

# **BGer 1C 645/2023 vom 10. Dezember 2024**

Bundesgericht, 2024-12-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_645\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_645_2023)

FR: TF 1C 645/2023 du 10 décembre 2024

IT: TF 1C 645/2023 del 10 dicembre 2024

## **Regeste**

Verweigerung der nachträglichen Baubewilligung und Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands | Raumplanung und öffentliches Baurecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist ein Entscheid einer letzten kantonalen Instanz betreffend den Rückbau einer im Nichtbaugebiet errichteten Weganlage. Dagegen steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen ( Art. 82 lit. a und Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG ), ein Ausschlussgrund nach Art. 83 BGG liegt nicht vor. Die Beschwerdeführenden haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und werden vom strittigen Wiederherstellungsbefehl in die Pflicht gefasst, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert sind ( Art. 89 Abs. 1 BGG ).

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführenden machen geltend, beim Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 28. August 2018 und beim angefochtenen Entscheid vom 24. Oktober 2023 handle es sich um Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 BGG . Letzterer stellt indes einen Endentscheid ( Art. 90 BGG ) dar, weil der Rückbau nun kantonal letztinstanzlich definitiv bestätigt wurde. Ob sich dieser wegen des noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Nutzungsplanungsverfahrens als unzulässig erweist, ist eine Frage der Begründetheit der Beschwerde. Darauf ist im Rahmen der materiellen Prüfung zurückzukommen.

### **E. 1.3**

Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 1.4**

Das Bundesgericht hat die Akten des Verwaltungsgerichts beigezogen. Dem entsprechenden Verfahrensantrag der Beschwerdeführenden ist damit Genüge getan.

## **E. 2**

Die Beschwerdeführenden vertreten zunächst den Standpunkt, es sei - wie die Vorinstanz in ihrem Urteil vom 28. August 2018 festgehalten habe - weiterhin unzulässig, vor dem rechtskräftigen Abschluss der Teilrevision der Nutzungsplanung der Gemeinde Wollerau die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verlangen.

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz hat den Antrag der Beschwerdeführenden mit Verweis auf die zwei Urteile des Bundesgerichts 1C\_443/2018 und 1C\_444/2018 vom 3. Juli 2019 (publ. in ZBI

121/2020 S. 166) abgewiesen. Beiden Urteilen liegt im Wesentlichen eine ähnliche Konstellation wie der hier zu beurteilenden Streitsache zugrunde: Anlass für das nachträgliche Baubewilligungsverfahren in den zitierten Entscheiden gaben Gartenbauten- bzw. anlagen, die im an die Bauzone W2 angrenzenden Nichtbaugebiet der Gemeinde Wollerau errichtet worden waren. Wie im vorliegenden Fall ordneten die Behörden den Rückbau an, den das Verwaltungsgericht in der Folge aufgrund der eingeleiteten Nutzungsplanrevision und der damit beabsichtigten Schaffung einer Gartenzone zwecks Legalisierung der nicht bewilligten Bauten und Anlagen als unverhältnismässig erklärte. Anders als im vorliegenden Fall - die Beschwerdeführenden zogen ihre Beschwerde gegen das verwaltungsgerichtliche Urteil im ersten Rechtsgang zurück - hatte sich das Bundesgericht aufgrund einer Nachbarbeschwerde bereits damals materiell mit der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts auseinanderzusetzen. Es hielt fest, die im Rahmen der Teilrevision der Nutzungsplanung der Gemeinde Wollerau geplante Gartenzone untergrabe das gewichtige öffentliche Interesse, die schleichende Ausdehnung der Bauzone ins Kulturland zu verhindern. Sie entspreche den bundesrechtlichen Anforderungen an eine Schutzzone nicht, da sie einzig das Ziel verfolge, eine angeblich unzweckmässige Zonengrenze zu korrigieren und bereits in der Nichtbauzone bestehende zonenfremde Bauten und Anlagen zu legalisieren (vgl. Urteile 1C\_443/2018 und 1C\_444/2018 vom 3. Juli 2019 E. 4.5). Auch komme eine Einzonung im betreffenden Gebiet nicht in Frage, weil damit keine innere Verdichtung, sondern vielmehr eine Umgehung der Vorschriften für das Bauen ausserhalb der Bauzone bezweckt werde (a.a.O., E. 5.2 f.). Für das Bundesgericht bestand demnach kein Anlass, die laufende Revision des kommunalen Nutzungsplans abzuwarten und vorerst auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verzichten, weil sich die geplante Gartenzone ohnehin als bundesrechtswidrig erwiesen hätte.

