

An Frau  
Volksanwältin  
Mag.a Terezija Stoitsits  
Singerstraße 17  
1010 Wien

Volksanwaltschaft  
Singerstraße 17  
1010 Wien  
30.9.10

Wien, 29.09.2010

**Betrifft: Augartenspitz, Bundesdenkmalamt, Beschwerde**

Sehr geehrte Frau Volksanwältin !

Zur Frage Augartenspitz möchten wir Ihnen folgende neue Entwicklungen zur Kenntnis bringen:

**Zur teilweisen Zerstörung der Augartenmauer:**

Am Mittwoch, dem 25.08.2010 wurde mit der Demolierung eines Teiles der Augartenmauer im Bereich Castellezgasse, gegenüber den Häusern Castellezgasse 2, 4 und 6 begonnen. Die Demolierung wurde am 30.08.2010 fortgesetzt. Dies ist auf Videos vom 25./26.08.2010 und vom 01.09.2010 belegt. Ein weiterer Teil der Augartenmauer, nächst dem denkmalgeschützten Nebengebäude der Liegenschaft Castellezgasse 1, wurde etwa Mitte September 2010 demoliert; in Summe wurden circa 38 Meter Augartenmauer zerstört.

In der Begründung des Bundesdenkmalamts-Bescheides vom 05.03.2009 heißt es auf S. 3: „Im Wesentlichen sind folgende bauliche Maßnahmen vorgesehen: ..... 4): **„Erhaltung der Augartenmauer und des Portals. Errichtung von drei neuen Öffnungen in der Augartenmauer an der Castellezgasse für die vorgeschriebenen Fluchtwege.“**

Weitere, die Augartenmauer betreffende Bewilligungen oder Auflagen sind im Bescheid nicht zu finden.

S. 6, letzter Absatz bzw. S. 7, Abs.1 und 2 des Bescheides des BDA vom 05.03.2009 lauten:

„Gemäß § 5 Abs.3 Denkmalschutzgesetz kann das Bundesdenkmalamt in einem bewilligenden Bescheid bestimmen, welche Detailmaßnahmen noch ergänzend der Festlegungen des Bundesdenkmalamtes bedürfen. Die Spruchpunkte 1, 6, 8, 9, 10, 11 und 12 sind in diesem Sinne zu verstehen. Die Denkmalverträglichkeit der Maßnahmen wird durch die im Spruch enthaltenen Auflagen gewährleistet.“

Von der teilweisen Zerstörung der Augartenmauer betroffen ist der Spruchpunkt 1, welcher lautet:

„Sämtliche Details sind, soweit noch nicht planlich eindeutig oder ausreichend fixiert, hinsichtlich Form, Material und Farbe mit dem BDA

*(Landeskonservatorat für Wien) auszubilden und diesem zeitgerecht zur Genehmigung vorzulegen. Davon betroffen sind auch folgende Maßnahmen bzw. die definitive Ausbildung folgender gestalterischer und baulicher Details:*

*a) bauliche Veränderungen an den bestehenden Objekten.“*

Die übrigen Spruchpunkte beziehen sich nicht auf die aktuellen Massnahmen zur Zerstörung der bestehenden Augartenmauer.

Die zitierten Absätze des Bewilligungsbescheides stützen sich auf § 5 Abs. 3 Denkmalschutzgesetz (DMSG), der dem Bundesdenkmalamt (BDA) im Veränderungsbewilligungsverfahren die Möglichkeit einräumt, im Bewilligungsbescheid zu **bestimmen**, welche **Detailmassnahmen**, über die erst **im Zuge der Durchführung** der Arbeiten endgültig **entschieden werden kann**, noch ergänzend der Festlegungen des BDA bedürfen.

Wir sehen darin einen groben Missstand und begründen dies wie folgt:

Punkt 1 des Bescheid-Spruches sieht ausdrücklich vor, dass bei den vorgesehenen Baumassnahmen (im Gegensatz zu dem ursprünglichen Antrag) die „Erhaltung der Augartenmauer“ eine ausdrückliche Bedingung der Genehmigung ist. Die einzige Ausnahme stellt die Errichtung von drei neuen Öffnungen in der Augartenmauer an der Castellezgasse für die vorgeschriebenen Fluchtwege dar.

