

# **BGer 1C\_718/2020 vom 21. Juni 2022**

Bundesgericht, 2022-06-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_718\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_718_2020)

FR: TF 1C\_718/2020 du 21 juin 2022

IT: TF 1C\_718/2020 del 21 giugno 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist ein Endentscheid einer letzten kantonalen Instanz in einer baurechtlichen Angelegenheit. Dagegen steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen ( Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 sowie Art. 90 BGG ); ein Ausnahmegrund im Sinne von Art. 83 ff. BGG ist nicht gegeben. Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren unterlegen, Baugesuchstellerin sowie Adressatin des angefochtenen Entscheids und damit gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerde legitimiert. Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Eine entsprechende Sachverhaltsrüge ist substantiiert vorzubringen (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 147 I 1 E. 3.5). Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen; auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid geht es nicht ein ( BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen).

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin rügt die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung in Bezug auf die Einordnung des mit grauen Tonziegeln versehenen Dachs als rechtsfehlerhaft im Sinne von Art. 97 Abs. 1 BGG i.V.m. Art. 29 Abs. 2 BV . Der rechtserhebliche Sachverhalt sei in Verletzung des rechtlichen Gehörs festgestellt worden. Das Bau- und Justizdepartement habe am 17. Juni 2020 einen Augenschein durchgeführt. Jedoch sei dieser weder protokolliert worden noch existierten Fotografien davon. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergebe sich hingegen eine Protokollierungspflicht, die gewährleiste, dass der Augenschein für die Entscheidfällung und für spätere Rechtsmittelverfahren eine verlässliche Grundlage bilde. Die Vorinstanz habe sich einzig auf das sich in den Akten befindliche Luftbild, auf die von ihr, der Beschwerdeführerin, eingereichten Bilder aus Google Earth und auf die auf einer Webseite publizierten Bilder des visualisierten Bauprojekts abgestützt. Trotz eines entsprechenden Antrags habe die Vorinstanz keinen eigenen Augenschein durchgeführt.

### **E. 3.2**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde sowie zur

Aufhebung des angefochtenen Entscheids (vgl. BGE 144 I 11 E. 5.3 ; 137 I 195 E. 2.2). Diese Rüge ist daher vorweg zu behandeln.

Der Gehörsanspruch räumt der betroffenen Person namentlich das Recht ein, erhebliche Beweise beizubringen, mit solchen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken. Diesem Mitwirkungsrecht entspricht die Pflicht der Behörden, die Argumente und Verfahrensanträge der Parteien entgegenzunehmen und zu prüfen, sowie die ihr rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweismittel abzunehmen ( BGE 138 V 125 E. 2.1 mit Hinweisen; Urteil 1C\_285/2021 vom 17. Dezember 2021 E. 2.2). Keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegt vor, wenn ein Gericht auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, weil es auf Grund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde ( BGE 145 I 167 E. 4.1 ; 136 I 229 E. 5.3; Urteil 2C\_592/2020 vom 28. April 2022 E. 6.2; je mit Hinweisen).

### **E. 3.3.1**

Den Ausführungen der Beschwerdeführerin ist zu entnehmen, dass "bei der Abnahme Rohbauvollendung" Gespräche über die Ziegelfarbe stattgefunden hätten. Weil die Baukommission auf dem Rückbau beharrt habe, sie sich damit aber nicht habe einverstanden erklären können, habe die Baukommission nach Gewährung des rechtlichen Gehörs am 7. Januar 2020 die dem vorliegenden Verfahren zu Grunde liegende Änderungsverfügung erlassen. Dagegen habe sie Beschwerde beim Bau- und Justizdepartement erhoben, das einen Augenschein durchgeführt habe, der abgesehen von der Einladung aber nicht aktenkundig sei.

