

# **ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE II Nr. 0153/2018 vom 11. Dezember 2018**

ZH Baurekursgericht, 2018-12-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_baurekursgericht\\_BRGE II Nr. 0153\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_baurekursgericht_BRGE%20II%20Nr.%200153_2018)

FR: ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE II Nr. 0153/2018 du 11 décembre 2018

IT: ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE II Nr. 0153/2018 del 11 dicembre 2018

## **Regeste**

Streitgegenstand war die vom Hochbauvorstand der Gemeinde bewilligte Sitzplatzüberdachung bei einem Einfamilienhaus, wogegen die benachbarten Grundeigentümer rekurrten. In verfahrensrechtlicher Hinsicht war die Anwendbarkeit der §§ 170 f. GG im baurechtlichen Verfahren strittig. Die angefochtene Baubewilligung enthielt nämlich die Rechtsmittelbelehrung, es könne innert 30 Tagen beim Gemeinderat eine Neuurteilung des Baugesuchs verlangt werden. Die Nachbarrekurrenten gelangten jedoch gestützt auf § 329 Abs. 1 PBG direkt ans Baurekursgericht. Das Gericht hielt in seinen Erwägungen (E. 1.3.1 - 1.3.5) dazu fest, die Rechtsschutzbestimmungen des PBG gingen als *lex specialis* der allgemeinen Regelung im neuen Gemeindegesetz vor. Eine sogenannte Neuurteilung gemäss den §§ 170 f. GG sei vergleichbar mit einem Einspracheverfahren. Ein solches schliesse § 315 Abs. 3 PBG aber explizit aus. Zudem würde ein gemeindeinternes Überprüfungsverfahren der im Bereich des Bau- und Planungsrechts angestrebten Verfahrensbeschleunigung widersprechen. Die Rekurrierenden hatten die Zustellung des baurechtlichen Entscheids über ihren Vertreter in rechtsgenügender Weise verlangt (E. 1.2.1 - 1.2.4). Im Übrigen erwiesen sich alle rekurrentischen Einwände bezüglich der Einhaltung der materiellrechtlichen Vorschriften (Grenz- und Gebäudeabstände, Einordnung, Wohnhygiene, Feuerpolizei) jedoch als nicht stichhaltig. Das Baurekursgericht wies den Nachbarrekurs vollumfänglich ab.

## **Erwägungen**

### **E. 2**

E. E., [...] betreffend Verfügung des Hochbauvorstands vom 20. März 2018; Baubewilligung für Abbruch Sitzplatzüberdachung und Erstellung einer zweiseitig geschlossenen Sitzplatzüberdachung

---

hat sich ergeben: A. Mit Verfügung vom 20. März 2018 erteilte der Hochbauvorstand der Gemeinde X [...] der Rekursgegnerin E. E. die baurechtliche Bewilligung für den Abbruch der bestehenden Sitzplatzüberdachung und den Neubau einer zweiseitig geschlossenen Sitzplatzüberdachung am H.-Weg in X. B. Hiergegen erhoben S. und N. M. mit Eingabe vom 20. April 2018 fristgerecht Rekurs an das Baurekursgericht des Kantons Zürich und beantragten in der Sache das Folgende: " 4. Die Baubewilligung BG-Nr. 2017-097 vom 20. März 2018 sei vollumfänglich aufzuheben.

### **E. 2.1**

In der Sache bringen die Rekurrierenden vor, die projektierte Sitzplatzüberdachung ("Wintergarten") sei mit einer Grösse von 3,99 m bzw. 4,60 m mal 6,35 m deutlich grösser

als der bisherige, bereits abgerissene Sitzplatz. Der Abstand zur Parzelle Kat.-Nr. 5784 betrage maximal 2,65 m und unter- schreite den in der Wohnzone W2a zwingend einzuhaltenen Grenzab- stand von 4 m (Art. 3 der Bau- und Zonenordnung X [BZO]) damit deutlich. Es sei davon auszugehen, dass an der dritten, noch offenen Seite der Sitz- platzüberdachung ein Rollo (oder dergleichen) angebracht werde, wodurch die vollkommene Verschlussung der Sitzplatzüberdachung (bzw. die Ent- stehung eines Wintergartens) ermöglicht werde. Die rechtliche Qualifikation als abstandspflichtiger Wintergarten sei ohnehin ganz unabhängig von der freiliegenden Seite zu bejahen; mithin liege auch dann ein Wintergarten vor, wenn die dritte Seite offenbleibe. Sollte das Baurekursgericht die recht- liche Qualifikation als Wintergarten mit der Begründung verneinen, dass das Bauvorhaben einseitig offen sei, wäre die angefochtene Baubewilligung jedenfalls zu ergänzen, wobei der privaten Rekursgegnerin das nachträgli- che Anbringen einer Verschlussmöglichkeit an der nicht gegen Aus- senluft geschützten Seite ausdrücklich zu untersagen sei. Sodann sei, sofern die Sitzplatzüberdachung nicht als Wintergarten zu qua- lifizieren wäre, jedenfalls zwingend ein Grenzabstand von wenigstens 3,5 m (§ 273 PBG) einzuhalten. Dass auf beiden Grundstücken ein gegenseitiges Grenz- und Näherbaurecht eingetragen sei, treffe zu. Nach dem klaren Wortlaut der Grunddienstbarkeit dürfe auf den beteiligten Grundstücken zwar gegenseitig ohne oder mit beliebigem Abstand von der Grenze gebaut werden, die Erteilung der baurechtlichen Bewilligung aufgrund des öffentli- chen Baurechts bleibe aber vorbehalten. Daraus folge, dass die Aufgabe der Grenzabstände unter dem Vorbehalt des öffentlichen Baurechts stehe. Angesprochen seien damit wohnhygienische und feuerpolizeiliche Aspekte R2.2018.00057 Seite 10

