

Der Regierungsrat des Kantons Thurgau an den Grossen Rat

Frauenfeld, 17. Dezember 2019

967

GRG Nr.	16	EA 143	433
---------	----	--------	-----

Einfache Anfrage von Toni Kappeler vom 6. November 2019 „Baupolizei: Recht oder Faustrecht?“

Beantwortung

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Fragesteller bemängelt den Umgang der Politischen Gemeinden mit widerrechtlich erstellten Bauten und Anlagen. So werde zum Teil mit der Begründung, der Abbruch einer Baute sei unverhältnismässig, aus Gründen wie Überlastung, Angst vor einer zunehmend militanten „Kundschaft“ oder Rücksichtnahme auf gute Steuerzahler, zu Unrecht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verzichtet.

Wie der Fragesteller richtig festhält, ist die Gemeindebehörde für die Durchführung des Baubewilligungsverfahrens und die Handhabung der Baupolizei zuständig (§ 4 Abs. 4 des Planungs- und Baugesetzes [PBG; RB 700]). Das gilt sowohl für Bauvorhaben innerhalb der Bauzonen als auch für solche ausserhalb der Bauzonen. Wenn das Baugesuch den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht, wird die Baubewilligung erteilt (§ 106 Abs. 1 PBG). Das Bauvorhaben darf erst mit rechtskräftiger Baubewilligung und nach Erledigung der privatrechtlichen Einsprachen begonnen und nur nach Genehmigung der meldepflichtigen Bauvorgänge durch die Gemeindebehörde fortgesetzt werden (§ 110 Abs. 1 PBG). Wird ein Zustand geschaffen, der das Gesetz oder die gestützt darauf erlassenen Pläne, Bauvorschriften oder Verfügungen verletzt (also zum Beispiel eine Baute ohne Baubewilligung erstellt oder bei einem Bauvorhaben von der erteilten Baubewilligung abgewichen wird), trifft die Gemeindebehörde die zur Herstellung des gesetzmässigen Zustandes erforderlichen Massnahmen (§ 114 PBG). Das bedeutet, dass die Gemeindebehörde in der Regel in einem ersten Schritt einen Baustopp anordnet und durchsetzt (§ 115 Abs. 1 PBG) und in einem zweiten Schritt die Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs verlangen muss. Kann ein Mangel nicht durch eine nachträgliche Bewilligung behoben werden, hat die Gemeindebehörde nach § 115 Abs. 2 PBG der Grundeigentümerschaft oder Bauherrschaft eine angemessene Frist zur Beseitigung oder Anpassung der widerrechtlich erstellten Bauten und Anlagen anzusetzen und die Ersatzvornahme im Sinne von § 86 VRG anzudrohen.

Die verfassungsmässigen Grundsätze von Treu und Glauben, der Verhältnismässigkeit und der Rechtssicherheit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 und 3 BV sowie Art. 9 BV können jedoch einem Abbruch der widerrechtlich erstellten Bauten und Anlagen entgegenstehen. Der Abbruch oder die Beseitigung kann insbesondere unterbleiben, wenn die Abweichung vom Erlaubten unbedeutend ist oder der Abbruch nicht im öffentlichen Interesse liegt, ebenso wenn die Bauherrschaft im guten Glauben angenommen hat, sie sei zur Bauausführung ermächtigt, und wenn der Beibehaltung des ungesetzlichen Zustandes nicht schwerwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes kann sich sogar eine bösgläubige Bauherrschaft gegenüber einem Abbruchbefehl auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit berufen. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in geringem Mass berücksichtigen (vgl. dazu Urteil BGer 1P.708/2006 vom 13. April 2007 E. 5.1). Im Rahmen der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes und der Verhältnismässigkeitsprüfung können Bauvorhaben zudem lediglich geduldet, nicht aber bewilligt werden.

Unabhängig von einer allfälligen Duldung eines Bauvorhabens aus Gründen der Verhältnismässigkeit macht sich strafbar, wer vorsätzlich oder fährlässig ohne Baubewilligung baut oder von einer Baubewilligung abweicht (vgl. § 117 Abs. 1 und § 118 PBG). In schweren Fällen oder bei Rückfall kann auf Busse bis zu Fr. 100'000 erkannt werden (§ 117 Abs. 2 PBG).

