

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

4. Abteilung

Urteil vom 23. Januar 2020

Mitwirkende	Obergerichtspräsident E. Zingg Oberrichterin M. Gasser Aebischer Oberrichter E. Graf, Dr. P. Louis, W. Kobler Obergerichtsschreiber D. Hofmann
Verfahren Nr.	O4V 19 25
Sitzungsort	Trogen
Beschwerdeführer	A. _____ vertreten durch: RA AA. _____
Vorinstanz	Departement Bau und Volkswirtschaft , Kasernenstrasse 17a, 9102 B. _____
Vorvorinstanz	Baubewilligungskommission B. _____ vertreten durch: RA BB. _____
Beschwerdegegner	C. _____
Gegenstand	Baubewilligung Beschwerde gegen den Rekursentscheid des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 28. Mai 2019

Rechtsbegehren

a) des Beschwerdeführers:

1. Der angefochtene Entscheid vom 28. Mai 2019 sei aufzuheben;
2. Die Baubewilligung der Baubewilligungskommission B. _____ vom 5. Juli 2017 sei zu bestätigen;
3. Eventualiter sei die Streitsache zur materiellen Beurteilung bzw. Bestätigung der Baubewilligung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

b) der Vorinstanz:

Die Beschwerde sei abzuweisen.

c) der Beschwerdegegner:

Der Rekursentscheid des Departements Bau und Volkswirtschaft vom 28. Mai 2019 sei vollumfänglich zu schützen.

Sachverhalt

- A. A. _____ ist Grundeigentümer der Parzelle Nr. 0001, Grundbuch B. _____, welche mit dem Wohnhaus Assek. Nr. 0002 überbaut ist. Die Parzelle befindet sich etwa je zur Hälfte in der Wohnzone W1 (nördlicher Teil) und in einer Grünzone (südlicher Teil), deren Zweckbestimmung im geltenden Zonenplan (noch) nicht bezeichnet ist. Das Wohnhaus Assek. Nr. 0002 liegt in der Zone W1 mit Ausnahme der Südhälfte des westlichen angebauten Sitzplatzes, welche sich in der Grünzone befindet. Die Parzelle Nr. 0001 wird von einer kommunalen Aussichtsschutzzone überlagert. Die Parzellengrenze verläuft im westlichen Bereich in der Mitte eines Seitenarms der E. _____, welche in diesem Bereich nicht ausparzelliert ist. C. _____ sind Grundeigentümer der benachbarten Parzelle Nr. 0003 mit dem Wohnhaus Assek. Nr. 0004, welche östlich in der erwähnten Strassenmitte direkt an die Parzelle Nr. 0001 anstösst.

- B. Mit Beschluss vom 5. Juli 2017 (act. 9.I.1a) bewilligte die Baubewilligungskommission B. _____ ein Baugesuch von A. _____. Gleichzeitig wies die Baubewilligungs-kommission eine gegen das Baugesuch gerichtete Einsprache von C. _____ ab. Gegenstand des Gesuchs sind u.a. die Entfernung eines alten Öltanks, sowie der Abbruch und Ersatz des überdachten Sitzplatzes auf der Westseite des Wohnhauses Assek. Nr. 0002. Gemäss den Baugesuchsakten (act. 9.I.7/1) ist geplant, den Sitzplatzanbau neu rechtwinklig zur Westfassade des Wohnhauses zu erstellen, wodurch sich dieser im Vergleich zum bestehenden Sitzplatzanbau leicht nach Südosten in die Grünzone verschiebt. Zudem soll der Anbau auf das Niveau des Erdgeschosses des Wohnhauses angehoben werden, womit dessen First um 1.25 m höher als der First des bestehenden Sitzplatzanbaus zu liegen kommt.
- C. Gegen diesen Entscheid erhoben C. _____ mit Eingabe vom 28. Juli 2017 (act. 9.I.1) beim Departement Bau und Volkswirtschaft Rekurs u.a. mit dem Antrag, den Bau- und Einspracheentscheid aufzuheben und die Baubewilligung für den Sitzplatzanbau zu verweigern.
- D. Mit Entscheid vom 9. Mai 2018 (act. 9.I.12) verneinte das Departement Bau und Volkswirtschaft die Rekurslegitimation von C. _____, worauf es auf den Rekurs nicht eintrat.
- E. Gegen diesen Entscheid erhoben C. _____ mit Eingabe vom 11. Juni 2018 (act. 9.I.13) Beschwerde beim Obergericht von Appenzell Ausserrhoden u.a. mit dem Antrag, den Rekursentscheid aufzuheben. Mit Urteil vom 20. Dezember 2018 (act. 9.I.31) bejahte das Obergericht die Legitimation von C. _____, hob den angefochtenen Rekursentscheid auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur materiellen Beurteilung an das Departement Bau und Volkswirtschaft zurück.
- F. Mit Entscheid vom 28. Mai 2019 (act. 2.4) hiess das Departement Bau und Volkswirtschaft den Rekurs von C. _____ gut. Gleichzeitig hob es den Bau- und Einspracheentscheid der Baubewilligungskommission B. _____ vom 5. Juli 2017 auf.
- G. Gegen diesen Entscheid liess A. _____ (im Folgenden: Beschwerdeführer), vertreten durch RA AA. _____, mit Eingabe vom 2. Juli 2019 (act. 1) Beschwerde beim Obergericht von Appenzell Ausserrhoden erheben, wobei er die eingangs erwähnten Rechtsbegehren stellte.
- H. Mit Schreiben vom 7. August 2019 (act. 6) und 8. August 2019 (act. 8) liessen sich das Departement Bau und Volkswirtschaft (im Folgenden: Vorinstanz) sowie C. _____ (im

