

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00353 vom 21. November 2007

ZH Verwaltungsgericht, 2007-11-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2007.00353

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00353 du 21 novembre 2007

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00353 del 21 novembre 2007

Regeste

Baubewilligung (Aussenwirtschaftsbetrieb) | Frage der baurechtlichen Bewilligungspflicht von Aussenwirtschaften auf öffentlichem Grund. Das schutzwürdige Anfechtungsinteresse der Gemeinde gründet vorliegend darin, dass sie bei Vorhaben auf öffentlichem Grund wie eine private Grundeigentümerin vom Entscheid über Fragen der Bewilligungspflicht betroffen ist (E. 2.). Der von der Beschwerdeführerin verfochtene Verzicht auf die Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens "zu Gunsten" des verwaltungspolizeilichen Bewilligungsverfahrens betreffend gesteigerten Gemeingebrauchs entbehrt einer gesetzlichen Grundlage (E. 7.2). Darüber hinaus genügt das verwaltungspolizeiliche Verfahren in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht den Anforderungen an ein Baubewilligungsverfahren. Insbesondere fehlen die in §§ 314 ff. und 338a Abs. 1 PBG definierten Instrumente zur Anspruchswahrung durch Drittbetroffene. Ein ohne entsprechende Ausschreibung ergangener baurechtlicher Entscheid wäre denn auch bundesrechtswidrig (E. 7.2.2). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

A,

E. 2

Die Beschwerdegegnerschaft stellt sich auf den Standpunkt, der Beschwerdeführerin fehle es an einem schutzwürdigen Anfechtungsinteresse im Sinn von § 70 in Verbindung mit § 21 lit. b VRG, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten sei. Gemäss § 21 lit. b in Verbindung mit § 70 VRG ist die Gemeinde zur Beschwerde berechtigt, soweit sie die Wahrung der von ihr vertretenen schutzwürdigen Interessen verfocht (vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 21 N. 61 ff.). Dies ist gemäss der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung namentlich dann der Fall, wenn sie sich für die Durchsetzung und richtige Anwendung ihres kommunalen Rechts wehrt, wenn sie einen Eingriff in die ihr bei der Anwendung von kantonalem Recht zustehende qualifizierte Entscheidungs- und Ermessensfreiheit abwehren will, wenn sie wie eine Privatperson (z.B. als Bauherrin) betroffen ist, zur Abwehr von Eingriffen in ihr Finanz- oder Verwaltungsvermögen, wenn Interessen oder Aufgaben betroffen sind, die sie wahrnehmen bzw. erfüllen muss, wenn sich die angefochtene Anordnung auf einen grossen Teil der Einwohnerschaft auswirkt oder wenn sich die Gemeinde gegen ihr auferlegte finanzielle Verpflichtungen wehrt (RB 2004 Nr. 6). Streitgegenstand bildet vorliegend einzig die Frage, ob der Betrieb von Aussenwirtschaften auf öffentlichem Grund der Stadt Winterthur der baurechtlichen

