

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00661 vom 8. Februar 2018

ZH Verwaltungsgericht, 2018-02-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2017.00661](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00661)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00661 du 8 février 2018

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00661 del 8 febbraio 2018

## Regeste

Baubewilligung | Befristete Baubewilligung eines bereits erstellten Verbindungsstegs. Befristete Baubewilligungen werden erteilt, wenn ein Projektmangel vorliegt, der eine vorbehaltlose Baubewilligung ausschliesst (E. 4.2). Der bereits erstellte provisorische Verbindungssteg ist ungenügend gestaltet und ordnet sich nicht befriedigend in die Umgebung ein (E. 4.4). Das Begehren des Bauherrn betreffend die Erteilung einer unbefristeten Baubewilligung ist daher abzuweisen (E. 4.6). Der befristeten Zulassung rechtswidriger Bauten sind jedoch enge Grenzen gesetzt. So dürfen befristete Baubewilligungen nur erteilt werden, wenn der Nachweis erbracht ist, dass eine vorschriftsgemässe Ausführung oder ein rechtskonformer Standort nicht möglich sind (E. 5.2). Vorliegend ist eine vorschriftsgemässe Ausführung des Bauvorhabens nicht unmöglich. Dass sich der Bauherr mit der Einreichung eines Baugesuchs für ein Definitivum allenfalls in einen Widerspruch zu einer kaufvertraglichen Vereinbarung mit einem Architekten setzen würde, vermag für sich allein sodann keine Unzumutbarkeit begründen (E. 5.3). Dies führt zur Aufhebung der befristeten Baubewilligung (E. 5.4). Abweisung der Beschwerde des Bauherrn. Gutheissung der Beschwerde der Stockwerkeigentümergeinschaft.

## Erwägungen

### E. 3

Die streitgegenständlichen Gebäudeteile (Verbindungssteg und zugehörige Dachterrasse) gehören zu der an der E-Strasse 01–02 in Adliswil gelegenen Überbauung C, welche im Eigentum der Stockwerkeigentümergeinschaft steht. Der Bauherr ist Mitglied dieser Stockwerkeigentümergeinschaft und bewohnt mit seiner Ehefrau eine ihm im Sonderrecht zugewiesene Wohnung. Zu einem nicht aktenkundigen Zeitpunkt liess der Bauherr ohne vorgängige Einholung einer Baubewilligung einen "provisorischen Verbindungssteg" von seiner Wohnung zur Dachterrasse des gegenüberliegenden Gebäudes (Kat.-Nr. 01) erstellen. Der Boden des Verbindungsstegs besteht aus einer Holzbalkenkonstruktion, das Gelände im Wesentlichen aus zwei horizontal angebrachten Metallröhren. Im Bodenbereich wurde das Gelände durch ein Brett ergänzt. In der Überbauung bestehen bereits mehrere Verbindungsstege, welche nach einer einheitlichen Gestaltungsweise mit verzinkten Metall-Gitterrosten erstellt wurden. Nach der Durchführung des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens erteilte die lokale Baubehörde dem Bauherrn am 6. Oktober 2016 eine unbefristete Baubewilligung. Sie verpflichtete den Bauherrn jedoch nebenbestimmungsweise dazu, die Ausführung des neuen Verbindungsstegs hinsichtlich Konstruktion, Material, Oberflächenbeschaffenheit (Textur) und Farbe den bestehenden Verbindungsstegen der Überbauung anzugleichen,

damit eine befriedigende Gesamtwirkung erreicht werde.

#### **E. 4.1**

Zwischen den Parteien ist zum einen umstritten, ob die lokale Baubehörde dem Bauherrn zu Recht eine unbefristete Baubewilligung erteilt hat. Die Vorinstanz verneinte dies und hat die Baubewilligung – unter Auflagen – auf zwölf Monate ab Rechtskraft des Entscheids befristet. Der Bauherr verlangt die Aufhebung dieser Befristung.

