

nen, an den Begehungen der ENHK-Experten teilzunehmen, keine Beeinträchtigung ihrer Mitwirkungsrechte.

Das Gutachten und die Beweiserhebung sind daher in formeller Hinsicht weder unter Art. 29 Abs. 2 BV noch nach § 15 und § 22 Abs. 1 VRPG zu beanstanden.

**43 Rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; § 15 Abs. 1 VRPG).
Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (§ 159 Abs. 1 BauG).**

- Zulässigkeit der antizipierten Beweiswürdigung (Erw. 1/a).
- Fehlende Stichhaltigkeit einer Gehörsrüge, wenn sie auf einer materiell unzutreffenden Begründungslinie im angefochtenen Entscheid basiert und keine Gehörsverletzung vorläge, wenn die Begründung schlüssig wäre (Erw. 1/b).
- Bei bewilligungs- und planwidriger Bauausführung besteht Anspruch auf materielle Behandlung eines nachträglichen Baugesuchs; der formelle Verstoss gegen öffentliches Baurecht ist ausschliesslich mit Verwaltungsstrafe (§ 160 BauG) zu ahnden (Erw. 2).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 29. März 2004 in Sachen S. gegen Baudepartement.

Sachverhalt

A. a) Mit Beschluss vom 1. Dezember 1998 erteilte der Gemeinderat Suhr den Eheleuten S. die Baubewilligung für die Erstellung eines Einfamilienhauses mit Doppelgarage auf der Parzelle Nr. 3097. In Ziffer VI/3 dieser Bewilligung ("Besondere Auflagen und Bedingungen") wurde festgehalten, dass für Böschungen und Einfriedigungen § 19 ABauV gelte.

Anlässlich der Schlusskontrolle vom 30. Oktober 2000 wurde u.a. festgestellt, dass an der nordwestlichen Grundstücksgrenze das Terrain nicht im Verhältnis 2:3 erstellt worden sei. Einer Aufsichtsbeschwerde von H., Eigentümer der nordwestlich angrenzenden Parzelle Nr. 1213, leistete das Baudepartement mit Entscheid vom 25. Juni 2002 insofern Folge, als es den Gemeinderat anwies, die

Abböschungspflicht durchzusetzen. In der Folge forderte der Gemeinderat die Eheleute S. mit Beschluss vom 8. Juli 2002 auf, bis zum 31. Oktober 2002 die Terrainabböschung im Verhältnis 2:3 (Höhe:Breite) vorzunehmen oder bis zum 15. August 2002 ein Baugesuch für die vorgenommene Terrainveränderung bzw. für eine Stützmauer einzureichen.

b) Die Eheleute S. entschieden sich hierauf für die zweitgenannte Variante und reichten dem Gemeinderat am 12. Juli 2002 ein nachträgliches Baugesuch für die Terraingestaltung gegenüber der Parzelle Nr. 1213 ein. Dieses Baugesuch lag vom 26. Juli bis zum 16. August 2002 öffentlich auf. Während der Auflagefrist erhoben die Eheleute H. Einsprache, in welcher sie die Abböschung des Terrains auf das ursprünglich gewachsene Niveau verlangten.

Der Gemeinderat beschloss am 21. Oktober 2002:

- "1. Das Baugesuch wird auf Grund der Erwägungen abgewiesen.
2. Das Terrain gegen Parzelle 1213 (Grenze Nordwest) ist bis **31. März 2003** im Verhältnis 2:3 abzuböschten.

(...)"

B. Das Baudepartement wies eine Verwaltungsbeschwerde der Eheleute S. ab, soweit es darauf eintrat. Auf Beschwerde der Eheleute S. hin hob das Verwaltungsgericht den Entscheid des Baudepartements vom 12. Juni 2003 und den Beschluss des Gemeinderats Suhr vom 21. Oktober 2002 auf und wies die Beschwerdesache an den Gemeinderat Suhr zurück mit der Anweisung, das nachträgliche Baugesuch der Beschwerdeführer materiell zu behandeln.