Bewilligungspflicht unterliege. Entgegen dem Dafürhalten der Beschwerdeführerin belässt ihr das kantonale Recht bei der Beantwortung dieser Frage keinen qualifizierten Entscheidungs- und Ermessensspielraum. Dem Entscheid über die Bewilligungspflicht liegt zwar im Einzelfall regelmässig eine Wertung der Behörde zugrunde (vgl. RB 2004 Nr. 75). Geht es indessen wie hier nicht um die Besonderheiten eines solchen Einzelfalls, sondern ganz generell um eine bestimmte Kategorie von Bauvorhaben (Betrieb von Aussenwirtschaften auf öffentlichem Grund), handelt es sich um eine Rechtsfrage, welche im ganzen Kanton einheitlich beantwortet werden muss (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 21 N. 66). Verfügt die Gemeinde somit über keinen qualifizierten Entscheidungs- und Ermessensspielraum, kann sie sich auch nicht gegen die ihrer Meinung nach unrichtige Anwendung dieses Rechts durch die Rekursinstanz wehren; der blosser Vollzug von kantonalem Recht und von Bundesrecht berührt die Gemeinde nicht in ihren eigenen schutzwürdigen Interessen (RB 2004 Nr. 6; VGr, 21. Juli 2006, VB.2006.00196 E. 1.3, www.vgrzh.ch). Dass dieser Gesetzesvollzug die Gemeinde auch in ihrer Aufgabenerfüllung und ihren damit verknüpften finanziellen Interessen berührt, liegt in der Natur der Sache. Der Entscheid konkretisiert insofern lediglich den Umfang der ihr im Baubewilligungsverfahren bereits obliegenden Vollzugsaufgaben. Es werden ihr weder neue Aufgaben noch neue finanzielle Verpflichtungen aufgebürdet, welche allenfalls ein eigenständiges schutzwürdiges Interesse im Sinn der eingangs zitierten Rechtsprechung zu begründen vermöchten. Der Beschwerdeführerin ist dagegen beizupflichten, dass sie durch den Entscheid in ihrer Stellung als "Eigentümerin des öffentlichen Grundes" betroffen ist. Der von der Beschwerdeführerin hierfür gelieferten Begründung kann zwar nicht gefolgt werden. Die von ihr behaupteten "Koordinationsschwierigkeiten" zwischen baurechtlichen Entscheiden und solchen betreffend Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs sind nicht nachvollziehbar (vgl. dazu hinten E. 8). Ihr schutzwürdiges Anfechtungsinteresse gründet vielmehr darin, dass sie bei Vorhaben auf öffentlichem Grund wie eine private Grundeigentümerin vom Entscheid über Fragen der Bewilligungspflicht betroffen ist. Die Beschwerdeführerin ist somit vorliegend zur Beschwerdeerhebung legitimiert.

E. 3

Beschwerdegegenstand bildet einzig die Frage nach der Bewilligungspflicht einer Aussenwirtschaft auf öffentlichem Grund. Streitgegenstand kann nur sein, was auch Gegenstand der erstinstanzlichen Verfügung war bzw. nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen (RB 1983 Nr. 5). Ob eine bauliche Massnahme bewilligungspflichtig ist, ist im baurechtlichen Verfahren zu klären (RB 2004 Nr. 75). Vorliegend wurde für die streitige Aussenwirtschaft zwar weder ein formelles Baugesuch gestellt noch hat die Baubehörde die baurechtliche Bewilligungspflicht der Massnahme in ihren erstinstanzlichen Beschlüssen vom 14. September bzw. 22. Dezember 2006 ausdrücklich aufgegriffen und entsprechend ausdrücklich beantwortet. Dennoch war die Streitfrage Gegenstand des Bauausschuss-Beschlusses vom 22. Dezember 2006, welcher formell eine "Ergänzung zum BAB A2006/399 vom 14.09.2006" darstellt. Materiell beinhaltet der Beschluss die nachträgliche Eröffnung des Betriebskonzepts, welches laut Dispositiv Ziffer I "als integrierender Bestandteil der baurechtlichen Bewilligung" den Verfahrensbeteiligten formell eröffnet wird. Laut Dispositiv Ziffer II bleibt für die im Betriebskonzept "vorgesehene Aussenwirtschaft gemäss provisorischem Plan der Gewerbepolizei vom 7.11.2006 die Erteilung der gewerbepolizeilichen Bewilligung vorbehalten". In den Erwägungen zum Beschluss vom 22. Dezember 2006 wird unter dem Titel "Lärmimmissionen" von der Absicht der Gesuchstellerin Vormerk genommen,

vorbehältlich einer (verwaltungspolizeilichen) Bewilligung eine Aussenwirtschaft mit 25 Aussenplätzen zu betreiben. Ebenso wird von einer in Absprache mit der Gewerbebehörde der Stadt Winterthur bereits provisorisch ausgeschiedenen Bewirtschaftungsfläche an der M-Strasse und der L-Strasse Vorwerk genommen. Ferner wird festgehalten, dass für die Aussenwirtschaft die selben Öffnungs-/Schliessungszeiten vorgesehen sind wie für die Gastwirtschaft im Innern des Gebäudes. Sodann sei unter Berücksichtigung der Betriebsmodalitäten gemäss Baugesuch und Betriebskonzept davon auszugehen, dass auch vom vorgesehenen Betrieb der Aussenwirtschaft nicht mehr als höchstens geringfügige Störungen ausgehen werden. Im Ergebnis hat der Bauausschuss damit die baurechtliche Bewilligungspflicht für Aussenwirtschaften auf öffentlichem Grund wenn auch nicht ausdrücklich, so doch implizit verneint, und zwar nicht nur für den geplanten Betrieb als solchen, sondern ganz generell für sämtliche Betriebe dieser Art. Dass es sich hierbei sowohl formell wie materiell um einen baurechtlichen Entscheid handelt, wird von der Beschwerdeführerin denn auch zu Recht nicht mehr in Frage gestellt. Dementsprechend ist es auch nicht zu beanstanden, dass die Rekurskommission die Frage nach der Bewilligungspflicht der Aussenwirtschaft zum Entscheidungsgegenstand und damit auch zum Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens machte.

