

PROTOKOLL DES REGIERUNGSRATS

Sitzung vom 22. November 2023

Versand: 28. November 2023

Regierungsratsbeschluss Nr. 2023-001399

Stockwerkeigentümergeinschaft A.____, R.____; Beschwerde vom 31. März 2022 gegen den Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt (Abteilung für Baubewilligungen)/ Gemeinderats R.____ vom 9. März 2020/21. Februar 2022 betreffend überdachter Sitzplatz mit Treppe und Gartenhaus auf Parzelle aaa, in der Grünzone, am und im Wald, angrenzend an SBB; teilweise Gutheissung

Sachverhalt

(...)

Erwägungen

1. Beschwerdegegenstand

Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens haben die Beschwerdeführerin beziehungsweise ihre Vertreterinnen widersprüchliche Angaben gemacht, wann was von wem auf Parzelle aaa gebaut wurde. Rechtsanwältin B.____ hat dies anlässlich der Augenscheinsverhandlung vom 25. August 2022 auf Missverständnisse zurückgeführt. Gemäss ihren Angaben wurde das in der Wohnzone 3 gelegene Wohnhaus auf Parzelle aaa im Jahr 1974 erstellt, während Sitzplatz und Gerätehaus als Umgebungsgestaltung zwischen 1978 und 1979 erstellt worden seien (vgl. Protokoll der Augenscheinsverhandlung vom 25. August 2022 [nachfolgend: Augenscheinsprotokoll], S. 6, act. 85, Votum B.____). Um im relativ steilen Abhang zur Q.____ eine ebene Fläche für den Sitzplatz zu schaffen, hätten die Stockwerkeigentümer keine Terrainveränderungen vorgenommen. Den dort verlaufenden, gesplitteten Weg beziehungsweise die Terrassierung des Abhangs habe wohl die SBB schon früher erstellt und die bergseitige Böschung mit Eisenbahnschwellen gestützt (Augenscheinsprotokoll, S. 13, act. 81, Voten B.____ und E.____). Gemäss dem Situationsplan vom 28. August 2019 (act. 18) sowie den Fotos der Sitzplatzanlage (act. 10 ff. und 74/75) wurden auf einer Fläche von rund 10 m x 5 m Betonplatten verlegt und auf Betonröhren zwei Tische mit Steinplatten sowie je zwei Bänke mit Holzsitzfläche erstellt. Lediglich eine dieser Tisch/Sitzbank-Kombinationen wurde überdacht, aber nicht eingewandet. Die Überdachung besteht aus einer metallenen Tragkonstruktion mit vier Eckpfosten auf einer Grundfläche von 5,71 m x 4,23 m, welche mit lichtdurchlässigen Acrylglasplatten gedeckt wurde. Einzelne Dachplatten wurden im Jahr 2018 ersetzt, nachdem sie von einem Sturm weggeweht worden waren. Ebenfalls bereits 1978/79 soll ein hölzernes Gartengerätehaus mit einer Grundfläche von 3,03 m x 2,22 m erstellt worden sein. Es soll einen von 1974 datierenden Geräteschopf ersetzt haben. Ca. im Jahr 2004 sei das Gartengerätehaus neu lasiert und auf beiden Seiten mit Schwerlastregalen zur Lagerung von Brennholz ergänzt worden (Augenscheinsprotokoll, S. 14 f., act. 80 f., Voten E.____ und F.____). Schliesslich sei eine irgendwann nach 1979 erstellte hölzerne Treppe, welche nicht mehr funktionsfähig war, ca. im Jahr 2004 durch eine Steintreppe mit elf

Stufen und metallenen Handlauf als Erschliessung des Sitzplatzes ersetzt worden (Augenscheinsprotokoll, S. 12 f., act. 81 f., Voten B._____ und E._____).

Strittig ist vorliegend die nachträgliche Bewilligungsfähigkeit der Bauten und ob zumindest Teile davon vom Gemeinderat im Jahr 1979 ohne kantonale Zustimmung gültig bewilligt wurden und ob sie anlässlich ihrer Erstellung und Bewilligung 1979 im Baugebiet oder im Wald lagen. Für den Fall, dass die kommunale Baubewilligung von 1979 an einem Mangel leidet, macht die Beschwerdeführerin Vertrauensschutz und im Übrigen Besitzstandsschutz infolge des langjährigen Bestands von Sitzplatz und Gartenhaus geltend (vgl. Beschwerde, S. 7, Rz. 16 ff., act. 36 f.).

