

GR_GERICHTE R 2017 68 vom 15. Januar 2020

GR Gerichte, 2020-01-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_R_2017_68

FR: GR_GERICHTE R 2017 68 du 15 janvier 2020

IT: GR_GERICHTE R 2017 68 del 15 gennaio 2020

Regeste

Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes und Busse | Bauen ausserhalb der Bauzonen

Erwägungen

E. 5

Die Gemeinde X._____, verfügte am 28. März 2014, dass A._____ wegen dieser Baurechtsverletzung mit Fr. 1'000.-- gebüsst werde und die Verfahrenskosten von Fr. 600.-- zu tragen habe. Zudem wurde ihm eine Frist zur nachträglichen Einreichung eines Baugesuchs angesetzt. Gegen diese Verfügung erhob A._____ Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Da A._____ noch in verschiedenen anderen Punkten von den bewilligten Plänen abgewichen war, beantragte die Gemeinde X._____ die Abschreibung des Verfahrens, indem sie ihren Entscheid betreffend Busse widerrief.

E. 5.1

Bei der Strafzumessung ist die Vorinstanz von einem schweren Verschulden des Beschwerdeführers sowie von finanziellen Verhältnissen des gehobenen Mittelstandes ausgegangen.

E. 5.2

Mit Blick auf die begangene Baurechtsverletzung lässt sich zwar entgegen der Ausführungen der Beschwerdegegnerin nicht ohne weiteres auf direkten Vorsatz des Beschwerdeführers schliessen, doch kann bejaht werden, dass der Beschwerdeführer zumindest eventualvorsätzlich handelte. Eventualvorsatz liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn der Täter die Verwirklichung eines Tatbestandes zwar nicht mit Gewissheit voraussieht, aber doch ernsthaft für möglich hält, und die Erfüllung des Tatbestandes für den Fall, dass sie eintreten sollte, auch will (BGE 105 IV 14, 109 IV 151). Für diese Form des Vorsatzes ist es typisch, dass der eingetretene Erfolg zwar nicht erwünscht ist, jedoch für den Fall seines Eintretens hingenommen wird.

- 21 - Indem der Beschwerdeführer in seinem Baugesuch vom 2. Juli 2009 die Vorschriften der Gestaltungsrichtlinien einhielt und die Beschwerdegegnerin erst anlässlich der Baukontrolle 2013 feststellte, dass dieser anders gebaut hatte, als es die Baubewilligung vorsah, kann bejaht werden, dass der Beschwerdeführer zumindest damit rechnen musste, dass die Beschwerdegegnerin sein nicht bewilligtes Bauprojekt nachträglich nicht genehmigen würde, weshalb er zumindest eventualvorsätzlich handelte.

E. 5.3

Am 28. Februar 2017 forderte die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer offenbar auf, sich im Sinne der rechtlichen Gehörswahrung, schriftlich insbesondere zu einer

allfälligen Busse wegen formellen und materiellen Baurechtsverletzungen zu äussern. Dieses Schreiben liegt dem Gericht nicht vor. Der Beschwerdeführer äusserte sich jedenfalls in seiner Eingabe vom 10. April 2017 an die Beschwerdegegnerin dahingehend, dass er davon ausging, dass die Busse mit der Bezahlung der Fr. 1'600.-- bereits abgegolten sei und er deshalb seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht deklariert habe. Zudem ging er davon aus, dass die Steuerunterlagen bereits bei der Gemeinde wären. Die Beschwerdegegnerin bringt in Ihrer Verfügung vom 8. August 2017, mitgeteilt am 11. August 2017, vor, dass der Beschwerdeführer trotz entsprechender Aufforderung seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht dargelegt habe. Ausserdem seien die beim kantonalen Steueramt angeforderten Veranlagungen wenig aussagekräftig. In diesem Zusammenhang muss gesehen werden, dass die Beschwerdegegnerin keine Pflicht traf, sich noch einmal diesbezüglich mit dem Beschwerdeführer in Verbindung zu setzen. In der Folge nahm die Beschwerdegegnerin an, dass der Beschwerdeführer in guten finanziellen Verhältnissen leben müsse, umso mehr als er sich ein Ferienhaus auf der Y._____ner Alp leisten könne, womit sich eine Busse in der Höhe von Fr. 18'000.-- rechtfertigen würde. Schliesslich liefert der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde ans Verwaltungsgericht transparent die erforderli-

- 22 - chen Informationen. Dieser Zeitpunkt ist indes sehr spät und kann nicht zu seinem Vorteil ausgelegt werden. Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerde vor, dass das Nettoeinkommen im Kanton E._____ Fr. 35'896.-- betrage, wovon Fr. 24'819.-- steuerbar seien. Was das Vermögen anbelange, sei festzustellen, dass dieses in den Stammanteilen von "F._____ GmbH" und den Grundstücken in Y._____ bestehe. Steuerbar seien im Kanton Graubünden nur Fr. 41'000.--. Ausserdem wohnen der Beschwerdeführer und seine Frau am Wohnort in Miete. Wenn die finanzielle Gesamtsituation gewürdigt wird, liegt der Schluss nahe, dass der Beschwerdeführer weder über ein besonders hohes Einkommen noch Vermögen verfügt. Es muss auch gesehen werden, dass der Beschwerdeführer von Beruf Typograph ist und diese Berufsgattung auf dem Arbeitsmarkt kaum mehr nachgefragt wird. Daher hat sich der Beschwerdeführer im Jahre 2007 nochmals vollständig neu orientiert, indem er die "F._____ GmbH" gründete. Daraus ist ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin sich bei den wirtschaftlichen Verhältnissen des Beschwerdeführers um einiges verschätzt hat.