Nur auf diese Auflage und die von ihr zugelassenen Ausnahmen (Fluchtwege) können sich daher die Vorschriften über Detailmassnahmen beziehen, die noch ergänzend der Festlegungen des Bundesdenkmalamtes bedürfen. Von einer Ausweitung auf die Zerstörung von Teilen der Augartenmauer zwecks „Erleichterung der Bauabwicklung“ kann keine Rede sein, auch nicht von einem Rechtsanspruch des Bauführers gegenüber dem BDA auf Genehmigung einer im Bescheid ausdrücklich untersagten Zerstörung.

Sollte die Teilzerstörung der Augartenmauer daher ohne ausdrückliche Genehmigung des BDA erfolgt sein, hätte sie das BDA sofort nach Kenntnis (das BDA wurde davon nachweislich am 30.08.2010 verständigt) einstellen lassen müssen.

Sollte sich jedoch die Teilzerstörung der Augartenmauer – das Landeskonservatorat hat einen diesbezüglichen Genehmigungsbescheid des BDA ausdrücklich telefonisch bestätigt – auf einen Rechtsakt des BDA stützen, dann ist davon auszugehen, dass dieser in vollem Bewusstsein seiner Rechtswidrigkeit gesetzt wurde, weil er weder vom Punkt 1 des Genehmigungsbescheides des BDA vom 05.03.2009 im Zusammenhalt mit den darin umschriebenen Baumassnahmen gedeckt ist noch unter jene Detailmassnahmen subsumiert werden kann, die noch ergänzend der Festlegungen des BDA bedürfen. Ein diesbezüglicher Genehmigungsbescheid, der uns nicht zugänglich ist, müsste als Bescheid zur Veränderung eines Denkmals all jene Merkmale aufweisen, die in § 5 DMSG für Veränderungen

eines Denkmals gefordert sind und über deren in Hinkunft weniger „großzügige“ Beachtung zwischen Volksanwaltschaft und BDA angeblich Übereinstimmung erzielt worden ist.

In diesem Zusammenhang soll auch darauf hingewiesen werden, dass nach telefonischen Äusserungen des Landeskonservatorates die voll intakt gewesene und nun zerstörte Mauer fotogrammetrisch genau dokumentiert worden sei (wobei für uns mangels Zugang zum Akt nicht nachprüfbar ist, ob sich diese Dokumentation auf den zerstörten Teil der Mauer und nicht bloß auf die Mauer zum Haus Castellezgasse 1 bezieht) und der Bauführer verpflichtet wurde, sie dokumentationsgemäss wiederherzustellen. Für eine solche Zerstörung denkmalgeschützter Substanz bietet das DMSG nicht die geringste Handhabe. Die Genehmigung einer Zerstörung unter gleichzeitiger Verpflichtung zur Wiedererrichtung, die ja expressis verbis keine „Veränderung“ des Denkmals darstellt und darstellen darf, ist – ungeachtet der Verpflichtung zur späteren Wiedererrichtung - der Genehmigung einer Teilzerstörung gleichzusetzen, weil ja die Wiedererrichtung weder die Verwendung des historischen Materialbestandes gewährleistet noch unter den Begriff notwendiger Instandhaltungs- oder Reparaturmaßnahmen subsumiert werden kann.

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auf der Grundlage des Bescheides vom 05.03.2009, wenn das BDA – ungeachtet der angeblich eingetretenen Rechtskraft (s. dazu der letzte Punkt dieser Eingabe) von dessen mangelnder Rechtskonformität überzeugt worden sein sollte, keinesfalls ein weiterer, diesen Bescheid ergänzender Bescheid erlassen werden dürfte, weil er die rechtlichen Mängel des Erstbescheides nicht nur nicht zu beheben geeignet ist, sondern auch selbst mit den gleichen Rechtsmängeln behaftet ist.

