

Bauen ohne Bewilligung  
Bundesgerichtsentscheide 2010 – 2016

VLP-ASPAN 

FEBRUAR 1/2018

# RAUM & UMWELT

DOSSIERS ZUR RAUMENTWICKLUNG





# Bauen ohne Bewilligung

Bundesgerichtsentscheide 2010 – 2016 zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

Halten sich Bauleute nicht an die Gesetze, Pläne und Verfügungen, die auf raumplanerischen Grundlagen beruhen, wird das komplexe Planungssystem unterlaufen.

Im Falle von widerrechtlichen Bauten muss die Behörde Massnahmen ergreifen, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Dabei gilt es, die verfassungsmässigen Rechte von Privaten – allen voran die Eigentumsgarantie – zu beachten und die Verfassungsgrundsätze (Verhältnismässigkeit, Treu und Glauben, Rechtsgleichheit) zu berücksichtigen.

Diese Rechte und Grundsätze können bei einer Beschwerde gegen die Wiederherstellungsverfügung ins Feld geführt werden. In diesem RAUM & UMWELT wird aufgezeigt, was es bei der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu berücksichtigen gilt und weshalb die obigen Einwände das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands selten überwiegen.

1	<b>Einleitung</b>	5
2	<b>Vorgehen der Behörden bei widerrechtlichen Bauten</b>	6
2.1	Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands	6
2.2	Verjährung der Wiederherstellung	7
2.2.1	Dauer der Verjährungsfrist	8
2.2.2	Beginn der Verjährungsfrist	8
2.2.3	Unterbrechung der Verjährungsfrist	8
3	<b>Strenge Haltung des Bundesgerichts</b>	10
4	<b>Gründe für diese strenge Haltung</b>	11
4.1	Eingeschränkte Verhältnismässigkeitsprüfung	11
4.1.1	Prüfung der Erforderlichkeit	11
4.1.2	Interessenabwägung	15
4.2	Selten anerkannte Gleichbehandlung im Unrecht	19
4.2.1	Selten vergleichbare Situationen	19
4.2.2	Willen der Behörde zur Fortsetzung der widerrechtlichen Praxis	21
4.3	Selten gewährter Vertrauensschutz	22
4.3.1	Zuständige oder scheinbar zuständige Behörde	23
4.3.2	Handlungen der Behörde, die den Vertrauensschutz begründen	24
	Positive Handlungen	24
	Unterlassungen	24
4.3.3	Treu und Glauben des Bauherrn	27
4.3.4	Interessenabwägung	29
4.4	Zusammenhang zwischen Verhältnismässigkeit und Treu und Glauben	30
5	<b>Schicksal der vom Abbruch verschonten Baute</b>	32
6	<b>Fazit</b>	34

---

# 1 Einleitung

Das Raumplanungsrecht ist seit einigen Jahren im Wandel. 2008 wurde die «Landschaftsinitiative» gegen die Zersiedelung eingereicht. Sie verlangte, dass die Gesamtfläche der Bauzonen während zwanzig Jahren nicht vergrössert werden dürfe. Dies sollte in der Verfassung verankert werden. 2010 reagierte der Bundesrat mit einem indirekten Gegenvorschlag, der die Steuerung der Siedlungsentwicklung zum Ziel hatte und 2014 in Kraft trat. Der politische Druck lässt aber nicht nach: Am 29. November 2016 kam die Initiative «Zersiedelung stoppen – für eine nachhaltige Siedlungsentwicklung (Zersiedelungsinitiative)» der Jungen Grünen zustande.<sup>1</sup> Sie sieht vor, dass Einzonungen nur möglich sind, wenn eine andere Fläche von mindestens gleicher Grösse und vergleichbarer Qualität in der Schweiz ausgezont wird.<sup>2</sup>

Neben diesen wichtigen Diskussionen über die Weiterentwicklung des Planungs- und Baurechts sind die Behörden täglich mit der schwierigen Aufgabe konfrontiert, das gel-

tende Recht durchzusetzen. Dieser Beitrag<sup>3</sup> befasst sich eingehend mit den rechtlichen Folgen von illegalen Bauten und Anlagen und den Massnahmen, mit denen Gemeinden oder Kantone gegen solche Bauten vorgehen können bzw. vorgehen müssen. Dazu wurde die bundesgerichtliche Rechtsprechung analysiert. Es zeigte sich, dass diese stark zugunsten der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands tendiert; unabhängig von der Frage, ob sich die widerrechtliche Baute innerhalb oder ausserhalb der Bauzone befindet. Anhand der Untersuchung von Einzelentscheiden lässt sich dieser Trend erklären.

Einleitend werden die Massnahmen erläutert, mit denen die Behörden gegen widerrechtliche Bauten und das Problem der Verjährung vorgehen können. Diese Massnahmen können von zusätzlichen Sanktionen – beispielsweise Bussen – begleitet sein. Auf diese wird in diesem Artikel nicht eingegangen.

---

1 BBl 2016 8547. Der Bundesrat empfiehlt sie zur Ablehnung: BBl 2017 6779–6794.

2 Vollständiger Wortlaut BBl 2017 6795 f.

3 Zusammenfassung einer rechtswissenschaftlichen Masterarbeit, abrufbar unter <http://www.vlp-aspan.ch/fr/themes/travaux-detude> (09.01.2018, nur in französischer Sprache).

## 2 Vorgehen der Behörden bei widerrechtlichen Bauten

Gemäss dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV]<sup>4</sup>) müssen die Behörden – in erster Linie die Gemeinde oder der Kanton – einschreiten, wenn sie von einer widerrechtlichen Baute Kenntnis erlangen.<sup>5</sup> Sie haben dabei keinen Ermessensspielraum.<sup>6</sup> Der Ausgang des Verfahrens wird damit aber in keiner Weise präjudiziert.

Bevor eigentliche Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ergriffen werden, muss die Behörde prüfen, ob und allenfalls wie die widerrechtliche Baute legalisiert werden kann. Bei rechtmässigen Bauten, die ohne Bewilligung errichtet wurden (formell widerrechtliche Baute), kommt dafür eine nachträgliche ordentliche Baubewilligung in Frage.<sup>7</sup> Bei nicht rechtskonformen Bauten (materiell baurechtswidrige Baute) kann die Behörde eine nachträgliche Ausnahmegewilligung erteilen. Die Anforderungen an eine solche Bewilligung sind jedoch hoch; vor allem ausserhalb der Bauzone.<sup>8</sup> Nicht mehr intervenieren kann die Behörde, wenn eine Verjährung eingetreten ist (siehe Ziff. 2.2).

### 2.1 Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

Der Behörde stehen verschiedene Instrumente zur Verfügung, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, nämlich ein Abbruchbefehl, ein Nutzungsverbot oder ein Nutzungskonzept.

Der Abbruchbefehl dient dazu, eine baurechtswidrige Baute oder Anlage vollständig oder teilweise zu beseitigen.<sup>9</sup> Er wirkt sich

unmittelbar auf den Baukörper als solchen aus und erfordert deshalb bauliche Massnahmen.<sup>10</sup>

Anders als der Abbruchbefehl berührt das Nutzungsverbot das betreffende Gebäude nicht als Bauwerk an sich, sondern schränkt lediglich dessen Gebrauchsmöglichkeiten ein.<sup>11</sup> Häufig wird gleichzeitig mit dem Nutzungsverbot angeordnet, Gegenstände oder Materialien zu entfernen<sup>12</sup> oder bauliche Vorkehrungen zu treffen (Zumauern von Fenstern,<sup>13</sup> Entfernen von Isolationen und Wasserleitungen<sup>14</sup> etc.). Die letztgenannte Lösung kommt vor allem für Räu-

4 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

5 BEELER URS RUDOLF, Die widerrechtliche Baute, Diss. Zürich 1984 (zitiert: BEELEER), S. 65.

6 BEELEER, S. 66; RUOSS FIERZ MAGDALENA, Massnahmen gegen illegales Bauen: unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Diss. Zürich 1998 (zitiert: RUOSS FIERZ), S. 53.

7 BGE 123 II 248 (Oberägeri ZG) in ES VLP-ASPAN Nr. 1473 E. 3.a.bb; Urteil BGER 1C\_300/2016 vom 16.05.2017 (Hauterive NE) E. 4.1; EJPD/BRP, Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Bern 1981, Art. 22 N. 16.

8 Zur Ausnahme siehe z. B. Urteil BGER 1C\_92/2015 vom 18.11.2015 E. 4.

9 RUOSS FIERZ, 143.

10 BAUMANN ANDREAS, in: Baumann Andreas et al. (Hrsg.), Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 159 N 47; RUOSS FIERZ, S. 143.

11 RUOSS FIERZ, S. 143.

12 Urteil BGER 1C\_123/2014 vom 13.03.2014 (Murgenthal AG) E. 1.

13 Urteil BGER 1C\_202/2012 vom 08.01.2014 (Wolfwil SO) in ES VLP-ASPAN Nr. 4620 E. A.

14 Urteil BGER 1C\_139/2014 vom 17.03.2015 (Montreux VD) in ES VLP-ASPAN Nr. 4769 E. B.

me in Frage, die rein baulich zwar zulässig sind, aber einer unrechtmässigen Nutzung – häufig Wohnzwecken – zugeführt wurden.<sup>15</sup> In solchen Fällen kommt das Nutzungsverbot einem Abbruchbefehl sehr nahe.

Das Nutzungskonzept<sup>16</sup> ist eine Massnahme, die die Nutzung einer Baute an Auflagen und Bedingungen knüpft. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass das Bau- und Planungsrecht und insbesondere das Umweltrecht beachtet werden. Im Rahmen des Nutzungskonzepts trifft die Behörde vielfältige Massnahmen, die nicht zwingend das Gebäude an sich betreffen müssen: Sie beschränkt beispielsweise die Anzahl Personen, die in einem lärmintensiven Unternehmen tätig sein dürfen, oder begrenzt die Öffnungszeiten eines am Fuss der Skipisten gelegenen Gastrobetriebs.<sup>17</sup>

## 2.2 Verjährung der Wiederherstellung

Die Verjährung ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz,<sup>18</sup> der auch angewendet wird, wenn eine explizite Rechtsgrundlage fehlt.<sup>19</sup> Sie beruht auf dem Grundsatz der Rechtssicherheit und auf praktischen Überlegungen, denn es ist schwierig, den Sachverhalt nach einer langen Zeit noch zu ermitteln.<sup>20</sup> Bei der Verjährung spielt weder der gute Glaube der Bauherrschaft eine Rolle noch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit.<sup>21</sup> 1981 erklärte das Bundesgericht, dass bei widerrechtlichen Bauten für Anordnungen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands generell die Verjährung zum Tragen komme (siehe Ziff. 2.2.1).<sup>22</sup>

Aufgrund bestimmter öffentlicher Interessen kann die Behörde jedoch ausnahmsweise eine Wiederherstellung einfordern, obschon viel Zeit verstrichen ist.<sup>23</sup> In solchen Fällen geht es vor allem um den Schutz polizeilicher Güter (z.B. Gewässerschutz,<sup>24</sup> Lawinenschutz<sup>25</sup>). Laut Bundesgericht können – unabhängig von der bereits verstrichenen Zeit – auch andere übergeordnete öffentliche Interessen eine Wieder-

herstellung rechtfertigen, etwa die Beseitigung erheblicher Beeinträchtigungen der Umwelt, des Ortsbildes oder der Landschaft.<sup>26</sup> Die Verletzung des Trennungsgrundsatzes zwischen Bauzone und Nichtbauzone gehört nicht dazu (siehe folgendes Kapitel).

Die Behörde kann nicht frei entscheiden, ob und wann sie eingreift. Sobald sie Kenntnis von einer widerrechtlichen Baute hat, muss sie ein Verfahren zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands einleiten und darf nicht bis zum letzten Moment zuwarten.<sup>27</sup>

---

15 ZAUGG ALDO/LUDWIG PETER, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 4. A., Bern 2013 (zitiert: ZAUGG/LUDWIG, Kommentar BauG-BE, Art. N), Art. 46 N. 10 in fine; siehe z. B. Urteil BGER 1C\_907/2013 (Chalais VS) E. 3.

16 Begriff entliehen bei ZAUGG/LUDWIG, Kommentar BauG-BE, Art. 46 N. 10.

17 Siehe Urteil unter Ziffer 4.1.1 bzw. Urteil BGER 1C\_640/2015 vom 20.09.2016 (Davos GR) E. 5.4.

18 TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, Genf/Zürich/Basel 2011 (zitiert: TANQUEREL), N. 740.

19 Urteil BGER 1C\_406/2011 vom 07.03.2012 (Bachenbülach ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 4305 E. 2.6.

20 Urteil BGER 1C\_726/2013 vom 24.11.2014 (Ballwil LU) in ES VLP-ASPAN Nr. 4717 E. 4; BGE 136 II 359 (Kriens LU) in ES VLP-ASPAN Nr. 3957 E. 8.

21 WALKER SPÄH CARMEN, Zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, PBG-aktuell Nr. 1/2008 5 ff., S. 17.

22 BGE 107 Ia 121 (Zürich ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 4821 E. 1.a.

23 Wenn im kantonalen Recht eine Verjährungsfrist vorgesehen ist, so umfasst es im Übrigen auch systematisch eine spezifische Regelung für Fälle, in denen die Wiederherstellung durch übergeordnete oder zwingende Interessen geboten ist.