(§ 270 Abs. 2 PBG). Die wohnhygienischen Aspekte würden gegen die Gewährung des Näherbaurechts sprechen. Dasselbe gelte aus feuerpoli- zeilichen Gründen. Die Nutzung der Sitzplatzüberdachung zum Grillieren sei absehbar. Auch der bereits abgerissene Sitzplatz sei häufig zum Grillie- ren genutzt worden. Ein Grillieren berge immer eine Feuer- und Explosi- onsgefahr. Das rekursgegenständliche Projekt verletze sodann den privaten Gestal- tungsplan "Y" (GP) in mehrfacher Hinsicht. Nach diesem sei lediglich die Erstellung eines gedeckten Sitzplatzes erlaubt. Dies schliesse die Erstel- lung eines kalten Wintergartens aus. Der GP verbiete auch die Erstellung eines zweiseitig geschlossenen Sitzplatzes; er erlaube lediglich einen "überdachten Sitzplatz", welcher auf alle drei Seiten hin offen sei. Entspre- chend seien keine kalten Wintergärten bzw. zweiseitig geschlossene Sitz- plätze im GP-Gebiet anzutreffen. Der GP verbiete sodann die nordwestli- che Ausrichtung. Gemäss Ziff. 5.2 GP seien Sitzplätze "seitlich der Gebäu- de" anzubringen. Seitlich heisse eine südöstliche Ausrichtung. Sodann sei- en für Dächer von Anbauten nach Massgabe von Ziff. 4.2 GP braune oder rote Ziegel zu verwenden. Das projektierte Glasdach sei daher unzulässig. Ebenfalls nicht hinnehmbar sei die Optik der projektierten Sitzplatzüber- dachung ("Wintergarten"). Der Ausblick der Rekurrierenden werde mass- geblich getrübt. Die Eingliederung in die Umgebung sei keineswegs gelun- gen.

## **E. 2.2**

Die private Rekursgegnerin führt – im Wesentlichen – aus, dass es sich beim projektierten überdachten, zweiseitig schliessbaren Gartensitzplatz of- fensichtlich nicht um einen Wintergarten handle und dass auf der dritten Seite auch zukünftig kein Abschluss angebracht werde. Zu beurteilen sei einzig das bewilligte Vorhaben gemäss Baugesuch. Gemäss dem im Grundbuch eingetragenen gegenseitigen, unbeschränkten Grenz- und

Näherbaurecht dürfe auf den beteiligten Grundstücken gegen- seitig oder mit beliebigem Abstand von der Grenze gebaut werden. § 270 Abs. 3 PBG behalte Näherbaurechte vor. Dass der vorgesehene Grenzab- stand der (nicht brennbaren) Sitzplatzüberdachung irgendwelche wohnhy- gienischen oder feuerpolizeilichen Bedenken aufwerfen könnte, sei nicht R2.2018.00057 Seite 11

ersichtlich. Schliesslich würden auch die Anforderungen gemäss § 238 PBG von der projektierten Sitzplatzüberdachung erfüllt. Die Vorinstanz verweist betreffend die Qualifikation als Wintergarten auf das Merkblatt des Amtes für Abfall, Wasser, Energie und Luft (AWEL) vom Juli 2009. Der Sitzplatz sei als besonders Gebäude im Sinne von § 49 Abs. 3 und § 273 PBG zu würdigen. Für solche Gebäude würden regel- mässig reduzierte Abstände gelten. Das Vorhaben sei ohnehin zu Recht gestützt auf das im Grundbuch verankerte Näherbaurecht bewilligt worden.

### **E. 2.3**

Gesetz und Verordnung definieren den Begriff "Wintergarten" in rechtlicher Hinsicht nicht. Für die Beurteilung der baurechtlichen Zulässigkeit eines Projekts sind indes auch nicht die Begriffsdefinitionen, sondern vielmehr die Eigenschaften der projektierten Baute im Einzelnen massgeblich. Strittig ist vorliegend einzig die Einhaltung von Grenz- und Gebäudeab- ständen. § 273 PBG bezeichnet Gebäude, die nicht für den dauernden Aufenthalt von Menschen bestimmt sind und deren grösste Höhe das Mass von 4 m nicht übersteigt, als besondere Gebäude. Der strittige Sitzplatz verfügt über eine nach aussen hin offene Front, Es bietet sich keinerlei Möglichkeit, den entstehenden Raum abzuschliessen und zu beheizen. Der Raum ist damit nicht zum dauernden Aufenthalt von Menschen geeignet. Zudem unter- scheidet sich der gedeckte Sitzplatz optisch klar vom Hauptgebäude. Inso- fern ist die Privilegierung gemäss § 273 PBG auf das vorliegend zu beurtei- lende Bauvorhaben anwendbar.

