

Verwaltungsstrafrecht

KGVS A3 07 48

KGE (öffentlichrechtliche Abteilung, Einzelrichter) vom 13. Februar 2008 i.S. X. c.

Gemeinde Y.

Strafrechtliche Sanktionen und Massnahmen im Bauwesen

- Bei Widerhandlungen gegen baurechtliche Vorschriften kann die zuständige Behörde strafrechtliche Sanktionen aussprechen (Art. 54 Abs. 1 BauG).
- Gewöhnliche Unterhaltsarbeiten sind, unter Vorbehalt strengerer kommunaler Vorschriften, nicht bewilligungspflichtig (Art. 20 Ziff. 1 und 21 Abs. 2 lit. a BauG).
- Das Auswechseln von schadhafte Fenstern und Türen durch neue derselben Form und desselben Materials ist nicht baubewilligungspflichtig und die Vornahme ohne Baubewilligung kann nicht bestraft werden.

Sanctions et mesures de nature pénale en droit des constructions

- L'autorité compétente peut réprimer pénalement des infractions au droit des constructions (art. 54 al. 1 Lc).
- Sauf dispositions communales plus strictes, les travaux ordinaires d'entretien ne sont pas soumis à autorisation de bâtir (art. 20 ch. 1 et 21 al. 2 lit. a LC).
- En l'absence de telles dispositions contraires, le fait de remplacer des fenêtres et des portes en mauvais état par d'autres, de même forme et de même matériau, n'est pas punissable.

Gekürzter Sachverhalt

Am 10. Mai 2007 stellte der Hauseigentümer X. bei der Gemeinde Y. (Gemeinde) ein Baugesuch, um in seinem Wohnhaus die Fenster und Türen des 1. und 2. Stockes durch neue derselben Form und desselben Holzes zu ersetzen. Noch bevor die Baubewilligung am 24. Juli 2007 von der Gemeinde erteilt worden war, begann der Bauherr im Juni 2007 mit den entsprechenden Arbeiten. Mit Verfügung vom 10. September 2007 büsste ihn die Gemeinde mit Fr. 1'200.--, da die Fenster und Türen vor der Erteilung der Baubewilligung ersetzt worden seien. Die eingereichte Einsprache wies die Gemeinde am 26. Oktober 2007 ab.

Dagegen reichte X. Berufung beim Einzelrichter des Kantonsgerichts ein und beantragte die Aufhebung der Busse, da die Arbeiten gar nicht baubewilligungspflichtig gewesen seien. Der Einzelrichter hies die Berufung am 13. Februar 2008 gut.

Erwägungen

(...)

4. Die Gemeinde hat den Berufungskläger wegen Verstosses gegen Art. 54 BauG, d.h. Bauen ohne Baubewilligung, bestraft. Der Berufungskläger bringt dagegen vor, seine Arbeiten seien nicht baubewilligungspflichtig.

4. 1. Gemäss Art. 54 Abs. 1 BauG wird von der zuständigen Behörde mit einer Busse von Fr. 1'000.-- bis Fr. 100'000.-- bestraft, "a) wer als Verantwortlicher (insbesondere als Eigentümer, Gesuchsteller, Projektverantwortlicher, Bauherr, Architekt, Ingenieur, Bauleiter, Bauunternehmer) Bauarbeiten ausführt oder ausführen lässt, ohne im Besitze einer Baubewilligung zu sein oder dessen Baubewilligung noch nicht rechtskräftig geworden ist, der zuständigen Behörde den Baubeginn und die Beendigung der Bauarbeiten nicht anzeigt, die Bedingungen und Auflagen der erteilten Baubewilligung nicht einhält, eine Baubewilligung aufgrund ungenauer Angaben beantragt, ohne Wohn- oder Betriebsbewilligung eine Baute oder Anlage bewohnt, vermietet oder benutzt, baupolizeilichen Anordnungen nicht nachkommt, die ihm gegenüber ergangen sind; b) wer eine in diesem Gesetz auferlegte Verpflichtung nicht erfüllt; c) wer in irgendeiner anderen Weise gegen die Bestimmungen dieses Gesetzes oder dessen Ausführungsbestimmungen verstösst." Nur das vorsätzliche Begehen der Tat, d.h. die Verwirklichung des Tatbestandes mit Wissen und Willen, ist strafbar, wobei aber der Eventualvorsatz genügt (Art. 54 Abs. 1 BauG i.V.m. Art. 59 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Strafgesetzbuch vom 14. September 2006 [EGStGB; SGS/VS 311.1] i.V.m. Art. 12 Abs. 1 und 2 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB, Fassung ab dem 1. Januar 2007; SR 311.0] ; ZWR 2002 S. 44).

