

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00198 vom 27. Januar 2022**

ZH Verwaltungsgericht, 2022-01-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2021.00198](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00198)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00198 du 27 janvier 2022

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00198 del 27 gennaio 2022

## **Regeste**

Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands | Überdachter Notausgang im Grenzabstandsbereich ist baurechtswidrig: Verzicht auf Beseitigung der Überdachung (Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands). Ein baurechtswidriger Zustand erfordert grundsätzlich die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, soweit sich eine solche nicht als unverhältnismässig erweist. Die seitens des Baurekursgerichts vorgenommene Interessenabwägung erscheint als schlüssig; jedenfalls liegt darin keine Rechtsverletzung, in die das Verwaltungsgericht korrigierend eingreifen müsste (E.6). Abweisung. (Abweichende Meinung der Kammerminderheit und der Gerichtsschreiberin.)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Dem streitbetroffenen Notausgang liegt folgende Vorgeschichte zugrunde:

#### **E. 1.1**

Am 24. April 2007 hatte der Bauausschuss Bäretswil D den Neubau von drei Einfamilienhäusern, einem Landhaus, zwei Terrassenhäusern mit vier bzw. zwei Wohneinheiten und zwei Tiefgaragen zwischen der L- und der K-Strasse bewilligt. Daraufhin wurden das betreffende Grundstück altKat.-Nr. 05 in die sechs Einheiten Kat.-Nrn. 03, 04, 06, 07, 08 sowie 09 parzelliert und die Wohnhäuser erstellt. Auf den Grundstücken Kat.-Nrn. 04, 07 und 08 nördlich bzw. bergseitig der L-Strasse befinden sich die drei Einfamilienhäuser, das westliche auf Kat.-Nr. 04 gehört den Beschwerdeführenden. In der zweiten Bautiefe von der L-Strasse her gesehen, zwischen dem J-Weg und der K-Strasse stehen die beiden Terrassenhäuser auf Kat.-Nrn. 03 und 06; westlich von diesen befindet sich das Landhaus K-Strasse 011 auf Kat.-Nr. 012. Die Zwergparzelle Kat.-Nr. 09 im Einfahrtsbereich zur gemeinsamen Tiefgarage steht im Miteigentum der Anstösser. Diese Garage ist unterirdisch zwischen den fünf Wohnbauten angeordnet. Westlich von Kat.-Nr. 04 liegen die Besucherparkplätze; von dieser führt eine Treppe zum J-Weg, der zunächst von Westen nach Osten und östlich der Überbauung rechtwinklig nach Norden zur K-Strasse verläuft. Die mit den beiden Terrassenhäusern überbauten Flächen wurden teilweise aufgeschüttet und liegen daher höher als jene der Einfamilienhäuser. Die Aufschüttung wird durch eine rund 1,7 m hohe Stützmauer, die nördlich des Fusswegs und parallel zu diesem verläuft, gesichert. In Dispositiv-Ziff. 5.16 des baurechtlichen Entscheids hielt der Bauausschuss fest, dass der Fluchtweg aus den beiden Terrassenhäusern ungenügend sei. Vor Baufreigabe sei deshalb die Fluchtwegssituation anzupassen und es seien revidierte Pläne zur Bewilligung einzureichen.

#### **E. 1.2**

In der Folge wurde die Baufreigabe trotz fehlender Korrekturpläne erteilt. Daraufhin befahl der Ressortleiter Hochbau am 19. November 2009, dass die Untergeschosse der Terrassenhäuser mangels sicherer Fluchtwege bis zur Behebung des Mangels nicht benutzt werden dürften. Nachdem die Bauherrschaft Revisionspläne eingereicht hatte, bewilligte der Ressortleiter am 11. Januar 2011 unter Nebenbestimmungen die Erstellung der Fluchtwege für die beiden Terrassenhäuser. Nachdem das Baurekursgericht einen hiergegen erhobenen Rekurs wegen sachlicher Unzuständigkeit des Ressortleiters am 9. Mai 2012 aufgehoben hatte, bewilligte der Bauausschuss die Projektänderung am 22. Juni 2012 unter Nebenstimmungen. Ende Mai 2013 begann die Bauherrschaft mit der Erstellung des Fluchtwegs. Einen Teil dieser Arbeiten bildete ein aus der Westseite der Unterniveaugarage führender, unterhalb des Fusswegniveaus liegender Notausgang für das Terrassenhaus J-Weg 01. Dieser Ausgang ist über eine Treppe mit dem Fussweg verbunden. Der Zugang des Notausgangs liegt auf der Flucht der Stützmauer und ist in diese integriert. Der Notausgang samt Treppe ist überdacht.