Die im abschliessenden Bericht der Volksanwaltschaft zusammengefassten Missstände wurden der Präsidentin des BDA von der Volksanwaltschaft bereits am 23.01.2010 vorgehalten. Wenn also das BDA einem weiteren Antrag auf Ausweitung der mit Bescheid vom 05.03.2009 genehmigten Veränderung – teilweise Demolierung der Augarten-Umfassungsmauer – in voller Kenntnis der Gesetzwidrigkeit sowohl des ergänzten wie auch des ergänzenden Bescheides – stattgegeben und dadurch im vollen Bewusstsein der eklatanten Verletzung des § 5 Abs.1 zweiter Satz DMSG gehandelt hat, dann handelt es sich nicht nur um einen neuerlichen Verstoß gegen das vom BDA wahrzunehmende öffentliche Interesse, mit welchem der Republik Österreich ein unwiederbringlicher Schaden im Bestand seiner geschützten Denkmale zugefügt wird, sondern um eine unglaubliche Missachtung der Einrichtung der Volksanwaltschaft, die sich diese nicht bieten lassen darf, wenn sie das ihr zugemessene Ansehen bewahren will.

Es besteht ein ernster Grund zur Annahme, dass dieses Verhalten des BDA auf einer ungesetzlichen Einflussnahme welcher Art auch immer beruht und anders kaum erklärbar ist.

## **Zu weiteren, im Bescheid vom 05.03.2009 nicht gedeckten Baumassnahmen:**

Mit der Begründung, ein Areal für die Bauvorbereitungen zu benötigen, wurde die Fällung von Bäumen ausserhalb des für die Bauführung vorgesehenen Areal genehmigt. Dafür bietet der Bescheid vom 05.03.2009 nicht die geringste Handhabe. Zweifellos handelte es sich bei den im März 2010 durchgeführten Fällungen erneut um einen Eingriff in die Substanz des denkmalgeschützten historischen Gartens, der sachlich durch nichts gerechtfertigt werden kann und den vermutlichen Genehmigungsbescheid als mit schweren Rechtsmängeln behaftet erkennen lässt. Im Unterschied zum Bescheid vom 05.03.2009 ist für diese Fällungen eine Interessenabwägung im Sinne der Bauführung kaum vorstellbar. Den Bauwerbern als Architekten muss bei Vorlage ihrer Pläne, die zum Bescheid vom 05.03.2009 geführt haben, der unverzichtbare Bedarf an Baustelleneinrichtung und Ermöglichung der Bauführung bekannt gewesen sein. Sollten daher Massnahmen, die kaum zu einer Bewilligung geführt hätten, bewusst verschwiegen worden sein und nun nach Genehmigung der Bauführung durch alle Instanzen durch nachträgliche Bescheide zu einer Erweiterung der ohnedies rechtswidrigen Bewilligung geführt haben, dann liegt der Verdacht nahe, dass das BDA dadurch getäuscht und durch Salamtaktik in die Zwangslage versetzt wurde, im Fall einer Nichtgenehmigung ein bereits genehmigtes Projekt technisch zu verunmöglichen. Sollte die Massnahme jedoch ohne Bewilligung erfolgt sein, dann hätte das BDA längst entsprechenden Handlungsbedarf gehabt, den status quo ante nach Möglichkeit wiederherstellen müssen und die Bauführer empfindlich strafen müssen.

Tatsächlich handelt es sich um eine Massnahme, die gesetzwidrig auf Kosten der denkmalgeschützten Substanz zur Erleichterung und damit kostengünstigeren Abwicklung des Baues führen soll, so dass der begründete Verdacht gegeben ist, dass die Zustimmung des BDA auf rechtswidrige Einflussnahme von welcher Seite auch immer zurückzuführen ist.

Der Bescheid vom 05.03.2009 regelt mit minutiöser Genauigkeit, welche Eingriffe in den Baubestand des Pförtnerhauses zulässig sind und überdies der Abstimmung mit dem BDA bedürfen. Entgegen diesen Auflagen (z. B. S. 2 Punkt 11: "*Bestehende **Gesimse** (Traufgesimse, ..., Giebelgesimse) sind zu erhalten ...*") wurde ein breiter Risalit samt Gesims einfach abgerissen. Auch hierfür gilt das Vorgesagte, insbesondere die Ausführungen zur Augartenmauer, analog.