### **E. 2.4**

Gemäss § 273 PBG dürfen, wo die Bau- und Zonenordnung nichts anderes bestimmt, besondere Gebäude in einem Abstand von 3,5 m von anderen Gebäuden errichtet werden. In Verbindung mit der Regelung von Art. 32 BZO, welcher für besondere Gebäude keinen Gebäudeabstand, sondern einen Grenzabstand vorschreibt, haben besondere Gebäude in der Ge- meinde X einen Abstand von 3,5 m zur jeweiligen Grundstücksgrenze ein- zuhalten. Diesen Abstand zur rekurrentischen Parzelle Kat.-Nr. 5784 hält die projektierte Sitzplatzüberdachung nicht ein. R2.2018.00057 Seite 12

Gemäss § 270 Abs. 3 PBG kann unter Vorbehalt einwandfreier wohnhygie- nischer und feuerpolizeilicher Verhältnisse durch nachbarliche Vereinba- rung ein Näherbaurecht begründet werden. Die von der privaten Rekurs- gegnerin vorliegend in Anspruch genommene Grunddienstbarkeit SP 1401 hat den Wortlaut: "Auf den beteiligten Grundstücken darf gegenseitig ohne oder mit beliebigem Abstand von der Grenze gebaut werden. Vorbehalten bleibt die Erteilung der baurechtlichen Bewilligung aufgrund des öffentli- chen Baurechtes". Damit ist das Grenz- und Näherbaurecht von vornherein nicht auf die Er- stellung einer Sitzplatzüberdachung oder eines Wintergartens (u. dgl.) be- schränkt, sondern offen formuliert. Es handelt sich mithin nicht um ein pro- jektbezogenes Grenz- und Näherbaurecht (VB.2008.00202 vom 1. Oktober 2008, E. 2.3). Die rekurrentische Auslegung des Wortlauts, wonach aus dem Vorbehalt der Erteilung der baurechtlichen Bewilligung – implizit – wiederum die Geltung der Grenzabstände

hergeleitet wird, ist nicht vertretbar, da ansonsten das im Grundbuch eingetragene Grenz- und Näherbaurecht seines Gehaltes entleert würde. Aufgrund der im Verwaltungsverfahren angezeigten kursorischen Prüfung (§ 1 VRG) ist ohne weiteres von einer uneingeschränkten Grenz- und Näherbauberechtigung auszugehen.

### **E. 2.5**

Die rekurrentische Rüge der mangelnden Wohnhygiene ist nicht rechtsge-nügend begründet. Dass die auf der nordwestlichen Seite des Gebäudes auf der Parzelle Kat.-Nr. 5785 projektierte Sitzplatzüberdachung übermässige Auswirkungen auf die wohngygienschen Verhältnisse in und um die rekurrentische Liegenschaft hätte, ist nach den Ergebnissen des Augenscheins offenkundig nicht der Fall. Die Gebäude bleiben, unter anderem mittels Hecken und auf der Parzelle Kat.-Nr. 5784 auch mittels Gartenanteil und Gehwegfläche, voneinander getrennt. Die wohngygienschen Verhältnisse präsentieren sich insgesamt als einwandfrei. Die Distanz zwischen der Sitzplatzüberdachung und dem Gebäude auf der Parzelle Kat.-Nr. 5785 wird ca. 7 m betragen. Dass vom Sitzplatz auf der Parzelle Kat.-Nr. 5785 eine gewisse – beschränkte – Sicht auf die rekurrentische Liegenschaft möglich sein wird, kann für sich allein keine mangelnde Wohnhygiene begründen. Auch ein feuerpolizeilicher Mangel ist nicht zu erkennen. Die projektierte Sitzplatzüberdachung besteht aus Stahl und Glas; eine Beheizung oder Be-

R2.2018.00057  
Seite 13

feuerung mittels eines fest installierten Cheminées (u. dgl.) ist nicht vorgesehen. Um eine Anbaute mit feuer- oder explosionsgefährlicher Nutzung handelt es sich offensichtlich nicht. Angesichts der beschriebenen Distanz zur rekurrentischen Liegenschaft von ca. 7 m ist auch anderweitig kein feuerpolizeilicher Mangel der projektierten Sitzplatzüberdachung auszumachen. Die gelegentliche Nutzung eines Gartensitzplatzes zum Grillieren ist für sich allein kein bau- oder feuerpolizeilich bewilligungspflichtiger Tatbestand. Eine Feuerwehruzufahrt zu den Liegenschaften auf den Parzellen Kat.-Nrn. 5784 und 5785 (oder weiteren Liegenschaften) besteht auf dem fraglichen Terrain ebenfalls nicht. Bereits angesichts der Hanglage ist ein Befahren mit Löschfahrzeugen ausgeschlossen. Die von den Rekurrierenden befürchtete Beeinträchtigung von Löscharbeiten kann angesichts der grossen Distanz zwischen den Gebäuden ausgeschlossen werden. Eine prospektive Betrachtung unter Zugrundelegung eines Grenzbauvorhabens der Rekurrierenden, wie es diese fordern, ist nicht vorzunehmen. Ohnehin wäre auch in einem solchen Fall der verbleibende Abstand zwischen den Bauten mit 2,65 m wohl mehr als genügend, Löscharbeiten auf und zwischen den Grundstücken zu ermöglichen. Die Rügen sind unbegründet.

