

## **ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE IV Nr. 0150/2016 vom 24. November 2016**

ZH Baurekursgericht, 2016-11-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_baurekursgericht\\_BRGE IV Nr. 0150\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_baurekursgericht_BRGE_IV_Nr._0150_2016)

FR: ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE IV Nr. 0150/2016 du 24 novembre 2016

IT: ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE IV Nr. 0150/2016 del 24 novembre 2016

### **Volltext**

BRGE IV Nr. 0150/2016 vom 24. November 2016 in BEZ 2017 Nr. 8 Die Baudirektion Kanton Zürich hatte eine von der Gemeindeversammlung beschlossene Revision von zwei Kernzonenbestimmungen (Art. 16 und 26 BZO) nicht genehmigt. In der Folge wurden diese Bestimmungen durch die Gemeinde dem BD-Entscheid entsprechend angepasst. Diese Anpassung erfolgte auf Grund einer von der Gemeindeversammlung beschlossenen Kompetenzdelegation zulässigerweise durch den Gemeinderat. Der Beschluss wurde von einem Stimmbürger mit Gemeindebeschwerde angefochten. Dieser beantragte bezüglich beider Bestimmungen die Restitution des Gemeindeversammlungsbeschlusses. Aus den Erwägungen: 2.1 Zur Begründung seiner Rekurslegitimation macht A. B. geltend, er sei «Einwohner der Politischen Gemeinde X und daher zum vorliegenden Rekurs legitimiert». Zum Rekurs und zur Beschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Anordnung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung hat. Dasselbe gilt für die Anfechtung von Erlassen (§ 338a des Planungs- und Baugesetzes [PBG]). Das Erfordernis des Berührtseins beinhaltet, dass der Rekurrent in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zum Streitgegenstand stehen und stärker als beliebige Dritte oder die Allgemeinheit von diesem betroffen sein muss. Das vom Gesetz alsdann verlangte schutzwürdige Interesse (Anfechtungsinteresse) setzt voraus, dass der Rekurrent mit der Gutheissung des Rekurses einen Nutzen erlangt bzw. einen Nachteil abwendet. Der angestrebte Nutzen muss stets ein eigener sein. Allein die Wahrnehmung von öffentlichen Interessen oder Interessen Dritter genügt nicht (Martin Bertschi, in: Kommentar VRG, 3. A., 2014, § 21 Rz. 10 ff. und 53 ff.). Bei der Anfechtung von raumplanungsrechtlichen Festlegungen wird die Rekurslegitimation namentlich dann angenommen, wenn der Rekurrent Grundeigentümer eines von der angefochtenen Festlegung erfassten Grundstückes ist und durch diese in seinen Baumöglichkeiten eingeschränkt wird. Ferner fallen, namentlich bei Ein- oder Aufzonungen, auch Nachbarrekurse in Betracht. Alleine die Einwohnerschaft in der Gemeinde verschafft noch keine Rekurslegitimation. Dass A. B. Eigentümer eines den strittigen Kernzonenvorschriften unterworfenen Grundstückes ist, hat er nicht erklärt und geht auch sonst nicht aus den Akten (auch nicht aus dem Protokoll der Gemeindeversammlung) hervor. Im vorangegangenen Einzelrichterentscheid BRGE IV Nr. 0035/2016 vom 17. Mai 2016 (= BEZ 2016 Nr. 18; [www.baurekursgericht-zh.ch](http://www.baurekursgericht-zh.ch)) blieb diese Frage offen, weil auf jenen Rekurs von A. B. gegen die nämliche Festlegung zufolge Fehlens des Genehmigungsentscheides der Baudirektion nicht eingetreten wurde. Frist zur Verbesserung der Legitimationsbegründung war A. B. nicht anzusetzen; die legitimationsbegründenden Sachumstände sind innert der

