

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00346 vom 21. Januar 2016**

ZH Verwaltungsgericht, 2016-01-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2015.00346](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00346)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00346 du 21 janvier 2016

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00346 del 21 gennaio 2016

## **Regeste**

Baubewilligung | Ersatz der bisherigen Sichtschutzwände mit regendichtem Dach sowie Anbau eines gedeckten Sitzplatzes und eines Geräteschuppens ohne Bewilligung: Ungenügende Einordnung; Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Das Baurekursgericht bestätigte zu Recht den Entscheid der Baubehörde, wonach die umstrittenen Bauten weder für sich noch hinsichtlich der baulichen Umgebung eine befriedigende Gesamtwirkung im Sinn von § 238 Abs. 1 PBG erreichen (E. 3). Die streitbetroffenen Holzbauten auf der Terrasse können ohne Weiteres und mit vertretbarem Aufwand zurückgebaut werden. Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Ästhetikgeneralklausel überwiegt die privaten Interessen am Erhalt der Bauten klar (E. 4.3). Die angesetzte Beseitigungsfrist von drei Monaten entspricht der Zeitspanne, welche sich in der Praxis herausgebildet hat und üblicherweise angeordnet wird (E. 4.4). Bestehen – wie hier – ausreichend Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bewilligungspflichtigen Sachverhalts, kann auf ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren nicht verzichtet werden. Denn auch eine Befreiung von der Bewilligungspflicht entbindet nicht von der Pflicht, die Vorschriften des materiellen Rechts einzuhalten (§ 2 Abs. 2 BVV). Dabei ist die Bewilligungsfähigkeit für sämtliche ohne Bewilligung erstellten Bauten zu prüfen. Sind – wie hier – mehrere Bauteile zu überprüfen, ist für die Wahl der richtigen Verfahrensart auf alle zusammen abzustellen (E. 5.2 und 5.3). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

A,

#### **E. 1.1**

Das Verwaltungsgericht ist zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde nach § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) zuständig.

#### **E. 1.2**

Der Beschwerdeführer 2 hat als Bauherr ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids bzw. an der Erteilung der nachträglichen Baubewilligung (vgl. § 49 in Verbindung mit § 21 Abs. 1 VRG; Martin Bertschi in: Alain Griffel (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 21 N. 41). Er ist somit ohne Weiteres zur Beschwerdeerhebung legitimiert.

#### **E. 1.3**

Den Beschwerdeführer 1 betreffend hat das Baurekursgericht zu Recht das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses verneint. Auf die zutreffende Erwägung, wonach dieser zwar Grundeigentümer sei, im Baubewilligungsverfahren jedoch nicht als Bauherr aufgetreten und weder Adressat der Bauverweigerung noch des Wiederherstellungsbefehls sei, kann verwiesen werden (§ 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 2 VRG).

#### **E. 1.4**

In der Beschwerdeschrift wurde das Begehren, die Rechnung Nr. 03 für die Baubewilligungsgebühr vom 24. Oktober 2014 über Fr. 1'150.- zu stornieren, durch den Zusatz ergänzt "und durch eine neue Rechnung in der Höhe der Gebühr eines Baugesuchs im Anmeldeverfahren zu ersetzen". Im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht sind neue Sachbegehren gemäss § 52 Abs. 1 in Verbindung mit § 20a Abs. 1 VRG unzulässig, sofern der Streitgegenstand nicht durch den Entscheid der Rekursinstanz verändert worden ist (VGr, 22. April 2015, VB.2015.00027, E. 1.3; Marco Donatsch Kommentar VRG, § 52 N. 11). Die Voraussetzung für eine Änderung des Begehrens ist vorliegend nicht gegeben. Auf das Begehren ist deshalb nicht einzutreten, soweit es die zitierte Erweiterung betrifft. Im Übrigen erweist sich der angefochtene Rekursentscheid auch bezüglich der Rechnung als rechtskonform (vgl. unten E. 5).

#### **E. 2**

umfassenden Dachterrasse des Magazin-/Werkstattanbaus auf der Nordseite des streitbetroffenen Wohn- und Gewerbegebäudes wurden in der Vergangenheit mehrfach bauliche Veränderungen vorgenommen. So wurde die gesamte Terrasse entlang dem Geländer mit einer rund 1,8 m hohen Holzwand umrandet, welche von einem etwa 1,0 m breiten, leicht geneigten Dach überdeckt wird, sodass die Gesamthöhe der Umrandung rund 2,4 m beträgt. In der nordöstlichen Ecke der Terrasse wurde sodann ein geschlossener und überdachter Geräteschuppen aus Holz und in der nordwestlichen Ecke eine Pergola, ebenfalls aus Holz, erstellt. Der im Südosten der Terrasse bereits seit Längerem bestehende, 6,2 x 3,7 m breite, einseitig offene Unterstand mit Pultdach wurde vollständig geschlossen und mit einer Tür und einem Fenster versehen.

