

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00321 vom 10. März 2004

ZH Verwaltungsgericht, 2004-03-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2003.00321](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2003.00321)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00321 du 10 mars 2004

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00321 del 10 marzo 2004

## Regeste

Baubewilligung und Befehl | Bauverweigerung für teilweise Überdeckung und Gestaltung eines Garagenvorplatzes. Beseitigungsanordnung für Überdachung und Einwandung einer bestehenden Pergola. Die Vorinstanz hat das Neubauvorhaben mit Vordach zu Recht als Gebäude im Sinn von § 2 Abs. 1 ABauV qualifiziert, das einen Grenzabstand von 3,5 m einzuhalten hat. Ob das projektierte Vordach starr oder flexibel ausgestaltet ist spielt dabei keine Rolle (E. 3). Die Bewilligungsfähigkeit der bestehenden Baute hat die Vorinstanz zurecht verneint, da der betroffene Nachbar die erforderliche Zustimmung in der erforderlichen Form (§ 270 Abs. 3 PBG, § 5 lit. BauVV) nicht erteilt hat. Dessen jahrelanges Dulden begründet keinen Näherbauvertrag (E. 4). Gemäss § 341 PBG sind die Behörden zur Herstellung des rechtmässigen Zustands verpflichtet. Da weder eine geringfügige Gesetzesverletzung noch besondere Gründe des Vertrauensschutzes vorliegen, ist die Wiederherstellung anzuordnen (E. 6). Die vorinstanzlichen Vollzugsanordnungen sind weder umfangmässig (Beseitigung der Einwandung und Überdachung) noch in zeitlicher Hinsicht (60 Tage ab Rechtskraft) zu beanstanden (E. 6). Prüfung der vorinstanzlichen Kostenverlegung. Abweisung (E. 7).

## Erwägungen

### E. 1

Nach § 60 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) erhebt das Verwaltungsgericht die zur Klärung des Sachverhalts erforderlichen Beweise von Amtes wegen. Da vorliegend der massgebliche Sachverhalt aus den Akten hinreichend ersichtlich ist und zudem, entgegen dem Dafürhalten des Beschwerdeführers, keine gestalterischen Fragen zur Beurteilung stehen, erübrigt sich ein verwaltungsgerichtlicher Augenschein (RB 1995 Nr. 12).

### E. 2

Das Baugrundstück ist mit einem Wohnhaus überstellt, an dessen Südfassade ein eingeschossiges Garagengebäude angebaut ist. Am 24. März 1975 wurde dem Beschwerdeführer eine auf fünf Jahre befristete Bewilligung für eine Fahrnisbaute (eine auf vier, mit Rädern versehenen Stützen angebrachte Überdachung) zwischen Garagengebäude und südlicher Grundstücksgrenze erteilt. Diese Bewilligung wurde am 28. Mai 1980 um weitere fünf Jahre verlängert. Nach Ablauf dieser Befristung erstellte der Beschwerdeführer eigenmächtig eine an die Garage anschliessende und bis an die südliche Grundstücksgrenze reichende Pergola, welche er zwischenzeitlich, ebenfalls ohne Bewilligung, überdeckt und eingewandet hat. Im Jahr 2001 forderte die örtliche Baubehörde den Beschwerdeführer auf, ein Baugesuch einzureichen, woraufhin der Bauherr am 5. Januar 2002 um die Bewilligung

für ein den bestehenden Anbau ersetzendes Neubauprojekt nachsuchte. Dieses Neubauvorhaben besteht aus einem massiven, an die Garage angebauten Vordach, welches einen Abstand von 3,5 m zur südlichen Grundstücksgrenze aufweist. Die an der südlichen Grundstücksgrenze verlaufende Gartenmauer soll auf 1,5 m erhöht werden, und ab diesem Niveau sollen drei um 45° geneigte Balken aus Beton auf eine Höhe von 3,12 m ansteigen und das massive Vordach mit der gekröpften Seitenwand verbinden. Zudem ist über diesen Betonbalken, anschliessend an das massive Vordach, ein weiteres Vordach vorgesehen, welches 2 m in den Abstandsbereich hineinragt. Gemäss den Ausführungen der Bauherrschaft in der Rekurschrift ist dieses weitere Vordach beweglich ausgestaltet; es lässt sich als Sichtschutz hoch- und im Bedarfsfall als Witterungsschutz auf die Betonträger herunterklappen.

