

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00711 vom 14. Januar 2021**

ZH Verwaltungsgericht, 2021-01-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2020.00711](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00711)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00711 du 14 janvier 2021

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00711 del 14 gennaio 2021

## **Regeste**

Baubewilligung | Baubewilligung für Gitterzaun; Fristversäumnis bez. Zustellbegehren für baurechtlichen Entscheid; Aussteckung. Die Beschwerdeführenden sind dazu legitimiert, sich auf dem Rechtsmittelweg gegen den vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid zu wehren (E. 1.1). Bei der Errichtung eines Grenzzauns handelt es sich nicht um die Wahrnehmung einer konsularischen Aufgabe, sondern um eine Tätigkeit nichthoheitlicher Art, weshalb das Land X in der vorliegenden Streitsache sowohl der schweizerischen Gerichtsbarkeit wie auch dem schweizerischen Recht untersteht (E. 1.2). Wer Ansprüche aus dem PBG wahrnehmen will, hat innert 20 Tagen seit der öffentlichen Bekanntmachung bei der örtlichen Baubehörde die Zustellung des baurechtlichen Entscheids zu verlangen (E. 3.1). Dies steht nicht im Widerspruch zu übergeordnetem Recht (E. 3.2 f.). Die Aussteckung beinhaltet die vereinfachte, massstabsgetreue Darstellung des Umrisses eines Bauvorhabens im Gelände. Hat eine mangelhafte Aussteckung einen Nachbarn oder eine Nachbarin an seiner bzw. ihrer Interessenwahrnehmung gehindert, liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. ein Eröffnungsmangel vor (E. 4.1). Dass die Aussteckung von den beschwerdeführerischen Grundstücken aus nicht gut sichtbar war, vermag keine fehlerhafte Aussteckung zu begründen. Ein rechtzeitiges Ersuchen um Zustellung des baurechtlichen Entscheids wäre den Beschwerdeführenden zumutbar gewesen (E. 4.2). Die Frage, ob nicht legitimierten Personen die Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen offensteht, braucht nicht entschieden zu werden (E. 5). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Abteilung VB.2020.00711 Urteil der 1. Kammer vom 14. Januar 2021 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichter André Moser, Gerichtsschreiberin Regina Meier. In Sachen 1. A, 2. C AG, beide vertreten durch RA D Beschwerdeführende, gegen 1. Land X, Generalkonsulat, vertreten durch RA E, 2. Präsident der Baubehörde Zollikon, Beschwerdegegnerschaft, betreffend Baubewilligung, hat sich ergeben: I. Mit Verfügung vom 23. Januar 2020 erteilte der Präsident der Baubehörde Zollikon dem Land X, vertreten durch das Generalkonsulat in Zürich, die Baubewilligung für die Umzäunung des Grundstücks F-Strasse 01 in Zollikon (Kat.-Nr. 02) mit einem Gitterzaun. II. Gegen diese Verfügung erhoben A und die C AG mit Eingabe vom 24. Februar 2020 Nachbarrekurs beim Baurekursgericht des Kantons Zürich und beantragten die Aufhebung der Baubewilligung. Das Baurekursgericht trat mit Entscheid vom 8. September 2020 auf den Rekurs nicht ein. III. Hiergegen gelangten A und die C AG mit Beschwerde vom 12. Oktober 2020 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragten die

Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Baubewilligung, eventualiter die Rückweisung an die Vorinstanz zum Entscheid in der Sache, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerschaft. In prozessualer Hinsicht sei zudem ein Augenschein durchzuführen. Am 19. Oktober 2020 beantragte das Baurekursgericht ohne weitere Bemerkungen die Abweisung der Beschwerde. Das Generalkonsulat des Landes X beantragte am 11. November 2020 die Abweisung der Beschwerde, sofern darauf eingetreten werden könne, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführenden. Mit Eingabe vom gleichen Datum beantragte auch die Baubehörde Zollikon die Abweisung der Beschwerde sowie den Verzicht auf einen Augenschein, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführenden. Ferner reichte das Generalkonsulat des Landes X am 27. November 2020 eine Honorarnote über Fr. 2'955.20 ein. Mit Replik vom 30. November 2020 hielten A und die C AG an ihren Anträgen fest Die Kammer erwägt:

### **E. 1.1**

Das Verwaltungsgericht ist gemäss § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Die Vorinstanz trat auf den Rekurs nicht ein, weil die Beschwerdeführenden die Frist für die Zustellung des Bauentscheids gemäss § 315 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) verpasst hatten und sie diese folglich als nicht als legitimiert erachtete. Die Beschwerdeführenden sind befugt, sich auf dem Rechtsmittelweg gegen den Nichteintretensentscheid zu wehren (vgl. Martin Bertschi in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], Vorbemerkungen zu §§ 19–28a N. 58).

### **E. 1.2**

Art. 43 Ziff. 1 des Wiener Übereinkommens vom 24. April 1963 über konsularische Beziehungen legt fest, dass Konsularbeamte und Konsularangestellte für Handlungen, die sie in Wahrnehmung konsularischer Aufgaben vorgenommen haben, nicht der Gerichtsbarkeit der Gerichts- oder Verwaltungsbehörden des Empfangsstaates unterworfen sind. Bei der Errichtung eines Grenzzauns handelt es sich nicht um die Wahrnehmung konsularischer Aufgaben, sondern um eine Tätigkeit nichthoheitlicher Art (s. Alexander Markus, Internationales Zivilprozessrecht, 2.A., Bern 2020, N. 121 ff.; s. hier auch den Hinweis, dass der Erwerb eines Botschaftsgebäudes keine hoheitliche Tätigkeit darstellt). Daher untersteht die Beschwerdegegnerin 1 entgegen ihren Vorbringen in der Beschwerdeantwort in der vorliegenden Streitsache sowohl der schweizerischen Gerichtsbarkeit wie auch dem schweizerischen Recht.

### **E. 1.3**

Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die vorliegende Beschwerde einzutreten.

### **E. 2**

Die Beschwerdeführenden beantragen zunächst in prozessualer Hinsicht einen Augenschein vor Ort. Der Entscheid darüber, ob ein Augenschein angeordnet wird, steht im pflichtgemässen Ermessen der anordnenden Behörde. Die Durchführung eines Augenscheins ist dann geboten, wenn die tatsächlichen Verhältnisse unklar sind und anzunehmen ist, die Parteien vermöchten durch ihre Darlegungen vor Ort Wesentliches zur Erhellung der sachlichen Grundlagen des Rechtsstreits beitragen. Der Verzicht auf die

Durchführung eines Augenscheins ist zulässig, wenn die Akten eine hinreichende Entscheidungsgrundlage darstellen. Eine Pflicht zur Durchführung eines Augenscheins besteht jedenfalls nur dann, wenn die tatsächlichen Verhältnisse auf andere Weise nicht abgeklärt werden können (BGr, 8. November 2010, 1C\_192/2010, E. 3.3; BGr, 10. August 2010, 1C\_512/2009, E. 2.3; VGr, 23. Oktober 2014, VB.2014.00290, E. 2.1). Vorliegend ist die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts im Sinn von § 7 Abs. 1 VRG mittels der bei den Akten liegenden Pläne und Fotografien – namentlich aus den Fotografien zur Vollzugsmeldung Baugespannkontrolle – möglich, welche die tatsächlichen Verhältnisse anschaulich wiedergeben. Damit und zusammen mit den übrigen Akten ist der Sachverhalt rechtsgenügend erstellt; auf einen Augenschein ist zu verzichten.

