

**vzgv**

Katharina Seiler Germanier

# Neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands und deren Verwirkung

## 1 Rechtsprechung des Bundesgerichts

### 1.1 Neuerung

Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 28. April 2021<sup>1</sup> eine neue Rechtsprechung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bei illegalen Bauten begründet. Neu gilt danach ausserhalb der Bauzone die 30-jährige Verwirkungsfrist für den Anspruch auf Wiederherstellung nicht mehr. Demnach darf und muss die zuständige Behörde ausserhalb Bauzone die Wiederherstellung auch nach mehr als 30 Jahren Bestand der fraglichen Baute verlangen, wenn die übrigen Voraussetzungen zur Wiederherstellung gegeben sind. Innerhalb der Bauzone gilt die 30-jährige Verwirkungsfrist weiterhin.

### 1.2 Begründung

Die Verwirkung<sup>2</sup> des Wiederherstellungsanspruchs ist gesetzlich nicht geregelt. 1981 entschied das Bundesgericht in einem Fall, der eine illegale Baute innerhalb der Bauzone betraf, dass der Anspruch der Behörden auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich nach 30 Jahren verwerke. Das Bundesgericht fand es stossend und mit der Rechtssicherheit nicht vereinbar, wenn die Behörde auch noch nach 50 Jahren

---

**«Ausserhalb der Bauzone fallen weder die Rechtssicherheit noch die Abklärung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse ins Gewicht.»**

---

die Wiederherstellung verlangen könne. Ausserdem seien nach so langer Zeit die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zur Bauzeit nur noch schwer abzuklären; dies gelte vor allem für die Feststellung der Praxis der kommunalen

und kantonalen Baubehörden. Entsprechend erklärte das Bundesgericht eine 30-jährige Verwirkungsfrist für anwendbar. In der Folge liess das Bundesgericht in mehreren Fällen ausdrücklich offen, ob die 30-jährige Frist auch ausserhalb der Bauzone anwendbar sei.

Mit dem Urteil vom 28. April 2021 befasste sich das Bundesgericht nun in Vollbesetzung mit dieser Frage. Es kommt zum Schluss, dass ausserhalb der Bauzone weder die Rechtssicherheit noch die praktischen Schwierigkeiten, nach mehr als 30 Jahren die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse abzuklären, gleich klar für eine Verwirkung sprechen wie innerhalb der Bauzone.

Ausserhalb der Bauzone ist seit dem 1. Juli 1972 im Wesentlichen Bundesrecht (Raumplanungsgesetz RPG) anzuwenden. Dieses kann nach Meinung des Bundesgerichts leicht ermittelt werden. Bei seiner Anwendung bestehe kein kommunaler oder kantonaler Beurteilungsspielraum, weshalb die Behördenpraxis im Erstellungszeitpunkt nicht ermittelt werden müsse. In der Regel genüge schon ein Blick auf den Zonenplan und die Feststellung, dass eine Baute oder Anlage weder der Landwirtschaft diene noch standortgebunden sei, um ihre Illegalität festzustellen.<sup>3</sup> Ausserdem sei der Druck auf das Nichtbaugelände hoch, sodass das Bundesgericht von einer Vielzahl von illegalen Bauten ausgeht. Diese würden in Ermangelung von Nachbarn, die illegale Bautätigkeit oder Nutzung anzeigen, oder aus Kapazitätsgründen der Baukontrolle oft lange nicht entdeckt.

Auch bedeute eine 30-jährige Verwirklichungsfrist ausserhalb Bauzone für die Baubewilligungsbehörden keine Erleichterung, weil auf den Zustand und die Verhältnisse 30 Jahre vor dem ersten Einschreiten der Baubehörde abgestellt werden müsse, was meist nicht dokumentiert sei. Ausserdem stehe auch die Verwirklichung seit jeher unter dem Vorbehalt wichtiger öffentlicher Interessen. Dazu gehören neben dem Schutz von Polizeigütern wie Sicherheit und Gesundheit von Personen auch andere zwingende öffentliche Interessen wie diejenigen des Umwelt-, Gewässer-, Ortsbild- und Landschaftsschutzes. Die Beseitigung rechtswidriger Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone diene einem sehr gewichtigen öffentlichen Interesse: der Trennung von Baugebiet und

---

**«Die Beseitigung rechtswidriger Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone dient einem sehr gewichtigen öffentlichen Interesse: der Trennung von Baugebiet und Nichtbaugelände.»**

---

Nichtbaugelände. Dieser Trennungsgrundsatz wird aus den verfassungsmässigen Zielen der zweckmässigen und haushälterischen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes abgeleitet (Art. 75 Abs. 1 Bundesverfassung BV) und wurde mit der RPG-Revision vom 15. Juni 2012 ausdrücklich als Ziel der Raumplanung verankert (Art. 1 Abs. 1 RPG).

