

# **BGer 1C\_344/2017 vom 17. April 2018**

Bundesgericht, 2018-04-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_344\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_344_2017)

FR: TF 1C\_344/2017 du 17 avril 2018

IT: TF 1C\_344/2017 del 17 aprile 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerde richtet sich gegen einen kantonal letztinstanzlichen Endentscheid öffentlich-rechtlicher Natur ( Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 sowie Art. 90 BGG ). Ein Ausschlussgrund ist nicht gegeben ( Art. 83 BGG ). Die Beschwerdeführerin hatte im vorinstanzlichen Verfahren Parteistellung ( Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG ). Als Baugesuchstellerin, deren nachträgliches Baugesuch abgewiesen worden ist, und als Eigentümerin des von der Wiederherstellung betroffenen Grundstücks ist sie durch das angefochtene Urteil besonders berührt (lit. b) und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung (lit. c). Sie ist zur Beschwerdeführung legitimiert.

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin beantragt mit ihrem Hauptbegehren, es sei festzustellen, dass die bestehende Überdachung der Tribüne und des Schwingplatzes bereits bewilligt worden sei. Feststellungsbegehren sind gegenüber Leistungsbegehren subsidiär und bedürfen eines ausgewiesenen Feststellungsinteresses.

Die Beschwerdeführerin hat der Einwohnergemeinde Heimiswil am 25. März 2014 neue Pläne für das Vorhaben eingereicht. Sie stellt sich indes auf den Standpunkt, die Überdachung habe gestützt auf die Baubewilligung vom 28. März 2013 ausgeführt werden dürfen. Für eine bereits bewilligte Baute braucht keine (nachträgliche) Baubewilligung beantragt zu werden. Eine allfällige Aufhebung der Wiederherstellungsmassnahme sagt zudem nichts darüber aus, ob die Baute rechtskräftig bewilligt ist oder auf ihre Entfernung etwa aus Gründen des Vertrauensschutzes oder der Verhältnismässigkeit verzichtet wird. Rechtlich macht dies aber einen Unterschied (z.B. in Bezug auf die Besitzstandsgarantie). Da nur das Dispositiv, nicht aber die Begründung in Rechtskraft erwächst, hat die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an ihrem Feststellungsbegehren (vgl. zum Ganzen angefochtenes Urteil E. 1.2).

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

### **E. 1.3**

Die Vorinstanz hat erwogen, der rechtserhebliche Sachverhalt sei durch die aufgelegten Pläne und die im Internet einsehbaren Abbildungen hinreichend dokumentiert (vgl. angefochtenes Urteil E. 2.1), weshalb auf die Durchführung eines Augenscheins (zwecks Beurteilung des öffentlichen Interesses an einer Wiederherstellung) verzichtet werden könne (angefochtenes Urteil E. 4.2).

Diese Erwägung lässt keine Willkür erkennen und stellt (unter dem Blickwinkel des rechtlichen Gehörs) eine zulässige antizipierte Beweiswürdigung dar (vgl. BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 mit Hinweisen).

## **E. 2**

Die Beschwerdeführerin hat unbestrittenermassen eine Überdachung mit massiver Metallunterkonstruktion erstellen lassen, welche aus 22 Pfosten besteht, die untereinander mit Metallelementen verbunden sind. Die Pfosten haben eine Grundfläche von 20 cm auf 20 cm und befinden sich an den Ecken sowie an den Breit- und Längsseiten der Konstruktion sowie zwischen Tribüne und Bühne. Die Höhe der Pfosten ist je nach Standort unterschiedlich und reicht von 2,43 m bis 5,97 m. Die überdachte Fläche misst über 670 m<sup>2</sup> (31 m x 21,8 bzw. 23,6 m; vgl. angefochtenes Urteil E. 2.1).

## **E. 3**

Umstritten ist in erster Linie, ob die Überdachung der Tribüne und des Schwingplatzes inklusive Unterkonstruktion bereits mit der Baubewilligung vom 28. März 2013 bewilligt worden ist.

