

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00574 vom 9. Februar 2005

ZH Verwaltungsgericht, 2005-02-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2010.00574

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00574 du 9 février 2005

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00574 del 9 febbraio 2005

Regeste

Baurechtlicher Vorentscheid | Zulässigkeit kommunalrechtlicher Bestimmungen betreffend innerzonaler Ausnutzungsübertragungen. Die streitbetreffene Regelung der Gemeinde Erlenbach, wonach eine Ausnutzungsübertragung innerhalb der gleichen Zone gegen Revers nur gestattet ist, wenn die betroffenen Grundstücke direkt aneinander stossen, erweist sich als zulässig (E. 3.3.6). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2010.00574 Urteil der 1. Kammer vom 12. Januar 2011 Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Keiser (Vorsitz), Verwaltungsrichter François Ruckstuhl, Verwaltungsrichter Hans Peter Derksen, Gerichtsschreiberin Nicole Tschirky. In Sachen A , vertreten durch RA B , Beschwerdeführerin, gegen 1. C , vertreten durch RA D , 2. E , vertreten durch RA F , Beschwerdegegnerschaft, und Ba u- und Planungskommission Erlenbach, vertreten durch RA G , Mitbeteiligte, betreffend baurechtlichen Vorentscheid, hat sich ergeben: I. Am 3. Dezember 2008 ersuchte A die Bau- und Planungskommission Erlenbach um einen Vorentscheid mit Verbindlichkeit gegenüber Dritten über verschiedene Fragen betreffend die Überbaubarkeit des Grundstücks Kat.-Nr. 01 an der H-Strasse 02 in Erlenbach. Mit Beschluss vom 27. Januar 2009 traf die Bau- und Planungskommission Erlenbach einen Vorentscheid mit Drittverbindlichkeit betreffend Nutzungsübertragung, Ausnützungserhöhung und Wegabstand. II. Gegen diesen Beschluss erhoben C am 27. Februar 2009, A am 6. März 2009 und E am 9. März 2009 Beschwerde an die Baurekurskommission II des Kantons Zürich. Am 8. Dezember 2009 führte die Baurekurskommission im Beisein der Parteien einen Augenschein durch. Mit Entscheid vom 14. September 2010 wurde der Rekurs von A abgewiesen, die Rekurse von E und C dagegen vollumfänglich gutgeheissen und der Beschluss der Bau- und Planungskommission Erlenbach vom 27. Januar 2009 aufgehoben. III. Mit Eingabe vom 18. Oktober 2010 erhob A beim Verwaltungsgericht Beschwerde gegen den Entscheid der Baurekurskommission II und beantragte, den angefochtenen Entscheid teilweise aufzuheben und die beabsichtigte Ausnutzungsübertragung vom Grundstück Kat.-Nr. 03 auf das Grundstück Kat.-Nr. 01 an der H-Strasse in Erlenbach für grundsätzlich zulässig zu erklären, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerschaft, und zwar in reduziertem Umfang für das Rekursverfahren und in vollem Umfang für das Beschwerdeverfahren. Die Vorinstanz schloss am 26. Oktober 2010 ohne weitere Bemerkungen auf Abweisung der Beschwerde. E am 22. November 2010 und C am 2. Dezember 2010 beantragten ebenfalls die Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. Die Bau- und

Planungskommission Erlenbach beantragte dagegen am 22. November 2010 die Gutheissung der Beschwerde, unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerschaft. Die Kammer erwägt:

E. 1.1

Das streitbetroffene Grundstück Kat.-Nr. 01 liegt nach der Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Erlenbach vom 25. September 1995 (BZO) in der Wohnzone W2/25 %. Die Parzelle grenzt im Osten und Westen an die H-Strasse und im Norden und Süden an überbaute Grundstücke an. Das ebenfalls vom Vorentscheid betroffene Grundstück Kat.-Nr. 03 liegt – durch die Parzelle Kat.-Nr. 04 vom Grundstück Kat.-Nr. 01 getrennt – in der Biegung der H-Strasse.

