



**Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und
Verwaltungsrecht**

vom 15. Februar 2012 (810 11 297)

Raumplanung, Bauwesen

Baubewilligung / Verbindlichkeit von Auflagen

Besetzung	Präsidentin Franziska Preiswerk-Vögtli, Kantonsrichter Niklaus Ruckstuhl, Markus Clausen, Bruno Gutzwiller, Christian Haidlauf, Gerichtsschreiber Markus Pachlatko
-----------	--

Parteien	A.____, Beschwerdeführer, vertreten durch Roman Zeller, Advokat
	gegen

Baurekurskommission des Kantons Basel-Landschaft, Rhein-
strasse 29, 4410 Liestal, Beschwerdegegnerin

Einwohnergemeinde B.____

Betreff	Baugesuch für Dachgarten auf Mehrfamilienhaus, Parz. 6543, X.____ 3, B.____ (Entscheid der Baurekurskommission Basel-Landschaft vom 03. Mai 2011)
---------	--

A. Am 2. Mai 2007 reichte C.____, das Baugesuch Nr. 1067/2007 betreffend die Parzelle Nr. 872 (mut. Nr. 6543), Grundbuch B.____ mit der Bezeichnung "MFH-Überbauung X.____" ein.

Mit Schreiben vom 29. Mai 2007 resp. 4. Juni 2007 erhob die Einwohnergemeinde B.____ (Gemeinde) gegen das Bauprojekt Einsprache. Zur Begründung führte die Gemeinde u.a. an, dass sie den Ausnahmeantrag des Gesuchstellers vom 2. Mai 2007 in Anwendung der Art. 22.4 und 5.4 des Zonenreglements Siedlung der Gemeinde B.____ (ZRS) unterstütze. Für die Sicherstellung der zulässigen Nutzung sei im Grundbuch eine Baubeschränkung zu Gunsten der Gemeinde einzutragen und die Baubewilligung nur unter der Bedingung zu erteilen, dass die Flachdächer extensiv begrünt und nicht als Dachterrasse genutzt würden. Mit Schreiben vom 17. September 2007 stellte die Gemeinde dem Bauinspektorat des Kantons Basel-Landschaft (Bauinspektorat) die am 13. September 2007 erstellte Zusammenfassung ihrer Bedingungen für die Erteilung der Baubewilligung zu. In diese Zusammenfassung wurde u.a. auch die Bedingung aufgenommen, dass die Flachdächer extensiv zu begrünen und nicht als Dachterrasse zu benutzen seien.

Mit öffentlicher Urkunde vom 5. Dezember 2007 vereinbarten C.____ und die Gemeinde die Bestellung einer Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinde betreffend die Parzelle Nr. 6543, Grundbuch B.____ mit dem Inhalt:

"(...)

Auf Parzelle Nr. 6543:

Last: Baubeschränkung zG Einwohnergemeinde B.____, mit Sitz in B.____ BL

wörtliche Fassung:

Durch das vorliegende Bauprojekt auf der Parzelle Nr. 6543 wird die bauliche Nutzung gemäss Zonenreglement überschritten. Die Einwohnergemeinde B.____ genehmigt das Projekt im Sinne einer Nutzungsumlagerung mit der Auflage, dass auf der Parzelle Nr. 6543 folgende Baubeschränkung im Grundbuch eingetragen wird:

'Auf der Parzelle Nr. 6543 darf sowohl anlässlich des heutigen Bauprojekts wie auch zu irgend einem späteren Zeitpunkt kein Dachgeschoss erstellt werden.'

(...)"

Die Dienstbarkeit wurde am 17. Dezember 2007 in das Tagebuch der Gemeinde aufgenommen und mit Schreiben vom 8. Januar 2008 erteilte das Bauinspektorat betreffend das Baugesuch Nr. 1067/2007 C.____ die Baubewilligung. Auf Seite 3 der Baubewilligung wurde unter dem Titel "Gemeinde" festgehalten, dass die beiliegenden Bedingungen der Gemeinde Bestandteil der Baubewilligung seien. Die von der Baubewilligung erfassten Gebäude wurden in der Folge erstellt.

Per 25. Juni 2008 kaufte A.____, heute wohnhaft in B.____, X.____ 3, das Stockwerkeigentum Nr. S6641, 73/1000 Miteigentum der Parzelle Nr. 6543, Grundbuch B.____, mit Sonderrecht an der Wohnung WD04 im 1. Obergeschoss Süd, Haus D sowie am Keller KD04 im Sockelgeschoss, Haus D (X.____ 3).