Aus den Erwägungen

1. In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführer eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das Baudepartement; obwohl im vorinstanzlichen Verfahren beide Parteien eine Augenscheinsverhandlung beantragt hätten, sei unzulässigerweise darauf verzichtet worden.

a) Der durch § 15 Abs. 1 VRPG und Art. 29 Abs. 2 BV gewährleistete Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die

rechtsanwendende Behörde die Argumente und Verfahrensanträge der Parteien entgegennimmt, prüft und die rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweismittel abnimmt, soweit diese nicht rechtlich unerhebliche Tatsachen betreffen oder von vornherein untauglich sind, über die streitigen Tatsachen Beweis zu erbringen. Die Behörde darf also im Wege einer sogenannten antizipierten (vorweggenommenen) Beweiswürdigung zum Schluss kommen, weitere Abklärungen seien unnötig, weil sie am Ergebnis nichts zu ändern vermöchten (Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000, S. 372 f.; BGE 122 I 55; 122 V 162; 121 I 111 f.; 117 Ia 268 f.; BGE vom 12. Oktober 2001 [2P.175/2001], in: ZBl 103/2002, S. 484; AGVE 1999, S. 363; 1991, S. 365 f.; VGE III/109 vom 15. Dezember 2003 [BE.2003.00063] in Sachen P., S. 11).

b) Das Baudepartement kam in seinem Entscheid zum Schluss, die Beschwerdeführer hätten keinen Anspruch auf materielle Neubeurteilung der rechtskräftigen Baubewilligung vom 1. Dezember 1998. Eine materielle Beurteilung wurde demzufolge gar nicht vorgenommen. Es wird sich zwar zeigen, dass dies ein rechtlich falscher Ansatz war (hinten Erw. 2), doch ist dies im hier zu beurteilenden Zusammenhang ohne Belang. Massgebend ist einzig, ob das Baudepartement, wenn von der von ihm gewählten Begründungslinie ausgegangen wird, einen Augenschein hätte durchführen müssen. Dies war nun aber nicht nötig, weil ausschliesslich Rechtsfragen zu beurteilen waren. Im Übrigen wurde den Beteiligten der Verzicht auf eine Augenscheinsverhandlung mit Schreiben des Baudepartements vom 9. Mai 2003 angezeigt; sie haben dagegen nicht remonstriert. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt somit nicht vor.

2. a) In materieller Hinsicht ist die Terraingestaltung entlang der Grenze zwischen den Parzellen Nrn. 3097 (Beschwerdeführer) und 1213 (Beschwerdegegnerin H.) umstritten. Nebst dem Hinweis auf § 19 ABauV in der Baubewilligung vom 1. Dezember 1998 (vorne lit. A/a) wurde im Bauprojektplan 1:100 vom 21. September 1998 betreffend die Südwestfassade von Hand das Neigungsverhältnis 2:3 für die Böschung festgehalten. Statt dessen füllten die Beschwerdeführer das Terrain an der nordwestlichen Grundstücks-

grenze an die auf der Grenze stehende Gartenmauer auf mit einer kleinen Böschung ab der Oberkante der Mauer. Die Beschwerdegegnerin stellt sich nun auf den Standpunkt, die Beschwerdeführer seien auf Grund der Baubewilligung verpflichtet, eine Böschung zu erstellen, bei welcher der Böschungsfuss auf das gewachsene Terrain zu liegen kommt.