Folgenden: Beschwerdegegner) mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren zur Beschwerde vernehmen. Mit Schreiben vom 26. August 2019 (act. 11) nahm die Baubewilligungskommission B. _____ (im Folgenden: Vorvorinstanz), vertreten durch RA BB. _____, Stellung zur Beschwerde, ohne einen konkreten Antrag zu stellen.

- I. Mit Eingabe vom 26. September 2019 (act. 13) liess der Beschwerdeführer unter Aufrechterhaltung der Anträge eine Replik einreichen, wozu sich die Beschwerdegegner mit Duplik vom 21. Oktober 2019 (act. 15) vernehmen liessen.
- J. Nach Abschluss des Schriftenwechsels wurde die Streitsache traktandiert und an der Sitzung der vierten Abteilung des Obergerichts vom 23. Januar 2020 beraten. Das Urteil wurde den Parteien im Dispositiv eröffnet (act. 16).
- K. Auf Eröffnung des Urteildispositivs hin verlangte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 3. Februar 2020 (act. 18) eine Begründung des Urteils. Damit sind die Voraussetzungen für die nach Ziff. 4 des Dispositivs in Aussicht gestellte Reduktion der Entscheidgebühr nicht gegeben.
- L. Auf die Begründung der gestellten Anträge wird - soweit erforderlich - in den Erwägungen näher eingegangen.

Erwägungen

- 1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der prozessualen Voraussetzungen ergibt, dass das Obergericht nach Art. 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) zur Behandlung der Beschwerde gegen den Rekursentscheid der Vorinstanz zuständig ist und die Form- und Fristerfordernisse erfüllt sind. Der Beschwerdeführer ist als Adressat des angefochtenen Entscheides und Beteiligter am vorinstanzlichen Verfahren formell beschwert. Als Gesuchsteller und Grundeigentümer der Parzelle Nr. 0001 ist er durch die Aufhebung der durch die Vorvorinstanz erteilten Baubewilligung in eigenen schutzwürdigen Interessen berührt und zur Beschwerde legitimiert. Auf seine Beschwerde ist einzutreten.
- 2. Bei der Beurteilung der hier vorliegenden Beschwerde ist die Kognition des Obergerichts gemäss Art. 56 Abs. 1 VRPG darauf beschränkt, den angefochtenen Entscheid hinsichtlich allfälliger Rechtsverletzungen zu überprüfen, wozu auch eine rechtsfehlerhafte Ausübung