E. 1.2

Im Hinblick auf den Umbau des auf dem Grundstück Kat.-Nr. 01 bestehenden Gebäudes unterbreitete die Beschwerdeführerin der Bau- und Planungskommission Erlenbach am 3. Dezember 2008 unter anderem die Frage, ob die Nutzungsübertragung vom Grundstück Kat.-Nr. 03 über das Grundstück Kat.-Nr. 04 hinweg auf das Grundstück Kat.-Nr. 01 zulässig sei. Die Bau- und Planungskommission Erlenbach hielt in ihrem Beschluss vom 27. Januar 2009 fest, eine Ausnützungsübertragung vom Grundstück Kat.-Nr. 03 über das Grundstück Kat.-Nr. 04 hinweg auf das Grundstück Kat.-Nr. 01 werde grundsätzlich als zulässig erachtet. Die Baurekurskommission gelangte dagegen in ihrem Entscheid zum Ergebnis, eine Ausnützungsübertragung vom Grundstück Kat.-Nr. 03 auf das Grundstück Kat.-Nr. 01 falle ausser Betracht, und hob deshalb den Beschluss der Bau- und Planungskommission Erlenbach vom 27. Januar 2009 auf.

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin führt im Wesentlichen aus, § 259 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) sei mit der Revision von 1991 dahingehend geändert worden, dass die von der Baueingabe erfasste Fläche der baulich noch nicht ausgenützten Grundstücke oder Grundstücksteile der Bauzone im Gegensatz zur alten Regelung nicht mehr zusammenhängend sein müsse, d.h. Ausnützungsübertragungen über Drittgrundstücke hinweg zulässig sein sollten. Art. 40 BZO, welcher anlässlich der Revision der BZO im Jahr 1995 eingefügt worden sei, stehe in klarem Widerspruch zu dieser kantonalen Regelung. Es könne heute von einer gefestigten Praxis ausgegangen werden, wonach innerzonale Ausnützungsübertragungen unter dem Vorbehalt des Entstehens von ortsbaulich unerwünschten Ausnützungskonzentrationen gemäss § 238 Abs. 1 PBG ohne Einschränkung zulässig seien. Abweichende kommunale Regelungen seien kompetenzwidrig, und Art. 40 BZO werde nicht durch die Ermächtigung von § 49 oder die Anweisungen von § 49a PBG gedeckt.

E. 2.2

Die Bau- und Planungskommission der Gemeinde Erlenbach macht geltend, sie wende Art. 40 BZO seit mehr als einem Jahrzehnt nicht an. Die Baurekurskommission sei bei der Überprüfung der Rechtmässigkeit einer ähnlich lautenden kommunalen Regelung im Jahr 1996 zum Schluss gelangt, die Gemeinden seien angesichts der abschliessenden kantonalrechtlichen Regelung nicht befugt, hinsichtlich der Regelbauweise Vorschriften über die Zulässigkeit von Ausnützungstransfers zu erlassen. Sie habe deshalb das kompetenzwidrige Gemeinderecht nicht zur Anwendung gebracht und für den Ausnützungstransfer eine Bewilligung in Aussicht gestellt. Völlig unerwartet habe sich nun

die Baurekurskommission im vorliegenden Verfahren über ihre eigene Beurteilung der Rechtslage hinweggesetzt.

E. 2.3

Der Beschwerdegegner 1 hält diesen Ausführungen im Wesentlichen entgegen, in Art. 49 Abs. 2 lit. a PBG sei die Kompetenz mitenthalten, dass Ausnützungsübertragungen durch den kommunalen Gesetzgeber beschränkt werden könnten. Damit werde nicht etwa in die abschliessende kantonale Befugnis zur Definition der Ausnützungsziffer (§ 45 Abs. 2 PBG) eingegriffen, sondern nur die vom kantonalen Recht stillschweigend zugelassene Ausnützungsübertragung näher normiert.

