



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Augustinergasse 3, Postfach 1654, 1701 Freiburg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

602 2019 30

Urteil vom 3. Juni 2019

II. Verwaltungsgerichtshof

Besetzung	Präsident:	Christian Pfammatter
	Richter:	Johannes Frölicher Dominique Gross
	Gerichtsschreiberin-Praktikantin:	Emilie Dafflon
Parteien	A._____ und B._____, Beschwerdeführer, gegen OBERAMT DES SEEBEZIRKS, Vorinstanz, C._____ und D._____, Beschwerdegegner	
Gegenstand	Raumplanung und Bauwesen Verzicht auf Anordnung einer Änderung oder des Abbruchs einer Einfriedung Beschwerde vom 8. März 2019 gegen den Entscheid vom 25. Februar 2019	

in Anbetracht dessen,

dass C._____ und D._____ (Beschwerdegegner) Eigentümer des Grundstücks Art. eee des Grundbuchs der Gemeinde F._____ sind, auf dem ein Einfamilienhaus steht (G._____);

dass A._____ und B._____ (Beschwerdeführer) ihrerseits Eigentümer des Grundstücks Art. hhh des Grundbuchs der Gemeinde F._____ mit einem Einfamilienhaus sind (I._____);

dass diese Liegenschaften unmittelbar aneinander angrenzen und, wie nachfolgend dargestellt wird, durch drei Zäune getrennt sind;

dass sich nämlich auf dem Grundstück der Beschwerdeführer entlang der gemeinsamen Grundstücksgrenze eine Steinkorbmauer befindet und dahinter (d.h. weiter von der Grenze zurückversetzt) eine höhere Drahtgitter-Einfriedung. Die Gemeinde F._____ hatte diese Einfriedung am 21. Juli 2008 bewilligt, indes erfolgten während der Ausführung Änderungen, so dass das Oberamt des Seebezirks anordnete, dass ein neues Baubewilligungsgesuch einzureichen sei. Am 29. Dezember 2008 hat die Gemeinde die Änderung der Einzäunung bewilligt;

dass die Beschwerdegegner ihrerseits gestützt auf die Baubewilligung des Oberamtes vom 9. April 2014 (unter anderem) eine Drahtgitter-Einfriedung entlang der gemeinsamen Grundstücksgrenze erstellten (Doppelstabmattenzaun). In den bewilligten Plänen wurde ein Grenzabstand von 20 cm und eine Höhe von 120 cm ausgewiesen;

dass die Beschwerdeführer am 9. Dezember 2017 die Gemeinde informierten, dass die Einzäunung der Beschwerdegegner widerrechtlich sei und die maximale zulässige Höhe bzw. der erforderliche Grenzabstand nicht eingehalten werden;

dass die Gemeinde am 13. Juni 2017 eine Massaufnahme der beschwerdegegnerischen Einfriedung vorgenommen hat. Anlässlich dieser Messung wurde ein Grenzabstand von rund 8 cm festgestellt. Die Höhe der Zaunpfosten wurde bis 143 cm gemessen, wobei in diesem Ergebnis bereits berücksichtigt ist, dass die Terrainhöhe auf der Grundstücksgrenze rund 3 cm höher ist als bei den Zaunpfosten. Die Bauverwaltung ging davon aus, dass das heute bestehende Terrain auf der Grundstücksgrenze dem ursprünglich gewachsenen Terrain entspricht. Dieser Erkenntnis ergab sich insbesondere aus der Messung der Steinkorb-Einfriedung der Beschwerdeführer, welche als Referenz diente;

dass die Gemeinde mit Schreiben vom 13. Juli 2017 die Beschwerdegegner aufforderte, entweder den Zaun an die bewilligten Pläne anzupassen, d.h. einen Grenzabstand von 20 cm und die maximale Zaunhöhe von 120 cm einzuhalten, oder den Grenzabstand zu belassen, aber die maximale Zaunhöhe zu reduzieren und diese Einfriedung im vereinfachten Baubewilligungsverfahren bewilligen zu lassen, oder aber mit den Beschwerdeführern ein Näherbaurecht für die bestehende Einfriedung zu vereinbaren;

dass die Beschwerdeführer am 3. Januar 2018 dem Oberamt anzeigten, dass die Beschwerdegegner den Zaun nicht angepasst hätten;

dass das Oberamt die Beschwerdeführer und die Beschwerdegegner am 5. März 2018 aufforderte, sich einvernehmlich über die Einfriedungen zu einigen, da beide Zäune nicht den bewilligten Plänen entsprechen. Die Parteien konnten jedoch keine Einigung finden;

