

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00444 vom 18. Dezember 2008

ZH Verwaltungsgericht, 2008-12-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2008.00444

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00444 du 18 décembre 2008

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00444 del 18 dicembre 2008

Regeste

Wiederherstellung | Abbruch des Kiosks auf dem Uto Kulm Rechtsgrundlagen der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands und des Abbruchs (E. 3). Angesichts des schwerwiegenden Verstosses gegen das Raumplanungsgesetz könnte nur ein Vertrauensschutztatbestand zu einem Verzicht auf die Wiederherstellung führen; die Verschiebung des Kiosks begründet keinen solchen, da bereits der Kiosk am alten Standort ohne Bewilligung errichtet worden war. Die geltend gemachten privaten Interessen (Investitions-, Abbruch- und Wiederaufbaukosten) können das öffentliche Interesse nicht überwiegen (E. 4.1). Solange der Kiosk in der Landwirtschaftszone liegt, kann kein öffentliches Interesse am Betrieb des Kiosks bestehen. Das Hinauszögern des Vollzugs perpetuiert den Verstoss und verschlimmert ihn (E. 4.2). Angesichts des aus politischen und rechtlichen Gründen noch nicht gesicherten Ergebnisses der vorgesehenen Nutzungsplanung und der möglichen Verzögerung um einige Jahre kann nicht damit gerechnet werden, dass sich der rechtswidrige Zustand mit einiger Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft legalisieren wird (E. 4.3). Abweisung der Beschwerde

Erwägungen

E. 3

Nach § 341 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) hat die zuständige Behörde ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung den rechtmässigen Zustand herbeizuführen. Dabei hat sie allerdings den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten, und zwar auch dann, wenn der Bauherr die widerrechtliche Baute bösgläubig erstellt hat. Dieser muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen. Ein Abbruchbefehl ist 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. 6b S. 224; VGr, 21. April 2005; VB.2005.00008, E. 2.1, www.vgrzh.ch; Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs- und Baurecht, 3. A., Zürich 1999, Rz. 865 ff.). Geringfügig ist eine Abweichung vom Erlaubten dann, wenn nur um Weniges von der materiellen Vorschrift abgewichen wird und sie der Bauherrschaft keinen oder nur einen geringen Nutzen bringt (Christoph Fritzsche/Peter Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 4. Auflage, Zürich 2006, S. 24-10). Weicht eine Baute jedoch erheblich von materiellen Bauvorschriften ab, so vermögen einzig Gründe des Vertrauensschutzes zu einem Verzicht auf die Wiederherstellung des

rechtmässigen Zustandes zu führen (RB 2000 Nr. 106 = BEZ 2000 Nr. 23, mit Hinweisen). Solche Gründe liegen dann 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; Fritzsche/Bösch, S. 24-11).