Am 28. Juli 2009 teilte die Gemeinde dem Bauinspektorat mit, dass auf der Parzelle Nr. 6543, Grundbuch B.____, ohne Bewilligung eine Dachterrasse erstellt werde. Die Bauarbeiten wurden gleichentags an Ort und Stelle mündlich eingestellt. Das Bauinspektorat bestätigte mit Entscheid Nr. 087/09 vom 28. Juli 2009 bzw. Rektifikat vom 19. August 2009 die mündliche Baueinstellung schriftlich und verfügte im Wesentlichen, dass dem Bauinspektorat bis zum 30. September 2009 ein entsprechendes Baugesuch einzureichen sei. Andernfalls seien die bewilligungslos ausgeführten Bauarbeiten gemäss den bewilligten Plänen zu ändern. Falls eine nachträgliche Baubewilligung nicht erteilt werden könne, werde unter Ansetzung einer angemessenen Frist die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes angeordnet. Gegen diese Verfügung erhoben C.____ und A.____, vertreten durch Roman Zeller, Advokat, bei der Baurekurskommission des Kantons Basel-Landschaft (BRK) am 7. August 2009 Beschwerde. In ihrer Beschwerde machten sie im Wesentlichen geltend, dass zwar mit der Baubewilligung die Auflage gemacht wurde, dass das Dach nicht genutzt werden dürfe, dass A.____ aber nichts davon gewusst hätte, weil er die Baubewilligung beim Kauf nicht erhalten habe. A.____ habe für die Liegenschaft das Stockwerkeigentümerreglement, welches vom Bauinspektorat genehmigt worden sei, ausgearbeitet. Das Reglement enthalte die Berechtigung, das Dach zu nutzen. Das Gegenteil statuiere weder das ZRS, noch das Grundbuch. Die Beschwerde wurde von der BRK mit Entscheid vom 17. November 2009 abgewiesen und die Frist für die Einreichung eines entsprechenden Baugesuches neu auf den 31. Juli 2010 festgesetzt.

B. Am 5. Mai 2010 reichten C.____ als Gesuchsteller und Projektverfasser sowie A.____ als Grundeigentümer das Baugesuch Nr. 0904/2010 mit der Bezeichnung "Dachgarten auf Mehrfamilienhaus" betreffend die Parzelle Nr. 6543, X.____ 3, B.____ beim Bauinspektorat ein.

Gegen das Baugesuch erhob die Gemeinde mit Schreiben vom 4. Juni 2010 Einsprache. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen an, dass gegen die Baubewilligung vom 8. Januar 2008 im Verfahren Nr. 1067/2007, welche nur unter der Bedingung "Flachdächer sind extensiv zu begrünen und dürfen nicht als Dachterrassen genutzt werden" erteilt worden sei, keine Einsprache erhoben worden sei und die Baubewilligung deshalb samt Bedingung rechtskräftig geworden sei.

Mit Schreiben vom 20. Juli 2010 teilte Roman Zeller, Advokat, gegenüber dem Bauinspektorat mit, dass er die Interessen von A.____, dem Bauherrn und Eigentümer der das Baugesuch Nr. 0904/2010 betreffenden Anlage, vertrete. Im Weiteren machte er geltend, dass öffentlich-rechtliche Verfügungen zwar in formelle Rechtskraft erwachsen würden, nicht jedoch - anders als im Zivilrecht - in materielle Rechtskraft. Das Baugesuch sei demzufolge nach geltendem Recht zu behandeln. Zudem sei A.____ nicht Adressat der ursprünglichen Bewilligung, weshalb diese ihm gegenüber auch nicht in formelle Rechtskraft erwachsen sei.

Mit Schreiben vom 14. Oktober 2010 an das Bauinspektorat teilte die Gemeinde mit, dass aufgrund eines Gesamtüberbauungskonzepts im Jahre 1959 am 4. Dezember 1959 eine Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen worden sei, welche auf der damaligen Parzelle Nr. 874, Grundbuch B.____ ausschliesslich Flachdächer zulasse und dass dieses Gesamtüberbauungskonzept zwei Typen von zweigeschossigen Reiheneinfamilienhäusern mit nicht begehbarem Flachdächern vorgesehen habe.

