

# **BGer 1C 546/2017 vom 26. Januar 2018**

Bundesgericht, 2018-01-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_546\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_546_2017)

FR: TF 1C 546/2017 du 26 janvier 2018

IT: TF 1C 546/2017 del 26 gennaio 2018

## **Regeste**

Baubewilligung | Raumplanung und öffentliches Baurecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist ein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid über eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit ( Art. 82 lit. a und Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG ). Die Beschwerdeführer haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind Eigentümer einer Parzelle, die vom Baugrundstück nur durch eine Strasse getrennt ist. Sie sind deshalb zur Beschwerdeführung berechtigt ( Art. 89 Abs. 1 BGG ).

### **E. 1.2**

Unzulässig ist der Antrag, auch die Entscheide des DBU und der Gemeinde aufzuheben. Diese sind durch den Entscheid des Verwaltungsgerichts ersetzt worden (Devolutiveffekt) und gelten als inhaltlich mitangefochten ( BGE 134 II 142 E. 1.4 S. 144 mit Hinweis).

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführer erheben verschiedene Rügen im Zusammenhang mit dem Ausstand des Gemeindepräsidenten Hasler. Das Verwaltungsgericht legt in dieser Hinsicht dar, die Beschwerdeführer hätten am 18. August 2015, das heisst zwei Tage vor dem Augenschein vom 20. August 2015, ein Ausstandsgesuch gestellt. Der Gemeindepräsident sei noch vor Fällung der Einspracheentscheide in den Ausstand getreten. Dies sei in den jeweiligen Entscheiden vermerkt und begründet worden. Trete ein Mitglied einer Gesamt- oder Kollegialbehörde von sich aus in den Ausstand, ohne dass dagegen Einwände erhoben werden, bedürfe es keines formellen Entscheids. Vorliegend sei der Gemeindepräsident auf das Ausstandsbegehren hin freiwillig in den Ausstand getreten, weshalb ein formeller Entscheid hinfällig gewesen sei. Zwar gelte im Übrigen der Grundsatz, dass eine befangene Amtsperson umgehend aus dem Verfahren auszuschneiden habe. Weil jedoch das Gesuch erst kurz vor dem Augenschein gestellt worden sei und dieser lediglich der Ermittlung des Sachverhalts gedient habe, sei die Teilnahme des mit der Sache vertrauten Gemeindepräsidenten zumindest nachvollziehbar. Eine Einflussnahme auf den Baubewilligungsentscheid sei nicht ersichtlich. Hinzu komme, dass kein persönliches Interesse, welches den Anschein der Befangenheit begründen würde, erkennbar sei. Auch andere Ausstandsgründe gemäss § 7 des Gesetzes des Kantons Thurgau vom 23. Februar 1981 über die Verwaltungsrechtspflege (RB 170.1) bestünden nicht.

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführer machen geltend, das Verwaltungsgericht stelle aktenwidrig fest, dass der Gemeindepräsident freiwillig in den Ausstand getreten sei, obwohl sie seinen Ausstand

verlangt hätten und von Freiwilligkeit damit nicht die Rede sein könne. Unzutreffend sei auch, dass keine Einwände erfolgt seien, denn aus dem Protokollauszug vom 16. Dezember 2015 ergebe sich, dass die übrigen Mitglieder des Gemeinderats der Auffassung waren, das Ausstandsbegehren wäre unbegründet gewesen. Auf der Grundlage dieser offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellungen sei das Verwaltungsgericht zum Schluss gelangt, dass kein formeller Zwischenentscheid notwendig gewesen sei. Die Garantie auf richtige Besetzung der Behörde gemäss Art. 29 Abs. 1 BV verlange jedoch zwingend einen Zwischenentscheid. Zudem gehe das Verwaltungsgericht aktenwidrig davon aus, dass sich die Ausstandsproblematik ausschliesslich auf den Augenschein bezogen habe. Tatsache sei vielmehr, dass der Gemeindepräsident das Verfahren bis zur entscheidenden Sitzung vom 16. Dezember 2015 geleitet habe. Darin sei vermerkt, "Gallus Hasler tritt bei diesem Geschäft in den Ausstand - verlässt den Raum", woraus sich ergebe, dass er erst zu jenem Zeitpunkt in den Ausstand getreten sei. Das Verwaltungsgericht habe sich schliesslich nicht mit den massiven Vorwürfen gegen den Gemeindepräsidenten in der Eingabe vom 18. Juli 2016 befasst und damit das rechtliche Gehör verletzt.