### **E. 3.1**

Das Baubewilligungsverfahren soll es der Behörde ermöglichen, das Bauprojekt im Interesse der Öffentlichkeit und der Nachbarschaft vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen ( BGE 139 II 134 E. 5.2 S. 139 f.; 119 Ib 222 E. 3a S. 226 f.). Das Baugesuch hat alle für die baurechtliche Beurteilung des Vorhabens erforderlichen Angaben zu enthalten; insbesondere sind Pläne beizulegen (PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltrecht, 6. Auflage 2016, S. 344). Nur was aus den Plänen mit hinreichender Klarheit hervorgeht, kann von der Behörde bewilligt und mit Ablauf der Rechtsmittelfrist rechtskräftig werden (Urteil 1C\_148/2011 vom 28. Juli 2011 E. 3.3). Im Falle von unklaren oder missverständlichen Bauplänen trägt die Bauherrschaft die Folgen unklarer Planinhalte. Bloss schematische Darstellungen in Projekteingabeplänen genügen nicht (Urteil 1P.791/2006 vom 13. November 2007 E. 3.3).

Wie von der Vorinstanz dargelegt und von der Beschwerdeführerin nicht bestritten, verlangt auch das kantonale Recht ausdrücklich, dass dem Baugesuch der Situationsplan, die Projektpläne und die allenfalls erforderlichen weiteren Unterlagen beizulegen sind (Art. 10 Abs. 3 des kantonalen Dekrets über das Baubewilligungsverfahren vom 22. März 1994 [Baubewilligungsdekret, BewD/BE; BSG 725.1]). Zudem sind unter anderem die Hauptdimensionen der Bauten und Anlagen, ihre Konstruktionsart, die wichtigsten Baumaterialien sowie Art und Farbe der Fassaden und der Bedachung zu bezeichnen (Art. 11 Abs. 1 lit. d BewD/BE).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hat erwogen, bei der Strichpunktlinie auf dem von der Einwohnergemeinde Heimiswil abgestempelten Grundriss- und Schnittplan handle es sich lediglich um eine schematische Darstellung einer Überdachung. Diese sei entgegen Art. 11 Abs. 1 lit. d BewD/BE weder im Baugesuch umschrieben noch auf den Plänen vermasselt worden. Dasselbe gelte für die Unterkonstruktion. Die auf dem Plan eingezeichneten Storensymbole führten nicht dazu, dass die für das Erstellen der Store nötige Unterkonstruktion von der Baubewilligung mitumfasst werde, insbesondere nicht bei einer derart massiven Konstruktion, wie sie hier erstellt worden sei. Bei der Bedachung seien klare und vollständige Planangaben erforderlich, da es sich um einen Bauteil mit erheblichen räumlichen Auswirkungen handle, der für die Beurteilung der Baubewilligungsfähigkeit dementsprechend von grosser Bedeutung sei. Aufgrund der unzureichenden Angaben in den

Baugesuchsunterlagen habe das Projekt mit Überdachung und Unterkonstruktion weder von den Behörden noch von möglichen Einsprecherinnen und Einsprechern auf seine Rechtmässigkeit hin überprüft werden können. Die Beschwerdeführerin müsse sich die Folgen der unvollständigen Pläne entgegenhalten lassen.

Soweit die Beschwerdeführerin dafür halte, die Kompetenz zur Ausgestaltung und Materialisierung der Unterkonstruktion der Store sei an die GVB übertragen worden, indem die Brandschutzbestimmungen zum integralen Bestandteil der Baubewilligung vom 28. März 2013 erklärt worden seien und die GVB die Unterkonstruktion genehmigt habe, führe dieses Vorbringen nicht weiter. Die GVB nehme gegenüber der zuständigen Baubewilligungsbehörde zum Projekt aus fachlicher Sicht Stellung. Es liege jedoch nicht in ihrem Zuständigkeitsbereich, Baubewilligungen zu erteilen oder bewilligte Bauvorhaben in Eigenregie auszugestalten oder abzuändern.

Zusammenfassend - so hat die Vorinstanz gefolgert - sei die Überdachung des Schwingplatzes und der Tribüne mit Unterkonstruktion von der Gemeinde bzw. vom AGR/BE im Jahr 2013 entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht bereits bewilligt worden (vgl. zum Ganzen angefochtenes Urteil E. 2).

