

BGE 147 II 309

Bundesgericht (BGE), 2021-04-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_147 II 309](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_147_II_309)

FR: ATF 147 II 309

IT: DTF 147 II 309

Regeste

Regeste Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bei illegalen Bauten ausserhalb der Bauzone; keine Verwirkung dieses Anspruchs bzw. dieser Pflicht nach 30 Jahren. Bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Verwirkung des Anspruchs bzw. der Pflicht der Behörden auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands innerhalb der Bauzone nach 30 Jahren (E. 4.1). Die Sach-, Rechts- und Interessenlage ausserhalb der Bauzone unterscheidet sich so stark von derjenigen innerhalb der Bauzone, dass sich eine unterschiedliche Regelung aufdrängt (E. 5.1-5.4). Eine 30-jährige Verwirkungsfrist ausserhalb der Bauzone würde insbesondere den verfassungsmässigen Trennungsgrundsatz (Art. 75 Abs. 1 BV) und die einheitliche Anwendung des Bundesrechts in Frage stellen (E. 5.5). Speziellen Situationen des Vertrauensschutzes ist im Einzelfall Rechnung zu tragen (E. 5.6).

Erwägungen

E. 4

Die Verwirkung des Wiederherstellungsanspruchs bzw. der Wiederherstellungspflicht ist gesetzlich nicht geregelt.

E. 4.1

1981 entschied das Bundesgericht in einem Fall, der eine illegale Baute innerhalb der Bauzone betraf, dass der Anspruch der Behörden auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich nach 30 Jahren verwerke. Aus Gründen des Vertrauensschutzes könnten sich kürzere Verwirkungsfristen rechtfertigen; darauf könne sich allerdings nur berufen, wer selbst in gutem Glauben gehandelt habe. Umgekehrt könne die Wiederherstellung auch noch nach mehr als 30 Jahren verlangt werden, soweit es besonders wichtige öffentliche Interessen zwingend gebieten (BGE 107 Ia 121). Damals ging es um eine Baute im Seefeldquartier in der Stadt Zürich. In den 1920er-Jahren war dort in einer Wohnung ohne Bewilligung eine 21 m² grosse Galerie über einem Wohnzimmer erstellt worden. Nachdem die Stadtzürcher Behörden im Jahr 1977 im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens Kenntnis davon erlangt hatten, verlangten sie den Abbruch der Galerie. Das Bundesgericht wandte in diesem Fall die forstrechtliche Rechtsprechung analog an, wonach die Befugnis der Behörden, nach einer widerrechtlichen Waldrodung eine Ersatz- oder Wiederaufforstung anzuordnen, auf 30 Jahre befristet sei (BGE 105 Ib 265 ff. E. 6 S. 270 ff.). Es führte aus, es wäre stossend und widersprüche in hohem Masse der Rechtssicherheit, wenn die Behörde einen Grundeigentümer beispielsweise noch nach mehr als fünfzig Jahren zur Beseitigung eines baugesetzwidrigen Zustandes verpflichten könnte. Eine solche Lösung sei BGE 147 II 309 S. 312 auch aus praktischen Gründen abzulehnen, denn eine Abklärung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, wie sie vor mehr als fünfzig Jahren bestanden habe, erscheine als äusserst

schwierig; dies gelte vor allem für die Feststellung der Praxis der kommunalen und kantonalen Baubehörden, der bei der Auslegung und Anwendung von baurechtlichen Bestimmungen grosse Bedeutung zukomme. Die Befugnis des Gemeinwesens, den Abbruch eines baugesetzwidrigen Gebäudes oder Gebäudeteiles anzuordnen, müsse daher befristet sein, sofern die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nicht aus baupolizeilichen Gründen im engeren Sinne geboten sei. Das Bundesgericht legte die Verwirkungsfrist auf 30 Jahre fest, in Anlehnung an die ausserordentliche Ersitzung von Grundeigentum nach Art. 662 ZGB. Diese Frist dränge sich zudem aus praktischen Gründen auf: Auf die Dauer von drei Jahrzehnten zurück könne das geltende kommunale und kantonale Baurecht sowie, was entscheidend sei, die Praxis hierzu, noch einigermaßen sicher festgestellt werden. Normalerweise stellten die Baupolizeibehörden bei ihrer überwachenden Tätigkeit Baugesetzwidrigkeiten rasch fest.