Frage 1

Wie bereits einleitend ausgeführt, sind die Gemeindebehörden sowohl bei Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen als auch bei solchen innerhalb der Bauzonen zuständig für die Handhabung der Baupolizei. Eine im Herbst 2017 bei den Gemeinden durchgeführte Umfrage betreffend das Bauen ausserhalb der Bauzonen hat ergeben, dass die grosse Mehrheit der Gemeinden nicht bereit ist, Kompetenzen an den Kanton abzugeben (siehe dazu unten die Antwort auf Frage 5). Das Departement für Bau und Umwelt (DBU) als zuständiges Departement bietet aber den Gemeinden im Rahmen des rechtlich Zulässigen und tatsächlich Möglichen verschiedene Hilfestellungen, z.B.:

- Auf der Website des Amtes für Raumentwicklung werden die Erläuterungen zum PBG publiziert. Das Kapitel 7 dieser Erläuterungen befasst sich eingehend mit dem Baubewilligungsverfahren und der Baupolizei. Es erklärt die wichtigen Verfahrensschritte und enthält Hinweise auf die Rechtsprechung, verständliche Übersichten zu den Abläufen und Zuständigkeiten sowie die erforderlichen Formulare (siehe <https://raumentwicklung.tg.ch>, Publikationen und Downloads).
- Der Rechtsdienst des DBU erteilt telefonische Rechtsauskünfte zu Fragen allgemeiner Natur in Bezug auf die Planungs-, Bau- und Umweltschutzgesetzgebung. Es bestehen sodann verschiedene Angebote, wo sich interessierte Personen betreffend das Planungs- und Baurecht weiterbilden können. So bietet beispielsweise im Kanton

Thurgau das Bildungszentrum Wirtschaft Weinfelden in Zusammenarbeit mit dem Verband Thurgauer Gemeinden VTG regelmässig den Lehrgang „Fachperson Bau- und Planungswesen“ an. Es liegt in der Verantwortung der Gemeinden, genügend ausgebildetes Personal anzustellen. Fehlen den Gemeinden die nötigen fachlichen und zeitlichen Ressourcen, um ihre baupolizeilichen Aufgaben entsprechend den gesetzlichen Vorgaben wahrzunehmen, müssen sie gegebenenfalls externe Fachpersonen (z.B. eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt) beiziehen.

Frage 2

Kommt die Gemeindebehörde ihren baupolizeilichen Pflichten trotz schriftlicher Mahnung nicht nach und werden dadurch wesentliche öffentliche Interessen erheblich gefährdet oder verletzt, kann an ihrer Stelle das DBU die erforderlichen Massnahmen treffen (§ 116 Abs. 1 PBG i.V.m. § 1 Abs. 1 PBV). Stellt das DBU also fest, dass eine Gemeindebehörde ihren baupolizeilichen Pflichten nicht nachkommt und z.B. bei einer widerrechtlich erstellten Baute zu Unrecht keine Beseitigung anordnet, wird die Gemeindebehörde schriftlich gemahnt. Bleibt diese Mahnung erfolglos, trifft das DBU die erforderlichen Massnahmen und ordnet beispielsweise die Beseitigung der widerrechtlich erstellten Baute anstelle der Gemeindebehörde an.

Es ist festzustellen, dass in jüngerer Vergangenheit die Fälle, in denen Gemeindebehörden trotz schriftlicher Mahnung des DBU untätig geblieben sind und das DBU an ihrer Stelle die erforderlichen Massnahmen (z.B. Vornahme der Bauabnahme, Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens sowie Anordnung des Rückbaus einer widerrechtlich erstellten Baute) treffen musste, eher zugenommen haben. Aus der Sicht des DBU ist allerdings in den meisten Fällen weniger die vom Fragesteller angesprochene bewusste, aktive Pflichtverweigerung durch die Gemeindebehörde das Problem als vielmehr die fehlenden fachlichen Kompetenzen. So müssen angefochtene Wiederherstellungsbefehle im Rechtsmittelverfahren sehr häufig aufgehoben und die Streitsache an die Gemeinden zurückgewiesen werden, weil keine Verhältnismässigkeitsprüfung stattgefunden hat. Auch das führt zu grossen Verzögerungen im Vollzug.

Frage 3

Im Zuge der Ansetzung einer angemessenen Frist zur Beseitigung oder Anpassung der widerrechtlich erstellten Bauten oder Anlagen gemäss § 115 Abs. 2 PBG muss die Gemeindebehörde auch darüber befinden, ob im konkreten Fall nicht die verfassungsmässigen Grundsätze von Treu und Glauben, der Verhältnismässigkeit und der Rechtssicherheit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 und 3 BV sowie Art. 9 BV der Beseitigung oder Anpassung entgegenstehen. Selbst wenn aber eine widerrechtlich erstellte Baute oder Anlage aus Gründen der Verhältnismässigkeit geduldet werden muss, kann dennoch eine strafbare Handlung gegeben sein. Es kann in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen in den einleitenden Bemerkungen verwiesen werden.

