



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Pollak sowie die Hofrätinnen Dr. Leonhartsberger und Dr.ⁱⁿ Gröger als Richterinnen, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Tichy, über die Revision 1. des Dr. J W und 2. der Dr. J W, beide in W, beide vertreten durch Mag. Michael Wirrer, Rechtsanwalt in 1080 Wien, Laudongasse 20/2, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 5. Jänner 2022, VGW-111/069/13774/2021-13, betreffend ein Bauvorhaben nach der Bauordnung für Wien (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Magistrat der Stadt Wien; mitbeteiligte Partei: Mag. N M T in K; weitere Partei: Wiener Landesregierung), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Die Bundeshauptstadt Wien hat der erstrevisionswerbenden Partei Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Kostenersatzbegehren der belangten Behörde wird abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Die revisionswerbenden Parteien sind Mit- und Wohnungseigentümer einer Liegenschaft in Wien. Das von ihnen eingebrachte Bauansuchen bezieht sich auf die in ihrem Wohnungseigentum stehenden Wohnungen Top Nr. 32 und 33.
- 2 Mit Bescheid der belangten Behörde vom 26. August 2021 wurde den revisionswerbenden Parteien unter Bezugnahme auf einen mit dem amtlichen Sichtvermerk versehenen, einen wesentlichen Bestandteil des Bescheides bildenden Plan gemäß § 70 der Bauordnung für Wien - BO für Wien unter Vorschreibung von Auflagen die Bewilligung für folgende Bauführung erteilt:
„Es sollen beim Straßentrakt hofseitig ein raumbildender Dachaufbau und ein Zubau (durch die Vergrößerung der Überdachung der Loggia) im
1. Dachgeschoß, für die Vergrößerung einer bestehenden Wohnküche (Tür 32)





errichtet werden. Über dem 1. Dachgeschoß soll eine neue Dachterrasse hergestellt werden.

In den Wohnungen für Tür 32 und Tür 33 sollen darüber hinaus bauliche Änderungen durchgeführt, Raumaufteilungen und Raumwidmungen geändert, sowie die Dachflächenfenster straßenseitig ergänzt werden.“

- 3 Innerhalb der Beschwerdefrist erhob der Mitbeteiligte, ebenfalls Mit- und Wohnungseigentümer der vom Bauvorhaben betroffenen Liegenschaft, Beschwerde, in der er gleichzeitig seine Einverständniserklärung zum Bauvorhaben der revisionswerbenden Parteien zurückzog.
- 4 Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Verwaltungsgericht der Beschwerde des Mitbeteiligten statt und änderte den Bescheid der belangten Behörde vom 26. August 2021 dahingehend ab, dass das am 21. Dezember 2020 eingebrachte Bauansuchen der revisionswerbenden Parteien zurückgewiesen werde. Gleichzeitig sprach das Verwaltungsgericht aus, dass gegen dieses Erkenntnis gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig sei.
- 5 Das Verwaltungsgericht ging in seiner Begründung davon aus, die revisionswerbenden Parteien hätten mit Ansuchen vom 17. Dezember 2020 bei der belangten Behörde eine Baubewilligung für „bauliche Änderungen in Top 32 und Top 33“ beantragt und unter dem Titel „Einverständnis zum Einreichplan Nr. [...]“ eine Unterschriftenliste der Miteigentümer vorgelegt, welche auch vom Mitbeteiligten unterfertigt gewesen sei. Die Miteigentümerin C S habe ihre Erklärung dahingehend eingeschränkt, dass sie mit Ausnahme der oberen Terrasse mit dem Bauvorhaben einverstanden sei. Auf Antrag der revisionswerbenden Parteien habe das Bezirksgericht Josefstadt mit Sachbeschluss vom 28. Februar 2021 die Zustimmung der von den revisionswerbenden Parteien verschiedenen Miteigentümer zu dem von den revisionswerbenden Parteien geplanten Ausbau der Dachgeschoßwohnung Top Nr. 33 hinsichtlich der im angeschlossenen Plan ersichtlichen, aufgeständerten Terrasse und der Errichtung einer zu dieser Terrasse führenden Wendeltreppe, ersetzt. In seiner Beschwerde vom 13. September 2021 habe der Mitbeteiligte seine Einverständniserklärung vom 9. April 2019 widerrufen und



bislang keine neue Einverständniserklärung zum gegenständlichen Bauvorhaben erteilt.