dass das Oberamt mit Entscheid vom 25. Februar 2019 gestützt auf die Messung der Gemeinde im Wesentlichen feststellte, dass sowohl der Zaun der Beschwerdegegner als auch die Steinkorbmauer der Beschwerdeführer bezüglich Grenzabstand und Höhe geringfügig von den jeweils bewilligten Plänen abweiche. Zwar weise der Zaun insgesamt höhere Abweichungen auf als die Steinkorbmauer, die Abweichungen seien indes in beiden Fällen im tiefen Zentimeterbereich und mithin insgesamt vernachlässigbar. Überdies springe der beschwerdegegnerische Zaun aufgrund der leichteren Bauweise und der geländeangepassten Farbe optisch weniger störend ins Auge als die massive Steinkorbmauer. Das Oberamt verzichtete daher mit seinem Entscheid auf die Anordnung einer bewilligungskonformen Änderung bzw. eines Abbruchs des Einfriedungszaunes der Beschwerdegegner sowie der Steinkorbmauer der Beschwerdeführer;

dass die Beschwerdeführer hiergegen am 8. März 2019 Beschwerde an das Kantonsgesicht erhoben und folgendes beantragten:

"die Feststellung des korrekten Sachverhaltes hinsichtlich der im Betreff zitierten beiden Einfriedungen, das heisst

- *die amtliche Nachmessung und Feststellung der genauen Höhe und Lage des Grenzzaunes [der Beschwerdegegner] durch einen unabhängigen, amtlich anerkannten Geometer und*
- *die amtliche Nachmessung und Feststellung der genauen Höhe und Lage [der] Steinkorbmauer [der Beschwerdeführer] durch einen unabhängigen, amtlich anerkannten Geometer.*

[...]

- *die Anordnung der vorschriftskonformen und rechtskonformen Gestaltung des Einfriedungszaunes [der Beschwerdegegner] mit angemessener Fristvorgabe [...].*

Eventualiter: Ausstellung einer entsprechenden Busse wegen Nichteinhaltung der [gesetzlichen Grenzvorschriften].

- *die Berichtigung von derartigen Behauptungen oder sogar Anschuldigungen des Oberamtmannes, dass [die] Steinkorbmauer vorschriftswidrig und sogar bewilligungswidrig erstellt worden sei und damit*
- *die [Aufhebung] der Verfügung des Oberamtmannes vom 25. Februar 2019 [...]*

Eventualiter: Zurückweisung an die Vorinstanz [...] zur erneuten Beurteilung auf der Grundlage der richtigen Vermessungsdaten und der Erkenntnis, dass der Zaun zu hoch und die Steinkorbmauer rechtskonform ist";

dass das Oberamt, die Beschwerdegegner und die Gemeinde mit Stellungnahmen vom 8., 29. bzw. 30. April 2019 sinngemäss die Abweisung der Beschwerde beantragten;

dass sich die Beschwerdeführer am 13. Mai 2019 nochmals unaufgefordert vernehmen liessen und an ihren Anträgen festhielten;

erwägend,

dass das Kantonsgesicht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist (Art. 141 Abs. 1 des kantonalen Raumplanungs- und Baugesetzes vom 2. Dezember 2008 [RPBG; SGF 710.1] in Verbindung mit Art. 114 Abs. 1 lit. c des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege [VRG; SGF 150.1]);

dass die Beschwerdefrist eingehalten (Art. 79 Abs. 1 VRG) und der Kostenvorschuss rechtzeitig bezahlt wurde (Art. 128 VRG);

dass nach Art. 76 Abs. 1 VRG für die Beschwerdebefugnis erforderlich ist, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat;

dass vorliegend fraglich ist, ob die Beschwerdeführer überhaupt beschwerdelegitimiert sind. Zwar grenzt ihr Grundstück an jenes der Beschwerdegegner; aufgrund der Steinkorbmauer und der dahinter befindlichen (zurückgesetzten) erheblich höheren Drahtgitter-Einfriedung der Beschwerdeführer ist indes unklar, ob sie den streitigen Zaun der Beschwerdegegner überhaupt sehen können bzw. ob sie dadurch anderweitig einen Nachteil erleiden. Dabei ist der Behauptung der Beschwerdeführer, wonach durch den Zaun die Pflege ihrer Steinkorbmauer erschwert werde, insbesondere entgegenzuhalten, dass diese kaum einfacher wäre, wenn der streitige Zaun die maximale Höhe von 120 cm einhalten würde und unmittelbar auf der Grenze stünde;

