

Bauen ohne Baubewilligung; Rechtsschutz Dritter; Anmerkung der fehlenden Besitzstandsgarantie im Grundbuch

- **Wer nicht innert drei Monaten seit Kenntnisnahme einer Baurechtswidrigkeit interveniert, verliert seinen Rechtsschutzanspruch (Erw. 4.4).**
- **Die fehlende Besitzstandsgarantie einer (materiell) rechtswidrigen Baute ist als Eigentumsbeschränkung gemäss § 163 BauG im Grundbuch anzumerken (Erw. 5.3).**

Aus dem Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt vom 6. März 2015 (BVURA.14.333).

Aus den Erwägungen

4.4

4.4.1

...

Wer als Nachbar von einem Bau- oder Nutzungsvorhaben betroffen ist, kann seinen Rechtsschutzanspruch bei eigenmächtigem Vorgehen des Bauherrn zwar auch später noch durchsetzen. Die Praxis bindet die Geltendmachung dieses Anspruchs jedoch an Fristen, namentlich aus der Überlegung heraus, dass der Rechtsuchende auch im ordentlichen Rechtsschutzverfahren auf befristete Rechtsmittel verwiesen ist. Im geltenden kantonalen Recht ist die Situation, wo keine Baubewilligung vorliegt, verfahrensrechtlich nicht geregelt. Unter der Geltung des alten Verwaltungsrechtspflegegesetzes und des alten Baugesetzes lautete die Rechtsprechung wie folgt:

Liegt überhaupt keine baupolizeiliche Bewilligung vor, so hat die Intervention des Betroffenen innert nützlicher Frist, das heisst ebenfalls in Anlehnung an die ordentlichen Beschwerdefristen innert 20 Tagen (§ 40 Abs. 1 aVRPG) seit der Kenntnisnahme vom Bauvorhaben zu erfolgen. Reagiert der Betroffene nicht innert dieser Frist, befindet er sich in der gleichen Position wie ein Nichtlegitimierter, das heisst es steht ihm dann lediglich zu, nach Massgabe von § 59a aVRPG (heute § 38 VRPG) bei der Behörde Aufsichtsanzeige zu erheben. Er hat dann einzig Anspruch auf eine behördliche Antwort, doch kann er die Behörde nicht dazu verhalten, in dem von ihm angebehrten Sinn tätig zu werden (zum Ganzen: AGVE 1994, S. 365 f. mit Hinweisen; vgl. bezüglich der Stellung als Aufsichtsanzeigeersteller auch VGE III/27 vom 30. März 2005, S. 7). Andernfalls hätte es der Nachbar in der Hand, eine von ihm bis dahin widerspruchsfrei geduldete Baute bis zum Ablauf der gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung für ein behördliches Einschreiten geltenden Maximalfrist von 30 Jahren (vgl. BGE 107 Ia 121; 105 Ib 265) jederzeit wieder infrage zu stellen, was auch unter dem Gesichtswinkel der Rechtssicherheit als fragwürdig erscheint.

4.4.2

Die genannte Rechtsprechung regelt das Verhältnis zwischen der Nachbarschaft und der Bauherrschaft, wenn keine Baubewilligung vorliegt. Sie begrenzt den Anspruch der Nachbarn, die Durchführung eines nachträglichen Baugesuchsverfahrens eigenständig zu *erzwingen*. Das Verhältnis zwischen Baupolizeibehörde und Bauherrschaft ist davon nicht direkt betroffen; der Gemeinderat kann (allenfalls durch eine Aufsichtsanzeige der Nachbarn aufmerksam gemacht) auch später noch gegen das eigenmächtige Handeln der Bauherrschaft vorgehen.

