

# **BGer 1C 158/2019 vom 30. März 2020**

Bundesgericht, 2020-03-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_158\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_158_2019)

FR: TF 1C 158/2019 du 30 mars 2020

IT: TF 1C 158/2019 del 30 marzo 2020

## **Regeste**

Wiederherstellungs- und Bussverfügung | Raumplanung und öffentliches Baurecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist ein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid über eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit ( Art. 82 lit. a und Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG ). Die Beschwerdeführer, die am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen haben, sind als Baugesuchstellerin und als zur Wiederherstellung des früheren Zustands Verpflichtete (Beschwerdeführerin 1) bzw. als Stockwerkeigentümerin und als zur Duldung der Wiederherstellung Verpflichtete (Beschwerdeführerin 2) sowie als zur Bezahlung einer Busse Verpflichtete (Beschwerdeführer 3 und 4) durch das angefochtene Urteil besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, weshalb sie zur Beschwerdeführung befugt sind ( Art. 89 Abs. 1 BGG ). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass, weshalb grundsätzlich auf die Beschwerde einzutreten ist.

### **E. 1.2**

Nicht einzutreten ist indessen, soweit die Beschwerdeführer eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Stockwerkeigentümergeinschaft bzw. der übrigen Stockwerkeigentümer rügen. Diese haben im Gegensatz zu den Beschwerdeführern keine kantonale Beschwerde erhoben und sich nicht am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt. Da wie nachfolgend aufzuzeigen ist (E. 2 und 3 hiernach), die Wiederherstellungsverfügung vom 17. Oktober 2017 nicht nichtig ist, ist sie ihnen gegenüber in Rechtskraft erwachsen.

### **E. 1.3**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts, von Völkerrecht und von kantonalen verfassungsmässigen Rechten sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 95 lit. a-c und Art. 97 Abs. 1 BGG ). Soweit die Vorinstanz kantonales Recht anzuwenden hatte, kann im Wesentlichen geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid verstosse gegen Bundesrecht bzw. gegen die verfassungsmässigen Rechte und Grundsätze. Das Bundesgericht prüft kantonales Recht somit nur auf Bundesrechtsverletzung, namentlich Willkür, hin. Frei prüft das Bundesgericht die Verletzung kantonaler verfassungsmässiger Rechte. Soweit es dabei allerdings um die Auslegung von kantonalem Gesetzes- und Verordnungsrecht geht, prüft dies das Bundesgericht wiederum ausschliesslich unter dem Gesichtswinkel der Willkür ( BGE 138 I 143 E. 2 S. 149 f.).

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführer sind der Auffassung, die Verfügung vom 17. Oktober 2017 verletze ihren Anspruch auf rechtliches Gehör derart schwer, dass sie nichtig sei. Zur Begründung führen sie aus, die Verfügung sei ihnen einerseits nicht eröffnet worden (vgl. hiernach E. 3) und andererseits hätten weder die Stockwerkeigentümergeinschaft noch die einzelnen Stockwerkeigentümer je die Möglichkeit gehabt, zur Frage der angeblichen materiellen Baurechtswidrigkeit des im Stockwerkeigentum stehenden Mehrfamilienhauses sowie zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands und der Anordnung einer Baubusse Stellung zu nehmen. Der Miteinbezug der die Sachherrschaft innehabenden Stockwerkeigentümer sei für eine vollstreckbare Verfügung aber zwingend, weshalb deren Nichteinbezug unhaltbar sei. Indem die Vorinstanz die Verfügung trotz dieser Mängel nicht aufgehoben oder zumindest das Verfahren sistiert habe, habe sie willkürlich gehandelt und zudem Art. 5 des Gesetzes vom 31. August 2006 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Graubünden (VRG/GR; BR 370.100) verletzt.

### **E. 2.2**

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör stellt ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, damit er im Verfahren seinen Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann ( BGE 135 II 286 E. 5.1 S. 293 mit Hinweisen; vgl. auch Art. 16 Abs. 1 VRG/GR, wonach die Behörde den von einem Entscheid Betroffenen Gelegenheit zur schriftlichen oder mündlichen Stellungnahme zu geben hat).

