

SO_GERICHTE VWBES.2019.413 vom 9. April 2020

SO Obergericht, 2020-04-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2019.413

FR: SO_GERICHTE VWBES.2019.413 du 9 avril 2020

IT: SO_GERICHTE VWBES.2019.413 del 9 aprile 2020

Erwägungen

E. 2

Mit Eingabe vom 21 März 2019 erhob Rechtsanwalt Michael Grimm für die Einsprecherin Beschwerde beim Bau- und Justizdepartement (BJD) mit den Anträgen, der Entscheid der Gemeinde sei aufzuheben und das Baugesuch in der öffentlich aufgelegten Fassung nicht zu bewilligen. Innert verlängerter Frist erfolgte am 2. Mai 2019 die zusätzliche Begründung. Darin wurden primär die fehlenden Voraussetzungen für eine Erschliessung durch die Hecke und für ein Attikageschoss gerügt, daneben auch die Gebäudehöhe und Gebäudelänge und die Einpassung in die Umgebung. Die BWPK stellte am 28. Mai 2019 den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen. Mit Eingabe vom 24. Juni 2019 stellte Rechtsanwalt Stefan Wirz für den Baugesuchsteller den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

E. 3

Mit Verfügung vom 11. November 2019 hiess das Bau- und Justizdepartement die Beschwerde gut, hob den Bauentscheid der BWPK auf und verweigerte die Baubewilligung. Die Erschliessung durch die geschützte und nicht verlegbare Hecke sei auch mittels einer Ausnahmbewilligung unzulässig, es bedürfe eines Nutzungsplanverfahrens. Das Grundstück des Baugesuchstellers sei zurzeit gar nicht erschlossen. Alle weiteren Einwände prüfte das Departement nicht mehr. Die Verfahrenskosten von CHF 1'500.00 auferlegte es dem Baugesuchsteller, ebenso eine Parteientschädigung zu Gunsten der Einsprecherin im Betrag von CHF 8'119.70.

E. 4

Der Beschwerdeführer hält daran fest, dass das BJD auf die Beschwerde der Einsprecherin gar nicht hätte eintreten dürfen, weil sie primär öffentliche Interessen wie den Heckenschutz geltend gemacht und im Beschwerdeverfahren neue Rügen vorgebracht habe. Die Vorinstanz hat sich zu diesen Rügen in den Erwägungen 2 und 3 ihres Entscheides ausführlich und richtig geäußert. Neue Rügen sind wie neue Beweismittel zulässig und die Prüfung der Legitimation erfolgt nicht rügebezogen; als direkte Nachbarin wie als unterlegene Verfahrensbeteiligte war die Einsprecherin ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert. Auf die Begründung der Vorinstanz kann in diesen Punkten verwiesen werden.

E. 5

Das BJD hat die Beschwerde gutgeheissen, weil die strassenmässige Erschliessung des Grundstücks durch die geschützte Hecke nicht zulässig und das Grundstück deshalb unerschlossen bzw. nicht baureif sei. Diese Begründung erweist sich in mehrfacher Hinsicht als falsch.

E. 5.1

Das Grundstück, auf welchem gebaut werden soll, liegt in der Bauzone im Siedlungsgebiet der Gemeinde, und zwar in der Einfamilienhauszone (Bauzonenplan, genehmigt mit RRB Nr. 450 vom 28. Februar 2000). Mit der Zonenplanung hat die Gemeinde jeweils auch die Erschliessung zu planen, sowohl für die öffentlichen Ver- und Entsorgungsleitungen wie für den Verkehr. Die Gemeinde ist dieser Pflicht nachgekommen. Die strassenmässige Erschliessung ergibt sich aus den gleichzeitig mit der Zonenplanung erstellten und genehmigten Erschliessungsplänen, in welchen für jedes einzelne Grundstück die bestehende oder vorgesehene Erschliessung aufgezeigt ist, für das im Streit liegende Grundstück im Plan 22 im Massstab 1:500 (vgl. die Kopie in den Unterlagen BJD, «Internes», Plan 112-192). Daraus geht hervor, dass für das Grundstück an der []strasse im Unterschied etwa zu den benachbarten Grundstücken Nr. [] bis [] oder zu den Grundstücken Nr. [] bis [] am []weg (.) keine andere oder weitere, zum Beispiel private oder rückwärtige, Erschliessung vorgesehen ist, was nur den Schluss zulässt, dass es durch die []strasse erschlossen wird.

