

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00212 vom 11. April 2024

ZH Verwaltungsgericht, 2024-04-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2023.00212

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00212 du 11 avril 2024

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00212 del 11 aprile 2024

Regeste

Baubewilligung | Abweichungen von Dachaufbauten vom bewilligten Zustand. Anlässlich der Bauabnahme stellte sich heraus, dass der ausgeführte Zustand in Bezug auf die Liftüberfahrt und die technischen Aufbauten vom bewilligten Zustand abwich. In der Folge reichte die private Beschwerdegegerin Pläne für die Abänderungen ein (E. 3).
Rechtzeitigkeit der Rügen im Nachbarrekurs; Anforderungen an die Rekursbegründung; Untersuchungsmaxime; Rechtsanwendung von Amtes wegen; Rügeprinzip; Pflicht, klare Mängel des angefochtenen Entscheids von Amtes wegen zu berücksichtigen (E. 4.1).
Wurde eine Baute oder Anlage ohne oder in Abweichung von einer Baubewilligung erstellt, ist sie formell rechtswidrig. In diesem Fall verbietet das Verhältnismässigkeitsprinzip eine (sofortige) Beseitigung. Als mildere Massnahme muss zunächst – von Amtes wegen – ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden, um zu prüfen, ob das Vorhaben bewilligungsfähig ist. Steht hernach fest, dass die Baute oder Anlage nicht nur formell, sondern auch materiell rechtswidrig ist, stellt sich die Frage nach der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (E. 4.2.1). Nach Einreichung der Abänderungspläne für die anlässlich der Bauabnahme festgestellten Abweichungen von der ursprünglichen Baubewilligung entschied die Bausektion im angefochtenen Entscheid, dass auf einen Rückbau verzichtet werden könne (E. 4.2.2). Dieses Vorgehen stellt einen offensichtlichen Verfahrensfehler dar. Ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren wurde nicht durchgeführt. Es steht nicht fest, ob die bestehenden Bauten allenfalls bewilligungsfähig wären - sollten sie nicht bewilligungsfähig sein, ist es für die Vornahme der im Zusammenhang mit einem allfälligen Verzicht auf einen Rückbau nötigen Verhältnismässigkeitsprüfung unabdingbar, Mass und Gewicht der Abweichung von den Bauvorschriften zu kennen (E. 4.2.3). Die Sache ist zur Vervollständigung der notwendigen Abklärungen zurückzuweisen. Da der Baubehörde im Zusammenhang mit den sich stellenden Fragen ein zu berücksichtigender Ermessensspielraum bzw. Gemeindeautonomie zukommt und umfassende Abklärungen anzustellen sind, erweist sich eine Sprungrückweisung als angezeigt (E. 4.2.4). Teilweise Gutheissung und Rückweisung.

Erwägungen

E. 1

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 weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 2

In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin zunächst die Durchführung eines Augenscheins. Der Entscheid darüber, ob ein Augenschein angeordnet wird, steht im pflichtgemässen Ermessen der anordnenden Behörde. Die Durchführung eines Augenscheins ist dann geboten, wenn die tatsächlichen Verhältnisse unklar sind und anzunehmen ist, die Parteien vermöchten durch ihre Darlegungen vor Ort Wesentliches zur Erhellung der sachlichen Grundlagen des Rechtsstreits beitragen. Der Verzicht auf die Durchführung eines Augenscheins ist zulässig, wenn die Akten eine hinreichende Entscheidungsgrundlage darstellen. Eine Pflicht zur Durchführung eines Augenscheins besteht jedenfalls nur dann, wenn die tatsächlichen Verhältnisse auf andere Weise nicht abgeklärt werden können (BGr, 8. November 2010, 1C_192/2010, E. 3.3; BGr, 10. August 2010, 1C_512/2009, E. 2.3; VGr, 23. Oktober 2014, VB.2014.00290, E. 2.1). Vorliegend ist die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts im Sinn von § 7 Abs. 1 VRG mittels der bei den Akten liegenden Pläne und Fotografien – namentlich anhand der anlässlich des vorinstanzlichen Referentenaugenscheins erstellten Fotografien – möglich, welche die tatsächlichen Verhältnisse anschaulich wiedergeben. Damit und zusammen mit den übrigen Akten ist der Sachverhalt rechtsgenügend erstellt; auf einen Augenschein ist zu verzichten.

