

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00251 vom 10. Oktober 2012**

ZH Verwaltungsgericht, 2012-10-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2012.00251](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2012.00251)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00251 du 10 octobre 2012

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00251 del 10 ottobre 2012

## **Regeste**

Baubewilligung | Mündliche Verhandlung. Einordnung. Ausnahmegewilligung. Feuerpolizeiliche Verstösse. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist dem Begehren um eine öffentliche Verhandlung nicht zu entsprechen, wenn vor der Vorinstanz noch kein Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung gestellt wurde. Der am Schluss der Rekurschrift vermerkte Hinweis, sie (die Beschwerdeführerin) sei für eine Unterredung jederzeit bereit, stellt keinen solchen Antrag dar (E. 2). Die Beschwerdeführerin beabsichtigte, die Bauten so zu gestalten, dass diese an Slums erinnern. Auch wenn vorliegend kein strenger Massstab angewendet werden darf, hat der Gemeinderat Volketswil bei seiner Beurteilung, das Bauvorhaben sei in sich nicht stimmig und passe sich weder zum Hauptbau noch zu seiner baulichen Umgebung befriedigend ein, den ihm zustehenden Ermessensspielraum nicht rechtsverletzend gehandhabt (E. 4). Wer für ein Baugesuch eine Ausnahmegewilligung beansprucht, hat mit dem Baugesuch ein begründetes Ausnahmegesuch einzureichen. Die Voraussetzungen eines Dispenses müssen nicht von Amtes wegen geprüft werden (E. 4.1). Ungenügende Schutzabstände sind durch eine entsprechende Situierung der Bauten zu beheben, sofern dies ohne weiteres möglich ist (E. 5). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerdeführerin beantragt die Durchführung eines Augenscheins. Die Vorinstanz hat am 29. September 2011 einen Referentenaugenschein im Beisein der rekursgegnerischen Parteien durchgeführt; für die damalige Rekurrentin bzw. heutige Beschwerdeführerin war unentschuldig niemand erschienen. Auf die bei dieser Gelegenheit gewonnenen Erkenntnisse darf auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren abgestellt werden (RB 1981 Nr. 2). Da sich der massgebliche Sachverhalt aufgrund dieses Augenscheins, der Pläne und der bei den Akten liegenden Fotos mit ausreichender Deutlichkeit ergibt, kann auf die Durchführung eines verwaltungsgerichtlichen Augenscheins sowie auf weitere Beweiserhebungen verzichtet werden (RB 1995 Nr. 12 = BEZ 1995 Nr. 32, mit Hinweisen; Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 7 N. 45). Aus den hinten genannten Gründen ist auch die Einholung eines "feuerpolizeilichen Gutachtens" abzulehnen (vgl. E. 5.2).

### **E. 2**

Die Beschwerdeführerin stellt im Beschwerdeverfahren erstmals den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

## **E. 2.1**

Nach § 59 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) kann das Verwaltungsgericht von Amtes wegen oder auf Antrag der Parteien eine mündliche Verhandlung anordnen. Nach dieser Bestimmung besteht kein Anspruch auf eine mündliche Verhandlung, sondern liegt deren Durchführung im Ermessen des Gerichts. Ein Anspruch auf Durchführung einer mündlichen öffentlichen Verhandlung besteht indes im Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Ein Entscheid über zivilrechtliche Ansprüche im Sinn von Art. 6 Abs. 1 EMRK liegt unter anderem vor, wenn eine bau- oder planungsrechtliche Massnahme direkte Auswirkungen auf die Ausübung der Eigentumsrechte der Grundeigentümer hat (BGE 127 I 44 E. 2, mit Hinweisen). Im Rechtsmittelverfahren gilt das Recht auf eine öffentliche Verhandlung allerdings nur sehr eingeschränkt. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist dem Begehren um eine öffentliche Verhandlung nicht zu entsprechen, wenn vor der Baurekurskommission bzw. vor Baurekursgericht (als gerichtliche Instanz im Sinn von Art. 6 Abs. 1 EMRK) noch kein solcher Antrag gestellt wurde (VGr, 5. August 2009, VB.2008.00595, E. 6, mit Hinweisen). Auch nach dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ist im Interesse einer ordnungsgemässen Rechtspflege eine öffentliche Verhandlung zweckmässigerweise vor der ersten Rechtsmittelinstanz durchzuführen. Je nach den Umständen des konkreten Einzelfalls könne es somit zulässig sein, ein erst vor der Berufungsinstanz gestelltes Begehren um eine öffentliche Verhandlung abzulehnen, selbst wenn vor der ersten Instanz (mangels entsprechenden Begehrens) keine solche stattgefunden hat (EGMR, 12. November 2002, Döry, 28394/95, § 40, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