E. 4.2

In mehreren - zum Teil amtlich publizierten - Urteilen liess das Bundesgericht ausdrücklich offen, ob die Verwirkungsfrist auch ausserhalb der Bauzone anwendbar sei (vgl. BGE 136 II 359 E. 8.1 S. 367; BGE 132 II 21 E. 6.3 S. 39; Urteile 1C_318/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 4.3, in: SJ 2014 I S. 280; 1C_726/2013 vom 24. November 2014 E. 4). Das ARE, d.h. die für das Raumplanungsrecht zuständige Fachbehörde des Bundes, verneinte dies stets in seinen Vernehmlassungen an das Bundesgericht. Im nicht amtlich publizierten, in Dreierbesetzung ergangenen Entscheid 1C_726/2013 vom 24. November 2014 E. 4 und 5 (in: ZBl 117/2016 S. 99) bejahte das Bundesgericht erstmals ausdrücklich die Anwendbarkeit der 30-jährigen Verjährungsfrist ausserhalb der Bauzone, allerdings ohne Auseinandersetzung mit den Argumenten des ARE und der Literatur. BERNHARD WALDMANN (in: Fachhandbuch öffentliches Baurecht, Griffel/Liniger/Rausch/Thurnherr [Hrsg.], 2016, S. 596 Rz. 6.46) ging daher noch nach dieser Entscheidung (zitiert in Fn. 106) davon aus, das Bundesgericht habe sich noch nicht festgelegt. In zwei weiteren in Dreierbesetzung ergangenen und nicht publizierten Entscheiden wurde die Anwendbarkeit der 30-jährigen Verwirkungsfrist ebenfalls ohne Begründung ausdrücklich bejaht (Urteile 1C_254/2016 vom 24. August 2016 E. 7.2 und 1C_99/2019 vom BGE 147 II 309 S. 313 17. April 2020 E. 2.4) und in den übrigen Urteilen nicht thematisiert. In keinem der Fälle war die Frage indessen entscheidenderheblich: Meist war die 30-Jahresfrist noch nicht abgelaufen (vgl. Urteile 1C_50/2020 vom 8. Oktober 2020 E. 8; 1C_341/2019 vom 24. August 2020 E. 6, insb. E. 6.2; 1C_249/2017 vom 14. November 2017 E. 4; 1C_171/2017 vom 3. Oktober 2017 E. 4; 1C_276/2016 vom 2. Juni 2017 E. 3.3; 1C_302/2016 vom 18. Januar 2017 E. 5.4; 1C_254/2016 vom 24. August 2016 E. 7.2; 1C_207/2015 vom 9. September 2015 E. 6; 1C_533/2015 vom 6. Januar 2016 E. 3) bzw. es war die Anwendbarkeit kürzerer kantonaler Verjährungsfristen streitig, die ausserhalb der Bauzone ohnehin nicht zur Anwendung gelangen (Urteile 1C_99/2019 vom 17. April 2020 E. 2.4; 1C_150/2016 vom 20. September 2016 E. 10.4 und 10.5). In anderen Fällen war die Verwirkung aufgrund ständiger Veränderung des Objekts nicht eingetreten (Urteil 1C_22/2019 vom 6. April 2020 E. 15, in: URP 2020 S. 529). In weiteren Entscheiden war nicht die Wiederherstellung, sondern nur die Änderung oder Erweiterung einer rechtswidrigen Baute Streitgegenstand (vgl. Urteile 1C_558/2018 vom 9. Juli 2019 E. 4.3; 1C_486/2015 vom 24. Mai 2016 E. 2). Das Urteil 1C_286/2016 vom 13. Januar 2017, in dem eine Verwirkung bejaht wurde, betraf die Bauzone.