### **E. 2.3**

Eine allfällige Nichtigkeit infolge Gehörsverletzung kommt folglich nur in Frage, soweit die Beschwerdeführer im Verfahren der Verfügung vom 17. Oktober 2017 überhaupt über Parteistellung verfügten bzw. ihnen diese fälschlicherweise nicht eingeräumt wurde. Dies trifft vorliegend zu. Die kommunalen Behörden hätten den Beschwerdeführern, soweit dies mit Ausnahme der Beschwerdeführerin 1 nicht geschehen ist, nämlich Parteistellung zuerkennen müssen. Die Beschwerdeführer 2-4 sind von der Frage, ob ein baurechtswidriger Zustand vorliegt bzw. ob eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzuordnen und eine Baubusse auszusprechen ist, ebenfalls besonders berührt und in ihren Interessen betroffen, da die Verfügung in ihre Rechtsstellung eingreift (vgl. E. 1.1 hiervor). Sie können sich daher auf ihren Anspruch auf rechtliches Gehör berufen.

### **E. 2.4**

Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführer 3 und 4 Kenntnis vom laufenden Verfahren und von den drohenden Baubussen hatten und mehrfach die Möglichkeit gehabt hätten, sich zu den Vorwürfen der Baurechtswidrigkeit zu äussern. Demgegenüber wurden gemäss den ebenfalls unbestrittenen und für das Bundesgericht verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen ( Art. 105 BGG ) weder die Stockwerkeigentümergeinschaft noch die einzelnen Stockwerkeigentümer, darunter die Beschwerdeführerin 2, je zu einer Stellungnahme betreffend die materiell-rechtlichen baugesetzlichen Verstösse aufgefordert. Da die Beschwerdeführerin 2 als Stockwerkeigentümerin aber von der umstrittenen Wiederherstellungsverfügung in ihren Interessen berührt ist (vgl. E. 1.1 hiervor), hätte sie vor Erlass der Verfügung angehört werden müssen. Dieser Auffassung ist grundsätzlich

auch die Vorinstanz, die ausführt, sofern eine indirekte Wirkung der Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 3 der Verfügung vom 17. Oktober 2017 angenommen werde, sei die Rüge der Beschwerdeführerin 2, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden, begründet. Indessen widerspricht sich die Vorinstanz in der Folge, wenn sie festhält, die Gehörsverletzung der Beschwerdeführerin 2 führe aber vorliegend nicht zur Aufhebung der Verfügung oder von Teilen davon, weil es an einer die Beschwerdeführerin 2 betreffenden Anordnung der Duldungspflicht mangle, da die Dispositiv-Ziffer 4 der Verfügung vom 17. Oktober 2017 lediglich die Stockwerkeigentümergeinschaft betreffe. Es trifft zwar zu, dass die Duldungspflicht in der Dispositiv-Ziffer 4 einzig gegenüber der Stockwerkeigentümergeinschaft angeordnet wurde, als Stockwerkeigentümerin ist die Beschwerdeführerin 2 aber Teil der Stockwerkeigentümergeinschaft und insofern auch (mindestens indirekt) von der angeordneten Duldungspflicht betroffen. Indem die Stadt Chur ihr das vorgängige Äusserungsrecht nicht gewährte, hat sie ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Unbehelflich ist in diesem Zusammenhang der Einwand des Bausekretariats, wonach ihm gemäss Art. 94 Abs. 3 des Raumplanungsgesetzes für den Kanton Graubünden vom 6. Dezember 2004 (KRG/GR; BR 801.100) offengestanden sei, gegen wen es vorgehen wolle, weshalb keine Gehörsverletzung vorliege, wenn einzig die Beschwerdeführerin 1, als Baugesuchstellerin, ins Verfahren miteinbezogen worden sei. Der vom Bausekretariat zitierten Bestimmung kann nur entnommen werden, dass die Pflicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sowohl den Eigentümerinnen oder Eigentümern als auch Personen obliegt, die den rechtswidrigen Zustand herbeigeführt haben. Dies ändert aber nichts am Umstand, dass die Stockwerkeigentümer durch die Verfügung betroffen sind und hätten angehört werden müssen (vgl. Art. 16 VRG/GR). Insofern ist die Rüge der Gehörsverletzung begründet.

