

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00516 vom 23. November 2011**

ZH Verwaltungsgericht, 2011-11-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2011.00516](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2011.00516)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00516 du 23 novembre 2011

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00516 del 23 novembre 2011

## **Regeste**

Baubewilligung | Konzessionsrechtliche Verweigerung des Neubaus eines Einfamilienhauses: Konzessionsland mit Baubewilligungsvorbehalt; Abstellen auf verwaltungsinterne Richtlinien. Angesichts der mit der Landanlagekonzession vorbehaltenen Entscheidungsfreiheit und des Umstands, dass grundsätzlich kein Anspruch auf Bewilligungserteilung besteht, stellt § 25 in Verbindung mit § 27 KonzessionsV eine genügende gesetzliche Grundlage dar (E. 3.3). Das Abstellen auf verwaltungsinterne Richtlinien (E. 3.5) und die autonome Auslegung des Begriffs "zweigeschossig" führen weder zu einer Verletzung des Gesetzmässigkeitsprinzips noch zu einer Ermessensunterschreitung (E. 3.6) noch zu einer Verletzung des Koordinationsgebots (E. 4). Die von der Baudirektion vorgenommene Praxisänderung ist zulässig (E. 5.4).  
Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerdeführenden beantragen die Durchführung eines Augenscheins. Vorliegend ist die unmittelbare Wahrnehmung vor Ort indessen nicht entscheidrelevant. Auf den beantragten Augenschein kann daher verzichtet werden (vgl. auch BGE 124 I 208 E. 4a).

### **E. 2**

Das Baugrundstück ist nach der geltenden Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Rüschlikon vom 22. Juni 2000 (BZO) der Wohnzone W2D zugeschieden, wo neben zwei Vollgeschossen zwei Dachgeschosse und ein anrechenbares Untergeschoss zulässig sind und eine maximale Gebäudehöhe von 7,5 m vorgesehen ist (Art. 18 Abs. 1 BZO). Das Grundstück liegt teilweise auf Konzessionsland (Landanlagegebiet) mit Baubewilligungsvorbehalt.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführenden machen geltend, indem sich die Baudirektion bei ihrem Entscheid auf die Richtlinien für bauliche Veränderungen auf Landanlagen und für Seebauten (Baudirektionsverfügung 1598/1995 vom 7. Juli 1995, im Folgenden: "Richtlinien") abgestützt habe, habe sie auf eine Einzelfallbeurteilung verzichtet, obwohl der Gesetzgeber sie dazu verpflichtet. Dieses Vorgehen stelle einen Verstoss gegen das Gesetzmässigkeitsprinzip, eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und eine Ermessensunterschreitung dar.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdegegnerin führt aus, sie habe sich bei der Beurteilung von Baugesuchen auf Konzessionsland an den Kriterien von § 25 in Verbindung mit § 27 der Konzessionsverordnung zum Wasserwirtschaftsgesetz vom 21. Oktober 1992 (KonzessionsV) zu orientieren. Wenn sie sich dabei verwaltungsinterner Hilfsmittel bediene, welche dazu beitragen sollten, dass sich eine einheitliche Praxis entwickle und rechtsungleiche Entscheide vermieden werden könnten, sei dies nicht zu beanstanden, solange sich die Hilfsmittel an den Bestimmungen von § 25 KonzessionsV orientierten. Dass die konzessionsrechtliche Bewilligung an der Übergeschossigkeit scheitere, bedeute nicht, dass das Vorhaben nicht im Einzelnen beurteilt worden sei.