2. Bewilligungsfähigkeit nach geltendem Recht

Vorab ist festzuhalten, dass eine nachträgliche Baubewilligung derzeit bereits aufgrund des Umstands ausgeschlossen ist, dass der Gemeinderat das Baugesuch nicht öffentlich aufgelegt hat (§ 60 Abs. 2 Gesetz über Raumentwicklung und Bauwesen [Baugesetz, BauG] vom 19. Januar 1993; § 54 Abs. 1 Bauverordnung [BauV] vom 25. Mai 2011). Nachdem die Beschwerdeführerin keine Bewilligung, sondern lediglich die Tolerierung der Bauten beantragt hat, verzichtete der regierungsrätliche Rechtsdienst darauf, den Gemeinderat zur nachträglichen Publikation des Baugesuchs aufzufordern.

Gemäss dem von der Gemeindeversammlung am (.../...) beschlossenen und vom Regierungsrat am (.../...) genehmigten Bauzonenplan der Gemeinde R._____ erstreckt sich die Parzelle aaa über drei Zonen. Das Wohngebäude Nr. ddd befindet sich in der Wohnzone 3. Die strittigen Bauten liegen jedoch ausserhalb der Bauzonen im Wald, lediglich das Gerätehaus ragt etwa zur Hälfte in die zum Baugebiet gehörende Grünzone, welche gemäss § 34 Abs. 1 der Bau- und Nutzungsordnung (BNO) der Gemeinde R._____ (Beschluss- und Genehmigungsdaten entsprechend dem Bauzonenplan) der Freihaltung des Gebietes entlang der Q._____, der Schlittelwiese Y._____ und der Siedlungsbegrenzung H._____ dient. Die Grünzone ist von allen Bauten freizuhalten. In den Grünzonen entlang der Q._____ sind jedoch Spazierwege, Erholungsanlagen (Gartenbänke usw.) sowie Kleinbauten, die zur Pflege der Grünzone notwendig sind, zulässig (§ 34 Abs. 2 BNO). Dass der Abhang zur Q._____, in welchem sich Sitzplatz, Treppe und ein Teil des Gerätehauses befinden, nicht zum Baugebiet, sondern zum Wald gehört, wurde erstmals mit der Nutzungsplanung Kulturland, Inventarplan 1:5'000 Baugebiet/Waldausscheidung vom (...) verbindlich bestimmt, welcher vom Kreisforstamt (...), S._____, am (...) genehmigt wurde (vgl. Beilage 3 zur Beschwerdeantwort der Abteilung Wald BVU vom 25. Mai 2022, act. 50). Diese Waldausscheidung bildete Grundlage der damaligen Nutzungsplanung Kulturland, wurde mit dem Waldgrenzenplan Nr. eee im Jahr 2016 rechtskräftig verfügt und 2019 in den kantonalen Waldgrenzenplan übernommen (vgl. Stellungnahme der Abteilung Wald BVU vom 25. Mai 2022, S. 2 f., act. 51/52).

Beim teilweise gedeckten Sitzplatz, der Treppe und dem Gartenhaus handelt es sich zweifellos um künstlich hergestellte und mit dem Boden fest verbundene und teilweise gebäudeähnliche Objekte beziehungsweise gesamthaft um eine Freizeitanlage, mithin um baubewilligungspflichtige Bauten im Sinne von § 6 Abs. 1 lit. a, c und h BauG in Verbindung mit § 59 BauG. Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 1 Bundesgesetz über die Raumplanung [Raumplanungsgesetz, RPG] vom 22. Juni 1979). Voraussetzung einer Bewilligung ist, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen und das Land erschlossen ist (Art. 22 Abs. 2 RPG). Gemäss Art. 24 RPG dürfen zwar abweichend von Art. 22 Abs. 2 RPG Bewilligungen für Bauten und Anlagen erteilt werden, wenn deren Zweck einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Ein teilweise gedeckter Sitzplatz mit Zugangstreppe und ein Gartenhaus als Umgebungsgestaltung und Freizeitanlage zu einem Wohnhaus sind aber nicht auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen. Sie entsprechen auch nicht dem Zweck des Waldes, welcher Schutz-, Wohlfahrts- und Nutzungsfunktionen erfüllt (Art. 1 Bundesgesetz über den Wald [Waldgesetz, WaG] vom 4. Oktober 1991), sondern gehören in eine für das Wohnen bestimmte Bauzone. Die dauernde oder vorübergehende