#### **E. 3.1**

Die Baubehörde verweigerte die nachgesuchte Baubewilligung unter anderem deshalb, weil die Holzaufbauten ihrer Ansicht nach weder für sich noch im Zusammenhang mit der baulichen Umgebung ein ästhetisch befriedigendes Niveau erreichten. Mitten im Wohngebiet gelegen, handle es sich um ein quartierfremdes Gebilde, welches besonders hinsichtlich der Materialisierung und der unkonventionellen Konstruktionsweise negativ auffalle und auf die bauliche Umgebung mangelhaft abgestimmt sei, weshalb es einen störenden Fremdkörper darstelle.

#### **E. 3.2**

Gemäss § 238 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) sind Bauten, Anlagen und Umschwung für sich und in ihrem Zusammenhang mit der baulichen und landschaftlichen Umgebung im Ganzen und in ihren einzelnen Teilen so zu gestalten, dass eine befriedigende Gesamtwirkung erreicht wird. Die Beurteilung, ob mit einem Bauvorhaben eine befriedigende bzw. gute Gesamtwirkung erreicht wird, hat nicht nach subjektivem Empfinden, sondern nach objektiven Massstäben und mit nachvollziehbarer Begründung zu erfolgen. Dabei ist eine umfassende Würdigung aller massgebenden Gesichtspunkte vorzunehmen (VGr, 8. Mai 2014, VB.2013.00380, E. 8.1 mit weiteren

Hinweisen).

### **E. 3.3**

Das Verwaltungsgericht verfügt bei der Überprüfung des Entscheids der Vorinstanz über eine Rechtskontrolle; es hat zu prüfen, ob sich der Rekursentscheid unter Berücksichtigung der erstinstanzlichen Entscheidungsgründe als rechtmässig erweist; eine Überprüfung der Angemessenheit steht dem Verwaltungsgericht nicht zu (§ 50 Abs. 2 VRG). Insofern kann das Verwaltungsgericht den Entscheid der Vorinstanz nur aufheben, wenn diese eine Rechtsverletzung begangen hat (VGr, 17. Dezember 2013, VB.2013.00468, E. 4.2 und 4.3; 21. August 2014, VB.2014.00295, E. 3.2).

### **E. 3.4**

Das Baurekursgericht, auf dessen Erwägungen im Sinn von § 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 2 VRG vorab verwiesen werden kann, setzte sich in seinem Entscheid mit den Ausführungen der Baubehörde auseinander und gelangte nach Durchführung eines Augenscheins zur Auffassung, dass die Bauten als auf dem Werkstattgebäude aufgepfropft erschienen, wodurch dieses optisch geradezu erdrückt werde. Dass das verwendete Holz und die Konstruktionsweise an sich noch als durchaus gefällig bezeichnet werden könnte, ändere daran nichts. Dem ist beizupflichten und anzufügen, dass dieser Eindruck insbesondere durch die Höhe der Holzwand, welche den bestehenden Anbau optisch um etwa einen Drittel erhöht sowie deren fassadenbündige Erstellung entsteht. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Umrandung bewilligungsfähig wäre, wenn sie um einen Meter zurückversetzt würde. Entgegen dem beschwerdeführerischen Vorbringen war die Materialisierung in Holz für die Beurteilung der Gesamtwirkung der Baute für das Baurekursgericht nicht massgeblich, weshalb sie ins Leere läuft. Ebenso wenig hat die Vorinstanz eine Sichtbehinderung der Nachbarn angenommen. Das Baurekursgericht erwog weiter, gerade aus nördlicher Blickrichtung stäche die Baute als optisch störend hervor und dominiere in negativer Weise die bauliche Umgebung. Diese Wahrnehmung wird durch die Fotodokumentation des Augenscheins der Vorinstanz und die weiteren eingereichten Bilder bestätigt (vgl. auch Google Maps/Street View, <https://maps.google.ch>, besucht am 11. Januar 2016). Verlangt wird – entgegen den Ausführungen in der Beschwerde – nicht, die in der Nachbarschaft verwendeten Baumaterialien, Formen oder Farben zu übernehmen. Massgebend ist dagegen die fehlende Abstimmung der Bauten auf die Umgebung in Bezug auf ihre Lage und Kubatur, wobei der entstehende Eindruck durch die gewählte Materialisierung mitbeeinflusst wird. Die Beurteilung umfasst die Nah- und die Fernwirkung und hat daher nicht nur bezüglich der unmittelbaren, sondern auch unter Einbezug der weiteren Umgebung zu erfolgen (vgl. BEZ 2000 Nr. 17 E. 5). Die identische Materialisierung des Geräteschopfes und der Palisadenwand spielt daher keine Rolle.

