



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Köhler sowie Hofrätin Mag.^a Merl und Hofrat Mag. Haunold als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Schreiber, BA, in der Revisionssache 1. des Dr. K B und 2. der P M, beide in G und vertreten durch Dr. Gerhard Lebitsch, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Rudolfskai 48, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Salzburg vom 17. März 2017, 405-3/120/1/12-2017, betreffend Aufhebung eines Baubewilligungsbescheides und Zurückverweisung der Angelegenheit (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Gemeindevertretung der Gemeinde Goldegg, vertreten durch die Ebner Aichinger Guggenberger Rechtsanwälte GmbH in 5020 Salzburg, Sterneckstraße 35; mitbeteiligte Partei: T B in G, vertreten durch die Berger Daichendt Grobovschek Rechtsanwälte OG in 5020 Salzburg, Sterneckstraße 55; weitere Partei: Salzburger Landesregierung), den **Beschluss** gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die revisionswerbenden Parteien haben der Gemeinde Goldegg Aufwendungen in der Höhe von € 553,20 und dem Mitbeteiligten Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren des Mitbeteiligten wird abgewiesen.

Begründung:

- 1 Mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Goldegg vom 30. März 2009 wurde das hier gegenständliche Baugrundstück Nr. X, KG G., zum Bauplatz erklärt. Nach Auflage 1. ist der Bebauungsplan der Gemeinde Goldegg für das Gebiet Schlossfeld verbindlich. Unter Auflage 6. wurde die Anzahl der oberirdischen Geschoße mit „II“ festgesetzt. Die Errichtung von Dachgeschoßen ist zulässig. Eine gesonderte Festlegung der First- und Traufenhöhe erfolgte nicht.
- 2 Mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Goldegg vom 6. Mai 2009 wurde dem Erstrevisionswerber und dem Rechtsvorgänger der Zweitrevisionswerberin die baubehördliche Bewilligung für die Errichtung eines Wohnhauses auf dem Grundstück Nr. X nach Maßgabe unter anderem im



Gutachten des bautechnischen Sachverständigen enthaltener Vorschriften und der gekennzeichneten Baubeschreibung und der Einreichpläne erteilt. Das Wohnhaus umfasst drei Ebenen, nämlich die Grundrissebene 0, 1 und 2.

- 3 Dem diesem Bescheid zugrunde liegenden Plan ist hinsichtlich der Ebene 0 zu entnehmen, dass die Fläche unter Erdreich 179,56 m² (50,40 % der Gesamtfläche 0) und die Fläche über Erdreich 176,72 m² (49,60 % der Gesamtfläche Ebene 0) betrage.
- 4 Am 30. Juni 2011 stellte der bautechnische Sachverständige im Rahmen einer Überprüfung der Bauausführung Abweichungen von der baubehördlichen Bewilligung fest; er empfahl der Baubehörde, näher genannte Unterlagen einzufordern.
- 5 Dem in weiterer Folge vorgelegten Austauschplan vom 9. Mai 2012 ist zu entnehmen, dass die Fläche unter Erdreich 115,79 m² (46,9 % der Gesamtfläche Ebene 0) und die Fläche über Erdreich 131,21 m² (53,1 % der Gesamtfläche Ebene 0) ausmache.
- 6 Der bautechnische Sachverständige hielt daraufhin auf der Grundlage des Austauschplanes im Aktenvermerk vom 16. Mai 2012 fest, dass die Ebene 0 als anrechenbares Geschoß zu werten sei, dadurch drei Geschoße vorhanden seien und dies den Bebauungsgrundlagen (Festlegung mit zwei Geschoßen) widerspreche.
- 7 In weiterer Folge erteilte der Bürgermeister der Gemeinde Goldegg mit Bescheid vom 23. Mai 2012 dem Erstrevisionswerber und dem Rechtsvorgänger der Zweitrevisionswerberin den Auftrag zur Herstellung des plan- und bescheidgemäßen Zustandes.
- 8 Am 17. September 2012 reichten die Bauwerber ein „Änderungsprojekt“ ein, das als „Neubau und Abänderung; Siehe Absatz D“ beschrieben wurde. Die Beschreibung des Änderungsprojektes unter „D) SONSTIGES“ enthält folgende Punkte:
 - KG: Anbau einer Veranda Größe ca. 3,06 x 4,10 m





- KG: Fenster Neu im Saunabereich
- EG: Südseite Anbau eines Balkons Größe ca. 2,9 x 0,8 m
- DG: Ausbruch für Einstiegstüre in Dachboden mit Außenaufgang über Leiter in Dachboden
- DG: Verschluss der Türe von DG in Dachboden
- DG: Zusätzliches Fenster im Schlafzimmer Nordseite
- Nordseite: Geländeaufschüttung mit Befestigungsmauer H = 100 cm
- Nordseite: Saunabereich mit neuem Fenster und Lichtschacht für Einschüttung.