Zweckentfremdung von Waldboden gilt als Rodung (Art. 4 WaG), die verboten ist (Art. 5 Abs. 1 WaG). Eine Ausnahmegewilligung darf nur erteilt werden, wenn der Gesuchstellende nachweist, dass für die Rodung wichtige Gründe bestehen, die das Interesse an der Walderhaltung überwiegen und zudem die weiteren Voraussetzungen nach Absatz 2 erfüllt sind (Art. 5 Abs. 2 WaG). Selbst nachteilige Nutzungen, die keine Rodung im Sinne von Art. 4 darstellen, jedoch die Funktionen oder die Bewirtschaftung des Waldes gefährden oder beeinträchtigen, sind unzulässig (Art. 16 Abs. 1 WaG). Hinsichtlich des Gartenhauses, das zumindest teilweise am Waldrand und in der Grünzone steht, ist festzustellen, dass Kleinbauten einen ab Waldgrenze gemessenen Waldabstand von 8 m einzuhalten haben (§ 48 Abs. 1 lit. b BauG). Die Voraussetzungen für die ausnahmsweise Bewilligung eines reduzierten beziehungsweise aufgehobenen Waldabstands sind zweifellos nicht erfüllt, sind doch keine ausserordentlichen Verhältnisse oder eine Härte geltend gemacht worden oder erkennbar, welche eine Abweichung vom regulären Waldabstand rechtfertigen würden (§ 67 Abs. 1 und 2 BauG). Das wäre mit Sinn und Zweck des Waldabstands (unter anderem Schutz des Waldes vor der Baute wie auch Schutz der Baute vor dem Wald) nicht vereinbar, zumal das Gartenhaus problemlos unter Einhaltung des gesetzlichen Waldabstands errichtet werden könnte.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass die strittigen Bauten nach heute geltendem Recht nicht nachträglich bewilligt werden können. Zu klären bleibt nachfolgend, ob sie zumindest teilweise bereits gültig bewilligt sind, ob sie nach dem im Zeitpunkt der Erstellung geltenden Recht bewilligungsfähig waren oder, ob aufgrund ihres langjährigen Bestands kein nachträgliches Baubewilligungsverfahren mehr durchgeführt werden darf und die Bauten folglich – wie von der Beschwerdeführerin beantragt – zu tolerieren sind.

3. Kommunale Baubewilligung von 1979 und Bewilligungsfähigkeit nach dem Recht von 1979

3.1

Im Jahr 1979 stellte der Gemeinderat fest, dass auf Parzelle aaa ohne Baubewilligung Bauarbeiten ausgeführt wurden. Die Bauherrschaft setzte diese auch nach behördlicher Anordnung eines Baustopps fort. Gegen das schliesslich doch noch eingereichte Baugesuch erhob ein Nachbar Einsprache, weil er aufgrund des geplanten Wellblechdaches Lärmimmissionen befürchtete. Mit Protokollauszug vom 2. Juli 1979 und ohne Beizug der kantonalen Behörden beschloss der Gemeinderat daraufhin:

"Der Eigentümerschaft I. _____ wird Bewilligung für eine Gartenhalle mit Cheminée an der T-Strasse gemäss den eingereichten Planunterlagen erteilt. Wegen Zuwiderhandlung gegen § 23 der Bauordnung wird eine Busse von Fr. 50.– ausgesprochen. Für das Bauvorhaben gelten folgende Bedingungen und Auflagen:

- 1. Das Dach ist in braunem Welleternit auszuführen. Mit dieser Bedingung betrachtet der Gemeinderat die Einsprache des Herrn J. _____ als erledigt.*
- 2. ..."*

Die mit dem Baugesuch eingereichten Planunterlagen, gemäss welchen die Baubewilligung erteilt wurde, sind auf der Gemeindeverwaltung von R. _____ nicht mehr auffindbar. Die Beschwerdeführerin macht geltend, unter dem Titel "Gartenhalle mit Cheminée" seien der teilweise gedeckte Sitzplatz sowie das Gartenhaus gültig bewilligt worden. Diese Bauten seien damals im Baugebiet und ausserhalb des Waldes gelegen, weshalb eine kantonale Zustimmung nicht erforderlich gewesen sei. Einer nachträglichen Baubewilligung nach heutigem Recht bedürften höchstens die Treppe und die Erweiterung des Gartenhauses mit Schwerlastgestellen. Die Rückbauverpflichtung sei daher – wenn überhaupt – auf diese zu beschränken. Allenfalls seien die Bauten aufgrund ihres langjährigen Bestands und des Vertrauens der Bauherrschaft auf die Gültigkeit der kommunalen Baubewilligung weiterhin zu tolerieren (vgl. Beschwerde, S. 4 f., Rz. 5 ff., act. 39 f.).