### **E. 3.5**

Mit dem Vorbringen, in der Gemeinde Wallisellen werde § 238 Abs. 1 PBG nicht angewendet, wird sinngemäss ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht geltend gemacht. Dieser wurde jedoch nicht weiter substantiiert. Selbst wenn ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht bestehen würde, wird ein solcher erst dann anerkannt, wenn eine ständige gesetzwidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und die betreffende Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenkt (VGr, 1. Oktober 2015, VB.2015.00429, E. 2.3 mit Hinweisen, auch zum Folgenden). Es obliegt jedoch grundsätzlich der beschwerdeführenden Partei, den

Nachweis dafür zu erbringen, dass die Behörde das Gesetz in ständiger Praxis missachtet. Von einer rechtswidrigen Praxis ist allerdings nicht bereits dann auszugehen, wenn in einigen wenigen Fällen das Recht falsch angewandt wurde. Das Einreichen der drei Photographien "spezieller Bauten in Wallisellen" genügt daher als Nachweis nicht.

### **E. 3.6**

Zusammenfassend bestätigte das Baurekursgericht zu Recht den Entscheid der Baubehörde, wonach die umstrittenen Bauten weder für sich noch hinsichtlich der baulichen Umgebung eine befriedigende Gesamtwirkung erreichen. Da auch die Bewilligung für an sich baurechtskonforme Bauten allein aufgrund ihrer ungenügenden Einordnung untersagt werden kann, konnte die Vorinstanz auf eine Prüfung der Einhaltung von § 357 PBG verzichten (VGr, 12. März 2008, VB.2007.00557, E. 5 mit Hinweisen). Weitere Ausführungen hierzu erübrigen sich deshalb auch hier.

### **E. 4**

Zu prüfen bleibt, ob die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands mittels Rückbau der strittigen Bauten verlangt werden darf.

#### **E. 4.1**

Nach § 341 PBG hat die zuständige Behörde ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung den rechtmässigen Zustand herbeizuführen. In diesem Sinn müssen Bauten und Anlagen oder Teile von solchen, die polizeiwidrig sind, abgebrochen oder geändert werden (Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011, S. 483). Ein Ermessen, ob die zuständige Behörde tätig werden oder ob sie die Sache auf sich beruhen lassen soll, besteht grundsätzlich nicht (VGr, 13. April 2000, VB.2000.00033, E. 3a = RB 2000 Nr. 106 = BEZ 2000 Nr. 23). Beim Vollzug ist allerdings der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Sinn von Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) zu beachten (BGr, 26. April 2010, 1C\_397/2009, E. 4.1; VGr, 12. März 2008, VB.2007.00383, E. 7).

#### **E. 4.2**

Ein Abbruchbefehl ist nach ständiger Rechtsprechung dann unverhältnismässig, wenn die Abweichung vom gesetzmässigen Zustand gering ist und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, welcher dem Eigentümer durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen (BGE 132 II 21 E. 6; 111 Ib 213 E. 6b; VGr, 12. Juni 1987, ZBl 89/1988, S. 261 ff., E. 3a). Geringfügig ist eine Abweichung dann, wenn nur um Weniges von der materiellen Vorschrift abgewichen wird und die Abweichung dem Bauherrn keinen oder nur einen geringfügigen Nutzen bringt (VGr, 13. April 2000, VB.2000.00033, E. 3a = RB 2000 Nr. 106 = BEZ 2000 Nr. 23, auch zum Folgenden). Bei bedeutenderen Abweichungen von den materiellen Vorschriften können nur Gründe des Vertrauensschutzes zu einem Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands führen. Solche Gründe liegen vor, wenn der Bauherr gutgläubig angenommen hat, er sei zur Bauausführung ermächtigt, und wenn der Beibehaltung des ungesetzlichen Zustands nicht schwerwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (RB 1985 Nr. 118 = BEZ 1986 Nr. 22 mit Hinweisen).