### **E. 3.2**

Beim Baugrundstück handelt es sich um sogenanntes Konzessionsland, d. h. um eine am 1. September 1897 konzessionierte Landanlage. Während Landanlagen, d. h. die Auffüllung von Gewässergebiet zur Landgewinnung (§ 75 lit. b des Wasserwirtschaftsgesetzes vom 2. Juni 1991 [WWG]) nach geltendem Recht in der Regel im Eigentum des Staates verbleiben (§ 78 Abs. 1 WWG), ging die Landanlage nach früherem Recht in das Eigentum des Konzessionärs über (Markus Rüssli, Landanlagen und Bauten auf Landanlagen im Kanton Zürich, ZBl 108/2007, S. 666 ff., 670 ff.). Vorliegend ging das Baugrundstück mit der Konzessionsverleihung vom 1. September 1897 ins Privateigentum über und ist seither mit den darin enthaltenen Auflagen belastet. Das Eigentumsrecht der Beschwerdeführenden ist mithin beschränkt durch den in Ziff. I.5 der Konzessionsverleihung als Auflage zugunsten der Baudirektion statuierten Bewilligungsvorbehalt. Gemäss dieser "Konzessionsauflage" darf der Landanlagekonzessionär ohne Bewilligung der Baudirektion keine Baute auf seiner Landanlage erstellen, selbst wenn die kommunale Bau- und Zonenordnung Bauten am Seeufer grundsätzlich zulässt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts handelt es sich bei dieser Bewilligung nicht um eine Baubewilligung im Sinn einer Polizeierlaubnis, sondern um eine Baukonzession, auf deren Erteilung kein Rechtsanspruch besteht. Bei der Bewilligungserteilung hat die Konzessionsbehörde allgemein das öffentliche Interesse zu wahren und nicht bloss das Fehlen von polizeilichen Hindernissen festzustellen (VGr, 6. April 2011, VB.2010.00630, E. 3.1 = BEZ 2011 Nr. 25). Das Bundesgericht bezeichnete diese Auffassung als "nahe liegend" und wies darauf hin, dass sich der Staat mit dem konzessionsrechtlichen Bewilligungsvorbehalt das Recht vorbehalten habe, über die Möglichkeit der Errichtung von Bauten auf Landanlagen unter Beachtung der öffentlichen Interessen im Einzelfall frei zu entscheiden (BGE 102 Ia 122 E. 2e). In der Lehre wird die Qualifikation als Konzession, nicht aber der Umstand infrage gestellt, dass kein Anspruch auf Erteilung der Bewilligung besteht (Rüssli, S. 676 f.)

### **E. 3.3**

Gemäss § 27 KonzessionsV werden Gesuche für Bauten auf Landanlagen, für die in der Landanlagekonzession ein Bewilligungsvorbehalt besteht, nach § 25 KonzessionsV beurteilt. Diese Bestimmungen regeln, nach welchen Kriterien über die Bewilligung zu entscheiden ist (Rüssli, S. 675). So werden Gesuche unter anderem dann abgewiesen, wenn die öffentlichen Interessen in erheblichem Masse beeinträchtigt würden oder eine rationelle und ästhetische Gestaltung der Ufer verunmöglicht würde. Angesichts der Entscheidungsfreiheit, die sich der Kanton mit der Landanlagekonzession vorbehalten hat, und des Umstands, dass grundsätzlich kein Anspruch auf Bewilligungserteilung besteht, sind an das Legalitätsprinzip hinsichtlich der Normstufe und -bestimmtheit geringe

Anforderungen zu stellen (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, N. 421 und N. 427 ff.). § 25 in Verbindung mit § 27 KonzessionsV stellt daher eine genügende gesetzliche Grundlage für die strittige Bewilligungsverweigerung dar. Ob ihre Anwendung im Einzelfall rechtmässig erfolgte, ist im Folgenden zu prüfen.

#### **E. 3.4**

Wie erwähnt (E. 3.2), hatte die Beschwerdegegnerin bei der Bewilligungserteilung allgemein das öffentliche Interesse zu wahren. Die Vorinstanz wies zutreffend darauf hin, dass die Freihaltung von See- und Flussufern, die Erleichterung des öffentlichen Zugangs und der Begehung sowie die Schonung der Landschaft und der Ortsbilder sowohl im Bundesrecht (Art. 3 Abs. 2 lit. c des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979 [RPG]) als auch im kantonalen Recht (§ 2 Abs. 1 lit. g und h WWG) ausdrücklich festgehaltene, im öffentlichen Interesse liegende Planungsgrundsätze seien (Entscheid der Vorinstanz, E. 5.3, S. 8 f.). Diese waren bei der Bewilligungserteilung in Anwendung von § 25 KonzessionsV zu berücksichtigen. Dabei besteht ein erheblicher Ermessensspielraum. Im Interesse einer rechtsgleichen Handhabung desselben hat die Baudirektion des Kantons Zürich die erwähnten Richtlinien erlassen. Demnach werden konzessionsrechtliche Bewilligungen für bauliche Veränderungen auf Landanlagen am Zürichsee unter anderem nach folgender Richtlinie erteilt (Richtlinie I Ziff. 2): „Neue Gebäude auf Landanlagen haben mit Ausnahme von Bootshäusern einen Gewässerabstand von mindestens 18 m aufzuweisen. Der Minimalabstand kann in begründeten Fällen bei maximal zweigeschossigen Gebäuden auf 8 m reduziert werden, falls der Grundeigentümer bereit ist, dem Staat, wo es sinnvoll erscheint, unentgeltlich das Baurecht für einen Uferweg einzuräumen, oder wenn gemäss Richtplanung feststeht, dass der Seeweg nicht direkt am Seeufer realisiert wird.“

