

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00660 vom 16. Juni 2010**

ZH Verwaltungsgericht, 2010-06-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2009.00660](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2009.00660)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00660 du 16 juin 2010

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00660 del 16 giugno 2010

## **Regeste**

Verzicht auf Durchführung nachträgliches Baubewilligungsverfahren | Pflicht zur Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens. Frage der Verwirkung des Rekursrechts. Treu und Glauben. Nach Treu und Glauben darf der Dritte 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. 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 (E. 2.1). Zwar scheint vorliegend die von der Bauherrschaft eingereichte Klage betreffend Höhenreduktion einer Einfriedung Auslöser für die schriftliche Intervention des Beschwerdegegners gewesen zu sein. Dies allein lässt das Vorgehen des Beschwerdegegners jedoch nicht als treuwidrig erscheinen. Nachdem ihm die Bauabnahme nicht eröffnet worden war und er nach Abschluss der Bauarbeiten mehrmals vergeblich beim Bauamt vorgespochen hatte, kann es ihm nicht zum Nachteil gereichen, dass er erst nach Eingang der erwähnten Klage einen Anwalt beigezogen und die formell richtigen rechtlichen Schritte hat einleiten lassen. Wer zudem wie die Beschwerdeführenden in mehrfacher Hinsicht Verfahrensregeln verletzt, kann nicht unter Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben erwarten, dass gegenüber einem betroffenen Dritten übermässig hohe Ansprüche an die rechtzeitige Wahrnehmung seiner Rechte gestellt werden (E. 2.5). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

A ,

### **E. 2**

Die Beschwerdeführenden wenden sich in ihrem Hauptstandpunkt gegen die Anordnung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens, indem sie geltend machen, das Bauvorhaben sei in seiner "konkreten Ausgestaltung", über die auch der Beschwerdegegner genauestens im Bild gewesen sei, am 28. Februar 2008 abgenommen worden. Die Intervention des Beschwerdegegners bei der Gemeinde im Frühjahr 2009 und seine Rekurshebung im Sommer 2009 seien daher klar verspätet gewesen, weshalb er das Rekursrecht verwirkt habe und die Vorinstanz auf den Rekurs nicht hätte eintreten dürfen.

#### **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](http://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](http://www.vgrzh.ch)). In einem neueren Entscheid, gegen den eine Beschwerde beim Bundesgericht noch hängig ist, hat das Verwaltungsgericht erwogen, diese Grundsätze seien 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 (VB.2009.00018 vom 16. Dezember 2009, vgl. auch die ebenfalls publizierte abweichende Meinung der Minderheit der Kammer, [www.vgrzh.ch/rechtsprechung](http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung)). Wie das Gericht erwogen hat, 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, der auch die Rechtsbeziehungen zwischen den sich in einem Verwaltungsverfahren gegenüberstehenden Privaten beherrscht (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), 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 widerspruchslos 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 nicht nur Treu und Glauben widerspricht, sondern auch unter dem Gesichtswinkel der Rechtssicherheit fragwürdig ist.

## **E. 2.2**

Gemäss den der Baubewilligung vom 11. September 2006 zugrunde liegenden Baugesuchsplänen, die in keiner Weise den Anforderungen von § 3 der Bauverfahrensverordnung vom 3. Dezember 1997 entsprechen, sollte westlich anschliessend an die ebene Rasenfläche der Reihenhausliegenschaft der Beschwerdeführenden über dem dort steil abfallenden Hang ein 4 m tiefer und 6,5 m breiter