3.2

Bei Erstellung des Sitzplatzes im Jahr 1979 und allenfalls auch des Gartenhauses, bei welchem allerdings das Errichtungsdatum strittig ist, sowie bei Erteilung der kommunalen Baubewilligung vom 2. Juli 1979 war ein Zonenplan der Gemeinde R._____ vom (...) in Kraft, welchen der Grosse Rat am (...) genehmigt hatte. Danach lag die Parzelle aaa in der Wohnzone 3 Geschosse, II. Etappe. Wald im Sinne der Forstgesetzgebung war im Bereich der strittigen Bauten im Zonenplan nicht eingetragen (vgl. act. 56). Eine Bauzone II. Etappe, die im Sinne von Bauerwartungsland erst nach Ausschöpfung des Baugebiets I. Etappe genutzt werden sollte, unterstand den Vorschriften des übrigen Gemeindegebiets und galt nicht als Bauzone im Sinne der Art. 19 f. des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (Gewässerschutzgesetz) vom 8. Oktober 1971 (aG-SchG). Gemäss dessen Art. 19 und 20 in der bis Ende 1979 geltenden Fassung durften Baubewilligungen nur innerhalb der Bauzonen erteilt werden (BGE 105 Ia 334 E. 3a, 108 Ib 345 E. 4b). Im Zonenplan der Gemeinde R._____ vom (...), der allerdings erst mit der Genehmigung durch den Grossen Rat am (...) in Kraft trat, ist denn auch im Bereich der strittigen Bauten im Sinne einer Nicht-einzonung und nicht einer Auszonung kein Baugebiet mehr eingetragen, dafür aber neu teilweise Wald am Abhang zur Q._____ (vgl. act. 56). Entscheidend für die Abgrenzung von Baugebiet und Wald war 1979 nicht der Bauzonen- oder der Kulturlandplan, da damals noch der dynamische Waldbegriff galt, wonach Wald dort ist, wo er wächst und wo die qualitativen Waldmerkmale gegeben sind; es bestanden also keine fixen Waldgrenzen. Wald konnte in Bauzonen einwachsen und diese verdrängen. Art. 1 der Verordnung betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei (FPoIV) vom 1. Oktober 1965 umschrieb den Begriff des Waldes. Danach galt als Wald generell jede mit Waldbäumen oder -sträuchern bestockte Fläche, die Holz erzeugt oder die geeignet ist, Schutz- oder Wohlfahrtswirkungen auszuüben. Bei einer Hangbestockung genügte für die Annahme von Wald schon grundsätzlich deren Eignung, eine Schutzfunktion auszuüben (BGE 113 Ib 357 E. 2c). In der Praxis des Kantons Aargau wurde bis 1994 eine Bestockung als Wald betrachtet, wenn sie mindestens 100 m² Fläche umfasste und mindestens zehn Jahre alt war (vgl. BGE 113 Ib 357 E. 2e; Stellungnahme der Abteilung Wald BVU vom 25. Mai 2022, S. 2, act. 52). Es kommt hinzu, dass die Luftbilder der Jahre 1970, 1972, 1976 und 1982 (vgl. act. 50) im Bereich des Abhangs zur Q._____ auf Parzelle aaa auch tatsächlich Waldbäume mit Kronenschluss zeigen, welche die Voraussetzungen für die Bejahung von Wald nach damaliger Praxis erfüllten. Diese Feststellung wurde auch anlässlich der Augenscheinsverhandlung vom 25. August 2022 bestätigt: Es wurden bestehende Waldbäume und im unteren Bereich der Treppe der Strunk eines gefällten Baumes gefunden, die ein Alter von wesentlich mehr als 40 Jahren aufwiesen. Der Vertreter der Abteilung Wald BVU gelangte aufgrund der Besichtigung der Bäume und der Schätzung ihres Alters zum Schluss, die Voraussetzungen für das Vorliegen von Wald seien bereits 1979 erfüllt gewesen (Augenscheinsprotokoll, S. 3 ff., act. 84 ff., Voten K._____). Glaubhaft dargetan ist, dass einerseits im Zusammenhang mit der Erstellung des Wohnhauses Bäume gefällt wurden und andererseits, dass die SBB ebenfalls Bäume fällte, um die Oberleitung und das Bahntrasse der an der Parzelle aaa vorbeiführenden Bahnlinie vor umstürzenden Bäumen zu schützen (Augenscheinsprotokoll, S. 6, act. 85, Voten E._____ und K._____). Die temporär nicht bestockte Fläche im Bereich der gefällten Bäume verlor die Waldqualität damit aber nicht. Es ist deshalb davon auszugehen, dass anlässlich der Erteilung der Baubewilligung von 1979 im Bereich der nachträglich bewilligten Bauten Wald stockte. Gemäss Art. 28 Abs. 1 FPoIV wäre für die Erteilung einer Baubewilligung im Wald eine kantonale Zustimmung nötig gewesen. Für eine Baute im ungesetzlichen Abstand zum Wald – wie das Gerätehaus – war überdies auch nach § 165 Abs. 1 lit. a i.V.m. § 155 Abs. 2 des alten Baugesetzes des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971 (aBauG) eine kantonale Zustimmung nötig. Da Wald als Nichtbaugebiet galt und gilt, greift die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach kommunale Baubewilligungen für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen mangels erforderlicher kantonaler Zustimmung nichtig sind (BGE 111 Ib 213 E. 5). Nichtig war die Baubewilligung vor Inkrafttreten des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979 am 1. Januar 1980 nicht infolge Missachtung von Art. 25 Abs. 2 RPG, sondern