E. 5.4

Allein aus dem Vorsatz lässt sich jedoch noch nicht auf ein schweres Verschulden schliessen. Zu beachten ist, dass der Beschwerdeführer keinen besonderen Vorteil genießt, der zu einem erheblichen Mehrwert der Alphütte beitragen würde. In Ihrer Verfügung vom 8. August 2017, mitgeteilt am 11. August 2017, hält die Beschwerdegegnerin auch fest, dass die durchgeführten Projektänderungen von mittlerer Schwere seien. Die Grundfläche der eingebauten Fenster ist sogar kleiner als wenn er sich an die Gestaltungsrichtlinien gehalten hätte. Daher ist das Verschulden eher im mittleren Bereich anzusiedeln.

E. 5.5

Trotz des beschwerdeführerischen Verschuldens scheint eine Busse in Höhe von Fr. 18'000.-- als zu hoch, zumal der gesetzliche Höchststrahmen

- 23 - von Fr. 40'000.-- beträgt. In Würdigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers, der Tatsache, dass keine Gewerbmässigkeit vorlag, die

Bruttogeschossfläche nicht vergrössert wurde und der Beschwerdeführer durch die Baurechtsverfehlungen auch keine sonstigen Nutzungsvorteile genießt, ist die ausgefallte Busse entsprechend herabzusetzen. Hinzu kommt, dass die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer im Vergleich zu den Baurechtsverfehlungen der anderen Hütten, welche sich bis auf eine Ausnahme im Bereich zwischen Fr. 300.-- und Fr. 800.-- bewegen, besonders streng bestraft hat.

E. 6

Am 22. August 2014 reichte A._____ eine Revisionseingabe betreffend den Wiederaufbau seiner Alphütte Grundstück Nr. 7917 ein. Die Baubehörde X._____ verfügte am 24. Februar 2015, dass alle Projektänderungen mit Ausnahme der vier mehrflügeligen Sprossenfenster in der Grösse von 70 cm auf 100 cm im Erdgeschoss und der Fenster mit Sprossen im Obergeschoss bewilligt würden. Auch gegen diese Verfügung der Baubehörde reichte A._____ am 10. April 2015 beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden Beschwerde ein. Diese wurde vom Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden am 4. Oktober 2016 abgewiesen.

E. 7

Am 28. Februar 2017 gab die Gemeinde X._____ A._____ Gelegenheit, sich schriftlich zur Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sowie zu einer allfälligen Busse wegen formellen und materiellen Baurechtsverletzungen zu äussern. Im Wesentlichen brachte er wiederum vor, dass das ortsfremde Fenstermass von 90 cm auf 90 cm weder in der Baubewilligung noch in der kantonalen BAB-Bewilligung vom 13. Juli 2010 vorgeschrieben sei. Das quadratische Fenstermass sei lediglich in einer früheren Bewilligungsphase vom Heimatschutz vorgebracht worden. Da

- 4 - die Baubewilligung erst viel später erteilt worden sei, sei A._____ davon ausgegangen, dass diese Gestaltungsrichtlinien nicht mehr Anwendung finden würden und die Fenster in der Grösse von 100 cm auf 70 cm, wie vor dem Hüttenbrand, gebaut werden dürften. Ausserdem liesse dieses Format die Hütte wesentlich proportionaler und harmonischer erscheinen.

E. 8

In ihrem Entscheid vom 8. August 2017, mitgeteilt am 11. August 2017, verfügte die Gemeinde X._____ erneut, dass A._____ die vier mehrflügeligen Sprossenfenster in der Grösse von 70 cm auf 100 cm im Erdgeschoss durch einflügelige sprossenlose Fenster mit einer Grösse von 90 cm auf 90 cm zu ersetzen habe. Weiter wurde er verpflichtet, die Sprossenfenster im Obergeschoss durch sprossenlose Fenster zu ersetzen. Ausserdem wurde ihm eine Baubusse von Fr. 18'000.-- auferlegt.

