



**Universität
Zürich^{UZH}**

Abschlussarbeit

zur Erlangung des
Master of Advanced Studies in Real Estate

Baurekurse im Kanton Zürich

**Analyse des Rechtsschutzes im öffentlichen Planungs-, Bau- und
Umweltrecht – unter spezieller Berücksichtigung der Thematik des
Vergleichs**

Verfasser:

Vetterli

Pascal

pascal_vetterli@hotmail.com

Eingereicht bei:

Dr. Thomas Wetzel

Abgabedatum:

28.08.2017

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	V
Abbildungsverzeichnis	VI
Tabellenverzeichnis	VII
Executive Summary.....	VIII
1 Einleitung	1
1.1 Problemstellung und Ausgangslage.....	1
1.2 Zielsetzung.....	1
1.3 Abgrenzung der Thematik	1
1.4 Vorgehen.....	2
2 Rechtliche Grundlagen zum Rechtsschutz im öffentlichen Planungs-, Bau- und..... Umweltrecht	2
2.1 Rechtsmittelinstanzen	2
2.1.1 Das Baurekursgericht des Kantons Zürich	3
2.1.2 Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich	4
2.1.3 Das Bundesgericht.....	5
2.2 Verfahrensgrundsätze	7
2.3 Verfahrensbeteiligte.....	10
2.4 Sachurteilsvoraussetzungen / Kognition.....	11
2.4.1 Zuständigkeit	11
2.4.2 Anfechtungsobjekt.....	12
2.4.3 Rechtsmittelberechtigung / Legitimation	12
2.4.4 Besonderheiten bei der Anfechtung von Baubewilligungen	15
2.4.5 Rechtsmittelgründe.....	15
2.4.6 Überprüfungsbefugnis (Kognition) der Rechtsmittelinstanz.....	17
2.5 Das Rechtsmittelverfahren.....	17
2.5.1 Einleitungsphase.....	18
2.5.2 Ermittlungsphase	19

2.5.2.1	Schriftenwechsel	19
2.5.2.2	Beweisverfahren.....	20
2.5.2.3	Parteiverhandlung.....	20
2.5.3	Entscheidungsphase.....	21
2.5.4	Vollstreckungsphase.....	23
2.6	Haftung unterliegender Dritter im planungs- und baurechtlichen Verfahren..	24
2.6.1	Prozessuale Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	24
2.6.2	Kausalhaftung bei der Anordnung der aufschiebenden Wirkung	24
2.6.3	Staatshaftung	25
2.6.4	Schadenersatz nach Art. 41 OR.....	26
2.7	Gerichtsentscheide	29
2.7.1	Gegenstand: Sittenwidriger Vertrag (Art. 20 Abs. 1 OR).....	29
2.7.2	Gegenstand: Erpressung	34
3	Ökonomische Grundlagen	36
3.1	Neue Institutionenökonomie	36
3.2	Property-Rights-Ansatz, Transaktionskosten, Prinzipal-Agent-Ansatz.....	37
3.3	Anwendung auf den Rechtsschutz im öffentlichen Planungs-, Bau- und..... Umweltrecht.....	40
4	Empirische Untersuchungen.....	43
4.1	Befragung von Gemeinden: Rekurse gegen Baubewilligungen im	
	Kanton Zürich	43
4.1.1	Thesen.....	43
4.1.2	Untersuchungsmethodik	45
4.1.2.1	Angaben zu den teilnehmenden Gemeinden.....	45
4.1.2.2	Baubewilligungen und Rekurse der teilnehmenden Gemeinden	47
4.1.2.3	Datenaufbereitung für die Regressionsanalyse	48
4.1.3	Ergebnisse.....	48
4.2	Befragung von Juristen: Rekurse gegen Baubewilligungen im Kanton	
	Zürich – Thematik des Vergleichs	52

4.2.1	Umfrageziel	53
4.2.2	Untersuchungsmethodik	53
4.2.3	Ergebnisse.....	55
4.3	Zusammenfassung der Analyseergebnisse	57
5	Schlussbetrachtung	58
5.1	Fazit	58
5.2	Diskussion.....	59
5.3	Ausblick	60
6	Literaturverzeichnis	61
7	Anhang	64

Abkürzungsverzeichnis

BGer	Bundesgericht
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne)
BGG	Bundesgerichtsgesetz
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BVV	Bauverfahrensverordnung
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess
CHF	Schweizer Franken
c.p.	ceteris paribus
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
GU	Generalunternehmen
KV	Verfassung des Kantons Zürich
NIÖ	Neue Institutionenökonomie
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)
PBG	Planungs- und Baugesetz
RB	Rechenschaftsbericht
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung
sog.	sogenannt, sogenannte
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
VRG	Verwaltungsrechtspflegegesetz
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Übersicht über den Rechtsmittelweg.....	3
Abbildung 2: Ablauf Rechtsmittelverfahren	18
Abbildung 3: Grösse der teilnehmenden Gemeinden vs. Grundgesamtheit.....	45
Abbildung 4: Baubewilligungen pro Gemeinde	46
Abbildung 5: Rekurse pro Gemeinde	46
Abbildung 6: Handlungsbedarf beim Rekursrecht gemäss teilnehmenden Juristen	57

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Baurekurs-Statistik 2015 & 2016	4
Tabelle 2: Beschwerde-Statistik 2015 & 2016	5
Tabelle 3: "Beschwerde in öffentlichen Angelegenheiten"-Statistik 2015 & 2016	6
Tabelle 4: Übersicht zu der Gemeindeumfrage	47
Tabelle 5: Excel-Output "Nachbarrekursquote vs. Eigentumsquote"	49
Tabelle 6: Excel-Output "Nachbarrekursquote vs. Bodenpreis"	50
Tabelle 7: Excel-Output „Rückzüge vor Urteil vs. Anteil Nachbarrekurse“	51
Tabelle 8: Excel-Output „Nachbarrekursquote vs. sämtliche Gemeindeattribute“	52
Tabelle 9: Infos über die teilnehmenden Juristen	54
Tabelle 10: Angaben zu den Rekursen	55
Tabelle 11: Rekursgründe.....	56
Tabelle 12: Vergleichszahlungen und Verfahrensdauer nach Objektart	56

Executive Summary

In der vorliegenden Arbeit wird der Rechtsschutz im öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrecht unter Verwendung ökonomischer Ansätze, wie der Theorie der Verfügungsrechte (*Property-Rights-Ansatz*), den *Transaktionskosten* oder dem *Prinzipal-Agent-Ansatz* untersucht. Es wird aufgezeigt, dass der Rechtsschutz durch die weite Auslegung der Legitimation sowie der Rekursgründe die Verfügungsrechte verdünnt. Zudem wird dargelegt, dass der Rechtsschutz zu hohen Durchsetzungskosten der Verfügungsrechte (u.a. Verzögerungskosten, Prozessrisiko) führt, was eine grosse Anreizproblematik verursacht. Ein nutzenmaximierender Bauherr hat bei einem Nachbarrekurs den Anreiz, auch auf einen sittenwidrigen und somit rechtsmissbräuchlichen Vergleich einzugehen. Aufgrund der hohen Durchsetzungskosten wird der nutzenmaximierende Bauherr darauf verzichten, nachträglich den sittenwidrigen Vertrag vor einem Zivilgericht anzufechten. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass ein Nachbar relativ gute Chancen hat, eine deutlich höhere Vergleichsleistung vom Bauherrn einzufordern, als dies sein schutzwürdiges Interesse rechtfertigen würde. Folglich fördert der Rechtsschutz den rechtsmissbräuchlichen Gebrauch von Rechtsmitteln. In der rechtspolitischen Diskussion wird verlangt, dass dieser rechtsmissbräuchliche Gebrauch vermehrt sanktioniert wird. Hierzu werden mögliche Haftungsgrundlagen dargelegt.

Der empirische Teil enthält die Auswertung von zwei Umfragen. Eine erste Umfrage richtete sich an alle Gemeinden des Kantons Zürich. Dabei wurde der Fokus auf das Thema des Nachbarrekurses gelegt. Die empirische Analyse konnte diesbezüglich einen signifikanten Zusammenhang des Bodenpreises zur Nachbarrekursquote in einer Gemeinde nachweisen. Die zweite Umfrage untersuchte die Angaben zu zahlreichen Vergleichen im Kanton Zürich, die mittels Befragung von Baujuristen ermittelt wurde. Hierbei konnte aufgezeigt werden, dass 66% der Vergleiche geschlossen werden, noch bevor der Augenschein durchgeführt wird.

1 Einleitung

1.1 Problemstellung und Ausgangslage

Ein Rekurs kann bei Bauprojekten zu grossen Verzögerungen führen, die für den Bauherrn schnell mit hohen Kosten (wie z.B. Kapitalkosten des Bodens, Projektänderungskosten, hohe Marktrisiken aufgrund der sich ändernden Marktlage, Teuerung der Baukosten, etc.) verbunden sind. Abhängig davon, bis zu welcher Instanz das Rechtsmittelverfahren weitergezogen wird, besteht für den Bauherrn relativ lange eine Unsicherheit, ob und in welchem Umfang sein Bauprojekt realisiert werden kann. Hinzu kommt, dass der Bauherr, wenn er vor Gericht Recht erhält respektive der Rekurs abgewiesen wird, nur beschränkt Schadenersatz geltend machen kann. Der überwiegende Anteil der Kosten, welche im Zusammenhang mit einer Verzögerung entstehen, können vom Bauherrn nicht geltend gemacht werden.

Somit ist es möglich, dass aufgrund des Faktors Zeit und den damit verbundenen hohen Unsicherheiten auf Seiten des Bauherrn, ungerechtfertigte Rekurse mit ungerechtfertigten Kompensationszahlungen erledigt werden, im Umkehrschluss aber auch, dass gerechtfertigte Rekurse erledigt werden, obschon der Einwand rechtens war (bspw. im Falle einer fehlerhaften Baubewilligung).

1.2 Zielsetzung

Mit dieser Arbeit soll eine mögliche Anreizproblematik des Rechtsschutzes im öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrecht aufgezeigt werden. Hierzu wird einerseits der Rechtsschutz mit seinen Rechtsmitteln, Instanzen und der derzeitigen Rechtsprechung kurz erläutert und andererseits mit Hilfe von ökonomischen Theorien mögliche Dilemmas aufgezeigt. Mittels zweier Umfragen, wovon sich die eine an die Baubewilligungsinstanzen des Kantons Zürich (168 Gemeinden) richtet und die andere an Juristen im Kanton Zürich, die in Rechtsmittelverfahren involviert sind, sollen weitere Informationen und Erkenntnisse gewonnen werden, die für mögliche Lösungsansätze herangezogen werden können.

1.3 Abgrenzung der Thematik

In dieser Arbeit wird primär der Rechtsschutz im öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrecht des Kantons Zürich und dessen Anreizproblematik analysiert. Auf den Rechtsschutz in anderen Kantonen wird dabei nicht eingegangen. Es werden jedoch

auch Bundesgerichtsentscheide herangezogen, die ihren Ursprung in anderen Kantonen haben. Zudem wird der Fokus auf die Thematik des Nachbarrekurses und des Vergleichs gelegt. Die Thematik des Verbandsbeschwerderechts wird nur am Rande behandelt.

1.4 Vorgehen

Zu Beginn werden die rechtlichen Grundlagen zum Rechtsschutz im öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrecht des Kantons Zürich erläutert. Hierbei werden u.a. die einzelnen Instanzen, der Ablauf, die Verfahrensgrundsätze, die Verfahrensbeteiligten, die Haftungsthematik sowie einzelne Gerichtsentscheide dargelegt. Darauf folgt ein Abschnitt mit ökonomischen Theorien, welche in Bezug auf die Anreizproblematik des Rechtsschutzes im öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrecht relevant sind. Der empirische Teil besteht aus zwei Umfragen, mit welchen die zuvor gemachten Befunde empirisch getestet, bzw. bestätigt oder entkräftet werden soll. Zu guter Letzt folgt die Schlussbetrachtung mit einem Fazit, einer kurzen Diskussion zu den gewonnenen Erkenntnissen und einem Ausblick.

2 Rechtliche Grundlagen zum Rechtsschutz im öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrecht

2.1 Rechtsmittelinstanzen

Gestützt auf Art. 77 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich (KV) vom 27.02.2005, sowie der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18.04.1999 (Stand 12.02.2017), SR 101, umfasst der typische Rechtsmittelweg im öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrecht drei Rechtsmittelinstanzen: *das Baurekursgericht, das Verwaltungsgericht und das Bundesgericht*, was in folgender Abbildung veranschaulicht wird:

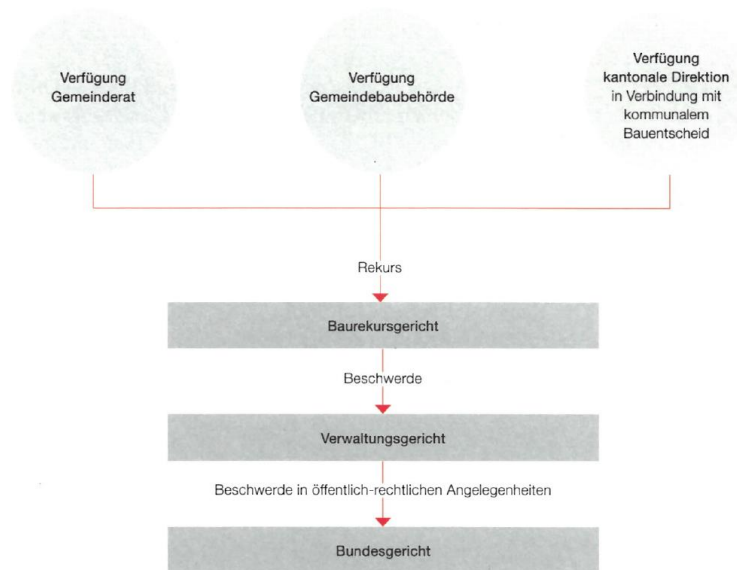


Abbildung 1: Übersicht über den Rechtswittelweg (Fritzsche, Bösch & Wipf, 2011, S. 423)

Daneben gibt es weitere Rechtsmittelinstanzen, wie z.B. das Bundesverwaltungsgericht oder der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, auf die an dieser Stelle nicht näher eingegangen wird (Fritzsche, Bösch & Wipf, 2011, S. 423).

2.1.1 Das Baurekursgericht des Kantons Zürich

Das Baurekursgericht besteht aus 4 Abteilungen mit jeweils einem Präsidenten und drei Mitgliedern sowie der Gerichtskanzlei. Der Kantonsrat wählt die Abteilungspräsidenten, die weiteren Mitglieder sowie die Ersatzmitglieder. Das Baurekursgericht ist ein sog. Fachgericht, weshalb neben Juristen auch Architekten, Ingenieure, Raumplaner und dergleichen als Mitglieder und Ersatzmitglieder gewählt werden. Die Richter sind im Nebenamt tätig. Die Amtsdauer beträgt 6 Jahre (Fritzsche et al., 2011, S. 424).

Das Baurekursgericht entscheidet in der Regel Streitigkeiten aus dem Planungs-, Bau- und Umweltrecht in erster Instanz. Dabei geht es in der Mehrheit der Fälle um die Beurteilung von Rekursen gegen die Erteilung respektive Verweigerung von Baubewilligungen durch die Gemeinden und kantonale Verwaltungsinstanzen (Fritzsche et al., 2011, S. 426).

Baurekurs-Statistik 2015 & 2016

Tabelle 1 gibt einen Überblick über die durch das Baurekursgericht erledigten Baurekurse der Jahre 2015 und 2016. Die Daten dazu wurden aus den Rechenschaftsberichten des Baurekursgerichts des Kantons Zürich entnommen:

Baurekurs-Statistik	2015	2016
Rekurseingänge	819	825
Ø-Fallkosten (in CHF)	5'180.-	4'760.-
Ø-Verfahrensdauer (in Monaten)	3	4
Anteil Verfahren, die innerhalb von 8 Monaten erledigt wurden	98%	97%
Pendente Fälle Ende Jahr	525	499
Anzahl Augenscheine	240	223
Erledigte Geschäfte	805	851
Weiterzüge ans Verwaltungsgericht (in % der erledigten Geschäfte)	105 (13%)	111 (13%)
Art der Erledigung	2015	2016
Gegenstandslosigkeit oder Rückzug	53%	46%
Gänzliche Gutheissung	9%	9%
Teilweise Gutheissung	10%	21%
Abweisung	20%	18%
Nichteintreten	8%	6%

Tabelle 1: Baurekurs-Statistik 2015 & 2016 (Eigene Darstellung)

Die Anzahl Rekurseingänge blieb gegenüber dem Vorjahr in etwa unverändert. 851 Geschäfte konnten 2016 erledigt werden. Gut 30% der Rekurse wurden gänzlich oder teilweise gutgeheissen, was gegenüber dem Vorjahr (19%) eine markante Steigerung bedeutet. Dieser Anteil ist u.a. ein Indiz dafür, wie fehlerhaft die Baubewilligungsbehörden gearbeitet haben. Wie schon im Vorjahr wurden insgesamt rund 13% aller Entscheide des Baurekursgerichts ans Verwaltungsgericht weitergezogen. Von den 499 per Ende 2016 pendenden Fälle wurden 283 vorwiegend wegen Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien oder Projektanpassungen durch die Bauherrschaft sistiert. Bei den Verfahrensabschreibungen (Gegenstandslosigkeit oder Rückzug) ist zu bemerken, dass ein grosser Teil auf die Bemühung des Baurekursgerichts zur Förderung einer gütlichen Lösung zurückzuführen war (Baurekursgericht des Kantons Zürich, 2015; Baurekursgericht des Kantons Zürich, 2016a).

2.1.2 Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich

Das Zürcher Verwaltungsgericht entscheidet in der Regel als letzte kantonale Instanz im Bereich des öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrechts. Das Verwaltungsgericht besteht aus voll- und teilamtlichen Richtern sowie Ersatzrichtern, die vom Kantonsrat gewählt werden und praxisgemäss alle Juristen sind. (Fritzsche et al., 2011, S. 426) Das Gericht ist in vier Abteilungen aufgeteilt, die sich auf bestimmte Rechtsgebiete spezialisiert haben. Der Bereich des öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrechts wird dabei mit gewissen Ausnahmen von der 1. Abteilung behandelt (Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 2016a).

Beschwerde-Statistik 2015 & 2016

Eine Übersicht zu den Beschwerden, die im Zusammenhang mit Entscheiden des Baurekursgerichts Zürich beim Verwaltungsgericht eingegangen sind, bietet Tabelle 2. Die Angaben, die nicht nur auf Entscheiden des Baurekursgerichts Zürichs gründen, wurden mit „*“ (basierend auf sämtlichen Entscheiden, die unter „Raumplanungs- Bau- und Umweltrecht“ ausgewiesen werden) oder „**“ (basierend auf allen Entscheiden des Verwaltungsgerichts) markiert.

Beschwerde-Statistik	2015	2016
Beschwerde-Eingänge	108	111
Ø-Fallkosten (in CHF)	7'184.-**	7'107.-**
Verfahrensdauer (Eingang bis Entscheid) < 6 Monate	50% *	58% *
Verfahrensdauer (Eingang bis Entscheid) < 1 Jahr	85% *	95% *
Verfahren länger als 2 Jahre	2% *	0% *
Pendente Fälle Ende Jahr	65*	84*
Erledigte Geschäfte	107	103
Weiterzüge ans Bundesgericht (in % aller Entscheide)	25% **	32% **
Art der Erledigung	2015	2016
Gänzliche Gutheissung	7%	9%
Teilweise Gutheissung	10%	11%
Abweisung	51%	56%
Rückweisung	11%	11%
Formelle Erledigung (Abschreibung oder Nichteintreten)	21%	13%

Tabelle 2: Beschwerde-Statistik 2015 & 2016 (Eigene Darstellung)

Die Anzahl bearbeiteter Fälle verblieb in etwa auf Vorjahresniveau. In 87% der Fälle erfolgte eine materielle Prüfung und knapp ein Drittel der Entscheide wurden ans Bundesgericht weitergezogen, was gegenüber dem Vorjahr ein deutlicher Anstieg darstellt. Die Verfahrensdauer hat sich gegenüber dem Vorjahr im Schnitt verkürzt. Sämtliche Verfahren dauerten weniger als 2 Jahre, was im Vorjahr nicht der Fall war (Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 2015; Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 2016b).

2.1.3 Das Bundesgericht

Auf eidgenössischer Ebene ist das Bundesgericht das höchste Gericht. Mit Streitigkeiten im Bereich des öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrechts befassen sich vorwiegend die I. und II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts.

Die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten, die sich aus der Bundesverfassung, der Kantonsverfassung oder der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 28.11.1974 (Stand: 23.02.2012), SR 0.101, ergeben, können mit einer „Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten“ am Bundes-

gericht gerügt werden. Hierzu ein paar typische verfassungsmässige Rechte, welche im Zusammenhang mit Streitigkeiten aus dem Bereich des öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrechts geltend gemacht werden (Fritzsche et al., 2011, S. 427-428):

- Rechtsgleichheit (Art. 8 BV)
- Treu und Glauben; Willkürverbot (Art. 9 BV)
- Recht auf unversehrtes Privat- und Familienleben und eine unversehrte Wohnung, z.B. im Zusammenhang mit Immissionen (Art. 8 EMRK)
- Eigentumsgarantie, unter Einschluss der Besitzstandsgarantie und der Baufreiheit (Art. 26 BV)
- Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung; Verbot der Rechtsverzögerung (Art. 29 Abs. 1 BV)
- Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV)
- Rechtsweggarantie; Recht auf den verfassungsmässigen Richter (Art. 29a und Art. 30 BV bzw. Art. 6 EMRK)

„Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten“-Statistik 2016

Tabelle 3 bietet eine Übersicht, in welcher Angaben zu Entscheiden des Bundesgerichts ersichtlich sind. Die Angaben beziehen sich hauptsächlich auf alle Entscheide des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, die mittels Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheit ans Bundesgericht weitergezogen wurden (Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 2015; Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 2016b).

„Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten“-Statistik	2015	2016
Beschwerde-Eingänge	233	290
Erledigte Fälle	7'695*	7'811*
Ø-Fallkosten (in CHF)	10'417.-*	10'132.-*
Ø-Verfahrensdauer (in Tagen) bis Urteilsfällung	143*	146*
Ø-Verfahrensdauer (in Tagen) für ganzen Prozess (inkl. Ausfertigung)	156*	159*
Max. Verfahrensdauer (in Tagen) für ganzen Prozess	1'281*	1'648*
Pendente Fälle Ende Jahr	1	125
Erledigte Beschwerden zu Entscheiden des Verwaltungsgerichts ZH	253	180
Art der Erledigung (Beschwerden des Verwaltungsgerichts ZH)	2015	2016
Gegenstandslosigkeit oder Rückzug	1%	3%
Gutheissung ohne Rückweisung	0%	2%
Teilweise Gutheissung ohne Rückweisung	2%	0%
Gutheissung mit Rückweisung	8%	3%
Teilweise Gutheissung mit Rückweisung	2%	2%
Abweisung	53%	43%
Nichteintreten	34%	47%

Tabelle 3: "Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten"-Statistik 2015 & 2016 (Eigene Darstellung)

Die Ausnahmen hierzu bilden die Verfahrenskosten sowie die Verfahrensdauer, welche über alle Entscheide des Bundesgerichtes gerechnet sind und mit einem „*“ versehen wurden. Bemerkenswert bei dieser Übersicht ist die Angabe der maximalen Verfahrensdauer, die mit 1'648 Tagen rund 4.5 Jahre betrug. Auch die Nichteintretens-Quote ist mit 47% markant. In rund der Hälfte aller Fälle erfolgte keine materielle Prüfung, was gegenüber dem Vorjahr (35%) eine deutliche Steigerung bedeutete (Bundesgericht, 2015; Bundesgericht, 2016).

