

# ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE IV Nr. 0206/2021 vom 2. Dezember 2021

ZH Baurekursgericht, 2021-12-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh\\_baurekursgericht\\_BRGE IV Nr. 0206\\_2021](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_baurekursgericht_BRGE_IV_Nr_0206_2021)

FR: ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE IV Nr. 0206/2021 du 2 décembre 2021

IT: ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE IV Nr. 0206/2021 del 2 dicembre 2021

## Regeste

Streitgegenstand bildete einerseits die nachträgliche Verweigerung der Bewilligung für eine elektrifizierte Modelleisenbahn mit Spurweite von 32 mm, die sich im Gegensatz zum Wohnhaus auf dem Baugrundstück nicht in der Wohnzone, sondern in der Landwirtschaftszone befunden hat, und andererseits der zugehörige Befehl zum Abbruch dieser Anlage. Das Baurekursgericht bestätigte die Verweigerung der nachträglichen Bewilligung, hielt den Abbruchbefehl jedoch für unverhältnismässig und hob diesen folglich auf.

## Erwägungen

### E. 4

Abteilung G.-Nr. R4.2021.00075 BRGE IV Nr. 0206/2021 Entscheid vom 2. Dezember 2021 Mitwirkende Abteilungspräsident Reto Philipp, Baurichter Andreas Madianos, Baurichter Urs Hany, Gerichtsschreiber Robert Durisch in Sachen Rekurrierende A und B, [...] gegen Rekursgegnerschaft 1. Gemeinderat X, [...] 2. Baudirektion Kanton Zürich, Walchetor, Walcheplatz 2, Postfach, 8090 Zürich Beigeladener 3. C, [...] vertreten durch [...] betreffend Beschluss des Gemeinderates vom 31. März 2021 und Gesamtverfügung der Baudirektion Kanton Zürich vom 17. Februar 2021; Verweigerung der nachträglichen Baubewilligung für eine Modelleisenbahn und Wiederherstellungsbe- stellungsbefehl, [...]

---

hat sich ergeben: A. Mit Verfügung vom 17. Februar 2021 verweigerte die Baudirektion Kanton Zürich A und B die nachträgliche Baubewilligung für die bestehende Modelleisenbahn und Hecke im westlichen Teil des Grundstücks Kat.-Nr. 1 an der D-Strasse 7 in X. Zugleich wurde die örtliche Baubehörde eingeladen, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu prüfen. In der Folge befahl der Gemeinderat X mit Beschluss vom 31. März 2021 A und B, die Modelleisenbahn einschliesslich der Hecke nach Eintritt der Rechtskraft dieses Beschlusses zurückzubauen. B. Gegen die genannten Bauentscheide erhoben A und B mit Eingabe vom 30. April 2021 beim Baurekursgericht des Kantons Zürich Rekurs. Die Re- kurrierenden beantragten die Aufhebung der angefochtenen Entscheide. C. Mit Verfügungen des Baurekursgerichts vom 4. Mai 2021 und 26. Mai 2021 wurde das Rekursverfahren eröffnet, C in das Verfahren beigeladen und die Rekursgegnerschaft sowie der Beigeladene zur Vernehmlassung eingeladen. Die Rekursgegnerschaft und der Beigeladene beantragten mit Eingaben vom 11. Mai 2021, 31. Mai 2021 und 7. Juli 2021 die Abweisung des Re- kurses unter Kostenfolge zulasten der Rekurrierenden. Der Beigeladene beantragte zudem die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung. In den weiteren Rechtsschriften vom 29. Juli 2021, Replik, und 31. August 2021, Duplik des Beigeladenen, wurde an den bisherigen Anträgen festge- halten.

D. Am 15. September 2021 führte die 4. Abteilung des Baurekursgerichts im Beisein der Parteien einen Augenschein auf dem Lokal durch. Es kommt in Betracht: 1.1. Die Rekurrierenden sind als Adressaten der angefochtenen Bauentscheide und betroffene Bauherrn nach § 338a des Planungs- und Baugesetzes (PBG) zum Rekurs berechtigt. Da neben der Legitimation auch die weiteren Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten. 1.2. Der Beigeladene ist Eigentümer des mit dem Wohnhaus D-Strasse 9 überstellten Grundstücks Kat.-Nr. 2, welches im Norden an das Baugrundstück Kat.-Nr. 1 angrenzt. Er hat nach § 315 PBG die Zustellung der angefochtenen Bauentscheide verlangt und im Beiladungsgesuch geltend gemacht, dass die umstrittene Modelleisenbahn von seinem Grundstück her einsehbar und deren Betrieb in der unmittelbaren Nachbarschaft störend sei. Aufgrund dessen wurde er mit gerichtlicher Verfügung vom 26. Mai 2021, vorerst ohne Begründung, in das Verfahren beigeladen. 2. Die umstrittene Modelleisenbahn samt Hecke befindet sich im westlichen,

