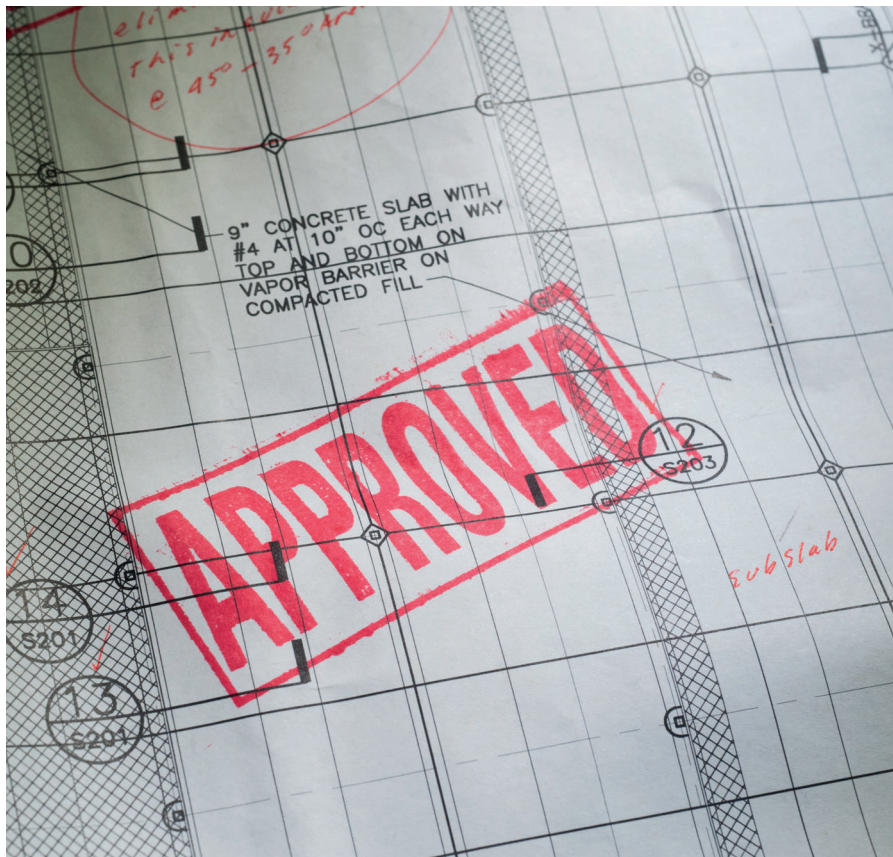




Pflicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands von baurechtswidrigen Bauten

Im vorliegenden Beitrag geht es um die Frage, ob und in welchen Fällen die Baubehörden die Beseitigung eines baurechtlich illegalen Zustands verlangen können und aus welchen Gründen eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verhindert werden kann, insbesondere wenn der illegale Zustand schon seit Jahrzehnten besteht.

■ Von RA lic. iur. Luca Meier



Baubewilligungspflicht

Gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG (Raumplanungsgesetz) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Bauten und Anlagen sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen.

Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist dabei die Frage, ob mit der Realisierung der Baute oder Anlage im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Dies kann auch für blossen Nutzungsänderungen ohne bauliche Vorkehren oder für Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden, zutreffen. Die Baubewilli-

gungspflicht soll es der Behörde ermöglichen, das Bauprojekt in Bezug auf seine räumlichen Folgen vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen.

Baurechtswidrige Bauten

Verstossen Bauten und Anlagen gegen Baunormen oder andere öffentlich-rechtliche Normen, welche mit baulichen Massnahmen im Zusammenhang stehen, so sind sie materiell (bau-)rechtswidrig. Konsequenterweise wird für entsprechend geplante Bauprojekte auch keine Baubewilligung erteilt, d.h., es darf nicht gebaut werden.

Nachträglich materiell rechtswidrig gewordene Bauten

Ursprünglich nach den geltenden Baunormen rechtmässig bewilligte und erstellte Bauten können nachträglich aufgrund von späteren Rechtsänderungen teilweise oder ganz rechtswidrig werden. Sie geniessen jedoch für die gesamte Dauer ihres Bestehens grundsätzlich weiterhin Bestandesschutz, was sich aus verschiedenen verfassungsmässigen wie auch kantonalen und kommunalen Gesetzen und Grundsätzen ergibt. Bauliche Anpassungen an neue Normen können nur ausnahmsweise verlangt werden, worauf jedoch nicht näher eingegangen wird.