2.2 Verfahrensgrundsätze

Beim Rechtsmittelverfahren kommen verschiedene Verfahrensgrundsätze zur Anwendung, welche nachfolgend kurz skizziert werden:

Dispositionsmaxime vs. Officialmaxime

Das Rechtsmittelverfahren wird grundsätzlich von der Dispositionsmaxime beherrscht, was so viel bedeutet, als dass der Staat nur Rechtsschutz einräumt, soweit und solange er von ihm verlangt wird. D.h., dass im Gegensatz zur Officialmaxime die Parteien bestimmen, ob ein Verfahren begonnen wird und mit ihren Rechtsmittelanträgen auch den Umfang des Verfahrens. Die Parteien können das Verfahren durch Verzicht, Vergleich, Anerkennung oder Rückzug wieder beenden. Bei der Officialmaxime hingegen bestimmt der Richter das Verfahren. Durchbrochen wird der Grundsatz der Dispositionsmaxime durch das Recht der Rechtsmittelinstanz, zugunsten des Rekurrenten über seine Rekursbegehren hinauszugehen. Daneben ist auch eine sog. „Verböserung“ oder „reformatio in peius“ möglich, was bedeutet, dass die Rekursinstanz die angefochtene Anordnung zum Nachteil des Rekurrenten ändern kann. Wird eine reformatio in peius aber in Betracht gezogen, hat der Rekurrent vorab das Recht angehört zu werden und gegebenenfalls den Rekurs zurückzuziehen, um damit einen für ihn nachteiligen Rekursentscheid zu vermeiden. Das Verwaltungsgericht darf gemäss §63 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) vom 24.05.1959, LS 175.2, im Gegensatz zum Baurekursgericht, nicht über die Parteienanträge hinausgehen und die aufgehobene Anordnung nicht zulasten des Beschwerdeführers abändern (Fritzsche et al., 2011, S. 431).

Untersuchungsmaxime vs. Verhandlungsmaxime

Hierbei geht es darum, wer für die Beschaffung des Prozessstoffes verantwortlich ist. Nach der Untersuchungsmaxime sind der Richter und die Verwaltung hierfür verant-

wortlich. Die Behörde muss dabei den rechtserheblichen Sachverhalt untersuchen und darf sich nur auf Sachumstände stützen, welche sie selber abgeklärt hat. Dabei darf sie auch Sachumstände beiziehen, welche von keiner Partei erwähnt werden. Nach der Verhandlungsmaxime müssen die Parteien den Verhandlungsstoff einbringen, womit der Richter keine eigenen Nachforschungen anstellen darf.

Im Verwaltungsprozess gelten somit weder die eine noch die andere Maxime absolut. Jedoch überwiegt die Untersuchungsmaxime gegenüber der Verhandlungsmaxime, da die Rechtsmittelinstanzen den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen. Hinzu kommt, dass der Rechtsmittelkläger von sich aus seinen Anspruch substantizieren und Beweismittel vorlegen muss, wenn er einen Anspruch geltend macht (Fritzsche et al., 2011, S. 431-432).

Eventualmaxime

Die Parteien müssen bis zu einem bestimmten Verfahrensabschnitt alle Angriffs- und Verteidigungsmittel anbringen, da diese sonst verspätet sind und nicht mehr berücksichtigt werden können (Fritzsche et al., 2011, S. 432).

Rechtliches Gehör

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die beteiligten Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör, d.h. sie haben Anspruch auf Orientierung über sie betreffende Anordnungen, wie die Eröffnung von Verfügungen, oder das Akteneinsichtsrecht. Die Beteiligten haben das Recht, sich im Verfahren zu äussern, z.B. mit Vernehmlassungen oder Stellungnahmen. Zum rechtlichen Gehör gehört auch das Recht der Parteien, sich an Beweisaufnahmen oder Parteiverhandlungen zu beteiligen. Ein unangemeldeter Augenschein oder Gutachten sind kein Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör, sofern die Parteien hinterher zum Ergebnis des Augenscheins oder des Gutachtens Stellung beziehen können (Fritzsche et al., 2011, S. 432-433).

Gleichbehandlung der Parteien

Die Parteien müssen im Rechtsmittelverfahren gemäss Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 EMRK gleich und gerecht behandelt werden. Die Parteien müssen die gleichen Chancen haben, ihre Anliegen zu vertreten, weshalb eine schwache Partei gegebenenfalls unterstützt werden muss (Fritzsche et al., 2011, S. 433).

Beschleunigungsgebot / Verbot der Rechtsverzögerung

Die Parteien haben gemäss Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 18 Abs. 1 KV und Art. 6 EMRK Anspruch, dass ihre Sache innert angemessener Frist erledigt wird. Die Rechtsmittelinstanzen sind mit Personal derart auszustatten, dass die Verfahren zeitgerecht erledigt werden können. Verfahren, die länger als ein bis zwei Jahre nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens dauern, sind zu lang. Im §339a PBG sind folgende Fristen festgeschrieben, die es einzuhalten gilt:

6 Monate: Max. Dauer von Eingang eines Rechtsmittels bis zum Entscheid

7 Monate: Max. Dauer, wenn zusätzlich eine UVP, Gutachten oder die Mitwirkung einer Bundesstelle nötig ist

Zusätzliche Einschränkungen beim Rekursverfahren am Baurekursgericht, welche für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht oder vor Bundesgericht nicht gelten:

- Vernehmlassungsfristen sollten nicht länger als die Rechtsmittelfrist sein und nur maximal um die gleiche Dauer erstreckt werden.
- Innert 60 Tagen nach Abschluss der Sachverhaltsermittlungen sollte der Entscheid von den verwaltungsinternen Rekursinstanzen sowie Rekurskommissionen gefällt sowie den Parteien begründet zugestellt werden.

Konkrete Sanktionen bei Nichteinhaltung dieser Fristen werden keine genannt. Die Rechtsmittelinstanzen haben zur Umsetzung dieser Bestimmungen aber immerhin die Vernehmlassungsfristen und deren Erstreckung relativ knapp zu bemessen (Fritzsche et al., 2011, S. 433-434).

Fristen beim Baurekursgericht (Baurekursgericht des Kantons Zürich, 2016b):

- 30 Tage beträgt die Vernehmlassungsfrist, die seit dem 01.10.2016 nicht mehr erstreckbar ist.
- 30 Tage beträgt die Frist für die Erstattung einer Rekursantwort. Die Frist ist weder erstreckbar noch kann sie abgenommen werden. Sie steht still, wenn einem Sistierungsgesuch des Rekursgegners entsprochen wird. Wird ein Rekurs vorsorglich erhoben, wird das Verfahren unter Zustellung der Rekurschrift an den Rekursgegner sistiert. Die Rekursantwortfrist wird angesetzt, wenn die Fortsetzung des Verfahrens verlangt wird.
- 20 Tage beträgt die nicht erstreckbare Frist für Replik und Duplik.

Fristen beim Zürcher Verwaltungsgericht (Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 2016c):

- 30 Tage beträgt die Frist für die Beschwerdeantwort / Beschwerdevernehmlassung und ist grundsätzlich nicht erstreckbar. §58 VRG sieht vor, dass die Vorinstanz und die am Verfahren Beteiligten die Gelegenheit zur schriftlichen Vernehmlassung erhalten. Hierfür gilt §26 Abs. 2 VRG sinngemäss. Das Verwaltungsgericht kann einen weiteren Schriftenwechsel anordnen.

2.3 Verfahrensbeteiligte

Urheber von Anordnungen

Am Rechtsmittelverfahren beteiligen sich gemäss §19 Abs. 1 lit. a VRG in erster Linie die Urheber einer angefochtenen Anordnung, die im Rechtsmittelverfahren als „Vorinstanz“ bezeichnet werden. Urheber von Anordnungen sind (nicht abschliessend) (Fritzsche et al., 2011, S. 435):

- die örtliche Baubehörde im Fall einer baurechtlichen Bewilligung nach §318 PBG;
- der Gemeinderat bei einer Unterschutzstellung;
- die politische Gemeinde bei einer Zonenplanänderung;
- ein kantonales Amt der Baudirektion bzw. der Volkswirtschaftsdirektion, die Baudirektion, die Volkswirtschaftsdirektion oder der Regierungsrat bei koordinationspflichtigen Bauvorhaben oder Genehmigungsentscheiden;
- im Falle des Weiterzugs im Rechtsmittelverfahren auch die Rechtsmittelinstanz, die zuvor entschieden hat und deren Rechtsmittelentscheid angefochten wird.

Adressaten von Anordnungen

Am Rechtsmittelverfahren sind hernach die Adressaten von Anordnungen beteiligt, wie z.B. (Fritzsche et al., 2011, S. 436):

- der Baugesuchsteller;
- der Eigentümer eines Schutzobjekts;
- die Grundeigentümer, deren Liegenschaft von einer Zonenplanänderung betroffen sind;
- der von einer kantonalen Verordnung oder Verfügung Betroffene.

Drittbeteiligte

Es können auch Dritte an einem Rechtsmittelverfahren beteiligt sein, die zwar durch eine Anordnung berührt sind, nicht aber direkt als Adressaten angesehen werden, wie z.B. (Fritzsche et al., 2011, S. 436):

- der Nachbar im Baubewilligungsverfahren
- Verbände mit ideellen Zwecken, die sich gestützt auf das kantonale Recht und des Bundesrecht am Rechtsmittelverfahren beteiligen können.

Vertreter von Parteien

Grundsätzlich kann jede Partei ein Rechtsmittelverfahren allein führen, da kein Vertretungszwang besteht. Es besteht jedoch das Recht, sich im Verfahren vertreten zu lassen. Im Bereich des öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrechts kann somit bis vor Bundesgericht eine beliebige Drittperson als Vertreter wirken, womit die Parteienvertretung im Kanton Zürich im Gegensatz zu anderen Kantonen bzw. bei Zivil- oder Strafsachen vor Bundesgericht nicht nur Rechtsanwälten vorbehalten ist (Fritzsche et al., 2011, S. 436).

2.4 Sachurteilsvoraussetzungen / Kognition

Im diesem Abschnitt wird aufgezeigt, welche Voraussetzungen (Sachurteilsvoraussetzungen) erfüllt sein müssen, damit auf ein erhobenes Rechtsmittel durch eine Rechtsmittelinstanz überhaupt eingetreten wird. Auch die Frage der sog. Kognition (Überprüfungsbefugnis) wird veranschaulicht. Hierbei gilt es zu klären, in welchem Umfang die Rechtsmittelinstanzen eine angefochtene Anordnung überprüfen dürfen (Fritzsche et al., 2011, S. 437).

2.4.1 Zuständigkeit

Die Zuständigkeit der angerufenen Rechtsmittelinstanz ergibt sich primär aus den Zuständigkeitsbestimmungen im materiellen Gesetz (z.B. §329 Abs. 1 PBG) und in zweiter Linie aus den Zuständigkeitsnormen in den entsprechenden Verfahrensrechten (z.B. §19b VRG). Die angerufene Rechtsmittelinstanz ist dabei von Amtes wegen verpflichtet, ihre Zuständigkeit zu prüfen. Es wird zwischen sachlicher, örtlicher und funktionaler Zuständigkeit unterschieden:

- die sachliche Zuständigkeit behandelt die Frage: Welche Rechtsmittelinstanz ist zur Behandlung einer Streitsache zuständig?
- die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach der geografischen Zugehörigkeit der anordnenden Behörden.
- die funktionale Zuständigkeit beurteilt die Frage: Welche Instanz innerhalb einer Rechtsmittelhierarchie ist zur Behandlung der Streitsache zuständig?

Betrachtet sich eine Verwaltungsbehörde oder die Rechtsmittelinstanz als unzuständig, ist sie gem. §5 Abs. 2 VRG von Amtes wegen verpflichtet, die Eingabe an die zuständige Verwaltungsbehörde weiterzuleiten. Diese Überweisungspflicht gilt nicht, falls ein Zivilgericht für die Behandlung der Streitsache zuständig ist (Fritzsche et al., 2011, S. 437-438).

2.4.2 Anfechtungsobjekt

Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens kann nur sein, was Gegenstand der angefochtenen Anordnung war bzw. was bei korrekter Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Wäre dies nicht der Fall, würde die funktionale Zuständigkeitsordnung untergraben. Damit ein Rechtsmittelverfahren überhaupt durchgeführt werden kann, benötigt es somit ein zulässiges Anfechtungsobjekt. Zu diesen gehören (Fritzsche et al., 2011, S. 438):

- Anordnungen einschliesslich raumplanungsrechtliche Festlegungen und Erlasse;
- das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Anordnung;
- Anordnungen, die das Verfahren abschliessen. Bei Teil-, Vor- oder Zwischenentscheiden richtet sich die Anfechtbarkeit nach Art. 91-93 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) vom 17.06.2005 (Stand 01.06.2017), SR173.110.

Nicht anfechtbar sind:

- Blosser Meinungsäusserungen oder Stellungnahmen der Behörden;
- Eine verwaltungsstrafrechtliche Verzeigung beim Statthalteramt durch die Baubehörde wegen Verletzung von Bauvorschriften.

2.4.3 Rechtsmittelberechtigung / Legitimation

Zum Rekurs und zur Beschwerde ist gemäss §338a PBG und §21 Abs. 1 VRG berechtigt, wer durch die angefochtene Anordnung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung dieser Anordnung hat. Dasselbe gilt für die Anfechtung von Erlassen. Ein faktisches (etwa wirtschaftliches oder ideelles) Interesse

reicht somit aus. Unzulässig ist hingegen die sog. „Popularbeschwerde“. Es ist also erforderlich, dass der Betroffene aufgrund einer besonders nahen Beziehung zur Sache mehr berührt ist, als irgendein beliebiger Dritter. Zudem muss sein Interesse aktuell sein (Fritzsche et al., 2011, S. 439).

Nicht zulässig ist das Vorbringen von Rekursgründen, die nur auf die richtige Anwendung des Rechts abzielen, ohne dass dem Rekurrent im Falle des Obsiegens einen Vorteil entsteht. Der Bedarf dieses praktischen tatsächlichen Nutzens bildet ein wichtiges Eintretenskriterium, mit welchem ein Ausufern der Rekursmöglichkeiten verhindert werden soll (Griffel, 2014, S. 216).

Legitimation von Adressaten (z.B. Baugesuchsteller)

Gestützt auf §21 Abs. 1 VRG und §338a Abs. 1 PBG sind Adressaten von Anordnungen zu deren Anfechtung berechtigt. Adressaten sind z.B. der Baugesuchsteller, der Eigentümer eines Schutzobjekts, der Grundeigentümer in einem Quartierplangebiet etc. (Fritzsche et al., 2011, S. 439).

Legitimation von Nachbarn

Die Legitimation eines Nachbarn ist davon abhängig, ob er in einer hinreichend engen räumlichen Beziehung zur Bauparzelle steht. Dabei ist nicht die Distanz in Metern entscheidend, sondern die Entfernung, auf welche sich das streitige Bauvorhaben auszuwirken vermag. Schattenwurf oder Lichtentzug kann bspw. nur bei einer relativ engen Nachbarschaft vorgetragen werden. Hingegen können Anlagen mit grossflächig wirkenden Immissionen (wie Abgas-, Rauch-, Staub- oder Lärmentwicklung), wie z.B. ein Flughafen oder Industriebetriebe, die kilometerweit bemerkbar sind, Betroffenen Anlass zur entsprechenden Klagen geben.

Neben den benachbarten Eigentümern sind zusätzlich auch Mieter und Pächter rechtsmittelberechtigt, vorausgesetzt, sie haben einen ungekündigten Miet- oder Pachtvertrag. Kein Anspruch auf Rekurs hat hingegen ein Mieter resp. Pächter, wenn das Bauprojekt, die von ihm gemietete resp. gepachtete Liegenschaft betrifft und der Rekurs nur darauf abzielt, das Miet- resp. Pachtverhältnis rechtsmissbräuchlich zu verlängern.

Unter Nachbarn gibt es zuweilen Vereinbarungen, welche einen Verzicht gegen ein allfälliges Bauvorhaben auf dem Nachbargrundstück zum Inhalt haben. Solche Rechtsmittelverzicht, die vor Empfang des baurechtlichen Entscheides abgeschlossen wurden,

sind unverbindlich und werden im öffentlich-rechtlichen Rechtsmittelverfahren nicht berücksichtigt (Fritzsche et al., 2011, S. 440-441).

Schutzwürdiges Interesse

Neben der räumlichen Beziehungsnähe muss auch ein schutzwürdiges Interesse an der Rechtsmittelerhebung vorliegen. Ein schutzwürdiges Interesse liegt immer dann vor, wenn der Nachbar einen praktischen Nutzen hat, respektive durch die Anfechtung der Anordnung einen Nachteil abwenden kann, den die Anordnung für ihn zur Folge hätte. Der Nachbar ist indes nicht legitimiert, wenn der gerügte Mangel ohne Weiteres durch eine für den Rekurrenten bedeutungslose Nebenbestimmung geheilt werden kann.

Weitere Kriterien für die Rechtfertigung eines schutzwürdigen Interesses sind, dass die Ergreifung des Rechtsmittels nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt sowie dass der Nachteil, den der Nachbar durch die Anordnung erleidet, von einer gewissen Erheblichkeit sein muss. Dies kann bspw. bei einem Bauvorhaben zum Tragen kommen, das zu einem erhöhten Verkehrsaufkommen führt (Fritzsche et al., 2011, S. 441).

Legitimation von Konkurrenten

Auch wenn keine nachbarliche Beziehung zum Streitobjekt vorliegt, kann die Legitimation bei einem Konkurrenten gegeben sein, sofern zum Streitobjekt eine spezifische wirtschaftliche Beziehungsnähe besteht. Dies ist bspw. bei Wirtschaftszweigen, bei denen besondere Zulassungsbeschränkungen gelten, der Fall. Eine solche wirtschaftliche Beziehungsnähe kann bspw. bei zwei Taxihaltern gegeben sein, die über die Zuteilung von öffentlichen Standplätzen streiten (Fritzsche et al., 2011, S. 442).

Legitimation von Verbänden

Juristische Personen, die oft als „Verbände“ bezeichnet werden, sind oft als Vereine und Stiftungen organisiert. Sie können in verschiedenen Funktionen Rechtsmittel erheben:

- zur Wahrung der eigenen Verbandsinteressen (z.B. bei unangebrachten Auflagen in der Baubewilligung des eigenen Bürogebäudes);
- im Interesse und im Namen seiner Mitglieder, womit er die gleiche Rechtsstellung einnimmt wie ein Rechtsvertreter;

- im Interesse der Verbandsmitglieder, aber im eigenen Namen (z.B. der Automobilclub, der sich gegen Geschwindigkeitsbeschränkungen wehrt). Dieses Rechtsmittel wird als „egoistische Verbandsbeschwerde“ bezeichnet und spielt im Baubereich eine untergeordnete Rolle;
- für ideelle Interessen (Natur- und Heimatschutz) und im eigenen Namen. Dieses Rechtsmittel wird als „ideelle Verbandsbeschwerde“ bezeichnet.

Die kantonale ideelle Verbandsbeschwerde betrifft jedoch nur bestimmte Ausnahmefälle: Es muss sich um baurechtliche Entscheide handeln, die in Zusammenhang mit den Bestimmungen zum Natur- und Heimatschutz stehen oder sich auf eine Ausnahmebewilligung nach Art. 24 ff. des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG) vom 22.06.1979 (Stand: 01.01.2016), SR 700, beziehen (Fritzsche et al., 2011, S. 442-443).

2.4.4 Besonderheiten bei der Anfechtung von Baubewilligungen

Ein Nachbar hat nach §315 Abs. 1 und §316 Abs. 1 PBG sein Rekursrecht verwirkt, wenn er nicht innerhalb 20 Tage seit Bekanntmachung bei der örtlichen Baubehörde schriftlich die Zustellung des baurechtlichen Entscheids verlangt. Verlangt der Vertreter den baurechtlichen Entscheid nur im eigenen Namen und nicht im Namen der vertretenen Partei (z.B. dem Nachbarn), so haben diese ihr Rekursrecht mangels rechtzeitigem Begehren um Zustellung des baurechtlichen Entscheids ebenfalls verwirkt. Dadurch soll der Bauherr rechtzeitig erfahren, wer allenfalls gegen das Bauvorhaben opponieren könnte. Wer als Nachbar nicht innert 20 Tagen seit der öffentlichen Bekanntmachung um Zustellung des baurechtlichen Entscheids ersucht, hat das Rekursrecht auch dann verwirkt, wenn die Baubehörde den Entscheid dem Nachbarn unaufgefordert eröffnet. Selbiges gilt auch für die Verbände mit ideellen Zwecken (Fritzsche et al., 2011, S. 445).

2.4.5 Rechtsmittelgründe

Die Rechtsmittelgründe sind abhängig von der jeweiligen Instanz. In diesem Abschnitt wird aufgezeigt, welche Rechtsmittelgründe bei welcher Rechtsmittelinanz gerügt werden können.

Erste Rechtsmittelinstanz – Das Baurekursgericht

Bei der ersten Rechtsmittelinstanz können nach §20 Abs. 1 VRG folgende Rekursgründe gerügt werden:

- Rechtsverletzungen einschliesslich Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitungen oder Ermessensunterschreitungen;
- unrichtige oder ungenügende Feststellungen des Sachverhaltes;
- Unangemessenheit der angefochtenen Anordnung.

Wird ein Erlass angefochten, kann nach §20 Abs. 2 VRG die Verletzung übergeordnetem Recht gerügt werden (Fritzsche et al., 2011, S. 446).

Zweite Instanz – Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich

Mit der Beschwerde an das Zürcher Verwaltungsgericht können analog der ersten Instanz folgende Beschwerdegründe geltend gemacht werden:

- Rechtsverletzungen einschliesslich Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitungen oder Ermessensunterschreitungen;
- Unrichtige oder ungenügende Feststellungen des Sachverhaltes;
- Unangemessenheit der angefochtenen Anordnung.

Bei planungs-, bau- und umweltrechtlichen Streitigkeiten entscheidet das Verwaltungsgericht meistens als zweite Instanz (mit Baurekursgericht als Vorinstanz). Dabei gilt, dass neue Tatsachenbehauptungen nur soweit zulässig sind, als dies durch die angefochtene Anordnung notwendig geworden ist.

Die Rüge der Unangemessenheit ist nach §50 Abs. 2 VRG, im Gegensatz zu der Rekursinstanz, nur zulässig, wenn ein Gesetz dies vorsieht, weshalb das Verwaltungsgericht grundsätzlich keine Ermessenskontrolle ausübt (Fritzsche et al., 2011, S. 446).

Dritte Instanz - Das Bundesgericht

Mit der „Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten“ an das Bundesgericht können Streitigkeiten beurteilt werden wegen Verletzung (vgl. Art. 189 Abs. 1 BV):

- von Bundesrecht (Verfassung, Gesetz, Verordnung);
- von Völkerrecht (insbesondere EMRK);
- von interkantonalem Recht;
- von kantonalen verfassungsmässigen Rechten;

- der Gemeindeautonomie und anderen Garantien der Kantone zugunsten von öffentlich-rechtlichen Körperschaften;
- von eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die politischen Rechte.

Nach Art. 97 Abs. 1 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung beruht, und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann.

Neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel sind nur soweit zulässig, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Fritzsche et al., 2011, S. 446).

2.4.6 Überprüfungsbefugnis (Kognition) der Rechtsmittelinstanz

Das Baurekursgericht überprüft einen baurechtlichen Entscheid umfassend auf seine Rechtmässigkeit und Angemessenheit. Überall dort, wo das kantonale Recht der Gemeinde eine erhebliche Entscheidungs- und Ermessensfreiheit belässt, ist die Kognition des Baurekursgerichts eingeschränkt. Dies gilt z.B. bei der Auslegung und Anwendung von Begriffen des kommunalen Rechts sowie wenn örtliche Verhältnisse zu würdigen sind. Damit die Gemeindeautonomie gewahrt bleibt (Art. 50 Abs. 1 BV), muss sich das Baurekursgericht Zurückhaltung auferlegen und die Entscheidungs- bzw. Ermessensausübung der örtlichen Baubehörde so weit respektieren, als sie noch vertretbar ist. Hauptfall dieser eingeschränkten Kognition ist die Behandlung von Ästhetik-Rügen gemäss §238 PBG. Dem Verwaltungsgericht steht gemäss §50 Abs. 1 VRG keine Kontrolle des Ermessens zu. Es übt lediglich Rechtskontrolle aus. Bei der „Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten“ wird allein die Verletzung von Bundesrecht überprüft (Fritzsche et al., 2011, S. 447).