### **E. 3**

Die Vorinstanz prüfte vorab, ob das geplante Neubauvorhaben als Gebäude im Rechtssinn zu qualifizieren sei. Sie hat hierzu unter Berufung auf § 2 Abs. 1 der Allgemeinen Bauverordnung vom 2. Juni 1977 (ABauV) ausgeführt, Bauten und Anlagen seien als Gebäude zu qualifizieren, wenn sie einen Raum zum Schutz von Menschen oder Sachen gegen äussere, namentlich atmosphärische Einflüsse mehr oder weniger vollständig abschliessen. Eine Pergola ohne Witterungsschutz gelte dagegen noch nicht als Gebäude. Die geplante Baute verfüge indessen über einen solchen Witterungsschutz. Die 4,7 m breite Pergola sei anschliessend an die Garage auf einer Breite von 1,5 m fest und auf weiteren zwei Metern Breite durch ein absenkbares Vordach überdacht. Mithin sei von einer Überdachung der Pergola auf einer Breite von rund 3,5 m auszugehen. Der Umstand, dass der eine Teil des Vordachs beweglich ausgestaltet sei, d.h. je nach Bedarf herauf- oder heruntergeklappt werden könne, ändere nichts am Charakter eines Daches, welches Witterungsschutz biete. Die Pergola sei somit zu mehr als zwei Dritteln überdacht. Hinzu komme, dass sie auf drei Seiten eingewandet sei, was ihre Eigenschaft, Witterungsschutz zu bieten, verstärke. Im überdachten Bereich sei die Baute daher klarerweise als Gebäude zu qualifizieren und damit abstandspflichtig. Da sie den Grenzabstand von 3,5 m um 2 m unterschreite, sei sie mangels einer nachbarlichen Zustimmung baurechtswidrig und daher nicht bewilligungsfähig. Diesen überzeugenden Ausführungen kann ohne weiteres gefolgt werden. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, erweist sich als unbegründet. Er lässt ausführen, entgegen den Annahmen der Vorinstanz und allfälliger eigener Darstellungen erkläre er nunmehr, dass das Vordach keinerlei Flexibilität aufweise, sondern starr in der im Plan eingezeichneten Lage verbleibe. Gegenteilige eigene Angaben seien unbeachtlich bzw. hiermit zurückgenommen. Damit werde das 2 m breite, schräg auskragende Vordach nicht "auf die Pergola herabgelassen" bzw. diese nicht mit einem Dach versehen, sondern es verbleibe ein freies, starres Vordach des bestehenden Anbaus und rage zulässigerweise in den Abstandsbereich hinein. Ein solches Vordach am bestehenden Anbau sei ohne weiteres bewilligungsfähig; es sei nicht Bestandteil einer Pergola bzw. kein überdachter Teil einer solchen. Folglich handle es sich auch nicht um ein Gebäude, welches den Grenzabstand unterschreite oder einer nachbarlichen Zustimmung bedürfe. – Der Beschwerdeführer verkennt, dass er an die im vorinstanzlichen Verfahren abgegebene, eindeutige Projektbeschreibung gebunden ist. Änderungen an diesem Projekt können im Beschwerdeverfahren nicht mehr berücksichtigt werden. Im Übrigen weist die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zurecht darauf hin, dass auch ein schräges, um 2 m auskragendes Vordach einen weit gehenden Witterungsschutz bietet, so dass sich dadurch an der Qualifikation der Baute als abstandspflichtiges Gebäude nichts ändern würde. Das

Bauvorhaben wäre demnach auch bei starrer Schräglage des in den Abstandsbereich hineinragenden Vordachs nicht bewilligungsfähig. Es kann daher offen bleiben, was bezüglich der Lage des Vordachs (starr oder flexibel) aus der Darstellung in den Projektplänen geschlossen werden kann und ob die starre Lage des Vordachs auch nebenbestimmungsweise hätte angeordnet werden können. Durfte die Rekurskommission demnach die Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens bereits aufgrund der vorstehenden Erwägungen verneinen, ist es entgegen dem Dafürhalten des Beschwerdeführers nicht zu beanstanden, wenn sie der Einordnungsfrage nicht weiter nachging.