### **E. 1.3**

Mit Eingabe vom 5. Juli 2013 an den Gemeinderat Bäretswil verlangten die heutigen Beschwerdeführenden die Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens für den Notausgang und rügten eine Verletzung des Grenzabstands. Daraufhin antwortete ihnen das kommunale Bauamt am 19. Juli 2013, dass mit den ausgeführten Bauarbeiten die Baubewilligung vom 24. April 2007 erfüllt worden sei. Einen Rekurs der heutigen Beschwerdeführenden verwarf das Baurekursgericht am 4. Dezember 2013 mit der Begründung, dass die Baubehörde zwar zu Unrecht kein ordentliches Bewilligungsverfahren durchgeführt, die Nachbarn die Bewilligung vom 22. Juni 2012 indessen verspätet angefochten hätten. Nachdem das Verwaltungsgericht mit Beschwerdeentscheid vom 4. Juni 2014 von einer rechtzeitigen Anfechtung ausgegangen und die Sache zur weiteren Prüfung der materiellen Rügen an die Vorinstanz zurückgewiesen hatte, fällt diese am 18. Februar 2015 einen neuen Entscheid. Darin kam sie zum Schluss, dass der überdachte Erschliessungsbereich des Notausgangs auf drei Seiten hin abgeschlossen und nur gegen den Fussweg und damit gegen die Liegenschaft der heutigen Beschwerdeführenden geöffnet sei. Weil er zudem höher als 1,5 m sei und die Grundfläche mehr als 2 m

### **E. 1.4**

Daraufhin erging am 2. Dezember 2019 der in Ziffer I der Prozessgeschichte aufgeführte Beschluss, womit der Bauausschuss auf die Beseitigung der Überdachung verzichtete.

### **E. 2**

Das Verwaltungsgericht ist für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde nach § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) zuständig. Die Beschwerdelegitimation von A und B als Eigentümer des anstossenden Grundstücks Kat.-Nr. 04, welche die Unterschreitung des Grenzabstands durch die streitbetroffene Überdachung rügen, ist nach § 338a des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) ausgewiesen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt; auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 3.1**

Die vom Baurekursgericht im früheren Rechtsgang am Augenschein vom 4. September 2013 getroffenen Feststellungen können auch vom Verwaltungsgericht berücksichtigt

werden (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich 2014 [Kommentar VRG], § 7 N. 81). Ausserdem geben die Akten über die massgebenden Verhältnisse des streitbetroffenen Treppenaufgangs hinreichend Auskunft. Ein gerichtlicher Lokaltermin erübrigt sich daher.

### **E. 3.2**

Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, ist der Sachverhalt hinreichend ermittelt und kann das Verwaltungsgericht in der Sache selbst entscheiden. Für die von den Beschwerdeführenden im Eventualstandpunkt beantragte Rückweisung der Sache an die Vorinstanz besteht daher kein Anlass.

### **E. 4**

Es macht für die Eigentümer des Terrassenhauses J-Weg 01 und K-Strasse 02 keinen relevanten Unterschied, ob sie – wie im angefochtenen Rekursentscheid – als Mitbeteiligte aufgeführt worden sind oder – gemäss Verfügung des zuständigen Abteilungspräsidenten des Verwaltungsgerichts vom 16. März 2021 auf Antrag der Beschwerdeführenden – als Beschwerdegegnerschaft (vgl. Martin Bertschi in: Kommentar VRG, Vorbem. zu §§ 21–21a N. 22). Auch die Beschwerdegegner vermögen keinen praktischen Nachteil zu nennen. Auf eine Änderung des Rubrums ist daher zu verzichten.

### **E. 5.1**

Das Baurekursgericht hat im Entscheid vom 18. Februar 2015 rechtskräftig entschieden, dass die Überdachung des Notausgangs den Grenzabstand gegenüber dem Grundstück Kat.-Nr. 04 der Beschwerdeführenden verletzt und deshalb die Erteilung einer nachträglichen Baubewilligung ausser Betracht fällt. Im Streit liegt daher nur noch die Frage, ob der vom Bauausschuss Bäretswil am 2. Dezember 2019 ausgesprochene und vom Baurekursgericht mit dem angefochtenen Rekursentscheid vom 10. Februar 2021 bestätigte Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu Recht erfolgt ist oder nicht.

