

# **BGer 1P.602/1999 vom 11. Juli 2000**

Bundesgericht, 2000-07-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1P.602\\_1999](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1P.602_1999)

FR: TF 1P.602/1999 du 11 juillet 2000

IT: TF 1P.602/1999 del 11 luglio 2000

## **Regeste**

Raumplanung und öffentliches Baurecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die beiden Beschwerden richten sich gegen das nämliche Projekt und haben den gleichen angefochtenen Ent- scheid zum Gegenstand. Es rechtfertigt sich, die beiden Verfahren zu vereinigen ( Art. 24 BZP in Verbindung mit Art. 40 OG ).

### **E. 2**

a) Die staatsrechtliche Beschwerde gegen den auf kantonales Recht gestützten, kantonal letztinstanzlichen Endentscheid des Verwaltungsgerichts ist zulässig ( Art. 84 Abs. 2, Art. 86 Abs. 1 und Art. 87 OG ). Nicht eingetreten werden kann hingegen auf den Antrag der Beschwerdeführer II, die Baubewilligung vom 7. Juli 1998 aufzuheben: Die staatsrechtliche Beschwerde kann sich - abgesehen von hier nicht vorliegenden Ausnahmen ( BGE 125 I 492 E. 1a/aa S. 493 f., mit Hinweisen) - nur gegen den letztinstanzlichen kantonalen Entscheid richten ( Art. 86 Abs. 1 OG ), mithin gegen das Ur- teil des Verwaltungsgerichts. Wird dieses Urteil aufgehoben, hat das Verwaltungsgericht über die bei ihm eingereichten Beschwerden neu zu befinden und in diesem Rahmen über das Schicksal der Baubewilligung zu entscheiden. b) Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwer- de richtet sich unabhängig von der verfahrensrechtlichen Stellung im kantonalen Verfahren nach Art. 88 OG . Nachbarn sind zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen die Erteilung einer Baubewilligung legitimiert, sofern sie die willkürli- che Anwendung von nachbarschützenden Normen geltend machen, sich im Schutzbereich dieser Vorschriften befinden und durch die behaupteten widerrechtlichen Auswirkungen der Bauten be- troffen werden; zudem können sie trotz fehlender Legitima- tion in der Sache die Verletzung von Verfahrensvorschriften rügen, deren Missachtung eine formelle Rechtsverweigerung darstellt ( BGE 125 II 440 E. 1c S. 442 f.; 119 Ia 362 E. 1b S. 364 f.; 118 Ia 232 E. 1a S. 234; BGE vom 21. Dezember 1992, auszugsweise in ZBl 94/1993 316, nicht publ. E. 1a). Die Beschwerdeführer sind nach ihrer unbestrittenen Darstellung Eigentümer oder Bewohner von Liegenschaften, die dem Baugrundstück benachbart sind. Sie rügen einerseits die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, wozu sie ohne weiteres legitimiert sind. Sodann rügen sie eine will- kürliche Anwendung der Vorschriften über die Arealüberbauun- gen (§ 69 ff. des kantonalen Planungs- und Baugesetzes vom

### **E. 7**

September 1975, PBG). Diese Vorschriften gelten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts jedenfalls als nachbar- schützend, soweit sie eine für die Nachbarn nachteilige Ab- weichung von nachbarschützenden Bestimmungen der Regelbau- weise