## **E. 2.2**

Soweit die Beschwerdeführenden geltend machen, den hiervor zitierten Bundesgerichtsurteilen komme im vorliegenden Verfahren keine Bedeutung zu, weil es sich um andere Grundstücke und Parteien handle, kann ihnen gestützt auf die obigen Ausführungen nicht gefolgt werden. Thema war in diesen Verfahren wie auch im vorliegenden, ob die damals noch beabsichtigte Anpassung der Nutzungsplanung der Gemeinde Wollerau (Schaffung einer Gartenzone), mit der die ohne Bewilligung errichteten Bauten und Anlagen hätten legalisiert werden sollen, dem angeordneten Rückbau entgegensteht. Die Vorinstanz hat die bundesgerichtlichen Urteile vom 3. Juli 2019 somit zu Recht bei der Entscheidungsfindung herangezogen.

## **E. 2.3**

Für das vorliegende Verfahren stellt sich - analog der Verfahren 1C\_443/2018 und 1C\_444/2018 - die Frage, ob aufgrund der hängigen Nutzungsplanrevision einstweilen auf den Rückbau zu verzichten ist. Diese Frage durfte die Vorinstanz unter Hinweis auf das hiervor Ausgeführte (E. 2.1) verneinen, ohne gegen Bundesrecht zu verstossen. Nicht nur wäre eine solche Gartenzone aus den bereits genannten Gründen nicht genehmigungsfähig. Eine entsprechende Anpassung der Nutzungsplanung ist auch gar nicht mehr beabsichtigt: Gemäss dem angefochtenen Entscheid hat der Gemeinderat Wollerau die Gartenzone aus der Planungsvorlage gestrichen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden steht der angefochtene Entscheid sodann auch nicht im Widerspruch zum verwaltungsgerichtlichen Entscheid vom 28. August 2018. Die Vorinstanz hielt im ersten

Rechtsgang fest, werde die Teilrevision der Nutzungsplanung "verworfen" oder werde ihr die regierungsrätliche Genehmigung versagt, habe der Rückbau unverzüglich zu erfolgen. Nachdem die Gartenzone aus der Vorlage gestrichen, mithin verworfen worden ist, braucht der Genehmigungsbeschluss des Regierungsrates nicht abgewartet zu werden. Dass die Neubeurteilung des Wiederherstellungsbefehls im Urteil des ersten Rechtsgangs vom rechtskräftigen Abschluss der Nutzungsplanrevision abhängig gemacht worden wäre, wie die Beschwerdeführenden sinngemäss geltend machen, ist nicht ersichtlich. Damit gehen die Ausführungen zum Koordinationsgebot und zur Anfechtbarkeit des kommunalen Planungsentscheids an der Sache vorbei.

### **E. 3**

Des Weiteren sind die Beschwerdeführenden der Auffassung, die umstrittene Weganlage sei bereits bewilligt bzw. einer nachträglichen Bewilligung zugänglich.

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz gelangte bereits im Entscheid vom 28. August 2018 zum Schluss, die Weganlage sei weder bewilligt noch könne sie (nach geltendem Recht) nachträglich bewilligt werden. Die Beschwerdeführenden sind der Ansicht, beim Urteil des ersten Rechtsgangs handle es sich um einen Zwischenentscheid, der gemäss Art. 93 Abs. 3 BGG nicht in Rechtskraft erwachsen sei. Für ihre These spricht, dass die Vorinstanz mit ihrem Entscheid vom 28. August 2018 das Wiederherstellungsverfahren faktisch aufschob. Zwar hob sie den Rückbaubefehl formell auf, machte jedoch den Ausgang des Wiederherstellungsverfahrens vom weiteren Verlauf der Nutzungsplanrevision abhängig. Mit diesem Inaussichtstellen eines weiteren Entscheids gab die Vorinstanz zum Ausdruck, dass sie das Verfahren im damaligen Zeitpunkt noch nicht als abgeschlossen betrachtete. Den Abschluss des Verfahrens bewirkte erst der dem angefochtenen Entscheid zugrunde liegende erneute Rückbaubefehl. Entsprechend sind die Beschwerdeführenden gemäss Art. 93 Abs. 3 BGG auch mit ihrer Kritik zuzulassen, soweit sie sich gegen die Erwägungen im Entscheid vom 28. August 2018 richtet, auf welche die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid (teilweise) verweist.