### **E. 5.2**

Wie das Baurekursgericht im angefochtenen Entscheid festgehalten hat, trifft es nicht zu, dass die Vorinstanz im vorherigen Rechtsgang aufgefordert worden sei, die Bewilligungsfähigkeit des Notausgangs ohne Überdachung zu prüfen. Weil der Bauausschuss jedoch eine entsprechende Baubewilligung erteilt habe und auch diese angefochten worden sei, müsse zunächst diese und erst danach der verfügte Rückbau beurteilt werden. Die Erstellung eines unüberdachten Notausgangs führe zu einem anderen Erscheinungsbild, womit jedoch eine befriedigende Einordnung im Sinn von § 238 Abs. 1 PBG erzielt werde. Der Rekurs erweise sich insoweit als unbegründet. Zur Klarstellung sei im Entscheid-Dispositiv festzuhalten, dass die nachträgliche Baubewilligung für den Notausgang ohne Überdachung erteilt worden sei. – In diesem Umfang wird der Rekursentscheid von den Beschwerdeführern akzeptiert.

### **E. 6.1**

Gemäss § 341 PBG hat die Baubehörde den rechtmässigen Zustand herbeizuführen. Die Anordnung des Abbruchs bereits erstellter Bauten kann nach den allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts (ganz oder teilweise) ausgeschlossen sein; insbesondere wenn die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unverhältnismässig

wäre (BGE 136 II 359 E. 6). Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann nach der Rechtsprechung unverhältnismässig sein, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt, ebenso, wenn der Bauherr in gutem Glauben angenommen hat, die von ihm ausgeübte Nutzung stehe mit der Baubewilligung im Einklang, und ihre Fortsetzung nicht gewichtigen öffentlichen Interessen widerspricht (BGr, 16. Juli 2020, 1C\_480/2019, E. 5.1). Eine Berufung auf guten Glauben fällt dabei nur in Betracht, wenn die Bauherrschaft bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung oder Nutzung berechtigt (BGE 136 II 359 E. 7.1). Auf die Verhältnismässigkeit berufen kann sich auch ein Bauherr, der nicht gutgläubig gehandelt hat. Er muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen (BGE 132 II 21 E. 6.4). Grundsätzlich ist zu vermeiden, dass der Bauherr vollendete Tatsachen schafft und unter Berufung auf das Prinzip der Verhältnismässigkeit eine Fortdauer des Zustands beanspruchen kann (VGr, 1. Juli 2021, VB.2020.00856, E. 6.3).

### **E. 6.2**

Das Baurekursgericht erwog, dass der private Beschwerdegegner Nr. 1 die Bauarbeiten für den streitbetroffenen Notausgang nach Erteilung der Bewilligung vom 22. Juni 2012 in Angriff genommen habe. Zwar treffe es zu, dass dieser baurechtliche Entscheid zu Unrecht im Anzeigeverfahren ergangen und den Rekurrierenden nicht eröffnet worden sei. Dieser Verfahrensfehler sei jedoch nicht dem Bauherrn, sondern der Behörde anzulasten. Somit könne jenem nicht unterstellt werden, die Bauarbeiten bösgläubig in Angriff genommen zu haben. Daran ändere nichts, dass aus den Revisionsplänen nicht eindeutig ein überdachter Notausgang ersichtlich gewesen sei. Ein Rückbau würde sowohl zur Beseitigung der Überdachung als auch zur Bildung eines 3,5 m langen Einschnitts in den Garten der Beschwerdegegner Nrn. 2 und 3 (vor dem Terrassenhaus Vers.-Nr. 010) führen. Dies hätte neben nicht unerheblichen Kosten eine Einschränkung in der Nutzung des Gartens zur Folge. Dem stehe das Interesse der Beschwerdeführenden entgegen, von ihrem Grundstück aus nicht den Notausgang erblicken zu müssen. Dieser liege allerdings auf der Rückseite ihres Wohnhauses und sei nur beschränkt einsehbar, da er unter dem Niveau ihres Gartens liege. Weil es sich sodann um eine häufig anzutreffende Erschliessung handle, könne nicht von einem "hässlichen Schlund" gesprochen werden. Insgesamt überwögen die Interessen der privaten Beschwerdegegnerschaft jene der Beschwerdeführenden, weshalb der Bauausschuss auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu Recht verzichtet habe.