E. 4

In formeller Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin die Durchführung eines gerichtlichen Augenscheins. Da sich der Streitgegenstand indessen auf eine reine Rechtsfrage beschränkt und weitere Feststellungen zu den örtlichen Verhältnissen nichts zur Klärung der relevanten Fragen beitragen würden, erübrigt sich die Durchführung eines solchen.

E. 5

Ferner beantragte die Beschwerdeführerin, "allfällige Eingaben der Beschwerdegegnerschaft seien der Beschwerdeführerin unter Einräumung der Gelegenheit zur ergänzenden Stellungnahme zuzustellen". Es ist grundsätzlich Sache der Parteien zu beurteilen, ob eine Vernehmlassung neue Argumente enthält und eine Stellungnahme erfordert. Hält eine beschwerdeführende Partei eine Stellungnahme von ihrer Seite zu einer zur Kenntnisnahme zugestellten Vernehmlassung für erforderlich, so hat sie diese unverzüglich zu beantragen bzw. einzureichen, andernfalls davon auszugehen ist, dass sie auf ihr Replikrecht verzichtet (BGE 132 I 42 E. 3.3). Wird indessen – wie vorliegend – eine Replikmöglichkeit schon in der Beschwerdeschrift beantragt, können die Beschwerdeführenden noch gar nicht beurteilen, ob aus ihrer Sicht eine Stellungnahme zu den Eingaben der Beschwerdegegnerschaft oder der Vorinstanzen erforderlich sein wird. Ein derartiger Antrag ist verfrüht. Sofern die Vernehmlassungen keine neuen rechtserheblichen Vorbringen enthalten, wird mit deren Zustellung zur Kenntnisnahme an die Beschwerdeführenden dem Hauptanliegen des beschwerdeführerischen Verfahrensantrags Rechnung getragen (BGr, 11. April 2006, 1P.827/2005, E. 2.2 f., www.bger.ch). Dementsprechend kann im vorliegenden Beschwerdeverfahren auf die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels verzichtet werden.

E. 6

Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, Aussenwirtschaften auf öffentlichem Grund unterlägen generell nicht der baurechtlichen Bewilligungspflicht. Gemäss Art. 22 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG) in Verbindung mit