## **E. 2.2**

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin im Rekursverfahren kein Begehren um Durchführung einer öffentlichen Verhandlung gestellt. Der am Schluss der Rekurschrift vermerkte Hinweis, sie sei "für eine Unterredung (...) jederzeit bereit", stellte gerade keinen Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung dar; damit wurde eine mündliche Verhandlung vielmehr ins Ermessen der Behörde gestellt und nicht für notwendig gehalten. Es ist deshalb von einem Verzicht der Beschwerdeführerin auf ihr Recht auf eine öffentliche Verhandlung auszugehen. Es kommt hinzu, dass das Baurekursgericht die Beschwerdeführerin zur Durchführung des Augenscheins vom 29. September 2011 schriftlich eingeladen hat, deren Vertreter jedoch "unentschuldigt" nicht erschien, gemäss Replik, weil er den Termin "vergessen" hatte. Er hat es sich damit selber zuzuschreiben, dass die Augenscheinsverhandlung, an welcher sich jeweils die Parteien zur Beweiserhebung aussprechen können, ohne ihn durchgeführt werden musste. Im vorliegenden Verfahren kann somit auf eine mündliche Verhandlung verzichtet werden.

## **E. 3.1.1**

Der Gemeinderat Volketswil hat das Baugesuch vorab wegen Verletzung der Einordnungsbestimmung von § 238 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) verweigert. Er hat hierzu in seinem Beschluss vom 22. März 2011 ausgeführt, das Bauvorhaben vermöge den minimalen Gestaltungsanforderungen nicht zu genügen, selbst wenn aufgrund der Lage in einer Industriezone und bei der wenig anspruchsvollen baulichen Umgebung kein strenger Massstab angewendet werde. Bei einem Teil der erstellten Neubauten handle es sich um Baubaracken/Baucontainer, an welche die verschiedensten Anbauten in unterschiedlichster Materialisierung erstellt wurden. Die Neu-

und Anbauten seien mit rohen Brettern verkleidet, die Dächer zum Teil aus Rollladenstoff und Blech oder aus Wellplastik erstellt. Die Bauten seien provisorisch und ohne erkennbaren gestalterischen Anspruch aus beliebigen Materialien zusammengebastelt und vermittelten den offensichtlich beabsichtigten Eindruck eines Elendsviertels (Slum). Dieser Eindruck werde verstärkt, da gewisse Gebäudedachteile bereits wieder zerfallen würden und zwischen den Gebäuden und um diese herum eine unglaubliche Unordnung herrsche. Das erbärmliche und chaotisch erstellte Barackendorf stehe auch in Widerspruch zur baulichen und landschaftlichen Umgebung, wo bei den nördlich und östlich angrenzenden Grundstücken der S überaus ordentliche Verhältnisse bestünden, aber auch der Lagerplatz auf dem westlichen Nachbargrundstück ausgesprochen ordentlich und aufgeräumt wirke.

### **E. 3.1.2**

Das Baurekursgericht hat diese Betrachtungsweise des Gemeinderats geschützt und ausgeführt, die Gestaltung der Bauten und ihre nach und nach entstandene Realisierung sollten hier – wie die Firma suggeriere – an die Slums oder/und aufgrund des Speiseangebots "South African Grill" an "Townships" erinnern. Dieser provisorisch anmutende Eindruck werde durch die Materialisierung der Baracken verstärkt. Mit der Wertung, das Bauvorhaben sei in sich nicht stimmig und passe sich weder zum Hauptbau noch zu seiner baulichen Umgebung befriedigend ein, habe der Gemeinderat Volketswil den ihm bei solchen Beurteilungen zustehenden Ermessensspielraum nicht rechtsverletzend gehandhabt.

### **E. 3.1.3**

Diesen Ausführungen hält die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift entgegen, die Bilder des Augenscheins vermittelten einen ordentlichen und sogar hübschen Eindruck von den einzelnen Hütten- bzw. Lagerbauten. Sie seien alle aus dem gleichen Material und im gleichen Stil gebaut und vermittelten ein einheitliches Bild. Sie würden in Form, Farbe und Ausgestaltung zudem mit dem Ambiente im Innern des Restaurants übereinstimmen. Die grüne Bepflanzung rund um die Holzbauten bilde einen hübschen Kontrast zu den ockerfarbenen Holzhütten. Der Gesamteindruck sei angenehm und einladend. Die Gestaltung der baulichen und landschaftlichen Umgebung sei sehr bescheiden. Angrenzend an die Baute F habe die Beschwerdeführerin die Baubewilligung für eine Anreihung von 16 Containerbauten nach Süden entlang der Grundstücksgrenze zu Kat.-Nr. 03 erhalten. Südlich des Restaurants T seien ebenfalls primitive Containerbauten von einem Nachbarn erstellt worden. Die negative Beurteilung der Baubehörde sei sachlich nicht haltbar. Die streitigen Holzbauten würden nicht den Eindruck eines Slums und auch nicht eines Provisoriums vermitteln. Die Beschwerdeführerin strebe eine Gestaltung mit einfachen hüttenähnlichen Holzbauten mit mediterraner Bepflanzung an. Es sei nicht ihre Absicht, die Bauten so zu gestalten, dass sie an Slums erinnern würden. Eine blosse und vorübergehende Unordnung auf dem Baugrundstück sei kein rechtsgenügender Grund für eine Bauverweigerung aus ästhetischen Gründen. Mit einer sichernden Nebenbestimmung zur Baubewilligung hätte die bestehende Unordnung ohne Schwierigkeiten behoben werden können. Der negative Einordnungsentscheid sei willkürlich und aufzuheben.