Holzrost angebracht werden. Diese sogenannte Holzterrasse sollte rasenseitig auf einer 1 m hohen Wand aus Eisenbahnschwellen und hangabwärts auf drei 3,2 m hohen Holzpfosten mit Betonfundamenten ruhen. Laut den Baueingabeplänen, die über die konstruktiven Merkmale keine Auskunft geben, sollte das Terrain unter dem Rost unverändert entsprechend der bisherigen Hangneigung verlaufen. Abgesehen von der bergseitigen Wand aus Eisenbahnschwellen sollte der Bereich unter der Terrasse keine Umwandlungen erhalten. Die im ordentlichen Verfahren erteilte Bewilligung, deren Zustellung der Beschwerdegegner rechtzeitig verlangt hatte, erwuchs unangefochten in Rechtskraft. In der Folge ersuchte die Bauherrschaft um die Bewilligung einer Projektänderung, welche eine Verkleinerung der Terrasse in der Nordwest-Ecke vorsieht. Diese Änderung wurde am 23. November 2006 im Anzeigeverfahren bewilligt. Nachdem auch die auflageweise verlangte Skizze für das Gelände der Terrasse vorlag, wurde am 14. September 2007 die Baufreigabe erteilt und wurde anschliessend die Terrasse gebaut. Am 28. Februar 2008 erfolgte die Schlussabnahme; die entsprechende Verfügung der Baukommission, welche auch die Genehmigung einer in den bisherigen Plänen nicht vorgesehenen, provisorisch bereits erstellten Treppe längs der Nordseite der Terrasse umfasst, wurde dem Beschwerdegegner nicht zugestellt. Jedoch führt die Baukommission in ihrer Rekursantwort vom 6. Juli 2009 aus, der Beschwerdegegner wisse seit langem, dass das Bauamt das Deck abgenommen und für richtig befunden habe, da er bezüglich des Konflikts mit der Bauherrschaft mehrmals auf dem Bauamt vorgesprochen habe und er bei dieser Gelegenheit immer wieder darauf hingewiesen worden sei, dass es der Bauherrschaft unbenommen sei, unter dem Deck Materialien zu lagern, und dieses dadurch nicht zum Gebäude würde. Mit Schreiben seines Vertreters vom 15. April 2009 liess der Beschwerdegegner geltend machen, dass die tatsächlich erstellte und laufend veränderte Baute nicht der am 2. Oktober 2006 bewilligten Terrasse entspreche, sondern durch Abweichungen vom bewilligten Projekt Gebäude-Qualität erlangt habe; die laufenden Bauarbeiten seien einzustellen und ein nachträgliches Bewilligungsverfahren einzuleiten. In der Folge erging die angefochtene Verfügung vom 11. Mai 2009.

### **E. 2.3**

Wie sich aufgrund der Akten ergibt, weicht die heute bestehende Baute deutlich von den bewilligten Baueingabeplänen ab. Abgesehen von der geänderten Tragkonstruktion entspricht insbesondere das Terrain unter der Terrasse nicht dem auf den Plänen eingezeichneten steil abfallenden Hangverlauf, sondern ist terrassiert worden. Zudem ragen die Foundation und der darüber angebrachte Boden terrassenartig aus dem bestehenden Hangverlauf heraus, sodass eine grössere ebene Fläche entstanden ist, welche sich teils zu Lagerzwecken, teils als gedeckter Gartensitzplatz eignet. Wie die bei den Akten liegenden Fotos zeigen, wird die unter der Terrasse entstandene Fläche zur Lagerung von Gartengeräten und dergleichen genutzt. Zudem räumen die Beschwerdeführenden die gelegentliche Nutzung als Sitzplatz ein. Sodann ist der unter der Terrasse liegende Bereich durch eine in den Baueingabeplänen nicht vorhandene Treppe erschlossen worden. Was den Zeitpunkt der in Abweichung von den Baueingabeplänen vorgenommenen Arbeiten betrifft, so sind sie, wie auch die Beschwerdeführenden einräumen, im Wesentlichen zwischen der Baufreigabe und der Bauabnahme am 28. Februar 2008 erfolgt. Ob, wie die Beschwerdeführenden geltend machen (Ziffer 11 der Beschwerdeschrift), der Hang schon vor Baubeginn terrassiert gewesen ist, lässt sich aufgrund der Akten nicht beurteilen. Ebenfalls lässt sich nicht erkennen, in welchem Zeitpunkt die Nutzung zu Lagerzwecken und als gelegentlicher Sitzplatz aufgenommen wurde; immerhin lassen die Fotos erkennen,

dass die Lagernutzung laufend intensiviert worden ist.

#### **E. 2.4**

Was die baurechtliche Qualifikation der bewilligten und der in Abweichung von den Baueingabeplänen vorgenommenen Arbeiten betrifft, so ist mit der Vorinstanz (Erw. 5.4 des angefochtenen Entscheids) davon auszugehen, dass bereits die ursprünglich bewilligte Baute gebäudeähnliche Merkmale aufweist. Das gilt insbesondere dann, wenn, wie die Beschwerdeführenden geltend machen, das darunter liegende Gelände entgegen der Darstellung in den Baueingabeplänen bereits vor Baubeginn terrassiert war. Jedenfalls aber haben die in der Folge vorgenommenen Änderungen dazu geführt, dass unter dem Terrassendeck ein mindestens zu Lagerzwecken nutzbarer und tatsächlich auch so genutzter Raum entstanden ist. Dieser Sachverhalt ist aufgrund der Akten ohne Weiteres ersichtlich, weshalb die Vorinstanz ohne Gehörsverletzung auf einen Augenschein verzichten konnte. Auch wenn das Terrassendeck keinen vollständigen Witterungsschutz verleiht, stellt dieses bzw. der unter diesem geschaffene Raum ein Gebäude im Sinn von § 2 Abs. 1 der Allgemeinen Bauverordnung vom 2. Juni 1977 (ABauV) dar. Auf die zutreffenden Erwägungen der Baurekurskommission ist gestützt auf § 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) zu verweisen.

