

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2001.00287 vom 6. April 2001

ZH Verwaltungsgericht, 2001-04-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2001.00287](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2001.00287)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2001.00287 du 6 avril 2001

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2001.00287 del 6 aprile 2001

## Regeste

baupolizeilicher Befehl | Zuständigkeit zur Bewilligungserteilung für Bauvorhaben in einem überkommunal geschützten Ortsbild (Bestätigung der Rechtsprechung). Trotz der Zuständigkeit der Baudirektion zur Bewilligungserteilung für Bauvorhaben in einem überkommunal geschützten Ortsbild bleibt die kommunale Bewilligungsbehörde zur Anwendung der Kernzonenvorschriften ihrer Bau- und Zonenordnung zuständig (§ 318 PBG, § 7, § 19 BauVV, Ziff. 1.4.1 Anhang BauVV; E. 2). Abweichung von den kommunalen Vorschriften über die Dachgestaltung? (offen gelassen; E. 4). Eine allfällige Abweichung wäre als nur geringfügig zu qualifizieren; die Verpflichtung zur Herstellung des rechtmässigen Zustands erweise sich jedenfalls als unverhältnismässig (E. 5).

## Erwägungen

### E. 1

a) Das Verwaltungsgericht ist nicht Aufsichtsbehörde über den Regierungsrat. Demgemäss kann es auch nicht den Regierungsrat beauftragen, eine Verordnung zu überarbeiten, wie die Beschwerdeführerin beantragt. b) Wie bereits im ersten Beschwerdeverfahren (VB.2000.00386) ist die Gemeinde X auch im vorliegenden Verfahren zur Beschwerde legitimiert, sich gegen eine Beschneidung ihrer Zuständigkeit bei der Anwendung ihrer kommunalen Bau- und Zonenordnung zur Wehr zu setzen (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 6. April 2001, E. 1).

### E. 2

Gemäss § 336 Abs. 1 zweiter Halbsatz des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) sind die Baurekurskommissionen bei Rückweisungen an die Rechtsauffassung des Rückweisungsentscheids gebunden. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz ist der in BEZ 2001 Nr. 19 publizierte Rückweisungsentscheid des Verwaltungsgerichts vom 6. April 2001 in allen Teilen klar und nicht konkretisierungsbedürftig. Auch die der Publikation vorangestellte Zusammenfassung des Entscheids (Resümee) stellt keineswegs ein "publikatorisches Versehen" dar, sondern fasst die Aussagen jenes Urteils korrekt zusammen. a) Laut § 318 PBG entscheidet die örtliche Baubehörde über Baugesuche, soweit durch Verordnung nichts anderes bestimmt ist. In Anwendung von § 359 Abs. 1 PBG hat der Regierungsrat die Bauverfahrensverordnung (BauVV) erlassen, welche laut dessen § 7 im Anhang Vorhaben auflistet, die "neben oder anstelle" der baurechtlichen Bewilligung der örtlichen Baubehörde der Beurteilung (Bewilligung, Konzession oder Genehmigung) anderer, namentlich kantonaler Stellen bedürfen. Wie das Verwaltungsgericht bereits in seinem Entscheid vom 6. April 2001 festgehalten hat, besteht nach Art. 22 des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979 (RPG) eine direkte