24 Urteil BGER 1C\_320/2011 vom 30.05.2012 (Steffisburg BE) in ES VLP-ASPAN Nr. 4358 E. 5.3.

25 Urteil BGER 1C\_195/2010 vom 06.09.2010 (Hérémece VS) in ES VLP-ASPAN Nr. 4003 E. 5.1.

26 Urteil BGER 1C\_726/2013 vom 24.11.2014 (Ballwil LU) in ES VLP-ASPAN Nr. 4717 E. 4 in fine; eine andere Meinung vertritt WALDMANN BERNHARD, Rechtliches Regime von rechtswidrigen Bauten und Anlagen, in: Griffel Alain et al. (Hrsg.), Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Zürich 2016, S. 579–610 (zitiert: WALDMANN), S. 596.

27 Urteil BGER 1C\_398/2011 vom 07.03.2012 (Bern BE) in ES VLP-ASPAN Nr. 4327 E. 3.8.

### 2.2.1 Dauer der Verjährungsfrist

In Anlehnung an die «Ersitzung» nach Artikel 662 Absatz 1 des Zivilgesetzbuches (ZGB)<sup>28</sup> hat das Bundesgericht für die Wiederherstellung eine Frist von 30 Jahren statuiert.<sup>29</sup> Diese Frist gilt insbesondere für diejenigen Kantone, die in ihren Planungs- und Baugesetzen keine ausdrückliche Frist zur Wiederherstellung festgelegt haben.<sup>30</sup>

Selbst wenn kantonale Verjährungsfristen vorgesehen sind, hat bei Bauten ausserhalb der Bauzone die bundesgerichtlich festgelegte Frist Vorrang. Bauten ausserhalb der Bauzone tangieren Bundesinteressen (Trennungsgrundsatz zwischen Bauzone und Nichtbauzone). Deshalb ist es gerechtfertigt, die bundesgerichtliche Frist von 30 Jahren anzuwenden.<sup>31</sup> Der Trennungsgrundsatz bietet umgekehrt aber keinen Anlass, für Bauten ausserhalb der Bauzone eine längere Frist vorzusehen.<sup>32</sup>

### 2.2.2 Beginn der Verjährungsfrist

Die kantonalrechtlichen Fristen laufen, sobald die (widerrechtlichen) Arbeiten erkennbar<sup>33</sup> oder beendet<sup>34</sup> sind. Ist eine Baute fertiggestellt, beginnt die gerichtlich festgelegte Frist, innerhalb derer die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verlangt werden kann. Weder Rechtsprechung noch Lehre scheinen festgelegt zu haben, ab wann eine Baute als fertiggestellt zu betrachten ist.

Als massgeblichen Zeitpunkt kann der Tag gewählt werden, an dem eine Wohn- oder Betriebsbewilligung für die Baute hätte erteilt werden können (Bauabnahme). Dabei handelt es sich um Bewilligungen, die kantonalrechtlich geregelt sind. Bei der Kontrolle, die für die Erteilung der Wohnbewilligung nötig ist, werden primär wohnhygienische und sicherheitsrelevante Anforderungen geprüft.<sup>35</sup> Der Zeitpunkt, in dem eine solche Bewilligung hypothetisch hätte erteilt werden können, scheint dem Zeitpunkt der Fertigstellung der Baute zu entsprechen.

Eine andere Lösung wäre, sich auf den Begriff der Vollendung der Arbeit zu beziehen, wie man ihn vom gesetzlichen Grundpfandrecht der Handwerker und Unternehmer (Art. 839 Abs. 2 ZGB) her kennt.<sup>36</sup> Diese Lösung hätte den Vorteil, dass sie in der ganzen Schweiz Geltung entfalten könnte. Gemäss Rechtsprechung werden Arbeiten dann als abgeschlossen betrachtet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bildeten, ausgeführt sind und das Werk übergeben werden kann. Nicht zu berücksichtigen sind dabei nebensächliche und geringfügige Ausbesserungsarbeiten.<sup>37</sup>

### 2.2.3 Unterbrechung der Verjährungsfrist

Um die Unterbrechung der Verjährungsfrist festzulegen, stützt sich das Bundesgericht – ebenfalls in Anlehnung an Artikel 662 Absatz 1 ZGB – an das Kriterium des unangefochtenen Besitzes. Dieser wird bereits gestört, d. h. die Frist unterbrochen, wenn die Behörde die Bauherrschaft auffordert, ein nachträgliches Bau-

---

28 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 12. Dezember 1907, SR 210.

29 BGE 107 Ia 121 (Zürich ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 4821.

30 Urteil BGer 1C\_726/2013 (Ballwil LU) vom 24.11.2014 in ES VLP-ASPAN Nr. 4717 E. 4.

31 Urteil BGer 1C\_150/2016 vom 20.09.2016 (La Baroche JU) in ES VLP-ASPAN Nr. 5189 E. 10.5.

32 Urteile BGer 1C\_726/2013 vom 24.11.2014 (Ballwil LU) in ES VLP-ASPAN Nr. 4717 E. 4; 1C\_254/2016 vom 24.08.2016 (Schneisingen AG) in ES VLP-ASPAN Nr. 5155 E. 7.2.

33 Art. 57 Abs. 4 des Walliser Baugesetzes vom 8. Februar 1996, SR VS 705.1; Art. 46 Abs. 3 des Berner Baugesetzes vom 9. Juni 1985, RSB 721.0.

34 Art. 36 Abs. 4 des jurassischen Bau- und Raumplanungsgesetzes (Loi sur les constructions et l'aménagement du territoire) vom 25. Juni 1987, RSJU 701.1.

35 Urteil BGer 1C\_262/2009 vom 14.04.2010 (Bonstetten ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 3993 E. 4.

36 Dank an Séverine Beuret für diese Idee.

37 BGE 102 II 206 E. 1.b.aa; 101 II 253; Urteil BGer 5D\_116/2014 vom 13.10.2014 E. 5.2.2.

---

gesuch einzureichen.<sup>38</sup> Der Besitz sollte aber erst dann als gestört erklärt werden, wenn sich die Behörde direkt an den Bauherrn richtet, dem sie die Widerrechtlichkeit vorwirft. Demgegenüber gilt der Besitz nicht als gestört, wenn die Behörde allgemeine Rechtsvorschriften erlässt, etwa eine Änderung des kommunalen Baureglements.<sup>39</sup>

Der Bauherr unterbricht die Frist auch dann zu seinem Nachteil, wenn er die Baute erweitert oder einem neuen Zweck zuführt. In solchen Fällen dürfte es sich um neue Bauten handeln, die eine neue Verjährungsfrist auslösen.<sup>40</sup> Verändern sich die Grösse, Funktion und auch die Raumeinteilung eines Gebäudes nicht, tritt die Verjährung ein.<sup>41</sup>

Die Verjährung wird auch nicht durch privatrechtliche Prozesse unterbrochen, die von unzufriedenen Nachbarn ausgelöst werden.<sup>42</sup>

---

38 Urteil BGer 1C\_784/2013 vom 23.06.2014 (Trun GR) in ES VLP-ASPAN Nr. 4684 E. 5.4.

39 Siehe dennoch Urteil BGer 1C\_622/2012 vom 11.04.2013 (St. Moritz GR) E. 4.2.

40 BGE 136 II 359 (Kriens LU) in ES VLP-ASPAN Nr. 3957 E. 8.3: Waldhütte, die zu einem Ferienhaus ausgebaut wurde. Urteil BGer 1C\_564/2010 vom 07.07.2011 (Jussy GE) in ES VLP-ASPAN Nr. 4180 E. 2: Demontierbares Schwimmbecken, das durch ein in den Boden eingelassenes Schwimmbecken ersetzt wurde.

41 WALDMANN, 596.

42 Urteile BGer 1C\_286/2016 vom 13.01.2017 (Trimmis GR) in ES VLP-ASPAN Nr. 5272 E. 5.2.1; 1C\_784/2013 vom 23.06.2014 (Trun GR) in ES VLP-ASPAN Nr. 4684 E. 5.4.

---

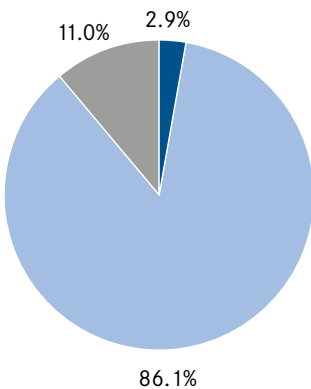
### 3 Strenge Haltung des Bundesgerichts

Ein Überblick über die bisherigen Entscheide<sup>43</sup> des Bundesgerichts zeigt, dass dieses klar dazu neigt, bei der Interessenabwägung zugunsten der Wiederherstellung zu urteilen. In 86,1 Prozent der Fälle von Bauten ausserhalb der Bauzone und in 90,3 Prozent der Fälle innerhalb der

Bauzone entschieden die Richter in Lausanne zugunsten der Wiederherstellung. Die Hauptgründe für diese strenge Haltung, die sich aus den Entscheiden ergeben, werden im nächsten Kapitel umschrieben.

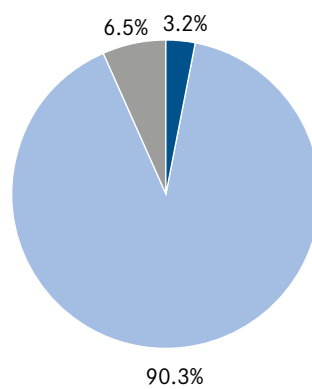
#### Ausgang der Beschwerden gegen Wiederherstellungsanordnungen in der Bauzone – 2010 bis 2016

- zugunsten der Wiederherstellung
- zuungunsten der Wiederherstellung
- teilweise gutgeheissen



#### Ausgang der Beschwerden gegen Wiederherstellungsanordnungen ausserhalb der Bauzone – 2010 bis 2016

- zugunsten der Wiederherstellung
- zuungunsten der Wiederherstellung
- teilweise gutgeheissen



Quelle: Vincent Jobin

---

43 Die Grafiken umfassen alle Bundesgerichtsentscheide zu Wiederherstellungsanordnungen, die sich zwischen 2010 und 2016 inhaltlich zur Zulässigkeit der Wiederherstellung äussern. In der vollständigen Version dieser Arbeit (siehe Fussnote 3) finden sich weitere Einzelheiten.

---

## 4 Gründe für diese strenge Haltung

Die Wiederherstellungsverfügung vernichtet materielle Werte und schränkt die Bauherrschaft bei der Nutzung ihrer Liegenschaft ein. Dies stellt einen Eingriff in das Grundeigentum dar, das in Artikel 26 der Bundesverfassung (BV) gewährleistet ist. Nutzt der Eigentümer seine Liegenschaft, um ein Einkommen zu erzielen, schränkt ihn die Wiederherstellungsverfügung auch in seiner Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) ein. Diese Grundrechte dürfen nur unter den Voraussetzungen von Artikel 36 BV eingeschränkt werden; das heisst, es muss eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse bestehen und die Verhältnismässigkeit muss gewahrt sein. Die ersten beiden Anforderungen lösen in der Regel keine Diskussionen aus, weshalb an dieser Stelle nur auf die Verhältnismässigkeit eingegangen wird (Art. 36 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 2 BV).

Die Behörde muss zudem das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) beachten. Unter Umständen kann auch der Schutz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) dazu führen, dass auf eine Wiederherstellung verzichtet wird.

### 4.1 Eingeschränkte Verhältnismässigkeitsprüfung

Die Verhältnismässigkeit beinhaltet die drei Aspekte «Eignung», «Erforderlichkeit» und «Verhältnismässigkeit im engeren Sinn». Eine Massnahme ist geeignet, wenn sie den Zweck wirksam erfüllt. Sie ist erforderlich, wenn keine anderen, weniger einschneidenden Massnahmen zur Verfügung stehen, um das Ziel zu erreichen. Verhältnismässig im engeren Sinn ist

die Massnahme, wenn das angestrebte öffentliche Interesse den Eingriff in die Rechte Privater nach einer Interessenabwägung rechtfertigt.<sup>44</sup>

#### 4.1.1 Prüfung der Erforderlichkeit

Das Bundesgericht äusserte sich im Fall einer Möbelschreinerei in einer Wohnzone, die schrittweise zu einem grösseren Schreinereibetrieb erweitert wurde, zur Erforderlichkeit der Massnahmen, die dem Betriebsinhaber zur Herbeiführung des rechtmässigen Zustands auferlegt wurden. Um den Betrieb zu erweitern, hätte der Beschwerdeführer eine Baubewilligung benötigt, die er aber nicht beantragt hatte.<sup>45</sup> Die ihm auferlegte Massnahme verlangte, die Lärmemissionen des Schreinereibetriebs, insbesondere das lärmintensive Verladen von Möbeln und Holz am frühen Morgen, auf das im Baureglement für Wohnzonen vorgesehene Mass zu reduzieren.

