

SO_GERICHTE VWBES.2020.224 vom 10. September 2019

SO Obergericht, 2019-09-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2020.224

FR: SO_GERICHTE VWBES.2020.224 du 10 septembre 2019

IT: SO_GERICHTE VWBES.2020.224 del 10 settembre 2019

Erwägungen

E. 2

Die Grundeigentümerin erhob Verwaltungsbeschwerde. Das Bau- und Justizdepartement erwog namentlich Folgendes: Eine Pergola sei baubewilligungspflichtig. Als seinerzeit allenfalls illegal erstellte Anlage sei die Pergola wohl nicht in ihrem Bestand geschützt (gewesen). Ein Wiederaufbau sei in jedem Fall ausgeschlossen. Selbst wenn ein Näherbaurecht bestünde, scheitere die Pergola am Gebäudeabstand. Ein Whirlpool sei grundsätzlich bewilligungsfähig. Indessen sei der Grenzabstand nicht eingehalten. Es sei sachgerecht, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, die Zustimmung aller Grundeigentümer nachzureichen. Das Departement hiess die Beschwerde im Sinne der Erwägungen teilweise gut und wies sie im Übrigen ab. Was den Whirlpool anbelangt, wurde die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, um die Zustimmung beizubringen, dass der Immissionsabstand unterschritten werden darf. Der verfügte Rückbau der Pergola wurde bestätigt. Dafür wurde eine neue Frist bis am 31. Juli 2020 angesetzt.

3.1 Die Grundeigentümerin erhob Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Der Hauptantrag lautete, die Verfügung des Departements sei aufzuheben, was die Pergola anbelange. Das Baugesuch der Beschwerdeführerin sei vollumfänglich zu bewilligen. Eventuell sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

3.2 Die Beschwerde wurde namentlich wie folgt begründet: Seit 1953 habe eine überdachte, zweiseitig geschlossene Pergola mit Brüstung zum Garten hin und einem massiven Cheminée aus Beton bestanden. Die Pergola sei auf einem leicht erhöhten Fundament aus Beton gestanden. Zwei grosse Fichten hätten als Witterungsschutz gedient. Im Jahr 2015 sei auf der benachbarten Parzelle Nr. 1550 ein Einfamilienhaus errichtet worden. Die Wurzeln der Fichten seien beschädigt worden. Man habe sie gefällt. Das Fundament habe begonnen, abzurutschen. Die Beschwerdeführerin habe beschlossen, die gesamte Gartenanlage zu erneuern und einen einfachen Whirlpool aufzustellen. Die Beschwerdeführerin sei davon ausgegangen, die erneuerte Pergola benötige keine Baubewilligung. Die Baukommission habe sich vor Ort informiert und deren Präsidentin habe mitgeteilt, für die Pergola müsse kein Baugesuch eingereicht werden, es genüge, wenn ein kleines Baugesuch zusammen mit dem späteren Projekt der Balkonerneuerung eingereicht werde. Man habe nie gesagt, sie müsse sofort ein Gesuch einreichen. Es sei auch kein Baustopp verfügt worden. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt. Eine Pergola sei nicht baubewilligungspflichtig. Auch die neue Pergola sei auf drei Seiten mit «Holzverbau» versehen. Das Dach bestehe allerdings nicht mehr aus Wellplatten. Keiner der Nachbarn störe sich an der Pergola. Für die Errichtung der Pergola seien erhebliche Kosten entstanden; auch der Rückbau würde Kosten verursachen. Sämtliche Nachbarn hätten dem Vorhaben schriftlich zugestimmt. Das öffentliche Interesse am Rückbau sei minim. Die Auswirkungen auf Raum und Umwelt seien die gleichen wie bei der alten Pergola. Die neue Pergola stehe an gleicher Stelle. Der Rückbau sei

unverhältnismässig.

E. 4

Das Department liess beantragen, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Dies unter Kostenfolge. Wie man die Baute nenne (Pergola oder Gartenhaus), sei nicht von Belang.