2.5 Das Rechtsmittelverfahren

Der Ablauf eines Rechtsmittelverfahrens kann am Beispiel des Nachbarrekurses beim Baurekursgericht mit folgender Grafik veranschaulicht werden:

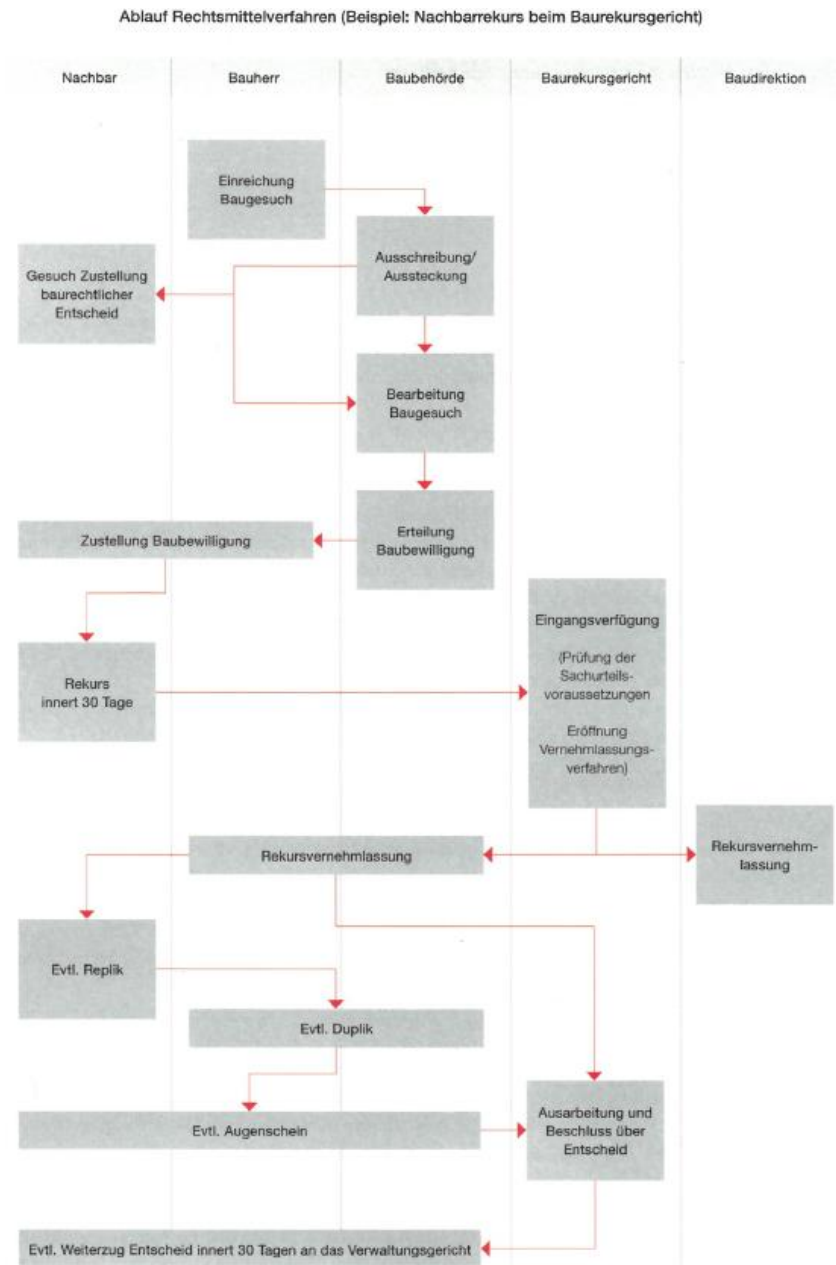


Abbildung 2: Ablauf Rechtsmittelverfahren (Fritzsche et al., 2011, S. 452)

Das Rechtsmittelverfahren lässt sich grob in 4 Phasen unterteilen, welche hier erläutert werden:

1. Einleitungsphase
2. Ermittlungsphase
3. Entscheidungsphase
4. Vollstreckungsphase

2.5.1 Einleitungsphase

Nach Eingang des Rekurses überprüft das Baurekursgericht, ob alle Eintretensvoraussetzungen (u.a. die Einhaltung der Rekursfrist oder die Zuständigkeit des Gerichts)

erfüllt sind. Falls nötig werden vorsorgliche Massnahmen erlassen. Als vorsorgliche Massnahme zählt in erster Linie die Erteilung oder der Entzug der aufschiebenden Wirkung für das betreffende Rechtsmittel. Nach §25 Abs. 1 VRG kommt einem Rekurs dabei grundsätzlich aufschiebende Wirkung zu. Nach Eingang eines Rekurses gegen eine Baubewilligung darf somit nicht mit den Bauarbeiten begonnen werden, es sei denn, die Rekursinstanz habe anders entschieden. Soweit Bauarbeiten den Rekursausgang nicht beeinflussen, kann der Präsident der Rekursbehörde auf Gesuch hin oder von Amtes wegen die Bauarbeiten freigeben. Bei Nachbarrekursen kommt es sehr selten vor, dass die aufschiebende Wirkung entzogen wird. Hierfür wäre eine grosse Dringlichkeit sowie das Vorliegen eines wesentlichen Interesses der Bauherrschaft nötig. Weitere mögliche vorsorgliche Massnahmen sind (Fritzsche et al., 2011, S. 451-453):

- ein Baustopp;
- ein vorsorgliches Nutzungsverbot;
- die Versiegelung von Räumen

2.5.2 Ermittlungsphase

2.5.2.1 Schriftenwechsel

Kann auf den Rekurs eingetreten werden, werden die Verfahrensbeteiligten zur Vernehmlassung eingeladen. Die Rechtsmittelinstanzen entscheiden in der Regel auf Basis eines einmaligen Schriftenwechsels. Zu einem zweiten Schriftenwechsel kommt es, wenn die zuständige Rechtsmittelinstanz

- auf erstmals in der Vernehmlassung vorgebrachte Gründe abstellen will;
- von sich aus beabsichtigt, ihrem Entscheid neu eingetretene oder bisher nicht berücksichtigte Tatsachen zugrunde zu legen;
- den Entscheid auf einen von keiner Partei angerufenen Rechtsgrund abstützen will, dessen Berücksichtigung von den Parteien nicht hatte vorausgesehen werden können.

Die neuere Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) sowie des Bundesgerichts schreibt vor, dass einer Partei Gelegenheit gewährt werden muss, zur Vernehmlassung der Vorinstanz oder der Gegenpartei Stellung nehmen zu können. Aus diesem Grund muss die Rekursinstanz die Vernehmlassungen den anderen Verfahrensbeteiligten zustellen (Fritzsche et al., 2011, S. 453-454).

2.5.2.2 Beweisverfahren

In der Rechtsmittelschrift und in Stellungnahmen dazu werden Behauptungen aufgestellt, die, soweit sie bestritten werden, zu beweisen sind. Dies geschieht mit Beweismitteln, bei deren Erhebung die Verfahrensbeteiligten – gestützt auf das rechtliche Gehör – Anspruch haben, sich zu beteiligen. Als Beweismittel kommen gestützt auf §7 Abs. 1 VRG in Frage:

- Urkunden (Beschlüsse von Behörden, Briefe, Verträge, Notizen, Pläne, Fotos)
- Augenschein
- Gutachten beziehungsweise Sachverständiger
- Amtsberichte
- Befragung von Beteiligten, Zeugen und Auskunftspersonen

Beim Augenschein wird das Streitobjekt in Anwesenheit der Parteien besichtigt und die Feststellungen vor Ort sind zu protokollieren und allenfalls zu fotografieren.

Die Rechtsmittelinstanz hat die Möglichkeit, einen Augenschein auch in Abwesenheit der Parteien vorzunehmen. Dies soll einer potentiellen Manipulation vorbeugen, welche es bei einem angekündigten Augenschein geben könnte (z.B. in Immissionsfällen). Damit das rechtliche Gehör gewahrt bleibt, ist den Parteien im Nachhinein das Augenscheinprotokoll zuzustellen (Fritzsche et al., 2011, S. 455-456).

2.5.2.3 Parteiverhandlung

Mündliche Verhandlung

Rechtsmittelinstanzen können eine mündliche Verhandlung anordnen, die anstelle oder neben die schriftlichen Vernehmlassungen treten. Anlässlich einer mündlichen Verhandlung könnten auch Vergleichsverhandlungen geführt werden, wie es beispielsweise beim Handelsgericht üblich ist (Fritzsche et al., 2011, S. 456).

Schlussverhandlung

Sind Beweise durch das Verwaltungsgericht erhoben worden, erhalten die Verfahrensbeteiligten zur Wahrung des rechtlichen Gehörs (§61 VRG) die Möglichkeit, sich mündlich oder schriftlich zum Beweisergebnis zu äussern (Fritzsche et al., 2011, S. 456).

Zusammenlegung von Parteiverhandlungen

Es liegt im Ermessen der Rechtsmittelinstanzen, in einem Verfahren verschiedene Arten von Parteiverhandlungen zusammenzulegen oder getrennt durchzuführen. Dies solange das rechtliche Gehör gewahrt bleibt und die Mindestanforderungen von Art. 6 EMRK erfüllt sind (Fritzsche et al., 2011, S. 457).

2.5.3 Entscheidungsphase

Rechtsmittelverfahren, die einmal eingeleitet wurden, sind mittels eines der folgenden Entscheide abzuschliessen:

- Abschreibung des Verfahrens
- Nichteintreten
- Materieller Entscheid

Abschreibung des Verfahrens

Bei der Abschreibung wird das Rechtsmittelverfahren ohne inhaltliche Prüfung erledigt. Dies geschieht:

- bei Rückzug des Rechtsmittels
- bei Gegenstandslosigkeit (z.B. Verzicht auf die Ausführung des Bauvorhabens)
- wenn ein Vergleich durch die Parteien geschlossen wird

Ein Abschreibungsentscheid aufgrund eines Vergleichs oder eines Rückzuges kann nur mit der Begründung angefochten werden, der Rechtsmittelrückzug bzw. der Vergleich, auf dem dieser beruht, leide an einem Willensmangel im Sinne von Art. 23ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR) vom 30.03.1911 (Stand: 01.01.2014), SR220. Dies muss innerhalb der Rechtsmittelfrist geschehen (Fritzsche et al., 2011, S. 457).

Nichteintreten

Ein Verfahren wird formell und nicht materiell entschieden, wenn eine Sachurteilsvoraussetzung fehlt. Dies gilt bei (Fritzsche et al., 2011, S. 458):

- Verspätung des Rechtsmittels;
- Unzuständigkeit;
- Fehlende Legitimation;

- Fehlende Bevollmächtigung eines Parteivertreters;
- Ungenügende Rechtsmittelschrift trotz Verbesserungsaufforderung;
- Nichtleistung des Kostenvorschusses für die Verfahrenskosten.

Materieller Entscheid

Ein Verfahren wird durch Gutheissung oder Abweisung des erhobenen Rechtsmittels materiell entschieden. Eine teilweise Gutheissung des Rechtsmittelbegehrens ist ebenfalls möglich. Zu einem materiellen Entscheid zählt auch, wenn die Rechtsmittelinstanz die Akten zu weiteren Abklärungen und Entscheiden an die Vorinstanz zurückweist (Fritzsche et al., 2011, S. 458).

Kosten des Rechtsmittelverfahrens und Entschädigungsfolgen

Die Kosten für das Rechtsmittelverfahren sind gemäss §13 Abs. 2 VRG in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen. Gemäss §338 Abs. 2 PBG legt das Baurekursgericht die Gerichtsgebühr nach seinem Zeitaufwand, nach der Schwierigkeit des Falls und nach dem Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest (Fritzsche et al., 2011, S. 458).

In der Regel beträgt die Gerichtsgebühr zwischen CHF 500.- und CHF 50'000.-. Wird das Verfahren ohne materielle Prüfung entschieden, kann die Gebühr bis auf einen Fünftel reduziert werden. Ein durchschnittliches Rekursgeschäft (mit Referentenaugenschein) verursacht in etwa Gesamtkosten von CHF 5'000.- bis CHF 5'500.-. Bei einer Abschreibung des Falles infolge Rückzug oder Gegenstandslosigkeit des Verfahrens, reduzieren sich die Gesamtkosten je nach Aufwand des Gerichtes (Baurekursgericht des Kantons Zürich, 2016c).

Wird ein Nachbarrekurs gutgeheissen, werden die Kosten des Rechtsmittelverfahrens in der Regel je hälftig dem Bauherrn und der Bewilligungsbehörde auferlegt.

Gestützt auf §17 Abs. 2 VRG kann die unterliegende Partei oder Amtsstelle zu einer angemessenen Umtriebsentschädigung an die obsiegende Partei verpflichtet werden, wenn:

- die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistandes rechtfertigte;
- oder

- ihre Rechtsbegehren oder die angefochtene Anordnung offensichtlich unbegründet waren.

Der Beizug eines Rechtsbeistandes ist im Rekursverfahren vor dem Baurekursgericht in den meisten Fällen gerechtfertigt. Daher ist einer obsiegenden, anwaltlich vertretenen Partei regelmässig eine angemessene Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Dies gilt auch bei formellen Entscheiden, wie Gegenstandslosigkeit, Rückzug, etc., unter der Voraussetzung, dass der obsiegenden Partei überhaupt schon ein Aufwand entstanden ist. Stehen sich in einem Rechtsmittelverfahren private Parteien gegenüber, ist nach §17 Abs. 3 VRG das unterliegende Gemeinwesen in der Regel weder entschädigungs verpflichtet noch entschädigungsberechtigt. Da nur eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen wird, bedeutet dies, dass nur in Ausnahmefällen der obsiegenden Partei die vollen Anwaltskosten ersetzt werden. Im Rechtsmittelverfahren vor dem Baurekursgericht und dem Verwaltungsgericht wird in der Regel eine Parteientschädigung von CHF 1'000.- bis CHF 2'000.- zugesprochen. Bei Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesgericht bestehen ähnliche Bestimmungen bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Von §17 Abs. 2 VRG sind nur Aufwendungen für das Rechtsmittel erfasst, wie die Erstellung der Rechtsschriften oder Teilnahme an Verhandlungen. Nicht berücksichtigt werden Mehrkosten, welche dem Bauherrn durch die Verfahrensverzögerung entstehen (Teuerung, etc.). Für solche Mehrkosten wird nur eine Entschädigung geschuldet, wenn sich die Einreichung eines Rechtsmittels als rechtswidrig im Sinne von Art. 41 OR erweist. Für solche Forderungen sind dann die Zivilgerichte zuständig (Fritzsche et al., 2011, S. 458-459).

Die Haftungsthematik wird im Abschnitt 2.6. *Haftung unterliegender Dritter im planungs- und baurechtlichen Verfahren* ausführlich behandelt.

2.5.4 Vollstreckungsphase

Die Rekursentscheide werden von der ersten Instanz (d.h. von der Verwaltungsbehörde) vollstreckt, sofern die Rekursinstanz nichts anderes bestimmt.

Die Kosten des Verfahrens werden hingegen von der Rekursinstanz bezogen. Gleiches gilt bei Beschwerdeentscheiden des Zürcher Verwaltungsgerichts sowie bei Bundegerichtsentscheiden (Fritzsche et al., 2011, S. 460).

2.6 Haftung unterliegender Dritter im planungs- und baurechtlichen Verfahren

In der rechtspolitischen Diskussion wird verlangt, dass der missbräuchliche Gebrauch der zur Verfügung stehenden Rechtsmittel vermehrt sanktioniert wird, was auch präventiv wirken würde.

Hierbei steht man einem Dilemma gegenüber. Einerseits soll der gegebene und gewollte Rechtsschutz nicht ohne gute Gründe in Frage gestellt werden, andererseits sollten bewusst herbeigeführte persönliche und volkswirtschaftliche Schäden durch Haftpflichtleistungen kompensiert werden (Marti, 2016, S. 345-347).

Um die Haftungsthematik zu erörtern, werden die 4 in Frage kommenden Haftungsgrundlagen betrachtet. Diese sind:

- Prozessuale Kosten- und Entschädigungsfolgen
- Kausalhaftung für Anordnungen zur aufschiebenden Wirkung
- Staatshaftung
- Verschuldenshaftung nach Art. 41 OR

2.6.1 Prozessuale Kosten- und Entschädigungsfolgen

Am Ende jedes Rechtsmittelverfahrens wird über die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Verfahren entschieden. Hierbei werden nur die Verfahrenskosten und die Parteikosten berücksichtigt, nicht aber der durch die Prozessführung eingetretene Verzögerungsschaden. Die Verfahrens- und Parteikosten werden regelmässig nach dem Unterliegerprinzip verteilt, und da bei missbräuchlicher Prozessführung eines Bauopponenten davon ausgegangen werden kann, dass auf sein Rechtsmittel nicht eingetreten bzw. dieses abgewiesen wird, sind die Partei- und Verfahrenskosten grundsätzlich vom Bauopponenten zu tragen. Die Spezialhaftungsbestimmungen für die Parteikosten in den Verwaltungsrechtspflegegesetzen decken dabei den durch die missbräuchliche Anfechtung von Bauprojekten entstehenden Schaden oft nur zu einem kleinen Teil ab. Der entstehende Verzögerungsschaden kann nicht auf diesem Weg abgewälzt werden (Marti, 2016, S. 348).

2.6.2 Kausalhaftung bei der Anordnung der aufschiebenden Wirkung

Häufig verweisen Verwaltungsrechtspflegegesetze auf das Zivilprozessrecht als subsidiär anwendbares Recht. Somit könnte für eine Entschädigung bei missbräuchlicher Anfechtung von Bauprojekten neben einer eventuellen Sicherstellungspflicht auf

die im Zivilprozessrecht vorgesehene strenge Kausalhaftung im Zusammenhang mit der Anordnung vorsorglicher Massnahmen abgestützt werden (vgl. Art. 264 Abs. 1 und 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19.12.2008 (Stand: 01.01.2017), SR 272). Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung bei der Anfechtung einer Baubewilligung könnte demnach mit entsprechenden Sicherstellungsaufgaben bzw. Haftungsfolgen verbunden werden, was Bauopponenten von einer missbräuchlichen Anfechtung abhalten könnte. Im früheren staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, für welches auf das Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess (BZP) vom 04.12.1947, SR 273, als subsidiäres Recht verwiesen worden war, hat das Bundesgericht die Beschwerdeführer in mehreren Fällen zu erheblichen Entschädigungszahlungen verpflichtet, nachdem ihnen Beschwerden die aufschiebende Wirkung gewährt wurde, die Beschwerde jedoch später abgewiesen worden war. Im kantonalen Rechtsmittelverfahren in Bausachen kommt den erhobenen Rechtsmitteln, anders als bei den Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht, häufig von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu. Deshalb kann eine solche Haftungsfolge von vornherein nicht oder nur in Ausnahmefällen (z.B., wenn über den Entzug der aufschiebenden Wirkung entschieden werden muss) zum Zug kommen. Es ist zudem kritisch zu hinterfragen, ob eine dementsprechende materiellrechtliche Haftungsgrundlage, welche für den Prozessführenden ein enormes Kostenrisiko in sich birgt, nur durch eine Verweisung auf das Zivilprozessrecht als subsidiäres Verfahrensrecht geschaffen werden kann. Das Bundesgericht hat diese Frage auch in Bezug eines staatsrechtlichen Beschwerdeverfahrens ausdrücklich offengelassen. In der Lehre wird eine solche vom Zivilprozessrecht übernommene Haftung, die den bestehenden Rechtsschutz in Bausachen völlig in Frage stellen würde, überwiegend abgelehnt (Marti, 2016, S. 349).

2.6.3 Staatshaftung

Bei einer missbräuchlichen Prozessführung, bei der ein Verzögerungsschaden eintritt, weil einem Rechtsmittel zu Unrecht die aufschiebende Wirkung erteilt, bzw. deren Entzug nicht zugestimmt wurde, stellt sich die Frage, ob die zuständige Rechtsmittelinstanz für den entstandenen Schaden belangt werden kann. Nach Lehre und Rechtsprechung ist dies nur in Ausnahmefällen möglich, da für behördliche Entscheide die Staatshaftung insofern subsidiär ist, als solche Entscheide zunächst mit allen zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln angefochten werden müssen und nicht ex post im Staatshaftungsprozess überprüft werden können (Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes). Eine solche Haftung für Justizschäden besteht somit nur dann, wenn eine

schwere Rechtsverletzung (z.B. eine wesentliche Amtspflichtverletzung der zuständigen Behörde) vorliegt. Dies schränkt eine mögliche Staatshaftung weiter ein, sodass sich die Sonderhaftungsregeln meist auf den willkürlichen Entzug oder die willkürliche oder verspätete Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beschränken (Marti, 2016, S. 350). Aufgrund der beschränkten Staatshaftung für Justizschäden sowie der Obliegenheit der geschädigten Partei, zunächst alle ihr zur Verfügung stehenden Massnahmen zu treffen, um auf eine Beschleunigung des Verfahrens hinzuwirken (z.B. Eingaben an die verfahrensführende Instanz; Rechtsverzögerungsbeschwerde an die zuständige Beschwerdeinstanz), kann bei zu langer Dauer missbräuchlich eingeleiteter Verfahren der Verzögerungsschaden meist ebenfalls nicht auf den Staat abgewälzt werden (Marti, 2016, S. 350-351).

2.6.4 Schadenersatz nach Art. 41 OR

Damit ein Rekurrent oder Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der Anfechtung einer Baubewilligung nach OR 41 belangt werden kann, müssen die allgemeinen Voraussetzungen der ausservertraglichen Haftung gegeben sein. Diese sind: *Schaden*, *Kausalzusammenhang*, *Widerrechtlichkeit* und *Verschulden*. Hierbei bilden v.a. die letzten beiden Voraussetzungen hohe Hürden, um den Rekurrenten oder Beschwerdeführer, dessen Anfechtungsmotive unlauter oder willkürlich sind, haftungsrechtlich zu belangen (Marti, 2016, S. 351).

Schaden

Bei missbräuchlicher Anfechtung von Bauprojekten ist der Schaden offensichtlich. Einerseits besteht er aus den *aufgewendeten Kosten für den Prozess*, zu denen v.a. die Kosten des Rechtsvertreters sowie allfälliger Privatgutachten, usw. gehören, welche nicht mit der Parteienentschädigung abgegolten werden können. Andererseits fällt aber v.a. der *Bauverzögerungsschaden* ins Gewicht, wenn zwischen der Erteilung der Baubewilligung und dem Eintritt der Rechtskraft derselben, welche in der Regel erst die Bauausführung ermöglicht, Monate, wenn nicht Jahre liegen. Die Folge davon können höhere Baukosten (Bauteuerung), höherer Finanzierungsaufwand (anfallende Kapitalzinsen), unter Umständen entgangener Gewinn (durch Verlust von Mietzinseinnahmen infolge verspäteter Bauvollendung) oder zusätzliche Kosten für eine Beschaffung eines temporären Ersatzobjektes sein (Marti, 2016, S. 351-352).

Kausalzusammenhang

Der benötigte *adäquate Kausalzusammenhang* zwischen der Anfechtung des Baubewilligungsentscheides und dem eingetretenen Verzögerungsschaden ist in der Regel gegeben. Berücksichtigt werden muss allenfalls aber, dass Einspracheverfahren meist von Gesetzes wegen ohnehin durchzuführen sind und sich der Eintritt der Rechtskraft einer Baubewilligung auch wegen Rechtsmitteln von weiteren Dritten verzögerte. Wendet der Baugesuchsteller unnötige oder unangemessene Kosten für die Durchsetzung seiner Rechte auf oder schliesst er leichtfertig auf einen sehr frühen Zeitraum einen Mietvertrag ab, kann der erforderliche Kausalzusammenhang entfallen. Möglich sind auch weitere Entlastungsgründe, wie Selbst- oder Drittverschulden, die bei genügendem Ausmass die erforderliche Kausalität unterbrechen oder nach Art. 43 Abs. 1 sowie Art. 44 Abs. 1 OR zumindest zu einer Herabsetzung der Entschädigung führen können. Bspw. kann die Einreichung einer komplett ungenügenden Baueingabe als Beispiel für das Selbstverschulden herangezogen werden. Hierbei müsste aber bereits die Baubewilligungsbehörde korrigierend eingreifen. Eine übermässig lange Dauer der Rechtsmittelverfahren kann bspw. als Drittverschulden für eine Herabsetzung der Entschädigung angebracht werden. Daneben kann höhere Gewalt, bspw. beim Brand eines bestehenden Bauobjekts, als Unterbrechungs- oder Herabsetzungsgrund gegeben sein (Marti, 2016, S. 352).