### **E. 3.3**

Der Standpunkt der Vorinstanz ist ohne Weiteres haltbar. Es ist nicht ersichtlich, wieso die für die Überdachung notwendige Unterkonstruktion von der Baubewilligung mitumfasst sein sollte, wenn weder die Beschwerdeführerin selber noch die Baubewilligungsbehörde im Bewilligungszeitpunkt von einer derart massiven Ausgestaltung ausgegangen sind, wie sie letztlich gewählt worden ist (vgl. hierzu Beschwerde Rz. 44 f.). Daran ändert - wie von der Vorinstanz nachvollziehbar begründet - auch der Einbezug der Brandschutzaufgaben der GVB in die Baubewilligung nichts. Diese enthalten keine Angaben zur Materialisierung und Ausgestaltung der Unterkonstruktion und der Überdachung, sondern stellen insoweit einzig fest, dass eine

allfällige Überdachung mindestens eine bestimmte Brandkennziffer aufweisen müsse. Wie von der Vorinstanz zutreffend festgehalten, ist die Einwohnergemeinde Heimiswil und nicht die GVB zuständig, Baubewilligungen zu erteilen oder allfällige Projektänderungen zu bewilligen.

Zusammenfassend ist die Vorinstanz somit in sachlich vertretbarer Weise davon ausgegangen, die erstellte Überdachung mit Unterkonstruktion sei noch nicht rechtskräftig beurteilt worden (vgl. zum Ganzen auch Urteil 1P.728/2006 vom 16. Februar 2007 E. 2.2).

### **E. 4**

Die Vorinstanz hat unter Bezugnahme auf Art. 46 des Baugesetzes des Kantons Bern vom 9. Juni 1985 (BauG/BE; BSG 721.0) in einem weiteren Schritt geprüft, ob das Bauvorhaben nachträglich bewilligt werden kann.

#### **E. 4.1**

Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer solchen ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so setzt die Baupolizeibehörde der jeweiligen Grundeigentümerschaft eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG/BE). Die Wiederherstellungsverfügung wird aufgeschoben, wenn die oder der Pflichtige innert 30 Tagen seit ihrer Eröffnung ein Gesuch

um nachträgliche Baubewilligung einreicht. Im nachträglichen Baubewilligungsverfahren ist gegebenenfalls zu prüfen, ob das Bauvorhaben wenigstens teilweise bewilligt werden kann (Art. 46 Abs. 2 lit. b und c BauG/ BE). Bei vollständiger oder teilweiser Bewilligung des Bauvorhabens fällt die Wiederherstellungsverfügung im entsprechenden Umfang dahin. Im Fall des Bauabschlags entscheidet die Baubewilligungsbehörde zugleich darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist; sie setzt dafür gegebenenfalls eine neue Frist (Art. 46 Abs. 2 lit. d und e BauG/BE).

#### **E. 4.2**

In der Landwirtschaftszone sind nur Bauten und Anlagen zonenkonform, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind ( Art. 16a Abs. 1 RPG ). Das umstrittene Bauprojekt erfüllt diese Voraussetzungen unbestrittenemassen nicht, weshalb es nicht zonenkonform ist. Aus diesem Grund ist für dessen Erstellung eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG notwendig. Gemäss Art. 24 RPG muss der Zweck der Baute einen Standort ausserhalb der Bauzone erfordern (lit. a) und es dürfen keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (lit. b). Zonenwidrige Bauten sind standortgebunden, wenn sie aus technischen oder betrieblichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen sind.

Die Vorinstanz hat unter Verweis auf die Verfügung des AGR/BE vom 7. April 2016 erwogen, das Baugesuch betreffe die Erstellung eines Schwingplatzes und für dessen Betrieb sei eine Überdachung betrieblich nicht notwendig und damit nicht standortgebunden. Auch andere regionale und kantonale Schwingfeste würden traditionell vom Frühsommer bis in den Herbst im Freien abgehalten (angefochtenes Urteil E. 3.3).

Wie von der Vorinstanz zu Recht festgehalten und von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten, kann für das Projekt daher keine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG erteilt werden. Ebenso wenig kommt eine erleichterte Ausnahme nach Art. 24a ff. und Art. 37a RPG in Betracht.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, von einer Wiederherstellung sei aus Gründen des Vertrauensschutzes abzusehen (nachfolgend E. 5.2). Zudem erweise sich die angeordnete Wiederherstellung als unverhältnismässig (E. 5.3).

