

**37 Erleichterte Ausnahmegewilligung im Unterabstand von Strassen (§ 67a BauG)**

**Vorausgesetzt wird eine untergeordnete Baute und dass kein überwiegendes, aktuelles öffentliches Interesse entgegenstehen darf; Anwendungsfall eines Garten- bzw. Gerätehauses.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 4. Juli 2011 in Sachen Gemeinderat A. gegen B. und C. (WBE.2010.386).

*Aus den Erwägungen*

1.

1.1. (...)

1.2.

Die Beschwerdegegner beabsichtigen, auf der Parzelle Nr. (...) ein Garten- bzw. Gerätehaus zu erstellen. Gemäss den Akten handelt es sich um ein Blockbohlenhaus mit einer Grundfläche von 5.04 m x 3.11 m (inkl. Dachvorsprünge und einseitig offener Unterstand) und einer maximalen Höhe von 2.40 m, wobei die Beschwerdegegner von einer effektiven Höhe der Baute von 2.20 m sprechen.

Das Gerätehaus soll im Abstand von 2 m zum D.-weg und damit innerhalb der Baulinie zum D.-weg (5 m) und im Unterabstand zur Gemeindestrasse (§ 111 Abs. 1 lit. a BauG) erstellt werden. Das Vorhaben ist somit keiner ordentlichen Bewilligung zugänglich. Ebenso fällt eine Ausnahmegewilligung nach § 67 BauG ausser Betracht, da weder aussergewöhnliche Verhältnisse noch ein Härtefall vorliegen (vgl. dazu etwa AGVE 2006, S. 165 f.). Umstritten ist hingegen die Frage, ob die Bauherrschaft eine erleichterte Ausnahmegewilligung nach § 67a BauG (in Kraft seit 1. Januar 2010) beanspruchen kann.

1.3.

Für untergeordnete Bauten und Anlagen wie namentlich Klein- und Anbauten kann nach § 67a BauG eine erleichterte Ausnahmegewilligung betreffend Abstände gegenüber Strassen oder Baulinien

erteilt werden, sofern kein überwiegendes, aktuelles öffentliches Interesse entgegensteht (§ 67a Abs. 1 BauG). Die Bauten und Anlagen, die gestützt auf diese Bestimmung bewilligt worden sind, müssen vom Eigentümer auf erstmalige Aufforderung hin sowie auf eigene Kosten und entschädigungslos entfernt oder versetzt werden, wenn die überwiegenden Interessen eines öffentlichen Werkes es erfordern. In der Baubewilligung ist dies zur Auflage zu machen (§ 67a Abs. 2 BauG).

2. (...)

3.

3.1.

3.1.1.

Voraussetzung für eine erleichterte Ausnahmegewilligung im Unterabstand von Strassen oder Baulinien ist nach § 67a BauG das Vorliegen einer "*untergeordneten*" Baute oder Anlage. Als Beispiel von untergeordneten Bauten erwähnt das Gesetz Klein- und Anbauten. Der Begriff der Klein- und Anbaute taucht auch in § 18 ABauV auf. Zwar regelt diese Vorschrift den Grenz- und Gebäudeabstand von Klein- und Anbauten, es ist jedoch anzunehmen, dass der Gesetzgeber diese Definition vor Augen hatte, als er in § 67a BauG den gleichlautenden Begriff der Klein- und Anbaute übernommen hat. Aufgrund der bloss beispielhaften Erwähnung der Klein- und Anbauten steht vorab fest, dass auch andere Bauten und Anlagen "*untergeordnet*" sein können.

Wie den Materialien zu § 67a BauG zu entnehmen ist, kommt eine erleichterte Ausnahmegewilligung nur bei Bagatellbauten in Betracht, die sich im Falle eines Strassenausbaus mit wenig Aufwand entfernen lassen, wie z. B. Reklametafeln, Schaukästen, Gerätehäuschen oder Autounterstände (Botschaft des Regierungsrats vom 5. Dezember 2007 zur Teilrevision des BauG [Ges.-Nr. 07.314] [Botschaft], S. 89). Ob sich eine Baute oder Anlage noch als "*untergeordnet*" im Sinne von § 67a Abs. 1 BauG bezeichnen lässt, richtet sich somit nach dem Aufwand, der bei einer späteren Beseitigung nach § 67a Abs. 2 BauG anfiel. Die Erfahrung lehrt nämlich, dass Beseitigungsaufforderungen, selbst wenn sie aufgrund eines Reverses erfolgen, meistens nicht widerstandslos befolgt werden. Das gilt insbe-

