

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00415 vom 17. März 2016

ZH Verwaltungsgericht, 2016-03-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2015.00415](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00415)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00415 du 17 mars 2016

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00415 del 17 marzo 2016

## Regeste

Baubewilligung | Bewilligungspflichtige Baute. Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Der Beschwerdeführer musste nicht bereits gegen ein früheres Schreiben der Baubehörde Rechtsmittel ergreifen (E. 3). Begriff der bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen (E. 4.1). Die Bewilligungspflicht einer baulichen Massnahme ist im baurechtlichen Verfahren zu klären. Bestehen Anhaltspunkte, dass ein bewilligungspflichtiger Sachverhalt vorliegen könnte, hat die Baubehörde im Zweifelsfall ein Bewilligungsverfahren zu eröffnen (E. 4.2). Baut eine Person ohne Bewilligung, ist von Amtes wegen ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen (E. 4.3). Aufgrund der Akten besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass die streitgegenständliche Baute bewilligungspflichtig ist, weshalb die Baubehörde ein Bewilligungsverfahren hätte eröffnen müssen. Den Akten lassen sich zudem keine Abklärungen zur Vereinbarkeit der Baute mit den materiellen Bauvorschriften entnehmen. Schliesslich ist der Sachverhalt auch bezüglich der sich allenfalls stellenden Frage, ob die Bauherrschaft den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen habe, nicht rechtsgenügend abgeklärt worden (E. 5). Gutheissung und Rückweisung an die Baubehörde.

## Erwägungen

### E. 3

Die Beschwerdegegnerschaft 1 macht geltend, der Beschwerdeführer hätte bereits gegen die Mitteilung der Beschwerdegegnerin 2 vom 20. Juni 2008 rekurrieren müssen. Es trifft zu, dass die Beschwerdegegnerin 2 in diesem Schreiben in wenigen Sätzen eine Einschätzung über die Bewilligungspflicht abgab. Es handelte sich dabei aber nur um eine vorläufige Einschätzung, da der Endzustand der streitgegenständlichen Baute in jenem Zeitpunkt noch unklar war; zur Rechtmässigkeit der Baute äusserte die Beschwerdegegnerin 2 sich nicht. Für ein ebenfalls strittiges Gartenhaus wurde gleichzeitig angekündigt, dass ein Bewilligungsverfahren durchgeführt werde. Das Schreiben ist nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen; es wird dem Beschwerdeführer darin vielmehr in Aussicht gestellt, dass man ihm "die entsprechenden Rechtsmittel [...] sofort zukommen lassen" werde. Unter diesen Umständen durfte der Beschwerdeführer dies als informelles Schreiben betrachten und musste nicht davon ausgehen, dagegen ein Rechtsmittel ergreifen zu müssen. Allein wegen dieses Schreibens lässt sich deshalb nicht darauf schliessen, dass über die Bewilligungspflicht des streitgegenständlichen Podests bereits rechtskräftig entschieden sei.

### E. 4.1

Nach Art. 22 Abs. 1 des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet werden. Der bundesrechtliche Begriff der bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen kann von den Kantonen weiter, nicht aber enger gefasst werden. Die Kantone können nicht von der Bewilligungspflicht ausnehmen, was nach Art. 22 RPG einer Bewilligung bedarf (BGr, 21. Januar 2009, 1C\_226/2008, E. 2.2). Der Begriff "Bauten und Anlagen" ist im Gesetz nicht näher definiert. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich um künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (BGE 113 Ib 314 E. 2b S. 315 f.). Die Baubewilligung soll es der Behörde ermöglichen, das Bauprojekt in Bezug auf die räumlichen Folgen vor der Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen. Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit der Realisierung des Vorhabens so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht (BGr, 21. Januar 2009, 1C\_226/2008, E. 2.3). § 1 der Bauverfahrensverordnung vom 3. Dezember 1997 (BVV, LS 700.6) zählt diejenigen Tatbestände auf, die in der Regel keiner Baubewilligung bedürfen. Massgebend bleibt jedoch auch in diesen Fällen der bundesrechtliche Begriff der bewilligungspflichtigen Bauten.

#### **E. 4.2**

Die Bewilligungspflicht einer baulichen Massnahme ist im baurechtlichen Verfahren zu klären. Bei der Frage, ob ein solches Verfahren überhaupt einzuleiten ist, steht der Baubehörde ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Bestehen Anhaltspunkte, dass ein bewilligungspflichtiger Sachverhalt vorliegen könnte, wird sie im Zweifelsfall ein Bewilligungsverfahren einzuleiten haben (BEZ 2004 Nr. 47). Das Nichteinleiten eines Baubewilligungsverfahrens setzt somit einen klaren Fall voraus, bei welchem von vornherein gesagt werden kann, dass kein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Die Befreiung von der Bewilligungspflicht entbindet nicht von der Pflicht, die Vorschriften des materiellen Rechts einzuhalten (§ 2 Abs. 2 BVV). Ist ein Bauvorhaben von der Bewilligungspflicht befreit, kann die Einhaltung der Bauvorschriften deshalb auch nachträglich noch durchgesetzt werden (Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011, S. 256 mit Hinweisen). Wird der Baubehörde ein baurechtswidriger Zustand zur Kenntnis gebracht, kann sie nicht unter dem Hinweis, für die fragliche Baute bestehe keine Bewilligungspflicht, auf weitere Untersuchungen verzichten.