Mit Entscheid Nr. 069/10 vom 6. Dezember 2010 hiess das Bauinspektorat die Einsprache der Gemeinde im Sinne der Erwägungen gut und wies das Baugesuch ab. Im Weiteren ordnete das Bauinspektorat im Sinne der Erwägungen den Rückbau der erstellten Dachöffnung von der Dachgeschosswohnung auf das Flachdach bis zum 28. Februar 2011 an, so dass keine Nutzung auf dem Flachdach stattfinden könne. Die Bodenplatten auf dem Flachdach seien innert derselben Frist zu entfernen und das Flachdach sei extensiv zu begrünen.

Gegen diesen Entscheid erhob A.____, vertreten durch Roman Zeller, Advokat, bei der BRK mit Eingabe vom 17. Dezember 2010 Beschwerde. Er beantragte, es sei, unter o/e-Kostenfolge, der Entscheid des Bauinspektorats Nr. 069/10 vom 6. Dezember 2010 aufzuheben und dem Baugesuch Nr. 0904/2010 die Baubewilligung zu erteilen. Mit Schreiben vom 15. Februar 2011 nahm die Gemeinde zur Beschwerde Stellung und beantragte deren Abweisung. Mit Eingabe vom 1. März 2011 teilten D.____ und E.____, X.____ 1, B.____, die Stockwerkeigentümer vertretend, der BRK mit, dass die Stockwerkeigentümer weder Einsprache gegen das Bauprojekt von A.____ erhoben hätten, noch am Verfahren beteiligt seien und dass A.____ als Vertreter der Stockwerkeigentümerschaft zu benennen sei. Mit Stellungnahme vom 1. April 2011 beantragte das Bauinspektorat die Abweisung der Beschwerde. Mit Entscheid Nr. 10-034 vom 3. Mai 2011 hiess die BRK die Beschwerde insofern teilweise gut, als die hinsichtlich der Dachöffnung durch das Bauinspektorat verfügte Massnahme im Sinne der Erwägungen abzuschwächen sei. Demgegenüber wies die BRK die Beschwerde hinsichtlich der Abweisung des Baugesuchs durch das Bauinspektorat ab. Der schriftlich begründete Entscheid wurde A.____ am 8. August 2011 zugestellt.

C. Mit Eingabe vom 17. August 2011 erhebt A.____ (Beschwerdeführer), vertreten durch Roman Zeller, Advokat, Beschwerde beim Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht). Gleichzeitig beantragt der Beschwerdeführer, es sei der Entscheid der BRK Nr. 10-034 vom 3. Mai 2011 aufzuheben und es sei das Baugesuch Nr. 0904/2010 für einen Dachgarten auf dem Mehrfamilienhaus, Parzelle Nr. 6543, X.____ 3, B.____, zu genehmigen. Dies unter o/e-Kostenfolge.

D. Die Gemeinde resp. das Bauinspektorat reichen mit Schreiben vom 7. Oktober 2011 resp. 12. Oktober 2011 ihre Stellungnahmen zur Beschwerde ein und beantragen deren Abweisung.

E. Anlässlich der heutigen Parteiverhandlung mit vorgängigem Augenschein halten die Parteien vollumfänglich an ihren Begehren fest. Auf die weiteren Vorbringen und Begründungen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Kantonsgericht zieht **i n E r w ä g u n g**:

1. Gemäss § 134 Abs. 5 des Raumplanungs- und Baugesetzes (RBG) vom 8. Januar 1998 in Verbindung mit § 43 Abs. 2 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 können Entscheide der Baurekurskommission durch die Betroffenen und die Gemeinden beim Kantonsgericht angefochten werden. Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Angelegenheit ist somit gegeben. Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid in schutzwürdigen Interessen betroffen und demnach zur Beschwerde legitimiert. Die weiteren formellen Voraussetzungen sind ebenfalls erfüllt, sodass auf die Beschwerde einzutreten ist.

2. Mit der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde können gemäss § 45 Abs. 1 lit. a und b VPO Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung, Unterschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden. Die Beurteilung der Angemessenheit ist dem Kantonsgericht dagegen - abgesehen von hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen - untersagt (§ 45 Abs. 1 lit. c VPO). Gemäss Art. 33 Abs. 3 lit. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG) vom 22. Juni 1979 ist in Fällen wie dem vorliegenden die volle Überprüfung einschliesslich der Kontrolle der Angemessenheit durch wenigstens eine Beschwerdebehörde verlangt. Die Beurteilung durch die Baurekurskommission genügt diesen Anforderungen.