Ferner wurde vermerkt: „Ansonsten wird auf die Einreichunterlagen von 06 05 2009 verwiesen.“

- 9 Die in diesem Einreichplan dargestellte Grundrissebene 0 (wesentliche Teile des Kellers sind nicht gebaut worden) entspricht nicht jener des dem Bescheid vom 6. Mai 2009 zugrunde liegenden Einreichplans und wurde in roter Farbe dargestellt. Aus dem undatierten vidierten Lageplan ergibt sich bezüglich der Grundrissebene 0 eine Fläche von 130,57 m² unter Erdreich und eine Fläche von 129,19 m² über Erdreich.
- 10 Die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung für den 27. September 2012 erfolgte ausschließlich durch Kundmachung an der Amtstafel der Gemeinde Goldegg.
- 11 Im Rahmen der mündlichen Verhandlung hielt der bautechnische Sachverständige unter anderem fest:

„Bauvorhaben: Beim Wohnhaus sind Zu- und Umbauten gemäß Beschreibung vorgesehen. Aufgrund der genauen Beschreibung in Kapitel D in der Baubeschreibung wird auf eine Erörterung verzichtet. In den Plänen ist der bauliche Bestand grau bzw. hellgelb und die Neuerrichtungen in roter Farbe mit Detailbeschreibung dargestellt.

Begutachtung: Im Kellergeschoß bzw. der Grundrissebene 0 wird durch den Zubau, Veranda mit Dachverglasung, und durch die Haltung des Urgeländes





das Geschoß als nichtanrechenbares Geschoß gemäß dem Konsens weitergeführt.

(...)

Zusammenfassend kann der Baubehörde die Bewilligung der Zu- und Umbauten und baulichen Änderungen unter Berücksichtigung der Auflagen (Haltung des Urgeländes bei der neuen Veranda), empfohlen werden. (...)“

- 12 Mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Goldegg vom 17. Oktober 2012 wurde die baubehördliche Bewilligung für das Änderungsprojekt zum Bestand des Wohnhauses nach Maßgabe der in der jeder Bescheidausfertigung angeschlossenen Verhandlungsschrift vom 27. September 2012 im Befund und Gutachten des bautechnischen Sachverständigen enthaltenen Vorschreibungen und der der Verhandlung zugrunde liegenden und als solche gekennzeichneten Baubeschreibung und Einreichpläne erteilt.
- 13 Der Bescheid vom 17. Oktober 2012 wurde dem Mitbeteiligten vorerst nicht zugestellt. Nach mehrfacher Urgenz erfolgte die Zustellung des Bescheides an den Mitbeteiligten am 2. Oktober 2015. In weiterer Folge erhob der Mitbeteiligte Berufung gegen die Bescheide vom 6. Mai 2009 und 17. Oktober 2012.
- 14 In seiner Stellungnahme vom 24. Jänner 2016 führte der bautechnische Sachverständige unter anderem aus:

„Das Urgelände im Projekt zum Bescheid vom 17.10.2016 (Anmerkung: richtig 2012) stimmt nicht mit dem aus der Bauplatzerklärung überein. Das Urgelände wurde hier sinngemäß nach Südwesten gerückt. Damit verändert sich die Grundlage für die Bemessung der Nichtanrechenbarkeit des Geschosses ‚Ebene 0‘. Da die Bemessung im Projekt am Limit war wird bei einer ordnungsgemäßen Bemessung dieses Geschoss ein anrechenbares Geschoss und somit das Vorhaben nicht bewilligbar. Die eigene Ermittlung ist in der Beilage dargestellt. Die betreffenden Lagepläne wurden dazu eingescannt und übereinandergelegt.“
- 15 Mit Spruchpunkt 1. des Bescheides der Gemeindevertretung der Gemeinde Goldegg (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht) vom 14. Juli 2016 wurde der Berufung des Mitbeteiligten gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Goldegg vom 17. Oktober 2012 Folge gegeben,



der Bescheid gemäß § 66 Abs. 2 AVG aufgehoben und die Angelegenheit zur neuerlichen Verhandlung und Erlassung eines neuen Bescheides an die Baubehörde erster Instanz zurückverwiesen.