ermöglichen (nicht publ. Urteile des Bundesgerichts vom 16. September 1999 i.S. D., E. 1b/bb, vom 10. August 1993 i.S. V., E. 1a, und vom 9. August 1993 i.S. G., E. 1a). Dies trifft insbesondere für die hier zur Diskussion stehenden Vorschriften zu, welche das Mass der zulässigen Ausnutzung eines Grundstücks bestimmen ( BGE 117 Ia 18 E. 3b S. 20; BGE vom 21. Dezember 1992, auszugsweise in ZBl 94/1993 316, nicht publ. E. 1b). Die Beschwerdeführer sind insoweit auch legitimiert, eine willkürliche (Nicht-) Anwendung von § 234 PBG zu rügen, weil davon die Anwendung oder Nichtanwendung der nachbarschützenden Vorschriften über Ausnutzung und Gestaltung des Bauprojekts abhängt. c) Auf den von den Beschwerdeführern II beantragten Augenschein kann verzichtet werden, da der rechtserhebliche Sachverhalt mit genügender Klarheit aus den Akten hervorgeht. 3.- Umstritten ist in erster Linie die grundsätzliche Zulässigkeit der Arealüberbauung. a) Nach der in der Stadt Zürich in Kraft stehenden, ersatzweise durch die kantonale Baudirektion am 9. Mai 1995 verfügten Bau- und Zonenordnung (BD-BZO bzw. "BZO Hofmann") sind in der Zone W2b Arealüberbauungen zulässig. Gemäss § 234 PBG kann jedoch ein Bauprojekt nur bewilligt werden, wenn dadurch nicht eine noch fehlende oder durch den Gemeinderat (bzw. in der Stadt Zürich: durch den Stadtrat) beantragte planungsrechtliche Festlegung nachteilig beeinflusst wird. Diese Bestimmung hat damit die Funktion einer Bausperrzone bzw. Planungszone im Sinne von Art. 27 RPG (BGE 116 Ia 449 E. 4a S. 453; 110 Ia 163, nicht publ. E. 4; s. auch Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Band I, 3. Aufl., Zürich 1999, S. 99, und Alexander Ruch, Kommentar RPG, Zürich 1999, Art. 27 Rz. 9). b) Am 28. Januar 1998 verabschiedete der Stadtrat einen Entwurf für eine neue Bau- und Zonenordnung (nachfolgend: BZO-E 98). Nach diesem Entwurf wäre auf dem fraglichen Bauland unbestrittenerweise keine Arealüberbauung zulässig gewesen. Der Entwurf wurde am 6. März 1998 öffentlich aufgelegt. Aufgrund von Eingaben während des Einwendungsverfahrens verabschiedete der Stadtrat am 16. Dezember 1998 eine überarbeitete Fassung zuhanden des Gemeinderates (nachfolgend: BZO-E 99). Nach diesem Entwurf sind in der Zone W2 (mit Einschluss der Zone W2b) auf Grundstücken von mehr als 4'000 m<sup>2</sup> Arealüberbauungen bis zu einer Gebäudehöhe von 11,5 Metern zulässig. Die Baurekurskommission hatte in ihrem Entscheid vom 12. März 1999 erwogen, die Darlegungen der damaligen Rekurrenten bezögen sich auf den BZO-E 98, der indessen nicht mehr aktuell sei; sie prüfte das Bauvorhaben im Lichte des BZO-E 99 und kam zum Schluss, es sei damit vereinbar. Das Verwaltungsgericht führte aus, nach seiner ständigen Praxis sei auf das im Zeitpunkt des letztinstanzlichen Entscheids geltende Recht abzustellen. Bei der intertemporalen Anwendung von § 234 PBG erachte es als einzige sachgerechte Lösung eine Interessenabwägung im Einzelfall. Wenn es während des Rechtsmittelverfahrens zu einem Antrag des Stadtrates betreffend die Änderung einer planungsrechtlichen Festlegung komme, könne diese Änderung dem Bauvorhaben nur entgegengehalten werden, wenn die konkrete Interessenabwägung zugunsten des Gemeinwesens ausfalle. Im konkreten Fall spreche die Interessenabwägung gegen eine negative Vorwirkung des Stadtratsbeschlusses vom 16. Dezember 1998. Zudem würde der BZO-E 99 durch das zu beurteilende Projekt nicht negativ beeinflusst. c) Die Beschwerdeführer rügen in diesem Zusammenhang eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 4 aBV. Im Zeitpunkt ihres Rekurses an die Baurekurskommission sei erst der BZO-E 98 bekannt gewesen, weshalb sich die Rekursbegründung nur darauf beziehen können. Erst im Verlauf des Rekursverfahrens sei der BZO-E 99 verabschiedet worden. Die Baurekurskommission habe ihren Entscheid

auf diesen neuen Entwurf abgestützt, zu dem sie, die Beschwerdeführer, sich nicht mehr hätten äussern können. Das Verwaltungsgericht habe zudem die inzwischen verabschiedete nochmalige Änderung des BZO-E vom 7. Juli 1999 nicht zur Kenntnis genommen. aa) Die Beschwerdeführer machen nicht die Verletzung kantonaler Vorschriften geltend, die den Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör regeln. Zu prüfen ist daher nur - und zwar mit freier Kognition -, ob die unmittelbar aus dem Verfassungsrecht fließenden Minimalgarantien verletzt sind ( BGE 126 I 19 E. 2a S. 21 f. ; 124 I 49 E. 3a S. 51 ; 122 I 153 E. 3 S. 158, mit weiteren Hinweisen). Der unmittelbar verfassungsrechtliche Gehörsanspruch, wie er bisher aus Art. 4 aBV floss und jetzt in Art. 29 Abs. 2 der am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Bundesverfassung vom 18. April 1999 ausdrücklich gewährleistet ist, umfasst namentlich das Recht, sich vor Erlass einer belastenden Verfügung zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, an der Erhebung von Beweisen mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis äussern zu können ( BGE 124 I 48 E. 3a S. 51 ; 122 I 53 E. 4a S. 55, mit weiteren Hinweisen). Ein Anspruch, sich auch zu Rechtsfragen zu äussern, besteht dann, wenn die Behörde ihren Entscheid auf eine völlig neue rechtliche Basis zu stützen gedenkt, namentlich wenn sie den Entscheid mit einer Rechtsnorm oder einem Rechtsgrund zu begründen beabsichtigt, die im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurden, auf die sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit deren Erheblichkeit sie vernünftigerweise nicht rechnen konnten ( BGE 126 I 19 E. 2c/aa S. 22 ; 124 I 48 E. 3c S. 52; 115 Ia 94 E. 1b S. 96 f., mit weiteren Hinweisen; Michele Albertini , Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000, S. 270 f.; Georg Müller , Kommentar zur Bundesverfassung, Rz. 105 zu Art. 4 BV). Das ist insbesondere dann der Fall, wenn sich im Laufe des Rechtsmittelverfahrens unerwarteterweise die anwendbaren planungsrechtlichen Grundlagen ändern ( BGE 114 Ia 97 E. 2b S. 99 f.; BGE vom 16. März 1993 i.S. M. in RDAT 1994 I 43 102, E. 3b; Albertini , a.a.O., S. 271). bb) Nach den dargelegten Grundsätzen hatten die Beschwerdeführer einen Anspruch darauf, sich zu der neuen planungsrechtlichen Situation zu äussern, die sich aus der nach Einreichung ihres Rekurses erfolgten Verabschiedung des BZO-E 99 ergab. Nach ihrer unwidersprochenen Darstellung erhielten sie erst anlässlich des von der Baurekurskommission durchgeführten Augenscheins vom 27. Januar bzw. 1. März 1999 Kenntnis davon, dass der Stadtrat am 16. Dezember 1998 eine Änderung des BZO-Entwurfs beschlossen hatte. Eine fundierte Stellungnahme dazu war unter diesen Umständen am Augenschein selber nicht möglich. Ein weiterer Schriftenwechsel zu dieser Frage wurde nicht angeordnet. Die Baurekurskommission hat damit den Anspruch der Beschwerdeführer auf rechtliches Gehör verletzt. cc) Nach der Rechtsprechung kann eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör in oberer Instanz geheilt werden, wenn dieser die gleiche bzw. eine nicht engere Überprüfungsbefugnis zusteht wie der Vorinstanz (BGE 124 II 132 E. 2d S. 138 f.; 118 Ib 269 E. 3a S. 275 f.; 116 Ia 94 E. 2 S. 95 f.; Albertini , a.a.O., S. 460 f.; Müller , a.a.O., Rz. 103 zu Art. 4 BV ). Das Erfordernis der nicht engeren Überprüfungsbefugnis gilt indessen nicht abstrakt, sondern bezieht sich nur auf diejenigen Aspekte, die sich im konkreten Fall tatsächlich stellen; betreffen die Gehörsverweigerungen reine Rechtsfragen, so genügt es zur Heilung, wenn die Rechtsmittelinstanz eine uneingeschränkte Rechtsprüfung vornehmen kann ( BGE 116 Ia 94 E. 2 S. 96 f.). dd) Vorliegend betraf die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Baurekurskommission einzig die Frage, ob das Projekt mit dem gegenüber dem BZO-E 98 geänderten BZO-E 99 vereinbar war und ob überhaupt der BZO-E 99 massgebend war. Das sind Rechtsfragen, die vom Verwaltungsgericht im