E. 9

Dagegen erhob A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 12. September 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden und stellte folgende Anträge: „1. Der Beschluss des Gemeinderates der Gemeinde X._____ vom 8. August 2017 sei aufzuheben. 2. Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen; 3. Es sei ein Augenschein durchzuführen; 4. Es seien B._____ (X._____ Y._____) und C._____ (X._____ Z._____) als Zeugen einzuvernehmen; 5. Es sei eine Duldungsverfügung zu erlassen für die in Disp.-Ziff. 1-3 des angefochtenen Beschlusses beanstandeten baulichen Massnahmen; Eventualiter sei die Angelegenheit an den Beschwerdegegner

zurückzuweisen zum Erlass einer Duldungsverfügung im obgenannten Sinn; 6. Es sei keine weitere Busse für die Baurechtsverstösse des Beschwerdeführers auszusprechen und die Angelegenheit mit der bereits erfolgten Bussenzahlung von Fr. 1'600 als erledigt zu betrachten; Eventualiter sei die Angelegenheit an den Beschwerdegegner zurückzuweisen; - 5 - 7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdeführers.“

E. 10

In der Beschwerdeantwort vom 1. November 2017 beantragte die Gemeinde X. _____ (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) die Beschwerde abzuweisen.

E. 11

Im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels erhielten die Parteien Gelegenheit, die von ihnen vertretenen Rechtsauffassungen zu ergänzen und zu vertiefen.

E. 12

Am 5. Februar 2018 reichte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers seine Honorarnote ein.

E. 13

Am 16. Oktober 2019 führte das Verwaltungsgericht einen Augenschein auf der Y. _____ner Alp durch, an welchem die Parteien mit ihren Anwälten teilnahmen.

E. 14

Am 6. resp. am 7. November 2019 wurden Bemerkungen beider Seiten eingereicht. Die Beschwerdegegnerin hat neue Urkunden ins Recht gelegt. Von Seiten des Beschwerdeführers wurde ein Editionsbegehren gestellt.

E. 15

Mit Schreiben vom 15. November 2019 verlangte der Instruktionsrichter von der Beschwerdegegnerin eine Zusammenstellung und Dokumentation sämtlicher Duldungs-, Wiederherstellungs- und Baubussenverfügungen betreffend die wiederaufgebauten Alphütten auf der Y. _____ner Alp. Gleichzeitig beschränkte der Instruktionsrichter die Akteneinsicht für den Beschwerdeführer für diese Dokumente zur Wahrung überwiegender privater Geheimhaltungsinteressen und stellte eine summarische Zusammenstellung der dokumentierten Vorgänge in Aussicht, damit keine Rückschlüsse auf die einzelnen Bauten bzw. Eigentümer möglich seien. Umge-

- 6 - kehrt ermöglichte dieses Vorgehen, die Praxis der Gemeinde mit der strittigen Verfügung zu vergleichen und objektiv zu beurteilen.

E. 16

Am 20. November 2019 übermittelte die Beschwerdegegnerin die nachgesuchten Unterlagen dem Gericht.

E. 17

Mit Schreiben vom 21. November 2019 verzichtete der Beschwerdeführer auf eine Prozessbeschwerde gegen die Anordnung der Beschränkung der Akteneinsicht. Er meldete diesbezüglich jedoch Bedenken an und behielt sich ausdrücklich die Geltendmachung der Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

E. 18

Mit Schreiben vom 28. November 2019 stellte der Instruktionsrichter dem Beschwerdeführer folgende Zusammenstellung zu und setzte ihm eine Frist zur Stellungnahme bis zum 9. Dezember 2019: Übersicht Baurechtsverstösse und deren Handhabung durch die Gemeinde, exkl. Al- phütten von D._____ (Parzelle Nr. 7918) und A._____ (Parzelle Nr. 7917):

E. 19

Mit Schreiben vom 16. Dezember 2019 nahm der Beschwerdeführer Stellung zur anonymisierten Übersicht zur Handhabung von Baurechtsverstös- sen auf der Y._____ner Alp durch die Beschwerdegegnerin. Er führte aus, dass die Situation sich nur schwer einordnen lasse und er daher volle Ak- teneinsicht verlange, ansonsten er die Geltendmachung der Verletzung des rechtlichen Gehörs in Betracht ziehe. Er bemängelte insbesondere,

- 7 - dass man bei den Verstössen nicht unterscheiden könne, ob sie gravierend oder marginal seien. Ebenso sei nicht ersichtlich, für welche Verstösse Nachbewilligungen resp. Duldungsverfügungen ergangen seien bzw. wel- che Verstösse nicht geahndet worden seien. In zehn von elf Fällen lägen die Bussenverfügungen – soweit nachvollziehbar – in einer vernünftigen Bandbreite. Bei der Baubusse einer anderen Alphütte in Höhe von Fr. 30'000.-- bleibe unklar, ob der Verstoss dermassen grösser gewesen sei, ob die Eigentümerschaft derart vermögend sei oder ob es sich um eine weitere Ungleichbehandlung handle. Zudem sei es eigenartig, dass offen- bar eine Alphütte gänzlich von Nachbewilligungen resp. Duldungsverfügun- gen verschont worden sei.

