

# **BGer 1C\_478/2011 vom 9. Februar 2012**

Bundesgericht, 2012-02-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_478\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_478_2011)

FR: TF 1C\_478/2011 du 9 février 2012

IT: TF 1C\_478/2011 del 9 febbraio 2012

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Beim angefochtenen Urteil handelt es sich um einen kantonal letztinstanzlichen Entscheid über bau- und planungsrechtliche Wiederherstellungsmassnahmen und eine damit in Zusammenhang stehende Busse. Dieser Entscheid unterliegt der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ( Art. 82 ff. BGG ). Ausnahmegründe im Sinne von Art. 83 BGG sind nicht gegeben. Der Beschwerdeführer ist Adressat des angefochtenen Entscheids und in schutzwürdigen Interessen betroffen. Er ist somit nach Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerde legitimiert. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 1.2**

Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben auszulegen, insbesondere im Lichte der dazu gegebenen Begründung ( BGE 123 V 335 E. 1 S. 336 ff. mit Hinweisen). Aus der Beschwerdebegründung geht hervor, dass lediglich die Entfernung der Wasserleitung und die Höhe der Busse noch umstritten sind. Hinsichtlich der Wandmalereien und des Zauns führt der Beschwerdeführer aus, er verzichte auf eine Anfechtung. Weiter geht aus dem angefochtenen Entscheid hervor, dass das Verwaltungsgericht die Fragen des Rückbaus des Zufahrtswegs und der Demontage der Plexiglasscheiben als gegenstandslos geworden erachtet hat, auch wenn sich dies nicht aus dem Dispositiv des angefochtenen Entscheids ergibt.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass die Befugnis der Gemeinde, die Entfernung der Wasserleitung zu verlangen, verwirkt ist. Das Verwaltungsgericht habe zwar richtig festgestellt, dass die Leitung bereits 1977 bestanden habe. Zu Unrecht sei es aber davon ausgegangen, er könne sich wegen Bösgläubigkeit nicht auf die Verwirkung berufen.

### **E. 2.2**

Das Verwaltungsgericht führt aus, aufgrund der glaubhaften Aussagen eines Zeugen und einer Auskunftsperson sei davon auszugehen, dass die Wasserleitung schon vom Rechtsvorgänger des Beschwerdeführers im Jahre 1977 erstellt worden sei. Allerdings sei sie nie genehmigt worden. Im Jahre 1982 sei ein entsprechendes Gesuch von der Gemeinde sogar ausdrücklich abgelehnt worden. In Baugesuchen aus den Jahren 1997, 2004 und 2007, wo es um kleinere Änderungen am und um das Haus gegangen sei (Einbau von Eckfenstern, Erstellung eines Fischteichs), habe der Beschwerdeführer angegeben, das Haus verfüge nicht über einen Wasseranschluss. Es stehe damit fest, dass sowohl der Beschwerdeführer als auch sein Rechtsvorgänger spätestens seit der Bewilligungsverweigerung im Jahre 1982 wussten, dass für dieses Haus kein Wasseranschluss gestattet war. Zumindest der Beschwerdeführer habe die Tatsache des bestehenden Wasseranschlusses gegenüber den Behörden offensichtlich zu verschleiern

versucht. Er sei bösgläubig und könne sich gegen den Abbruchbefehl nicht zur Wehr setzen. Die Entfernung der Wasserleitung sei zudem verhältnismässig und notwendig, denn auch die Grundeigentümer in der benachbarten Erhaltungszone dürften kein Wasser in die Häuser einleiten.

### **E. 2.3**

Der Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kommt massgebendes Gewicht für den ordnungsgemässen Vollzug des Raumplanungs- und Baurechts zu. Die Anordnung des Abbruchs bereits erstellter Bauten kann jedoch nach den allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts (ganz oder teilweise) ausgeschlossen sein. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unverhältnismässig wäre. Überdies können Gründe des Vertrauensschutzes der Wiederherstellung entgegenstehen, oder diese kann aufgrund des Zeitablaufs verwirkt sein ( BGE 136 II 359 E. 6 S. 364 f. mit Hinweisen).