Widerrechtlichkeit

Die Schwierigkeit bei der Haftung für Verzögerungen durch die Anfechtung von Bauprojekten liegt hauptsächlich beim Erfordernis der Widerrechtlichkeit. Da die Rechtsordnung die entsprechenden Anfechtungsmittel ausdrücklich vorsieht und die zuständige Baubehörde es in der Hand hat, rechtzeitig zu entscheiden, würde es einem wichtigen rechtsstaatlichen Grundprinzip widersprechen, wenn Baueinsprecher bei einem späteren Unterliegen in jedem Fall für den Verzögerungsschaden haftbar gemacht würden. Das Bundesgericht hat daher in der neueren Zeit, entgegen einzelner Stimmen in der Lehre, festgehalten, dass nur die missbräuchliche, böswillige oder gegen Treu und Glauben verstossende Ausübung von Verfahrensrechten, eine unerlaubte, d.h. widerrechtliche Handlung nach Art. 41 OR darstellen könne. Es reicht also nicht, dass ein im Rahmen der Prozessführung eingenommener Standpunkt sich im Nachhinein objektiv bzw. nach Auffassung der zuständigen Justizbehörde als nicht gerechtfertigt erweist, sondern es bedarf zusätzlich ein Verstoss gegen eine sich aus der Rechtsordnung (namentlich Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot Art. 2 Abs. 1 und 2

des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10.12.1907 (Stand: 01.01.2017), SR 210) ergebende Verhaltensnorm.

Widerrechtlich kann die Inanspruchnahme von Rechtsmitteln zur Anfechtung von Bauprojekten sein, wenn:

- das Rechtsmittel für *einen fremden Zweck eingesetzt* wird, wie z.B. blosse Bauverzögerung oder Versilberung der eigenen Position (sog. *verpönte Kommerzialisierung der Rechtsposition*);
- das Rechtsmittel von *vornherein offensichtlich aussichtslos* ist (dies dürfte in der Praxis angesichts der zahlreichen einzuhaltenden und oft mit schwierigen Auslegungs-, Anwendungs- und Abwägungsfragen verbundenen Vorschriften nur in seltenen Fällen gegeben sein).

Rechtsmissbräuchlich kann es z.B. sein, wenn der Beschwerdeführer aufgrund falscher Angaben aufwendige Abklärungen verlangt, die zu erheblichen Bauverzögerungen führen oder der Rekurrent sich für den Rückzug seines Rechtsmittels eine Entschädigung versprechen lässt, die in keinem Verhältnis zum potenziell hingenommenen Nachteil steht (hierbei ist unter Umständen eine Rückforderung der bezahlten Entschädigung nach dem Bereicherungsrecht möglich).

Nicht rechtsmissbräuchlich bzw. nicht für eine von *vornherein aussichtslose Anfechtung* verantwortlich sind hingegen (Marti, 2016, S. 353-354):

- eine schlechte Prozessführung des Bauopponenten, sofern sachliche Gründe gegen das Bauvorhaben vorgebracht werden können;
- einen Standpunkt im Prozess einzunehmen, der im Widerspruch zur herrschenden Lehre und Praxis steht, sofern man sich auf gute Gründe stützen kann bzw. die Frage nicht völlig unumstritten ist;
- die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege, weil die Gewinnaussichten kleiner sind, als die Wahrscheinlichkeit des Unterliegens
- die Auferlegung von Verfahrenskosten und/oder Ordnungsbussen wegen mutwilliger Prozessführung.

Verschulden

Für die Haftung nach Art. 41 OR reicht die widerrechtliche Schadenszuführung alleine noch nicht. Es muss zusätzlich ein *relevantes Verschulden des Belangten* bestehen. Wie bereits bei der Voraussetzung der Widerrechtlichkeit ist auch beim Verschulden zu

beachten, dass die gesetzlich vorgesehenen Ausübung von Rechtsmitteln nicht durch strenge Verhaltensanforderungen bzw. entsprechende Haftungssanktionen in Frage gestellt werden darf. Nach herrschender Auffassung reicht bei der Ausübung der Verfahrensrechte eine leichte Fahrlässigkeit nicht aus, um die Haftung wegen missbräuchlicher Prozessführung zu begründen. Grundsätzlich sind hierfür ein *absichtliches* oder *grob-fahrlässiges Verhalten* nötig.

Bei der zweckwidrigen Verwendung bspw. kann ein absichtliches Verhalten angenommen werden, wogegen die Unterscheidung zwischen leichtem und grobfahrlässigem Verhalten vor allem beim Vorwurf aussichtsloser Prozessführung zum Tragen kommt. Hierbei werden bei einem selber prozessierenden rechtsunkundigen Beschwerdeführer andere Massstäbe angewandt, als wenn er sich von einem Rechtsanwalt vertreten lässt. Ist die Vertretung der Fall, erscheint ein relevantes persönliches Verschulden des Bauopponenten kaum gegeben, ausser er habe den Rechtsvertreter falsch instruiert, die unlautere Prozessführung genehmigt oder diesen sogar angestiftet. Liegt jedoch ein grobfahrlässiges Verhalten des Rechtsvertreters vor, kann der Klient nicht dafür belangt werden, sondern es stellt sich die Frage der Haftung des Rechtsvertreters (Marti, 2016, S. 355).

2.7 Gerichtsentscheide

In diesem Abschnitt werden in Kurzform drei ausgewählte Bundesgerichtsentscheide wiedergegeben, die aufzeigen, in welchen Fällen von einer sittenwidrigen Vereinbarung ausgegangen werden kann und mit welchen rechtlichen Mitteln sich der Bauherr gegen überhöhte Vergleichsleistungen zur Wehr setzen kann. Dabei wird u.a. auch auf *die Übervorteilung gem. Art 21 OR, die ungerechtfertigte Bereicherung gem. Art. 62ff OR* sowie *die Erpressung gem. Art. 156 StGB*, eingegangen.

2.7.1 Gegenstand: Sittenwidriger Vertrag (Art. 20 Abs. 1 OR)

a) *BGE 115 II 232 (Urteilsdatum: 26.09.1989)*

- *Sittenwidriger Vertrag: Nein*
- *Übervorteilung (gem. Art. 21 OR): Nein*
- *Dauer des Verfahrens: ca. 7 Jahre / Ort des Objekts: Rorschach SG*

Sachverhalt

Eine Nachbarin erhob 1982 gegen eine erteilte Baubewilligung für ein Bauprojekt einer Immobiliengesellschaft Rekurs und rekurrierte zudem gegen die Erlaubnis eines vorzeitigen Baubeginns. Im Februar 1983 wurde eine Vereinbarung unterzeichnet, wonach sich die Nachbarin verpflichtete, die hängigen Rekurse zurückzuziehen und vorab für ein später vorgesehenes weiteres Projekt auf eine Einsprache zu verzichten. Als Gegenleistung wurden dingliche Rechte (u.a. Nutzung des Grundstücks ausschliesslich für Wohn- oder nicht störende Gewerbezwecke) und eine Entschädigung von insgesamt CHF 84'000.- vereinbart. CHF 34'000.- sollten dabei bei Eintrag der dinglichen Rechte im Grundbuch an den Anwalt überwiesen werden und für die übrigen CHF 50'000.- war eine jährliche Amortisation vorgesehen.

In der Folge wurden die vereinbarten dinglichen Rechte im Grundbuch eingetragen und die CHF 34'000.- an den Anwalt der Nachbarin bezahlt, worauf die hängigen Rekurse zurückgezogen wurden und der Bauherr sein Bauvorhaben gemäss der nun rechtskräftigen Baubewilligung ausführen konnte.

Im Mai 1984 verlangte der Bauherr unter Berufung auf Nichtigkeit, die Löschung der grundbuchlichen Eintragungen, die Rückerstattung der bezahlten CHF 34'000.- samt Zins sowie die Feststellung einer Schadenersatzpflicht der Nachbarin aufgrund rechtswidriger Baueinsprachen und Rekursen. Der Bauherr berief sich unter anderem darauf, dass die Vereinbarung nach Art. 20 Abs. 1 OR sittenwidrig sei (Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, 1989).

Entscheide

Das Bundesgericht hielt fest, dass die von den Parteien verabredeten Leistungen (Zustimmung zu einem bekämpften Bauprojekt, Begründung von Dienstbarkeiten, etc.) nicht sittenwidrig waren und auch kein mittelbar sittenwidriger Zweck oder Erfolg angestrebt wurde. Demnach stand nur noch die Frage zur Diskussion, ob in sittenwidriger Weise eine Bindung mit einem materiellen Vor- oder Nachteil verknüpft wurde.

Wie die Vorinstanzen verbindlich festhielten, war der Hauptrekurs nicht aussichtslos, und somit durchaus geeignet, schutzwürdige Interessen der Nachbarin zu wahren. War ihre Opposition nicht aussichtslos, durfte sie damit rechnen, das missliebige Bauvorhaben verhindern oder den Bauherrn zu einem für ihn günstigeren Projekt veranlassen zu

können. Solche Chancen und Vorteile können geldwerter Natur sein, womit die Entschädigung für den Verzicht nicht gegen die guten Sitten verstösst.

Eine Sittenwidrigkeit kann auch das vom Bauherrn behauptete Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht begründen. Die Unterbindung einer Wertdisparität bei Vertragsleistung, sei gerade nicht das Ziel der erwähnten Grundwerte der Rechtsordnung. Diese Thematik wird eher vom Übervorteilungstatbestand gem. Art. 21 OR erfasst, wonach ein offenkundiges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ausnahmsweise dann die einseitige Unverbindlichkeit zur Folge hat, wenn die eine Partei dessen Abschluss durch Ausbeutung einer Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns der anderen Partei herbeigeführt hat.

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass der angefochtene Entscheid in der Ablehnung einer allgemeinen Widerrechtlichkeit bzw. Sittenwidrigkeit nicht zu beanstanden und somit die Anschlussberufung abzuweisen sei. Der Vorinstanz sei nicht zu folgen, wenn sie das von ihr angenommene Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung über das Rechtsmissbrauchsverbot korrigieren will. Weder der Grundsatz des Treu und Glauben noch das Rechtsmissbrauchsverbot ist dazu da, einer allgemeinen Vertragsgerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen. Der Grundsatz der Vertragstreue erlaubt im Gegenteil nur dort einen Vertrag als nichtig bzw. einseitig unverbindlich zu erklären, wo:

- dessen Inhalte Grundwerten der Rechtsordnung widerspricht (Art. 19/20 OR);
- die Willensbildung mangelhaft war (Art. 23ff. OR);
- die subjektiven Voraussetzungen der Übervorteilung (Art. 21 OR), neben einem offenkundigen Missverhältnis der Vertragsleistungen gegeben sind.

Solange Letzteres nicht der Fall ist, bleibt den Vertragsschliessenden, im Sinne der Vertragsfreiheit nach Art. 19 Abs. 1 OR, frei, ein beliebiges Ungleichgewicht der Leistungen zu vereinbaren. Das Rechtsmissbrauchsverbot gibt entgegen der Einschätzung der Vorinstanz keine Handhabe, die nach Art. 19 und 20 OR gültig vereinbarte Entschädigung für den Rückzug der Baurekurse und den Verzicht auf weitere Baueinsparungen auf einen vom Richter festgelegtes Mass herabzusetzen. Das Bundesgericht hat deshalb die Berufung gutgeheissen, womit keine Herabsetzung der Entschädigung Tatsache wurde (Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, 1989).

b) *BGE 123 III 101 (Urteilsdatum: 20.11.1996)*

- *Sittenwidriger Vertrag: Ja*
- *Ungerechtfertigte Bereicherung (gem. Art. 62ff OR): Nein*
- *Dauer des Verfahrens: ca. 3 Jahre / Ort des Objekts: Luzern*

Sachverhalt

Der Eigentümer eines Geschäftshauses reichte am 18.10.1993 ein Baugesuch für die Renovation und den Umbau seiner Liegenschaft ein, worauf der Nachbar öffentlich-rechtliche Einsprache erhob. Im April 1994 wurde die Baubewilligung erteilt und gleichzeitig die Einsprache abgewiesen resp. für erledigt erklärt. Diesen Entscheid focht der Nachbar mit Verwaltungsbeschwerde im Mai 1994 an. Ende Mai vereinbarte der Bauherr mit dem Nachbarn einen Vergleich von CHF 30'000.-, wonach der Nachbar unmittelbar nach Überweisung des Betrages die Verwaltungsbeschwerde zurückzuziehen habe. Anfangs Juni 1994 überwies der Bauherr den Betrag, worauf der Nachbar die Beschwerde zurückzog und mit den Bauarbeiten begonnen werden konnte. Im April 1995 erhob der Bauherr beim Amtsgericht Klage gegen den Nachbar mit dem Begehren den bezahlten Vergleich von CHF 30'000.- nebst Zins zurückzuzahlen.

Entscheide

Das Begehren wurde von den Vorinstanzen mit der Begründung gutgeheissen, der Eigentümer habe die Zahlung aufgrund einer sittenwidrigen und damit nichtigen Vereinbarung bezahlt (vgl. Art. 20 Abs. I OR) und könne folglich den Betrag aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern.

Nach Auffassung der Vorinstanz erhob der Nachbar, im Gegensatz zum Urteil *BGE 115 II 232 ff.*, mit der Verwaltungsbeschwerde keine materiellen Einwände, die zu einer Einschränkung des Bauvorhabens mit geldwertem Vorteil zu seinen Gunsten hätte führen können. Chancen und Vorteile geldwerter Natur waren nicht ersichtlich, welche der Beklagte als Eigentümer des Nachbargrundstücks mit dem Rechtsmittel hätte realisieren können und auf deren Wahrnehmung er mit dem Rückzug der Beschwerde gegen Entschädigung verzichtet hatte. Das Interesse an der blossen Verzögerung eines Bauvorhabens ist nicht schutzwürdig und kann folglich ohne inneren Wertungswiderspruch nicht als Vermögenswert abgegolten werden. Somit waren die Voraussetzungen einer *verpönten Kommerzialisierung* des Verzichts gegeben, wodurch die Vereinbarung sittenwidrig war. Auch im Beschwerdeverfahren konnten keine konkreten Einwände materieller Natur gegen das Umbauvorhaben vorgebracht werden, deren Gutheissung

negative Auswirkung auf das Nachbarsgrundstück verhindert hätten. Das Bundesgericht bestätigte die Urteile der Vorinstanzen, wonach die Vereinbarung als *sittenwidrig* und deshalb als *nichtig* zu betrachten sei.

Rückforderung der Vergleichszahlung aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung

Im Grundsatz gilt, dass wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten.

Eine Rückerstattung von Vergleichszahlungen kann gestützt auf Art. 63 Abs. 1 OR (Zahlung einer Nichtschuld) erfolgen. Hierbei kann jemand eine freiwillig geleistete Nichtschuld nur zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden hat. Bei unfreiwilligen Leistungen entfällt dieser Irrtumsnachweis. Gleiches gilt für Rückforderungen von Leistungen, die in sittenwidriger Weise erworben wurden. Bei diesen Fällen ist lediglich zu prüfen, ob die Leistung freiwillig erfolgt ist. Die Vorinstanz war im vorliegenden Fall der Auffassung, dass der Bauherr die Vergleichszahlung unfreiwillig erbracht hat, da er sich in einer Zwangslage befunden habe, aus welcher er sich nur durch den Abschluss des Vergleichs hatte befreien können. Das Bundesgericht stützte diesen Entscheid nicht und betrachtete die Zahlung als freiwillig. Dies aus den folgenden Gründen (Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, 1996):

- Bereits bei der Baueinsprache fanden Verhandlungsgespräche (Zahlung CHF 20'000.- bis CHF 30'000.-) über einen Vergleich statt, die vom Bauherrn aber abgebrochen wurden, um den Entscheid der Baubewilligungsbehörde abzuwarten.
- Die Vergleichsgespräche wurden erst wieder aufgenommen, als der Entscheid vom 20. April vom Nachbarn mit einer Beschwerde ans Verwaltungsgericht weitergezogen wurde. Der Nachbar beharrte nun auf CHF 30'000.-, da inzwischen erhebliche Kosten, insbesondere Anwaltskosten entstanden seien. Der Vertrag wurde am 30. Mai 1994 geschlossen. Es konnte dabei keine direkte Beeinflussung, wie bspw. durch Drohung im Sinne von Art. 29 f. OR festgestellt werden. Der Bauherr hat vielmehr aus eigener Initiative die Wiederaufnahme der Vergleichsgespräche vorgeschlagen.

- Der Bauherr hatte nicht konkret ausgeführt, inwiefern ihm und seiner Mieterin durch die Bauverzögerung finanzielle Nachteile zu entstehen drohten. Das Interesse, das Bauvorhaben möglichst rasch zu verwirklichen, ist zwar aufgrund der Nutzung («Verkaufsgeschäft in der Geschäftsgasse der Altstadt Luzern») plausibel, reicht aber nicht aus, um eine konkret vorliegende Zwangslage wegen drohender finanzieller Nachteile nachweisen zu können.
- Der Kläger hätte die Möglichkeit gehabt, auf eine möglichst schnelle Erledigung des Verfahrens hinzuwirken. Aufgrund des Rechtsmittels des Nachbarn hätte der Bauherr verpflichtet werden können, das geänderte Umbauprojekt öffentlich aufzulegen, wobei er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln auf eine Verfahrensbeschleunigung hätte hinwirken können. Der Bauherr zog es aber vor, dem Nachbarn sittenwidrig das Rechtsmittel abzukaufen, statt mit legalen Mitteln eine Verfahrensbeschleunigung anzustreben, womit er nicht unfreiwillig handelte.
- Ist die Leistung freiwillig erfolgt, steht dem Bauherrn keinen Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu. Dadurch entfiel die Prüfung von Art. 66 OR, ob die Rückforderung vom Bauherrn rechtsmissbräuchlich geltend gemacht wurde.

2.7.2 Gegenstand: Erpressung

BGer 6B_1049/2013 (Urteilsdatum: 04.07.2014)

- *Sittenwidriger Vertrag: Ja*
- *Erpressung (gem. Art. 156 StGB): Ja*
- *Dauer bis Urteilsspruch: ca. 7.5 Jahre / Ort des Objekts: Bezirk Dietikon*

Sachverhalt

Ein Generalunternehmen (GU) hatte für CHF 15 Mio. ein Grundstück erworben, um darauf eine Arealüberbauung mit 7 Mehrfamilienhäuser mit einem Investitionsvolumen von insgesamt CHF 70 Mio. zu erstellen. Der Nachbar (Eigentümer von zwei angrenzenden Liegenschaften) verlangte vom GU, dass es seine Mehrfamilienhäuser für CHF 300'000.- saniere, andernfalls würde er Rekurs gegen das Bauvorhaben einreichen. Das GU ging auf die Forderung nicht ein. Die Baubewilligung wurde im November 2006 erteilt, wogegen der Nachbar wie angekündigt den Rekurs einreichte. Damit konnte mit den Bauarbeiten der Arealüberbauung vorerst nicht begonnen werden. Als der Projekt-

leiter den Nachbarn kontaktierte, wiederholte dieser seine Forderung und erklärte, dass er die Gründe für den Rekurs breit gestreut habe, womit er problemlos den Bau um 5 Jahre oder länger verzögern könne.

Es wurde eine Vereinbarung unterschrieben, wonach das GU zu einem Preis von CHF 20'000.- umfangreiche Sanierungsarbeiten im Wert von CHF 400'000.- an den Mehrfamilienhäusern des Nachbarn ausführen werde. Zudem stellte das GU eine Sicherheitsleistung in der Höhe von CHF 350'000.-, als Garantie für die Erfüllung der Forderungen des Nachbarn, wenn dieser den Rekurs zurückgezogen hatte. Nach erfolgter Zahlung zog der Nachbar den Rekurs zurück, wodurch gebaut werden konnte. In der Folge führte das GU die vereinbarten Sanierungen aber nicht aus und reichte im Mai 2009 Strafanzeige gegen den Nachbarn wegen Erpressung ein. Gemäss Art. 156 StGB wird hierbei wegen Erpressung bestraft, wer in der Absicht, sich oder einen anderen unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selber oder einen anderen am Vermögen schädigt.

Entscheide

Das Bezirksgericht sowie das Obergericht des Kantons Zürich verurteilten den Nachbarn wegen Erpressung. Die Strafe wurde vom Obergericht zu einer bedingten Geldstrafe von 280 Tagessätzen zu CHF 3'000.- ausgesetzt, was CHF 840'000.- entspricht. Das Urteil wurde vom Nachbarn an das Bundesgericht weitergezogen.

Das vom Nachbarn vorgebrachte Argument der rechtsmissbräuchlichen verzögerten Einreichung der Strafanzeige wurde als nicht relevant erachtet, obschon die Strafanzeige erst 2 Jahre nach den Geschehnissen eingereicht wurde. Dies, da die Verzögerung begründet werden konnte. Die Vorinstanzen kamen unter Berücksichtigung glaubhafter Zeugenaussagen zum Schluss, dass der Nachbar mit seinem Rekurs einzig die Verzögerung des Baubeginns anstrebte und die Gründe für seinen Rekurs nur zum Schein vorgebracht hatte. Der Nachbar selbst, hatte vor Zeugen die Durchsetzbarkeit seiner Rekursgründe bezweifelt. Zudem kam der Gutachter, welcher vom Nachbarn beauftragt wurde, ebenfalls zum selben Schluss, nahezu sämtliche Rügen kurzum als «wenig chancenreich» zu bezeichnen.

Das Bundesgericht führte weiter aus, dass nicht jeder entgeltliche Verzicht auf ein Rechtsmittel sittenwidrig im Sinne von Art. 20 OR ist (und damit eine unrechtmässige Bereicherung im Sinne von Art. 156 StGB) darstellt. Soweit sich aber der wirtschaftli-

che Wert des Verzichts bloss aus dem möglichen Schaden aufgrund der Verlängerung des Baubewilligungsverfahrens und nicht aus den schutzwürdigen Interessen des rechtsmittelführenden Nachbarn ergibt, ist die *Kommerzialisierung des Verzichts* praxisgemäss sittenwidrig.

Das Bundesgericht bejahte eine solche Kommerzialisierung in diesem Fall. Das Rechtsmittel des Nachbarn war aussichtslos, womit sich der Geldwert seines Verzichts ausschliesslich aus dem Schaden ergab, welcher dem Bauherrn durch die Verzögerung entstanden wäre. Für das Bundesgericht war es nicht mehr entscheidend, dass die effektiven Sanierungskosten gemäss Nachbar um rund CHF 235'000.- tiefer ausfielen, da die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung aufgrund der Kommerzialisierung bereits gegeben war. Die Beschwerde wurde vom Bundesgericht abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte (Bundesgericht, 2014).

3 Ökonomische Grundlagen

In diesem Abschnitt wird auf das ökonomische Verhaltensmodell zurückgegriffen, um eine allfällige Anreizproblematik des Rechtsschutzes im öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrecht aufzuzeigen. Insbesondere in Konfliktsituationen, in denen das Recht zur Lösung angerufen wird, weist das ökonomische Verhaltensmodell ein besonderes Mass an Plausibilität auf, da das Verhalten von Individuen in solchen Situationen vermutlich am ehesten den Modellvorstellungen gerecht wird (Lieth, 2007, S. 66-67). Vor diesem Hintergrund wird die Neue Institutionenökonomie (NIÖ) mit ihren Grundannahmen, deren Ansätze bzgl. Verfügungsrechten (sog. *Property Rights*) und Transaktionskosten sowie die Prinzipal-Agent-Thematik vorgestellt.

3.1 Neue Institutionenökonomie

Die NIÖ basiert auf dem Menschenbild des nutzenmaximierenden *homo oeconomicus*, was bedeutet (Erlei, Leschke & Sauerland, 2007; zit. in Schmid, 2013, S. 38):

- Menschen entscheiden sich in Knappheitssituationen (bzgl. Geld, Zeit, Wissen, etc.) aufgrund individueller Präferenzen für diejenige Alternative, welche den grössten Nutzen bringt. Die Präferenzen werden dabei als stabil und konstant angenommen.
- Erst Restriktionen, denen sich der Mensch gegenübersteht, begrenzen den Handlungsspielraum und führen eine Knappheitssituation herbei. Zu diesen Restriktionen zählen auch Rechts- und Sozialnormen (Lieth, 2007, S. 61).

- Die Wahl einer Alternative erfolgt durch das Zusammenspiel von Präferenzen und Restriktionen, als individuelle Kosten-Nutzen-Abwägung.