E. 5.2

Der von der Vorinstanz gezogene Schluss, das Grundstück sei im jetzigen Zeitpunkt noch gar nicht erschlossen und deshalb nicht bebaubar, ist auch in Anwendung des Bundesrechts falsch. Nach dem Bundesgesetz über die Raumplanung, auf das sie sich beruft, ist ein Grundstück dann als Baugrundstück erschlossen, wenn eine für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht und die erforderlichen Wasser-, Energie- und Abwasserleitungen so nahe heranführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist (Art. 19 Abs. 1 RPG). Das Gemeinwesen hat die Bauzonen innerhalb der im Erschliessungsprogramm vorgesehenen Frist zu erschliessen (Art. 19 Abs. 2 RPG). Ausnahmen innerhalb der Bauzonen regelt das kantonale Recht (Art. 23 RPG).

Bundesrechtlich genügt also vollständig, dass eine Erschliessungsstrasse bis nahe zum Grundstück führt. Eine Zufahrt bis zur Haustüre ist nicht gefordert. Es genügt beispielsweise für den Zugang auch ein Fussweg. Strassenmässig ist das Grundstück des Beschwerdeführers somit raumplanungsrechtlich genügend erschlossen, zumal nicht behauptet wird, ein Zugang durch das schon vorhandene Tor im Zaun entlang der Strasse (Beilage 5 des Beschwerdeführers) und durch die Hecke wäre nicht zulässig oder unbewilligt. Dass die notwendigen Leitungen für Wasser, Energie und Abwasser nicht in der Nähe lägen, wird nicht behauptet.

E. 5.3

Dass auch die Gemeinde der Ansicht ist, das Grundstück sei verkehrsmässig durch die []strasse erschlossen, ergibt sich, wie dargelegt, bereits aus ihrer Planung. Es sind in den relevanten Erschliessungsplänen keine weiteren öffentlichen oder privaten Strassen geplant und in einem Erschliessungsprogramm enthalten. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Zonen- und die detaillierte Erschliessungsplanung, die gleichzeitig und durch dieselben Behörden ■ durch die BWPK als vorberatende Kommission und den Gemeinderat als zuständige Planungsbehörde ■ erfolgten und keine Vorbehalte hinsichtlich weiterer zusätzlicher Erschliessungsanlagen für das Grundstück des Beschwerdeführers als notwendig erachteten, kohärent sind und die Erschliessung des Grundstücks des Beschwerdeführers abschliessend regelten.

Diese Auffassung der zuständigen Behörde der Gemeinde ergibt sich auch aus der am 31. August 2004 in Form einer Verfügung beantworteten Voranfrage zur Erschliessung des

Grundstücks. Die BWPK entschied damals, nur relativ kurze Zeit nach Abschluss der Ortsplanungsrevision und der Überarbeitung der kommunalen Erschliessungsplanung, dass das Grundstück Nr. [] über die []strasse durch die Hecke zu erschliessen sei bzw. eine Zufahrt durch die Hecke erfolgen könne.

Dass die Gemeinde mit dem Verzicht auf eine nachträgliche Ermächtigung der BWPK zur Beschwerdeerhebung die Auslegung des BJD akzeptiert habe, wie die Einsprecherin schreibt, ist eine gewagte Interpretation. Der Gemeinderat hat wohl eher erkannt, dass eine Beschwerdeerhebung durch die Gemeinde unnötig war, da die Verfügung bereits durch den Beschwerdeführer angefochten wurde, und dass zudem die Legitimation der Gemeinde fraglich war, hatte sie doch bisher nicht als Partei am Verfahren teilgenommen. Zudem ist auch aus dem Wortlaut ihres Schreibens eher zu schliessen, dass sie die der Auffassung der BWPK teilte, wenn sie ihre Hoffnung erklärte, dass die BWPK in einer Stellungnahme «gleichwohl» ihre Haltung ausführlicher erläutern können (Schreiben vom 11. Dezember 2019 an das Verwaltungsgericht).