### **E. 6.3**

Zur Begründung ihres Rechtsmittels bringen die Beschwerdeführenden vor, dass das Baurekursgericht den Sachverhalt unrichtig festgestellt habe. Weil für den streitbetroffenen Bauteil kein Schnittplan erstellt worden sei, müsse auf die Grundrisspläne abgestellt werden. Aus diesen gehe hervor, dass die Notausgänge entgegen der Annahme der Vorinstanz nicht gleich ausgeführt werden sollten. Im Unterschied zum östlichen Notausgang, bei dem eine massive Überdachung erkennbar sei, fehle eine solche beim streitbetroffenen westlichen Notausgang und könne daher auch nicht bewilligt worden sein. Soweit das Baurekursgericht auf den in den Plänen dargestellten östlichen Fluchtweg

abstelle, übersehe es zudem, dass dieser anders, nämlich grösstenteils offen ausgeführt worden sei. Sodann liege dem Rekursentscheid eine fehlerhafte Interessenabwägung zugrunde. Die Vorinstanz lasse ausser Acht, dass der eingehaltene Grenzabstand weniger als die Hälfte des gesetzlich vorgeschriebenen betrage. Massgebend sei nicht das Interesse der Bauherrschaft, den unrechtmässig erlangten Vorteil behalten zu dürfen, sondern die mit der Wiederherstellung einhergehende Beeinträchtigung. Die von der Vorinstanz vermuteten "nicht unerhebliche(n) Kosten" seien nicht weiter untersucht worden und lägen vermutlich im tiefen vierstelligen Bereich. Vor der Gegenüberstellung der privaten Interessen hätte das Baurekursgericht das Allgemeinanliegen der Einhaltung aller Bauvorschriften thematisieren müssen, dem grosses Gewicht zukomme. Ferner habe es die Interessen der Beschwerdeführenden zu Unrecht herabgemindert. Der Notausgang, der eine oberirdische Überdachung aufweise und nicht den für solche Bauteile üblichen Abstand aufweise, sei aus dem Küchenfenster und beim Verlassen des Hauses gut sichtbar. Gewöhnlich werde ein solcher Bauteil entweder nicht überdacht oder weise einen grösseren Abstand zum nächsten Wohnhaus auf, falls kein Näherbaurecht bestehe. Weil der Notausgang eben nicht überdacht geplant gewesen sei, könne dem Bauherrn auch kein guter Glaube attestiert werden. Daran ändere nichts, dass die Baukommission ihren fehlerhaften Beschluss verteidige. Der im Baugewerbe tätige Bauherr hätte wissen müssen, dass die Überdachung des Notausgangs ein Näherbaurecht erfordern würde, an dem es hier mangle. Während sich die private Beschwerdegegnerschaft nicht zur Sache äussert, führt der Gemeinderat im Wesentlichen aus, dass die heutige Gestaltung des Geländes oberhalb des Vordachs beim Notausgang eine sinnvolle Lösung darstelle, die sich befriedigend einordne. Ein Rückbau des Vordachs wäre unverhältnismässig und würde die Situation verschlechtern.

#### **E. 6.4.1**

Dem Baurekursgericht ist beizupflichten, dass die Revisionspläne vom 22. Dezember 2010 unklar sind und damit den Anforderungen von §§ 3 f. der Bauverfahrensverordnung vom 3. Dezember 1997 (BVV) nicht genügen. Es wäre Sache der Baubehörde gewesen, die Bauherrschaft zur Verbesserung anzuhalten. Dass diese mittels unrichtiger Pläne die Behörde zu täuschen versucht habe, wie die Beschwerdeführenden andeuten, bestehen keinerlei Anhaltspunkte. Während in einem ordentlichen Baubewilligungsverfahren die Pläne Gegenstand der Beurteilung bilden, ist in einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren – wie hier – massgebend, was tatsächlich gebaut worden ist. Insoweit erübrigt sich eine nähere Interpretation der genannten Revisionspläne. Weil nicht der "rechte", sondern der "linke" Notausgang im Streit liegt, tut es nichts zur Sache, wie ersterer bewilligt und ausgeführt worden ist. Die Beschaffenheit des hier zu beurteilenden "linken" Notausgangs auf dem Grundstück Kat.-Nr. 03 ist aus den Akten, insbesondere aus dem Augenscheinprotokoll des Baurekursgerichts vom 4. September 2013 klar ersichtlich. Die Rüge, dass die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt habe, ist daher unbegründet.