bundesrechtliche Bewilligungspflicht für die Errichtung und Änderungen von Bauten und Anlagen und als Korrelat hierzu eine bundesrechtliche behördliche Prüfungspflicht baubewilligungspflichtiger Massnahmen. Der Entscheid der Baudirektion über Bauvorhaben im Perimeter eines überkommunal geschützten Ortsbilds (Ziff. 1.4.1. Anhang BauVV) ergeht in Anwendung von § 19 BauVV, d.h. es gilt eine abgekürzte Behandlungsfrist von 30 Tagen auch für Vorhaben, die keiner Bewilligung der örtlichen Baubehörde bedürfen oder im ordentlichen Verfahren behandelt werden (Abs. 1). Wenn die zuständige Stelle innert dieser Behandlungsfrist keine andere Anordnung trifft, so gilt ihre Zustimmung als erteilt (§ 19 Abs. 3 i.V. mit § 13 Abs. 2 BauVV). Dieses Bewilligungsverfahren nach § 19 BauVV erfüllt die bundesrechtlichen Anforderungen von Art. 22 RPG nicht, garantiert insbesondere nicht die bundesrechtlich verlangte materielle Prüfung der Baubewilligungsfähigkeit; denn es ist mit Art. 22 Abs. 2 und 3 RPG von vornherein unvereinbar, eine Bewilligung als erteilt anzunehmen, wenn die Bewilligungsbehörde innert einer bestimmten Frist keine Anordnung trifft. Demgemäss ist auch die – eine Bundesrechtswidrigkeit voraussetzende - Rechtsauffassung zu verwerfen, die Zuständigkeit der Baudirektion gemäss Ziff. 1.4.1 Anhang BauVV im Geltungsbereich einer überkommunalen Schutzanordnung oder im Geltungsbereich eines überkommunalen Inventars betreffend Ortsbildschutz sei ausschliesslich und schliesse die Zuständigkeit der örtlichen Baubewilligungsbehörden zur Anwendung der kommunalen Kernzonenvorschriften aus. Die bundesrechtlich verlangte materielle Prüfung eines Bauprojekts wird in solchen Fällen vielmehr durch das in § 309 ff. PBG festgehaltene baurechtliche Verfahren vor den örtlichen Baubewilligungsbehörden garantiert. Dass im hier streitigen Bereich die Zuständigkeit der Baudirektion jene der örtlichen Baubewilligungsbehörde nicht ausschliesst, entspricht offenkundig auch dem Verständnis der Baudirektion selber, ergeht doch ihre Anordnung (sofern eine solche überhaupt getroffen wird) in einer Weise, welche formell und inhaltlich kaum die bundesrechtlich geforderten Anforderungen an einen baurechtlichen Entscheid im Sinn von Art. 22 RPG erfüllen würde. So auch im vorliegenden Fall, zumal die kantonale Denkmalpflege dem Gemeinderat X am 25. April 2000 mitteilte, dass dem drei Werktage vorher eingegangenen Gesuch "aus unserer Sicht" nichts entgegenstehe und die (bereits ausgeführten) Bauarbeiten im Einvernehmen mit der kantonalen Denkmalpflege auszuführen seien. Dieses Schreiben enthält keine genaue Umschreibung des Gegenstand der Zustimmung bildenden Bauobjekts (genaue Bezeichnung der Pläne usw.), keine Angaben über die angewendeten massgebenden baugesetzlichen Bestimmungen und auch keine Begründung der Anordnung.

b) Das Anzeigeverfahren gemäss § 19 BauVV wäre nur dann bundesrechtswidrig, wenn die Zuständigkeit der Baudirektion im Perimeter überkommunal geschützter Ortsbilder entsprechend der Rechtsauffassung der Baurekurskommissionen (vgl. BEZ 2000 Nr. 30) als eine alleinige verstanden würde, welche die Zuständigkeit der örtlichen Baubewilligungsbehörde zur Anwendung sogar (wie hier) ihrer kommunalen Kernzonenvorschriften ausschliessen würde. Es besteht aber kein Widerspruch zum Bundesrecht, wenn mit dem Verwaltungsgericht die gesetzlichen Bestimmungen so ausgelegt werden, dass die Zuständigkeit der Baudirektion diesbezüglich die Kompetenzen der örtlichen Baubewilligungsbehörden nicht ausschliesst, sondern vielmehr ergänzt und auf diese Weise die bundesrechtlich verlangte materielle Prüfung baubewilligungspflichtiger Massnahmen gesichert ist. Richtiger Ansicht nach lässt es das kantonale Recht zu, dass die Gemeindebehörden mit Bezug auf Bauvorhaben im Perimeter überkommunal geschützter Ortsbilder selber ihr kommunales Recht anwenden. Die