##### **E. 5.1**

Der Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kommt massgebendes Gewicht für den ordnungsgemässen Vollzug des Raumplanungsrechts zu. Werden illegal errichtete, dem RPG widersprechende Bauten nicht beseitigt, sondern auf unabsehbare Zeit geduldet, so wird der Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet in Frage gestellt und rechtswidriges Verhalten belohnt. Formell rechtswidrige Bauten, die auch nachträglich nicht legalisiert werden können, müssen daher grundsätzlich beseitigt werden (vgl. zum Ganzen BGE 136 II 359 E. 6 S. 364). Davon geht auch § 46 BauG/BE aus.

Im Wiederherstellungsverfahren sind indes auch die massgebenden allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Prinzipien zu berücksichtigen. Zu ihnen gehören namentlich die in Art. 5 Abs. 2 und 3 sowie Art. 9 BV festgehaltenen Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Schutzes des guten Glaubens (vgl. BGE 136 II 359 E. 6 S. 365).

### **E. 5.2.1**

Der Grundsatz von Treu und Glauben verleiht in der Form des Vertrauensschutzes einen Anspruch auf Schutz berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten, sofern sich dieses auf eine konkrete, die betreffende Bürgerin oder den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit bezieht ( BGE 132 II 240 E. 3.2.2 S. 239 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage 2016, N. 621 und 624). Neben dem behördlichen Verhalten als Vertrauensgrundlage setzt der Anspruch auch eine Vertrauensbetätigung und einen Kausalzusammenhang zwischen Vertrauen und Disposition voraus. Selbst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, bleibt eine Interessenabwägung im Einzelfall vorbehalten (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 659 und 663 f.). Auf Vertrauensschutz kann sich nur berufen, wer von der Vertrauensgrundlage Kenntnis hatte und ihre allfällige Fehlerhaftigkeit nicht kannte und auch bei gehöriger Sorgfalt nicht hätte kennen sollen. Dabei ist auf die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse der sich auf den Vertrauensschutz berufenden Person abzustellen. Baufachleute müssen Bescheid wissen über Hindernisse, die einem Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone entgegenstehen. Anlass zur Überprüfung, etwa durch Rückfrage bei der Behörde, besteht dort, wo die Fehlerhaftigkeit der Vertrauensgrundlage leicht erkennbar ist (vgl. dazu Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 656 f.).

### **E. 5.2.2**

Als Architektur- und Ingenieurbüro (Generalunternehmung) verfügt die Beschwerdeführerin über Bau erfahrung. Ihr musste daher bekannt gewesen sein, dass nur die Einwohnergemeinde und nicht etwa die GVB über die Rechtmässigkeit baulicher Sachverhalte und allfälliger Projektänderungen entscheiden kann. Bei Unsicherheiten hätte sich die Beschwerdeführerin bei der Baubewilligungsbehörde erkundigen und nachfragen müssen, was sie nicht getan hat. Wenn der Beschwerdeführerin bei der Bauausführung bewusst gewesen ist, dass die Gemeinde bei der Bewilligungserteilung nicht von einer derart massiven Bauweise der Unterkonstruktion ausgegangen ist (vgl. Beschwerde Rz. 57), so durfte sie auch nicht gutgläubig annehmen, die Gemeinde werde ohne Weiteres damit einverstanden sein.

Die Vorinstanz ist deshalb zu Recht zum Schluss gelangt, dass die Beschwerdeführerin nicht gutgläubig gehandelt hat. Sie kann deshalb nicht gestützt auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes den Weiterbestand der erstellten Überdachung beanspruchen.