Grundannahmen der NIÖ

Bei der NIÖ werden Informationen als unvollständig und asymmetrisch verteilt angenommen. Auch wird das Eigentum nicht als vollständig spezifiziert und eindeutig zuweisbar angesehen, sondern die NIÖ untersucht explizit eigentumsrechtliche Konflikte. Die Kosten für die Bereitstellung, Nutzung, Aufrechterhaltung und Änderung von Institutionen, sog. *Transaktionskosten*, werden berücksichtigt und der Mensch wird als begrenzt rational verstanden, was der Begrenztheit der menschlichen Informationsbeschaffungs- und -verarbeitungskapazitäten Rechnung trägt. In der Annahme der individuellen Nutzenmaximierung wird auch opportunistisches Verhalten, wie Diebstahl, Betrug, Täuschung oder Lüge berücksichtigt. D.h. die NIÖ unterstellt, dass das Individuum zur persönlichen Nutzenmaximierung auch bereit ist, eine dem Vertragspartner gegenüber bewusste Schädigung in Kauf zu nehmen und gegen Rechtsnormen zu verstossen (Ordelleide, 1993; zit. in Schmid, 2013, S. 42-44).

In Kapitel 3.2 werden zwei Analyseebenen der NIÖ vorgestellt. Eine erste Analyse richtet den Fokus auf das institutionelle Umfeld. Hierbei geht es um die optimale Gestaltung formaler Regeln bezogen auf die Eigentumsrechte (sog. Property Rights). Da das Schaffen und Festlegen optimaler formaler Regeln nicht deren optimale Umsetzung garantiert, wird in einer weiteren Analyseebene die Transaktionskosten sowie die Prinzipal-Agent-Thematik erläutert (Schmid, 2013, S. 45).

3.2 Property-Rights-Ansatz, Transaktionskosten, Prinzipal-Agent-Ansatz

Property-Rights-Ansatz

Im Zentrum des Property-Rights-Ansatzes steht die Institution des Verfügungsrechts, die festlegt, wie der Inhaber des Verfügungsrechts rechtmässig über die Ressource verfügen und bei Verletzung sanktioniert werden kann. Der Property-Rights-Ansatz befasst sich nicht mit Gütern oder Ressourcen als solche, sondern mit den Rechten (den sog. Property Rights) über Güter und Ressourcen zu verfügen. Güter werden als Bündel von Verfügungsrechten (sog. *Bundle of Property Rights*) betrachtet und es geht darum, diese Rechte so zu verteilen, dass die Güter den grössten möglichen Gesamtnutzen für alle Mitglieder der Gesellschaft bringen. Danach wird das Eigentum als Bündel von

folgenden Verfügungsrechten bestimmt (Röhl, 2012, S. 5; Feldmann, 1995; zit. in Schmid, 2013, S. 47):

- das Recht auf Gebrauch eines Gutes (usus);
- das Recht auf Einbehaltung der durch Nutzung des Gutes entstandenen Erträge (usus fructus);
- das Recht auf Veränderung der Form und Substanz des Gutes bis hin zur Zerstörung (abusus);
- das Recht der ganzen oder teilweisen Übertragung der an das Gut gebundenen Rechte auf Dritte zu einvernehmlichen Konditionen (ius abutendi).

Der Wert eines Gutes sowie das Verhalten im Umgang mit einem Gut wird durch die Ausgestaltung der Verfügungsrechte hinsichtlich zweier Gestaltungskriterien beeinflusst:

- der Zuordnung der Rechte auf eine oder mehrere Personen und
- des Grads der Spezifikation, bzw. der Beschränkung einzelner Rechte.

Um eine effiziente Ressourcenallokation zu ermöglichen, müssen diese Kriterien so ausgestaltet sein, dass eine vollständige, unbeschränkte Spezifikation aller Rechte gegeben ist und alle Rechte einer Person exklusiv zugeordnet sind. Für eine optimale Allokation sollte daher der Inhaber der Rechte den gesamten Nutzen und sämtliche Kosten des Ressourceneinsatzes tragen, denn erst dann bezieht er ceteris paribus (c.p.) alle Konsequenzen der Ressourcennutzung in sein nutzenmaximierendes Entscheidungsverhalten mit ein. Dadurch entstehen keine externen Effekte, wenn der Verursacher selbst und nicht ein Dritter sämtliche bei der Ausübung der Verfügungsrechte entstehenden Nutzen und Kosten trägt. Durch diese uneingeschränkte und exklusive Nutzungsmöglichkeit ist der Wert des Gutes besonders hoch. Und da keine positiven wie auch keine negativen Effekte zu Gunsten oder zu Lasten Dritter entstehen, ist das Verhalten im Umgang mit der Ressource allokatationseffizient (Schoppe, 1995; zit. in Schmid, 2013, S. 52). Sind die Verfügungsrechte in ihrer Exklusivität und/oder Spezifität beschränkt, spricht man von *Verdünnung*. In der Realität sind Verfügungsrechte materieller Güter meist mehreren Personen zugeordnet und/oder unvollständig spezifiziert (Picot, Dietl & Franck, 2005, S. 46-47). Die Ursache für eine Verdünnung sind z.B. Gesetze, Normen und Verfassungen, welche den Umfang der eigenen Verfügungsrechte immer dann einschränken, wenn dadurch Rechte Dritter beschnitten werden. Eine solche Verdünnung der Verfügungsrechte betrifft insbesondere das

Grundeigentum. Der Grundeigentümer darf bspw. sein Grundstück nicht beliebig bebauen, er darf sein Haus, wenn es unter Denkmalschutz steht, nicht beliebig renovieren, und auch bei der Gestaltung sowie Kündigung eines Mietvertrages kann er nicht beliebig vorgehen (Röhl, 2012, S. 5). Je verdünnter die Verfügungsrechte an einer Ressource sind, desto geringer ist c.p. (d.h. bei gegebenen institutionellen Rahmenbedingungen) der aus der Verfügung über die Ressource erzielbare Nettonutzen und damit sinkt c.p. auch der Wert dieser Ressource (Ebers & Gotsch, 2002; zit. in Schmid, 2013, S. 52-53).

Transaktionskosten

Neben der Verdünnung haben auch die Kosten für die Zuordnung, den Tausch, die Überwachung und die Durchsetzbarkeit von Verfügungsrechten, die sog. Transaktionskosten, einschränkende Wirkung auf die Nutzung von Verfügungsrechten.

Je höher die Transaktionskosten für die Bestimmung, die Übertragung und die Durchsetzung von Verfügungsrechten an einer Ressource sind, desto geringer ist c.p. der aus der Verfügung über die Ressource erzielbare Nettonutzen (Ebers & Gotsch, 2002; zit. in Schmid, 2013, S. 54).

Positive Transaktionskosten können somit zu suboptimaler Ressourcenallokation durch externe Effekte beitragen, indem die Ressource durch Dritte genutzt wird, ohne den Eigentümer der Verfügungsrechte zu entschädigen, und zwar dann, wenn die anfallenden Bestimmungs-, Übertragungs- und Durchsetzungskosten den aus den Verfügungsrechten erzielbaren (Brutto-)Nutzen übersteigen (Feldmann, 1999; zit. in Schmid, 2013, S.54). Folglich ist es auf die Höhe der Transaktionskosten zurückzuführen, dass Verfügungsrechte an Ressourcen nicht immer spezifiziert werden (z.B. an gewissen Fischgründen), nicht immer durchgesetzt werden (z.B. bei unrechtmässiger Nutzung von Ressourcen), nicht bezahlt werden (z.B. private Telefongespräche am Arbeitsplatz) und ihre Nutzung nicht immer ursachengerecht entlohnt (z.B. Teamarbeit) oder bestraft wird (z.B. bei Umweltverschmutzung). Die Realisierung der Verfügungsrechte hängt somit u.a. vom gesellschaftlichen Wertesystem, vom Vertragsrecht, von der Gerichtsbarkeit, der Effizienz der Strafverfolgung ab, da diese deren Bestimmungs-, Übertragungs-, und Durchsetzungskosten beeinflussen (Schmid, 2013, S. 54).

Prinzipal-Agent-Ansatz

Der Prinzipal-Agent-Ansatz befasst sich mit wirtschaftlichem Handeln in arbeitsteiligen Verhältnissen, sog. Vertreter- bzw. Agency-Beziehungen. Es wird dabei davon ausgegangen, dass einer der Beteiligten, der Prinzipal, Verfügungs- oder Handlungsrechte (Property-Rights) an einen anderen, den Agenten, delegiert und dass der Agent bei der Auftragsausführung damit Entscheidungen trifft, die sowohl seine Wohlfahrt, als auch die des Prinzipals beeinflussen (Schoppe, 1995; zit. in Schmid, 2013, S. 78). Aufgrund der beschränkten Rationalität und Kapazität sind Arbeitsteilung und Spezialisierung nötig und erwünscht, um die allgemeine Wohlfahrt zu steigern. Die Gefahr liegt jedoch in der ex ante bestehenden oder ex post erworbenen Informationsasymmetrie zwischen Prinzipal und Agent, die durch den besser informierten Agenten opportunistisch ausgebeutet wird (Göbel, 2002; zit. in Schmid, 2013, S. 79). Kerngedanke der Prinzipal-Agent-Theorie ist daher die Analyse der auf Informationsasymmetrie beruhenden Leistungsbeziehung, um die Ursache und Wirkung der sich zwangsläufig ergebenden Interessenkonflikte zu erklären sowie geeignete Informations-, Kontroll-, sowie Anreizmassnahmen zum effizienten Schutz des schlechter informierten Prinzipals vor opportunistischer Übervorteilung durch den besser informierten Agenten zu erarbeiten (Wolff, 2000; zit. in Schmid, 2013, S. 77-79).

3.3 Anwendung auf den Rechtsschutz im öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrecht

Verdünnung der Verfügungsrechte des Grundeigentümers

Die Verfügungsrechte (*Property Rights*) des Grundeigentümers werden durch die Bau- und Zonenordnung verdünnt, da das Grundstück grundsätzlich nur zonenkonform bebaut werden darf. Der Rechtsschutz im öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrecht verdünnt die Verfügungsrechte zusätzlich, indem er die *Rekurslegitimation* sowie das *schutzwürdige Interesse* grosszügig auslegt (als Beispiel hierfür kann das Verbandsbeschwerderecht oder die Legitimation des nachbarlichen Mieters genannt werden) und die *Rekursgründe* weit fasst (als Beispiel hierfür §238 Abs. 1 PBG, wonach die Ästhetik eines Bauprojekts gerügt werden kann, was dem Rekurrent quasi ein Mitgestaltungsrecht einräumt). Aus ökonomischer Sicht wird dadurch eine effiziente Ressourcenallokation behindert. Abhilfe könnte hierbei eine zusätzliche Einschränkung der Rekurslegitimation und/oder der Rekursgründe bieten.

Transaktionskosten

Bezüglich *Transaktionskosten* sind beim Rechtsschutz im öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrecht v.a. die Durchsetzungskosten der Verfügungsrechte relevant. Je höher diese Kosten sind, desto geringer ist c.p. der Nutzen einer Ressource. Bei einem Bauprojekt können diese Durchsetzungskosten im Falle eines Nachbarrekurses sehr hoch ausfallen, bezieht man neben den direkt anfallenden Kosten (z.B. Anwaltskosten) die möglichen Verzögerungskosten eines langwierigen Verfahrens ein. Prozessiert ein Bauherr und obsiegt er, wird vom Verwaltungsgericht eine Parteientschädigung zugesprochen, die oftmals zu tief ausfällt, um die Anwaltskosten zu decken. In Anbetracht der Aussicht, dass bei einem Obsiegen selbst die Anwaltskosten nicht gedeckt wären und unter Einbezug der potentiell hohen Verzögerungskosten (wie Kapitalkosten des Bodens, Projektänderungskosten, hohe Marktrisiken aufgrund der sich ändernden Marktlage, Teuerung, etc.), die nur mit einem hohen Prozessrisiko vor einem Zivilgericht eingeklagt werden könnten, wird ein nutzenmaximierender Bauherr einen Vergleich eingehen, auch wenn dieser nicht auf einem schutzwürdigen Interesse eines Nachbars gründet und somit sittenwidrig ist.

Zum Prozessrisiko vor dem Zivilgericht kann zusätzlich angemerkt werden, dass dieses sich erhöht, wenn man die Unsicherheit bei der Bestimmung des *nachweisbaren Verzögerungsschadens* (Schaden, der nachweislich nur auf die Verzögerung zurückzuführen ist) sowie bei der Bestimmung der durch den Rekurrent *nachweislich verschuldeten Verzögerungsdauer* (Verzögerungsdauer, welche explizit auf den missbräuchlichen Einsatz des Rechtsmittels zugeordnet werden kann und nicht durch Dritte verursacht wurde, wie bspw. bei einer Verfahrensverschleppung durch die Rechtsmittelinstanzen) einbezieht.

Aufgrund der bisherigen Rechtsprechung wird der nutzenmaximierende Bauherr wohl auch nachträglich darauf verzichten, den sittenwidrigen Vertrag vor einem Zivilgericht anzufechten, da die Rückerstattung aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62ff OR) resp. Übervorteilung (Art. 21 OR) nur in seltenen Fällen erfolgreich ist und somit auch hier das Prozessrisiko zu hoch ist. Auch der Tatbestand der Erpressung (Art. 156 StGB) ist in der Praxis nur schwer zu beweisen.

Aus Sicht eines Nachbars, der einen Rekurs in der Absicht auf einen Vergleich einreicht, bedeutet dies im Umkehrschluss, dass er relativ gute Chancen hat, eine deutlich höhere Vergleichsleistung vom Bauherrn zu erhalten, als dies sein schutzwürdiges

Interesse rechtfertigen würde. In Anlehnung an die Ökonomie trifft hierbei also der Fall ein, wonach die Ressource durch einen Dritten genutzt wird, ohne den Eigentümer der Verfügungsrechte dafür entschädigen zu müssen, da die anfallenden Durchsetzungskosten den aus den Verfügungsrechten erzielbaren (Brutto-)Nutzen übersteigen. Eine solche Anreizstruktur ist für die allgemeine Wohlfahrt schädlich. Eine Korrektur der Anreizstruktur könnte dabei durch eine höhere Entschädigung an die obsiegende Partei und/oder durch Sicherstellungsauflagen erfolgen. Zu einer Entschärfung der Problematik würde zudem beitragen, wenn die Verfahrensdauern grundsätzlich reduziert werden könnten, da dadurch der Verzögerungsschaden abnehmen würde.

Es gibt aber auch Anreize für einen Nachbarn, die gegen die Ergreifung des Rechtsmittels sprechen, wie z.B. die Wahrung des guten nachbarschaftlichen Verhältnisses oder falls er plant, auf seinem Grundstück selbst ein Bauprojekt zu realisieren und dabei auf den Goodwill der Nachbarschaft angewiesen ist.

Prinzipal-Agent-Ansatz

Eine klassische Prinzipal-Agent-Beziehung liegt bei der Beziehung des Bauherrn bzw. Rekurrenten zu seinem Rechtsvertreter vor. Sowohl die Bauherren als auch die Einsprecher lassen sich aufgrund der komplizierten Sachverhalte und schwierigen Rechtsfragen meistens durch einen Rechtsanwalt vertreten. Der Rechtsanwalt nimmt dabei die Rolle des Agenten ein. Der Auftraggeber (Rekurrent oder Bauherr) kann in der Regel das Anstrengungsniveau des Rechtsanwalts sowie dessen effektive Beeinflussung des Resultats nicht überprüfen. Der Rechtsanwalt hat somit grundsätzlich den Anreiz, dass er bei gegebenem Lohn sein Anstrengungsniveau minimiert resp. für ein Verfahren mehr Zeit aufwendet und somit mehr Stunden in Rechnung stellt.

Die Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes, an welche sich alle angeschlossenen Rechtsanwälte halten müssen, sehen vor, dass die Höhe des Honorars angemessen sein muss (Schweizerischer Anwaltsverband, 2005).

Die Angemessenheit ist vom Bauherrn oder Rekurrent jedoch oftmals nicht überprüf- resp. sanktionierbar, weshalb die Standesregeln diesbezüglich nur einen geringen Einfluss ausüben.

4 Empirische Untersuchungen

Es wurden zwei Umfragen durchgeführt, welche den Fokus auf *Nachbarrekurse* und *Vergleiche* legten. Eine erste Umfrage richtete sich dabei an sämtliche Gemeinden des Kantons Zürich. Hierbei stand die empirische Analyse, inkl. der Überprüfung verschiedener Thesen mit Bezug auf Nachbarrekurse im Vordergrund. Die zweite Umfrage richtete sich an Juristen, die im Zürcher Planungs- und Baurecht tätig sind. Bei dieser Umfrage wurde versucht, an Informationen über Vergleiche zu gelangen, um diese auf etwaige Systematiken zu prüfen. Daneben wurde den Juristen auch die Gelegenheit gegeben, sich zum aktuellen Rechtsschutz zu äussern.

4.1 Befragung von Gemeinden: Rekurse gegen Baubewilligungen im Kanton Zürich

Mit dieser Umfrage wird das Ziel verfolgt, detaillierte Informationen zu den Baurekursen im Kanton Zürich auf Stufe Gemeinde zu sammeln, die dann empirisch analysiert und auf Hypothesen getestet werden können. Bei der Auswertung wird der Fokus dabei mehrheitlich auf die Thematik des Nachbarrekurses gelegt, um in Anbetracht der formulierten Anreizproblematik eine empirische Evidenz aufzeigen oder verwerfen zu können, resp. um festzustellen, ob in gewissen Gemeinden häufiger von Nachbarn rekuriert wird und was die Gründe dafür sind. Es werden drei Thesen formuliert, die anschliessend auf Basis der erhobenen Daten überprüft werden. Auf öffentlich zugängliche Daten konnte bei dieser Untersuchung nur begrenzt zurückgegriffen werden, da die Rechenschaftsberichte des Baurekursgerichts sowie des Verwaltungsgerichts (siehe Abschnitt 2.1 *Rechtsmittelinstanzen* inkl. *Tabelle 1* und *Tabelle 2*) nur Informationen auf Stufe Kanton enthalten.

4.1.1 Thesen

Als Untersuchungsgegenstand wurden folgende Thesen formuliert:

These 1: „Die Eigentumsquote beeinflusst die Anzahl Nachbarrekurse in einer Gemeinde“

Hinter dieser These steht die Vermutung, dass ein Nachbar, der Eigentum besitzt, durch ein nachbarliches Bauvorhaben grundsätzlich stärker betroffen ist, als ein Nachbar, der zur Miete wohnt. Einerseits beeinträchtigt ein nachbarliches Bauvorhaben unter Umständen die Wohnqualität (z.B. weniger Sonnenlicht, weniger Aussicht, mehr Lärm

etc.), was auch einen Mieter tangiert. Andererseits übt die verminderte Wohnqualität einen direkten negativen Einfluss auf den Marktwert der Liegenschaft aus. Folglich wird ein Nachbar mit Eigentum auch eher zum Rechtsmittel greifen, als ein Nachbar im Mietverhältnis. Letzterer hätte im Falle eines Wohnortwechsels zudem deutlich geringere Transaktionskosten. In einer Gemeinde mit einer hohen Eigentumsquote müsste daher auch die Quote der Nachbarrekurse höher sein, als in einer Gemeinde mit einer tiefen Eigentumsquote.

These 2: „Je höher der Bodenpreis, desto höher ist die Nachbarrekursquote“

Dieser These liegt die Vermutung zugrunde, dass bei einer teuren, attraktiven Wohnlage (mit einem hohen Bodenpreis) ein nachbarliches Bauvorhaben einen stärkeren negativen Einfluss auf die Wohnqualität und somit auf den Liegenschaftswert ausübt, als an einer günstigeren, weniger attraktiven Wohnlage (mit tieferem Bodenpreis). Bspw. hat der Verlust der Seesicht einen stärkeren Abzug der Wohnqualität einer Liegenschaft zur Folge, als wenn das identische Bauprojekt an einer weniger exklusiven Wohnlage ohne Aussicht realisiert würde. Aus diesem Grund haben Eigentümer wie auch Mieter von Liegenschaften in Gemeinden mit einem höheren Bodenpreis grundsätzlich den Anreiz, das Rechtsmittel zu ergreifen, um damit ihre exklusive Wohnqualität zu sichern.

These 3: „Der Anteil an Rekursen, die noch vor Beurteilung durch das Baurekursgericht zurückgezogen werden (gemessen an allen Rekursen der Gemeinde) ist höher, je höher der Anteil der Nachbarrekurse an allen Rekursen ist.“

Bei dieser These geht es um die Vermutung, dass ein nutzenmaximierender Bauherr aufgrund der hohen Kosten eines Rechtsmittelverfahrens (neben Anwaltskosten, v.a. der Verzögerungsschaden) den Anreiz hat, einen Vergleich so früh als möglich, also noch vor Beurteilung des Baurekursgerichts, mit dem Nachbarn zu schliessen. Dadurch würde der Nachbar den Rekurs zurückziehen, wodurch gebaut werden könnte. In einer Gemeinde, in der Anteil an Nachbarrekursen hoch ist, müsste folglich auch die Rekursrückzugsquote hoch sein.

4.1.2 Untersuchungsmethodik

Die Erhebung der Daten erfolgte mittels Onlineumfrage, die sich an sämtliche 168 Gemeinden des Kantons Zürich richtete. Um hierfür eine bestmögliche Adressierung zu erzielen, wurde vorab auf den einzelnen Gemeinde-Websites die zuständigen Personen (Gemeinbeschreiber, Bausekretäre, Leiter Hochbau, Bauvorsteher etc.) in Erfahrung gebracht. Um die Rücklaufquote zu erhöhen, wurde die Befragung anonym durchgeführt und die Angaben zu den Gemeinden (z.B. Einwohnerzahl, Durchschnittseinkommen, Eigentumsquote etc.) in Bandbreiten erfragt. Bei der Festlegung der Bandbreiten wurde auf öffentlich zugängliche statistische Daten zurückgegriffen, um die Grundgesamtheit in vernünftige Bandbreiten aufzuteilen. Es wurden Daten erfragt, die den Zeitraum ab dem 01.01.2015 betreffen. Die Beantwortung des Fragebogens nahm abhängig von der Anzahl Rekurse sowie der Datenbewirtschaftung der Gemeinde geschätzte 20 Minuten in Anspruch. Der erstmalige Versand des Umfrage-Emails (inkl. Link zur Onlineumfrage) erfolgte am 22.06.2017. Am 07.07. 2017 folgte eine Erinnerungsemail. Der Einsendeschluss wurde auf den 13.07.2017 terminiert.

4.1.2.1 Angaben zu den teilnehmenden Gemeinden

Es nahmen insgesamt 43 Gemeinden (exkl. einer Gemeinde, deren Daten nicht plausibilisiert werden konnten) an der Umfrage teil, was einer Rücklaufquote von 25.6% entspricht. Von der Stadt Zürich wurde auf deren Geschäftsbericht verwiesen, dessen Informationen, sofern sinnvoll, ebenfalls in die Umfrageauswertung eingeflossen sind.

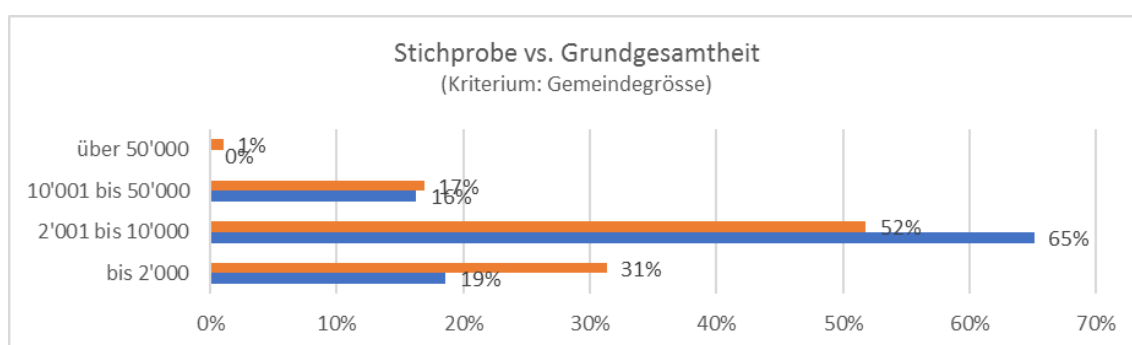


Abbildung 3: Grösse der teilnehmenden Gemeinden vs. Grundgesamtheit (Eigene Darstellung)

In Abbildung 3 werden die teilnehmenden Gemeinden (blau) mit der Grundgesamtheit (rot) verglichen. Es ist ersichtlich, dass an der Umfrage mit einem Anteil von 65% vorwiegend kleine bis mittlere Gemeinden teilnahmen, deren Bevölkerungszahl zwischen 2'001 und 10'000 Einwohnern liegt. Neben den kleinsten Gemeinden sind es v.a. grosse Gemeinden (inkl. den beiden Städten Zürich und Winterthur), welche in der

Stichprobe fehlen. Ein Grund hierfür könnte sein, dass bei grösseren Gemeinden, die selber nur über wenige Datenauswertungen/Statistiken verfügen, es einen enormen Aufwand bedeutet hätte, die benötigten Informationen (z.B. die Anzahl Nachbarrekursen) zu liefern.