Um die morgendlichen Lärmemissionen zu verringern, legte die Gemeinde zudem fest, dass höchstens fünf Personen im Betrieb tätig sein durften. Diese Beschränkung erschien ihr geeignet, die Betriebskapazität und damit die zonenwidrigen Emissionen zu reduzieren. Der Betriebsinhaber verlangte demgegenüber, dass lediglich die Zahl der Motorfahrzeuge, die auf dem Betriebsparkplatz abgestellt werden durften, begrenzt wird. Das hätte aber nicht zwingend bedeutet, dass weniger Personen im Betrieb anwesend gewesen wären, denn es hätten

---

44 BGE 140 I 168 (Vully-les-Lacs VD) in ES VLP-ASPAN Nr. 4593 E. 4.2.1.

45 Urteil BGer 1C\_489/2015 vom 25.02.2016 (Worb BE) in ES VLP-ASPAN Nr. 5033.



Die Schreinerei in Rüfenacht BE befindet sich inmitten eines Wohnquartiers. Um den Lärm zu begrenzen, entschied das Bundesgericht, dass maximal fünf Personen gleichzeitig in der Schreinerei arbeiten dürfen.  
Foto: F. Wyss, VLP-ASPAN

mehrere Personen in einem Auto zum Betrieb fahren können.

Das Bundesgericht bemängelte die Anordnung der Gemeinde. Diese sei zu einschneidend, weil sie die maximal zulässige Zahl der Mitarbeitenden in absoluter Weise auf fünf beschränke. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb dem Beschäftigungsgrad der am Betriebsstandort zulässigen Personen nicht Rechnung getragen wurde. Es spiele keine Rolle, ob eine Person zu 100 Prozent oder zwei Personen zu 50 Prozent beschäftigt seien. Wenn beispielsweise zwei Personen zu 50 Prozent arbeiten, aber nicht gleichzeitig am Betriebsstandort anwesend seien, so erhöhe dies die zonenwidrigen Emissionen des Betriebs im Vergleich zu einer Vollzeitkraft nicht. Wesentlich sei deshalb, dass höchstens fünf Personen gleichzeitig im Betrieb anwesend seien. Eine darüber hinausgehende Beschränkung der Beschwerdeführerin bei der Organisation ihres Betriebs sei unverhältnismässig (E. 4.3).

Die Erforderlichkeit spielt auch eine wichtige Rolle bei der widerrechtlichen Nutzung von Bauten ausserhalb der Bauzone. Genügt, wenn ein leer stehender Stall widerrechtlich zu Wohnzwecken umgenutzt wird, ein Nutzungsverbot oder soll man verlangen, dass das Gebäude abgerissen wird? In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung finden sich dazu verschiedene Hinweise.

In einem dieser Entscheide<sup>46</sup> ging es um den Umbau eines ausserhalb der Bauzone gelegenen Hundezwingers. Dieser war mit der Auflage bewilligt worden, dass er nicht vergrössert werden durfte. Der Bauherr hatte jedoch das Gebäude für die Hunde abgerissen und durch ein zweistöckiges Wohngebäude mit einer grösseren Grundfläche ersetzt. Der Neubau konnte mit Blick auf Artikel 22 oder 24 ff. RPG nachträglich nicht bewilligt werden. Die Baukommission der Gemeinde ordnete daraufhin an, die vier Fenster an der Stirnseite des Hauses und die Treppe in den zweiten Stock zu

entfernen. Ausserdem untersagte sie jeglichen Wasseranschluss. Das Kantonsgericht schützte den Entscheid und ergänzte ihn mit dem ausdrücklichen Verbot, die Baute zu Wohnzwecken zu nutzen.

Das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) führte erfolgreich Beschwerde gegen diesen Entscheid und forderte einen Totalabbruch. Nach Ansicht des Bundesgerichts gewährleisteten die verfügbaren Massnahmen nicht, dass das Haus dauerhaft unbewohnt bleibt: Es bleibe auf allen Seiten geschlossen (der Holzunterstand war früher auf zwei Seiten offen), wärmeisoliert und von stattlicher Grösse. Auch wenn die umstrittenen Massnahmen vorgenommen würden, sei das Gebäude objektiv gesehen weiterhin bewohnbar. Ein zusätzliches Nutzungsverbot wäre nicht zielführend, da es unverhältnismässige Kontrollmassnahmen zur Folge hätte. Ein rechtmässiger Zustand könne letztlich nur erreicht werden, wenn das betreffende Gebäude beseitigt werde (E. 5).<sup>47</sup>

In einem anderen Fall<sup>48</sup> hatte der Beschwerdeführer, ein Landwirt, ein Gesuch für den Bau eines Wohnhauses in der Landwirtschaftszone gestellt, damit er und sein Angestellter in der Nähe des zu bewirtschaftenden Bodens und der Tiere wohnen konnten. Das Haus hatte er dann allerdings an Personen ohne Bezug zum landwirtschaftlichen Betrieb vermietet. Weiter hatte er den angebauten Einstellraum ohne Bewilligung so errichtet, dass er bewohnbar war, und ihn mit dem Haus verbunden. Die zuständige Behörde stellte fest, dass eine nachträgliche Bewilligung nicht möglich

---

46 Urteil BGER 1C\_202/2012 vom 08.01.2014 (Wolfwil SG) in ES VLP-ASPAN Nr. 4620.

47 Siehe Urteil BGER 1C\_786/2013 vom 08.10.2014 (Mels SG) in ES VLP-ASPAN Nr.05164, E. 5.1 f. nicht in BGE 140 II 509 publiziert.

48 Urteil BGER 1C\_135/2016 vom 01.09.2016 (Forst-Längenbühl BE) in ES VLP-ASPAN Nr. 5165.

war. In einer Verfügung hielt sie deshalb fest, dass der Beschwerdeführer innert Jahresfrist die nötigen Massnahmen für die landwirtschaftliche Nutzung des Wohnhauses zu treffen habe und ordnete den Rückbau der im Einstellraum eingebauten sechs Fenster an.

Bezüglich der Frage, ob die Nutzung des Wohnhauses für (nicht in der Landwirtschaft tätige) Dritte verboten werden musste, stellte das Bundesgericht fest, dass in Anbetracht der vorliegenden schwerwiegenden Verletzung sogar ein Abbruchbefehl in Frage kommt. Aus dieser Sicht war ein Nutzungsverbot ohne Zweifel verhältnismässig (E. 5). Bezüglich der Fenster des Einstellraums machte der Beschwerdeführer geltend, die Verhinderung der Wohnnutzung hätte auch erreicht werden können, wenn der Einstellraum nachträglich unverändert bewilligt, die Bewilligung jedoch –unter Androhung einer Busse – mit der Auflage erteilt worden wäre, den Raum nicht für Wohnzwecke zu nutzen. Die Gemeinde habe keinen Anspruch, jene Massnahmen anzuordnen, die für sie am einfachsten und günstigsten zu kontrollieren seien. Das Bundesgericht war anderer Auffassung: Ein Benützungsverbot wäre hier schwierig durchsetzbar, da es nur um einen einzelnen Raum eines Gebäudes gehe. Der Rückbau der Fenster erweise sich nicht nur als geeignet; er sei auch erforderlich, um zu verhindern, dass der Abstellraum widerrechtlich zu Wohnzwecken genutzt werde (E. 4).

In einem weiteren Fall hatte ein Landwirt das Dachgeschoss seines in der Landwirtschaftszone gelegenen Hauses zu zwei Wohnungen ausgebaut und diese vermietet. Das Kantonsgericht verlangte, die Innenwände der Wohnungen abzureissen und einzelne Fenster sowie einen Balkon zurückzubauen. Der Beschwerdeführer hielt diese vorsorglichen Massnahmen für unverhältnismässig. Das Bundesgericht war jedoch anderer Meinung und bestätigte den kantonalen Entscheid.<sup>49</sup> Mit Begriffe, die dem Strafrecht entnommen waren, hielt es fest, dass solche Massnahmen zulässig

seien, wenn ein Rückfall zu befürchten sei. Angesichts der abgelegenen Lage der betroffenen Baute und der Böswilligkeit des Beschwerdeführers sei dies im vorliegenden Fall zu erwarten. In anderen Worten ist es durchaus korrekt, bei einer Gesetzesverletzung zu verlangen, dass der frühere Zustand wiederhergestellt wird, um die Behörde von der Aufgabe zu entlasten, die Einhaltung des Verbot zu prüfen (E. 2.5).<sup>50</sup>

Zusammengefasst, geht es bei der Wahl zwischen Abbruchbefehl und Nutzungsverbot darum, den optimalen Weg zu finden, um das angestrebte öffentliche Interesse zu wahren und zum rechtmässigen Zustand der Baute zurückzukehren. Ausserhalb der Bauzone besteht dieses öffentliche Interesse vor allem auch in der Trennung von Bauzone und Nichtbauzone. Im Falle eines widerrechtlichen Neubaus<sup>51</sup> wird dieses Interesse, wie unser erstes Beispiel zeigt, dadurch befriedigt, dass die Baute abgerissen wird.

Im zweiten Beispiel wich das Bundesgericht von dieser Praxis ab: Es wies lediglich darauf hin, dass ein Abbruchbefehl angezeigt gewesen wäre.<sup>52</sup> So war es dem Landwirt und seinem Angestellter möglich, das erstellte Haus künftig selber zu bewohnen: Die Nutzung wäre damit zonenkonform. Die Behörde konnte sich also, da eine rechtmässige Nutzung nicht

---

49 Urteil BGer 1C\_101/2011 vom 26.10.2011 (Yvorne VD) in ES VLP-ASPAN Nr. 4261 E. 2.5.

50 Siehe Urteil BGer 1C\_37/2013 vom 09.10.2013 (Hütten ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 4570 E. 7.

51 In manchen Fällen besteht keine klare Grenze zwischen Renovierung und Neubau. Zu dieser Abgrenzung siehe z. B. Urteil BGer 1C\_106/2017 vom 31.05.2017 (X. TI): Ein wiederaufgebautes Rustico, von dem nur zwei Mauern erhalten sind, ist ein Neubau.

52 Das Bundesgericht hat von dieser Anordnung abgesehen, da es im Prinzip nicht zu einer reformatio in peius befugt ist (Art. 107 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, SR 173.110; TANQUEREL, N. 1402).

ausgeschlossen war, damit begnügen, eine bestimmte Art der Nutzung zu untersagen.<sup>53</sup> Diese Lösung birgt jedoch die Gefahr, dass das Verbot nicht eingehalten wird. Um diese Gefahr abzuwenden, muss sie regelmässig Kontrollen durchführen.

Die Frage der Kontrolle stellt sich besonders im Zusammenhang mit Nutzungsverböten. Selbst wenn diese im Fall einer Wiederhandlung mit der Androhung einer Busse verbunden sind, ist nicht gewährleistet, dass sie eingehalten werden. Deshalb ist es nötig, sie durch bauliche Massnahmen zu ergänzen. In dieser Hinsicht vertritt das Bundesgericht eine klare Haltung: Wenn Behörden mit unverhältnismässigem Aufwand überwachen müssen, ob das Nutzungsverbot eingehalten wird, können sie strengere Massnahmen anordnen.<sup>54</sup>

## Für das Bundesgericht ist klar: Die Behörde kann strengere Massnahmen ergreifen, um sich einen unverhältnismässigen Kontrollaufwand zu ersparen.

### 4.1.2 Interessenabwägung

Die Interessenabwägung muss zwischen dem oben erwähnten öffentlichen Interesse (bzw. den öffentlichen Interessen) an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes und dem privaten Interesse der Bauherrschaft an ihrer Baute und deren Nutzung erfolgen. Die Bauherrschaft trägt die Kosten, die ihr widerrechtliches Verhalten verursacht.<sup>55</sup> Einerseits besteht das private Interesse darin, die Wiederherstellungskosten<sup>56</sup> zu vermeiden. Andererseits sollen die in die widerrechtliche Baute investierten Mittel und die mit der Baute verbundenen Er-

träge<sup>57</sup> erhalten werden. Das Bundesgericht ist der Auffassung, dass diese Kosten amortisiert werden können: Je länger die Bauherrschaft aus der widerrechtlichen Nutzung einen Vorteil gezogen hat, umso geringer wird der finanzielle Schaden sein, den sie aufgrund der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu tragen hat.<sup>58</sup> Häufig relativiert das oberste Gericht auch die Höhe der Wiederherstellungskosten, indem es diese ins Verhältnis zu den Gesamtbaukosten setzt.<sup>59</sup>

Das Bundesgericht hält zwar fest, dass bei der Interessenabwägung im Rahmen einer Wiederherstellung die Frage der Kosten von zentraler Bedeutung ist.<sup>60</sup> Die folgenden Beispiele relativieren jedoch diese Aussage.

---

53 In diesem Sinne Urteil BGer 1C\_556/2009 vom 23.04.2010 (Kriens LU) in ES VLP-ASPAN Nr. 3957, E. 11 nicht publiziert in BGE 136 II 359. Umgekehrt verstanden erhärtet es diesen Standpunkt. Das Bundesgericht ordnete den Abriss eines Unterstands an, der gemäss Bewilligung ausschliesslich für die Unterstellung eines Traktors bestimmt war, aber so umgebaut wurde, dass ein Traktor nicht mehr hineinpasste: Da die rechtmässige Nutzung nicht mehr möglich war, musste der Unterstand abgebrochen werden.