### **E. 2.3**

Jeder Verfahrensbeteiligte hat gestützt auf Art. 29 BV Anspruch auf richtige Zusammensetzung der Verwaltungsbehörde bzw. darauf, dass diese vollständig und ohne Anwesenheit Unbefugter entscheidet ( BGE 140 I 326 E. 5 S. 328 ff. ; 127 I 128 E. 3c S. 130 und 4b S. 131; Urteil 2P.26/2003 vom 1. September 2003 E. 3.4, in: ZBl 106/2005 S. 103; je mit Hinweisen). Vorliegend ist unbestritten, dass der Gemeindepräsident am Baubewilligungs- und Einspracheentscheid nicht mitgewirkt hat. Dies entsprach dem Gesuch der Beschwerdeführer. Art. 29 BV verlangt entgegen deren Auffassung nicht, dass darüber in einer separaten Entscheidung zu befinden wäre. Es ist das anwendbare Verfahrensrecht, das regelt, wie die Verfassungsgarantie umgesetzt wird. Die Beschwerdeführer machen insofern keine Verletzung des anwendbaren kantonalen Verfahrensrechts geltend, weshalb sich weitere Ausführungen erübrigen ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ). Die Rüge, Art. 29 BV sei verletzt, weil kein separater Zwischenentscheid gefällt worden sei, ist jedenfalls unbegründet. Das gleiche gilt für die Rüge der aktenwidrigen Feststellung des Sachverhalts. Aus der zitierten Notiz anlässlich der Sitzung vom 16. Dezember 2015 geht nicht hervor, dass sich der Gemeindepräsident bis zu diesem Zeitpunkt mit der Sache befasste. Nicht einzutreten ist auf die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Sachverhaltsrügen. Inwiefern es für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein soll, ob der Ausstand "freiwillig" erfolgte und ob es dagegen Einwände gab, wird in der Beschwerdeschrift nicht dargetan ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Ebenfalls nicht einzutreten ist auf die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht ( Art. 29 Abs. 2 BV ). Die Beschwerdeführer verweisen pauschal auf eine Eingabe vom 18. Juli 2016, ohne konkret darzulegen, mit welchen Vorbringen sich das Verwaltungsgericht hätte befassen müssen ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ).

### **E. 3.1**

Umstritten ist weiter, von welchem Terrainverlauf für die Bemessung der Gebäude- und Firsthöhe auszugehen ist. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil das ursprüngliche Terrain im Jahr 1911 für den Eisenbahnbau grossflächig verändert und dabei auch aufgeschüttet wurde. Das Verwaltungsgericht legt dar, nach dem vorliegend anwendbaren § 8 Abs. 1 der Verordnung des Regierungsrates des Kantons Thurgau vom 26. März 1996 zum Planungs- und Baugesetz (RB 700.1; im Folgenden: aPBV) sei in der Regel vom gewachsenen Terrain

auszugehen. Es verweist auf seine Rechtsprechung, wonach das "gewachsene Terrain" mit dem "in zulässiger Weise gestalteten Terrain" gleichzusetzen sei, sofern dieses auf den Geländeverlauf in der näheren Umgebung Bezug nehme. Anders sei nur zu entscheiden, wenn mit einer "Salamitaktik" die Gebäudevorschriften umgangen oder wenn bei Neubauten mit "Maulwurfshügeln" (Minder-) Höhen geschindet werden sollten. Vorliegend sei das Gelände vor über 100 Jahren in zulässiger Weise aufgeschüttet worden und in der Folge bis heute unverändert geblieben. Am Augenschein habe festgestellt werden können, dass es einen engen Bezug zur in der Zwischenzeit erfolgten Umgebungsgestaltung (Bahnareal, Verlauf der Bahnhof- und Schulstrasse) sowie zum südlich der Bahnlinie angrenzenden Landwirtschaftsgebiet aufweise. Zur Wohnsiedlung nördlich der Bahnhof-/Schulstrasse, die zudem in einer anderen Zone liege, weise das Baugrundstück demgegenüber keinen engeren Bezug auf. Mit dem Neubauvorhaben werde zudem auch in keiner Weise versucht, mittels "Maulwurfshügeln" Höhe zu schinden. Somit sei vom heute bestehenden Terrain auszugehen und werde die maximale Gebäude- und Firsthöhe eingehalten.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführer bringen vor, die Aufschüttung im Jahr 1911 sei möglicherweise zulässig gewesen, wobei dies aber nicht gesichert sei und nur im Rahmen der damaligen Eisenbahngesetzgebung bejaht werden könne. Die Aufschüttung sei aber nicht in einem Baubewilligungs- oder Sondernutzungsverfahren erfolgt, was entscheidend sei. Dass ein anderes Verständnis unhaltbar sei, sei daraus ersichtlich, dass damals ein riesiger Niveauunterschied von über 3 m geschaffen worden sei, was heute undenkbar wäre. Das geltende Recht verlange für eine Terrainveränderung nämlich, dass diese einer guten Umgebungsgestaltung diene und dem Geländeverlauf in der Umgebung angepasst werde. Im Übrigen müsse die Umgebung allseitig betrachtet werden. Dazu gehöre auch die angrenzende Wohnsiedlung, die vom Baugrundstück nur durch eine Strasse getrennt sei. Unsinnig sei dagegen die Bezugnahme auf das Bahnareal, das einen öffentlichen Zweck habe, und auf die Landwirtschaftszone. Der angefochtene Entscheid verstosse gegen das Willkürverbot sowie Art. 3 Abs. 2 lit. b und Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG (SR 700). Zudem genüge er auch der Begründungspflicht nicht ( Art. 29 Abs. 2 BV ).

