

BRKE II Nr. 0151/2008 vom 19. August 2008 in BEZ 2009 Nr. 16

(Bestätigt mit VB.2008.00444 = BEZ 2009 Nr. 3)

2. Auf dem Uetliberg realisierte der private Rekursgegner in den letzten Jahren verschiedene Bauvorhaben ohne baurechtliche Bewilligung. So erstellte er den Ende April 2007 örtlich verschobenen und neu gestalteten Kiosk, für welchen die Baudirektion Kanton Zürich am 11. Mai 2007 eine Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24-Art. 24d des Raumplanungsgesetzes (RPG) verweigerte. Diese Verweigerung des Kioskes ist in der Folge in Rechtskraft erwachsen, wohingegen der von der Baudirektion gleichzeitig getroffene Entscheid, insoweit auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu verzichten, auf Rekurs der Rekurrierenden 1-3 hin am 23. Oktober 2007 von der Rekursinstanz aufgehoben wurde; die Sache wurde der hierfür zuständigen Bau- und Planungskommission zum Entscheid überwiesen. Hierauf fasste die Vorinstanz am 27. Februar 2008 den vorliegend angefochtenen Beschluss, wonach auf die Anordnung der Beseitigung des Kioskes einstweilen verzichtet werde. (....)

4. Die Begründung des angefochtenen Beschlusses, welcher teilweise auf Erwägungen der Verfügung der Baudirektion vom 11. Mai 2007 verweist, lautete zusammengefasst wie folgt: Der Standort für einen dereinst baurechtlich möglichen Kiosk sei gemäss Entwurf des Gestaltungsplanes Uto Kulm im Bereich des Wintergartens vorgesehen. Je nach definitiver Festsetzung des Gestaltungsplanes sei der aktuelle Kiosk zu verschieben bzw. abzubauen. Weil die Einrichtung einer Ausgabestelle für die Gartenwirtschaft als objektiv wünschbar und nötig angesehen werde und im Rahmen der Planung insofern unbestritten sei, könne der Kiosk für die Dauer des laufenden Planungsverfahrens an diesem Standort geduldet werden. Bis zur Planfestsetzung, längstens jedoch bis zum 31. Mai 2009, sei somit aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf die Beseitigung des Kioskes zu verzichten. (...)

In ihrer Rekursvernehmlassung erörterte die Vorinstanz den aktuellen Stand des laufenden Verfahrens zur Änderung des kantonalen Richtplanes und zur Festsetzung des Gestaltungsplanes Uto Kulm. Zuzugabe des inzwischen öffentlich aufliegenden Gestaltungsplanes befinde sich der bestehende Kiosk im geplanten sogenannten Baubereich Kiosk. Es sei deshalb verhältnismässig, einstweilen auf den Beseitigungsbefehl zu verzichten und das Inkrafttreten des neuen kantonalen Nutzungsplanes abzuwarten.

Sodann hält der private Rekursgegner dafür, die Verhandlungen über den Gestaltungsplan seien im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung bereits weit fortgeschritten gewesen. Angesichts des gegenwärtigen Planungsstandes werde sich der Kiosk mit grosser Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit als bewilligungsfähig erweisen. Daher sei der vorläufige Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes gerechtfertigt.

5.1 Gemäss § 341 PBG hat die zuständige Baubehörde ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung den rechtmässigen Zustand herbeizuführen. § 341 PBG verlangt seinem Wortlaut entsprechend die vorbehaltlose Durchsetzung der Rechtsordnung bzw. die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Ein Ermessen, ob die zuständige Behörde tätig werden oder ob sie die Sache auf sich beruhen lassen soll, besteht damit grundsätzlich nicht.

Allerdings hat die Behörde beim Vollzug den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten, und zwar auch dann, wenn der Bauherr die widerrechtliche Baute böswillig erstellt hat. Dieser muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzesmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen.