54 Siehe auch Urteil BGer 1C\_283/2017 vom 23.08.2017 (Hochwald SO) E. 4.1.

55 Urteil BGer TF 1C\_191/2010 vom 07.10.2010 (Kloten ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 4075 E. 3.3.

56 Z. B. Urteil BGer 1C\_533/2015 vom 06.01.2016 (Künten AG) in ES VLP-ASPAN Nr. 5021 E. 4.2.

57 Z. B. Urteil BGer 1C\_101/2011 vom 26.10.2011 (Yvorne VD) in ES VLP-ASPAN Nr. 4261 E. 2.4.

58 Vgl. Urteile BGer 1C\_342/2014 vom 23.03.2015 (Lachen SZ) in ES VLP-ASPAN Nr. 4819 E. 5.4; 1C\_718/2013 vom 20.03.2014 (Andermatt UR) in ES VLP-ASPAN Nr. 4768 E. 5.5; 1C\_3/2010 vom 01.07.2010 (Küssnacht a. R. SZ) E. 4.3.

59 Urteile BGer 1C\_434/2014 vom 18.06.2015 (Saint-Aubin-Sauges NE) in ES VLP-ASPAN Nr. 4890; 1C\_276/2010 vom 21.10.2010 (Montreux VD) in ES VLP-ASPAN Nr. 4041.

60 Urteil BGer 1C\_397/2009 (Dietikon ZH) vom 26.04.2010 E. 4.5.



Bis wann muss eine widerrechtliche Baute entfernt werden? Im Fall von Folientunneln setzte das Bundesgericht aus Gründen der Verhältnismässigkeit eine Frist bis Ende November, damit das angebaute Gemüse nicht vernichtet werden muss. Foto: M.-F. Ravel, VLP-ASPAN

Ausserhalb der Bauzone wurden folgende Kosten für die Wiederherstellung als rechtmässig erachtet:

- 160'000 Franken für den Rückbau einer Fläche, die 20 m<sup>2</sup> grösser ist als dies Artikel 24c RPG für die Erweiterung bestehender Bauten zulässt, sowie für die Beseitigung eines Dachfensters und das Versetzen einer Heubühne;<sup>61</sup>
- 1 Million Franken für den Abbruch und Wiederaufbau eines Gebäudes, das sich zu 90 % innerhalb des gesetzlichen Waldabstands befindet und 81 m<sup>2</sup> grösser ist als dies nach Artikel 24c RPG zulässig ist;<sup>62</sup>
- 80'000 Franken für die Wiederherstellung eines Pferdestalls bzw. der doppelte Betrag, wenn man die verlorene Investition in den Stall berücksichtigt, der zum Teil (mit einer Fläche von 30 m<sup>2</sup>) in der Landwirtschaftszone liegt.<sup>63</sup>

Innerhalb der Bauzone wurden folgende Wiederherstellungskosten gutgeheissen:

- 300'000 bis 500'000 Franken für eine Überschreitung der maximal bewilligten Fläche um 109 m<sup>2</sup>, was eine Übernutzung des Grundstücks im Umfang von 36,7 % bedeutet;<sup>64</sup>
- 74'000 Franken für eine Mauer, die 60 bis 80 cm in ein fremdes Grundstück hineinragt und damit einen Abstand von 2 m zum Nachbarhaus aufweist;<sup>65</sup>
- 300'000 Franken für die Missachtung der Grenzabstände und das Fehlen eines Näherbaurechts.<sup>66</sup>

---

61 Urteil BGer 1C\_61/2014 vom 30.06.2015 (Rougemont VD) in ES VLP-ASPAN Nr. 4880.

62 Urteil BGer 1C\_415/2014 vom 01.10.2015 (Walchwil ZG) in ES VLP-ASPAN Nr. 4942.

63 Urteil BGer 1C\_404/2009 vom 12.05.2010 (Herznach AG) in ES VLP-ASPAN Nr. 3985.

64 Urteil BGer 1C\_299/2015 vom 13.04.2016 (Oberentfelden AG) in ES VLP-ASPAN Nr. 5063.

65 Urteil BGer 1C\_434/2014 vom 18.06.2015 (Saint-Aubin-Sauges NE) in ES VLP-ASPAN Nr. 4890.

66 Urteil BGer 1C\_287/2011 vom 25.11.2011 (X. GR) in ES VLP-ASPAN Nr. 4276.

Für die geringe Gewichtung der Kosten gibt es gute Gründe. Je gravierender die Baurechtsverletzung ist, desto teurer ist es, sie rückgängig zu machen. Würde den Kosten in der Interessenabwägung hohe Bedeutung beigemessen, so würden schwerwiegende Verstösse stärker geschützt und das Baurecht unverhältnismässig geschwächt.<sup>67</sup> Dem finanziellen Aspekt der Wiederherstellung wird aus diesem Grund kein besonderes Gewicht beigemessen.<sup>68</sup>

## Die Wiederherstellungskosten sind in der Interessenabwägung nicht entscheidend.

Die Interessenabwägung ist somit nicht dazu da, um festzustellen, ob die Wiederherstellung für den Bauherrn zumutbar ist. Zu Recht weist RUOSS FIERZ<sup>69</sup> denn auch darauf hin, dass zum Zeitpunkt der Wiederherstellung keine Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinne mehr stattfindet. Sie erfolgte bereits beim Erlass der verletzten Rechtsnorm sowie beim allfälligen Entscheid über die Erteilung einer Ausnahmebewilligung. Die Frage der Verhältnismässigkeit wurde dadurch genügend geprüft.<sup>70</sup>

Ein weiterer Grund für die geringe Bedeutung der Wiederherstellungskosten ist der Umstand, dass sich die Interessenabwägungen im Planungs- und Baurecht in erster Linie an den Planungszielen und -grundsätzen des RPG (Artikel 1 und 3) orientiert.<sup>71</sup> Es beruft sich jedoch keines der untersuchten Urteile auf diese beiden Artikel, um die Verhältnismässigkeit einer Wiederherstellung zu beurteilen.

Die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne kommt also bei der Wiederherstellung nur beschränkt zum Ausdruck: wenn die Abweichung von der Regel geringfügig ist oder echte Chancen bestehen, dass die Baute durch eine künftige Rechtsänderung rechtmässig genutzt

werden kann. Zum Ausdruck kommt sie auch in den Fristen für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands.

## Die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne ist bei der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands von beschränkter Bedeutung.

Nur in zwei der untersuchten Urteile bezeichnete das Bundesgericht einen Regelverstoss als geringfügig. Im ersten Fall<sup>72</sup> hatten der zuständige Stadtrat und mit ihm das Kantonsgericht die Tatsache, dass ein von den Beschwerdegegnern erstellter Aussensitzplatz (in Form eines Podestes) 6 cm höher war als bewilligt, als unbedeutend eingestuft. Mit den Bestimmungen über die Gebäudehöhe – die in diesem Fall verletzt wurden – sollten die Nachbarn geschützt werden, und zwar insbesondere gegen den Schattenwurf. Das Bundesgericht befand, die 6 cm Mehrhöhe sei für einen durchschnittlichen Betrachter bzw. für die beschwerdeführenden Nachbarn nicht wahrnehmbar. Eine Wiederherstellung hätte somit keinen praktischen

---

67 Urteile BGer 1C\_480/2011 vom 24.04.2012 (Dietikon ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 4346 E. 4.4; 1C\_262/2009 vom 14.04.2010 (Bonstetten ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 3993 E. 4.5.3; 1C\_287/2011 vom 25.11.2011 (X. GR) in ES VLP-ASPAN Nr. 4276 E. 3.5.2.

68 Urteile BGer 1C\_464/2015 vom 14.06.2016 (Bonvillars VD) in ES VLP-ASPAN Nr. 5099 E. 2.2; 1C\_292/2016 vom 23.02.2017 (Coinsins VD) in ES VLP-ASPAN Nr. 5286 E. 3.2.

69 RUOSS FIERZ, S. 153–159.

70 RUOSS FIERZ, S. 158.

71 Urteil BGer 1C\_250/2009 vom 13.07.2010 (Bellerive VD) in ES VLP-ASPAN Nr. 4036 E. 3.4.

72 Urteil BGer 1C\_126/2013 vom 29.11.2013 (Frauenfeld TG).

Nutzen. Es schützte deshalb die Weigerung der Vorinstanzen, eine Herabsetzung des Podests anzuordnen (E. 5).

Das zweite Urteil betraf eine Lagerhalle für Tierfutter in der Landwirtschaftszone. Der Beschwerdegegner, ein Landwirt, hatte sie 16,6 m anstatt der bewilligten 15 m von seinem Ökonomiegebäude entfernt errichtet. Die Firsthöhe war gegenüber der Baubewilligung um 9 cm reduziert und die Dachgesimse waren um 30 cm erhöht worden. Das Vordach war 1,5 m statt wie bewilligt 1 m breit. Die Weigerung der Vorinstanzen, die Wiederherstellung anzuordnen, wurde vom Bundesgericht bestätigt, da es sich um geringfügige Abweichungen von der Baubewilligung handle. Die Änderung der Firsthöhe ermögliche keine Erweiterung der Lagerkapazitäten. Auch die wesentlichen Eigenschaften der Baute seien nicht berührt. Die Anforderungen an das Bauen in der Landwirtschaftszone sind sehr hoch. Es scheint jedoch, dass die realisierte Baute trotz Missachtung der präzisen Bestimmungen der Baubewilligung keine gravierenderen Nachteile gegenüber dem bewilligten Vorhaben hatte.<sup>73</sup>

Wenn es um das Bauen ausserhalb der Bauzone geht, urteilt das Bundesgericht streng. Das gilt auch für die oben erwähnten Beispiele, bei denen die Abweichungen von den zulässigen Werten lediglich 20 bzw. 30 m<sup>2</sup> betragen. In diesen Fällen hielt das Bundesgericht fest, dass es sich nicht um geringfügige Überschreitungen handle, weil bereits Artikel 24c RPG und Artikel 41 ff. der Raumplanungsverordnung (RPV)<sup>74</sup> eine (ausnahmsweise) Mehrnutzung erlaube und die Überschreitungen zu dieser Nutzung hinzukämen. Nach Bundesgericht sind widerrechtliche Bauten ausserhalb der Bauzone deshalb grundsätzlich nicht als geringfügige Abweichung vom Gesetz zu betrachten.<sup>75</sup> Allerdings muss der Grundsatz der Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet bei dieser Beurteilung tatsächlich verletzt werden.

Die Chancen, eine widerrechtliche Baute im Hinblick auf eine künftige Rechtsänderung

als rechtmässig anerkennen zu lassen, sind relativ klein. Die Gesetzesanpassung zugunsten der Bauherrschaft muss in naher Zukunft und mit ausreichender Wahrscheinlichkeit erfolgen. Ein Beispiel gibt es im Zusammenhang mit der von der Bundesversammlung am 23. Dezember 2011 verabschiedeten Neuregelung von Artikel 24c RPG. Die Referendumsfrist lief bis am 13. April 2012 und verstrich ungenutzt. Mit Blick auf das sich ändernde Recht wies das Bundesgericht in einem Urteil vom 15. März 2012 eine Abbruchverfügung zur Neubeurteilung zurück.<sup>76</sup>

In einem anderen Fall reichte es hingegen nicht, eine Änderung des kantonalen Richtplans, die ein ausserhalb der Bauzone gelegenes Gebiet als Erholungsgebiet von kantonalen Bedeutung ausschied, als ausreichende Grundlage für eine strittige Aussenraumnutzung zu betrachten. Der entsprechende Richtplan war zwar genehmigt; für die vorgesehene Nutzung musste jedoch noch ein kantonaler Gestaltungsplan erarbeitet werden.<sup>77</sup> Da innerkantonale ein Rekurs gegen den Gestaltungsplan erhoben worden war und weitere Rechtsmittel offen standen, schien es wenig wahrscheinlich, dass der Plan in naher Zukunft in Kraft treten würde. In einem andern Fall, bei dem der Zonenplan noch nicht rechtskräftig war, schloss das Bundesgericht ebenfalls aus, das Wiederstellungsverfahren zu sistieren. Der Zonenplan sei vom Kanton zwar genehmigt worden, aber voraussichtlich werde noch «einige Zeit» vergehen, bis er in Kraft trete. Der Ausgang des Zonenplanrevisionsverfahrens sei ungewiss und

73 Urteil BGer 1C\_150/2016 vom 20.09.2016 (La Baroche JU) in ES VLP-ASPAN Nr. 5189 E. 8.3.

74 Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000, SR 700.1.

75 Urteil BGer 1C\_248/2010 vom 07.04.2011 (Apples VD) E. 4.2.

76 Urteil BGer 1C\_187/2011 vom 15.03.2012 (Flums SG) in ES VLP-ASPAN Nr. 4315 E. 3.4 f.

77 Urteil BGer 1C\_730/2013 vom 04.06.2014 (Stallikon ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 4647 E. 8.3.3.

es sei nicht auszuschliessen, dass die Zonenplanrevision nicht zustande komme.<sup>78</sup>

Die Verhältnismässigkeit kommt in einem weiteren Aspekt – bei der Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Ausführungsfrist) – zum Ausdruck. Die Ausführungsfrist entspricht der Dauer, während der die Bauherrschaft die widerrechtliche Baute noch nutzen und sich organisieren kann, um die Wiederherstellung vorzunehmen. Eine Ausführungsfrist von drei Monaten scheint die Regel zu sein.<sup>79</sup> Sie liegt jedoch im Ermessen der Behörde.<sup>80</sup> Sie kann die Frist mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des Falles, beispielsweise im Hinblick auf den Umfang der anstehenden Arbeiten, festlegen.