wegen Missachtung des Gewässerschutzgesetzes (Art. 19 und 20 aGSchG) sowie des eidgenössischen Forstrechts (Art. 28 Abs. 1 FPoIV).

Selbst wenn man zugunsten der Beschwerdeführerin davon ausgeht, 1979 sei der Wald auf Parzelle aaa noch nicht bis zu den strittigen Bauten vorgedrungen, sondern erst bis in den Grenzbereich der Parzelle aaa und der südöstlich angrenzenden Parzelle bbb sowie der südwestlich angrenzenden Parzelle ccc, würde sich am Mangel der zwingend notwendigen, aber fehlenden kantonalen Zustimmung zur Baubewilligung von 1979 nichts ändern. Gemäss § 87 Abs. 2 des am 1. Januar 1912 in Kraft getretenen Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG ZGB) vom 27. März 1911 war nämlich für Bauten und Anlagen in der Nähe des Waldes ein Waldabstand von 20 m vorgeschrieben und dieser galt bis zum Inkrafttreten des alten Baugesetzes des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971 am 1. Mai 1972. Dieses schrieb in § 165 Abs. 1 lit. a unverändert einen minimalen Waldabstand von 20 m für Gebäude vor, um im Interesse von Gesundheits- und Forstpolizei, Landschaftsschutz und Raumplanung einerseits die Bauten und ihre Bewohnerschaft gegen Schädigung durch Windwurf, Schatten und Feuchtigkeit zu schützen und andererseits aber auch den Wald vor Brandgefahr, Zurückdrängung, Erschwerung der Bewirtschaftung usw. zu bewahren. Die Nichteinhaltung dieses Waldabstands bedurfte gemäss § 155 Abs. 2 aBauG einer kantonalen Ausnahmegewilligung beziehungsweise Zustimmung (ERICH ZIMMERLIN, Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, Kommentar, Aarau 1985, NN 12 ff. zu §§ 163–165). § 111 des Forstgesetzes vom 29. Februar 1860, welcher bis zum Inkrafttreten des Waldgesetzes des Kantons Aargau (AWaG) vom 1. Juli 1997 am 1. März 1999 in Kraft war, bestimmte ferner:

"Wer ohne Bewilligung des Regierungsrates näher als 90 m vom Walde Gebäulichkeiten auführt, verfällt in eine Busse von Fr. 50.– bis 150.– und muss dieselbe wieder abbrechen."

Der Waldabstand von 90 m wurde durch § 45 lit. a des Forstgesetzes sowie § 87 Abs. 2 EG ZGB vom 29. März 1911 auf 20 m reduziert. Somit mussten die sogenannte "Gartenhalle mit Cheminée" beziehungsweise der Sitzplatz und das Gartenhaus bei Erteilung der kommunalen Baubewilligung am 2. Juli 1979 einen Waldabstand von mindestens 20 m wahren. Dieser war jedoch aufgrund der in der Umgebung bestehenden und als Wald geltenden Bestockung nicht eingehalten. Auch in diesem Fall war nach dem Gesagten eine kantonale Zustimmung notwendig und ohne diese die Baubewilligung nichtig und der Abbruch gesetzlich explizit vorgeschrieben. Unter diesen Umständen kann offenbleiben, wo 1979 die Waldgrenze genau verlief, da eine rein kommunale Baubewilligung selbst bei einem Standort im Nahbereich des Waldes beziehungsweise in einem Abstand von weniger als 20 m nichtig und die Anlage mangels kantonaler Zustimmungsfähigkeit abzubauen war. Für nicht forstlichen Zwecken dienende private Freizeitanlagen im Wald oder dessen Nähe und überdies ausserhalb der Bauzonen war die Erteilung einer Ausnahmegewilligung beziehungsweise einer kantonalen Zustimmung nach Gewässerschutzgesetz und Forstrecht ausgeschlossen.