### **E. 2.6**

Gemäss Ziffer 5.2 GP ist die Gartenanlage so zu gestalten, dass möglichst wenig Veränderungen des bestehenden Terrains nötig werden. Sitzplätze sind deshalb grundsätzlich seitlich der Gebäude anzulegen. Ziffer 4.2 GP statuiert sodann, dass für Hauptgebäude Sattel- oder Walmdächer mit einer Neigung von 25° bis 50° vorzusehen sind. Quergiebel sind unzulässig. Für eingeschossige An- und Nebenbauten mit höchstens 40 m<sup>2</sup> Grundfläche sind auch Pult- und Flachdächer zulässig. Die Hauptfirstrichtung von Schrägdächern ist parallel zum Hang anzuordnen. Als Dachmaterial sind braune oder rote Ziegel zu verwenden. In Anwendung von Ziffer 4.4 GP sind als sichtbares Fassadenmaterial verputztes Mauerwerk, Sichtbacksteine, Sichtkalksandsteine, Natursteine oder Holz

zulässig. Grelle und stark leuchtende Farben sind nicht zulässig. Eine generelle Vorschrift, wonach im Gestaltungsplangebiet keine über- dachten Sitzplätze oder Wintergärten zulässig seien, findet sich entgegen den rekurrentischen Vorbringen weder in den massgeblichen Bestimmun- gen sowohl der ursprünglichen Version des GP vom 15. April 1986 noch in der Ergänzung vom 23. Dezember 1986. Der GP statuiert sodann zwar R2.2018.00057 Seite 14

Einschränkungen bezüglich der zulässigen Bauweise, enthält aber selbst- redend keinen numerus clausus der zulässigen Haupt- und Nebengebäude. Aus dem Wortlaut von Ziffer 5.2 GP lässt sich nicht ableiten, dass Sitzplät- ze nur auf der südöstlichen Seite der Wohngebäude zulässig wären. Die Anlage des Sitzplatzes unter der geplanten Sitzplatzüberdachung an der nordwestlichen Seite des Gebäudes ist daher zulässig. Ziffer 5.2 GP ist auf die Hanglage der Grundstücke im Gestaltungsplangebiet zugeschnitten und bezweckt augenscheinlich, direkt talseitig oder direkt bergseitig gelegene Sitzplätze zu verhindern. Auch die Rekurrierenden verfügen auf der nord- westlichen Seite ihrer Liegenschaft über einen mit Glaselementen über- dachten, wenngleich nicht seitlich geschützten Gartensitzplatz. Dass nach Massgabe von Ziffer 4.2 braune oder rote Ziegel zu verwenden wären, trifft nicht zu. Ziffer 4.2 GP lässt für eingeschossige An- und Nebenbauten mit höchstens 40 m2 Grundfläche auch Pult- oder Flachdächer zu. Daraus ergibt sich sachlogisch, dass für An- und Nebenbauten vom GP keine Ver- wendung von Ziegeln vorgeschrieben wird. Ein Flachdach lässt sich mit Ziegeln gar nicht vernünftig eindecken. Die Dachausführung aus Stahl und Glas ist demgemäss nicht zu beanstanden. Sie entspricht der gängigen Bewilligungspraxis im Gestaltungsplangebiet. Auch die Rekurrierenden ver- fügen über einen – in weisser Farbe gehaltenen und mit Glasdach ausge- statteten – Wintergarten. Dass der GP gläserne An- und Nebenbauten aus- schliesse, kann demgemäss ebenfalls nicht gesagt werden. Die Anforde- rungen an das Fassadenmaterial gemäss Ziffer 4.4 GP beziehen sich of- fensichtlich auf die (Haupt-)Wohngebäude. Die projektierte Sitzplatzüber- dachung ist in ihrer Gestaltung unauffällig; insbesondere sind keine grellen oder stark leuchtenden Farben erkennbar. Die Bestimmungen des GP ste- hen der Realisierung der Sitzplatzüberdachung mithin in keiner Weise ent- gegen.

## **E. 2.7**

Entsprechend ist auch die Einordnung im Sinne von § 238 PBG zu beurtei- len. Im Gestaltungsplangebiet gelten, von den besonderen – und erwähn- ten – Vorschriften des GP abgesehen, die Anforderungen von § 238 Abs. 1 PBG. Ein besonderer historischer oder städtebaulicher Charakter kann der Siedlung "Y" nicht zuerkannt werden. Die Liegenschaften stammen zum überwiegenden Teil aus den späten 1980er-Jahren und sind im entspre- chenden Stil gehalten. Nach den Ergebnissen des Augenscheins sind im Gestaltungsplangebiet besondere Gebäude von der Gestaltung wie die hier R2.2018.00057 Seite 15

geplante Sitzplatzüberdachung nichts Aussergewöhnliches. Namentlich ist dabei, wie erwähnt, auf die Gestaltung des Wintergartens an der südöstli- chen Seite sowie der Sitzplatzüberdachung an der nordwestlichen Seite des Wohngebäudes der Rekurrierenden zu verweisen. Auch an der süd- westlichen Fassade des Wohngebäudes der privaten Rekursgegnerin be- findet sich bereits ein durchaus ähnlich gestalteter Wintergarten. Ferner sind auch an den weiter talseitig gelegenen Liegenschaften Anbauten mit gläsernen Überdachungen ersichtlich. Ein Einordnungsmangel ist nicht er- kennbar.

## E. 2.8

Im Ergebnis erweist sich die geplante Sitzplatzüberdachung als ohne weitere Bewilligungsfähig. 3. Der privaten Rekursgegnerin kann nicht einfach vorsorglich unterstellt werden, dass sie einen weiteren Abschluss der Sitzplatzüberdachung bzw. eine Beheizbarkeit des entstehenden Raumes plane. Zur Anordnung eines entsprechenden Auflage (Ziff. 5 der Rekursanträge) besteht damit kein Anlass. 4. Als Rechtsmittelbehörde in Verwaltungssachen ist das Baurekursgericht nicht zur Verhängung strafrechtlicher Sanktionen befugt (§ 1 VRG). Auf Ziffer 6 der Rekursanträge ist folglich mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten. Eine Überweisung an die zuständige Behörde entfällt mangels Fristgebundenheit (Kaspar Plüss, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 5 Rz. 48 mit weiteren Hinweisen). Zu bemerken ist immerhin, dass gemäss § 309 Abs. 1 lit. c PBG (im Umkehrschluss) eine baurechtliche Bewilligung für den Abbruch von Gebäuden ausserhalb von Kernzonen nicht erforderlich ist. Daran vermag selbstredend nichts zu ändern, dass die private Rekursgegnerin den Abbruch der vorbestehenden Sitzplatzüberdachung in der Baueingabe vom 15. Dezember 2017 mit erwähnte und die Vorinstanz dies in der Baubewilligung übernahm. Der Vorwurf des Gesetzesverstosses ist offenkundig unbegründet. R2.2018.00057 Seite 16