So setzte das Bundesgericht für den Abbau von Folientunnel eine Frist bis Ende November, damit das angebaute Gemüse nicht vernichtet werden musste;<sup>81</sup> eine Metallkonstruktion zur Beschattung einer Restaurantterrasse war bis Ende der Sommersaison abzubauen. Die Behörden und die Bauherrschaft konnten die Sommermonate so nutzen, um einvernehmlich eine ästhetisch zufriedenstellende Lösung zu finden.<sup>82</sup> Eine 30-tägige Frist, um die Wohnnutzung von Räumlichkeiten in der Industriezone rückgängig zu machen, ist verhältnismässig, da in diesem Fall die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nicht aufwändig ist.<sup>83</sup> Zu berücksichtigen ist, dass die Wiederherstellung im Falle von Beschwerden zeitlich hinausgeschoben wird und die widerrechtliche Baute während eines zusätzlichen Zeitraums genutzt werden kann.<sup>84</sup>

## 4.2 Selten anerkannte Gleichbehandlung im Unrecht

Es besteht ein klares öffentliches Interesse daran, dass das Gesetz im Allgemeinen und das Planungs- und Baurecht im Besonderen eingehalten werden. Allerdings kann dieses Interesse mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 8

Abs. 1 BV) in Konflikt geraten. Dieser verlangt, dass gleiche Situationen gleich behandelt werden. Wenn eine Behörde das Gesetz andauernd missachtet, könnte ein Bauherr daraus den Anspruch ableiten, dass das Gesetz für ihn keine Gültigkeit hat. Dem ist jedoch nicht so. Der Bürger kann nur ausnahmsweise eine Gleichbehandlung im Unrecht geltend machen: Voraussetzung ist, dass die Behörde in zahlreichen vergleichbaren Fällen wiederholt vom Gesetz abgewichen ist und zu erkennen gibt, dass sie diese Praxis auch in Zukunft weiterführen wird. Zudem ist eine solche Praxis nur zulässig, wenn kein überwiegendes öffentliches Interesse daran bestehen, dass der Grundsatz der Gesetzmässigkeit vorgeht.<sup>85</sup> Eine widerrechtliche Praxis kann darin bestehen, dass die Behörde rechtswidrige Bewilligungen erteilt oder es unterlässt, das Recht durchzusetzen.<sup>86</sup>

### 4.2.1 Selten vergleichbare Situationen

Für das Bundesgericht müssen die Situationen, auf die sich die Bauherrschaft bezieht, mit ihrer eigenen Situation übereinstimmen. Unterschiede können sich bereits aus dem Rechtsstatus

---

78 Urteil BGer 1C\_330/2013 vom 15.10.2013 (SZ) E. 2.2 f.

79 In diesem Sinne FRITZSCHE CHRISTOPH/BÖSCH PETER/WIPF THOMAS, Zürcher Planungs- und Baurecht – Planungsrecht, Verfahren und Rechtsschutz, Verein Zürcher Gemeindeschreiber und Verwaltungsfachleute (Hrsg.), Band 1, 5. A., Zürich 2011 (zitiert: Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Baurecht), S. 487.

80 ROUSS FIERZ, S. 159.

81 Urteil BGer 1C\_561/2012 vom 04.10.2013 (Nennigkofen SO) in ES VLP-ASPAN Nr. 4516 E. 4.2.

82 Urteil BGer 1C\_3/2010 vom 01.07.2010 (Küssnacht a. R. SZ) E. 5.

83 Urteil BGer 1C\_427/2014 vom 25.03.2015 (Küssnacht a. R. SZ) in ES VLP-ASPAN Nr. 4813 E. 10.3.

84 RAVEL MARIE-FRANCE/WINKLER GLADYS, Illegale Bauten: was tun? Rechtsprechung und Praxis, in: VLP-ASPAN, Raum & Umwelt Nr. 4/2004, Bern 2004 (zitiert: RAVEL/WINKLER), S. 31.

85 BGE 139 II 49 (Genf GE) E. 7.1.

86 Urteil BGer 1C\_330/2013 vom 15.10.2013 (SZ) E. 4.1.



Ein Winzer platzierte auf einer Natursteinmauer eine weithin sichtbare Werbebotschaft. Das Bundesgericht entschied, dass dies ein zu grosser Eingriff in das Landschaftsbild sei. Quelle: P. Vetter, valaisduvin.com

der widerrechtlichen Baute ergeben. Wer beispielsweise einen Teil seiner Räumlichkeiten in der Industriezone ohne Vorliegen einer Bewilligung rechtswidrig zu Wohnzwecken nutzt, kann nicht geltend machen, dass andere dies in derselben Zone ebenso halten, wenn diese über eine rechtskräftige Baubewilligung verfügen.<sup>87</sup>

Das Bundesgericht verlangt weiter, dass die Sachverhalte sehr ähnlich sind. Ein Winzer beispielsweise, der auf den Mauern seines Rebbergs eine Werbebotschaft anbrachte, indem er diese teilweise abgewaschen hatte, konnte sich nicht darauf berufen, dass sich in den Rebbergen anderer Winzer ebenfalls Werbungen befanden. Eine Ähnlichkeit bezüglich der Nutzung des Rebbergs zu Werbezwecken reichte also nicht aus, um eine Gleichbehandlung gel-

tend zu machen, vor allem weil für die Werbung eine andere Form gewählt wurde.<sup>88</sup> Diese Unterscheidung nach der Art und Weise der Werbung ist fragwürdig: In seinem Urteil erklärte das Bundesgericht einige Zeilen weiter oben bei der Frage, ob der strittige Schriftzug bewilligungspflichtig sei, dass nicht die verwendete Methode massgebend sei, sondern das Resultat bzw. die Auswirkungen des Schriftzugs auf die Umgebung.<sup>89</sup>

<sup>87</sup> Urteil BGer 1C\_330/2013 vom 15.10.2013 (SZ) E. 4.3.

<sup>88</sup> Urteil BGer 1C\_618/2014 vom 29.07.2015 (Sion VS) in ES VLP-ASPAN Nr. 4902 E. 6.1.

<sup>89</sup> E. 4.2.

Ebenfalls verweigert hat das Bundesgericht den Vergleich zwischen

- einem baurechtswidrigen Kiesplatz und einem Steinplattenweg, den ein Nachbar angelegt hatte,<sup>90</sup>
- der Nutzung eines Grundstücks in der Landwirtschaftszone durch einen Wohnwagen zu Wohnzwecken und der früheren Nutzung dieses Grundstücks als Abstellplatz für Lastwagen,<sup>91</sup>
- Sichtschutzwänden auf einem Balkon, die aus Plexiglas und Holz bestanden und ein sehr heterogenes Bild ergaben, und solchen, die visuell einem Kubus mit klaren Linien entsprachen und sich vorteilhaft ins Ortsbild integrierten,<sup>92</sup> sowie
- den ideellen Immissionen eines sexgewerblichen Betriebs und den materiellen Immissionen, die mit anderen Geschäftstätigkeiten verbunden sind.<sup>93</sup>

#### 4.2.2 Willen der Behörde zur Fortsetzung der widerrechtlichen Praxis

Das Bundesgericht geht grundsätzlich davon aus, dass die betroffene Behörde die widerrechtliche Praxis im Anschluss an das richterliche Urteil beendet.<sup>94</sup> Für den Rechtsuchenden ist es deshalb besonders schwierig, das Gegenteil nachzuweisen. Im folgenden Urteil, in dem es um widerrechtliche Bauten ging, schwächte das Bundesgericht diese Regel jedoch ab.

Auch die Untätigkeit einer Behörde kann dazu führen, dass ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht entsteht. In einem Fall aus der Stadt Bern<sup>95</sup> hatte die zuständige Behörde eine Baute rechtmässig bewilligt. Sie hatte jedoch seit mindestens drei Jahren Kenntnis davon, dass in zahlreichen Wohnungen, die sich in einem von Bund und Kanton als schützenswert bezeichneten Gebiet befinden, Kunststofffenster eingebaut worden waren, obwohl das Baureglement und eine Weisung der Stadt dies untersagten. 60 bis 70 Prozent der Häuser im Quartier erfüllten diese Vorgaben nicht mehr.

In den drei Jahren erliess die Gemeinde nur in einem einzigen Fall eine Wiederherstellungsvorfügung. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit verzichtete sie aber darauf, diese durchzusetzen. Hier handelt es sich somit um eine ständige Praxis der Behörde vor, die den Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht rechtfertigt (E. 3.8).

Das Bundesgericht unterscheidet auch bei der Frage, wie die Behörde eine widerrechtliche Praxis zu beenden hat: Im Falle einer positiven Handlung reicht es, wenn die Behörde zukünftig Besserung verspricht. Besteht die widerrechtliche Praxis hingegen in einer systematischen Unterlassung, reicht dies nicht. Die Behörde muss mehr tun. Sie muss unter Beweis stellen, dass sie bereit ist, die Bewilligungspflicht durchzusetzen und mögliche Wiederherstellungsmassnahmen anzuordnen. Ansonsten bleibt die Gefahr, dass die Ungleichbehandlung nach dem Urteil weiterbesteht, vorhanden.

Besteht die widerrechtliche Praxis in einer Unterlassung, muss die Behörde mehr tun, als nur zu versprechen, künftig rechtmässig zu handeln.

---

90 Urteil BGer 1C\_472/2012 vom 19.03.2013 (Ferrera GR) E. 4.3.

91 Urteil BGer 1C\_37/2013 vom 09.10.2013 (Hütten ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 4570 E. 5.3.

92 Urteil BGer 1C\_342/2014 vom 23.03.2015 (Lachen SZ) in ES VLP-ASPAN Nr. 4819 E. 3.5.

93 Urteil BGer 1C\_83/2012 vom 18.07.2012 (Wangen-Brüttli-sellen ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 4377 E. 2.7.

94 Moor/Flückiger/Martenet, S. 629 f.

95 Urteil BGer 1C\_398/2011 vom 07.03.2012 (Bern BE) in ES VLP-ASPAN Nr. 4327 E. 3.7.



Die Weissensteinsiedlung in der Stadt Bern ist im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung (ISOS) der höchsten Schutzkategorie (A) zugeteilt. Quelle: F. Wyss, VLP-ASPAN

Im Fall der Stadt Bern hiess das Bundesgericht die Beschwerde der Personen gut, die eine Baubewilligung für das Montieren von Kunststofffenstern eingereicht hatten, welche die Stadt verweigert hatte. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die gewünschten Fenster eingebaut werden durften. In seiner Entscheidung, in dem es den Fall an die Vorinstanz zurückwies, präzisierte das Bundesgericht, dass der Stadt eine angemessene Frist einzuräumen sei, um eine gesetzeskonforme Bewilligungs- und Wiederherstellungspraxis herbeizuführen. Der Nachweis für eine solche Praxis könne über die Durchführung rechtskonformer Verfahren bei den betroffenen Gebäuden oder mit dem Erlass einer Verwaltungsverordnung erbracht werden, deren Einhaltung die Aufsichtsbehörde

zu überwachen habe. Bleibe die Stadt innert der vorgegebenen Frist untätig, sei den Beschwerdeführern die Bewilligung zum Einbau der Kunststofffenster zu erteilen (E. 3.9).

#### 4.3 Selten gewährter Vertrauensschutz

Der Vertrauensschutz schützt das Vertrauen der Bürger in das Verhalten der Behörde, das Gesetz in Bezug auf seine Baute rechtmässig anzuwenden.<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> 6 BGE 132 II 21 (Turbenthal ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 3092; 136 II 359 (Kriens LU).

Für die Gewährung des Vertrauensschutzes müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- 1) die Behörde hat in einer konkreten Angelegenheit vorbehaltlos gehandelt;
- 2) die Behörde muss für die Sache zuständig gewesen sein oder der Private durfte sie nach Treu und Glauben dafür als zuständig halten;
- 3) der Private konnte die Fehlerhaftigkeit der Information oder des Versprechens nicht erkennen und war selbst gutgläubig;
- 4) der Private hat aufgrund dieses Verhaltens eine Disposition getätigt, die ohne Nachteile nicht wieder rückgängig gemacht werden kann;
- 5) die Rechtslage hat sich zwischen dem Zeitpunkt des Versprechens und dem Zeitpunkt, in dem der Vertrauensschutz geltend gemacht wird, nicht verändert.<sup>97</sup>

Diese strengen und kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen haben häufig zur Folge, dass der Vertrauensschutz nicht geltend gemacht werden kann. Im Folgenden wird näher auf die Voraussetzungen eingegangen, die erfüllt sein müssen, um sich auf den Vertrauensschutz zu berufen.