sondere dann, wenn erhebliche wirtschaftliche Interessen im Spiel sind (vgl. AGVE 2006, S. 164). Je aufwändiger die spätere Beseitigung ist, desto eher ist mit Widerstand des Eigentümers zu rechnen, weshalb es sachgerecht erscheint, eine erleichterte Ausnahmegewilligung nach § 67a BauG nur dann zu erteilen, wenn sich die Baute oder Anlage mit wenig Aufwand beseitigen lässt (AGVE 2010, S. 166).

### 3.1.2.

Im konkreten Fall steht ausser Frage, dass das projektierte Garten- bzw. Gerätehaus eine "untergeordnete" Baute im Sinne von § 67a BauG darstellt: Mit rund 15.67 m<sup>2</sup> weist das Garten- bzw. Gerätehaus eine Bruttofläche von deutlich weniger als 40 m<sup>2</sup> auf, und mit 2.40 bzw. 2.20 m eine Höhe von deutlich weniger als 3 m, womit die Anforderungen an eine Kleinbaute im Sinne von § 18 Abs. 1 ABauV erfüllt sind. Material und Bauweise weisen zudem auf eine einfache Beseitigung hin. Die Beseitigungskosten wurden am vorinstanzlichen Augenschein auf rund Fr. 1'500.00 geschätzt. Das geplante Garten- bzw. Gerätehaus kann also mit wenig Aufwand und Kosten entfernt werden. Seitens der Gemeinde wurde am vorinstanzlichen Augenschein ebenfalls bestätigt, dass es sich um eine Bagatell- bzw. Kleinbaute handle.

### 3.2.

#### 3.2.1.

Nach dem Wortlaut von § 67a Abs. 1 BauG genügt es, dass es sich um eine untergeordnete Baute oder Anlage handelt und der Strassenabstands- bzw. Baulinienunterschreitung *kein überwiegendes, aktuelles öffentliches Interesse entgegensteht*. Ausserordentliche Verhältnisse oder ein Härtefall wie bei § 67 BauG werden nicht verlangt. Die "erleichterte" Ausnahmegewilligung sieht gegenüber § 67 BauG bei den Voraussetzungen graduelle Unterschiede vor, indem die Anforderungen an eine erleichterte Ausnahmegewilligung weniger streng sind. Nach dem Gesetzestext ist auch der Nachweis eines speziellen / spezifischen objektivierbaren Bedürfnisses für die Abstands- oder Baulinienunterschreitung nicht erforderlich. Das BauG verlangt ausdrücklich *aktuelle* öffentliche Interessen. Das kann nur bedeuten, dass die "normalen" öffentlichen Interessen, welche

den Abstandsvorschriften allgemein zugrunde liegen (z. B. Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften, Freihalten des Strassenraums, Erhaltung der Planungsfreiheit), nicht genügen, um eine erleichterte Ausnahmegewilligung zu verweigern. Die "normalen" öffentlichen Interessen müssen im konkreten Anwendungsfall auch aktuell sein, damit sie Privatinteressen zu überwiegen vermögen.

Die Gesetzesmaterialien verweisen als Interpretationshilfe auf die "analoge" Vorschrift von § 139 des Baugesetzes des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971 (aBauG), welche von "besonderen Verhältnissen" gesprochen habe; der Kommentar von Erich Zimmerlin (Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, Kommentar, 2. Auflage, Aarau 1985, S. 330) halte dazu fest, damit seien Fälle gemeint, "in denen die öffentlichen Interessen weniger schwer wiegen, so dass ein striktes Beharren auf durch Baulinien oder geschriebenen Normen festgelegte Abstände sich nicht rechtfertigen lässt und die entgegenstehenden privaten Interessen mehr Schutz verdienen" (Botschaft, S. 89). Diese Interpretation lasse sich auf den neuen § 67a BauG übertragen (vgl. Botschaft, S. 89). Demgemäss soll der genannte Wertungsgedanke übernommen werden und eine erleichterte Ausnahmegewilligung ist dann zu erteilen, wenn im konkreten Anwendungsfall die aktuellen öffentlichen (einer Strassenabstands- bzw. Baulinienunterschreitung entgegenstehenden) Interessen nicht überwiegen. Von einer Wiedereinführung des § 139 aBauG kann demgegenüber nicht die Rede sein. Der Wortlaut von § 67a Abs. 1 BauG unterscheidet sich von demjenigen des § 139 Abs. 1 aBauG klar. § 67a BauG verlangt insbesondere nicht das Vorliegen "besonderer Verhältnisse", sondern fordert ausdrücklich, dass "kein überwiegendes, aktuelles öffentliches Interesse" entgegensteht. Damit ist aber dem Haupteinwand des Gemeinderats, er wolle im Anwendungsbereich von § 67a BauG ein objektives Bedürfnis bzw. spezifische Interessen des Baugesuchstellers verlangen und hierzu eine eigene Praxis entwickeln, das Fundament entzogen.