Ein Abbruchbefehl ist insbesondere dann unverhältnismässig, wenn die Abweichung vom gesetz- oder bauordnungsgemässen Zustand gering ist und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen. Geringfügig ist eine Abweichung, wenn nur um Weniges von der materiellen Vorschrift abgewichen wird und sie dem Bauherrn keinen oder nur einen geringfügigen Nutzen bringt; entscheidend sind diesbezüglich auch präjudizielle Aspekte (VB.2004.00151 = RB 2004 Nr. 78). Sodann ist ein Abbruchbefehl unverhältnismässig, wenn eine laufende Gesetzesrevision mit grosser Wahrscheinlichkeit in kurzer oder wenigstens in absehbarer Zeit den rechtswidrigen Zustand beheben wird (VB 90/0117 = RB 1990 Nr. 85, VB 91/1983 = RB 1986 Nr. 102).

5.2 Der Kiosk unterhalb des Aussichtsturmes befindet sich in der Landwirtschaftszone und erweist sich dort als zonenwidrig, was ein schwer wiegender Verstoss gegen das Raumplanungsgesetz und damit ohne Weiteres eine massgebliche Abweichung vom gesetzesgemässen Zustand bedeutet (vgl. VB 142/1987 = RB 1988 Nr. 87). Dass die Baudirektion und die Vorinstanz den Kiosk selber für «objektiv wünschbar und nötig» halten, ändert daran nichts. Darüber hinaus bewirtschaftet der private Rekursgegner die widerrechtlich erstellte Baute als gewerbliche Ausgabestelle für Essen und Getränke, was auf der von Touristen und Ausflüglern frequentierten Bergkuppe des Uetlibergs freilich von wirtschaftlichem Nutzen ist. Insofern erwiese sich die Anordnung eines Abbruchbefehls gewiss nicht als unverhältnismässig. Die Rekursgegnerschaft macht denn auch vielmehr geltend, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes sei wegen des laufenden Gestaltungsplanverfahrens einstweilen nicht angezeigt.

5.3.1 In Zusammenhang mit der Festsetzung des Gestaltungsplanes Uto Kulm hat der Regierungsrat des Kantons Zürich mit Beschluss vom 23. April 2008 (RRB

Nr. 623/2008) die Baudirektion beauftragt, die öffentliche Auflage zur Teilrevision des kantonalen Richtplans im Bereich Landschaft durchzuführen und ihm anschliessend eine entsprechende Richtplanvorlage zur Antragstellung an den Kantonsrat zu unterbreiten. Vom 2. Mai bis 30. Juni 2008 ist die öffentliche Auflage der geplanten Richtplanänderung gemäss § 7 Abs. 2 PBG erfolgt. Diese sieht eine Textergänzung vor, wonach der Uetliberg als Erholungsgebiet von kantonomer Bedeutung bezeichnet werde, für welches der Staat einen kantonalen Gestaltungsplan festsetze, welcher die öffentlichen Interessen an der Nutzung des Aussenraumes (Wanderweg, Ausflugsrestaurant, Aussichtspunkt) sichere, die zulässige Nutzung der Bauten und Anlagen festlege sowie die notwendigen verkehrlichen Regelungen (Fahrtenkontingent, Controlling) treffe. Der gleichzeitig mit dieser vorgesehenen Richtplanänderung öffentlich aufgelegte Gestaltungsplan Uto Kulm enthält unter anderem die planerische Festlegung eines Baubereiches Kiosk; danach könne im bezeichneten Baubereich beim Aussichtsturm ein Kiosk mit einer maximalen Grundfläche von 5,2 m auf 6 m erstellt und betrieben werden.

Anlässlich des Augenscheins erklärten die Vertreter der Baudirektion, es sei im heutigen Zeitpunkt davon auszugehen, dass die Richtplanvorlage dem Kantonsrat im Herbst 2008 unterbreitet werde und das Kantonsparlament sodann innert einem Jahr darüber befinden werde; heisse der Kantonsrat die beantragte Richtplanänderung gut, werde hierauf binnen kurzem die Planfestsetzung durch die Baudirektion erfolgen. Weiter ist, was den Zeithorizont für den Abschluss des laufenden Planungsverfahrens anbelangt, der gegen die Festsetzung des Gestaltungsplanes Uto Kulm zur Verfügung stehende kantonale Rechtsmittelzug in Betracht zu ziehen; gegen die besagte Planfestsetzung durch die Baudirektion steht der Rekurs an den Regierungsrat und gegen dessen Entscheid die Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich offen (§ 329 Abs. 2 lit. c PBG und § 41 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG]).