des Ermessens zählt. Im Weiteren kann beurteilt werden, ob die Vorinstanzen den Sachverhalt unrichtig oder unvollständig festgestellt haben. Die Überprüfung der Angemessenheit ist dem Obergericht jedoch verwehrt (Art. 56 Abs. 1 VRPG e contrario). Rechtsfragen unterstehen dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (*iura novit curia*), welcher bedeutet, dass das Gericht an die Rechtsauffassungen der Verfahrensbeteiligten nicht gebunden ist; auch nicht an die von ihnen nach Massgabe des kantonalen Verfahrensrechts form- und fristgerecht vorgetragenen Rechtsbehauptungen (BGE 133 V 196 E.1.4). Die Entscheidbehörde ist im Rahmen der Rechtsanwendung dazu verpflichtet, auf den festgestellten Sachverhalt jenen Rechtsatz anzuwenden, den sie als den zutreffenden ansieht, und ihm die Auslegung zu geben, von der sie - unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Lehre - überzeugt ist (KASPAR PLÜSS, in: Alain Griffel (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N. 166 zu § 7 VRG; BGE 130 V 253 E. 3.5).

3. Der Beschwerdeführer offeriert in der Replik als Beweismittel einen Augenschein. Der Entscheid, ob ein solcher angeordnet wird, steht im pflichtgemässen Ermessen der mit der Sache befassten Behörde. Eine Pflicht zur Durchführung eines Augenscheins besteht nur dann, wenn die tatsächlichen Verhältnisse auf andere Weise nicht ermittelt werden können (Urteil des Bundesgerichts 1C_192 vom 8. November 2010 E. 3.3). Ein Augenschein ist dann geboten, wenn die tatsächlichen Verhältnisse unklar sind und anzunehmen ist, die Parteien vermöchten durch ihre Darlegungen an Ort und Stelle Wesentliches zur Erhellung der sachlichen Grundlage des Rechtsstreits beizutragen. Der Verzicht auf die Durchführung eines Augenscheins ist zulässig, wenn die Akten eine hinreichende Entscheidungsgrundlage darstellen (KASPAR PLÜSS, in: Alain Griffel [Hrsg.] Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N 79 zu § 7 VRG).

Im vorliegenden Fall ergeben sich die entscheidrelevanten Verhältnisse ohne weiteres aus den Planunterlagen. Deshalb lassen sich die Fragen, welche die vorliegende Angelegenheit aufwirft, ohne einen Augenschein beantworten, zumal es sich dabei weitgehend um Rechtsfragen handelt. Die Durchführung eines Augenscheins erübrigt sich deshalb.

4.
 - 4.1 Die Vorinstanz kommt im angefochtenen Entscheid zum Schluss, dass die Grünzone im Jahr 1995 basierend auf dem alten Gesetz über die Einführung des Bundesgesetzes über die Raumplanung (EG zum RPG) erlassen worden sei. Gemäss Art. 123 Abs. 2 des Gesetzes über die Raumplanung und das Baurecht (Baugesetz, BauG, bGS 721.1) blieben Richt-, Schutz- und Nutzungspläne, die vor Inkrafttreten des aktuell gültigen Baugesetzes genehmigt worden sind, bis zu ihrer Anpassung in Kraft. Bisher sei der Zweck der

Grünzone in der Gemeinde B. _____ nicht im Zonenplan bezeichnet worden, weshalb sich die Prüfung der Zonenkonformität nach Art. 34 Abs. 1 EG zum RPG richte. Mangels unmittelbarer funktioneller Beziehung zwischen der altrechtlichen Grünzone und dem geplanten Sitzplatz sei dessen Zonenkonformität zu verneinen.