E. 4.3

In der Literatur finden sich nur wenige Stellungnahmen zu dieser Frage. CHRISTOPH BANDLI (Bauen ausserhalb der Bauzonen, 2. Aufl. 1951, S. 214 Rz. 267) und MAGDALENA RUOSS FIERZ (Massnahmen gegen illegales Bauen unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Diss. Zürich 1998, S. 67 f.) sowie CHRISTOPH DE QUERVAIN (Verjähren die Ansprüche auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands generell nach 30 Jahren?, Raum & Umwelt 2004 S. 51 f.) erachten es als mit dem öffentlichen Interesse an der Freihaltung des Nichtbaulands unvereinbar, wenn illegale Bauten zeitlich unbegrenzt stehen bleiben und genutzt werden dürften; die beiden ersten Autoren sprechen sich deshalb für eine Entschädigungslösung aus (mit Verweis auf BEATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983, S. 134 ff., insb. S. 140 ff.). Der bereits erwähnte Entscheid 1C_726/2013 vom 24. November 2014 wurde dagegen von ARNOLD MARTI (in: ZBI 117/2016 S. 103) und NESA ZIMMERMANN (in: RDAF 2017 I S. 390) zustimmend kommentiert: Zwar sei es bedauerlich, dass sich das Bundesgericht nicht näher mit der Gegenmeinung auseinandergesetzt habe, doch sprächen wohl triftige Gründe der Rechtssicherheit und praktische Überlegungen BGE 147 II 309 S. 314 dafür, die Wiederherstellungspflicht bei formell und materiell rechtswidrigen Baumassnahmen einheitlich auf maximal 30 Jahre zu befristen.

E. 4.4

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die in verschiedenen Urteilen offengelassene und vom ARE immer wieder aufgeworfene Grundsatzfrage, ob die für die Wiederherstellung innerhalb der Bauzone entwickelte 30-jährige Verwirkungsfrist auch ausserhalb der Bauzone anwendbar ist, vom Bundesgericht nie in grundsätzlicher Weise geprüft worden ist. Es rechtfertigt sich daher, ihr im vorliegenden Fall nachzugehen. Mangels einer gesetzlichen Regelung hat das Gericht gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB nach der Regel zu entscheiden, die es als gesetzgebende Behörde aufstellen würde. Richterliche Lückenfüllung besteht in der Bildung einer Rechtsregel in umfassender Würdigung der generell-abstrakten Interessenlage unter dem Gesichtspunkt der Realien, der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit. Dabei ist das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung zu beachten: Die richterliche Rechtsregel soll sich nach Möglichkeit in das vorgegebene System einpassen, dem Gedanken Rechnung tragend, dass gleichgelagerte Rechtsfragen ohne Not nicht unterschiedlich beantwortet werden sollten. Sind sich widerstrebende Interessen betroffen, muss - namentlich bezüglich verschiedener Verfassungsnormen mit unterschiedlicher Schutzrichtung - eine Interessenabwägung vorgenommen werden (vgl. zum Ganzen BGE 126 III 129 E. 4 mit Hinweisen und unter Berufung auf MEIER-HAYOZ, in: Berner Kommentar, 3. Aufl. 1962, N. 317 zu Art. 1 ZGB).

E. 5

Zu prüfen ist somit, ob die Gründe, die das Bundesgericht 1981 zur Festlegung einer 30-jährigen Verwirkungsfrist innerhalb der Bauzone veranlassten, auch bei illegalen Bauten ausserhalb der Bauzone zutreffen, oder ob sich die Sach-, Rechts- und Interessenlage so stark unterscheidet, dass sich eine unterschiedliche Regelung aufdrängt oder sogar verfassungsrechtlich geboten erscheint.