### **E. 2.5**

Eine Gehörsverweigerung führt in aller Regel aber lediglich zur Anfechtbarkeit und nicht zur Nichtigkeit eines Entscheides. Dies gilt insbesondere, wenn die betroffene Person ihre Parteirechte anderweitig geltend machen kann (vgl. Urteil 1C\_268/2018 vom 12. Juli 2019 E. 4.2 mit Hinweis). Nach der Rechtsprechung können aber besonders schwere und offensichtliche Verfahrensmängel die Nichtigkeit eines Entscheides begründen. Das gilt insbesondere bei funktioneller oder sachlicher Unzuständigkeit einer Behörde (vgl. BGE 144 IV 362 E. 1.4.3 S. 367 f. ; 137 I 273 E. 3.1 S. 275; je mit Hinweisen). Ein besonders schwerer Mangel liegt gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (sog. Evidenztheorie, vgl. BGE 145 IV 197 E. 1.3.2 S. 201 mit Hinweisen).

### **E. 2.6**

Zwar wurde die Beschwerdeführerin 2 vor Erlass der strittigen Verfügung nicht angehört. In der von ihr fristgemäss erhobenen kantonalen Beschwerde konnte sie sich aber umfassend zur Sache äussern. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann sodann, trotz der formellen Natur des rechtlichen Gehörs, eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn der Betroffene die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Heilung des Mangels auszugehen, wenn die Rückweisung der Sache an die

Vorinstanz zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht vereinbar wäre ( BGE 137 I 195 E. 2.2 und 2.3.2 S. 197 f. mit Hinweisen). Da die Kognition der Vorinstanz nicht eingeschränkt war (vgl. Art. 51 VRG/GR), treffen diese Voraussetzungen vorliegend zu. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs ist daher im vorinstanzlichen Verfahren geheilt worden. Im Übrigen wäre selbst, wenn vorliegend eine schwerwiegende Verletzung angenommen würde, diese als geheilt zu betrachten. Eine Rückweisung an die verfügende Behörde käme nämlich einem formalistischen Leerlauf gleich (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 mit Hinweisen), nachdem das Verwaltungsgericht die Verfügung des Stadtrats in Kenntnis der dagegen vorgebrachten Einwände der Beschwerdeführerin 2 bestätigt hat. Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz vorliegend Art. 5 VRG/GR verletzt haben soll. Wie erwähnt, konnten die Beschwerdeführer ihre Einwände zu den Vorwürfen des baurechtswidrigen Zustands vor der Vorinstanz vorbringen. Die von ihnen geforderte Sistierung drängte sich mithin nicht auf und die Fortführung des Verfahrens kann nicht als unhaltbar bezeichnet werden.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführer sind sodann der Auffassung, die Wiederherstellungsverfügung sei mangels rechtsgenügender Eröffnung nichtig, da sie zu Unrecht nur der Beschwerdeführerin 1 eröffnet worden sei. Die Tatsache, dass weder die Stockwerkeigentümergeinschaft noch die einzelnen Stockwerkeigentümer als Adressaten in der Verfügung aufgeführt worden seien, stelle einen besonders schweren, nicht zu heilenden Fehler dar.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hielt fest, der Entscheid könne nicht als nichtig wegen ungültiger Eröffnung bezeichnet werden. Zwar lasse sich nicht auf den ersten Blick erkennen, wer tatsächlich mit dem erlassenen Entscheid angesprochen werde, da einzig die Beschwerdeführerin 1 sowie die Beschwerdeführer 3 und 4 als deren Vertreter im Rubrum als Adressaten aufgeführt werden. Entscheidend sei aber, dass alle weiteren Betroffenen in Ziffer 8 des Dispositivs der Verfügung vom 17. Oktober 2017 unter dem Titel "Mitteilungen" aufgelistet und ihnen die Verfügung per Einschreiben zugestellt worden sei. Dass die Beschwerdeführer den Entscheid in Empfang genommen hätten, zeige sich an ihrer Beschwerdeerhebung. Damit könne nicht gesagt werden, die Verfügung vom 17. Oktober 2017 sei nicht rechtsgenügender Eröffnung worden.

### **E. 3.3**

Dieser Auffassung der Vorinstanz ist beizupflichten. Nach konstanter Rechtsprechung führt eine fehlerhafte Eröffnung im Verwaltungsverfahren nicht zur Nichtigkeit der Verfügung, sondern verlangt nur, dass der Verfügungsadressat deswegen keinen Nachteil erleiden darf (vgl. BGE 144 II 401 E. 3.1 S. 404 f. mit Hinweisen); eine Ausnahme gilt einzig für schwerwiegende Form- und Eröffnungsfehler, welche unter Umständen die Nichtigkeit nach sich ziehen können (vgl. E. 2.5 hiervor). Es ist unbestritten, dass die Verfügung vom 17. Oktober 2017 der Beschwerdeführerin 2 und den Beschwerdeführern 3 und 4 nicht persönlich eröffnet, sondern einzig per Einschreiben mitgeteilt wurde. Ihnen ist daraus aber kein Nachteil erwachsen. Sie erhielten mit der Zustellung Kenntnis vom Inhalt der Verfügung und konnten sie innert der Rechtsmittelfrist anfechten und sich zur Wehr setzen.

