



G.-Nr. R4.2017.00061
BRGE IV Nr. 0133/2017

Entscheid vom 9. November 2017

Mitwirkende Abteilungspräsident Reto Philipp, Baurichter Urs Hany, Baurichter Andreas Madianos, Gerichtsschreiber Gianfranco Greco

in Sachen **Rekurrentin**
M. O., [.....]

gegen **Rekursgegner**
1. Gemeinderat X, [.....]
2. B. B., [.....]

betreffend Gemeinderatsbeschluss vom 10. April 2017; Verweigerung der nachträglichen Baubewilligung für Rollfenster und Verzicht auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes

hat sich ergeben:

A.

Mit Beschluss vom 10. April 2017 verweigerte der Gemeinderat X dem privaten Rekursgegner B. B. die nachträgliche Baubewilligung für die Montage von Rollfenstern am Allwetterdach beim Reihenhaus [...] in X, verzichtete aber auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes.

B.

Hiergegen wandte sich M. O. mit Rekurs vom 16. Mai 2017 an das Baurekursgericht des Kantons Zürich und beantragte im Wesentlichen die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes sowie die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung.

C.

Mit Verfügung vom 18. Mai 2017 wurde vom Rekurseingang Vormerk genommen und das Vernehmlassungsverfahren eröffnet.

Die Vorinstanz und der private Rekursgegner beantragten mit Vernehmlassungen vom 7. bzw. 19. Juni 2017 die Abweisung des Rekurses. Der private Rekursgegner ersuchte überdies um Zusprechung einer Umtriebsentschädigung.

D.

Auf Begehren des Rekurrenten wurde ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt. Die Replik datiert vom 10. Juli 2017 und die Dupliken vom 20. Juli bzw. 2. August 2017. Die Parteien blieben bei ihren Anträgen.

E.

Auf die Parteivorbringen wird, soweit entscheidrelevant, in den nachstehenden Erwägungen Bezug genommen.

Es kommt in Betracht:

1.

Die Rekurrentin ist Eigentümerin des Reiheneinfamilienhauses am Y-Weg 2, welches an der Südseite mit dem Reihenhaus am Y-Weg 1 des privaten Rekursgegners zusammengebaut ist. Aufgrund der vorgebrachten Rüge – Verletzung des Grenzabstandes – ist sie im Sinne von § 338a des Planungs- und Baugesetzes (PBG) zur Rekurerhebung legitimiert. Da auch die übrigen formellen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten.

2.

Die streitbetroffene Sitzplatzüberdachung befindet sich auf der Westseite des Reihenhauses am Y-Weg 1. Das strittige Dach weist im Norden einen Abstand von 0,80 m zum Grundstück der Rekurrentin auf (bzw. 0,72 m vom strittigen Rollfensterkasten).

Dem angefochtenen Beschluss liegt folgender Sachverhalt zugrunde: mit Beschluss vom 19. Mai 2003 bewilligte die Vorinstanz die Sitzplatzüberdachung. Dem damals zur Bewilligung eingereichten, dreiseitig offenen "Allwetterdach" wurde vom Rechtsvorgänger der Rekurrentin "nach Einsicht in die Unterlagen" schriftlich zugestimmt. Im Juli 2011 liess der private Rekursgegner auf allen Seiten der Sitzplatzüberdachung transparente Rollfenster montieren. Die Rekurrentin ersuchte daraufhin die Vorinstanz um Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens. Gegen den abweisenden Beschluss erhob die Rekurrentin das Rechtsmittel. In Gutheissung des Rekurses lud das Baurekursgericht mit Entscheid BRGE IV Nr. 0001/2015 vom 8. Januar 2015 die Vorinstanz ein, ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen. Die vom privaten Rekursgegner gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht mit Urteil VB.2015.00080 vom 30. Juni 2015 ab.

