

# GR\_GERICHTE R 2018 70 vom 25. November 2019

GR Gerichte, 2019-11-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_R\\_2018\\_70](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_R_2018_70)

FR: GR\_GERICHTE R 2018 70 du 25 novembre 2019

IT: GR\_GERICHTE R 2018 70 del 25 novembre 2019

## Regeste

Vorbescheid in Bausache | Baurecht

## Erwägungen

### E. 5

Nachdem der Gemeinderat am 29. Januar 2019 in Abweisung des Wiedererwägungsgesuchs seine Stellungnahme vom 31. Juli 2018 bestätigt hatte, wurde das Beschwerdeverfahren wieder aufgenommen.

#### E. 5.1

Zulässig ist es, in die Berechnung der überbaubaren Fläche eines Grundstücks angrenzendes, nicht überbautes Land (auch eines Dritten) einzubeziehen, unter der Bedingung, dass dieses nicht schon bei der Berechnung der überbaubaren Fläche einer anderen Liegenschaft berücksichtigt wor-

- 5 - den ist und hierfür später nicht mehr in Frage kommen kann (sog. Nutzungsübertragung; BGE 101 Ia 289 E. 3a). Zudem muss das Nachbargrundstück grundsätzlich in der gleichen Zone liegen und denselben Nutzungsvorschriften unterworfen sein (BGE 109 Ia 188 E. 3, 119 Ia 113 E. 3c ff.). Eine Ausnützungsübertragung von einem Grundstück auf ein anderes ist eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung (vgl. zum Ganzen HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Aufl., Bern 2016, S. 322 Fn. 115). Die Begrenzung der Baukuben wird vor allem über die Vorschriften zu den Gebäude- und Grenzabständen, Gebäudelängen und -höhen sowie der Geschosshöhe bestimmt. Die Bruttogeschossfläche dagegen (bzw. die Ausnützungsziffer) gewährleistet eine einheitliche Überbauung einer Zone mit gleich grossen Bauten nicht, sondern kann nur erreichen, dass in der Bauzone gesamthaft gesehen eine gewisse Baudichte nicht überschritten wird (Urteil des Bundesgerichts 1C\_228/2014 vom 16. Oktober 2014 E. 2.5 m.H.).

#### E. 5.2

Gemäss Art. 99 (Nutzungsübertragungen und Parzellierung) des kommunalen Baugesetzes (BG) kann die Baubehörde Nutzungsübertragungen zwischen angrenzenden oder bloss durch Strassen, Bäche oder Bahnen getrennten Grundstücken innerhalb der gleichen Bauzone zulassen, sofern ein entsprechender, im Grundbuch eingetragener Dienstbarkeitsvertrag zwischen den betroffenen Grundeigentümern vorliegt. Es ist eine entsprechende Anmerkung im Grundbuch vorzunehmen (Abs. 1). Bei Abparzellierungen dürfen die abgetrennten Flächen nur soweit überbaut werden, als die Ausnützungsziffer über die ganze ursprüngliche Parzelle eingehalten wird (Abs. 2).

#### E. 5.3

Gestützt auf Art. 99 Abs. 1 BG hat die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Vorbescheid die Nutzungsübertragung von Parzelle 576 auf die Parzelle 5434 für unzulässig erachtet, da zwischen diesen Grundstücken