- 16 Mit Spruchpunkt 2. dieses Bescheides wurde die Berufung des Mitbeteiligten gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Goldegg vom 6. Mai 2009 als verspätet zurückgewiesen.
- 17 Die Zurückverweisung der (dem Bescheid des Bürgermeisters vom 17. Oktober 2012 zugrunde liegenden) Angelegenheit an die Baubehörde erster Instanz wurde im Berufungsbescheid mit dem Verweis auf fachliche Stellungnahmen bzw. dem daraus abgeleiteten Umstand begründet, dass dem Bescheid vom 17. Oktober 2012 eine mangelhafte Planunterlage zugrunde gelegen sei (die im Lageplan eingezeichneten Höhenlinien seien gegenüber dem der Bauplatzerklärung vom 30. März 2009 zugrundeliegenden Lageplan verschoben), die bewirke, dass das eingereichte Projekt drei anrechenbare Vollgeschoße aufweise und daher in dieser Form nicht bewilligungsfähig sei. Im weiteren Verfahren werde den Bauwerbern Gelegenheit zu geben sein, einwandfreie Planunterlagen vorzulegen, die die Beurteilung des Projektes im Hinblick auf die angestrebte Bewilligung (Änderungsbewilligung) erlaubten.
- 18 Mit dem angefochtenen Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Salzburg (LVwG) wurden die von den revisionswerbenden Parteien und vom Mitbeteiligten gegen Spruchpunkt 1. des Bescheides vom 14. Juli 2016 erhobenen Beschwerden als unbegründet abgewiesen. Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof wurde für nicht zulässig erklärt.
- 19 In seinen rechtlichen Erwägungen zu dem (hier relevanten) Spruchpunkt 1. des Bescheides vom 14. Juli 2016 hielt das LVwG im Wesentlichen fest, die Parteistellung des Nachbarn (Anmerkung: als übergangene Partei) sei nach der maßgeblichen Rechtslage zum Zeitpunkt der Erlassung des letzten an andere Verfahrensparteien ergangenen Bescheides zu prüfen, demnach zum 8./9. November 2012 (Zustellung des Bescheides vom 17. Oktober 2012 an die Bewilligungswerber). Die Frage nach der Parteistellung des Mitbeteiligten hänge nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ausschließlich davon ab,



welches Bauvorhaben Gegenstand des Bewilligungsverfahrens gewesen sei, komme doch dem Nachbarn gemäß § 7 Abs. 1 Z 1 Baupolizeigesetz 1997 (BauPolG) nur bei den in dieser Bestimmung genannten baulichen Maßnahmen Parteistellung zu.

- 20 Die Ausführung des Wohnhauses - so das LVwG unter Bezugnahme auf die Ausführungen des bautechnischen Sachverständigen vom 16. Mai 2012 - sei aufgrund einer baubehördlichen Bewilligung (Bescheid vom 6. Mai 2009) erfolgt, von deren Inhalt aber nicht nur geringfügig abgewichen worden sei, weil die Abweichungen (Geschoßthematik) in Widerspruch zu den bau- und raumordnungsrechtlichen Bestimmungen gestanden seien.
- 21 Im Hinblick auf (näher zitierte) Rechtsprechung sei nach dem gesamten Inhalt des Ansuchens der revisionswerbenden Parteien um Baubewilligung nach dem Änderungsprojekt vom 17. September 2012 davon auszugehen, dass der Parteiwille der revisionswerbenden Parteien unter Berücksichtigung des Verfahrenszwecks und der Aktenlage auf die nachträgliche Genehmigung des Bestandes (Darstellung der Grundrissebene 0 in roter Farbe), aber auch auf die Abänderungen im Sinne der Einreichunterlagen vom 17. September 2012, gerichtet gewesen sei. Aus einem Vergleich mit den Einreichplänen, die dem Bescheid vom 6. Mai 2009 zugrunde lägen, gehe - wie bereits der bautechnische Amtssachverständige festgehalten habe - hervor, dass wesentliche Teile des Kellers nach dieser Baubewilligung nicht gebaut worden seien (Grundrissebene 0 im Einreichplan vom 17. September 2012 [Bestand in grau bzw. hellgelb dargestellt] entspreche nicht der Grundrissebene 0 im Einreichplan, der dem Bescheid vom 6. Mai 2009 zugrundeliege).
- 22 Unter anderem durch die bauliche Maßnahme „KG: Anbau einer Veranda Größe 3,06 x 4,10 m“ habe man versucht, das im Sinne des § 16 Abs. 4 BauPolG unzulässig Hergestellte (Verweis auf den Aktenvermerk des bautechnischen Sachverständigen vom 16. Mai 2012; Fläche unter Erdreich 115,79 m² [46,9 % der Gesamtfläche 0], Fläche über Erdreich 131,21 m² [53,1 % der Gesamtfläche Ebene 0]) zu sanieren, sodass man laut Einreichunterlagen vom 17. Mai 2012 auf eine Fläche von 130,57 m² unter Erdreich und eine Fläche von 129,19 m² über Erdreich gekommen sei.



