

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00049 vom 8. Dezember 2022**

ZH Verwaltungsgericht, 2022-12-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2022.00049](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2022.00049)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00049 du 8 décembre 2022

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00049 del 8 dicembre 2022

## **Regeste**

Verweigerung der nachträglichen Baubewilligung und Wiederherstellungsbefehl | Verweigerung der nachträglichen Baubewilligung und Wiederherstellungsbefehl. Nicht mehr Streitgegenstand ist, dass die Modelleisenbahn samt Hecke in raumplanungsrechtlicher Hinsicht nicht bewilligungsfähig ist. Umstritten ist allein der von der Vorinstanz aufgehobene Befehl zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Sinn des vollständigen Rückbaus der streitbetroffenen Anlagen (E. 2.1). Aus dem Trennungsgrundsatz ergibt sich eine bundesrechtliche Pflicht der zuständigen kantonalen und kommunalen Behörden, die Beseitigung formell und materiell rechtswidriger Bauten ausserhalb der Bauzone anzuordnen; dies gilt auch dann, wenn die rechtswidrige Nutzung über lange Zeit nicht entdeckt bzw. beanstandet wurde (E. 2.2). Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann 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. 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. 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 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 (E. 2.3). Es liegt kein Vertrauensschutztatbestand vor und der behördliche Wiederherstellungsanspruch wurde nicht durch Zeitablauf verwirkt (E. 3.1). Entgegen der Vorinstanz ist der Wiederherstellungsbefehl nicht unverhältnismässig, zumal sich die Beschwerdegegnerschaft hinsichtlich der Zonenzugehörigkeit der streitbetroffenen Anlagen nicht auf den guten Glauben berufen kann (E. 3.2 f.). Das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands überwiegt die privaten Interessen der Beschwerdegegnerschaft (E. 3.4). Gutheissung. Wiederherstellung des Wiederherstellungsbefehls.

## **Erwägungen**

### **E. 3**

Abteilung VB.2022.00049 Urteil der 3. Kammer vom 8. Dezember 2022 Mitwirkend: Abteilungspräsident André Moser (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Silvia Hunziker, Verwaltungsrichter Daniel Schweikert, Gerichtsschreiber Cyrill Bienz. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführer, gegen 1. C, 2. D, Beschwerdegegnerschaft,

