

GR_GERICHTE R 2008 53 vom 14. Juli 2009

GR Gerichte, 2009-07-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_R_2008_53

FR: GR_GERICHTE R 2008 53 du 14 juillet 2009

IT: GR_GERICHTE R 2008 53 del 14 luglio 2009

Regeste

Wiederherstellungsverfügung | Baurecht

Erwägungen

E. 5

Die Gemeinde hielt in der Duplik unter Hinweis darauf, dass es sich um eine materielle Baurechtsverletzung handle und eine Vereinbarung mit der Beschwerdeführerin nicht abgeschlossen worden sei, an ihrem Standpunkt fest.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften sowie auf das Ergebnis der Zeugeneinvernahmen von Baumeister, Bauleiter und Baufachchef vom 5. Juni 2009 wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung:
1. Gemäss dem - nach Art. 107 Ziff.

E. 6

des neuen kantonalen Raumplanungsgesetzes (KRG) direkt anwendbaren - Art. 94 Abs. 1 KRG hat ein Bauherr einen materiell vorschriftswidrigen Zustand zu beseitigen, gleichgültig, ob er für dessen Herbeiführung bestraft worden ist oder nicht. Damit hat der Gesetzgeber die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes zum alten KRG, nach welcher bloss formelle Baurechtsverletzungen keine Wiederherstellungsverfügung rechtfertigten, nachvollzogen. Unabdingbare Voraussetzung für die Anordnung einer Wiederherstellung ist also - wie sich der zitierten Bestimmung unschwer entnehmen lässt - das Vorliegen eines materiell vorschriftswidrigen Zustandes. Wenn die materielle Vorschriftswidrigkeit einer (oder mehrerer) baulicher Massnahmen bejaht werden kann, darf die Wiederherstellung grundsätzlich angeordnet werden. Dagegen führt eine bloss formelle Baurechtswidrigkeit nicht zur Wiederherstellung (vgl. PVG 2007 Nr.30). 2. a) Auch bei Vorliegen einer materiellen Baurechtsverletzung sind die Voraussetzungen für eine Abbruchverfügung jedoch nicht vollständig erfüllt; solche Zwangsmassnahmen rechtfertigen sich vielmehr erst dann, wenn sie notwendig sind und verhältnismässig erscheinen (anstelle vieler: VGU R 99 105 E. 3b). Die Notwendigkeit eines Eingriffes ergibt sich aus dem öffentlichen Interesse an der Einhaltung der verletzten Baurechtsvorschriften. Von der Anordnung der Beseitigung derartiger Bauten kann ausnahmsweise, bei Vorliegen besonderer Umstände, abgesehen werden. So kann der Abbruch nach der bundesgerichtlichen Praxis etwa unterbleiben, wenn die formell rechtswidrige Baute nachträglich bewilligt werden kann oder wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder kein ausreichendes öffentliches Interesse für die Beseitigung besteht, ebenso wenn der Bauherr in gutem Glauben angenommen hat, er sei zur Bauausführung ermächtigt, und der Beibehaltung des ungesetzlichen Zustandes nicht schwerwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (BGE 108 Ia 217 E. 4, 104 Ib 303 E. 5b, 102 Ib 66f. E. 2a). Der Schutz des Vertrauens