#### **E. 4.2**

Befristete Baubewilligungen werden erteilt, wenn ein Projektmangel vorliegt, der eine vorbehaltlose Baubewilligung ausschliesst (§ 320 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 [PBG] und § 321 Abs. 1 PBG; Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz. 492). Die Erteilung einer (bloss) befristeten Baubewilligung setzt damit zunächst voraus, dass überhaupt eine baurechtswidrige Baute vorliegt. Die Vorinstanz erwog hierzu unter anderem, der Verbindungssteg weise einen Gestaltungsmangel auf und sei damit rechtswidrig. Dies wird vom Bauherrn bestritten.

#### **E. 4.3**

§ 238 Abs. 1 PBG umschreibt die ästhetischen Anforderungen, denen ein Bauvorhaben zu genügen hat, wie folgt: Bauten, Anlagen und Umschwung sind 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 erzielt wird; diese Anforderung gilt auch für Materialien und Farben. Das Verwaltungsgericht hat sich bei der Überprüfung des Entscheids der Vorinstanz auf eine Sachverhalts- und Rechtskontrolle zu beschränken; eine Überprüfung der Angemessenheit steht ihm nicht zu (§ 50 Abs. 2 VRG). Es kann den Entscheid der Vorinstanz deshalb nur aufheben, wenn diese eine Rechtsverletzung begangen hat.

#### **E. 4.4**

Vorliegend zu beurteilen ist eine von der Bauherrschaft als "provisorischer Verbindungssteg" bezeichnete Baute, welche zwei Wohngebäude miteinander verbindet. Der Steg besteht aus einem Geländer mit zwei Metallröhren und einem Boden aus Holz und Metall. Optisch erinnert die Baute an Konstruktionen, wie sie auf Baustellen für die Dauer der Bauarbeiten verwendet werden. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, erweckt der Verbindungssteg mithin den Eindruck einer provisorischen Behelfskonstruktion. Damit ist der provisorische Verbindungssteg bereits für sich allein betrachtet nicht befriedigend im Sinn von § 238 Abs. 1 PBG gestaltet. Dies ergibt sich implizit auch aus dem vorinstanzlichen Urteil, wird darin doch ausgeführt, dass die Konstruktionsweise des provisorischen Stegs "überwiegend im Gerüstbau eingesetzt werde". Zudem ordnet sich die Baute auch nicht befriedigend in die bauliche Umgebung ein; der unfertig aussehende Steg wirkt in der bestehenden Überbauung vielmehr wie ein Fremdkörper. Die Vorinstanz hat die befriedigende Einordnung des Stegs damit zu Recht verneint. Ob aus § 238 Abs. 1 PBG darüber hinaus abgeleitet werden kann, dass sich der Verbindungssteg optisch an die bereits in der Überbauung erstellten Stege anzugleichen hat (so die Vorinstanzen), kann daher offenbleiben.

#### **E. 4.5**

Wie die Vorinstanz richtig festgehalten hat, kann dieser Einordnungsmangel nicht durch eine Nebenbestimmung geheilt werden, steht diese Möglichkeit doch nur bei Mängeln von

untergeordneter Natur offen. Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (§ 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 2 VRG ). Somit erweist sich der Verbindungssteg als rechtswidrig, weshalb die Erteilung einer unbefristeten Baubewilligung durch die lokale Baubehörde zu Unrecht erfolgte. Unter diesen Umständen kann offenbleiben, ob die Tatsache, dass der Bauherr gegen die Auflage betreffend Gestaltung keinen Rekurs erhoben hat, dazu führt, dass der Bauherr im vorliegenden Verfahren nicht mehr geltend machen kann, der Steg sei befriedigend gestaltet (so die Stockwerkeigentümergeinschaft).

#### **E. 4.6**

Dies führt zur Abweisung des Begehrens des Bauherrn betreffend die Erteilung einer unbefristeten Baubewilligung im Verfahren VB.2017.00661.