E. 20

September 2017 die aufschiebende Wirkung. 3.2. Im Weiteren ist zu prüfen, ob die beiden vom Beschwerdeführer vorge- schlagenen Zeugen B._____ und C._____ vom Gericht als Zeugen vorzu-

- 9 - laden sind. Wie nachfolgend unter E. 4.3. näher erläutert wird, war C._____ nicht das zuständige Organ, um verbindliche Zusagen zur Konstruktion der Alphütten zu machen. Ausserdem hat er sich dahingehend geäussert, dass Revisionspläne eingereicht werden sollen. Diese Aussage war zu offen for- muliert, um daraus etwas zu Gunsten des Beschwerdeführers abzuleiten. Da von ihm keine weiteren Erkenntnisse in Bezug auf dieses Verfahren zu erwarten sind, wird auf seine Einvernahme verzichtet. Da B._____ anläss- lich dieses Gesprächs anwesend war und nur die Äusserungen von C._____ wiedergeben kann, die wie soeben erwähnt, nicht verbindlich wa- ren, kann auf ihre Einvernahme verzichtet werden (vgl. zur antizipierten Be- weiswürdigung; BGE 127 V 491 E.1b, 124 V 90 E.4b, 122 V 157 E.1d). 4. Gemäss Art. 94 Abs. 1 und Abs. 2 des kantonalen Raumplanungsgesetzes (KRG; BR 801.100) sind materiell rechtswidrige Zustände auf Anordnung der kommunalen Baubehörde zu beseitigen, gleichgültig, ob für deren Her- beiführung ein Bussverfahren durchgeführt wurde oder nicht. Die Pflicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands obliegt gemäss Art. 94 Abs. 3 KRG sowohl dem Eigentümer als auch der Person, die den rechts- widrigen Zustand herbeigeführt hat. Nur ausnahmsweise kann gemäss Art. 94 Abs. 4 KRG aus Gründen der Verhältnismässigkeit oder des Ver- trauensschutzes von der Anordnung von Wiederherstellungsmassnahmen ganz oder teilweise abgesehen werden, weshalb über eine Duldungsverfü- gung der gesetzwidrige Zustand hingenommen werden muss. Die Bestim-

mung von Art. 94 Abs. 3 KRG, welche vorschreibt, dass der Bauherr einen vorschriftswidrigen Zustand zu beseitigen hat, gleichgültig, ob er für dessen Herbeiführung bestraft worden ist oder nicht, gilt nicht absolut, sondern ist entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit so zu handhaben, dass ein blosser Verstoss gegen formelle Baupolizeivorschriften für sich allein die Anordnung der Beseitigung von Bauteilen nicht nach sich zieht; für einen solchen Eingriff ist nach ständiger Rechtsprechung des Verwal-

- 10 - tungsgerichtes vielmehr auch eine Verletzung materieller Bauvorschriften Voraussetzung (PVG 1993 Nr. 29 E.2, PVG 1981 Nr. 22 E.3). 4.1. Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer fünf formelle und zwei materielle Baurechtsverstösse begangen. In Ihrer Verfügung vom 24. Februar 2015 hat die Gemeinde die fünf formellen Baurechtsverletzungen nachträglich bewilligt, jedoch nicht die beiden materiellen Baurechtsverletzungen. Im nachfolgenden unter E. 4.3. wird auszuführen sein, inwiefern der Beschwerdeführer materielle Bauvorschriften verletzt hat. In seiner Beschwerde bestreitet er im Übrigen nicht, dass er gegen formelle und materielle Bauvorschriften versties (vgl. Beschwerde vom 12. September 2017 Rz. 18). Wie der Beschwerdeführer weiter zu Recht festhält, ist die Bauverweigerung in Rechtskraft erwachsen (vgl. Beschwerde vom 12. September 2017 Rz. 13). 4.2. Gestützt auf Art. 94 Abs. 1 und 2 KRG ist die Beschwerdegegnerin demnach grundsätzlich zuständig und befugt, diesen materiell vorschriftswidrigen Zustand mittels einer Wiederherstellungsanordnung zu beseitigen. Das Vorliegen einer materiellen Gesetzesverletzung genügt für den Erlass einer Wiederherstellungsverfügung indes noch nicht. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes im Falle einer rechtswidrig errichteten Bauteile im Einzelfall nämlich unzulässig, wenn sie allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts entgegensteht. Dazu gehören namentlich die in Art. 5 Abs. 2 und 3 sowie Art. 9 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV; SR 101) festgehaltenen Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Schutzes des guten Glaubens. So kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes etwa unterbleiben, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist, die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt oder wenn der Bauherr in gutem Glauben angenommen hat, er sei zur Bauausführung ermächtigt und der Beibehaltung des ungesetzli-