3.1 Der Entscheid der BRK vom 3. Mai 2011 ist schwer verständlich, da aus dem Dispositiv nicht hervorgeht, was im Einzelnen als Rückbaumassnahme vorgekehrt werden muss (vgl. hierzu Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht [KGE VV] vom 11. März 2009 [810 08 207] E. 5.2). Sinngemäss ergibt sich, dass der Beschwerdeführer dazu verpflichtet wurde, die auf das Dach führende Treppe und die bisher ausgeführten Dachgartenbauten zurückzubauen sowie das Dach extensiv zu begrünen. Demgegenüber wurde die Beschwerde des Beschwerdeführers betreffend die Verpflichtung zur Schliessung des Dacheinschnittes durch die BRK gutgeheissen. Umstritten ist folglich nur noch, ob die Abweisung des Baugesuchs des Beschwerdeführers vom 5. Mai 2010 und dessen Verpflichtung zum Rückbau der auf das Dach führenden Treppe und der bisher ausgeführten Dachgartenbauten sowie zur extensiven Begrünung des Daches durch das Bauinspektorat zu Recht erfolgte.

3.2 Der Beschwerdeführer rügt im Wesentlichen, die Verpflichtung zum Rückbau der auf das Dach führenden Treppe und der bisher ausgeführten Dachgartenbauten sowie zur extensiven Begrünung des Daches verletze die Eigentumsgarantie, die Rechtsweggarantie, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie den Grundsatz von Treu und Glauben. Er macht hierzu insbesondere geltend, die Baubewilligung vom 8. Januar 2008 und deren Bedingungen seien für ihn nicht verbindlich und er somit an diese nicht gebunden. Vorliegend gehe es folglich

nicht um die Baubewilligung vom 8. Januar 2008 und deren Bedingungen bzw. Auflagen, sondern allein um das Baugesuch vom 5. Mai 2010 und dieses sei anhand der geltenden Gesetze und Vorschriften auch neu zu entscheiden. Dabei sei zu beachten, dass es keine Vorschrift gebe, weder im kantonalen noch im kommunalen Recht, welche die Erstellung eines Dachgartens auf einem Flachdach verbieten würde.

4. Zunächst ist festzuhalten, dass die Baubewilligung als sachbezogene Bewilligung nicht an eine bestimmte Person gebunden ist, sondern dem Grundstück anhaftet und mit diesem übertragbar ist. Sie gilt mit ihren Bedingungen und Auflagen für den jeweiligen Eigentümer des Baugrundstücks, also auch für die Rechtsnachfolger des ursprünglichen Bewilligungsadressaten. Eine Baubewilligung gilt für den jeweiligen Grundstückseigentümer mit ihren Bedingungen und Auflagen auch ohne Anmerkung im Grundbuch und unbeachtlich dessen, was im Stockwerkeigentümerreglement statuiert ist. Dass sich der Beschwerdeführer beim Kauf der fraglichen Räumlichkeiten nicht bei den zuständigen Behörden über die massgebende Baubewilligung erkundigte, hat er selbst zu vertreten (zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts [BGE] vom 18. November 2008 [1C_337/2008] E. 3.3 m.w.H.; vgl. auch ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2010, 6. Auflage, Rz. 2533). Die rechtskräftige Baubewilligung vom 8. Januar 2008 und deren Bedingungen sowie Auflagen sind für den Beschwerdeführer damit verbindlich. Dagegen spricht auch nicht, dass das Bauinspektorat das Stockwerkeigentümerreglement, in welchem zwischen den Stockwerkeigentümern das ausschliessliche Recht des Beschwerdeführers vereinbart wurde, das Dach als Dachgarten zu benutzen, im Rahmen der Stockwerkeigentumsbegründung gemäss § 20 Abs. 2 lit. i Ziffer 1 der Dienstordnung der Bau- und Umweltschutzdirektion geprüft hat. Denn Gegenstand dieser Fachprüfung ist nicht die Frage, ob die Reglemente in umfassender Weise mit den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen der Baugesetzgebung und insbesondere mit einer bereits bestehenden Baubewilligung übereinstimmen. Vielmehr hat das Bauinspektorat bei den Stockwerkeigentumsbegründungen lediglich eine Überprüfung der Aufteilungspläne vorzunehmen (vgl. Entscheid Nr. 2390 des Regierungsrats des Kantons Basel-Landschaft vom 8. November 1983 E. A). Die vom Beschwerdeführer gerügte Verletzung der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29 f. der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 aufgrund des Umstands, dass er sich die Baubewilligung vom 8. Januar 2008 und insbesondere die darin enthaltenen Bedingungen sowie Auflagen entgegenhalten lassen muss, fällt folglich ausser Betracht. Auch kommt ihm hinsichtlich der Frage, ob die Nutzung des Daches als Dachgarten mit der Baubewilligung im Einklang stehe, kein Gutglaubensschutz zu.