Auch bei der Anzahl Bewilligungen (Abbildung 4) ist ersichtlich, dass die grossen Gemeinden unterdurchschnittlich vertreten sind. In einem Grossteil der Gemeinden (44%) wurden seit dem 01.01.2015 weniger als 100 Baubewilligungen erteilt, was in etwa 40 Baubewilligungen pro Jahr entspricht.

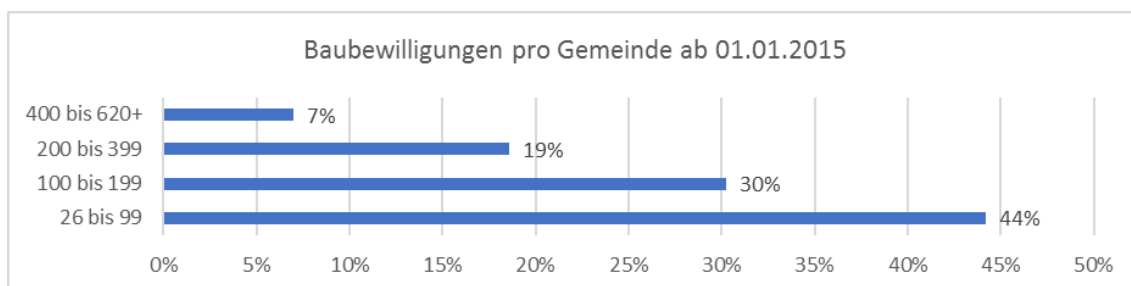


Abbildung 4: Baubewilligungen pro Gemeinde (Eigene Darstellung)

Dasselbe Bild, wie bei den Bewilligungen, zeigt sich naturgemäss bei den in der Stichprobe enthaltenen Rekursen (siehe Abbildung 5). Je mehr Bewilligungen erteilt werden, desto höher sind tendenziell auch die Anzahl Rekurse. 9 Gemeinden weisen im vorgegebenen Zeitraum keinen Rekurs gegen eine von ihnen erteilte Baubewilligung aus. Insgesamt 50% der Gemeinden hatten seit dem 01.01.2015 nicht mehr als 2 Rekurse zu verzeichnen.

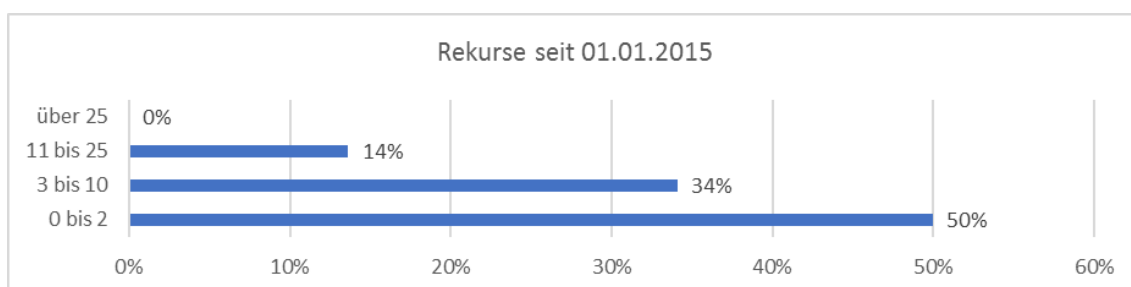


Abbildung 5: Rekurse pro Gemeinde (Eigene Darstellung)

Insgesamt kann festgehalten werden, dass aufgrund der tiefen Retournierungsquote und dem Fehlen der Angaben zu den grössten Gemeinden/Städte, die Stichprobe nicht dem Anspruch gerecht wird, die Grundgesamtheit aller Gemeinden genügend zu repräsentieren.

4.1.2.2 Baubewilligungen und Rekurse der teilnehmenden Gemeinden

Tabelle 4 zeigt eine Übersicht der Informationen (wie z.B. Anzahl Bewilligungen, Rekurse, etc.) welche aus der Umfrage hervorgingen. Aus der Tabelle wird ersichtlich, dass sämtliche in der Stichprobe enthaltenen Baubewilligungen (6'947) und Rekurse (214), welche für einen Zeitraum von ca. 2.5 Jahren gelten, geringer sind, als die Bewilligungen (7'275) und Rekurse (391) der Stadt Zürich, die sich auf 2 Jahre beziehen. Die Rekursquote der Stadt Zürich ist dabei mit 5.4% markant höher, als die durchschnittliche Rekursquote der teilnehmenden Gemeinden (3.1%).

Aus der Umfrage hervorgehende Infos:	exkl. Stadt Zürich 01.01.15 - 13.07.2017	Stadt Zürich 15+16	Baurekursgericht- Statistik 15+16
Anzahl Gemeinden (in % aller Gemeinden des Kt. ZH)	43 (25.6%)	-	-
Repräsentativität der Grundgesamtheit	gering	-	-
Anzahl Bewilligungen ab 01.01.2015	6'947	7'275	-
Abgelehnte Baugesuche ab 01.01.2015	136	48	-
Ø-Dauer einer Baubewilligung (in Monaten)	2.25	-	-
Rekurse ab 01.01.2015 (in % aller Baubewilligungen)	214 (3.1%)	391 (5.4%)	1'644
Nachbarrekurse ab 01.01.2015 (in % aller Rekurse)	153 (71%)	-	-
Bauherrenrekurse ab 01.01.2015 (in % aller Rekurse)	42 (20%)	-	-
Rekursrückzüge vor Urteil (in % aller Rekurse)	90 (42%)	-	-
Rekursrückzüge mit Projektänderung (in % aller Rekurse)	47 (31%)	-	-
Verzicht auf Bauvorhaben nach Rekurs (in % aller Rekurse)	16 (10%)	-	-
Vom Baurekursgericht abgewiesene Rekurse	90	-	-
Vom Baurekursgericht gutgeheissene Rekurse	32	-	-
Weiterzüge ans Verwaltungsgericht (in % aller Rekurse)	34 (16%)	65	216
Weiterzüge ans Bundesgericht (in % aller Rekurse)	5 (2%)	27	-

Tabelle 4: Übersicht zu der Gemeindeumfrage (Eigene Darstellung)

Im vorgegebenen Zeitraum (ca. 2.5 Jahre) wurden insgesamt 214 Entscheide der teilnehmenden Gemeinden am Baurekursgericht gerügt, was im Vergleich zu 1'644 Rekursen, die insgesamt am Baurekursgerichts der Kantons Zürich gerügt wurden, (alle Gemeinden / Zeitraum: 2 Jahre) ein tiefer Wert ist.

Der mit Abstand grösste Anteil an den Rekursen haben mit 71% die Nachbarrekurse. Rund 42% der Rekurse wurden noch vor Beurteilung durch das Baurekursgericht zurückgezogen. Jeder zehnte Rekurs hatte zur Folge, dass auf die Realisierung des gerügten Bauvorhabens verzichtet wurde.

Die Angabe zur durchschnittlichen Dauer einer Baubewilligung wird mit 2.25 Monaten ausgewiesen. Bei der Interpretation dieser Zahl ist jedoch Vorsicht geboten, da die Frage gemäss Rückmeldungen der Teilnehmer zu wenig spezifisch (z.B. bzgl. Verfahrensart oder beteiligte Dritte) gestellt wurde. Gemäss Bemerkungen wurde mehrfach erwähnt, dass grundsätzlich bei einem Anzeigeverfahren mit einem Monat und bei einem ordentlichen Verfahren mit drei Monaten (resp. länger, falls kantonale Stellen involviert sind) zu rechnen sei. Für die Stadt Zürich sind hierzu Informationen im

Jahresbericht verfügbar, wonach 2016 bei rund einem Drittel sämtlichen Verfahrensarten die Fristen (50 Tage bei Anzeigeverfahren / 80 Tage bei ordentlichem Verfahren schnell / 140 Tage bei ordentlichem Verfahren lang) nicht eingehalten werden konnte, was ein sehr hoher Wert ist (Stadt Zürich, 2016, S. 271-273).

4.1.2.3 Datenaufbereitung für die Regressionsanalyse

Um die Gemeinden miteinander vergleichen und die für die Hypothesen relevanten Erkenntnisse gewinnen zu können, wurden bei der Umfrage folgende Gemeinde-Eigenschaften abgefragt: *Einkommen, Maturitätsquote, Distanz zum Zentrum, Einwohnerzahl, Eigentumsquote, Bodenpreis, Auslagerung der Prüfung von Baugesuchen*. Die Zuteilung erfolgte in Bandbreiten resp. Kategorien, um einerseits die Anonymität der Gemeinde zu gewährleisten, aber auch um den Aufwand für die Teilnehmer zu reduzieren und damit die Rücklaufquote zu erhöhen. Dem Informationsverlust, der dadurch resultierte, muss bei der Beurteilung der Resultate Rechnung getragen werden.

Für die Regressionsanalyse, wurden die Mittelwerte sämtlicher Antwort-Bandbreiten gebildet (z.B. Distanz zum Zentrum 16min bis 30min = 23min) und danach die Antworten der Umfrage den jeweiligen Mittelwerten zugeteilt.

Die Daten wurden zudem mit den öffentlich zugänglichen Daten plausibilisiert resp. auf unmögliche Kombinationen geprüft. Hierbei fielen die Angaben einer Gemeinde durch, weshalb sie bei der Auswertung nicht berücksichtigt werden konnten.

4.1.3 Ergebnisse

These 1: „Die Eigentumsquote beeinflusst die Anzahl Nachbarrekurse in einer Gemeinde“

Hierbei gilt es folgende Hypothese zu überprüfen:

$H^0: \beta_1 = 0$ (Die Eigentumsquote hat keinen Einfluss auf die Anzahl Nachbarrekurse)

$H^1: \beta_1 \neq 0$

Regressions-Statistik						
Multipler Korrelationskoeffizient	0.145278115					
Bestimmtheitsmaß	0.021105731					
Adjustiertes Bestimmtheitsmaß	-0.002769739					
Standardfehler	0.01696824					
Beobachtungen	43					
ANOVA						
	Freiheitsgrade (df)	Quadratsummen (SS)	Mittlere Quadratsumme (MS)	Prüfgröße (F)	F krit	
Regression	1	0.00025452	0.00025452	0.883992262	0.35261721	
Residue	41	0.011804768	0.000287921			
Gesamt	42	0.012059289				
	Koeffizienten	Standardfehler	t-Statistik	P-Wert	Untere 95%	Obere 95%
Schnittpunkt	0.010390588	0.00987593	1.052112384	0.29890957	-0.00955426	0.03033543
Eigentumsquote	0.020197332	0.021481755	0.940208627	0.352617214	-0.02318595	0.06358062

Tabelle 5: Excel-Output "Nachbarrekursquote vs. Eigentumsquote" (Eigene Darstellung)

Nachbarrekursquote = Anzahl Nachbarrekurse / Total Baubewilligungen

Eigentumsquote = Anteil Wohneigentumsobjekte gemessen am Wohnungsbestand

Tabelle 5 zeigt, dass der Koeffizient *Eigentumsquote* mit einem t-Wert von 0.9402 (resp. P-Wert von 0.352) nicht signifikant von Null verschieden ist, womit die H^0 -Hypothese nicht verworfen werden kann. Die *Eigentumsquote* hat also statistisch gesehen keinen signifikanten Einfluss auf die *Nachbarrekursquote*. Auch R^2 (Bestimmtheitsmass) ist mit 0.0211 tief und bedeutet, dass nur gerade 2.11% der Gesamtvarianz der abhängigen Variablen *Eigentumsquote* durch das Modell erklärt werden. Das Modell ist somit für Vorhersagen nicht geeignet.

Eine mögliche Erklärung für die tiefen Werte wäre, dass ein Nachbar (mit Eigentum) das gute nachbarschaftliche Verhältnis in seine Kosten-/Nutzenabwägung einbezieht. Dieses Verhältnis würde durch einen Rekurs womöglich nachhaltig belastet. Ein weiterer Grund könnte sein, dass der Nachbar in absehbarer Zukunft selbst ein Bauprojekt auf seinem Grundstück plant und dieses nicht durch einen Rekurs eines zuvor gescholtenen Nachbarn gefährden will.

These 2: „Je höher der Bodenpreis, desto höher ist die Nachbarrekursquote“

Es gilt folgende Hypothese zu überprüfen:

$H^0: \beta_1 = 0$ (Der Bodenpreis hat keinen Einfluss auf die Nachbarrekursquote)

$H^1: \beta_1 \neq 0$

Im Gegensatz zur Auswertung der ersten These ist der Koeffizient *Bodenpreis* mit einem t-Wert von 3.43 (resp. P-Wert von 0.001), welcher in Tabelle 6 ersichtlich ist, signifikant von Null verschieden, womit die H^0 -Hypothese verworfen werden kann. Der

Bodenpreis hat also statistisch gesehen, einen signifikanten Einfluss auf die Nachbarrekursquote. Das R^2 ist mit 0.223 zudem höher als in These 1.

Regressions-Statistik						
Multipler Korrelationskoeffizient	0.47284675					
Bestimmtheitsmaß	0.223584049					
Adjustiertes Bestimmtheitsmaß	0.204647074					
Standardfehler	0.015111798					
Beobachtungen	43					
ANOVA						
	Freiheitsgrade (df)	Quadratsummen (SS)	Mittlere Quadratsumme (MS)	Prüfgröße (F)	F krit	
Regression	1	0.002696265	0.002696265	11.80674608	0.00136488	
Residue	41	0.009363024	0.000228366			
Gesamt	42	0.012059289				
	Koeffizienten	Standardfehler	t-Statistik	P-Wert	Untere 95%	Obere 95%
Schnittpunkt	0.000262671	0.006014446	0.043673275	0.965376853	-0.01188375	0.012409092
Bodenpreis	2.0849E-05	6.06764E-06	3.436094597	0.00136488	8.5951E-06	3.31029E-05

Tabelle 6: Excel-Output "Nachbarrekursquote vs. Bodenpreis" (Eigene Darstellung)

$Nachbarrekursquote = \text{Anzahl Nachbarrekurse} / \text{Total Baubewilligungen}$

Die Vorhersage für die Nachbarrekursquote ergibt sich aus der folgenden Gleichung:

$$nachbarrekursquote = 0.000262671 + 0.000020849 \times bodenpreis$$

$$(0.006014446) \quad (6.06764E - 06)$$

mit $n = 43$, $R^2 = 0.2235$

Pro CHF/m²-Bodenpreis steigt also die Nachbarrekursquote um 0.000020849. Erhöht sich also in einer Gemeinde der Bodenpreis um CHF 500.-/m², dann steigt gemäss Modellvorhersage die Nachbarrekursquote um 0.01%-Punkte.

Diese Prognose ist aufgrund der Kategorisierung, durch welche viele Informationen verloren gingen, sowie des geringen R^2 -Wertes mit Vorsicht zu geniessen.

These 3: „Der Anteil an Rekursen, die noch vor Beurteilung durch das Baurekursgericht zurückgezogen werden (gemessen an allen Rekursen der Gemeinde), ist höher, je höher der Anteil der Nachbarrekurse an allen Rekursen ist.“

Es gilt folgende Hypothese zu überprüfen:

$H^0: \beta_1 = 0$ (Der Anteil der Nachbarrekurse hat keinen Einfluss auf die Rückzugsquote)

$H^1: \beta_1 \neq 0$

Um die These zu prüfen, wird die Stichprobe um die 9 Gemeinden reduziert, welche keine Rekurse vorweisen können.

Wie in Tabelle 7 ersichtlich, ist der Koeffizient *Anteil Nachbarrekurse* mit einem t-Wert von 0.3569 (resp. P-Wert von 0.7234) nicht signifikant von Null verschieden, womit die H^0 -Hypothese verworfen werden kann.

Regressions-Statistik						
Multipler Korrelationskoeffizient	0.06297268					
Bestimmtheitsmaß	0.003965558					
Adjustiertes Bestimmtheitsmaß	-0.027160518					
Standardfehler	0.327819426					
Beobachtungen	34					
ANOVA						
	Freiheitsgrade (df)	Quadratsummen (SS)	Mittlere Quadratsumme (MS)	Prüfgröße (F)	F krit	
Regression	1	0.013691447	0.013691447	0.127403093	0.72348305	
Residue	32	3.43889843	0.107465576			
Gesamt	33	3.452589877				
	Koeffizienten	Standardfehler	t-Statistik	P-Wert	Untere 95%	Obere 95%
Schnittpunkt	0.319211334	0.140713514	2.268519384	0.030180945	0.03258729	0.60583538
Anteil Nachbarrekurse	0.063150856	0.17692502	0.356935699	0.723483052	-0.29723362	0.42353533

Tabelle 7: Excel-Output „Rückzüge vor Urteil vs. Anteil Nachbarrekurse“ (Eigene Darstellung)

$\text{Anteil der Nachbarrekurse} = \text{Anzahl Nachbarrekurse} / \text{Rekurse insgesamt}$

$\text{Rückzugsquote} = \text{Anzahl Rückzüge} / \text{Rekurse insgesamt}$

Das bedeutet, dass der Anteil an Nachbarrekursen in einer Gemeinde keinen signifikanten Einfluss auf die Quote der Rekursrückzüge der Gemeinde hat (beides gemessen am Total der eingegangenen Rekurse einer Gemeinde). Weist also eine Gemeinde eine hohe Quote an Nachbarrekursen aus, kann daraus nicht automatisch geschlossen werden, dass die Rückzugsquote der Rekurse ebenfalls hoch ist, was ein Indiz dafür wäre, dass viele Vergleiche geschlossen wurden.

Fazit

Die Überprüfung der Thesen musste leider ohne die Angaben der Stadt Zürich erfolgen, da hierfür nötige Informationen (wie die Anzahl Nachbarrekurse, etc.) im Geschäftsbericht nicht separat ausgewiesen werden.

Insgesamt konnte nur eine von drei Thesen bestätigt werden, wonach der *Bodenpreis* einen statistisch signifikanten positiven linearen Zusammenhang zur *Nachbarrekursquote* aufweist. Mit anderen Worten: Je teurer der Bodenpreis in einer Gemeinde, desto höher ist die Quote an Nachbarrekursen.

Um zu prüfen, ob noch weitere Gemeindeattribute einen Einfluss auf die Rekursquote von Nachbarn haben, wurde eine zusätzliche Regressionsanalyse mit sämtlichen Gemeindeattributen (*Einkommen, Maturitätsquote, Distanz zum Zentrum, Einwohnerzahl, Eigentumsquote, Bodenpreis, Auslagerung der Prüfung von Baugesuchen und*

Anzahl Baubewilligungen) durchgeführt. Aus der Tabelle 8 wird ersichtlich, dass von allen berücksichtigten Attributen nur der Koeffizient *Bodenpreis* signifikanten von Null verschieden ist (hoher t-Wert).

Regressions-Statistik						
Multipler Korrelationskoeffizient		0.5689906				
Bestimmtheitsmaß		0.323750303				
Adjustiertes Bestimmtheitsmaß		0.164632728				
Standardfehler		0.015487272				
Beobachtungen		43				
ANOVA						
	Freiheitsgrade (df)	Quadratsummen (SS)	Mittlere Quadratsumme (MS)	Prüfgröße (F)	F krit	
Regression	8	0.003904198	0.000488025	2.034660859	0.0716973	
Residue	34	0.00815509	0.000239856			
Gesamt	42	0.012059289				
	Koeffizienten	Standardfehler	t-Statistik	P-Wert	Untere 95%	Obere 95%
Schnittpunkt	-0.02612467	0.01827975	-1.429159043	0.16208264	-0.063274	0.01102425
Einkommen	1.1348E-08	1.26614E-07	0.08962663	0.929109821	-2.46E-07	2.6866E-07
Maturitätsquote	0.00011084	0.000495722	0.223592479	0.824412471	-0.000897	0.00111827
Distanz zum Zentrum	0.000137733	0.000230589	0.597307886	0.554259278	-0.000331	0.00060635
Einwohnerzahl	4.69514E-07	4.47743E-07	1.048623071	0.301748844	-4.4E-07	1.3794E-06
Eigentumsquote	0.031414566	0.023004736	1.365569497	0.18104096	-0.015337	0.07816582
Bodenpreis	2.07617E-05	9.10098E-06	2.281256636	0.028917805	2.266E-06	3.9257E-05
Auslagerung der Prüfung von Baugesuchen	0.001522895	0.004316607	0.352799138	0.726416882	-0.00725	0.0102953
Anzahl Baubewilligungen	-2.31972E-06	3.5163E-05	-0.065970559	0.947787658	-7.38E-05	6.914E-05

Tabelle 8: Excel-Output „Nachbarrekursquote vs. sämtliche Gemeindeattribute“ (Eigene Darstellung)

Abschliessend kann gesagt werden, dass aufgrund der tiefen Retournierungsquote und dem Fehlen der Angaben zu den grössten Gemeinden/Städte, die Resultate nicht dem Anspruch gerecht werden, die Grundgesamtheit aller Gemeinden repräsentativ zu vertreten. Neben den kleinsten Gemeinden (unter 2'000 Einwohner) sind es v.a. die grössten Gemeinden (über 10'000 Einwohner), welche viele Rekurse aufweisen würden, die in der Stichprobe untervertreten sind. Auch Themen, wie z.B. Verdichtung und Dichtestress kommen bei der Auswertung dabei vermutlich zu wenig zum Tragen.

4.2 Befragung von Juristen: Rekurse gegen Baubewilligungen im Kanton Zürich – Thematik des Vergleichs

Da bei Vergleichen oftmals Stillschweigen vereinbart wird, gelangen nur sehr selten Details dieser Vereinbarungen an die Öffentlichkeit. Einer der wenigen Vergleiche, die publik wurden, stammt aus dem Jahre 2012. Damals wurde öffentlich bekannt, dass die Swiss Casino Gruppe für den Rückzug einer Beschwerde insgesamt CHF 110'000.- als «Prozessentschädigung» an einen Anwohner bezahlt hatte. Die Zahlung stand im Zusammenhang mit der Baubewilligung für das damals neue Zürcher Kasino im ehemaligen Warenhaus Ober. Dass in diesem Fall Details der Vereinbarung trotz Stillschweigeklausel publik wurden, lag in der Verantwortung der Kammer des Verwaltungsgerichts. Diese war sich nicht einig, wie man mit dem Rückzug der

Beschwerde umzugehen habe, da die Frage bzgl. Sittenwidrigkeit der Vereinbarung nicht einstimmig abgelehnt wurde. (Kälin, 2012)

4.2.1 Umfrageziel

Mit dieser Umfrage wird das Ziel verfolgt, Details zu möglichst vielen Vergleichen im Kanton Zürich zu sammeln. Diese Daten werden dann ausgewertet und auf mögliche Muster hin geprüft. Nach Möglichkeit soll aufgezeigt werden, ob es Indizien für ein Anreizproblem im aktuellen Rechtsschutz im öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrecht gibt und rekurrierende Nachbarn fördert, die auf ungerechtfertigte Vergleiche spekulieren. Daneben soll die Einschätzung der mit dieser Thematik vertrauten Anwälte hinsichtlich Verbesserungsvorschläge oder anderweitigen Inputs in Erfahrung gebracht werden.

4.2.2 Untersuchungsmethodik

Um an die gewünschten Informationen zu kommen, gibt es unterschiedliche Herangehensweisen. Bei einem Vergleich sind primär drei Parteien direkt involviert: Der *Bauherr*, der *Rekurrent* und die *Rechtsvertreter* der beiden Parteien. Bei ersteren beiden gestaltet sich die Informationsbeschaffung sehr aufwendig, da es einerseits schwierig zu eruieren ist, wer überhaupt einen Vergleich geschlossen hat und andererseits, sehr viele Parteien ausfindig gemacht werden müssten, um an eine vernünftige Anzahl Fälle zu kommen. Ein durchschnittlicher Bauherr resp. Rekurrent wird im Normalfall eine tiefe einstellige Fallzahl vorweisen können. Aus diesem Grund wurde bei dieser Untersuchung auf die dritte, direkt involvierte Partei zurückgegriffen, den Rechtsanwälten.