#### **E. 4**

Vor Erlass der Abbruch- bzw. Vollzugsanordnung ist vorerst die Bewilligungsfähigkeit der eigenmächtig erstellten oder geänderten Baute oder Anlage zu prüfen. Bei der umstrittenen Baute handelt es sich um eine vollständig überdachte und auf drei Seiten eingewandete Pergola. Der Gebäudecharakter dieser Baute ist zu Recht unbestritten geblieben. Dementsprechend ist grundsätzlich der gesetzliche geforderte Grenzabstand von 3,5 m einzuhalten, es sei denn, es liege eine nachbarliche Vereinbarung über ein Näherbaurecht im Sinn von § 270 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) vor. Der Beschwerdeführer macht hierzu geltend, der betroffene Nachbar habe seine Zustimmung zum Grenzbau zwar nicht ausdrücklich, aber immerhin "konkludent" erteilt. Auch ohne entsprechende gesetzliche Verpflichtung dürfe von einem Nachbarn verlangt werden, dass er sich gegen eine baurechtswidrige Baute innert vernünftiger Frist zur Wehr setze, insbesondere wenn er – wie vorliegend – aufgrund früherer Verfahren um das Erfordernis seiner nachbarlichen Zustimmung wissen müsse. Nachdem der betroffene Nachbar rund 17 Jahre geschwiegen und sogar seinerseits eine die Baute kaschierende Grenzbepflanzung angebracht habe, dürfe auf dessen konkludente Zustimmung zum Grenzbau geschlossen werden. Es würde gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen, wenn diese formlose Zustimmung nicht als bindend erachtet würde. Der zivilrechtliche Näherbaurechtsvertrag, der aufgrund von § 270 Abs. 3 in Verbindung mit § 218 Abs. 2 PBG öffentlichrechtliche Wirkung entfaltet, bedarf keiner besonderen Form, er kommt auch mündlich zustande. Für den gemäss § 5 lit. 1 der Bauverfahrensverordnung vom 3. Dezember 1997 (BauVV) erforderlichen Nachweis der Näherbaurechtsvereinbarung gegenüber der Baubehörde genügt sodann eine einfache, schriftlich abgefasste Erklärung des belasteten Grundeigentümers zuhanden der Baubehörde (RB 2001 Nr. 69). Vorliegend ist unbestritten, dass der mitbeteiligte Nachbar zu keiner Zeit weder schriftlich noch mündlich seine Zustimmung zum Näher- oder Grenzbau erteilt hat. Dass der Nachbar die Baute dennoch jahrelang geduldet hat, könnte zwar unter – vorliegend nicht gegebenen (vgl. E. 5) – Umständen für einen Verzicht auf Wiederherstellungsmassnahmen sprechen, begründet indessen keinen Näherbaurechtsvertrag. Nachdem der Beschwerdeführer somit den für die Bewilligungserteilung erforderlichen Nachweis einer Näherbaurechtsvereinbarung schuldig geblieben ist, war der streitige Anbau zu keinem Zeitpunkt bewilligungsfähig. Dessen nachträgliche Bewilligung wurde somit zurecht verweigert.