5.1 Mit der Baubewilligung vom 8. Januar 2008 wurde als Auflage verfügt, dass die Flachdächer extensiv zu begrünen seien und nicht als Dachterrasse genutzt werden dürften. Der Beschwerdeführer ist, indem er das Dach nicht extensiv begrünt und auf dem Dach einen Dachgarten zu bauen begonnen hat, von der Baubewilligung abgewichen.

5.2 Gemäss § 122 Abs. 1 RBG darf von den genehmigten Plänen nur mit Zustimmung der Baubewilligungsbehörde und nach Anhörung der Gemeinde und der betroffenen Nachbarschaft abgewichen werden. Bei erheblichen Abweichungen ist eine neue Baubewilligung erforderlich (§ 122 Abs. 2 RBG). Werden Bauten nicht den genehmigten Plänen entsprechend gebaut, so

verfügt die Baubewilligungsbehörde die Baueinstellung oder nötigenfalls ein Benutzungsverbot unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Schweizerischem Strafgesetzbuch (§ 137 Abs. 1 RBG). Falls eine nachträgliche Baubewilligung nicht erteilt werden kann, wird unter Ansetzung einer angemessenen Frist die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes angeordnet (§ 137 Abs. 3 RBG). Eine Baute, die ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung erstellt wurde, ist somit im Grundsatz zu beseitigen (vgl. PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, Bern 2008, S. 343). Der Abbruch von Bauten trotz fehlender Baubewilligung hat jedoch zu unterbleiben, wenn die Baute materiell nicht baurechtswidrig ist und nachträglich bewilligt werden kann (vgl. BGE 123 II 252 E. 3a/bb und 102 Ib 69 E. 4). Es stellt sich die Frage, ob die Baute im Sinne des Baugesuchs vom 5. Mai 2010 nachträglich bewilligt werden kann.

5.3 Der fraglichen Auflage liegt der Umstand zu Grunde, dass mit der Baubewilligung vom 8. Januar 2008 eine Ausnahmegewilligung erteilt wurde, nämlich eine Nutzungsumlagerung und eine damit verbundene Überschreitung der Bebauungsziffer (vgl. die Bebauungsberechnungen des Projektverfassers vom 2. Mai 2007, wonach die Bebauungsfläche aller vier Häuser total 1'473 m², die gemäss Zonenvorschrift zulässige Bebauungsfläche 1'213.24 m² und die Überschreitung der zulässigen Bebauungsfläche rund 260 m² bzw. 21% beträgt). Da das ZRS die Möglichkeit der Gewährung einer Ausnahmegewilligung für Nutzungsumlagerungen vorsieht (vgl. Ziffer 5.4 ZRS i.V.m. Ziffer 22.4 ZRS), konnte die Gemeinde mit Schreiben vom 4. Juli 2007 auf Antrag des Beschwerdeführers hin beim Bauinspektorat eine entsprechende Nutzungsüberschreitung beantragen. Diesen Antrag hat die Gemeinde allerdings u.a. mit der Bedingung verbunden, dass die Baubewilligung nur mit der Auflage, wonach die Flachdächer extensiv zu begrünen seien und nicht als Dachterrassen genutzt werden dürften, erteilt werde. Dementsprechend erteilte das Bauinspektorat mit Baubewilligung vom 8. Januar 2008 die entsprechende Ausnahmegewilligung mit der genannten Auflage.