### **E. 3.2**

Gemäss § 238 Abs. 1 PBG sind Bauten, Anlagen und Umschwung für sich und in ihrem Zusammenhang mit der baulichen und landschaftlichen Umgebung im Ganzen und in ihren einzelnen Teilen so zu gestalten, dass eine befriedigende Gesamtwirkung erreicht wird;

diese Anforderung gilt auch für Materialien und Farben. Bei der Anwendung dieser Ästhetikgeneralklausel steht den Gemeinden ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Beruht der kommunale Entscheid auf einer vertretbaren Würdigung der massgebenden Umstände, so hat ihn die Rekursinstanz zu respektieren und darf nicht ihre eigene Beurteilung an die Stelle derjenigen der örtlichen Baubehörde setzen. Auch das Baurekursgericht darf – trotz umfassender Überprüfungsbefugnis – nur dann einschreiten, wenn die ästhetische Würdigung der kommunalen Behörde sachlich nicht mehr vertretbar ist, und sie kann eine vertretbare ästhetische Würdigung nicht einfach durch ihre eigene ersetzen (VGr, 23. März 2011, VB.2010.00670, E. 3.2 mit Hinweisen). Das neben der Überprüfung des Sachverhalts auf Rechtskontrolle beschränkte Verwaltungsgericht kann nur bei Ermessensmissbrauch und -überschreitung einschreiten (§ 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a und b VRG). Schliesst sich das Baurekursgericht – wie hier – der ästhetischen Würdigung der örtlichen Baubehörde an, so überprüft das Verwaltungsgericht neben der Feststellung des Sachverhalts und der richtigen Handhabung der vorinstanzlichen Überprüfungsbefugnis lediglich, ob die Rekursinstanz die kommunale Beurteilung der Einordnung als vertretbar hat beurteilen dürfen. Nähme das Verwaltungsgericht stattdessen eine eigene umfassende Beurteilung der Gestaltung und der Einordnung des Bauvorhabens vor, so überschritte es seine eigene Kognition und würde damit gleichzeitig die Gemeindeautonomie verletzen (BGr, 21. Juni 2005, 1P.678/2004, E. 4.3 = ZBl 107/2006, S. 437).

### **E. 3.3**

Im Baueingabebescheid der Beschwerdeführerin vom 18. November 2010 umschreibt diese den "Gesamteindruck" wie folgt: "mit der Natur-Bocciabahn (...) und den hüttenähnlichen Bauten sowie der mediterranen Bepflanzung ergibt sich der Nachbau oder die Illusion einer tropischen Favela (Elendsviertel Brasilien) und wirkt sehr dekorativ". Zu Recht hält somit das Baurekursgericht fest, die Beschwerdeführerin habe die Absicht, die Bauten so zu gestalten, dass sie an Slums erinnern würden. Der in diesem Zusammenhang durch die Beschwerdeführerin an die Vorinstanz erhobene Vorwurf der Aktenwidrigkeit ist unbegründet. Die Auffassung der örtlichen Baubewilligungsbehörde, die streitbezogenen Bauten würden den Gestaltungsanforderungen von § 238 Abs. 1 PBG – auch in Berücksichtigung der Lage in der Industriezone und der wenig anspruchsvollen baulichen Umgebung – nicht genügen, liegt innerhalb des ihr zustehenden Ermessensspielraums. Die Bauten vermitteln den Eindruck von Provisorien, welche aus verschiedensten Materialien (Rohe Bretter, Blech, Wellplastik, Rollladenstoff, Schilfrohr etc.) zusammengesetzt sind. Die Beschwerdeführerin verkennt offensichtlich, dass § 238 Abs. 1 PBG eine positive ästhetische Generalklausel darstellt und positiv eine kubische oder architektonische Gestaltung verlangt, welche sicherstellt, dass sowohl für die Baute selbst als auch für die bauliche und landschaftliche Umgebung eine befriedigende Gesamtwirkung erreicht wird (BGE 114 Ia 343 E. 4b; Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011, S. 652 mit weiteren Hinweisen). Auch wenn vorliegend kein strenger Massstab angewendet werden darf, ist eine positive Gestaltungsidee oder -vorstellung zur Sicherstellung einer befriedigenden Gesamtwirkung schlechterdings nicht erkennbar. Dies betrifft nicht nur die erwähnte Ausgestaltung der streitbezogenen Bauten an sich, sondern auch ihre Stellung und ihr gestalterischer Bezug zur Hauptbaute auf dem Grundstück Kat.-Nr. 01, "einem Gewächshaus mit Gastwirtschaftsbetrieb". Zu Recht hat die Vorinstanz festgehalten, der Gemeinderat Volketswil habe bei seiner Beurteilung, das Bauvorhaben sei in sich nicht stimmig und passe sich weder zum Hauptbau noch zu seiner

baulichen Umgebung befriedigend ein, den ihm zustehenden Ermessensspielraum nicht rechtsverletzend gehandhabt.

