfalls bedenklich.

### **Zustimmung Nachbarn**

Ein weiteres Kriterium für die Erteilung einer Bewilligung nach § 71 BO ist die Zustimmung der Nachbarn. Eine Bewilligung nach § 71 BO darf nicht erteilt werden, wenn die Nachbarn, deren subjektiv-öffentliche Rechte durch die Bauführung berührt werden, sich gegen die Erteilung der Baubewilligung ausgesprochen haben. Den Nachbarn wird somit ausdrücklich ein Zustimmungsrecht eingeräumt (vgl. VwGH 27.6.1997, 94/05/0131).

Mangels Nachbarn mit Parteistellung ist diese Frage im vorliegenden Zusammenhang zwar nicht relevant. Die ständige Judikatur zeigt aber, dass bei derartigen befristeten Bewilligungen oder solchen auf Widerruf ein hohes Maß an Verfahrensgarantien vorliegt.

### **Ergebnisse:**

Zusammengefasst kann daher folgendes festgehalten werden: die baubehördliche Bewilligung der „Sport & Fun Halle Praterstern“ in der Venediger Au widerspricht dem Flächenwidmungs- und Bebauungsplan. Aus diesem Grund wurde eine Ausnahmegewilligung gemäß § 71 BO befristet auf die Dauer von 5 Jahren erteilt.

Eine detaillierte Überprüfung der Bewilligung war nicht möglich, weil der Bescheid nicht übermittelt wurde. Die Bewilligungsvoraussetzungen des § 71 BO dürften - insbesondere unter Berücksichtigung der detaillierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes - für dieses Bauvorhaben nicht vorliegen. Einerseits ist die Sporthalle nicht für einen bloß vorübergehenden Bestand vorgesehen, sondern auf Dauer angelegt. Andererseits ist eine befristete Bewilligung für ein auf Dauer angelegtes Bauvorhaben - ohne zulässige Ausnahmegründe - unsachlich.

Da der Bescheid nicht übermittelt wurde, konnten auch die strengen Kriterien für das Vorliegen von Ausnahmegründen, womit die Ermessensentscheidung zu begründen ist, nicht überprüft werden. Der Öffentlichkeit sind jedenfalls objektivierbare und im Sinne der Judikatur anerkannte Ausnahmegründe nicht bekannt geworden.

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Baubewilligung in gesetzwidriger Weise erteilt wurde. Eine gerichtliche Überprüfung war nicht möglich, weil neben der Stadt Wien keine weiteren Parteien im Verfahren vorgesehen waren.

Die erteilte Baubewilligung setzt implizit voraus, dass der Flächenwidmungs- und Bebauungsplan während der Dauer der befristeten Baubewilligung dahingehend abgeändert wird, dass in der Zukunft eine rechtlich einwandfreie Bewilligung erteilt werden kann. Ob die erforderlichen Änderungen der Planungsgrundlagen fachlich widerspruchsfrei umgesetzt werden, kann aus heutiger Sicht nicht prognostiziert werden. In diesem Planungsprozess wäre jedenfalls das Leitbild Grünraum 2020 beachtlich, welches für die gegenständliche Fläche bestimmt, dass die Grünraumfunktion erhalten oder verbessert werden soll.

Mit dem Bescheid der Baubehörde werden letztlich die Rechtswirkungen des Flächenwidmungs- und Bebauungsplanes aufgehoben, was dem Legalitätsprinzip widersprechen dürfte.

Denn die Baubehörde nimmt eine Planungsentscheidung vorweg, welche anderen Organen zusteht. Es ist wohl aus pragmatischen Gründen nicht anzunehmen, dass die Sporthalle nach Ablauf von 5 Jahren wieder abgetragen wird.



Dr. Lorenz E. Riegler, LL.M.