5.4.1 Strittig ist, ob die Erteilung der Baubewilligung mit dieser Auflage zulässig war. Der Beschwerdeführer macht geltend, für die Anordnung der Auflage bestehe kein öffentliches Interesse, auch sei die Auflage unverhältnismässig. Ausserdem sei die Auflage nichtig, da sie keine gesetzliche Grundlage aufweise. Zu beachten ist vorab, dass die Baubewilligung vom 8. Januar 2008 samt der angeführten Auflage unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist. Insbesondere die Überprüfung der Verhältnismässigkeit der verfügten Auflage und der Frage, ob für die Auflage ein öffentliches Interesse besteht, kommt vorliegend deshalb nicht in Betracht. Zu prüfen ist hingegen, ob die Auflage nichtig ist.

5.4.2 Ob Nichtigkeit vorliegt bestimmt sich im Einzelfall nach der Evidenztheorie, wonach der Mangel besonders schwer wiegen und zudem offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar sein muss. Sodann darf die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet werden (BGE 132 II 27 E. 3.1). Als besonders schwere Mängel werden in der Lehre und Rechtsprechung namentlich die sachliche Unzuständigkeit sowie schwere Verfahrens- oder Eröffnungsfehler anerkannt. Inhaltliche Mängel haben in der Regel nur die Anfechtbarkeit der Verfügung zur Folge (BGE 104 Ia 176 f. E. 2c). Nur in Ausnahmefällen führt ein ausserordentlich schwer wiegender, inhaltlicher Mangel zur Nichtigkeit (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI

/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009, § 31 Rz. 15 f., m.w.H.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O, Rz. 981, m.w.H.). Die Nichtigkeit einer inhaltlich mangelhaften Verfügung wird etwa bei einem offensichtlichen Verstoss gegen Grundrechte, so zum Beispiel bei einer Anordnung einer Körperstrafe, angenommen (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 31 Rz. 16; weitere Beispiele in HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O, Rz. 982 ff.). Zu Recht macht der Beschwerdeführer betreffend die Verfügung der fraglichen Auflage weder die sachliche Unzuständigkeit noch schwere Verfahrens- oder Eröffnungsfehler geltend. Fraglich ist, ob der Auflage deshalb ein ausserordentlich schwer wiegender und zumindest leicht erkennbarer, inhaltlicher Mangel anhaftet, weil sie keine gesetzliche Grundlage aufweist.

5.4.3 Hierzu ist zu beachten, dass allein der Umstand, dass eine Auflage ohne gesetzliche Grundlage verfügt wurde, nicht in jedem Fall zu einer Mangelhaftigkeit der Verfügung führt. Wird etwa eine Ausnahmegewilligung erteilt, so kann die Bewilligungsbehörde diese unter Auflagen erteilen, selbst wenn - entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers - der Gegenstand der Auflage im Gesetz nicht vorgesehen ist. Vorausgesetzt wird, neben der Verhältnismässigkeit der Auflage, dass ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen Auflage und Bewilligung besteht. Entsprechende Auflagen bilden unter diesen Voraussetzungen die mildere Alternative zur gänzlichen Abweisung des Gesuchs (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 28 Rz. 96). Betreffend die vorliegend fragliche Auflage ist festzuhalten, dass ein enger sachlicher Sachzusammenhang zwischen Auflage und Bewilligung vorliegend gegeben ist, denn durch die Ausnahmegewilligung durfte die gemäss ZRS zulässige Bebauungsziffer überschritten werden, was eine Verkleinerung der Grünfläche um die erstellten Bauten herum bewirkte. Dieser Umstand soll mit extensiv begrünten Flachdächern kompensiert werden. Die Nutzung als Dachgarten widerspricht aber der extensiven Begrünung, weshalb diese Nutzung untersagt wurde. Mit anderen Worten steht die Auflage, das Dach zu begrünen und nicht als Dachgarten zu nutzen, in unmittelbarem Zusammenhang mit der Ausnahmegewilligung. Die Verknüpfung der Ausnahmegewilligung mit der Auflage erscheint damit als sachlich begründet. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Verfügung der genannten Auflage im Rahmen der Baubewilligung vom 8. Januar 2008 zumindest nicht an einem leicht erkennbaren Mangel leidet, was der Annahme der Nichtigkeit bereits entgegen steht.

5.4.4 Doch selbst wenn von einem leicht erkennbaren Mangel auszugehen wäre, handelte es sich - in Berücksichtigung des oben angeführten Massstabes - nicht um einen derart schweren Mangel, welcher die Nichtigkeit der Auflage zur Folge hätte. Der Ansicht des Beschwerdeführers, die mit der Baubewilligung verfügte Auflage sei aufgrund fehlender gesetzlicher Grundlage nichtig, kann damit nicht gefolgt werden.

