

# Juristische Spezialitäten und Stolpersteine

insbesondere innerhalb der Bauzone

M.A. HSG Christina Blumenthal  
Rechtsanwältin

# Inhalt

---

- Zentrale verfassungsmässige Grundsätze
- Superprovisorische/vorsorgliche Massnahmen
- Nachträgliches Baubewilligungsverfahren – nötig oder nicht?
- Stolpersteine im Wiederherstellungsverfahren
- Konkretes Vorgehen bei der Ersatzvornahme im Vollstreckungsverfahren
- Duldungsverfügung – der einfache Ausweg?
- Das Bussverfahren – ein paralleles Verfahren
- Neuheiten zu den Verjährungsfristen
- Umgang mit Spezialfällen
- Exkurs: Missbräuche des Zweitwohnungsgesetzes

## Zentrale verfassungsmässige Grundsätze

- Für jede Handlung im Rahmen der Bekämpfung von Missbräuchen im Bauwesen haben sich die Gemeinden folgende Fragen zu beantworten (Art. 36 BV):
  1. Besteht eine gesetzliche Grundlage?
    - unproblematisch Art. 93 ff KRG / 60 f KRVO
  2. Liegt die Massnahme im öffentlichen Interesse?
    - meist unproblematisch, da die Durchsetzung der Bauordnung und die Gleichbehandlung der Bürger gewichtige öffentliche Interessen darstellen
  3. Ist die vorgesehene Massnahme verhältnismässig?
    1. Ist die Massnahme geeignet das beabsichtigte Ziel zu erreichen?
    2. Ist die Massnahme erforderlich, um das beabsichtigte Ziel zu erreichen oder gibt es mildere Mittel?
    3. Zumutbarkeit: Die negativen Auswirkungen des Eingriffs dürfen nicht unverhältnismässig schwerer wiegen als die positiven / Eingriffsmittel und Eingriffswirkung müssen in einem vernünftigen Verhältnis stehen, damit der Eingriff zumutbar ist → Interessenabwägung Prüfschema sollte Eingang in die jeweiligen Verfügungen haben

▶ **Nicht vergessen: Gewährung des rechtlichen Gehörs**

# Superprovisorische/vorsorgliche Massnahmen

- Beispiele von vorsorglichen Massnahmen:
  - Baustopp/Baueinstellung, Versiegelung von Räumen oder Plombierung von Wasser- und Stromleitungen, Beschlagnahmung von Gegenständen, Betriebseinstellung, Nutzungsverbot oder ähnliches.
- Zweck der vorsorglichen Massnahmen
  - dient der Erhaltung eines bestehenden Zustandes und der Verhinderung der Veränderung dieses Zustandes
  - Grundsatz: Auch bei vorsorglichen Massnahmen ist die Verhältnismässigkeit zu wahren und vor Erlass das rechtliche Gehör zu gewähren
  - Ausweg: Erlass von superprovisorischen Massnahmen (Art. 60 KRVO)
  - Aber: Nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs und Umwandlung von superprovisorischen Massnahmen in vorsorgliche Massnahmen mittels Entscheid
- Anfechtungsmöglichkeit von vorsorglichen Massnahmen innert 10 Tagen an das Verwaltungsgericht

# Nachträgliches Baubewilligungsverfahren – nötig oder nicht?

- Grundsatz: Ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren muss durchgeführt werden
  - Im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens kann geprüft werden, ob das ausgeführte Projekt nachträglich bewilligt werden kann oder sich als widerrechtlich erweist
  - Nur so kann festgestellt werden, in welchem Umfang effektiv eine Rechtsverletzung vorliegt
  - Möglichkeit der ersatzmässigen Aufnahme des Zustandes: Problem wenn Zutritt zu geschlossenen Räumlichkeiten nötig wird
- Ausnahme: Erlass einer Feststellungsverfügung / Verbindung mit dem Wiederherstellungsverfahren in einem Verfahrensschritt
  - Bei einer offensichtlichen Verletzung von bereits erteilten Baubewilligungen oder von Nebenbestimmungen (Auflagen und Bedingungen)
  - Bei klarer Sach- und Rechtslage und offensichtlicher Verletzung von materiellen Vorschriften
  - Bei sog. Instandstellungsmassnahmen nach Art. 73 Abs. 3 KRG und Art. 79 Ab. 4 KRG