### **E. 2.4**

Der Beschwerdeführer war nach den insofern unbestrittenen Feststellungen des Verwaltungsgerichts nicht gutgläubig. Er beruft sich deshalb auch nicht auf den verfassungsmässigen Vertrauensschutz. Näher zu prüfen ist dagegen die Verwirkung. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Befugnis der Behörden, den Abbruch eines baugesetzwidrigen Gebäudes oder Gebäudeteils anzuordnen, grundsätzlich auf 30 Jahren beschränkt ( BGE 132 II 21 E. 6.3 S. 39; 107 Ia 121 E. 1a S. 123). Diese Praxis beruht auf dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit wie auch auf praktischen Überlegungen (Schwierigkeit der Abklärung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse vor über 30 Jahren). Die Frist von 30 Jahren wurde in Anlehnung an die ausserordentliche Ersitzung von Grundeigentum gemäss Art. 662 ZGB festgelegt ( BGE 136 II 359 E. 8 S. 367). In der Rechtsprechung wurde sie im Bereich des Forstrechts ( BGE 105 Ib 265 ) und auf Bauten innerhalb der Bauzone angewendet ( BGE 107 Ia 121 ); dagegen hat das Bundesgericht bisher offengelassen, ob sie auch auf Bauten ausserhalb der Bauzone übertragen werden kann ( BGE 136 II 359 E. 8.1 S. 367; 132 II 21 E. 6.3 S. 39; je mit Hinweisen). Ebenfalls offen gelassen hat das Bundesgericht die Frage, ob die 30-jährige Frist auch dann gilt, wenn die Behörden zwar keinen Abbruchbefehl erlassen oder durchgesetzt haben, aber auch nicht einfach untätig geblieben sind ( BGE 136 II 359 E. 8.2 S. 367 f.).

### **E. 2.5**

Der Beschwerdeführer hat zu Recht darauf hingewiesen, dass der gute Glaube zwar eine Voraussetzung des Vertrauensschutzes ist, aber nicht der Verwirkung. Die grundsätzlich nach 30 Jahren eintretende Verwirkung der Befugnis der Behörden, den Abbruch eines baugesetzwidrigen Gebäudes oder Gebäudeteils zu verlangen, setzt den guten Glauben des Betroffenen nicht voraus (vgl. die in E. 2.4 hiuvor erwähnten Urteile). Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer jedoch nicht bloss einen Mangel an gutem Glauben vorgeworfen, sondern ein eigentlich täuschendes Verhalten.

Auch der Private ist im Verkehr mit den Behörden an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden ( Art. 5 Abs. 3 BV ; BGE 137 V 394 E. 7.1 S. 403 mit Hinweis). Damit in Zusammenhang steht der in Art. 2 Abs. 2 ZGB verankerte, für die gesamte Rechtsordnung geltende Grundsatz, dass der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz verdient. Rechtsmissbrauch liegt unter anderem dann vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut

nicht schützen will ( BGE 131 I 166 E. 6.1 S. 177 mit Hinweisen). In Bezug auf die Einrede der Verjährung einer Forderung hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Einrede rechtsmissbräuchlich ist, wenn der Schuldner mit seinem Verhalten den Gläubiger dazu bewogen hat, während der Verjährungsfrist rechtliche Schritte zu unterlassen, und die Säumnis deshalb verständlich ist. Ein arglistiges Verhalten ist dabei nicht erforderlich ( BGE 131 III 430 E. 2 S. 237 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 137 V 394 E. 7 S. 403 ff. mit Hinweisen).