#### 4.3.1 **Zuständige oder scheinbar zuständige Behörde**

Eine Behörde kann sich in verschiedener Hinsicht als unzuständig erweisen. So ist eine Gemeinde beispielsweise nicht dafür zuständig, Bauten ausserhalb der Bauzone zu bewilligen. Die Kompetenz für die Bewilligung von Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone liegt nach Artikel 25 Absatz 2 RPG bei der kantonalen Behörde. Erteilt eine Gemeinde dennoch eine solche Bewilligung, ist diese, weil die Gemeinde nicht zuständig ist, nichtig.<sup>98</sup> Hier stellt sich die Frage, ob eine solche Bewilligung trotz ihrer Nichtigkeit eine hinreichende Vertrauensgrundlage darstellen kann, die den Schutz des guten Glaubens auslöst und der Bewilligung zum

Durchbruch verhelfen kann. Das Bundesgericht räumte eine solche Wirkung zaghaft ein: Es sei verständlich, dass ein Privater in gutem Glauben keine Kenntnis von der Zuständigkeitsordnung im Bereich der Bewilligungen ausserhalb der Bauzonen habe.<sup>99</sup>

In einem andern Fall gab eine Gemeinde in einer Baubewilligung der Bauherrschaft Anlass zur Annahme, dass sie berechtigt war, über bestimmte Arbeiten an einem ausserhalb der Bauzone gelegenen Häuschen zu entscheiden. Gleichzeitig erinnerte sie an das Erfordernis einer kantonalen Bewilligung und schuf damit eine unklare Situation. Diese ist gemäss Bundesgericht zugunsten der Bauherrschaft zu entscheiden.<sup>100</sup>

In den meisten Fällen scheidet die Bauherrschaft jedoch, wenn sie den Nachweis erbringen muss, dass sie in gutem Glauben nichts von der kantonalen Zuständigkeit wusste. In einem jüngeren Urteil hatte ein Grundeigentümer im Abstand von einigen Jahren in der Landwirtschaftszone ein Wohnhaus mit Carport und Tennisplatz errichtet. Dafür wurden ihm zwei kommunale Bewilligungen erteilt. Seine Gutgläubigkeit wurde ihm dennoch nicht bestätigt. Ihm wurde vielmehr zur Last gelegt, dass sein Architekt Kenntnis von Artikel 25 Absatz 2 RPG gehabt hatte oder hätte haben sollen. Im Übrigen hatte das kantonale Amt für Gemeinden und Raumordnung ihm erklärt, wie er vorgehen musste, um eine Ausnahmbewilligung nach Artikel 24 RPG zu

---

97 BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Zürich 2007, Art. 9 N. 15, 17; BGE 108 Ib 377 (Saint-Cergue VD) E. 3.b.

98 BGE 111 Ib 213 (Gontenschwil AG) in ES VLP-ASPAN Nr. 2126 E. 5.

99 Urteil BGer 1A.208/2006 vom 24.05.2007 (Ropraz VD) in ES VLP-ASPAN Nr. 3412 E. 5.2; vgl. auch BGE 132 II 21 (Turbenthal ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 3092 E. 6.2.2; differenzierteres Urteil BGer 1C\_537/2011 vom 26.04.2012 (Blonay VD) in ES VLP-ASPAN Nr. 4862 E. 2.3.1.

100 Urteil BGer 1C\_497/2010 vom 30.05.2011 (Chardonne VD) in ES VLP-ASPAN Nr. 4160 E. 3.2.

erlangen. Der Baugesuchsteller konnte sich auch aus einem weiteren Grund nicht auf den guten Glauben berufen: Auf dem Formular für das Baugesuch war das Feld «Ausnahme» angekreuzt. Dabei wurde auf das kantonale Recht verwiesen, das die zuständige Behörde für Bauten ausserhalb der Bauzone bestimmt.<sup>101</sup>

## Die Verletzung der kantonalen Zuständigkeit gemäss Artikel 25 Absatz 2 RPG kann nur selten durch den Schutz von Treu und Glauben geheilt werden.

### 4.3.2 Handlungen der Behörde, die den Vertrauensschutz begründen

#### Positive Handlungen

Die betreffende Behörde muss für ihre Handlungen nicht nur zuständig sein, sie müssen auch so ausgestaltet sein, dass sie den Bürger in seinem guten Glauben schützen können. Das Verwaltungsverfahren ist ein schriftliches Verfahren. Mündlich erteilte Auskünfte bilden somit keine hinreichende Vertrauensgrundlage.<sup>102</sup>

Die Bauabnahme ist eine Handlung, von der man annehmen könnte, dass sie den Vertrauensschutz begründet. Sie ist jedoch Ausfluss einer Kontrolle, die sich in der Regel auf wohnhygienische und sicherheitsrelevante Anforderungen beschränkt<sup>103</sup> und beinhaltet daher keine eingehende Prüfung der Baubewilligung und ihrer Umsetzung. Deshalb eignet sie sich auch nicht dafür, die Rechtmässigkeit einer Baute sicherzustellen.<sup>104</sup> Da die behördliche Bauabnahme zudem nach Abschluss der Arbeiten erfolgt, kann diese den Bauherren gar nicht dazu veranlassen, widerrechtliche Arbeiten durchzuführen.<sup>105</sup>

Das Bundesgericht stellte in einem Fall in der Luzerner Gemeinde Kriens in Abrede, dass durch den Anschluss einer Baute ausserhalb der Bauzone an die Kanalisation ein besonderes Vertrauensverhältnis geschaffen wurde. Der Anschluss erfolgte lediglich aus gewässerschutzrechtlichen Gründen, unabhängig von der Rechtmässigkeit der betroffenen Baute.<sup>106</sup> In einem andern Fall reichte es auch nicht aus, dass das Bauinspektorat ein Stockwerkeigentümerreglement genehmigte.<sup>107</sup> Für den Schutz des guten Glaubens ist es schliesslich auch unerheblich, wenn eine Gemeinde Abgaben einzieht, zumindest wenn diese nicht spezifisch mit dem rechtswidrigen Zustand zusammenhängen.<sup>108</sup>

#### Unterlassungen

Da die Behörde verpflichtet ist, gegen widerrechtliche Bauten vorzugehen (siehe Ziff. 2), kann der Bauherr, wenn die Behörde untätig bleibt, von der Rechtmässigkeit seines Handelns ausgehen.<sup>109</sup> In solchen Fällen ist allerdings grosse Zurückhaltung geboten,<sup>110</sup> denn allein die Tatsache, dass eine Behörde untätig

101 Urteil BGer 1C\_276/2016 vom 01.06.2017 (Roches BE).

102 Urteile BGer 1C\_443/2010 vom 06.06.2011

(Troistorrents VS) in ES VLP-ASPAN Nr. 4168 E. 4.2; 1C\_464/2010 vom 26.05.2011 (Roggwil BE) E. 6.3; 1C\_191/2010 vom 07.10.2010 (Kloten ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 4075 E. 3.3.

103 Vgl. Fussnote 35.

104 Urteil BGer 1C\_262/2009 vom 14.04.2010 (Bonstetten ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 3993 E. 4.

105 Urteil BGer 1C\_537/2011 vom 26.04.2012 (Blonay VD) in ES VLP-ASPAN Nr. 4862 E. 2.3.2 f.

106 BGE 136 II 359 (Kriens LU) in ES VLP-ASPAN Nr. 3957 E. 7.2.

107 Urteil BGer 1C\_277/2012 vom 16.11.2012 (Oberwil BL) in ES VLP-ASPAN Nr. 4412 E. 5.3.

108 Urteil BGer 1C\_622/2012 (St. Moritz GR) vom 11.04.2013 E. 4.1.

109 Urteil BGer 1C\_393/2009 vom 04.01.2010 (Luzern LU) E. 5.1.

110 Urteil BGer 1C\_83/2012 vom 18.07.2012 (Wangen-Brüttisellen ZH) E. 3.3; 1C\_176/2009 vom 28.01.2010 (Rüttenen SO) E. 2.2.1.



In viele Häuser der Weissensteinsiedlung in Bern bauten die Hauseigentümer Kunststoff- statt Holzfenster ein, obwohl dies gemäss kommunaler Bauordnung und gestützt auf das ISOS nicht erlaubt ist. Die Behörde setzte diese Bestimmung während längerer Zeit nicht um. Das Bundesgericht wies sie an, eine rechtskonforme Bewilligungspraxis zu erarbeiten und Kunststoff-Fenster zu untersagen. Foto: Felix Wyss, VLP-ASPAN

bleibt, genügt nicht. Die Behörde muss den baurechtswidrigen Zustand geduldet haben, obschon ihr die Gesetzwidrigkeit bekannt war oder sie diese bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte kennen müssen.<sup>111</sup> Diese Duldung muss im Übrigen über mehrere Jahre gedauert haben. 24 bzw. 20 Jahre können ausreichend sein, nicht aber 15 Monate bzw. 2 oder 3 Jahre.<sup>112</sup>

## Die Behörde ist verpflichtet, gegen widerrechtliche Bauten vorzugehen.

Zu reden geben oft auch Abbruchverfügungen, die während Jahren toter Buchstabe waren und plötzlich «wiederentdeckt» werden. Auch dazu gibt es verschiedene Urteile. In einem davon<sup>113</sup> ging es um eine in der Landwirtschaftszone erstellte Pergola. Die kantonale Behörde hatte festgestellt, dass diese widerrechtlich errichtet worden war und 1994 ihren Abbruch gefordert. Dieser ist aber nie erfolgt. 2010 ging das Grundstück an neue Eigentümer über. Sie reichten 2012 ein Baubewilligungsgesuch ein. In diesem Zusammenhang wurde die Behörde auf die Pergola aufmerksam, deren Dach – das beinahe zusammengebrochen war – erneuert worden war. Die kantonale Behörde forderte erneut die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands.

Das Kantonsgericht rettete die Pergola vor dem Abbruch und das Bundesgericht folgte ihm. Im Einvernehmen mit der Gemeinde – aber ohne den ehemaligen Eigentümer zu informieren – hatte der Kanton darauf verzichtet, die Pergola abbrechen zu lassen. Er hatte die Gemeinde aber beauftragt, ihn zu informieren, wenn an ihr Unterhaltsarbeiten durchgeführt werden. Sowohl der Kanton als auch die Gemeinde duldeten somit die widerrechtliche

Baute. Die neuen Eigentümer hingegen wussten jedoch weder von der Abmachung zwischen dem Kanton und der Gemeinde noch von der Widerrechtlichkeit der Pergola, obwohl sie sich bei der Gemeinde erkundigt hatten. Sie sind deshalb in ihrem guten Glauben zu schützen. Bei den Arbeiten am Dach handelte es sich um einfache Unterhaltsarbeiten, die den geringfügigen widerrechtlichen Zustand nicht verschärfen.

In einem anderen Fall ging es ebenfalls um eine in der Landwirtschaftszone errichtete Baute<sup>114</sup>. Das Departement für Raumentwicklung des Kantons Neuenburg hatte 2003 angeordnet, dass der Bauherr, ein Landwirt, im Schuppen gelagertes Material, das keinen Bezug zur Landwirtschaft hatte, zu entfernen hatte. Das Verwaltungsgericht hatte diese Anordnung 2006 bestätigt. Viele Jahre später, 2014, forderte das Departement im Rahmen eines anderen Baubewilligungsgesuchs den Landwirt erneut dazu auf, das Material zu beseitigen. Das Departement war somit mehr als zehn Jahre lang untätig geblieben. In diesem Fall taxierte das Bundesgericht den Beschwerdeführer als tollkühn («téméraire») und schlug einen ganz anderen Ton an: Die Wiederherstellungsanordnung sei Ergebnis eines umfassenden Rechtsmittelverfahrens gewesen. Dies schliesse per se aus, dass man dem Departement unterstellen könne, eine rechtswidrige Situation zu dulden, insbesondere wenn es sich um eine Nutzung ausserhalb der Bauzone handle.

In Bezug auf die zehnjährige Untätigkeit machte das Bundesgericht naheliegende praktische Gründe geltend. Die Verwaltung könne

111 BGE 136 II 359 (Kriens LU) in ES VLP-ASPAN Nr. 3957 E. 7.1.

112 Urteil BGER 1C\_176/2009 vom 28.01.2010 (Rüttenen SO) E. 2.2.2.

113 Urteil BGER 1C\_196/2016 vom 13.02.2017 (Le Landeron NE) in ES VLP-ASPAN Nr. 5269.

114 Urteil BGER 1C\_302/2016 vom 18.01.2017 (La Chaux-de-Fonds NE) in ES VLP-ASPAN Nr. 5316.

nicht systematisch und kontinuierlich überwachen, ob ihre Entscheide ausgeführt würden. Man könne im Gegenteil vom Bauherrn erwarten, dass er die ihn betreffenden Entscheide von sich aus respektiere und umsetze. Da er an allen Verfahren beteiligt gewesen sei, die zur Beseitigungsanordnung geführt hätten, habe er auch keineswegs gutgläubig gehandelt. In diesem Sinne bekräftigte das Bundesgericht die erneute Beseitigungsanordnung.

## Die Verwaltung kann die Ausführung ihrer Entscheide nicht systematisch und kontinuierlich überwachen. Der Bauherr muss die ihn betreffenden Entscheide von sich aus respektieren und umsetzen.

