

Recht informiert.

Der Newsletter von Pfisterer Fretz Rechtsanwälte,
Dezember 2017

Besitzstandsgarantie: Auch für unbewilligte Bauten?

Bauvorschriften werden gelegentlich geändert. Die Besitzstandsgarantie erlaubt es dem Eigentümer einer Baute, die durch eine Rechtsänderung den neuen Vorschriften widerspricht, diese zu unterhalten, zu erneuern, angemessen zu erweitern oder auch in ihrem Zweck zu ändern. Die betreffende Baute muss jedoch "rechtmässig erstellt" worden sein. Nach geltender Praxis kann dies auch dann der Fall sein, wenn sie zwar nicht bewilligt, aber über dreissig Jahre lang geduldet worden ist.



Nur Bauten und Anlagen, die "rechtmässig erstellt" wurden, geniessen die Besitzstandsgarantie im Sinne von § 68 des Baugesetzes (BauG) des Kantons Aargau. Grundvoraussetzung der Besitzstandsgarantie ist, dass die bestehende Baute ursprünglich rechtmässig erstellt wurde oder später rechtmässig geworden ist. Das bedeutet vereinfacht gesagt, dass die Baute entweder gestützt auf eine rechtskräftige Baubewilligung realisiert wurde oder für das Vorhaben zum Erstellungszeitpunkt keine Bewilligung einzuholen war. (vgl. Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [\[AGVE\] 2000, S. 255 f.](#)).

Die Rechtsprechung anerkennt die Besitzstandsgarantie schliesslich auch für Bauten, die zwar nicht nach den erwähnten Kriterien rechtmässig erstellt wurden, aber aufgrund des Vertrauensschutzes der behördliche Anspruch auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verwirkt ist. So verlieren die Behörden ihren Beseitigungsanspruch in der Regel spätestens nach dreissigjähriger Duldung. In diesen Fällen wird das Recht zur Beibehaltung des rechtswidrigen Zustands vom Grundeigentümer - in analoger Anwendung von Art. 662 des Zivilgesetzbuches (ZGB) - "ersessen". Derartige Bauten dürfen die Besitzstandsgarantie ebenfalls beanspruchen (vgl. zum Ganzen: [AGVE 2000, S. 255 f.](#); Entscheid des Verwaltungsgerichts [VGE] III/44 vom 25. April 2001, S. 7).

In einem aktuellen Fall erweiterte ein Bauherr ein ehemaliges Hühnerhaus im Umfang von 5 m Länge und 3 m Breite auf eine neue Länge von insgesamt 8.10 m. Als Kleinbaute, die den Grenzabstand von 2 m unterschreitet, wäre der Bauherr dafür auf die Zustimmung des Nachbarn angewiesen gewesen (§ 19 Abs. 2 der Bauverordnung [BauV]). Mangels Baubewilligung und aufgrund der Verletzung des Grenzabstands handelte es sich klarerweise nicht um eine rechtmässig erstellte Baute. Das kantonale Departement Bau, Verkehr um Umwelt (BVU) als Beschwerdeinstanz qualifizierte das ehemalige Hühnerhaus aber trotzdem als "rechtmässig erstellt" im Sinne von § 68 BauG. Es vermutete nämlich aufgrund von Luftbildaufnahmen von [swisstopo \(www.swisstopo.admin.ch\)](http://www.swisstopo.admin.ch), dass das Hühnerhaus in seiner Ausdehnung von 8.10 m schon seit über 40 Jahren bestehe und daher besitzstandsgeschützt sei. Die vorgenommene Erweiterung und die Umnutzung in eine Autogarage sei vom Besitzstandsschutz abgedeckt und damit auch ohne Zustimmung des Nachbarn zulässig.

Der Entscheid mag stossend erscheinen. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in Bezug auf nicht bewilligte Bauten, die durch Zeitablauf als "rechtmässig erstellt" im Sinne der Besitzstandsgarantie gelten sollen, darf durchaus hinterfragt werden. Nachvollziehbar ist, dass ein Vertrauensschutz in Bezug auf die ursprünglich erstellte Baute besteht. Es soll der Behörde nicht möglich sein, nach einer über dreissigjährigen Duldung noch die Beseitigung zu verfügen. Dass nicht rechtmässig erstellte Bauten - entgegen dem Wortlaut von § 68 BauG - auch noch erweitert, umgebaut und im Zweck geändert werden dürfen, ist hingegen weniger nachvollziehbar und stellt eine unseres Erachtens nicht immer gerechtfertigte Gleichbehandlung dar. Der Eigentümer einer nicht bewilligungsfähigen Baute, die er ohne vorgängige Einholung einer Baubewilligung erstellt hat,

wird gleich behandelt wie ein Bauherr, der vorschriftsgemäss ein Baugesuch einreicht und alle damals geltenden Vorschriften einhält. Das leuchtet nicht unbedingt ein, denn dem Vertrauensschutz wird schon Rechnung getragen, indem der Bauherr nach Ablauf der dreissig Jahre nicht mehr mit der Anordnung der Beseitigung rechnen muss.

Im Weiteren stellte die Beschwerdeinstanz ihren Entscheid auf Luftbilder ab, zu denen die Parteien des Verfahrens zu keinem Zeitpunkt Stellung nehmen konnten. Das verstösst unserer Ansicht nach gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Dieser verlangt, dass sich sämtliche Parteien zu allen Entscheidungsgrundlagen vorgängig äussern dürfen. Im konkreten Fall hätte die Vermutung der Beschwerdeinstanz, die aufgrund der Luftbilder von einem umwandeten Gebäude mit einer Länge von 8.10 m ausging, widerlegt werden können. Die Beschwerdeinstanz hatte nebst den im Internet abgerufenen Luftbildern keinen Hinweis darauf, dass der überdachte Unterstand von Wänden umgeben sein könnte. Sie hat das einfach so angenommen. Hätte sie die Parteien angehört, hätte belegt werden können, dass die Umwandlung nicht bereits seit 40 Jahren bestand. Die Sachverhaltsermittlung gestützt auf im Internet abrufbare Informationen ist unserer Auffassung nach mit grosser Vorsicht zu geniessen. Zwingend ist jedenfalls, den Parteien zu solchen Sachverhaltsabklärungen, welche eine Behörde als Entscheidungsgrundlagen beiziehen möchte, die Möglichkeit zur vorgängigen Stellungnahme zu gewähren. Das gilt selbstverständlich unabhängig davon, ob diese Informationen öffentlich zugänglich sind oder nicht.

Fazit: Auch unbewilligte und nicht bewilligungsfähige Gebäude können nach Praxis des Verwaltungsgerichts als "rechtmässig erstellte" Bauten in den Genuss der Besitzstandsgarantie kommen, wenn der Beseitigungsanspruch der Behörden verwirkt ist. Bei Sachverhaltsabklärungen, die als Entscheidungsgrundlagen einer Behörde dienen sollen, ist unserer Auffassung nach sämtlichen Parteien vor dem Entscheid zwingend das rechtliche Gehör zu gewähren.