E. 2.4

Auch die Beschwerdegegnerin 2 führt aus, kommunale Bestimmungen betreffend die innerzonale Ausnützungsübertragung seien durch das PBG nicht ausgeschlossen. Vielmehr enthalte das PBG betreffend die Zulässigkeit von Ausnützungsverschiebungen keine abschliessende Regelung. Gerade die Festlegung der Ausnützungsziffer in den einzelnen Zonen – und damit implizit auch die Regelung der Zulässigkeit zur Übertragung der Ausnützung innerhalb einer Zone – gehöre gestützt auf § 49 Abs. 2 lit. a PBG in den angestammten Kompetenzbereich der Gemeinden.

E. 3.1

§ 259 Abs. 1 PBG legt fest, dass die massgebliche Grundfläche zur Bestimmung der zulässigen Ausnützung (§ 251 lit. a i.V.m. § 254 PBG) die von der Baueingabe erfasste Fläche der baulich noch nicht ausgenützten Grundstücke oder Grundstücksteile der Bauzone ist. Seit der Revision des PBG vom 1. September 1991 wird für Ausnützungsübertragungen nicht mehr vorausgesetzt, dass die interessierenden Flächen zusammenhängen müssen. Damit wurde die zoneninterne Ausnützungsübertragung zwischen mehreren Grundstücken erleichtert (vgl. auch Robert Wolf/Erich Kull, Das revidierte Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich, Bern 1992, N. 131 f.). Gemäss Art. 40 Satz 1 BZO ist eine Ausnützungsübertragung innerhalb der gleichen Zone gegen Revers dagegen nur gestattet, wenn die betroffenen Grundstücke direkt aneinander stossen. Eine Ausnützungsübertragung ist somit im vorliegenden Fall aufgrund dieser Bestimmung nicht möglich, da die Grundstücke Kat.-Nr. 03 und Kat.-Nr. 01 nicht aneinander stossen.

E. 3.2

Zunächst stellt sich die Frage, ob eine akzessorische Überprüfung von Art. 40 BZO überhaupt zulässig ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Nutzungspläne und damit in engem Sachzusammenhang stehende planerische Festlegungen im Anschluss an ihren Erlass anzufechten; eine akzessorische Überprüfung ist grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. BGE 121 II 317 E. 12c; 116 Ia 207 E. 3b; RB 1987 Nr. 9). Diese Rechtsprechung gilt jedoch nur für Bauvorschriften, die dazu dienen, Art, Natur und Umfang der im Zonenplan kartografisch dargestellten Nutzungen zu umschreiben, d.h. die anstelle einer Planlegende stehen und mit dem Zonenplan ein untrennbares Ganzes bilden (vgl. BGE 116 Ia 207 E. 3b; BGr, 5. September 1997, ZBl 100/1999, S. 218 ff., 223). Sie legen für bestimmte, kartografisch ausgewiesene Parzellen konkret und verbindlich die bauliche Nutzbarkeit fest, sodass sich die betroffenen Grundeigentümer schon bei Planerlass über die ihnen auferlegten Beschränkungen im Klaren sein können und es ihnen daher zuzumuten ist, bereits in diesem Zeitpunkt Rechtsmittel zu ergreifen. Den übrigen Bestimmungen des kommunalen Baugesetzes, die eine Zonen übergreifende Regelung

treffen oder an die persönliche Situation des Benutzers anknüpfen, kommt dagegen Erlasscharakter zu; ihre Rechtmässigkeit können die Betroffenen deshalb noch im Anwendungsfall überprüfen lassen (vgl. BGE 116 Ia 207 E. 3b; BGr, 5. September 1997, ZBl 100/1999, S. 218 ff., 223). Bei Art. 40 BZO handelt es sich um eine Bestimmung mit Erlasscharakter, weil sie die Möglichkeit der innerzonalen Ausnutzungsverschiebung für das gesamte Baugebiet der Gemeinde regelt und damit in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zur Anwendung gelangen kann. Sie ist generell-abstrakter Natur, bedarf der Konkretisierung durch Verfügung und unterliegt der akzessorischen Überprüfung im Anwendungsfall. Eine akzessorische Überprüfung von Art. 40 BZO mit höherrangigem Recht ist somit zulässig.

E. 3.3

Umstritten ist im vorliegenden Verfahren weiter, ob Art. 259 Abs. 1 PBG kommunale Regelungen ausschliesst, welche zoneninterne Ausnutzungsübertragungen auf zusammenhängende Flächen der entsprechenden Zone beschränken.