- 6 In rechtlicher Hinsicht folgte das Verwaltungsgericht, dass gemäß § 63 Abs. 1 lit. b (gemeint wohl: lit. c) BO für Wien der Bauwerber für das Baubewilligungsverfahren die Zustimmung aller Miteigentümer vorzulegen habe, wenn er nur Miteigentümer der Liegenschaft sei. Eine bereits erteilte Zustimmung der Miteigentümer zum Bauansuchen könne bis zur rechtskräftigen Erteilung der Baubewilligung formlos zurückgezogen werden. Das tatsächliche Vorliegen der Zustimmung sei Tatbestandsvoraussetzung für die Erteilung der Baubewilligung. Der Mitbeteiligte habe als Miteigentümer der Liegenschaft mit der Beschwerde - und damit vor Rechtskraft des Baubewilligungsbescheides - seine Zustimmung zurückgezogen. Diese Zustimmung sei auch nicht durch den Sachbeschluss des Bezirksgerichts Josefstadt vom 28. Februar 2021 ersetzt worden, weil damit nur die Zustimmung „hinsichtlich der im Plan ersichtlichen aufgeständerten Terrasse und der Errichtung einer zu dieser Terrasse führenden Wendeltreppe“ ersetzt worden sei, nicht jedoch hinsichtlich der weiteren beantragten Baumaßnahmen („insbesondere hinsichtlich der Vergrößerung und Überdachung der Loggia im 1. Dachgeschoß“). Eine der wesentlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Baubewilligung sei somit infolge des Widerrufs der Zustimmung eines Miteigentümers nicht mehr vorgelegen, sodass der angefochtene Bescheid aufzuheben und der Antrag auf Erteilung der Baubewilligung zurückzuweisen gewesen sei. Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung habe gemäß § 24 Abs. 2 Z 1 VwGVG entfallen können.
- 7 Dagegen richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision. In der Zulässigkeitsbegründung wird mit näheren Ausführungen vorgebracht, das Verwaltungsgericht habe dadurch, dass es die Trennbarkeit des Bauvorhabens nicht geprüft habe, die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (Hinweis auf VwGH 23.4.1996, 95/05/0219) nicht beachtet. Zur Beurteilung der Trennbarkeit des Bauvorhabens hätte überdies eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden müssen.



- 8 Die belangte Behörde erstattete eine (der Revision beipflichtende) Revisionsbeantwortung und beantragte Aufwandersatz.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

- 9 Die Revision ist in Anbetracht ihres Zulässigkeitsvorbringens zulässig. Sie ist auch begründet.