E. 5

Die kommunale Baukommission liess durch ihren Anwalt beantragen, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten sei. Für den Rückbau der Pergola sei eine neue, angemessene Frist nach richterlichem Ermessen anzusetzen. Soweit die Beschwerdeführerin die Bewilligung bereits bewilligter Bauteile verlange, sei die Beschwerde unnötig. Es sei nicht darauf einzutreten. Auch auf den Antrag, der Whirlpool sei zu bewilligen, sei nicht einzutreten, denn die Vorinstanz habe dies an die Baukommission zurückgewiesen. Auf den Antrag, die Pergola sei zu bewilligen, sei jedenfalls nicht einzutreten, denn dies werde nicht begründet. Es werde lediglich noch die Bewilligungspflicht bestritten. Es liege auch für den Altbau der Pergola keine Bewilligung vor. Das Fällen der Fichten tue nichts zur Sache. Die Bauarbeiten seien derart umfassend gewesen, dass die Beschwerdeführerin nicht habe davon ausgehen können, es sei kein Baugesuch erforderlich. Dass die Nachbarn teilweise zugestimmt hätten, indem sie das nachträgliche Gesuch unterzeichnet hätten, treffe zu. Man habe die Baupräsidentin illegal auf Video aufgenommen. Es sei unzutreffend, dass die Baupräsidentin gesagt habe, es sei kein Gesuch erforderlich. Sie habe auch nicht gesagt, man könne das Gesuch später einreichen. Die Sachbearbeiterin der Bauverwaltung habe am 27. Juni 2019 telefonisch dazu aufgefordert, die Arbeiten zu stoppen. Der Beschwerdeführerin sei bewusst gewesen, dass sie auf eigenes Risiko baue. Es handle sich eigentlich nicht um eine Pergola, sondern um ein Gartenhaus. Es liege nicht die Zustimmung aller Grundeigentümer vor, es fehle die Zustimmung eines Gesamteigentümers. Die Pergola sei formell und materiell rechtswidrig. Sie unterschreite den Gebäudeabstand. Die Abweichung von den Vorschriften sei nicht bloss marginal. Die Beschwerdeführerin sei nicht gutgläubig gewesen.

E. 6

Die Beschwerdeführerin liess wissen, die Zustimmung des zweiten Gesamteigentümers von Grundbuch Nummer 47000 für die Pergola liege nun vor, sodass der Bewilligung nichts mehr entgegenstehe. Es werde bestritten, dass die Pergola seinerzeit nicht bewilligt worden sei. Sie habe kaum seit 1953 unbemerkt bestehen können. Wegen der fehlenden Fichten hätten bauliche Massnahmen ergriffen werden müssen. Es sei nie ein schriftlicher Baustopp erfolgt. Die Sitzungskadenz der Kommission tue nichts zur Sache. Die Präsidentin hätte den Baustopp auch selbst verfügen können. Die Baukommission sei aufzufordern, ihre Fotos einzureichen. Die Vorinstanz sei von falschen Daten und von falschen Gesprächsinhalten mit der Baukommission ausgegangen. Das Departement könne sich nicht einmal auf Protokolle stützen. Die Pergola sei weder formell noch materiell rechtswidrig; ein Rückbau sei unverhältnismässig.

E. 7

Die kommunale Baubehörde liess namentlich noch wissen, man könne im Grenzbereich nicht beliebig Bauten aufstellen, wenn nur die Zustimmung der Nachbarschaft vorliege; damit würden sämtliche Bauvorschriften zur Makulatur.

II.

1.1 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden. Sie ist zulässiges Rechtsmittel und das Verwaltungsgericht zur Beurteilung zuständig (vgl. § 49 Gerichtsorganisationsgesetz, GO, BGS 125.12). Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und damit zur Beschwerdelegitimiert. Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

Wenn die Beschwerdeführerin beantragt, die Neugestaltung des Gartens sei vollumfänglich zu bewilligen, fehlt die funktionelle Zuständigkeit des Gerichts. Das Verwaltungsgericht ist nicht Baubewilligungsbehörde. Soweit bereits eine kommunale Bewilligung vorliegt, wie zum Beispiel für die Entfernung des Zauns, fehlt ein aktuelles praktisches Interesse. Indessen scheint der Ersatz der Kanalisation zwar unbestritten, aber formell noch nicht behandelt zu sein. Die Baukommission wird dies nötigenfalls nachzuholen haben. Dies führt nicht zur Gutheissung der Beschwerde.