4. 2. Alle Bauten, Anlagen und Vorkehren, die unter die Bestimmungen der bau- und planungsrechtlich relevanten Gesetzgebung fallen, erfordern eine Baubewilligung (Art. 19 Abs.1 Bauverordnung vom 2. Oktober 1996 [BauV; SGS/VS 705.100]). Jede wesentliche Änderung solcher Bauten und Anlagen bedarf ebenfalls einer Baubewilligung (Art. 21 Abs. 1 BauV). Als wesentlich gilt die äussere Umgestaltung, wie die Änderung von Fassaden, Änderungen der Fassadenfarbe sowie die Verwendung neuer Materialien bei Renovationsbauten (Art. 21 Abs. 2 lit. a BauV). Unter neuen Materialien sind dabei andere Materialien zu verstehen, da ansonsten alle Renovationsarbeiten bei denen altes durch neues, aber bisheriges Material ersetzt wird, wesentliche Änderungen darstellen würden. Dies kann nicht Sinn und Zweck von Art. 21 Abs. 2 lit. a BauV sein. Art. 5 des kommunalen Bau- und Zonenreglementes vom 7./8. Juni 1975 (BZR), vom Staatsrat homologiert am 7. April 1976, sieht für bauliche Veränderungen an Aussenwänden und Dächern sowie für das Anstreichen bestehender und neuer Gebäude eine Bewilligungspflicht vor. Indessen sind gewöhnliche Unterhaltsarbeiten an Gebäuden und Anlagen, unter Vorbehalt strengerer kommunaler

Bestimmungen, nicht bewilligungspflichtig (Art. 20 Ziff. 1 BauV; ZWR 2004 S. 42). Das BZR enthält bezüglich der gewöhnlichen Unterhaltsarbeiten keine strengeren Bestimmungen als die BauV.

4. 3. Als gewöhnlicher Unterhalt wird die Instandstellung oder der Ersatz schadhafter Teile verstanden, ohne dass darüber hinaus eine wesentliche Verbesserung des Zustandes des Gebäudes erzielt wird. Die innere und äussere Form, Gestaltung und Zweckbestimmung der Baute muss erhalten bleiben (Urs Beeler, *Die widerrechtliche Baute*, 2. Aufl., Zürich 1987, S. 24). Von einer bewilligungspflichtigen Änderung wird demgegenüber gesprochen, wenn Bauten oder Anlagen in bautechnisch oder äusserlich erheblicher Weise umgebaut werden oder wenn sie einer neuen Zweckbestimmung zugeführt werden. Eine bewilligungspflichtige äussere Umgestaltung wird durch die wesentliche Änderung von Fassaden oder des Daches bewirkt. Sie kann in baulichen Veränderungen (Einbau oder Aufhebung von Türen und Fenstern, Dachantennen oder Dacheinschnitten, Montage von Sonnenkollektoren und Aussenantennen und dgl.) oder in der Verwendung anderer Materialien oder Farben bestehen. Das Bewilligungserfordernis bezweckt hier vor allem den Schutz des Orts- und Landschaftsbildes (Aldo Zaugg, *Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern* vom 9. Juni 1985, 2. Aufl., Bern 1995, N. 19 zu Art. 1; Urs Beeler, a.a.O., S. 27). Das Glossar der BauV spricht von einer Änderung, wenn die Strukturen eines bestehenden Gebäudes verändert, Volumen neu verteilt oder der Zweck geändert wird, egal, ob sich das äussere Erscheinungsbild gegenüber dem ursprünglichen Aussehen verändert oder nicht.