Das Bundesgericht kommt daher zum Schluss, dass der Wiederherstellungsanspruch ausserhalb Bauzone nach 30 Jahren nicht verwirkt. Alle materiell und formell rechtswidrigen Bauten müssen deshalb grundsätzlich auch noch mehr als 30 Jahre nach ihrer Erstellung abgebrochen und entfernt werden.

## 2 Bedeutung der neuen Rechtsprechung für die Zürcher Gemeinden

### 2.1 Tätigwerden der Behörden unabhängig vom mutmasslichen Erstellungszeitpunkt der Baute

Die zuständige Behörde hat den rechtmässigen Zustand herbeizuführen (§ 341 PBG). Die Behörde hat kein Ermessen, ob sie tätig werden will oder nicht.<sup>4</sup>

---

#### «Die Behörde hat kein Ermessen, ob sie tätig werden will oder nicht.»

---

Wird eine potenziell illegale Baute oder Anlage ausserhalb Baugebiet entdeckt, muss die kommunale Baubehörde ein nachträgliches Baugesuch verlangen. In

einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob das Gebaute nachträglich bewilligt werden kann, weil es den Bauvorschriften entspricht, oder eben nicht. Zuständig zur Prüfung sind die im Anhang zur Bauverfahrensverordnung vom 3. Dezember 1997 (BVV; LS 700.6) in den Ziffern 1.2 bis 1.4 aufgeführten kantonalen Stellen.

Wenn keine Bewilligung ausgesprochen werden kann, ist es an der kommunalen Baubehörde, die Verweigerung umzusetzen. Dazu muss sie zuerst prüfen, ob die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im konkreten Fall verhältnismässig ist.<sup>5</sup>

### 2.2 Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung

Damit eine Massnahme verhältnismässig ist, muss eine vernünftige Relation zwischen dem angestrebten Ziel und dem mit der Massnahme verbundenen Eingriff in die Rechtsstellung der betroffenen Person bestehen. «Staatliche Massnahmen müssen durch ein öffentliches Interesse, welches das private über-

wiegt, gerechtfertigt sein, andernfalls sie für den Betroffenen unzumutbar sind.

Für die Interessenabwägung massgeblich sind einerseits die Bedeutung der mit einer staatlichen Massnahme verfolgten

---

#### «Die Gemeinden haben keinen qualifizierten Entscheidungs- und Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit.»

---

öffentlichen Interessen und andererseits das Gewicht der im Spiele stehenden privaten Interessen. Eine Massnahme, die tief greifende Auswirkungen auf die Rechtsstellung des betreffenden Rechtssubjektes hat, jedoch bloss von geringem öffentlichem Interesse ist, ist somit als unzulässig einzustufen.»<sup>6</sup>

Die rechtsanwendende Baubewilligungsbehörde muss die Verhältnismässigkeit prüfen und hat dabei (nur) einen gewissen Beurteilungsspielraum. Dieser Beurteilungsspielraum verlangt allerdings, dass die Behörde die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte tatsächlich prüft und die erforderlichen

Abklärungen sorgfältig sowie umfassend durchführt. Nach der Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts haben die Gemeinden zudem keinen qualifizierten Entscheidungs- und Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit. Würde ihr Wiederherstellungsentscheid vom Baurekursgericht aufgehoben, könnten sie einen solchen Entscheid nicht bei Verwaltungsgericht anfechten. Die Frage nach der Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist entsprechend eine Rechtsfrage, die von den Rechtsmittelinstanzen umfassend überprüft wird.<sup>7</sup>

Die privaten Interessen umfassen vor allem die Möglichkeit, das Gebaute nutzen und die getätigten Investitionen amortisieren zu können. Auch in die Abwägung miteinbezogen wird, ob die Bauenden in gutem Glauben handelten oder nicht. Auf Seiten der öffentlichen Interessen ist zu beurteilen, ob die Abweichungen vom Bewilligungsfähigen massgeblich sind oder eher untergeordneter Natur. Was dem fundamentalen raumplanungsrechtlichen Trennungsgrundsatz widerspricht, muss beseitigt werden. Geringfügigere Abweichungen können geduldet werden, vor allem wenn sie gutgläubig ausgeführt wurden. Weil grundsätzlich kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht, kann der Hinweis auf andere ähnlich gelagerte und (noch) tolerierte Fälle selten den Vollzug abwenden. Nur wenn eine Behörde eine Vielzahl sehr ähnlicher gelagerter Fälle in konstanter und klarer Praxis toleriert hat, kann im Einzelfall die Anwendung derselben Praxis verlangt werden.