### **E. 3.3.2**

In seiner Vernehmlassung an das Bundesgericht bestätigt das Bau- und Justizdepartement, dass am 17. Juni 2020 ein Augenschein stattgefunden hat. Auf die Erstellung eines Protokolls zum Augenschein vom 17. Juni 2020 sei aber bewusst verzichtet worden. Gemäss §13ter des Gesetzes des Kantons Solothurn vom 15. November 1970 über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG/SO; BGS 124.11) seien in der Regel keine Protokolle über Beweiserhebungen zu führen, wenn die rechtlich erheblichen Tatsachen in die Entscheidungsbegründung einflössen. Vorliegend hätten die anlässlich des Augenscheins gemachten Feststellungen Eingang in die Erwägung 7 der Verfügung vom 26. Juni 2020 gefunden. Diese Erwägung lautet wie folgt:

" Sowohl in der Kernzone als auch in der Kernerweiterungszone dominieren die roten, rotbraunen und braunen Dachfarben. Die vorliegende Ziegelfarbe fällt in der nahen Umgebung nicht nur aufgrund ihrer grauen Farbe, sondern auch aufgrund ihrer Helligkeit auf. Die graue Dachfarbe fügt sich in die Umgebung schlecht ein. Die Dächerlandschaft ist prägend für die Kern- und Kernerweiterungszone. Dementsprechend sind im Zonenreglement diverse Regelungen anzutreffen, welche das Dach betreffen, wie Dachform, Dachneigung, Bedachungsmaterial und Dachaufbauten (§ 7 Abs. 5 des Zonenreglements). Damit soll bezweckt werden, dass die Dächerlandschaft eine aufeinander abgestimmte Einheit bilden. Gerade dies wird durch die grauen Dachziegel nicht gewährleistet. Die grauen Ziegel sind deshalb nicht bewilligungsfähig."

Weiter führt das Bau- und Justizdepartement aus, anlässlich des Augenscheins vom 17. Juni 2020 habe die Baukommission mit der Beschwerdeführerin vereinbart, erneut zu

verhandeln, weshalb rechtsprechungsgemäss kein Protokoll nötig sei. Mit Verfügung vom 26. Juni 2020 wies das Bau- und Justizdepartement die Beschwerde ab.

### **E. 3.3.3**

Selbst wenn der Argumentation des Bau- und Justizdepartements gefolgt werden könnte, ist der genannten Erwägung weder zu entnehmen, dass am 17. Juni 2020 überhaupt ein Augenschein stattgefunden hat, noch sind darin die Ergebnisse des Augenscheins oder die wesentlichen Äusserungen der Parteien wiedergegeben oder gewürdigt. Ob das Bau- und Justizdepartement damit den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt hat (vgl. insbesondere BGE 142 I 86), bildete nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens. Fest steht aber, dass zum Augenschein vom 17. Juni 2020 weder ein Protokoll noch eine fotografische Dokumentation existiert und sich das Bau- und Justizdepartement in der Verfügung vom 26. Juni 2020 auch nicht in einer Weise mit dem Augenschein auseinandergesetzt hat, die die Vorinstanz in die Lage versetzt hätte, die Sachverhaltsgrundlagen der bei ihr angefochtenen Verfügung zu überprüfen.

### **E. 3.4.1**

Wie bereits im Verfahren vor dem Bau- und Justizdepartement ging es auch im vorinstanzlichen Verfahren in erster Linie um die Bewilligungsfähigkeit der grauen Ziegel in der Kernerweiterungszone der Einwohnergemeinde Witterswil.

Die Vorinstanz stützte sich bei der Prüfung der Bewilligungsfähigkeit soweit ersichtlich allein auf ein sich in den Akten befindendes Luftbild und auf die von der Beschwerdeführerin eingereichte "Fotodokumentation Google". In letzterer ist jedoch weder das Mehrfamilienhaus mit dem vorliegend streitigen Dach abgebildet noch ist ersichtlich, welche Strassenzüge und Gebäude auf den Fotos zu sehen sind. Wie sich aus der Beschwerde an die Vorinstanz zudem ergibt, diente diese Fotodokumentation der Beschwerdeführerin in erster Linie dazu, "die gewachsene Einheit in Vielfalt" und die heterogene Baustruktur in der Kernerweiterungszone sowie die ästhetisch unbefriedigende Wirkung einer grauen Fassade mit einem roten Dach aufzuzeigen. In Erwägung 5.4 ihres Urteils stellte die Vorinstanz zudem auf zwei Fotos ab - einerseits eine Fotomontage aus dem Internet mit rotbraunem Dach, das Grundlage für das Baugesuch gewesen und so bewilligt worden sei, und andererseits ein nicht näher spezifiziertes Foto des ausgeführten grauen Dachs. Aus dem Vergleich leitete die Vorinstanz sodann her, dass eine "erhebliche Abweichung und die ungenügende Eingliederung klar ersichtlich" werde. Die Vorinstanz kam mithin nicht ohne Bilder der erstellten Baute und ihrer Umgebung aus.