E. 3

Das streitgegenständliche Gebäude liegt in der Kernzone K und steht seit dem Jahr 1999 unter Denkmalschutz. Der privaten Beschwerdegegnerin wurde am 30. April 2019 unter Nebenbestimmungen die Bewilligung zur Erstellung einer Dachterrasse mit 50 Aussenplätzen und Barbetrieb erteilt. Anlässlich der Bauabnahme stellte sich heraus, dass der ausgeführte Zustand in Bezug auf die Liftüberfahrt, die technischen Aufbauten und die Sonnenschutzkonstruktion vom bewilligten Zustand abwich. In der Folge reichte die private Beschwerdegegnerin Pläne für die Abänderungen ein und ersuchte zugleich um Bewilligung für die ganzjährige Nutzung der Dachterrasse. Mit ihrer Beschwerde richtet sich die Beschwerdeführerin gegen die erwähnte Liftüberfahrt und die technischen Aufbauten. Die vorstehend erwähnte Sonnenschutzkonstruktion wurde von der Baubehörde nicht nachträglich bewilligt und die ganzjährige Nutzung der Dachterrasse wird von der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren nicht mehr beanstandet; beides ist nicht Streitgegenstand im verwaltungsgerichtlichen Verfahren.

E. 4.1

Das Baurekursgericht führt aus, dass die Beschwerdeführerin die materielle Baurechtswidrigkeit der Liftüberfahrt und der technischen Aufbauten erst in der Rekursreplik – und damit verspätet – geltend gemacht habe, weshalb dieser Aspekt nicht zu prüfen sei. Die Rekursbegründung kann nach Ablauf der Rekursfrist grundsätzlich nicht mehr erweitert werden (Alain Griffel in: ders. [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 23 N. 23). Die rekurrierende Partei hat in ihrer Begründung darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt an einem Mangel leidet und dem gestellten Antrag entsprechend aufzuheben oder abzuändern ist. Jedenfalls in minimaler Weise hat sich die Begründung mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen (Griffel, a. a. O., § 23 N. 17). In ihrer Rekurschrift beantragte die heutige Beschwerdeführerin die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer II des Bauentscheids (abgesehen von einem hier nicht relevanten Nebenpunkt), worin nach dessen Wortlaut u. a. die genannten Aufbauten "bewilligt" wurden. Aus der Begründung des Rechtsmittels wird ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin mit dem angefochtenen Entscheid nicht einverstanden ist; sie erwähnt

die Überhöhe der Aufbauten und dass die Einordnung ungenügend sei. Mit Erwägungen der Baubehörde konnte sich die Beschwerdeführerin nicht eingehend auseinandersetzen, da diese die Bewilligungsfähigkeit nicht rechtsgenügend geprüft hatte (s. hierzu unten E. 4.2.2 ff.). Sodann ist auf die Untersuchungsmaxime und den Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen hinzuweisen respektive darauf, dass das Rügeprinzip bloss eine Einschränkung der Prüfungspflicht, nicht aber des Prüfungsrechts der Rechtsmittelinstanzen darstellt und dass klare Mängel des angefochtenen Entscheides von Amtes wegen zu berücksichtigen sind, auch wenn sie nicht ausdrücklich gerügt worden sind (Martin Bertschi, Kommentar VRG, Vorbemerkungen zu §§ 19–28a, N. 31; Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 50 N. 10, 4. Lemma). Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden die Vorgehensweise der Zürcher Bausektion im Zusammenhang mit der Bewilligung respektive dem Verzicht auf Rückbau der streitgegenständlichen Aufbauten überprüft.

E. 4.2.1

Wurde eine Baute oder Anlage ohne oder in Abweichung von einer Baubewilligung erstellt, ist sie formell rechtswidrig. In diesem Fall verbietet das Verhältnismässigkeitsprinzip eine (sofortige) Beseitigung. Als mildere Massnahme muss zunächst – von Amtes wegen – ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden, um zu prüfen, ob das Vorhaben bewilligungsfähig ist. Steht hernach fest, dass die Baute oder Anlage nicht nur formell, sondern auch materiell rechtswidrig ist, stellt sich die Frage nach der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Das Legalitätsprinzip verlangt als Grundsatz und Ausgangspunkt die Wiederherstellung (§ 341 PBG). Das Verhältnismässigkeitsprinzip kann diesen Grundsatz jedoch relativieren, wenn die Interessen am Erhalt überwiegen. Von Bedeutung bei der vorzunehmenden Güterabwägung sind namentlich das Mass und das Gewicht der Abweichung von den Bauvorschriften (Alain Griffel, Raumplanungs- und Baurecht in a nutshell, 4. A. Zürich/St. Gallen 2021, S. 270 ff.).

