

Bauwesen – KGE (öffentlichrechtliche Abteilung) A1 11 178 vom 22. Juni 2012

Gesuch um Abänderung einer Baubewilligung im Nachvollzugsverfahren; Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes

- Wird in einer Verfügung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nicht der klassische Bauabschlag (mithin der Rückbau), sondern die Rückversetzung einer umstrittenen Dachlukarne angeordnet, so kann der Bauherr dazu verpflichtet werden, detaillierte Ausführungspläne zu hinterlegen. Dasselbe gilt in Bezug auf Terrainaufschüttungen, welche die Gemeinde in ihrer Verfügung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes vorschreibt.
- In Anwendung des Störerprinzips ist der Bauherr als Verhaltensstörer zu qualifizieren, da er den polizeiwidrigen Zustand (eine formell und materiell rechtswidrige Baute wegen Missachtung der Baubewilligung) geschaffen hat. Die Stockwerkeigentümer, welche die umstrittenen Wohnungen zwischenzeitlich erworben haben, gelten als Zustandsstörer, da sie über die Sache, welche den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, die rechtliche und tatsächliche Gewalt haben.
- Die Gemeinde hat an den Bauherrn eine Vollstreckungsverfügung und an die Stockwerkeigentümer eine Duldungsverfügung zu adressieren.

Demande de modification d'une autorisation de construire déposée a posteriori; remise en état des lieux conforme au droit

- Lorsqu'une décision de remise en état des lieux n'ordonne pas la simple démolition, mais le déplacement d'une lucarne aménagée sur la toiture, le maître de l'ouvrage peut être requis de déposer des plans d'exécution détaillés. Cela vaut également pour des remblais dont la commune ordonne la remise en état.
- Le maître de l'ouvrage qui s'est écarté du permis de bâtir en réalisant une construction formellement et matériellement contraire au droit est considéré comme perturbateur par comportement. Les propriétaires de parts d'étage qui, entre-temps, ont acquis les appartements en cause et ont un pouvoir de fait et de droit sur la chose à l'origine de l'état irrégulier sont considérés comme perturbateurs par situation.
- La commune doit obliger le maître de l'ouvrage à exécuter les travaux de remise en état et les propriétaires de parts d'étage à tolérer lesdits travaux.

Gekürzter Sachverhalt

Die Gemeinde hat dem Bauherrn im Jahre 2004 die Bewilligung für den Bau eines Mehrfamilienhauses erteilt. Im Jahre 2005 reichte der Bauherr ein Abänderungsgesuch ein, mit dem er insbesondere die Verkleinerung des Dachaufbaus, die Erstellung einer Schlepplukarne, die Vergrösserung der Balkone, das Anbringen von Vordächern an der Nord- und Südfassade sowie die Durchführung von Umgebungs-

arbeiten beantragte. Nach einem mehrjährigen Verfahren bewilligte die Gemeinde im Jahre 2010 das Abänderungsgesuch des Bauherrn, mit Ausnahme der Umgebung und der vorderen Lukarne im östlichen Dach. Für die nicht bewilligte Umgebung und Lukarne verlangte die Gemeinde die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes und zu diesem Zweck die Hinterlegung von Ausführungsplänen.

Erwägungen

(...)

dass der Staatsrat in seiner Entscheid vom 22. Juni 2011 (E. 4.3) festgehalten hat, dass die Beschwerdeführerin Art. 51 des Baugesetzes vom 8. Februar 1996 (BauG; SGS/VS 705.1) verletzt habe, indem sie zwar einen Bauabschlag erteilt, gleichzeitig aber vom Bauherrn verlangt habe, bewilligungspflichtige Pläne im Sinne eines nachträglichen Baugesuchs gemäss Art. 51 Abs. 3 lit. d BauG einzureichen. Die Beschwerdeführerin müsse über das seinerzeit eingereichte Abänderungsgesuch vom 29. September 2005 abschliessend entscheiden und habe - falls das Abänderungsgesuch nur teilweise bewilligt werden könne - zugleich, das heisst in derselben Verfügung, darüber zu entscheiden, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wieder herzustellen sei. Nach Ansicht des Kantonsgerichts geht der Staatsrat damit fehl, weil (1.) aus der Verfügung vom 24. August 2010 klar hervorgeht, welche Punkte die Beschwerdeführerin nachträglich genehmigt und in Bezug auf welche Elemente sie die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verlangt und weil (2.) die Beschwerdeführerin vom Bauherrn sehr wohl die Einreichung von Plänen im Rahmen des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens verlangen kann;