Aus den Akten und den Feststellungen des Verwaltungsgerichts ergibt sich, dass der Rechtsvorgänger des Beschwerdeführers am 21. Juni 1982 ein Gesuch gestellt hat, "die bestehende Wasserleitung, die zur Zeit oberirdisch verlegt ist, unterirdisch zu verlegen". Der Gemeindevorstand entsprach mit Verfügung vom 29. Juni 1982 dem Gesuch mit der ausdrücklichen Bedingung, dass die Wasserleitung nicht an das Haus angeschlossen werden dürfe und dass das Wasser wieder ins natürliche Bachbett zurückgeleitet werden müsse. Im Baugesuch vom 1. Februar 1997 betreffend den Einbau eines Eckfensters schrieb der Beschwerdeführer zum Titel Erschliessung: "keine Veränderung". Unter diesem Titel war ausdrücklich danach gefragt, ob ein Wasseranschluss im Objekt bestehe (Hervorhebung im Original) und ob dieser bereits vorhanden oder erst vorgesehen sei. Der Beschwerdeführer kreuzte keinen dieser Punkte an. Im Baugesuch vom 7. Juli 2004 betreffend den Einbau eines Fensters in der Südfassade schrieb er zum Titel Erschliessung erneut: "keine Veränderung". Er gab an, dass in der Umgebung ein Brunnen vorhanden sei, liess aber die Frage zum Wasser im Gebäude selbst unbeantwortet. Dasselbe tat er im Baugesuch vom 31. Mai 2007 betreffend die Erstellung eines Fischeichs.

Der Beschwerdeführer hat somit während der noch laufenden Verwirkungsfrist von 30 Jahren mehrfach mit falschen Angaben darauf hingewirkt, dass der baurechtswidrige Zustand bei den Behörden unentdeckt blieb. Es erscheint als rechtsmissbräuchlich, wenn er sich in der Folge - im Jahr 2007, also relativ kurz nach Ablauf der Frist - darauf berief, die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sei verspätet. Es ist davon auszugehen, dass die Gemeindebehörden, welche 1982 den Wasseranschluss des Hauses ausdrücklich untersagt hatten, früher eingeschritten wären, wenn der Beschwerdeführer in den drei Baugesuchen korrekte Angaben gemacht hätte. Die Vorinstanz hat deshalb kein Bundesrecht verletzt, wenn sie den Einwand des Beschwerdeführers nicht gelten liess. Dessen Rüge erweist sich somit als unbegründet.

Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob auch der Umstand, dass der Gemeindevorstand am 29. Juni 1982 ausdrücklich verfügte, dass das Haus nicht mit einem Wasseranschluss versehen werden dürfe, gegen die Verwirkung spricht (vgl. E. 2.4 a.E. hiavor).

### **E. 3**

[...]

#### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer beanstandet die Höhe der ihm auferlegten Busse. Er macht geltend, bei den Plexiglasscheiben handle es sich um eine temporäre Anlage gemäss Art. 40 Abs. 1 Ziff. 6 der Raumplanungsverordnung vom 24. Mai 2005 für den Kanton Graubünden (KRVO; BR 801.110). Dies habe auch das Verwaltungsgericht so festgestellt. Derartige Vorhaben bedürften aber keiner Baubewilligung. Wenn das Verwaltungsgericht dafür trotzdem eine Busse ausspreche, so sei dies willkürlich. Zudem habe das Verwaltungsgericht zwar festgestellt, dass alle Straftatbestände bis auf zwei (betreffend den

Zufahrtsweg und die Plexiglasplatten) verjährt seien. Die von der Gemeinde auferlegte Busse habe es aber trotzdem nicht reduziert, dies mit der Begründung, er habe bei den Baubewilligungen von 2004 und 2007 arglistig getäuscht. Diese Argumentation stehe aber in keinem sachlichen Zusammenhang mit den Unterhaltsarbeiten an der Zufahrt und mit den Plexiglasscheiben, was ebenfalls eine Verletzung des Willkürverbots bedeute. Die Baugesuche von 2004 und 2007 hätten den Einbau eines zusätzlichen Fensters und den Bau eines Biotops betroffen. Der Vorwurf der Arglist sei darüber hinaus ohnehin falsch. Insgesamt blieben einzig die unzulässigen Arbeiten an der Zufahrtsstrasse, wofür eine Busse von Fr. 3'500.-- nicht akzeptabel sei.