5. Der Rekurs ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. 6. Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten den Rekurrierenden aufzulegen (§ 13 VRG). Nach § 338 Abs. 1 PBG bzw. § 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts (GebV VGr) legt das Baurekursgericht die Gerichtsgebühr nach seinem Zeitaufwand, nach der Schwierigkeit des Falls und nach dem bestimmbaren Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Liegt wie hier ein Verfahren ohne bestimmbaren Streitwert vor, beträgt die Gerichtsgebühr in der Regel Fr. 1'000.– bis Fr. 50'000.– (§ 338 Abs. 2 PBG; § 3 Abs. 3 GebV VGr). Bei der Bemessung der Gebührenhöhe steht der Rekursinstanz ein grosser Ermessensspielraum zu (Plüss, § 13 Rz. 25 ff.). Im Lichte des Umfangs der eingereichten Rechtsschriften sowie des Umstandes, dass ein vorsorglicher Massnahmeentscheid zu fällen und ein Aufgusschein durchzuführen war, ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 6'500.– festzusetzen. Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a VRG kann im Rekursverfahren und im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die unterliegende Partei oder Amtsstelle zu einer angemessenen Entschädigung für die Umtriebe der Gegenpartei verpflichtet werden, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistandes rechtfertigte. Die Bemessung der Umtriebsentschädigung richtet sich nach § 8 GebV VGr. Der Beizug eines Rechtsbeistandes ist in aller Regel als Grund für die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung einzustufen (VB.2003.00093 vom 16. Oktober 2003, E. 3.1.). Demnach ist vorliegend der privaten Rekursgegnerin zulasten der Rekurrierenden eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Angemessen erscheint ein Betrag von Fr. 2'000.–. Da die Umtriebsentschädigung pauschal festgelegt wird, entfällt die Zusprechung eines Mehrwertsteuerzusatzes von vornherein (BRKE II Nrn. 0247 und 0248/2007 in BEZ 2007 Nr. 56; [www.baurekursgericht-zh.ch](http://www.baurekursgericht-zh.ch)). [...] R2.2018.00057 Seite 17

## E. 5

Eventualiter sei die Baubewilligung BG-Nr. 2017-097 vom 20. März 2018 dahingehend zu ergänzen, als dass es der Rekursgegnerin ausdrücklich untersagt wird, die gegen Aussenluft nicht geschlossene Seite der zweiseitig geschlossenen Sitzplatzüberdachung durch nachträgliches Anbringen [recte: Anbringen] eines Rollos (oder dergleichen) zu

schliessen. Ebenfalls zu untersagen sei ihr, dass sie nachträglich keinerlei Heizinstallationen anbringen darf.

#### **E. 6**

Infolge nichtbewilligtem Abbruch der ursprünglichen Sitzplatzüberdachung sei eine Strafe im Sinne von § 340 PBG auszusprechen.

#### **E. 7**

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Rekursgegnerin." Prozessual stellten die Rekurrierenden den Antrag, die aufgenommenen Bauarbeiten betreffend Neubau der zweiseitig geschlossenen Sitzplatzüberdachung seien superprovisorisch einzustellen; eventualiter seien die Bauarbeiten provisorisch zu stoppen. Sodann beantragten die Rekurrierenden, der Rekurs sei an den Gemeinderat X zu überweisen, sollte das Baurekursgericht seine Zuständigkeit für die Behandlung des Rekurses verneinen. C. Mit Präsidialverfügung vom 26. April 2018 wurde vom Rekurseingang Vormerk genommen und das Vernehmlassungsverfahren eröffnet. Auf das R2.2018.00057 Seite 2

Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen wurde nicht eingetreten; unter gleichzeitiger Einladung der Vorinstanz zur Überprüfung eines allfälligen Widerspruchs der von den Rekurrierenden angezeigten Vorkehren der privaten Rekursgegnerin zur aufschiebenden Wirkung des Rekurses. D. Gegen den Nichteintretensentscheid betreffend das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen erhoben die Rekurrierenden mit Eingabe vom

#### **E. 9**

Mai 2018 Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. E. Mit Rekursantwort vom 28. Mai 2018 beantragte die private Rekursgegnerin die vollumfängliche Abweisung des Rekurses, soweit darauf einzutreten sei; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer zulasten der Rekurrierenden. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung ebenfalls vom 28. Mai 2018 die vollumfängliche Abweisung des Rekurses, soweit darauf einzutreten sei; unter Kostenfolge zu Lasten der Rekurrierenden. F. Mit Replik vom 20. Juni 2018 hielten die Rekurrierenden an ihren Anträgen fest. G. Das Verwaltungsgericht wies mit Urteil vom 28. Juni 2018 die gegen den Nichteintretensentscheid betreffend das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen erhobene Beschwerde ab. H. Mit Duplik vom 4. Juli 2018 hielt auch die Vorinstanz an ihren Anträgen fest. Die private Rekursgegnerin duplizierte mit Eingabe vom 11. Juli 2018 mit ebenfalls unveränderten Anträgen. Zu den Dupliken ging mit Datum vom 26. Juli 2018 eine ergänzende Stellungnahme der Rekurrierenden ein. R2.2018.00057 Seite 3

