

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00336 vom 10. März 2004

ZH Verwaltungsgericht, 2004-03-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2003.00336](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2003.00336)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00336 du 10 mars 2004

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00336 del 10 marzo 2004

## Regeste

Baubewilligung | "Mega-Poster" am Warenhaus Jelmoli Erteilt die Baubehörde die Baubewilligung aus Einordnungsgründen nur unter Auflagen, darf die Baurekurskommission nur prüfen, ob die Baubehörde aus vernünftigen Gründen annehmen durfte, dass mit der Nebenbestimmung Mängel des Bauvorhabens ohne besondere Schwierigkeiten behoben werden können (E. 2.2). Verletzung der Gemeindeautonomie (E. 3.1). Besondere Situation: Schutzobjekt ist hier ein Warenhaus (Jelmoli), das auf Werbung angewiesen ist; die Glasfassade ist von besonderer Qualität, so dass sie während 6 Monaten pro Jahr unbeschränkt (d.h. ohne Werbung) sichtbar sein sollte (E. 3.2). Befristung der Baubewilligung zulässig, da es sich bei den grossformatigen Werbepostern um ein vergleichsweise neues Phänomen handelt (E. 4). Teilweise Gutheissung (E. 5).

## Erwägungen

### E. 1

Verfahrensanträge

#### E. 1.1

Die Beschwerdeführerin verlangt in verfahrensrechtlicher Hinsicht zunächst die Durchführung eines Augenscheins. – Der Sachverhalt ist in den vorinstanzlichen Akten bereits hinreichend durch Fotografien dokumentiert. Streitgegenstand bilden zudem nur die Nebenbestimmungen der Bewilligung, nicht jedoch die Frage der Bewilligungsfähigkeit bzw. -erteilung an sich. Die Rechtmässigkeit der Nebenbestimmungen kann ohne weiteres aufgrund der fotografischen Dokumentation sowie den übrigen Akten beurteilt werden, womit vom beantragten Augenschein abzusehen ist.

#### E. 1.2

Die Beschwerdeführerin verlangt weiter die Zustellung der Beschwerdeantwort zur Stellungnahme, eventualiter zur Kenntnisnahme. – Gemäss § 58 Satz 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) ist die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels fakultativ. Aufgrund des Gehörsanspruchs in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) muss dagegen ein zweiter Schriftenwechsel zwingend durchgeführt werden, wenn das Gericht auf neue tatsächliche Behauptungen und rechtliche Vorbringen abstellen will, die erst in der Beschwerdeantwort vorgebracht wurden (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz, 2. A., Zürich 1999, § 58 Rz. 10). Vorliegend enthielt die Beschwerdeantwort weder neue rechtliche Vorbringen noch neue tatsächliche Behauptungen (Letztere wären vorliegend ohnehin in aller Regel unzulässig; § 52 Abs. 2 VRG). Damit reichte es aus, die Beschwerdeantwort der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zuzustellen. Weiter

gehende Ansprüche aus Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (dazu VGr, 4. Dezember 2003, VB.2002.00376, E. 3b/aa, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)) stehen der beschwerdeführenden Gemeinde aufgrund von Art. 1 (bzw. Art. 34) EMRK nicht zu.

## **E. 2**

Nebenbestimmungen von Einordnungsentscheiden

### **E. 2.1**

Das Warenhaus Jelmoli, an dem das Megaposter angebracht werden soll, steht im kommunalen Inventar der schutzwürdigen Bauten. Aus der Inventarisierung gemäss § 203 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) ergibt sich, dass das Bauvorhaben den erhöhten Einordnungsanforderungen von § 238 Abs. 2 PBG genügen muss. Das Bauvorhaben muss mithin nicht nur eine befriedigende (§ 238 Abs. 1 PBG), sondern eine gute Gesamtwirkung erreichen (§ 238 Abs. 2 PBG; im selben Sinn auch der für Kernzonen geltende § 43 Abs. 1 der Bau- und Zonenordnung der Stadt Zürich vom 23. Oktober 1991). Der private Gestaltungsplan "Warenhaus Jelmoli" vom 6. Februar 2002 erhöht diese Anforderungen noch, indem er in Art. 12 Abs. 1 für bauliche Massnahmen eine "besonders gute" architektonische und städtebauliche Wirkung verlangt. Der kommunalen Baubehörde steht bei der Anwendung der genannten Vorschriften Ermessen zu. Der Baurekurskommission könnte diesen Spielraum aufgrund des Wortlauts von § 20 Abs. 1 VRG an sich frei überprüfen. Aufgrund der Gemeindeautonomie (Art. 48 der Kantonsverfassung vom 18. April 1869 in Verbindung mit Art. 50 Abs. 1 BV) wird diese Überprüfungsbefugnis jedoch wesentlich eingeschränkt (BGE 115 Ia 363 E. 3b; VGr, 15. März 2000, VB.2001.00340, E. 2c, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch); Kölz/Bosshart/Röhl, § 20 Rz. 19, je mit Hinweisen). Lässt sich der kommunale Entscheid auf vernünftige Gründe stützen, darf ihn die Baurekurskommission nicht allein deshalb aufheben, weil ihr eine gegenteilige Begründung ebenfalls als vertretbar erscheint.