#### **E. 4.1**

Die Rekurrierenden machen Folgendes geltend: Nachdem sie das Baugrundstück im Jahr 1990 gekauft hätten, sei ihnen im Herbst desselben Jahres an verschiedenen Sitzungen auf dem Bauamt der Gemeinde X vom damaligen Bauvorstand und Bausekretär mitgeteilt worden, dass sich der ausserhalb der Bauzone liegende Teil ihres Grundstücks in der Freihaltezone befinde; dort seien, wie die Behördenvertreter damals weiter ausgeführt hätten, lediglich eingeschränkte Nutzungen, dagegen keine Hochbauten zulässig. Dabei seien die Rekurrierenden im Glauben gelassen worden, die Gemeinde könne über diese Freihaltezone allein bestimmen. Dass der westliche Teil des Grundstücks bereits 1990 nicht in der Freihaltezone, sondern tatsächlich in der Landwirtschaftszone gelegen sei, hätten sie erst 2021 erfahren. Aufgrund der 1990 erhaltenen Auskünfte hätten sie auf die Erstellung der ursprünglich im westlichen Teil des Grundstücks geplanten Pergola verzichtet und in den Jahren 1992 und 1993 allein die Trasse für die Modelleisenbahn ausserhalb der Bauzone erstellt. Die Rekurrierenden hätten auf die mündlich erteilten Auskünfte der Behördenvertreter vertraut und seien in gutem Glauben davon ausgegangen, dass diese zutreffend und verbindlich seien. Es liege folglich ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben vor. Weiter sei zu bemängeln, dass die anfangs der 1990er Jahre fertiggestellte Modelleisenbahn weder 2006 bei der Bauabnahme der Sichtschutzmauer noch 2009 anlässlich der amtlichen Vermessung des Wohngebiets von der Gemeinde beanstandet worden sei. Die örtliche Baubehörde, welche seit langem Kenntnis von der Modelleisenbahn gehabt haben musste, habe deren Rückbau vielmehr erst kurz vor Ablauf der massgebenden 30-jährigen Frist befohlen. Der Rückbaubefehl sei sodann unverhältnismässig. Denn die Modelleisenbahn und die Hecke konsumierten nur eine Fläche von 268 m<sup>2</sup>, welche mangels Zufahrt und aufgrund des abfallenden Terrains ohnehin nicht

R4.2021.00075 Seite 5  
landwirtschaftlich nutzbar sei. Zudem seien von der D-Strasse und vom E-Weg aus die Modellbahn überhaupt nicht und die Hecke höchstens teilweise sichtbar. Diese zeitigten ausserdem keine negativen Auswirkungen auf Raum und Umwelt; vielmehr habe sich der von der Modelleisenbahn überstellte Teil des Baugrundstücks zu einem hochwertigen Lebensraum für Singvögel, Igel und Wildbienen entwickelt. Schliesslich verstosse der Befehl gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit, weil auf verschiedenen Nachbargrundstücken das Gebot der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet ebenfalls

nicht strikt eingehalten worden sei. So stehe die nördliche Hausfassade des Gebäudes F 6 auf dem Grundstück Kat.-Nr. 3, das im Westen an das Baugrundstück anstosse, genau auf der Bauzonengrenze. Das nach Norden gerichtete Vordach dieses Gebäudes krage sodann in die Landwirtschaftszone, desgleichen befänden sich der Sitzplatz und der mit Platten ausgelegte Gartenweg dieser Liegenschaft in der Landwirtschaftszone. Weiter habe die Gemeinde auf der Parzelle Kat.-Nr. 2 (D-Strasse 9), die im Norden an das Baugrundstück angrenze, von 1991 bis 2005 eine illegale Deponie eines Gartenbaubetriebs geduldet, von welcher an sechs Tagen pro Woche starke Emissionen ausgegangen seien.