5.3.2 Die Festsetzung des kantonalen Gestaltungsplanes Uto Kulm setzt somit vorab eine vom Kantonsrat zu beschliessende Richtplanänderung voraus (§ 32 Abs. 1 PBG), worauf hernach die nutzungsplanerische Festsetzung folgt, gegen welche die genannten kantonalen Rechtsmittel des Bau- und Planungsrechts offen stehen. Dieser zweistufige Planungsprozess, der einerseits einen in der politischen Auseinandersetzung zustande kommenden demokratischen Entscheid des Kantonsrates voraussetzt und andererseits einen Rechtsmittelzug öffnet, der eine weitgehende rechtliche Überprüfung der Planfestsetzung ermöglicht, birgt in Bezug auf das Ergebnis der laufenden Planung unweigerlich gewisse Unwägbarkeiten, die vorliegend nicht unerheblich erscheinen. Die Vertreter der Baudirektion haben sich anlässlich des Augenscheins zwar überzeugt gezeigt, dass der umstrittene Kiosk «nach menschlichem Ermessen» dereinst Bestandteil des geplanten Gestaltungsplanes bilden werde. Hierzu bedarf es allerdings, wie ausgeführt, einer vorgängigen Richtplanänderung durch den Kantonsrat, die nicht mit Sicherheit prognostizierbar ist, sondern grundsätzlich offen erscheint. Denn im Kantonsparlament dürften die Ansichten über den Umgang mit den nicht bewilligten Bautätigkeiten und Nutzungen auseinandergehen und politisch kontrovers debattiert werden; dies umso mehr, als der Uetliberg Bestandteil der Albiskette bildet, die ihrerseits zu den Landschaften und Naturdenkmälern von nationaler Bedeutung zählt. Aufgrund dessen kann entgegen der Ansicht der Rekursgegnerschaft nicht davon ausgegangen werden, dass das laufende Planungsverfahren den unter anderem durch den Kiosk begründeten

rechtswidrigen Zustand «mit grosser Wahrscheinlichkeit» beheben wird (VB 90/0117 = RB 1990 Nr. 85).

Gemäss (Volltext-)Urteilsbegründung liess das Verwaltungsgericht in dem – so eben zitierten – Entscheid VB 90/0117 vom 24. August 1990, E. 2c, streng genommen bereits «eine gewisse Wahrscheinlichkeit [...], dass der baurechtswidrige Zustand in absehbarer Zeit durch eine Gesetzesänderung entfällt», für die Schlussfolgerung genügen, ein baupolizeilicher Wiederherstellungsbefehl sei unverhältnismässig. Jenem Sachverhalt, der die Kniestockhöhe betraf, lag indes eine vom Regierungsrat geplante Änderung des Planungs- und Baugesetzes zugrunde, über welche in der Folge der Souverän durch Volksabstimmung entschieden hat. Im Gegensatz zu dem hier zu beurteilenden Planungsverfahren standen bei jener Gesetzesänderung demzufolge keine Rechtsmittel zur Verfügung, mit denen die Rechtsänderung baurechtlich überprüft werden konnte. Das Verwaltungsgericht hat sodann schon in VB 40 und 84/1984 vom 22. August 1984, E. 6c, entschieden, dass der rechtmässige Zustand wieder herzustellen sei, sofern der Eintritt einer Gesetzesänderung aufgrund von hängigen Rechtsmitteln ungewiss erscheine (vgl. Ch. Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, 1991, FN 32 unter Rz. 665). Nachdem der Gestaltungsplan Uto Kulm noch nicht festgesetzt worden ist, können gegen ihn freilich auch noch keine Rechtsmittel hängig sein; die Rekurrierenden haben in ihren Rechtsschriften jedoch mit Nachdruck erklärt, sie würden gegen die Festsetzung des Gestaltungsplanes mit Sicherheit Rechtsmittel ergreifen, sofern dieser den verweigeren Kiosk und die weiteren unbewilligten Bauten und Anlagen im Nachhinein legalisiere.