§ 309 Abs. 1 lit. b des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) erstreckt sich die baurechtliche Bewilligungspflicht grundsätzlich auf sämtliche Nutzungsänderungen bei Räumlichkeiten und Flächen, denen baurechtliche Bedeutung zukommt. Entscheidend ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, ob mit der fraglichen Massnahme nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht (BGE 120 Ib 379 E. 3c). Massnahmen von lediglich geringfügiger Bedeutung sind dagegen aus Gründen der Verhältnismässigkeit von der Bewilligungspflicht befreit (§ 309 Abs. 3 PBG in Verbindung mit § 1 der Bauverfahrensverordnung vom 3. Dezember 1997, BVV). Das bedeutet, dass Nutzungsänderungen dann bewilligungspflichtig sind, wenn die mit der neuen Nutzung verbundenen Auswirkungen in irgendeiner Hinsicht intensiver sind als die bisherigen oder sonst ein planungs- und baurechtlich geschütztes Rechtsgut berühren (Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz. 211). Wie die Rekurskommission zutreffend erwogen hat, ist der Betrieb einer Aussenwirtschaft mit 25 Plätzen mit nicht unerheblichen Lärmimmissionen verbunden. Dementsprechend ist der Vorinstanz auch beizupflichten, dass ein solcher Betrieb baurechtlich geschützte Rechtsgüter berührt (vgl. auch Mäder, Rz. 213) und somit ein baubewilligungspflichtiger Tatbestand vorliegt. Die Beschwerdeführerin bestreitet im Übrigen gar nicht, dass entsprechende Aussenwirtschaften auf privatem Grund der baurechtlichen Bewilligungspflicht unterliegen. Die mit dem Betrieb einer Aussenwirtschaft verbundenen Immissionen sind indessen die gleichen unabhängig davon, ob sie vom öffentlichen oder vom privaten Grund ausgehen. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang auch der beschwerdeführerische Einwand, dass die Bewilligungen für den gesteigerten Gemeindegebrauch des öffentlichen Grundes jeweils nur für eine Saison (März bis Oktober) erteilt werden. Zum einen liegt es in der Natur der Sache, dass der Betrieb von Aussenwirtschaften in jedem Fall saisonalen Beschränkungen unterliegt. Zum andern ist davon auszugehen, dass die Bewilligung/Konzession für die Nutzung des öffentlichen Grundes in der Regel jährlich wiederkehrend erteilt wird. Die Beschwerdeführerin weist zwar zu Recht darauf hin, dass die Bewilligungspflicht trotz Vorliegens eines baubewilligungspflichtigen Tatbestands ausnahmsweise entfallen kann. Dabei handelt es sich jedoch regelmässig um Tatbestände, bei denen die Funktion der Baubewilligung durch ein anderes (bundes- oder kantonrechtliches) Verfahren übernommen wird. Dies bedarf einer besonderen gesetzlichen Grundlage (vgl. Mäder, Rz. 220 mit weiteren Hinweisen), welche hier fehlt und sich entgegen dem beschwerdeführerischen Dafürhalten auch nicht aus ihrer Herrschaft über den öffentlichen Grund ergibt. Auch die öffentliche Hand ist mit ihren Bauvorhaben an die Bestimmungen von Raumplanungs- und Baurecht gebunden, unabhängig davon, ob sie diese Vorhaben selbst realisiert oder dafür lediglich ihren öffentlichen Grund zur Verfügung stellt.

E. 7.1

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die verwaltungspolizeiliche Bewilligung zur Benützung des öffentlichen Grundes ersetze im vorliegenden Fall die baurechtliche Bewilligung. Da bei der verwaltungspolizeilichen Benützungsbewilligung für den öffentlichen Grund unter anderem auch gestalterische Gesichtspunkte und andere polizeiliche Güter, namentlich auch umwelt- bzw. lärmschutzrechtliche Aspekte, geprüft würden, bestehe weder eine Grundlage noch eine Veranlassung für eine gleichzeitige/parallele Prüfung derselben Punkte in einem baurechtlichen Verfahren. Die baurechtliche Bewilligungspflicht schliesst zugleich das zur Erteilung einer Baubewilligung

notwendige Verfahren ein, welchem sich der Gesuchsteller nach der gesetzlichen Ordnung zwingend unterziehen muss (Mäder, Rz. 159). Gemäss § 318 PBG entscheidet die örtliche Baubehörde über Baugesuche, soweit durch Verordnung nichts anderes bestimmt ist. Entsprechende Ausnahmen bzw. Ergänzungen zur Grundordnung (§ 318 PBG) finden sich in § 7 BVV (in Verbindung mit dem zugehörigen Anhang) oder, je nach Regelungstatbestand, in höherrangigem Bundesrecht oder speziellerem kantonalem Recht (Mäder, Rz. 220). Für die in Frage stehenden Verfahren betreffend Benützung des öffentlichen Grundes existiert keine entsprechende Ausnahmeregelung. Mithin fehlt es nicht, wie von der Beschwerdeführerin behauptet, an einer Grundlage zur Durchführung des Baubewilligungsverfahrens, sondern vielmehr an einer gesetzlichen Grundlage für die von ihr verfochtene Kompetenzattraktion im Verfahren betreffend gesteigerten Gemeindegebrauch. Entgegen dem beschwerdeführerischen Dafürhalten lässt sich eine solche Kompetenzattraktion auch nicht damit begründen, dass "andere bau- bzw. umweltschutzrechtlich relevante Tatbestände existieren, die nicht einem baurechtlichen Bewilligungsverfahren unterworfen" seien. Dies gilt unabhängig davon, ob jene Ausnahmen über eine hinreichende gesetzliche Grundlage verfügen oder nicht. Letzteres würde höchstens eine unzulässige Behördenpraxis belegen, deren Ausdehnung auf weitere Verfahren von vornherein ausgeschlossen wäre. Auf die von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang angeführten Beispiele ist indes dennoch kurz einzugehen.