# Stolpersteine im Wiederherstellungsverfahren

- Wie weiter nach dem abgelehnten, nachträglichen Baubescheid?
  - Bauten und Anlage können nicht sofort abgebrochen werden → Durchführung eines Wiederherstellungsverfahrens
  - Gewichtiges öffentliches Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Ordnung. Bei grösseren Abweichungen von den Bauvorschriften sind kaum Fälle denkbar, in welchen auf eine Wiederherstellung verzichtet werden kann
  - Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit des Eingriffs → mildestes Mittel wählen und Interessenabwägung vornehmen
  - **Finanzielle Interessen und Wiederherstellungskosten sind keine gewichtigen Interessen**
  - Wichtig: Die Begründung des Wiederherstellungsentscheides gemäss Prüfschema für den öffentlichen Eingriff in das Eigentum / Ausserdem sind die konkreten Wiederherstellungsmassnahmen in das Entscheiddispositiv aufzunehmen

# Konkretes Vorgehen bei der Ersatzvornahme im Vollstreckungsverfahren

- Einholung von Gutachten und Offerten → Zustellung zur Wahrung des rechtlichen Gehörs
  - Zwei bis drei Offerten einholen
  - Schätzung Kostenaufwand, falls Ersatzvornahme durch gemeindeeigene Betriebe
- Erlass einer Vollstreckungsverfügung
  - Verfügung der Ersatzvornahme
  - Umfang der auszuführenden Arbeiten genau festlegen
  - Kostenaufwand möglichst präzise umschreiben → evtl. Kostenvorschuss verlangen
- Durchführung Ersatzvornahme (Realakt)
  - Mitteilung der genauen Termine
  - Sicherstellung des Zutritts, notfalls mit polizeilicher Hilfe
- Wichtig: Am Ende Kostenverfügung erlassen
  - Nur notwendige und angemessene Kosten können überbunden werden
  - Pfandbelastung durch die Gemeinde → Grundbuchanmeldung in Verfügung vorsehen (Art. 131 Abs. 1 Ziff. 2 EGZZGB)

## Duldungsverfügung – der einfache Ausweg?

- Pflicht der Baubehörden zur Durchsetzung der Bau- und Zonenordnung
  - Duldungsverfügungen nur in Ausnahmefällen – innerhalb der Bauzone eher als ausserhalb
- Ausnahme: Erlass einer Duldungsverfügung (Art. 94 Abs. 4 KRG)
  - Verhältnismässigkeitsprüfung führt zum Ergebnis, dass eine Wiederherstellung nicht verlangt werden kann:
    - z.B. Abweichung von den Bauvorschriften ist geringfügig (strenger bei BAB-Verfahren)
    - Gutgläubigkeit des Bauherren und Vertrauensschutz (strenger/ausgeschlossen bei BAB-Verfahren)
    - Abbruch führt zu unerwünschten Verhältnissen (z.B. Baulücke)
- Konsequenz: Bauten bleiben widerrechtlich
  - Reduzierte Bestandesgarantie → im Grundbuch anmerken lassen (Art. 145a EGzZGB).
- Bei Erlass von Duldungsverfügungen eine Busse festsetzen und evtl. Einziehung von widerrechtlich erlangten Gewinnen