#### **E. 4.2**

Dem halten die Rekursgegnerschaft und der Beigeladene insbesondere entgegen, dass der der Landwirtschaftszone zugewiesene Teil des Baugrundstücks z. B. als Weideland verpachtet und mithin durchaus landwirtschaftlich genutzt werden könnte. Im Übrigen stehe der örtlichen Baubehörde bei der Beurteilung der Frage, ob der rechtmässige Zustand wiederherzustellen sei, ein erhebliches Ermessen zu, in welches die Gerichtsstanzen ohne Not nicht eingreifen dürften. 5. Die Rekurrierenden wenden sich mit ihrem Rekurs sowohl gegen die Verfügung der Baudirektion, mit welcher das Gesuch um nachträgliche Bewilligung für die Modelleisenbahn samt Hecke abgewiesen wurde, als auch gegen den Beschluss der örtlichen Baubehörde, mit welchem den Rekurrierenden der Rückbau der umstrittenen Anlage befohlen wurde. Die Begründung des Rekurses zielt indes allein auf den angefochtenen Beschluss R4.2021.00075 Seite 6

bzw. Rückbaubefehl ab, der den Rügen der Rekurrierenden zufolge insbesondere gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit verstosse. Was die Verweigerung der nachträglichen Bewilligung der Modellbahn und Hecke anbelangt, bringen die Rekurrierenden demgegenüber ausschliesslich vor, dass der Bewilligung des Vorhabens, wie sich aus den Erwägungen der angefochtenen Verfügung ergebe, aus Sicht des Landschaftsschutzes nichts entgegenstehen würde. Dazu ist festzuhalten, dass diese landschaftsschutzrechtliche Einschätzung der Baudirektion nichts an deren raumplanungsrechtlichen Entscheidung ändert, demzufolge die umstrittene Modellbahn und Hecke nicht dem Zweck der Landwirtschaftszone entspreche und auch keinen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordere; das wiederum bedeute, dass weder eine nachträgliche Bewilligung der umstrittenen Anlage gemäss Art. 22 Abs. 2 RPG noch die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG zulässig sei. Dieser Entscheidung ist nachvollziehbar begründet und nach Akten und durchgeführtem Augenschein nicht zu beanstanden. Daraus folgt, dass der Rekurs gegen die Verweigerung der nachträglichen Bewilligung für die Modelleisenbahn ohne Weiteres abzuweisen ist. 6.1. Laut Vorbringen der Rekurrierenden sei der Wiederherstellungsbefehl mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes unvereinbar. Die Rekurrierenden hätten zunächst einmal auf die im Jahr 1990 mündlich erteilten Auskünfte der Behördenvertreter vertraut, weshalb sie in gutem Glauben davon ausgegangen seien, dass im westlichen Teil des Baugrundstücks die Modelleisenbahn installiert werden dürfe. 6.2. Nach dem Grundsatz des Vertrauensschutzes haben die Privaten Anspruch darauf, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden. Der Vertrauensschutz setzt eine Vertrauensgrundlage voraus, worunter das Verhalten eines behördlichen oder amtlichen Organs zu verstehen ist, welches bei den Privaten bestimmte Erwartung R4.2021.00075 Seite 7

tungen auslöst. Es kommt nicht auf die Rechtsnatur des betreffenden Aktes, sondern nur auf dessen Bestimmtheitsgrad an; dieser muss so gross sein, dass die Privaten daraus die für ihre Dispositionen massgebenden Informationen entnehmen können. Nicht jede behördliche Auskunft taugt daher als Vertrauensgrundlage; notwendig ist vielmehr eine gewisse inhaltliche Bestimmtheit. Nicht massgeblich ist dagegen die Form der Auskunftserteilung, auch eine mündliche Auskunft kann, sofern sie als bewiesen gilt, verbindlich sein. Auf Vertrauensschutz kann sich nur berufen, wer zudem von der Vertrauensgrundlage Kenntnis hatte und ihre allfällige Fehlerhaftigkeit nicht kannte und auch nicht hätte kennen sollen. Ausserdem muss gestützt auf das Vertrauen eine Disposition getroffen worden sein, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden kann (Ulrich Häfelin, Georg Müller, Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 627 ff. und 667 ff.).