4.2 Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, dass mit dem Inkrafttreten des neuen Baugesetzes am 1. Januar 2004 das EG zum RPG integral aufgehoben worden sei. Die Zonenarten und deren Zwecksetzungen würden sich seither aus den Art. 19-36 BauG ergeben, für die Grünzone sei Art. 28 BauG massgebend. Die Gemeinde B. _____ sei der Verpflichtung, die genaue Zweckbestimmung der Grünzone im Zonenplan nach Art. 28 Abs. 2 BauG zu bezeichnen nach 15 Jahren noch immer nicht nachgekommen. 15 Jahre entsprächen in der Raumplanung dem Planungshorizont eines Zonenplans. Diese Haltung widerspreche dem Legalitätsprinzip. Die Zweckbestimmung der hier massgeblichen Grünzone sei deshalb direkt aus Art. 28 BauG und nach den konkreten Umständen zu ermitteln. Die Grünzone im Bereich der Parzelle Nr. 0001 könne einzig dem Aussichtsschutz im Sinne von Art. 28 Abs. 1 lit. a BauG dienen. Damit stehe der Zonenzweck der Grünzone fest. Die Aussicht sei durch das Wohnhaus des Beschwerdeführers und das grosse Gebäude auf der Parzelle Nr. 0002 bereits eingeschränkt. Weder der bestehende Sitzplatzanbau noch der geplante Ersatzbau schränkten die Aussicht nach B. _____ zusätzlich ein. Als Kleinbaute sei der geplante Ersatzbau für den bestehenden Sitzplatz gestützt auf Art. 28 Abs. 3 BauG zulässig bzw. zonenkonform. Das Beharren auf der formellen Bestimmung des Zonenzwecks im Zonenplan B. _____ käme im vorliegenden Fall überspitztem Formalismus gleich.

4.3 Die Beschwerdegegner machen dagegen geltend, dass der in der Grünzone liegende Teil der „Ersatzbaute“ sehr wohl zonenfremd sei. Der Beschwerdeführer verkenne, dass die Stimmbürger/Innen von B. _____ die Zonenplanrevision und die damit verbundene Reduktion der Grünzone auf dem Grundstück des Beschwerdeführers am 24. November 2013 abgelehnt hätten. Demzufolge müsse die Zonenkonformität nach dem EG zum RPG beurteilt werden.

4.4 Das Obergericht hatte im Urteil O4V 12 8 vom 27. Februar 2013 ein ebenfalls in der Grünzone etwa 200 m von der Parzelle Nr. 0001 entfernt liegendes Bauvorhaben zu beurteilen. Dabei kam es in Ziff. 2.1 der Erwägungen zum Schluss, dass durch das am 1. Januar 2004 in Kraft getretene BauG zwar das EG zum RPG aufgehoben worden sei. Als Übergangsregelung bestimme aber Art. 123 Abs. 2 BauG, dass vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes genehmigte Richt-, Schutz- und Nutzungspläne bis zu ihrer Anpassung in Kraft blieben. Der Rückgriff auf Art. 34 EG zum RPG sei sachgerecht, hätten doch im Ge-

nehmigungszeitpunkt der nach Art. 123 Abs. 2 BauG massgebende Zonenplan und diese Zonenvorschrift eine Regelungseinheit gebildet, auf die man für die strittige Grünzonen zurückgreifen müsse, da die differenzierten neurechtlichen Zonenvorschriften ohne vorgängige Zonenplanrevision nicht anwendbar seien.

Auch nach dem aktuellen Aktenstand liegen in B. _____ weder die nach Art. 28 Abs. 2 BauG erforderliche differenzierte Zweckbestimmung der Grünzonen noch die zwingend erforderliche Zuweisung der Grünzonen ins Bau- oder Nichtbaugesamt in einer nach Art. 50 Abs. 1 BauG rechtskräftig genehmigten Fassung vor. Im Weiteren gilt es festzuhalten, dass die Stimmberechtigten im Jahr 2013 die Ortsplanrevision abgelehnt haben, womit derzeit nicht vorhersehbar ist, in welcher Zone die Parzelle Nr. 0001 im revidierten Zonenplan zu liegen kommt. Würde diesbezüglich im vorliegenden Fall einfach auf die Zweckbestimmung von Art. 28 Abs. lit. a BauG abgestellt, wäre dies einerseits als unzulässige Vorwirkung (BGE 125 II 278 E. 3b) und andererseits als unzulässiger Eingriff in die Gemeindeautonomie zu qualifizieren. Von überspitztem Formalismus kann insofern keine Rede sein. Damit bleibt es auch im vorliegenden Fall dabei, dass nach Art. 123 Abs. 2 BauG für die strittige Grünzone auf den 1995 genehmigten Zonenplan und auf die im Genehmigungszeitpunkt (1995) noch geltende Zonenvorschrift in Art. 34 EG zum RPG abzustellen ist, zumal Art. 123 Abs. 2 BauG im revidierten BauG keine Änderungen erfahren hat. Infolgedessen ist Art. 28 Abs. 3 BauG (Kleinbauten) nicht anwendbar, da sich diese Norm auf einen festgelegten Zweck im Zonenplan bezieht.