Aus einer Email-Mitteilung des die Bauwerber vertretenden Rechtsanwaltes Dr. Gärner vom 26.07.2010 ging hervor „*Die Burghauptmannschaft hat am 5.7.2010 eine erforderliche, geringfügige Erweiterung der Baustellenfläche genehmigt. Diese betrifft ua den Bereich vor dem Augartentor 1e samt Grünstreifen bis zur Hausgrenze des Filmarchivs. Meine Mandantin ist somit Rechtsbesitzerin auch dieser Fläche.*“

In diesem Zusammenhang ist von Interesse, dass sich die Landeskonservator-Stellvertreterin am 27.07.2010 über diese Umstände als nicht informiert erklärte. Wir brachten daraufhin den Sachverhalt schriftlich der Baupolizei MA 37, dem Landeskonservatorat und der Rechtsabteilung des BDA, dem BMUKK, dem BMWFJ und anderen zur Kenntnis. Am 10.08.2010 erhielten wir via Email eine Kurzmitteilung des Landeskonservatorats, im Betreff die GZ: 39.086/27/2010 „...der für die Durchführung der Baubarbeiten erforderliche Bauzaun ... ha. eingereicht und nach Prüfung der Unterlagen temporär genehmigt wurde.“

### **Zur Frage der übergangenen Partei:**

Sie sind auf die knapp vor Beendigung Ihrer Untersuchungen vorgebrachte Stellung des Landeshauptmanns von Wien dankenswerter Weise noch eingegangen. Sie sind dabei unter Berufung auf 4 Kommentare zu dem Schluss gekommen, die Frage werde nicht einhellig beurteilt. Wir haben uns mit den von Ihnen erwähnten Kommentaren auseinandergesetzt und festgestellt, dass diese zur konkreten Fragestellung überhaupt keine eindeutige Stellung beziehen und selbst aus GEUDER, der sich mit der grundsätzlichen Frage von Antragsrecht und Parteienstellung auseinandersetzt, keine klare Antwort abzulesen ist. Diese ergibt sich aber, wie die nachfolgende Untersuchung erweist, zwar nicht offenkundig, unter Anwendung der geltenden Auslegungsregeln nichtsdestoweniger eindeutig aus dem Gesetz.

§ 26 Abs. 4 besagt: *„Anträge auf Änderung oder Zerstörung eines Denkmals können von jeder Person, die Partei im Sinne des § 8 AVG ist, gestellt werden, desgleichen auch vom Landeshauptmann. In Verfahren wegen Zerstörung eines Denkmals kommt überdies auch dem Bürgermeister Parteistellung zu.“*

Die auch für öffentlich-rechtliche Normen geltende Auslegungsregel des § 6 ABGB besagt: *„Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet.“*

§ 26 Abs. 4, 1. Satz unterscheidet zunächst insofern zwischen „Antragsteller“ und „Partei“, als sie das Antragsrecht grundsätzlich mit der Parteienstellung verbindet, es darüber hinaus aber auch dem Landeshauptmann unabhängig von der Parteienstellung einräumt. Damit ist zwar das Antragsrecht des Landeshauptmanns, nicht aber die damit verbundene Parteienstellung ausdrücklich festgeschrieben. Denkmöglich wäre also, dass dem Landeshauptmann entweder das Recht zur blossen Antragstellung ohne Parteienstellung zukäme, und über seinen Antrag sodann in einem Verfahren, in welchem er als Antragsteller mangels Parteienstellung keine Einflussnahme auf den Gang des Verfahrens mehr hätte (und damit seinen Antrag weder zusätzlich

begründen, noch gegen Einwendungen verteidigen oder auch abändern könnte), oder die Parteienstellung eben durch die Antragstellung begründet werde. Letztere Auslegung wird durch die Norm des § 26 Abs. 4, 2. Satz erhärtet, die „überdies auch“ dem Bürgermeister Parteienstellung zukommen lässt. Der Ausdruck „überdies auch“ wäre ohne Bezugsobjekt sinnlos. Dieses Bezugsobjekt kann aber nur der Landeshauptmann sein, denn den Parteien im Sinne des § 8 AVG muss keine Parteienstellung zuerkannt werden, sie ergibt sich aus dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 AVG. Mangels eines *tertium* kann sich „überdies auch“ also nur auf den Landeshauptmann beziehen, womit der Gesetzgeber unmissverständlich ausdrückt, dass dem Bürgermeister zwar im Zerstörungsverfahren, nicht aber – im Gegensatz zum Landeshauptmann – im Veränderungsverfahren Parteienstellung zukommt. Nun könnte man auch einwenden, dass die Parteienstellung des Landeshauptmanns als Folge der Antragstellung an eine solche gebunden sei, d. h. nur dann, wenn der Landeshauptmann einen Antrag auf Veränderung stelle, erlange er auch Parteienstellung, während er sie bei Antragstellung durch Dritte nicht erlange.