#### **E. 4.3**

Vorliegend ist – zusammen mit der Vorinstanz – festzuhalten, dass die streitbetroffenen Holzbauten auf der Terrasse ohne Weiteres und mit vertretbarem Aufwand zurückgebaut

werden können. Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Ästhetikgeneralklausel überwiegt die privaten Interessen am Erhalt der Bauten klar. Zwar handelt es sich beim vorliegenden Verstoss gegen § 238 Abs. 1 PBG um eine bedeutende Abweichung von den materiellen Bauvorschriften. Die Vorinstanz hat in Erwägung 4.4 – a uf die im Sinn von § 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 2 VRG vollumfänglich verwiesen werden kann – zutreffend ausgeführt, inwiefern das Schreiben der Hochbausekretärin vom 4. September 2013 keine Vertrauensgrundlage bildet. Sie gelangte zu Recht zum Schluss, dass aus der Beurteilung der zu diesem Zeitpunkt bestehenden Sichtschutzwand als baurechtlich nicht relevant nicht gutgläubig abgeleitet werden durfte, deren Ausbau entlang der gesamten Terrasse sowie die Erstellung zusätzlicher Bauten seien ohne Bewilligung möglich.

#### **E. 4.4**

Ein Verstoss gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit liegt nach dem Gesagten nicht vor. Die streitbetroffenen Bauten sind auf eigene Kosten zurückzubauen. Die angesetzte Beseitigungsfrist von drei Monaten entspricht der Zeitspanne, welche sich in der Praxis herausgebildet hat und üblicherweise angeordnet wird (vgl. z. B. VGr, 10. Juli 2013, VB.2012.00015, E. 9.1; 4. Oktober 2012, VB.2012.00389, E. 5 = BEZ 2012 Nr. 57).

#### **E. 5.1**

Ferner wurde geltend gemacht, die Rechnung über Fr. 1'150.- für die Baubewilligung sei zu stornieren. Beim Geräteschopf handle es sich zwar um ein Gebäude, doch sei dafür das Anzeigeverfahren vorgesehen, weshalb die Durchführung des ordentlichen Verfahrens unnötige Kosten verursacht hätte. Zudem wurde die Bewilligungspflicht des Unterstands bezweifelt.

#### **E. 5.2**

Baut jemand ohne Bewilligung oder weicht er von den bewilligten Plänen wesentlich ab, so stellt dies eine formell rechtswidrige Handlung dar. In solchen Fällen ist im Rahmen eines gesetzlich nicht speziell geregelten, nachträglichen Baubewilligungsverfahrens zu prüfen, ob die bereits erstellten Bauteile bewilligungs fähig sind oder nicht (VGr, 10. September 2014, VB.2014.00275, E. 5.1; BEZ 2006 Nr. 16 mit weiteren Hinweisen). Denn auch eine Befreiung von der Bewilligungs pflicht entbindet nicht von der Pflicht, die Vorschriften des materiellen Rechts einzuhalten (§ 2 Abs. 2 der Bauverfahrensverordnung vom 3. Dezember 1997 [BVV]). Bestehen – wie hier – ausreichend Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bewilligungspflichtigen Sachverhalts, kann auf ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren nicht verzichtet werden (vgl. VGr, 10. September 2014, VB.2014.00275, E. 5.1, mit Hinweisen).

#### **E. 5.3**

Für einen einzelnen Geräteschopf wäre die Durchführung des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens im Anzeigeverfahren zwar denkbar. Doch ist nach dem Gesagten die Bewilligungsfähigkeit für sämtliche ohne Bewilligung erstellten Bauten in einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren zu prüfen. Sind – wie hier – mehrere Bauteile zu überprüfen, ist für die Wahl der richtigen Verfahrensart auf alle zusammen abzustellen. Da die Bauten gesamthaft betrachtet vorliegend nicht mehr von untergeordneter Bedeutung sowie Interessen Dritter berührt sind, fiel das Anzeigeverfahren ausser Betracht (§ 13 Abs. 1 BVV). Das Baurekursgericht hat daher zu Recht auch die Rüge betreffend der Verfahrenswahl bzw. der Bewilligungsgebühr abgewiesen.

### **E. 6.1**

Damit erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

### **E. 6.2**

Die festzusetzende Gerichtsgebühr bemisst sich gemäss § 2 und § 3 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 23. August 2010 (GebV VGr) nach dem Zeitaufwand des Gerichts, der Schwierigkeit des Falls und dem Streitwert. Formellen Erledigungen wie Nichteintretensentscheiden ist durch eine angemessene Reduktion der Gerichtsgebühr Rechnung zu tragen (vgl. § 4 Abs. 2 GebV VGr). Der Aufwand des Gerichts betraf vorliegend die Behandlung der materiellen Rügen. Ausgangsgemäss sind daher die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer 1 zu 1/4 (Nichteintreten) und dem Beschwerdeführer 2 zu 3/4 (Abweisung) aufzuerlegen, unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 14 VRG).

### **E. 6.3**

Die Beschwerdegegnerin hat keine Parteientschädigung beantragt, und wäre angesichts des geringen Aufwands, der ihr im Beschwerdeverfahren erwachsen ist, auch nicht gerechtfertigt.

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