Diese beiden Urteile geben Aufschluss darüber, welche Arten von Duldungen Vertrauensschutz begründen können. Im ersten Fall, in welchem der Kanton eine widerrechtliche Baute während zwanzig Jahren geduldet hatte, hat er die Augen vor dem rechtswidrigen Zustand bewusst und in Kenntnis der Sachlage verschlossen. Im zweiten Fall dauerte die Duldung weniger lang und sie erfolgte vor allem auch nicht absichtlich. Hinzu kam, dass der Bauherr böswillig gehandelt hatte. Er wusste genau, dass sein Materiallager widerrechtlich war. Dies war im ersten Fall anders: Die Käufer waren gutgläubig. Sie wussten nicht, dass die Pergola widerrechtlich erstellt worden war, und dass die Behörden dies duldeten, ohne sie zu informieren. Sie hatten sich zudem die Mühe genommen, sich bei der Gemeinde zu erkundigen.

Das Einholen entsprechender Informationen ist wichtig. In früheren Urteilen hatte das Bundesgericht festgehalten, dass sich der Erwerber einer widerrechtlichen Baute den bösen Glauben des Verkäufers anrechnen lassen muss.<sup>115</sup> Er kann sich nicht auf den Verkaufsvertrag stützen, um sich auf den Vertrauensschutz zu berufen.<sup>116</sup> So wird von ihm erwartet, dass er im Grundbuch nachschaut, sich bei der kommunalen und – im Fall von Bauten ausserhalb der Bauzone – kantonalen Behörde erkundigt und vom Verkäufer Einsicht in die Baubewilligungen und entsprechenden Pläne verlangt.<sup>117</sup> Der Käufer ist somit einer relativ weitgehenden Sorgfaltspflicht unterworfen (Due Diligence).<sup>118</sup>

### 4.3.3 Treu und Glauben des Bauherrn

Sowohl Behörden als auch Private müssen nach Treu und Glauben handeln (Art. 5 Abs. 3 BV). Dieser Grundsatz spielt eine zentrale Rolle, wenn es um den Vertrauensschutz bei behördlicher Untätigkeit geht. Im guten Glauben handelt der Bürger, der bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt angenommen hat und annehmen durfte, seine Baute oder die von ihm ausgeübte Nutzung seiner Baute sei rechtmässig.<sup>119</sup> Entsprechend ist zu prüfen, inwieweit der Bürger das Baurecht kennen oder eben nicht kennen muss. Wer eine formell widerrechtliche Baute errichtet hat (Baute ist bewilligungsfähig, eine Baubewilligung wurde aber nicht eingeholt), muss

---

115 Urteile BGER 1C\_533/2015 vom 06.01.2016 (Künten AG) in ES VLP-ASPAN Nr. 5021 E. 3.4; 1C\_122/2016 vom 07.09.2016 (Arzier-Le Muids VD) E. 6.2.2 f.

116 Urteil BGER 1C\_533/2015 vom 06.01.2016 (Künten AG) in ES VLP-ASPAN Nr. 5021 E. 3.4.

117 Urteil BGER 1C\_408/2009 vom 11.02.2010 (St. Gallen SG) in ES VLP-ASPAN Nr. 3926 E. 3.3.3.

118 Siehe Warnung des ARE unter <https://www.are.admin.ch/are/de/home/raumentwicklung-und-raumplanung/raumplanungsrecht/bauen-ausserhalb-der-bauzonen.html> (09.01.2018).

119 BGE 136 II 359 (Kriens LU) in ES VLP-ASPAN Nr. 3957 E. 7.1.

nachweisen, dass er die Baubewilligungspflicht gutgläubig verkannt hat. Sonst kann er nicht geltend machen, dass er an die materielle Rechtmässigkeit seines Vorhabens glaubte.<sup>120</sup> Gemäss Bundesgericht darf vorausgesetzt werden, dass die grundsätzliche Bewilligungspflicht für Bauvorhaben allgemein bekannt ist, selbst bei baurechtlichen Laien.<sup>121</sup> Dies gilt nicht nur, wenn bauliche Veränderungen vorgenommen werden,<sup>122</sup> sondern auch bei Nutzungsänderungen ohne bauliche Massnahmen, etwa bei der Umnutzung einer Wohnung in einen Erotikbetrieb<sup>123</sup> oder der Erstellung einer Wohnung in einer Industriezone.<sup>124</sup>

## Auch Laien sollten vom Grundsatz der Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet Kenntnis haben.

Allerdings gibt es hier auch Grenzfälle. Kann man beispielsweise von einem Coiffeur verlangen, dass er Bescheid wusste über die Baubewilligungspflicht für den Salon, den er in seiner Garage eingerichtet hatte, wenn dieser a priori keine nennenswerten Auswirkungen auf Umwelt oder Erschliessung hat? Diese Frage lässt sich mit Blick auf die getätigte Investition beantworten: Je höher diese war, desto eher kann man vom Bauherrn erwarten, dass er von der Baubewilligung, die sein Vorhaben erfordern würde, Kenntnis hatte.<sup>125</sup>

Der zentrale Grundsatz der Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet sollte allgemein bekannt sein. Gemäss Bundesgericht müssen auch Laien davon wissen und die Ausnahmebestimmungen von Artikel 24 ff. RPG zwar nicht in den Einzelheiten, aber in groben Zügen kennen.<sup>126</sup> Sie sollten also wissen, dass in Nicht-

bauzonen, insbesondere in Landwirtschaftszonen, grundsätzlich nicht gebaut werden darf. Wer ohne Bewilligung ausserhalb der Bauzone baut oder eine Nutzungsänderung vornimmt, gilt folglich als bösgläubig, es sei denn es liegen besondere Umstände vor.

Bauwillige sind grundsätzlich verpflichtet, sich vor Beginn der Bauarbeiten zu informieren. Das gilt insbesondere für Leute, die mit rechtlichen Belangen nicht oder wenig vertraut sind.<sup>127</sup> Auch bei ausländischer Herkunft kann man sich nicht darauf berufen, die Bauvorschriften nicht gekannt zu haben.<sup>128</sup> Dem Bauherrn kann letztlich aus verschiedenen Gründen vorgeworfen werden, er habe böswillig gehandelt.

Zutreffen kann dies,

- wenn er die Arbeiten fortsetzt, obwohl ihn die Behörde aufgefordert hat, sie einzustellen,<sup>129</sup>
- wenn ein Baubewilligungsverfahren für die strittigen Arbeiten hängig ist,<sup>130</sup>
- wenn er nicht zum ersten Mal widerrechtlich eine Baute erstellt,<sup>131</sup>

---

120 Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Baurecht, 486.

121 Urteil BGER 1C\_179/2013 vom 15.08.2013 (Mühleberg BE) in ES VLP-ASPAN Nr. 4494 E. 5.3.

122 Urteil BGER 1C\_326/2011 vom 22.03.2012 (Affoltern ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 4334 E. 3.4.

123 Urteil BGER 1C\_83/2012 vom 18.07.2012 (Wangen-Brüttisellen ZH) E. 3.2.

124 Urteil BGER 1C\_427/2014 vom 25.03.2015 (Küssnacht a. R. SZ) in ES VLP-ASPAN Nr. 4813 E. 10.1.2.

125 Urteil BGER 1C\_480/2011 vom 24.04.2012 (Dietikon ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 4346 E. 4.3 f.

126 Urteil BGER 1C\_143/2015 vom 13.11.2015 (Finhaut VS) in ES VLP-ASPAN Nr. 4957 E. 2.3.3.

127 Urteil BGER 1C\_533/2015 vom 06.01.2016 (Künten AG) in ES VLP-ASPAN Nr. 5021 E. 3.5.

128 Urteil BGER 1C\_83/2012 vom 18.07.2012 (Wangen-Brüttisellen ZH) E. 3.4.

129 BGE 136 II 359 (Kriens LU) in ES VLP-ASPAN Nr. 3957 E. 7.1.

130 Urteil BGER 1C\_333/2010 vom 16.02.2011 (Veytaux VD) E. 4.2.

131 Urteil BGER 1C\_3/2010 vom 01.07.2010 (Küssnacht a. R. SZ) E. 4.2.



Vielleicht um etwas mediterranes Flair nach Montreux zu holen, pflanzte ein Bauherr an einer Hanglage Zypressen. Trotz der relativ geringen Auswirkungen auf die Landschaft musste er die Bäume wieder entfernen. Die hohen Kosten von 140'000 Franken waren laut Bundesgericht wegen der Bösgläubigkeit des Bauherrn nicht ungerechtfertigt. Foto: Commune de Montreux

- wenn er bereits zu einem früheren Zeitpunkt für andere Bauvorhaben Baugesuche eingereicht hatte und er damit das Verfahren kennt,<sup>132</sup>
- wenn im Grundbuch die zulässige Nutzung bestimmter Räume bezeichnet wird und er davon abweicht<sup>133</sup>
- oder auch wenn im Kaufvertrag auf die zulässige Nutzung der erworbenen Räumlichkeiten hingewiesen wird.<sup>134</sup>

Berücksichtigt bei der Frage der Gut- oder Bösgläubigkeit wird auch, ob der Bauherr durch einen Fachmann, zum Beispiel einen Architekten, unterstützt wird.<sup>135</sup>

### 4.3.4 Interessenabwägung

Über den Vertrauensschutz kann das Legitimitätsprinzip durchbrochen werden. Deshalb gilt es, das Interesse des Bauherrn am Schutz seines Vertrauens und das öffentliche Interesse an einer korrekten Rechtsanwendung gegeneinander abzuwägen. Die oben erwähnten Voraussetzungen für den Vertrauensschutz sind jedoch derart streng, dass das Bundesgericht nur selten eine solche Interessenabwägung vornehmen muss.

In einem der Bundesgerichtsurteile ging es um eine Bauherrin, die der Gemeinde ein Muster des Verputzes zugestellt hatte, den sie für die Renovation ihres denkmalgeschützten Gebäudes verwenden wollte. Dabei hatte sie darauf hingewiesen, dass der Verputz «so wie heute zwischen den Steinen» angebracht werden sollte. Die Gemeinde retournierte das Muster mit der Angabe, dass sie die Farbe genehmige, ohne jedoch etwas zum Umfang des Verputzes zu sagen. In der Folge wollte die Gemeinde die Bauherrin dazu verpflichten, das Gebäude vollständig zu verputzen. Das Bundesgericht stellte in seinem Urteil zum einen fest, dass die vorbehaltlose Bewilligung des detaillierten Baugesuchs dahingehend interpretiert werden müsse, dass die Gemeinde den Verputz

zwischen sichtbaren Steinen gutgeheissen habe. Zum anderen bestand aus verschiedenen Gründen nur ein geringes öffentliches Interesse an einer korrekten Rechtsanwendung, denn das kommunale Baureglement sah für die Frage des Verputzes Ausnahmen vor. Auch zeigte sich aus dem Objektblatt des kantonalen Schutzinventars, dass die Baute nur teilweise verputzt war. Die Beschwerdeführerin setzte sich gegen einen vollständigen Verputz nicht zur Wehr. Sie fand bloss, dass die Gemeinde die Kosten hierfür zu übernehmen hatte.<sup>136</sup> Das öffentliche Interesse an der korrekten Rechtsanwendung war in diesem Fall somit nicht nur gering. Es konnte ihm auch unter Wahrung des Vertrauensschutzes der Beschwerdeführerin zum Durchbruch verholfen werden.

Bei Bauten ausserhalb der Bauzone spricht die Interessenabwägung in der Regel zugunsten der Wiederherstellung, selbst wenn der Bauherr gutgläubig gehandelt hat.

---

132 Urteile BGer 1C\_12/2011 vom 26.04.2011 (Thal SG) in ES VLP-ASPAN Nr. 4111 E. 4.1; 1C\_101/2011 vom 26.10.2011 (Yvorne VD) in ES VLP-ASPAN Nr. 4261 E. 2.2.

133 Urteil BGer 1C\_408/2009 vom 11.02.2010 (St. Gallen SG) in ES VLP-ASPAN Nr. 3926 E. 3.3.3.

134 Urteil BGer 1C\_622/2012 (St. Moritz GR) vom 11.04.2013 E. 4.1.

135 BGE 132 II 21 (Turbenthal ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 3092 E. 6.2.2.

136 Urteil BGer 1C\_149/2015 vom 06.01.2016 (Coppet VD) in ES VLP-ASPAN Nr. 4994 E. 5.2.

Bei Bauten ausserhalb der Bauzone spricht die Interessenabwägung in der Regel zugunsten der Wiederherstellung, selbst wenn der Bauherr gutgläubig gehandelt hat. Werden illegal errichtete Bauten während langer Zeit geduldet, wird der Grundsatz der Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet in Frage gestellt und rechtswidriges Verhalten nicht geahndet.<sup>137</sup>

#### 4.4 Zusammenhang zwischen Verhältnismässigkeit und Treu und Glauben

Die Unnachgiebigkeit des Bundesgerichts erklärt sich auch aus dem Zusammenspiel von Treu und Glauben und Verhältnismässigkeit. Dabei übt der Grundsatz von Treu und Glauben einen massgebenden Einfluss auf die Verhältnismässigkeit aus. Dies zeigt sich darin, dass auch ein Bauherr, der nicht gutgläubig gehandelt hat, sich auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit berufen kann. Wird die Behörde aber vor vollendete Tatsachen gestellt, muss der Bauherr in Kauf nehmen, dass diese das Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes höher gewichtet und die dem Bauherrn erwachsenden Nachteile nicht oder nur geringfügig berücksichtigt.<sup>138</sup> Hat der Bauherr dabei sein Vorhaben in Kenntnis seiner Rechtswidrigkeit getätigt, ist von einer Bösgläu-

bigkeit auszugehen und demnach hat er auf eigenes Risiko gehandelt.<sup>139</sup>

Der Schutz von Treu und Glauben des Bauherrn ist, wie schon mehrfach aufgezeigt, sehr beschränkt. Er muss seine Rechte und Pflichten sehr genau kennen, was oft nicht der Fall ist. So gelten Bauherren selten als gutgläubig. Meistens findet deshalb auch keine echte Interessenabwägung statt.