5.5 Zwar schafft die Erteilung einer Baubewilligung mit einer Auflage, weil sie nur für den konkreten Einzelfall gilt, selber kein materielles Baurecht. Hält sich also ein Bauherr nicht an die in der Bewilligung enthaltene Auflage, so bedeutet dies grundsätzlich auch nicht, dass der Bau in der Art und Weise, wie er ausgeführt wurde, überhaupt nicht hätte bewilligt werden dürfen (vgl. BGE vom 11. Mai 1977 in: ZBI 79/1978, S. 62). Vorliegend ist aber zu berücksichtigen, dass die Gemeinde ihre Einsprache 29. Mai 2007 resp. 4. Juni 2007 nicht zurückgezogen hätte und dass es somit zu keiner Ausnahmegewilligung gekommen wäre, hätte der ursprüngliche

Bewilligungsadressat die Auflage nicht akzeptiert. Ohne Ausnahmegewilligung hätte das Bauprojekt jedoch nicht bewilligt werden können und die Baute hätte, wäre sie trotz fehlender Ausnahmegewilligung erstellt worden, gegen materielles Baurecht verstossen. Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer in der Zwischenzeit von der Ausnahmegewilligung bereits Gebrauch gemacht hat. Unter diesen Umständen würde ein nachträgliches Absehen von dieser Auflage gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen (vgl. BGE vom 22. Februar 2001 [1P.672/2000] E. 3a f.). Eine nachträgliche Bewilligung des in Abweichung von den Plänen erstellten bzw. geplanten Dachgartens würde bei dieser Sachlage dementsprechend voraussetzen, dass die Gemeinde dem Beschwerdeführer die Ausnahmegewilligung auch für ein Projekt mit dieser Änderung einräumen würde. Dass dies der Fall ist, behauptet der Beschwerdeführer nicht. Aus den Akten ergibt sich vielmehr, dass die Gemeinde an der Auflage festhält. Unter diesen Umständen kann die Frage, ob die Erstellung eines Dachgartens mit dem materiellen Baurecht vereinbar wäre, offen bleiben. Die Abweisung des Baugesuchs vom 5. Mai 2010 durch die Vorinstanzen erfolgte damit zu Recht, mithin verstösst die Verweigerung der nachträglichen Bewilligung des Dachgartens - entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers - weder gegen die Eigentumsgarantie noch gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

6.1 Auch wenn die bisher ausgeführten Dachgartenbauten ohne rechtsgültige Bewilligung erfolgten und wie unter Erwägung 5.5 dargelegt auch nicht nachträglich bewilligt werden können, hat dies nicht ohne Weiteres zur Folge, dass diese Bauten rückzubauen sind und der rechtmässige Zustand wiederhergestellt werden muss (vgl. BGE 123 II 255 E. 4b). Vielmehr sind bei der Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands die in diesem Zusammenhang massgebenden allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Prinzipien zu berücksichtigen. Zu ihnen gehören namentlich die in Art. 5 Abs. 2 BV festgehaltenen Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Schutzes des guten Glaubens. So kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unterbleiben, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt, ebenso, wenn der Bauherr in gutem Glauben angenommen hat, die von ihm ausgeübte Nutzung stehe mit der Baubewilligung im Einklang, und ihre Fortsetzung nicht schwerwiegenden öffentlichen Interessen widerspricht (BGE 132 II 35 E. 6 und 111 Ib 221 E. 6, m.w.H.).

6.2 Der rechtmässige Zustand ist dann wiederhergestellt, wenn das Dach der fraglichen Baute nicht als Dachgarten genutzt wird und das Dach extensiv begrünt ist. Die Dachgartenarbeiten, welche vom Beschwerdeführer bis zur Baueinstellungsverfügung vorgenommen wurden, jedoch nicht von der rechtskräftigen Baubewilligung vom 8. Januar 2008 erfasst sind, bestehen im Wesentlichen in der Verlegung von Gartenplatten sowie einer provisorischen Treppe, welche vom Balkon durch den Dacheinschnitt auf das Dach führt. Hierzu ist zu beachten, dass die Treppe auf das Flachdach grundsätzlich nicht baurechtswidrig ist. Baurechtswidrig ist erst die Nutzung des Flachdaches als Dachgarten. Allerdings hat die Treppe keinen anderen Zweck als die Erreichbarkeit des Daches zum Zweck der rechtswidrigen Nutzung als Dachgarten. So macht der Beschwerdeführer nicht geltend, die Treppe diene dem Unterhalt des Daches oder ähnlichen Zwecken. Da die Treppe somit nur einer rechtswidrigen Nutzung des Daches dient und diese Nutzung zu unterbinden ist, kann der rechtmässige Zustand nur dadurch wiederher-

gestellt werden, indem neben den Dachgartenarbeiten auf dem Dach auch die auf das Dach führende Treppe rückgebaut wird.