### **E. 3.1**

Gemäss § 315 Abs. 1 PBG hat, wer Ansprüche aus dem PBG wahrnehmen will, innert 20 Tagen seit der öffentlichen Bekanntmachung bei der örtlichen Baubehörde schriftlich die Zustellung des oder der baurechtlichen Entscheide zu verlangen. Die Bestimmung erfuhr ihre heutige Fassung in der Gesetzesrevision vom 1. September 1992. Deren Sinn war offenkundig die Verfahrensbeschleunigung. Die Verwirkung des Rekursrechts gemäss § 316 PBG muss sodann im Zusammenhang mit der neu geschaffenen Möglichkeit gesehen werden, Einwendungen gegen das Bauvorhaben bereits im schriftlichen Zustellungsbegehren vorzubringen. Die Einwendungen sind der Bauherrschaft von Amtes wegen mitzuteilen. Diese soll möglichst frühzeitig erfahren, ob sie mit Rekursen zu rechnen hat und was die Nachbarschaft gegen das Bauvorhaben einzuwenden hat. Nur dann ist es möglich, das Projekt entsprechend zu ändern, um so allenfalls ein Rechtsmittelverfahren zu vermeiden. Das aber liegt auch im Interesse der Nachbarschaft. Einem derartigen Interessenausgleich stand die altrechtliche Regelung entgegen, weil einerseits die Möglichkeit der Erhebung von Einwendungen im Zustellungsbegehren nicht bestand und andererseits dieses Begehren noch bis zum Ablauf der der Bauherrschaft laufenden Rekursfrist gestellt werden konnte. In diesem Zeitpunkt aber könnten Einwendungen jedenfalls nichts mehr zur Vermeidung eines Rechtsmittelverfahrens beitragen. Ist einmal ein solches Verfahren hängig, so erschwert das erfahrungsgemäss den gegenseitigen Interessenausgleich. Sodann ist das öffentliche Baurecht vergleichweisen Verständigungen nur beschränkt zugänglich. Ferner ist es grundsätzlich nicht Aufgabe einer Rechtsmittelinstanz, über geänderte Bauvorhaben zu entscheiden, zu der sich die Bewilligungsbehörde noch nicht geäußert hat. Die angestrebte, möglichst frühzeitige Klärung wird erreicht einerseits durch die Pflicht des Nachbarn, den baurechtlichen Entscheid unter Androhung der Verwirkung des Rekursrechts innert 20 Tagen ab öffentlicher Ausschreibung zu verlangen, andererseits durch die Möglichkeit, Einwendungen gegen das Bauvorhaben im Zustellungsbegehren vorzubringen (RB 1993 Nr. 52).

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführenden stellen nicht in Abrede, dass sie die Zustellung des baurechtlichen Entscheids nicht rechtzeitig verlangt haben. Vielmehr bringen sie zunächst vor, die strenge Säumnisfolge von § 316 PBG verstosse ganz allgemein gegen verfassungsmässige Rechte und sei unter dem Aspekt von Art. 36 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) unzulässig. Auch seien diverse Verfahrensgrundrechte wie namentlich die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV verletzt.