Formell rechtmässige, jedoch materiell rechtswidrige Bauten

Auch Bauten, welche aufgrund einer erteilten Baubewilligung erstellt werden (d.h. ein entsprechendes Baubewilligungsverfahren durchlaufen sind), können materiell rechtswidrig sein, weil die kontrollierende Baubehörde bei der Prüfung des Baugesuchs anwendbare Normen übersehen oder falsch angewandt hat und von einem Nachbarn in Bezug auf den baurechtlichen Entscheid innert der Rechtsmittelfrist kein Anfechtungsverfahren eingeleitet wurde. Bei Baubewilligungen wird die Rechtssicherheit und der Vertrauensschutz grossgeschrieben. So können formell rechtmässige, jedoch materiell rechtswidrige Bauten grundsätzlich (es gibt Ausnahmen, auf welche vorliegend nicht näher eingegangen wird) dennoch erstellt werden, da der Bauherr in seinem Vertrauen in die erteilte Bewilligung geschützt wird.



Mehr als nur eine Immobiliensoftware ●

Abalmmo – die Software für die Immobilienbewirtschaftung



Ihr Nutzen mit Abalmmo

Die Software Abalmmo ist eine Gesamtlösung für die Liegenschaftsbewirtschaftung. Dank moderner Software-Technologie können Sie jederzeit auf die Daten zugreifen und diese nutzen.

Abalmmo ist auf die Bedürfnisse von Liegenschaftsbewirtschaftenden der Schweiz ausgerichtet und deckt alle gesetzlichen Anforderungen des Mietrechts sowie auch der MWST ab.



Weitere Informationen finden Sie unter:
abacus.ch/abalmmo



Formell rechtswidrige Bauten (Bauen ohne Baubewilligung) – nachträgliche Baubewilligung

Wird für die Erstellung einer baubewilligungspflichtigen Baute oder Anlage vorab keine Baubewilligung eingeholt (und dies nachträglich von der Baubehörde bemerkt, z.B. weil eine Anzeige von einem Nachbarn erfolgt), so ist ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen, in welchem das bereits ausgeführte Bauprojekt im Nachhinein auf die Einhaltung der geltenden Baunormen geprüft wird. Ist das Gesetz eingehalten, so wird eine nachträgliche Baubewilligung erteilt und das Projekt damit formell legalisiert.

Formell und materiell rechtswidrige Bauten (Pflicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands)

Wurden baubewilligungspflichtige Bauten und Massnahmen ohne Bewilligung ausgeführt, und verletzen diese zudem die geltenden Baunormen (weshalb keine nachträgliche Baubewilligung erlassen werden kann), dann ist der Bau sowohl formell als auch materiell rechtswidrig und daher grundsätzlich der rechtmässige Zustand wiederherzustellen, d.h. Abbruch oder Abänderung bereits erstellter Bauten und Anlagen oder einzelner Teile davon. Die zuständige Baubehörde verfügt über kein Ermessen, ob sie handeln soll oder nicht. Dennoch gibt es Ausnahmetatbestände, welche im Rahmen einer Einzelfallprüfung eine Wiederherstellung verhindern können (siehe nachfolgend).

Verhältnismässigkeit

Der bundesverfassungsmässige Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebietet es, beim Entscheid über die Anordnung der Wiederherstellung auch zu prüfen, ob dieser Eingriff in die Rechtsstellung des Grundeigentümers in einem vernünftigen Verhältnis zum öffentlichen Interesse an der Einhaltung des Rechts (Legalitätsprinzip) steht. Es hat eine Interessenabwägung zu erfolgen. Der Abbruch der Baute oder Anlage muss geeignet und erforderlich sein, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Die öffentlichen Interessen müssen die privaten Interessen des Bauherrn zudem überwiegen (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne). Bei nur leichten Abweichungen vom Gesetz, welche dem Bauherrn keinen oder nur einen geringen Nutzen bringen, und bei nur

geringfügigen entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen ist in aller Regel eine Wiederherstellungspflicht unverhältnismässig, wenn dem baurechtswidrig bauenden Eigentümer demgegenüber durch den Abbruch ein erheblicher Schaden erwächst.

