

NW_GERICHTE VA 23 30 vom 24. Juni 2024

NW Gerichte, 2024-06-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_VA 23 30](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_VA_23_30)

FR: NW_GERICHTE VA 23 30 du 24 juin 2024

IT: NW_GERICHTE VA 23 30 del 24 giugno 2024

Erwägungen

E. 1

Angefochten ist der RRB-Nr. 593 vom 14. November 2023, mit dem die Vorinstanz eine Verwaltungsbeschwerde des Beschwerdeführers und des Pächters abgewiesen hat. Letztinstanzliche Entscheide einer Verwaltungsbehörde – worunter auch der Regierungsrat fällt (Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Ziff. 2 VRG) – können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden (Art. 89 Abs. 1 VRG). Zuständig ist die Verwaltungsabteilung, die in Fünferbesetzung entscheidet (Art. 31, Art. 33 Ziff. 3 und Art. 38 Abs. 1 GerG [NG 261.2]). Das angerufene Verwaltungsgericht ist örtlich wie sachlich zuständig. Zur Beschwerde ist berechtigt, wer formell und materiell beschwert ist, d.h. wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 70 Abs. 1 Ziff. 1 VRG), durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist (Ziff. 2) und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheids hat (Ziff. 3). Der Beschwerdeführer ist Adressat des angefochtenen Entscheids. Er unterlag im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträgen, indem seine Verwaltungsbeschwerde abgewiesen wurde, und wurde kostenpflichtig. Demnach ist er beschwerdeberechtigt. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist binnen 20 Tagen seit Eröffnung des Entscheides einzureichen (Art. 71 Abs. 1 VRG) und hat den Formerfordernissen gemäss den Art. 73 f. VRG zu genügen. Die Rechtsvorkehr erfolgte frist- und formgerecht. Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 6. Dezember 2023 ist demnach einzutreten.

E. 2

Unumstritten und von der Vorinstanz zutreffend festgestellt wurde, dass Gegenstand dieses Verfahrens die südliche Gartenterrasse des Betriebs «D.____» ist, deren Bau bzw. rechtmässiger Bestand bis dato in keinem formellen Bewilligungsverfahren geprüft worden ist. Der Betrieb befindet sich auf der Parz. Nr. aa, GB X.____, und damit innerhalb der Bauzone. Strittig ist in tatsächlicher Hinsicht, wann sich bauliche oder Nutzungsänderungen dieser Südterrasse ergeben haben. In Nachachtung der sich stellenden Rechtsfrage interessiert namentlich die Sachlage im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids (14. November 2023) bzw. in den dreissig Jahren davor.

E. 7

■ 23 3. 3.1 Hier wesentlich kam die Vorinstanz in E. 2.5.4.3-2.5.4.5 S. 19 ff. des angefochtenen Entscheids in tatsächlicher Hinsicht zum Schluss, es sei erstellt, dass auf der ursprünglichen, kleinräumigeren, südlichen Terrasse des Restaurants spätestens seit dem Jahr 1989/1990 (dokumentiert) gewirtet werde. Es stehe aber nicht fest, seit wann die heutige südliche Terrasse in dieser Dimensionierung vorliege. Aufgrund des Baubewilligungsverfahrens im Zusammenhang mit der unterirdischen Kellererweiterung

aus dem Jahre 1991 stehe aufgrund der ins Recht gelegten Beweismittel fest, dass die ursprünglich genutzte südliche Terrasse neu erstellt und dabei zunächst in südlicher Richtung erweitert worden sei. Die Vornahme der beschriebenen Änderung beziehungsweise Erweiterung könne in zeitlicher Hinsicht nicht verbindlich eingeordnet werden. Es sei jedoch davon auszugehen, dass diese Erweiterung neueren Datums sei und nicht bereits im Zusammenhang mit der unterirdischen Kellererweiterung im Jahre 1991, sondern erheblich später erfolgt sei. Die südliche Terrasse habe in der Folge erneut eine zusätzliche, jedoch undatierte Änderung beziehungsweise Erweiterungen erfahren. Die südliche Terrasse sei so verändert worden, dass eine Abgrenzung mit einem Grünhag erfolgt sei. Zudem sei diese Terrasse so gestaltet worden, dass auf dieser jeweils zwei Vierertische quer aufgestellt werden könnten und ein ausreichender Zugang zu den Tischen gewährleistet sei. Des Weiteren sei auf der südlichen Terrasse der Bereich ennet der Treppe zur unterliegenden, westlichen Terrasse hinunter eine Erweiterung vorgenommen worden. 3.2 Der Beschwerdeführer moniert mit Beschwerde eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts. Die südliche Terrasse habe seit vor Inkrafttreten des RPG 1980 bestanden. Im Jahr 1990 sei eine Unterkellerung unter der bestehenden südlichen Terrasse bewilligt worden. Aus den Unterlagen ergebe sich, dass die bestehende südliche Terrasse nach Vornahme der Unterkellerung identisch wiedererstellt worden sei. Sie bestehe demzufolge seit mindestens damals, das heisst seit 1990, unverändert im heutigen Ausmass. Die Vorinstanz ignoriere die dies bestätigenden, schriftlichen Erklärungen von Voreigentümer, Vorpächter und Nachbarn (vi-BF1-A-2-5), deren Zeugeneinvernahme im Übrigen auch beantragt worden sei. Namentlich G. __, Restaurantpächter von 1986-1992, könne bestätigen, dass die südliche Terrasse während der gesamten Pachtdauer im heutigen Ausmass bestanden habe und bewirtschaftet worden sei.