#### **E. 5**

Nach § 341 PBG hat die zuständige Baubehörde ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung den rechtmässigen Zustand herbeizuführen. § 341 PBG verlangt seinem Wortlaut entsprechend die vorbehaltlose Durchsetzung der Rechtsordnung. Ein Ermessen, ob die zuständige Behörde tätig werden oder ob sie die Sache auf sich beruhen lassen soll,

besteht damit grundsätzlich nicht (Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz. 665, auch zum Folgenden; Urs Beeler, Die widerrechtliche Baute, Zürich 1984, S. 65). Ein Abbruchbefehl ist nun aber nach ständiger Rechtsprechung 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. 6.b. S. 224; VGr, 12. Juni 1987, ZBl 89/1988, S. 262). Geringfügig ist eine Abweichung damit dann, wenn nur um wenig von der materiellen Vorschrift abgewichen wird und die Abweichung dem Bauherrn keinen oder nur einen geringfügigen Nutzen bringt (Mäder, Rz. 665). Bei bedeutenderen Abweichungen von den materiellen Bauvorschriften können nur Gründe des Vertrauensschutzes zu einem Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands führen (RB 2000 Nr. 106 = BEZ 2000 Nr. 23). Solche Gründe liegen vor, wenn der Bauherr gutgläubig angenommen hat, er sei zur Bauausführung ermächtigt, und wenn der Beibehaltung des ungesetzlichen Zustands nicht schwer wiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (RB 1985 Nr. 118 = BEZ 1986 Nr. 22 mit Hinweisen). Dass es sich bei der vorliegenden Missachtung des Grenzabstands um eine lediglich geringfügige Gesetzesverletzung handeln würde, ist ohne weiteres zu verneinen und wird auch vom Beschwerdeführer nicht geltend gemacht. Es stellt sich somit einzig noch die Frage, ob Vertrauensschutzüberlegungen gegen die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sprechen. Der Beschwerdeführer macht hierzu geltend, die Baubehörde und der betroffene Nachbar hätten die streitige Baute während rund 17 Jahren geduldet und damit zu seinen Gunsten einen Vertrauenstatbestand geschaffen. Es trifft zwar zu, dass die langjährige Untätigkeit von Behörden und Nachbarn gegenüber einem als baurechtswidrig erkannten Zustand allenfalls einen Vertrauenstatbestand zu begründen vermag (Mäder, Rz. 663). Der Beschwerdeführer verkennt jedoch, dass ein solcher Vertrauensschutz von vornherein nur dem gutgläubigen Bauherrn gewährt wird. Nur wenn ein berechtigtes Vertrauen in die Zulässigkeit des – tatsächlich widerrechtlichen – Bauens vorliegt und wenn der Beibehaltung des ungesetzlichen Zustands nicht schwer wiegende öffentliche Interessen entgegenstehen, ist von der Anordnung des Abbruchs abzusehen (RB 1985 Nr. 118 = BEZ 1986 Nr. 22 mit Hinweisen; Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. A., Zürich 1999, Rz. 877 auch zum Folgenden). Der Beschwerdeführer hat nicht gutgläubig gehandelt. Als Architekt und angesichts der vorangegangenen Bewilligungsverfahren für eine Fahrnisbaute am nämlichen Standort wusste er sowohl um die grundsätzliche Bewilligungspflicht als auch um die – ohne nachbarliche Zustimmung – fehlende Bewilligungsfähigkeit der streitigen Baute. Im Übrigen behauptet der Beschwerdeführer auch gar nicht, er habe gutgläubig angenommen bzw. annehmen dürfen, dass er zur Bauausführung im streitigen Umfang ermächtigt gewesen sei. Der rund 17-jährige unwidersprochene Bestand der baurechtswidrigen Baute vermag demnach keinen Vertrauenstatbestand zu begründen und bleibt auch weit unter der vom Bundesgericht für die Anordnung von Wiederherstellungsmassnahmen statuierte Verwirkungsfrist von 30 Jahren (BGE 107 Ia 123).

## **E. 6**

Die Rekurskommission hat den angefochtenen Beseitigungsbefehl mit Bezug auf die Pergola, ohne Einwandung und Überdachung, aufgehoben. Dieser Bauteil sei für sich allein nicht als Gebäude zu qualifizieren und unterliege daher keinen gesetzlichen Minimalabständen. Werde die Beseitigung sämtlicher, also auch der für sich allein betrachtet bewilligungsfähigen Bauteil angeordnet, verletze dies den Grundsatz der