E. 4.1

Die Baurekurskommission hat in ihrem Entscheid zutreffend festgestellt, dass der unrechtmässige Bestand des Kioskes in der Landwirtschaftszone einen schwer wiegenden Verstoss gegen das Raumplanungsgesetz darstelle und für den Beschwerdeführer von wirtschaftlichem Nutzen sei. Das scheint auch der Beschwerdeführer zu akzeptieren. Er macht jedoch geltend, die Verschiebung des Kioskes sei als Folge von Grabarbeiten auf seinem Grundstück für neue Leitungen einer öffentlichen Kommunikationsanlage notwendig gewesen und der Gemeinde vorgängig mitgeteilt worden. Damit hat er keineswegs hinreichende Gründe dafür vorgebracht, weshalb er in guten Treuen davon hätte ausgehen können, die Erstellung bzw. Verschiebung des Kioskes benötige keine baurechtliche Bewilligung. So war nämlich bereits der ursprüngliche Kiosk am alten Standort ohne Bewilligung errichtet worden. Im Nachhinein machte der Beschwerdeführer am 27. Mai 2005 dazu geltend, es handle sich bloss um eine mobile Baute auf Rädern, welche je nach Bedarf/Anlass an einen anderen Standort gerollt werden könne. In der Folge wurde diese Baute dann aber bei ihrer Verschiebung 2007 zusätzlich vergrössert und in der Erscheinung wesentlich verändert. Demnach ging auch die Baudirektion in ihrer Verfügung vom 11. Mai 2007 durchaus zu Recht davon aus, dass darin ein unbewilligter Abbruch und Wiederaufbau zu sehen sei. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Investitions,- Abbruch- und Wiederherstellungskosten würden sich auf mindestens Fr. 250'000.- belaufen. Wenn er nach Abschluss des Planungsverfahrens zum Wiederaufbau des Kioskes an derselben Stelle verpflichtet würde, so kämen weitere Fr. 200'000.- für die Erstellung hinzu. Diese Darlegungen begründen jedoch keine beachtenswerten privaten Interessen, welche das öffentliche Interesse überwiegen können. Besteht bei schwerwiegenden Verstössen keine Vertrauensgrundlage für die Annahme, dass keine baurechtliche Bewilligung nötig sei, so kommt es auf die Bau- und Rückbaukosten des eigenmächtigen Bauherrn nicht an. Hätte es der Beschwerdeführer im vorliegenden Fall bei der anfänglichen – ebenfalls nicht bewilligten – mobilen Konstruktion des Kioskes auf Rädern belassen, so würden ihm aus dem Rückbau bzw. dem blossen Wegführen der Baute jedenfalls kaum nennenswerte Aufwendungen entstehen.

E. 4.2

Zu Unrecht will der Beschwerdeführer bei der Gewichtung des öffentlichen Interesses berücksichtigt haben, dass ein wesentliches öffentliches Interesse am Kiosk und seinem Betrieb bestehe. Das öffentliche Interesse kann im vorliegenden Verfahren nur soweit Berücksichtigung finden, als es in konkreten Gesetzen oder Plänen Niederschlag gefunden hat. Solange der derzeitige Standort des Kioskes im rechtskräftig ausgeschiedenen Landwirtschaftsgebiet liegt, besteht ein für die Behörden und Gerichte allein massgebendes öffentliches Interesse an der Freihaltung des Areals vor zonenfremden Bauten. Ob die Öffentlichkeit stattdessen neu eine Erholungszone mit einer Verpflegungsstätte an dieser Stelle wünscht, wird sich erst im Rahmen der in Gang gesetzten Richt- und Nutzungsplanungsrevision erweisen (vgl. nachfolgend E. 4.3). Wenn der Beschwerdeführer vorbringt, der Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erschwere

den Abbruch des Kioskes in einem späteren Zeitpunkt nicht, so geht er von einem falschen Ansatz aus. Das gegebene öffentliche Interesse an der Beseitigung unrechtmässiger Bauten wird nicht dadurch geschmälert, dass der Vollzug jederzeit auch später durchgesetzt werden kann. Bei schwerwiegenden Verstössen gegen die Nutzungsordnung ist die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes grundsätzlich ohne Verzug zu verlangen, denn jedes Hinauszögern des Vollzugs perpetuiert den Verstoss und verschlimmert ihn. Dies ist auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit geboten (vgl. insbesondere den Entscheid VGr, 23. Oktober 2008, VB.2008.00325, www.vgrzh.ch, wo das Verwaltungsgericht von der Betreiberin eines nicht bewilligungsfähigen Rundzeltes für kulturelle Anlässe auf dem Uetliberg dessen Beseitigung verlangte).

