

Recht informiert.

## Der Newsletter von Pfisterer Fretz Munz Rechtsanwälte, November 2021

### Beseitigung auch nach 30 Jahren

**Bisher wurde bei ohne Baubewilligung erstellten Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone stets eine 30-jährige Verwirkungsfrist zur Anwendung gebracht. Nach Ablauf dieser Frist wurden solche Bauten und Anlagen von Behörden und Gerichten toleriert; die Behörden verlangten keinen Rückbau und keine Baubewilligung mehr. Das Bundesgericht entschied nun im Urteil [1C 469/2019](#) vom 28. April 2021, dass diese Praxis nicht gesetzmässig sei. Es befand, dass es keine Verwirkungsfrist für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ausserhalb der Bauzone gebe.**



Eine Tolerierung von Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone, die ohne Baubewilligung errichtet wurden, wird damit ausgeschlossen. Sofern solche Bauten und Anlagen nicht bewilligungsfähig sind, wird inskünftig nach Durchführung des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens wohl meist die Beseitigung angeordnet. Dieser Entscheid kann daher für die betroffene Grundeigentümerin eines Grundstücks ausserhalb der Bauzone aber auch für die Behörden gravierende Folgen haben.

Die bisherige Praxis (Tolerierung nach Ablauf von 30 Jahren) wie auch die strengere zukünftige Praxis basieren auf der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Denn die

Verwirkung des Wiederherstellungsanspruchs bzw. der Wiederherstellungspflicht ist gesetzlich nicht geregelt. Innerhalb der Bauzone begründete das Bundesgericht mit BGE 107 Ia 121 die Praxis, dass der Anspruch der Behörden auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich nach 30 Jahren verwirke. Aus Gründen des Vertrauensschutzes könnten sich kürzere Verwirkungsfristen rechtfertigen. Sofern besonders wichtige öffentliche Interessen dies zwingend erfordern, kann die Wiederherstellung aber auch noch nach mehr als 30 Jahren verlangt werden.

In mehreren Urteilen liess es das Bundesgericht ausdrücklich offen, ob die Verwirkungsfrist auch ausserhalb der Bauzone gelte und bejahte dann erstmals ausdrücklich im Entscheid [1C 726/2013](#) vom 24. November 2014 E. 4 und 5 (in ZBI 117/2016 99) die Anwendbarkeit der 30-jährigen Verjährungsfrist auch ausserhalb der Bauzone.

Auch in späteren, nicht publizierten und in Dreierbesetzung gefällten Entscheiden wurde die Anwendbarkeit der 30-jährigen Verwirkungsfrist ohne Begründung ausdrücklich bejaht ([1C 254/2016](#) vom 24. August 2016 E. 7.2 und [1C 99/2019](#) vom 17. April 2020 E. 2.4). Dies hatte zur Folge, dass nicht nachträglich bewilligte Bauten (sprich: rechtswidrige Bauten) nicht erneuert, erweitert, geändert oder wiederaufgebaut, sondern lediglich mit nicht baubewilligungspflichtigen Massnahmen unterhalten werden durften. Sie wurden «toleriert» oder «geduldet». In den vergangenen Jahren und Jahrzehnten kamen auch im Kanton Aargau zahlreiche rechtswidrige Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone in den Genuss einer solchen Duldung.

Im zur amtlichen Publikation vorgesehenen Urteil [1C 469/2019](#) vom 28. April 2021 setzte sich das Bundesgericht (nach Einschätzung des Bundesgerichts erstmals und damit nicht in Form einer Praxisänderung) ausführlich mit der Frage auseinander, ob eine solche «Duldung» zulässig ist. Da es keine gesetzliche Regelung gebe, entschied das Bundesgericht gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB nach der Regel, die es als gesetzgebende Behörde aufstellen würde (richterliche Lückenfüllung «modo legislatoris»).