E. 4.2.2

Nach Einreichung der Abänderungspläne für die anlässlich der Bauabnahme festgestellten Abweichungen von der ursprünglichen Baubewilligung führte die Bausektion im vorliegend angefochtenen Entscheid unter dem Titel "C. Einordnung" (bloss) aus, dass das vom Umbau betroffene Gebäude unter Denkmalschutz stehe und diverse Dach- und Fassadenelemente geschützt seien, die Liftüberfahrt und die technischen Aufbauten der Bar und der Technikzentrale an dieser empfindlichen Stelle jedoch markant (zwischen 93 und 172 cm) höher geworden seien und störend in Erscheinung träten. Ihre Materialisierung in Kupferblech würde sich jedoch infolge Verwitterung längerfristig besser in die Dachlandschaft einfügen. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit werde auf einen Rückbau verzichtet.

E. 4.2.3

Dieses Vorgehen stellt einen offensichtlichen Verfahrensfehler dar. Ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren im Sinn des oben in E. 4.2.1 Ausgeführten wurde nicht durchgeführt (dass gemäss Dispositiv-Ziffer II des angefochtenen Beschlusses die "baurechtliche Bewilligung erteilt" wird, vermag hieran nichts zu ändern; die unrichtige Bezeichnung des Entscheides, auf einen Rückbau zu verzichten, ist unbeachtlich). Die Ausführungen zur Einordnung – welche infolge der denkmalgeschützten Baute mit Blick

auf § 238 Abs. 2 PBG eingehend zu prüfen wäre – bleiben marginal und es wird nicht ersichtlich, an welchen Stellen die Aufbauten in welchem Mass vom ursprünglich Bewilligten abweichen. Es steht nicht fest, ob die bestehenden Bauten allenfalls bewilligungsfähig wären – dies ist zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen, da für kleinere technisch bedingte Dachaufbauten gewisse Abweichungen von den ansonsten geltenden Baunormen infrage kommen (vgl. § 292 PBG). Es ist nicht die Aufgabe des Verwaltungsgerichts, diese Abklärungen erstmalig vorzunehmen, zumal der Baubehörde namentlich im Bereich von Einordnungsfragen ein grosses Ermessen respektive Gemeindeautonomie zukommt. Sollten die Aufbauten nicht bewilligungsfähig sein, ist es für die Vornahme der im Zusammenhang mit einem allfälligen Verzicht auf einen Rückbau nötigen Verhältnismässigkeitsprüfung jedoch unabdingbar, Mass und Gewicht der Abweichung von den Bauvorschriften zu kennen (s. oben E. 4.2.1).

E. 4.2.4

Zusammengefasst erweist sich der Sachverhalt als ungenügend festgestellt, weshalb die Sache in teilweiser Gutheissung der Beschwerde zur Vervollständigung der notwendigen Abklärungen zurückzuweisen ist. Da der Baubehörde im Zusammenhang mit den sich stellenden Fragen ein zu berücksichtigender Ermessensspielraum bzw. Gemeindeautonomie zukommt und umfassende Abklärungen anzustellen sind (s. oben E. 4.2.3), erweist sich eine Sprungrückweisung als angezeigt (Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 64 N. 4). Die Bausektion der Stadt Zürich ist einzuladen, über die Bewilligungsfähigkeit der Dachaufbauten unter Berücksichtigung der vorstehend erwähnten Gesichtspunkte zu entscheiden. Sollte die Bewilligungsfähigkeit zu verneinen sein, ist über die allfällige Anordnung eines Rückbaus unter Bezugnahme auf Art, Mass und Gewicht der Abweichungen von den Bauvorschriften zu entscheiden.

E. 5

Kann eine Rückweisung zu einer vollständigen Gutheissung des Antrags führen, gilt – besondere Umstände vorbehalten – die beschwerdeführende Partei mit Blick auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen als obsiegend (BGr, 28. April 2014, 2C_846/2013, E. 3.2 f.). Die Beschwerdeführerin gilt vor Verwaltungsgericht als vollständig obsiegend und vor Baurekursgericht insoweit, als sie die technischen Dachaufbauten beanstandete. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens je zur Hälfte der privaten Beschwerdegegnerin und der Bausektion aufzuerlegen. Die Kosten des Rekursverfahrens sind – soweit sie der Beschwerdeführerin auferlegt wurden – je zu einem Viertel (d. h. zu je Fr. 810.-) der privaten Beschwerdegegnerin und der Bausektion aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Die private Beschwerdegegnerin ist sodann zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG). Als angemessen erscheint für das Beschwerdeverfahren ein Betrag von Fr. 2'000.-. Die Verpflichtung der Beschwerdeführerin, der privaten Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- für das Rekursverfahren zu entrichten, ist aufzuheben.

E. 6

Es liegt ein (Sprung-)Rückweisungsentscheid vor. Letztinstanzliche kantonale Rückweisungsentscheide sind als Zwischenentscheide im Sinn von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zu qualifizieren (BGE 138 I 143 E. 1.2, 133 V 477 E. 4.2). Die vorliegende Rückweisung ist daher vor Bundesgericht nur direkt

anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (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.