- 4.5 Nach Art. 34 EG zum RPG gehören Grünzonen formell zwar zu den Bauzonen, umfassen aber Gebiete, "die nicht überbaut werden dürfen. Sie dienen dem Aussichtsschutz und der Erholung sowie der Gliederung des Orts- und Landschaftsbildes." Nach Abs. 2 dieser kantonalen Zonenvorschrift sind Bauten und Anlagen zulässig, soweit der Zweck der Zone sie *erfordert*. Mit dieser Zweckbestimmung der Grünzone ist der geplante Sitzplatzanbau nicht zu vereinbaren, soweit dieser in die Grünzone zu liegen kommt, da dieser weder für den Aussichtsschutz, die Erholung noch die Gliederung des Orts- und Landschaftsbildes *erforderlich* ist. Ob dadurch die bestehende Aussicht zusätzlich beeinträchtigt wird oder nicht, spielt vorliegend keine Rolle, sind doch in Art. 34 EG zum RPG im Gegensatz zu Art. 28 Abs. 3 BauG keine Ausnahmen für Kleinbauten vorgesehen. Somit fehlt dem geplanten Sitzplatzanbau die unmittelbare erforderliche funktionelle Beziehung zum Ort ihrer Errichtung in der Grünzone nach Art. 34 Abs. 2 EG zum RPG, womit dieser in der Grünzone nicht als zonenkonform zu qualifizieren ist. Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob das Bauvorhaben aufgrund der Bestandesgarantie bewilligt werden kann.

5. Gemäss Art. 94 Abs. 1 BauG ist der Weiterbestand, der Unterhalt und die zeitgemässe Erneuerung bestehender Bauten, die der Nutzungsordnung oder den Bauvorschriften nicht entsprechen, gewährleistet. Eine Zweckänderung oder eine angemessene Erweiterung kann bei Bauten gemäss Abs. 1 gewährt werden, wenn: a) die Bauten ursprünglich rechtmässig erstellt wurden, b) der Widerspruch zum geltenden Recht nicht wesentlich verstärkt wird; c) keine wesentlichen öffentlichen Interessen verletzt werden (Art. 94 Abs. 2 BauG). Der Wiederaufbau im früheren Umfang von Bauten gemäss Abs. 1, die durch Elementargewalt, Feuer und Explosion zerstört wurden, ist innert fünf Jahren seit dem zerstörenden Ereignis zulässig, wenn dadurch nicht wesentliche öffentliche oder nachbarliche Interessen verletzt werden. Unter denselben Bedingungen zulässig ist der freiwillige Abbruch und Wiederaufbau (Art. 94 Abs. 3 BauG).

5.1 Die Vorinstanz vertritt im angefochtenen Entscheid die Auffassung, dass das Bauvorhaben zu einer Verstärkung der Rechtswidrigkeit führe, da der geplante Sitzplatz in südlicher Richtung weiter als der bestehende Anbau in die altrechtliche Grünzone zu liegen käme. Daran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, dass der geplante Sitzplatz in Richtung Westen kürzer als der bestehende Anbau sein solle. Schliesslich lasse sich aus der Bestandesgarantie keine Kompensation von zonenwidrigen (Teil-)Bauten ableiten. Weiter solle der geplante Sitzplatz gemäss den Baugesuchsunterlagen im Vergleich zur bestehenden Anbaute um 1.25 m erhöht werden, was auch zu einer Verstärkung der Rechtswidrigkeit führen würde. Zudem wäre die Baubewilligung auch unter dem Titel des freiwilligen Wiederaufbaus nicht möglich, weil das Gesetz nur den Wiederaufbau im früheren Umfang vorsehe.

