

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00288 vom 20. Juni 2012

ZH Verwaltungsgericht, 2012-06-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2018.00288](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2018.00288)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00288 du 20 juin 2012

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00288 del 20 giugno 2012

## Regeste

Baubewilligung (vorsorgliche Massnahmen) | Vorsorgliche Massnahmen; provisorischer Baustopp. Zuständigkeit. Aufschiebende Wirkung. Bei vorsorglichen Massnahmen ist in der Regel ein nicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinn von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG zu bejahen; auf die Beschwerde ist einzutreten (E. 1). Ist eine Streitigkeit vor der Rechtsmittelinstanz anhängig, geht aufgrund des Devolutiveffekts grundsätzlich auch die Zuständigkeit zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen auf diese über. Die Vorinstanz hat ihre Zuständigkeit zu Unrecht verneint (E. 2.2). Dem beim Baurekursgericht hängigen Rekurs gegen die erteilte Baubewilligung kommt aufschiebende Wirkung zu. Damit wird die Verfügungsadressatin für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens so gestellt, wie wenn kein Sachentscheid getroffen worden wäre (E. 3.1). Die private Beschwerdegegnerin darf von der angefochtenen Bewilligung keinen Gebrauch machen; bei Gutheissung des Rekurses gegen diese wären allfällige bereits ausgeführte Bauteile wieder zu entfernen (E. 3.2). Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen muss geeignet und erforderlich sein und die Betroffenen vor einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil bewahren. Dies ist vorliegend zu verneinen (E. 3.3). Beschwerdeabweisung im Sinn der Erwägungen.

## Erwägungen

### E. 1

A,

### E. 2

Hochbauabteilung Affoltern am Albis, vertreten durch RA F, Beschwerdegegnerinnen, betreffend Baubewilligung (vorsorgliche Massnahmen), hat sich ergeben: I. Mit Beschluss vom 20. März 2018 erteilte die Hochbauabteilung Affoltern am Albis D die Baubewilligung für den Abbruch einer vorbestehenden und den Neubau einer zweiseitig geschlossenen Sitzplatzüberdachung auf dem Grundstück G-Weg 01 in Affoltern am Albis (Kat.-Nr. 02). II. Gegen diese Baubewilligung erhoben A und B am 20. April 2018 Rekurs an das Baurekursgericht und beantragten in materieller Hinsicht die Aufhebung der Baubewilligung und eventualiter deren dahingehende Ergänzung, dass auf der nicht geschlossenen Seite der geplanten Sitzplatzüberdachung die nachträgliche Anbringung eines Rollos oder dergleichen zu untersagen sei. In prozessualer Hinsicht beantragten sie im Sinn einer superprovisorischen bzw. eventualiter provisorisch anzuordnenden vorsorglichen Massnahme die Einstellung der Bauarbeiten. Mit Präsidialverfügung vom 26. April 2018 nahm der zuständige Abteilungspräsident vom Rekurseingang Vormerk und trat auf das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht ein. Gleichzeitig wurde im Dispositiv allerdings festgestellt, dass dem Rekurs aufschiebende Wirkung zukommt und