#### **E. 5.1**

Sodann ist zu prüfen, ob der provisorische Verbindungssteg zumindest befristet bewilligt werden kann. Die Vorinstanz hat dies bejaht. Die Stockwerkeigentümergeinschaft macht demgegenüber geltend, die Voraussetzungen für eine befristete Baubewilligung seien nicht gegeben. So sei ein gesetzeskonformes Projekt nicht unmöglich. Weshalb dem Bauherrn ein gesetzeskonformes Projekt nicht zumutbar sein soll, sei ebenfalls nicht ersichtlich und nicht nachvollziehbar. Die Baubewilligung sei daher gänzlich zu verweigern. Nach Ansicht des Bauherrn ergibt sich der Bedarf an einem Provisorium aus der Notwendigkeit, auf dem Dach Unterhalts- und Wartungsarbeiten durchzuführen, sowie der Auseinandersetzung mit H, hinter welchen sich die Stockwerkeigentümergeinschaft stelle, und mithin die Ausführung des Definitivums, das sie verlange, gleich selber sabotiere.

#### **E. 5.2**

Die Erteilung von befristeten Baubewilligungen ist dann sinnvoll, wenn eine definitive Bewilligung eines Bauvorhabens aus rechtlichen Gründen nicht infrage kommt und die typischen Merkmale eines Provisoriums – wie etwa Fahrnisbaute oder Ladenprovisorium – vorliegen. Der befristeten Zulassung rechtswidriger Bauten sind jedoch enge Grenzen gesetzt. So dürfen befristete Baubewilligungen nur erteilt werden, wenn der Nachweis erbracht ist, dass eine vorschriftsgemässe Ausführung oder ein rechtskonformer Standort nicht möglich sind (BEZ 1992 Nr. 8; Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011, S. 348). Das Verwaltungsgericht hat – im Zusammenhang mit befristeten Baubewilligungen für containerartige Unterkünfte für Asylbewerber – festgehalten, dass an den genannten Nachweis keine strenge Anforderungen zu stellen sind und insgesamt aufgrund einer Güterabwägung zu entscheiden ist (VGr, 23. November 2011, VB.2011.00432, E. 4.1; VGr, 7. Juni 2000, VB.2000.00035, E. 3). Unbedingte Voraussetzung für die befristete Bewilligung einer baurechtswidrigen Baute ist allerdings, dass eine baurechtskonforme Lösung nicht sofort gefunden werden kann, die Normverletzung aber angesichts des gewichtigen öffentlichen oder privaten Interesses für eine beschränkte Zeit hingenommen werden kann (VGr, 7. Juni 2000, VB.2000.00035, E. 3a [nicht publiziert] mit Verweis auf VGr, 22. August 1996, VB.96.00097). Das Provisorium darf in jedem Fall nur so lange bewilligt werden, als die Realisierung eines gesetzeskonformen Projekts entweder unmöglich oder für die Bauherrschaft unzumutbar ist (BEZ 1992 Nr. 8; Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 348).

#### **E. 5.3**

Unbestritten ist, dass der provisorische Verbindungssteg von der Wohnung des Bauherrn zu einer Dachterrasse führt, an der der Bauherr ein Nutzungsrecht hat. Der Bauherr macht geltend, er sei von den Eigentümern der unterhalb dieser Dachfläche befindlichen Wohneinheit gemahnt worden, dass ihn bezüglich der Dachfläche eine Unterhaltspflicht treffe, und er habe deshalb den Verbindungssteg erstellen müssen. Er benötige den Steg lediglich für die Wartung und den Unterhalt der Dachfläche. Ob diese zivilrechtliche Pflicht besteht oder nicht, ist vorliegend nicht entscheidend, ist doch ohnehin nicht ersichtlich, weshalb die Erfüllung einer solchen Verpflichtung so dringlich wäre, dass sofort ein provisorischer Steg erstellt werden müsste. Denn selbst wenn die Unterhaltspflichtung bestünde und der Bauherr dieser aufgrund des fehlenden Stegs nicht nachkommen könnte, würde er sich damit höchstens einer zivilrechtlichen Klage durch die Eigentümer der Wohnung unterhalb der Dachterrasse aussetzen. Das private Interesse des Bauherrn an der Erstellung eines baurechtswidrigen, provisorischen Verbindungsstegs zur Erfüllung einer Unterhaltungsverpflichtung bzw. zur Abwendung von zivilrechtlichen Konsequenzen ist mithin nicht als gross zu gewichten. Weiter ist es dem Bauherrn nicht gelungen, nachzuweisen, dass die Planung bzw. Realisierung eines baurechtskonformen Verbindungsstegs unmöglich oder unzumutbar wäre. Der Bauherr führt hierzu einzig aus, das Definitivum könne derzeit nicht erstellt werden, da H, der Architekt der Überbauung, mit Schreiben vom 16. August 2016 geltend mache, dass er bei Änderungen an der äusseren Gestaltung ein Mitspracherecht habe. Überdies habe H nicht akzeptable Vorstellungen betreffend Honorar und Ausführungsmonopol. Dies überzeugt nicht: Es ist nicht nachvollziehbar, inwiefern diese privatrechtliche Auseinandersetzung mit dem Architekten den Bauherrn daran hindern sollte, ein Baugesuch für einen Verbindungssteg einzureichen, der keinen Gestaltungsmangel aufweist. Eine vorschriftsgemässe Ausführung des Bauvorhabens ist demnach nicht unmöglich. Dass sich der Bauherr mit einer Einreichung eines Baugesuchs für ein Definitivum allenfalls in einen Widerspruch zu einer kaufvertraglichen Vereinbarung mit einem Architekten setzen würde, vermag für sich allein sodann keine Unzumutbarkeit begründen. Damit hat es der Bauherr versäumt, substantiiert darzulegen, dass die Realisierung eines gesetzeskonformen Verbindungsstegs unmöglich bzw. unzumutbar ist.