- 11 - chen Zustandes nicht schwerwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_730/2013 vom 4. Juni 2014 E.8.1). Im Einklang mit dieser Rechtsprechung statuiert Art. 94 Abs. 4 KRG, dass von der Anordnung einer Wiederherstellungsmassnahme abzusehen und stattdessen eine Duldungsverfügung zu erlassen ist, wenn dies aus Gründen des Vertrauensschutzes oder der Verhältnismässigkeit angezeigt ist. Anhand dieser beiden Aspekte wird nachfolgend zu prüfen sein, ob die Wiederherstellungsverfügung der Beschwerdegegnerin zu Recht ergangen ist oder ob diese – dem Antrag des Beschwerdeführers folgend – aufzuheben und stattdessen eine Duldungsverfügung zu erlassen wäre. 4.3. Zur Rüge, dass ein Abbruchbefehl nicht notwendig oder unverhältnismässig ist, wird sowohl der Gut- als auch der Bösgläubige zugelassen. Der Bösgläubigkeit wird erst bei der Interessenabwägung Rechnung getragen (BGE 108 Ia 218 E.4b). Dies erhellt aus dem Umstande, 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 abzumessen zu berücksichtigen. Um beantworten zu können, ob der

Beschwerdeführer gut- oder bösgläubig war, muss zuerst geprüft werden, ob sich der Beschwerdeführer in seinem Baugesuch an die Gestaltungsrichtlinien, welche von der kommunalen Instanz zusammen mit dem Heimatschutz ausgearbeitet wurden, hätte halten müssen oder nicht. Alleine schon die Tatsache, dass zudem auch alle Hüttenbesitzer inkl. der Beschwerdeführer diese unterzeichnet haben, weist darauf hin, dass die Gestaltungsrichtlinien Anwendung fanden und für alle Eigentümer der abgebrannten Almhütten verbindlich waren. Ein weiteres Kriterium, welches das Bundesgericht bei der Wiederherstellung berücksichtigt, ist die Frage, ob der Bauherr zur Bauausführung ermächtigt war. Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer nach Erhalt

- 12 - der Baubewilligung Änderungen vornahm, für die er vorgängig keine Bewilligung eingeholt hatte. Gemäss Art. 60 Abs. 4 der Raumplanungsverordnung für den Kanton Graubünden (KRVO; BR 801.110) hätte das Bauvorhaben den bewilligten Plänen entsprechend ausgeführt werden müssen. Am 22. August 2014 reichte der Beschwerdeführer eine Revisionseingabe ein, um die in Abweichung von den Bauplänen vorgenommenen Änderungen nachträglich bewilligen zu lassen. In der Folge wurden mit Verfügung vom 24. Februar 2015 alle Änderungen bewilligt, bis auf die infrage stehenden Zuwerdhandlungen betreffend die Fenster. In ihrer Verfügung hat die Beschwerdegegnerin angeordnet, dass der vom Beschwerdeführer ohne Bewilligung vorgenommene Einbau der vier mehrflügeligen Sprossenfenster in der Grösse von 70 cm auf 100 cm im Erdgeschoss mit quadratischen Fenstern der Grösse von höchstens 90 cm auf 90 cm zu ersetzen seien. Weiter hat die Beschwerdegegnerin verfügt, dass die Sprossenfenster im Obergeschoss durch sprossenlose Fenster zu ersetzen seien. Der Beschwerdeführer äusserte sich im Rahmen der Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs vor der Gemeinde dahingehend, dass das ortsfremde Fenstermass von 90 cm auf 90 cm weder in der Baubewilligung noch in der kantonalen BAB-Bewilligung vom 13. Juli 2010 vorgeschrieben sei. Das quadratische Fenstermass sei lediglich in einer früheren Bewilligungsphase von Heimatschutz vorgebracht worden. Da jedoch die Baubewilligung erst viel später erteilt worden sei, sei er davon ausgegangen, dass die Gestaltungsrichtlinien vom 2. April 2009 nicht mehr Gegenstand des Verfahrens bilden würden und die Fenster in der Grösse von 100 cm auf 70 cm, wie vor dem Hüttenbrand, gebaut werden dürften. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, denn die Tatsache, dass einige Zeit verstrichen ist, bedeutet nicht, dass die Gestaltungsrichtlinien keine Anwendung mehr gefunden hätten. Unbehelflich ist zudem auch der Einwand des Beschwerdeführers, wonach die BAB-Bewilligung vom

- 13 - 13. Mai 2010 keinen Hinweis auf die Gestaltungsrichtlinien enthalte, so dass diese keine Anwendung auf die Baubewilligung gefunden hätte. Vielmehr hält die BAB-Bewilligung des Amtes für Raumentwicklung Graubünden (ARE) auf der zweiten Seite ausdrücklich fest, dass im Rahmen des Wiederaufbauprojekts die massgebenden Spielregeln für diesen Wiederaufbau, wie Gestaltungsrichtlinien im Sinne von verbindlichen Projektierungsvorgaben zwischen Grundeigentümern und Gemeindebehörde einvernehmlich festgelegt wurden. Daher waren und sind im vorliegenden Fall die Gestaltungsrichtlinien als materielle Bauvorschriften zu qualifizieren. Der Umstand, dass das verwaltungsinterne Schreiben der Beschwerdegegnerin, welches an das ARE adressiert war und dem Beschwerdeführer lediglich zur Kenntnisnahme zugestellt wurde, die Passage enthält, dass alle Details, wie Fenster und Türen ortsüblichen Details entsprechen müssten, vermag nicht die Gestaltungsrichtlinien ausser Kraft zu setzen. Daher kann dieser Auffassung des Beschwerdeführers nicht gefolgt werden, denn er