# Das Bussverfahren – ein paralleles Verfahren

- Sanktionsmöglichkeit durch Baubehörde
  - Bei Verletzung des materiellen, wie auch des formellen Rechts
  - Zuständig ist die Baubehörde, ausser BAB-Behörde verlangt Wiederherstellung → dann ist sie auch für das Bussverfahren zuständig
- Eröffnung des Bussverfahren
  - Mitteilung der Eröffnung an fehlbare Person, Umschreibung der Rechtsverletzung und Mitteilung der vermutlich verletzen Bestimmungen
  - Aufforderung zur Offenlegung der finanziellen Verhältnissen (Steuererklärung mit Veranlagung)
  - Gewährung des rechtlichen Gehörs
- Festlegung der Busse
  - Bussenrahmen CHF 200.00 bis 40'000.00 / bei Gewinnsucht mehr
  - Festsetzung der Höhe aufgrund Verschulden, Schwere und Tragweite der Widerrechtlichkeit, persönliche Verhältnisse
  - Verhalten der fehlbaren Person im gesamten Verfahren mitberücksichtigen
- Die Einziehung widerrechtlicher Gewinne ist möglich → gemäss Art. 95 Abs. 1 KRG i.V.m. Art. 70 StGB

# Verjährungsfristen – neuste Rechtsprechung

- Verjährungsfristen innerhalb der Bauzone
  - 30 Jahre ab Fertigstellung der widerrechtlichen Baute – letzte Handlung bei kontinuierlicher Bautätigkeit
  - Aber: Keine Verjährung, wenn das rechtswidrige Verhalten des Bauherrn gerade dazu beiträgt, dass die Baute unentdeckt bleibt
  - Frist ist länger, wenn die Wiederherstellung zum Schutz von zwingenden öffentlichen Interessen erforderlich erscheint
- Verjährungsfristen ausserhalb der Bauzone
  - Grundsatz: Keine Verjährungsfristen – Keine Ausnahmen
  - Um stossende Ergebnisse zu vermeiden, kann im Rahmen des Wiederherstellungsverfahrens mit längeren Wiederherstellungsfristen gearbeitet werden (z.B. Zeit für das Suchen eines neuen Betriebsstandortes oder ähnliches)
  - Wo gerechtfertigt und möglich (und allenfalls gewünscht): Allenfalls Anpassung des Zonenplans

## Umgang mit Spezialfällen

---

- Heikler Rückbau
- Baute in redimensionierter Form bewilligungsfähig
- Rekonstruktion einer abgebrochenen Baute
- Vernachlässigte oder gefährliche Baute
- Bauruinen oder nicht fertiggestellte Bauten