6.3 Es ist davon auszugehen, dass es sich bei den bisher vorgenommenen Dachgartenarbeiten und der angebrachten provisorischen Treppe um eine bedeutende Abweichung vom Erlaubten handelt. Denn zum einen hat diese zur Folge, dass der Beschwerdeführer eine zusätzliche, grosse Fläche wohnlich nutzen kann, zum anderen verhindert sie gleichzeitig die Kompensation der Verkleinerung der Grünfläche um die erstellten Bauten in gleicher Flächengrösse. Demgegenüber verursacht der Rückbau der auf das Dach führenden provisorischen Treppe und der bisher ausgeführten Dachgartenbauten nur marginale Kosten. Den damit als nicht schwer zu qualifizierenden finanziellen Interessen des Beschwerdeführers steht das gewichtige öffentliche Interesse an der rechtmässigen Nutzung der Liegenschaft gegenüber. Zu beachten ist hierzu die bundesgerichtliche Praxis, wonach ein Eigentümer, dem kein Gutgläubensschutz zukommt, in Kauf nehmen muss, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Grundstückseigentümer erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen (BGE 132 II 39 E. 6.4, 123 II 255 E. 4a und 111 Ib 224 E. 6b). Wie bereits in Erwägung 4 angeführt, kommt dem Beschwerdeführer hinsichtlich der Frage, ob die Nutzung des Daches als Dachgarten mit der Baubewilligung im Einklang stehe, kein Gutgläubensschutz zu. Das im Vergleich zu den privaten Interessen des Beschwerdeführers ohnehin gewichtige öffentliche Interesse an der rechtmässigen Nutzung des Daches erhält folglich umso mehr an Gewicht und vermag durch die privaten Interessen des Beschwerdeführers nicht aufgewogen werden. Die Anordnung des Rückbaus im Sinne von Erwägung 6.2 erweist sich daher als verhältnismässig. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen und der Beschwerdeführer erhält Frist bis zum 30. Juni 2012 für den Rückbau der auf das Dach führenden Treppe, der bisher ausgeführten Dachgartenbauten und zur extensiven Begrünung des Daches.

7.1 Es bleibt über die Verteilung der Kosten zu entscheiden. Dem Verfahrensausgang entsprechend werden die Verfahrenskosten gemäss § 20 Abs. 1 VPO in Verbindung mit § 20 Abs. 3 VPO der unterliegenden Partei auferlegt. Für die heutige Parteiverhandlung ist eine Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 2'200.-- zu entrichten. Diese sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'200.-- zu verrechnen.

7.2 Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei kann gemäss § 21 Abs. 1 VPO für den Beizug eines Anwalts bzw. einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zu Lasten der Gegenpartei zugesprochen werden. Gemäss § 21 Abs. 2 VPO wird dem Kanton keine Parteientschädigung zugesprochen, während die Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben Anspruch auf eine Parteientschädigung haben, sofern der Beizug eines Anwalts bzw. einer Anwältin gerechtfertigt war. Die Gemeinde hat keinen Anwalt bzw. keine Anwältin beigezogen. Die Parteikosten werden dementsprechend wettgeschlagen.

Demgemäss wird **e r k a n n t**:

- ://:
1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
 2. Der Beschwerdeführer erhält Frist bis **30. Juni 2012** für den Rückbau der auf das Dach führenden Treppe, der bisher ausgeführten Dachgartenbauten und zur extensiven Begrünung des Daches.
 3. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'200.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'200.-- verrechnet.
 4. Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

Präsidentin

Gerichtsschreiber

Gegen diesen Entscheid hat der Beschwerdeführer am 22. Mai 2012 beim Bundesgericht Beschwerde erhoben (Verfahrensnummer: 1C_277/2012).