5.2 Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, dass der Ersatzbau eine um 0.25 m² oder knapp 2% grössere Grundfläche als der bestehende Sitzplatz aufweise. Die Grundfläche der bestehenden Baute und des Ersatzbaus seien damit nahezu gleich gross. Die Dachfläche sei um 0.30 m² grösser als jene der bestehenden Baute. Zu berücksichtigen sei allerdings, dass die Satteldächer beider Bauten aufgrund ihrer Dachneigung vom D. _____ aus nicht in ihrer gesamten Fläche wahrgenommen werden könnten. In südlicher Richtung beanspruche der Ersatzbau einen geringfügigen Spickel zusätzlicher Grünzone; gegen Westen werde dagegen eine kleine Fläche Grünzone freigegeben. Von einer wesentlichen Verstärkung der Rechtswidrigkeit könne damit nicht gesprochen werden. Die Anbaute werde insgesamt höher gesetzt, um den Fussboden an das Niveau des Erdgeschosses der Hauptbaute anzupassen. Die Höherlegung der Ersatzbaute beeinträchtige die Aussicht auf B. _____ nicht zusätzlich. Es stehe fest, dass der Bauherr für die Sanierung der Abwasserleitung und die Entfernung des seit langem ausser Betrieb gesetzten erdverlegten Öltanks den bestehenden Sitzplatz beseitigen müsse. Dass er den Ersatzbau an das

Niveau des Erdgeschosses anpassen wolle, sei nachvollziehbar. Zudem würden keine nachbarlichen und öffentlichen Interessen verletzt. Bei der E. _____ handle es sich um eine Privatstrasse, welche nicht der Strassengesetzgebung unterstehe. Damit sei weder der Strassenabstand nach Art. 58 des Strassengesetzes (StrG, bGS 731.11) noch nach Art. 21 des kommunalen Baureglements (BauR) einzuhalten. Der reduzierte Strassenabstand für unbewohnbare Kleinbauten gemäss Art. 59 Abs. 1 StrG wäre durch den Ersatzbau eingehalten. Der Abstand des Ersatzbaus werde zudem durch den rechtwinkligen Anbau an die Hauptfassade des Wohnhauses vergrössert.

5.3 Die Beschwerdegegner machen geltend, dass auch die vertikale Ausdehnung miteinzubeziehen sei. Die bestehende Baute werde um 1.25 m erhöht, womit der Rahmen der Bestandesgarantie gesprengt werde. Der bestehende Sitzplatz weise lediglich ein Volumen von rund 23 - 25 m³ auf, während das Ersatzgebäude auf rund 48 m³ vergrössert werde. Durch die Unterschreitung des Strassenabstandes würden die nachbarlichen Interessen der Beschwerdegegner tangiert werden. Im Weiteren läge keine akute Gewässer- und Umweltgefährdung vor, welche eine Entfernung des Öltanks erfordern würde. Dessen Entfernung sei auch ohne Abbruch des bestehenden Sitzplatzes möglich.

5.4 Aus den Baugesuchsakten (act. 9.I.7/1) geht hervor, dass der bestehende Sitzplatzanbau abgebrochen und rechtwinklig an die Westfassade versetzt durch einen neuen überdachten Sitzplatz ersetzt werden soll. Die Bausubstanz und Konstruktion des bestehenden Sitzplatzanbaus bleibt damit nicht erhalten, sondern wird vollständig beseitigt und durch einen Neubau ausgetauscht. Damit handelt es sich beim zu beurteilenden Projekt nicht um den Unterhalt oder eine Erneuerung des bestehenden Sitzplatzanbaus im Sinne von Art. 94 Abs. 1 BauG. Da der geplante Sitzplatz die bisherige Gestalt des bestehenden Anbaus nicht mehr erkennen lässt und dieser vielmehr vollständig abgebrochen wird, liegt auch keine angemessene Erweiterung im Sinne von Art. 94 Abs. 2 BauG vor. Demzufolge fällt das Bauvorhaben unter die Bestimmung von Art. 94 Abs. 3 BauG (freiwilliger Abbruch und Wiederaufbau). Gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 94 Abs. 2 Satz 1 BauG ist der Wiederaufbau beim freiwilligen Abbruch - wie auch bei Elementarereignissen - nur im *früheren Umfang* zulässig, soweit dadurch nicht wesentliche öffentliche oder nachbarliche Interessen verletzt werden. Die Baugesuchsakten verdeutlichen, dass der neue Sitzplatzanbau wegen der Erhöhung von 1.25 m und des dadurch beinahe verdoppelten Volumens den Umfang des bestehenden Anbaus deutlich überschreitet. Dieser Umstand steht der Bestandesgarantie nach Art. 94 Abs. 3 BauG klar entgegen.