Bauarbeiten/Zweckänderungen noch nicht ausgeführt werden dürfen. Die örtliche Baubehörde sei für die Überwachung und Vollzug dieser Anordnung verantwortlich. III. Mit Eingabe vom 9. Mai 2018 beantragten A und B dem Verwaltungsgericht, den Zwischenentscheid vom 26. April 2018 aufzuheben, soweit der Erlass vorsorglicher Massnahmen abgelehnt wurde, und die aufgenommenen Bauarbeiten vorsorglich und unter Androhung einer Strafe im Sinn von § 340 PBG zu verbieten. Eventualiter sei der Zwischenentscheid vom 26. April 2018 aufzuheben und es sei die Sache an die Vorinstanz zum Erlass des vorsorglichen Baustopps zurückzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Bauherrschaft. In prozessualer Hinsicht stellten A und B den Antrag, die aufgenommenen Bauarbeiten betreffend Neubau der zweiseitig geschlossenen Sitzplatzüberdachung auf dem Grundstück der Bauherrschaft seien superprovisorisch, zumindest aber provisorisch, einzustellen. Mit Präsidialverfügung vom 14. Mai 2018 wurde das superprovisorische Begehren von A und B abgewiesen und der Beschwerdegegnerschaft Frist zur Stellungnahme bezüglich des Massnahmebegehrens sowie zur Einreichung einer Beschwerdeantwort angesetzt. Mit Eingabe vom 18. Mai 2018 beantragte das Baurekursgericht ohne weitere Bemerkungen die Abweisung der Beschwerde. Die Hochbauabteilung Affoltern am Albis sowie D beantragten am 25. Mai 2018 bzw. am 28. Mai 2018 die Abweisung des Massnahmebegehrens und der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerschaft. Am 14. Juni 2018 nahmen die Beschwerdeführenden hierzu Stellung und hielten an ihren materiellen Begehren sowie an ihrem prozessualen Antrag um provisorische Einstellung der aufgenommenen Bauarbeiten fest. Die Kammer erwägt: 1. Die Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden richtet sich gemäss § 41 Abs. 3 in Verbindung mit § 19a Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) sinngemäss nach den Art. 91–93 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG). Gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ist die Beschwerde gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide zulässig, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können. Bei vorsorglichen Massnahmen ist in der Regel ein nicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinn von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG zu bejahen (Martin Bertschi in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich 2014, [Kommentar VRG], § 19a N. 48). Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind – namentlich hat die Rechtsvertreterin entgegen den Vorbringen der Beschwerdegegnerin 2 die Zustellung des kommunalen baurechtlichen Entscheids unter Hinweis auf das Vertretungsverhältnis verlangt –, ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 2.1**

In der angefochtenen vorinstanzlichen Präsidialverfügung wird ausgeführt, nicht das Baurekursgericht, sondern die kommunale Baubehörde sei für den Erlass vorsorglicher Massnahmen zuständig. Gestützt darauf schloss die Vorinstanz auf Nichteintreten.

### **E. 2.2**

Wurde ein Rechtsmittel eingereicht und ist damit die Streitigkeit vor der Rechtsmittelinstanz anhängig, geht aufgrund des Devolutiveffekts grundsätzlich auch die Zuständigkeit zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen auf die Rechtsmittelinstanz über (Regina Kiener, Kommentar VRG, § 6 N. 28). Dies ist vorliegend der Fall: Die Beschwerdeführerschaft hat ihren Rekurs gegen das angefochtene Bauprojekt am 20. April 2018 bei der Vorinstanz anhängig gemacht. Diese hat ihre Zuständigkeit zur Anordnung

vorsorglicher Massnahmen mithin zu Unrecht verneint.

### **E. 3.1**

Dem beim Baurekursgericht hängigen Rekurs gegen die erteilte Baubewilligung kommt aufschiebende Wirkung zu. Damit wird die Verfügungsadressatin für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens so gestellt, wie wenn kein Sachentscheid getroffen worden wäre (Kiener, Kommentar VRG, § 25 N. 2). Im Zusammenhang mit positiven Verfügungen, welche eine Änderung der bisherigen Rechtslage bewirken, zielt die aufschiebende Wirkung auf die Erhaltung des ursprünglich bestehenden Zustands ab (Kiener, a. a. O., N. 16).