rechtfertigt sich jedoch nur, wenn der Bauherr die ihm nach den Umständen zumutbare Sorgfalt und Aufmerksamkeit hat walten lassen. Wer trotz vorhandenen und sich nach objektiven Massstäben aufdrängenden Zweifeln über die Tragweite einer Baubewilligung ohne entsprechende Abklärungen bei der verfügenden Behörde Bauarbeiten vornimmt, kann sich gegenüber einem Abbruchbefehl nicht mit Erfolg auf den Schutz seines guten Glaubens berufen (BGE vom 14. Februar 1979 in ZBl 80 [1979] 312 f. E. 4b). Als Grundsatz muss in diesem Zusammenhang gelten, dass sich der Bauwillige selber um die Zulässigkeit seines Tuns zu kümmern hat (vgl. PVG 1993 Nr. 29). Die Verhältnismässigkeit im Sinne des Übermassverbotes besagt demgegenüber, dass der Eingriff nicht weiter gehen darf, als es der Zweck erheischt. Mit anderen Worten ist das mildeste Mittel zur Erreichung des gesetzmässigen Zustandes zu wählen. Dementsprechend ist auf einen umfassenden Abbruch zu verzichten, wenn der gesetzmässige Zustand durch einen Teilabbruch erreicht werden kann. Werden die Notwendigkeit und die Verhältnismässigkeit im so verstandenen Sinne bejaht, erfolgt eine Abwägung zwischen den öffentlichen Interessen an der Durchsetzung der Zwangsmassnahme und den privaten Interessen am Festhalten am gesetzwidrigen Zustand. Auf diese Interessenabwägung kann verzichtet werden, wenn der Abbruchbefehl bereits an der Notwendigkeit bzw. der Verhältnismässigkeit im oben verstandenen Sinne scheitert. Zur Rüge, dass ein Abbruchbefehl nicht notwendig oder unverhältnismässig ist, werden sowohl der Gut- als auch der Bösgläubige zugelassen. Bösem Glauben wird erst bei der Interessenabwägung Rechnung getragen (BGE 108 Ia 218 E. 4b; VGE 264/83). Dies erhellt aus dem Umstand, dass auch der Bösgläubige vor nicht notwendigen und unverhältnismässigen Verwaltungshandlungen geschützt werden soll. Folglich ist das Verhalten, das zum Abbruchbefehl geführt hat, erst bei der Interessenabwägung angemessen zu berücksichtigen. Anders zu entscheiden führte dazu, dem Abbruchbefehl

Strafcharakter zukommen zu lassen (vgl. Art. 95 KRG). Dies ist jedoch einer allfälligen Busse vorbehalten (VGU R 04 8). b) Da generell ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Ordnung besteht, sind jedoch kaum Fälle denkbar, in denen es trotz grösserer Abweichungen von den Bauvorschriften als durch ein schützenswertes Interesse abgedeckt erscheint, eine widerrechtliche Baute stehen zu lassen. Es darf deshalb bei materiell rechtswidrigen Bauten höchstens dann von einem Abbruchbefehl abgesehen werden, wenn die Abweichung sehr geringfügig ist und die berührten allgemeinen Interessen den aus dem Abbruch für den Eigentümer erwachsenden Schaden nicht zu rechtfertigen vermögen (PVG 1989 Nr. 29; BGE 111 Ib 224 E. 6b; Urs Beeler, Die widerrechtliche Baute, Diss. Zürich 1984, S. 79; Haller/ Karlen, Raumplanungs- und Baurecht, 2. Aufl., N. 924). Dem Interesse der Bauherrschaft am Schutze getätigter Investitionen ist dabei grundsätzlich nur geringes Gewicht einzuräumen (vgl. BGE 111 Ib 224 f. E. 6b: Verlust von Fr. 2 Mio., zuzüglich Abbruch und Wiederherstellungskosten, bei einer gravierenden Baurechtswidrigkeit nicht ausreichend). In der Doktrin gehen beachtliche Autoren sogar davon aus, dass rein pekuniäre Interessen in diesem Zusammenhang generell keine Berücksichtigung finden dürfen (so Beeler a.a.O., S. 78). Weiter wird zudem die Ansicht vertreten, dass es selbst bei Geringfügigkeit der Rechtsverletzung nicht angehe, die Einhaltung klarer Gesetzesbestimmungen mit Berufung auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit aufzugeben. Das Verhältnismässigkeitsprinzip dürfe nicht dazu führen, ein zweites Mal materielle Gesichtspunkte anzuwenden; es gehe nicht um Kapitulation vor faktischen Zwängen, sondern um ein in Extremfällen gebotenes Abweichen vom starren Recht (René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweiz.

Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 56 B VI d, S. 174, mit zahlreichen Hinweisen). Nach bestätigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann sich selbst ein Bauherr, der sich nicht in gutem Glauben befindet, gegenüber dem Abbruchbefehl auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit berufen. Er muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutze der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der

Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen (BGE 111 Ib 224 E. 6, 108 Ia 218 E. 4b). 3. a) Nach Art. 76 Abs. 2 KRG dürfen hinterfüllte Mauern und Böschungen an der Grenze errichtet werden, sofern sie nicht höher als 1 m sind. Wenn sie diese Höhe überschreiten, haben sie einen Grenzabstand im Ausmass der Mehrhöhe, jedoch von maximal 2.5 m einzuhalten. Diesen Vorgaben genügt die umstrittene Stützmauer, so wie sie errichtet wurde, offensichtlich nicht. Sie ist insoweit materiell baurechtswidrig. Die Beschwerdeführerin ist indessen der Ansicht, der Baufachchef der Gemeinde habe anlässlich einer Besprechung die Baubewilligung für die jetzige Mauer erteilt. Damit beruft sie sich auf den Vertrauensschutz. Das in Art. 9 BV enthaltene Gebot von Treu und Glauben gilt auch im Verwaltungsrecht und gibt dem Bürger einen Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens, das er in behördliche Zusicherungen und sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden setzt. Es müssen indessen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein, damit sich der Private mit Erfolg auf Treu und Glauben berufen kann (Arthur Häfliger, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, S. 221; Rohner, St. Galler Kommentar, N. 52 zu Art. 9 BV). So ist eine unrichtige Auskunft einer Verwaltungsbehörde nur bindend, wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat, wenn sie dabei für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn der Bürger die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte, wenn gleichzeitig der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte und wenn er im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, sowie wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 127 I 36 f. mit Verweisungen). Doch steht selbst dann, wenn diese Voraussetzungen alle erfüllt sind, nicht fest, ob der Private mit seiner Berufung auf Treu und Glauben durchdringen kann. Es müssen das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts und jenes des

Vertrauensschutzes gegeneinander abgewogen werden. Überwiegt das öffentliche Interesse an der Anwendung des positiven Rechts, muss sich der Bürger diesem unterziehen (BGE 116 Ib 187). b) Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben. Aus den drei Zeugeneinvernahmen ergibt sich, dass Baumeister, Bauleiter und Bau- fachchef sich wohl am 22.5.2007 zunächst auf der Gemeinde getroffen und dann sich gemeinsam auf das Baugrundstück begeben haben; trotz anderslautender Aussage des Baumeisters, ist gemäss Aussage des Baufachchefs und des Bauleiters, der seine Originalnotizen eingelegt hat, davon auszugehen, dass lediglich dem Austausch von Beton durch Blocksteine durch den Baufachchef nicht opponiert wurde. Hingegen wurde aber die Ablösung einer zurückversetzten Mauer gemäss Baubewilligung durch eine neue senkrechte Mauer weder diskutiert noch akzeptiert. Abgesehen davon wäre ein einzelnes Baubehördemitglied gar nicht befugt und zuständig, eine solche Zusicherung abzugeben, was den anwesenden Baufachleuten auch bewusst sein musste. Damit steht die materielle Baurechtswidrigkeit

der Mauer auch in dieser Hinsicht fest. Die Voraussetzungen für eine Wiederherstellung sind somit grundsätzlich zu bejahen, zumal auch die in E.2 genannten Bedingungen für eine Duldungsverfügung wohl kaum vorliegen. Die Gemeinde hat nun aber angeordnet, dass die Wiederherstellung gemäss Baubewilligung zu erfolgen habe. Damit verlangt sie, dass die zweite obere Mauer auf etwas über 3 m zurückverlegt wird. Diese Anordnung geht über das hinaus, was das materielle Recht erfordert. Gemäss dem erwähnten Art. 76 Abs. 2 KRG muss eine Stützmauer einen maximalen Grenzabstand von 2.5 m wahren. Die angefochtene Verfügung ist schon deshalb aufzuheben. Die Sache ist an die Gemeinde zurückzuweisen, damit sie im Rahmen eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens unter Einbezug der Nachbarn eine Wiederherstellung anordne, die nicht über das vom materiellen Recht Gebotene hinausgeht. 4. Bei diesem Ausgang gehen die Verfahrenskosten zulasten der Gemeinde.

Gemäss Art. 78 Abs. 1 VRG wird die unterliegende Partei in der Regel verpflichtet, der obsiegenden Partei alle durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen. Der mit der eingereichten Honorarnote geltend gemachte Betrag von Fr. 3'675.60 erscheint als angemessen. Demnach erkennt das Gericht: 1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die angefochtene Verfügung aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Gemeinde zurückgewiesen. 2. Die Gerichtskosten, bestehend - aus einer Staatsgebühr von Fr. 1'500.-- - und den Kanzleiauslagen von Fr. 284.-- zusammen Fr. 1'784.-- gehen zulasten der Gemeinde ... und sind innert 30 Tagen seit Zustellung dieses Entscheides an die Finanzverwaltung des Kantons Graubünden, Chur, zu bezahlen. 3. Die Gemeinde ... entschädigt ... aussergerichtlich mit Fr. 3'675.60 (inkl. MWST). Auf die dagegen an das Bundesgericht erhobene Beschwerde wurde am 14. Januar 2010 nicht eingetreten (1C_503/2009).

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