Beschwerdeverfahren vollumfänglich überprüft werden konnten. Die Beschwerdeführer konnten sich dazu im Verfahren vor Verwaltungsgericht äussern. Damit wurde die Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt. ee) Mit Recht nicht berücksichtigt hat das Verwaltungsgericht die am 7. Juli 1999 erfolgte Änderung des BZO-E 99. Denn diese betraf nicht die Arealüberbauungen in Wohnzonen, sondern nur diejenigen in Zentrumszonen. d) Die Beschwerdegegnerin bringt vor, gemäss Ziff. II BD-BZO seien künftige Änderungen von kommunalen Vorschriften erst beachtlich, wenn sie von der Gemeinde-legislative angenommen, rechtskräftig geworden und vom Regierungsrat genehmigt seien. Die Anwendung von § 234 PBG bzw. eine negative Vorwirkung von beantragten planungsrechtlichen Festlegungen sei daher im erfassten Gebiet von vornherein unzulässig. aa) Da die Beschwerdegegnerin im kantonalen Verfahren obsiegt hat, kann sie zwar weder selber staatsrechtliche Beschwerde führen noch die Begründung des kantonalen Entscheids anfechten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es indessen zulässig, dass sie in einem von der anderen Seite eingeleiteten Beschwerdeverfahren den angefochtenen Hoheitsakt in den ihr nachteiligen Punkten kritisiert ( BGE 123 I 56 E. 2a S. 57, mit Hinweis). bb) Die Kritik ist indessen unbegründet. Die BD-BZO ist durch die Baudirektion aufsichtsrechtlich verfügt worden. Inhaltlich stellt sie jedoch nicht eine Verfügung, das heisst einen individuell-konkreten Hoheitsakt, sondern eine generell-abstrakte Regelung dar. Als solche hat sie sich an die Regeln der Normenhierarchie zu halten und muss sie von den Verwaltungsjustizbehörden daraufhin überprüft werden, ob sie nicht gegen übergeordnetes Recht verstösst ( Ulrich Häfelin/Walter Haller , Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Aufl., Zürich 1998, S. 592 ff., besonders S. 596 Rz. 1803; Pierre Moor , Droit administratif, Vol. 1, 2. Aufl., Bern 1994, S. 98). Wenn die BD-BZO vor-sieht, dass eine künftige Änderung erst beachtlich ist, wenn sie rechtskräftig und genehmigt ist, verstösst dies klar und eindeutig gegen § 234 PBG , welcher bereits den vom Gemeinderat beantragten Festlegungen eine Vorwirkung beimisst. Wohl hat die zuständige Direktion nach § 344 PBG , worauf sich die BD-BZO stützt, die Kompetenz, die erforderlichen vorläufigen Regelungen zu erlassen. Doch muss sich die Direktion dabei selbstverständlich an das Gesetz halten und kann nicht aufsichtsrechtlich gesetzwidrige Anordnungen treffen. Soweit die BD-BZO Regelungen enthält, die dem Gesetz widersprechen, ist sie deshalb nicht anwendbar. Da vorliegend der Widerspruch zum übergeordneten Recht klar und offensichtlich ist, war es auch entbehrlich, dass sich das Verwaltungsgericht mit den entsprechenden Vorbringen der Beschwerdegegnerin auseinandersetzte. Unbegründet ist die Kritik der Beschwerdegegnerin, damit würde eine kantonale Regelung (nämlich die BD-BZO) durch eine kommunale Regelung ausser Kraft gesetzt. Denn zur Diskussion steht nicht das Verhältnis zwischen kantonalem und kommunalem Recht, sondern dasjenige zwischen dem formellen kantonalen Gesetz ( § 234 PBG) und der von der Direktion angeordneten Bau- und Zonen- ordnung. e) Die Beschwerdeführer machen geltend, gemäss § 234 PBG hätte die Baubewilligung vom 7. Juli 1998 gar nicht erteilt werden dürfen, weil dadurch der am 28. Januar 1998 verabschiedete BZO-E 98, welcher für das fragliche Gebiet keine Arealüberbauung zulies, nachteilig beeinflusst werde. Die städtische Planungsabsicht, im fraglichen Gebiet keine Arealüberbauungen zuzulassen, sei auch durch die seit-herigen Beschlüsse der zuständigen Kommission des Gemeinderates vom 28. September 1999 und des Gemeinderates vom 27. Oktober 1999 bestätigt worden. aa) Die Anwendung von § 234 PBG kann im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde nicht frei, sondern nur auf Willkür hin überprüft werden. Willkürlich ist ein Entscheid nicht schon dann, wenn eine

andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst dann, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Willkür liegt sodann nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheids, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist (s. etwa BGE 125 I 166 E. 2a S. 168 ; 124 I 247 E. 5 S. 250 ; 123 I 1 E. 4a S. 5, mit weiteren Hinweisen). bb) Im vorliegenden Verfahren unbeachtlich ist die Tatsache, dass der Gemeinderat inzwischen beschlossen hat, im fraglichen Gebiet keine Arealüberbauungen zuzulassen. Die staatsrechtliche Beschwerde ist kein reformatorisches Rechtsmittel. Mit ihr kann einzig überprüft werden, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt, in dem er erging, mit der damals geltenden bzw. bestehenden Rechts- und Sachlage vereinbar war ( BGE 125 II 508 E. 3b S. 510; 120 Ia 126 E. 3b S. 130 f. und E. 4d/cc S. 135; Madeleine Camprubi , Kassation und positive Anordnungen bei der staatsrechtlichen Beschwerde, Diss. Zürich 1999, S. 42; Walter Kälin , Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994, S. 370). Das angefochtene Urteil des Verwaltungsgerichts datiert vom 20. August 1999. Die späteren Beschlüsse der zuständigen kommunalen Planungsorgane können für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde nicht massgebend sein. cc) Es ist unbestritten, dass nach dem im Zeitpunkt der Baubewilligung aktuellen BZO-E 98 im fraglichen Gebiet eine Arealüberbauung nicht zulässig gewesen wäre. Die Beschwerdeführer machen daher an sich mit Recht geltend, dass die Bausektion der Stadt Zürich gemäss § 234 PBG die Baubewilligung hätte verweigern müssen. Indessen hat der Stadtrat nach Erteilung der Baubewilligung mit dem Beschluss vom 16. Dezember 1998 seinen Antrag an den Gemeinderat geändert und dabei Arealüberbauungen auch in der Zone W2b vorgesehen. Entscheidend ist somit die Frage, ob das Verwaltungsgericht zulässigerweise den BZO-E 99 anstelle des BZO-E 98 berücksichtigt hat. dd) Unbegründet ist zunächst die Rüge, einzig ein nach § 7 PBG publizierter Planentwurf könne im Rahmen von § 234 PBG berücksichtigt werden; publiziert worden sei nur der BZO-E 98, nicht aber der BZO-E 99. § 234 PBG verlangt eine hinreichend konkretisierte Planungsabsicht, wobei aber verschiedene Planungsstadien in Frage kommen (vgl. BGE 118 Ia 510 E. 4b S. 512 f.; 116 Ia 449 E. 3b S. 451 f.; 110 Ia 163 E. 6a S. 165; ZBl 85/1984 76, E. 3b). Im vorliegenden Fall hat der Stadtrat am 16. Dezember 1998, gestützt auf das Ergebnis des Anhörungsverfahrens, den im März 1998 publizierten BZO-E 98 als Vorschlag zuhanden des Gemeinderates geändert und damit seinen Änderungswillen hinreichend konkret dokumentiert. ee) In BGE 118 Ia 510 hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob künftige planungsrechtliche Festlegungen, die erst im Laufe eines Rechtsmittelverfahrens konkrete Gestalt annehmen, gemäss § 234 PBG einem Projekt die zur Zeit des erstinstanzlichen Baumentscheids noch bestehende Baureife zu nehmen vermöchten. Das Verwaltungsgericht hatte damals entschieden, der Wegfall der planungsrechtlichen Baureife während des Rechtsmittelverfahrens sei nur zu berücksichtigen, wenn die Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen zugunsten des Gemeinwesens ausfalle. Im konkreten Fall kam das Verwaltungsgericht damals zum Ergebnis, dass kein überwiegendes Interesse an einer Beachtung der vorgesehenen künftigen Planung bestehe. Das Bundesgericht schützte auf staatsrechtliche Beschwerde hin den Entscheid des Verwaltungsgerichts, wobei freilich dessen Praxis, eine konkrete Interessenabwägung vorzunehmen, nicht beanstandet worden und demzufolge vom Bundesgericht nicht zu prüfen war (a.a.O., E. 4c S. 513). Hier verhält es sich umgekehrt: Während des Rechtsmittelverfahrens wurde durch Änderung der stadträtlichen