5.5 Im Weiteren gilt es festzuhalten, dass es sich mangels aktenkundiger Widmung (Art. 2 Abs. 2 StrG) und fehlender Aufnahme ins Strassenverzeichnis (Art. 8 Abs. 3 StrG) beim nicht

abparzellierten Seitenarm der E. _____ westlich des Bauvorhabens um eine Privatstrasse handelt. Demzufolge ist im vorliegenden Fall der privilegierte Strassenabstand für Kleinbauten nach Art. 59 Abs. 1 StrG nicht anwendbar. Mangels anderslautender Vorschrift gilt für Privatstrassen hingegen nach wie vor der Abstand von 5 m zur Strassenlinie (Art. 21 Abs. 1 BauR), wie dies auch die Vorvorinstanz in Ziff. 2.9 des Bau- und Einspracheentscheids vom 10. Juli 2017 zutreffend zum Ausdruck bringt. Dieser Abstand wird bereits durch den bestehenden Sitzplatz nicht eingehalten und auch durch den neu geplanten erhöhten Sitzplatzanbau auf der ganzen Länge um rund 2 m unterschritten. Zudem nimmt das Bauvorhaben die Grünzone durch die südliche Verschiebung um einen zusätzlichen Meter in Anspruch (vgl. Grundrissplan, act. 9.I.7/1). Aufgrund der zusätzlichen Beanspruchung der Grünzone, der Erhöhung des Wohnkomforts, welcher mit dem Zweck der altrechtlichen Grünzone ebenfalls nicht vereinbar ist und der geplanten Erhöhung im Bereich des unterschrittenen reglementarischen Strassenabstands und der Grünzone, ist die Ansicht der Vorinstanz nicht zu beanstanden, dass auch die Verstärkung des Widerspruchs zum geltenden Recht als wesentlich zu qualifizieren ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Strassenabstand durch den rechtwinkligen Anbau teilweise leicht vergrößert werden sollte, da eine Verstärkung der Rechtswidrigkeit in einem bestimmten Punkt nicht ohne Weiteres durch eine Verbesserung in einem anderen Punkt kompensiert werden kann (Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl. 2020, N. 4 zu Art. 3). Damit würde das Bauvorhaben auch den Rahmen der Bestandesgarantie sprengen, wenn dieses nicht als Neubau sondern als Erweiterung im Sinne von Art. 94 Abs. 2 BauG einzustufen wäre.

5.6 Infolgedessen steht fest, dass der geplante Sitzplatzanbau weder die Voraussetzungen nach Art. 94 Abs. 2 BauG noch diejenigen nach Art. 94 Abs. 3 BauG erfüllt, womit er nicht aufgrund der Bestandesgarantie bewilligt werden kann.

6.

6.1 Die Vorinstanz verneint im Weiteren, dass die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung gegeben seien. Der geplante Sitzplatz erfordere keine bestimmte besondere Form oder Stellung in der geplanten Ausführung. Es sei in der Aufhebung der erteilten Baubewilligung auch keine unzumutbare Benachteiligung des Beschwerdeführers zu erkennen, da dieser bereits über einen Sitzplatz verfüge. Ausserdem werde damit auch keine dem öffentlichen Interesse bedeutend bessere Überbauung erzielt. Der Beschwerdeführer vertritt demgegenüber die Ansicht, dass keine Ausnahmegewilligung erforderlich sei, jedoch müsse der bestehende Sitzplatz aus Gründen der Wohnhygiene sowie des Umweltschutzes beseitigt werden. Die Beschwerdegegner bestreiten das Vorliegen von Ausnahmegründen.