Der private Rekursgegner reichte am 24. Juni 2016 ein nachträgliches Baugesuch ein. Die Vorinstanz stellte im angefochtenen Beschluss fest, dass die Rollfenster mangels Zustimmung der Rekurrentin nicht bewilligungsfähig seien. Unter Einordnungsaspekten würden sich diese aber als unproblematisch erweisen. Weder habe die Rekurrentin ein schützenswertes Interesse an der Entfernung dargetan noch sei ein solches ersichtlich.

Da die Vorinstanz dem privaten Rekursgegner Gutgläubigkeit attestierte und der Rückbau ein Verlust der Erstellungskosten von Fr. 15'000.-- bedeuten würde, gewichtete die Vorinstanz die Interessen des privaten Rekursgegners an einem Witterungsschutz für den Sitzplatz höher als diejenigen der Rekurrentin und verzichtete in der Folge darauf, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu verlangen.

3.

Die Rekurrentin führt zur Begründung des Rekurses hauptsächlich aus, durch das Herablassen der Storen könne der Sitzplatz jederzeit dauernd in einen Wintergarten umgewandelt werden. Der Sitzplatz sei faktisch in einen Wohnraum umgewandelt worden. Eine Wohnraumerweiterung sei aber durch das ursprünglich erteilte, projektbezogene Näherbaurecht nicht gedeckt.

Der private Rekursgegner erwidert im Wesentlichen, das untergeordnete Bauvorhaben sei der Vorinstanz am 23. Juni 2016 zur Beurteilung im Anzeigeverfahren eingereicht worden. Die von der Vorinstanz nachgeforderten Angaben habe er am 28. Juni 2016 eingereicht. Da die gesetzliche Bearbeitungsfrist 30 Tage betrage, gelte das Bauvorhaben seit dem 28. Juli 2016 als bewilligt.

In materieller Hinsicht führt er hauptsächlich aus, er habe sich vor der Installation der Rollfenster bei der Vorinstanz informell erkundigt, ob diese bewilligungspflichtig seien. Dies sei von der Vorinstanz verneint worden. Die daraufhin vorgenommene Montage der Rollfenster sei daher gutgläubig erfolgt. Es treffe zwar zu, dass der zur Grenze des Grundstückes der Rekurrentin gewandte Rollfensterkasten um (weitere) 7 cm in den durch das Näherbaurecht verkürzten Abstand hineinrage. Die anderen Rollfensterkästen würden aber den Grenzabstand nicht verletzen und würden die Rekurrentin auch sonst in keiner Art und Weise beeinträchtigen. Abstands- und sonst auf irgendeine Weise relevant könne nur das nördliche Rollfenster sein. Wenn die Fenster den Gartensitzplatz auch nicht beheizbar, nicht allwettertauglich oder nicht zu Wohnraum machen würden, so ermöglichten diese doch einen zusätzlichen Schutz vor Wind und Sonne. Nebst dem wirtschaftlichen Wert (Fr. 12'722.35 zzgl. Rückbaukosten) hätten die Rollfenster auch einen ideellen Wert.

4.

Entgegen den Ausführungen des privaten Rekursgegners ist für die Wahl des Verfahrens nicht ausschlaggebend, ob die Bauherrschaft ein Projekt zur Behandlung im Anzeigeverfahren einreicht. Dieser Entscheid liegt bei der bewilligenden Behörde und vorliegend wurde das Bauvorhaben von der Vorinstanz zu Recht nicht im Anzeigeverfahren bewilligt.

Das Anzeigeverfahren findet selbst bei Bauvorhaben von untergeordneter Bedeutung lediglich dann Anwendung, wenn keine zum Rekurs berechtigenden Interessen Dritter berührt werden (vgl. § 325 Abs. 1 PBG i.V.m. § 13 Abs. 1 der Bauverfahrensverordnung [BVV]). Aufgrund der Lage des Bauvorhabens an der Grundstücksgrenze und der in diesem Zusammenhang erwirkten Rechtsmittelverfahren ist es offenkundig, dass das Bauvorhaben "Interessen Dritter", nämlich diejenigen der Rekurrentin, tangiert. Somit ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Bewilligung im ordentlichen Verfahren beurteilt hat.

5.

Die strittigen Rollfenster bestehen – vereinfacht beschrieben – aus ab- und aufrollbaren, windfesten Kunststofffolien. Diese können den Sitzplatz zweifellos nicht gleich gut winddicht abschliessen wie ein konventioneller Wintergarten. Sie sind aber – wie der private Rekursgegner teilweise selber ausführen lässt – zweifellos geeignet, um in abgesenktem bzw. "geschlossenen" Zustand Menschen und Sachen gegen atmosphärische Einflüsse wie Wind und Regen zu schützen. Somit wird durch die Montage der Rollfenster auf sämtlichen drei bislang offenen Seiten aus dem angebauten Allwetterdach ein "Besonderes Gebäude" (vgl. § 2 der Allgemeinen Bauverordnung [ABV] i.V.m. § 273 PBG). Für dieses gilt ein Grenzabstand von 3,50 m, welcher unbestrittenermassen nicht eingehalten wird (§ 273 PBG). Wie das Verwaltungsgericht in vorerwähnter Entscheid festgestellt hat, lässt sich allein aus der Zustimmung des Nachbarn zum früheren Projekt auch keine Pflicht ableiten, weitergehende bauliche Veränderungen hinzunehmen. Die Vorinstanz hat daher zu Recht die Erteilung der nachträglichen Baubewilligung verweigert.

6.1.

Werden bewilligungspflichtige Bauten oder Nutzungen in Verletzung von einschlägigen Vorschriften des öffentlichen Rechtes, namentlich des Bau-

und Umweltschutzrechtes, realisiert, hat die Baubehörde unbesehen der Durchführung bzw. des Ausgangs eines Strafverfahrens grundsätzlich den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, d.h. die vollständige oder teilweise Beseitigung der Baute oder Einstellung der Nutzung zu veranlassen (§§ 340 f. PBG). Vorgängig einer allfälligen Vollstreckungsanordnung (insbesondere Ersatzvornahme; vgl. §§ 29 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG]) hat die Behörde dem Pflichtigen zu befehlen, den rechtmässigen Zustand selber wiederherzustellen.

Der Befehl zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes muss verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 der Bundesverfassung [BV]). Damit wird namentlich auch verlangt, dass der mit dem Befehl verbundene Eingriff in die Rechtsstellung des Privaten in einem vernünftigen Verhältnis zum öffentlichen Interesse an der angestrebten Rechtsdurchsetzung steht (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne). Bei dieser Abwägung ist auch die Gut- oder Bösgläubigkeit des Bauherrn mit zu berücksichtigen. Gutgläubigkeit schliesst die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes in der Regel dann aus, wenn der Beibehaltung des rechtswidrigen Zustandes keine schwerwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Hierbei kann sich derjenige nicht auf den guten Glauben berufen, der bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden durfte, nicht gutgläubig sein konnte (Art. 3 des Zivilgesetzbuches [ZGB]). Diesfalls ist somit Bösgläubigkeit anzunehmen. Zwar kann sich auch der Bösgläubige auf das Verhältnismässigkeitsprinzip berufen; dem bösen Glauben ist jedoch in adäquater Weise Rechnung zu tragen. Der Bösgläubige muss es somit weitaus eher hinnehmen, dass die Behörde aus grundsätzlichen Erwägungen, d.h. zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ein erhöhtes Gewicht beilegt und die dem Bauherrn erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigt. Dies muss umso mehr dann gelten, wenn ein absichtlicher Verstoss gegen Bauvorschriften vorliegt (vgl. zum Ganzen RB 1999 Nr. 126; VB.2000.00033 in BEZ 2000 Nr. 23; VB.2004.00151 in BEZ 2004 Nr. 49 = RB 2004 Nr. 78).

6.2.

Aufgrund der Ausführungen des privaten Rekursgegners kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass er bei der Montage der Rollfenster nicht bösgläubig war.