E. 8

■ 23 Auch weitere für eine längere, unveränderte Existenz der südlichen Terrasse sprechende Urkundenbeweise (vi-BF1-A-7, 10-11, vi-BF1-C-13) habe die Vorinstanz in ihrer Würdigung nicht berücksichtigt (Beschwerde Ziffn. 22-32 S. 7-10). Unrichtig seien auch die Feststellungen, wonach die südliche Terrasse im Zusammenhang mit der Unterkellerung (bzw. danach) erweitert worden sei. Aus den Fotos, auf welche die Vorinstanz abstützte, sei kein Unterschied in der Grösse der Terrasse zu erkennen – diese seien bloss aus unterschiedlichen Winkeln aufgenommen worden, es stünden dort unterschiedlich grosse Tische und die Hecke sei nicht identisch zurückgeschnitten. Wie schon damals bestehe bis heute dieselbe Markisen-Vorrichtung, welche die gesamte Breite der südlichen Terrasse ausschöpfe. Daraus sei ersichtlich, dass die Terrasse nicht verbreitert worden sei. Nach der Wiederherstellung nach Unterkellerung habe sich einzig die Abgrenzung geändert, indem nachträglich eine Thujahecke – anstelle eines bei der Unterkellerung entfernten bzw. begrenzten Mauerchens – gepflanzt worden sei. Das sei die einzige Änderung nach 1990 gewesen. Eine Erweiterung der südlichen Terrasse im «Bereich ennet der Treppe» habe nicht stattgefunden und es sei nicht ersichtlich, wie die Vorinstanz zu diesem Schluss gelange (Beschwerde Ziffn. 33-39 S. 10-14). Die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz seien widersprüchlich, unvollständig und unrichtig. Die Vorinstanz habe anhand von unscharfen Fotoaufnahmen Behauptungen aufgestellt, ohne diese genau zu vergleichen. Die südliche Terrasse sei seit ihrer ursprünglichen Errichtung in der Nachkriegszeit weder umgebaut noch erweitert worden (Beschwerde Ziff. 40 S. 14 f.). 3.3 Soweit sich aus der Natur der Streitsache nichts anderes ergibt, sind für die Beurteilung der Verwaltungsbeschwerde die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im

Zeitpunkt des Ent- scheidendes massgebend (Art. 85 VRG). Gemäss Art. 92 VRG bleiben diese unverändert – also die «tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids» – auch für die Beurteilung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde relevant.

E. 9

■ 23 3.4 3.4.1 Aus diversen Aktenstellen ergibt sich, dass mit dem Betrieb «D.____» seit den Zwischenkriegs- jahren bis heute variierend gastgewerblich Personen bewirtet wurden, zunächst als Fremden- pension, später als Restaurant (s. bspw. vi-BF1-A-2-4, 8-9, 13). Zumindest teilweise fand diese Bewirtung dabei auch auf einer südlichen Terrasse statt (s. bspw. vi-BF1-A-2-4). Dementspre- chend ist die Südterrasse auch auf dem Situations- bzw. dem Umgebungsplan des Gestal- tungsplans «Z.____» vom 19. Februar 1990 eingezeichnet (vi-VII-A-36 S. 46 ff., insb. 62 f.). Am 13. August 1990 wurde ein Baugesuch für die Erstellung einer Autoeinstellhalle mit 19 Parkplätzen sowie zur Erstellung einer Trafostation EWN im Untergeschoss/Keller einge- reicht, was die Gemeinde am 5. November 1990 bewilligte (vi-VII-A-36 S. 74 ff.). Aufgrund der Bauprofile (vi-BF1-A-9 Foto 11) und nach Abgleich mit dem Bauplan (vi-VII-A-36 S. 102) ist ersichtlich, dass sich aufgrund der neuen Einstellhalle oberhalb eines Zugangs die Fläche der darüberliegenden Südterrasse – auf die westliche Seite hin – leicht mitvergrössern würde. Noch vor dem Baustart ersuchte die Bauherrschaft mit Schreiben vom 7. November 1990 und Änderungs-/Ergänzungsgesuch zusätzlich um eine gleichzeitige Erweiterung des Kellers (sog. «Unterkellerung»; vi-VII-A-36 S. 107 f.). Im Schreiben wird insbesondere festgehalten, dass gleichzeitig mit den Aushub- und Bauarbeiten unter der «bestehenden Südterrasse» eine Kel- lererweiterung realisiert werden solle. Dieser Keller werde nach Beendigung von aussen nicht mehr sichtbar sein und die Terrasse sei «in ihrer jetzigen Form wieder benutzbar» (vi-VII-A- 36 S. 86 f.). Dafür wurde am 21. Januar 1991 die Bewilligung erteilt (vi-VII-A-36 S. 103 ff.). Aus den Bauplänen ist neben der Kellererweiterung ein klassischer Querschnitt bzw. Aufbau einer Terrasse mit Nutzbelag ersichtlich (vi-VII-A-36 S. 102). Der Beschwerdeführer hat zu- dem eine Fotografie aus dem Jahr 1991 aufgelegt, auf welcher die nach der Unterkellerung mit neuem Boden und neuer Mauer instandgesetzte Südterrasse abgebildet ist (vi-BF1-A-9). Gemäss Bauabnahme-Protokoll vom 8. November 1991 wurden die Arbeiten abgenommen und gaben – mit Ausnahme einer Kanalisationssache – zu keinen Beanstandungen Anlass (vi-VII-A-36 S. 110). Es liegt ferner eine schriftliche Erklärung von G.____ vom 15. Juli 2021 vor. Dieser war von 1986 bis 1992, das heisst auch während des Unterkellerungsumbaus, Pächter des Restaurantbetriebs und bestätigt, dass die obere südliche Gartenterrasse bei der Über- nahme der Pacht bereits vorhanden gewesen sei. Ende der 80er-Jahre sei die Planung der Überbauung Z.____ gekommen. Dabei habe man den damaligen Eigentümer gebeten, die obere Gartenterrasse zu unterkellern und einen Getränke Keller mit Kühlzelle einzurichten. Gleich