Planungsabsichten eine zur Zeit des erstinstanzlichen Entscheids noch nicht bestehende Baureife geschaffen. Es fragt sich, ob das Verwaltungsgericht unter diesen Umständen das Projekt bewilligen durfte. ff) Nach ständiger Rechtsprechung des zürcherischen Verwaltungsgerichts ist in Baubewilligungssachen auf das im Zeitpunkt des letztinstanzlichen Entscheids geltende Recht abzustellen, vorliegend mithin auf das Recht, welches am 20. August 1999 in Kraft stand. Die Beschwerdeführer bringen nicht substantiiert vor, diese Rechtsprechung stehe im Widerspruch zu einer klaren Norm oder zu anerkannten Rechtsgrundsätzen. Bei der Beurteilung der Frage, welches Recht bei einer Änderung der Rechtsgrundlage Anwendung findet, gilt der Grundsatz, dass diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 119 Ib 103 E. 5 S. 110; 113 Ib 246 E. 2a S. 249). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann deshalb in Baubewilligungssachen ein im Laufe des Rechtsmittelverfahrens neu in Kraft getretenes Recht berücksichtigt werden, da der rechtlich zu ordnende Sachverhalt der Baubeginn ist (BGE 113 Ib 246 E. 2a S. 249; 107 Ib 133 E. 2a S. 137; 99 Ia 113 E. 4b S. 122; Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 113 f.; Max Imboden/René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Basel 1976, Nr. 15.B.II.a S. 96; René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt 1990, Nr. 15.B.II.a S. 44). Die dagegen in der Lehre teilweise erhobene Kritik (Haller/Karlen, a.a.O., S. 99 f. und 223; Alfred Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, ZSR 1983 II S. 208 ff.; Pierre Moor, Droit administratif I, 2. Aufl., Bern 1994, S. 175 f.) geht insbesondere von der Konstellation aus, dass zum Nachteil des Bauwilligen auf strengeres Recht abgestellt wird, was hier nicht der Fall ist. Demnach kann es jedenfalls nicht als willkürlich erachtet werden, wenn das Verwaltungsgericht davon ausgegangen ist, dass nicht die zur Zeit der Erteilung der Baubewilligung, sondern die zur Zeit seines Urteils aktuelle Planungsabsicht zu berücksichtigen sei, mithin der BZO-E 99. Dieser enthielt kein generelles Verbot von Arealüberbauungen in der Zone W2b. Dass der Gemeinderat die dem BZO-E 99 zugrunde liegende Planungsabsicht nachträglich wieder geändert hat, kann - wie ausgeführt (E. 3e/bb) - nicht massgebend sein. Es ist daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Verwaltungsgericht das hier streitige Projekt nicht als grundsätzlich unzulässig betrachtete. 4.- Umstritten ist weiter, ob das fragliche Bauvorhaben mit dem kraft Vorwirkung beachtlichen BZO-E 99 vereinbar ist. a) Das Verwaltungsgericht hat den Einwand der negativen Vorwirkung mit zwei alternativen Begründungen verworfen. Es hat erstens erwogen, bei der intertemporalen Anwendung von § 234 PBG sei eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen. Zweitens hat es ausgeführt, dass auch eine negative Präjudizierung des BZO-E 99 durch die vorgesehene Überbauung verneint werden müsste. § 234 PBG verlangt an sich zwingend die Berücksichtigung der beantragten planungsrechtlichen Festlegungen, ohne dass den Behörden dabei ein Ermessensspielraum zukäme (vgl. auch BGE 116 Ia 449 E. 4c S. 454; 110 Ia 163 E. 6a S. 165). Die Frage, ob die Praxis des Verwaltungsgerichts, in solchen Fällen eine Interessenabwägung vorzunehmen, eine willkürliche Anwendung von § 234 PBG darstelle, kann jedoch offen gelassen werden, wenn sich die zweite Begründung, wonach durch das Projekt eine nachteilige Beeinflussung des BZO-E 99 nicht anzunehmen sei, willkürfrei halten lässt. b) Zu prüfen ist demnach, ob das Verwaltungsgericht willkürlich eine nachteilige Beeinflussung des hier massgebenden BZO-E 99 durch das streitige Projekt verneint hat. aa) Das Verwaltungsgericht hat erwogen, gemäss Art. 8 BZO-E 99 wäre für Arealüberbauungen