6.3. Gemäss den Ausführungen der Rekurrierenden wurden an den Sitzungen auf dem Bauamt von X im Herbst 1990 in erster Linie die Fragen erörtert, in welcher Zone sich der westliche Teil des Baugrundstücks befinde und welche Bauten und Anlagen in dieser Zone zulässig seien. Dass neben der Zonenzugehörigkeit und Zonenkonformität auch die Frage der Bewilligungspflicht von Bauten und Anlagen gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG – bzw. § 309 PBG – oder die Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahmegewilligung für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen nach Art. 24 RPG durch die Behördenvertreter erläutert worden sei, wird dagegen nicht geltend gemacht. Zwar führen die Rekurrierenden aus, die geplante Trasse für die Modelleisenbahn sei «genehmigt» worden, doch ist im Kontext ihrer gesamten Parteivorbringen davon auszugehen, dass sich die betreffenden Aussagen der Behördenvertreter allein auf die Zonenzugehörigkeit und -konformität bezogen haben. Die Rekurrierenden machen selber jedenfalls nicht geltend, es sei ihnen darüber hinaus explizit zugestanden worden, die vorgesehene Modellbahn samt Hecke ohne eigentliche Baubewilligung zu erstellen. Anzeichen, dass eine solche – unzutreffende – Auskunft erteilt worden wäre, ergeben sich ebenso wenig aus den Akten.

6.4. In diesem Zusammenhang fällt zudem Folgendes in Betracht: R4.2021.00075 Seite 8

Ein Beweis gilt dann als erbracht, wenn nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit eines Sachverhaltselements auszugehen ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt vielmehr, wenn am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen, d. h. wenn die Überzeugung der urteilenden Instanz von der Lebenserfahrung und Vernunft getragen und auf sachliche Gründe abgestützt ist. Gilt, wie hier, dieses Regelbeweismass, so stellen Vermutungen, eine blosses Möglichkeit und selbst eine überwiegende Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Vorkommnisses noch keine hinreichende Feststellung des Sachverhalts dar (Kaspar Plüss, in: Kommentar Verwaltungsrechtspflegegesetz/VRG, § 7 Rz. 26). Die Modelleisenbahn auf dem Baugrundstück nimmt mit ihrer Umgebung gemäss Orthofoto ZH 2014-2020 (vgl. GIS-Browser zh.ch) eine Fläche von rund 246 m<sup>2</sup> ein; sie verfügt über ein Fundament aus Betonelementen, auf denen die Trassen über verschiedene höhenversetzte Terrassen führen. Freiluftanlagen von diesem Ausmass und dieser Art gelten gemeinhin als Anlagen, die der Bewilligungspflicht unterliegen (§ 309 Abs. 1 lit. d PBG). Sodann ist auch für Änderungen der Bewirtschaftung und Gestaltung von Grundstücken in der – vorliegend vermeintlichen – Freihaltezone, ausgenommen Felderbewirtschaftung und Gartenbau, eine baurechtliche Bewilligung nötig (§ 309 Abs. 1 lit. g PBG). Bei den Bauämtern und örtlichen Behörden können fundierte Kenntnisse über diese bau- und raumplanungsrechtlichen

Bestimmungen grundsätzlich vorausgesetzt werden. Unter diesen Umständen erscheint es als unwahrscheinlich, dass den Rekurrierenden anlässlich der besagten Gespräche im Jahr 1990 seitens der örtlichen Baubehörde mündlich versichert wurde, es bräuchte für die geplante Modelleisenbahn keine Bewilligung. Die örtliche Baubehörde hat sich in der Vernehmlassung zum Inhalt der geltend gemachten Auskünfte nicht geäußert. Das ist auch nicht weiter erstaunlich, lässt sich doch mangels schriftlicher Aufzeichnungen nicht mehr ermitteln, was an den fraglichen Gesprächen vor beinahe 30 Jahren genau gesagt wurde. Aufgrund dessen hält die örtliche Baubehörde zu Recht dafür, dass sich die infrage stehenden behördlichen Auskünfte infolge Zeitablaufs letztlich nicht mehr belegen liessen. Die Folgen dieser Beweislosigkeit haben nach Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches/ZGB die Rekur- R4.2021.00075 Seite 9