- 6 - Parzelle 5454 liege und die Nutzungsübertragung deshalb nicht, wie vom Gesetz verlangt, zwischen angrenzenden Grundstücken erfolge. Nun wendet die Beschwerdeführerin ein, dass Abs. 1 und 2 des Art. 99 BG gesamthaft zu betrachten sei. Wenn bei Abparzellierungen eine Gesamtbetrachtung nötig, aber auch erlaubt sei – und zwar unabhängig davon, ob die Teilparzellen aneinandergrenzen –, dann dürfe es sich nicht anders verhalten, wenn im Nachhinein eine Ausnutzungsverlagerung zwischen diesen abparzellierten (Teil-)Parzellen erfolgen soll: damit entstehe ja keine Kubatur, welche nach den Intentionen des Gesetzgebers nicht statthaft sei. Und vor allem ergäbe die Bestimmung gar keinen Sinn, wenn nach der Abparzellierung keine Transfers von Ausnutzung unter den Teilparzellen mehr möglich wären: Die Vorgabe, wonach die zulässige Ausnutzung gesamthaft eingehalten werden muss (egal, wo diese auf den Teilparzellen realisiert wird), könne begriffsnotwendig nur und erst dann zum Tragen kommen, wenn nicht mehr eine Parzelle zur Diskussion stehe, weil ja die Ausnutzung auf einer Gesamtparzelle ohnehin das zulässige Mass respektieren müsse. Damit könne die Beschränkung gemäss Abs. 1 von Art. 99 BauG im Falle eines nachträglichen Transfers innerhalb eines parzellierten Areals keine Geltung beanspruchen; zulässige Schranke für Transfers bilde einzig die Vorgabe, dass die auf dem ursprünglichen Gesamtareal erlaubte Ausnutzung eingehalten bleiben muss. Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, auch wenn vor der Grundstücksteilung die bauliche Ausnutzung vollumfänglich in einem Bereich der Parzelle hätte realisiert werden können, sei es durchaus sachgerecht, nach einer Abparzellierung einen Nutzungstransfer nur noch zwischen Nachbargrundstücken zuzulassen. Art. 99 BG diene nicht nur der Sicherstellung einer verträglichen Bebauung, sondern schütze auch den Nachbarn einer Bauparzelle. Die Eigentümerin der Parzelle 5454 dürfe nicht nachträglich, das heisse, ohne dass die Ausnutzung vorgängig bereits bei der Grundstücksteilung zu Gunsten des empfangenden Grundstücks gesichert und im Grundbuch angemerkt worden wäre, durch eine Nutzungsübertragung von

- 7 - nicht angrenzenden oder nicht bloss durch Strassen, Bäche oder Bahnen getrennte Grundstücke belastet werden – falls auf Parzelle 576 überhaupt noch Ausnutzung verfügbar wäre, was hier offengelassen werden könne.

#### **E. 5.4**

Entgegen Art. 51 Abs. 1 lit. a VRG kommt hier dem Verwaltungsgericht als erster Beschwerdeinstanz in Baubewilligungssachen grundsätzlich volle Kognition zu (vgl. Art. 33 Abs. 3 lit. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung [RPG; SR 700]). Die hier strittigen, kommunalen Bauvorschriften sind aber autonomes Gemeinderecht. Dabei bezieht sich die Gemeindeautonomie nicht nur auf die Rechtsetzung, sondern auch auf die Rechtsanwendung und -auslegung. Das Verwaltungsgericht hat sich dann bei der Anwendung und Auslegung solcher Normen Zurückhaltung aufzuerlegen. Den Gemeinden kommt demnach gemäss konstanter Rechtsprechung ein geschützter Beurteilungsspielraum zu, in welchen das Gericht nur eingreift, wenn sie diesen Spielraum missbrauchen oder überschreiten (vgl. VGU R 14 98 vom 10. Februar 2015 E. 3a m.H.). Ausserdem besteht hier kein unbedingter Anspruch auf einen Ausnutzungstransfer, zumal es sich bei Art. 99 Abs. 1 BG um eine Kann-Vorschrift handelt, weshalb der Beschwerdegegnerin auch diesbezüglich ein Ermessensspielraum zukommt. Die Kognition des Verwaltungsgerichtes

beschränkt sich damit praktisch auf eine Willkürprüfung. Es liegt demnach noch keine Rechtsverletzung vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht fällt, und zwar selbst wenn diese als angemessener erschien als die von der Baubehörde gewählte (keine Angemessenheitskontrolle; vgl. VGU R 16 52 vom 16. Dezember 2016 E. 4b/bb).