dass nach der hier vertretenen Ansicht - und entgegen der Meinung des Staatsrates (Entscheid des Staatsrates vom 22. Juni 2011 E. 4.3) - die Beschwerdeführerin das Abänderungsgesuch vom 29. September 2005 abschliessend entschieden hat. In Ziff. 1 des Dispositivs des Bauentscheids vom 24. August 2010 hat sie verfügt, dass das Abänderungsgesuch vom 30. September 2005 bewilligt werde, mit Ausnahme der Umgebung und der vorderen Dachlukarne, die nicht bewilligungsfähig seien. Im Rahmen der materiellen Begründung (E. 2) hat die Beschwerdeführerin einlässlich dargelegt, welche Abänderungen als bewilligt gelten. Der Beschwerdeführerin kann mithin nicht vorge-

worfen werden, dass aus ihrem Bauentscheid nicht ersichtlich sei, welche Abänderungen sie bewilligt habe und in Bezug auf welche Elemente sie die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verlange;

dass die Umgebung und die vordere Dachlukarne von der Beschwerdeführerin nicht nur als formell, sondern auch als materiell widerrechtlich qualifiziert wurden, was nicht zu beanstanden ist. Formell und materiell rechtswidrige Bauten und Anlagen müssen grundsätzlich entfernt werden. Dies gilt jedoch nur so weit, als nicht allgemeine Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts entgegenstehen wie namentlich das Gebot der Gleichbehandlung, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und das öffentliche Interesse. Angesichts des Umstandes, dass die Beschwerdeführerin nicht bloss einen Abbruch verfügt, sondern eine Rückversetzung der Dachlukarne und eine Aufschüttung der Umgebung angeordnet hatte, scheint sie sich zumindest darum bemüht zu haben, dem Prinzip der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen. Dessen ungeachtet haben die Stockwerkeigentümer die Rückversetzung der Dachlukarne als unverhältnismässig bezeichnet (Verwaltungsbeschwerde der Stockwerkeigentümer vom 24. September 2010 Ziff. II./9.), ohne diese Behauptung näher zu begründen. Da die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Beschwerdeführerin zurückgewiesen wird, werden die Stockwerkeigentümer im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs die Gelegenheit erhalten, ihre Behauptung zu begründen und diesbezüglich ihren Standpunkt darzulegen;

dass dem Staatsrat zwar dahingehend beizupflichten ist, dass die Gemeinde im Rahmen einer Verfügung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes dem Bauherrn in der Regel nicht die Pflicht auferlegt, bewilligungsfähige Pläne einzureichen. Das liegt daran, dass im Zusammenhang mit der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes üblicherweise der klassische Bauabschlag angeordnet wird. Erstellt ein Bauherr zum Beispiel einen Anbau, der in der Baubewilligung nicht vorgesehen gewesen ist, so führt der Bauabschlag unweigerlich zu einer Redimensionierung der realisierten Baute auf die (im Rahmen des Baubewilligungsgesuchs eingereichten und von der Gemeinde bewilligten) Pläne. In casu verhält es sich jedoch anders: Die Beschwerdeführerin verlangte in ihrer Verfügung vom 24. August 2010 nicht einen vollständigen Rückbau, sondern - in Berücksichtigung des Prinzips der Verhältnismässigkeit - eine Rück-

versetzung der vorderen Dachlukarne im östlichen Dach. Weder für die Dachlukarne an und für sich noch für deren Rückversetzung hat der Bauherr jemals Baupläne eingereicht. Damit die Dachlukarne jedoch im Rahmen des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens genehmigt werden kann, hat der Bauherr ebendiese detaillierten Ausführungspläne zu hinterlegen. Er kann nur dann auf die Einreichung von Plänen verzichten, wenn er sich bereit erklärt, die - in Überschreitung der Baubewilligung realisierte - Dachlukarne nicht nur zu versetzen, sondern gänzlich abzureissen und das Dach genau so zu schliessen, wie es in den (im Rahmen des Baugesuchs vom 15. März 2004 eingereichten und von der Beschwerdeführerin bewilligten) Plänen vorgesehen ist;