rierenden zu tragen, zumal sie aus den unbewiesenen gebliebenen Auskünften Rechte ableiteten (Kaspar Plüss, § 7 Rz. 159). 6.5. Die im Jahr 1990 geführten Gespräche mit Vertretern der örtlichen Baubehörde bilden folglich keine ausreichende Grundlage für einen Anspruch auf Vertrauensschutz. 7.1. Weiter bringen die Rekurrierenden vor, dass die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erst kurz vor Ablauf der zugehörigen 30-jährigen Frist befohlen worden sei, und das, obgleich die örtlichen Behörden bereits viele Jahre zuvor Kenntnis von der Modelleisenbahn gehabt hätten. 7.2. Das Bundesgericht entschied 1981 in einem Fall, der eine illegale Baute innerhalb der Bauzone betraf, dass der Anspruch der Behörden auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich nach 30 Jahren verwerke. Aus Gründen des Vertrauensschutzes könnten sich kürzere Verwirkungsfristen rechtfertigen; darauf könne sich allerdings nur berufen, wer selbst in gutem Glauben gehandelt habe (BGE 107 Ia 121). Dazu wurde erwogen, dass es stossend wäre und in hohem Masse der Rechtssicherheit widerspräche, wenn die Behörde einen Grundeigentümer beispielsweise noch nach mehr als fünfzig Jahren zur Beseitigung eines baugesetzwidrigen Zustandes verpflichten könnte. Eine solche Lösung sei auch aus praktischen Gründen abzulehnen, denn eine Abklärung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, wie sie vor mehr als fünfzig Jahren bestanden habe, erscheine als äusserst schwierig; dies gelte vor allem für die Feststellung der Praxis der kommunalen und kantonalen Baubehörden, der bei der Auslegung und Anwendung von baurechtlichen Bestimmungen grosse Bedeutung zukomme. Die Befugnis des Gemeinwesens, den Abbruch eines baugesetzwidrigen Gebäudes oder Gebäudeteiles anzuordnen, müsse daher befristet sein, sofern die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nicht aus baupolizeilichen Gründen im engeren Sinne geboten sei. Das Bundesgericht legte die Verwirkungsfrist auf 30 Jahre fest, in R4.2021.00075 Seite 10

Anlehnung an die ausserordentliche Ersitzung von Grundeigentum nach Art. 662 ZGB. Diese Frist dränge sich zudem aus praktischen Gründen auf: Auf die Dauer von drei Jahrzehnten zurück könne das geltende kommunale und kantonale Baurecht sowie, was entscheidend sei, die Praxis hierzu, noch einigermaßen sicher festgestellt werden. Mit Urteil vom 28. April 2021 entschied das Bundesgericht, dass ausserhalb der Bauzone der Wiederherstellungsanspruch der Baubehörden auch nach 30 Jahren nicht verwerke (BGr 1C\_469/2019, E. 4.1 ff.). Es führte hierzu insbesondere aus, dass nicht einzusehen sei, weshalb der blosse Zeitablauf, trotz fehlender Vertrauensgrundlage und sogar bei Bösgläubigkeit, dazu führen solle, dass eine illegale Nutzung, die dem fundamentalen raumplanungsrechtlichen Trennungsgrundsatz widerspreche, auch künftig beibehalten werden dürfe, und zwar auf unbestimmte Zeit. Der fortschreitende Kulturlandverbrauch und

die starke Zersiedlung der Land- wirtschaftszone würden vielmehr eine konsequente Anwendung des Tren- nungsgrundsatzes gebieten. Dies lasse keinen Raum für die "Ersitzung" von rechtswidrigen Nutzungen ausserhalb der Bauzone. 7.3. Die streitbetroffene Modelleisenbahn befindet sich, wie erwogen, aus- serhalb der Bauzone. Demzufolge ist es gemäss Rechtsprechung ausgeschlossen, dass vorlie- gend der behördliche Wiederherstellungsanspruch infolge Zeitablaufs ver- wirkt ist. 7.4. Die von den Rekurrierenden aufgeworfene Frage, ob sich aus Gründen des Vertrauensschutzes eine Verwirkungsfrist von weniger als 30 Jahren recht- fertigen würde, stellt sich deshalb von vornherein nicht. Dessen ungeachtet ist zu bedenken, dass nur ausnahmsweise ein Vertrau- enstatbestand geschaffen wird, wenn Baubehörden in Kenntnis eines bau- rechtswidrigen Zustands jahrelang nicht einschreiten. In diesem Fall ist je- doch davon auszugehen, dass die Baupolizei weder bei der genannten Bauabnahme 2006 noch bei der erwähnten amtlichen Vermessung 2009 R4.2021.00075 Seite 11