hätte zumindest bei der Baubehörde nachfragen müssen, ob die Gestaltungsrichtlinien nach wie vor Anwendung finden oder nicht. Grundsätzlich muss in diesem Zusammenhang davon ausgegangen werden, dass sich der Bauwillige selber um die Zulässigkeit seines Tuns zu kümmern hat (vgl. PVG 1993 Nr. 29 E.2). Der Schutz des Vertrauens rechtfertigt sich 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 Abbruchbe- fehl nicht mit Erfolg auf den Schutz seines guten Glaubens berufen (BGE vom 14. Februar 1979 in ZBl 80/1979 S. 312 f. E.4b). Angesichts der Vorgeschichte kann dem Beschwerdeführer wie bereits oben erwähnt der gute Glaube nicht zugebilligt werden, da die Projektpläne in seinem Baugesuch vom 2. Juli 2009 die Vorschriften der Gestaltungsrichtlinien einhalten. Die-

- 14 - ses Baugesuch wurde von der Beschwerdegegnerin auch genehmigt. Erst anlässlich der Baukontrolle 2013 wurde festgestellt, dass der Beschwerde- führer anders gebaut hatte, als er es im Gesuch eingegeben hatte. Unbehelflich ist auch der Einwand des Beschwerdeführers, dass er auf die Auskunft des damaligen Landammanns C._____ vertraut habe, dass man nun das grosse Ganze im Blick haben müsse, um in dieser zähen Angele- genheit einen Kompromiss zwischen allen Beteiligten zu erreichen und dass Details wie Fenster und Türen nachrangig seien und diese in einem Revisionsplan eingegeben werden sollten. Solange sie ortsüblich seien, würden sie von der Gemeinde bewilligt. Der Beschwerdeführer hätte davon ausgehen müssen, dass eine solche offene Formulierung des Landam- manns die Gestaltungsrichtlinien nicht ausser Kraft zu setzen vermöge (HÄ- FELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz 668 ff.). Weiter schreibt der Vertrauensschutz vor, dass die Amtsstelle, die die Auskunft gab, zur Auskunftserteilung zu- ständig gewesen sein müsse. Die Kompetenz zum Entscheid schliesst grundsätzlich auch diejenige zur Auskunftserteilung ein (HÄFELIN/MÜL- LER/UHLMANN, a.a.O., Rz 676 f.) Somit hätte es dem Beschwerdeführer bewusst sein sollen, dass der Land- ammann C._____ nicht dazu befugt war, verbindliche Zusicherungen über die Konstruktion der Alphütten abzugeben. Ausserdem äusserte er sich da- hingehend, dass der Beschwerdeführer die Fenster und Türen in den Re- visionsplänen eingeben solle. Somit hat sich seine Aussage um einiges re- lativiert. Unter Würdigung all dieser Umstände kann nicht behauptet wer- den, dass der Beschwerdeführer die nötige Sorgfalt und Aufmerksamkeit hat walten lassen, so dass sich der Vertrauensschutz nicht rechtfertigt. Da- her hat sich der Beschwerdeführer beharrlich über geltendes Recht hin- weggesetzt und sich nicht über die Gültigkeit der Gestaltungsrichtlinien in-

- 15 - formiert, so dass er die Folgen seiner Gleichgültigkeit gegenüber den gel- tenden Vorschriften zu tragen hat. 4.4. Das Verhältnismässigkeitsprinzip besagt, dass die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet sowie erforderlich und dem Betroffenen zumutbar sein muss (vgl. Ent- scheid des Bundesgerichts 1C_730/2013 vom 4. Juni 2014 E.8.3). Die Not- wendigkeit eines Eingriffs ergibt sich dabei aus dem öffentlichen Interesse an der Einhaltung der verletzten Bauvorschriften. Sodann besagt das Über- massverbot, dass ein Eingriff nicht weitergehen darf, als es der Zweck er- heischt, mithin das mildeste Mittel zur Erreichung des gesetzmässigen Zu- standes zu wählen ist. Dementsprechend ist auf einen umfassenden Ab-

bruch zu verzichten, wenn der gesetzmässige Zustand durch einen Teilab- bruch erreicht werden kann. Wenn die Notwendigkeit und die Verhältnis- mässigkeit im so verstandenen Sinne zu bejahen sind, hat schliesslich eine Abwägung zwischen den öffentlichen Interessen an der Durchsetzung der Zwangsmassnahme und den privaten Interessen an der Erhaltung des ge- setzeswidrigen Zustandes zu erfolgen. 4.4.1. In ihrer Verfügung vom 8. August 2017, mitgeteilt am 11. August 2017, hält die Beschwerdegegnerin fest, dass der rechtmässige Zustand bereits her- gestellt werden könne, wenn der Beschwerdeführer auf beiden Fenstersei- ten einen 5 cm breiten Rahmen einsetze. Warum die Beschwerdegegnerin von 5 cm spricht, ist nicht ganz einleuchtend. Es ist davon auszugehen, dass es sich um einen redaktionellen Fehler handelt, denn die Gestaltungs- richtlinien sehen quadratische Fenster vor. Daher müsste ein Rahmen von 15 cm oben und unten (oder evtl. 30 cm oben oder unten) eingesetzt wer- den, um quadratische Fenster zu erhalten. Eine solche Massnahme wäre geeignet um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Dem entgeg- net der Beschwerdeführer, dass eine Umsetzung der Anordnung zur Folge