Die Erteilung einer erleichterten Ausnahmegewilligung betreffend Abstände gegenüber Strassen oder Baulinien für untergeordnete Bauten und Anlagen (§ 67a BauG) setzt somit voraus, dass der Strassenabstand (zu den Abstandsvorschriften vgl. § 111 Abs. 1 lit. a

BauG) oder die Baulinie *zur Zeit* keinen überwiegenden, *aktuellen* öffentlichen Interessen dient. Das heisst, eine vorübergehende tatsächliche Verletzung des Strassenabstands oder der Baulinie schaden nach dem Willen des Gesetzgebers den öffentlichen Interessen nicht, oder bloss in einem vernachlässigbaren Umfang. Diese Beurteilung verlangt im Anwendungsfall eine sorgfältige und umfassende Interessenabwägung. Beim Ausnahmecharakter von § 67a BauG bleibt es, da diese Bestimmung nur für untergeordnete Bauten und Anlagen, auf Zeit und gegen Revers, denen aktuell keine öffentlichen Interessen entgegenstehen, anwendbar ist (vgl. § 67a Abs. 1 und 2 BauG). Insofern lässt sich die These des Gemeinderats, die Ausnahme werde zur Regel, nicht halten. Manifestieren sich zu einem späteren Zeitpunkt öffentliche Interessen eines öffentlichen Werkes, welche die privaten Interessen überwiegen, aktualisiert sich der Revers und die als erleichterte Ausnahme bewilligte Baute muss dann beseitigt werden.

### 3.2.2.

Zur Interessenabwägung ergibt sich vorliegend was folgt:

Zur Beurteilung steht ein Garten- bzw. Gerätehaus mit einer Grundfläche von rund 15.67 m<sup>2</sup> und einer Höhe von 2.40 bzw. 2.20 m (vgl. Erw. 1.2.). Das projektierte Blockbohlenhaus soll im Abstand von 2.0 m zum D.-weg und im Abstand von 2.0 m zur Nachbarparzelle (Nr. [...]) in der Süd-Ost-Ecke des dreieckigen Grundstücks (Parzelle Nr. [...]) erstellt werden. Gegenüber dem Nachbargrundstück ist dies ohne weiteres zulässig (vgl. § 18 Abs. 2 ABauV i. V. m. Fussnote 11 zu § 27 der Bauordnung der Gemeinde A. vom 25. Juni 1998 / 14. Juni 2000; mit schriftlicher Zustimmung des Nachbarn könnte der Grenzabstand weiter reduziert werden). Das private Interesse der Beschwerdegegner liegt in der optimalen bzw. vernünftigen Nutzung ihres Gartenraums, sie wollen einen gewissen Spielraum für allfällige künftige Bauten bzw. Gartenumgestaltungen (z. B. Schwimmteich oder Gartenpavillon) freihalten können. Ausserdem kann mit der Positionierung des Garten- bzw. Gerätehauses die spitzwinklige, schattige Eckfläche des dreieckigen Grundstücks geeignet genutzt und eine grössere nutzbare Rasenfläche am Stück erreicht werden. Auch wenn das Garten- bzw. Ge-

rätehaus auf dem Grundstück an anderer Stelle unter Einhaltung der Strassenabstandsvorschriften erstellt werden könnte, steht hinter der beabsichtigten Positionierung ein einleuchtender Grund, weshalb dem privaten Interesse ein gewisses Gewicht zuzuerkennen ist.