Dem steht allerdings entgegen, dass er dadurch im Zerstörungsverfahren, für das eine analoge Regelung gelten müsste, schlechter als der Bürgermeister gestellt wäre, dem die Parteienstellung bedingungslos und unabhängig von der Person des Antragstellers eingeräumt wird. Eine solche Regelung entbehre jedoch einer sachlichen wie auch logischen Begründung, weshalb die Parteienstellung des Landeshauptmanns in Veränderungsverfahren auch ohne Antragstellung durch den Landeshauptmann selbst eindeutig aus der Norm des § 26 Abs. 4 ablesbar ist.

Dass in den Kommentaren zum Denkmalschutzrecht mit einer Ausnahme (Geuder, Denkmalschutzrecht, 2001) keine schlüssige Aussage zu dieser Frage zu finden ist, kann daher noch kein Anlass sein, sie als strittig anzusehen. Es genügt vielmehr, wie dargelegt, die Anwendung der Auslegungsregel des § 6 ABGB auf die Norm des § 26 Abs. 4 DMSG, um eindeutig und zweifelsfrei festzustellen, dass dem Landeshauptmann im Verfahren zur Veränderung eines Denkmals Parteienstellung zukommt.

Der Landeshauptmann von Wien wurde auf diesen Umstand nachweislich hingewiesen. Die bewusste und nachhaltige Nichtwahrnehmung dieser Parteienstellung, die vom BDA für weitere Verfahren als präjudiziell angesehen werden könnte, stellt einen unzulässigen Verzicht auf gesetzlich eingeräumte Rechte des Bundeslandes dar, dessen Landeshauptmann er ist. Dies ist unabhängig davon, ob er gegen das Verfahren oder dessen Ergebnis Rechtsmittel ergreifen will oder nicht, weil er sich erst durch die Teilnahme am Verfahren ein Urteil darüber verschaffen kann, ob ein solches Rechtsmittel geboten erscheint oder nicht. Die Verhaltensweise schließt vielmehr den Verdacht nicht aus, dass auf das Ergebnis des Verfahrens a priori Einfluss in dem Sinne zu nehmen versucht wurde, wie er in dem Genehmigungsbescheid zum Ausdruck kommt, und dass sowohl die Nichteinbeziehung des

Landeshauptmanns als Partei wie die Nichtwahrnehmung der Parteienrechte als übergangene Partei ihren Grund darin hat, dem Landeshauptmann die ihm unangenehme Entscheidung zu ersparen, gegen ein offenkundig gesetzwidriges Vorgehen des BDA aufzutreten, das zu einem seinen öffentlich geäußerten persönlichen Intentionen entsprechenden Ergebnis geführt hat.

**Zusammenfassend** ist daher festzustellen:

1. Dem Landeshauptmann wird im DMSG die ausdrückliche Aufgabe zugewiesen, das öffentliche Interesse seines Bundeslandes im Denkmalschutz wahrzunehmen.
2. Der Landeshauptmann hat daher die Amtspflicht, Bescheide des BDA, die einen Verstoss gegen die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses darstellen, mit allen ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln zu bekämpfen.
3. Die bewusste Verletzung von gesetzlichen Erfordernissen, die der Wahrnehmung des öffentlichen Interesses dienen, stellt einen solchen Verstoss dar.
4. Wenn daher der Landeshauptmann als Partei übergangen wurde, hat er seine Parteienstellung herzustellen, um kraft derselben einen Bescheid, der das öffentliche Interesse nicht ausreichend wahrnimmt, zu bekämpfen.
5. Die nachweislich wissentliche Unterlassung dieser Rechtshandlung stellt eine bewusste Begünstigung einer Gesetzesverletzung dar, die zu einer Schädigung im Denkmalbestand seines Bundeslandes und der Republik führt.

Wir bitten Sie, diesen Informationen nachzugehen, die Rechtmässigkeit des Vorgehens des BDA zu den beiden ersten Punkten zu prüfen und auch die Überlegungen zur Parteienstellung des Landeshauptmanns zu vertiefen.

**Beilagen:**

12 Fotos vom 29.09.2010