

ZH_BAUREKURSGERICHT BRGE III Nr. 0128/2021 vom 8. September 2021

ZH Baurekursgericht, 2021-09-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_baurekursgericht_BRGE III Nr. 0128_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_baurekursgericht_BRGE_III_Nr._0128_2021)

FR: ZH_BAUREKURSGERICHT BRGE III Nr. 0128/2021 du 8 septembre 2021

IT: ZH_BAUREKURSGERICHT BRGE III Nr. 0128/2021 del 8 settembre 2021

Regeste

Zusammenfassung der Rechtsprechung.

Volltext

BRGE III Nr. 0128/2021 vom 8. September 2021 in BEZ 2021 Nr. 35 Mit Rekurs verlangten Nachbarn die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes in Bezug auf einen unbestrittenermassen den Grenzabstand missachtenden Gebäudeteil eines Schopfes. Aus den Erwägungen: 3.1 Die Baugeschichte des Schopfes samt südöstlichem Gebäudeteil ist, soweit für die Beantwortung der sich nachfolgend stellenden Rechtsfragen relevant, relativ gut dokumentiert (...). 3.2 Zusammengefasst besteht der Schopf in seiner heutigen Ausdehnung nach Südwesten und mit dem südöstlichen Gebäudeteil (...) nachweislich seit mindestens 1991; im Jahr 1999 wurde das Volumen in einem Situationsplan vermassst. Mitte der 1990er-Jahre (Kalksteinmauer beim Treppenaufgang nordseitig) sowie zuletzt im Jahr 2008 (Aludach und Betonmauer beim südöstlichen Gebäudeteil) wurden Unterhaltsarbeiten vorgenommen. (...) 5.1 Baut jemand ohne Bewilligung, ist im Rahmen eines – gesetzlich nicht speziell geregelten – nachträglichen Baubewilligungsverfahrens zu prüfen, ob die bereits erstellte Baute bewilligungsfähig ist oder nicht. Nach Ablauf einer Frist von 30 Jahren seit Erstellung der Baute ist auf die Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens indes grundsätzlich zu verzichten, weil dann im Rahmen des Erkenntnisverfahrens ohnehin kein Abbruch mehr verfügt werden könnte; dieses Recht der Baubehörde ist innerhalb der Bauzone gemäss gefestigter Rechtsprechung vorbehaltlich polizeilicher oder anderer zwingender öffentlicher Interessen nach 30 Jahren verwirkt (grundlegend: BGE 107 Ia 121; im Detail siehe nachfolgende Erw. 6.3). Ein nachträgliches Erkenntnisverfahren wäre diesfalls zwecklos, zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes nicht geeignet und mithin unverhältnismässig. Ist jedoch strittig, ob die Maximalfrist von 30 Jahren tatsächlich abgelaufen ist, oder sprechen gewichtige öffentliche Interessen für ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren, ist ein solches durchzuführen (BRGE III Nr. 0090/2016 vom 20. Juli 2016). 5.2 Vorliegend entschied sich die Vorinstanz aus nicht näher erläuterten Gründen für die Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens. Dispositivziffern 1 und 2 des angefochtenen Beschlusses sind das – mangels Anfechtung durch die private Rekursgegnerin – in Rechtskraft erwachsene und nicht Streitgegenstand darstellende Ergebnis dieses nachträglichen Baubewilligungsverfahrens. Demzufolge wurde das Gebäude Vers.-Nr. 1 gesamthaft und mit allen nachträglichen Umbauten nicht bewilligt (Dispositiv- Ziffer 1) und kommt es auch zur Gänze nicht in den Genuss der Besitzstandsgarantie gemäss § 357 Abs. 1 PBG (Dispositiv-Ziffer 2). 6.1 Gemäss § 341 PBG hat die zuständige Behörde ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung grundsätzlich den rechtmässigen Zustand herbeizuführen.

- 2- 6.2 Der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes kann das Verhältnismässigkeitsprinzip entgegenstehen, wenn die Abweichung vom gesetzmässigen Zustand gering ist und die berührten allgemeinen Interessen (wozu auch die privaten Interessen von Nachbarn zählen) den Schaden, der dem Eigentümer durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen vermöchten. Entscheidend ist in diesen Fällen einerseits das Mass der Abweichung und andererseits die Wertung, ob der Bauherr bei der Erstellung der Baute mit gutem oder bösem Glauben in Bezug auf die (materielle wie auch formelle) Baurechtswidrigkeit handelte (Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. A., 2019, Bd. 1, S. 619 ff. mit Verweisen auf die Rechtsprechung, auch zum Nachfolgenden).