### **E. 3.3**

Das Verwaltungsgericht hat ausführlich dargelegt, weshalb es im vorliegenden Fall davon ausgeht, dass auf das bestehende Terrain abzustellen ist und hat seine Begründungspflicht ohne Weiteres erfüllt. Art. 29 Abs. 2 BV verlangt nicht, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Es genügt, wenn kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt, so dass eine sachgerechte Anfechtung möglich ist ( BGE 140 II 262 E. 6.2 S. 274 ; 136 I 229 E. 5.2 S. 236 mit Hinweisen).

### **E. 3.4**

Willkür in der Rechtsanwendung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht. Zudem ist erforderlich, dass der Entscheid nicht

nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist ( BGE 142 V 513 , E. 4.2 S. 516 mit Hinweisen).

### **E. 3.5**

Das Bundesgericht hat sich mit der Formulierung in § 8 aPBV, wonach für die Bestimmung der Gebäudehöhe "in der Regel" das gewachsene Terrain massgebend ist, bereits im Urteil 1P.138/2003 vom 28. Mai 2003 befasst. Damals ging es um einen Höhenunterschied von knapp 3 m (a.a.O., E. 2.1). Umstritten war, was die Streichung des Ausdrucks "oder des gestalteten Terrains", der noch im alten Baugesetz vom 28. April 1977 verwendet worden war, und dessen Ersetzung durch die erwähnte Formulierung bedeutete. Gemäss dem Urteil lässt die Formulierung, wonach "in der Regel" das gewachsene Terrain massgebend ist, Raum für gewisse Ausnahmen. Unzulässig wäre eine Praxis, welche die Ausnahme zur Regel und die Regel zur Ausnahme werden liesse. Innerhalb dieser Schranken stehe den kantonalen Behörden indessen von Verfassungs wegen ein erheblicher Spielraum zu. Zwar sei zu berücksichtigen, dass nach altem Recht das gewachsene Terrain in der Regel nicht oder nur geringfügig verändert werden durfte, Terrainveränderungen neu jedoch grundsätzlich zulässig seien, wenn sie einer guten Umgebungsgestaltung dienten und dem Geländeverlauf in der Umgebung angepasst würden. Würde die Terraingestaltung freigegeben und anschliessend die zulässige Höhe vom so gestalteten Terrain aus gemessen, wären Tür und Tor geöffnet, um immer höhere Bauten errichten zu können, was kaum der Absicht des Gesetzgebers entspräche. Sei jedoch die Terrainaufschüttung nach altem Recht bewilligt worden, so bestehe eine gewisse Gewähr dafür, dass nicht beliebige Terrainaufschüttungen als Basis für die Höhenmessung genommen würden. Zudem habe das Verwaltungsgericht ausdrücklich den Fall von Neubauten vorbehalten, bei denen der Tendenz, mit "Maulwurfshügeln" Höhe zu schinden, durch das Abstellen auf das gewachsene Terrain begegnet werden solle. Im Ergebnis bezeichnete das Bundesgericht die Auslegung des Verwaltungsgerichts als haltbar (a.a.O., E. 2.5).