Wie bereits ausgeführt, wurde die Herleitung der 20-tägigen Frist für die Intervention des Nachbarn bei eigenmächtigem Vorgehen des Bauherrn damit begründet, dass die Nachbarn auch bei einem

ordentlichen Verfahren an eine (Einwendungs-)Frist gebunden sind. In den Fällen, in denen zwar eine Baubewilligung vorliegt, diese aber mit einem Verfahrensmangel behaftet ist, weil der Nachbar zu Unrecht nicht in das Verfahren einbezogen worden ist, geht jedoch die neuere Praxis in Anlehnung an § 27 aVRPG (Wiederaufnahme) von einer dreimonatigen Frist ab Möglichkeit der Kenntnisnahme von der betreffenden Baute aus (zum Ganzen: AGVE 1988, S. 400 ff.; VGE III/27 vom 30. März 2005, S. 7). Vor dieser Praxisänderung wurde auch in diesen Fällen noch von einer 20-tägigen Frist ausgegangen (vgl. AGVE 1978, S. 234). Diese neuere Praxis wurde mit dem neuen Verwaltungsrechtspflegegesetz ins Gesetz überführt, wonach die Wiederaufnahme auch verlangen kann, wer zu Unrecht nicht in ein Verfahren einbezogen wurde oder wem ein Entscheid zu Unrecht nicht eröffnet worden ist (§ 65 Abs. 2 VRPG). Allerdings wurde damit die Praxis im Ergebnis verschärft, denn praxisgemäss wurde nur eine fristgerechte Intervention beim Gemeinderat verlangt, etwa indem mündlich gegen die Baute Protest eingelegt und Einsicht in die Pläne und die Baubewilligung verlangt worden war. § 65 VRPG verlangt demgegenüber nun ein formelles Wiedererwägungsbegehren, das innert Frist schriftlich mit Antrag und Begründung einzureichen ist (vgl. § 66 Abs. 1 VRPG). Mit § 65 Abs. 2 VRPG hat der Gesetzgeber die bisherige Praxis abgelöst, allerdings ohne in den Materialien auf sie und die Unterschiede einzugehen (vgl. Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 14. Februar 2007 [07.27], S. 78: "Wie zu verfahren ist, wenn ein solcher Mangel entdeckt wurde, war aber nicht klar. Neu wird das Problem über die Wiederaufnahme gelöst [...]").

Die genannte Änderung der Rechtsprechung hinsichtlich der nützlichen Frist (drei Monate; AGVE 1988, S. 396 ff.) rechtfertigt sich auch für den Fall des eigenmächtigen Vorgehens des Bauherrn. Es wäre nicht nachvollziehbar, weshalb ein Bauherr, der eine Baubewilligung hat und demnach gewichtige Interessen am Rechtsschutz geltend machen kann, sich länger in Unsicherheit wiegen muss als einer, der eigenmächtig ohne Baubewilligung gehandelt hat. Demnach hat der Nachbar auch in den Fällen eigenmächtigen Vorgehens des Bauherrn innert drei Monaten zu intervenieren, seit er vom Bauvorhaben Kenntnis nehmen konnte, das heisst seit er Kenntnis genommen hat oder bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte nehmen können (vgl. bezüglich des behördlichen Beseitigungsanspruchs ANDREAS BAUMANN, in: Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 159 N 55). Die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht dabei spätestens in dem Zeitpunkt, in welchem die Dimensionen der (bewilligungslosen) Baute für den Nachbarn sichtbar und die Baubewilligungspflicht für ihn somit erkennbar geworden ist (vgl. bezüglich des Fristbeginns auch AGVE 1978, S. 234 sowie BGer 1C_150/2012 vom 6. März 2013, Erw. 2.4). Im Übrigen hat sich ein allfälliger Erwerber der betroffenen Liegenschaft die Kenntnis beziehungsweise die Möglichkeit der Kenntnisnahme des Rechtsvorgängers anrechnen zu lassen.

4.4.3

Der Nachbar hat somit auch in den Fällen eigenmächtigen Vorgehens des Bauherrn innert drei Monaten, seit er vom Bauvorhaben Kenntnis nehmen konnte, zu intervenieren. Was mit intervenieren gemeint ist, ist nachfolgend zu präzisieren.