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie die Bewilligung für das Megaposter aufgrund von § 238 Abs. 2 PBG an sich hätte verweigern müssen. Anstelle der vollständigen Verweigerung sei nun die befristete Bewilligung unter Auflagen als mildere Massnahme getreten. Die Nebenbestimmungen seien demnach zulässig, weil sie dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung trügen. Indem die Baurekurskommission die Nebenbestimmungen aufhob, habe sie ihr Ermessen zu Unrecht anstelle jenes der Beschwerdeführerin gesetzt. Anordnungen betreffend die maximale Dauer von Werbung tangieren die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV; vgl. BGE 128 I 3 E. 3a). Die vorliegend zu beurteilenden Nebenbestimmungen müssen somit auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen (Art. 36 Abs. 1 BV). Nebenbestimmungen von Baubewilligungen können in der Regel auf § 321 Abs. 1 PBG abgestützt werden. Danach ist die Baubewilligung mit den erforderlichen Nebenbestimmungen (Auflagen, Bedingungen, Befristungen) zu verknüpfen, wenn damit Mängel des Bauvorhabens ohne besondere Schwierigkeiten behoben werden können. Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen kann sich auch aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck ergeben; sie können insbesondere dann gerechtfertigt sein, falls eine Bewilligung ohne Nebenbestimmungen hätte verweigert werden müssen (Art. 5 Abs. 2 BV; BGE 121 II 88 E. 3; VGr, 23. Januar 2003, VB.2002.00351, E. 3a, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch); Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich/etc. 2002, Rz. 902 und 918). Erteilt die Baubehörde, wie hier, eine Baubewilligung aus Einordnungsgründen nur unter

Auflagen, so darf die Baurekurskommission aufgrund ihrer eingeschränkten Kognition nur überprüfen, ob die Baubehörde aus vernünftigen Gründen annehmen durfte, dass mit der Nebenbestimmung Mängel des Bauvorhabens ohne besondere Schwierigkeiten behoben werden können (vgl. § 321 Abs. 1 PBG sowie vorn E. 2.1). Lassen sich ebenso vernünftige Gründe für weniger oder andere Nebenbestimmungen finden, darf die Rekurskommission nicht ihr Ermessen anstelle jenes der Baubehörde setzen. Die Baurekurskommission darf jedoch dann eingreifen, wenn die Gemeinde ihr Ermessen missbrauchte, überschritt oder sonst in irgendeiner Weise rechtsverletzend handhabte. Damit ist im Folgenden zu prüfen, ob die angeordnete "Brache" und die Befristung der Baubewilligung geeignete und erforderliche Massnahmen darstellen, um die mit den Einordnungsvorschriften verfolgten öffentlichen Interessen zu erreichen (Art. 36 Abs. 3 BV) beziehungsweise Mängel des Bauvorhabens zu beheben (§ 321 Abs. 1 PBG).

### **E. 3**

Begrenzung der jährlichen Werbezeit

#### **E. 3.1**

Die Baubehörde ordnete in der Bewilligung eine "Brache" an; damit ist ein Zeitraum gemeint, in dem die Fläche nicht mit Werbung versehen werden darf. Die Rekurskommission hob diese Auflage auf, da sich die Plakatwerbestelle genügend einordne. Die Beschwerdeführerin macht dagegen wie bereits im Rekursverfahren geltend, dass die besondere Rücksichtnahme gegenüber dem schützenswerten Gebäude (§ 238 Abs. 2 PBG) nur durch längere Phasen mit freier Sicht auf Gebäude und Fassade gewährleistet werden könne. Würde man den gläsernen Eckturm permanent abdecken, würde sich dies negativ auf das Erscheinungsbild der anschliessenden Fassaden auswirken. – Angesichts der vorliegend anwendbaren besonders hohen Einordnungsanforderungen (E. 2.1) sowie der besonderen baulichen Qualitäten des Warenhauses "Jelmoli" leuchtet die Argumentation der Beschwerdeführerin ohne weiteres ein. Die gläserne Fassade des Warenhauses wird in ihrer Gesamtheit besser sichtbar, wenn der Plakatwerbeträger über dem Eingang von Zeit zu Zeit frei bleibt. Für die Auffassung der Baurekurskommission mögen ebenso vertretbare Gründe gesprochen haben. Allerdings durfte sie deswegen ihr Ermessen nicht an Stelle desjenigen der Beschwerdeführerin setzen. Der Entscheid verletzt insoweit die Gemeindeautonomie.