- 23 Antragszweck sei daher die Anpassung der rechtskräftigen Baubewilligung im Hinblick auf jene Bereiche gewesen, die nicht der Baubewilligung vom 6. Mai 2009 entsprochen hätten (zwecks Korrektur der der Baubewilligung vom 6. Mai 2009 zugrunde liegenden Baupläne hätten die revisionswerbenden Parteien modifizierte Unterlagen [siehe Pläne vom 17. September 2012] vorgelegt). Für die Frage der Parteistellung der mitbeteiligten Partei sei hier nur die Geschoßthematik relevant (die Baubehörde erster Instanz habe die dritte Änderung des Bebauungsplanes der Grundstufe „Schlossfeld“ auch auf das Grundstück Nr. X angewendet; Einwendungen gegen First- oder Traufenhöhe/Dachneigung/Nebenanlage seien demnach präkludiert); zudem würden die Änderungen bezüglich der Nebenanlage (Ausbruch für Einstiegstür in den Dachboden mit Außenaufgang über die Leiter in den Dachboden; Verschluss der Türe vom Dachgeschoß in den Dachboden) keine Parteistellung des Mitbeteiligten begründen.
- 24 Unter Verweis auf Literatur und Judikatur führte das LVwG weiter aus, die Parteistellung im nachträglichen Genehmigungsverfahren sei nicht ausdrücklich in § 7 Abs. 5 BauPolG geregelt, weil es sich um keinen „baupolizeilichen Auftrag“ im Sinne des § 16 BauPolG handle. Da es sich bei der nachträglichen Genehmigung um eine Abänderung der Baubewilligung handle, seien dem Verfahren neben dem Bauherrn auch die Nachbarn als mitbeteiligte Nebenparteien beizuziehen, wenn die geringfügige Änderung des Bauvorhabens Umstände betreffe, durch die in die subjektiv-öffentlichen Rechte des Nachbarn eingegriffen werde. Gleiches müsse im Größenschluss gelten, wenn die Änderung - wie im vorliegenden Fall - nicht nur geringfügig sei. In analoger Anwendung der höchstgerichtlichen Judikatur (Verweis auf VwGH 27.4.2004, 2002/05/1508; bei der Beurteilung der Parteistellung sei die bereits bestehende Front des [Alt]Baues miteinzubeziehen) und auf Grund des Umstands, dass die baulichen Maßnahmen (Grundrissebene 0 samt Veranda) - die den Einwand der Überschreitung der Gebäudehöhe im Hinblick auf die Anzahl der Geschoße betreffen - dem § 2 Abs. 1 Z 1 BauPolG zu subsumieren seien, sei der Mitbeteiligte als Grundstückseigentümer im Seitenabstand von 15 m Nachbar im Sinne des § 7 Abs. 1 Z 1 lit. a BaupolG (Kubatur über 300 m³, 15 m Entfernung). Die beantragte Bewilligung könne



nur dann erteilt werden, wenn die Grundrissebene 0 nicht „oberirdisch“ im Sinne des § 56 Abs. 5 Salzburger Raumordnungsgesetz 2009 (ROG 2009) sei. Eine isolierte rechtliche Beurteilung der Grundrissebene 0 (Bestand grau bzw. hellgelb/rot + „KG: Anbau einer Veranda Größe 3,06 x 4,10 m“/rot) ohne Miteinbeziehung der oberirdischen Grundrissebenen 1 und 2 ließe keine Beurteilung zu, ob die behördlichen Festlegungen im Hinblick auf das Wohnhaus (hier: Geschoßanzahl 2) eingehalten würden.

- 25 Im vorliegenden Fall werde vom Mitbeteiligten verfahrensrelevant nur die Nichteinhaltung der festgelegten Gebäudehöhe (hier: beschränkt auf die Anzahl der Geschoße) eingewendet. Hinsichtlich der festgelegten Gesamthöhe komme der mitbeteiligten Partei im Bauverfahren ein subjektiv-öffentliches Recht zu (Verweis auf VwGH 16.10.2014, 2013/06/0017). Darüber hinaus habe der Mitbeteiligte für den Fall, dass die Maximalhöhe ausschließlich durch die Anzahl der Geschoße bestimmt werde (wie im vorliegenden Fall), auch ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einhaltung der gesetzlich normierten Methode zur Errechnung der Anzahl der Geschoße (Verweis auf VwGH 23.1.2003, 2000/06/0182). Diese Einwendung habe der Mitbeteiligte erst in der Berufung vom 16. Oktober 2015 geltend machen können, weil ihm der Bescheid vom 17. Oktober 2012 erst über mehrfache Aufforderung (ab 14. August 2015) am 2. Oktober 2015 zugestellt worden sei. Eine Präklusion im Sinne des § 42 AVG sei nicht eingetreten, weil die Ladung zur mündlichen Verhandlung am 27. September 2012 nicht „doppelt“ kundgemacht worden sei.
- 26 Darüber hinaus sei im vorliegenden Fall § 8a BauPolG nicht anzuwenden, weil es sich bei dem hier zu beurteilenden Bewilligungsverfahren um ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren handle.
- 27 Die Parteistellung des Mitbeteiligten sei daher im Hinblick auf den Einwand der Überschreitung der festgelegten Geschoße zu bejahen.
- 28 Zu der erfolgten Zurückverweisung der Angelegenheit an die Behörde erster Instanz hielt das LVwG unter anderem fest, unter Zugrundelegung des Umstandes, dass die Berufung rechtzeitig und zulässig sei bzw. nach Erlassung des angefochtenen Bescheides vom 17. Oktober 2012 Änderungen der