- 2- Rekursfrist (§ 22 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG]) darzulegen (VGr, 7. November 2012, VB.2012.00376, E. 6.2; BRGE I Nrn. 0052 und 0053/2013, E. 3.4 = BEZ 2013 Nr. 19). Im Übrigen beantragt A. B. bezüglich Art. 16 BZO eine die Baufreiheit einschränkendere Fassung der Bestimmung, womit in diesem Punkt ein eigener Vorteil im Obsiegensfalle auch unter der Vorgabe von Grundeigentum in der Kernzone nicht zu erkennen wäre. Dass A. B. aus nachbarlicher Sicht einen Nachteil abwenden würde, indem ihm von seinem Grundstück aus der Anblick künftiger nicht kernzonengerechter Um- und Neubauten erspart bliebe, wäre von ihm darzulegen gewesen, was indes unterblieb. In diesem Punkt setzt sich A. B. einzig für das öffentliche Interesse an einem genügenden Ortsbildschutz ein, was nicht legitimationsbegründend ist. A. B. ist demnach nicht rekurslegitimiert. 2.2 Fehlt es an der Rekurslegitimation, ist zu prüfen, ob für die Erhebung einer Gemeindebeschwerde im Sinne von § 151 Abs. 1 des Gemeindegesetzes (GG) die Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind. Dies ungeachtet des Umstandes, dass A. B. sein Rechtsmittel als «Rekurs» überschrieben hat. Nach § 151 Abs. 1 GG können Beschlüsse der Gemeinde und des Grossen Gemeinderates von den Gemeindebehörden, von Stimmberechtigten und von denjenigen Personen, die gemäss § 21 VRG dazu berechtigt sind, mit Beschwerde angefochten werden, wenn sie gegen übergeordnetes Recht verstossen (Ziff. 1) oder wenn sie offenbar über die Zwecke der Gemeinde hinausgehen und zugleich eine erhebliche Belastung der Steuerpflichtigen zur Folge haben bzw. Rücksichten der Billigkeit in ungebührlicher Weise verletzen (Ziff. 2). Mit diesem Rechtsmittel, der Gemeindebeschwerde, können auch Legislativakte raumplanerischen Inhalts angefochten werden. Die sachliche Zuständigkeit zur Behandlung dieser Beschwerden liegt beim Baurekursgericht (§ 153 GG; § 329 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes [PBG]; Entscheid des Verwaltungsgerichts AN.2011.00003 = BEZ 2011 Nr. 37). Gegen Nutzungspläne und die zugehörigen Vorschriften bestehen demnach zwei Rechtsmittel an das Baurekursgericht, nämlich einerseits der Rekurs gemäss § 19 Abs. 1 lit. a VRG und andererseits die Gemeindebeschwerde gemäss § 151 GG. Die Gemeindebeschwerde steht einem grösseren Personenkreis offen, weil die Legitimation nicht an die Voraussetzung einer besonderen Betroffenheit im Sinne von § 338a PBG geknüpft ist; es genügt die Stimmbürgereigenschaft des Anfechtenden. Hingegen sind die Rügemöglichkeiten, welche die Gemeindebeschwerde anbietet, eingeschränkt. Abgesehen von den bei der Anfechtung nutzungsplanerischer Festlegungen kaum je eine Rolle spielenden Beschwerdegründen gemäss Ziffer 2 der zitierten Bestimmung können lediglich Verstösse gegen übergeordnetes Recht, nicht aber auch die Unangemessenheit der angefochtenen Anordnung geltend gemacht werden. 2.3.1 Aus dem Protokoll der Gemeindeversammlung X ergibt sich die Mitwirkung von A. B. mit mehreren Voten bzw. Anträgen. Hieraus ist ohne