### **E. 3.6**

Ob die Aufschüttung aus dem Jahr 1911 ihre Rechtsgrundlage im kantonalen Baurecht oder der Eisenbahngesetzgebung des Bundes hat, erscheint mit Blick auf die Bestimmung des massgeblichen Terrains zweitrangig. Von Bedeutung ist nach den Ausführungen des Bundesgerichts im Urteil 1P.138/2003 vom 28. Mai 2003 vornehmlich, dass das in § 8 aPBV vorgesehene Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht in sein Gegenteil verkehrt wird. Dass diese Gefahr vorliegend besteht, wo eine seit über hundert Jahren unveränderte Terraingestaltung in Frage steht, ist nicht ersichtlich. Vielmehr stellt sich die Frage, ob bei einer derart grossflächigen Terrainveränderung das Abstellen auf den zuvor bestehenden Terrainverlauf nicht zu Ergebnissen führen würde, die dem Zweck der kantonalen und kommunalen Baugesetzgebung widersprechen würde, da es sich unbestrittenermassen nicht um einen Fall handelt, in dem durch das Schaffen von "Maulwurfshügeln" eine höherliegende Baute ermöglicht werden soll. Nicht zu beanstanden ist zudem die Einschätzung des Verwaltungsgerichts, dass das künstlich geschaffene Terrain auf den Geländeverlauf in der näheren Umgebung Bezug nimmt. Anhand der von der Vorinstanz erwähnten Augenscheinfotos ist erkennbar, dass die Geländeänderung zwar als solche erkennbar bleibt, jedoch aufgrund ihres beträchtlichen Umfangs und weich gestalteter Übergänge nicht stark auffällt. Das Verwaltungsgericht durfte deshalb, ohne das Willkürverbot zu verletzen, davon ausgehen, dass vorliegend das gestaltete Terrain massgebend sei. Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 2 lit. b oder Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG ist

ebenfalls nicht erkennbar.

#### **E. 4.1**

Aus dem angefochtenen Entscheid ergibt sich, dass geplant ist, das Baugrundstück zu parzellieren. Dies mache einen Nutzungstransfer erforderlich, damit mit Bezug auf die vom Bauvorhaben in Anspruch genommene Fläche die Ausnutzungsziffer eingehalten werden könne. Die Beschwerdeführer beanstandeten im vorinstanzlichen Verfahren, dass die Baubehörde von den Baugesuchstellerinnen keine exakten Angaben zur Ausnutzung verlangt hatten und machten geltend, der erforderliche Nutzungstransfer sei nicht möglich. Das Verwaltungsgericht hält dazu fest, auch wenn die Gemeinde die geplante Abparzellierung bereits berücksichtigt habe, müsse für die Beurteilung, ob die Ausnutzungsziffer eingehalten sei, grundsätzlich auf die aktuellen Verhältnisse abgestellt werden. Die zulässige Ausnutzungsziffer sei damit ohne Weiteres eingehalten, wobei im Übrigen auch die Voraussetzungen für einen Nutzungstransfer erfüllt würden.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführer gehen mit dem Verwaltungsgericht einig, dass die Abparzellierung im gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht zu berücksichtigen sei. Sie sind der Auffassung, dass das Verwaltungsgericht damit letztlich ihren Einwänden gefolgt sei und es deshalb sowohl eine Verletzung des rechtlichen Gehörs als auch des Willkürverbots darstelle, dass dieser Umstand nicht bei den Kostenfolgen berücksichtigt worden sei. Zudem machen sie Ausführungen zur Frage der Zulässigkeit des Nutzungstransfers, die sie jedoch selbst als hypothetisch bezeichnen.

#### **E. 4.3**

Ob die Abparzellierung und der Nutzungstransfer dereinst ohne Bundesrechtsverletzung erfolgen können, ist vorliegend nicht zu beurteilen. Diese Frage bildet nicht Prozessgegenstand. Entscheidend ist, dass bei einer ungeteilten Parzelle von der Einhaltung der Ausnutzungsziffer ausgegangen werden kann. Dies bestreiten die Beschwerdeführer nicht. Weshalb sie der Auffassung sind, dass deshalb der Kostenentscheid der Vorinstanz das Willkürverbot und das rechtliche Gehör verletzen sollte, ist nicht nachvollziehbar. Abzustellen ist insoweit nicht darauf, dass das Verwaltungsgericht in seinen Erwägungen in einem Punkt ihre Auffassung geteilt, sondern darauf, dass es im Ergebnis die Beschwerde vollumfänglich abgewiesen hat.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführer rügen die Erschliessung, die sie als unzureichend erachten.