E. 5.4

Die Hecke entlang der []strasse ist nach dem verbindlichen Erschliessungsplan ■ im Zonenplan ist sie nur als orientierender Inhalt aufgeführt ■ nicht ausdrücklich als verlegbar bezeichnet, wie die Einsprecherin und die Vorinstanz zu Recht festhalten. Ob sie im Umkehrschluss als nicht-verlegbar zu gelten hat oder nicht, ist aber gar nicht relevant, gibt es doch gar kein Bestreben, sie zu verlegen, auch nicht durch das hier zu beurteilende Baugesuch. Das Verlegen einer Hecke bedeutet, dass sie am ursprünglichen Ort entfernt und anderswo auf dem Grundstück oder auch nur irgendwo in der Nähe als Ersatz neu gepflanzt wird. Hier geht es aber lediglich um eine relativ geringe Durchbrechung der bestehenden Hecke, die als solche entlang der Grundstücksgrenze zur []strasse bestehen bleiben soll. Von etwa 240 m² der zusammenhängenden Heckenfläche auf den Grundstücken Nrn. [] und [] sollen für die Durchfahrt etwa 22 m² gerodet und unmittelbar daneben auf dem Grundstück im gleichen Ausmass neu angepflanzt werden. Es geht also in der Terminologie des Gesetzes bzw. der Verordnung über den Natur- und Heimatschutz (§ 20 Abs. 1 und Abs. 3 NHV, BGS 435.141) nicht um eine Entfernung, sondern um eine Verminderung der Hecke. Die geschützte Hecke als Ganzes umfasst im Übrigen auch die Teile weiter südlich an der []strasse auf dem Grundstück Nr. [] und die Fortsetzung nordöstlich der Strasse auf den Grundstücken Nr. [] und Nr. [] (vgl. Beilagen 6 und 9 zur Beschwerde). Die ganze Hecke bleibt an ihrem Ort und in ihrem Ausmass bestehen, auch wenn für die Zufahrt zum Grundstück des Beschwerdeführers ein 3 m breiter Unterbruch mit gleichzeitiger Ersatzanpflanzung erlaubt wird.

Der vom BJD in der Vernehmlassung zitierte Entscheid des Verwaltungsgerichts (SOG 2012 Nr. 21) ist nicht einschlägig, da es damals um das vollständige Entfernen einer Hecke und deren Neupflanzung auf einem anderen Teil des grossen Grundstücks ging, also eindeutig um eine Verlegung, wie sich auch der entsprechenden Erwägung (E. 4 c) entnehmen lässt. Eine Ausnahmegewilligung für das vollständige Verlegen war deshalb nicht zulässig. Die Schlussfolgerung, dass eine Hecke, welche nicht verlegt werden dürfe, erst recht nicht durchbrochen oder vermindert werden dürfe, widerspricht der Logik des Gesetzes und auch dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Eine geringe Durchbrechung (Verminderung) geht wesentlich weniger weit als eine vollständige Entfernung (Verlegung). Ein solcher Eingriff ist deshalb eher zulässig als eine Verlegung. Bei einer verlegbaren Hecke wäre die Möglichkeit einer Ausnahmegewilligung zur Verminderung

überhaupt nicht notwendig und die Unterscheidung zwischen verlegbaren und nicht verlegbaren Hecken in der Planung machte keinen Sinn. Bei einer nicht verlegbaren Hecke ist deshalb eine Ausnahmegewilligung zur Verminderung nicht generell unzulässig. Dem grundsätzlichen Schutz der Hecke trägt das Gesetz dadurch Rechnung, dass bereits bei einer Verminderung gleichwertiger (Flächen-)Ersatz zu schaffen ist.