Klar ist, dass es in diesen Fällen (im Gegensatz zu den Fällen, wo eine Baubewilligung vorliegt, der Nachbar jedoch nicht in das Verfahren einbezogen worden ist) nicht erforderlich ist, dass der Nachbar innert der Frist von drei Monaten ein förmliches Wiederaufnahmebegehren beim Gemeinderat stellt. Dies rechtfertigt sich schon deshalb nicht, da noch gar kein Baubewilligungsverfahren durchlaufen wurde, welches wiederaufgenommen werden könnte. Auch kann es nicht Aufgabe des Nachbarn sein, ein Verfahren formell in Gang zu setzen, das der Bauherr bewusst unterlassen hat und das sich primär zwischen der Bauherrschaft und dem Gemeinderat abspielt. Schliesslich stellt es ein unter Nachbarn übliches und schutzwürdiges Vorgehen dar, Differenzen vorerst untereinander zu klären und erst im Fall der Nichteinigung (beispielsweise hier hinsichtlich der Versetzung der Baute)

beim Gemeinderat zu intervenieren. Es muss in den Fällen eigenmächtigen Vorgehens des Bauherrn daher als genügend erachtet werden, wenn der betroffene Nachbar innert drei Monaten beim Bauherrn interveniert. Diese Intervention ist formlos möglich, doch empfiehlt sich aus Beweisgründen Schriftlichkeit. Einigen sich Nachbar und Bauherr in der Folge nicht hinsichtlich der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands respektive hinsichtlich der Duldung der Baute oder handelt der Bauherr einer allfällig erzielten Einigung zuwider, so hat der Nachbar wiederum innert nützlicher Frist (deren Dauer hier offen gelassen werden kann) beim Gemeinderat schriftlich die Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens zu verlangen. Alternativ steht es dem Nachbarn selbstverständlich offen, direkt beim Gemeinderat innert der Frist von drei Monaten (schriftlich) die Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens zu beantragen.

Macht der Nachbar beim Gemeinderat geltend, er habe Anspruch auf Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens, so muss der Gemeinderat darüber als Baubewilligungsbehörde innert angemessener Frist und in anfechtbarer Form entscheiden. Beschliesst der Gemeinderat, kein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen, weil er den Rechtsschutzanspruch des Nachbarn als verwirkt erachtet, kann dieser den Entscheid anfechten. Leitet der Gemeinderat demgegenüber das nachträgliche Baubewilligungsverfahren (auf Gesuch des Nachbarn oder von Amtes wegen) ein, hat der Nachbar später die Möglichkeit, eine Einwendung einzureichen (vgl. VGE III/27 vom 30. März 2005, S. 7 f.). Tut er das, hat er Anspruch auf Zustellung des Entscheids über das Baugesuch und kann gegen diesen wiederum Beschwerde erheben. Weigert sich der Gemeinderat dagegen bereits, über den nachträglichen Rechtsschutzanspruch des Nachbarn überhaupt zu verfügen, obwohl dieser ausdrücklich einen Anspruch auf nachträgliche Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens geltend macht, steht dem betroffenen Nachbarn die Rechtsverweigerungsbeschwerde offen (vgl. § 41 Abs. 2 VRPG).

4.4.4

Vorliegend wurde die Pergola vom Beschwerdegegner im Jahr 1995 erstellt. Trotz der Tatsache, dass die Pergola entgegen der Baubewilligung unmittelbar an die Grenze zur Parzelle 172 gesetzt, das heisst sowohl formell wie auch materiell rechtswidrig erstellt wurde, intervenierte der damalige Eigentümer der Parzelle 172 nie gegen das Bauvorhaben (weder beim Gemeinderat noch bei der Bauherrschaft). Er duldete also die rechtswidrig erstellte Baute über Jahre und verwirkte somit gemäss der dargelegten Rechtsprechung seinen Rechtsschutzanspruch. Folglich war der Rechtsschutzanspruch des Grundeigentümers der Parzelle 172 im Zeitpunkt des Liegenschaftserwerbs durch die Beschwerdeführerin im Jahr 1999 bereits verwirkt. Hinzukommt, dass auch die Beschwerdeführerin selbst erst mit Eingabe vom 14. Juni 2007, das heisst nach rund 12 Jahren seit der rechtswidrigen Erstellung der Pergola durch den Beschwerdegegner respektive nach rund 8 Jahren seit dem Liegenschaftserwerb und der Kenntnisnahme der Unterschreitung des Grenzabstands, beim Gemeinderat erstmals schriftlich die Anordnung der Entfernung der Baute beantragte. Auch die Beschwerdeführerin selbst duldete die rechtswidrig erstellte Pergola also über Jahre. In Anbetracht dieser Tatsache erscheint es denn auch als wider Treu und Glauben, erstmals rund 8 Jahre nach Kenntnisnahme der Grenzabstandunterschreitung die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verlangen (vgl. diesbezüglich auch EBVU 06.41 vom 24. März 2006, Erw. 4c sowie den Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich [VB] 2009.00018 vom 16. Dezember 2009, Erw. 2).