Baurekurskommission IV scheint ihre Auslegung (auch) mit dem Koordinationsgebot zu begründen. Indessen greift das bundesrechtliche Koordinationsgebot gemäss Art. 25a RPG nicht soweit in die kantonale Organisations- und Verfahrenshoheit ein, als sie den Kantonen ausschliessliche Bewilligungszuständigkeiten vorschreiben würde (vgl. Art. 25 Abs. 1 RPG). Hingegen dürfen Verfügungen laut Art. 25a Abs. 3 RPG keine Widersprüche enthalten, was durch die Koordination der Verfügungen im Sinn von § 12 BauVV zu gewährleisten ist. Aus all diesen Gründen ist die Baudirektion auch nicht "zu einer bundesrechtskonformen Bewilligungsform anzuhalten" (Rekursentscheid E. 5, S. 12). Zusammengefasst ergibt sich, dass die Baurekurskommission IV zu Unrecht die Zuständigkeit des Gemeinderats X verneint hat, die Kernzonenvorschriften der kommunalen Bau- und Zonenordnung anzuwenden. Dies hat das Verwaltungsgericht bereits im Entscheid vom 6. April 2001 (BEZ 2001 Nr. 19) festgehalten. An diese Rechtsauffassung ist die Baurekurskommission IV gebunden (§ 336 Abs. 1 PBG). Der angefochtene Entscheid ist daher erneut aufzuheben.

### **E. 3**

Erweist sich ein angefochtener Entscheid als rechtsverletzend, weshalb er aufzuheben ist, so entscheidet das Verwaltungsgericht selbst (§ 63 Abs. 1 VRG) oder weist die Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück (§ 64 Abs. 1 VRG). Welche Art der Prozesserledigung den Vorzug verdient, lässt sich nicht allgemein sagen. Während die Prozessökonomie für einen Sachentscheid des Verwaltungsgerichts spricht, verlangt der Gedanke des Rechtsschutzes in der Regel eine Rückweisung, weil den Parteien sonst eine Instanz verlorenginge. Eine Rückweisung entspricht dem gesetzlich vorgeschriebenen Instanzenzug und ist namentlich dann geboten, wenn wie vorliegend Ermessensentscheide zu treffend sind (RB 1976 Nr. 19; RB 1982 Nr. 42 = ZBI 84/1983 Nr. 41 = ZR 82 Nr. 18). Nachdem aber der Entscheid der Vorinstanz zum zweitenmal aufgehoben werden muss, steht der Grundsatz der Prozessökonomie im Vordergrund und ist es gerechtfertigt, dass das Verwaltungsgericht die Bewilligungsfähigkeit des Streitobjekts auch materiell beurteilt.

### **E. 4**

Das Baugrundstück Kat.Nr. 2 des privaten Beschwerdegegners ist nach der Bau- und Zonenordnung der Gemeinde X der Kernzone zugeteilt. Laut Art. 7 Abs. 1 BZO sind bei Hauptgebäuden nur Satteldächer mit annähernd gleicher Neigung von 40 – 50° alter Teilung zulässig (Satz 1). Abgeschleppte Dächer und Aufschieblinge sind im unteren Drittel der Dachflächen gestattet (Satz 2). Auf Anbauten und besonderen Gebäuden sind auch Pult- und Schleppdächer mit einer Neigung von mindestens 20° alter Teilung gestattet (Satz 3). Das Gebäude Vers.Nr. 1 des privaten Beschwerdegegners verfügte nach Darstellung des Gemeinderats X vor dem streitigen Umbau über ein Hauptdach, welches auf der Westseite eine Neigung von minimal 40° alter Teilung aufwies. Streitig ist, ob der Anbau der sog. Schmiede (Hauptgebäude) unter Art. 7 Abs. 1 Satz 3 BZO zu subsumieren sei, oder ob die ehemalige Schmiede samt Anbau eine Einheit darstellten und sich demzufolge die Dachgestaltung allein nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 zu richten habe. Der heutige Beschwerdegegner machte in seiner Rekurschrift vom 28. Mai 2000 geltend, der Anbau könne optisch problemlos "weggedacht" werden, wodurch der zentrale Mittelbalken klar als Gebäudezentrum hervortrete. Ausserdem sei auch im Inventar von Schopfanbauten die Rede. Die Beschwerdeführerin stellte dies nicht in Abrede, hielt aber in der Rekursantwort vom 10. Juli 2000 entgegen, das Fachwerkgebäude mit westlichem und südlichem Schopf präsentiere sich in ziemlich ursprünglichem Zustand, weshalb das Gebäude mitsamt Anbau