3.3

Nach dem Gesagten sind die Bauten, welche allenfalls vom Gemeinderat unter dem Titel "Gartenhalle mit Cheminée" bewilligt wurden – ganz gleich, welche Bauten damit gemeint waren – zufolge nichtiger kommunaler Bewilligung von 1979 auf eine nachträgliche Baubewilligung angewiesen, aber nach 1979 geltendem und nach seitherigem sowie heutigem Recht nicht bewilligbar. Unerheblich ist daher, ob die Bewilligung für eine "Gartenhalle", worunter üblicherweise eine geschlossene Baute verstanden wird, nur für den überdachten, aber nicht eingewandeten Sitzplatz oder für den nicht einmal überdachten Sitzplatz und gar noch für das Gartenhaus erteilt wurde. Die AfB BVU hat zu Recht darauf hingewiesen, dass wenn der Gemeinderat schon das Cheminée separat erwähnte, sicher auch das Gartenhaus erwähnt worden wäre, wenn es zusätzlich zum gedeckten Sitzplatz bewilligt worden wäre (vgl. Beschwerdeantwort AfB, S. 2, Ziff. 2.2.1, act. 60). Die Bewilligung für die "Gartenhalle" war überdies an die Bedingung einer Eindeckung mit braunem Welleternit gebunden (vgl. Baubewilligung vom 2. Juli 1979 des Gemeinderats, Ziff. 26, act. 3). Die erstellte Überdachung mit Acrylglasplatten erfüllte diese Baubewilligungsbedingung offenbar nie. Infolgedessen kann sich die

Beschwerdeführerin nicht auf die Baubewilligung von 1979 berufen. Damit stellt sich die Frage, was mit den nicht bewilligungsfähigen Bauteilen Sitzplatz, Treppe und Gartenhaus mit Schwerlastregalen zu geschehen hat, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen.

Soweit sich die Beschwerdeführerin auf Vertrauensschutz und Ersitzung beruft (vgl. Beschwerde, S. 5, Rz. 7 ff., act. 37 ff.), wird auf die nachfolgende Erwägung verwiesen.

4. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

4.1

Wird durch die Errichtung von Bauten ohne Baubewilligung ein unrechtmässiger Zustand geschaffen, so kann die Herstellung des rechtmässigen Zustands, insbesondere die Beseitigung oder Änderung der rechtswidrigen Bauten, angeordnet werden (§ 159 Abs. 1 BauG). Hinsichtlich der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sind die einschlägigen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Prinzipien des Bundesrechts zu beachten. Zu ihnen gehören die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Schutzes des guten Glaubens. Die Beseitigung einer rechtswidrigen Baute ist nur dann mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip vereinbar, wenn drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Die staatliche Massnahme muss geeignet sein, um den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck herbeizuführen, sie muss im Hinblick auf den angestrebten Zweck erforderlich sein und es muss ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff bestehen, den sie für den betroffenen Privaten bewirkt (vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. Zürich 2016, NN 320 f.). So kann die Wiederherstellung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unterbleiben, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt, ebenso, wenn der rechtswidrig Handelnde in gutem Glauben angenommen hat, er dürfe solches tun. Schliesslich dürfen der Beibehaltung des ungesetzlichen Zustands keine schwerwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (vgl. BGE 132 II 35; 111 Ib 221 ff.; AGVE 2001, S. 279 f.). Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch eine Bauherrschaft berufen, die nicht gutgläubig gehandelt hat. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen. Wer eigenmächtig baut, muss das Risiko finanzieller und anderer Nachteile bei einer erzwungenen Wiederherstellung des früheren Zustands in Kauf nehmen (vgl. BGE 132 II 39 f., 123 II 255, 111 Ib 224; AGVE 1987, S. 233).