und 1. Gemeinderat F, 2. Baudirektion Kanton Zürich, Mitbeteiligte, betreffend Verweigerung der nachträglichen Baubewilligung und Wiederherstellungsbefehl, hat sich ergeben: I. Die Baudirektion Kanton Zürich verweigerte C und D mit Gesamtverfügung vom 17. Februar 2021 die nachträgliche raumplanungsrechtliche Bewilligung für eine Modelleisenbahn sowie eine dichte Hecke auf dem in der kantonalen Landwirtschaftszone gelegenen Teil ihres Grundstücks Kat.-Nr. 01 an der E-Strasse 02 in G (Gemeinde F) und lud die örtliche Baubehörde ein, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu prüfen. Der Gemeinderat F eröffnete die kantonale Gesamtverfügung mit Beschluss vom 31. März 2021 und ordnete den Rückbau der Modelleisenbahn und der Hecke nach Eintritt der Rechtskraft an. II. C und D fochten diese Entscheide mit Eingabe vom 30. April 2021 beim Baurekursgericht an. Dieses hiess den Rekurs mit Entscheid vom 2. Dezember 2021 teilweise gut und hob den kommunalen Wiederherstellungsbefehl auf. III. A. A erhob gegen den Entscheid des Baurekursgerichts mit Eingabe vom 28. Januar 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung des Entscheides, soweit damit der kommunale Wiederherstellungsbefehl aufgehoben wurde; unter ausgangsgemässer Anpassung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rekursverfahrens. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens seien der Beschwerdegegnerschaft aufzuerlegen und A sei für das Beschwerdeverfahren eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen. B. Die Baudirektion verzichtete mit Eingabe vom 9. Februar 2022 mangels Betroffenheit auf eine Stellungnahme. Das Baurekursgericht beantragte am 15. Februar 2022 ohne weitere Bemerkungen die Abweisung der Beschwerde. Weder der Gemeinderat F noch C und D reichten eine Beschwerdeantwort ein. Die Kammer erwägt: 1. 1.1 Das Verwaltungsgericht ist nach § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG; LS 175.2) für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Die Angelegenheit fällt in die Zuständigkeit der Kammer (§ 38b Abs. 1 e contrario und § 38 Abs. 1 VRG). 1.2 Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor Baurekursgericht als Beigeladener teilgenommen. Er ist Eigentümer des Grundstücks Kat.-Nr. 03, welches unmittelbar nördlich an das Grundstück Kat.-Nr. 01 der Beschwerdegegner 1 und 2 angrenzt, und hat damit ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheides (BGr, 16. Juli 2010, 1C\_236/2010, E. 1.4). Der Beschwerdeführer hat vor Vorinstanz eigene Anträge gestellt, mit denen er nicht vollständig durchgedrungen ist, weshalb er auch in formeller Hinsicht beschwert ist. Die Beschwerdelegitimation ist zu bejahen (vgl. VGr, 22. August 2019 [Zwischenentscheid], VB.2018.00581). 1.3 Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. 2.1 Das Grundstück Kat.-Nr. 01 ist 867 m<sup>2</sup> gross. 616 m<sup>2</sup> im östlichen Bereich sind der Wohnzone 2/20 gemäss der Bau- und Zonenordnung der Gemeinde F (BZO) zugeteilt; hier befindet sich das von den Beschwerdegegnern 1 und 2 bewohnte Einfamilienhaus Vers.-Nr. 04 an der E-Strasse 02. 251 m<sup>2</sup> des Grundstücks im westlichen Bereich liegen in der kantonalen Landwirtschaftszone und sind im Wesentlichen mit den streitbetroffenen Anlagen überstellt ([www.gis.zh.ch](http://www.gis.zh.ch)). Deren Erstellung datiert gemäss den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Beschwerdegegner 1 und 2 aus den Jahren 1991 (Hecke) bzw. 1992/1993 (Modelleisenbahn). Vor Verwaltungsgericht ist nicht mehr Streitgegenstand, dass die Modelleisenbahn samt Hecke in raumplanungsrechtlicher Hinsicht nicht bewilligungsfähig ist. Umstritten ist allein der von der Mitbeteiligten 1 erlassene und von der Vorinstanz aufgehobene Befehl zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Sinn des vollständigen Rückbaus der streitbetroffenen Anlagen. Die Frage nach der Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung des rechtmässigen