- 3- weiteres auf seine Stimmberechtigung zu schliessen, womit diese Eintretensvoraussetzung erfüllt ist. An dieser Stelle Bezug zu nehmen ist auf den Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz, der im Kontext mit der Abgrenzung der Zuständigkeiten von Bezirksrat und Baurekursgericht folgende Feststellung zu enthält: «Der Rekurs an das Baurekursgericht [gegen planungsrechtliche Festlegungen] gilt zugleich als Anwendungsfall von § 151 GG, so dass er auch von Stimmberechtigten erhoben werden kann» (Jürg Bosshart/Martin Bertschi, in: Kommentar VRG, 3. A., 2014, § 19b Rz. 82). Dies kann richtigerweise jedenfalls nicht so verstanden werden, dass gegen planungsrechtliche Festlegungen ein Stimmbürger per se auch rekurslegitimiert wäre. Die Stimmberechtigung verschafft einzig Zugang zur Gemeindebeschwerde. Bei anderem Verständnis wäre der fragliche Passus unnötig: Dass Stimmberechtigte vom Rekurs nicht

ausgeschlossen sind, ist selbstverständlich. Mithin bleibt es bei der zuvor schon getroffenen Feststellung der fehlenden Rekurslegitimation. Das Rechtsmittel ist als Gemeindebeschwerde entgegenzunehmen. Von einem förmlichen Nichteintreten auf das Rechtsmittel als Rekurs ist abzusehen, ebenso von einer Anpassung der Parteibezeichnung im Rubrum dieses Entscheides.

2.3.2 Die beiden strittigen BZO-Bestimmungen wurden wie gesagt auf Grund einer von der Gemeindeversammlung beschlossenen Kompetenzdelegation vom Gemeinderat festgesetzt. Solche Kompetenzdelegationen betreffend nutzungsplanerische Festlegungen, welche durch Rechtsmittel- oder Genehmigungsentscheide erforderlich geworden sind, sind zulässig, sofern für die Nachfolgefestlegung kein Ermessensspielraum verbleibt (BRKE IV Nr. 211/1995 = BEZ 1996 Nr. 7; [www.baurekursgericht-zh.ch](http://www.baurekursgericht-zh.ch)). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Davon geht auch die Baudirektion aus, andernfalls sie der Nachfolgefestlegung zufolge Verletzung der Zuständigkeitsordnung die Genehmigung versagt hätte. Auch der Rekurrent scheint dies nicht in Frage zu stellen. § 151 GG nennt als Anfechtungsobjekte der Gemeindebeschwerde Beschlüsse der Gemeinde und des Grossen Gemeinderates, mithin der Gemeindelegislative. Somit fragt sich, ob die Gemeindebeschwerde auch gegen planungsrechtliche Festlegungen erhoben werden kann, die wie hier von der Gemeindeexekutive erlassen wurden. Soweit ersichtlich, wurde dies bislang von den Gerichten nicht entschieden. Liessen sich Nachfolgefestlegungen des Exekutivorgans, die wie hier zufolge Nichtgenehmigung angeordnet wurden, mit der Gemeindebeschwerde nicht anfechten, so würde der doppelte Ausschluss des Stimmbürgers – zunächst von der Beschlussfassung über und hernach von der Gemeindebeschwerde gegen die Nachfolgefestlegung – mit dem Umstand kumulieren, dass der Stimmbürger, anders als bei Exekutivfestlegungen zufolge von Rechtsmittelentscheiden, auch schon vor der Nachfolgefestlegung in der betreffenden Sache kein Gericht anrufen konnte. Mithin würde der Planerlass

- 4- im betreffenden Punkt erstens durch eine blosser Verwaltungsanordnung und nicht durch einen Akt der Stimmbürgerschaft bestimmt, und dies zweitens ohne dass der Stimmbürger in der Sache je eine richterliche Überprüfung hätte veranlassen können. Mit der Stellung des Stimmbürgers im planungs-demokratischen Verfahren (§ 88 PBG; § 151 GG) wäre dies nicht vereinbar. Die Bestimmung von § 151 GG will dem Stimmbürger die Befugnis zur Anfechtung der von Gesetzes wegen in die Zuständigkeit der kommunalen Legislative fallenden Akte mittels Gemeindebeschwerde eröffnen. Dies kann nicht mit einer von der Praxis geschaffenen Delegation der Erlasskompetenz eingeschränkt werden. Würde die Gemeindebeschwerde gegen delegierte Exekutivfestlegungen zufolge des Wortlauts von § 151 GG ausgeschlossen, verstiesse die Kompetenzdelegation gegen Sinn und Zweck von § 151 GG und müsste diese Praxis daher aufgegeben werden.