- 10 In der Revisionsbegründung wird zunächst eingeräumt, dass nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die von einem Miteigentümer erteilte Zustimmung zu einem Bauvorhaben auch noch im Beschwerdeverfahren widerrufen werden könne. Gegenständlich sei aber die Zustimmung des Mitbeteiligten hinsichtlich des Bauvorhabens in Top Nr. 33 gerichtlich ersetzt worden. Eine gerichtlich ersetzte Zustimmung könne nicht widerrufen werden. Da sich das Bauansuchen der revisionswerbenden Parteien auf Top Nr. 32 und Top Nr. 33 beziehe und hinsichtlich dieser Tops auch teilbar sei, zumal es einmal um das Ausklappen der Küche von Top Nr. 32 gehe, einmal um eine aufgeständerte Terrasse für Top Nr. 33, sei eine Trennbarkeit des Bauvorhabens gegeben. Die gerichtlich ersetzte Zustimmung betreffend das Bauvorhaben in Top Nr. 33 habe nicht wirksam widerrufen werden können, weshalb die Beschwerde zumindest im Umfang der Baubewilligung betreffend Top Nr. 33 hätte abgewiesen werden müssen, womit die Baubewilligung zumindest in Teilen in Rechtskraft erwachsen wäre. Das Verwaltungsgericht habe diesen Umstand jedoch unberücksichtigt gelassen. Das Verwaltungsgericht habe zur Trennbarkeit des Bauvorhabens weder Feststellungen getroffen noch rechtliche Ausführungen getätigt. Es hätte dazu auch eine vom Mitbeteiligten in seiner Beschwerde beantragte mündliche Verhandlung anberaumen müssen. In der mündlichen Verhandlung hätte seitens der revisionswerbenden Parteien die Trennbarkeit des Bauvorhabens in Bezug auf die beiden betroffenen Wohnungen Top Nr. 32 und Nr. 33 aufgezeigt werden können.

- 11 Gemäß § 63 Abs. 1 lit. c BO für Wien, LGBl. Nr. 11/1930 in der hier maßgeblichen Fassung LGBl. Nr. 61/2020, hat der Bauwerber für das Baubewilligungsverfahren die Zustimmung aller Miteigentümer vorzulegen,



wenn er nur Miteigentümer der Liegenschaft ist, wobei diese Zustimmung auch durch Unterfertigung der Baupläne nachgewiesen werden kann.

- 12 Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stellt der Nachweis der Zustimmung des Grundeigentümers (aller Miteigentümer) einen Beleg des Bauansuchens dar. Ergibt sich jedoch im Baubewilligungsverfahren, dass die Zustimmung zur Bauführung im Zeitpunkt des Einbringens des Ansuchens nicht vorgelegen hat oder später weggefallen ist, so wird die Zustimmung des Grundeigentümers (aller Miteigentümer) zu einer Voraussetzung für die aufrechte Erledigung des Bauansuchens (vgl. VwGH 20.3.1990, 89/05/0160; 27.5.2008, 2007/05/0147, mwN). Der Nachweis der Zustimmung des Grundeigentümers (aller Miteigentümer) muss „liquid“ vorliegen, das heißt es darf nicht strittig sein, ob der Grundeigentümer seine Zustimmung erteilt hat. Die Zustimmung des Miteigentümers ist bis zur Rechtskraft des Baubewilligungsbescheides rechtlich erheblich, das heißt die Zustimmung kann auch im Berufungsverfahren mit der Wirkung zurückgezogen werden, dass die Baubewilligung nicht mehr erteilt werden kann. Die Zustimmung muss nämlich auch im Zeitpunkt der Erlassung der Berufsungsentscheidung liquid vorliegen (vgl. wiederum VwGH 27.5.2008, 2007/05/0147; 11.12.2012, 2012/05/0190). Dies gilt im Hinblick auf die Entscheidungsbefugnis des Verwaltungsgerichtes auch für das Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht.
- 13 Die Zustimmung des Grundeigentümers zum Ansuchen um Erteilung einer Baubewilligung ist nicht nur eine Vorschrift über einen notwendigen Beleg des Bauansuchens, vielmehr ergibt sich daraus auch die materiellrechtliche Vorschrift, dass die Zustimmung des Grundeigentümers im Zeitpunkt der Erteilung der Baubewilligung jedenfalls vorliegen muss. Liegt die Zustimmung zur Bauführung im Zeitpunkt der Einbringung des Bauansuchens nicht vor oder ist diese später weggefallen, fehlt es an einer Voraussetzung für die aufrechte Erledigung des Bauansuchens. Selbst wenn der Grundeigentümer (Miteigentümer) mit seiner Berufung gegen den Baubewilligungsbescheid seine ursprünglich erteilte Zustimmung zum Bauvorhaben zurückzieht, muss die Berufsungsbehörde die beantragte Baubewilligung versagen



(vgl. VwGH 27.10.1998, 96/05/0280; 23.8.2012, 2011/05/0069, beide zu vergleichbaren Bestimmungen der NÖ Bauordnungen 1976 und 1996).

