

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00177 vom 26. August 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-08-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2021.00177](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00177)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00177 du 26 août 2021

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00177 del 26 agosto 2021

## Regeste

Baubewilligung | Bewilligung für zusätzliche Parkplätze für einen Pizzalieferservice. Der von der Beschwerdeführerin betriebene Pizzalieferservice ist als mässig störendes Gewerbe und nicht als Laden oder Gaststätte zur Quartiersversorgung zu qualifizieren. Im Unterschied zu einem Laden oder einem allenfalls ebenfalls mässig störenden Quartierrestaurant mit Aussenterrassen dient ein grösserer Pizzalieferservice nicht primär der Quartiersversorgung, sondern bedient gleichermaßen auch eine weitere Umgebung. Für die Quartierbewohner ist es ohne grossen Belang, wenn die Lieferung der Produkte aus einem Gebiet mit zugelassenem störendem Gewerbe erfolgt, auch wenn dies etwas länger dauern kann. Der Betrieb erweist sich in der Wohnzone nicht als zonenkonform (E. 3.2). Verfügungen sind nicht nach ihrem bisweilen nicht sehr treffend verfassten Wortlaut, sondern – vorbehältlich des Vertrauensschutzes – nach ihrem wirklichen rechtlichen Bedeutungsgehalt zu verstehen (E. 4.3). Die Baubehörde hat die bisherige Verfügung lediglich präzisiert (E. 4.4 f.). Teilweise Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung VB.2021.00177 Urteil der 1. Kammer vom 26. August 2021 Mitwirkend: Abteilungspräsident Peter Sprenger (Vorsitz), Verwaltungsrichter Lukas Widmer, Ersatzrichter Christian Mäder, Gerichtsschreiberin Nicole Rubin. In Sachen A AG, vertreten durch RA B, Beschwerdeführerin, gegen Bauausschuss der Stadt Winterthur, vertreten durch Baupolizeiamt Winterthur, Beschwerdegegner, und 1.1 C, 1.2 D, 2. E, 3. F, vertreten durch RA E, Mitbeteiligte, betreffend Baubewilligung, hat sich ergeben: I. Der Bauausschuss der Stadt Winterthur verweigerte der A AG mit Beschluss vom 19. August 2020 die baurechtliche Bewilligung für zwei von insgesamt drei zusätzlichen Abstellplätzen; ein Abstellplatz zur Benutzung durch ein Betriebsfahrzeug wurde bewilligt. Zudem forderte er die A AG auf, das eingereichte Betriebskonzept für den Pizzakurierservice vor Baubeginn zu überarbeiten. II. Dagegen rekurrierte die A AG an das Baurekursgericht mit dem Antrag, die Baubewilligung für die beiden verweigerten Parkplätze für Betriebsfahrzeuge zu erteilen und die Anordnungen zum Betriebskonzept aufzuheben. Mit Entscheid vom 4. Februar 2021 wies das Baurekursgericht den Rekurs ab. III. Mit Beschwerde vom 8. März 2021 beantragte die A AG die Aufhebung des Rekursentscheids und Rückweisung der Akten an die Vorinstanz zu neuem Entscheid, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Das Baurekursgericht ersuchte am 18. März 2021 um Beschwerdeabweisung. Der Bauausschuss der Stadt Winterthur beantragte am 21. April 2021, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. Dieselben Anträge stellten E und F

mit Eingabe vom 23. April 2021. Mit Eingabe gleichen Datums ersuchten D und C um Bestätigung des angefochtenen Rekursentscheids, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. Zudem stellten sie den Antrag, den Pizzakurierdienst im betriebenen Umfang einzustellen sowie den Verfahrensantrag, die A AG zu verpflichten, den Lieferservice während des hängigen Beschwerdeverfahrens nur mit einem Lieferfahrzeug zu betreiben. Mit Replik vom 27. Mai 2021 hielten die A AG an ihren Anträgen fest, ebenso der Bauausschuss mit Duplik vom 10. Juni 2021 sowie E und F mit Duplik vom 28. Juni 2021. D und C liessen sich nicht mehr vernehmen. 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 Beschwerde der A AG zuständig. Auch die übrigen Prozessvoraussetzungen sind erfüllt, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.

### **E. 1.2**

Die Mitbeteiligten 1 beantragten mit der Beschwerdeantwort zur Sache, es sei der Pizzakurierdienst im betriebenen Umfang einzustellen. Soweit sie damit über die Bestätigung des Rekursentscheids hinaus eine Betriebseinschränkung verlangen sollten, ist auf das Begehren nicht einzutreten. Solches hätte bereits mit einem Rekurs gegen den Bauentscheid und mit einer Beschwerde vor Verwaltungsgericht verlangt werden müssen, zumal das Verwaltungsrechtspflegegesetz das Institut des Anschlussrekurses bzw. der Anschlussbeschwerde nicht kennt (vgl. dazu Martin Bertschi in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], Vorbemerkungen zu § 19-28a N. 17).

### **E. 2.1**

Die streitbetroffene Liegenschaft an der G-Strasse 01 (Kat-Nr. 02) befindet sich in der Wohnzone W 2/2,0. Der Bauausschuss der Stadt Winterthur hatte der Beschwerdeführerin am 9. September 2019 einen neuen hofseitigen Gebäudezugang, den Einbau eines Pizzaofens im Erdgeschoss sowie zusätzlich zum Restaurant die Einrichtung eines Pizzalieferdienstes bewilligt. Ferner wurde die Erstellung von maximal zwei Parkplätzen bewilligt, nämlich je einen für Bewohner und für Kunden. Ferner verlangte der Bauausschuss eine Anpassung des Betriebskonzepts. Als Betriebskonzept hatte die Beschwerdeführerin zum Baugesuch unter der Bezeichnung "H" den Betrieb eines Restaurants mit 22 Sitzplätzen im Innern und einem Gartenrestaurant mit ca. 44 Sitzplätzen eingereicht. Für die Innenräume waren Öffnungszeiten von 7.00 Uhr bis 6.30 Uhr vorgesehen. Mit Bezug auf den Lieferservice verpflichtete der Bauausschuss die Beschwerdeführerin, vor Baubeginn ein korrigiertes Betriebskonzept einzureichen und bewilligen zu lassen. Darin war aufzuzeigen, dass die Lieferzeiten auf die gemäss allgemeiner Polizeiverordnung zulässigen Zeiten für Aussenwirtschaften begrenzt werden. Zur Begründung wies der Bauausschuss darauf hin, dass ein 24-Stunden-Betrieb des Pizzakuriers nicht mehr als nicht störende Gewerbe beurteilt werden könne. Die Beschwerdeführerin reichte in der Folge ein Betriebskonzept vom 25. September 2019 mit verkürzten Öffnungszeiten ein, nämlich von 7.00 Uhr bis 24.00 Uhr. Dieses wurde von der städtischen Behörde am 9. Oktober 2019 genehmigt.

### **E. 2.2.1**

Am 18. März 2020 stellte die Beschwerdeführerin ein Baugesuch um "Parkplatzanpassung", welches Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Zu den beiden bestehenden und bewilligten Abstellplätzen projektierte sie drei neue Abstellplätze für Betriebsfahrzeuge. Im neu vorgelegten Betriebskonzept vom 5. April 2020 führte sie einen Take-away und unter dem Titel "Pizzakurier" Essenskurierlieferungen an, nämlich deren ca. 70 Fahrten am Tag in die Stadt Winterthur und Region mit vier Fahrzeugen.

#### **E. 2.2.2**

Mit streitbetroffenem Beschluss vom 19. August 2020 bewilligte der Bauausschuss lediglich einen zusätzlichen Abstellplatz für die Benutzung durch ein Betriebsfahrzeug, verweigerte jedoch die projektierten zwei weiteren Parkplätze (Dispositiv-Ziff. II). Zudem forderte sie die Beschwerdeführerin in Dispositiv-Ziff. I.A.1 auf, im Betriebskonzept aufzuzeigen, dass - der Lieferservice (nur) mit einem Betriebsfahrzeug erfolgt, - nur innerhalb der Stadtgrenze Winterthur geliefert wird, - täglich maximal 12 Lieferfahrten erfolgen. Zur Begründung des Entscheids wies der Beschwerdegegner darauf hin, dass in der ursprünglichen Bewilligung vom 9. September 2019 davon auszugehen war, dass neben der Restaurantnutzung in untergeordnetem Umfang auch ein Pizzalieferservice angeboten werden sollte. Im neu vorgelegten Betriebskonzept sei jedoch ein Lieferservice mit insgesamt vier Fahrzeugen und täglich ca. 70 Fahrten in die Region vorgesehen. Damit stehe nicht mehr alleine die Gaststätte im Vordergrund, welcher der Quartiersversorgung diene, sondern der Pizzalieferservice. Dieser verursache einen für die Wohnzone ungewöhnlich intensiven Fahrzeugverkehr und einen Beladebetrieb im Aussenbereich. Folglich liege kein nicht störendes Gewerbe mehr vor, welches einwandfrei in die Wohnzone passen würde. Der Pizzakurier sei in diesem Ausmass nicht zonenkonform.

#### **E. 3.1**

Gemäss Art. 54 Abs. 4 der Bau- und Zonenordnung der Stadt Winterthur vom 3. Oktober 2000 sind in der hier betroffenen Wohnzone nur Wohnungen, nicht störende Gewerbe sowie Läden und Gaststätten zur Quartiersversorgung zulässig.

#### **E. 3.2**

Den Vorinstanzen ist darin zuzustimmen, dass der Pizzalieferservice, wie ihn die Beschwerdeführerin im strittigen Betriebskonzept vom 5. April 2020 vorsieht, als mässig störendes Gewerbe und nicht als Laden oder Gaststätte zur Quartiersversorgung zu qualifizieren ist. Im Unterschied zu einem Laden oder einem allenfalls ebenfalls mässig störenden Quartierrestaurant mit Aussenterrassen dient ein grösserer Pizzalieferservice nicht primär der Quartiersversorgung, sondern bedient gleichermassen auch eine weitere Umgebung. Für die Quartierbewohner ist es ohne grossen Belang, wenn die Lieferung der Produkte aus einem Gebiet mit zugelassenem störendem Gewerbe erfolgt, auch wenn dies etwas länger dauern kann. Zudem und vor allem aber ist ein grösserer Lieferservice, wie ihn die Beschwerdeführerin mit dem neuen Konzept betreiben will, weder als Laden noch als Gaststätte zu qualifizieren. Es handelt sich vielmehr um ein anderes Gewerbe, das angesichts der grossen Zahl vorgesehener Fahrten als mässig störend einzustufen und deshalb in der Wohnzone nicht zulässig ist. Daran ändert gerade nichts, dass auch ein Restaurant allenfalls viele Fahrten verursachen und störend sein kann; der Unterschied liegt darin, dass Gaststätten zwecks Quartiersversorgung gesetzlich privilegiert sind. Dies alles übersieht die Beschwerdeführerin, wenn sie der Meinung ist, der Lieferbetrieb erweise sich auch in der beantragten Form als zonenkonform. Zudem setzt sie sich mit den ausführlichen

Erwägungen des Baurekursgerichts, mit welcher die Zonenkonformität des Lieferdienstes gemäss eingereichtem Betriebskonzept verneint wird, nicht näher auseinander. Es lässt sich ergänzend auf diese zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen verweisen (§ 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 2 VRG).

### **E. 3.3**

Anzumerken bleibt, dass die Beschwerdeführerin vor diesem Hintergrund auch aus geänderten Verhältnissen (Pandemie) nichts Massgebendes für die Bewilligungsfähigkeit von weiteren drei Abstellplätzen und den Einsatz von vier Fahrzeugen ableiten kann. Die Pandemie hat grundsätzlich keinen Einfluss auf die Zonenkonformität eines Betriebs. Es mag zwar zutreffen, dass bei geschlossenen Restaurants ein erhöhtes Bedürfnis für Lieferdienste vor Ort besteht. Indessen bleibt es dabei, dass der Standort des Lieferdienstes für Quartierbewohner nicht gleich relevant ist wie der Standort eines Restaurants, zu dem hin sich die Gäste selber bewegen müssen. Zudem besteht angesichts der inzwischen erfolgten Öffnung der Gaststätten wieder eine deutlich geringere Notwendigkeit für Lieferservices. Es bleibt somit dabei, dass die Vorinstanzen zu Recht den beantragten Lieferbetrieb als nicht zonenkonform beurteilt haben und die Bewilligung der dafür nachgesuchten Parkplätze unter diesem Aspekt verweigert haben.

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin macht zur Hauptsache geltend, der Lieferservice sei mit dem Bauentscheid vom 9. September 2019 bewilligt worden, und zwar – abgesehen von der Auflage bezüglich der Betriebszeiten – ohne jegliche Einschränkungen. Allfällige Einschränkungen dieses rechtskräftig bewilligten Betriebs bzw. ein Widerruf seien nur bei berechtigten Lärmklagen bzw. bei Nichtbeachtung des Reglements möglich; solches würde jedoch nicht vorliegen, sodass der Widerruf unzulässig sei.

### **E. 4.2**

In den Akten sind keine konkreten Beweise für berechtigte Lärmklagen ersichtlich. Es ist deshalb im Grundsatz davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin einen Lieferservice innerhalb des Rahmens betreiben darf, wie er von der Stadt Winterthur im Beschluss vom 9. September 2019 gesetzt worden war. Der nachfolgenden Prüfung der strittigen Punkte ist vorzuschicken, dass die von den Beteiligten aufgeworfene Frage, ob es sich beim Baugesuch vom 18. März 2020 um ein Abänderungsgesuch oder um ein neues Gesuch handelt, irrelevant ist. Für beide Betrachtungsweisen ist die Klärung der soeben dargelegten Kernfrage massgeblich.

### **E. 4.3**

Weil das seinerzeitige Betriebskonzept vom 22. Januar 2019 und das angepasste Betriebskonzept vom 25. September 2019 ebenso wie die städtische Bewilligung vom 9. September 2019 nicht unmissverständlich abgefasst sind und keine detaillierten Angaben enthalten, ist der Rahmen der damaligen Bewilligung durch Auslegung zu ermitteln (vgl. Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 25 N. 3). Zu diesem Zweck kann auch auf die Begründung der Verfügung zurückgegriffen werden. Verfügungen sind nicht nach ihrem bisweilen nicht sehr treffend verfassten Wortlaut, sondern – vorbehaltlich des Vertrauensschutzes – nach ihrem wirklichen rechtlichen Bedeutungsgehalt zu verstehen (BGr, 11. September 2019, 8C\_156/2019, E. 3.3; VGr, 3. Juni 2020, VB.2019.00781, E. 4.2; Jörg Bickel, Auslegung von Verwaltungsrechtsakten, Bern 2014, S. 224 ff.).

#### **E. 4.4**

Bei der Auslegung springt vorab ins Auge, dass kein Parkplatz für Betriebsfahrzeuge vorgesehen war, jedoch je ein Platz für Bewohner und für Kunden. Damit durfte und musste die Baubehörde davon ausgehen, dass für die Auslieferung keine motorisierten Betriebsfahrzeuge verwendet würden oder höchstens, dass ein solches Fahrzeug allenfalls gelegentlich auf einem Kundenparkplatz abgestellt würde. Umgekehrt konnte und durfte die Beschwerdeführerin mangels beantragter Abstellplätze nicht davon ausgehen, dass ihr seinerzeit ein Lieferdienst mit mehreren Motorfahrzeugen bewilligt worden war. Sie führt denn auch – letztlich damit übereinstimmend – aus, dass der Restaurantbetrieb Ende Februar 2020 wegen der Pandemie habe eingestellt werden müssen und der Kurierdienst an Bedeutung gewonnen habe. Aus diesem Grund sei das streitbetroffene Gesuch für die Abstellplätze für Betriebsfahrzeuge gestellt worden. Wenn die Baubehörde im streitgegenständlichen Entscheid explizit bloss einen Abstellplatz für ein Betriebsfahrzeug bewilligt, so detailliert sie vor diesem Hintergrund lediglich die ursprüngliche Bewilligung entsprechend deren Sinn und Zweck, ohne diese einzuschränken oder zu widerrufen. Die Anordnung erweist sich damit als rechtmässig. Es ist mit Blick auf die ursprüngliche Baubewilligung und die fehlende Zonenkonformität des beantragten Lieferservices weder zu beanstanden, dass die Baubehörde die Erstellung von zwei der drei neu beantragten Abstellplätze verweigert hat, noch, dass der Lieferservice mit (nur) einem Betriebsfahrzeug erfolgen darf.

#### **E. 4.5**

Betreffend Betriebskonzept beschränkte die Baubehörde den Verkehr auf täglich maximal 12 Lieferfahrten. Geht man angesichts der obigen Erwägungen davon aus, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der ursprünglichen Bewilligung, die keinen Abstellplatz für ein Betriebsfahrzeug vorgesehen hat, nur die Erlaubnis erhielt, ausnahmsweise Lieferfahrten auszuführen, so stellt die explizite Beschränkung auf täglich 12 Fahrten ebenfalls keinen Widerruf dar, sondern eine präzisierende Auslegung der ursprünglichen Bewilligung.

#### **E. 4.6**

Schliesslich will die Baubehörde die Auslieferung nur innerhalb der Stadtgrenze von Winterthur gestatten. Es trifft zwar offenkundig zu, dass die Auslieferung in die Region nicht der Quartiersversorgung dient. Dies gilt indes bereits auch für alle anderen Lieferfahrten, die über das Quartier hinaus in andere entfernte Stadtteile gehen. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die ursprüngliche Bewilligung den Auslieferdienst implizit auf Fahrten innerhalb des Quartiers oder der Stadt begrenzt hätte. Die strittige Einschränkung erscheint damit insoweit als teilweiser Widerruf der ursprünglichen Bewilligung. Auch bestehen keine plausiblen Gründe für die getroffene Beschränkung. Sie erweist sich vielmehr als willkürliche Anordnung und ist aufzuheben.

#### **E. 4.7**

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde damit in einem Punkt als begründet, während sie im Übrigen abzuweisen ist.

#### **E. 5.1**

Der förmliche Beschwerdeantrag geht nur auf Aufhebung des Rekursentscheids und Rückweisung der Akten an die Vorinstanz. Allerdings will die Beschwerde gemäss

Begründung durchaus auch die Gutheissung der Rekursanträge.

### **E. 5.2**

Bei Aufhebung der angefochtenen Anordnung entscheidet das Verwaltungsgericht selbst (§ 63 Abs. 1 VRG). Eine Rückweisung kommt nur ausnahmsweise infrage, insbesondere wenn mit der angefochtenen Anordnung nicht auf die Sache eingetreten oder der Tatbestand ungenügend festgestellt wurde (§ 64 Abs. 1 VRG).

### **E. 5.3**

Vorliegend sind keine Gründe für eine Rückweisung erkennbar. Das Baurekursgericht ist auf die Rügen der Beschwerdeführerin eingetreten. Der Rekursentscheid enthält des Weiteren keine formalen Mängel, zumal kein Anlass für die Durchführung eines Augenscheins ersichtlich ist, wie dies die Beschwerdeführerin vor Baurekursgericht noch beantragt hatte und sie auch vom Verwaltungsgericht wünscht, "soweit die Akten nicht zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen werden". Wie auch die obigen Ausführungen zur Sache zeigen, sind zusätzliche Sachverhaltsabklärungen irrelevant, weshalb darauf zu verzichten ist. Mit der Beschwerde wird denn auch in keiner Weise aufgezeigt, inwiefern der relevante Sachverhalt ungenügend festgestellt worden wäre. Im Rahmen des rechtlichen Gehörs ist es des Weiteren nicht erforderlich, dass sich die Behörden mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen. Vielmehr können sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (BGE 136 I 229 E. 5.2). Die Kapazität des Pizzaofens erwies sich nicht als entscheidungswesentlich, weshalb die Vorinstanz auch das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin nicht verletzt hat, indem sie dieses Vorbringen nicht behandelte. Somit besteht kein Anlass für eine Rückweisung.

### **E. 5.4**

Vielmehr ist Dispositiv-Ziffer I.A.1 al. 2 des Entscheids der Baubehörde vom 19. August 2020 ("nur innerhalb der Stadtgrenze Winterthur geliefert wird,") in Abänderung von Dispositiv-Ziff. I des Rekursentscheids des Baurekursgerichts vom 4. Februar 2021 aufzuheben. Im Übrigen ist die Beschwerde bezüglich der materiellen Anträge abzuweisen.

### **E. 6**

Mit dem vorliegenden Urteil wird das für die Dauer des hängigen Verwaltungsgerichtsverfahrens gestellte Gesuch der Mitbeteiligten 1 betreffend die Betreuung des Lieferservice mit nur einem Fahrzeug gegenstandslos.

### **E. 7.1**

Die Auferlegung der Verfahrenskosten richtet sich in erster Linie nach dem Obsiegen und Unterliegen (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Mit dem vorliegenden Urteil obsiegen die Stadt Winterthur und die Mitbeteiligten für das Rekurs- wie auch für das Beschwerdeverfahren nicht (mehr) vollständig, jedoch deutlich überwiegend. Es rechtfertigt sich deshalb für beide Verfahren, die Kosten zu 5/6 der Beschwerdeführerin, zu 1/12 dem Beschwerdegegner, zu je 1/24 den Mitbeteiligten 1 solidarisch sowie zu 1/24 den Mitbeteiligten 2 und 3 solidarisch aufzuerlegen.

### **E. 7.2**

Als überwiegend obsiegende und gerechtfertigterweise anwaltlich vertretene Partei hat die Mitbeteiligte 3 gegenüber der Beschwerdeführerin einen Anspruch auf eine reduzierte

Parteientschädigung (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Als angemessen erscheint eine Entschädigung von insgesamt Fr. 2'600.- für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren. Hingegen steht dem Beschwerdegegner in der vorliegenden Konstellation keine Parteientschädigung zu (vgl. § 17 Abs. 3 VRG). Auch den Mitbeteiligten 1 und 2 steht keine Entschädigung zu, da ihnen in den Rechtsmittelverfahren kein besonderer Aufwand im Sinn von § 17 Abs. 2 lit. a VRG entstanden ist.

#### **E. 8**

Soweit es sich beim vorliegenden Urteil um einen Zwischenentscheid handelt, ist hinsichtlich der Rechtsmittelbelehrung darauf hinzuweisen, dass ein solcher nur selbständig angefochten werden kann, wenn die Voraussetzungen von Art. 93 BGG erfüllt sind.

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