Die Vorinstanz hat bei der Interessensabwägung u.A. ausgeführt, dass der streitbetroffene Sitzplatz vom öffentlichen Grund aus nur eingeschränkt einsehbar sei. Unter Einordnungsaspekten würden sich die Rollfenster im Übrigen als unproblematisch erweisen. Nicht erwähnt und somit mutmasslich nicht berücksichtigt hat sie aber die Tatsache, dass durch das Schliessen der Rollfenster aus der Sitzplatzüberdachung faktisch ein Gebäude wird (vgl. Erwägung 5) und damit auch eine andere Nutzung einhergeht. Wie das Baurekursgericht bereits im vorangegangenen Entscheid ausführte, ermöglicht die wintergartenähnliche Nutzung des "Sitzplatzes", welcher ja auch über einen direkten Zugang zum Wohnhaus verfügt, eine wesentlich intensivere Nutzung im abstandspflichtigen Bereich. Auch wenn der Sitzplatz vom öffentlichen Grund nur bedingt einsehbar ist, so besteht auch ein generelles öffentliches Interesse an der Durchsetzung des materiellen Rechts. Auch unter Berücksichtigung der Gutgläubigkeit sowie der Interessen des privaten Rekursgegners, wie etwa am Erhalt der getätigten Investition und dem Wunsch nach einer intensiveren Nutzung des "Sitzplatzes", überwiegen vorliegend die Interessen der Öffentlichkeit und der Rekurrentin an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Um diesen zu erreichen ist die Demontage der Rollfenster ohne weiteres zweckmässig. Dies rechtfertigt aber nicht die Demontage sämtlicher Rollfenster. Es reicht aus, wenn von den insgesamt vier Rollfenstern lediglich diejenigen demontiert werden, welche sich im streitbetroffenen Abstandsbereich befinden. Das nördliche und das nordwestliche Fenster sind zu entfernen. Dadurch verliert die Überdachung im Grenzabstandsbereich weitgehend den Gebäudecharakter und dem privaten Rekursgegner verbleibt ein geeigneter Wetterschutz. Der vollständige Rückbau, wie er von der Rekurrentin gefordert wird, wäre unverhältnismässig. Für diese einfache und mit geringen Kosten verbundene Massnahme ist eine Frist von 60 Tagen ab Rechtskraft des angefochtenen Beschlusses anzusetzen.

7.1.

Nach dem Ausgeführten ist der Rekurs im Sinne der Erwägungen teilweise gutzuheissen und im Übrigen abzuweisen.

Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Bei teilweiser Gutheissung eines Nachbarrekurses ist auch die Baubehörde als teilweise unterliegende Verfahrenspartei zu betrachten. Sie wird damit im Rechtsmit-

telverfahren neben der Bauherrschaft kostenpflichtig (VB.2004.00481 in RB 2005 Nr. 12). Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten zu je 1/3 der Vorinstanz, dem privaten Rekursgegner und der Rekurrentin aufzuerlegen.

7.2.

Nach § 338 Abs. 1 PBG bzw. § 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts (GebV VGr) legt das Baurekursgericht die Gerichtsgebühr nach seinem Zeitaufwand, nach der Schwierigkeit des Falls und nach dem bestimmbaren Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Liegt wie hier ein Verfahren ohne bestimmbaren Streitwert vor, beträgt die Gerichtsgebühr in der Regel Fr. 1'000.--bis Fr. 50'000.-- (§ 338 Abs. 2 PBG; § 3 Abs. 3 GebV VGr). Bei der Bemessung der Gebührenhöhe steht der Rekursinstanz ein grosser Ermessensspielraum zu (Kaspar Plüss, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 13 Rz. 25 ff.). Demnach ist die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 4'500.-- festzusetzen.

7.3.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Umtriebsentschädigungen zuzusprechen.

Das Baurekursgericht erkennt:

I.

Der Rekurs wird teilweise gutgeheissen.

Demgemäss wird das Dispositiv des Beschlusses des Gemeinderates X vom 10. April 2017 wie folgt geändert:

Dispositivziffer 2 lautet neu wie folgt:

"Das nördliche und das nordwestliche Rollfenster sind innert 60 Tagen nach Rechtskraft dieses Beschlusses zu entfernen."

Im Übrigen wird der Rekurs abgewiesen.

[....]