#### **E. 5.2**

Die Erteilung einer Baubewilligung setzt voraus, dass das Baugrundstück erschlossen ist ( Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG ). Die einzelnen Anforderungen an eine hinreichende Erschliessung ergeben sich vor allem aus dem kantonalen Recht und der kantonalen Gerichts- und Verwaltungspraxis. Diese haben sich an den bundesrechtlichen Rahmen zu halten. Das entsprechende kantonale Recht kann insbesondere das Ausmass der Erschliessungsanlagen und die Anforderungen an die genügende Zugänglichkeit in abstrakter Weise festlegen (vgl. im Einzelnen Urteil 1C\_376/2007 vom 31. März 2008 E. 4.1 mit Hinweis). Bei der Beurteilung der Erschliessung steht den kantonalen und kommunalen Behörden ein erhebliches Ermessen zu. Das Bundesgericht überprüft die Auslegung und Anwendung des kantonalen Rechts auf Willkür hin (a.a.O., E. 4.2; BGE 121

I 65 E. 3a S. 68 mit Hinweisen).

### **E. 5.3**

Die Beschwerdeführer kritisierten im Verfahren vor dem DBU und dem Verwaltungsgericht, die Baugesuchsunterlagen seien falsch, da sie nicht auf den tatsächlichen Strassenverhältnissen beruhen würden, sondern auf dem Grundbuchplan. Die Strasse sei effektiv schmaler als im Grundbuch festgehalten, was dazu führe, dass sich zwischen ihr und dem Baugrundstück ein nicht bebauter Streifen befinde.

### **E. 5.4**

Das DBU legte dar, die Baugesuchstellerinnen hätten sich auf die Grundbuchpläne verlassen dürfen. Sollten die Beschwerdeführerinnen der Ansicht sein, die amtlichen Vermessungen seien falsch, so müssten sie gegen den entsprechenden Eintrag im Grundbuch vorgehen. Das Verwaltungsgericht bestätigte diese Erwägungen und hielt fest, es sei nicht ersichtlich, inwiefern das Baugrundstück nicht erschlossen sein solle.

### **E. 5.5**

Die Beschwerdeführer erneuern in ihrer Beschwerde ans Bundesgericht ihre Behauptung, dass das Grundbuch nicht mit der tatsächlichen Situation übereinstimme. Sie legen jedoch in keiner Weise dar, wie sie zu dieser Annahme gelangen. Dies ist auch aus den Akten und insbesondere den Eingaben der Beschwerdeführer an die Vorinstanzen nicht ersichtlich. Auch damals beschränkten sie sich auf eine entsprechende Behauptung. Dass das Verwaltungsgericht den Sachverhalt im Sinne von Art. 97 Abs. 1 BGG unrichtig festgestellt hätte, indem es auf die Grundbuchpläne abstellte, zeigen sie somit nicht auf. Unter diesen Voraussetzung erscheint ihre Rüge der Verletzung von Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG ohne Weiteres als unbegründet.

### **E. 6**

Im Verfahren vor dem DBU forderte das kantonale Tiefbauamt, dass zur Sicherstellung der Sichtberme auf einen Parkplatz auf der rechten Seite der Ausfahrt verzichtet oder die ganze Parkplatzreihe um ca. 1 m von der Strasse wegverschoben werde. Die Verfahrensbeteiligten erklärten sich mit dieser Auflage einverstanden. Das Verwaltungsgericht versah das Dispositiv seines Entscheids mit einer entsprechenden Ergänzung. Im Verfahren vor Bundesgericht kritisieren die Beschwerdeführer, die Auflage sei nicht der Grundeigentümerin eröffnet worden, was einen schweren Mangel und eine Verletzung des Willkürverbots darstelle. Sie legen jedoch nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, weshalb die Aufhebung eines Parkplatzes - was zur Erfüllung der erwähnten Auflage bereits ausreicht - der gesonderten Zustimmung der Grundeigentümerin bedürfte. Eine Verletzung des Willkürverbots ist zu verneinen. Im Übrigen weisen die Beschwerdegegnerinnen darauf hin, dass die Grundeigentümerin mit Schreiben vom 3. Januar 2017 gegenüber der Gemeinde Roggwil und dem DBU ihr Einverständnis mit der Auflage erklärt habe.

### **E. 7**

Die Beschwerde ist aus den genannten Gründen abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführern aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die Beschwerdeführer haben den Beschwerdegegnerinnen eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 f. BGG).

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