---

**«Speziellen Situationen kann mit massgeschneiderten Lösungen begegnet werden.»**

---

Speziellen Situationen kann mit massgeschneiderten Lösungen begegnet werden. So kann das Ansetzen einer längeren Wiederherstellungsfrist gutgläubig getätigte Investitionen zu deren Amortisation schützen, oder für die Suche eines Alternativstandortes für einen allenfalls betroffenen Betrieb genutzt werden. Unter Umständen kann auch eine Entschädigung für gutgläubig getätigte, nutzlos gewordene Investitionen zugesprochen werden.<sup>8</sup>

### **3 Zusammenfassung**

Bei Bauten und Anlagen ausserhalb Baugebiet, die potentiell illegal sind, muss die kommunale Baubehörde unabhängig von deren Alter tätig werden. Nach der zitierten neuen bundesgerichtlichen Praxis ist es nämlich nicht einzusehen, weshalb der blosse Zeitablauf, trotz fehlender Vertrauensgrundlage und sogar bei Bösgläubigkeit, dazu führen soll, dass eine illegale Nutzung, die dem fundamentalen raumplanungsrechtlichen Trennungsgrundsatz widerspricht, auch künftig beibehalten werden darf, und zwar auf unbestimmte Zeit.

Die Baubewilligungsbehörde muss die Bewilligungsfähigkeit der Baute oder Anlagen prüfen (lassen) und selbst beurteilen, ob eine Wiederherstellung verhältnismässig ist. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit kommt der örtlichen Baubehörde nur ein gewisser Beurteilungsspielraum zu; der Entscheid wird von den Rechtsmittelinstanzen vollumfänglich überprüft. Widerspricht eine Baute oder Anlage dem raumplanungsrechtlichen Trennungsgebot fundamental, ist sie zu entfernen. In die Beurteilung miteinzubeziehen ist neben dem Mass der Abweichung der gute oder böse Glaube der Bauenden. Der Gutgläubigkeit kann mit längeren Wiederherstellungsfristen Rechnung getragen werden. Danach muss die Gemeinde die Wiederherstellung durchsetzen, wenn nötig auch mit Ersatzvornahme.

**Katharina Seiler Germanier,  
lic.iur., Senior Beraterin, Federas Beratung AG**

<sup>1</sup> Urteil 1C\_469/2019 und 1C\_483/2019 vom 28. April 2021.

<sup>2</sup> Zur Unterscheidung von Verwirkung und Verjährung existieren in der Lehre verschiedene Meinungen. Einig ist man sich immerhin, dass die Verjährungsfrist gehemmt oder unterbrochen, die Verwirkungsfrist aber nur in stark auf den Einzelfall bezogenen Fällen wiederhergestellt werden kann (vgl. Holzer André Pierre, Verjährung und Verwirkung der Leistungsansprüche im Sozialversicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 44). Die herrschende Lehre ist zudem der Meinung, die Verwirkung müsse von Amtes wegen beachtet werden und das Recht (beispielsweise auf Durchsetzung) gehe vollständig unter (vgl. zum Beispiel Meier Thomas, Verjährung und Verwirkung öffentlich-rechtlicher Forderungen, AISUF, Fribourg 2013, S. 355 ff.).

<sup>3</sup> Schwieriger ist es bei Bauten und Anlagen, die schon vor dem 1. Juli 1972 erstellt wurden. Hier ist die Rechtmässigkeit der Erstellung jedoch Voraussetzung für die Inanspruchnahme der erweiterten Besitzstandsgarantie nach Art. 24c RPG und muss deshalb in aller Regel ohnehin abgeklärt werden.

<sup>4</sup> Fritzsche Christoph/Bösch Peter/Wipf Thomas/Kunz Daniel: Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Aufl., Wädenswil 2019, S. 618 mit Hinweisen.

<sup>5</sup> Die gesetzliche Grundlage ist mit § 341 PBG und das öffentliche Interesse in der Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet gegeben.

<sup>6</sup> BRGE II Nr. 0290/2021 vom 7. Dezember 2021 E. 4 mit Hinweis auf: Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 514 ff.

<sup>7</sup> Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz (EN 4), S. 620 mit Hinweisen.

<sup>8</sup> Urteil 1C\_469/2019 und 1C\_483/2019 vom 28. April 2021 E. 5.6