Die Fokussierung auf diese Gruppe bietet einerseits den Vorteil, dass sie eine grosse Zahl an verschiedenen Fällen vorweisen können und andererseits die Verfügbarkeit von Kontaktdaten (via Zürcher Anwaltsverband-Homepage) relativ gut gegeben ist. Der Hauptnachteil der Fokussierung auf die Juristen ist darin zu sehen, dass ein Anwalt der üblicherweise einen Stundensatz ab ca. CHF 350.- verrechnet, relativ hohe Opportunitätskosten aufweist und damit nur schwer davon zu überzeugen ist, an einer Umfrage die ca. 15 Minuten Zeit in Anspruch nimmt, teilzunehmen.

Umfrage

Die Erhebung der Daten erfolgte mittels Onlinebefragung. Es wurden 402 der insgesamt 406 auf der Homepage des Zürcher Anwaltsverbandes (www.zav.ch) ausgewiesenen

Juristen mit dem Rechtsgebiet «Bau- und Planungsrecht» angeschrieben. 4 Juristen konnten nicht angeschrieben werden, da sie entweder doppelt in der Liste aufgeführt wurden (3) oder keine Emailadresse erhältlich war (1), um die Onlineumfrage zustellen zu können. Die Umfrage wurde anonym durchgeführt und die Antwortmöglichkeiten teilweise in Bandbreiten vorgegeben, um den Aufwand für die Teilnehmenden zu verkleinern. In der Umfrage wurden primär Rekurse erfragt, bei welchen ein Vergleich geschlossen wurde. Der Zeitraum wurde dabei auf Rekurse ab dem 01.01.2015 beschränkt.

Die Beantwortung des Fragebogens nahm in etwa 15 Minuten in Anspruch und war abhängig davon, über wie viele Rekurse Angaben gemacht wurden. Der Versand erfolgte am 22.06.2017 mit einer Erinnerungsemail am 07.07.2017. Der Einsendeschluss wurde auf den 13.07.2017 terminiert.

Angaben zu den teilnehmenden Juristen

Von den 402 angeschriebenen Juristen, haben insgesamt 32 an der Umfrage teilgenommen, was einer Rücklaufquote von nur 7.9% entspricht. Neben den bereits erwähnten hohen Opportunitätskosten sind hierfür gemäss Rückmeldung der Rechtsanwälte die Tatsachen verantwortlich, dass viele der 402 angeschriebenen Juristen ausschliesslich im privaten Baurecht tätig sind oder für den vorgegebenen Zeitraum bei keinem Verfahren beteiligt waren, der mit einem Vergleich erledigt wurde. Die Grundgesamtheit kann somit nicht genau beziffert werden, aufgrund der kleinen Stichprobe ist aber davon auszugehen, dass die Repräsentativität nur gering ist. In Tabelle 9 sind die Angaben zu den einzelnen Juristen, wie Alter, Tätigkeitsgebiet, etc. zusammengefasst. Es nahmen vorwiegend Juristen teil, die hauptsächlich in der Stadt (Zürich oder Winterthur) tätig sind.

Infos über teilnehmende Juristen	
Anzahl Juristen (% Rücklaufquote)	32 (7.9%)
Repräsentativität der Grundgesamtheit (Grundgesamtheit nicht bezifferbar)	gering
Tätigkeitsgebiet: Stadt / Agglomeration / Land	18 (56%) / 8 (25%) / 6 (19%)
Juristen mit / ohne Rekurse	23 / 9
Fachanwälte SAV (Bau- & Immobilienrecht)	8
Median-Alterskategorie (in Jahren)	31 - 40
Ø-Amtstätigkeit (in Jahren)	14.0
Festlegung des Honoraransatzes (in % aller Teilnehmer)	Stundensatz (100%)

Tabelle 9: Infos über die teilnehmenden Juristen (Eigene Darstellung)

4.2.3 Ergebnisse

9 der 32 teilnehmenden Juristen konnten für den vorgegebenen Zeitraum (ab Januar 2015 bis heute) keine Rekurse vorweisen, bei welcher ein Vergleich geschlossen wurde. Somit verteilen sich die Angaben zu den insgesamt 35 Rekursen, die mit einem Vergleich erledigt wurden auf 23 Juristen. Nur gerade 7 Juristen haben Angaben über mehr als einen Rekurs gemacht. Insgesamt hätten sich die teilnehmenden Juristen zu 131 Rekursen, bei denen ein Vergleich geschlossen wurde, äussern können.

Rekurse ab 01.01.2015	
Anzahl Rekurse, die von den teilnehmenden Juristen behandelt wurden	393
Anzahl geschlossener Vergleiche (Quote)	131 (33%)
Anzahl erfolgloser Vergleichsangebote (Quote)	81 (21%)
Detaillierte Angaben zu Rekursen ab 01.01.2015, bei welchen ein Vergleich geschlossen wurden	
Anzahl Rekurse mit einem Vergleich (% max. möglichen Rekursen mit Vergleich der Teilnehmer)	35 (26%)
Rekurse n. Objektart (EFH / MFH / Grossprojekt / übrige)	5 / 19 / 8 / 3
Rekurse n. Bauherr (Privatperson / kleines bis mittleres Unternehmen / Grossfirma / öRK / Konsortium)	12 / 17 / 4 / 1 / 1
Zu welcher Instanz ging das Verfahren: nicht bis 1. Instanz / Baurekursgericht / Verwaltungsgericht oder weiter	8 / 25 / 2
Ø-Dauer der Verfahren (in Jahren)	0.93
Ø-Anwaltsstunden pro Rekurs	32.78
Anwaltsstunden pro Rekurs (min. bis max.)	8 bis 100
Welche Partei hat zuerst einen Betrag für den Vergleich genannt? Bauherr / Rekurrent	47% / 53%
Wurde die Vergleichssumme im Verlaufe angepasst? ja, erhöht / ja, gesenkt / nein / weiss nicht	17% / 17% / 57% / 9%
Zeitpunkt des Vergleich-Abschlusses: nach Einreichung Rekurs / Schriftenwechsel / Augenschein / Sonstige	29% / 37% / 20% / 14%
Komponenten des Vergleichs: Nur Geldzahlung / Geldzahlung und materielle Leistung / nur mat. Leistung	17% / 46% / 37%

Tabelle 10: Angaben zu den Rekursen (Eigene Darstellung)

Wie aus der Tabelle 10 hervorgeht wurde bei rund der Hälfte (54% = Anzahl geschlossener und erfolgloser Vergleiche) der Rekurse ein Vergleich angestrebt. Dieser konnte bei einem Drittel der Rekurse geschlossen werden. Erstaunlich ist, dass bei rund jedem fünften Rekurs ein erfolgloses Vergleichsangebot abgegeben wurde. Die durchschnittliche Verfahrensdauer eines Rekurses, der mit einem Vergleich erledigt wurde, betrug knapp 1 Jahr. Bei durchschnittlichen Anwaltsstunden von 32.8h (37.5h bei Vertretung des Bauherrn / 29.8h bei Vertretung des Rekurrenten) bedeutet dies, bei einem Stundensatz von geschätzten CHF 350.-, durchschnittliche Anwaltskosten von knapp CHF 11'500.- pro Rekursverfahren, das mit einem Vergleich erledigt wurde. Bemerkenswert ist der Fakt, dass Vergleiche mehrheitlich geschlossen werden, noch bevor ein Augenschein durchgeführt wurde. Im Verhandlungsprozess ist es relativ ausgeglichen, welche Partei (Bauherr 47% / Rekurrent 53%) zum ersten Mal ein Vergleichsangebot unterbreitet und somit einen Anker setzt. Insgesamt wird dabei nur bei wenigen Vergleichen eine reine Geldzahlung vereinbart. Meistens wird die Kombination mit einer materiellen Leistung (wie z.B. der Eintragung einer Dienstbarkeit) gewählt.

Rekursgründe

In Tabelle 11 sind die Rekursgründe der 35 Rekurse aufgeführt, wobei Mehrfachnennungen möglich waren. Am meisten wurde die Verletzung quantitativer Bauvorschriften (Ausnutzungsziffer, Bauhöhe, Volumen etc.) bemängelt. An zweiter Stelle folgt mit ebenfalls über 50% bereits die Verletzung qualitativer Bauvorschriften. An 3. Stelle liegen mit 20% die ungerechtfertigten Ausnahmegewilligungen.

Rekursgründe	
Verletzung quantitativer Bauvorschriften (Ausnutzungsziffer, Bauhöhe, Volumen etc.)	24 (69%)
Verletzung qualitativer Vorschriften: Die Einordnung des Projekts ins Ortsbild passte nicht	18 (51%)
Ungerechtfertigte Ausnahmegewilligung	7 (20%)
Mangelnde Erschliessung	3 (9%)
Übrige (Umweltschutz, Lärmschutz, Verletzung Bestimmungen der Arealüberbauung, etc.)	4 (11%)

Tabelle 11: Rekursgründe (Eigene Darstellung)

Vergleichszahlungen sowie Verfahrensdauer nach Objektart

In der Stichprobe sind mit rund 54% vorwiegend Vergleiche in Bezug auf Mehrfamilienhäuser vertreten. Die Werte der Vergleichsleistungen (materiell und geldwert) werden in Tabelle 12 je Objektkategorie dargestellt.

Wert der Vergleichsleistungen (Spannbreite)	
EFH: Spannbreite (Anzahl)	unter CHF 15'000.- bis CHF 50'000.- (5)
MFH: Spannbreite (Anzahl)	unter CHF 15'000.- bis CHF 500'000.- (19)
Grossprojekt exkl. MFH (Anlagekosten < CHF 50 Mio.): Spannbreite (Anzahl)	unter CHF 15'000.- bis CHF 500'000.- (6)
Grossprojekt exkl. MFH (Anlagekosten CHF 50 Mio. bis CHF 200 Mio.): Spannbreite (Anzahl)	unter CHF 15'000.- bis CHF 150'000.- (2)
Übrige: Spannbreite (Anzahl)	unter CHF 15'000.- (3)
Wert der Vergleichsleistungen (Median)	
EFH	unter CHF 15'000.- (5)
MFH	unter CHF 15'000.- (19)
Grossprojekt exkl. MFH (Anlagekosten < CHF 50 Mio.)	CHF 15'001 bis CHF 50'000 (6)
Grossprojekt exkl. MFH (Anlagekosten CHF 50 Mio. bis CHF 200 Mio.)	CHF 15'001 bis CHF 50'000 (2)
Übrige	unter CHF 15'000.- (3)
Verfahrensdauern (in Jahren)	
EFH: Spannbreite (Median)	0.3 bis 1 (0.54)
MFH: Spannbreite (Median)	0.2 bis 2 (0.84)
Grossprojekt exkl. MFH (Anlagekosten < CHF 50 Mio.): Spannbreite (Median)	0.33 bis 3 (1.30)
Grossprojekt exkl. MFH (Anlagekosten CHF 50 Mio. bis CHF 200 Mio.): Spannbreite (Median)	0.25 bis 0.75 (0.5)
Übrige: Spannbreite (Median)	1 bis 2.5 (1.5)

Tabelle 12: Vergleichszahlungen und Verfahrensdauer nach Objektart (Eigene Darstellung)

Bei Ein- und Mehrfamilienhäusern liegen die Vergleichsleistungen mehrheitlich (Median) unter CHF 15'000.-. Bei 2 Rekursen (1x MFH Arealüberbauung / 1x Grossprojekt mit Anlagekosten < CHF 50 Mio.) lag der Wert der Vergleichsleistung zwischen CHF 150'001.- und CHF 500'000.-. Aufgrund der Bandbreiten fällt eine Interpretation schwer und auch die Tatsache, dass materielle Leistungen bewertet werden mussten, schränkt die Aussagekraft dieser Darstellung zusätzlich ein. Aufgrund der kleinen Stichprobe gilt auch hier, dass die Repräsentativität und somit die Aussagekraft gering sind.

Handlungsbedarf beim Rechtsschutz im öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrecht

Die Juristen wurden gefragt, ob und wo sie Handlungsbedarf beim bestehenden Rekursrecht resp. Rechtsschutz sehen. Die Auswertung dazu ist in Abbildung 6 zusammengefasst. Über 80% der Befragten waren der Meinung, dass es eine Änderung benötigt. Eine deutliche Mehrheit von 63% sieht ein Bedürfnis darin, dass die obsiegende Partei eine höhere Prozessentschädigung erhält. Daneben fordern je 28%, dass die Verfahren weiter beschleunigt werden und dass die Beschwerdelegitimation zusätzlich beschränkt wird. 6% finden hingegen, dass die Rechte der Rekurrenten ausgebaut werden sollen.

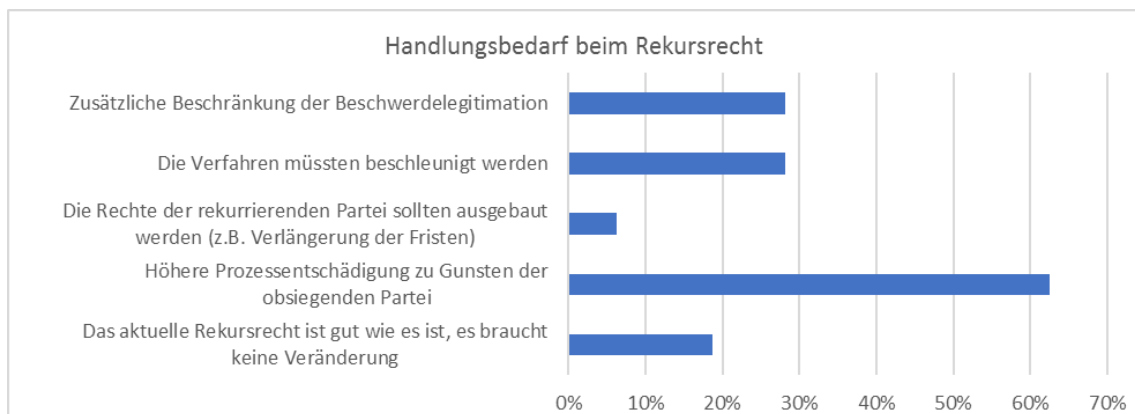


Abbildung 6: Handlungsbedarf beim Rekursrecht gemäss teilnehmenden Juristen (Eigene Darstellung)

4.3 Zusammenfassung der Analyseergebnisse

Die beiden Umfragen haben unterschiedliche Resultate geliefert. Die *Gemeinde-Umfrage* hat einen signifikanten Zusammenhang zwischen dem Bodenpreis und der Nachbarrekursquote aufgezeigt, hingegen konnte kein signifikanter Zusammenhang zwischen der Eigentumsquote und der Nachbarrekursquote nachgewiesen werden. Auch gibt es statistisch keine Signifikanz der Aussage, dass der Anteil an Nachbarrekursen (gemessen an allen Rekursen), einen Einfluss auf die Rekursrückzüge in einer Gemeinde hat. Dies hätte indirekt die Vermutung bestätigt, dass ein Nachbarrekurs tendenziell schnell (und noch vor Beurteilung durch das Baurekursgericht) mit einem Vergleich geschlossen wird.

Bei der *Juristen-Umfrage* liegt die Hauptidee in der Tatsache, dass 80% der teilnehmenden Juristen einen Handlungsbedarf beim Rechtsschutz sehen. 63% der Juristen sind der Meinung, dass die obsiegende Partei eine höhere Prozessentschädigung erhalten sollte. Auch kürzere Verfahrensdauern (28%) sowie eine Beschränkung der Rekurs-/resp. Beschwerdelegitimation wurden relativ zahlreich genannt. In Bezug auf

die Thematik des *Vergleichs* hat die Umfrage aufgrund der kleinen Stichprobe (nur 35 Vergleiche) eine geringe Aussagekraft. Dennoch konnten teils bemerkenswerte Feststellungen gemacht werden, z.B., dass bei jedem fünften Rekurs ein erfolgloses Vergleichsangebot unterbreitet wurde, dass 66% der Vergleiche geschlossen wurden, noch bevor der Augenschein durchgeführt wurde oder dass bei rund 51% der Rekurse, welche mit einem Vergleich geschlossen wurden, die Verletzung qualitativer Vorschriften gerügt wurde.

Die Resultate beider Umfragen stehen unter dem Vorbehalt, dass die Stichproben zu klein sind, um als repräsentativ angesehen werden zu können.

5 Schlussbetrachtung

5.1 Fazit

Wie die Befragung der Juristen zeigt, besteht ein Handlungsbedarf beim Rechtsschutz im öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrecht. Insgesamt 80% der Befragten befürworten eine Anpassung. Eine deutliche Mehrheit (67%) fordert dabei eine höhere Entschädigung der obsiegenden Partei, resp. eine Anpassung der Haftungsregeln bei missbräuchlichen Rechtsmittelgebrauch. Zu einem ähnlichen Fazit gelangt diese Arbeit.

Wie aus dem Votum der Juristen hervorgeht wird also die ungenügende Haftung des unterliegenden Dritten im planungs- und baurechtlichen Verfahren bemängelt. V.a. die Haftung für den Verzögerungsschaden, den ein Bauherr durch einen missbräuchlichen Rechtsmittelgebrauch erleidet, ist unbefriedigend. Auf diese Thematik wurde ausführlich in Kapitel 2.6. *Haftung unterliegender Dritter im planungs- und baurechtlichen Verfahren* eingegangen. Es wurde dargelegt, dass der Verzögerungsschaden nur nach Art. 41 OR zu regeln ist. Hierbei bilden aber insbesondere die beiden Voraussetzungen *Widerrechtlichkeit* und *Verschulden* hohe Hürden, um den Rekurrenten, dessen Anfechtungsmotive unlautere oder willkürliche waren, haftungsrechtlich zu belangen.

Auch bei der Rückforderung einer überhöhten oder sittenwidrigen Vergleichsleistung nach Art. 21 OR *Übervorteilung* oder nach Art. 62ff. OR *Ungerechtfertigte Bereicherung* gelten strenge Voraussetzungen, womit ein Bauherr nur geringe Chancen hat, Leistungen aus einem Vergleich zurückzuerhalten, den er abschliessen musste, um die hohen Verzögerungskosten zu vermeiden. Dies wurde in Kapitel 2.7 *Gerichtsentscheide* anhand ausgewählten konkreten Gerichtsentscheiden aufgezeigt. Hierbei wäre es grundsätzlich dienlich, wenn die Rechtsmittelinstanzen in ihren Entscheidungsbegrün-

dungen jeweils auf eine festgestellte missbräuchliche Prozessführung hinweisen würden. Wie die aktuelle Rechtsprechung zeigt, sind solche Hinweise für allfällige spätere zivilrechtliche Haftungsprozesse allenfalls entscheidend (Marti, 2016, S. 357).

Mit Hilfe ökonomischer Ansätze konnte die Anreizproblematik des Rechtsschutzes dargelegt werden. Hierzu wurde Bezug auf den Property-Rights-Ansatz, die Transaktionskosten sowie den Prinzipal-Agent-Ansatz genommen.

Es wurde festgestellt, dass der Rechtsschutz durch die weite Auslegung der Legitimation sowie der Rekursgründe die Verfügungsrechte verdünnt. Zudem führt der Rechtsschutz zu sehr hohen Durchsetzungskosten der Verfügungsrechte (u.a. Verzögerungskosten, Prozessrisiko), was ein grosses Anreizproblem verursacht. Unter der Annahme eines nutzenmaximierenden Bauherrn und Nachbarn bedeutet dies, dass der Rechtsschutz den rechtsmissbräuchlichen Gebrauch von Rechtsmitteln fördert.

Die beiden Umfragen haben unterschiedliche Resultate geliefert. Die Auswertung der *Gemeinde-Umfrage* mittels Regressionsanalyse hat nur einen signifikanten Zusammenhang zwischen dem Bodenpreis und der Nachbarrekursquote aufzeigen können. Hingegen konnten keine signifikanten Zusammenhänge zu den übrigen Thesen nachgewiesen werden. Bei der *Juristen-Umfrage* liegt die Haupteckdaten in der Tatsache, dass eine grosse Mehrheit einen Handlungsbedarf beim Rechtsschutz sieht. In Bezug auf die Thematik des Vergleichs hat die Umfrage teils bemerkenswerte Tatsachen hervorgebracht, z.B. dass 66% der Vergleiche geschlossen wurden, noch bevor der Augenschein durchgeführt wurde, was die dargelegte Anreizproblematik bestätigt. Bei beiden Umfragen war jedoch die Rücklaufquote tief, weshalb die Resultate unter dem Vorbehalt, dass die Stichproben zu klein und die Verteilungen (der Gemeindegrössen sowie der Vergleiche) zu wenig ausgewogen sind, um als repräsentativ angesehen werden zu können.

5.2 Diskussion

Mit dieser Arbeit wurde versucht, der Rechtsschutz im Planungs-, Bau- und Umweltrecht von einer juristischen und einer ökonomischen Seite zu beleuchten.

Bei der Wahl der ökonomischen Theorien wurde mit Bezug auf den Vergleich auch die Spieltheorie oder andere Verhandlungstheorien in Betracht gezogen. Der Property-Rights-Ansatz wurde aber als geeigneter erachtet, die Anreizproblematik des Rechtsschutzes aufzuzeigen, da solche Anreize oftmals Ursprung eines Vergleichs sind.

Mit Bezug auf die beiden Umfragen wurde vieles unternommen, damit die Rücklaufquoten höher ausfallen würden. Vielleicht wurde der Zeitaufwand einer Teilnahme unterschätzt. Nachbarrekurse und Vergleiche sind zwei sehr spezifische Themen. Vermutlich werden dazu weder in einer Gemeindeverwaltung (bzgl. Nachbarrekurse) noch in einer Anwaltskanzlei (bzgl. Vergleiche) Statistiken geführt. Das bedeutet, dass die zuständige Person sich diese Daten aufwändig manuell aus den Akten beschaffen müsste. Dies erklärt in beiden Umfragen die vorhandene Verzerrung nach unten (Gemeinden mit wenig Rekursen / nur Angabe zu einem Rekurs pro teilnehmendem Anwalt). Die Fragebögen waren grundsätzlich methodisch sauber ausgestaltet und mit einer vernünftigen Anzahl Fragen versehen. Einzig die Vorgabe von Bandbreiten bei der Gemeinde-Umfrage wäre nicht zwingend gewesen, da die Anonymisierung wohl keine Rolle für die Teilnahme gespielt hat, der Informationsverlust aber die Aussagekraft der Regressionsanalyse beeinträchtigt.

5.3 Ausblick

In dieser Arbeit wurde eine Eingrenzung auf den Rechtsschutz im Kanton Zürich vorgenommen und das Thema der Verbandsbeschwerde ausgeklammert. Eine Gegenüberstellung mit den Rechtsschutzen anderer Kantone sowie einer Analyse der dortigen Anreizstrukturen wäre interessant. Allenfalls könnte dies hilfreich sein, um das Anreizproblem in Zürich zu entschärfen.

In der Arbeit konnte dargelegt werden, dass eine Notwendigkeit besteht, dafür zu sorgen, dass die Haftung für missbräuchliche Anfechtungen von Bauprojekten besser durchgesetzt werden kann. Hierfür bestehen derzeit verschiedene Schwierigkeiten, was insbesondere mit Beweisproblemen sowie hohe Prozessrisiken zu tun hat. Ein geeignetes Mittel könnte darin bestehen, die Verwaltungsgerichte im Rahmen der Beurteilung von planungs- und baurechtlichen Rechtsmitteln auch über zivilrechtliche Haftungsansprüche wegen missbräuchlicher Prozessführung entscheiden zu lassen. Dadurch würde der zusätzliche Zivilprozess entfallen. Hierbei müsste abgeklärt werden, inwieweit die beschlossene Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts diese Lösung verunmöglicht (Marti, 2016, S. 356-357).

Auch die Verfahrensbeschleunigung ist ein wichtiges Thema. Hierfür könnten geeignete Verfahrensregeln (z.B. Verfahrensfristen) oder auch durch aufsichts- oder prozessrechtliche Mittel (z.B. Geltendmachung einer Rechtsverzögerung; Ordnungsbussen- und Kostenauflagen) aufgezeigt werden.