#### **E. 4**

Die streitbezogenen Bauten A, F, G und HIJK verstossen weiter gegen Abstandsvorschriften.

##### **E. 4.1**

Das Gebäude A hält gegenüber dem öffentlichen U-Weg einen Abstand von rund 40 cm ein und unterschreitet damit – unbestrittenermassen – den gesetzlichen Wegabstand von 3,5 m (§ 265 PBG). Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin handelt es sich beim Gebäude A nicht um ein besonderes Gebäude gemäss Art. 41 der Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Volketswil (BZO). Als Gartenwirtschaft dient es dem Aufenthalt von Menschen; es hat somit die Gebäude- und Grenzabstände einzuhalten. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung im Sinn von § 220 PBG seien erfüllt, und wirft der Baubehörde und der Vorinstanz vor, sie hätten die Frage eines Dispenses von Amtes wegen prüfen müssen.

##### **E. 4.1.1**

Wer für ein Baugesuch eine Ausnahmegewilligung beansprucht, hat mit dem Baugesuch ein begründetes Ausnahmegesuch einzureichen (§ 310 Abs. 1 PBG; § 5 lit. k der Bauverfahrensverordnung vom 3. Dezember 1997 [BVV]). Ein solches Gesuch hat die Beschwerdeführerin nicht eingereicht. Zu Unrecht wirft sie den Vorinstanzen eine Rechtsverletzung vor, weil diese nicht von Amtes wegen prüften, ob die Voraussetzungen eines Dispenses gegeben seien.

##### **E. 4.1.2**

Eine Ausnahmegewilligung ist gemäss § 220 PBG zu erteilen, wenn besondere Verhältnisse vorliegen, bei denen die Durchsetzung der Vorschriften unverhältnismässig erscheint (Abs. 1). Eine Ausnahmegewilligung darf überdies nicht gegen den Sinn und Zweck der Vorschrift verstossen, von der sie befreit, und auch sonst keine öffentlichen Interessen verletzen (Abs. 2). Schliesslich darf ein Nachbar durch Ausnahmegewilligungen von Vorschriften, die auch ihn schützen, nicht unzumutbar benachteiligt werden (Abs. 3). Das Institut der Ausnahmegewilligung soll dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit dort Nachachtung verschaffen, wo die Anwendung der gesetzlichen Regelung zu Resultaten führen würde, die der Gesetzgeber nicht bedacht hat und durch kein öffentliches Interesse gedeckt sind (RB 1985 Nr. 102; Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 1128). Eine Ausnahmegewilligung bezweckt daher, im Einzelfall Härten und Unbilligkeiten zu beseitigen, die mit dem Erlass der Regel nicht beabsichtigt waren. Es geht mithin um offensichtlich ungewollte Wirkungen einer Vorschrift. Die Beschwerdeführerin legt nicht einmal ansatzweise dar, weshalb vorliegend besondere, eine Ausnahmesituation begründende Verhältnisse vorliegen sollten. Ihr Hinweis auf die Verkehrssicherheit am U-Weg ist verfehlt, ist doch der Wegabstand nicht nur dann einzuhalten, wenn die Verkehrssicherheit gefährdet ist. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung des Wegabstands sind offensichtlich nicht gegeben.

#### **E. 4.2**

Das Gebäude HIJK weist eine Gesamtlänge von 16,7 m auf, wovon mehr als die Hälfte innerhalb der rechtskräftigen Verkehrsbaulinien der Q-Strasse liegt. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, der Baulinienbereich werde "nicht übermässig in Anspruch genommen".

#### **E. 4.2.1**

Baulinien statuieren gemäss § 99 Abs. 1 PBG ein grundsätzliches Bauverbot für alle Bauten und Anlagen, die dem Zweck der Baulinie widersprechen. Baulinien entlang von Strassen bezwecken die Freihaltung des Baulinienbereichs aus verschiedensten Gründen (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 810); u. a. kommen ihnen auch eine städte- und ortsbauliche Funktion zu. Das Gebäude HIJK verstösst damit gegen § 99 Abs. 1 PBG.