2.4.1 Zu prüfen sind die weiteren Eintretensvoraussetzungen. Die Baudirektion macht geltend, A. B. hätte die materiellen Rügen zu Art. 16 und 26 BZO schon gegen den Nichtgenehmigungsentscheid vom 2. November 2015 vorbringen müssen. Die Eingabe vom 4. Juli 2016 sei daher verspätet erfolgt, weshalb auf das Rechtsmittel nicht einzutreten sei. Mit Dispositiv Ziffer III der Verfügung der Baudirektion vom 2. November 2015 wurde die Gemeinde X eingeladen, Dispositiv Ziffern I (teilweise Genehmigung) und II (teilweise Nichtgenehmigung) sowie den kommunalen Beschluss samt Rechtsmittelbelehrung zu veröffentlichen. Die Publikation erfolgte am 6. November 2015.

2.4.2 Bau- und Zonenordnungen sind der Baudirektion Kanton Zürich zur Genehmigung einzureichen. Bei der Genehmigung werden Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit und Angemessenheit geprüft. Die Genehmigung hat rechtsbegründende Wirkung. Der Genehmigungsentscheid wird

von der Gemeinde zusammen mit dem geprüften Akt veröffentlicht und aufgelegt (§ 2 lit. b, § 5 und § 89 Abs. 1 PBG). Die Genehmigung ist ein Aufsichtsinstrument und damit Ausdruck der Aufsichtsgewalt. Erfolgt die Genehmigung im vertikalen Verhältnis an ein anderes Gemeinwesen, stellt der Genehmigungsentscheid für dieses Gemeinwesen selbst eine Verfügung dar. Für die Privaten besteht demgegenüber keine Möglichkeit der direkten Anfechtung. Gegen negative Genehmigungsentscheide kann die Gemeinde als Planungsträgerin Rekurs erheben (Christoph - Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 5 Rz. 27; Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. A., 2013, Rz. 884; Bosshart/Bertschi, § 19 Rz. 39 ff.). 2.4.3 Hätte A. B. gegen den Nichtgenehmigungsentscheid eine Gemeindebeschwerde erhoben, wäre auf diese schon deswegen nicht einzutreten gewesen, weil die Gemeindebeschwerde nur gegen kommunale, nicht aber auch gegen kantonale Akte zulässig ist (§ 151 GG; BRGE IV Nr. 0179/2015 =