- 16 - hätte, dass er alle Kanthölzer auf der gesamten Höhe abbauen müsste, was aus Stabilitätsgründen unumgänglich sei. Offensichtlich verkennt der Beschwerdeführer, dass die Beschwerdegeg- nerin von ihm jedoch nicht verlangt, dass er das Fenster in der Grösse von 90 cm auf 90 cm erstellt, sondern dass sie eine quadratische Form erhal- ten, und dass der Anordnung bereits Folge geleistet würde, wenn er z.B. oben einen Balken einsetzt, um eine quadratische Form zu erreichen. Wei- ter verlangt die Beschwerdegegnerin vom Beschwerdeführer, dass die Sprossenfenster im Obergeschoss durch sprossenlose Fenster zu erset- zen seien. Die Massnahmen sind offensichtlich geeignet, um den recht- mässigen Zustand herzustellen. Fraglich ist, ob diese Massnahmen auch erforderlich seien, damit die Alphütte einheitlich in Erscheinung trete oder ob eine Duldungsverfügung erlassen werden könne. Unter Ziffer 4.4.5. wird auf diese Fragen näher eingegangen. 4.4.2. Im Hinblick auf die generelle Rechtmässigkeit der Wiederherstellungsver- fügung hat schliesslich eine Abwägung zwischen den öffentlichen Interes- sen an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands und den priva- ten Interessen am Festhalten am gesetzeswidrigen Zustand zu erfolgen. Da generell ein sehr gewichtiges öffentliches Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Ordnung besteht, sind kaum Fälle denkbar, in denen es trotz grösseren Abweichungen von den Bauvorschriften als durch ein schützenswertes Interesse abgedeckt erscheint, eine widerrechtliche Baute stehen zu lassen. Es darf deshalb bei materiell rechtswidrigen Bau- ten höchstens dann von einem Abbruchbefehl abgesehen werden, wenn die Abweichung sehr geringfügig ist und die berührten allgemeinen Inter- essen den aus dem Abbruch für den Eigentümer erwachsenden Schaden nicht zu rechtfertigen vermögen (BGE 111 Ib 224 E.6b, Urteil des Verwal- tungsgerichts Graubünden R 15 58 vom 4. Oktober 2016, E.5.c, BEELER, Die widerrechtliche Baute, Diss. Zürich 1984, S. 79). Weiter wird zudem die

- 17 - Ansicht vertreten, dass es selbst bei Geringfügigkeit der Rechtsverletzung nicht angehe, die Einhaltung klarer Gesetzesbestimmungen mit Berufung auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit aufzugeben. Das Verhältnis- mässigkeitsprinzip dürfe nicht dazu führen, ein zweites Mal materielle Ge- sichtspunkte anzuwenden; es gehe nicht um Kapitulation vor faktischen Zwängen, sondern um ein in Extremfällen gebotenes Abweichen vom star- ren Recht (RHINOW/KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtspre- chung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 56 B VI d, S. 174). Das

öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Baugesetzgebung ist bekanntlich gross. Zum einen soll verhindert werden, dass die Verletzung von gesetzlichen Vorschriften honoriert wird und damit letztlich die Glaubwürdigkeit von Raumplanung und Rechtsstaat gewahrt werden (vgl. BGE 111 Ib 213 E.6b). Zum anderen spielt aber auch der Aspekt der Rechtsgleichheit eine Rolle. 4.4.3. Mit seinen Ausführungen im vorliegenden Verfahren versucht der Beschwerdeführer, diese rechtskräftig festgestellten Baurechtsverletzungen darzutun, inwiefern dabei keine "schwerwiegenden öffentlichen Interessen" verletzt seien. Immerhin kann dem Beschwerdeführer zugutegehalten werden, dass er keinen finanziellen Vorteil gegenüber den quadratischen Fenstern ohne Sprossen geniesst. 4.4.4. Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass für den Erlass einer Wiederherstellungsverfügung im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung nicht eine schwerwiegende Verletzung öffentlicher Interessen vonnöten ist. Vielmehr erweist sich eine solche Massnahme bereits als gerechtfertigt, wenn die Abweichung vom Gesetz nicht mehr als gering bezeichnet werden kann und die allgemeinen Interessen an der Einhaltung der Bauordnung den dem Bauherrn erwachsenen Schaden zu rechtfertigen vermöge. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann sich selbst ein Bauherr, der sich