E. 9.1.1

Gemäss Art. 116 Abs. 2 und 3 VRG richtet sich die Erhebung der amtlichen Kosten im verwal- tungsinternen Rechtsmittelverfahren unter Vorbehalt der Kostentragung nach dem Gebühren- gesetz (GebG; NG 265.5), im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht nach dem Prozesskos- tengesetz (PKoG; NG 261.2).

E. 9.1.2

Die amtlichen Kosten des verwaltungsinternen Beschwerdeverfahrens (inkl. Auslagen) betragen Fr. 4'910.– (angefochtenen Entscheid E. 2.11.2.2 S. 30). Deren Festlegung wird von keiner Partei beanstandet. Ausgangsgemäss sind sie gemäss Art. 122 Abs. 1 VRG den unterliegenden Beschwerdegegnern unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen. Sie sind anzuweisen, den Betrag innert 30 Tagen an die Finanzverwaltung des Kantons Nidwalden zu überweisen.

E. 9.1.3

Für das Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht beträgt die Gebühr Fr. 100.– bis Fr. 7'000.– (Art. 17 Abs. 1 PKoG). Die Gerichtsgebühr wird vorliegend ermessensweise (s. Art. 2 Abs. 1 PKoG) auf Fr. 3'000.– festgelegt und in Anwendung von Art. 122 Abs. 1 VRG den unterliegenden Beschwerdegegnern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt. Die Gebühr wird dem Kostenvorschuss des Beschwerdeführers in gleicher Höhe entnommen und ist damit bezahlt. Die Beschwerdegegner haben dem Beschwerdeführer den Betrag von Fr. 3'000.– intern und direkt zu ersetzen.

E. 9.2.1

Die Festlegung der Parteientschädigung richtet sich sowohl im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren als auch im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht nach dem PKoG (Art. 116 Abs. 2 und 3 VRG). Im Rechtsmittelverfahren ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine angemessene Entschädigung zu Lasten der unterliegenden Partei zuzuerkennen (Art. 123 Abs. 2 VRG). Stehen sich im Rechtsmittelverfahren Privatparteien gegenüber, hat in der Regel die unterliegende Privatpartei die Parteientschädigung zu tragen. Das Gemeinwesen hat einen angemessenen Teil der Parteientschädigung zu tragen, wenn ihm grobe Verfahrensfehler oder offenbare Rechtsverletzungen zur Last fallen (Art. 123 Abs. 3 VRG). Das ordentliche Honorar beträgt sowohl im verwaltungsinternen wie auch im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht als Kollegialgericht Fr. 400.– bis Fr. 6'000.– (Art. 46 Abs. 1, Art. 47 Abs. 2 PKoG), zuzüglich Auslagen und Mehrwertsteuer (Art. 52 ff. PKoG). Massgebend für die Festsetzung des Honorars innerhalb der in diesem Gesetz vorgesehenen Mindest- und Höchstansätze sind die Bedeutung der Sache für die Partei in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht, die Schwierigkeit der Sache, der Umfang und die Art der Arbeit sowie der Zeitaufwand (Art. 33 Abs. 1 PKoG).

E. 9.2.2

Für das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren beantragte der Beschwerdeführer mit Kostennote vom 23. Dezember 2022 eine Parteientschädigung von Fr. 5'158.30 (Honorar Fr. 4'650.–; Auslagen Fr. 139.50 [pauschal 3%]; MwSt. Fr. 368.80 [7.7%]). Diese liegt innerhalb des Honorarrahmens, ist angemessen und wird genehmigt. Die unterliegenden, privaten Beschwerdegegner sind unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, den Beschwerdeführer für das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren intern und direkt mit diesem Betrag zu entschädigen.

E. 9.2.3

Für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren beantragt der Beschwerdeführer mit Kostennote vom 10. Mai 2024 eine Parteientschädigung von Fr. 8'551.14 (Honorar Fr. 7'680.–; Auslagen Fr. 230.40 [pauschal 3%]; MwSt. Fr. 640.74 [8.1%]). Der Honorarrahmen wird damit wesentlich überschritten, ohne dass zuschlagsbegründende Umstände vorliegen (Art. 50 PKoG) oder sich eine Bemessung nach dem effektiven Zeitaufwand

rechtfertigen würde (Art. 34 Abs. 1 PKoG). Das Honorar wird unter Berücksichtigung der massgebenden Gesichtspunkte (Art. 33 PKoG) im oberen Bereich des Honorarrahmens auf Fr. 5'000.– und die Parteientschädigung damit auf Fr. 5'567.15 (Honorar Fr. 5'000.–; Auslagen Fr. 150.– [pau- schal 3%]; MwSt. Fr. 417.15 [8.1%]) festgesetzt. Die unterliegenden, privaten Beschwerde- gegner sind unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, den Beschwerdeführer für das Ver- fahren vor dem Verwaltungsgericht intern und direkt mit diesem Betrag zu entschädigen.