Verhältnismässigkeit, wonach ein Eingriff nicht weiter gehen dürfe als für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erforderlich. Unter Berufung auf diese Erwägungen macht der Beschwerdeführer sodann geltend, der Abbruchbefehl gehe nach wie vor zu weit. Auch die Einwandung der Grenz wand sei als Grenzmauer bewilligungsfähig, ebenso die Eindeckung bis zu einem Grenzabstand von 3,5 m (§ 273 PBG) und einer zusätzlichen Vordachtiefe von 2 m (§ 260 Abs. 3 PBG) zur Nachbargrenze hin. Wie die Vorinstanz bereits im Grundsatz festgehalten hat, ist es nicht Sache der Baubehörde und schon gar nicht diejenige des Verwaltungsgerichts, ein im Ganzen nicht bewilligungsfähiges Vorhaben auf bewilligungsfähige Teile zu überprüfen. Hinzu kommt, dass die Pergolakonstruktion mit den vom Beschwerdeführer angeführten Einwandungs- und Überdachungsteilen wiederum weit gehend dem nachgesuchten Neubauprojekt entspricht. Eine solche Baute wäre demnach ebenfalls als Gebäude zu qualifizieren und dementsprechend baurechtswidrig. Der Befehl zur Beseitigung der Überdachung/Einwandung ist somit nicht zu beanstanden. Auch die dafür angesetzte Frist von 60 Tagen ab Rechtskraft der erstinstanzlichen Vollzugsanordnung erweist sich als angemessen. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, steht dem fristgerechten Abbruch nichts entgegen. Ob sich innert dieser Frist auch ein anderer überdachter Einstellplatz für das Boot des Beschwerdeführers finden lässt, ist unerheblich, zumal dieses vorübergehend auch mit einer geeigneten Plane ausreichend geschützt werden kann.

#### **E. 7**

Der Beschwerdeführer wendet sich schliesslich auch gegen das vorinstanzliche Kostendispositiv, womit ihm 4/5 (und nicht wie von ihm ausgeführt 3/4) der Rekurskosten auferlegt wurden. Er begründet dies damit, dass zum einen der mit dem Bauabschlag vom 4. Februar 2002 ausgesprochene Wiederherstellungsbefehl nicht haltbar gewesen sei. Zudem sei auch der mit der Verweigerung der nachträglichen Baubewilligung vom 23. September 2002 wiederholte Abbruchbefehl für die bestehende Pergola auf deren Einwandung/Überdachung und damit um weit mehr als 50 % eingeschränkt worden. Der Anteil an den Rekurskosten sei daher auf einen Drittel zu reduzieren. Dem lässt sich entgegenhalten, dass die Bewilligungsfähigkeit des nachgesuchten Neubauprojekts verneint wurde, was für sich allein die hälftige Auflage der Rekurskosten zu rechtfertigen vermag. Weiter kann dem Beschwerdeführer auch nicht gefolgt werden, wenn er geltend macht, der zu beseitigenden Einwandung/Überdachung müsse gegenüber der Pergola ein weit geringeres Gewicht als 50 % beigemessen werden. Einwandung und Überdachung sind ausschlaggebend für die Gebäudequalität der Konstruktion bzw. für eine erheblich weitergehende und intensivere Nutzung der Pergola. Es erweist sich daher jedenfalls als vertretbar, wenn die Rekurskommission dem heutigen Beschwerdeführer insgesamt 4/5 der Verfahrenskosten auferlegt hat. Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **E. 8**

Angesichts dieses Verfahrensausgangs wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig. Eine Parteientschädigung steht ihm damit von vornherein nicht zu. Die Voraussetzungen für die Zusprechung einer solchen an die Beschwerdegegnerin sind ebenfalls nicht erfüllt, da ihr im Verfahren vor Verwaltungsgericht nur geringe Umtriebe entstanden sind und kein besonderer Aufwand erforderlich war (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer : 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'000.--; die übrigen Kosten betragen: Fr. 90.-- Zustellungskosten, Fr.

2'090.-- Total der Kosten. 3. Die Gerichtskosten werden dem Beschwerdeführer auferlegt. 4. Parteienschädigungen werden nicht zugesprochen. 5. ...

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