#### **E. 5.4**

Zusammengefasst hat das Baurekursgericht dem Bauherrn zu Unrecht eine befristete Baubewilligung erteilt. Dies führt zur Gutheissung des Begehrens der Stockwerkeigentümergeinschaft betreffend die Aufhebung der befristeten Baubewilligung im Verfahren VB.2017.00676.

#### **E. 5.5**

Werden bewilligungspflichtige Bauten oder Nutzungen in Verletzung von einschlägigen Vorschriften des öffentlichen Rechts, namentlich des Bau- und Umweltschutzrechts, realisiert, hat die Baubehörde grundsätzlich den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, das heisst, die vollständige oder teilweise Beseitigung der Baute oder Einstellung der Nutzung zu veranlassen (§§ 340 f. PBG). Es ist daher nun Sache der lokalen Baubehörde, innert nützlicher Frist über eine allfällige Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu befinden.

#### **E. 6.1**

Schliesslich beanstanden beide Parteien die vorinstanzliche Kostenaufgabe. Die Stockwerkeigentümergeinschaft verlangt eine Erhöhung der ihr zugesprochenen Parteientschädigung für das Hauptverfahren. Demgegenüber beantragt der Bauherr eine Reduktion der Gerichtsgebühr, eine Kostenaufgabe von mindestens 1/2 zulasten der Stockwerkeigentümergeinschaft sowie die Zusprechung einer Parteientschädigung für das Massnahmeverfahren vor der Vorinstanz.

#### **E. 6.2**

Die Vorinstanz erhob im Zwischenentscheid vom 31. Mai 2017 betreffend vorsorgliche Massnahmen keine Kosten und sprach darin auch keine Parteientschädigungen zu. Im Endentscheid legte es die Gerichtsgebühr auf Fr. 4'000.- und die Zustellkosten auf Fr. 330.- fest. Hiervon auferlegte es der Stockwerkeigentümergeinschaft pauschal Fr. 1'000.- für die Präsidialverfügung vom 31. Mai 2017. Im Übrigen auferlegte sie die Kosten je hälftig der lokalen Baubehörde und dem Bauherrn. Weiter verpflichtete sie die lokale Baubehörde und den Bauherrn dazu, der Stockwerkeigentümergeinschaft eine Parteientschädigung von je Fr. 500.- (insgesamt Fr. 1'000.-) zu bezahlen.