maßgeblichen Sach- und Beweislage eingetreten seien (Verweis auf die Stellungnahme des bautechnischen Sachverständigen vom 24. Jänner 2016, wonach die Grundrissebene 0 ein anrechenbares Geschoß sei und das Vorhaben demnach nicht bewilligungsfähig sei), sei zur Komplettierung des sohin mangelhaft festgestellten Sachverhalts die Durchführung einer mündlichen Verhandlung unvermeidlich. In der Aufhebung und Zurückverweisung gemäß § 66 Abs. 2 AVG sei daher keine inhaltliche Rechtswidrigkeit zu erblicken.

- 29 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes, in eventu wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.
- 30 Nach Einleitung des Vorverfahrens erstatteten sowohl der Mitbeteiligte als auch die belangte Behörde Revisionsbeantwortungen, auf die die revisionswerbenden Parteien replizierten.
- 31 Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.
- 32 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen.
- 33 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.



- 34 Vorauszuschicken ist - insbesondere im Hinblick auf die diesbezüglichen neuerlichen Ausführungen in der Replik der revisionswerbenden Parteien auf die Revisionsbeantwortung -, dass Gegenstand des vorliegenden Verfahrens die Erteilung einer Baubewilligung ist, wie sie von den revisionswerbenden Parteien am 17. September 2012 beantragt wurde. Die Frage, ob der bereits errichtete Teil des Vorhabens der „Baubewilligung vom 6.5.2009 hinsichtlich der Anzahl der zulässigen Geschoße“ entsprach, ist hingegen nicht zu beurteilen. Die diesbezüglichen Revisionsausführungen gehen daher ins Leere.
- 35 Zu ihrer Zulässigkeit wird in der Revision zunächst vorgebracht, das LVwG sei von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen, weil es bei der Prüfung, ob die belangte Behörde zu Recht § 66 Abs. 2 AVG angewendet habe, nur die Parteistellung der mitbeteiligten Partei geprüft habe, nicht jedoch, ob diese rechtzeitig zulässige Einwendungen erhoben habe.
- 36 Das trifft nicht zu. Die Revision übersieht die rechtlichen Erwägungen des LVwG, wonach der Mitbeteiligte die Nichteinhaltung der festgelegten Gebäudehöhe (hier: beschränkt auf die Anzahl der Geschoße) rechtzeitig in der Berufung eingewendet habe.
- 37 Nach der Aktenlage hatte der Mitbeteiligte - wie auch vom LVwG dargelegt - in seiner mit 16. Oktober 2015 datierten Berufung gegen den Baubewilligungsbescheid vom 17. Oktober 2012 eine entsprechende Verletzung in seinem subjektiv-öffentlichen Recht (nämlich hinsichtlich der Einhaltung der Gesamthöhe vor dem Hintergrund, dass die Höhe des Gebäudes mit der zulässigen Anzahl der Geschoße festgelegt worden sei) auch geltend gemacht. Auch in seiner Beschwerde an das LVwG, in der er sich gegen die aus seiner Sicht unrichtige Anwendung des § 66 Abs. 2 AVG durch die belangte Behörde gewandt hatte, hatte der Mitbeteiligte unter anderem im Zusammenhang mit den anrechenbaren Geschoßen auf die Nichtübereinstimmung des Projekts der revisionswerbenden Parteien mit den Bebauungsgrundlagen hingewiesen.
- 38 In der Zulässigkeitsbegründung wird in diesem Zusammenhang ausgeführt, der Nachbar könne von der in Rede stehenden „Geschoßthematik“ in seiner





Rechtssphäre gar nicht betroffen sein. Für den Nachbarn bringe die allenfalls vermisste Kellererweiterung in den Hang hinein keine Verbesserung seiner Rechtsposition. Die unstrittig konsentierten Bauhöhen (First- und Traufenhöhen) sowie die Dachneigung änderten sich durch das Änderungsprojekt 2012 nicht.

