

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00018 vom 16. Dezember 2009

ZH Verwaltungsgericht, 2009-12-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2009.00018

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00018 du 16 décembre 2009

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00018 del 16 dicembre 2009

Regeste

Rechtsverweigerungsbeschwerde | Rechtsverweigerungsbeschwerde. Die zu § 315 Abs. 1 und § 316 Abs. 1 PBG entwickelten Grundsätze sind auch dann anzuwenden, wenn die Behörde mangels Kenntnis des Bauvorhabens oder einer Abweichung von den bewilligten Plänen eine Bewilligung weder im ordentlichen noch im Anzeigeverfahren erteilt hat. Auch wenn dem Nachbarn diesfalls mangels Publikation keine Verwirkungsfrist läuft, kann von diesem nach Treu und Glauben erwartet werden, dass er innert nützlicher Frist die Behörde auf den Mangel hinweist und eine Verfügung erwirkt (E. 2.1). Vorliegend hat der Beschwerdeführer erstmals rund vier Jahre, nachdem er über die Abweichungen von den bewilligten Plänen orientiert worden ist, Einwände dagegen erhoben. Zudem weist eine Mitteilung des Beschwerdeführers auf eine Billigung der Abweichung hin und es sind keine Hinweise ersichtlich, dass der Beschwerdeführer bewusst getäuscht worden ist (E. 2.2). Die Bewilligungsbehörde hat die Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens betreffend den Abweichungen einer vor rund fünf Jahren erteilten Baubewilligung zulässigerweise abgelehnt und damit auch rechtens auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verzichtet (E. 3). Abweisung. Abweichende Meinung einer Minderheit der Kammer.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2009.00018 Entscheid der 1. Kammer vom 16. Dezember 2009 Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Keiser (Vorsitz), Verwaltungsrichter François Ruckstuhl, Verwaltungsrichter Hans Peter Derksen, Gerichtsssekretärin Corina Schuppli. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführer, gegen Baukommission Herrliberg, vertreten durch RA C, Beschwerdegegnerin, und D, vertreten durch RA E, Mitbeteiligte, betreffend Rechtsverweigerungsbeschwerde, hat sich ergeben: I. Am 3. September 2007 gelangte A als Eigentümer der Liegenschaft F-Strasse 01 an den Gemeinderat Herrliberg und beantragte, es sei festzustellen, dass die Garage auf dem heute D gehörenden Nachbargrundstück F-Strasse

E. 02

nicht gemäss Baubewilligung vom 22. Januar 2002 als Grenzbau, sondern im Abstand von 17 cm zu seiner Grenze erstellt worden sei; es sei für die Änderung ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen, die Baubewilligung für die geänderte Stellung der Garage und einen zur Entlüftung eingebauten Ventilator zu verweigern und der rechtmässige Zustand wiederherzustellen. Mit Schreiben vom 28. Januar 2008 teilte die Baukommission Herrliberg A mit, dass sie betreffend der Garage und der am 3. September 2007 zusätzlich beanstandeten Nutzung des Garagendachs als Terrasse keinen

Handlungsbedarf sehe; hingegen werde für den Ventilator ein Bewilligungsverfahren eingeleitet. II. Den in der Folge von A am 28. Februar 2008 erhobenen Rekurs erledigte die Baurekurskommission II am 2. Dezember 2008 wie folgt: Bezüglich des Ventilators schrieb sie das Verfahren als durch das mittlerweile durchgeführte Bewilligungsverfahren gegenstandslos geworden ab; bezüglich des Bewilligungsverfahrens für die nicht als Grenzbau errichtete Garage wies sie den Rekurs ab; in teilweiser Gutheissung des Rekurses forderte sie die Baukommission Herrliberg auf, für die Nutzung des Garagendachs als Terrasse und Sitzplatz ein Baubewilligungsverfahren durchzuführen. III. Gegen den Rekursentscheid liess A am 20. Januar 2009 Beschwerde erheben, im Wesentlichen mit den Anträgen, die Sache zur Durchführung eines nachträglichen Bewilligungsverfahrens an die Baubehörde oder eines Rekursverfahrens an die Rekurskommission zurückzuweisen; subeventualiter möge das Verwaltungsgericht die Baubewilligung für die baurechtswidrige Baute verweigern und für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands dadurch sorgen, dass die Eigentümerin des Nachbargrundstücks zu einer 17 cm tiefen Vormauerung verpflichtet werde, welche die Garage zur seinerzeit bewilligten Grenzbaute mache; sämtliches unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gegenparteien. Die Vorinstanz am 27. Januar 2009 und die Baukommission am 23. Februar 2009 schlossen auf Abweisung der Beschwerde. Die private Beschwerdegegnerin beantragte am 1. April 2009, das Rechtsmittel unter Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuweisen. Auf Antrag des Beschwerdeführers fand zunächst ein zweiter Schriftenwechsel statt und wurde das Verfahren am 15. Juli 2009 sistiert. Nach Scheitern der Vergleichsversuche wurde das Verfahren auf Antrag des Beschwerdeführers am 1. Oktober 2009 wieder aufgenommen. Die Kammer zieht in Erwägung: 1. Mit Beschwerdeantrag 1 wird zwar die Aufhebung des angefochtenen Rekursentscheids verlangt; in der Begründung wird dieser jedoch nur insoweit beanstandet, als damit der Rekursantrag auf Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens für die entgegen der seinerzeitigen Bewilligung nicht als Grenzbau errichteten Garage abgelehnt worden ist. Nur dieser Punkt bildet demnach Gegenstand des Beschwerdeverfahrens.