- 18 - 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). An der Einhaltung der Gestaltungsrichtlinien besteht ein öffentliches Interesse, da die Alphütten möglichst einheitlich in Erscheinung treten sollen. Falls es sich jedoch so verhält, dass eine grosse Anzahl Alphütten nicht den Vorgaben der Gestaltungsrichtlinien entsprechen, kann unter Umständen ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Gleichbehandlung im Unrecht bestehen. Die Lehre und die Rechtsprechung äussern sich dahingehend, dass wenn eine Behörde in einem Fall eine vom Gesetz abweichende Entscheidung getroffen hat, gibt das den Privaten, die sich in der gleichen Lage befinden, grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend von der Norm behandelt zu werden (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 599, BGE 139 II 49 E.7.1, 124 IV 44 E.2.c.). Dies gilt allerdings nur dann, wenn die abweichende Behandlung lediglich in einem einzigen in einigen wenigen Fällen erfolgt ist. Besteht hingegen eine eigentliche ständige gesetzeswidrige Praxis und lehnt es die Behörde ab, diese aufzugeben, so können Private verlangen, dass die widerrechtliche Begünstigung, die Dritten zuteilwurde, auch ihnen gewährt werde (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 599, BGE 139 II 49 E.7.1, BGE 136 I 65 E.5.6). 4.4.5. Anlässlich des Augenscheins war zu beurteilen, ob die rechteckigen Fenster und die Fenster mit Sprossen im Obergeschoss von ihrer Dimension und Ausgestaltung her sehr auffällig seien und das Ortsbild beeinträchtigen würden. Der Augenschein hat gezeigt, dass die Gemeinde im Ergebnis eine erhebliche Vielfalt von Abweichungen zu den Gestaltungsrichtlinien

- 19 - zugelassen hat. So fand man bspw. Strickbau über das Erdgeschoss hinaus, erheblich überdimensionierte Pfetten, doppelflügelige Balkontüren, Verwendung von Brettschichtholz, Betonsockel oder Doppelpfetten vor. Eine Wiederherstellung der Fenster im Ausmass von 100 cm auf 70 cm zum Format 90 cm auf 90 cm erscheint vor diesem

Hintergrund bereits aus ästhetischer Sicht nicht als notwendig; angesichts des komplexen Eingriffs, welcher eine solche Anpassung nach sich ziehen würde, wäre die Wiederherstellung auch unverhältnismässig. Die von der Beschwerdegegnerin vorgeschlagene Reduktion auf 70 cm auf 70 cm mittels eines Rahmens würde nicht zu einer Verbesserung, sondern zu einer Verschlechterung der Ästhetik führen. Das Fensterformat von 70 cm auf 100 cm ist zudem bei den älteren Alphütten bereits vorhanden, so dass es somit keinen Fremdkörper im Ortsbild darstellt. Dasselbe gilt für die Sprossen an den Fenstern. Da im vorliegenden Fall eine ständige Praxis der Gemeinde bestand und von den Gestaltungsrichtlinien abweichende Bauweisen toleriert wurden, kann ausnahmsweise in diesem Fall dem Beschwerdeführer die Begünstigung auch gewährt werden, weshalb in casu eine Duldungsverfügung zu erlassen ist. 5. Der Beschwerdeführer beanstandet weiter die Höhe der gegenüber ihm ausgefallten Busse in Höhe von Fr. 18'000.-- Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer gegen formelle und materielle Bauvorschriften versties. Art. 95 KRG sieht für Verletzungen dieses Gesetzes oder darauf beruhenden Erlassen und Verfügungen des Kantons oder der Gemeinden eine Busse zwischen Fr. 200.-- und Fr. 40'000.-- vor. Art. 2 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Strafprozessordnung (EGzStPO; BR 350.100) normiert, dass die Bestimmungen des schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) sinngemäss Anwendung finden. Gemäss Art. 106 Abs. 3 StGB bemisst sich die Höhe der Busse nach den Verhältnissen des Täters, sodass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters („je

- 20 - nach den Verhältnissen“) spielt dabei eine zentrale Rolle, wenngleich hier das Gericht über ein grösseres Ermessen verfügt als im Tagessatzsystem der Geldstrafe (Urteil des Bundesgerichts 1C_4/2012 vom 19. April 2012 E.7.3, BGE 134 IV 60 E.7.3.3). Zu den auf das Baubussenverfahren anwendbaren Normen zählt damit auch Art. 47 i.V.m. Art. 104 StGB, wonach die Busse grundsätzlich nach dem Verschulden des Täters zu bemessen ist, wobei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen zu berücksichtigen sind (PVG 1995 Nr. 26 E. 2). Dazu gehören grundsätzlich das Einkommen und das Vermögen des Angeeschuldigten. Bei der Bemessung der Busse hängt es im Einzelfall nicht zuletzt von der finanziellen Leistungsfähigkeit des Gebüssten ab, ob ihn die Busse ihn in der seinem Verschulden angepassten Härte trifft (PVG 1997 Nr. 55 E.3.b, 1986 Nr. 28 E.b.). Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer fünf formelle und zwei materielle Baurechtsverstösse begangen hat, muss auch in die Berechnung der Höhe der Busse einbezogen werden.

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