### **E. 3.2**

Der Gemeindevorstand stellte in der Begründung zur "Buss- und Wiederherstellungsverfügung" vom 22. Juni 2010 fest, dass folgende Bauarbeiten ohne Baubewilligung durchgeführt worden seien: die Arbeiten am Zufahrtsweg, der Zaun um das Haus, die Malereien an den Aussenwänden, der Windschutz aus Plexiglas vor dem Balkon, die Solaranlage und die Wasserleitung ins Haus. Gestützt auf Art. 95 Abs. 1 des Raumplanungsgesetzes vom 6. Dezember 2004 für den Kanton Graubünden (KRG; BR 801.100) fällte er eine Busse von Fr. 3'500.-- aus. Zur Begründung führte er aus, der Beschwerdeführer habe mehrfach und wiederholt gegen Bauvorschriften verstossen und dies nicht nur in Bezug auf formelles, sondern auch auf materielles Baurecht. Bei der Zumessung der Busse sei zudem der Lebensstandard des Beschwerdeführers zu berücksichtigen.

Das Verwaltungsgericht führt im angefochtenen Entscheid zur verhängten Busse aus, die Gemeinde habe in ihrer Vernehmlassung selbst eingestanden, dass - abgesehen von den Veränderungen am Zufahrtsweg und der Anbringung der Plexiglasscheiben - die Verjährung eingetreten sei ( Art. 95 Abs. 4 KRG ). Hinsichtlich der Einleitung von Wasser ins Haus, des Zauns, der Solaranlage und der Wandmalereien habe sie deshalb keine Busse mehr ausfällen können. Trotzdem habe sie an der Busse im Umfang von Fr. 3'500.-- festgehalten und dies damit begründet, dass der Beschwerdeführer sich seines illegalen Handelns bewusst gewesen sein müsse und dass er in guten finanziellen Verhältnissen lebe. Im Ergebnis sei die Busse nicht zu beanstanden. Von einer Reduktion könne abgesehen werden, weil der Beschwerdeführer zumindest bei den Baubewilligungen von 2004 und 2007 arglistig getäuscht habe. Die Gemeinde besitze in derartigen Fragen ein weites Ermessen. Dieses habe sie nicht überschritten.

### **E. 3.3**

Nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts liegt Willkür in der Rechtsanwendung vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht ( BGE 137 I 1 E. 2.4 S. 5 mit Hinweisen).

Art. 95 KRG hat, soweit hier von Interesse, folgenden Wortlaut:

"1 Wer dieses Gesetz oder darauf beruhende Erlasse und Verfügungen des Kantons oder der Gemeinden verletzt, wird mit Busse zwischen 200 Franken und 40 000 Franken bestraft. In

besonders schweren Fällen, insbesondere bei Gewinnsucht, ist die zuständige Behörde an dieses Höchstmass nicht gebunden. [...]

2 Strafbar ist die vorsätzliche oder fahrlässige Widerhandlung [...].

#### **E. 4**

Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist insoweit aufzuheben, als das Verwaltungsgericht die vom Gemeindevorstand verfügte Busse nicht reduzierte. Die Angelegenheit ist zum neuen Entscheid an den Gemeindevorstand zurückzuweisen, damit er eine neue Busse ausfalle.

Aufgehoben werden auch die Ziff. 2 und 3 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids, welche die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens betreffen. Das Verwaltungsgericht hat einen Sechstel der Gerichtskosten der Gemeinde Tinizong-Rona auferlegt und fünf Sechstel dem Beschwerdeführer. Es hat zudem die Gemeinde Tinizong-Rona verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 500.-- auszurichten, während es der Gemeinde selbst keine Parteientschädigung zusprach. Nach dem Gesagten hätte das Verwaltungsgericht die Beschwerde in einem weitergehenden Umfang, wenn auch nicht vollständig, gutheissen müssen. Es scheint deshalb angemessen, die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens je hälftig dem Beschwerdeführer und der Gemeinde Tinizong-Rona aufzuerlegen und die Gemeinde zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- auszurichten ( Art. 67 und 68 Abs. 5 BGG ).

Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist es gerechtfertigt, dem Beschwerdeführer die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- zur Hälfte aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die Gemeinde Tinizong-Rona hat keine Gerichtskosten zu bezahlen ( Art. 66 Abs. 4 BGG ) und hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung ( Art. 68 Abs. 3 BGG ). Sie hat dem anwaltlich vertretenen, teilweise obsiegenden Beschwerdeführer eine reduzierte Parteientschädigung auszurichten ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

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