eine Gebäudehöhe von 11,5 Metern und eine Ausnutzung von 50 % erlaubt. Diese Ausnutzung werde durch das streitige Projekt zwar überschritten, doch könnte diese Ausnutzungsüberschreitung durch eine eher geringfügige Abänderung des Bauvorhabens (Umwandlung des dritten Vollgeschosses in ein Dachgeschoss) behoben werden, ohne dass sich dadurch für die Beschwerdeführer ein wesentlich anderes Bild der streitigen Überbauung bieten würde. bb) Diese Beurteilung ist jedenfalls nicht willkürlich. § 234 PBG bedeutet nicht, dass das beantragte künftige Recht strikt vorangewendet werden müsste, wie wenn es bereits in Kraft stünde; zu verhindern ist bloss eine negative Präjudizierung der beabsichtigten Planung (vgl. BGE 118 Ia 510 E. 4d/e S. 514 f.; 116 Ia 449 E. 4a S. 453). Damit ist vereinbar, geringfügige Abweichungen vom beantragten künftigen Recht zuzulassen. Die Beschwerdeführer stellen nicht in Abrede, dass bei dem vom Verwaltungsgericht herangezogenen, mit dem BZO-E 99 konformen Vergleichsbeispiel (Dachgeschoss statt drittes Vollgeschoss) das Gebäude optisch nicht wesentlich anders wirken würde als das vorliegend bewilligte. Die Nachbarn würden dadurch in ihrer Aussicht in vergleichbarer Weise beeinträchtigt wie durch das jetzt bewilligte Projekt. Dasselbe würde für den quartierprägenden Charakter der Überbauung gelten. Die Beschwerdeführer wenden sich in Wirklichkeit dagegen, dass der bestehende Charakter des Quartiers durch grössere Wohnblöcke im Stil des streitigen Projekts verändert wird. Solche Projekte wären jedoch nach dem hier massgebenden BZO-E 99 grundsätzlich zulässig gewesen und können daher nicht generell verweigert werden. cc) Unbegründet ist die Rüge der Beschwerdeführer II, nach dem BZO-E 99 wäre nur eine Gebäudehöhe von 11,5 Metern zulässig gewesen, während das fragliche Projekt eine Höhe von 14,4 Metern erreiche. Das zürcherische Baurecht versteht unter "Gebäudehöhe" die Fassadenhöhe der erlaubten Vollgeschosszahl (§ 278 PBG). Über diese Gebäudehöhe hinaus können ein Schrägdach bis maximal 7 Meter Höhe (§ 281 Abs. 1 lit. b PBG) bzw. Dachgeschosse und Dachaufbauten errichtet werden. Es spricht nichts dafür, dass der Begriff "Gebäudehöhe" in Art. 8 Abs. 4 BZO-E 99 in Abweichung von der sonst im zürcherischen Baurecht verwendeten üblichen Terminologie die Gesamthöhe (Firsthöhe) meinen würde. Nach den von den Beschwerdeführern II eingereichten Plänen überschreiten die fraglichen Gebäude die so gemessene Gebäudehöhe von 11,5 Metern nicht. c) Der Beschwerdeführer I rügt, das Verwaltungsgericht habe eine willkürliche Interessenabwägung vorgenommen; es hätte berücksichtigen müssen, dass die Verhinderung von Arealüberbauungen am Zürichberg gewichtigen öffentlichen Interessen diene. Diese Rüge ist schon deshalb unbegründet, weil nach der im Zeitpunkt des Urteils des Verwaltungsgerichts massgebenden Planungsabsicht (BZO-E 99) eben gerade keine generelle Verhinderung von Arealüberbauungen am Zürichberg vorgesehen war. Ein Bauprojekt kann nicht gestützt auf § 234 PBG im Hinblick auf irgendwelche planerischen oder politischen Ziele und Vorstellungen verhindert werden, auch wenn diese als solche berechtigt sein mögen. Demzufolge ist es auch unerheblich, ob - was das Verwaltungsgericht annimmt und die Beschwerdeführer bestreiten - der Planungsaufwand der Beschwerdegegnerin gross gewesen ist. d) Hat das Verwaltungsgericht zulässigerweise bei der Anwendung von § 234 PBG den BZO-E 99 zugrunde gelegt und eine nachteilige Beeinflussung der beabsichtigten Planung durch das streitige Projekt verneint, so ist es unerheblich, ob die Beschwerdegegnerin ihr Baugesuch in spekulativer Absicht eingereicht hat und sich des Risikos von Rechtsänderungen bewusst sein musste. Wohl hätte sie sich vermutlich nicht auf den Vertrauensschutz berufen können, wenn der Stadtrat den BZO-E 99 nicht verabschiedet hätte und in der Folge die Rechtsmittelinstanzen gestützt auf § 234 PBG und