Zustands ist eine Rechtsfrage, zu deren Überprüfung das Verwaltungsgericht gemäss § 50 Abs. 1 VRG befugt ist (RB 1984 Nr. 18). Allerdings ist mit der Gewichtung der infrage stehenden öffentlichen und privaten Interessen die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe verbunden, bei der den verfügenden Verwaltungsbehörden ein gewisser Beurteilungsspielraum zusteht, den die Rechtsmittelinstanzen nur mit Zurückhaltung überprüfen. 2.2 Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommt der Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands für den ordnungsgemässen Vollzug des Raumplanungsrechts massgebendes Gewicht zu (BGE 136 II 359 E. 6, auch zum Folgenden). Werden illegal errichtete, dem Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG; SR 700) widersprechende Bauten nicht beseitigt, sondern auf unabsehbare Zeit geduldet, wird der fundamentale raumplanungsrechtliche Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet infrage gestellt und rechtswidriges Verhalten belohnt. Formell rechtswidrige Bauten, die auch nachträglich nicht legalisiert werden können, müssen daher grundsätzlich beseitigt werden. Bei nicht bloss geringfügigen Verstössen gegen den Trennungsgrundsatz hat insofern die Wiederherstellung die Regel zu bilden, wobei auch erhebliche Kosten grundsätzlich kein Hindernis darstellen (VGr, 6. Februar 2020, VB.2019.00356, E. 3.1). In einem jüngsten Grundsatzentscheid stellte das Bundesgericht klar, aus dem Trennungsgrundsatz, welcher Verfassungsrang aufweise, ergebe sich eine bundesrechtliche Pflicht der zuständigen kantonalen und kommunalen Behörden, die Beseitigung formell und materiell rechtswidriger Bauten ausserhalb der Bauzone anzuordnen; dies gilt auch dann, wenn die rechtswidrige Nutzung über lange Zeit nicht entdeckt bzw. beanstandet wurde (BGE 147 II 309 E. 5.4 f.) 2.3 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 (vgl. VGr, 9. Juli 2015, VB.2015.00040, E. 8.1). Im Licht der jüngsten Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht diese Grundsätze weiter verschärft hat und Gutglaubenskonstellationen lediglich durch Ansetzung einer längeren Wiederherstellungsfrist Rechnung getragen haben will (BGE 147 II 309 E. 5.6; VGr, 1. Juli 2021, VB.2020.00856, E. 6.2 f.).

### **E. 3.1**

Das Baurekursgericht erläuterte zunächst, weshalb kein Vertrauensschutztatbestand vorliege, der einem Wiederherstellungsbefehl entgegenstehe. Auf die entsprechenden, zutreffenden Ausführungen kann in Anwendung von § 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 2 VRG vollumfänglich verwiesen werden. Selbiges gilt hinsichtlich der Ausführungen, weshalb der behördliche Wiederherstellungsanspruch nicht durch Zeitablauf verwirkt wurde.

### **E. 3.2**

Nicht gefolgt werden kann der Ansicht der Vorinstanz indes, dass der Wiederherstellungsbefehl vorliegend unverhältnismässig sei. Die Vorinstanz führt diesbezüglich aus, es bestehe kein Grund zur Annahme, dass die nicht zonenkonforme Modelleisenbahn und die Hecke bösgläubig erstellt worden seien. Dies deshalb, weil die Rekurrierenden (bzw. heutigen Beschwerdegegner 1 und 2) den Akten zufolge aufgrund von Unterredungen auf dem Bauamt im Jahr 1990 bis vor Kurzem im Glauben gewesen seien, der ausserhalb der Bauzone liegende Teil ihres Grundstücks befinde sich in der Freihaltezone, in welcher gemäss amtlicher Auskunft eingeschränkte Nutzungen ohne Hochbauten zulässig seien. Die Vorinstanz stütze sich dabei offenbar auf die Angaben in der Rekurschrift, wonach die Aufklärung über die Zonierung des westlichen Grundstücksteils erst anlässlich einer Videokonferenz mit einer kantonalen Amtsstelle am 19. April 2021 erfolgt sei, die Rekurrierenden (bzw. heutigen Beschwerdegegner 1 und 2) mitunter zwischen 1990 und 2021 die Zonenzugehörigkeit des westlichen Teils ihres Grundstücks nicht gekannt hätten.