#### **E. 3.2**

Entgegen den Beschwerdeführenden kann nicht die Rede davon sein, die "hobbymässige Gartennutzung" der in der Landwirtschaftszone gelegenen Teilfläche der Parzelle KTN 1450 und damit - im Sinne einer lediglich untergeordneten Abänderung bzw. massvollen Erweiterung - der strittige Fussweg seien bereits rechtskräftig bewilligt worden. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, wäre eine allfällige Bewilligung des Gemeinderats unbeachtlich, die ohne Mitwirkung des kantonalen Amtes erfolgt wäre. Die Zustimmung der zuständigen kantonalen Behörde für Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone ( Art. 25 Abs. 2 RPG [SR 700]) stellt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein unentbehrliches, konstitutiv wirkendes Element dar; besteht Klarheit darüber, dass die kantonale Zustimmung auch nachträglich nicht erteilt wird, ist die kommunale Bewilligung wegen des schwerwiegenden Mangels gar als nichtig zu betrachten (vgl. BGE 111 Ib 213 E. 5b; Urteil 1C\_15/2022 vom 7. August 2023 E. 5.3 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführenden behaupten nicht, die Gartenanlage als solche oder der vom strittigen Rückbaubefehl erfasste, in der Landwirtschaftszone gelegene befestigte Fussweg seien vom kantonalen Amt für Raumentwicklung unter dem Titel von Art. 16a oder Art. 24 ff. RPG bewilligt worden. Aus dem Vorgehen des Amtes, das von Anfang an den Rückbau forderte, kann

ohne Weiteres gefolgert werden, dass es seine Zustimmung auch nachträglich verweigert hat. Selbst wenn der Gemeinderat im Zusammenhang mit der Gestaltung bzw. Nutzung der südlichen, ausserhalb der Bauzone gelegenen Parzellenfläche eine Bewilligung erteilt hätte, vermöchte sie demnach keine Rechtswirkungen zu entfalten. Folglich können sich die Beschwerdeführenden nicht auf einen bereits bewilligten Zustand berufen.

### **E. 3.3**

Als möglichen Bewilligungstitel nennen die Beschwerdeführenden Art. 24c RPG. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, handelt es sich beim Fussweg nicht um eine altrechtliche Anlage im Sinne dieser Bestimmung (vgl. dazu Urteile 1C\_321/2023 vom 12. Juli 2024 E. 3.1; 1C\_15/2022 vom 7. August 2023 E. 5.5), wurde er doch unbestrittenermassen im Jahr 2003 erstellt. Was die Beschwerdeführenden aus der Praxis zu Abbruch und Wiederaufbau von ursprünglich zonenkonformen, nicht mehr landwirtschaftlich genutzten Wohnhäusern vorliegend zu ihren Gunsten ableiten wollen, ist nicht ersichtlich. Eine Ausnahmebewilligung gestützt auf Art. 24c RPG scheidet damit aus.