den BZO-E 98 die Bewilligung verweigert hätten. Dass dies nicht eingetreten ist, kann ihr aber nicht zum Nachteil gereichen. Zwar erhält damit im Ergebnis die Beschwerdegegnerin das Recht, ein Bauprojekt zu realisieren, das voraussichtlich in Zukunft nicht mehr bewilligt werden würde. Das ist jedoch nichts anderes als die logische Folge daraus, dass das bisher geltende Recht (BD-BZO) Arealüberbauungen zulässt und im massgeblichen Entscheidungszeitpunkt (20. August 1999) die Planungsabsicht, in Zukunft Arealüberbauungen auszuschliessen, noch nicht mit der erforderlichen Klarheit festgelegt war. Darin, dass einem Bauherrn aufgrund der noch geltenden Rechtslage ein Projekt bewilligt wird, welches später nach Änderung des Planungsrechts anderen Bauherren nicht mehr bewilligt werden wird, liegt keine Rechtsungleichheit; es ist dies die Konsequenz der Änderbarkeit der Rechtsordnung. 5.- Zu prüfen bleibt, ob die geltenden Vorschriften über die Arealüberbauung willkürlich angewendet wurden. a) Die Beschwerdeführer II rügen eine willkürliche Anwendung der Vorschriften über die Berechnung der Überbauungsziffer. aa) Unbestritten ist auf dem Baugrundstück eine Überbauungsziffer von maximal 22 % der massgebenden Grundstücksfläche zulässig, was 1'180,5 m<sup>2</sup> entspricht. Das Verwaltungsgericht geht davon aus, dass das streitbetreffende Projekt insgesamt eine überbaute Fläche von 1'222 m<sup>2</sup> aufweist, wobei aber gemäss Nebenbestimmung in der Baubewilligung eine entsprechende Korrektur angeordnet worden sei. Die Beschwerdeführer II berechnen hingegen eine überbaute Fläche von 1'472,6 m<sup>2</sup>. Die Differenz resultiert aus einer unterschiedlichen Berechnung der Balkone, die eine Tiefe von 2,1 Metern aufweisen, sowie der Eingangsüberdachungen. Nach § 256 Abs. 2 PBG fallen für die Berechnung der massgebenden Überbauungsziffer "oberirdische Vorsprünge wie Balkone bis zu einer Tiefe von 2 m" ausser Ansatz. Das Verwaltungsgericht hat diese Bestimmung so ausgelegt, dass nur derjenige Teil der Balkone, der 2 Meter überschreitet, zu berücksichtigen ist. Die Beschwerdeführer sind hingegen der Ansicht, Balkone von mehr als 2 Metern Tiefe seien in ihrer ganzen Tiefe anzurechnen. bb) Die Betrachtungsweise der Beschwerdeführer entspricht zwar der skizzenhaften erläuternden Darstellung im Anhang zur Allgemeinen Bauverordnung vom 22. Juni 1977. Doch kann die gegenteilige Ansicht des Verwaltungsgerichts jedenfalls nicht als willkürlich betrachtet werden. Sie entspricht dem Wortlaut von § 256 Abs. 2 PBG und ist auch im Ergebnis sinnvoll. Es wäre in sich widersprüchlich und stossend, einen Balkon von 2 Metern Tiefe überhaupt nicht, einen Balkon von 2,1 Metern jedoch in seiner ganzen Tiefe anzurechnen. Aktenwidrig ist die Rüge der Beschwerdeführer II, das Verwaltungsgericht räume selber ein, dass diese Auslegung gegen den Wortlaut von § 256 PBG und gegen die bisherige Praxis zustande komme. Das Verwaltungsgericht erachtet im Gegenteil den Wortlaut als Stütze der von ihm vertretenen Auslegung und äussert sich zur bisherigen Praxis überhaupt nicht. Dasselbe gilt auch für die Eingangsüberdachungen. b) Die Beschwerdeführer II rügen sodann eine willkürliche Anwendung der Vorschriften über die zulässige Ausnützung. aa) Die Beteiligten sind sich einig, dass die zulässige Ausnützung nicht höher sein darf als die Ausnützung, die bei einem Vergleichsprojekt nach Regelbauweise zulässig wäre. Umstritten ist jedoch die konkrete Berechnung des Vergleichsprojekts. Unbestritten wären bei einer Regelbauweise zwei Vollgeschosse, ein Dachgeschoss und ein Untergeschoss erlaubt. Das Verwaltungsgericht hat demgemäss die massgebende Überbauungsziffer von 1'180,5 m<sup>2</sup> mit 3,8 multipliziert (drei Geschosse zu 100 % und das Dachgeschoss zu 80 %), was eine erlaubte Bruttogeschossfläche von rund 4'485,5 m<sup>2</sup> ergebe, die vorliegend eingehalten sei. Die Beschwerdeführer gehen demgegenüber davon aus, dass das Vergleichsprojekt nicht nur aufgrund der Überbauungsziffer, sondern auch an-