E. 10

■ 23 nach der Erbauung des Getränkekellers sei die obere Gartenterrasse wieder in den ursprüng- lichen Zustand gebracht worden (vi-BF1-A-5). Aus Wiedergegebenem erhellt sich, dass einerseits bereits vor dem Bauverfahren 1990/1991 bzw. der Unterkellerung eine Südterrasse bestanden hat, andererseits diese bei der bewillig- ten Unterkellerung zwischen 21. Januar 1991 (Bewilligung) und 8. November 1991 (Bauab- nahme) mit neuem Belag und erneuerter Mauer, aber in derselben Grösse (mit der genannten Ausnahme der minimalen westseitigen Erweiterung aufgrund der neuen Einstellhalle) instand- gesetzt wurde. Gegenteilige Anhaltspunkte ergeben sich aus den Akten keine. Ob die Fläche mit einer Hecke umgrenzt ist bzw. wie die Tische auf der Terrasse aufgestellt sind, spielt für das hier relevante Terrassenausmass keine Rolle. Der Feststellung der Vorinstanz, wonach die Vornahme der beschriebenen Änderung (Instandsetzung) beziehungsweise Erweiterung der Südterrasse in zeitlicher Hinsicht nicht verbindlich eingeordnet werden könne, kann dem- zufolge nicht beigeplichtet werden. Vielmehr ist erstellt, dass nach der Unterkellerung die Südterrasse in vorbestehender Grösse instandgesetzt wurde. Die Dimensionen – nach vorge- nommener Unterkellerung – im Jahr 1991 entsprachen damit mit genannter Ausnahme, im Wesentlichen der Darstellung im Situations- bzw. Umgebungsplan des Gestaltungsplans «Z. __» vom 19. Februar 1990 (vi-VII-A-36 S. 46 ff., insb. 62 f.). 3.4.2 Nach 1991 gab es für das Restaurant diverse Bauverfahren, welche die südliche Terrasse allesamt nicht betroffen haben (vi-VII-A-36 S. 117 ff.). Einem Baugesuch vom 17. August 2018 (vi-VII-A-36 S. 266 ff.) lagen aber Fotos der Südterrasse (vi-VII-A-36 S. 290) und ein Plan bei, in welchem die bestehende Südterrasse eingezeichnet ist (vi-VII-A-36 S. 284). Die auf dieses bewilligte Gesuch hin durchgeführten Arbeiten wurden von der Baupolizei anstandslos abgenommen (vi-VII-A-36 S. 291 f.). Ebenso ist auch bei den anderen zahlreichen Kontrol- len/Bauabnahmen, welche im Rahmen der diversen Bauverfahren auf der Parzelle stattgefün- den haben, die Dimensionierung der Südterrasse – geschweige denn deren Bestand – von der örtlichen Baupolizei nie zum Thema gemacht worden. Somit ergeben sich aus den Akten keine Anhaltspunkte dafür, dass es an der Südterrasse Änderungen, Erneuerungen bzw. Erweiterungen neueren Datums, das heisst nach 1991, ge- geben hat. Die diesbezügliche Feststellung der Vorinstanz, das sei zu vermuten oder aber unklar, ist nicht haltbar.

E. 11

■ 23 3.4.3 Aus einer Gegenüberstellung der einzigen aktenkundigen Planausschnitte aus dem Jahr 1990 (vor der Unterkellerung; Situations- bzw. Umgebungsplan des Gestaltungsplans «Z. __» vom 19. Februar 1990) bzw. dem Jahr 2018 (Beilage zum Baugesuch vom 17. August 2018) ergibt sich das Gegenteil der vorinstanzlichen Schlussfolgerungen. Daraus ist nämlich ersichtlich, dass die Südterrasse im Rahmen der Instandsetzung bei der Unterkellerung 1991 bzw. bis in das Jahr 2018 masslich grundsätzlich nicht erweitert wurde: (vi-VII-A-36 S. 62 f. [Ausschnitt]; vi-VII-A-36 S. 284

[Ausschnitt]) Einzige Ausnahme ist die kleine westseitige Vergrößerung links des Treppenabgangs zur unteren Westterrasse (deren im Situationsplan 1990 als «Gartenrestaurant» bezeichnet ist). Wie aufgezeigt erfolgt diese Vergrößerung indes im Zusammenhang mit der Erstellung der Einstellhalle, welche gleichzeitig mit der Unterkellerung vorgenommen wurde, das heisst im Jahr 1991. Davon abgesehen gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Terrasse nach der Instandsetzung im Jahr 1991 erweitert worden wäre. Es liegen ferner aktuelle Fotografien bei den Akten, aus denen sich im Vergleich zu 1991 lediglich eine Veränderung der Bepflanzung, nicht aber des Ausmasses der Südterrasse ergeben (vi-BG1-D-2). Ohne den Nachweis einer zwischenzeitlichen Änderung ist in Abweichung von der Ansicht der Vorinstanz damit in tatsächlicher Hinsicht festzustellen, dass die südliche Terrasse im Mindesten seit der Instandsetzung nach der Unterkellerung im Jahr 1991 in derselben Grösse besteht.