### **E. 3.4**

Die weiteren Ausführungen in der Beschwerde scheinen sich auf die Standortgebundenheit im Sinne von Art. 24 lit. a RPG zu beziehen. Die Beschwerdeführenden bringen vor, die Weganlage sei für die - in der Landwirtschaftszone zulässige - Pflege der Grünfläche erforderlich. Nach den verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz ( Art. 105 Abs. 1 BGG ) betrage der Höhenunterschied zwischen dem Südrand des Wohnhauses der Beschwerdeführenden bis zur südlichen Grenze der Parzelle rund 6 m, was bei einer Distanz von rund 50 m einer Steigung von durchschnittlich 12 % entspreche. Die Beschwerdeführenden monieren in diesem Zusammenhang, die Vorinstanz habe ihren Antrag auf Durchführung eines Augenscheins zu Unrecht verweigert. Ergibt sich der rechtlich relevante Sachverhalt wie hier mit hinreichender Klarheit aus den Akten und sind von einer Begehung vor Ort keine neuen, entscheiderelevanten Erkenntnisse zu erwarten, darf auf einen beantragten Augenschein in willkürfreier antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden (vgl. BGE 141 I 60 E. 3.3; Urteil 1C\_551/2022 vom 16. April 2024 E. 3.4). Soweit die Beschwerdeführenden geltend machen, die Bedeutung einer Steigung von 12 % sei "nur vor Ort erfahrbar", kann ihnen nicht gefolgt werden. Der Vorinstanz ist keine Gehörsverletzung ( Art. 29 Abs. 2 BV ) vorzuwerfen, indem sie auf einen Augenschein verzichtet hat. Die Vorinstanz bestätigt im angefochtenen Entscheid die Ansicht des kantonalen Amtes für Raumentwicklung, wonach für das Mähen des Rasens und das Abführen des Schnittguts der Weg nicht erforderlich sei, wie dies eine Vielzahl landwirtschaftlicher Grundstücke ohne Weganlage und ähnlicher Exposition aufzeige. Der Schluss, eine Grünfläche an einem Hang mit einer Steigung von 12 % könne auch ohne befestigten Fussweg unterhalten werden, ist nachvollziehbar. Bezeichnenderweise legen die Beschwerdeführenden denn auch nicht schlüssig dar, für welche konkreten Unterhaltsarbeiten auf der Parzelle sie auf den Weg in seiner aktuellen Ausgestaltung - mit Bordsteineinfassung und eingewalztem Kiesbelag - angewiesen seien. Somit kann die Weganlage auch nicht als standortgebunden im Sinne von Art. 24 lit. a RPG qualifiziert werden.

### **E. 3.5**

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die strittige Weganlage weder bereits bewilligt worden noch einer nachträglichen Bewilligung zugänglich ist.

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführenden sind sodann der Meinung, es widerspreche Treu und Glauben, einen Rückbau nach mehr als 20 Jahren anzuordnen, weil die kantonalen und kommunalen Behörden früher ihrer "Überwachungspflicht" nicht nachgekommen seien, obwohl die Weganlage von aussen ohne Weiteres sichtbar sei. Die Abweichung vom gesetzmässigen Zustand sei zudem minim.

##### **E. 4.1**

Werden illegal errichtete, dem Raumplanungsrecht widersprechende Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone nicht beseitigt, sondern auf unabsehbare Zeit geduldet, so wird der Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet infrage gestellt und rechtswidriges Verhalten belohnt. Formell rechtswidrige Bauten, die nachträglich nicht bewilligt werden können, sind daher grundsätzlich zu beseitigen (vgl. BGE 147 II 309 E. 5.5; 136 II 359 E. 6; je mit Hinweisen). Die Anordnung des Abbruchs bereits erstellter Bauten und Anlagen kann jedoch nach den allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts (ganz oder teilweise) ausgeschlossen sein. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unverhältnismässig wäre. Überdies können Gründe des Vertrauensschutzes einer Wiederherstellung entgegenstehen ( BGE 136 II 359 E. 6; 132 II 21 E. 6; Urteil 1C\_280/2022 vom 15. März 2024 E. 4.2; je mit Hinweisen).

##### **E. 4.2**

Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann sich aus Vertrauensschutzgründen insbesondere dann als unzulässig erweisen, wenn die Baupolizeibehörden den baurechtswidrigen Zustand über Jahre hinaus duldeten, obschon ihnen die Gesetzeswidrigkeit bekannt war oder sie diese bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätten kennen müssen. Darauf kann sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber nur berufen, wer selbst im guten Glauben handelte, sprich bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, zur Bauausführung oder Nutzung berechtigt zu sein ( BGE 136 II 359 E. 7.1; Urteile 1C\_510/2023 vom 16. April 2024 E. 5.5; 1C\_280/2022 vom 15. März 2024 E. 4.2 und 4.7.3; je mit Hinweisen). Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, darf die Notwendigkeit einer kantonalen Mitwirkung für bauliche Massnahmen ausserhalb der Bauzone ( Art. 25 Abs. 2 RPG ) grundsätzlich als bekannt vorausgesetzt werden (vgl. statt vieler Urteil 1C\_78/2023 vom 30. Oktober 2023 E. 4.3 mit Hinweisen). Zudem ergibt sich aus dem angefochtenen Entscheid, den Beschwerdeführenden sei der Zonengrenzverlauf bei der Errichtung der Weganlage bewusst gewesen. Die Beschwerdeführenden führen demgegenüber keine überzeugenden Argumente ins Feld, die für ihre Gutgläubigkeit sprechen würden. Bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt hätten sie erkennen müssen, dass die Errichtung des befestigten Fusswegs auf dem ausserhalb der Bauzone gelegenen Teil ihrer Parzelle einer (Ausnahme-) Bewilligung des zuständigen kantonalen Amtes bedurft hätte. Folglich vermögen sie sich von vornherein nicht auf die behauptete jahrelange Duldung des rechtswidrigen Zustands im Sinne eines Vertrauenstatbestands zu berufen.