E. 5.5

Die NHV sieht in § 20 Abs. 2 ausdrücklich vor, dass die örtliche Baubehörde innerhalb der Bauzone aus wichtigen Gründen Ausnahmen vom Verbot der Entfernung oder Verminderung von Hecken gewähren kann. Diese Ausnahmekompetenz des kantonalen Rechts entspricht dem Raumplanungsrecht des Bundes, welches für Ausnahmen innerhalb der Bauzone die Kantone als zuständig erklärt (Art. 23 RPG). Ausnahmegewilligungen dienen dazu, gesetzlich nicht gewollte Härten auszugleichen und dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen. Nach der allgemeinen Regel von § 67 KBV kann die Baubehörde bei ausserordentlichen Verhältnissen Ausnahmen von einzelnen Vorschriften der Verordnung gewähren, wenn ihre Einhaltung eine unverhältnismässige Härte bedeutete und weder öffentliche noch schützenswerte private Interessen verletzt werden. Genau eine solche ausserordentliche Situation liegt hier offensichtlich vor. Eine genügende Zufahrt auf das Grundstück, welche nach kantonalem Recht (§ 53 KBV) gefordert ist, damit auf einem Grundstück ein Gebäude errichtet werden darf, ist nur durch die entlang der ganzen Grenze zwischen der Erschliessungsstrasse und dem Grundstück verlaufende Hecke möglich. Auf das Erteilen einer solchen Ausnahme besteht demnach sogar ein Anspruch.

Aus den Unterlagen in den Akten zeigt sich im Übrigen, dass bei derselben Hecke früher für die Errichtung der Stichstrasse südlich des Grundstücks Nr. [] bereits eine Ausnahme gemacht wurde, indem die dort ursprünglich durchgehende Hecke unterbrochen und in der Nordostecke des Grundstücks Nr. [] kompensiert wurde (Beilage 9 zur Beschwerde).

In der kantonalen Heckenschutzrichtlinie ist schliesslich unter Ziff. 3.1 explizit festgehalten, dass ein wichtiger Grund im Sinne von § 20 Abs. 3 NHV insbesondere vorliegen kann, wenn ein Grundstück in der Bauzone wegen einer Hecke nicht [anders] erschlossen werden kann.

Nicht umfasst von einem Anspruch auf eine solche Ausnahmegewilligung sind indessen nicht zwingend notwendige bauliche Anlagen innerhalb der Hecke und der Heckenbaulinie. Betonmauern, asphaltierte oder mit Verbundsteinen belegte und unnötig grosse Flächen oder sogar Autoabstellplätze innerhalb des Heckenabstandes dürften kaum (ausnahme-)bewilligungsfähig sein (vgl. Ziff. 3.1 al. 2 der Heckenschutzrichtlinie).

E. 5.6

Die Begründung der vorinstanzlichen Verfügung hält also nicht stand, soweit darin geltend gemacht wird, das Grundstück sei strassenmässig nicht erschlossen und nicht mittels Ausnahmegewilligung für eine Durchfahrt durch die Hecke erschliessbar. Die Beschwerde erweist sich diesbezüglich als begründet.

E. 6

Die Beschwerde ist also gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben. Da das BJD die weiteren Voraussetzungen für das Erteilen der Baubewilligung bzw. die weiteren vorgebrachten Rügen nicht geprüft hat, ist die Sache im Sinne des Eventualantrages zu

neuem Entscheid an das Departement zurückzuweisen.

E. 7

Bei diesem Ergebnis hat die unterliegende Einsprecherin die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten zu tragen, die auf CHF 2'000.00 festzulegen sind. Die Einsprecherin hat zudem dem Beschwerdeführer für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von CHF 8'208.70, entsprechend der eingereichten Honorarnote, zu bezahlen.

Die Kosten und Parteientschädigungen für das bereits durchgeführte Verfahren vor der Vorinstanz sind von dieser im neuen Verfahren neu festzulegen.

Demnach wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Bau- und Justizdepartements vom 11. November 2019 aufgehoben und die Angelegenheit zu neuem Entscheid an das Departement zurückgewiesen.

2. B. ___ hat die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten von CHF 2'000.00 zu bezahlen.

3. B. ___ hat A. ___ für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von CHF 8'208.70 (inkl. Auslagen und MWSt.) zu bezahlen.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Präsidentin

Scherrer Reber

Der Gerichtsschreiber

Schaad

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