### Der Bauherr gilt selten als gutgläubig. Wenn die Gutgläubigkeit fehlt, findet keine umfassende Überprüfung der Verhältnismässigkeit statt.

Im Zusammenhang mit der Bösgläubigkeit ist ein Fall zu erwähnen, in dem das Bundesgericht die Tragweite der Auswirkungen von materiell widerrechtlich gepflanzten Zypressen auf die Landschaft einerseits relativierte, andererseits aber aufgrund der Bösgläubigkeit der Beschwerdeführer es als gerechtfertigt erachtete, die Beseitigung der Pflanzen mit Kosten in der Höhe von 140'000 Franken anzuordnen.<sup>140</sup>

---

137 Urteil BGer 1C\_143/2015 vom 13.11.2015 (Finhaut VS) in ES VLP-ASPAN Nr. 4957 E. 2.4.

138 Urteil BGer 1C\_446/2010 vom 18.04.2011 (Torny FR) in ES VLP-ASPAN Nr. 4123 E. 5.1.1; BGE 123 II 248 (Oberägeri ZG) in ES VLP-ASPAN Nr. 1473 E. 4.a; BGE 111 Ib 213 (Gontenschwil AG) in ES VLP-ASPAN Nr. 2126 E. 6.b.

139 BGE 136 II 359 (Kriens LU) in ES VLP-ASPAN Nr. 3957 E. 9; Urteile BGer 1C\_533/2015 vom 06.01.2016 (Künten AG) in ES VLP-ASPAN Nr. 5021; 1C\_70/2015 vom 28.08.2015 (Montreux VD) in ES VLP-ASPAN Nr. 4927 E. 4.2; 1C\_202/2012 vom 08.01.2014 (Wolfwil SO) in ES VLP-ASPAN Nr. 4620 E. 5.1.3.

140 Urteil BGer 1C\_276/2010 vom 21.10.2010 (Montreux VD) in ES VLP-ASPAN Nr. 4041 E. 2.4.



Schicksal einer Baute: Dieses neue Bauernhaus in Wattenwil BE bleibt vorerst unbewohnt. Es wurde erstellt, obwohl kein landwirtschaftlicher Bedarf für diesen Wohnraum besteht. Foto: J. Poux, VLP-ASPAN

Materialdepots sind baubewilligungspflichtig und in dieser Form ausserhalb der Bauzone nicht bewilligungsfähig.

Foto:  
L. Bühlmann,  
VLP-ASPAN





Scheune oder Remise für die Lagerung von landwirtschaftlichem Arbeitsmaterial und für Maschinen. Links daneben ein Gewächshaus. Auch solche Materialunterstände sind baubewilligungspflichtig.  
Foto: A. Straumann, VLP-ASPAN



An- und Umbauten von bestehenden Gebäuden sind baubewilligungspflichtig und ausserhalb der Bauzonen nur beschränkt bewilligungsfähig. Ohne Baubewilligung gibt's früher oder später Ärger. Baubewilligungspflichtig sind auch provisorische Bauten, wenn sie mehr als drei Monate in der Landschaft stehen.  
Foto: L. Bühlmann, VLP-ASPAN

---

## 5 Schicksal der vom Abbruch verschonten Baute

Noch zu diskutieren bleibt die Frage, was mit einer Baute passiert, die aus Gründen der Verhältnismässigkeit, des Schutzes von Treu und Glauben, der Rechtsgleichheit oder der Verjährung von einem Abbruch verschont bleibt. Die Baute geniesst einen gewissen Bestandschutz:<sup>141</sup> Verfügungen und Massnahmen zur Wiederherstellung sind ausgeschlossen. Der

Bauherr kann folglich seine widerrechtliche Baute behalten und nutzen bzw. die widerrechtliche Nutzung fortsetzen. Die Nutzungsmöglichkeiten beschränken sich jedoch auf den Status quo. An der Baute dürfen auf keinen Fall Änderungen vorgenommen werden, die ihre Widerrechtlichkeit verstärken.<sup>142</sup> Die Baute bleibt in der Folge weiterhin widerrechtlich.<sup>143</sup>

---

141 Urteil BGer 1C\_318/2013 vom 10.12.2013 (Collex-Bossy GE) E. 4.3.

142 Für eine aufgrund des Schutzes von Treu und Glauben geduldete Baute siehe Urteil BGer 1C\_196/2016 vom 13.02.2017 (Le Landeron NE) in ES VLP-ASPAN Nr. 5269 E. 2.2.

143 Vgl. Art. 24c Abs. 2 RPG und 41 Abs. 1 RPV; auch BGE 132 II 21 (Turbenthal ZH) in ES VLP-ASPAN Nr. 3092 E. 5.2.2; Urteile BGer 1C\_12/2011 vom 26.04.2011 (Thal SG) in ES VLP-ASPAN Nr. 4111 E. 3.3; 1C\_486/2015 vom 24.05.2016 (Leysin VD) in ES VLP-ASPAN Nr. 5136 E. 3.3.3.



Wegen der einseitigen Nutzung des Tannental-Zentrums in Muri BE mussten zwei der drei Mieter ihre Koffer packen. Denn für das Gebäude ist eine Mischnutzung vorgeschrieben. Es darf nicht nur grosse Fachmärkte wie hier im Bild beherbergen. Foto: F. Wyss, VLP-ASPAN

---

## 6 Fazit

Diese Untersuchung zeigt, dass das Bundesgericht klar dazu neigt, Entscheide zugunsten einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu fällen. In dogmatischer Hinsicht ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts als solche nicht zu bemängeln. Was wir als «Strenge» bezeichnen, entspricht in Tat und Wahrheit der Anwendung von Verfassungsgrundsätzen, die schon immer auf restriktiven Voraussetzungen beruhen. Dass die Verhältnismässigkeit selten geprüft wird, was auf den ersten Blick erstaunen mag, lässt sich wie folgt erklären: Die Frage der Verhältnismässigkeit geht oft im Gebot von Treu und Glauben auf. Der in den meisten Fällen fehlende gute Glauben verhindert, dass die Verhältnismässigkeit eingehend geprüft werden muss. Oder anders ausgedrückt: Die oft kostspielige Wiederherstellung wird dem Leichtsinns desjenigen gegenübergestellt, der gebaut hat, obwohl er von der Widerrechtlichkeit seines Vorhabens wusste oder gewusst haben müsste.

Das Bundesgericht gelangt, wenn es diese Grundsätze anwendet, in den meisten Fällen zum selben Schluss wie die erstmals verfügende Behörde, sei dies die Gemeinde oder der Kanton. Noch häufiger stimmt es mit den Entscheiden der Kantonsgerichte überein.

Bei Bauten ausserhalb der Bauzone kam es vor, dass das ARE beim Bundesgericht Beschwerde gegen kantonale Urteile einlegte, die es als zu wenig streng erachtete. Im untersuchten Zeitraum erhielt es dabei immer Recht. Dies ist zwar begrüßenswert, sollte aber nicht dazu führen, dass das ARE stets Beschwerde führen muss, um dem Recht zum Durchbruch zu verhelfen.

Gesetze und Pläne sind nicht nur das Ergebnis einer aufwendigen Lösungssuche, sie gehen auch aus demokratischen Entscheiden hervor, von denen angenommen wird, dass eine Mehrheit sie gutheisst. Werden sie nicht beachtet, muss die Behörde fehlbare Bürger deshalb wieder auf den richtigen Weg bringen. Für eine ausgewogene und nachhaltige Raumentwicklung in Städten, Dörfern und im Nichtbauggebiet ist es unabdingbar, dass die Gesetze und Pläne eingehalten werden.

Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands mag zwar auf den ersten Blick ein relativ einfacher Rechtsakt sein – sie anzuordnen, ist oft aber politisch brisant und sie kann zu erheblichem Aufruhr und unter Umständen hohen Kosten führen. Für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands braucht es Mut, vor allem in kleinen Gemeinden, wo jeder sich kennt. Und es braucht auch Ausdauer und Hartnäckigkeit. Vielleicht kann dieser Beitrag Hoffnung vermitteln und aufzeigen, dass sich die Bemühungen um die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands lohnen. Das Bundesgericht jedenfalls stellt sich fast immer auf die Seite der Wiederherstellung.

**Vincent Jobin**

MLaw

Nach einem dreijährigen juristischen Praktikum bei der VLP-ASPAN, das Vincent Jobin studienbegleitend absolvierte, ist er heute als Anwaltspraktikant in Neuenburg tätig. Er studierte an den Universitäten Neuenburg – wo er einen Bachelor und einen Master in Rechtswissenschaften erlangte –, Bern und Columbia (New York City). Seine Interessen liegen unter anderem im öffentlichen und privaten Baurecht, im Strafrecht, im Demokratie-recht und im vergleichenden Verfassungsrecht.

**Impressum****RAUM & UMWELT, VLP-ASPAN**

Dossiers zur Raumentwicklung für Mitglieder der Schweizerischen Vereinigung für Landesplanung VLP-ASPAN. Erscheinen viermal jährlich in deutscher und französischer Sprache.

**Herausgeberin**

VLP-ASPAN  
Sulgenrain 20  
CH-3007 Bern

**Redaktion**

Lukas Bühlmann, Direktor  
Christa Perregaux DuPasquier,  
Vizedirektorin  
Annemarie Straumann,  
Kommunikation

**Lektorat**

Andrea Weibel

**Übersetzung**

Susanne Alpiger

**Bildbearbeitung**

Felix Wyss

**Titelfoto**

Das «Goldene Dach» 2016 mit den riesigen Lukarnen in Olten SO.  
(Rémy Rieder, VLP-ASPAN)

**Gestaltung**

Ludwig Zeller

**Druck**

galledia ag, 9442 Berneck

Nachdruck von Texten und Bildern unter Angabe der Quelle erlaubt

# Neuerscheinung Kommentierung zum Bauen ausserhalb der Bauzone nach revidiertem RPG

Mitglieder der VLP-ASPAN  
erhalten 10% Rabatt



**Praxiskommentar RPG:  
Bauen ausserhalb der Bauzone**

Heinz Aemisegger  
Pierre Moor  
Alexander Ruch  
Pierre Tschannen (Hrsg.)

**Februar 2017**

**Print**

ca. 400 Seiten, gebunden  
ISBN 978-3-7255-7195-6  
CHF 133.20 statt ca. CHF 148.00

**PrintPlus**

ca. 400 Seiten, PrintPlus  
ISBN 978-3-7255-7617-3  
CHF 160.20 statt ca. CHF 178.00

**Herausgeber:**

Dr. iur. Dr. h.c. Heinz Aemisegger  
Prof. Dr. iur. Pierre Moor  
Prof. Dr. iur. Alexander Ruch  
Prof. Dr. iur. Pierre Tschannen



Der Gesetzgeber hat die Bestimmungen zum Bauen ausserhalb der Bauzonen in jüngerer Zeit mehrfach geändert. Diese Änderungen und die Entwicklung der Rechtsprechung werden im zweiten Band des Praxiskommentars RPG erläutert. Er ist dem Bauen ausserhalb der Bauzone gewidmet. Der Grundsatz der Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet und die gesellschaftlichen und landwirtschafts-

politischen Hintergründe, die zur heutigen Rechtslage führten, werden einleitend dargestellt. Anschliessend werden die einzelnen Gesetzesartikel zu Bauten und Anlagen, die in der Landwirtschaftszone zonenkonform sind, unter die Lupe genommen. Weiter sind die vielen Ausnahmen für landwirtschaftsfremde Zwecke Thema dieses Bandes.

## Bestelltalon

Ich bestelle folgenden Titel mit 10% Rabatt gegen Rechnung:

\_\_\_ Ex. Aemisegger | Moor | Ruch | Tschannen (Hrsg.) Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone (Print), 978-3-7255-7195-6, CHF 133.20 statt ca. CHF 148.00

\_\_\_ Ex. Aemisegger | Moor | Ruch | Tschannen (Hrsg.) Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone (PrintPlus), 978-3-7255-7617-3, CHF 160.20 statt ca. CHF 178.00

Vorname/Name \_\_\_\_\_ Titel/Funktion \_\_\_\_\_

Firma/Behörde \_\_\_\_\_

Strasse/Nr. \_\_\_\_\_ PLZ/Ort \_\_\_\_\_

Datum/Unterschrift \_\_\_\_\_ E-Mail \_\_\_\_\_

Es gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ([www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)). Rabatte können nicht kumuliert werden, ausser wenn explizit erwähnt.





Schweizerische Vereinigung  
für Landesplanung VLP-ASPAN  
Sulgenrain 20  
CH-3007 Bern

Tel. +41 31 380 76 76  
[info@vlp-aspan.ch](mailto:info@vlp-aspan.ch)  
[www.vlp-aspan.ch](http://www.vlp-aspan.ch)