6 Literaturverzeichnis

Baurekursgericht des Kantons Zürich (2016a). Rechenschaftsbericht 2016. Gefunden unter: http://www.baurekursgericht-zh.ch//files/rb_brg_2016.pdf

Baurekursgericht des Kantons Zürich (2016b). Merkblatt betreffend Ansetzung und Erstreckung von Fristen. Gefunden unter: http://www.baurekursgericht-zh.ch//files/merkblatt_fristen_brg_2016-10-26.pdf

Baurekursgericht des Kantons Zürich (2016c). Häufige Fragen (FAQ). Gefunden unter: <http://www.baurekursgericht-zh.ch/verfahren/haeufige-fragen-faq.html>

Bundesgericht (2014). BGer 6B_1049/2013. Urteil vom 4. Juli 2014. Gefunden unter: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/140704_6B_1049-2013.html

Bundesgericht (2015). Geschäftsbericht 2015 des Bundesgerichts. Gefunden unter: http://www.bger.ch/gb_2015_bger_d.pdf

Bundesgericht (2016). Geschäftsbericht 2016 des Bundesgerichts. Gefunden unter: http://www.bger.ch/bger-bgergb16_d.pdf

Fritzsche, C., Bösch, P. & Wipf, T. (2011). *Zürcher Planungs- und Baurecht. Band 1. Planungsrecht, Verfahren und Rechtsschutz*. 5. Auflage. Zürich: Verlag KDMZ.

Griffel, A. (2014): *Raumplanungs- und Baurecht. in a nutshell*. 2. Auflage. Zürich/St.Gallen: Dike Verlag AG.

Kälin, A. (2012, 25. Januar). Anwohner lässt sich Kasino-Rekurs vergolden. *NZZ online*. Gefunden unter: https://www.nzz.ch/anwohner_laesst_sich_kasino-rekurs_vergolden-1.14511679

Lieth, O. (2007). *Die ökonomische Analyse des Rechts im Spiegelbild klassischer Argumentationsrestriktionen des Rechts und seiner Methodenlehre* (Lausanner Studien zur Rechtswissenschaft). Baden-Baden: Nomos.

Marti, A. (2016). Beschränkte Haftung unterliegender Dritter im bau- und planungsrechtlichen Verfahren. In A., Böhme, F., Gähwiler, F., Theus Simoni, I., Zuberbühler (Hrsg.). *Ohne jegliche Haftung. Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht. Festschrift für Willi Fischer* (S. 345-357). Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.

Picot, A., Dietl, H., & Franck, E. (2005). *Organisation: Eine ökonomische Perspektive*. 4. Auflage. Stuttgart: Schäffer-Poeschel.

Röhl, K. (2012). Von der Ökonomischen Analyse des Rechts zur Verhaltensökonomik. Gefunden unter: http://rechtssoziologie-online.de/?page_id=591

Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (1989). BGE 115 II 232. 39. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. September 1898 i.S. Frau A. gegen B. Immobilien AG (Berufung). Gefunden unter: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F115-II-232%3Ade&lang=de&type=show_document

Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (1996). BGE 123 III 101. 17. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. November 1996 i.S. D. gegen A. (Berufung). Gefunden unter: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F123-III-101%3Ade&lang=de&type=show_document

Schmid, H. (2013). *Barrieren im Wissenstransfer: Ursachen und deren Überwindung*. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden.

Schweizerischer Anwaltsverband (2005). Schweizerische Standesregeln. Gefunden unter: [https://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/7229_schweizerische_standesregeln_d_22-06-2012-\(2\).pdf](https://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/7229_schweizerische_standesregeln_d_22-06-2012-(2).pdf)

Stadt Zürich (2016). Geschäftsbericht 2016. Gefunden unter: https://www.stadt-zuerich.ch/epaper/portal/gb_stzh_2016_output/web/flipviewerxpress.html

Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (2015). Rechenschaftsbericht an den Kantonsrat 2015. Gefunden unter: http://www.vgr.zh.ch/internet/verwaltungsgericht/de/ueber_uns/was_wir_tun/_jcr_content/contentPar/downloadlist_1381735829011/downloaditems/rechenschaftsbericht_0.spoiler.download.1462344997259.pdf/Rechenschaftsbericht_2015.pdf

Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (2016a). Organisation. Gefunden unter: http://www.vgr.zh.ch/internet/verwaltungsgericht/de/ueber_uns/organisation.html

Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (2016b). Rechenschaftsbericht an den Kantonsrat 2016. Gefunden unter: http://www.vgr.zh.ch/internet/verwaltungsgericht/de/ueber_uns/was_wir_tun/_jcr_content

nt/contentPar/downloadlist_1381735829011/downloaditems/rechenschaftsbericht_1.spo
oler.download.1491383102060.pdf/Rechenschaftsbericht_2016.pdf

Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (2016c). Fristen & Fristerstreckungen. Gefun-
den unter:

[http://www.vgr.zh.ch/internet/verwaltungsgericht/de/themen/fristen_fristerstreckungen.
html](http://www.vgr.zh.ch/internet/verwaltungsgericht/de/themen/fristen_fristerstreckungen.html)

7 Anhang

Anhang A: Fragebogen zur Befragung der Gemeinden



Universität
Zürich ^{UZH}

CUREM – Center for Urban &
Real Estate Management

Fragen zu Baubewilligungen (ab dem 01.01.2015 bis heute)

1. Wieviele Baubewilligungen wurden seit dem 01.01.2015 in Ihrer Gemeinde (allenfalls auch mit Auflagen / Einschränkungen) erteilt? (Anzahl) *

2. Wieviele Baugesuche wurden seit 01.01.2015 vollumfänglich abgelehnt? (Anzahl) *

3. Wie lange dauert es im Durchschnitt, bis eine Baubewilligung erteilt wird? (in Monaten) *

4. Wurde in Ihrer Gemeinde gegen Baubewilligungen, die seit dem 01.01.2015 erteilt wurden, Rekurs eingereicht?

Markieren Sie nur ein Oval.

ja

Nein, in diesem Zeitraum gab es keine Rekurse gegen Baubewilligungen in unserer Gemeinde. Nach der letzten Frage in diesem Abschnitt weiter mit "Vielen Dank für die Teilnahme an dieser Umfrage. Auf der nächsten Seite sind abschliessend noch ein paar Fragen zu Ihrer Gemeinde aufgeführt."

5. Individueller Kommentar/Anmerkungen zu diesem Abschnitt

Fragen zu Rekursen gegen Baubewilligungen (ab dem 01.01.2015 bis heute)

6. Gegen wieviele Baubewilligungen wurde ein Rekurs eingereicht? (Anzahl) *
Bewilligungszeitraum 01.01.2015 bis heute

7. Wieviele dieser Rekurse wurden vom Bauherrn gegen nicht erteilte Baubewilligungen eingereicht? (Anzahl) *
(falls die exakte Anzahl nur sehr aufwändig zu eruieren ist, bitte aufgrund Ihrer Erfahrung eine Prozentzahl schätzen und mit einem "%" -Zeichen versehen)

8. Wieviele Rekurse wurden von einem Nachbarn eingereicht? (Anzahl) *
(falls die exakte Anzahl nur sehr aufwändig zu eruieren ist, bitte aufgrund Ihrer Erfahrung eine Prozentzahl schätzen und mit einem "%" -Zeichen versehen)

Zurückgezogene Rekurse

9. Wieviele Rekurse wurden zurückgezogen, noch bevor sie vom Baurekursgericht rechtskräftig erledigt wurden? (Anzahl) *

10. Bei wievielen dieser zurückgezogenen Rekurse erfolgte eine Abänderung des Projekts? (Anzahl)

(falls die exakte Anzahl nur sehr aufwändig zu eruieren ist, bitte aufgrund Ihrer Erfahrung eine Prozentzahl schätzen und mit einem "%" -Zeichen versehen)

Entscheide des Baurekursgerichts

11. Wieviele Rekurse wurden vom Baurekursgericht abgewiesen? (Anzahl)

12. Wieviele Rekurse wurden vom Baurekursgericht teilweise oder gänzlich gutgeheissen? (Anzahl)

Weiterzug an die nächste Instanz

13. Wieviele Entscheide des Baurekursgerichtes wurden ans Verwaltungsgericht weitergezogen? (Anzahl) *

14. Wieviele Urteile des Verwaltungsgerichtes wurden ans Bundesgericht weitergezogen? (Anzahl) *

15. Individueller Kommentar zu diesem Abschnitt

Vielen Dank für die Teilnahme an dieser Umfrage. Auf der nächsten Seite sind abschliessend noch ein paar Fragen zu

Ihrer Gemeinde aufgeführt.

Angaben zur Gemeinde

16. Wieviele Einwohner hat Ihre Gemeinde? *

Markieren Sie nur ein Oval.

- bis 2'000
 2'001 bis 10'000
 10'001 bis 50'000
 über 50'000

17. Wie gross ist die Distanz zum Stadtzentrum (ÖV-Fahrzeit in min bis HB Zürich)? *

Markieren Sie nur ein Oval.

- 0 bis 15min
 16 min bis 30min
 31min bis 60min
 über 60min

18. Wie hoch ist das durchschnittliche steuerbare Einkommen in Ihrer Gemeinde? *

http://www.statistik.zh.ch/internet/justiz_inneres/statistik/de/daten/gemeindeportraet_kanton_zuerich.htm#a-content (Ihre Gemeinde auswählen. Den Wert finden Sie im Abschnitt "Einkommen und Vermögen" unter "Steuerb. Vermögen natürl. Pers. Durchschn.")

Markieren Sie nur ein Oval.

- unter CHF 55'000
 CHF 55'001 bis CHF 80'000
 CHF 80'001 bis CHF 110'000
 über CHF 110'000

19. Wie hoch ist der Anteil an der ausländischen Bevölkerung? *

http://www.statistik.zh.ch/internet/justiz_inneres/statistik/de/daten/gemeindeportraet_kanton_zuerich.htm#a-content (Identischer Link wie zur vorherigen Frage. Ihre Gemeinde auswählen. Den Wert finden Sie im Abschnitt "Bevölkerungsbestand" unter "Ausländeranteil")

Markieren Sie nur ein Oval.

- unter 15%
 15% bis 30%
 30.01% bis 40%
 über 40%

20. Wie hoch ist die Maturitätsquote in Ihrer Gemeinde? *

Anzahl Maturitätsabschlüsse in Prozent aller 19-Jährigen: <http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/region/Der-Gymigraben/story/15733906> (Auf Ihre Gemeinde in der Grafik klicken und die Quote erscheint)

Markieren Sie nur ein Oval.

- unter 10%
- 10% bis 20%
- 20.01% bis 30%
- über 30%

21. Wie hoch ist der durchschnittliche Bodenpreis (Median) Ihrer Gemeinde? (CHF/m²) *

http://www.web.statistik.zh.ch/cms_vis/2017_PM_Bodenpreise/index.html (Bei der Grafik oben rechts die Gemeinde wählen (Scrollmenü oder direkt in der Grafik anklicken), dann wird der Median-Bodenpreis unten rechts (Fett) angezeigt.)

Markieren Sie nur ein Oval.

- Unter CHF 500.-/m²
- über CHF 500.-/m² bis CHF 1'000.-/m²
- über CHF 1'000.- bis CHF 1'500.-/m²
- über CHF 1'500.-/m²

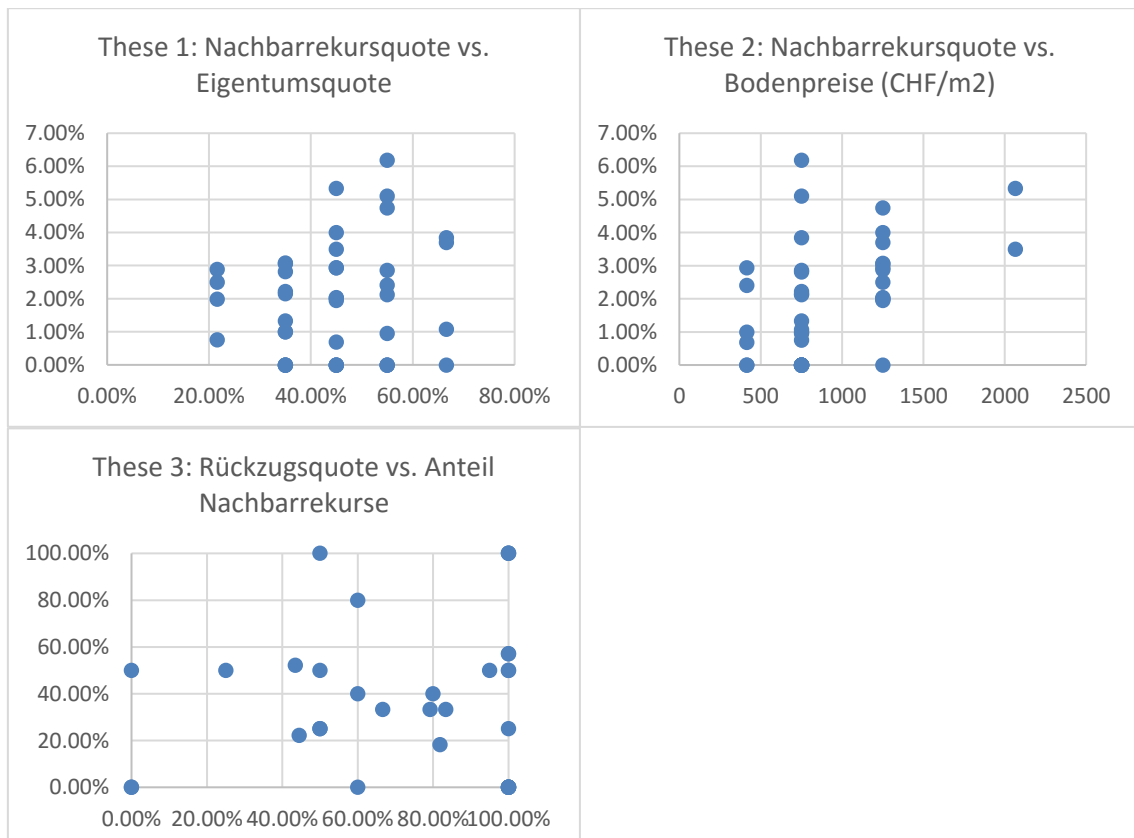
22. Ist die Prüfung von Baugesuchen in Ihrer Gemeinde ausgelagert?

Markieren Sie nur ein Oval.

- Ja
- Teilweise
- Nein

Herzlichen Dank!

Anhang B: Zusätzliche Grafiken zur Auswertung der Gemeinde-Umfrage



Anhang C: Fragebogen zur Befragung der Juristen



**Universität
Zürich** ^{UZH}

CUREM – Center for Urban &
Real Estate Management

Allgemeine Fragen zu Baurekursen

1. Bei wievielen Baurekursen, die mit einem rechtskräftigen Entscheid/Vergleich im Zeitraum 01.01.2015 bis heute erledigt wurden, haben Sie eine Partei vertreten/beraten? (Anzahl) *

Der Zeitpunkt der Kontaktaufnahme/Verfahrenseröffnung ist hierbei nicht relevant

2. Bei wie vielen dieser Rekurse wurde ein Vergleich geschlossen? (Anzahl) *

3. Bei wie vielen dieser Rekurse wurden Vergleichsgespräche geführt, ohne dass ein solcher zustande kam? (Anzahl) *

4. Berücksichtigen Sie bei einem Vergleichsangebot jeweils, ob es weitere rekurrierende Parteien gibt? *

Die Antwort ist unabhängig davon, ob Sie den Bauherrn oder den Rekurrenten vertreten
Markieren Sie nur ein Oval.

- Nein, da sich die geforderte Summe nur nach dem effektiven Schaden bemisst.
- Ja. Dies ist zwar nicht die Regel, kann aber vorkommen. Je weniger rekurrierende Parteien, desto besser ist die Verhandlungsposition, um die Ansprüche des eigenen Mandanten durchzusetzen.
- Ja, dies ist die Regel.
- Sonstiges: _____

5. Wie legen Sie in der Regel das Anwaltshonorar bei einem Baurekurs fest?

Markieren Sie nur ein Oval.

- nach Streitwert
- nach Stundenansatz
- Sonstiges: _____

6. Wie ist Ihre persönliche Einschätzung zur aktuellen Rechtslage bzgl. Rekursrecht (Mehrfach-Nennungen möglich) *

Wählen Sie alle zutreffenden Antworten aus.

- Die Rechte der rekurrierenden Partei sollten ausgebaut werden (z.B. Verlängerung der Fristen)
- Das aktuelle Rekursrecht ist gut wie es ist, es braucht Veränderung
- Höhere Prozessentschädigung zu Gunsten der obsiegenden Partei
- Die Verfahren müssten beschleunigt werden
- Zusätzliche Beschränkung der Beschwerdelegitimation
- Sonstiges: _____

7. Kommentar zum Abschnitt "Allgemeine Fragen zu Baurekursen"

Im folgenden Abschnitt werden Rekurse betrachtet, bei welchen ein Vergleich geschlossen wurde und deren Verfahren im Zeitraum 01.01.2015 bis heute erledigt werden konnten. Die Antworten gelten je Rekurs.

8. Markieren Sie nur ein Oval.

- Ich kann Angaben zu mindestens 1 Rekurs machen
- In diesen Zeitraum fällt kein Rekurs, bei welchem ich eine Partei vertreten habe und bei dem ein Vergleich geschlossen wurde. *Weiter mit "Vielen Dank für die Teilnahme an dieser Umfrage. Auf der nächsten Seite sind noch einige Fragen zu Ihrer Person aufgeführt."*

Rekurse, bei welchen ein Vergleich geschlossen wurde (Angaben je Rekurs)

Es können Angaben zu 5 Rekursen gemacht werden. Bitte nur diejenigen Rekurse angeben, deren Verfahren im Zeitraum 01.01.2015 bis heute erledigt werden konnten. (-> relevant ist der Zeitpunkt der Erledigung des Verfahrens)

Rekurs Nr. 1

9. Welche Partei haben Sie vertreten? *

Markieren Sie nur ein Oval.

- Rekurrent
- Bauherr

10. Um was für ein Bauprojekt handelte es sich? *

Markieren Sie nur ein Oval.

- Einfamilienhaus
- Mehrfamilienhaus (einzelnes Objekt)
- Grossprojekt mit Anlagekosten bis CHF 50 Mio. (exkl. EFH, MFH)
- Grossprojekt mit Anlagekosten über CHF 50 Mio. bis CHF 200 Mio.
- Grossprojekt mit Anlagekosten über CHF 200 Mio.
- Sonstiges: _____

11. Beim Bauherrn handelte es sich um: *

Markieren Sie nur ein Oval.

- Privatperson
- kleineres bis mittleres Unternehmen
- Grossfirma
- Öffentlich-rechtliche Körperschaft (Gemeinde, Stadt)
- Sonstiges: _____

12. Vom Rekurrenten geltend gemachte Rekursgründe (Mehrfach-Nennungen möglich): *

Wählen Sie alle zutreffenden Antworten aus.

- Verletzung von quantitativer Bauvorschriften (Ausnutzungsziffer, Bauhöhe, Volumen etc.)
- Verletzung qualitativer Vorschriften: Die Einordnung des Projekts ins Ortsbild passte nicht, bzw. es wird keine befriedigende Gesamtwirkung erzielt (§238 Abs.1 PBG)
- Es wurde zu Unrecht eine Ausnahmegewilligung erteilt
- Sonstiges: _____

13. Wie lange dauerte das Verfahren, bis es mit einem Vergleich abgeschlossen wurde? (in Jahren) *

14. Wie viel zeitlicher Aufwand hat dieser Fall für Sie bedeutet? (Angabe in Stunden) *

15. Wie viele Parteien haben einen Rekurs eingereicht? *

Markieren Sie nur ein Oval.

- Nur eine Partei
- 2 - 5 Parteien
- mehr als 5 Parteien
- unbekannt
- Sonstiges: _____

16. Bis zu welcher Instanz wurde die Auseinandersetzung gezogen? *

Markieren Sie nur ein Oval.

- noch vor der 1. Instanz konnte eine Einigung erzielt werden
- Baurekursgericht
- Verwaltungsgericht
- Bundesgericht

17. Zu welchem Zeitpunkt wurde der Vergleich geschlossen? *

Markieren Sie nur ein Oval.

- Nach Zustellung des baurechtlichen Entscheids aber noch vor Einleitung eines Rekursverfahrens
- Nach Einreichung des Rekurses
- Nach dem Schriftenwechsel
- Nach einem Augenschein vor Ort
- Nach Entscheid des Baurekursgerichtes, aber vor Entscheid der 2. Instanz
- Nach Entscheid des Verwaltungsgerichtes
- Sonstiges: _____

18. Welche Partei hat zuerst eine Zahl für die Vergleichssumme/Kompensation genannt? *

Markieren Sie nur ein Oval.

- Bauherr
 Rekurrent

19. Wurde die Vergleichssumme/Kompensation im Verlaufe der Auseinandersetzung angepasst? *

Markieren Sie nur ein Oval.

- Nein, die Vergleichssumme/Kompensation blieb unverändert
 Ja, die Vergleichssumme/Kompensation hat sich reduziert
 Ja, die Vergleichssumme/Kompensation hat sich erhöht
 Sonstiges: _____

20. Welche Komponenten waren Bestandteil des Vergleichs? *

Markieren Sie nur ein Oval.

- Nur Geldzahlung (monetär)
 Nur materielle Leistungen: z.B. neue Umgebungsgestaltung, Errichtung einer Dienstbarkeiten im Grundbuch, etc.
 Geldzahlung und materielle Leistung

21. Wie hoch war die Vergleichssumme, die vereinbart wurde? (Geldzahlungen und materielle Leistungen, exkl. Dienstbarkeiten)

Bitte geben Sie den ungefähren Totalbetrag an und/oder wählen eine der Betragskategorien unten

22. *

Markieren Sie nur ein Oval.

- unter CHF 15'000
 CHF 15'001 bis CHF 50'000
 CHF 50'001 bis CHF 150'000
 CHF 150'001 bis CHF 500'000
 CHF 500'001 bis CHF 1 Mio.
 über CHF 1 Mio.

23. Individueller Kommentar/Zusatzinfo zu diesem Rekurs

24. Möchten Sie Angaben zu einem weiteren Rekurs machen? *

Markieren Sie nur ein Oval.

- Ja, weiter zu Rekurs Nr. 2
 Nein Weiter mit "Vielen Dank für die Teilnahme an dieser Umfrage. Auf der nächsten Seite sind noch einige Fragen zu Ihrer Person aufgeführt."

Die Fragen Nr. 25-87 sind analog den Fragen Nr. 9-23 (Angaben zu Rekurs Nr. 1) ausgestaltet und dienen der Angabe der Rekurse Nr. 2-5.

Vielen Dank für die Teilnahme an dieser Umfrage. Auf der nächsten Seite sind noch einige Fragen zu Ihrer Person aufgeführt.

Fragen zu Ihrer Person

88. Ihr Alter

Markieren Sie nur ein Oval.

- unter 30
 31-40
 41-50
 51-60
 über 60

89. Wie lange sind Sie als Baurechtsanwalt tätig? (in Jahren)

90. Vertreten Sie eher den Bauherrn oder Rekurrenten?

Markieren Sie nur ein Oval.

- Bauherrn
 Rekurrenten

91. Wo ist ihr Tätigkeitsgebiet?

Markieren Sie nur ein Oval.

- v.a. in der Stadt Zürich oder Winterthur
 v.a. in der Agglomeration
 v.a. auf dem Land

92. Sind Sie Fachanwalt SAV im Bau- und Immobilienrecht?

Markieren Sie nur ein Oval.

- ja
 nein

93. Anmerkungen/Vorschläge

Herzlichen Dank!

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich versichere hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit mit dem Thema „Baurekurse im Kanton Zürich, Analyse des Rechtsschutzes im öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrecht – unter spezieller Berücksichtigung der Thematik des Vergleichs“ selbstständig verfasst und keine anderen Hilfsmittel als die angegebenen benutzt habe. Alle Stellen die wörtlich oder sinngemäss aus veröffentlichten oder nicht veröffentlichten Schriften entnommen sind, habe ich in jedem einzelnen Falle durch Angabe der Quelle (auch der verwendeten Sekundärliteratur) als Entlehnung kenntlich gemacht.

Die Arbeit hat in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegen und wurde auch noch nicht veröffentlicht.

Kilchberg, den 28.08.2017

Pascal Vetterli