6.3 Von der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes kann aber auch aus einem anderen Grund abgesehen werden, nämlich zufolge der vorstehend umschriebenen Verwirkung des Rechts der Baubehörde, 30 Jahre nach Fertigstellung eines baurechtswidrigen Zustandes eines Gebäudes noch dessen Abbruch zu verlangen. Der Grundeigentümer «ersitzt» diesfalls das Recht, den – an sich rechtswidrigen – Zustand des Gebäudes beizubehalten; vorbehältlich polizeilicher Massnahmen im engeren Sinne. Aus Gründen des Vertrauensschutzes kann es sich unter Umständen rechtfertigen, die Verwirkung des behördlichen Wiederherstellungsanspruchs bereits nach einer kürzeren Dauer als 30 Jahren zu bejahen. So verhält es sich etwa, wenn die Behörden zwar vor Ablauf der dreissigjährigen Frist einschreiten, aber das rechtswidrige Gebäude zuvor über Jahre hinweg duldeten, obwohl ihnen die Gesetzwidrigkeit bekannt war oder sie diese bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätten kennen müssen. Ein Abbruchbefehl würde in einem solchen Fall den verfassungsrechtlich gewährleisteten Vertrauensschutz (Art. 9 der Bundesverfassung [BV]) verletzen. Voraussetzung des Vertrauensschutzes in diesem Sinne ist, dass derjenige, der sich darauf beruft, selbst in gutem Glauben gehandelt hat.

6.4 Eine kürzere Frist als 30 Jahre wird unter Umständen auch nach Massgabe des Verhaltens des Nachbarn angenommen, der von einer Grenzabstandsunterschreitung betroffen ist. Grundlegend ist, dass mit dem Inkrafttreten der Revision des Planungs- und Baugesetzes im Jahr 1991 und der damit geschaffenen Möglichkeit, formlose Näherbaurechte zu vereinbaren (§ 270 Abs. 1 PBG), die kantonalen und kommunalen Grenzabstände weitgehend – mit Ausnahme der wohnhygienischen und feuerpolizeilichen Belange – der Disposition der privaten Grundeigentümer überlassen wurden. Dies hat zur Folge, dass die ordentlichen öffentlich-rechtlichen Grenzabstände von der Baubehörde nicht mehr durchgesetzt werden können. Aus der Sicht der Behörde erscheint der Regelverstoss deshalb in der Regel nicht als schwerwiegend und entsprechend gering wiegt das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Abstandsvorschriften. Selbst bei einem Bauherrn, der nicht gutgläubig angenommen hat, er sei zur Bauausführung ermächtigt, kann deshalb auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verzichtet werden.

- 3- Aufgrund dieser Relativierung des öffentlichen Interesses rückt für die Frage nach der Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands die nachbarschützende Funktion der Grenz- und Gebäudeabstände in den Vordergrund und ist vorab die Abwägung zwischen den infrage stehenden privaten Interessen von Bedeutung. Das Interesse des Nachbarn an der Beseitigung der abstandswidrigen Baute ist dabei insbesondere auch im Lichte seines bisherigen Verhaltens bzw. desjenigen seines allfälligen Rechtsvorgängers zu beurteilen. Wird die Erstellung der unbewilligten Baute widerspruchlos hingenommen und wird sie in der Folge über mehr als zehn Jahre geduldet, so lässt dies auf stillschweigende Zustimmung schliessen und vermag ein blosser

Meinungsumschwung des Nachbarn in der Regel kein hinreichendes Interesse an der Beseitigung der abstandswidrigen Baute zu begründen (VB.2009.00471 = BEZ 2010 Nr. 5 mit zahlreichen weiteren Verweisen; BRKE III Nr. 0092/2007 = BEZ 2008 Nr. 28; bestätigt mit VGr, 12. März 2008, VB.2007.00348). 7. Bereits aus Erwägung 8 des angefochtenen Entscheids, jedenfalls aber klar aus der Rekursantwort der Vorinstanz ergibt sich, dass der in Dispositiv- Ziffer 3 angeordnete Verzicht auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes vorliegend nicht deshalb erfolgte, weil die Wiederherstellung im Sinne der Ausführungen unter vorstehender Erw. 6.2. als unverhältnismässig erachtet worden wäre. In Bezug auf die Abstandsunterschreitungen hält die Vorinstanz vielmehr dafür, dass ein Fall klagloser nachbarlicher Duldung seit mehr als zehn Jahren vorliege. Allgemein im Hinblick auf den zeitlichen Bestand der Bauten beruft sich die Vorinstanz sodann grundsätzlich auf die erwähnte 30-Jahresfrist, die verstrichen sei. Im Übrigen sei die Baubehörde in den letzten Dekaden mehrfach im Umfeld des strittigen Gebäudes tätig gewesen und habe um dessen Abmessungen gewusst. Die Abstandsunterschreitungen hätten sich unter anderem in einem Baubewilligungsverfahren der Rekurrierenden im Jahr 2013 gezeigt. Die Baubehörde sei aber nie eingeschritten und habe der privaten Rekursgegnerin auch nie beschieden, das Gebäude sei nicht bewilligungsfähig. 8.1 Der den Grenzabstand unterschreitende südöstliche Gebäudeteil besteht wie erwähnt nachweislich seit mindestens 1991 und wurde zuletzt 1999 in einem Situationsplan mit den noch heute vorhandenen Ausmassen eingezeichnet. Aus den Akten lässt sich eine erstmalige Intervention seitens der Rekurrierenden erst durch Erhebung des Rekurses gegen den Verzicht auf Wiederherstellung am 25. Februar 2021 nachweisen. (...) 8.2 Damit ist belegt, dass die Rekurrierenden das gesamte Gebäude und insbesondere den in den Abstandsbereich hineinragenden südöstlichen Gebäudeteil weit länger als 10 Jahre – nämlich seit 1991 und damit während mindestens 28 Jahren – toleriert und damit der Grenzabstandsunterschreitung stillschweigend zugestimmt haben. Die Zehnjahresfrist wäre selbst dann überschritten, wenn man die letzten Umbauarbeiten im Jahr 2008 als nochmals neu «fristauslösend» erachten würde. (...) 8.4 Nachdem der nachbarliche Wiederherstellungsanspruch ohnehin verwirkt ist, ist weiter auch die Frage, ob eine Wiederherstellung im Lichte des