- 14 Nach dem Vorgesagten ist dem Verwaltungsgericht nicht entgegenzutreten, wenn es die im Rahmen einer fristgerechten Beschwerde erfolgte Zurückziehung der Zustimmung des Mitbeteiligten zu dem Bauvorhaben der revisionswerbenden Parteien als zulässig ansah. Diese Zurückziehung konnte freilich nur hinsichtlich jenes Teils des Bauvorhabens Wirkung entfalten, hinsichtlich dessen eine erforderliche Zustimmung der Miteigentümer nicht gerichtlich ersetzt wurde; hinsichtlich der „im Plan ersichtlichen aufgeständerten Terrasse und der Errichtung einer zu dieser Terrasse führenden Wendeltreppe“ war dagegen die vormals vom Mitbeteiligten erteilte Zustimmung bereits mit dem Sachbeschluss des Bezirksgerichts Josefstadt vom 28. Februar 2021 ersetzt worden, sodass es auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Zustimmung des Mitbeteiligten insoweit nicht mehr ankam.
- 15 Unzutreffend ist die rechtliche Beurteilung des Verwaltungsgerichtes, dass in einem solchen Fall der Antrag auf Erteilung der Baubewilligung zurückzuweisen wäre. Wie sich aus der vorgenannten Judikatur ergibt, wird die Zustimmung des Grundeigentümers (der Miteigentümer) zu einer Voraussetzung für die aufrechte Erledigung des Bauansuchens, sodass die beantragte Baubewilligung bei Nichtvorliegen der Zustimmung der Grundeigentümer im Zeitpunkt der Entscheidung über das Bauansuchen zu versagen ist. Die stattdessen erfolgte Zurückweisung des Antrags auf Erteilung der Baubewilligung erweist sich insofern als rechtswidrig.
- 16 Zu der in der Revision angesprochenen Berücksichtigung der Trennbarkeit eines Bauvorhabens ist auf die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, nach der eine Baubewilligung ein antragsbedürftiger Verwaltungsakt ist, weshalb nur das beantragte Bauvorhaben bewilligt oder nicht bewilligt werden kann. Ein Bauvorhaben ist grundsätzlich ein unteilbares Ganzes, das nur als solches von der Behörde bewilligt oder abgelehnt werden kann. Aus der Antragsbedürftigkeit der Baubewilligung folgt nämlich, dass die Baubehörde über das Parteibegehren, wie es sich aus dem Ansuchen, den Plänen und der Baubeschreibung ergibt,



abzusprechen hat. Liegen allerdings die Bewilligungsvoraussetzungen nur für einen Teil des Bauvorhabens vor und ist dieser Teil von dem übrigen Vorhaben trennbar, dann hat die Behörde im Zweifel davon auszugehen, dass eine Teilbewilligung vom Parteibegehren mitumfasst ist. Eine Trennbarkeit in mehrere Teile ist aber jedenfalls dann nicht gegeben, wenn eine Teilbewilligung nur durch eine - der Baubehörde verwehrte - Einflussnahme auf die Gestaltung des Bauwillens möglich ist (vgl. etwa VwGH 19.11.1996, 96/05/0207; 18.5.2004, 2003/05/0138; 28.9.2010, 2007/05/0287); sie ist dann gegeben, wenn die Ausführung des bewilligten Teiles möglich ist, ohne dass an dem Projekt Änderungen vorgenommen werden müssen (vgl. VwGH 19.5.1998, 97/05/0290).