den Auftrag gehabt hatte, das Baugrundstück – nebenbei – nach allfälligen baurechtswidrigen Bauten und Anlagen abzusuchen. Zufolge Aktenlage hatte sie zu jener Zeit jedenfalls keine Kenntnis vom Bestand der zonen- widrigen Modelleisenbahn. Auch insofern ist daher entgegen der Auffas- sung der Rekurrierenden keine Vertrauensgrundlage gegeben. 7.5. Die Rüge, der zonenwidrige Zustand sei von den Behörden jahrelang ge- duldet worden und deren Wiederherstellungsanspruch sei infolgedessen verwirkt, ist demnach unbegründet. 8.1. Die Rekurrierenden halten sodann den Rückbaubefehl für unverhältnis- mässig. 8.2. Die zuständige Behörde hat ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestra- fung den rechtmässigen Zustand herbeizuführen; hierzu dienen der Verwal- tungszwang und die Schuldbetreibung (§ 341 PBG). Die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands muss allerdings verhältnismässig, d. h. nicht nur geeignet und erforderlich, son- dern auch für den betroffenen Grundeigentümer zumutbar sein. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die Abweichung vom gesetzmässigen Zustand gering ist und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen. Im Allgemeinen kann sich auch der bösgläubig handelnde Bauherr auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit berufen. Er muss aber in Kauf nehmen, dass dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zu- stands aus grundsätzlichen Überlegungen, nämlich zum Schutz der raum- planungs- und baurechtlichen Ordnung sowie der Rechtsgleichheit, erhöh- tes Gewicht beigemessen und die dem Bauherrn allenfalls entstehenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigt werden (BGE 132 II 21 E. 6). R4.2021.00075 Seite 12

8.3. Den Akten zufolge haben sich die Rekurrierenden aufgrund der Unterre- dungen auf dem Bauamt im Jahr 1990 bis vor kurzem im Glauben gewo- gen, der ausserhalb der Bauzone liegende Teil ihres Grundstücks befinde sich in der Freihaltezone, in welcher gemäss amtlicher Auskunft einge- schränkte Nutzungen ohne Hochbauten zulässig seien. Es besteht deshalb kein Grund zur Annahme, dass die nicht zonenkonfor- me Modelleisenbahn und Hecke bösgläubig erstellt wurden. 8.4. Die Modellbahn und die Hecke überstellen in der Landwirtschaftszone eine Fläche von maximal 246 m<sup>2</sup> (GIS-Browser (zh.ch)). Die Bahnanlage ist na- turgemäss bodennah und tritt daher nicht dominant in Erscheinung. Das Gleiche gilt für den Grünhag, der aus Thuja bzw. dem Lebensbaum be- steht. Wie erwähnt befindet sich die Anlage im westlichen Teil des Bau- grundstücks, wo das Terrain ab der Westgrenze Richtung Osten um meh- rere Höhenmeter abfällt. Das Bahnareal mitsamt Hecke wird daher optisch nicht als Teil der

Landwirtschaftszone, sondern als der Wohnzone zugehörig wahrgenommen (vgl. die anlässlich des Augenscheins erstellten Fotografien Nrn. 1-7, act. 1, Protokoll S. 8 ff.). Wegen seiner Hanglage, unmittelbaren Nähe zum Baugebiet und ausgesprochenen Kleinräumigkeit ist das Areal für eine landwirtschaftliche Nutzung nicht geeignet; für eine landwirtschaftliche Weidenutzung ist es insbesondere zu klein. Die Rekurrierenden machen ausserdem zu Recht geltend, dass die umstrittene Anlage – abgesehen von den nicht weithin hörbaren Fahrgeräuschen, die im alltäglichen Umgebungslärm der Nachbarschaft untergingen – keine negativen Auswirkungen auf Raum und Umwelt zeitigt. Die Anlage ist, wie die Baudirektion selber festgestellt hat, namentlich aus Sicht des Landschaftsschutzes unbedenklich. In Anbetracht dessen hält sich die Abweichung vom Gesetz insgesamt in engen Grenzen, womit das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands als eher gering einzustufen ist. Auf der anderen Seite fallen die Investitionskosten ins Gewicht, welche bei der Erstellung der umstrittenen Modelleisenbahn anfielen. Für die Rekurrierenden hat die selber erstellte und über Jahre sorgfältig gepflegte Bahnanlage zudem einen hohen ideellen Wert. Abgesehen vom Verlust dieser er- R4.2021.00075 Seite 13