E. 5.1

Im Grundsatzentscheid BGE 107 Ia 121 stützte sich das Bundesgericht für die 30-jährige Verwirkungsfrist innerhalb der Bauzone auf zwei Hauptargumente: die Rechtssicherheit

und die praktischen Schwierigkeiten, nach mehr als 30 Jahren die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, namentlich die Praxis der kantonalen und kommunalen Behörden, abzuklären. Beide Probleme stellen sich jedoch nicht bzw. nicht in gleicher Weise, wenn es um zonenwidrige Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone geht: BGE 147 II 309 S. 315

E. 5.2

Die Bewilligungsfähigkeit von Bauten und Anlagen bestimmt sich innerhalb der Bauzone nach kantonalem und kommunalem Recht, ausserhalb der Bauzonen ist seit dem 1. Juli 1972 im Wesentlichen Bundesrecht anwendbar. Dieses kann leicht ermittelt werden; bei seiner Anwendung besteht auch kein kommunaler oder kantonaler Beurteilungsspielraum, weshalb es nicht nötig ist, die Behördenpraxis im Erstellungszeitpunkt zu ermitteln. In der Regel genügt schon ein Blick auf den Zonenplan und die Feststellung, dass eine Baute oder Anlage weder der Landwirtschaft dient noch standortgebunden ist, um ihre Illegalität festzustellen. Schwieriger gestaltet sich die Abklärung nur für Bauten und Anlagen, die bereits vor dem 1. Juli 1972 erstellt worden sind. Hier ist die Rechtmässigkeit der Erstellung jedoch Voraussetzung für die Inanspruchnahme der erweiterten Besitzstandsgarantie nach Art. 24c RPG (SR 700) und muss deshalb in aller Regel ohnehin abgeklärt werden. Kann der Erstellungszeitpunkt wegen des Zeitablaufs nicht mit Sicherheit bestimmt werden, können Beweiserleichterungen gewährt und insbesondere das Beweismass auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt werden.

E. 5.3

Wie das ARE darlegt, besteht ein erheblicher Druck auf das Nichtsiedlungsgebiet, vor allem aufgrund der deutlich tieferen Bodenpreise. Dieser Druck wird noch verstärkt durch die RPG-Revision vom 15. Juni 2012, welche die Ausscheidung neuer Bauzonen begrenzt. Die Zahl ohne Bewilligung erstellter Bauten dürfte gross sein und die Vollzugsprobleme sind für die - meist kommunalen - Behörden erheblich. Die Nichtbauzone umfasst laut ARE knapp 95 % der Fläche der Schweiz. Anders als innerhalb der Bauzone fehlen häufig Nachbarn, die eine illegale Bautätigkeit oder Nutzung anzeigen und auf die Wiederherstellung dringen.

E. 5.4

Die Verwirkung bedeutet zudem für die Baubewilligungsbehörden keine Erleichterung, sondern führt im Gegenteil zu zusätzlichem Aufwand und Beweisproblemen: Für die Frage, ob zonenwidrige Bauten und Anlagen Besitzstandsgarantie beanspruchen können, sind grundsätzlich die Verhältnisse am 1. Juli 1972 massgeblich (vgl. nicht publ. E. 6.2). Bei Geltung einer 30-jährigen Verwirkungsfrist muss die zuständige Behörde zusätzlich den baulichen Zustand und die Nutzung 30 Jahre vor dem ersten Einschreiten der Baubehörden (hier: am 22. Januar 1983) abklären. Dies betrifft einen Zeitpunkt, mit dessen Relevanz damals BGE 147 II 309 S. 316 niemand rechnen konnte, weshalb die Bau- und Nutzungsverhältnisse in aller Regel nicht dokumentiert sind und sich nur mit grossem Aufwand rekonstruieren lassen. Weiter muss die Baubehörde prüfen, ob seither wesentliche Änderungen der Bausubstanz oder der Nutzung vorgenommen wurden, die eine neue Verwirkungsfrist in Gang gesetzt haben könnten. Schliesslich steht die Verwirkung seit jeher unter dem Vorbehalt wichtiger öffentlicher Interessen; dazu zählen neben dem Schutz von Polizeigütern im engeren Sinne (Sicherheit und Gesundheit von Personen) auch andere zwingende öffentliche Interessen des Umwelt-, Gewässer-, Ortsbild- und Landschaftsschutzes (Urteil 1C_726/2013 vom 24. November 2014 E. 4 in fine mit