dass es sich in Bezug auf die umstrittene Aufschüttung ebenso verhält wie in der vorhergehenden Erwägung dargelegt: Zur Realisierung der Aufschüttungen, die für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes notwendig sind, hat der Bauherr neue detaillierte Baupläne einzureichen, weil die Aufschüttungen, wie sie in der Verfügung der Beschwerdeführerin vom 24. August 2010 vorgesehen sind, nicht übereinstimmen mit dem Terrainverlauf, wie er in den Plänen des Baugesuchs vom 15. März 2004 eingezeichnet war. Den Massnahmen des Geometers vom 1. Mai 2007, welche die Beschwerdeführerin ihrer Verfügung vom 24. August 2010 beigelegt hat, können diese Differenzen entnommen werden: Der bewilligte Terrainverlauf ist grün und jener Verlauf, der auf Grund der Gebäudehöhe zu respektieren wäre, ist rot eingezeichnet. Überdies verlangt die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nach dem Einbau von Fensterrespektive Lichtschächten, für die auch keine detaillierten Baupläne vorliegen. Die Beschwerdeführerin hat also auch in Bezug auf die Massnahmen im Zusammenhang mit den Terrainaufschüttungen zu Recht die Einreichung von detaillierten Bau- und Ausführungsplänen verlangt;

dass der Staatsrat ausgeführt hat, die Gemeinde hätte in ihrer Verfügung vom 24. August 2010 auch die Massnahme, die der Pflichtige zur Herbeiführung des rechtmässigen Zustandes zu treffen hat (Art. 51 Abs. 3 lit. a BauG), bezeichnen müssen. Das gelte auch für die Frist, innert welcher die verfügte Massnahme auszuführen ist (lit. b), die Androhung der Ersatzvornahme für den Fall der nicht rechtzeitigen Wiederherstellung (lit. c) sowie die Angabe der Rechtsmittel. Auch hier kann den Ausführungen des Staatsrates nicht beigespflichtet

werden: Der Bauentscheid der Beschwerdeführerin vom 24. August 2010 enthält eine korrekte Rechtsmittelbelehrung. Die konkrete Massnahme, die der Pflichtige zur Herbeiführung des rechtmässigen Zustandes zu treffen hat (lit. a), kann die Beschwerdeführerin erst anordnen, nachdem ihr die angebehrten Baupläne in Bezug auf die Rückversetzung der Dachlukarne und in Bezug auf die Aufschüttung der Umgebung eingereicht worden sind. Erst zu jenem Zeitpunkt wird die Beschwerdeführerin darüber entscheiden können, inwiefern die eingereichten Baupläne bewilligungsfähig sind und für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes gebraucht werden können. Das Ansetzen der Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (lit. b) macht auch erst in Kenntnis der konkret anzuordnenden Massnahmen Sinn. Dasselbe gilt für die Ersatzvornahme für den Fall der nicht rechtzeitigen Wiederherstellung (lit. c): Sie kann erst angedroht werden, nachdem die Beschwerdeführerin auf Grund der eingereichten detaillierten Baupläne entschieden hat, wie die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes konkret auszugestalten ist;

dass sich das vorliegend umstrittene Haus in einem polizeiwidrigen Zustand befindet, da es teils in Missachtung der Baubewilligung vom 6. Dezember 2004 realisiert worden ist. Nach dem Störerprinzip hat sich polizeiliches Handeln gegen diejenigen Personen zu richten, die den polizeiwidrigen Zustand unmittelbar zu verantworten haben (Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. A., Bern 2009, § 56 Rz. 28 ff.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 2488). Als Störer ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung zunächst derjenige zu betrachten, der eine polizeiwidrige Gefahr oder Störung durch eigenes Verhalten selbst oder durch das unter seiner Verantwortung erfolgende Verhalten Dritter verursacht hat (Verhaltensstörer; BGE 131 II 743 E. 3.1 mit Hinweisen; 122 II 65 E. 6a; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, a.a.O., Rz. 2490). Verursacher einer Störung, die von einer Baute oder Anlage ausgeht, kann insbesondere der Bauherr, Architekt oder Eigentümer sowie der Mieter oder Pächter sein (Magdalena Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, Diss. Universität Zürich 1998, S. 80; Urteil des Bundesgerichts 1A.178/2003 vom 27. August 2004 E. 4). Als Verhaltensstörer ist in casu ohne Zweifel der Bauherr zu qualifizieren. Störer ist aber auch, wer über die Sache, die den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, rechtliche oder tatsächliche