#### **E. 4.2.2**

Nach § 100 Abs. 3 PBG können "weiter gehende und andersartige Beanspruchungen des Baulinienbereichs" (als die gemäss Abs. 1 erlaubten) mit der baurechtlichen Bewilligung, nötigenfalls unter sichernden Nebenbestimmungen, gestattet werden. Diese Erlaubnis dient vor allem der Realisierung von Bauten und Anlagen, die aufgrund ihrer Funktion notwendigerweise auf einen Standort im Baulinienbereich bzw. Vorgartenbereich angewiesen sind oder anderswo nur unzweckmässig lokalisiert werden können, wie z. B. Stützmauern, Garagenvorplätze, Garageneinfahrten, Abfahrtsrampen und Besucherparkplätze (Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 819 f.). Daneben werden in der Praxis oft Pergolas, Gartensitzplätze, Gartenhäuser und Schöpfe als nach § 100 Abs. 3 PBG zulässige Beanspruchungen eingestuft (VGr, 14. März 2007, VB.2006.00348 = BEZ 2007 Nr. 17). Als "Kann-Vorschrift" liegt die Bewilligung im pflichtgemässen Ermessen der Behörde. Beim Gebäude HIJK handelt es sich gemäss Baubeschrieb der Beschwerdeführerin um zwei Containerbaracken, an welche sich eine Veranda anschliesst. Die Baracken dienen als Lager und Büro, die Veranda als "Ausgabe-Buffer mit kleiner Küche". Dieses Gebäude sprengt von seiner Grösse, Ausgestaltung und Zweckbestimmung her klar den Rahmen, in welchem § 100 Abs. 3 PBG als "Ausnahme" die Beanspruchung des Baulinienbereichs gestattet. Das Gebäude HIJK ist auch unter diesem Gesichtspunkt nicht bewilligungsfähig.

#### **E. 4.3**

Wie die Baubewilligungsbehörde und das Baurekursgericht festgehalten haben, unterschreiten die Gebäude F, G und HIJK gegenüber der nordwestlich angrenzenden Parzelle Kat.-Nr. 03 den Grenzabstand von 3,5 m. Die Bauten A, F und G verletzen zudem den Gebäudeabstand von 3,5 m zum Restaurantgebäude (Hauptgebäude). Da das Gebäude A den Grenzabstand von 3,5 m auch über den U-Weg gegenüber dem Grundstück Kat.-Nr. 04 einzuhalten hat (RB 2001 Nr. 73 = BEZ 2001 Nr. 48), dürfe auch diesbezüglich eine Grenzabstandsverletzung vorliegen, was indessen mangels korrekt vermasster Baugesuchspläne nicht verifiziert werden kann.

#### **E. 4.3.1**

Die Beschwerdeführerin bestreitet diese Abstandsverletzungen nicht, erachtet sie aber als zulässig, weil Näherbaubewilligungen im Sinn von § 270 Abs. 3 PBG der benachbarten Grundeigentümern vorlägen. Die entsprechenden Näherbauerklärungen der Eigentümer der benachbarten Grundstücke hat das Baurekursgericht indessen als unbeachtlich qualifiziert (Rekursentscheid E. 7), weil daraus weder hervorgehe, welche vier Baubaracken gemeint sein sollten, noch die Örtlichkeit ihrer Platzierung. Zudem sei die Genehmigung befristet bis ins Jahr 2016.

#### **E. 4.3.2**

In ihrer Beschwerdeschrift führt die Beschwerdeführerin aus, sie habe der Baubehörde die Zustimmungserklärung der Nachbarn zugestellt, jedoch "vergessen", den dazugehörigen Situationsplan einzureichen, was sie nunmehr im Beschwerdeverfahren nachhole. In diesem Situationsplan seien die vier Baubaracken auf dem Baugrundstück eingezeichnet. Gemäss § 52 Abs. 1 in Verbindung mit § 20a VRG sind im Beschwerdeverfahren neue Beweismittel zulässig. Der erst im Beschwerdeverfahren eingereichte Situationsplan ist daher zu berücksichtigen.

#### **E. 4.3.3**

Laut § 270 Abs. 3 PBG kann unter Vorbehalt einwandfreier wohnhygienischer und feuerpolizeilicher Verhältnisse durch nachbarliche Vereinbarung ein Näherbaurecht begründet und damit auch der Gebäudeabstand unterschritten werden. Die Beschwerdeführerin hat bereits im Baubewilligungsverfahren ein – undatiertes – Schreiben an die Grundeigentümer der benachbarten Grundstücke Kat.-Nrn. 04 und 05 eingereicht. Darin hält der Vertreter der Beschwerdeführerin fest, er habe zu Lagerzwecken vier Baubaracken auf dem Grundstück Kat.-Nr. 06 aufstellen müssen, bei welchen es sich um bewegliche Fahrhabe handle; er müsse dieser der Ordnung halber bei der Gemeinde anmelden, wozu auch die Einwilligung der angrenzenden Landbesitzer gehöre, und ersuche daher die Nachbarn um deren Zustimmung. Die Situation dieser vier Baracken ergibt sich aus dem neu im Beschwerdeverfahren eingereichten Situationsplan. Das Schreiben wie auch der Situationsplan wurden von den beiden angeschriebenen Nachbarn mit dem Vermerk "Einverstanden" unterzeichnet. Trotzdem ist fraglich, ob diese Schriftstücke als gültige Vereinbarung eines Näherbaurechts gelten können. Denn einerseits sind die Erklärungen bis ins Jahr 2016 befristet. Im Weiteren ist das Schreiben in verschiedener Hinsicht ungenau und geeignet, bei den Adressaten irrtümliche Vorstellungen erwecken, denn die Bauten dienen nicht nur "Lagerzwecken", können nicht als "bewegliche Fahrhabe" eingestuft werden und betreffen das Grundstück Kat.-Nr. 01 und nicht 06. Letztlich kann aber die Frage der Gültigkeit der vorgelegten Näherbaurechtsvereinbarung offengelassen werden, da die streitbezogenen Bauten bereits aus den aufgezeigten und nachfolgenden Gründen nicht bewilligungsfähig sind.