Hinweisen), die ebenfalls abgeklärt werden müssen. Dies führt, wie der vorliegende Fall zeigt, zu schwierigen Beweisfragen und langwierigen Rechtsstreitigkeiten bis vor Bundesgericht. Während die zivilrechtliche Ersitzung Konsolidierungsfunktion hat, d.h. nach Ablauf von 30 Jahren die Diskrepanz zwischen vermeintlicher und materieller Rechtslage behebt (Art. 662 ZGB ; HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl. 2007, Rz. 1586 mit Hinweisen), führt die Verwirkung des Wiederherstellungsanspruchs nicht zur Rechtmässigkeit einer Baute oder Anlage, sondern lediglich zu ihrer Duldung: Rechtswidrige Bauten, die nicht nachträglich bewilligt werden können, dürfen nicht erneuert, erweitert, geändert oder wiederaufgebaut, sondern lediglich mit nicht baubewilligungspflichtigen Massnahmen unterhalten werden (vgl. Urteil 1C_558/2018 vom 9. Juli 2019 E. 4.3 mit zahlreichen Hinweisen). Der Widerspruch zwischen Planung und Wirklichkeit wird somit nicht behoben, sondern perpetuiert. Der Rechtssicherheit und -gleichheit ist 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.

E. 5.5

Die Beseitigung rechtswidriger Bauten ausserhalb der Bauzone dient der Durchsetzung des für die Raumplanung fundamentalen Prinzips der Trennung des Baugebiets vom Nichtbaugebiet (BGE 132 II 21 E. 6.4 S. 40 mit Hinweis; BGE 111 Ib 213 E. 6b; Urteil 1A.301/2000 vom 28. Mai 2001 E. 6c, in: ZBl 103/2002 S. 364; Urteil 1C_276/2016 vom 2. Juni 2017 E. 3.3). Dieser Trennungsgrundsatz wird aus den verfassungsmässigen Zielen der zweckmässigen und haushälterischen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes abgeleitet (Art. 75 Abs. 1 BV ; vgl. ALAIN GRIFFEL, BGE 147 II 309 S. 317 in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 21 zu Art. 75 BV ; ALEXANDER RUCH, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 37 zu Art. 75 BV) und gilt als ungeschriebenes Verfassungsrecht (vgl. Botschaft vom 20. Januar 2010 zu einer Teilrevision des Raumplanungsgesetzes, BBl 2010 1064 Ziff. 2.1). Mit der RPG-Revision vom 15. Juni 2012 wurde er ausdrücklich als Ziel der Raumplanung in Art. 1 Abs. 1 RPG verankert. Daraus folgt, vereinfacht gesagt, ein Bauverbot ausserhalb der Bauzone (GRIFFEL, a.a.O): Diese soll von allen nicht landwirtschaftlichen und nicht standortgebundenen Bauten freigehalten werden. Dieses Ziel wird vereitelt, wenn illegale Bauten ausserhalb der Bauzonen nicht beseitigt, sondern auf unbestimmte Zeit geduldet werden. Dadurch unterscheidet sich die Interessenlage wesentlich von derjenigen in der Bauzone, wo das Bauen grundsätzlich zulässig ist und es nur um die Einhaltung der Vorgaben zu Art und Umfang der Nutzung geht. Die zuständigen kantonalen und kommunalen Behörden sind bundesrechtlich verpflichtet, die Beseitigung formell und materiell rechtswidriger Bauten ausserhalb der Bauzone anzuordnen. Könnten sie sich dieser Verpflichtung durch Untätigkeit entziehen, so würde damit die einheitliche Anwendung des Bundesrechts und der verfassungsmässige Trennungsgrundsatz in Frage gestellt.