E. 7.1.1

Um ein solches Beispiel handelt es sich laut der Beschwerdeführerin bei der "Realisierung von Parkplätzen auf öffentlichen Strassen". Die Ausscheidung und Zuweisung derartiger Flächen von öffentlichen Strassen für die Nutzung als Parkplätze unterliege ebenfalls nicht dem Baubewilligungsverfahren; das Verfahren sei rein strassenrechtlicher bzw. polizeilicher Natur. Die Beschwerdeführerin verkennt, dass es sich dabei um einen gesetzlich geregelten Sonderfall handelt. Gemäss § 309 Abs. 2 PBG schliesst die Festsetzung und Genehmigung von Projekten für Verkehrsanlagen die baurechtliche Bewilligung mit ein. Bezüglich Verfahren und Zuständigkeit verweist § 7 Abs. 2 BVV ausdrücklich auf die besonderen Bestimmungen des Strassenrechts. Zu den Verkehrsanlagen bzw. Strassen gehören sodann laut § 3 des Gesetzes über den Bau und Unterhalt der öffentlichen Strassen vom 27. September 1981 (Strassengesetz) auch die Flächen für den ruhenden öffentlichen und privaten Verkehr.

E. 7.1.2

Ferner hält die Beschwerdeführerin dafür, ein weiteres Beispiel finde sich im Gastgewerbegesetz, genauer bei den Ausnahmen von den Schliessungszeiten gemäss § 16 des Gastgewerbegesetzes vom 1. Dezember 1996 (GastgewerbeG). Das Hinausschieben der Schliessungsstunden sei sehr wohl umweltschutz- bzw. lärmschutzrechtlich relevant, trotzdem sei hierfür kein baurechtliches Bewilligungsverfahren durchzuführen. In § 16 Abs. 1 GastgewerbeG werden jedoch "Einschränkungen nach dem Planungs-, Bau- und Umweltschutzrecht" ausdrücklich vorbehalten. Dementsprechend kann die "Dauernde Ausnahme von der Schliessungszeit" durchaus auch Gegenstand eines Baubewilligungsverfahrens sein (siehe VGr, 25. Januar 2006, VB.2005.00535; 7. November 2007, VB.2007.00201, www.vgrzh.ch).

E. 7.1.3

Schliessend wendet die Beschwerdeführerin ein, Konsequenz des angefochtenen Entscheids wäre letztlich, dass jeglicher gesteigerter Gemeingebrauch von öffentlichem Grund einer baurechtlichen Bewilligung bedürfte, wie z.B. ein Marronistand im Winter oder die Nutzung von Plätzen durch wechselnde Strassenmusikanten. Dem kann nicht gefolgt werden. Wie ausgeführt, ist nicht jedes noch so unbedeutende Vorhaben baurechtlich bewilligungspflichtig. Die konkrete Nutzung muss aus baurechtlicher Sicht von mehr als nur geringfügiger Bedeutung sein und ihrer Natur gemäss einer präventiven baurechtlichen Prüfung überhaupt zugänglich sein. Dies dürfte bei Strassenmusik höchstens ausnahmsweise zutreffen. Der typische Marronistand fällt dagegen eher in die Kategorie "mobile Bauten", deren Bewilligungspflicht im Einzelfall zu prüfen ist, wobei es neben der Grösse und Beschaffenheit des betreffenden Objekts massgebend auf die voraussichtliche Stationierungsdauer ankommt (vgl. Mäder, Rz. 201). Mit der vorliegend in Frage stehenden Nutzung einer Fläche als Aussenwirtschaft und den dafür üblichen Betriebszeiten lassen sich die angeführten Nutzungen nicht vergleichen.

E. 7.2

Der von der Beschwerdeführerin verfochtene Verzicht auf die Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens "zu Gunsten" des verwaltungspolizeilichen Bewilligungsverfahrens betreffend gesteigerten Gemeingebrauchs entbehrt sodann nicht nur einer gesetzlichen Grundlage, sondern wäre darüber hinaus auch sachlich verfehlt.