Allerdings weist die Vorgeschichte auch Elemente auf, die das Fehlverhalten der Beschwerdeführerin deutlich relativieren. So legt sie glaubhaft dar, dass sie nicht aus freien Stücken von der ursprünglichen Baubewilligung abgewichen ist, sondern nur, um den von der GVB aufgestellten technischen Anforderungen zu genügen. Dass die in den ursprünglichen Plänen eingezeichnete Überdachung ohne Unterkonstruktion keine ausreichende Stabilität gewährleisten konnte, hätte sie zwar erkennen müssen. Derselbe Vorwurf lässt sich aber auch gegenüber den Behörden erheben, welche eine solche einfache Überdachung bewilligt haben. Überdies fällt das widersprüchliche Verhalten des AGR/BE auf. Es erklärt in seiner zweiten Verfügung vom 7. April 2016, das ursprüngliche Baugesuch habe keine Überdachung vorgesehen. Das ist aktenwidrig, da in den Plänen eine Überdachung mit einer Store eingezeichnet ist, was von der Gemeinde Heimiswil im vorinstanzlichen Verfahren ausdrücklich anerkannt wird. Das Verhalten der kantonalen und kommunalen Behörden liess damit an Klarheit zu wünschen übrig, was mit Blick auf die

Gemeinde auch bereits die Vorinstanz festgestellt hat. Unter diesen besonderen Umständen wiegt der gegenüber der Beschwerdeführerin zu erhebende Vorwurf wesentlich weniger schwer als bei Bauherren, die allein aus eigenem Antrieb eine Baubewilligung missachten. Das ist bei der sogleich vorzunehmenden Interessenabwägung zu berücksichtigen (E. 5.3).

### **E. 5.2.3**

Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich zwar auch eine Bauherrin berufen, die nicht gutgläubig gehandelt hat. Sie muss indessen in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen. Ein Wiederherstellungsbefehl erweist sich dann als unverhältnismässig, wenn die Abweichung vom Gesetz gering ist und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der der Eigentümerin durch die Wiederherstellung entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen ( BGE 132 II 21 E. 6.4 S. 40).

### **E. 5.3**

Wenn Behörden die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anordnen, haben sie die allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Prinzipien zu beachten. Zu ihnen gehören namentlich die in Art. 5 Abs. 2 BV genannten Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Schutzes des guten Glaubens. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands hat zu unterbleiben, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt. Das Gleiche gilt, wenn der Bauherr in gutem Glauben angenommen hat, die von ihm ausgeübte Nutzung stehe mit der Baubewilligung im Einklang, und ihre Fortsetzung nicht schwerwiegenden öffentlichen Interessen widerspricht ( BGE 132 II 21 E. 6 S. 35). Ist ein Bauherr nicht gutgläubig, muss er in Kauf nehmen, dass die Behörden seine Interessen bei der vorzunehmenden Abwägung nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen ( BGE 132 II 21 E. 6.4 S. 40 f.).

Wie bereits ausgeführt wurde (E. 5.1), kommt der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bei Bauten, die widerrechtlich ausserhalb der Bauzone errichtet wurden, ein besonders hohes Gewicht zu. Umgekehrt ist offenkundig, dass der Abbruch der erstellten Überdachung der Beschwerdeführerin bedeutende Kosten verursachen wird. Wird weiter berücksichtigt, dass die Beschwerdeführerin zwar nicht gutgläubig gehandelt hat, der ihr gegenüber zu erhebende Vorwurf aber nicht allzu schwer wiegt, mag die Pflicht zur Wiederherstellung streng erscheinen. Bei einem Vergleich der Pläne, die dem ursprünglichen Baugesuch zugrunde lagen, mit jenen des nachträglichen Gesuchs, welche die tatsächlich gebaute Dachkonstruktion enthalten, wird jedoch deutlich, dass die vorgenommene Abweichung vom Bewilligten sehr erheblich ist. Diesen Eindruck bestätigt auch der Umstand, dass im Baugesuch als Nutzung lediglich ein Schwingplatz angegeben ist, die nunmehr erstellte Konstruktion aber viel weiterreichende Nutzungen ermöglicht. Unter diesen Umständen ist es nicht bundesrechtswidrig, wenn die Vorinstanz dem öffentlichen Interesse mehr Gewicht beigemessen hat als den privaten Interessen der Beschwerdeführerin und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verlangt hat.

### **E. 5.4**

Die Frist von sechs Monaten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erweist sich als angemessen, was von der Beschwerdeführerin auch nicht in Frage gestellt wird.

## **E. 6**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Den in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegenden Behörden steht keine Parteientschädigung zu ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.