Gewalt hat (Zustandsstörer; BGE 122 II 65 E. 6a S. 70; 118 Ib 407 E. 4c, 114 Ib 44 E. 2c S. 50 ff., 107 Ia 19 E. 2a, je mit Hinweisen). Als Zustandsstörer gelten vorliegend die Stockwerkeigentümer. Sie müssen sich entgegenhalten lassen, dass bei ihnen durch den Erwerb der Wohnungen des umstrittenen Hauses originär eine eigene bauordnungsrechtliche Zustandsverantwortlichkeit entstanden ist. Auf Grund ihrer Eigenschaft als Zustandsstörer darf auch gegen sie vorgegangen werden, auch wenn sie die Störung nicht selber verursacht haben. Der Einwand, sie hätten die Wohnungen gutgläubig erworben und vom polizeiwidrigen Zustand nichts gewusst, läuft ins Leere (Magdalena Ruoss Fierz, a.a.O., S. 83 f.);

dass vorliegend mehrere Störer gleichzeitig (sowohl der Bauherr als Verhaltensstörer als auch die Stockwerkeigentümer als Zustandsstörer) für den polizeiwidrigen Zustand verantwortlich sind. Es liegt mithin polizeirechtliche Haftungskonkurrenz vor (Magdalena Ruoss Fierz, a.a.O., S. 82). Gemäss Lehre und Rechtsprechung hat die Behörde den Störer im Rahmen ihrer pflichtgemässen Ermessensausübung nach dem Sinn und Zweck des Polizeirechts und nach dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit zu wählen. In dringlichen Fällen hat sich die Behörde zunächst an denjenigen zu halten, der zur Beseitigung des Gefahrenherdes am ehesten in der Lage ist (Magdalena Ruoss Fierz, a.a.O., S. 82). In casu wären das die Stockwerkeigentümer. Zugleich ist aber festzuhalten, dass vorliegend weder von einem Gefahrenherd noch von einem dringlichen Fall die Rede sein kann. Subsidiär ist jener in die Pflicht zu nehmen, der für den polizeiwidrigen Zustand verantwortlich ist (Magdalena Ruoss Fierz, a.a.O., S. 82), vorliegend also der Bauherr;

dass die Stockwerkeigentümer zu Recht unterstrichen haben, dass sie und der Bauherr teils divergierende Interessen haben (Duplik der Stockwerkeigentümer vom 29. November 2011 Ziff. II./3.). Überdies machen sie geltend, dass aus der Verfügung der Beschwerdeführerin vom 24. August 2010 nicht klar hervorgehe, wer verpflichtet werde. Schliesslich bleibe offen, was geschehe, wenn unterschiedliche Pläne eingereicht würden (Duplik der Stockwerkeigentümer vom 29. November 2011 Ziff. II./4.);

dass das Kantonsgericht vorliegend zum Schluss kommt, dass der Bauherr (als Verhaltensstörer) zu verpflichten ist, den rechtmässigen Zustand wieder herzustellen, da er den polizeiwidrigen Zustand in den

Jahren 2004 und 2005 geschaffen hat. Gleichzeitig ist aber dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Stockwerkeigentümer durch die Wiederherstellungsverfügung in ihren Rechten und Pflichten stark betroffen werden. Ihr Interesse, auf die Umsetzung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes der Dachlukarne und der Umgebung Einfluss nehmen zu können, ist um ein Vielfaches ausgeprägter als das entsprechende Interesse des Bauherrn, der die Wohnungen zwischenzeitlich verkauft hat. Die Beschwerdeführerin ist deshalb gehalten, die Stockwerkeigentümer anzuhören. Die Stockwerkeigentümer werden sich in einem ersten Schritt dazu zu äussern haben, inwiefern sie der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes der Dachlukarne und der Umgebung überhaupt zustimmen. Gestützt darauf hat die Beschwerdeführerin den Bauherrn zur Einreichung von detaillierten Ausführungs- und Bauplänen anzuhalten. Zu den eingereichten Bauplänen haben die Stockwerkeigentümer ebenfalls Stellung zu nehmen. Im Anschluss daran wird es an der Beschwerdeführerin sein, zu entscheiden, inwiefern die Ausführungspläne des Bauherrn zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes der Dachlukarne und der Umgebung bewilligt werden können respektive in welchem Umfang den Anträgen und Anliegen der Stockwerkeigentümer Rechnung zu tragen ist. Die Beschwerdeführerin wird ihre Entscheidung in Form einer Vollstreckungsverfügung an den Bauherrn und einer Duldungsverfügung adressiert an die Stockwerkeigentümer zu fällen haben;

dass zusammenfassend festzuhalten ist, dass die Angelegenheit in casu wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs der Stockwerkeigentümer an die Beschwerdeführerin zurückgewiesen wird. Insoweit ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde also abzuweisen. Im Übrigen jedoch heisst das Kantonsgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gut [...].