

# **ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE IV Nr. 0166/2023 vom 18. Dezember 2008**

ZH Baurekursgericht, 2008-12-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_baurekursgericht\\_BRGE IV Nr. 0166\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_baurekursgericht_BRGE_IV_Nr.0166_2023)

FR: ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE IV Nr. 0166/2023 du 18 décembre 2008

IT: ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE IV Nr. 0166/2023 del 18 dicembre 2008

## **Volltext**

Rechtsschutz. Rechtsverweigerung. Verzicht auf Erlass eines Wiederherstellungsbefehls infolge anstehender BZO-Revision. § 341 PBG BRGE IV Nr. 0166/2023 vom 5. Oktober 2023 in BEZ 2025 Nr. 4 (Das Verwaltungsgericht trat mit Entscheid VB.2023.00661 vom 10. Oktober 2024 auf eine dagegen erhobene Beschwerde nicht ein.) Mit Beschluss vom 30. November 2021 erteilte der Rekursgegner der Mitbeteiligten unter Nebenbestimmungen die nachträgliche baurechtliche Bewilligung für eine Projektänderung betreffend Fassadenanpassungen am mit Stammbewilligung vom 14. Mai 2019 bewilligten Mehrfamilienhaus- Neubau auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1, W.-Strasse 2, in A. Für den Verzicht auf Fenstersprossen wurde nachträglich eine Ausnahmbewilligung erteilt. Mit Entscheid vom 16. Juni 2022 hiess das Baurekursgericht einen hiergegen erhobenen Rekurs der Rekurrentin teilweise gut, soweit es darauf eintrat. Es hob den vorinstanzlichen Beschluss auf, soweit damit nachträglich der Verzicht auf Fenstersprossen bewilligt worden war, und wies die Sache zur Prüfung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes an den Rekursgegner zurück (BRGE IV Nr. 0093/2022). Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde der Mitbeteiligten mit Urteil vom 19. Januar 2023 ab (VB.2022.00485). Der Entscheid erwuchs in Rechtskraft. Mit Eingabe an die Vorinstanz vom 12. April 2023 verlangte die Rekurrentin, dass die Sprossen unverzüglich zu montieren seien und setzte dem Rekursgegner eine Frist von 30 Tagen für eine Antwort und die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Am 26. April 2023 teilte der Rekursgegner der Rekurrentin mittels Antwortschreiben mit, dass er momentan davon absehe, die Montage der Fenstersprossen an der strittigen Liegenschaft zu verlangen. Die Rekurrentin wirft dem Rekursgegner in ihrer Rekurseingabe vom 11. Mai 2023 im Sinne einer Rechtsverweigerungsbeschwerde vor, trotz den Entscheiden des Baurekurs- und des Verwaltungsgerichts untätig geblieben zu sein und keine Wiederherstellung angeordnet zu haben. Aus den Erwägungen: 2.2 Das Verbot der Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung wird verletzt, wenn eine Verwaltungsbehörde untätig bleibt oder das gebotene Handeln über Gebühr hinauszögert, obschon sie zum Tätigwerden verpflichtet ist. Eine Rechtsverzögerung ist anzunehmen, wenn die Bereitschaft zum Erlass der Verfügung zwar grundsätzlich besteht, die zuständige Behörde den Entscheid aber nicht innert einer angemessenen Behandlungsdauer trifft. Die

- 2- Unangemessenheit muss hierbei klar auf der Hand liegen. Auf eine Rechtsverzögerung darf somit nur sehr zurückhaltend geschlossen werden. Eine Rechtsverweigerung liegt dann vor, wenn der Behörde die Bereitschaft zum Erlass der Verfügung gänzlich, d.h. aus prinzipiellen Gründen fehlt, was namentlich dann erkennbar der Fall ist, wenn die Behörde den Erlass der Verfügung explizit verweigert. Unerheblich für die Annahme einer Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung ist, ob der Behörde – etwa im Lichte der

personellen Ausstattung – ein Verschulden vorzuwerfen ist (vgl. zum Ganzen Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., 2020, Rz. 1045 ff.; Jürg Bosshart/Martin Bertschi, in: Kommentar VRG, 3. A., 2014, § 19–28 Rz. 40 ff.). Die Legitimation, Akte der Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung anzufechten, beurteilt sich nach dem Vorliegen eines aktuellen Rechtsschutzinteresses. Dieses ist auch zu bejahen, wenn das als überlang gerügte Verfahren mittlerweile abgeschlossen ist, stellt doch die Feststellung der Rechtsverzögerung für den Betroffenen diesfalls einen Akt der Genugtuung dar (VB.2005.00579 = RB 2006 Nr. 12). (...) 3.1 Der Rekursgegner führt aus, ihm sei vom Gericht keine Frist zur Prüfung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angesetzt worden. Der Rekursgegner habe die verlangte Prüfung vorgenommen und die Montage der Sprossen für den Moment als unverhältnismässig eingestuft. Er habe keineswegs beschlossen, die Gerichtsentscheide per se nicht umzusetzen. In Anbetracht dessen, dass die Bau- und Zonenordnung (BZO) demnächst überarbeitet werde, solle momentan auf die Montage der Sprossen verzichtet werden. Die Anpassung der Kernzone und deren Bestimmungen würden mit der BZO-Revision behandelt, da die aktuelle Kernzone gross und undifferenziert sei. Vernehmlassungsweise weist der Rekursgegner darauf hin, dass die Rekurrentin ihn bereits rund einen Monat, nachdem die Rechtsmittelfrist für einen Weiterzug ans Bundesgericht abgelaufen gewesen sei, unter Fristansetzung zum Handeln aufgefordert habe. Noch bevor der Rekursgegner eine entsprechende Verfügung (Unverhältnismässigkeit und Verzicht auf eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes) habe verschicken können, habe es die Rekurrentin vorgezogen, mit dem vorliegenden Rechtsverweigerungsrekurs ans Baurekursgericht zu gelangen. Aufgrund des vorliegenden, hängigen Verfahrens habe der Rekursgegner mit der Ausarbeitung einer anfechtbaren Verfügung zugewartet. Weiter macht der Rekursgegner geltend, dass es unverhältnismässig und verfahrensökonomisch nicht zielführend wäre, im jetzigen Zeitpunkt die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu verlangen, hierüber höchstwahrscheinlich ein Rechtsmittelverfahren mit der Mitbeteiligten zu führen und danach die Erstellung von Sprossen aufgrund geänderter rechtlicher Grundlagen dann doch nicht mehr verlangen zu können. Das strittige Mehrfamilienhaus solle im Übergangsbereich (Gürtel) der zukünftig unterteilten Kernzone zu liegen kommen, in welcher die Vorschriften gelockert und insbesondere keine Pflicht für die Anbringung von Sprossen mehr bestehen solle. Sollte der Souverän die Unterteilung der Kernzone bzw. die Revision der