E. 4.3

Mit der Festsetzung des kantonalen Gestaltungsplans Uto Kulm gemäss dem vorliegenden Entwurf würde der bestehende Kiosk innerhalb eines Baubereichs zu liegen kommen und dessen Betrieb in einem separaten Nutzungsvertrag geregelt. Damit wäre der heutige bauliche und betriebliche Zustand voraussichtlich bewilligungsfähig. Es ist umstritten, ob dieser Umstand zu einem einstweiligen Aufschub des Abbruchs führen darf. Nach der Rechtsprechung kann sich die Unverhältnismässigkeit eines Abbruchbefehls auch daraus ergeben, dass die baurechtswidrige Baute dank einer unmittelbar bevorstehenden Rechtsänderung materielle Rechtmässigkeit erlangen wird (V g r, 23. August 1991, VB 91/0031; RB 1990 Nr. 85; VGr, 6. Oktober 1995, VB.1995.00046, E.6). Die Baurekurskommission legte in ihrem Entscheid dar, dass nach der Auflage der Richtplanvorlage im Herbst 2008 der Kantonsrat innert einem Jahr darüber zu befinden habe. Angesichts der Stellungnahme einzelner Parteien dazu und aufgrund dessen, dass der Uetliberg Bestandteil der Albiskette als Landschaft nationaler Bedeutung bilde, sei der Ausgang dieser Debatte offen. Nach der Richtplanänderung sei der kantonale Gestaltungsplan festzusetzen, gegen den sich ein Rechtsmittelzug öffne, der eine weitgehende rechtliche Überprüfung der Planfestsetzung ermögliche. Dies berge unweigerlich gewisse Unwägbarkeiten, die als nicht unerheblich erschienen. Dieser Einschätzung kann sich das Verwaltungsgericht anschliessen. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, überzeugt nicht. Zu Unrecht verweist er in diesem Zusammenhang auf BGE 118 Ia 510 E. 4, wonach als zu berücksichtigende planungsrechtliche Festlegung jede hinlänglich klar umrissene Erklärung über den Inhalt eines Raumplanes zu gelten habe. Bei diesem Entscheid ging es in Anwendung von § 234 PBG um die Frage, ob ein nach der Bewilligungserteilung erfolgter Wegfall der planungsrechtlichen Baureife im kantonalen Rechtsmittelentscheid noch berücksichtigt werden dürfe. Aus den diesbezüglichen Erwägungen des Bundesgerichts lässt sich schon deshalb nichts ableiten, weil sie die negative Vorwirkung einer bevorstehenden planungsrechtlichen Festlegung betreffen, während der Beschwerdeführer vorliegend eine im Gesetz nicht vorgesehene positive Vorwirkung für sich in Anspruch nehmen will. Als untauglich erweist sich auch sein Versuch, den Abbruchbefehl als Beeinträchtigung der vorgesehenen Planung hinzustellen. Planungsrechtliche Festlegungen sind gemäss § 234 vor nachteiliger Beeinflussung zu schützen, dies jedoch nur soweit, als Bauten und Anlagen erstellt werden (vgl. § 233 PBG). Demgegenüber ist der Abbruch einer rechtswidrigen Baute von vornherein nicht geeignet, eine beantragte planungsrechtliche Festlegung zu präjudizieren. Aus der dem Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 12. März 2008 (VB.2007.00383, www.vgrzh.ch) zugrunde liegenden Prozessgeschichte (E. III) ergibt sich entgegen dem Dafürhalten des Beschwerdeführers keine allgemeine Regel, wonach eine bevorstehende Rechtsänderung

die Verfahrenssistierung immer dann rechtfertige, wenn die neuen Vorschriften wenigstens aufgelegt sind. Für die Frage der Verhältnismässigkeit eines Abbruchs 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 Wohnanteilplan bereits geändert war, dagegen aber Rechtsmittel ergriffen worden waren. In VB 83/0091 wiederum wurde die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nach einer beschlossenen BZO-Änderung aufgeschoben, wobei es in der Folge knapp zwei Jahre bis zum Inkrafttreten der Rechtsänderung dauerte. Im vorliegenden Fall erscheint das Ergebnis der vorgesehenen Nutzungsplanung sowohl aus politischen als auch aus rechtlichen Gründen noch nicht sehr gesichert zu sein. Zudem kann sich das Inkrafttreten des Gestaltungsplans Uetliberg Kulm ohne weiteres um einige Jahre verzögern. Unter diesen Umständen kann nicht damit gerechnet werden, dass sich der gegebene rechtswidrige Zustand mit einiger Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft legalisieren wird.

E. 5

Die Beschwerde ist demnach abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 13 in Verbindung mit § 70 VRG). Eine Parteientschädigung steht ihm damit von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Hingegen hat er die Beschwerdegegner angemessen zu entschädigen. Demgemäss entscheidet die Kammer :

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