#### **E. 5.1**

Der Gemeinderat Volketswil und die Vorinstanz haben als Verweigerungsgrund auch verschiedene feuerpolizeiliche Verstösse aufgeführt. Diesen Ausführungen hält die Beschwerdeführerin entgegen, die Vorinstanzen hätten es unterlassen, den Sachverhalt fachmännisch abklären zu lassen, und beantragt die Einholung eines Gutachtens.

#### **E. 5.2**

Gemäss § 2 des Gesetzes über die Feuerpolizei und das Feuerwehrowesen vom 24. September 1978 (FFG) werden die feuerpolizeilichen Aufgaben von den politischen Gemeinden besorgt, soweit nicht die Kantonale Feuerpolizei zuständig ist (Abs. 1). Die Gemeinden bestellen hierfür fachkundige Organe (Abs. 2). Die Gemeindefeuerpolizei prüft laut § 3 Abs. 1 FFG die Baugesuche in Bezug auf den Brandschutz und beantragt der Baubehörde die notwendigen Brandschutzmassnahmen; diese bilden Bestandteil der Baubewilligung. Diese Organisation bildet Gewähr dafür, dass Baugesuche (auch) in feuerpolizeilicher Hinsicht fachgerecht beurteilt werden. Entsprechend diesen Vorschriften wurde vorliegend das Baugesuch vom kommunalen Brandschutzbeauftragten geprüft und

die von diesem festgestellten feuerpolizeilichen Verstösse in der Baubewilligung aufgeführt. Auch das Baurekursgericht ist als Fachgericht in der Lage, das Baugesuch mit Bezug auf die Einhaltung der feuerpolizeilichen Bestimmungen zu prüfen. Zudem wurde vorliegend die Kantonale Feuerpolizei sowohl in das Rekurs- als auch Beschwerdeverfahren als Mitbeteiligte einbezogen. Der Antrag auf Einholung eines Gutachtens ist abzulehnen.

### **E. 5.3**

Der Gemeinderat Volketswil hat in seiner Baubewilligung vom 22. März 2011 folgende Verstösse gegen feuerpolizeiliche Vorschriften durch die vier streitbezogenen Bauten festgehalten: - Das Gebäude A unterschreitet den feuerpolizeilichen Gebäudeschutzabstand von 10 m (bei zwei brennbaren Aussenhüllen) bzw. von 7 m (bei einer brennbaren Aussenhülle) zum bestehenden Foliengewächshaus (Gastwirtschaftsbetrieb) um 7,65 m bzw. 4,65 m. - Das Gebäude HIJK unterschreitet den feuerpolizeilichen Gebäudeabstand zum Foliengewächshaus (Gastwirtschaftsbetrieb) um 6 m. - Die Gebäude F und G unterschreiten den feuerpolizeilichen Gebäudeschutzabstand von 7 m (bei einer brennbaren Aussenhülle) zum Foliengewächshaus (Gastwirtschaftsbetrieb) um je ca. 5,5 m. Beide Gebäude behindern zudem durch ihre Schutzabstandsverletzung den westlich bestehenden Notausgang (Fluchtweg) aus dem Foliengewächshaus (Gastwirtschaftsbetrieb). Die Fluchtwegdurchgangsbreite ist nicht gesichert. Diese massive Unterschreitung der Schutzabstände wurde vom Baurekursgericht aufgrund der beim Augenschein gewonnenen Erkenntnisse bestätigt (Rekursentscheid E. 8). Das Rekursgericht hat zudem einen massiven Verstoss gegen § 305 Abs. 2 PBG festgehalten, wonach jedes Gebäude über Fluchtwege (Korridore, Treppenhäuser, Ausgänge) verfügen muss, die im Brandfall auf dem kürzesten Weg leicht und sicher ins Freie führen. Die für die Fassaden und Dächer der vier Bauten verwendeten, leicht brennbaren Werkstoffe widersprechen offenkundig den massgeblichen feuerpolizeilichen Vorschriften. Hinzu komme, dass mit den zu nah um den Hauptbau gruppierten Gebäuden dessen zwei Fluchtwege verstellt würden und somit Gästen und Personal im Fall eines Brandes im Innern des Restaurants das rasche Entkommen an einen sicheren Ort im Freien erheblich erschwert werde. Eine Verschlechterung der Fluchtwegsituation stelle auch die schmale Brücke über das Biotop dar, die als einziger Hauptzugang zum Restaurant von den Flüchtenden gequert werden müsse.