I. Am 27. September 2018 führte eine Delegation der 2. Abteilung des Baukursgerichts im vorliegenden sowie in den zwischen den gleichen Parteien anhängigen Verfahren G.-Nrn. R2.2018.00091 und R2.2018.00093 einen Augenschein auf Lokal durch. Es kommt in Betracht: 1.1. Die Rekurrierenden sind als Eigentümer der unmittelbar nordwestlich an die Parzelle Kat.-Nr. 5785 anstossenden Parzelle Kat.-Nr. 5784 zur Rekurshebung im Sinne von § 338a des Planungs- und Baugesetzes (PBG) im Grundsatz ohne weiteres legitimiert. 1.2.1. Die private Rekursgegnerin bestreitet die Rekursberechtigung der Rekurrierenden mit dem Hinweis, deren Rechtsvertreterin habe im Zustellbegehren (§ 315

Abs. 1 PBG) vom 22. Januar 2018 nicht auf ein Vertretungsverhältnis, geschweige denn auf die Person der Rekurrierenden verwiesen. Die Rekurrierenden verweisen darauf, dass der Vorinstanz das Vertretungsverhältnis bereits mit Schreiben vom 9. Januar 2018 offengelegt worden und daher im Zeitpunkt der Stellung des Zustellbegehrens längstens bekannt gewesen sei. Im Schreiben vom 9. Januar 2018 werde die Bestellung der baurechtlichen Entscheide nach erfolgter amtlicher Publikation des Bauvorhabens ("Wintergarten") ausdrücklich angekündigt. Die private Rekursgegnerin wendet hiergegen ein, die Nachreichung des Schreibens vom 9. Januar 2018 samt Vollmacht im Rahmen der Rekursreplik sei verspätet erfolgt. Das Schreiben vom 9. Januar 2018 habe nicht das vorliegend streitgegenständliche Baugesuch betroffen. Von einer anwaltlich vertretenen Partei dürfe erwartet werden, dass sie in jedem neuen Verfahren gehörig auf die Vertretungsverhältnisse samt namentlicher Nennung der vertretenen Parteien hinweise. Entsprechend habe sich das R2.2018.00057 Seite 4

Schreiben vom 9. Januar 2018 nicht in den Verfahrensakten zum streitgegenständlichen Baugesuch befunden. Die Rekurrierenden entgegnen hierzu, das Vertretungsverhältnis sei dem bei der Vorinstanz zuständigen T. R. bekannt gewesen. Dieser habe den Umstand auch selbst anerkannt, indem er in seiner Stellungnahme zu einer von den Rekurrierenden erhobenen Aufsichtsanzeige ausgeführt habe, dass die Vertreterin der Rekurrierenden die Zustellung der baurechtlichen Entscheide verlangt habe. Das Vertretungsverhältnis habe selbstverständlich nicht wiederholt angezeigt werden müssen. Sollte sich das Schreiben vom 9. Januar 2018 nicht bei den Akten befunden haben, sei darin ein Verstoss gegen die Pflicht zur ordnungsgemässen Aktenführung zu erblicken. 1.2.2. Die durch die Regelung von §§ 315 ff. PBG angestrebten Ziele verlangen, dass ein allfälliges Vertretungsverhältnis bereits im schriftlichen Zustellbegehren (§ 315 Abs. 1 PBG) zum Ausdruck kommt. Aus dem Text des Begehrens um Zustellung des baurechtlichen Entscheids oder aus einem Zusatz zur Unterschrift muss somit hervorgehen, ob der Absender das Begehren auch oder ausschliesslich in Vertretung eines Dritten stellt und wer die Person des Vertretenen ist. Gibt sich der Vertreter nicht als solcher zu erkennen, so ist anzunehmen, dass er das Begehren allein im eigenen Namen stellt. Der Normzweck ergibt sich dabei daraus, dass der Bauherr möglichst schnell und umfassend über allfällige Rekurrenten und ihre Einwände informiert werden soll. Hierfür muss er, etwa um eine ausserprozessuale Einigung anzustreben oder das Prozessrisiko abschätzen zu können, auch über die Person des Gegners im Bilde sein (VB 93/0008, 93/0038 und 93/0170 in RB 1993 Nr. 53; BRKE I Nr. 0294/1994 in BEZ 1994 Nr. 31). Besondere Bedeutung kommt bei der Beurteilung dem Verbot des überspitzten Formalismus zu. Solange der Zweck von § 315 PBG, mithin die Mitteilung potenzieller Nachbarrekurrenten bereits vor Fällung des baurechtlichen Entscheids nicht tangiert wird, kann aus einem Formmangel nicht ohne weiteres auf die Unwirksamkeit des Zustellbegehrens geschlossen werden (BRKE IV Nr. 0093/2006 in BEZ 2006 Nr. 67; BRKE II Nrn. 0092/2001-0094/2001 vom 8. Mai 2001, E. 3e). Auch vorzeitig gestellte Zustellungsgesuche stehen § 315 PBG nach ihrer Zielsetzung nicht ge-

R2.2018.00057 Seite 5

nerell entgegen, sofern sich solche Begehren auf ein konkretes hängiges Baugesuch beziehen; Zustellbegehren im Hinblick auf unbestimmte künftige Bauprojekte sind hingegen unzulässig (VB.2011.00393 in BEZ 2011 Nr. 54, E. 4.2.3). 1.2.3. Die Rechtsvertreterin der Rekurrierenden beschied zunächst mit Eingabe vom 9. Januar 2018 zuhanden der Vorinstanz – unter Angabe des Vertretungsverhältnisses für die