### **E. 3.3**

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden steht die Rechtsschutzregelung von § 315 f. PBG, wonach die Wahrung nachbarlicher Ansprüche das vorgängige Ersuchen um Zustellung des oder der baurechtlichen Entscheide innert 20-tägiger Frist bedingt und andernfalls das Rekursrecht als verwirkt gilt, nicht im Widerspruch zum übergeordneten Recht: Wer als Nachbar im baurechtlichen Sinn rechtzeitig ein Zustellungsbegehren stellt, wird mit sämtlichen Rügen zum Verfahren zugelassen, welche zur Änderung oder Aufhebung der Baubewilligungen führen können. Das Rekursrecht ist mithin inhaltlich nicht eingeschränkt und die Vorgabe von Art. 33 Abs. 3 RPG, wonach das kantonale Recht die Legitimation mindestens im gleichen Umfang wie für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht zu gewährleisten hat und Anspruch auf volle Überprüfung durch wenigstens eine Beschwerdebehörde besteht, ist gewahrt. Das Erfordernis, den baurechtlichen Entscheid anzufordern, führt denn auch für sich allein nicht zu einer Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV (vgl. BGr, 12. April 2019, 1C\_266/2018, E. 2.4). Der vom zürcherischen Recht vorgesehene kantonale Instanzenzug im Planungs- und Baurecht steht als Ganzes zudem im Einklang mit der verfassungsrechtlichen Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) sowie den Vorgaben von Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Rekurs an das unabhängige Baurekursgericht) als auch jenen von Art. 86 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (Beschwerdeverfahren ans Verwaltungsgericht als bundesgerichtliche Vorinstanz; zum Ganzen Heinz Aemisegger/Stephan Haag, in Heinz Aemisegger et al., Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich etc. 2020, Art. 33 N. 46 ff.; vgl. auch vorn E. 3.1). Dem allgemeinen, aus Treu und Glauben abgeleiteten Grundsatz folgend, darf den Parteien aus einer mangelhaften Eröffnung kein Nachteil erwachsen. Dieser Grundsatz ist auch hinsichtlich der amtlichen Publikation des Bauvorhabens bzw. der Aussteckung im Hinblick auf die Verwirkung des Rekursrechts bei unterlassener fristgerechter Anforderung des baurechtlichen Entscheids von Bedeutung (vgl. BGr, 30. November 2015, 1C\_448/2015, E. 2.4.1). Entsprechend gilt es nachfolgend zu prüfen, ob vorliegend ein entsprechender Eröffnungsmangel vorliegt.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführenden bringen vor, die Aussteckung des Bauvorhabens sei von ihren Grundstücken aus nicht genügend sichtbar bzw. durch die bestehende Bepflanzung verdeckt und damit mangelhaft gewesen. Die Aussteckung gemäss § 311 Abs. 1 PBG beinhaltet die vereinfachte Darstellung des Umrisses eines Bauvorhabens im Gelände. Das Bauvorhaben ist massstabsgetreu auszustecken. Als Hilfsmittel dienen regelmässig Holz- oder Metallstangen. Mit der Aussteckung werden Private auf das hängige Baugesuch hingewiesen; das Anzeigen des Bauvorhabens im Gelände trägt dem Umstand Rechnung, dass auch dem aufmerksamsten Bürger die amtliche Publikation entgehen kann. Weiter sollen die zuständigen Behörden und Nachbarn mithilfe der Aussteckung eine räumliche Vorstellung vom Bauvorhaben und insbesondere seiner Stellung und Gestaltung in der baulichen und landschaftlichen Umgebung erhalten, was für dessen Beurteilung und baurechtliche Prüfung unerlässlich ist. Die Nachbarn können nach der Erteilung der Baubewilligung im Rechtsmittelverfahren geltend machen, dass die Aussteckung mangelhaft gewesen und deswegen das rechtliche Gehör verletzt worden sei. Die Rüge schlägt dann durch, wenn die Nachbarn den Nachweis erbringen, dass sie die mangelhafte Aussteckung daran gehindert hat, ihre Interessen wahrzunehmen. Dies trifft namentlich dann zu, wenn eine qualifiziert fehlerhafte Aussteckung einen durchschnittlich

aufmerksamen Nachbarn davon abgehalten hat, den baurechtlichen Entscheid zu verlangen (Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, N. 278 ff.).

#### **E. 4.2**

Die Bauherrschaft plant die Errichtung eines drei bis fünf Meter hohen Zauns, der das gesamte Baugrundstück einfasst. Eine fehlerhafte Aussteckung nach dem in E. 4.1 Ausgeführten machen die Beschwerdeführenden nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich: Der projektierte Zaun wurde mit rot markierten Holzstangen im Gelände ausgesteckt. Dabei wurden sein Umriss und seine Höhe korrekt abgebildet. Aus den Fotografien in der Vollzugsmeldung Baugespannkontrolle wird ersichtlich, dass die Profilstangen zwar teilweise von Laubwerk verdeckt waren, aber namentlich von der Zufahrtsstrasse zum Grundstück der Beschwerdeführerin 2 aus gut sichtbar waren. Es mag zutreffen, dass die Aussteckung von den beschwerdeführerischen Grundstücken aus nicht gut erkennbar war, dies vermag jedoch keine fehlerhafte Aussteckung zu begründen: Allgemein kann es einem Bauprojekt inhärent sein, dass es selbst und damit auch seine Aussteckung von einem auf der abgewandten Seite liegenden benachbarten Grundstück aus nicht sichtbar ist. Entgegen den beschwerdeführerischen Vorbringen ist die "Visualisierung (spezifisch) für Nachbarn" nicht Zweck der Aussteckung. Wie die Baubehörde richtigerweise ausführt, ist eine Aussteckung massstabsgetreu vorzunehmen, auch wenn dadurch die Profile je nach Standort nicht sichtbar sind. Nur wenn eine Aussteckung gar nicht möglich ist, wie beispielsweise bei der blossen Leistungserhöhung einer Mobilfunkantenne, muss zu Ersatzmassnahmen wie einem Plakataushang gegriffen werden. Dies ist vorliegend nicht der Fall und die vorgenommene Aussteckung ist nicht zu beanstanden. Namentlich auch mit Blick auf die oben erwähnten Fotografien in der Vollzugsmeldung Baugespannkontrolle wird ersichtlich, dass den Beschwerdeführenden ein rechtzeitiges Ersuchen um Zustellung des baurechtlichen Entscheids möglich gewesen wäre.

#### **E. 4.3**

Anzufügen bleibt, dass das Baurekursgericht die Vorbringen der Beschwerdeführenden betreffend die Aussteckung ausführlich geprüft hat. Es ist nicht dazu verpflichtet, sich mit jeder tatsächlichen Behauptung, mit jedem rechtlichen Einwand und mit jedem Beweismittel zu befassen. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (Alain Griffel, Kommentar VRG, § 8 N. 33). Eine Verletzung der Begründungspflicht ist entgegen den diesbezüglichen beschwerdeführerischen Vorbringen nicht ersichtlich.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführenden weisen sodann darauf hin, dass der erstinstanzliche Entscheid durch den Präsidenten der Baubehörde Zollikon anstatt durch die zuständige Baukommission Zollikon gefällt worden sei. Auf die entsprechende Rüge werde im angefochtenen Urteil nicht eingegangen, wiewohl damit nicht bloss ein Anfechtungs-, sondern ein Nichtigkeitsgrund zur Debatte gestanden. Es erscheint als fraglich, ob nicht legitimierte Personen die Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen offensteht (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, N. 1101 mit weiteren Hinweisen). Die Frage braucht jedoch vorliegend nicht entschieden zu werden. Die Beschwerdeführenden haben im Rekursverfahren keinen Nichtigkeitsgrund angerufen. Es widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben,

solches – ohne neue Erkenntnisse – erst im Beschwerdeverfahren anzusprechen. Abgesehen davon führte die Baubehörde Zollikon bereits in der Rekursantwort vor Baurekursgericht aus, dass sie den Präsidialentscheid genehmigt habe, was rechtskonform sei. Mit dieser zusätzlichen Begründung, die für sich allein tragender Natur ist, haben sich die Beschwerdeführenden weder im weiteren Verlauf des Rekursverfahrens noch im Beschwerdeverfahren auseinandergesetzt. Damit erweisen sich die Hinweise der Beschwerdeführenden auf die Ausführungen in der Rekurschrift als ungenügend substantiiert bzw. als unbehelflich zur Annahme einer Nichtigkeit. Mit der Replik des Beschwerdeverfahrens widersprechen die Beschwerdeführenden denn auch nicht den Ausführungen der Baubehörde in der Beschwerdeantwort, wonach die Zuständigkeitsfrage nicht mehr umstritten sei. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Legitimation der Beschwerdeführerschaft zu Recht verneint hat. Der baurekursgerichtliche Nichteintretensentscheid ist zu schützen und die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

## **E. 6**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Eine Parteientschädigung steht ihnen bei diesem Ergebnis nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Sie sind vielmehr zu verpflichten, der Bauherrin eine mit Blick auf die Bedeutung des Verfahrens und den entstandenen Aufwand angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG). Dem Beschwerdegegner 2 steht in dieser Konstellation keine Entschädigung zu. Obsiegenden grösseren Gemeinwesen wird bloss ausnahmsweise eine solche zugesprochen, wenn ausserordentliche Bemühungen nötig waren, welche über das hinausgehen, wofür das betreffende Gemeinwesen organisatorisch eingerichtet ist, was vorliegend nicht der Fall ist (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 17 N. 54).

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