### **E. 3.3**

Die Festsetzung der kantonalen Nutzungszonen im Gebiet der Gemeinde F erfolgte mit Verfügung der Direktion der öffentlichen Bauten (heute: Baudirektion) vom 22. März 1984 gemäss Plan von demselben Datum. Der Plan steht seither bei der Gemeinderatskanzlei F und bei der Baudirektion jedermann zur Einsicht offen (Dispositivziffer I der Festsetzungsverfügung vom 22. März 1984). Mitunter liegt der westliche Grundstücksteil des Grundstücks Kat.-Nr. 01 seit 1984 in der kantonalen Landwirtschaftszone. Es gehört zur zumutbaren Aufmerksamkeit und Sorgfalt, sich beim Kauf eines Grundstücks – spätestens aber vor der Erstellung von Bauten und Anlagen auf diesem –, über dessen Zonenzugehörigkeit zu informieren; dies auch dann, wenn damit in der vordigitalen Zeit ein Gang auf die zuständige Behörde inklusive eines Blicks in den dort in Papierform existierenden Plan verbunden gewesen sein mag. Dies gilt vorliegend umso mehr, als im Grundstückskaufvertrag vom 17. August 1990 explizit darauf hingewiesen wurde, dass sich ca. 270 m<sup>2</sup> des Kaufobjekts ausserhalb der Bauzone befinden. Eine Berufung auf den guten Glauben ist damit unzulässig (vgl. Art. 3 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches [ZGB]); dieser kann daher bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nicht zugrunde gelegt werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf weiter vorausgesetzt werden, dass die grundsätzliche Bewilligungspflicht für Bauvorhaben – erst recht in der Landwirtschaftszone – allgemein bekannt ist (BGr, 23. März 2018, 1C\_347/2017, E. 6.3).

### **E. 3.4**

Weiter kann entgegen der Vorinstanz angesichts einer überstellten Fläche von rund 246 m<sup>2</sup> und der 46 m langen Thujahecke selbst im Licht allfälliger Besonderheiten des Baugrundstücks nicht mehr von einem geringen öffentlichen Interesse an der

Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ausgegangen werden. Der bereits erwähnte Trennungsgrundsatz gilt immerhin als ungeschriebenes Verfassungsrecht (BGE 147 II 309 E. 5.5). Dass jedwelche landwirtschaftliche Nutzung des Grundstücksteils – etwa auch zusammen mit den ebenfalls in der kantonalen Landwirtschaftszone gelegenen, westlich anstossenden Grundstücken und Grundstücksteilen (Kat.-Nrn. 05, 06, 07, 08, 09) – nicht möglich sein soll, ist weder ausgewiesen noch im Licht der längst rechtskräftigen Zonierung überhaupt relevant. Schliesslich sind angesichts der in rechtlicher Hinsicht zugrunde zu legenden Bösgläubigkeit die den Beschwerdegegnern 1 und 2 im Fall einer Wiederherstellungsverpflichtung allenfalls erwachsenden Nachteile – auch solche ideeller Art – wie erwähnt nicht oder nur in verringertem Masse zu berücksichtigen. Ohnehin dürften Investitionskosten aus den Jahren 1991–1993 längst abgeschrieben sein. Dass der Rückbau der streitbetroffenen Anlagen gar langwierige und kostspielige Gartenarbeiten erfordern sollte, wird, bspw. durch entsprechende Offerten, nicht belegt und liegt auch nicht nahe. Ausser Betracht fällt bei der Interessenabwägung nach Massgabe des vorstehend Ausgeführten abschliessend, dass der Wiederherstellungsbefehl erst rund 28 Jahre nach der Erstellung der strittigen Bauten und Anlagen erfolgte (vgl. E. 2.2 am Ende).

### **E. 3.5**

Zusammenfassend erweist sich die von der Mitbeteiligten 1 angeordnete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands als in jeder Hinsicht rechtmässig.

### **E. 4**

Das Ausgeführte führt zur Gutheissung der Beschwerde. Der Entscheid des Baurekursgerichts vom 2. Dezember 2021 ist insoweit aufzuheben, als damit der kommunale Wiederherstellungsbefehl aufgehoben wurde (Dispositivziffer I); dieser ist unter ausgangsgemässer Anpassung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rekursverfahrens (Dispositivziffern II und III) wiederherzustellen.

### **E. 5**

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind den unterliegenden Beschwerdegegnern 1 und 2 unter Solidarhaftung aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Die Beschwerdegegner 1 und 2 sind zu verpflichten, dem Beschwerdeführer für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG). Als angemessen erscheint eine solche von insgesamt Fr. 4'500.-.

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