Vertrauensprinzip

Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann gegebenenfalls auch unter Berufung auf den verfassungsmässigen Vertrauensgrundsatz verhindert werden, was voraussetzt, dass der Bauherr gestützt auf ein Verhalten der Behörden, welches geeignet war, ein besonderes Vertrauen zu begründen, berechtigt annehmen durfte, dass der Bau ausgeführt werden darf. Dem Vertrauensschutz dürfen jedoch keine überwiegenden öffentlichen Interessen gegenüberstehen. Es muss somit jeweils eine Einzelfallprüfung vorgenommen werden. Infrage kommen beispielsweise eine bereits erteilte Baubewilligung, eine Zusicherung oder falsche Auskunft einer Behörde. Hier müssen jedoch weitere Voraussetzungen erfüllt sein, auf welche nicht im Einzelnen eingegangen werden kann.

Rechtsgleichheit

Der Verfassungsgrundsatz der Rechtsgleichheit gewährt keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, es sei denn, die Baubehörde hätte eine eigentliche Praxis entwickelt und lässt erkennen, dass sie diese auch in Zukunft nicht aufgeben wird. Diesfalls kann für vergleichbare Fälle geprüft werden, ob ausnahmsweise eine Gleichbehandlung im Unrecht beansprucht werden kann.

Die Verwirkung der Wiederherstellungspflicht

Eine gesetzliche Regelung, dass die Wiederherstellungspflicht durch Zeitablauf verjährt oder verwirkt, könnte grundsätzlich im kantonalen Recht geregelt werden. Mit einigen Ausnahmen ist dies jedoch zumeist nicht der Fall. Für diesen Fall muss die Befristung zur Anordnung des Abbruchs von Gebäuden oder Gebäudeteilen in freier Rechtsfindung festgelegt werden.

► Bauzone Praxisbeispiel

In Zürich wurde im Jahr 1976/77 einer Bauherrschaft die Bewilligung für verschiedene



Umbauten an einer Liegenschaft erteilt. Bei der Bauabnahme stellte die Baupolizei im Jahr 1978 fest, dass im 5. OG in einer Dreizimmerwohnung eine in den 1920er-Jahren errichtete Galerie in einem Wohnzimmer entlang von drei Wänden besteht, welche vom Bauamt nie bewilligt wurde (BGE 107 Ia 121).

Für Bauzonen entwickelte das Bundesgericht seine Rechtsprechung in BGE 107 Ia 121 dahin gehend, dass der Anspruch einer Behörde auf Beseitigung des baugesetzwidrigen Zustands auf 30 Jahre befristet sei. Nach Ablauf der Befristung habe der Grundeigentümer den rechtswidrigen Zustand des Gebäudes oder Gebäudeteils «ersessen», womit die Wiederherstellungspflicht verwerke. Das Bundesgericht wendet hier die zivilrechtlichen Bestimmungen in Bezug auf die ausserordentliche Ersitzung von Grundeigentum analog an. Die Verwirkung der Rückbaupflicht ist aus Gründen der Rechtssicherheit geboten, da es stossend wäre, einen Grundeigentümer nach Ablauf einer derart langen Zeitdauer noch zur Beseitigung eines baurechtswidrigen Zustands zu verpflichten. Die Beschränkung auf 30 Jahre drängt sich auch aus praktischen Gründen auf, da das kommunale und kantonale Baurecht bzw. insbesondere die diesbe-

zügliche Praxis in diesem Zeitraum noch einigermassen sicher festgestellt werden kann. Eine noch weiter zurückliegende Abklärung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse und Behördenpraxis ist demgegenüber äusserst schwierig, weshalb die Anordnung eines Abbruchs befristet sein muss. Die Frist beginnt mit der Fertigstellung des baurechtswidrigen Gebäudes bzw. Gebäudeteils. Auch in Bezug auf diese Praxis gibt es jedoch wiederum Ausnahmen.

In Fällen, in denen die Baubehörden zwar vor Abschluss der 30-jährigen Frist einschreiten, die rechtswidrigen Gebäude oder Gebäudeteile jedoch zuvor über Jahre hinaus duldeten, obwohl ihnen die Rechtswidrigkeit bekannt war oder bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte bekannt sein müssen, kann der Schutz nach dem Grundsatz von Treu und Glauben greifen, was wiederum dazu führen kann, dass die Verwirkung bereits früher eintritt und eine Rückbaupflicht entfällt.

Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann demgegenüber immer (unabhängig vom Zeitablauf) angeordnet werden, wenn diese aus baupolizeilichen Gründen im engeren Sinn geboten ist, d.h. falls der Fort-

bestand eines baugesetzwidrigen Gebäudes oder Gebäudeteils eine ernsthafte und unmittelbare Gefahr für Leib und Leben von Bewohnern oder Passanten schafft. Der Verstoß von gesundheitspolizeilich und wohnhygienisch motivierten Normen genügt als solches für sich allein allerdings nicht. Zum Beispiel bei feuerpolizeilich gerechtfertigten Bedenken genügen entsprechende Auflagen in einer nachträglich zu erteilenden Baubewilligung.

► Landwirtschaftszone

Das Bundesgericht liess lange offen, ob die für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands entwickelte 30-jährige Verwirkungsfrist auch bei illegalen Bauten ausserhalb der Bauzonen anwendbar ist. Eine gesetzliche Regel besteht hier ebenfalls nicht. Das Bundesgericht hatte in seinem Urteil vom 28. April 2021 die erneute Gelegenheit, die Frage zu klären (BGE 147 II 309), und tat dies auch.

Praxisbeispiel

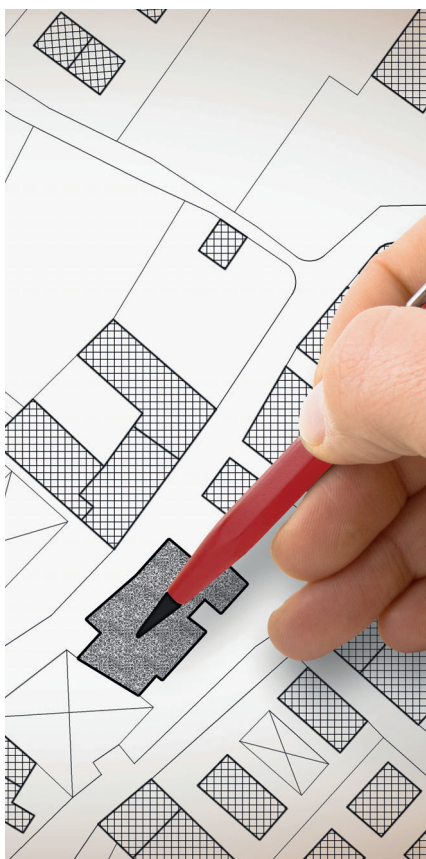
Im BGE 147 II 309 ging es um einen Werkhof, welcher vor mehr als 30 Jahren auf einem Grundstück in der Landwirtschaftszone unzulässig eingerichtet wurde, und zwar formell und materiell rechtswidrig (siehe dazu die Erläuterungen oben). Es stellten sich die Fragen



der nachträglichen Erteilung einer Baubewilligung, was jedoch aufgrund der materiellen Rechtswidrigkeit nicht zulässig war, und des Zeitablaufs, mit welchem der angeordnete Abbruch der Bauten verhindert werden sollte.

Das Bundesgericht nahm Bezug auf den oben genannten BGE 107 Ia 121 (betreffend Bauzone) und die darin erwähnten Gründe der Rechtssicherheit und praktischen Schwierigkeiten der Feststellung der kantonalen und kommunalen Rechtslage vor mehr als 30 Jahren. Es stellte dabei klar, dass die Bewilligungsfähigkeit von Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzone sich nach kantonalem und kommunalem Recht bestimme, ausserhalb der Bauzone jedoch seit dem 1. Juli 1972 Bundesrecht anwendbar sei, welches leicht ermittelt werden könne und bei dessen Anwendung auch kein kantonaler oder kommunaler Beurteilungsspielraum bestehe. Damit sei es auch nicht nötig, die Behördenpraxis im Erstellungszeitpunkt zu ermitteln. Es genüge in der Regel bereits ein Blick in den Zonenplan und die Feststellung, dass eine Baute oder Anlage weder der Landwirtschaft dient noch standortgebunden ist, um deren Illegalität festzustellen.

Die Verwirkung bedeute für die Baubehörde zudem keine Erleichterung, sondern führe zu einem Zusatzaufwand und erheblichen Beweisproblemen, wenn die zuständige Behörde zusätzlich den baulichen Zustand und die Nutzung 30 Jahre vor dem Einschreiten abklären müsste, worüber in aller Regel keine Dokumentation vorhanden ist oder was nur mit grossem Aufwand rekonstruierbar wäre. Ebenfalls müssten wesentliche Änderungen der Bausubstanz oder Nutzung geprüft werden. Die Verwirkung stehe auch unter dem Vorbehalt wichtiger öffentlicher Interessen, z.B. neben dem Schutz von Polizeigütern (Sicherheit und Gesundheit von Personen) auch den zwingenden öffentlichen Interessen des Umwelt-, Gewässer-, Ortsbild- und Landschaftsschutzes.