- 6.2 Für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung müsste eine der Voraussetzungen von Art. 118 Abs.1 lit. a-c BauG erfüllt sein, wobei - soweit ersichtlich - im vorliegenden Fall nur eine Ausnahmegewilligung gestützt auf Art. 118 Abs. 1 lit. b BauG in Frage käme. Demzufolge kann eine Ausnahmegewilligung erteilt werden, wenn unter den gegebenen Verhältnissen die Einhaltung der bestehenden Vorschriften die Bauherrschaft in unzumutbarer Weise benachteiligen würde und öffentliche Interessen der Ausnahmegewilligung nicht entgegenstehen. Eine Ausnahmegewilligung bezweckt, im Einzelfall Härten und offensichtliche Unzweckmässigkeiten, d.h. offensichtlich ungewollte Wirkungen zu beseitigen, die mit dem Erlass der Regel nicht beabsichtigt waren. Die ausserordentlichen Verhältnisse müssen grundsätzlich objektiver Art und baurechtlicher Natur (z.B. Form und Lage der Parzelle, technische Situation) und nicht in den persönlichen Verhältnissen von Bauwilligen begründet sein (Urteil VB.2005.00334 des Verwaltungsgerichts Zürich vom 17. November 2005 E. 4.2). Die Ausnahmegewilligung darf nicht eingesetzt werden, um generelle Gründe zu berücksichtigen, die sich praktisch immer anführen liessen, weil auf diesem Wege das Gesetz selber abgeändert würde (BGE 117 Ia 141 E. 4). Rein wirtschaftliche Gründe oder eine optimale Ausnützung des Grundstücks stellen für sich allein keine Ausnahmegründe dar (BGE 107 Ia 214 E. 5). Mit der Ausnahmegewilligung dürfen sodann keine öffentlichen Interessen verletzt werden. Die mit der Grundregel verfolgten öffentlichen Interessen sind mit den entgegenstehenden privaten Interessen des Gesuchstellers abzuwägen (BGE 114 Ib 190 E. 5).
- 6.3 Solche ausserordentlichen Verhältnisse sind vorliegend keine erkennbar und werden vom Beschwerdeführer auch nicht vorgebracht. Insbesondere ist nicht ersichtlich, weshalb es nicht zumutbar sein sollte, den bestehenden Sitzplatz abzubauen - sofern der zu entfernende Öltank überhaupt dessen Abbruch erfordert -, den Öltank darauf zu entfernen und den Sitzplatz anschliessend im bisherigen Umfang wiederherzustellen. Im Übrigen werden durch das Bauvorhaben aufgrund der Verletzung des Strassenabstands und der zusätzlichen Beanspruchung der Grünzone auch wesentliche öffentliche Interessen verletzt. Die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung sind somit ebenfalls nicht gegeben.
7. Insgesamt ergibt sich aus den Erwägungen, dass der Entscheid der Vorinstanz, mit welchem die erteilte Baubewilligung für das strittige Bauvorhaben aufgehoben wurde, nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist damit abzuweisen. Somit kann darauf verzichtet werden, zu prüfen, ob dem Bauvorhaben auch noch andere Bauvorschriften entgegenstehen, zumal die betreffenden Rügen im vorinstanzlichen Entscheid nicht behandelt wurden.
8. Nach Art. 19 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 VRPG ist im Beschwerdeverfahren vor Obergericht gebühren- und kostenpflichtig, wer ganz oder teilweise unterliegt oder auf dessen Rechtsmittel nicht eingetreten wird. Dem Beschwerdeführer ist ausgangsgemäss eine

Entscheidgebühren aufzuerlegen, wobei eine Gebühr von Fr. 2'000.-- als angemessen erscheint (Art. 4a des Gesetzes über die Gebühren in Verwaltungssachen [bGS 233.2]). Der Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- wird angerechnet. Auf die Zusprechung einer Parteientschädigung zugunsten der obsiegenden Beschwerdegegner wird mangels Antrags verzichtet (Art. 59 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 lit. a VRPG e contrario).

Das Obergericht erkennt:

1. Die Beschwerde von A. _____ wird abgewiesen.
2. Dem Beschwerdeführer wird eine Entscheidgebühr von Fr. 2'000.-- auferlegt. Der Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- wird angerechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. **Rechtsmittel:**
Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).
5. Zustellung an den Beschwerdeführer über dessen Anwalt, die Vorinstanz, die Vorvorinstanz über deren Anwalt, die Beschwerdegegner sowie die Gerichtskasse.

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtspräsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Ernst Zingg

lic. iur. Daniel Hofmann

versandt am: 9. April 2020