### **E. 5.4**

Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Beschwerde hierzu aus, eine Unterschreitung der Schutzabstände führe nicht zwingend zur Bauverweigerung, vielmehr seien Massnahmen zu treffen, die einen Brandübergriff verhinderten. Ausserdem gebe es Ausnahmetatbestände, bei welchen die Schutzabstände nicht eingehalten werden müssten: Nebenbauten, die nicht für den dauernden Aufenthalt von Personen bestimmt seien, seien von den Abstandsvorschriften gegenüber grundstücksinternen Bauten befreit, wenn ihre Grundfläche 20 m<sup>2</sup> nicht übersteige und darin keine gefährlichen Stoffe vorhanden seien. Die Gebäude F, G und HIJK seien Nebenbauten, indem sie als Lagergebäude bzw. Büro funktional dem Restaurant dienten. Sie würden eine Grundfläche von weniger als 20 m<sup>2</sup> (G), 24 m<sup>2</sup> (F) und 85 m<sup>2</sup> (HIJK) aufweisen. Die Beschwerdeführerin schlage vor, bei der dem Restaurant gegenüberliegenden Wand des Gebäudes HIJK (Südfassade) eine zusätzliche Wand aus nicht brennbarem Bach- oder Dekorationsstein aufzuziehen. Sollten Massnahmen aus brandschutzrechtlicher Sicht nicht genügen, sei die Beschwerdeführerin bereit, bei allen Bauten die Bedachung zu ersetzen, das Gebäude A bis auf die Eckpfosten

abzubrechen und als Pergola stehen zu lassen und einen neuen Fluchtweg an der Nordfassade des Restaurants direkt auf das Parkplatzfeld zu errichten.

### **E. 5.5**

Die Ausführungen der Vorinstanzen zu den feuerpolizeilichen Verstössen sind überzeugend und es kann auf sie verwiesen werden (§ 28 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 70 VRG). Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin sieht Art. 28 der Brandschutznorm der Vereinigung Kantonalen Feuerversicherungen nicht generell vor, dass bei ungenügenden Schutzabständen Massnahmen zu treffen sind, die einen Brandübergriff verhindern. Derartige Massnahmen sieht diese Bestimmung für den Fall vor, "wenn baurechtlich erforderliche Abstände als Schutzabstand nicht genügen, aber nicht vergrössert werden können". Vorliegend wäre die Einhaltung der Brandschutzabstände durch eine entsprechende Situierung der Bauten ohne Weiteres möglich. Wie die Beschwerdeführerin selber ausführt, übersteigen die Grundflächen der Gebäude A, F sowie HIJK das Mass von 20 m<sup>2</sup> und können diese damit von vornherein auch nicht als Nebenbauten eingestuft werden, welche von der Einhaltung feuerpolizeilicher Gebäudeschutzabstände befreit wären (Ziff. 2.4.2 der Brandschutzrichtlinien der Vereinigung Kantonalen Feuerversicherungen, Schutzabstände, Brandabschnitte). Zu Recht hat das Baurekursgericht auch festgehalten, dass angesichts der (zu) nah um den Hauptbau platzierten Gebäuden und der für die Fassaden und Dächer verwendeten leicht brennbaren Materialien (Schilfrohrgeflechte, Holz, Rollladenstoff, Plastik usw.) kein sicherer Fluchtweg insbesondere für Gäste und Personal des Gastwirtschaftsbetriebs besteht. Die Vertreter der kantonalen Feuerpolizei haben denn auch anlässlich des Augenscheins des Baurekursgerichts vom 29. September 2011 die Entfernung der beanstandeten Gebäude "so rasch wie möglich" verlangt, auch da die Gefahr einer Brandstiftung bestehe. Ob diese feuerpolizeilichen Mängel der streitbezogenen Bauten durch die Anordnung von Nebenbestimmungen behoben werden können, ist nachfolgend zu prüfen (E. 6).

### **E. 6.1**

Können inhaltliche oder formale Mängel eines Bauvorhabens ohne besondere Schwierigkeiten behoben werden oder sind zur Schaffung oder Erhaltung des rechtmässigen Zustands Anordnungen nötig, so sind gemäss § 321 Abs. 1 PBG mit der Bewilligung die gebotenen Nebenbestimmungen zu verknüpfen. Dieses Vorgehen kommt indessen nur infrage, wenn die Mängel des Bauvorhabens untergeordneter Natur sind; führen diese zu einer wesentlichen Projektänderung, können sie nicht mittels einer Nebenbestimmung behoben werden (RB 1983 Nr. 112 = BEZ 1984 Nr. 5; VGr, 21. November 2007, VB.2007.00180, E. 3.1; Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz. 461; Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 345 f.). Bei Beantwortung der Rechtsfrage, ob Projektängel ohne besondere Schwierigkeiten behoben werden können, steht der Baubehörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu (RB 1982 Nr. 139 = BEZ 1982 Nr. 36 [hier massgebliche Erwägungen ausschliesslich publiziert in BEZ 1982 Nr. 36]).

### **E. 6.2**

Wie aufgezeigt, verstossen die streitbezogenen Gebäude gegen eine Vielzahl von bau- und feuerpolizeilichen Vorschriften. Da die Bauten sowohl von der Situierung als auch Ausgestaltung her nicht bewilligungsfähig sind, können die Verstösse auch offensichtlich nicht "ohne besondere Schwierigkeiten" durch die Anordnung von Nebenbestimmungen

behooben werden. Zu Recht hat der Gemeinderat Volketswil die baurechtliche Bewilligung verweigert.