Damit geht der Vorwurf der Beschwerdeführer ins Leere, die Verfügung sei aufgrund eines schweren Eröffnungsfehlers nichtig.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführer bringen weiter vor, die Schlussfolgerung, aufgrund der beiden Schreiben des Bausekretariats sei das Projektänderungsgesuch vom 20. Juni 2016 erledigt, sei willkürlich. Die Vorgaben von Art. 44 Abs. 3 der Raumplanungsverordnung für den Kanton Graubünden vom 24. Mai 2005 (KRVO; BR 801.110) seien nicht eingehalten worden. Weder das Schreiben des Bausekretariats vom 25. Juli 2016 noch jenes vom 16. Dezember 2016 könne als förmliche Verfügung i.S.v. Art. 44 Abs. 3 KRVO bezeichnet werden. Da keine Frist, wie in Art. 44 Abs. 2 KRVO vorgesehen, angesetzt worden sei, könne das Gesuch auch nicht im Sinne von Art. 44 Abs. 3 KRVO als zurückgezogen gelten, weshalb es nach wie vor hängig sei. Sie hätten Anspruch darauf, dass das von ihnen formgerecht eingereichte Gesuch von der zuständigen Behörde geprüft werde.

#### **E. 4.2**

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, wurden die Beschwerdeführer 1, 3 und 4 mit dem Schreiben vom 25. Juli 2016, mit welchem mitgeteilt wurde, das Projektänderungsgesuch werde zurückgewiesen und nicht behandelt, ausdrücklich auf die Möglichkeit hingewiesen, dass sie bis zum 8. August 2016 eine anfechtbare Verfügung verlangen könnten. Sodann haben die Beschwerdeführer auch das Schreiben vom 16. Dezember 2016 mit der Feststellung, dass das Gesuch infolge unbenutzter Ablauf der Frist als i.S.v. Art. 44 Abs. 3 KRVO zurückgezogen gelte, nicht angefochten. Wenn sie nun geltend machen, das Gesuch sei nach wie vor hängig, erfolgt ihr Einwand verspätet; sie sind damit nicht zu hören.

#### **E. 5**

Vor Bundesgericht nicht (mehr) umstritten, jedenfalls nicht in rechtsgenügender Weise, ist die den baurechtswidrigen Zustand begründende fehlende Grünfläche bzw. deren Berechnung. Zwar bestreiten die Beschwerdeführer, die Auffassung der Stadt Chur und der Vorinstanz, wonach die "begrünt" Dachflächen nicht an die erforderliche Grünfläche angerechnet werden könnten. Sie legen allerdings nicht dar, inwiefern die kantonalen Normen im vorinstanzlichen Verfahren willkürlich angewandt worden seien. Insoweit genügt die Beschwerde den Begründungsanforderungen ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. E. 1.3 hiervor) nicht, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

#### **E. 6**

Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten grundsätzlich den unterliegenden Beschwerdeführern unter Solidarhaft aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG ). Indessen hat die Vorinstanz zu Unrecht eine heilbare Gehörsverletzung der Beschwerdeführerin 2 durch die Stadt Chur verneint (vgl. E. 2 hiervor) und folglich diese Verletzung bei der Auferlegung der Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt. Dazu wäre sie aber verpflichtet gewesen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss der Heilung von Verfahrensfehlern bei der Kostenregelung Rechnung getragen werden, sei es durch angemessene Reduktion der Gerichtskosten, Verzicht auf die Kostenerhebung oder indem der für die Gehörsverletzung verantwortlichen Behörde Kosten auferlegt werden (vgl. Urteil 1C\_360/2017 vom 14. März 2018 E. 12 mit Hinweis). Es rechtfertigt sich daher, der im bundesgerichtlichen Verfahren

grundsätzlich auch unterliegenden Beschwerdeführerin 2 ebenfalls Gerichtskosten aufzuerlegen, diese aber zu reduzieren. Die Stadt Chur obsiegt in ihrem amtlichen Wirkungskreis und hat daher keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

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