b) Der Gemeinderat hat im Beschluss vom 21. Oktober 2002 das nachträgliche Baugesuch der Beschwerdeführer zur Bewilligung der aktuellen Terraingestaltung zwar abgewiesen, die Abweisung aber im Wesentlichen damit begründet, dass die Beschwerdeführer gegen Ziffer VI/3 der Baubewilligung vom 1. Dezember 1998 kein Rechtsmittel ergriffen hätten und dieser Entscheid nicht mittels eines neuen Baugesuchs umgangen werden dürfe; eine (materielle) Prüfung der Frage, ob die Terraingestaltung, wie sie im nachträglichen Baugesuch beantragt worden war, mit den geltenden öffentlichrechtlichen Bauvorschriften vereinbar und somit auch bewilligungsfähig sei, fand nicht statt. Dieser Begründung hätte an sich ein Nichteintretensentscheid entsprochen (siehe AGVE 1994, S. 460). Das Baudepartement fuhr dann auf dieser Begründungsschiene weiter und prüfte in der Folge nur, ob die Beschwerdeführer Anspruch auf Wiedererwägung bzw. Behandlung eines neuen Baugesuchs gehabt hätten.

Wird durch die Errichtung von Bauten ohne Bewilligung, unter Verletzung einer solchen oder auf andere Weise ein unrechtmässiger Zustand geschaffen, so können u.a. die Einreichung eines Baugesuchs sowie die Herstellung des rechtmässigen Zustands, insbesondere die Beseitigung oder Änderung der rechtswidrigen Bauten angeordnet werden (§ 159 Abs. 1 BauG). Diese Bestimmung hat das Verwaltungsgericht stets so ausgelegt, dass eine Beseitigungsanordnung erst erlassen werden darf, wenn feststeht, dass die eigenmächtig ausgeführten Bauarbeiten dem objektiven Recht widersprechen; vorausgesetzt ist also die materielle Rechtswidrigkeit der bewilligungswidrig getroffenen baulichen Vorkehren (AGVE 1996, S. 326 mit Hinweisen; 1993, S. 390 f.). Die Tatsache des eigenmächtigen Vorgehens darf unter diesem Gesichtspunkt keine Rolle spielen; wer als Bauherr gegen formelle Vorschriften verstösst, ist im Wege der

Verwaltungsstrafe (§ 160 BauG) und nur so zur Rechenschaft zu ziehen (VGE III/34 vom 19. Mai 1994 [BE.1993.00086] in Sachen St. und Mitb., S. 11). Richtig war es deshalb, den Beschwerdeführern im Sinne von Ziffer 1/b des Beschlusses vom 8. Juli 2002 eine Frist für die Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs einzuräumen. Die Beschwerdeführer sind dieser Aufforderung gefolgt und haben das verlangte Baugesuch am 12. Juli 2002 eingereicht. An den Baubewilligungsbehörden ist es nun, das eingeleitete Baugesuchsverfahren auch durchzuführen und mit einem anfechtbaren Entscheid abzuschliessen. Kann die Baute wegen materieller Rechtswidrigkeit auch nachträglich nicht bewilligt werden, ist über die Herstellung des rechtmässigen Zustands zu befinden (§ 159 Abs. 1 BauG). Dabei sind namentlich die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Gutglaubensschutzes zu beachten (BGE 123 II 255; 111 Ib 221 ff.; AGVE 2001, S. 279 f.).

44 Rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; § 15 Abs. 1 VRPG). Nutzungsverbot (§ 159 Abs. 1 BauG).

- **Gehörsverletzung durch Vorenthaltung entscheidwesentlicher Akten und durch unzulässiges "Berichten" (Erw. 1/b).**
- **Heilung des Verfahrensmangels bejaht (Erw. 1/c).**
- **Eigenmächtigen Nutzungen oder Nutzungsänderungen ist mit Nutzungsverboten entgegenzuwirken (Bestätigung der Rechtsprechung); Schranke der behördlichen Duldung eines nicht bewilligten Nutzungsvorhabens (Erw. 2/b/bb).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 20. April 2004 in Sachen K. und Mitb. gegen Baudepartement.

Aus den Erwägungen

1. a) (...)

b) Ferner beanstanden die Beschwerdeführer, dass sich der vorinstanzliche Entscheid auf Eingaben abstütze, die ihnen vorenthalten worden seien; einerseits geht es um der Eingabe der Beschwerde-