Dem Interesse der Beschwerdegegner an einer Baulinien- bzw. Strassenabstandsunterschreitung stellt die Gemeinde lediglich das formelle, generell-abstrakte gesetzliche Interesse an der Einhaltung der Strassenabstandsvorschriften entgegen. Aktuelle öffentliche Interessen, welche am fraglichen Ort die Einhaltung der Strassenabstandsvorschriften – sei dies die Baulinie oder der gesetzliche Normalabstand – erforderten, bringt die Gemeinde nicht vor. Am vorinstanzlichen Augenschein wurde seitens der Gemeinde bestätigt, dass der Verkehr durch die projektierte Baute nicht gestört und der Planungsspielraum durch das Bauvorhaben nicht gefährdet werde. Die Vorinstanz legte im Weiteren überzeugend dar, dass auch keine aktuellen siedlungsgestalterischen Interessen erkennbar sind, die der Abstandsunterschreitung entgegenstehen. Der Gemeinderat bestreitet diese Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht. Im konkreten Fall kann somit nicht gesagt werden, dass der beabsichtigten Abstandsunterschreitung auf 2 m Strassenabstand aktuelle öffentliche Interessen (wie z. B. ungehinderte Abwicklung des Verkehrs, Erhaltung des Planungsspielraums und der Landerwerbsmöglichkeit für zukünftigen Strassenbau oder siedlungsgestalterische Gesichtspunkte; vgl. AGVE 2000, S. 260; 1997, S. 332 f. mit Hinweisen; 1990, S. 237 f. mit Hinweisen) entgegenstehen würden. Vielmehr kann festgestellt werden, dass die Strassenabstandsvorschriften am fraglichen Ort zur Zeit und bis auf weiteres keine konkretisierbaren öffentlichen Interessen erfüllen.

Demgemäss steht fest, dass der Erstellung des strittigen Garten- bzw. Gerätehauses im Strassenabstand von 2 m – d. h. in Unterschreitung der Strassenabstandsvorschriften – kein aktuelles, öffentliches Interesse von Bedeutung entgegensteht. Die Voraussetzungen einer erleichterten Ausnahmegewilligung nach § 67a Abs. 1 BauG sind erfüllt. Der vorinstanzliche Entscheid, mit welchem der Gemeinderat A. angewiesen wurde, das Baugesuch für das Garten- bzw. Gerätehaus auf der Parzelle Nr. (...) unter einer entsprechenden Be-

seitigungsaufgabe (vgl. § 67a Abs. 2 BauG) zu bewilligen, ist nicht zu beanstanden.

### **38      Rechtliche Qualifikation einer Privatstrasse**

**Eine Privatstrasse, welche mit einem im Grundbuch angemerkten öffentlichen Fusswegrecht belastet ist, gilt als öffentliche Strasse.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 8. November 2011 in Sachen A. gegen B. GmbH (WBE.2010.306).

#### *Aus den Erwägungen*

2.

2.2.1 - 2.2.2 (...)

2.2.3

(...)

Öffentliche Strassen sind alle dem Gemeingebrauch offen stehenden Strassen, Wege und Plätze mit ihren Bestandteilen. Als öffentliche Strassen gelten auch die im Eigentum Privater oder von Korporationen stehenden Strassen, die mit Zustimmung der Eigentümer oder durch Enteignung dem Gemeingebrauch zugänglich gemacht worden sind (§ 80 Abs. 1 BauG). Obwohl nicht ausdrücklich erwähnt, ist unter "Zugänglichmachen" die Widmung einer Strasse für den Gemeingebrauch zu verstehen (AGVE 2008, S. 143 mit Hinweis). Die Widmung einer Privatstrasse zum Gemeingebrauch setzt die Zustimmung des Eigentümers oder eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung voraus (§ 80 Abs. 1 Satz 2 BauG; AGVE 2008, S. 143 mit Hinweis; Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich / St. Gallen 2010, Rz. 2350).

Der Kirchweg steht im privaten Eigentum der jeweiligen Grundeigentümer (Parzellen Nrn. [...]). Es ist allerdings unbestritten, dass im Grundbuch ein den Kirchweg bzw. die jeweiligen Parzellen belastendes öffentliches Fusswegrecht angemerkt ist. Aus den Grundbucheinträgen sowie aus den Kaufverträgen vom 25. Juli und