- 5- BEZ 2016 Nr. 5; [www.baurekursgericht-zh.ch](http://www.baurekursgericht-zh.ch)). Hätte er demgegenüber Rekurs gegen die Nichtgenehmigung erhoben, so wäre unbeschrieben der Frage des Grundeigentums auch auf diesen nicht einzutreten gewesen. Denn nicht der negative Genehmigungsentscheid, sondern die Pläne und Vorschriften der Bau- und Zonenordnung sind grundeigentümerverbindlich. Von einem negativen Genehmigungsentscheid ist der Grundeigentümer somit zumindest nicht unmittelbar betroffen, was indes Voraussetzung für die Rekurslegitimation bildet (§ 338a PBG; Bertschi, § 21 Rz. 17). Nur die Gemeinde ist, als Verfügungsadressatin des Nichtgenehmigungsentscheides, nach Massgabe von § 21 Abs. 2 VRG gegen diesen anfechtungsbefugt. Auch wenn die Genehmigungsbehörde der Gemeinde keinerlei Ermessen belässt, indem sie die genehmigungsfähige Neuformulierung einer Vorschrift ausdrücklich vorgibt, ist im Genehmigungsentscheid eine aufsichtsrechtliche Anweisung an die Gemeinde und keine Bauvorschrift zu erblicken. Anfechtbar ist nicht die Nichtgenehmigung, sondern die Nachfolgefestlegung. Diese Feststellungen werden auch durch die Bestimmung von § 234 PBG nicht in Frage gestellt, wonach ein Grundstück baureif ist, wenn durch die bauliche Massnahme keine noch fehlende oder durch den Gemeinderat beantragte planungsrechtliche Festlegung nachteilig beeinflusst wird. Würde zufolge Nichtgenehmigung (seltenerweise) eine planungsrechtliche Festlegung erforderlich, die gegenüber dem geltenden Recht einschränkender wäre, führte die negative Vorwirkung dieser noch fehlenden Festlegung nicht zur Anfechtbarkeit des Nichtgenehmigungsentscheides. Die negative Vorwirkung könnte nur bei der Anfechtung einer sich hierauf abstützenden Bauverweigerung in Frage gestellt werden. Anfechtbar wäre auch hier erst die am Ende des Erlassverfahrens stehende grundeigentümerverbindliche Festlegung. Demnach kann das Rechtsmittel von A. B. nicht mit der Begründung als verspätet eingestuft werden, er hätte bereits den Nichtgenehmigungsentscheid der Baudirektion vom 2. November 2015 anfechten müssen. Hierauf wäre vielmehr nicht einzutreten gewesen. 2.4.4 Im Übrigen bleibt auf Folgendes hinzuweisen: Kommt eine Planänderung nicht zustande, weil schon die Gemeinde die beantragte Festlegung nicht beschliesst, kann dieser Beschluss mit Rekurs bzw. Gemeindebeschwerde angefochten werden. Scheitert die Planänderung demgegenüber erst im Genehmigungsverfahren, hängen die Anfechtungsmöglichkeiten davon ab, ob die Nichtgenehmigung eine Nachfolgefestlegung auslöst, was nicht immer der Fall ist: Wird beispielsweise die Aufzoning von einer drei- zu einer viergeschossigen Zone nicht genehmigt, gilt die bisherige dreigeschossige Zonierung einfach weiter. Nur unter eben

dieser Vorgabe, dass eine Nachfolgefestlegung entfällt, kommt die Anfechtbarkeit des Nichtgenehmigungsentscheides mittels Rekurs durch den Grundeigentümer in Frage (BRGE IV Nr. 0014/2016 vom 4. Februar 2016, E. 3.2.). Hingegen entfällt auch diesfalls die Anfechtung mittels Gemeindebeschwerde, weil diese gegen kantonale Akte von vornherein nicht erhoben werden kann. Wie der dergestalt verbleibenden Rechtsschutzlücke