E. 2

Die Rekurskommission hat den Rekurs betreffend Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens betreffend die in Abweichung zu den bewilligten Plänen erstellte Garage im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, dem Beschwerdeführer sei die Planabweichung seit der Erstellung der Baute bekannt gewesen und sein Antrag, dafür ein nachträgliches Bewilligungsverfahren durchzuführen, deshalb verspätet.

E. 2.1

Wer den baurechtlichen Entscheid nicht entsprechend § 315 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) rechtzeitig verlangt, hat gemäss § 316 Abs. 1 PBG das Rekursrecht verwirkt. Diese Verwirkungspflicht beginnt dann nicht zu laufen, wenn die Publikation dergestalt qualifiziert mangelhaft ist, dass ein Dritter auch bei Anwendung durchschnittlicher Aufmerksamkeit und trotz angemessener Sorgfalt den Mangel nicht erkennen kann und dadurch abgehalten wird, rechtzeitig die Zustellung des baurechtlichen Entscheids zu verlangen (François Ruckstuhl, Der Rechtsschutz im zürcherischen Planungs- und Baurecht, ZBl 86/1985, S. 303; Christoph Fritzsche/Peter Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 4. A., Zürich 2006, Ziff. 20.7.5.2). Gleiches gilt für den Fall, dass gar keine Publikation erfolgt, weil die Baubewilligung zu Unrecht ohne Veröffentlichung und Aussteckung im Anzeigeverfahren erfolgte und der Nachbar erst

durch die Erstellung der Baute von der Sache erfährt (RB 1981 Nr. 144; VGr, 24. November 1999, VB.1999.00209; VGr, 16. Juni 1999, VB.1999.00098, auch zum Folgenden). Nach Treu und Glauben darf der Dritte aber mit der Geltendmachung seiner Ansprüche nicht beliebig zuwarten; sobald er vom Bauvorhaben weiss, hat er sich um die nachträgliche Zustellung des baurechtlichen Entscheids zu bemühen (VGr, 20. Mai 2009, VB.2009.00057, www.vgrzh.ch; vgl. RB 1980 Nr. 2; Ruckstuhl, S. 301). Auch die formlos ausgesprochene Weigerung der Behörde, ein Baubewilligungsverfahren durchzuführen, kann nicht beliebig lange infrage gestellt werden, sondern der Einsprecher hat innert angemessener Frist den Erlass einer formrichtigen Verfügung zu verlangen (VGr, 3. September 2008, VB.2008.00229, www.vgrzh.ch). Es sind keine Gründe ersichtlich, diese Grundsätze nicht auch dann anzuwenden, wenn die Behörde mangels Kenntnis des Bauvorhabens oder einer Abweichung von den bewilligten Plänen eine Bewilligung weder im ordentlichen noch im Anzeigeverfahren erteilt hat. Zwar läuft auch in diesen Fällen dem Nachbar schon mangels Publikation keine Verwirkungsfrist im Sinn von § 316 Abs. 1 PBG. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben kann jedoch von einem Nachbarn, der durch ein nicht bewilligtes Bauvorhaben auf einem Nachbargrundstück betroffen ist oder der, nachdem ihm auf sein Gesuch hin die Baubewilligung zugestellt wurde, eine Abweichung von den bewilligten Plänen entdeckt, erwartet werden, dass er innert nützlicher Frist die Behörde auf den Mangel hinweist und eine Verfügung erwirkt, die ihm Zugang zum Verfahren verschafft. Andernfalls hätte es der Nachbar in der Hand, eine von ihm bis dahin widerspruchlos geduldete Baute bis zum Ablauf der gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung für ein behördliches Einschreiten geltenden Maximalfrist von 30 Jahren (vgl. BGE 107 Ia 121, 105 Ib 265 E. 6a) jederzeit wieder infrage zu stellen, was auch unter dem Gesichtswinkel der Rechtssicherheit fragwürdig ist. Zudem kann schon vor Ablauf der dreissigjährigen Frist auch die Behörde nicht mehr einschreiten, wenn sie die rechtswidrigen Gebäude oder Gebäudeteile über Jahre hinaus geduldet hat, obschon ihr die Gesetzwidrigkeit bekannt war oder sie diese bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätten kennen müssen. Diese aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitete Regel muss auch für den Nachbarn gelten, beherrscht doch der Grundsatz von Treu und Glauben auch die Rechtsbeziehungen zwischen den sich in einem Verwaltungsverfahren gegenüberstehenden Privaten (RB 1981 Nr. 147; René Rhinow, Grundzüge des schweizerischen Verfassungsrechts, Basel/Genf/München 2003, Rz. 2397; Yvo Hangartner in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. A., Zürich etc. 2008, Art. 5 BV Rz. 43).