#### **E. 6.3**

Das Baurekursgericht legt die Gerichtsgebühr nach seinem Zeitaufwand, nach der Schwierigkeit des Falles und nach dem Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest (§ 338 Abs. 1 PBG in Verbindung mit § 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 23. August 2010 [GebV VGr]). Die Gerichtsgebühr beträgt dabei in der Regel zwischen Fr. 500.- und Fr. 50'000.- (§ 338 Abs. 2 PBG). Bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr kommt dem Baurekursgericht ein grosser Ermessensspielraum zu (Plüss, Kommentar VRG, § 13 N. 25). Die vorliegende Streitsache hat keinen bestimmaren Streitwert sodass nicht § 3 Abs. 1, sondern Abs. 3 anwendbar ist. Es ist dem Bauherrn jedoch insofern zuzustimmen, als das tatsächliche Streitinteresse eher gering ist. Entsprechend legte die Vorinstanz die Gerichtsgebühr mit rund Fr. 4'000.- aber auch im unteren Bereich des gesetzlichen Gebührenrahmens fest. Ausserdem ist zu beachten, dass das Streitinteresse gemäss dem klaren Wortlaut von § 338 Abs. 1 PBG nur einer der für die Höhe massgebenden Faktoren dar stellt und daneben insbesondere auch der entstandene Zeitaufwand eine Rolle spielt. Ebendieser war im vorliegenden Verfahren wegen den zahlreichen Eingaben der Parteien erheblich. Insgesamt liegt damit keine offensichtlich übersetzte Kostenaufgabe vor, welche ein korrigierendes Eingreifen durch das Verwaltungsgericht erlauben würde (Plüss, Kommentar VRG, § 13 N. 25).

#### **E. 6.4**

Gemäss § 17 Abs. 2 VRG kann im Rekursverfahren die unterliegende Partei oder Amtsstelle zu einer angemessenen Entschädigung für die Umtriebe ihres Gegners verpflichtet werden. Der Entscheidinstanz steht bei der Festsetzung und Bemessung der Parteientschädigung ein weites Ermessen zu, sodass eine Überprüfung bzw. Korrektur durch eine obere Instanz nur in begrenztem Umfang infrage kommt (Plüss, Kommentar VRG, § 17 N. 90). Der Bauherr verlangt gestützt auf § 17 Abs. 2 VRG, dass ihm für das Massnahmeverfahren vor der Vorinstanz eine Parteientschädigung zugesprochen wird. Dem kann nicht gefolgt werden. Zunächst ist festzuhalten, dass das "Massnahmeverfahren" vor der Vorinstanz im Wesentlichen aus einem im Hauptverfahren eingegliederten zusätzlichen Schriftenwechsel bestand und der zusätzliche Aufwand für den Bauherrn damit gering war. Im Übrigen hat der Bauherr in seiner Stellungnahme zum Gesuch um

vorsorgliche Massnahmen gar keine Parteientschädigung verlangt. Schliesslich ist zu beachten, dass der Bauherr einzig in einem prozessualen Punkt obsiegt hat, jedoch in allen materiellen Fragen unterlegen ist. Unter diesen Umständen ist es nicht zu beanstanden, dass ihm die Vorinstanz für das Rekursverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen hat. Ein Ermessensfehler kann darin jedenfalls nicht erkannt werden.

#### **E. 6.5**

Da die Stockwerkeigentümergeinschaft nun auch im Rekursverfahren vollständig obsiegt, ist ihr für das Verfahren vor der Vorinstanz eine ungekürzte – und damit erhöhte – Parteientschädigung von insgesamt Fr. 2'000.- zuzusprechen.

#### **E. 7**

Demnach ist die Beschwerde des Bauherrn im Verfahren VB.2017.00661 vollständig abzuweisen. Hingegen ist die Beschwerde der Stockwerkeigentümergeinschaft im Verfahren VB.2017.00676 gutzuheissen. Dispositiv-Ziffer I Abs. 3 und 4 des Entscheids des Baurekursgerichts vom 5. September 2017 sind aufzuheben. Sodann sind der Bauherr und die lokale Baubehörde in Abänderung von Dispositiv-Ziffer III zu verpflichten, der Stockwerkeigentümergeinschaft für das Rekursverfahren eine Parteientschädigung von je Fr. 1'000.- zu bezahlen.

#### **E. 8**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Bauherrn und der lokalen Baubehörde je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Zudem ist der Bauherr zu verpflichten, der Stockwerkeigentümergeinschaft eine Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

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