- 3- Vorschriften wider Erwarten ablehnen, erachte es der Rekursgegner als verhältnismässig, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erneut zu prüfen. Sowohl die Terminvorgaben im Zusammenhang mit der technischen BZO- Revision wie auch der zunehmende Druck auf die bestehenden Gebäude resp. freien Flächen in der Kernzone hätten den Rekursgegner bereits anfangs 2022 veranlasst, eine grössere BZO-Revision anzugehen und entsprechend ins Budget 2023 aufzunehmen. (...) 4. Nach § 341 PBG hat die zuständige Behörde ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung den rechtmässigen Zustand herbeizuführen. Es steht dabei nicht im Ermessen der Behörde, ob sie tätig werden will oder nicht. Der Befehl zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes muss indes verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 der Bundesverfassung [BV]). Der Rekursgegner hat bis zum heutigen Zeitpunkt noch keinen - anfechtbaren - Entscheid betreffend Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes gefällt und will dies vorläufig auch nicht ändern. Vielmehr hat er auf einen Entscheid verzichtet, um vorerst die Revision der Bau- und Zonenordnung abzuwarten. Dieses Vorgehen erweist

sich als unzulässig. Es ist zu unterscheiden zwischen dem formellen und anfechtbaren Entscheid über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes an sich und dessen Inhalt, der unter Umständen einen Verzicht auf Wiederherstellung wegen Unverhältnismässigkeit beispielsweise aufgrund einer unmittelbar bevorstehenden Rechtsänderung beinhalten kann. Der Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 19. Januar 2023 wurde am 7. Februar 2023 versandt. Die Rechtsmittelfrist für eine Beschwerde an das Bundesgericht verstrich unbenutzt. Seither hat der Rekursgegner ausdrücklich davon abgesehen, einen anfechtbaren Entscheid zur Frage der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu treffen, und zeigt auch keine Bereitschaft, dies vor dem Ausgang der geplanten BZO-Revision zu tun. Eine Rechtsverweigerung ist damit zu bejahen. Der Rekurs ist gutzuheissen und der Rekursgegner anzuweisen, innert zwei Monaten die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu prüfen und einen entsprechenden anfechtbaren Entscheid zu erlassen. 5. Zum Entscheid betreffend Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist bemerkungsweise Folgendes festzuhalten: Der Befehl zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes muss verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 der Bundesverfassung [BV]). Damit wird namentlich auch verlangt, dass der mit dem Befehl verbundene Eingriff in die Rechtsstellung des Privaten in einem vernünftigen Verhältnis zum öffentlichen Interesse an der angestrebten Rechtsdurchsetzung steht (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne). Bei dieser Abwägung ist auch die Gut- oder Bösgläubigkeit des Bauherrn mit zu berücksichtigen (vgl. zum Ganzen RB 1999 Nr. 126; VB.2000.00033 = BEZ 2000 Nr. 23; VB.2004.00151 = BEZ 2004 Nr. 49 = RB 2004 Nr. 78).

- 4- Nach der Rechtsprechung kann sich die Unverhältnismässigkeit eines Wiederherstellungsbefehls auch daraus ergeben, dass die baurechtswidrige Baute dank einer unmittelbar bevorstehenden Rechtsänderung materielle Rechtmässigkeit erlangen wird (vgl. VGr, 18. Dezember 2008, VB.2008.00444, E. 4.3, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Für die Frage der Verhältnismässigkeit eines Wiederherstellungsbefehls im Hinblick auf eine mögliche Legalisierung der Baute bleibt letztlich entscheidend, wann und mit welcher Wahrscheinlichkeit mit der neuen Festsetzung gerechnet werden kann. Ein einstweiliger Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands lässt sich nur dann rechtfertigen, wenn die Rechtsänderung mit einiger Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft verwirklicht wird. Dies hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. So verzichtete das Verwaltungsgericht in zwei Fällen auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, weil die Baurechtswidrigkeit mit einer vorgesehenen PBG-Revision behoben gewesen wäre, wobei in beiden Fällen der Zeitpunkt der obligatorischen Volksabstimmung über die Rechtsänderung bereits absehbar war (RB 1990 Nr. 85; VB 91/0031). In den Fällen VB 94/0040 und VB 94/0084 hingegen bestand das Gericht auf der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, obwohl der entgegenstehende Wohnanteilsplan bereits geändert war, dagegen aber Rechtsmittel ergriffen worden waren. In VB 83/0091 wiederum wurde die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nach einer beschlossenen BZO-Änderung aufgeschoben, wobei es in der Folge knapp zwei Jahre bis zum Inkrafttreten der Rechtsänderung dauerte. (...)

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