als Einheit zu betrachten sei. Auf den Abbildungen im Inventarbeschrieb ist auf der Westseite des Dachs bereits oberhalb der Mitte ein leichter Bruch zu erkennen an der Stelle, wo die Fachwerkfassade in den Schopfanbau übergeht. An diesem Punkt wird das Hauptdach abgeschleppt und die Dachneigung wahrnehmbar flacher. Auch ist hier aufgrund der Fassadengestaltung eine Trennung zwischen Hauptgebäude und Anbau optisch klar zu erkennen. Es spricht mithin einiges dafür, den Anbau unter Art. 7 Abs. 1 Satz 3 zu subsumieren und nicht zusammen mit dem Hauptgebäude als eine Einheit zu begreifen. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, kann indessen die Frage der materiellen Baurechtswidrigkeit letztlich offen bleiben.

## **E. 5**

a) Nach § 341 PBG hat die zuständige Behörde ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung den rechtmässigen Zustand herbeizuführen. § 341 PBG verlangt seinem Wortlaut entsprechend ohne Vorbehalt, also in allen Fällen die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Ein Ermessen, ob die zuständige Behörde tätig werden oder ob sie die Sache auf sich beruhen lassen soll, besteht damit grundsätzlich nicht (VGr, 13. April 2000, VB.2000.00033; Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz. 665; François Ruckstuhl, Öffentlichrechtliche Baumängel, in: Peter Münch/Peter Karlen/Thomas Geiser [Hrsg.], Beraten und Prozessieren in Bausachen, Basel 1998, S. 586, N. 14.63 ff., je auch zum Folgenden). Gleichwohl ist ein Abbruchbefehl nach ständiger Rechtsprechung einmal dann unverhältnismässig, 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 (BGE 111 Ib 213 E. 6b S. 224; VGr, 12. Juni 1987, ZBl 89/1988, S. 262; Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Bd. I, 3. A., Zürich 1999, Rz. 865 ff.). Insofern besteht gleichwohl ein gewisser Ermessensspielraum bei der Prüfung der Frage, ob überhaupt eine Zwangsmassnahme der Situation adäquat ist. Geringfügig ist eine Abweichung vom Erlaubten dann, wenn nur um Weniges von materiellen Vorschriften abgewichen wird und die Abweichung dem Bauherrn keinen oder nur einen geringfügigen Nutzen bringt. Liegt eine bedeutendere, also eine erhebliche Abweichung von den materiellen Bauvorschriften vor, können nur Gründe des Vertrauensschutzes zu einem Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands führen (RB 1985 Nr. 118 = BEZ 1986 Nr. 22 mit Hinweisen; Haller/Karlen, Rz. 873 ff.). Damit werden hinsichtlich der Abweichung vom Erlaubten zwei Tatbestände unterschieden: Einerseits die geringfügige, von ihrem Ausmass her unbedeutende Abweichung vom Erlaubten, die einen Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands dann zulässt, wenn dem Bauherrn dadurch ein nicht zu rechtfertigender Schaden entstünde; andererseits die bedeutendere (erhebliche) Abweichung vom gesetzlichen Zustand, die unter dem Titel von § 341 PBG einzig aus Gründen des Vertrauensschutzes Bestand haben kann. b) Gründe des Vertrauensschutzes stehen der Anordnung, das Dach (auf der Westseite) sei so zu gestalten, dass es den Anforderungen an die Dachneigung für Hauptgebäude entspricht, nicht entgegen. In seinem Rekurs vom 28. Mai 2000 führte der heutige private Beschwerdegegner aus, er habe vor Erneuerung des mangelhaften Dachs mit der zuständigen Gemeinderätin Kontakt aufgenommen, welche ihm zugesichert habe, eine Baubewilligung sei nicht nötig. Diese Aussage bezog sich indessen, wie der Gemeinderat glaubhaft darlegt, offenkundig auf die Neueindeckung des Gebäudes, nicht auf eine Anhebung des Dachs mit Änderung der Dachneigung. Der private Beschwerdegegner hätte