Aus dem vorstehend Gesagten ergibt sich, dass der Fortbestand der strittigen Bauten eine grosse Abweichung vom Erlaubten darstellt, welche das gewichtige öffentliche Interesse an der Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet (Art. 1 Abs. 1 RPG) schwerwiegend verletzt und auch das Interesse an der Freihaltung des Waldes von Bauten grob missachtet, gilt es doch den Wald zu erhalten, zu schützen und aufzuwerten, namentlich als Teil einer naturnahen, vernetzten Landschaft, als Lebensraum von Tieren und Pflanzen, als Produzent eines nachwachsenden Rohstoffs sowie zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen (§ 1 Abs. 2 lit. a AWaG). Der rechtmässige Zustand kann deshalb nur durch einen vollständigen Rückbau der nachträglich nicht bewilligbaren Bauten wieder hergestellt werden. Eine mildere Massnahme, welche das Ziel erreicht, ist nicht ersichtlich. Eine Bauherrschaft, welche im Jahr 1979 den teilweise überdachten Sitzplatz schon baute, bevor eine rechtskräftige Baubewilligung vorlag und welche die Bautätigkeit trotz kommunalem Baustopp fortsetzte, kann nicht als gutgläubig bezeichnet werden. Sie hat nicht im Vertrauen auf die Gültigkeit einer kommunalen Baubewilligung, sondern schon vor deren Erteilung eigenmächtig gebaut, weshalb ihr Verhalten keinen Vertrauensschutz verdient. Auch später hat sie wiederholt bauliche Massnahmen getroffen, ohne sich um eine Baubewilligung zu bemühen. Die Stockwerkeigentümergeinschaft konnte allenfalls noch von der Bewilligungsfreiheit ausgehen, als sie 2018 einzelne vom Sturm weggeblasene Acrylglaspaneelen der Sitzplatzüberdachung durch gleichartige Paneelen ersetzte, nicht

aber beim Ersatz einer nie bewilligten und nicht mehr gebrauchstauglichen Holztreppe durch eine Steintreppe mit metallendem Geländer im Jahr 2004. Diesen Ersatz durfte die Stockwerkeigentümergemeinschaft aufgrund der Erfahrungen aus dem Baubewilligungsverfahren von 1979 mit Baustopp und Ordnungsbusse nicht ohne Abklärung der Baubewilligungspflicht bei den Behörden gutgläubig vornehmen und bei einer nicht mehr bestimmungsgemäss nutzbaren Treppe war der Ersatz durch eine höherwertige Baute offensichtlich nicht bewilligungsfähig (vgl. Art. 42 Abs. 4 Raumplanungsverordnung [RPV] vom 28. Juni 2000).

Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin bewusst ohne Baubewilligung baute, weil sie mit einer Baugesuchsabweisung rechnen musste. Auch die Erweiterung des Gartenhauses mit Schwerlastgestellen nahm die Beschwerdeführerin 2004 eigenmächtig vor, ohne vorgängig ein Baugesuch einzureichen und die Erteilung einer Baubewilligung abzuwarten. Im Jahr 2004 lagen die Treppe vollständig und das Gartenhaus fast zur Hälfte ausserhalb des Baugebiets und im Wald beziehungsweise im ungesetzlichen Waldabstand, was für die Bauherrschaft aufgrund der öffentlich zugänglichen Online-Karten leicht feststellbar und auf der kommunalen Bauverwaltung in den verbindlichen Originalplänen einsehbar war.

4.2

Soweit sich die Beschwerdeführerin darauf beruft, die langjährig bestehenden Bauten seien ersessen und das behördliche Recht, ein nachträgliches Baugesuchsverfahren durchzuführen und den Rückbau zu verfügen, sei verwirkt, ist darauf hinzuweisen, dass im Kanton Aargau zwar lange davon ausgegangen wurde, nach dreissigjährigem Bestand einer unbewilligten Baute, sei deren Fortbestand zu tolerieren und deren baubewilligungsfreier Unterhalt noch zulässig. Diese Praxis ist nach dem Bundesgerichtsentscheid vom 28. April 2021 (BGE 147 II 309) jedoch nicht mehr länger aufrecht zu erhalten. Das Bundesgericht hat zwar die bisherige Rechtsprechung zur Verwirkung des Anspruchs der Behörden auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands innerhalb der Bauzonen nach 30 Jahren bestätigt (BGE 147 II 309 E. 4.1). Es erwog jedoch, die Sach-, Rechts- und Interessenlage ausserhalb der Bauzonen unterschieden sich so stark von denjenigen innerhalb der Bauzonen, dass sich eine unterschiedliche Regelung aufdränge. Die Bewilligungsfähigkeit von Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen bestimme sich seit dem 1. Juli 1972 im Wesentlichen nach Bundesrecht, das leicht ermittelt werden könne. In der Regel genüge schon ein Blick auf den Zonenplan und die Feststellung, dass eine Baute oder Anlage weder der Landwirtschaft noch der Forstwirtschaft diene, um ihre Illegalität festzustellen. Die Annahme der Verwirkung bedeute für die Baubewilligungsbehörden keine Erleichterung, sondern führe im Gegenteil zu zusätzlichem Aufwand und Beweisproblemen (BGE 147 II 309 E. 5.1–5.4). Eine dreissigjährige Verwirkungsfrist ausserhalb der Bauzonen würde insbesondere den verfassungsmässigen Trennungsgrundsatz von Baugebiet und Nichtbaugebiet (Art. 75 Abs. 1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999) und die einheitliche Anwendung des Bundesrechts in Frage stellen (BGE 147 II 309 E. 5.5). Aus diesen Gründen verwirkt der Wiederherstellungsanspruch ausserhalb der Bauzonen nicht nach 30 Jahren (BGE 147 II 309 E. 5.7). Speziellen Situationen des Vertrauensschutzes kann im Einzelfall Rechnung getragen werden (BGE 147 II 309 E. 5.6).