- 17 Das Verwaltungsgericht hat im angefochtenen Erkenntnis zwar die gerichtliche Zustimmungsersetzung mit dem Sachbeschluss des Bezirksgerichts Josefstadt vom 28. Februar 2021 „hinsichtlich der im Plan ersichtlichen aufgeständerten Terrasse und der Errichtung einer zu dieser Terrasse führenden Wendeltreppe“ erwähnt, daraus aber lediglich den Schluss gezogen, dass sich diese gerichtliche Zustimmung nicht auf die weiteren beantragten Baumaßnahmen beziehe. Eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob im Sinn der zitierten Judikatur das Vorliegen einer erforderlichen Zustimmung (hier: durch gerichtliche Ersetzung) für einen bestimmten Teil des Bauvorhabens dann, wenn das Bauvorhaben trennbar ist, zu einer teilrechtskräftigen Baubewilligung führen könnte, ist nicht erfolgt. Die Revision bringt dazu vor, dass sich der rechtskräftige Sachbeschluss des Bezirksgerichts Josefstadt ausschließlich auf Top Nr. 33 beziehe und sich das Bauvorhaben hinsichtlich dieser Wohnung vom Bauvorhaben zu Top Nr. 32 trennen ließe, sodass die Beschwerde des Mitbeteiligten betreffend Top Nr. 33 abzuweisen gewesen wäre. Zu der Frage der Trennbarkeit hat das Verwaltungsgericht jedoch weder entsprechende Feststellungen zum genauen Gegenstand des Bauvorhabens getroffen noch hat es sich in der rechtlichen Beurteilung damit auseinandergesetzt; eine Verletzung der Begründungspflicht ist zu bejahen.
- 18 Ein Begründungsmangel führt nur dann zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung, wenn durch diesen Mangel die Rechtsverfolgung durch die



Partei oder die nachprüfende Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts maßgeblich beeinträchtigt wird (vgl. etwa VwGH 7.8.2024, Ra 2022/16/0001, mwN). Im Hinblick auf die gänzlich fehlende Auseinandersetzung mit der Frage der Trennbarkeit des Bauvorhabens - die für die revisionswerbenden Parteien zu einem günstigeren Ergebnis führen könnte - erweist sich das angefochtene Erkenntnis als nicht nachvollziehbar.

- 19 Ausgehend davon, dass selbst dann, wenn keine Teilbewilligung vorläge, das Bauansuchen nicht zurückzuweisen, sondern abzuweisen wäre, konnte sich das Verwaltungsgericht hinsichtlich des Entfalls der mündlichen Verhandlung nicht auf § 24 Abs. 2 Z 1 VwGVG stützen. Dass die Voraussetzungen für ein Absehen von der mündlichen Verhandlung trotz Vorliegens eines entsprechenden Antrags des Mitbeteiligten vorlägen, ist nicht ersichtlich, zumal der Sachverhalt im Hinblick auf die zu erörternde Frage der Trennbarkeit des Bauvorhabens ergänzungsbedürftig ist. Es ist auch nicht ausgeschlossen, dass im Sinne des Revisionsvorbringens das Verwaltungsgericht zu einer Trennbarkeit des Bauvorhabens und damit zu einer Teilabweisung der Beschwerde gelangen könnte.
- 20 Das angefochtene Erkenntnis war daher in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. b und c VwGG aufzuheben.
- 21 Die beantragte mündliche Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 3 VwGG unterbleiben.
- 22 Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014. Der Antrag der belangten Behörde auf Zuerkennung von Kostenersatz war abzuweisen, weil gemäß § 47 Abs. 2 Z 2 iVm Abs. 5 VwGG der Rechtsträger, in dessen Namen die belangte Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren tätig geworden ist, Anspruch auf Aufwandersatz nur im Falle einer



Abweisung der Revision, nicht aber im Falle der Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses, hat (vgl. VwGH 6.2.2023, Ra 2021/05/0047).

W i e n , am 4. Oktober 2024