### **E. 3.4.2**

Demgegenüber hat die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde an die Vorinstanz verschiedentlich die Durchführung eines Augenscheins beantragt. Die Vorinstanz ging darauf jedoch nicht ein. Weder führte sie aus, aus welchen Gründen auf die Abnahme eines Augenscheins verzichtet werden kann, noch legte sie dar, inwiefern sich der rechtlich relevante Sachverhalt für sie in genügender Weise aus den ihr vorliegenden Akten ergeben haben soll. Das Bau- und Justizdepartement als untere Instanz hielt die Durchführung eines Augenscheins wie erwähnt für erforderlich, um die rechtserheblichen Verhältnisse vor Ort festzustellen (vgl. vorne E. 3.3). Bis auf die für eine zuverlässige Sachverhalts- und Rechtskontrolle nicht genügende E. 7 in der Verfügung vom 26. Juni 2020 lagen der Vorinstanz soweit ersichtlich jedoch keine verwertbaren Erkenntnisse aus dem Augenschein der unteren Instanz oder andere Beweismittel, Unterlagen oder

Stellungnahmen vor.

Bei dieser Ausgangslage ist mangels entsprechender Begründung der Vorinstanz nicht nachvollziehbar, ob und aus welchen Gründen sie auf die Durchführung des von der Beschwerdeführerin beantragten Augenscheins verzichten konnte: Auch vor der Vorinstanz stellte sich nämlich die bereits im vorangehenden Verfahren umstrittene, gestalterische Frage nach der Einordnung der bestehenden Baute in die Kernerweiterungszone von Witterswil. Erachtet die untere Instanz in dieser Situation einen Augenschein für erforderlich, dokumentiert sie diesen aber nicht in einer Weise, die der Vorinstanz eine Sachverhalts- und Rechtskontrolle erlaubt, kann letztere den Antrag auf Durchführung eines Augenscheins nach Massgabe von Art. 29 Abs. 2 BV nicht ohne Weiteres übergehen. Sie hat den Augenschein vielmehr zu wiederholen, die Sache an die untere Instanz zur Durchführung eines rechtsgenügend dokumentierten Augenscheins (vgl. insbesondere BGE 142 I 86 ) zurückzuweisen oder jedenfalls aufzuzeigen, inwieweit ein Augenschein für die Beurteilung der sich stellenden Rechtsfragen gar nicht erforderlich ist.

Hier zog die Vorinstanz bloss ein Luftbild, eine Fotodokumentation der Beschwerdeführerin (ohne Abbildung des umstrittenen Gebäudes) sowie eine Fotomontage (mit rotem Dach) und ein nicht näher spezifiziertes Foto des ausgeführten grauen Dachs heran. Mit Blick auf den Umstand, dass die untere Instanz einen Augenschein für erforderlich hielt, ist nicht ersichtlich, inwieweit diese Unterlagen für sich alleine eine verlässliche Beurteilung der Bewilligungsfähigkeit zulassen würden, zumal sich die Vorinstanz dazu ungeachtet des Beweisantrags der Beschwerdeführerin auch nicht äussert. Mithin rügt die Beschwerdeführerin zu Recht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV .

### **E. 3.5**

Die Gehörsverletzung kann wegen der beschränkten Kognition des Bundesgerichts in Sachverhaltsfragen ( Art. 97 und 105 BGG ; vgl. oben E. 2) im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht geheilt werden (vgl. BGE 142 I 86 E. 2.7). Die Beschwerde ist daher bereits aus diesem Grund und ohne Prüfung der weiteren Rügen der Beschwerdeführerin gutzuheissen.

### **E. 4**

Nach diesen Erwägungen ist die Beschwerde gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben. Die Sache ist zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend (vgl. BGE 141 V 281 E. 11.1 mit Hinweis). Gerichtskosten werden keine erhoben ( Art. 66 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 BGG ). Die Einwohnergemeinde Witterswil hat der Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung auszurichten ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

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