#### **E. 3.2**

Gemäss der Baubewilligung darf Werbung nur während

#### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin beantragt eventualiter die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Sache an die Bewilligungsbehörde zur neuen Beurteilung. Aus der Begründung des Antrages geht hervor, dass die Sache an die Baubehörde zurückgewiesen soll, damit diese das Reklamegesuch ablehnen könne. Eine solche Rückweisung kann indessen nicht Gegenstand dieses Verfahrens sein. Die Beschwerdeführerin hat die Bewilligung für die Plakatwerbung rechtskräftig erteilt. Im vorliegenden Rekurs- und Gerichtsverfahren sind einzig die angeordneten "Brachen" und die Befristung der Bewilligung streitig. Die Bewilligungsfähigkeit des Vorhabens an sich bildet dagegen nicht Gegenstand des Verfahrens. Der Eventualantrag erweist sich damit als unzulässige Erweiterung des Prozessthemas und ist folglich abzuweisen.

#### **E. 4**

Befristung Die Beschwerdeführerin befristete die Baubewilligung für die Dauer von zwei Jahren. Auch diese Nebenbestimmung wurde von der Baurekurskommission aufgehoben. Verglichen mit der vollständigen Bauverweigerung kann sich eine befristete Baubewilligung als eine ebenfalls geeignete, aber mildere Massnahme erweisen, um die mit dem Gesetz verfolgten öffentlichen Interessen zu erreichen (vgl. RB 1990 Nr. 83). So darf die Baubehörde eine UKW-Antenne nicht allein deshalb verweigern, weil sie Bedenken hat, dass mit der Zeit ganze "Antennenwälder" entstehen und so die Einordnungsvorschrift gewissermassen mit der Zeit verletzt wird. Vielmehr ist sie in so einem Fall gehalten, die Bewilligung so lange zu erteilen, bis eine entsprechende Anlage zum gemeinschaftlichen Empfang von Radiosendungen erstellt worden ist (VGr, 17. Januar 1984, BEZ 1984 Nr. 28 E. 4c = ZBl 86/1985, S. 70, 75). – Vorliegend durfte die Beschwerdeführerin bei der Befristung der Bewilligung der Tatsache Rechnung tragen, dass es sich bei den grossformatigen Werbeflächen um ein vergleichsweise neues Phänomen handelt. In so einem Fall liegt es innerhalb des der Bewilligungsbehörde zustehenden Ermessensspielraums, die Bewilligung nur für eine beschränkte Dauer zu erteilen. Stellt der Bauherr vor Ablauf der Bewilligungsdauer ein neues Gesuch, kann die Behörde gestützt auf die bereits mit Megapostern gemachten Erfahrungen die Bewilligung erneut erteilen, diese gegebenenfalls mit Nebenbestimmungen versehen oder aber ganz verweigern. Indem die Baurekurskommission die Befristung der Bewilligung aufhob, setzte sie ihr eigenes Ermessen anstelle desjenigen der Beschwerdeführerin. Der angefochtene Entscheid ist insoweit wegen Verletzung der Gemeindeautonomie aufzuheben.

#### **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Die Befristung der Baubewilligung ist wieder herzustellen und die jährliche Werbezeit auf sechs Monate festzulegen. Weil keine der Parteien überwiegend oder gar vollständig obsiegt hat, sind ihnen die Verfahrenskosten je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 VRG) und der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG; Kölz/Bosshart/Röhl § 13 N. 15 und § 17 N. 32). Die Kosten des Rekursverfahrens sind analog der Kostenverteilung im vorliegenden Verfahren neu zu verlegen. An der Entschädigungsregelung des Rekursentscheids ist dagegen nichts zu ändern, da auch im Rekursverfahren keine der Parteien überwiegend obsiegt hat. Demgemäss entscheidet die Kammer : 1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und der Entscheid der Baurekurskommission I vom 11. Juli 2003 teilweise aufgehoben. Demgemäss wird Ziff. I./2 der Verfügung des Amtes für Städtebau der Stadt Zürich vom 25. Oktober 2002 wieder hergestellt. Ziff. I./1. wird unter Aufhebung von Erwägung lit. b und folgender Neufassung von Erwägung lit. c wieder hergestellt: "Die Bewilligung wird für 2 Jahre erteilt. Die Fläche kann maximal 6 Monate pro Jahr mit Bildern belegt werden." 2. Die Kosten des Rekursverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. 3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'000.--; die übrigen Kosten betragen: Fr. 60.-- Zustellungskosten, Fr. 2'060.-- Total der Kosten. 4. Die Gerichtsgebühr wird den Parteien je zur Hälfte auferlegt. 5. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen. 6. ...