# Missbräuche des Zweitwohnungsgesetzes

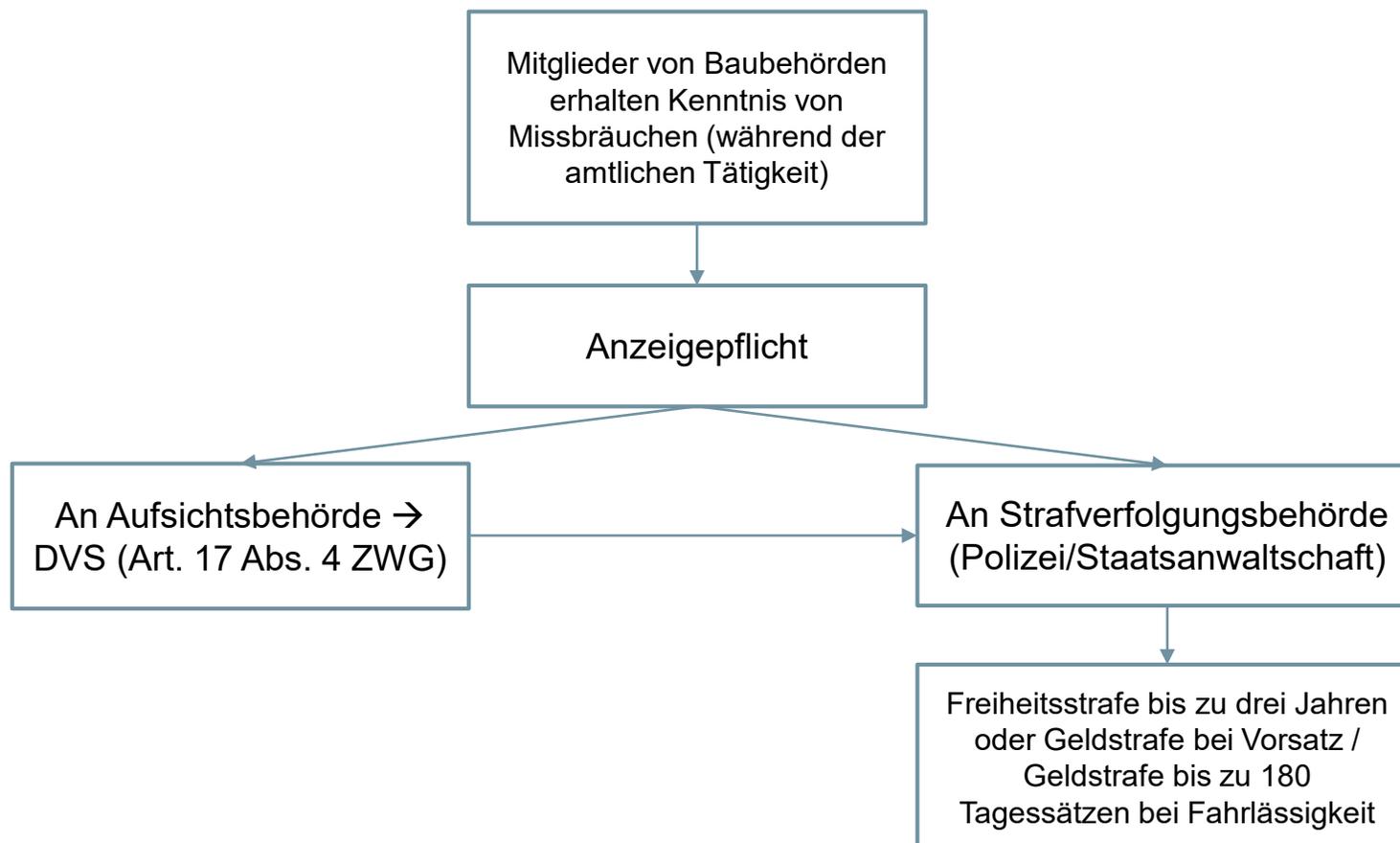
- Kontrollpflichten gemäss Zweitwohnungsgesetz (Art. 16 ZWG):
  - Einwohnerkontrolle ist verpflichtet, der Baubehörde Wohnungswechsel innerhalb der Gemeinde und Wegzüge zu melden
  - Einfacher (Art. 16 Abs. 3 ZWG): Erfassung der Detailnutzungsarten der Wohnungen, insbesondere die Erstwohnpflichten pro Wohnung, durch Baubehörde im Zuge der Baubewilligung im GWR (Führung eines qualifiziertes Wohnungsinventar) → Automatischer Abgleich mit EWR
  - Wenn keine Erfassung der Erstwohnpflichten im GWR → Führung einer separaten Liste
  - Grundbuchamt ist verpflichtet, Handänderungen von Wohnungen mit Erstwohnpflicht der zuständigen Baubehörde zu melden (Art. 16 Abs. 2 GWR)
  - Kontrolle von touristisch bewirtschafteten Wohnungen nicht über Register möglich → hat jeweils «manuell» zu erfolgen (Augenschein vor Ort, Online-Recherchen von effektiven Angeboten etc.). Nutzungsaufgabe sollte aber im GWR oder auf einer separaten Liste geführt werden.
- **Wichtig: Gemeinde muss sich Gedanken machen, wie sie die Nutzung der Wohnungen kontrollieren möchte und Verfahren implementieren**