#### **E. 6.4.2**

Im Rekurs- und Beschwerdeverfahren gilt ein unterschiedlicher Überprüfungsmassstab: Mit Rekurs können gerügt werden: a. Rechtsverletzungen einschliesslich Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung oder Ermessensunterschreitung, b. unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts, c. Unangemessenheit der angefochtenen Anordnung (§ 20 Abs. 1 VRG). Mit Beschwerde können hingegen grundsätzlich nur die Rügen gemäss § 20

Abs. 1 lit. a und b VRG erhoben werden (§ 50 Abs. 1 VRG); die Rüge der Unangemessenheit ist bloss dann zulässig, wenn ein Gesetz dies vorsieht (§ 50 Abs. 2 VRG).

#### **E. 6.4.3**

Wie die Beschwerdeführenden zu Recht bemerken, hat sich das Baurekursgericht nicht zu den Interessen der Öffentlichkeit ausgesprochen, die bei der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands vorrangig zu prüfen sind. Es trifft zu, dass an der Einhaltung der Bauvorschriften grundsätzlich ein qualifiziertes öffentliches Interesse besteht. Dies gilt namentlich dann, wenn Bauten ausserhalb der Bauzonen zu beurteilen sind und somit die fundamentalen Grundsätze des Raumplanungsrechts infrage stehen. Demgegenüber handelt es sich bei der vorliegenden Streitsache um einen vergleichsweise unbedeutenden Gebäudeteil in einer Wohnzone, an dem sich einzig die beschwerdeführenden Grenznachbarn stören. Auch der Umstand, dass die Unterschreitung des Grenzabstands hier quantitativ erheblich ausfällt, ändert nichts am Gesagten.

#### **E. 6.4.4**

Es mag zutreffen, dass der Rückbau der Überdachung für die privaten Beschwerdegegner Nrn. 1 und 2 weder mit übermässigen Kosten (die Schätzung durch die Beschwerdeführenden erscheint allerdings als unrealistisch) noch mit einer wesentlichen Einschränkung der Nutzung des Gartens verbunden wäre. Umgekehrt ist jedoch bei der gebotenen objektiven Betrachtung für die Beschwerdeführenden überhaupt kein ins Gewicht fallender Nachteil im Fall der Beibehaltung der inzwischen seit bald neun Jahren bestehenden Überdachung ersichtlich. Jedenfalls kann der blosser Anblick eines abstandswidrigen Gebäudeteils nicht als solcher gelten. Nachdem das Baurekursgericht mit Entscheid vom 18. Februar 2015 die kommunale Baubehörde verpflichtet hatte, den Rückbau zu prüfen, blieb diese fast fünf Jahre lang untätig. Wenn sich die Beschwerdeführenden an der Überdachung des Notausgangs tatsächlich gestört hätten, hätten sie wohl die Behörde zu einer rascheren Entscheidung angehalten. Auch vor dem Verwaltungsgericht vermögen die Beschwerdeführenden keinen relevanten Nachteil zu nennen, der ihnen die Überdachung verursacht bzw. keinen Vorteil, der ihnen aus dem Rückbau erwachsen würde. Im Licht dieser Erwägungen erscheint die seitens des Baurekursgerichts vorgenommene Interessenabwägung als schlüssig; jedenfalls liegt darin keine Rechtsverletzung, in die das Verwaltungsgericht korrigierend eingreifen müsste. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

#### **E. 7**

Selbst wenn das Verwaltungsgericht zum gegenteiligen Schluss gelangt wäre und das Interesse der Beschwerdeführenden höher gewichtet hätte als jenes der privaten Beschwerdegegnerschaft, hätte dies nicht zwingend zum Rückbau geführt. Denn wie das Baurekursgericht in der Entscheid vom 18. Februar 2015 zutreffend festgehalten hat, ist die Unterschreitung des Grenzabstands von 3,5 m im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass die Gemeinde Bäretswil – im Unterschied zu zahlreichen anderen zürcherischen Gemeinden – es unterlassen hat, von der Kompetenznorm des § 49 Abs. 3 PBG Gebrauch zu machen und ein geringeres Abstandsmass vorzuschreiben als die in § 270 Abs. 1 PBG statuierten 3,5 m. Dass eine solche Regelung im Interesse einer haushälterischen Bodennutzung zweckmässig wäre, steht ausser Frage. Eine entsprechende Änderung des kommunalen Rechts ist indes auch in der inzwischen totalrevidierten BZO, deren

Inkrafttreten nur noch von der Genehmigung durch die Baudirektion des Kantons Zürich abhängig ist, nicht erfolgt.

**E. 8**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Beschwerdeführenden zu gleichen Teilen solidarisch kostenpflichtig (§ 70 VRG in Verbindung mit §§ 13 Abs. 2 und 14 VRG) und steht ihnen keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG).

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