Was den vorliegenden Einzelfall angeht, ist festzustellen, dass die konkreten Umstände und das Verhalten der Beschwerdeführerin zum einen keinen Vertrauens- und Besitzstandsschutz rechtfertigen und dass zum anderen die Bauten aufgrund ihres langjährigen Bestands bereits weitgehend amortisiert werden konnten. Als grosszügig erweist sich die von der AfB BVU gewährte Rückbaufrist von sechs Monaten, die dem Vorliegen einer mangelhaften kommunalen Baubewilligung bereits grosszügig Rechnung trägt, werden doch dafür üblicherweise nur drei Monate gewährt.

Ungewöhnlich ist allerdings, dass die AfB BVU eine Rückbaufrist von "6 Monaten nach Rechtskraft der Baubewilligung" angesetzt hat, obschon gar keine Baubewilligung erteilt wurde. Dieser offenkundige Kanzleifehler ist von Amtes wegen zu berichtigen, wonach der Rückbau innert sechs Monaten nach Rechtskraft des Entscheids zu erfolgen hat. Anlässlich der Augenscheinsverhandlung ist ferner

zum Vorschein getreten, dass unklar war, wie genau der Rückbau des Sitzplatzes mit Überdachung zu erfolgen hat und ob die Rückbauverpflichtung auch für die Terrassierung des Abhangs mit Stützmauer aus Eisenbahnschwellen und die Splittschicht im Bereich des Sitzplatzes gilt. Nachdem die Präzisierung durch die AfB BVU im Rahmen des Beschwerdeverfahrens erfolgte, ist es sachgerecht, diese entsprechend dem Entscheidenantrag der AfB BVU durch eine Neufassung des Dispositivs vorzunehmen.

5. Fazit und Kostenverlegung

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Die Präzisierung der Rückbauverpflichtung ist zwar als teilweises, aber geringfügiges Obsiegen zu betrachten (weniger als 10 %), welches praxisgemäss bei der Kostenverlegung nicht berücksichtigt wird (AGVE 2007, S. 225). Dies hat zur Folge, dass die im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat entstandenen Verfahrenskosten vollständig von der Beschwerdeführerin zu tragen sind (§§ 29 in Verbindung mit 31 Abs. 2 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG] vom 4. Dezember 2007). Als unterliegende Partei hat sie ferner keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (§ 32 Abs. 2 VRPG).

Beschluss

1.

Die Ziffern 2 und 3 der Verfügung der Abteilung für Baubewilligungen des Departements Bau, Verkehr und Umwelt vom 9. März 2020 sowie die Dispositivziffern A./1 und 2 des Protokollauszugs des Gemeinderats R. _____ vom 21. Februar 2022 werden von Amts wegen wie folgt neu gefasst:

"2. (A./1.) Der Sitzplatz, bestehend aus Bodenplatten, Tischen, Bänken und Überdachung, die Treppe mit Geländer, das Gartenhaus inklusive Bodenbefestigung, Platten und Schwerlastregalen sowie alle elektrischen Installationen im Bereich von Sitzplatz und Gartenhaus sind innerhalb von sechs Monaten nach Rechtskraft dieses Entscheids zurückzubauen. Die Bahnschwellen zur Hangsicherung oberhalb des Sitzplatzes dürfen bestehen bleiben. Die Splittschicht im Bereich des Sitzplatzes muss nicht entfernt, darf aber nicht unterhalten werden.

3. (A./2.) Im Bereich des Gartenhauses ist ein standortgerechter Bodenaufbau vorzunehmen."

2.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

3.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 2'500.– sowie der Kanzleigegebühr und den Auslagen von Fr. 407.50, total Fr. 2'907.50, werden der Stockwerkeigentümergeinschaft A. _____, R. _____, auferlegt. Unter Berücksichtigung des geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 2'000.– hat sie noch Fr. 907.50 zu bezahlen.

4.

Es wird keine Parteikostenentschädigung ausgerichtet.