#### **E. 4.3**

Baut eine Person ohne Bewilligung oder weicht sie von bewilligten Plänen wesentlich ab, so ist die rechtswidrige Baute oder Anlage nicht schon aus diesem Grund abzubauen oder zu ändern. Vorgängig ist im Rahmen eines nachträglichen Bewilligungsverfahrens vielmehr zu prüfen, ob die bereits erstellten Bauteile bewilligungsfähig sind oder nicht (Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 482 mit Hinweisen). Dieses Erkenntnisverfahren ist von Amtes wegen durchzuführen. Wirken die Pflichtigen dabei nicht in genügendem Mass mit, ist die Baueingabe allenfalls ersatzvornahmeweise durch die Baubehörde zu erstellen (vgl. BEZ

2004 Nr. 42).

#### **E. 5**

Das streitgegenständliche Podest fällt nicht offenkundig unter die bewilligungsfreien Tatbestände gemäss § 1 BVV. Die genauen Ausmasse des Podests lässt sich den Akten – mangels entsprechender Pläne – nicht entnehmen. Aus den vom Beschwerdeführer eingereichten Bildern geht jedoch hervor, dass die Baute eine erhebliche Fläche abdeckt und zudem durch mehrere Betonbalken eine feste Beziehung zum Erdboden aufweist. Angesichts dieser Umstände erscheint wahrscheinlich, dass es sich um eine bewilligungspflichtige Baute handelt. Demnach hätte ein Bewilligungsverfahren eröffnet und die Beschwerdegegnerschaft 1 zur Einreichung eines Baugesuchs aufgefordert werden müssen, was bis zum heutigen Zeitpunkt nicht geschehen ist. Das Vorgehen der Beschwerdegegnerin 2 erweist sich schon aus diesem Grund als rechtsfehlerhaft. Selbst wenn sich anhand dieser Abklärungen ergeben sollte, dass die Baute nicht bewilligungspflichtig ist, müsste die Beschwerdegegnerin 2 deren Vereinbarkeit mit dem materiellen Baurecht prüfen. Dies kann nur anhand von Plänen, aus welchen die Dimensionen und die genaue Lage des Bauwerks hervorgehen, sowie weiterer Abklärungen – allenfalls auch eines entsprechend dokumentierten Augenscheins – erfolgen. Dass die Beschwerdegegnerin 2 solche Abklärungen vorgenommen hätte, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Der rechtserhebliche Sachverhalt wurde demnach ungenügend festgestellt. Erst wenn die Beschwerdegegnerin 2 aufgrund ihrer Abklärungen und gegebenenfalls nach Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens zum Schluss kommen sollte, die streitgegenständliche Baute entspreche nicht dem materiellen Baurecht, wäre in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob Gründe vorliegen, die hier der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands entgegenstehen. Anzumerken bleibt in diesem Zusammenhang, dass der Sachverhalt nicht nur bezüglich Bewilligungspflicht und Bewilligungsfähigkeit, sondern auch bezüglich Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nicht rechtsgenügend abgeklärt wurde. Sollte sich diese Frage stellen, wird die Beschwerdegegnerin 2 im Zusammenhang mit dem geltend gemachten Vertrauensschutz insbesondere abzuklären haben, wie weit der Bau im Zeitpunkt des geltend gemachten Vertrauenstatbestands fortgeschritten war. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz liegt diesbezüglich die Beweislast nicht beim Beschwerdeführer, sondern bei der Beschwerdegegnerschaft 1, da diese aus dem geltend gemachten Vertrauensschutz einen Anspruch ableitet. Die Beschwerdegegnerschaft 1 wird gegebenenfalls darzutun haben, inwiefern sie erst gestützt auf den behaupteten Vertrauenstatbestand Dispositionen traf, die sich nicht mehr leicht rückgängig machen liessen.

#### **E. 6**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen, Dispositiv-Ziff. I des Rekursentscheids sowie die Verfügung der Beschwerdegegnerin 2 vom 26. Februar 2015 sind aufzuheben und die Angelegenheit ist im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin 2 zurückzuweisen. Der Beschwerdeführer erweist sich damit auch im Rekursverfahren als obsiegend. Die Beschwerdegegnerschaft 1 wurde in jenem Verfahren nicht beteiligt und hat entsprechend keine Anträge gestellt. Die Beschwerdegegnerin 2 hat die mit diesem Entscheid aufgehobene Ausgangsverfügung sodann ebenfalls ohne Mitwirkung der Beschwerdegegnerschaft 1 erlassen. Unter diesen Umständen rechtfertigt sich, die Kosten des Rekursverfahrens vollumfänglich der Beschwerdegegnerin 2 aufzuerlegen.

### **E. 7.1**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten den Beschwerdegegnern 1.1 und 1.2 unter solidarischer Haftung füreinander je zu einem Viertel und der Beschwerdegegnerin 2 zur Hälfte aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG; Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 14 N. 8 ff.); der unterliegenden Beschwerdegegnerschaft 1 ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG).

### **E. 7.2**

Der Beschwerdeführer ersucht ebenfalls um eine Parteientschädigung. Hat eine Partei keine Rechtsvertretung beigezogen, kann ihr eine Parteientschädigung namentlich zugesprochen werden, wenn die rechtsgenügende Darstellung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Vorliegend stellen sich keine schwierigen Rechtsfragen und war auch kein komplizierter Sachverhalt darzustellen, weshalb auch dem Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

### **E. 8**

Letztinstanzliche kantonale Rückweisungsentscheide sind als Zwischenentscheide im Sinn von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) zu qualifizieren (BGE 138 I 143 E. 1.2, 133 V 477 E. 4.2). Sie sind daher vor Bundesgericht nur direkt anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b).

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