- 6- begegnet werden könnte, kann offen bleiben; eine kommunale Nachfolge- festlegung ist vorliegend ergangen. 2.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass A. B. als Stimmbürger beschwerdelegitimiert ist, die Gemeindebeschwerde gegen die angefochtene Exekutivfestlegung zulässig ist und er mit deren Anfechtung die Beschwerde rechtzeitig erhoben hat. Auch die übrigen Prozessvoraussetzungen sind erfüllt. Auf die Gemeindebeschwerde ist demnach einzutreten. (...) 4.1 (...) Die Baudirektion hat am Augenschein sinngemäss den Standpunkt eingenommen, bei der Überprüfung von Kernzonen, mit denen Ortsbilder von überkommunaler Bedeutung erfasst werden, sei die Kognition der Baudirektion weiter gefasst als bei Kernzonen mit kommunal bedeutsamen Ortsbildern. Geht es um ein Ortsbild von überkommunaler Bedeutung, obliegt dessen Wahrung insoweit in erhöhtem Masse der Baudirektion, als diese für die Inventarisierung der überkommunal bedeutsamen Ortsbilder zuständig ist (§ 203 Abs. 2 PBG in Verbindung mit § 211 Abs. 1 PBG). Zudem bedürfen Bauvorhaben im Perimeter solcher Ortsbilder nebst der kommunalen Baubewilligung auch der Bewilligung der Baudirektion (bzw. des Amtes für Raumentwicklung; Ziffer 1.4.1.4 des Anhangs zur Bauverfahrensverordnung [BVV]). Unterschiedliche Kognitionen gehen indes aus Gesetz und Verordnung nicht hervor. Ortsbilder von überkommunaler Bedeutung sind nicht per se schutzwürdiger als solche von kommunaler Bedeutung (BRKE I Nr. 202/2008 in BEZ 2009 Nr. 36; [www.baurekursgericht-zh.ch](http://www.baurekursgericht-zh.ch)). Würde eine erweiterte Überprüfungsbefugnis der Baudirektion aus den vorstehend genannten Kompetenzen abgeleitet, hätte dies wohl zur Folge, dass es der Baudirektion gestattet wäre, ihre vertretbare Lösung an die Stelle der ebenso vertretbaren Lösung der Gemeinde zu setzen (vgl. Marco Donatsch, in: Kommentar VRG, 3. A., 2014, § 20 Rz. 74 ff.). Mit BRGE IV Nr. 0014/2016 vom 4. Februar 2016 (E. 4.) wurde eine dergestalt erweiterte Kognition verneint. 4.2 Die Frage der Kognition der Genehmigungsbehörde stellt sich im Rekursverfahren über einen Nichtgenehmigungsentscheid. Überschreitet die Baudirektion mit der Nichtgenehmigung ihre Kognition, liegt ein Verstoss gegen § 5 Abs. 1 PBG und damit eine zur Aufhebung des Genehmigungsentscheides führende Rechtsverletzung vor (Donatsch, § 50 Rz. 37). Im Rechtsmittelverfahren über eine auf Grund eines Nichtgenehmigungsentscheides ergangene kommunale Nachfolgefestlegung bildet demgegenüber nicht die Nichtgenehmigung, sondern die Nachfolge- festlegung das Anfechtungsobjekt. Mit dem Verzicht auf Anfechtung der Nichtgenehmigung hat sich die Gemeinde deren Vorgaben für die Nachfolgefestlegung zu Eigen gemacht. Diese ist daher nicht anders zu überprüfen als eine genuin kommunale Festlegung. Hierbei bestehen unbeschrieben der mit § 20 VRG der Rekursinstanz eingeräumten vollen Kognition Einschränkungen, die der kommunalen Planungsautonomie und dem

- 7- prospektiv-technischen Ermessen geschuldet sind. Die Rekursinstanz darf eine vertretbare Festlegung nicht durch eine andere vertretbare Lösung ersetzen (Donatsch, § 20 Rz. 74 ff.). Die Frage, ob die Baudirektion mit der Nicht- genehmigung ihre Kognition überschritten hat, indem sie ihre vertretbare Lösung an die Stelle der ebenso vertretbaren Lösung der Gemeinde gesetzt hat, stellt sich demnach nicht mehr. Dies alles unbeschrieben

davon, ob der Genehmigungsentscheid für die kommunale Nachfolgefestlegung einen Ermessensspielraum belassen hat, oder ob dies – wie vorliegend – nicht der Fall ist. Im Gemeindebeschwerdeverfahren kann die Festlegung nur auf Verstöße gegen übergeordnetes Recht überprüft werden (§ 151 Abs. 1 Ziff. 1 GG). Unbesehen der Frage, ob die Nachfolgefestlegung Gegenstand eines Rekurs- oder Gemeindebeschwerdeverfahrens ist, muss stets die Begründung des vorangegangenen Nichtgenehmigungsentscheides in die Beurteilung mit einbezogen werden. (Die materielle Überprüfung der angefochtenen BZO-Bestimmungen führte zu deren Aufhebung.)

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