### **E. 3.2**

Nach dem Gesagten darf die Beschwerdegegnerin 1 von der angefochtenen Baubewilligung keinen Gebrauch machen bzw. die Arbeiten am angefochtenen Projekt infolge der aufschiebenden Wirkung nicht ausführen (vgl. § 25 VRG in Verbindung mit § 339 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 [PBG]). Im Fall einer Gutheissung des Rekurses wäre mit einer Entfernung allfälliger bereits ausgeführter Bauteile auf eigene Kosten zu rechnen: Beim angefochtenen Projekt handelt es sich um eine seitlich des bestehenden Gebäudes anzubringende, rund vier Meter breite und sechs Meter lange Sitzplatzüberdachung, welche auf zwei Seiten durch Glasschiebeelemente geschlossen werden soll. Eine derartige Bauteile könnte ohne Weiteres entfernt werden, sollte eine Wiederherstellung des vorherigen Zustands nötig werden. Zudem ist der Bauherrin bekannt, dass das Projekt nicht rechtskräftig bewilligt ist; sie kann sich gegebenenfalls nicht auf Gutgläubenschutz berufen (vgl. zum Ganzen Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011, S. 483 ff.). Ausserdem besteht mit § 340 PBG eine Strafnorm, welche bei vorsätzlichen Verstössen gegen das PBG oder ausführende Verfügungen dazu eine Bestrafung mit Busse vorsieht. Die von der Beschwerdeführerschaft beantragte Androhung einer Strafe im Sinn von § 340 PBG ist nicht notwendig, da diese Norm ohnehin gilt.

### **E. 3.3**

Vorsorgliche Massnahmen gemäss § 6 Satz 1 VRG sind zu treffen, wenn sich solche als nötig erweisen; ihre Anordnung muss namentlich geeignet und erforderlich sein und die Betroffenen vor einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil bewahren (Kiener, Kommentar VRG, § 6 N. 16). Das vorliegende Begehren um einen provisorischen Baustopp geht jedoch mit Blick auf das Gesagte nicht über dasjenige hinaus, was infolge des Suspensiveffekts ohnehin untersagt ist und was das Baurekursgericht in Dispositiv-Ziffer IV der angefochtenen Verfügung ausdrücklich bestätigt hat. Damit sind die Voraussetzungen von § 6 Satz 1 VRG nicht erfüllt. Abgesehen davon könnten im Zusammenhang mit der Sitzplatzüberdachung erstellte Bauteile im Fall eines baurechtswidrigen Zustands ohne Weiteres wieder entfernt werden. Somit ist dem Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Rekursverfahren zu Recht nicht stattgegeben worden.

### **E. 4**

Mit dem heutigen Entscheid wird das im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erneut gestellte Gesuch um provisorische Anordnung eines Baustopps gegenstandslos.

### **E. 5.1**

Zusammenfassend ist die Beschwerde zwar insoweit begründet, als das Baurekursgericht zu Unrecht einen Nichteintretensentscheid gefällt hat. Da sich die Rügen der Beschwerdeführenden jedoch als unbegründet erweisen, bleibt es im Ergebnis bei der Erfolglosigkeit des Rekurses, weshalb die Beschwerde im Sinn der Erwägungen abzuweisen ist.

### **E. 5.2**

Die Gerichtskosten sind zur Hälfte der unterliegenden Beschwerdeführerschaft aufzuerlegen und angesichts des Umstands, dass die Vorinstanz ihre Zuständigkeit fälschlicherweise verneinte und ihr Entscheid aufzuheben ist, zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Eine Parteientschädigung steht den Beschwerdeführenden nicht zu. Hingegen sind sie zu verpflichten, die private Beschwerdegegnerin angemessen zu entschädigen (§ 17 Abs. 2 VRG). Die lokale Baubehörde hat in der vorliegenden Konstellation, wo sich auf beiden Seiten private Parteien gegenüberstehen, praxisgemäss keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (VGr, 27. März 2013, VB.2012.00571, E. 11; 14. Juni 2006, VB.2006.00062, E. 4).

### **E. 5.3**

Der vorliegende Entscheid stellt einen Zwischenentscheid dar. Dieser kann nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG selbständig beim Bundesgericht angefochten werden (vgl. dazu BGr, 20. Juni 2012, 1C\_522/2011, E. 1.2). Hinzuweisen ist dabei auf Art. 98 BGG, wonach mit der Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann.

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