5.3.3 Stehen im laufenden Planungsverfahren mithin die Richtplanänderung, die Planfestsetzung und, wie sich aus den Rekursakten ergibt, wahrscheinliche Rechtsmittelverfahren aus, ist in kurzer oder wenigstens absehbarer Zeit nicht mit neuen verbindlichen bau- und planungsrechtlichen Grundlagen zu rechnen (VB 90/0117 = RB 1990 Nr. 85; VB 91/1983 = RB 1986 Nr. 102, VB 100/1982, E. 4b; Mäder, Rz. 665 und FN. 32). Vielmehr ist bei der gegebenen Sachlage weiterhin ein grundsätzlich umstrittener und entsprechend langwieriger Fortgang des Planungsverfahrens zu erwarten und dies, obwohl das Verfahren bereits über zwei Jahre dauert. Die offenkundige Folge davon, dass nämlich während unbestimmter Zeit und etlicher Jahre auf die Beseitigung des widerrechtlichen Kioskes verzichtet würde, wird jedoch von dem von der Rekursgegnerschaft vorgebrachten Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei weitem nicht verlangt. Hingegen verstösst dies in erheblicher Weise gegen den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung.

Im angefochtenen Beschluss hat die Vorinstanz versucht, dem Umstand einer langjährigen Planung und der entsprechend (über)lang aufgeschobenen Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes durch Setzen eines Zeitlimits Rechnung zu tragen. Falls die Nutzungsplanung am 31. Mai 2009 nicht rechtskräftig vorliege, werde die Vorinstanz gemäss Dispositivziffer 2.3 (i.V.m. Dispositivziffer 2.1) ihres Beschlusses über den Weiterbestand oder den Abbruch des Kioskes neu entscheiden. Wie sich aus dem vorstehend Gesagten ergibt, kann indes bis Frühling 2009 nicht einmal mit der Richtplanänderung, geschweige denn mit der (rechtskräftigen) Festsetzung der Nutzungsplanung gerechnet werden. Die Rechtsgrundlagen werden demnach dieselben sein wie heute. Damit erweist sich dieses Vorgehen als unhaltbar. Dies umso mehr, als im Frühjahr 2009 der Planungsprozess zwar noch nicht

abgeschlossen, der Abschluss jedoch grundsätzlich näher gerückt sein wird, was aus Sicht der Vorinstanz erneut und erst recht zu einem Verzicht auf einen Beseitigungsbefehl führen würde. Der Vorbehalt einer Neuentscheidung führt demnach nicht anders als der bis dorthin angeordnete Verzicht auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes einzig zu einer Verfestigung der bestehenden Rechtswidrigkeit. Solches kann offenkundig nicht geschützt werden.

5.3.4 Sodann wiegt der Schaden, der dem privaten Rekursgegner durch den Abbruch des Kioskes entstünde, naturgemäss nicht allzu schwer, worauf die Rekurrierenden 2 und 3 zu Recht hinweisen. Im Übrigen beruft sich der private Rekursgegner zu Unrecht auf Vertrauensschutz, zumal ein laufendes Planungsverfahren keine massgebliche Vertrauensgrundlage bilden kann.

5.4 Der Entscheid der Vorinstanz, den Abbruch des baurechtlich verweigerten Kioskes gestützt auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit einstweilen nicht zu befehlen, erweist sich somit als rechtswidrig. Vorliegend ist vielmehr der rechtmässige Zustand herbeizuführen, was im Wesentlichen zur Gutheissung des Rekurses führt.

6. Die Rekursbehörde hat demzufolge dem privaten Rekursgegner die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu befehlen, wozu sie ihm eine angemessene Beseitigungsfrist anzusetzen hat.