# Missbräuche des Zweitwohnungsgesetzes

- Was bedeutet Wohnsitz nach ZWG?
    - Eine Erstwohnung im Sinne des Gesetzes ist eine Wohnung, die von mindestens einer Person genutzt wird, die gemäss Registerharmonisierungsgesetz in der Gemeinde, in der die Wohnung liegt, niedergelassen ist → Art. 2 Abs. 2 ZWG
    - Folge: Wohnsitz bestimmt sich nach Registerharmonisierungsgesetz (RHG) → Hoheit der Einwohnerkontrolle und nicht der Baubehörde
    - Nach RHG ist der Wohnsitz dort, wo eine Person sich mit der Absicht des dauernden Verbleibens aufhält, um dort den Mittelpunkt ihres Lebens zu begründen, welcher für Dritte erkennbar sein muss; eine Person wird in derjenigen Gemeinde als niedergelassen betrachtet, in der sie das erforderliche Dokument hinterlegt hat, und kann nur eine Niederlassungsgemeine haben
    - Aber: Missbräuchliche Wohnsitznahme unter Angabe von falschen Tatsachen ist auch unter RHG nicht möglich, deshalb müssen bei Anzeichen für Missbräuche Untersuchungen eingeleitet werden
    - Kompetenzproblem Baubehörde – Einwohnerkontrolle
- Einwohnerkontrolle und Baubehörde müssen zusammenarbeiten / Gemeinde muss sich Gedanken über Kompetenzordnung und Verfahrensablauf machen