E. 7.2.1

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass die in Frage stehenden Bewilligungsverfahren unterschiedlichen Zwecken dienen und dementsprechend unterschiedliche Rechtsfragen im Vordergrund stehen. Das Baubewilligungsverfahren dient der Überprüfung eines Bauvorhabens auf dessen Übereinstimmung mit den einschlägigen baurechtlichen Bestimmungen. Wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, "tritt diese Funktion bei der Bewilligung zum gesteigerten Gemeingebrauch in den Hintergrund". Weiter führt sie aus, selbstverständlich seien auch die materiellen bau- und umweltschutzrechtlichen Vorgaben beim Entscheid über die Benützungsbewilligung zu berücksichtigen. Primär entscheiderelevant sei jedoch die Abwägung und Koordination zwischen den verschiedenen Nutzungen des öffentlichen Grundes. Der Rekurskommission ist beizupflichten, dass das Mitberücksichtigen von bau- und umweltschutzrechtlichen Vorgaben die intensivere und umfassendere Überprüfung im Baubewilligungsverfahren nicht zu ersetzen vermag. Entgegen dem beschwerdeführerischen Dafürhalten wird ihre aus der Herrschaft über die öffentlichen Sachen fließende Bewilligungskompetenz durch diese "Zweigleisigkeit" nicht eingeschränkt. Vielmehr bleibt es ihr unbenommen, im verwaltungspolizeilichen Verfahren über den baurechtlichen Aspekt hinausgehende schutzwürdige gestalterische Interessen, beispielsweise an einer einheitlichen Präsentation der Aussenwirtschaften auf ihrem Grund, zu verfolgen.

E. 7.2.2

So unterschiedlich wie die Funktionen der in Frage stehenden Bewilligungen, so unterschiedlich sind sodann auch die Verfahrensvorschriften. So hat bereits die Rekurskommission zutreffend darauf hingewiesen, dass das verwaltungspolizeiliche Verfahren in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht den Anforderungen an ein Baubewilligungsverfahren genügt, fehlen doch insbesondere die in §§ 314 ff. und 338a Abs. 1 PBG definierten Instrumente zur Anspruchswahrung durch Drittbetroffene. Ein ohne

entsprechende Ausschreibung ergangener baurechtlicher Entscheid wäre denn auch bundesrechtswidrig (BGE 120 Ib 48 ff.; RB 1994 Nr. 92). Was die Beschwerdeführerin dagegen einwendet, vermag nicht zu überzeugen. So macht sie geltend, mit der Regelung gemäss Art. 25 Abs. 2 der Vorschriften der Stadt Winterthur über die Benützung des öffentlichen Grundes zu Sonderzwecken vom 8. Juni 1979 sei die Anspruchswahrung durch Drittbetroffene hinreichend gewährleistet. Nach der besagten Bestimmung dürfen "die Anordnung der Bestuhlung und allfällige Abschränkungen" die Interessen der Nachbarschaft und Verkehrsteilnehmer nicht beeinträchtigen und entscheidet das Polizeiamt "nach Anhörung der Nachbarschaft über die Ausmasse und die Anordnung". Die Anhörung zu weiteren Fragen, wie beispielsweise der Immissionsproblematik, ist in dieser Bestimmung nicht vorgesehen. Eine Anhörungspflicht, die nur auf den Aspekt "Ausmass und Anordnung der Bestuhlung" beschränkt ist, kann nicht mit den Instrumenten zur Anspruchswahrung Drittbetroffener im baupolizeilichen Bewilligungsverfahren verglichen werden. Verfehlt ist sodann auch der Einwand der Beschwerdeführerin, im Vergleich zum Baubewilligungsverfahren erweise sich die Anspruchswahrung im verwaltungspolizeilichen Verfahren sogar als erheblich direkter und effizienter. Zuständig für den Vollzug sei nämlich die Stadtpolizei, welche mit ihrem 24-Stunden Bereitschaftsdienst umgehend auf Lärmbelästigungsanzeigen von Anwohnern reagieren und direkt vor Ort die erforderlichen Massnahmen treffen könne, was der für den Vollzug von baurechtlichen Entscheiden zuständigen Baupolizei so nicht möglich sei. Die Beschwerdeführerin verwechselt hier die präventive Anspruchswahrung durch Drittbetroffene mit der Möglichkeit zur Intervention gegen spätere Störungen. Für letztere kann in jedem Fall die Polizei eingeschaltet werden, ob es sich nun um eine Aussenwirtschaft auf öffentlichem oder privatem Grund handelt. Das Verfahren zur Bewilligung des gesteigerten Gemeindegebrauchs trägt demnach vorliegend weder den Interessen der Allgemeinheit noch denjenigen der Direktbetroffenen hinreichend Rechnung. Es ist nicht geeignet, das baupolizeiliche Bewilligungsverfahren zu ersetzen.