E. 12

■ 23 4. 4.1 Die Vorinstanz erwog weiter, es sei nicht ersichtlich, ob die südliche Terrasse vor allem privaten Zwecken oder auch der Öffentlichkeit als Gastwirtschaft gedient habe (E. 2.5.4.3 S. 19). In E. 2.9.2.6 S. 29 des angefochtenen Entscheids erwägt die Vorinstanz weiter, aus den Gastwirtschaftsbewilligungen lasse sich schliessen, dass die südliche Terrasse offiziell erst ab dem Jahr 1995 für den Restaurationsbetrieb genutzt worden sei. Mit Beschluss Nr. 1'198 vom 6. Dezember 1993 habe der Regierungsrat für die Patentperiode von 1993-1995 ein Jahrespatent erteilt. Inhalt des Gesuches vom 28. Oktober 1993 – und damit auch der Bewilligung – sei ausserhalb des Gebäudes des Betriebes D.____ ausschliesslich die westliche Gartenterrasse mit 80 Plätzen gewesen. Die südliche Terrasse sei in den massgebenden Unterlagen nicht enthalten. Dementsprechend sei die öffentliche Nutzung der südlichen Terrasse erst später erfolgt. Mit Beschluss Nr. 353 vom 20. März 1995 habe der Regierungsrat für den restlichen Verlauf der Patentperiode 1993-1995 ein Jahrespatent erteilt. Mit dem massgebenden Gesuch – und damit verbunden auch der Bewilligung – sei ausserhalb des Gebäudes des Betriebs D.____ nicht nur die Gartenterrasse West mit 200 m² und 120 Plätzen, sondern auch die Terrasse Süd mit 60 m² mit 40 Plätzen ausgewiesen gewesen. Damit habe die Terrasse Süd im Jahre 1995 erstmals eine amtliche Erwähnung gefunden. 4.2 Auch diesbezüglich beanstandet der Beschwerdeführer mit Beschwerde eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts. Die südliche Terrasse habe seit vor Inkrafttreten des RPG 1980 der Bewirtung von Gästen gedient. Die Vorinstanz ignoriere die dies bestätigenden, schriftlichen Erklärungen von Voreigentümer, Vorpächter und Nachbarn (vi-BF1-A-2-5), deren Zeugeneinvernahme im Übrigen auch beantragt worden sei. Namentlich G.____, Restaurantpächter von 1986-1992 könne bestätigen, dass die südliche Terrasse während der gesamten Pachtdauer im heutigen Ausmass bewirtschaftet worden sei. Auch weitere für eine längere, unveränderte Bewirtschaftung der südlichen Terrasse sprechende Urkundenbeweise (vi-BF1-A-7, 10-11, vi-BF1-C-13) habe die Vorinstanz in ihrer Würdigung nicht berücksichtigt (Beschwerde Ziffn. 22- 32 S. 7-10). Die Behauptung, die Bewirtschaftung der südlichen Terrasse habe im Vergleich zu früher in relevanter Weise zugenommen, habe man mittels Urkunden widerlegt (vi-BF1-E- 16; Beschwerde Ziffn. 33-39 S. 10-14).

E. 13

■ 23 Die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz seien widersprüchlich, unvollständig und unrichtig. Es liege keine vom Inhaber der Anlage verursachte Änderung des Betriebs vor, welche zu wahrnehmbar stärkeren Lärmimmissionen führen würde. Seit jeher seien im

Aussenbereich des Restaurants Gäste bedient worden (Beschwerde Ziff. 40 S. 14 f.). 4.3 In rechtlicher Hinsicht kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden (E. 3.3). 4.4 Umstritten ist, ob die südliche Terrasse erst seit April 1995 gastgewerblich genutzt wird und deshalb von einer baurechtlich massgeblichen Umnutzung auszugehen ist. Diesbezüglich ergibt sich aus der Liegenschaftschronik, dass die Bewirtschaftung des Betriebs 1986-1992 durch H. __ und G. __, 1992-1993 durch I. __ und J. __, 1993-1995 durch K. __ und L. __, 1995-1998 durch M. __ und N. __ erfolgt ist (vi-BF1-A-8). Von untergeordneter Bedeutung ist der von der Vorinstanz stark gewichtete Umstand, dass im Gesuch von M. __ vom 23. Februar 1995 (vi-VII-A-36 S. 142) die Gartenwirtschaft und die Südterrasse separat aufgeführt, im Gesuch von K. __ vom 28. Oktober 1993 (vi-VII-A-36 S. 150) hingegen nicht. Beide gaben in ihren Gesuchen um Erteilung/Erneuerung der Gastgewerbebewilligung nämlich auch an, dass es keine wesentlichen Veränderungen (Betriebsvergrösserungen, bauliche Veränderungen) im Vergleich zum vorherigen Patentinhaber gegeben habe. Die unterschiedliche Einteilung in Kategorien bzw. Bezifferung der Aussenwirtschaftsplätze kann andere Gründe, beispielsweise gastronomische oder konzeptionelle, haben und lässt den Schluss deshalb – isoliert betrachtet – nicht zu, dass erstmals ab April 1995 die Aussenbewirtschaftung auch auf der Südterrasse stattgefunden haben soll. Es existieren denn auch Anhaltspunkte, welche für das Gegenteil sprechen: So schreibt der Vorgänger des Pächters M. __, G. __, in seiner schriftlichen Erklärung vom 15. Juli 2021, die obere südliche Gartenterrasse sei bereits seit der Übernahme der Pacht, das heisst im Jahr 1986, in Betrieb gewesen. Gleichermassen ist eine Fotografie aus dem Jahr 1990 zu deuten, auf welchem eine Wegbeschilderung zur oberen Südterrasse ersichtlich ist («zur Terrasse»; vi-BF1-A-9 Fotos 10-12); in einem anderen Foto ist eine gastwirtschaftliche Nutzung in den 80er-Jahren zu sehen (vi-BF1-A-9 Foto 3). Demnach ist nicht anzunehmen, dass die Südterrasse erstmals ab dem Jahr 1995 gastgewerblich genutzt worden ist. Im Übrigen ergeben sich aus den Akten keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die gastgewerbliche Nutzung der Südterrasse seitdem geändert hätte. Auch der aktuelle Pächter verfügt über eine gastgewerbliche Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes

E. 14

■ 23 vom 29. November 2017, was das kantonale Arbeitsamt am 17. Juni 2021 nochmals bestätigt hat (vi-VII-A-35). Unter diesen Umständen ist die Feststellung der Vorinstanz, es sei nicht ersichtlich, ob die südliche Terrasse vor April 1995 vor allem privaten Zwecken oder auch der Öffentlichkeit als Gastwirtschaft gedient habe, als unzutreffend zu bezeichnen. Namentlich aufgrund der an Gäste gerichtete Beschilderung und mit Blick auf die (in den 90er-Jahren unverändert weitergeführte) gastgewerbliche Bewilligung sowie die schriftliche Erklärung des damaligen Pächters G. __ kann davon ausgegangen werden, dass die südliche Terrasse im relevanten Zeitraum bzw. mindestens seit dem Jahr 1986 unverändert gastgewerblich genutzt worden ist. 5. Als Zwischenfazit steht damit fest, dass die tatsächlichen Rügen des Beschwerdeführers begründet sind. Abweichend von der Vorinstanz ist festzustellen, dass sich in der Ausgestaltung bzw. im Bestand (vorne E. 3) und der Nutzung (vorne E. 4) der Südterrasse mindestens seit der Instandsetzung nach der Erstellung der Einstellhalle sowie Unterkellerung im Jahr 1991 keine wesentlichen Änderungen ergeben haben. 6. 6.1 Gestützt auf ihre tatsächlichen Feststellungen (s. vorne E. 2.1) schloss die Vorinstanz in E. 2.9.2.5-2.9.2.6 S. 28 f. u.a., der Anordnung des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens stehe keine Verwirkung der Wiederherstellungspflicht entgegen und erwog: Einerseits würden die von den

Beschwerdeführern im Zusammenhang mit der südlichen Terrasse ins Recht gelegten Beweise zeigen, dass diese fortwährend geändert und offenkundig nach Süden vergrössert worden sei, bis sie den heutigen Zustand erreicht habe. Es stehe nicht eindeutig fest, seit wann die heutige südliche Terrasse in dieser Dimensionierung vorliege. Erweiterungen seien zwar jeweils faktisch vorgenommen, nicht aber in einem Baubewilligungsverfahren abgehandelt worden, namentlich auch nicht im Zusammenhang mit der Bewilligung der unterirdischen Kellererweiterung im Jahre 1991. Im Zusammenhang mit jenem Bauvorhaben stehe fest, dass im Jahre 1991 nicht der heute existierende Zustand erstellt worden sei. Andererseits sei die Südterrasse gastgewerblich erstmals im Beschluss Nr. 353 vom 20. März 1995 erwähnt; im Gesuch vom 28. Oktober 1993 sei ausserhalb des Gebäudes des Betriebes ausschliesslich die westliche Gartenterrasse mit 80 Plätzen ausgewiesen. Seit wann

E. 15

■ 23 die einzelnen Schritte in Sachen Restaurantnutzung vollzogen worden seien, lasse sich in Ermangelung massgebender Unterlagen zeitlich nicht klar festhalten. Soweit sich die Beschwerdeführer auf die 30-jährige Verwirkungsfrist berufen wollten, würden sie gestützt auf Art. 8 ZGB die Beweislast tragen. Diesen Beweis würden sie nicht zu erbringen vermögen. Die Verwirkungsfrist betreffs Wiederherstellungspflicht für die südliche Terrasse sei im massgebenden Zeitpunkt dieses Entscheides noch nicht abgelaufen. 6.2 Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, die Vorinstanz habe gegen die Eigentumsgarantie nach Art. 26 Abs. 1 Bundesverfassung (BV; SR 101) verstossen, als sie die Wiederherstellungspflicht nicht als bereits verwirkt erachtet habe. Die Terrasse bestehe im heutigen Ausmass bereits vor 1993 und somit seit mehr als 30 Jahren, womit ein vermeintlicher Wiederherstellungsanspruch bereits verwirkt wäre (Beschwerde Ziffn. 55-60 S. 17-19). 6.3 6.3.1 Art. 26 Abs. 1 BV (und Art. 1 Abs. 2 Ziff. 7 Kantonsverfassung [NG 111]) gewährleistet das Eigentum. In der Funktion der Bestandesgarantie gewährt die Eigentumsfreiheit den vollen Schutz der konkreten vermögenswerten Rechte und dem Eigentümer das Recht, dieses zu behalten, zu nutzen und darüber zu verfügen (KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH, in: Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., 2023, N 30 zu Art. 26 BV mit Hinweis auf BGE 131 I 333 E. 3.1), mindestens innerhalb der gesetzlichen Schranken (s. Art. 36 BV; im Einzelnen: VALLENDER/HETTICH, a.a.O., N 38 ff. zu Art. 26 BV). Mit anderen Worten äussert sich die Eigentumsfreiheit inhaltlich als Nutzungs- und Verfügungsfreiheit, im Blick auf Grund und Boden insbesondere als Baufreiheit (PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. A., 2016, S. 27), welche durch das Baupolizeirecht beschränkt wird (HÄNNI, a.a.O., S. 306 f.). 6.3.2 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 1 Raumplanungsgesetz [RPG; SR 700]; Art. 141 Abs. 1 Planungs- und Baugesetz [PBG; NG 611.1]). Werden Bauten oder Anlagen ohne Bewilligung erstellt, sind sie formell rechtswidrig und grundsätzlich zurückzubauen. Es besteht – unter gewissen Voraussetzungen – die Möglichkeit, diese Rechtswidrigkeit zu «beseitigen», indem der positive Bauentscheid in