#### **E. 2.5**

Zwar ist der genaue Zeitpunkt der erstmaligen Intervention des Beschwerdegegners gegen die Nutzung des Raums unter dem Terrassendeck zu Lagerzwecken aufgrund der Akten nicht feststellbar, doch ist die Darstellung der Baukommission unbestritten geblieben, dass der Beschwerdegegner in dieser Sache nach der Bauabnahme vom 28. Februar 2008 mehrmals auf dem Bauamt vorgesprochen hat. Als diese Bemühungen keinen Erfolg zeitigten, scheint er sich an seinen heutigen Vertreter gewandt zu haben, der schliesslich am 15. April 2009 der Baukommission schriftlich die nachträgliche Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens beantragte. Unter diesen Umständen sowie aufgrund des nicht sehr transparenten Vorgehens der Bauherrschaft und der Bewilligungsbehörde kann dem Beschwerdegegner nicht vorgeworfen werden, er habe mit der Rüge der festgestellten Mängel in treuwidriger Weise zugewartet. Zwar scheint Auslöser für die schriftliche Intervention vom 15. April 2009 eine von der Bauherrschaft am 26. März 2009 beim Bezirksgericht Meilen eingereichte Klage gewesen zu sein, mit welcher diese vom Beschwerdegegner die Höhenreduktion einer als Sichtschutz gegenüber dem hier streitigen Holzdeck angebrachten Einfriedung verlangt hatte. Dies allein lässt das Vorgehen des Beschwerdegegners jedoch nicht als treuwidrig erscheinen. Nachdem ihm die Bauabnahme nicht eröffnet worden war und er nach Abschluss der Bauarbeiten mehrmals vergeblich beim Bauamt vorgesprochen hatte, kann es ihm nicht zum Nachteil gereichen, dass er erst nach Eingang der erwähnten Klage einen Anwalt beigezogen und die formell richtigen rechtlichen Schritte hat einleiten lassen. Zudem liegt es im Wesen des von der Bauherrschaft gewählten und der Baubehörde tolerierten Vorgehens, dass die baurechtliche Relevanz der vorgenommenen Änderungen nur allmählich zutage trat. Zudem war sie für einen Laien nicht leicht zu erkennen und wurde von der Baubehörde dem Beschwerdegegner gegenüber in Abrede gestellt. Wer wie die Beschwerdeführenden in mehrfacher Hinsicht Verfahrensregeln verletzt, kann nicht unter Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben erwarten, dass gegenüber einem betroffenen Dritten übermässig hohe Ansprüche an die rechtzeitige Wahrnehmung seiner Rechte gestellt werden. Es liegen damit in jeder Hinsicht wesentlich andere Verhältnisse vor, als sie das

Verwaltungsgericht im Entscheid VB.2009.00018 vom 16. Dezember 2009 zu beurteilen hatte, wo der Nachbar während der Bauausführung von der Bauherrschaft auf die Abweichung hingewiesen worden war und sie gebilligt hatte, aber erst rund vier Jahre später im Zusammenhang mit einem anderen Zerwürfnis erstmals bei der Baubehörde vorstellig wurde. Damit kann dem Beschwerdegegner kein treuwidriges Zuwarten bei der Geltendmachung seiner Ansprüche vorgeworfen werden und ist die Vorinstanz zu Recht auf seinen Rekurs eingetreten.

### **E. 3**

Soweit die Beschwerdeführenden hilfsweise beantragen, es sei durch das Verwaltungsgericht bzw. die Vorinstanz aufgrund eines Augenscheins über die Bewilligungsfähigkeit des Holzdecks in der Form zu entscheiden, wie es sich heute präsentiert, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist neben der Frage, ob der Beschwerdegegner seine Ansprüche rechtzeitig geltend gemacht hat, noch die Bewilligungsbedürftigkeit der gegenüber den bewilligten Plänen vorgenommenen Änderungen. Diese hat die Vorinstanz mit zutreffenden Erwägungen (vgl. Erw. 5.1 des angefochtenen Entscheids), auf die wiederum verwiesen werden kann, bejaht. Ob diese Änderungen bewilligungsfähig sind, wird im Rahmen des nachzuziehenden Baubewilligungsverfahrens in erster Linie von der örtlichen Baubehörde zu prüfen sein, und zwar auf der Grundlage von vorschriftsgemässen Änderungsplänen.

### **E. 4**

Damit erweist sich die Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist, als unbegründet und ist abzuweisen. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 VRG), die überdies zu einer Parteientschädigung an den Beschwerdegegner zu verpflichten sind (§ 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.