Die zivilrechtliche Ersitzung habe Konsolidierungsfunktion und behebe somit nach Ablauf von 30 Jahren die Diskrepanz zwischen vermeintlicher und materieller Rechtslage. Die Verwirkung des Wiederherstellungsanspruchs führe jedoch nicht zur Rechtmässigkeit der Baute oder Anlage, sondern lediglich zu ihrer Duldung: Rechtswidrige Bauten, die nicht nachträglich bewilligt werden können, dürfen nicht erneuert, erweitert oder wiederaufgebaut, sondern lediglich mit nicht baubewilligungspflichtigen Massnahmen unterhalten werden. Der Widerspruch zwischen Planung und Wirklichkeit werde somit nicht behoben, sondern fortgesetzt. Der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit sei daher ausserhalb der Bauzone am besten gedient, wenn klar ist, dass eine rechtswidrige Nutzung nicht geduldet wird, auch wenn sie über lange Zeit nicht entdeckt bzw. beanstandet wurde.

Die Beseitigung rechtswidriger Bauten ausserhalb der Bauzone diene der Durchsetzung des für die Raumplanung fundamentalen Prinzips der Trennung des Baugebiets vom Nichtbaugebiet, welches aus den verfassungsmässigen Zielen der zweckmässigen und haushälterischen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes abgeleitet werde (vgl. auch Art. 1 Abs. 1 RPG). Daraus folge ein Bauverbot ausserhalb der Bauzone: Diese soll von allen nicht landwirtschaftlichen und nicht standortgebundenen Bauten frei gehalten werden. Dieses Ziel werde vereitelt, wenn illegale Bauten ausserhalb der Bauzonen nicht beseitigt, sondern auf unbestimmte Zeit geduldet würden. Dadurch unterscheidet sich die Interessenlage wesentlich von derjenigen in der Bauzone, wo das Bauen grundsätzlich zulässig sei und es nur um die Einhaltung der Vorgaben zu Art und Umfang der Nutzung gehe. Die 30-jährige Verwirkungsfrist ist als Abwehrgarant gegen die Pflicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands in der Landwirtschaftszone nicht anwendbar.

Fazit

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die formellen und materiellen Voraussetzungen grundsätzlich vor der Erstellung von Bauten und Anlagen konsequent eingehalten werden müssen, damit diese rechtmässig und in ihrem Bestand geschützt sind. Ist dies nicht der Fall, so gilt grundsätzlich die Pflicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, wobei jedoch wiederum zahlreiche Ausnahmetatbestände zu prüfen sind, ob diese Pflicht für den Bauherrn ausnahmsweise unzumutbar ist.



AUTOR

lic. iur. Luca Meier, Rechtsanwalt in der Kanzlei Romero & Ziegler Meier, spezialisiert auf Immobilien-, Miet- und Baurecht, Zürich.
<https://romeroziegler.ch>

Impressum

Verlag WEKA Business Media AG
Hermetschlostrasse 77
CH-8048 Zürich
www.weka.ch

Herausgeber Stephan Bernhard

Redaktion Junes Babay

Bestell-Nr. NL9125

Korrektorat/ Lektorat Margit Bachfischer M.A., Bobingen
margit.bachfischer@web.de

Publikation 10 x jährlich, Abonnement: CHF 98.– pro Jahr, Preise exkl. MWST und Versandkosten.

Als digitale Publikation erhältlich unter:
www.weka-library.ch

Bildrechte www.istockphoto.com

© WEKA Business Media AG, Zürich, 2022

Urheber- und Verlagsrechte: Alle Rechte vorbehalten, Nachdruck sowie Wiedergaben, auch auszugsweise, sind nicht gestattet. Die Definitionen, Empfehlungen und rechtlichen Informationen sind von den Autoren und vom Verlag auf ihre Korrektheit in jeder Beziehung sorgfältig recherchiert und geprüft worden. Trotz aller Sorgfalt kann eine Garantie für die Richtigkeit der Informationen nicht übernommen werden. Eine Haftung der Autoren bzw. des Verlags ist daher ausgeschlossen. Aus Platzgründen und zwecks besserer Lesbarkeit wurden meist die männlichen Formen verwendet. Die weiblichen Formen sind dabei selbstverständlich mitgemeint.