sich als ehemaliger Gemeindepräsident von X bewusst sein müssen, dass eine Baubewilligung erforderlich ist, sobald er am Gebäude bauliche Massnahmen trifft wie die Anhebung des Dachs oder die Änderung der Dachneigung, welche in der Bauordnung sogar ausdrücklich geregelt ist. Das Fehlen von Vertrauensschutzgründen ändert indessen nichts daran, dass eine (allfällige) Abweichung von den Dachgestaltungsvorschriften jedenfalls nicht negativ in Erscheinung tritt und auch im Übrigen als geringfügig zu qualifizieren ist. Nachdem die Westseite des Dachs schon bisher beim Übergang zwischen Fachwerkfassade und Schopfanbau eine Änderung in der Neigung erfahren hatte, weicht die neue Dachgestaltung insoweit kaum von der bisherigen ab. Dass nunmehr auf eine weitere Abschleppung im unteren Drittel verzichtet wird, ist bloss von untergeordneter Bedeutung, da die bisherige untere Abschleppung sich in einer nur geringfügig niedrigeren Dachneigung bemerkbar machte. Auch sind gewichtige öffentliche Interessen, die im vorliegenden Fall trotz der Geringfügigkeit des Verstosses die Durchsetzung des materiellen Rechts verlangen würden, nicht ersichtlich (Haller/Karlen, Rz. 866). Es fragt sich damit einzig, ob der dem Beschwerdegegner vorzuwerfende böse Glaube die streitige Anordnung zu rechtfertigen vermöge bzw. ob dem bösen Glauben mit der Wiederherstellung Rechnung zu tragen sei. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass bei geringfügigen Regelverstössen ein allfällig bösgläubiges Verhalten der Bauherrschaft für die Frage des Verzichts auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands grundsätzlich ohne Bedeutung ist. Im Übrigen ist zu Gunsten des Beschwerdegegners davon auszugehen, dass er nicht absichtlich, sondern lediglich (grob) fahrlässig gehandelt hat. Sofern die neue Dachgestaltung überhaupt als baurechtswidrig einzustufen wäre, erweise sich somit eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands jedenfalls als unverhältnismässig.

## **E. 6**

Zusammengefasst ergibt sich, dass sowohl der Entscheid der Baurekurskommission IV vom 16. August 2001 als auch der Beschluss des Gemeinderats X vom 9. Mai 2000 aufzuheben sind. Auf eine Korrektur der möglicherweise baurechtswidrigen Dachgestaltung ist zu verzichten. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Parteien die Rekurskosten je zur Hälfte zu tragen. Dass sich die Baurekurskommission IV im zweiten Rekursverfahren entgegen § 336 Abs. 1 PBG nicht an die Rechtsauffassung des Rückweisungsentscheids hielt, ist indessen nicht den Parteien anzulasten. Die Kosten dieses Beschwerdeverfahrens sind daher auf die Gerichtskasse zu nehmen. Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. Die Beschwerde wird im Sinn der Erwägungen gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Demgemäss werden der Entscheid der Baurekurskommission IV vom 16. August 2001 und der Beschluss des Gemeinderats X vom 9. Mai 2000 aufgehoben. 2. ...