hand der weiteren Primärvorschriften wie Abstände, Geschosszahl, Gebäudehöhe, Gebäudelänge, Gebäudebreite usw. zu bestimmen sei. Die vom Verwaltungsgericht berechnete zulässige Nutzungsfläche komme nur unter Verletzung der Vorschriften über die Geschosszahl und die Gebäudehöhe zustande. bb) Selbst wenn der Ansicht der Beschwerdeführer gefolgt wird, dass für die Berechnung des Vergleichsprojekts auch die Vorschriften über die Geschosszahl und Gebäudehöhe zu berücksichtigen seien, ist nicht ersichtlich, inwiefern die Betrachtung des Verwaltungsgerichts willkürlich sein soll. In der Zone W2 sind nach Regelbauweise unbestritten zwei Vollgeschosse zulässig. Das zusätzlich erlaubte Dachgeschoss mit 80 % anzurechnen, ist jedenfalls nicht willkürlich. Ebenso wenig ist ersichtlich, weshalb ein Untergeschoss unzulässig sein sollte. Die gemäss § 279 Abs. 1 PBG in der Regelbauweise zulässige Gebäudehöhe von 8,1 Metern lässt jedenfalls zwei Vollgeschosse und ein nutzbares Untergeschoss zu. Wohl darf ein Untergeschoss, soweit es nicht über eine hinreichende Fensterfläche verfügt, nicht zu Wohn- und Schlafzwecken genutzt werden (§ 302 PBG), doch sind andere Nutzungen zulässig und denkbar. Zudem kann bei einer Gebäudehöhe von 8,1 Metern ein wesentlicher oder gar der grösste Teil des Untergeschosses oberirdisch liegen, zumal wenn die maximale Geschosshöhe nicht ausgenützt wird. Die vom Verwaltungsgericht zugrunde gelegte Vergleichs-Regelüberbauung antizipiert somit nicht bereits Arealüberbauungsprivilegien. cc) Soweit eine Verletzung der Vorschriften über die Gebäudehöhe gerügt wird, ist dies unbegründet. Nach § 72 Abs. 1 PBG kann die Bau- und Zonenordnung für Arealüberbauungen Abweichungen von den Bestimmungen für die Regelbauweise erlauben. Nach Darlegung der Baurekurskommission, auf welche das Verwaltungsgericht verweist, darf gemäss Art. 17 Abs. 4 BD-BZO bei Arealüberbauungen die zonengemässe Vollgeschosszahl und Gebäudehöhe überschritten werden. Die Beschwerdeführer legen nicht dar, inwiefern dies willkürlich sein soll. Im Übrigen vergleichen die Beschwerdeführer II fälschlicherweise die vorliegend bewilligte gesamte Höhe der Gebäude (bis zu 14,4 m) mit der angeblich nach Regelbauweise zulässigen Gebäudehöhe von 8,1 Metern. Denn zusätzlich zu dieser Höhe könnten nach Regelbauweise ein Dachgeschoss oder ein Schrägdach bis zu 7 Metern Höhe errichtet werden (vorne E. 4b/cc).

c) Schliesslich rügt der Beschwerdeführer I eine willkürliche Anwendung von § 71 PBG.

aa) Nach dieser Bestimmung müssen Arealüberbauungen "besonders gut gestaltet" sein. Die Baurekurskommission hat erwogen, dass die örtliche Baubehörde bei der Anwendung dieser Vorschrift über einen erheblichen Ermessensspielraum verfüge; die Rechtsmittelinstanz greife nur ein, wenn die kommunale Baubehörde ihr Ermessen missbraucht, überschritten oder sonstwie rechtsverletzend gehandhabt habe. Das Verwaltungsgericht hat ausgeführt, die Baurekurskommission habe die zur Kognition entwickelten Grundsätze zutreffend dargelegt. Sei der angefochtene Entscheid vertretbar, müsse er geschützt werden, auch wenn andere Lösungen ebenfalls denkbar wären. Es, das Verwaltungsgericht, habe die Frage der Gestaltung und Einordnung nicht von Grund auf selber zu prüfen, sondern nur zu entscheiden, ob die Bausektion das ihr zustehende Ermessen in rechtsverletzender Weise gehandhabt habe. bb) Diese Erwägungen entsprechen dem allgemeinen Grundsatz, dass die Gerichte die Ermessensausübung der lokalen Behörden nicht überprüfen, solange sie nicht rechtsfehlerhaft ist. Der Beschwerdeführer I beanstandet einzig in appellatorischer Weise die von den kantonalen Behörden angestellten Beurteilungen, legt aber nicht dar, inwiefern diese rechtsfehlerhaft sein sollen. Erst recht nicht macht er geltend, dass das Verwaltungsgericht, indem es den Ermessensspielraum der Verwaltungsbehörden respektierte, willkürlich gehandelt haben

soll. Es liegt auf der Hand, dass zu der Frage, ob eine Überbauung besonders gut gestaltet sei, sehr unterschiedliche Ansichten vertreten werden können. Zwar mag zutreffen, dass das vorgesehene Projekt vom Charakter des Quartiers und insbesondere der unmittelbar benachbarten Liegenschaften deutlich abweicht. Das ist offensichtlich darauf zurückzuführen, dass - wie der Beschwerdeführer I ausführt - die bestehende bauliche Ausnützung der Umgebung weit hinter der zulässigen Ausnützung zurückgeblieben ist. Indessen besteht kein Anspruch darauf, dass ein bisheriger Quartiercharakter erhalten bleibt, wenn die anwendbare baurechtliche Ordnung (BD-BZO) eine dichtere Überbauung zulässt. Wohl muss nach § 71 Abs. 2 PBG auch die Beziehung des Projekts zum Ortsbild sowie zur baulichen und landschaftlichen Umgebung beachtet werden. Es ist den Beschwerdeführern ohne weiteres zuzugestehen, dass Bauprojekte denkbar sind, die besser auf die Umgebung abgestimmt wären. Doch vermag dies den angefochtenen Entscheid angesichts des grossen Ermessensspielraumes, den § 71 PBG den zuständigen Behörden einräumt, nicht als willkürlich erscheinen zu lassen. 6.- Die staatsrechtlichen Beschwerden erweisen sich somit als unbegründet und sind daher abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten je hälftig dem Beschwerdeführer I sowie den Beschwerdeführern II (unter sich mit solidarischer Haftung) aufzulegen (Art. 156 Abs. 1 und 7 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG). Die Beschwerdeführer haben zudem der privaten Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zu entrichten (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG).

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