Rekurrierenden –, dass zum Bauvorhaben "Wintergarten" die Zustellung der baurechtlichen Entscheide am 12. Januar 2018, d.h. nach erfolgter amtlicher Publikation, verlangt werden würde. Mit Schreiben vom 22. Januar 2018, aus welchem das Vertretungsverhältnis nicht besonders ersichtlich wird, stellte die Rechtsvertreterin der Rekurrierenden in der Folge bzw. nach erfolgter Publikation des Bauvorhabens am 19. Januar 2018 schriftlich und eingeschrieben das Begehren um Zustellung des baurechtlichen Entscheids. 1.2.4. Daraus folgt, dass sowohl die Bekanntgabe des Vertretungsverhältnisses als auch das Begehren um Zustellung des baurechtlichen Entscheids als form- und fristgerecht zu beurteilen sind. § 315 PBG statuiert keine Formvorschrift, wonach die Anzeige des Vertretungsverhältnisses und das Begehren um Zustellung des baurechtlichen Entscheids der Baubehörde zwingend in ein- und demselben Schriftstück einzureichen wären. Der Zweck von § 315 PBG bleibt auch bei bereits zuvor erfolgter Bekanntgabe des Vertretungsverhältnisses vollumfänglich gewahrt. Eine Unklarheit, in wessen Namen die Rechtsvertreterin der Rekurrierenden tätig wurde, bestand für die Vorinstanz zu keiner Zeit, weshalb sie im Sinn von § 315 Abs. 2 PBG ohne weiteres in der Lage war, der privaten Rekursgegnerin nach Fristablauf Kenntnis vom Zustellbegehren unter Angabe der Rekurrierenden als Begehrensteller zu geben. Die Erfordernisse von § 315 PBG sind vollumfänglich erfüllt. Bemerkungsweise sei angefügt, dass die in der Replik vorgebrachten Ausführungen der Rekurrierenden zum Schreiben vom 9. Januar 2018 angesichts der in den Rekursantworten monierten fehlenden Bezeichnung des Vertretungsverhältnisses als rechtzeitig gelten. Die Rekursinstanz ist ohnehin verpflichtet, das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu überprüfen. R2.2018.00057 Seite 6

1.3.1. Der angefochtene Entscheid enthält als Rechtsmittelbelehrung den Hinweis, wonach innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Gemeinderat X schriftlich eine Neubeurteilung verlangt werden könne (Dispositiv-Ziffer 11). 1.3.2. Die Rekurrierenden vertreten den Standpunkt, dass es sich beim angefochtenen Entscheid um eine Anordnung in Anwendung des Raumplanungsgesetzes (RPG) bzw. des PBG handle, welche beim Baurekursgericht anzufechten sei. Die in der Gemeindeordnung vorgesehene Überprüfung von Anordnungen der Hochbauabteilung durch den Gemeinderat sei vorliegend ausgeschlossen, zumal die Gemeindeordnung ausdrücklich vorsehe, dass eine Neubeurteilung lediglich dann erfolgen soll, wenn kein anderes Verfahren vorgeschrieben ist. Das PBG schreibe für planungs- und baurechtliche Anordnungen die unmittelbare Einleitung des baurechtlichen Verfahrens vor dem Baurekursgericht vor. Zwar sehe § 170 Abs. 1 lit. b des neuen Gemeindegesetzes (GG) bei Anordnungen und Erlassen von dem Gemeindevorstand unterstellten Kommissionen eine Neubeurteilung durch den Gemeindevorstand vor. Das PBG sei in Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des neuen GG per 1. Januar 2018 indes nicht geändert worden. Anordnungen im Sinne von § 329 PBG seien daher weiterhin unmittelbar mit Rekurs beim Baurekursgericht anzufechten. Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, die in Art. 14 des Geschäftsreglements vorgenommene Aufgabendelegation im Sinne von § 44 GG habe zur Folge, dass gestützt auf § 170 Abs. 1 GG auf Entscheide des Hochbauvorstands hin Neubeurteilung beim Gemeinderat verlangt werden könne. 1.3.3. Beim vorliegend angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine im ordentlichen Verfahren erteilte Baubewilligung. § 44 GG sieht vor, dass eine Behörde einzelnen Mitgliedern oder Ausschüssen aus ihrer Mitte Aufgaben zur selbstständigen Erledigung übertragen kann. Aufgaben können auch an Gemeindeangestellte zur selbstständigen Erledigung übertragen werden (§ 45 GG). Gemäss

Art. 15 der Gemeindeordnung der Gemeinde X (GO; in Kraft bis 30. Juni 2018) richtete sich die Geschäftsbehandlung der Gemeindebehörden nach dem Gemeindegesetz und dem von der betreffen- R2.2018.00057 Seite 7