E. 2.2

Hier ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer am 9. April 2002 noch während der Bauausführung über die Abweichung von den bewilligten Plänen orientiert worden ist. Einwände gegen diese Abweichung erhob er erstmals am 27. Januar 2006 gegenüber der privaten Beschwerdegegnerin und in der Folge, wie aus dem Schreiben der Baukommission vom 6. September 2006 zu schliessen ist, telefonisch beim Bauamt Herrliberg. Bereits diese Intervention erscheint als verspätet und entsprechend ist es auch die Eingabe seines Rechtsvertreters an den Gemeinderat Herrliberg vom 3. September 2007, mit welcher erstmals ausdrücklich der Erlass einer Verfügung betreffend die in Abweichung von der Baubewilligung vom 22. Januar 2002 erstellten Garage verlangt wurde. Der Beschwerdeführer hat es nicht bloss versäumt, innert angemessener Frist nach Entdeckung der Abweichung von den bewilligten Plänen bei der Baubehörde vorstellig zu werden, sondern sein Verhalten, insbesondere seine Antwort vom 10. April 2002 auf die erwähnte Mitteilung vom 9. April 2002, weist sogar darauf hin, dass er die Abweichung zumindest

gebilligt hat. Unter diesen Umständen ist es, wie die Vorinstanzen zutreffend erkannt haben, treuwidrig und mit dem Gebot der Rechtssicherheit nicht vereinbar, wenn er sich rund vier Jahre später, nachdem er sich wegen eines anderweitigen Zerwürfnisses mit der privaten Beschwerdegegnerin an einen Anwalt gewandt und in der Folge seine Auffassung geändert hat, nun von der seinerzeitigen Billigung der Planabweichung Abstand nimmt und ein neues Bewilligungsverfahren eingeleitet haben will. Wenn er, wie er geltend macht, seinerzeit die möglichen Nachteile für sein eigenes Grundstück nicht erkannt hat, so hat er sich dies selber zuzuschreiben. Anders wäre unter dem Gesichtswinkel von Treu und Glauben nur dann zu entscheiden, wenn die private Beschwerdegegnerin oder der Architekt, der damals in ihrem Namen mit dem Beschwerdeführer korrespondierte, einen Irrtum des Beschwerdeführers bewusst herbeigeführt hätte. Dafür finden sich jedoch keine Hinweise. Vielmehr scheint es sich so verhalten zu haben, dass der Beschwerdeführer durch das Bauvorhaben an seiner Grenze Nachteile für eine auf seinem Grundstück stehende Holzwand befürchtete und dass die Rücksichtnahme auf diese Bedenken Anlass dazu gab, die Garage nicht wie bewilligt direkt auf der Grenze zu bauen. Dies erklärt auch den Passus im Schreiben des Architekten vom 9. April 2002, dass das Zurückbleiben von der Grenze "für alle Beteiligten vorteilhaft ist". Auch wenn dies objektiv betrachtet nicht zutrifft, kann daraus nicht abgeleitet werden, dass der Beschwerdeführer bewusst getäuscht werden sollte.

E. 3

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Baubewilligungsbehörde die Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens betreffend das seinerzeitige Abweichen von der Baubewilligung vom 22. Januar 2002 zulässigerweise abgelehnt und damit auch rechtens auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verzichtet hat. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]), der überdies zu einer Parteientschädigung von Fr. 2'000.- an die private Beschwerdegegnerin zu verpflichten ist (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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