E. 8

Abschliessend macht die Beschwerdeführerin geltend, wenn beide Bewilligungsverfahren erforderlich wären, unterlägen diese dem materiellen und formellen Koordinationsgebot gemäss Art. 25a RPG. In beiden Verfahren würden aber teilweise dieselben Punkte, namentlich Erscheinungsbild des Strassenraumes und Polizeigüter wie etwa Lärmschutz, geprüft, mit allenfalls je unterschiedlichen Ergebnissen. Ausserdem würden Benützungsbewilligungen für den öffentlichen Grund nur saisonal erteilt, Baubewilligungen dagegen grundsätzlich unbefristet. Unklar wäre auch, welches der beiden Bewilligungsverfahren als "Leitverfahren" dienen sollte. Wenn die Errichtung oder Änderung einer Baute oder Anlage Verfügungen von mehreren Behörden erfordert, ist nach Art. 25a Abs. 1 RPG eine Behörde zu bezeichnen, die für ausreichende Koordination sorgt. Diese Behörde hat nach Abs. 2 lit. b derselben Bestimmung für eine gemeinsame öffentliche Auflage aller Gesuchsunterlagen und gemäss Abs. 2 lit. d für eine inhaltliche Abstimmung sowie möglichst für eine gemeinsame oder gleichzeitige Eröffnung der Verfügungen zu sorgen. Die zu koordinierenden Entscheide dürfen keine Widersprüche enthalten (Abs. 3). Im Kanton Zürich ist im Regelfall die örtliche Baubehörde die für die Koordination verantwortliche Stelle (§ 9 Abs. 1 lit. a BVV). Aus den Vorbringen der Beschwerdeführerin wird letztlich nicht klar, inwiefern ihr aus der "Parallelität" von baupolizeilichen und verwaltungspolizeilichen Verfahren überhaupt ein konkretes Koordinationsproblem erwächst. Grundsätzlich lässt sich aber festhalten, dass dem

baurechtlichen Bewilligungsverfahren insofern primäre Bedeutung zukommt, als das Vorliegen einer baurechtlichen Bewilligung Voraussetzung und Obergrenze für die Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs bildet. Der Beschwerdeführerin bleibt es unbenommen, diese baurechtlich bewilligte Nutzung im Rahmen ihres Ermessens mit dem Entscheid betreffend Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs weitergehend einzuschränken, sei dies mit gestalterisch motivierten Einschränkungen, einer saisonalen Beschränkung oder anderweitigen betrieblichen Auflagen. Wählt sie generell eine saisonale Befristung der verwaltungspolizeilichen Bewilligung, muss dies nicht auch für die Baubewilligung gelten. Grundsätzlich bleibt diese als Stamm-Bewilligung bestehen, es sei denn, das bewilligte Projekt soll erweitert werden. Eine solche Projektänderung wäre dann grundsätzlich wiederum baubewilligungspflichtig.

E. 9

Diese Erwägungen führen zur Abweisung der Beschwerde. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und bleibt ihr eine Parteientschädigung von vornherein versagt (§ 17 Abs. 2 VRG). Hingegen ist sie in Anwendung von § 17 Abs. 2 VRG zu einer Entschädigung an die Beschwerdegegnerschaft zu verpflichten. Die Beschwerdegegnerschaft hat einen "Mehrwertsteuerzusatz" zur Prozessentschädigung beantragt, gegen den die Beschwerdeführerin nicht opponierte, weshalb ihr die Prozessentschädigung ohne weiteres um den Mehrwertsteuersatz zu erhöhen ist (siehe Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006, S. 3). Als angemessen erweist sich eine Parteientschädigung von Fr. 1'100.- (inkl. 7.6 % Mehrwertsteuer). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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