den Behörde erlassenen Geschäftsreglement. Zum Erlass des angefochtenen Entscheids kam dem Hochbauvorstand gemäss Geschäftsreglement des Gemeinderates X vom 24. Februar 2014 (GR; in Kraft bis 30. Juni 2018) folglich selbstständige Befugnis zu. § 170 Abs. 1 lit. a GG sieht unter dem Titel "Rechtsschutz" gegen solche von Behördenmitgliedern selbstständig getroffenen Anordnungen oder Erlasse im Allgemeinen die Möglichkeit einer Neubeurteilung durch die Gesamtbehörde vor. Die Möglichkeit, eine Neubeurteilung zu verlangen, ist im entsprechenden Entscheid anzuzeigen (§ 170 Abs. 4 GG). § 171 Abs. 4 GG statuiert sodann, dass (erst) gegen die neue Beurteilung Rekurs gemäss Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG) ergriffen werden kann. Aus der Regelung von § 171 Abs. 4 GG lässt sich damit ableiten, dass eine Rekurshebung direkt gegen den Entscheid, der von einem Behördenmitglied aufgrund der Delegation selbstständiger Erledigungsbefugnisse getroffen wurde, gemäss GG ausser Betracht fällt. Zu fragen ist vorliegend, ob sich die Rechtsschutzbestimmungen gemäss den §§ 170 f. des am 1. Januar 2018 in Kraft getretenen GG – mithin das neu eingeführte Institut der Neubeurteilung – auch auf im Sinne von § 329 Abs. 1 PBG beim Baurekursgericht anzufechtende Anordnungen erstreckt. Dies hätte zur Folge, dass bei entsprechender Delegation von Entscheidbefugnissen – welche in der Praxis vor allem in grösseren Gemeinden den Regelfall darstellen dürfte – vor der Rekurshebung an das Baurekursgericht stets die Neubeurteilung durch die Gesamtbehörde bzw. den Gemeindevorstand oder die übertragende Behörde nach den §§ 170 f. GG zu verlangen wäre. 1.3.4. Dem entgegen steht zunächst, dass bereits die bisherige Ordnung des baurechtlichen Verfahrens vor den Gemeindebehörden im PBG besonders geregelt ist. Wer Ansprüche aus dem PBG wahrnehmen will, hat innert 20 Tagen seit der öffentlichen Bekanntmachung bei der örtlichen Baubehörde schriftlich die Zustellung des baurechtlichen Entscheids zu verlangen; sodann erfolgt die – erwähnte – Kenntnisgabe an den Bauherrn (§ 315 Abs. 1 und 2 PBG). Das PBG enthält weiter ausdrücklich die Regel, dass ein Einspracheverfahren nicht durchgeführt werde (§ 315 Abs. 3 PBG). Das nicht rechtzeitige Verlangen des baurechtlichen Entscheids führt zur Verwirkung des Rekursrechts (§ 316 PBG). Diese Ordnung wäre mit einer zu- R2.2018.00057 Seite 8

sätzlichen Möglichkeit der Neubeurteilung durch die Gesamtbehörde, den Gemeindevorstand oder die übertragende Behörde kaum vereinbar. Zu dieser Neubeurteilung wäre – selbstredend – nur berechtigt, wer zuvor während der öffentlichen Bekanntmachung die Zustellung des baurechtlichen Entscheids verlangt hätte. Das Verfahren der Neubeurteilung würde sich zu einer Art Einspracheverfahren entwickeln, dessen Durchführung nach dem ausdrücklichen Wortlaut des PBG gerade ausgeschlossen ist. Für die Anwendung der Neubeurteilung gemäss den §§ 170 f. GG im Bereich des Planungs- und Baurechts finden sich in den Materialien keine Anhaltspunkte. Die Rechtsmittelordnung – im Allgemeinen wie im baurechtlichen Verfahren – gab bei Erlass des am 1. Januar 2018 in Kraft getretenen GG zu keinen besonderen Diskussionen oder Bemerkungen Anlass. Einziger Diskussionspunkt bezüglich der neuen Rechtsschutzbestimmungen war die Möglichkeit der Gemeinden, in der jeweiligen Gemeindeordnung einen Dispens von der Regelung gemäss § 170 f. GG vorzusehen. Der entsprechende Absatz 5 von § 170 des regierungsrätlichen Vorentwurfs zum GG wurde

verworfen (Protokoll des Kantonsrats vom 2. Februar 2015, S. 14256 f.). Aus den Protokollen lässt sich nicht schliessen, der Kantonsrat habe die Möglichkeit einer anderweitigen Ordnung auch für auf kantonaler Stufe bereits spezialgesetzlich geregelte Rechtsmittelverfahren ausschliessen wollen. Eine Auseinandersetzung mit den Rechtsschutzbestimmungen des PBG erfolgte explizit nicht. Auf das baurechtliche Verfahren wurde während der Beratungen in keiner Weise Bezug genommen. Hieraus ist zu folgern, dass die Rechtsschutzbestimmungen des PBG der allgemeinen Regelung in den §§ 170 f. GG auch unter Geltung des neuen GG als *lex specialis* vorgehen. Ein gemeindeinternes Überprüfungsverfahren bleibt damit im Bereich des PBG ausgeschlossen. Es wäre mit der im Bereich des Bau- und Planungsrechts angestrebten Verfahrensbeschleunigung unvereinbar (vgl. auch BRKE I Nr. 227/1999 in BEZ 1999 Nr. 39 zum Verhältnis der Bestimmung von § 57 Abs. 3 aGG zu § 315 Abs. 3 PBG). 1.3.5. Aus dem Gesagten folgt, dass mit Bezug auf die angefochtene Verfügung des Hochbauvorstands vom 20. März 2018 eine Neubeurteilung durch den Gemeinderat ausser Betracht fällt. Die anderslautende Rechtsmittelbeurteilung in Ziff. 11 der Verfügung ist unzutreffend. Der Entscheid schliesst das Verfahren im Sinne von § 19a Abs. 1 VRG ab und ist demgemäss direkt bei R2.2018.00057 Seite 9

der Rekursinstanz bzw. dem Baurekursgericht anzufechten (§ 329 Abs. 1 PBG). 1.4. Da auch die weiteren Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs der Rekurrenden einzutreten.

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