E. 3.3.1

Der Regierungsrat hat die Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Erlenbach am 11. Dezember 1996 mit Beschluss Nr. 3452 genehmigt. Damit hat der Regierungsrat seine Rechtsauffassung zum Ausdruck gebracht, dass die BZO und damit auch deren Art. 40 mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist. Von dieser Rechtsauffassung des Regierungsrats ist nicht ohne Weiteres abzuweichen.

E. 3.3.2

Lehre und Praxis leiten aus § 259 Abs. 1 PBG ab, dass Ausnutzungsübertragungen zwischen verschiedenen, der nämlichen Bauzone zugehörigen Parzellen grundsätzlich zulässig sind. Ausnutzungsübertragungen über eine Zonengrenze hinweg sind dagegen nur im Rahmen von Arealüberbauungen möglich (§ 72 Abs. 3 PBG). Daraus wird geschlossen, dass das kantonale Recht für interzonale Ausnutzungsübertragungen ausserhalb von Arealüberbauungen keinen Raum für kommunale Bestimmungen lässt (qualifiziertes Schweigen; vgl. BGr, 5. September 1997, ZBl 100/1999, S. 118 ff., 220 f.). Ob und inwiefern kommunalrechtliche Bestimmungen betreffend innerzonaler Ausnutzungsübertragungen zulässig sind, wurde vom Verwaltungsgericht bisher noch nicht entschieden (ausdrücklich offengelassen in: VGr, 14. März 2007, VB.2006.00322, E. 3.3.1, www.vgrzh.ch = BEZ 2007 Nr. 20). Eine § 72 Abs. 3 PBG entsprechende Bestimmung, aus welcher geschlossen werden kann, dass betreffend innerzonaler Ausnutzungsübertragungsbeschränkungen kein Raum für kommunale Bestimmungen besteht, enthält das PBG nicht.

E. 3.3.3

Den Gemeinden steht aufgrund von § 2 lit. c und § 45 ff. PBG beim Erlass der baurechtlichen Grundordnung ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Gemäss § 48 PBG haben die Gemeinden Zonen unterschiedlicher Ausnutzung, Bauweise und/oder Nutzweise vorzusehen. Sie können die zulässige bauliche Grundstücksnutzung durch Bestimmungen über die Ausnutzung, die Bauweise und die Nutzweise näher ordnen (§ 49 Abs. 1 PGB). Soweit das kantonale Recht für die einzelnen Zonenarten nichts Abweichendes bestimmt, können sie insbesondere Ausnutzungs-, Baumassen-, Überbauungs- und Freiflächenziffern sowie Bestimmungen über eine Mindestausnutzung festlegen (§ 49 Abs. 2 lit. a PBG). § 49a PBG sieht für den Regelfall bestimmte minimale Ausnutzungsziffern vor. Gemäss

§ 45 Abs. 2 PBG sind die Gemeinden an die Institute, Begriffe, Mess- und Berechnungsweisen sowie an die Mindestanforderungen des kantonalen Rechts gebunden, soweit es ihnen nicht ausdrücklich Abweichungen gestattet. § 46 Abs. 1 PBG bestimmt zudem, dass die Gemeinden die Überbaubarkeit und die Nutzweise der Grundstücke nur insofern regeln dürfen, als diese nicht abschliessend durch eidgenössisches oder kantonales Recht bestimmt sind. Aus diesen Bestimmungen geht nicht eindeutig hervor, ob sich die kommunale Autonomie auch auf Regelungen erstreckt, welche zoneninterne Ausnutzungsübertragungen im Vergleich zum kantonalen Recht einschränken.

E. 3.3.4

Auch aus den Materialien lässt sich entgegen den Ausführungen der Bau- und Planungskommission Erlenbach nicht entnehmen, dass es sich bei § 259 Abs. 1 PBG um eine abschliessende Regelung handelt. In der Weisung des Regierungsrats zur Änderung der Allgemeinen Bauverordnung (ABI 1991, S. 2093) wird lediglich festgehalten, dass die massgebliche Grundfläche in § 259 PBG neu und abschliessend geregelt worden sei. Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, § 259 Abs. 1 PBG schliesse kommunalrechtliche Bestimmungen betreffend Ausnutzungsübertragungen generell aus.