- 39 Dem ist zunächst zu entgegnen, dass es vorliegend auf die First- und Traufenhöhen und die Dachneigung nicht entscheidend ankommt.
- 40 Das ROG 2009 (sowohl in der im Zeitpunkt der Zustellung des Bescheides vom 17. Oktober 2012 an die Bauwerber geltenden Stammfassung LGBL Nr. 30/2009 als auch in der im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses geltenden Fassung LGBL Nr. 9/2016) normiert in seinem 4. Teil (Bebauungsplanung) in § 57 Abs. 2 zweiter Satz, dass die Bauhöhe auch durch die Anzahl der oberirdischen Geschoße (§ 56 Abs. 5) festgelegt werden kann.
- 41 Ein solcher Fall liegt gegenständlich im Hinblick auf den Bauplatzerklärungsbescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Goldegg vom 30. März 2009 vor, in dem der Bebauungsplan der Gemeinde Goldegg für das Gebiet Schlossfeld für verbindlich erklärt wurde und in Auflage 6. die Anzahl der oberirdischen Geschoße mit „II“ festgesetzt wurde. Eine gesonderte Festlegung der First- und Traufenhöhe erfolgte nicht.
- 42 Gemäß § 56 Abs. 5 ROG 2009 gilt ein Geschoß als oberirdisch, das über mindestens die Hälfte seiner Fläche mehr als 1 m über das angrenzende natürliche Gelände oder bei Geländeabtragung über das neugeschaffene Niveau hinausragt.
- 43 Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kann aus den Bestimmungen über die maximale Anzahl der Geschoße dann ein subjektiv-öffentliches Recht abgeleitet werden, wenn die Gebäudehöhe im Bebauungsplan ausschließlich auf diese Weise festgelegt wurde (vgl. dazu VwGH 1.8.2017, Ra 2017/06/0041 und 0046; vgl. ferner *Giese*, Salzburger Baurecht² (2018), Rz 34 zu § 9 BauPolG).





- 44 Die Beurteilung der Frage, ob ein Geschoß gemäß § 56 Abs. 5 ROG 2009 als unterirdisch oder oberirdisch gilt, kann jedoch nur für das gesamte Geschoß einheitlich (und damit ohne eine Differenzierung dahingehend, gegenüber welcher Grundgrenze es oberirdisch oder unterirdisch sei) erfolgen. Zu beurteilen ist dabei, ob ein Geschoß über mindestens die Hälfte seiner (horizontalen) Fläche mehr als 1 m über das angrenzende natürliche Gelände oder das neu geschaffene Niveau hinausragt. Erweist sich ein Geschoß nach dieser Definition als oberirdisch, kann ein Nachbar auch dann die Einhaltung der Abstandsbestimmungen geltend machen, wenn dieses oberirdische Geschoß auf der seinem Grundstück zugewandten Seite überwiegend oder sogar zur Gänze unter dem Geländeniveau liegt (vgl. erneut VwGH Ra 2017/06/0041 und 0046).
- 45 Es ist nicht ersichtlich und wird in der Zulässigkeitsbegründung auch nicht nachvollziehbar dargelegt, dass die aufgrund vom Sachverständigengutachten getroffene Beurteilung des LVwG wonach die Grundrissebene 0 ein anrechenbares Geschoß darstelle, von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung abweiche oder in unvertretbarer Weise erfolgt wäre.
- 46 Die revisionswerbenden Parteien bringen zur Zulässigkeit ferner vor, sie hätten auf Grund des Änderungsprojektes 2012 eine Baubewilligung „auf Grund aus damaliger Sicht jedenfalls einwandfreier Planunterlagen“ erwirkt, nach denen der Sachverständige die Einhaltung der zulässigen Anzahl der Geschoße als gegeben beurteilt habe. Nach § 16 Abs. 5 BauPolG seien bloß geringfügige Abweichungen von der Behörde nachträglich zu genehmigen. „Bei dieser damaligen in den Planunterlagen festgehaltenen Sachlage“ sei die Bewilligung rechtmäßig erteilt worden. Wenn nun im Jahr 2016 hervorkomme, dass die Planunterlagen diesbezüglich mangelhaft gewesen seien, könne dieser Fehler nur mehr im Wege einer Wiederaufnahme des Verfahrens aufgegriffen werden.
- 47 Unter anderem vertreten die revisionswerbenden Parteien im Ergebnis die Rechtsansicht, eine inzwischen (d.h. zeitlich nach der an sie erfolgten Zustellung des Bescheides vom 23. Mai 2012) hervorgekommene Mangelhaftigkeit der dem Änderungsbewilligungsverfahren 2012 zugrundeliegenden Planunterlagen hätte im gegenständlichen Verfahren nicht