## **E. 7**

Es bleibt zu prüfen, ob der Befehl zur Beseitigung der Bauten und Anlagen gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstosse.

### **E. 7.1**

Nach § 341 PBG hat die zuständige Behörde ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung den rechtmässigen Zustand herbeizuführen. § 341 PBG verlangt seinem Wortlaut entsprechend die vorbehaltlose Durchsetzung der Rechtsordnung. Ein Ermessen, ob die zuständige Behörde tätig werden oder ob sie die Sache auf sich beruhen lassen soll, besteht damit grundsätzlich nicht (RB 2000 Nr. 16 = BEZ 2000 Nr. 23, E. 3a; François Ruckstuhl, Öffentlichrechtliche Baumängel, in: Peter Münch/Peter Karlen/Thomas Geiser [Hrsg.], Beraten und Prozessieren in Bausachen, Basel 1998, N. 14.63 ff., auch zum Folgenden). Allerdings hat die Behörde beim Vollzug den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Ein Abbruchbefehl ist nach ständiger Rechtsprechung dann unverhältnismässig, wenn die Abweichung vom gesetzmässigen Zustand gering ist und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch den Abbruch entstände, nicht zu rechtfertigen vermögen (BGE 111 Ib 213 E. 6b S. 224; VGr, 12. Juni 1987, ZBl 89/1988, S. 261 ff., E. 3a). Geringfügig ist eine Abweichung damit dann, wenn nur um Weniges von der materiellen Vorschrift abgewichen wird und die Abweichung dem Bauherrn keinen oder nur einen geringfügigen Nutzen bringt (Mäder, Rz. 665). Bei bedeutenderen Abweichungen von den materiellen Vorschriften können nur Gründe des Vertrauensschutzes zu einem Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands führen (RB 2000 Nr. 106 = BEZ 2000 Nr. 23). Solche Gründe liegen vor, wenn der Bauherr gutgläubig angenommen hat, er sei zur Bauausführung ermächtigt, und wenn der Beibehaltung des ungesetzlichen Zustands nicht schwerwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (RB 1985 Nr. 118 = BEZ 1986 Nr. 22 mit Hinweisen).

### **E. 7.2**

Vorliegend sind die Abweichungen von den materiellen Vorschriften bedeutend und können nicht anders als durch die Beseitigung der betreffenden Bauten behoben werden. An der Einhaltung der baupolizeilichen Normen bezüglich Einordnung und Abstände sowie der feuerpolizeilichen Vorschriften besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse. Die Beschwerdeführerin macht indessen geltend, Gründe des Vertrauensschutzes stünden dem Rückbau entgegen, und begründet den Vertrauensschutz damit, dass die Baubehörde durch ihre Untätigkeit den Eindruck begründet habe, die Baracken seien materiell baurechtskonform. Sie sei davon ausgegangen, die Nebenbauten würden kein ordentliches Baubewilligungsverfahren voraussetzen, sondern könnten im Anzeigeverfahren nachträglich genehmigt werden. Solange eine zuständige Baubehörde angesichts eines baurechtswidrigen Zustands bloss untätig bleibt, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von vornherein grosse Zurückhaltung bei der Deutung der Untätigkeit als behördliche Duldung geboten (Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. A., Bd. 1, Zürich 1999, Rz. 879; VGr, 12. Juni 1987, ZBl 89/1988 S. 261 ff., E. 3b; BGr, 19. September 2001, 1P.768/2000, E. 4c). Die streitbezogenen Bauten sind in Katasterplänen von 2006 nicht eingetragen und erscheinen auch nicht auf

den Fotos vom 8. November 2006. Sie stehen daher erst seit wenigen Jahren, sodass die – behauptete, vom Gemeinderat Volketswil bestrittene – Untätigkeit der Baubehörde von vornherein keinen Vertrauensschutz begründet hat. Nicht nachvollziehbar ist, weshalb die Auffassung, die Bewilligungsfähigkeit sei nicht im ordentlichen, sondern in einem vereinfachten Bewilligungsverfahren abzuklären, einen Vertrauenstatbestand begründet haben soll. Der Abbruchbefehl erweist sich als rechtmässig. Die Frist von 60 Tagen ab Rechtskraft der angefochtenen Verfügung vom 22. März 2011 ist angemessen.

#### **E. 8**

Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Eine Parteientschädigung steht ihr von vornherein nicht zu. Eine solche ist vielmehr dem Beschwerdegegner zuzusprechen. Denn die Beantwortung der umfangreichen Vorbringen der Beschwerdeführerin gehörte nicht mehr zur üblichen Amtstätigkeit einer Behörde, die ihren Beschluss verteidigt. Sie erforderte vielmehr einen besonderen Aufwand und rechtfertigte den Beizug eines Rechtsvertreters (§ 17 Abs. 2 VRG). Angemessen ist eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-.

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