### **E. 5.5**

Vor der Abparzellierung bildeten die Bauten im Geviert der Parzellen 576, 5595, 5619, 5454 und 5434 gemäss unbestrittenen Ausführungen der Beschwerdeführerin Teil einer Gesamtüberbauung. Dies hilft der Beschwerdeführerin bei der Frage einer Nutzungsübertragung aber nicht weiter, denn Art. 99 BG regelt zwei verschiedene Tatbestände: Zum einen sieht

- 8 - dessen Abs. 1 die Möglichkeit zur Bewilligung von Nutzungsübertragungen zwischen angrenzenden oder bloss durch Strassen, Bäche oder Bahnen getrennten Grundstücken innerhalb der gleichen Bauzone vor, zum anderen bestimmt dessen Abs. 2 die Ausnutzungsberechnung für abparzellierte Grundstücke. Nach der von der Beschwerdegegnerin gestützt auf den Wortlaut von Art. 99 Abs. 1 BG vertretenen Auffassung wird ein Nutzungs-transfer nach einer Abparzellierung nur noch zwischen Nachbargrundstücken zugelassen, unabhängig von der Gesamtbetrachtung, die laut Art. 99 Abs. 2 BG für die Ausnutzungsberechnung abparzellierter Grundstücke zum Zuge kommt. Das Gericht kann diese Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht beanstanden, selbst wenn vor der Grundstücksteilung die bauliche Ausnutzung vollumfänglich in jenem Bereich der (Stamm-)Parzelle hätte konzentriert werden können, in dem nun die abparzellierte Bauparzelle liegt. Denn nach der Abparzellierung befindet sich zwischen der Bauparzelle 5434 und Parzelle 576 die in Stockwerkeigentum aufgeteilte Parzelle 5454, was hier nun für eine Nutzungsübertragung entscheidend ist. Die von der Beschwerdeführerin gewünschte Nutzungsübertragung von Parzelle 576 auf Parzelle 5434 muss den Voraussetzungen von Art. 99 Abs. 1 BG genügen (angrenzende oder bloss durch Strassen, Bäche oder Bahnen getrennte Grundstücke innerhalb der gleichen Bauzone; Einverständnis der Eigentümerschaft der Geberparzelle und der Nehmerparzelle). Sie muss diesen Voraussetzungen von Art. 99 Abs. 1 BG auch dann genügen, wenn es sich dabei um Flächen handelt, die früher zusammengehörten; dies, weil Art. 99 Abs. 1 BG diese Grundstücke nicht von der Einhaltung der vorerwähnten Voraussetzungen befreit. Eine gesetzliche Grundlage, solche Grundstücke von der Einhaltung dieser Vorschriften zu befreien, existiert nicht – vor allem bildet Art. 99 Abs. 2 BG dafür keine gesetzliche Grundlage, wie die Beschwerdeführerin sinngemäss fälschlicherweise behauptet. Art. 99 Abs. 2 BG besagt lediglich, dass für abparzellierte Flächen im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens überprüft werden muss, ob die Ausnutzungsziffer für die ganze ursprüngliche Par-

- 9 - zelle (noch) eingehalten wird oder nicht (Gesamtbetrachtungsmethode). Falls nein, fehlt eine Bewilligungsvoraussetzung und ist eine Baubewilligung zu verweigern. Diese Regelung hat aber mit derjenigen zur Nutzungsübertragung nichts zu tun. Die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin sind deshalb abzuweisen.

### **E. 5.6**

Im Übrigen ist Art. 99 BG, entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin, nicht zu entnehmen, dass dieser nachbarschützende Funktion in dem Sinne hat, dass ein Nachbar (Dritter) in das Verfahren betreffend Bewilligung einer Nutzungsübertragung

einzu beziehen wäre. Mit "betroffener Grundeigentümer" kann lediglich die Eigentümerschaft der Geberparzelle und der Nehmerparzelle gemeint sein. Der Schutz des Nachbarn ist da- durch gewährleistet, dass er dann, wenn sie ihm bekannt wird, also normalerweise im Baubewilligungsverfahren, gegen die betreffende, mit dem Bauprojekt realisierte Nutzungsübertragung Einsprache und Rechtsmittel einlegen kann. 6. Schliesslich hat die Beschwerdegegnerin die Gewährung eines Ausnut- zungsbonus abgelehnt, da die Bauparzelle 5434 gemäss GGP sich nicht im privilegierten Bereich mit höherer Ausnutzung befindet.

## **E. 6**

Die Gemeinde X. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) reichte am 14. Februar 2019 ihre Vernehmlassung ein, worin sie die Abweisung der Beschwerde beantragte.