beachtet werden dürfen. Dies trifft jedoch nicht zu, zumal das Änderungsbewilligungsverfahren 2012 noch nicht endgültig rechtskräftig abgeschlossen ist. Das hier „gegenständliche Verfahren“ ist nicht ein nachfolgendes Verfahren, sondern immer noch das mit Antrag der Revisionswerber vom 17. September 2012 eingeleitete Bewilligungsverfahren. In diesem sind selbstverständlich korrekte Einreichunterlagen zugrunde zu legen bzw. der für die Frage, welche Teile der Ebene 0 mehr als im über das angrenzende Gelände ragen, maßgebende Sachverhalt objektiv festzustellen.

- 48 Im Einzelnen ist dazu auszuführen, dass dann, wenn die Frage zu klären ist, ob die Behauptung einer Person, im Verfahren als Partei übergangen worden zu sein, zutreffend ist, dies nach der im Zeitpunkt der Erlassung des an andere Verfahrensparteien bereits ergangenen Bescheides geltenden Sach- und Rechtslage zu geschehen hat (VwGH 10.12.2013, 2010/05/0145, mwN). Im Mehrparteienverfahren ist ein Bescheid dann als erlassen anzusehen, wenn er einer Partei zugestellt und damit rechtlich existent wurde (vgl. zum Ganzen auch VwGH 16.2.2021, Ra 2019/10/0148, mwN). Dementsprechend hat das LVwG die Frage der Parteistellung des Mitbeteiligten zutreffend nach der im Zeitpunkt der am 8./9. November 2012 erfolgten Zustellung des Bescheides vom 17. Oktober 2012 an andere Parteien (als den Mitbeteiligten) geltenden Sach- und Rechtslage beurteilt.
- 49 Hingegen hat die Entscheidung über die Berufung (hier: einer übergangenen Partei) nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Erlassung des Berufungsbescheides zu erfolgen, soweit nicht etwa für einzelne Aspekte eine anderslautende Übergangsvorschrift zu einer zwischenzeitig erfolgten Rechtsänderung vorliegt (wobei andererseits auch ein allfälliger, inzwischen eingetretener Verlust der Parteistellung der zunächst übergangenen Partei zu beachten wäre; vgl. erneut VwGH 2010/05/0145). Auch das Verwaltungsgericht hat seiner Entscheidung die im Zeitpunkt der Erlassung seines Erkenntnisses (oder Beschlusses) geltende Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen (VwGH 25.9.2018, Ra 2018/05/0216, mwN). Im Berufungsverfahren und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren besteht im



Übrigen auch kein Neuerungsverbot (vgl. VwGH 14.4.2016, Ra 2014/06/0017).

- 50 Die Berufungsbehörde und in der Folge das LVwG sind demnach nicht von der hg. Rechtsprechung abgewichen, wenn sie ihren Entscheidungen die - erst nach Erlassung des Änderungsbewilligungsbescheides vom 17. Oktober 2012 an die Bauwerber zutage getretene - Mangelhaftigkeit der Planunterlagen zugrunde legten.
- 51 Das Vorbringen, der Mangel der „früheren Planunterlagen“ könne nur mehr im Wege einer Wiederaufnahme des Verfahrens aufgegriffen werden, lässt außer Acht, dass es sich um die in dem auf Grund der gegen den das Änderungsprojekt bewilligenden Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Goldegg vom 17. Oktober 2012 erhobenen Berufungen noch nicht rechtskräftigen Verfahren zugrunde liegenden Planunterlagen handelt. Gemäß § 69 Abs. 1 AVG setzt die Wiederaufnahme aber unter anderem voraus, dass das Verfahren durch Bescheid abgeschlossen ist und ein Rechtsmittel gegen den Bescheid nicht oder nicht mehr zulässig ist.
- 52 Eine übergangene Partei ist gar nicht legitimiert, einen Antrag auf Wiederaufnahme jenes Verfahrens, dem sie zu Unrecht nicht beigezogen wurde, zu stellen, selbst dann nicht, wenn ihre Parteistellung in diesem Verfahren nicht umstritten war (vgl. dazu VwGH 24.9.2014, 2012/03/0165, mwN).
- 53 Nicht zu folgen ist ferner dem Zulässigkeitsvorbringen, das LVwG habe „Rechtssätze des Verwaltungsgerichtshofes“ zu § 8a BauPolG, wonach diese Bestimmung bei nachträglichen Genehmigungsverfahren nicht anzuwenden sei, in verfehlter Weise auf den Gegenstandsfall übertragen, „weil schon die Frage der konsensgemäßen Ausführung erst zum Zeitpunkt der Fertigstellung beurteilt werden kann und dieser Zeitpunkt nach Erteilung der Bewilligung in dem Verfahren gelegen ist, in welchem der Nachbar übergangen worden wäre“.
- 54 Gemäß § 8a BauPolG kann ein Nachbar, der nicht gemäß § 42 AVG oder gemäß den §§ 7 Abs. 9 oder 8 Abs. 3 seine Parteistellung verloren hat und dem kein Bescheid zugestellt worden ist (übergangener Nachbar), nur innerhalb von



sechs Monaten ab Beginn der Ausführung der baulichen Maßnahme nachträgliche Einwendungen gegen die bauliche Maßnahme vorbringen.