4. 4. Es gilt nun, aufgrund dieser theoretischen Ausführungen abzuklären, ob das Ersetzen der alten Fenster und Türen mit neuen derselben Form und desselben Holzes einer Baubewilligung bedarf. In den Akten findet sich kein Hinweis darauf, dass die Fenster und Türen mit anderen Materialien oder Formen ersetzt wurden als mit den bisherigen. So sind im Baugesuch, welches die Gemeinde am 24. Juli 2007 bewilligt hat, als vorgesehene Materialien und Farben die bisherigen angegeben. Des Weiteren hat der Kläger in seiner Berufung behauptet, dass "Fenster und Türen in bisher bestehender Form und mit gleichem Holz ausgeführt wurden". In der Vernehmlassung der Gemeinde vom 4. Januar 2008 hat diese zu Material, Farbe und Form der neuen Fenster und Türen keine Ausführungen gemacht. Die Berufungsinstanz geht deshalb davon aus, dass tatsächlich neue Fenster und Türen derselben Form und Farbe sowie desselben Materials wie bislang, somit identische verwendet worden sind.

4. 5. Durch das Ersetzen alter Fenster und Türen mit neuen derselben Form und Farbe sowie desselben Materials bleibt nicht nur die Zweckbestimmung, sondern auch die innere und äussere Form und Gestaltung der Baute erhalten. Das Wohnhaus des Berufungsklägers ist durch das Auswechseln der Fenster und Türen weder in bautechnisch erheblicher noch in äusserlich erheblicher oder klar erkennbarer Weise umgebaut worden. Es ist keine wesentliche Änderung der Fassaden vorgenommen worden und es sind auch keine anderen Materialien als die bisherigen verwendet worden. Die Fassade ist damit nicht modifiziert worden. Mithin handelt es sich nicht um eine wesentliche Änderung, sondern lediglich um gewöhnliche Unterhaltsarbeiten, welche gemäss Art. 20 Ziff. 1 BauV und mangels strengerer kommunaler Bestimmungen nicht bewilligungspflichtig sind.

4. 6. Daran ändert auch die von der Gemeinde Kippel angerufene, über dreissigjährige Baupraxis, gemäss welcher für das Auswechseln von Türen und Fenstern eine Baubewilligung einzureichen sei, nichts, da es sich dabei nicht um Gewohnheitsrecht handeln kann. Im öffentlichen Recht ist die Entstehung von Gewohnheitsrecht nur mit Zurückhaltung anzunehmen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, N. 204). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung setzt die Entstehung von Gewohnheitsrecht eine längere Zeit andauernde, ununterbrochene Übung voraus, welche auf der Rechtsüberzeugung sowohl der rechtsanwendenden Behörden als auch der vom angewendeten Grundsatz Betroffenen beruht. Erforderlich ist zudem, dass eine Lücke des geschriebenen Rechts vorliegt und ein unabweisliches Bedürfnis besteht, sie zu füllen (BGE 119 IA 59 E. 4b). Im Verwaltungsrecht ist somit derogierendes Gewohnheitsrecht ausgeschlossen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 206). Eine Lücke des geschriebenen Rechts liegt in casu nicht vor. Die Baubewilligungspflicht wird im BauG, in der BauV und im BZR geregelt. Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei den vorliegenden Arbeiten um gewöhnliche Unterhaltsarbeiten i.S.v. Art. 20 Ziff. 1 BauV. Die Frage, ob das Erfordernis einer konstanten und einheitlichen Übung sowie einer hinreichenden Rechtsüberzeugung gegeben ist, kann deshalb offen gelassen werden.

4. 7. Auch die Tatsache, dass der Berufungskläger selbst ein Baugesuch eingereicht hat, ändert nichts an der vorliegenden Rechtslage, denn entscheidend ist allein die gesetzliche Regelung, welche für gewöhnliche Unterhaltsarbeiten von einer Bewilligungspflicht absieht.