Das Bundesgericht gibt in diesem Entscheid dem Trennungsgrundsatz (Prinzip der Trennung des Baugebiets vom Nichtbaugebiet, Freihaltung des Nichtbaugebiets von allen nicht landwirtschaftlichen und nicht standortgebundenen Bauten; Art. 1

RPG) einen grossen Stellenwert. Die privaten Interessen an einer Beibehaltung von illegal errichteten Bauten und Anlagen und einem allfälligen Vertrauensschutz des Privaten erachtet das Bundesgericht als untergeordnet. Es befand, dass der blosser Zeitablauf trotz fehlender Vertrauensgrundlage nicht dazu führen dürfe, dass eine illegale Nutzung ausserhalb des Baugebiets auf unbestimmte Zeit beibehalten werden könne. Die Anwendung einer Verwirkungsfrist sei nicht plausibel, eine «Ersitzung» von rechtswidrigen Bauten und Anlagen sowie Nutzungen ausserhalb der Bauzone sei daher nicht mit dem Trennungsgrundsatz als ungeschriebenes Verfassungsrecht zu vereinbaren.

Dieser Entscheid hat weitreichende Folgen. In der Praxis wurde bisher neben der Prüfung des Besitzstandsschutzes und der Bewilligungsfähigkeit nach dem geltenden Recht stets auch die Frage der Verwirkung der Wiederherstellung behördlich und gerichtlich geprüft. Die Prüfung der letzten Frage entfällt nun aufgrund des Entscheids des Bundesgerichts.

Die Gerichte und Behörden wendeten die neue Praxis in hängigen Fällen umgehend an. So führte der Regierungsrat in einem aktuellen Entscheid aus: «Soweit die Beschwerdeführenden vorbringen, die umstrittenen Bauten seien vor über 30 Jahren erstellt worden, womit der Wiederherstellungsanspruch der Behörden verwirkt sei, kann ihnen somit nicht gefolgt werden. Da die umstrittenen baulichen Vorkehren ausserhalb der Bauzone liegen, verwirkt die Pflicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gemäss neuer bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nach 30 Jahren.» (RRB 2021-001244 vom 27.10.2021).

Das Bundesgericht beschäftigte sich in seinem Entscheid auch mit der Frage, ob ein Anspruch auf Vertrauensschutz bestehe. Dies kann dann der Fall sein, wenn die Bauherrschaft gutgläubig war und die Baubehörde durch ihr langjähriges Nichteinschreiten einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat. Diesen speziellen Situationen könne mit massgeschneiderten Lösungen im Einzelfall Rechnung getragen werden. Dies zum Beispiel durch die Ansetzung einer längeren Wiederherstellungsfrist bis zur Amortisation getätigter Investitionen. Das Bundesgericht befand, dass unter Umständen auch eine Entschädigung für gutgläubig getätigte, nutzlos gewordene Investitionen zugesprochen werden könne. Es liess aber offen, wie eine solche Entschädigung eingefordert werden müsste.

Neben der (sich nun nicht mehr stellenden) Frage der Verwirkung ist bei nachträglichen Baubewilligungsverfahren ausserhalb der Bauzone auch stets die Anwendung von Art. 24ff. RPG zu prüfen (Ausnahmen für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen). So werden z.B. gemäss Art. 24c Abs. 1 RPG bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt. Diese Bestimmung ist anwendbar auf altrechtliche Bauten und Anlagen, die rechtmässig erstellt oder geändert worden sind, bevor das betreffende Grundstück Bestandteil des Nichtbaugesbiets im Sinne des Bundesrechts wurde (Art. 41 Abs. 1 RPV; für gewerbliche Bauten vgl. Art. 37a RPG i.V.m. Art. 43 Abs. 1 lit. a RPV). Stichtag ist grundsätzlich der 1. Juli 1972 (vgl. dazu BGE 129 II 396). Vorbehalten bleiben jedoch stets wichtige Anliegen der Raumplanung (Art. 24c Abs. 5 RPG). Bei der Prüfung der Anwendung von Art. 24c RPG ist der rechtliche und tatsächliche Zustand solcher Bauten am Stichtag nachzuweisen.

In der Praxis ist es häufig schwierig, Dokumente und Unterlagen zu einer Nutzung zu finden, die vor rund 50 Jahren stattfand. Es empfiehlt sich daher, alte Dokumente (Baubewilligungen, Baupläne, Baubewilligungspläne, Rechnungen, Buchhaltungen, Korrespondenz, Fotos, Luftbilder etc.) zusammenzutragen.

---