- 55 Nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist § 8a BauPolG im Hinblick auf seinen maßgeblichen Wortlaut im Fall einer - auch im gegenständlichen Fall vom LVwG angenommenen - nachträglichen Baubewilligung nicht anwendbar (VwGH 1.4.2008, 2007/06/0300; 8.6.2011, 2009/06/0193, mwN).
- 56 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes betrifft die Auslegung einer bestimmten Parteierklärung (wie hier des Bewilligungsantrages vom 17. September 2012) grundsätzlich nur den Einzelfall. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG würde sich nur dann stellen, wenn vom Verwaltungsgericht diesbezüglich ein unvertretbares und die Rechtssicherheit beeinträchtigendes Auslegungsergebnis erzielt worden wäre (vgl. VwGH 26.11.2020, (wie hier des Bewilligungsantrages vom 17. September 2012) Ra 2020/06/0189, mwN).
- 57 Eine derartige Fehlbeurteilung wird in der Zulässigkeitsbegründung der Revision im Zusammenhang mit dem Bewilligungsantrag vom 17. September 2012 nicht aufgezeigt. Das LVwG hat mit näherer Begründung in nicht unvertretbarer Weise aus dem Inhalt dieses Ansuchens der Bauwerber vom 17. September 2012 um Bewilligung des Änderungsprojektes abgeleitet, dass dieses auf die nachträgliche Genehmigung des Bestandes, die auch die Abänderung im Sinne der Einreichunterlagen vom 17. September 2012 umfasst habe, bzw. auf die Anpassung der rechtskräftigen Baubewilligung im Hinblick auf jene Bereiche, die nicht der Baubewilligung vom 6. Mai 2009 entsprochen hätten, gerichtet gewesen sei.
- 58 Die Argumentation in der Zulässigkeitsbegründung der Revision, das Verständnis des LVwG als „nachträgliches Genehmigungsverfahren“ sei verfehlt, „weil sich der Beginn der Ausführung der baulichen Maßnahme jedenfalls auf einen Konsens stützen konnte (Bescheid aus dem Jahr 2009), sodass für den Nachbarn, der dem Bauverfahren 2009 beigezogen war, kein Anlass für Einwendungen bestand“, ist bereits deswegen nicht geeignet, eine



Unvertretbarkeit der verwaltungsgerichtlichen Beurteilung aufzuzeigen, weil die Ausführung der baulichen Maßnahme eben nicht konsensgemäß (im Sinne des Bescheides aus 2009) erfolgte und der Mitbeteiligte als übergangene Partei im Verfahren über den Baubewilligungsantrag aus 2012 Einwendungen erhob.

59 § 8a BauPolG fand somit zutreffend keine Beachtung.

60 Schließlich sind auch die Zulässigkeitsausführungen, wonach der Nachbar kein Mitspracherecht bei der Überprüfung der Übereinstimmung der Ausführung der baulichen Maßnahme mit der erteilten Bewilligung habe (Verweis auf § 17 Abs. 4 BauPolG), verfehlt, weil es im vorliegenden Fall um die Einwendungen eines Nachbarn als übergangene Partei in einem Baubewilligungsverfahren ging.

61 In der Revision werden somit keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher gemäß § 34 Abs. 1 VwGG zurückzuweisen.

62 Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG, insbesondere § 51 VwGG, in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013 in der Fassung BGBl. II Nr. 8/2014. Das Mehrbegehren des Mitbeteiligten war abzuweisen, weil neben dem pauschalierten Aufwandersatz ein Kostenersatz aus dem Titel der Umsatzsteuer nicht zusteht, ein Zuspruch der verzeichneten Position „10 % STGZ“ (offenbar gemeint: 10 % Streitgenossenzuschlag) in den genannten Rechtsvorschriften nicht vorgesehen ist (VwGH 29.6.2016, Ro 2014/05/0065, mwN) und auch für den geltend gemachten „ERV-Zuschlag“ die gesetzliche Grundlage fehlt (VwGH 20.12.2016, Ra 2015/21/0122).

W i e n , am 10. Juni 2021