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass der Rechtsschutzanspruch der Beschwerdeführerin bereits im Zeitpunkt des Erwerbs der Liegenschaft verwirkt war. Die Duldung des rechtswidrigen Zustands durch den vormaligen Eigentümer der Parzelle 172 muss sich die Beschwerdeführerin als dessen Rechtsnachfolgerin anrechnen lassen (vgl. vorstehend Erw. 4.4.2). Im Übrigen duldete auch die Beschwerdeführerin selbst über Jahre hinweg den rechtswidrigen Zustand, weshalb es aus diesem Grund auch als wider Treu und Glauben erscheint, nun die Wiederherstellung des

rechtmässigen Zustands respektive die Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens zu verlangen. Der Gemeinderat war folglich nicht verpflichtet, auf das Gesuch vom 14. Juni 2007 hin ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren einzuleiten. Insofern ist der Entscheid vom 22. Januar 2008 nicht zu beanstanden ...

5.3

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Pergolabaute trotz Duldung durch den Gemeinderat keinen Besitzstandsschutz im Sinn von § 68 BauG geniesst. Besitzstand würde voraussetzen, dass die Pergola formell oder materiell rechtmässig erstellt wurde (vgl. AGVE 2000, S. 255), was vorliegend nicht der Fall ist. Ein für die Anrufung der Besitzstandsgarantie ausreichender Rechtstitel liegt zwar auch vor, wenn die betreffende Baute zwar nicht nach den erwähnten Kriterien rechtmässig ist, sich der Bauherr aber aufgrund der langjährigen Duldung der rechtswidrigen Baute durch die Behörde auf den Vertrauensschutz berufen kann (vgl. AGVE 2000, S. 256). Auf den Vertrauensschutz kann sich jedoch nur berufen, wer guten Glaubens von der Rechtmässigkeit des Zustands ausgeht. Sobald sich die Bauherrschaft der Rechtswidrigkeit ihres Tuns bewusst ist, kann sich diese nicht mehr auf den Vertrauensschutz berufen (ANDREAS BAUMANN, a.a.O., § 159 N 7). Vorliegend geht aus den Akten hervor, dass sich der Beschwerdegegner der Rechtswidrigkeit seines Tuns offensichtlich bewusst war, hatte er doch zunächst ein Projekt direkt an der Parzellengrenze und nach Hinweis der Gemeinde auf die Abstandsregeln ein neues Projekt mit einem Grenzabstand eingereicht, weshalb er sich auch nicht auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen kann. Gegenteiliges wurde von ihm denn auch nie behauptet. Somit kann der Beschwerdegegner vorliegend lediglich darauf vertrauen, dass die Pergola vom Gemeinderat auch weiterhin geduldet wird, eigentlichen Besitzstandsschutz geniesst sie jedoch nicht. Aus diesem Grund sind keinerlei Erneuerungen, Änderungen oder Wiederaufbauten (auch im Falle von Zerstörungen irgendwelcher Art) zulässig (vgl. RRB Nr. 2009-000186 vom 18. Februar 2009, S. 6). Der Gemeinderat hat diese Eigentumsbeschränkung (fehlende Besitzstandsgarantie) – analog der neueren Praxis der Abteilung für Baubewilligungen BVU (vgl. RRB Nr. 2014-001387 vom 17. Dezember 2014, S. 7) – auf Kosten des Beschwerdegegners im Grundbuch anmerken zu lassen (vgl. betreffend die Anmerkung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch auch Art. 962 ZGB sowie § 163 BauG). ...

Bemerkung: Die Belastung ist im Grundbuch wie folgt angemerkt worden:

"(L) Eigentumsbeschränkung gem. § 163 BauG (fehlende Besitzstandsgarantie Pergolabaute)"

Stichwörter: Anmerkungen im Grundbuch, Rechtsmittel