heblichen Vermögenswerte ist im Falle eines Abbruchs mit hohen Abbruchkosten zu rechnen, da der Abbruchbefehl nicht nur die Bahngleise und betonierte Trassen, sondern zusätzlich auch die 46 m lange Thuja-Hecke erfasst, deren Beseitigung langwierige und kostspielige Gartenarbeiten erforderte. Bei der Interessenabwägung ist schliesslich auch mit zu berücksichtigen, dass der Abbruch der Anlage erst 28 Jahre nach deren Erstellung befohlen wurde. 8.5. Aus all dem ergibt sich, dass die Abweichung vom gesetzmässigen Zustand im vorliegenden Fall eher gering ist und die berührten raumplanerischen Interessen den beträchtlichen Schaden, der den Rekurrierenden durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen. Als Folge davon ist ihnen der befohlene Abbruch der Modelleisenbahn nicht zumutbar und der Wiederherstellungsbefehl letztlich unverhältnismässig. Daraus folgt, dass der Rekurs gegen den Abbruchbefehl gutzuheissen und der Befehl aufzuheben ist.

## **E. 9**

Aufgrund dessen braucht die weitere Rüge der Rekurrierenden, wonach der Befehl gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit verstosse, weil auch in der Nachbarschaft das Prinzip der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet nicht überall eingehalten worden sei, nicht mehr im Einzelnen geprüft zu werden. Der Vollständigkeit halber ist dazu – summarisch – anzumerken, dass gemeinhin kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht. Wenn eine Behörde in einem bestimmten Fall eine vom Gesetz abweichende Entscheidung getroffen hat, gibt das folglich demjenigen, der sich in der gleichen Lage befindet, grundsätzlich keinen Rechtsanspruch darauf, ebenfalls abweichend von den gesetzlichen Vorschriften behandelt zu werden. Davon ist nur dann ausnahmsweise abzuweichen, wenn die Behörde es ablehnt, eine bestehende gesetzeswidrige Praxis aufzugeben. Anhaltspunkte, dass vorliegend die örtliche Baubehörde ausserhalb der Bauzone eine solche widerrechtliche Praxis verfolgt, liegen indes nicht vor. Daran vermögen die von den Rekurrierenden angeführten Beispiele nichts zu än- R4.2021.00075 Seite 14

dern, zumal es sich dabei jeweils um gänzlich anders gelagerte Fälle und mithin nicht vergleichbare Sachverhalte handelt.

## **E. 10**

Der Rekurs ist mithin teilweise gutzuheissen und der Rückbaubefehl vom 31. März 2021 aufzuheben. Im Übrigen ist der Rekurs demgegenüber abzuweisen.

#### **E. 11**

Die am Verfahren Beteiligten tragen die Kosten gemäss § 13 Abs. 2 VRG in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Die Gerichtskosten sind folglich zur Hälfte den Rekurrierenden und im Übrigen zu gleichen Teilen der örtlichen Baubehörde und dem Beigeladenen aufzuerlegen. Die Gerichtsgebühr beträgt bei Verfahren ohne bestimmbaren Streitwert in der Regel Fr. 500.-- bis Fr. 50'000.-- (§ 338 Abs. 2 PBG und § 3 Abs. 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts/GebV VGr). Sie wird nach dem Zeitaufwand des Gerichts, der Schwierigkeit des Falls und dem tatsächlichen Streitinteresse festgelegt (§ 338 Abs. 1 PBG und § 2 GebV VGr). Neben dem Streitinteresse schlägt in diesem Verfahren insbesondere der Aufwand des Baurekursgerichts einschliesslich Aktenstudium, Augenschein, Urteilsfindung und Schreibarbeit zu Buche. Die Gerichtsgebühr ist deshalb auf Fr. 4'000.-- festzusetzen.

#### **E. 12**

Bei diesem Verfahrensausgang steht dem Beigeladenen keine Umtriebsentschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG). R4.2021.00075 Seite 15

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