dass ferner festzuhalten ist, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Rechtsmissbrauch vorliegt und auf ein Rechtsinstitut nicht einzutreten ist, wenn dieses zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die nicht in dessen Schutzbereich liegen. Ebenfalls missbräuchlich sind Verfahrensschritte, die einzig dazu dienen, die Gegenpartei zu schikanieren oder ohne Verfolgung sonstiger Interessen eine Verzögerung des Verfahrens zu erreichen. Als missbräuchlich gilt namentlich, wenn mit der Prozessführung andere Zwecke als der Rechtsschutz verfolgt werden, etwa die Schädigung der Gegenpartei oder die Verzögerung eines Bauvorhabens. Rechtsmissbräuchlich handelt sodann, wer andere als bau- oder nachbarrechtliche Anliegen verfolgt, insbesondere entsprechende Verfahrensschritte nur deshalb unternimmt, weil er dafür entschädigt wird bzw. sich dadurch Vorteile zu verschaffen versucht, auf die kein Anspruch besteht. In jedem Fall muss der Rechtsmissbrauch aber offensichtlich und entsprechend nachgewiesen sein (siehe Urteil BGer 1C_16/2017 vom 20. April 2018 E. 4.1);

dass aufgrund der Akten fraglich ist, ob die Beschwerde nicht einzig erhoben wurde, um die Beschwerdegegner zu schikanieren bzw. um sie zu einem Entgegenkommen hinsichtlich eines von den Beschwerdeführern geplanten Carports zu bewegen;

dass indes offen gelassen werden kann, ob auf die Beschwerde überhaupt einzutreten ist, da sie ohnehin in der Sache abzuweisen ist;

dass vorliegend die Beschwerdeführer sinngemäss insbesondere beantragen, dass der angefochtene Entscheid aufzuheben sei; es sei anzuordnen, dass die Einfriedung der Beschwerdegegner geändert wird, nämlich dass der gesetzliche minimale Grenzabstand bzw. die maximale gesetzliche Höhe eingehalten werden;

dass Art. 167 RPBG vorsieht, dass die Oberamtsperson im Fall, dass die Eigentümerschaft Arbeiten ohne Bewilligung oder in Verletzung der Pläne, der Bewilligungsbedingungen oder einer Schutzmassnahme ausführt, von Amtes wegen oder auf Gesuch hin deren vollständige oder teilweise Einstellung anordnet (Abs. 1). Bei den Fällen nach Abs. 1 oder wenn widerrechtliche Bauten oder Anlagen bereits erstellt worden sind und eine nachträgliche Bewilligung nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint, gewährt die Oberamtsperson der Eigentümerschaft eine angemessene Frist, damit diese ein Baubewilligungsgesuch einreicht, um die ausgeführten Arbeiten der Rechtmässigkeit zuzuführen (Abs. 2). Befolgt die Eigentümerschaft die Anordnung nicht oder können die Arbeiten nicht bewilligt werden, so kann die Oberamtsperson nach Anhören der betroffenen Personen und Organe verfügen, dass Änderungen und Anpassungen vorgenommen werden, die Bau-

werke ganz oder teilweise abgebrochen und das Gelände wiederhergestellt wird. Wenn die Umstände es erfordern, kann die Oberamtsperson ein Bezugs- oder Nutzungsverbot aussprechen. Die Strafmassnahmen bleiben vorbehalten (Abs. 3);

dass jedoch die Anordnung einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Eigentumsbeschränkung bedeutet und folglich nur zulässig ist, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (Art. 36 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV; SR 101]);

dass vorliegend mit dem erwähnten Art. 167 RPBG eine gesetzliche Grundlage gegeben ist. Zudem fällt insbesondere das öffentliche Interesse an einem ordentlichen Vollzug des Bau- und Planungsrechts ins Gewicht;

dass das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist (BGE 140 I 2 E. 9.2.2 mit Hinweisen). Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann unverhältnismässig sein, 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 21 E. 6 mit Hinweis). Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch ein Bauherr berufen, der nicht gutgläubig gehandelt hat. Er muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen (BGE 132 II 21 E. 6.4 mit Hinweis; zum Ganzen auch Urteil BGer 1C_171/2017 vom 3. Oktober 2017 E. 5.1);