E. 16

■ 23 der Form einer (nachträglichen) Baubewilligung erteilt wird (BGE 136 II 359 E. 6; 102 Ib 64 E. 4). Die Behörde prüft in einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren, ob die ausgeführten Arbeiten nachträglich bewilligt werden können (BERNHARD

WALDMANN, in: Griffel/Liniger/Rausch/Thurnherr [Hrsg.], Öffentliches Baurecht, N 6.6). Es bezweckt mit anderen Worten die Beurteilung der materiellen Rechtmässigkeit eines Zustands (Urteil des Bundesgerichts 1C_267/2017 vom 7. August 2017 E. 3.1) beziehungsweise die Umwandlung einer formell rechtswidrigen Baute oder Anlage in eine rechtmässige Einrichtung (MISCHA BERNER, Die Baubewilligung und das Baubewilligungsverfahren, 2009, S. 162). Wenn von vornherein offensichtlich ist, dass für die zu beurteilenden bewilligungspflichtigen Änderungen bereits eine Baubewilligung besteht bzw. wo von vornherein liquide feststeht, dass keine Rückbauanordnung in Betracht kommt, erübrigt sich die Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens (Urteil V 2022 47 des Verwaltungsgerichts Zug vom 20. Oktober 2023 E. 4.2.1 e contrario). 6.3.3 Der Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kommt massgebendes Gewicht für den ordnungsgemässen Vollzug des Raumplanungsrechts zu. Formell rechtswidrige Bauten, die auch nachträglich nicht legalisiert werden können, müssen daher grundsätzlich beseitigt werden (BGE 136 II 359 E. 6 m.w.H.). Bei illegalen Bauten innerhalb der Bauzone verwirkt der Anspruch der Behörden auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich nach 30 Jahren. Aus Gründen des Vertrauensschutzes können sich kürzere Verwirkungsfristen rechtfertigen; darauf kann sich allerdings nur berufen, wer selbst in gutem Glauben gehandelt hat. Umgekehrt kann die Wiederherstellung auch noch nach mehr als 30 Jahren verlangt werden, soweit es besonders wichtige öffentliche Interessen zwingend gebieten. Es wäre stossend und widersprüchlich in hohem Masse der Rechtssicherheit, wenn die Behörde einen Grundeigentümer beispielsweise noch nach mehr als fünfzig Jahren zur Beseitigung eines baugesetzwidrigen Zustandes verpflichten könnte. Eine solche Lösung ist auch aus praktischen Gründen abzulehnen, denn eine Abklärung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, wie sie vor mehr als fünfzig Jahren bestanden hat, erscheint als äusserst schwierig; dies gilt vor allem für die Feststellung der Praxis der kommunalen und kantonalen Baubehörden, der bei der Auslegung und Anwendung von baurechtlichen Bestimmungen grosse Bedeutung zukommt. Die Befugnis des Gemeinwesens, den Abbruch eines baugesetzwidrigen Gebäudes oder Gebäudeteiles anzuordnen, muss daher befristet sein, sofern die Wiederherstellung des

E. 17

■ 23 rechtmässigen Zustandes nicht aus baupolizeilichen Gründen im engeren Sinne geboten ist. In Anlehnung an die ausserordentliche Ersitzung von Grundeigentum nach Art. 662 ZGB beträgt die Verwirkungsfrist 30 Jahre. Diese Frist drängt sich zudem aus praktischen Gründen auf: Auf die Dauer von drei Jahrzehnten zurück kann das geltende kommunale und kantonale Baurecht sowie die Praxis hierzu noch einigermaßen sicher festgestellt werden. Normalerweise stellen die Baupolizeibehörden bei ihrer überwachenden Tätigkeit Baugesetzwidrigkeiten rasch fest (Zusammenfassung der Rechtsprechung: BGE 147 II 309 E. 4.1 m.w.H.). Nach Ablauf dieser Frist darf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nur noch verlangt werden, wenn aufgrund des bestehenden Zustands eine konkrete, das heisst ernsthafte und unmittelbare Gefahr für Leib und Leben besteht (Urteil des Bundesgerichts 1C_267/2017 vom 7. August 2017 E. 3.1 m.w.H.). Mit anderen Worten kann eine Baubewilligung also nach 30 Jahren ersessen werden: Der Grundeigentümer ersitzt damit das Recht, den Zustand des Gebäudes beizubehalten. Die Verwirkungsfrist läuft ab der Fertigstellung des Gebäudes oder des streitigen Gebäudeteils. Die Beweislast für den 30-jährigen Bestand einer Baute trägt der Grundeigentümer (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2016.00720 vom 23. März

2017 E. 3.4). Nach Ablauf der Ver- wirkungsfrist ist auf die Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens somit grundsätzlich zu verzichten, weil diesfalls im Rahmen eines Erkenntnisverfahrens ohnehin kein Abbruch mehr verfügt werden könnte (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2022.00430 vom 11. Mai 2023 E. 4.2.1). 6.4 Wie dargelegt steht in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die sich innerhalb der Bauzone befind- liche Südterrasse seit der Erstellung der Einstellhalle mit gleichzeitiger Kellererweiterung unter der Südterrasse (sog. «Unterkellerung») im Jahr 1991 weder vergrössert noch massgeblich verändert worden ist. Auch wurde festgestellt, dass die Südterrasse vor und (unverändert) nach diesem Bauprojekt im Jahr 1991 gleichermassen gastgewerblich genutzt worden ist. Die Südterrasse hat damit im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids (14. November 2023) seit mehr als 30 Jahren unverändert Bestand gehabt. Demzufolge hat der Beschwerdeführer (bzw. dessen Rechtsvorgänger) das Recht, den Zu- stand der südlichen Terrasse beizubehalten, ersessen. Der behördliche Anspruch auf Abbruch bzw. Wiederherstellung ist verwirkt. Dies zumal von der Südterrasse offenkundig keine ernst- hafte und unmittelbare Gefahr für Leib und Leben ausgeht, aufgrund derer auch nach Fristab- lauf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verlangt werden könnte. Auf die

E. 18

■ 23 Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens ist demnach zu verzichten, weil im Rahmen dieses Erkenntnisverfahrens gar keine Wiederherstellung mehr verfügt werden könnte. Die Anordnung der Gemeindebehörde, es sei ein nachträgliches Baugesuch einzu- reichen, erweist sich als unzulässig. In Gutheissung der Verwaltungsbeschwerde wäre diese von der Vorinstanz aufzuheben gewesen. 7. Ferner ordnete die Gemeindebehörde mit dem Zwischenentscheid ein Lärmgutachten an. Die Anordnung des Lärmgutachtens erfolgte hinsichtlich der Aufforderung, es sei ein nachträgli- ches Baugesuch einzureichen bzw. zur Klärung der Frage, ob ein positiver Bauentscheid (auch aus emissionsrechtlicher Sicht) erteilt werden kann. Dabei begründete die Gemeinde- behörde ihre Zuständigkeit damit, dass sie hierbei im Bauverfahren die Leitbehörde im Sinne von Art. 64a VRG sei. Die Beweisanordnung wurde von der Vorinstanz geschützt. Die Beweisanordnung ist bloss ein regelndes, leitendes Mittel des Beweisverfahrens (Art. 53 Abs. 1 VRG i.V.m. Art. 154 ZPO). Vorliegend hat sich ergeben, dass der rechtmässige Be- stand der südlichen Terrasse nicht in einem Baubewilligungsverfahren zu klären ist. Dies, weil die Befugnis des Gemeinwesens, den Abbruch eines baugesetzwidrigen Gebäudes oder Ge- bäudeteiles anzuordnen, verwirkt und deshalb auf die Durchführung eines nachträglichen Bau- bewilligungsverfahrens zu verzichten ist. Damit ist die Gemeindebehörde für umweltschutz- rechtliche Anordnungen nicht zuständig, zumal sie ihre Zuständigkeit auch nicht als baurecht- liche Leitbehörde aus Art. 25a RPG bzw. Art. 64a f. VRG ableiten kann. Zwar können Emissi- onsbegrenzungen gestützt auf die Umwelt-/Lärmschutzgesetzgebung auch selbstständig, ausserhalb eines baurechtlichen Bewilligungsverfahrens erlassen werden (s. Art. 12 Abs. 2 Umweltschutzgesetz [USG; SR 814.01] sowie Art. 13 Abs. 1 und 2 Lärmschutz-Verordnung [LSV; SR 814.51]). Nach Gesagtem gilt die Südterrasse aber als eine bestehende Anlage. Die Anordnung von Sanierungen bestehender, ortsfester Anlagen fällt mithin in die Zuständigkeit der Landwirtschafts- und Umweltdirektion und nicht in diejenige der Gemeindebehörde (s. §§ 2 Abs. 1, 23 Abs. 1 Ziff. 1 Kantonale Umweltschutzverordnung [kUSV; NG 821.11] i.V.m. Art. 29 Abs. 1 Kantonales Umweltschutzgesetz [kUSG; NG 721.1] e contrario). Einstweilen ist die Be-

weisanordnung infolge Unzuständigkeit unzulässig. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass die Gemeindebehörde – auf anderer Grundlage – oder eine andere Behörde dereinst die Einholung eines Lärmgutachtens veranlassen wird.

E. 19

Juni 2020 E. 1.2). Demnach ist die Sache der Gemeindebehörde nach Mitaufhebung ihres Zwischenentscheids (Beschluss Nr. 170 vom 28. Juni 2021) zur Erledigung der materiellen Anträge des Gesuchs vom 29. Juli 2020 zu überwiesen. 9. Die Kosten des Verwaltungsverfahrens umfassen die amtlichen Kosten (Gebühren und Auslagen) sowie die Parteientschädigung (Art. 115 Abs. 1 VRG).

E. 20

■ 23

E. 21

■ 23

E. 22

■ 23

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