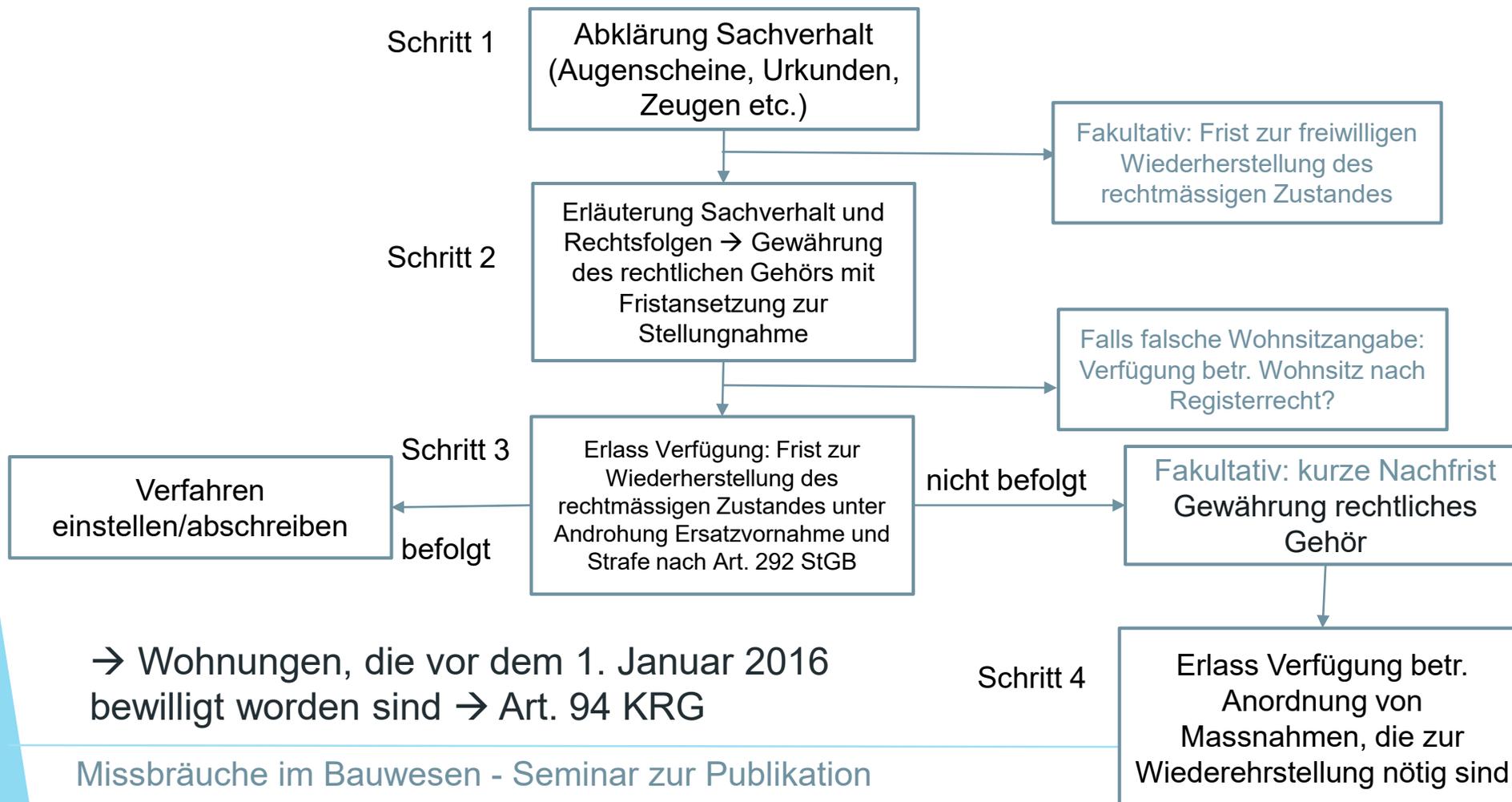
# Missbräuche des Zweitwohnungsgesetzes

- Vorgehen bei Missbräuchen – Strafrechtliche Sanktionen (Art. 21 ff. ZWG)



# Missbräuche des Zweitwohnungsgesetzes

- Vorgehen bei Missbräuchen – Art. 17 ZWG kantonaler Mindeststandard



→ Wohnungen, die vor dem 1. Januar 2016 bewilligt worden sind → Art. 94 KRG

# Missbräuche des Zweitwohnungsgesetzes

- Mögliche Massnahmen zur Verhinderung des Missbrauchs
  - «die zuständige Behörde hat alle Rechte und Pflichten, die sie für die Wiederherstellung der rechtmässigen Nutzung in Vertretung der Eigentümerin oder Eigentümers braucht» (Art. 18 Abs. 1 ZWG) → Bestimmtheit der Norm / Verhältnismässigkeit?
    - Zwangsvermietung (?) → bestehende Mietverträge?
    - Nutzungsverbot mit Versiegelung (?)
    - Nutzung für eigene Zwecke der Gemeinde (?)
    - Zwangsverkauf gestützt auf Art. 18 ZWG (?)
    - Abbruch der Liegenschaft gestützt auf Art. 18 ZWG (?)
  - Besser: Kommunale Massnahmen im Baugesetz vorsehen
    - Kaufsrecht analog Art. 19d KRG oder Enteignungsmöglichkeit explizit vorsehen → Gesetzliche Grundlage
    - Abschöpfung der widerrechtlich erzielten Gewinne?
    - Lenkungsabgabe?

## Fazit

---

- Gemeinden müssen Verfahren implementieren und sich Gedanken über Vorgehensweisen machen
- Leitfaden und Verfahrensschemata sowie Faltblatt zur Hand nehmen
- Zeitplan mit Erinnerungen
- Im Zweifelsfall juristische Hilfe beiziehen
- «Dranna bliiba»

Blumenthal Advokatur  
M.A. HSG Christina Blumenthal  
Rechtsanwältin  
Stoffelhaus/Obergass 1  
7414 Fürstenuau

[cb@adv-blumenthal.ch](mailto:cb@adv-blumenthal.ch)

Tel. 081 655 19 90

Fax. 081 655 19 99