### **E. 6.1**

Die Bauparzelle 5434 liegt in der Zone für städtisches Wohnen, wofür laut Art. 93 BG eine Ausnutzungsziffer von 1.0 gilt. Gemäss Art. 109 Abs. 2 BG kann der Generelle Gestaltungsplan (GGP) Bereiche festlegen, in denen unter Beachtung bestimmter Bedingungen eine Erhöhung des Masses der Nutzung möglich ist, wobei in einem solchen Bereich das Mass der Nut- zung um höchstens einen Fünftel angehoben werden darf. Unbestritten ist, dass Parzelle 5434 nicht im "Bereich Hotels" mit höherer Ausnutzung gemäss GGP enthalten ist. Nun wendet die Beschwerdeführerin ein, wie die spontane und unmissverständliche Aussage des Bauamtes zeige, werde praxisgemäss auch bei Hotels, welche im GGP nicht einem "Bereich

- 10 - Hotels" zugeschrieben seien, der Ausnutzungsbonus von 20 % gewährt. Dies müsse auch vorliegend gelten. Darauf erwidert die Beschwerdegeg- nerin, die Baubehörde habe keine eigene gesetzeswidrige Praxis zur Ge- währung des Hotelbonus entwickelt. Ausserhalb des im GGP festgelegten Hotelbereichs sei eine Erhöhung des Nutzungsmasses ausgeschlossen, weshalb die Beschwerdeführerin bei ihrer Parzelle 5434 auch nicht davon profitieren könne.

### **E. 6.2**

Grundsätzlich besteht kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht: Wenn eine Behörde in einem oder einigen wenigen Fällen eine vom Gesetz abweichende Entscheidung getroffen hat, gibt das den Privaten, die sich in der gleichen Lage befinden, grundsätzlich keinen Anspruch darauf, eben- falls abweichend von der Norm behandelt zu werden. Weicht die Behörde dagegen in ständiger Praxis – d.h. in mehreren Vergleichsfällen – vom Ge- setz ab, gibt sie zu erkennen, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser gesetzeswidrigen Praxis abweichen wird und stehen der gesetzeswidrigen Begünstigung im Einzelfall keine gewichtigen öffentlichen Interessen und keine schutzwürdigen Interessen Dritter entgegen, so können Private ver- langen, dass die widerrechtliche Begünstigung auch ihnen gewährt wird (vgl. VGU R 15 67 vom 17. Mai 2016 E. 4b; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 23 Rz. 18 f.).

### **E. 6.3**

Vorliegend verneint die Beschwerdegegnerin eine gesetzeswidrige Praxis zur Gewährung von Hotelboni ausserhalb des betreffenden Bereichs gemäss GGP. Mangels konkreter Indizien vermag die Beschwerdeführerin nicht den Anschein zu erwecken, dass eine solche

gesetzwidrige Praxis besteht. Sie hat aber die Edition der Baubewilligungen für Hotelbauten und -sanierungen in den vergangenen 20 Jahren durch die Baubehörde beantragt. Auf die Anordnung der Edition dieser Dokumentation kann indessen verzichtet werden, da selbst, wenn die von der Beschwerdeführerin behauptete Praxis vorläge, noch kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht

- 11 - bestünde, zumal aus der Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin abgeleitet werden kann, dass sie eine rechtswidrige Praxis nicht weiterführen würde. Die diesbezüglichen Einwände der Beschwerdeführerin erweisen sich somit als unbegründet. 7. Nach dem Gesagten sind die hier strittigen Antworten der Beschwerdegegnerin zu den Fragen 1 und 2 der Beschwerdeführerin im Vorbescheid vom 31. Juli 2018 zu bestätigen, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

#### **E. 7**

Am 18. März 2019 reichte die Beschwerdeführerin ihre Replik mit unveränderten Anträgen ein.

#### **E. 8**

Bei diesem Verfahrensausgang hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Kosten des vorliegenden Verfahrens von Fr. 3'000.-- zu tragen (Art. 73 Abs. 1 VRG). Der in ihrem amtlichen Wirkungsbereich obsiegenden Beschwerdegegnerin steht keine aussergerichtliche Parteientschädigung zu. Demnach erkennt das Gericht:

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