- 4- Verhältnismässigkeitsprinzips angezeigt wäre (so final sinngemäss die Rekurrierenden mit ihrer Rüge der diesbezüglich ungenügenden Sachverhaltsabklärung), oder ob eine Wiederherstellung auch im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips ausser Betracht fiele, nur noch rein theoretischer Natur. Denkbar wäre eine Wiederherstellung vorliegend, analog zur entsprechenden Praxis bei der 30-jährigen Verwirkungsfrist zulasten der Baubehörde, nur noch zum Schutz von Polizeigütern im engeren Sinn (Sicherheit und Gesundheit von Personen) oder aus anderen zwingenden öffentlichen Interessen (Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, S. 623), nicht aber, weil eine Wiederherstellung allenfalls im Sinne der in vorstehender Erwägungsziffer 6.2 umschriebenen Güterabwägung als für sich allein verhältnismässig zu beurteilen sein könnte; darauf kommt es nicht mehr an. Die Gefährdung von Polizeigütern ist ebenso wenig ersichtlich wie die Verletzung zwingender öffentlicher Interessen, beispielsweise in Form einer erheblichen Beeinträchtigung des Ortsbildes. Nur der Vollständigkeit halber bleibt zu erwähnen, dass im Lichte des Zeitablaufs selbst eine allfällige – hier indes gar nicht thematisierte – Bösgläubigkeit der privaten Rekursgegnerin oder ihrer Rechtsvorgängerin einem Verzicht auf die Wiederherstellung nicht entgegenstehen würde (VB.2009.00471, E. 2.3 am Anfang = BEZ 2010 Nr. 5). Auch diese Frage braucht deshalb vorliegend nicht weiter untersucht zu

werden. 8.5 Das vorstehend Ausgeführte gilt nicht nur in Bezug auf die Bauteile und deren Nutzung im Grenzabstandsbereich, sondern – umso mehr – auch im Hinblick auf den Schopf als solchen (bspw. in Bezug auf seine gestalterische Einordnung in der Kernzone) respektive seine Nutzung auch ausserhalb des Grenzabstandsbereichs. Die Rekurrierenden haben sich auch insoweit während deutlich mehr als zehn Jahren nie nachweisbar an die Baubehörde gewandt und um Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens ersucht. Deshalb kommt es vorliegend gar nicht darauf an, ob (auch) die Dreissigjahresfrist bereits abgelaufen ist, denn für die Nachbarn, welche sich als einzige gegen den Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes wehren, gilt allein die vorerwähnte Zehnjahresfrist. Die Baubehörde daselbst hat sich entschieden, ihr Recht auf Durchsetzung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nicht wahrzunehmen, weil sie vom mindestens dreissigjährigen Bestand des Schopfes in seinen heutigen Dimensionen ausgeht (und überdies zugesteht, seit mindestens dem Jahr 2013 von den Ausmassen des Gebäudes Vers.-Nr. 1 gewusst zu haben, ohne diesbezüglich in irgendeiner Weise tätig geworden zu sein). Diese Fragen (mindestens 30-jähriger Bestand; allfällige Verkürzung dieser Frist zufolge Untätigkeit der Baubehörde in Kenntnis der Umstände) würden sich nur dann stellen, wenn die private Rekursgegnerin gegen einen entsprechenden Wiederherstellungsbefehl der Baubehörde rekurrieren würde, welche Konstellation hier nicht vorliegt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.