E. 3.3.5

In der Praxis hat sich gezeigt, dass ein Bedürfnis besteht, zoneninterne Ausnutzungsübertragungen nicht generell, sondern nur innerhalb des gleichen Zonenabschnitts bzw. einer zusammenhängenden Fläche der entsprechenden Zone zuzulassen (vgl. dazu VGr, 14. März 2007, VB.2006.00322, E. 3.3.3, www.vgrzh.ch = BEZ 2007 Nr. 20). Die generelle Zulassung zoneninterner Ausnutzungstransfers kann zu einer unzulässigen Veränderung bzw. Beeinträchtigung der kommunal festgesetzten Zonenstruktur und Nutzungsordnung führen, deren Festlegung in der Kompetenz der Gemeinden liegt. Eine vollständige Lockerung der räumlichen Anforderungen an einen zoneninternen Ausnutzungstransfer stünde damit im Widerspruch. Es ist deshalb durchaus sachgerecht, dass zoneninterne Ausnutzungsübertragungen nur innerhalb des gleichen Zonenabschnitts bzw. einer zusammenhängenden Fläche der entsprechenden Zone zugelassen werden und sich nicht über eine beliebige Entfernung und über verschiedene Zonentypen hinweg erstrecken dürfen (vgl. auch VGr, 14. März 2007, VB.2006.00322, E. 3.3.3, www.vgrzh.ch = BEZ 2007 Nr. 20; Wolf/Kull, N. 132 und 134). Trifft eine Gemeinde eine ausdrückliche Regelung, wird dadurch zudem dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit und Transparenz Rechnung getragen.

E. 3.3.6

Es liegen somit keine guten Gründe vor, vom Genehmigungsentscheid des Regierungsrats abzuweichen. Im Gegenteil wird dieser Entscheid durch das Auslegungsergebnis bestätigt. Die streitbetreffende Regelung der Gemeinde Erlenbach, wonach eine Ausnutzungsübertragung innerhalb der gleichen Zone gegen Revers nur gestattet ist, wenn die betroffenen Grundstücke direkt aneinander stossen, erweist sich somit als zulässig. Soweit die Baurekurskommission im Jahr 1996 (BEZ 1996 Nr. 17) bei der Überprüfung der Rechtmässigkeit einer ähnlich lautenden kommunalen Regelung zum Schluss gelangt ist, dass es dem kommunalen Gesetzgeber nicht zustehe, die Auslegung von kantonalen Bestimmungen auf dem Weg der Statuierung von kommunalen Bauordnungsnormen vorzunehmen, ist lediglich darauf hinzuweisen, dass die Baurekurskommission – wie aus dem vorinstanzlichen Entscheid hervorgeht – nicht weiter an dieser Auffassung festhält.

Schliesslich ist aufgrund der Ausführungen der Bau- und Planungskommission Erlenbach davon auszugehen, dass sie in den letzten Jahren Art. 40 BZO nicht zur Anwendung gebracht hat. Dass diese Praxis während rund zehn Jahren in anderen Fällen unangefochten angewandt wurde, rechtfertigt jedoch keine Gleichbehandlung im Unrecht. Denn grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass die Baubehörde dem Entscheid des Verwaltungsgerichts Folge leisten und ihre gesetzwidrige Praxis aufgeben wird.

E. 4

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten je zur Hälfte der Beschwerdeführerin und der Bau- und Planungskommission Erlenbach aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]; Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 13 N. 24, 26; VGr, 9. Februar 2005, VB.2004.00481, www.vgrzh.ch = RB 2005 Nr. 12). Eine Parteientschädigung steht der Beschwerdeführerin von vornherein nicht zu. Vielmehr ist sie in Anwendung von § 17 Abs. 2 lit. a VRG zu einer solchen an die Beschwerdegegnerschaft zu verpflichten. Angemessen erweist sich eine Parteientschädigung von je Fr. 1'000.-.

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