dass nach Art. 59 des kantonalen Einführungsgesetzes vom 10. Februar 2012 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EGZGB; SGF 210.1) Einfriedungen auf der Grenzlinie erstellt werden dürfen, sofern sie nicht höher als 120 cm sind. Eine höhere Einfriedung ist zulässig, wenn sie um so viel, wie sie die gesetzliche Höhe (120 cm) übersteigt, von der Grenze zurückgesetzt wird. Ebenso sieht auch Art. 60 Abs. 1 des kantonalen Ausführungsreglements vom 1. Dezember 2009 zum RPBG (RPBR; SGF 710.11) vor, dass Einfriedungs- oder Stützmauern auf der Grenzlinie nicht höher als 120 cm sein dürfen. Übersteigt eine Mauer diese Höhe, so muss sie um ebenso viel zurückgesetzt werden. Die Höhe der Mauer wird ab gewachsenem Boden bei der Grundstücksgrenze gemessen;

dass in casu die Gemeinde am 13. Juni 2018 die streitige Einfriedung der Beschwerdegegner gemessen hat. Diese Messung ergab, dass der Zaun anstelle des bewilligten Grenzabstandes von 20 cm an sämtlichen vermessenen Stellen (10 Zaunpfosten) lediglich mit einem Abstand von 8 cm zur Grundstücksgrenze erstellt worden war und zudem die gesetzlich zulässige Höhe ab gewachsenem Terrain an insgesamt sechs Stellen (Zaunpfosten Nr. 3 bis 8) um 2 bis maximal 15 cm überschreitet (Zaunpfosten Nr. 3: 4 cm; Zaunpfosten Nr. 4: 2 cm; Zaunpfosten Nr. 5: 7 cm; Zaunpfosten Nr. 6: 5 cm; Zaunpfosten Nr. 7: 15 cm; Zaunpfosten Nr. 8: 6 cm);

dass die Beschwerdeführer insbesondere rügen, dass die Mitarbeiter der Gemeinde anlässlich ihrer Messung keine Grenzschnur verwendet hätten, sondern einfach annahmen, dass der Zaun an allen Stellen 8 cm von der Grenze entfernt sei und die Geländehöhe an der Grenze um 3 cm höher sei als beim Zaun. Die Messergebnisse der Gemeinde seien daher fehlerhaft. Ihre eigene

Nachmessung habe ergeben, dass der Grenzabstand des Zauns je nach Pfosten 3 bis 6 cm und die Höhendifferenz des Geländes je nach Pfostenschnitt zwischen 0 und 4 cm betrage. Damit werde die maximale gesetzliche Höhe um bis zu 20 cm überschritten;

dass indes vorliegend kein Grund besteht, anstatt auf die Messung der Gemeinde auf jene der Beschwerdeführer abzustellen oder – entsprechend dem Antrag der Beschwerdeführer – die Einfriedung der Beschwerdegegner durch einen anerkannten Geometer nachzumessen. Die Gemeinde hat namentlich in ihrer Stellungnahme vom 30. April 2019 schlüssig dargelegt, dass die Messungen ab den sichtbaren Grenzzeichen der gemeinsamen Grenzlinie der streitigen Parzellen vorgenommen wurden, welche optisch als korrekt beurteilt wurden. Die Messung erfolgte nach der anerkannten Methode "Einfluchten in Linie mit Senkblei". Das anlässlich der Messung sichtbare Terrain entlang der Grenzlinie wurde als das ursprüngliche Terrain (massgebendes Terrain) angenommen, ab welchem die Höhe der Einfriedung festgestellt wurde. Um die Plausibilität dieser Annahme zu prüfen, wurde auch die Steinkorbmauer der Beschwerdeführer an einigen Stellen gemessen. Da den Mitarbeitern der Bauverwaltung bekannt war, dass diese Steinkorbmauer vor mehreren Jahren durch das Vorgängerpersonal der Bauverwaltung abgenommen und hinsichtlich der zulässigen Höhen und Abstände als korrekt beurteilt wurde, konnten sie damit den Rückschluss zur Annahme ziehen, dass das Terrain entlang der Grenzlinie dem ursprünglich massgebenden Terrain entspricht. Die von der Gemeinde angegebene Messgenauigkeit von ca. 3 cm ebenso wie die angewandte Methode sind namentlich mit Blick auf das zu beurteilende Objekt als genügend zu erachten. Die Gemeinde ist nach Art. 165 f. RPBG für die Kontrolle der Bauarbeiten zuständig und es obliegt ihr daher grundsätzlich, die Einfriedung zu messen und es besteht vorliegend kein Grund, nicht auf die entsprechenden Messergebnisse abzustellen. Insbesondere ist festzustellen, dass die Überschreitung der maximalen Höhe im geringen Zentimeterbereich liegt und höchstens (an einer Stelle, nämlich beim Zaunpfosten Nr. 7) 15 cm beträgt. Die Abweichung vom Erlaubten ist unbedeutend und könnte bei der hier zu beurteilenden Sachlage selbst dann noch als unbedeutend erachtet werden, wenn auf die Messungen der Beschwerdeführer abgestellt würde. Auch ist das öffentliche Interesse an einer Wiederherstellung nicht von grosser Bedeutung und die Fortsetzung des rechtswidrigen Zustands widerspricht keinen schwerwiegenden öffentlichen Interessen. So ist daran zu erinnern, dass es in casu um einen Doppelstabmattenzaun geht, welcher unmittelbar an eine massive Steinkorbmauer mit ähnlichen Höhenmassen angrenzt, hinter der sich zudem eine (zurückversetzte) Drahtgitter-Einfriedung befindet, welche ihrerseits deutlich höher als die streitige Einfriedung der Beschwerdegegner ist; überdies kann die streitige Einfriedung vom Grundstück der Beschwerdeführer aus gar nicht oder höchstens teilweise wahrgenommen werden. Schliesslich kann auch nicht erstellt werden, dass die Beschwerdegegner bei der Erstellung der Einfriedung bösgläubig von den bewilligten Plänen abgewichen wären. So legten sie in ihrer Stellungnahme vom 29. April 2019 namentlich dar, dass die Einfriedung durch ein professionelles Unternehmen erstellt und dieses angewiesen wurde, den Zaun gemäss den geltenden Vorschriften zu erstellen;