1.2 Nachdem die Beschwerdeführerin und die kommunale Baubehörde eine hinreichende Anzahl Fotos eingereicht haben, erübrigt es sich, den angeblich bestehenden zusätzlichen Fotos der Baubehörde nachzuforschen, die sich noch nicht in den Akten befinden sollen.

1.3 Baubehörde ist die Baukommission (§ 2 der kantonalen Bauverordnung, BGS 711.61). Ein Entscheid steht in jedem Fall der Kommission oder allenfalls einem hauptamtlichen Bauverwalter zu. Was die Präsidentin der Baukommission gesagt oder unterlassen haben soll, ist nicht weiter von Belang. Sie hat nach § 2 des kommunalen Baureglements keine selbständige Entscheidkompetenz. Insofern kann sich die Beschwerdeführerin nicht auf den Vertrauensschutz berufen.

2. Bei der alten, abgebrochenen Pergola handelte es sich um ein bewachsenes grosses Holzgestell, das mit einem gewellten grünen Pulldach aus Kunststoff überdeckt war. Beim Neubau handelt es sich um ein zwar nicht allseits geschlossenes, aber dennoch stattliches hölzernes Gartenhaus auf einem massiven Betonsockel. Die beiden Bauten bzw. Anlagen sind nicht wesensgleich. Es geht fehl, sich auf eine Bestandesgarantie berufen zu wollen.

3. Zu prüfen ist, ob die «Pergola» bzw. das Gartenhaus und der Whirlpool nach Art. 22 RPG baubewilligungspflichtig sind. Baubewilligungspflichtig sind Bauten und Anlagen. Der Begriff «Bauten und Anlagen» ist vom Bundesgesetzgeber nicht näher umschrieben worden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten als «Bauten und Anlagen» jedenfalls jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und die Nutzungsordnung zu beeinflussen vermögen, weil sie entweder den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Dazu gehören auch Fahrnisbauten, die über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden (BGE 118 Ib 51 f.; 113 Ib 315 f.). Neben den baulichen Vorrichtungen nimmt die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Bewilligungspflicht auch für Geländeänderungen an, wenn diese erheblich sind (BGE 114 Ib 313 f.). Es kommt auf die räumliche Bedeutung eines Vorhabens an. Die Baubewilligungspflicht soll der Behörde die Möglichkeit verschaffen, das Projekt auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen. Massstab dafür, ob eine Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist daher, ob damit im Allgemeinen solche räumlichen Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Aus diesen

Gründen hat das Bundesgericht beispielsweise die Einholung einer Baubewilligung für die Erstellung einer Wasserski-Anlage verlangt (BGE 114 Ib 87). Es hat ferner erklärt, die zonenwidrige Nutzung von ausserhalb der Bauzone gelegenem Land zu gewerblichen Zwecken wie etwa als Lagerplatz für Altmaterialien oder als Motocrosstrainingsgelände bedürfe einer Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG (vgl. BGE 112 Ib 277 ff.). Bundesrechtlich baubewilligungspflichtig sind zum Beispiel auch Bohrungen, Maschendrahtzäune, Holzunterstände im Wald, Klettersteige, Schneekanonen, Hängegleiterlandeplätze, Scheinwerfer, die einen Berggipfel beleuchten, sogenannte «Liebeskreuze», Gemüsegärten, Pyramiden, die einen Aschenbeisetzungsplatz auf einer Alp kennzeichnen, und längere Zeit aufgestellte Wohnwagen und Zelte (Bernhard Waldmann / Peter Hänni: Raumplanungsgesetz, Kommentar, Bern 2006, N 13 zu Art. 22 RPG; Bovay / Didisheim / Solliger: Droit fédéral et vaudois de la construction, Basel 2010, Ziff. 1 b zu Art. 22 RPG). Der Baubewilligungspflicht gemäss Art. 22 RPG unterstehen auch blosse Nutzungsänderungen, die ohne bauliche Vorkehrungen auskommen, wenn diese erhebliche Auswirkungen auf Umwelt und Planung haben. Die Nutzung eines Raums ist bewilligungspflichtig, wenn sie neu, organisiert und von einer erheblichen Intensität ist, regelmässig erfolgt und auf Dauer ausgelegt ist (BGE 113 Ib 223; Thomas Widmer Dreifuss: Planung und Realisierung von Sportanlagen, Diss. Zürich 2002, S. 204).

Nach § 3 der kantonalen Bauverordnung (KBV, BGS 711.61) sind alle Bauten und Anlagen baubewilligungspflichtig. Dass sowohl das neue Gartenhaus, von der Beschwerdeführerin Pergola genannt, als auch der Whirlpool bewilligungspflichtig sind, liegt auf der Hand. Das eine ist eine Baute, das andere eine Anlage. Beides dient dem Verweilen im Freien und verursacht möglicherweise Freizeitlärm.

4. Der Whirlpool muss als Anlage nach ständiger Praxis einen Grenzabstand von 2 m einhalten; dies nach § 253 EG ZGB (BGS 211.1). Dieser Abstand ist hier nicht gewahrt. Indessen kann nach § 26 KBV der Grenzabstand ungleich verteilt werden. Dies bedarf einer Dienstbarkeit, eines Näherbaurechts. Die Dienstbarkeit ist angeblich in Vorbereitung; offenbar fehlte noch eine Unterschrift. Der Whirlpool ist hier nicht mehr Streitgegenstand, da die Sache an die kommunale Baubehörde zurückgewiesen und die Rückweisung nicht angefochten wurde.

5. Auch das Gartenhaus muss einen Grenzabstand einhalten. Nach Anhang II zur KVB (BGS 711.611.2) beträgt der Grenzabstand 2 m. Das Nachbargebäude auf GB Nr. 1550 ist zweigeschossig und (an der Ostfassade) ca. 7.5 m lang. Es benötigt einen Grenzabstand von 3 m. Nach § 28 KBV ist der erforderliche Gebäudeabstand gleich der Summe der Grenzabstände. Der Gebäudeabstand ist also nicht eingehalten. Die Gebäudeabstandsvorschriften können durch ein Näherbaurecht schon aus feuerpolizeilichen Gründen nicht wegbedungen werden. Es besteht kein Anlass, eine Ausnahmegewilligung zu erteilen, denn es ist kein Härtefall ersichtlich. Durch eine Verschiebung oder Verkleinerung des Gartenhauses liessen sich alle Vorschriften einhalten.

6. Die Erteilung der Baubewilligung erfolgt in einem schriftlichen Verfahren. Für Besichtigungen und Verhandlungen besteht im Regelfall kaum Raum. Dies jedenfalls dann, wenn es, wie im vorliegenden Fall, um ein relativ geringfügiges Projekt geht. Unklarheiten können mit einer schriftlichen Voranfrage beseitigt werden. Bevor eine rechtskräftige Baubewilligung vorliegt, darf mit einem Bau nicht begonnen werden. Dies liegt auf der Hand. Jedenfalls kann die Baubehörde nicht verpflichtet sein, das Gemeindegebiet dauernd zu überwachen, um sofort einen Baustopp beschliessen zu können, wenn jemand, wie die

Beschwerdeführerin, ohne Bewilligung baut.

E. 7.1

Eine unbewilligte und auch nachträglich nicht bewilligungsfähige Baute muss grundsätzlich beseitigt werden. Eine solche Beseitigung hat allerdings verhältnismässig zu sein. Ist die Bauherrschaft bösgläubig, so spielen deren finanzielle Interessen nur eine untergeordnete Rolle. Die mit der Wiederherstellung verbundenen Nachteile sind nicht oder nur in verringertem Masse zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 1C_135/2016 vom 1. September 2016; BGE 132 II 21 E. 6.4).

E. 7.2

Die Anordnung restitutorischer Massnahmen liegt im Ermessen der zuständigen Behörde. Dieses Ermessen ist unter Berücksichtigung der allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechtes auszuüben. So können der Verhältnismässigkeitsgrundsatz und das Rechtsgleichheitsgebot den Verzicht auf restitutorische Massnahmen rechtfertigen oder gar gebieten. Andererseits dürfen die Bauvorschriften durch einen solchen Verzicht nicht faktisch ausser Kraft gesetzt werden (Bernhard Waldmann in: Alain Griffel et al. [Hrsg.]: Fachhandbuch Öffentliches Baurecht Expertenwissen für die Praxis, 2016, S. 590, mit Hinweisen).

E. 7.3

Die Gewichtung des öffentlichen Interesses an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes hängt von der Wichtigkeit der verletzten Bauvorschriften und dem Ausmass der Gesetzesverletzung ab. Ein Rückbau erweist sich als unverhältnismässig, wenn die Abweichung vom Gesetz gering ist und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch die Wiederherstellung entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen. Auf privater Seite sind in erster Linie wirtschaftliche Interessen zu berücksichtigen, insbesondere die Investitionskosten sowie die Rückbaukosten. War der Bauherr nicht gutgläubig, muss er, wie gesagt, in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz von Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen (Bernhard Waldmann, a.a.O., S. 594 f., mit Hinweisen).

Die Abweichung vom Erlaubten ist nicht bloss geringfügig. Grenz- und Gebäudeabstand sind deutlich unterschritten (vgl. Peter Hänni: Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, Bern 2016, S. 358 betr. einen Anbau, der den Grenzabstand um einen Meter unterschreitet). Abstandsvorschriften verhindern den Entzug von Licht und Sonne, sind mithin wohnhygienisch bedeutsam. Der Gebäudeabstand ist zudem feuerpolizeilich von Belang. Die im Garten vorgenommenen Veränderungen sind insgesamt massiv. Es ist schwer nachvollziehbar, dass ein Grundeigentümer diese Arbeiten ausführen lässt, ohne sich vorgängig bei der Bauverwaltung zu erkundigen. Die Beschwerdeführerin muss als bösgläubig bezeichnet werden, und ihr Vorgehen ist stossend. Unter diesen Umständen sind die der Beschwerdeführerin erwachsenden finanziellen Nachteile nicht zu berücksichtigen. Es werden auch keine allzu hohen Kosten anfallen. Ein hölzernes Gartenhaus lässt sich verschieben oder mit mässigem Aufwand verkleinern. Der Beschwerdeführerin ist eine neue Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzusetzen.

E. 8

Zusammenfassend ergibt sich, dass das hölzerne Gartenhaus (Pergola) nicht bewilligungsfähig ist und entfernt werden muss. Dafür ist eine Nachfrist anzusetzen; eine Frist bis Ende April 2021 erscheint als angemessen. Für einen allfälligen Ersatzstandort oder eine Verkleinerung wäre ein neues Baugesuch einzureichen. Der Whirlpool kann durch die kommunale Baukommission allenfalls noch bewilligt werden, sobald die nötige Dienstbarkeit (Näherbaurecht) im Grundbuch eingetragen ist.

E. 9

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, sie ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang hat die Beschwerdeführerin die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen, die einschliesslich der Entscheidgebühr auf CHF 1'000.00 festzusetzen sind.

Der kommunalen Baubehörde, die für das Verfahren vor Verwaltungsgericht einen Anwalt beigezogen hat, ist ausnahmsweise eine Entschädigung zuzusprechen (SOG 2010 Nr. 20 Erw. 13 g). Die geltend gemachten CHF 2'439.90 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) erscheinen als angemessen.

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Beschwerdeführerin hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 1'000.00 zu bezahlen.
3. Die Beschwerdeführerin hat der Einwohnergemeinde B.____ eine Parteientschädigung von CHF 2'439.90 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

Das vorliegende Urteil wurde vom Bundesgericht mit Urteil 1C_670/2020 vom 11. November 2021 bestätigt.

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