E. 5.6

Dagegen wiegt das private Interesse, weiterhin von illegalen Bauten und Nutzungen ausserhalb der Bauzone profitieren zu können, nicht schwer. Das Bundesgericht hat in BGE 145 II 140 entschieden, dass Konzessionen ohne zeitliche Begrenzung verfassungswidrig sind, weil das Gemeinwesen die Möglichkeit haben müsse, sich von Zeit zu Zeit zu vergewissern, ob die Nutzung mit dem öffentlichen Interesse noch im Einklang steht,

ansonsten es sich seiner Gewässerhoheit entäussern würde. Ehehafte Wasserrechte dürfen daher nicht unbefristet, sondern nur bis zur Amortisation der getätigten Investitionen, längstens aber für 80 Jahre gelten (E. 6.4 S. 151 f.). Zwar geht es vorliegend nicht um die Nutzung von öffentlichen Gewässern, sondern um privaten Grund. Dennoch ist dem ARE zuzustimmen, dass es widersprüchlich erscheint, wenn sogar vertraglich oder vertragsähnlich begründete Konzessionen und andere "wohlerworbene" (und damit besonders geschützte) Rechte (u.U. nachträglich) BGE 147 II 309 S. 318 befristet werden müssen (so schon BGE 127 II 69 E. 5 und 6 S. 76 ff.), während illegale Anlagen und Nutzungen ausserhalb der Bauzone zeitlich unbeschränkt fortbestehen dürfen und damit der Planungshoheit des Gemeinwesens entzogen bleiben, selbst wenn die Investitionen schon längst amortisiert worden sind. Speziellen Situationen des Vertrauensschutzes kann mit massgeschneiderten Lösungen im Einzelfall Rechnung getragen werden. War die Bauherrschaft gutgläubig und hat die Baubehörde durch ihr langjähriges Nichteinschreiten (ausnahmsweise) einen Vertrauenstatbestand geschaffen, kann dem durch Ansetzung einer längeren Wiederherstellungsfrist Rechnung getragen werden, bis zur Amortisation getätigter Investitionen oder um Unternehmen Zeit zu geben, ein neues Betriebsgelände in der Gewerbezone zu finden. Unter Umständen kann auch eine Entschädigung für gutgläubig getätigte, nutzlos gewordene Investitionen zugesprochen werden. Stossende Ergebnisse können schliesslich mittels Anpassung des Zonenplans behoben werden. Dagegen ist nicht einzusehen, weshalb der blosser Zeitablauf, trotz fehlender Vertrauensgrundlage und sogar bei Bösgläubigkeit, dazu führen soll, dass eine illegale Nutzung, die dem fundamentalen raumplanungsrechtlichen Trennungsgrundsatz widerspricht, auch künftig beibehalten werden darf, und zwar auf unbestimmte Zeit. Der fortschreitende Kulturlandverbrauch und die starke Zersiedlung der Landwirtschaftszone gebieten vielmehr eine konsequente Anwendung des Trennungsgrundsatzes. Dies lässt keinen Raum für die "Ersitzung" von rechtswidrigen Nutzungen ausserhalb der Bauzone.

E. 5.7

Aus diesen Gründen verwirkt der Wiederherstellungsanspruch ausserhalb der Bauzone nicht nach 30 Jahren. Ist somit keine Verwirkung eingetreten, sind alle materiell und formell baurechtswidrigen Bauten und Anlagen auf der Parzelle abzubrechen, einschliesslich des vor 1983 erstellten Magazins und seiner beiden Anbauten.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.