dass zudem der Doppelstabmattenzaun der Beschwerdegegner aufgrund der leichten Bauweise und der geländeangepassten Farbe optisch weit weniger ins Auge springt als die massive Steinkorbmauer und die zurückversetzte deutlich höhere Metalleinfriedung der Beschwerdeführer, wie dies überdies auch im angefochtenen Entscheid festgestellt wurde. Dabei ist es vorliegend nicht entscheidrelevant, ob die Einfriedung der Beschwerdeführer ihrerseits rechtskonform ist oder nicht;

dass damit das Oberamt mit dem angefochtenen Entscheid die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands hinsichtlich der Einfriedung der Beschwerdegegner im Ergebnis zu Recht als unverhältnismässig erachtete und daher auf entsprechende Anordnungen verzichtete. Die Ausführun-

gen der Beschwerdeführer in ihren Eingaben sind in keiner Weise geeignet, ein anderes Ergebnis zu indizieren, zumal sie sich hauptsächlich auf die Rechtmässigkeit ihrer Steinkorbmauer beziehen;

dass ferner diverse Anträge der Beschwerdeführer (allein) die Steinkorbmauer zum Gegenstand haben. So beantragen sie insbesondere sinngemäss, es sei festzustellen, dass ihre Steinkorbmauer vorschriftsgemäss erstellt worden sei. Da das Oberamt diesbezüglich (ebenfalls) auf Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verzichtete, ist indes kein aktuelles und praktisches Interesse für die Behandlung dieser Rügen ersichtlich. Damit ist auf die weitschweifigen Ausführungen der Beschwerdeführer betreffend die Rechtmässigkeit ihrer Steinkorbmauer nicht einzugehen. Ferner geht der Antrag, dass den Beschwerdegegnern eine Busse aufzuerlegen sei, über den Streitgegenstand hinaus, so dass auf die Beschwerde (auch) insoweit nicht eingetreten werden kann;

dass damit die Beschwerde abzuweisen ist, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann;

dass die Gerichtskosten, die auf CHF 2'500.- festgelegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet werden, dem Verfahrensausgang entsprechend den Beschwerdeführern aufzuerlegen sind (Art. 131 VRG; Art. 1 und 2 des kantonalen Tarifs vom 17. Dezember 1991 der Verfahrenskosten und Entschädigungen in der Verwaltungsjustiz [TarifVJ; SGF 150.12]). Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet;

erkennt der Hof:

- I. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.
- II. Die Gerichtskosten von CHF 2'500.- werden den Beschwerdeführern solidarisch auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
- III. Zustellung.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen ab Zustellung Beschwerde beim Bundesgericht eingereicht werden. Gegen die Festsetzung der Höhe der Verfahrenskosten ist innert 30 Tagen die Einsprache an die Behörde, die entschieden hat, zulässig, sofern nur dieser Teil des Entscheides angefochten wird (Art. 148 VRG).

Freiburg, 3. Juni 2019/dgr

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin-Praktikantin: