

# **BGer 1P.327/2004 vom 5. Januar 2005**

Bundesgericht, 2005-01-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1P.327\\_2004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1P.327_2004)

FR: TF 1P.327/2004 du 5 janvier 2005

IT: TF 1P.327/2004 del 5 gennaio 2005

## **Regeste**

Baubewilligung | Raumplanung und öffentliches Baurecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das angefochtene Urteil ist ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid, gegen den kein anderes bundesrechtliches Rechtsmittel offen steht. Die staatsrechtliche Beschwerde ist daher grundsätzlich zulässig ( Art. 84 Abs. 2 und Art. 86 Abs. 1 OG ). Zur staatsrechtlichen Beschwerde ist legitimiert, wer durch den angefochtenen Erlass oder Entscheid eine Rechtsverletzung erlitten hat ( Art. 88 OG ).

### **E. 1.1**

In erster Linie macht die Beschwerdeführerin geltend, § 5 ABV verletze die Grundsätze der Gesetzmässigkeit und der Gewaltentrennung. Seit jeher hat das Bundesgericht das sämtlichen Kantonsverfassungen zugrunde liegende - und in Art. 51 Abs. 1 BV (vormals Art. 6 Abs. 2 aBV ; vgl. BBl 1997 I 218 sowie Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, N. 1410) vorausgesetzte - Prinzip der Gewaltentrennung als Individualrecht des Bürgers anerkannt ( BGE 128 I 113 E. 2c S. 116 ; 127 I 60 E. 2a S. 63 ; 126 I 180 E. 2a/aa S. 182 ; 124 I 216 E. 3b S. 219 ; 121 I 22 E. 3a S. 25; mit Hinweisen zur Rechtslage unter der neuen Bundesverfassung: Häfelin/Haller, a.a.O., N. 1970). Es schützt die Einhaltung der verfassungsmässigen Zuständigkeitsordnung. Welche Behörde wofür zuständig ist, ergibt sich in erster Linie aus dem kantonalen Staatsrecht. Das Legalitätsprinzip besagt, dass ein staatlicher Akt sich auf eine materiellgesetzliche Grundlage stützen muss, die hinreichend bestimmt und vom staatsrechtlich hierfür zuständigen Organ erlassen worden ist. Es dient damit einerseits dem demokratischen Anliegen der Sicherung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung, andererseits dem rechtsstaatlichen Anliegen der Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit des staatlichen Handelns. Es ist in Art. 5 Abs. 1 BV als verfassungsmässiger Grundsatz niedergelegt (vgl. BGE 127 I 60 E. 3a S. 67). Seine Verletzung kann im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gewaltentrennung geltend gemacht werden ( BGE 128 I 113 E. 3c S. 121). Eine derartige Rüge ist mit freier Kognition zu prüfen ( BGE 127 I 60 E. 3a S. 67 ; 121 I 22 E. 3 S. 25).

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin wird durch die Anwendung der von ihr als kompetenzwidrig erachteten Norm in geschützten Rechten getroffen, da nach der Rechtsprechung Vorschriften über die Ausnützung des Bodens und die äusseren Abmessungen der Gebäude auch nachbarschützende Funktionen zukommen ( BGE 113 Ia 468 E. 2b S. 470; 106 Ia 62 E. 2 S. 63). Die Eigentumsgarantie der Beschwerdeführerin kann durch Verletzung solcher

Bestimmungen tangiert werden. Die Beschwerdeführerin ist legitimiert, in diesem Zusammenhang auch eine Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung und des Legalitätsprinzips zu rügen ( BGE 123 I 41 E. 5b S. 43; vgl. auch BGE 126 I 81 E. 5a S. 91).

### **E. 1.3**

Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass, sodass auf die Beschwerde insoweit einzutreten ist.

### **E. 2**

Die Beschwerdeführerin macht u.a. auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, weil sich das Verwaltungsgericht nicht materiell mit dem von ihr gerügten Verstoss gegen die Gewaltentrennung und das Legalitätsprinzip auseinandergesetzt habe. Zudem habe es zu Unrecht von der Durchführung eines Augenscheins abgesehen. Diese Rüge ist aufgrund ihrer formellen Natur vorweg zu behandeln.

#### **E. 2.1**

Zur Erhebung der Gehörsverweigerungsrüge ist die Beschwerdeführerin schon aufgrund ihrer Parteistellung im kantonalen Verfahren berechtigt ( BGE 118 Ia 232 E. 1a S. 234).

#### **E. 2.2**

Das rechtliche Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt ( BGE 124 I 49 E. 3a S. 51 und 241 E. 2 S. 242, je mit Hinweisen). Die Begründungspflicht und der Anspruch auf Begründung sind nicht bereits dadurch verletzt, dass sich die urteilende Behörde nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (vgl. BGE 126 I 97 E. 2b S. 102; 124 II 146 E. 2a S. 149; 124 V 180 E. 1a S. 181 ; 123 I 31 E. 2c S. 34 ; 121 I 54 E. 2c S. 57, je mit Hinweisen).

#### **E. 2.3**

Die Beschwerdeführerin hatte vor Verwaltungsgericht u.a. ausgeführt, der Gesetzgeber habe es klarerweise nicht dem Regierungsrat überlassen, den Begriff des gewachsenen Bodens frei zu definieren. Die Gesetzesbestimmungen würden selber den Begriff des gewachsenen Bodens verwenden und ihm einen vom Gesetzgeber gewollten Sinn geben. Der gewachsene Boden als statischer Begriff erlaube keine nähere Begriffsumschreibung. Das Verwaltungsgericht hat sich eingehend mit dem Begriff des gewachsenen Bodens auseinandergesetzt und unter Bezugnahme auf die Literatur dargetan, dass er nach der zürcherischen Praxis auf jeden Fall seit Inkrafttreten des PBG stets als dynamischer und nicht als statischer Begriff verstanden worden sei. Indem es sich auf die Definition von § 5 ABV gestützt hat, hat es implizit deutlich gemacht, dass die regierungsrätliche Definition aus seiner Sicht nicht kompetenzwidrig erlassen wurde. Es hat auch auf die von der Beschwerdeführerin zitierten Entscheide Bezug genommen. Aufgrund der Ausführungen im angefochtenen Entscheid konnte sich die Beschwerdeführerin ein hinreichendes Bild davon verschaffen, dass und warum die Vorinstanz § 5 ABV für anwendbar und gesetzmässig erachtete. Einzig aus dem Umstand, dass das Verwaltungsgericht zu einer anderen rechtlichen Würdigung als sie selber gelangt ist, kann die Beschwerdeführerin keine Verletzung des rechtlichen Gehörs ableiten. Die Rüge ist unbegründet.

### **E. 3**

Hinsichtlich des Bauvorhabens an sich ist im anhängigen Verfahren einzig noch umstritten, wie der gewachsene Boden zu bestimmen ist, der nach dem angefochtenen Urteil massgebend "für die Berechnung der Gebäudehöhe und Ausnützung (Baumassenziffer) sowie Qualifikation des Untergeschosses" ist.

#### **E. 3.1**

Das Verwaltungsgericht hat sich bei seiner Entscheid vom Wortlaut von § 5 Abs. 1 ABV leiten lassen, wonach gewachsener Boden der bei Einreichung des Baugesuches bestehende Verlauf des Bodens ist. Auf frühere Verhältnisse ist zurückzugreifen, wenn der Boden innert eines Zeitraums von 10 Jahren vor der Baueingabe in einem im Zeitpunkt der Ausführung der Bewilligungspflicht unterliegenden Ausmass aufgeschüttet und das neue Terrain in der baurechtlichen Bewilligung oder in einem förmlichen Planungs- oder Projektgenehmigungsverfahren nicht ausdrücklich als künftig gewachsener Boden erklärt worden ist (Abs. 2 lit. a) oder im Hinblick auf die beabsichtigte Nutzung des Grundstückes oder zur Umgehung von Bauvorschriften umgestaltet worden ist (Abs. 2 lit. b). Das Verwaltungsgericht will darum bei der Bestimmung des gewachsenen Bodens auf den heutigen Verlauf des Terrains abstellen und damit auf die künstliche Gestaltung, wie sie beim Bau des abzubrechenden Einfamilienhauses im Jahre 1946 vorgenommen wurde. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, die vom Regierungsrat 1977 erlassene Definition des gewachsenen Bodens verletze die Grundsätze der Gewaltenteilung und der Gesetzmässigkeit. Als Verordnungsgeber habe der Regierungsrat mit § 5 ABV seine Rechtsetzungskompetenzen überschritten. Indem er den statischen Begriff des gewachsenen Bodens nicht nur hinsichtlich der Messung, zum Beispiel bei unebenem Terrainverlauf innerhalb der Bauparzelle, näher umschrieben habe, sondern ihn neu und abweichend zur bisherigen Rechtspraxis "dynamisiert" habe, habe er eine materielle, keine rein technische Regelung erlassen. Ihrer Meinung nach ist im vorliegenden Fall auf den Terrainverlauf von 1946 abzustellen, wie er sich beim Bau des nun zu ersetzenden Hauses präsentierte.

#### **E. 3.2**

Der Inhalt des Prinzips der Gewaltentrennung folgt aus dem kantonalen Recht, wobei das Bundesgericht die Auslegung der einschlägigen Verfassungsbestimmungen frei, jene des Gesetzesrechts dagegen lediglich auf Willkür hin prüft; grundsätzlich mit freier Kognition beurteilt es die Frage der bundesverfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen ( BGE 128 I 113 E. 2c und 3c S.116 und 121 ; 127 I 60 E. 2a S. 64 ; 126 I 180 E. 2a/aa S. 182 mit Hinweisen). Bundesverfassungsrechtlich ist eine Delegation von an sich dem Gesetzgeber zustehenden Rechtsetzungsbefugnissen an eine Verwaltungsbehörde zulässig, wenn sie in einem formellen Gesetz enthalten ist, nicht durch das kantonale Recht ausgeschlossen wird, sich auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt und das Gesetz die Grundzüge der Regelung selbst enthält, soweit sie die Rechtsstellung der Bürger schwerwiegend berührt (statt vieler: BGE 128 I 113 E. 3c S. 122 mit Hinweisen).

#### **E. 3.3**

In der Verfassung des Kantons Zürich vom 18. April 1869 (KV/ZH; LS 101) ist - wie das Bundesgericht wiederholt festgestellt hat - das Gewaltentrennungsprinzip nicht ausdrücklich ausgesprochen; es ergibt sich jedoch daraus, dass die Kantonsverfassung eine klare Trennung zwischen Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege vornimmt (Art. 28 ff., Art. 37 ff., Art. 56 ff.; BGE 102 Ia 387 E.8 S. 392, 81 I 119 E. 2 S. 121). Art. 28 KV/ZH

sieht vor, dass das Volk im Zusammenwirken mit dem Kantonsrat die gesetzgebende Gewalt ausübt (Abs. 1). Die grundlegenden Normen des kantonalen Rechts werden in Gesetzesform erlassen. Dazu gehören insbesondere Bestimmungen über die Organisation und Aufgaben der Behörden, über Inhalt und Umfang der Grundrechtsbeschränkungen und der staatlichen Leistungen sowie über Art und Umfang der Übertragung von öffentlichen Aufgaben an Private (Abs. 2). In Art. 37 ff. wird der Regierungsrat als vollziehende und verwaltende Kantonalbehörde bezeichnet, welcher u.a. "die Sorge für Vollziehung der Gesetze" obliegt ( Art. 40 Ziff. 2 KV/ZH ). Die Kantonsverfassung schliesst somit eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen im Bereich des Baurechts nicht von vornherein aus.

### **E. 3.4**

Die Anwendung und Auslegung von Gesetzesrecht kann das Bundesgericht, wie gesehen (E. 3.2), auch soweit der Grundsatz der Gewaltentrennung in Frage steht, nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür überprüfen. Im vorliegenden Fall findet sich die massgebliche Delegationsnorm in § 359 des referendumpflichtigen Gesetzes über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht vom 7. September 1975 (Planungs- und Baugesetz, PBG/ZH; LS 700.1): Danach erlässt der Regierungsrat die erforderlichen Verordnungen, insbesondere über die nähere Umschreibung der Begriffe und Inhalte der baurechtlichen Institute sowie über die Mess- und Berechnungsweisen ( § 359 lit. d PBG /ZH). Gestützt darauf hat der Regierungsrat § 5 ABV erlassen. Das Gesetz selber nimmt an verschiedenen Stellen Bezug auf den gewachsenen Boden. So spielt der gewachsene Boden eine entscheidende Rolle bei der Bemessung der Grenzabstände von Nachbargrundstücken ( § § 269 und 270 PBG /ZH), bei der Definition von Voll-, Dach- und Untergeschossen ( § § 275 und 276 PBG /ZH) sowie bei der Messweise der Gebäudehöhe ( § 280 PBG /ZH). Die ABV konkretisiert damit einen Begriff, welcher bereits im Gesetz verwendet, jedoch nirgends genauer umschrieben wird. Inwiefern der Regierungsrat seine in § 359 lit. d PBG /ZH klar festgelegte, massgebliche Verordnungskompetenz überschritten haben soll, ist nicht ersichtlich und wird auch von der Beschwerdeführerin nicht dargetan. Es ist jedenfalls verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass sich der Regierungsrat aufgrund der zitierten Gesetzesnorm für die Definition des gewachsenen Bodens als zuständig erachtet hat. Im Übrigen bedürfen die Ausführungsbestimmungen zu § 359 lit. d PBG /ZH zusätzlich der Genehmigung durch den Kantonsrat, was ebenfalls gegen eine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips spricht. Indessen fragt sich, ob die Bestimmung des gewachsenen Bodens zu einem derart schwerwiegenden Eingriff in die Eigentumsfreiheit führt, dass eine Grundlage in einem formellen Gesetz nötig wäre.

### **E. 3.5.1**

Es kann nicht allgemein gesagt werden, welche Regelungen so bedeutend sind, dass sie im formellen Gesetz enthalten sein müssen und wie detailliert die gesetzliche Normierung sein muss. Massgebend sind die Umstände im Einzelfall. Grundsätzlich gelten eher strengere Anforderungen, wo es um eine Einschränkung von Grundrechten oder um die Schaffung von öffentlichrechtlichen Pflichten geht, wobei die Natur und die Schwere des Eingriffs bzw. der Verpflichtung mit zu berücksichtigen sind ( BGE 128 I 113 E. 3c S. 122 mit Hinweisen). In weitergehendem Umfang zulässig ist die Delegation namentlich dann, wenn es um die Regelung untergeordneter Einzelheiten technischer oder organisatorischer Natur geht. Wegleitend kann auch eine verbreitete, seit langem bestehende und auch in anderen Kantonen übliche Rechtswirklichkeit sein; eine Regelung auf Verordnungsstufe ist

eher zulässig, wenn sie dem allgemein üblichen Standard entspricht. Für bisher unübliche Regelungen ist demgegenüber ein formelles Gesetz erforderlich ( BGE 128 I 113 E. 3c S. 122 mit zahlreichen Hinweisen).

### **E. 3.5.2**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bau- und Raumplanungsrecht liegt ein schwerer Grundrechtseingriff vor, wenn Grundeigentum zwangsweise entzogen wird oder wenn der bisherige oder künftig mögliche bestimmungsgemässe Gebrauch des Grundstücks verunmöglicht oder stark erschwert wird ( BGE 124 II 538 E. 2a S. 540; 115 Ia 363 E. 2a S. 365). Ein schwerer Eingriff wird insbesondere bejaht, wenn eine bisher in einer Bauzone gelegene Parzelle einer Zone zugewiesen wird, in der keine Überbauung mehr zulässig ist ( BGE 119 Ia 362 E. 3b S. 366); sodann auch bei einer starken Erschwerung der bestehenden Baumöglichkeit ( BGE 121 I 117 E. 3b/bb S. 120). Dagegen liegt kein schwerer Eingriff vor, wenn die zulässige Überbaumöglichkeit lediglich reduziert wird ( BGE 115 Ia 363 E. 2a S. 365). Die Bewilligung des Bauprojekts auf der Parzelle Kat.-Nr. 5495 verunmöglicht die angemessene Nutzung der Nachbargrundstücke nicht, weshalb ein solcher Eingriff in die Eigentumsgarantie die Nachbarn gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht enteignungsähnlich und damit nicht besonders schwer trifft. Die Beschwerdeführerin hat überdies keinen absoluten Anspruch auf unverbaute Aussicht.

### **E. 3.5.3**

Ein weiteres Kriterium bei der Prüfung, ob das Legalitätsprinzip verletzt wurde, ist die seit langem bestehende, auch in anderen Kantonen gängige Rechtswirklichkeit. Das Verwaltungsgericht verweist im angefochtenen Entscheid auf die langjährige baurechtliche zürcherische Praxis und macht geltend, der gewachsene Boden sei jedenfalls seit dem Inkrafttreten des PBG stets als dynamischer, nicht als statischer Begriff verstanden worden (E. 3.3 des Urteils vom 24. März 2004; dazu auch Felix Huber, Der gewachsene Boden, PBG aktuell 4/2002, S. 5 ff.; Christoph Fritzsche/Peter Bösch, Kommentar zum Zürcher Planungs- und Baurecht, 3. Auflage 2003, Ziff. 13.1.4.1). Es nimmt Bezug auf seine eigene Rechtsprechung und zeigt auf, dass es die umstrittene Bestimmung differenziert handhabt (E. 3.4). Der Blick auf andere kantonale Regelungen zeigt des Weiteren, dass es durchaus üblich ist, den Begriff des gewachsenen Bodens auf Verordnungsstufe detaillierter zu definieren (vgl. etwa § 13 der Allgemeinen Verordnung zum Baugesetz des Kantons Aargau vom 23. Februar 1994 [ABauV; SAR 713.111]; Art. 97 der bernischen Bauverordnung vom 6. März 1985 [BauV; BSG 721.1], § 4 der Verordnung zum Planungs- und Baugesetz des Kantons Zug vom 16. November 1999 [V PBG; BGS 721.111]). Die Definition des gewachsenen Bodens bedarf somit nicht zwingend einer formell-gesetzlichen Grundlage, sondern durfte in einer regierungsrätlichen Verordnung geregelt werden.

### **E. 3.5.4**

Nachdem es sich bei § 5 ABV um eine "nähere Umschreibung der Begriffe und Inhalte der baurechtlichen Institute sowie über die Mess- und Berechnungsweisen" im Sinne von § 359 Abs. 1 lit. d PBG /ZH handelt und diese weder zu einem schweren Eingriff in das Eigentum der Beschwerdeführerin führt noch eine unübliche Regelung darstellt, ist eine Verletzung des Legalitätsprinzips zu verneinen.

## **E. 4**

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, das Verwaltungsgericht habe zu Unrecht von der Durchführung eines Augenscheines abgesehen, zeigen die vorstehenden Erwägungen, dass das Verwaltungsgericht nicht gehalten war, die Situation vor Ort abzuklären. Wird ein Augenschein beantragt, so steht der Entscheid, ob ein solcher angeordnet werden soll, im pflichtgemässen Ermessen der mit der Sache befassten Behörde. Eine dahingehende Pflicht besteht nur, wenn die tatsächlichen Verhältnisse auf andere Weise nicht abgeklärt werden können (Alfred Kölz/Jörg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl. 1999, § 7 N. 42). Aufgrund seiner Auslegung von § 5 ABV musste es dem Verwaltungsgericht nicht notwendig erscheinen, den im Jahre 1946 massgeblichen Terrainverlauf festzustellen.

#### **E. 5**

Daraus ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen ( Art. 156 Abs. 1 OG ) und die privaten Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen ( Art. 159 Abs. 2 OG ).

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