##### **E. 4.3**

Die Abweichung vom gesetzmässigen Zustand kann sodann nicht als unbedeutend bezeichnet werden. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Beseitigung rechtswidriger Bauten ausserhalb der Bauzone der Durchsetzung des für die Raumplanung fundamentalen Prinzips der Trennung des Baugebiets vom Nichtbaugebiet dient (vgl. BGE 147 II 309 E.

5.5 mit Hinweisen). Nach Auffassung der Vorinstanz zeuge der Zick-Zack-Weg von einer künstlich geschaffenen Anlage, wie sie in der Landwirtschaftszone gemeinhin in dieser Ausprägung fremd sei. Ein Bezug zur Landwirtschaftszone sei nicht abzulesen. Es werde vielmehr der Eindruck geweckt, die fragliche Parzellenfläche befinde sich ebenfalls noch im Baugebiet. Im Gesamtentscheid vom 20. Oktober 2022 wurde die Weganlage zudem als landschaftsarchitektonisches Element qualifiziert. Ein Blick auf die sich in den Akten befindende Planeingabe und die auf dem Geoinformationssystem des Kantons Schwyz öffentlich zugänglichen Luftbildaufnahmen (zu deren Notorietät vgl. Urteil 1C\_285/2022 vom 25. Juni 2024 E. 2.2 mit Hinweisen) bestätigt diese Einschätzungen. Von einer bloss minimalen Abweichung vom gesetzmässigen Zustand kann daher keine Rede sein. Nicht zu hören sind die Beschwerdeführenden mit ihrem Argument, infolge des Zeitablaufs sei inzwischen natürlicherweise eine Begrünung eingetreten, die einen Rückbau obsolet werden lasse. Dabei handelt es sich um ein neues tatsächliches Vorbringen, das vor Bundesgericht unzulässig ist ( Art. 99 Abs. 1 BGG ; vgl. BGE 143 V 19 E. 1.2). Damit gebietet das gewichtige öffentliche Interesse an der Verhinderung einer schleichenden Ausdehnung der Bauzone ins Nichtbaugebiet den Rückbau der Weganlage (vgl. Urteil 1C\_321/2023 vom 12. Juli 2024 E. 5.2). Selbst wenn die Beschwerdeführenden gutgläubig vom Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung hätten ausgehen dürfen, stünde der Trennungsgrundsatz, der das geringe private Interesse der Beschwerdeführenden am Erhalt des Fusswegs klar überwiegt, einer Duldung der Anlage entgegen. So werden etwa keine erheblichen Investitions- oder Wiederherstellungskosten geltend gemacht. Der Rückbaubefehl ist damit nicht nur geeignet und erforderlich für die Erreichung des öffentlichen Interesses, sondern für die Beschwerdeführenden auch ohne Weiteres zumutbar.

#### **E. 4.4**

Schliesslich sind die Beschwerdeführenden der Auffassung, die Anordnung einer Unterhaltspflicht für die Begrünung der Wegfläche sei aufzuheben, ohne diesbezüglich eine Bundesrechtsverletzung darzutun. Die Vorinstanz legt im angefochtenen Entscheid dar, wie der diesbezügliche Passus der Wiederherstellungsanordnung zu verstehen sei und weshalb ohne Nachteil zulasten der Beschwerdeführenden auf dessen Streichung verzichtet werden könne. Damit setzen sich die Beschwerdeführenden nicht auseinander, weshalb es auch diesbezüglich mit dem angefochtenen Entscheid sein Bewenden hat (vgl. Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ).

#### **E. 4.5**

Der streitige Rückbaubefehl erweist sich demnach weder als unverhältnismässig noch stehen im Gründe des Vertrauensschutzes entgegen.

#### **E. 5**

Die Beschwerde ist aus den genannten Gründen abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführenden unter solidarischer Haftung aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG ). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen ( Art. 68 Abs. 1-3 BGG ).