Frage 4

In baurechtlichen Belangen ist das DBU Aufsichtsinstanz über die Gemeinden. Sachlich zuständig für die Behandlung von Aufsichtsbeschwerden oder Anzeigen betreffend die Ausübung der Baupolizei durch die Gemeinden ist deshalb das DBU (§ 72 Abs. 1 und § 75 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRG; RB 170.1], § 52 des Gesetzes über die Gemeinden [GemG; RB 131.1] i.V.m. § 116 Abs. 1 PBG sowie § 1 Abs. 1 PBV). Verweigert oder verzögert eine Gemeindebehörde zu Unrecht eine anfechtbare Entscheidung, kann dagegen ebenfalls beim DBU Rekurs geführt werden (§ 72a Abs. 1 VRG). Generelle Aussagen zur Verfahrensdauer sind wenig aussagekräftig, da verschiedene Faktoren und insbesondere auch das Verhalten der am Verfahren beteiligten Parteien die Dauer eines Verfahrens beeinflussen können. Über die letzten zehn Jahre betrachtet, wurde die eine Hälfte der Verfahren, in denen beim DBU Aufsichtsbeschwerden oder Anzeigen behandelt wurden, innert mehr und die andere Hälfte innert weniger als 18 Wochen abgeschlossen (Median). Dabei hat sich gezeigt, dass der Grossteil derjenigen Verfahren, die über dem Median liegen, vorübergehend sistiert werden mussten. Die ausgewerteten Verfahren betrafen allerdings nicht nur baupolizeiliche Fragestellungen. Im Übrigen kann auf die Antworten zu den Fragen 2 und 3 verwiesen werden.

Frage 5

Wie der Fragesteller richtig feststellt, sehen die Regierungsrichtlinien 2016 - 2020 unter „*Schwerpunkt 1: Spielräume nutzen und erweitern*“ folgenden Auftrag an das DBU vor: „*Erarbeitet die Grundlagen für den Entscheid, ob künftig Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen einzig vom Kanton entschieden und vollzogen werden*“ (vgl. Ziff. 4.1.3.5 RRL, S. 24).

Der Regierungsrat hat mit RRB Nr. 364 vom 11. April 2017 den entsprechenden Projektauftrag genehmigt. Dieser Projektauftrag sah bei den zu erarbeitenden Ergebnissen u.a. vor, dass die Haltung der Gemeinden abzuholen sei. Eine im Rahmen der Projektarbeit durchgeführte Umfrage bei den Gemeinden ergab, dass die Gemeinden trotz wachsendem Ressourcenbedarf grossmehrheitlich der Auffassung sind, dass die heutige Kompetenzverteilung zwischen Gemeinden und Kanton bei Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen sachgerecht sei. Das Zusammenspiel mit dem Kanton hat sich aus Sicht der Gemeinden bewährt. Bei sämtlichen Verfahrensschritten hat sich die Mehrheit der Gemeinden klar dafür ausgesprochen, dass die entsprechende Zuständigkeit bei den Gemeinden bleiben müsse. Eine klare Mehrheit der Gemeinden war denn auch nicht bereit, dem Kanton betreffend das Bauen ausserhalb der Bauzonen mehr Kompetenzen einzuräumen. Die alleinige Zuständigkeit des Kantons wurde sehr deutlich und teilweise mit grosser Vehemenz abgelehnt. Die Gemeinden waren teilweise sogar der Auffassung, dass ihnen mehr Kompetenzen einzuräumen seien.

Anlässlich einer im Herbst 2019 durchgeführten Aussprache mit Vertretern des VTG hat sich die ablehnende Haltung der Gemeinden gegenüber einer Kompetenzverschiebung hin zum Kanton bestätigt. Eine Weiterverfolgung des Projektes oder die aufwendige Erarbeitung der noch offenen Ergebnisse gemäss Projektauftrag wäre deshalb nicht ver-

hältnismässig gewesen. Der Regierungsrat hat deshalb am 17. Dezember 2019 dem Abbruch des Projekts zugestimmt. Alle Beteiligten sind sich aber darin einig, dass das fachliche Wissen bei den Gemeinden verbessert werden soll. Es wird deshalb derzeit die Einrichtung eines regelmässigen Erfahrungsaustausches zwischen Vertretern der Gemeinden und des DBU durch den VTG geprüft. Das DBU ist gerne bereit, den Gemeinden hier weitere Hilfestellung zu bieten.

Der Präsident des Regierungsrates

Der Staatsschreiber