#### **E. 3.5**

Richtlinien sind als generelle Dienstanweisungen einer vorgesetzten Behörde an die ihr unterstehenden Behörden zu qualifizieren, mit welchen eine einheitliche und rechtsgleiche Rechtsanwendung, Auslegung und Ermessensausübung sichergestellt werden soll (sogenannte vollzugslenkende Verwaltungsverordnung; vgl. BGE 128 I 167 E. 4.3; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 123 ff.; Patricia Egli, Verwaltungsverordnungen als Rechtsquellen des Verwaltungsrechts?, AJP 2011, S. 1159 ff. [je mit weiteren Hinweisen]). Sie dienen nur der Vereinheitlichung in der Rechtsanwendung, weisen indes keinen im Aussenverhältnis wirksamen selbständigen Regelungsgehalt auf und bedürfen deshalb keiner förmlichen gesetzlichen Ermächtigung (BGE 121 II 473 E. 2b). Allein die Möglichkeit, dass sich Verwaltungsverordnungen indirekt auch auf die Rechtsstellung Privater auswirken können, vermag an diesem Umstand nichts zu ändern (vgl. Egli, S. 1162). Gehen Richtlinien jedoch über den Zweck der vereinheitlichten Rechtsanwendung hinaus und entfalten sie über die gesetzlichen Grundlagen hinaus direkte Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Bürger, so sind sie als Rechtsverordnungen zu qualifizieren und unter Beachtung der entsprechenden Verfahrensnormen zu erlassen (vgl. Tobias Jaag, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2005, N. 415). Verwaltungsverordnungen können – da sie durch Verwaltungsbehörden und nicht durch den formellen Gesetzgeber erlassen werden – keine von der gesetzlichen Ordnung abweichenden Bestimmungen vorsehen, sie müssen sich direkt auf das Gesetz und die ausführenden Erlasse abstützen können (BGE 120 Ia 343 E. 2a; VGr, 26. Oktober 2011, VB.2011.00283, E. 5.2).

### **E. 3.6**

Vorliegend enthalten die Richtlinien keine Bestimmungen, die nicht von den allgemeinen Bestimmungen des WWG und der KonzessionsV gedeckt werden. Vielmehr geben sie die zu beachtenden öffentlichen Interessen korrekt wieder (VGr, 6. April 2011, VB.2010.00630, E. 3.2 = BEZ 2011 Nr. 25). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden ist es daher nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin die genannte Richtlinie bei ihrem Entscheid beizog. Eine Ermessensunterschreitung liegt nicht vor, da die Richtlinien nicht zur Folge haben, dass die Bewilligungsbehörde auf sachliche Unterscheidungen verzichtet, wo der Gesetzgeber einen differenzierten Entscheid für nötig hält (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 471). Richtlinie I Ziff. 2 konkretisiert vielmehr die massgeblichen öffentlichen Interessen an der Freihaltung des Seeufers sowie der Schonung der Landschaft und der Ortsbilder. Die Festlegung, dass diese öffentlichen Interessen in der Regel nicht mehr gewahrt sind, wenn auch Bauten auf Landanlagen, welche ausnahmsweise einen Mindestgewässerabstand von 18 m unterschreiten, mehr als zweigeschossig in Erscheinung treten, ist sachgerecht und belässt der Bewilligungsbehörde den notwendigen Spielraum, um im Einzelfall angemessene Unterscheidungen zu treffen. Es ist denn auch nicht ausgeschlossen, im Einzelfall eine Abweichung von den Richtlinien zu gewähren, wenn spezielle Umstände vorliegen. Der Ermessensspielraum bei der Bewilligungserteilung wird mithin nicht zum Nachteil der Gesuchsteller eingeschränkt.

### **E. 4**

Der Ansicht der Beschwerdeführenden, der Begriff "zweigeschossig" dürfe bei der Anwendung der erwähnten Richtlinie nicht anders verstanden werden als im Rahmen der baurechtlichen Prüfung gemäss Planungs- und Baugesetz vom 7. September 1975 (PBG), kann nicht beigezogen werden. Ihre diesbezüglichen Ausführungen entsprechen denjenigen, die sie bereits in ihrer Rekurschrift vorgebracht hatten. Mit den vorinstanzlichen Erwägungen setzt sich die Beschwerdeschrift nicht auseinander. Es kann daher auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (Entscheid der Vorinstanz, E. 6.3) verwiesen werden (§ 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 2 VRG). Zu Recht wies die Vorinstanz auf die unterschiedlichen Zielsetzungen der konzessions- und der baurechtlichen Bestimmungen hin. Bei der Beurteilung von Bauten auf Landanlagen treten daher zusätzliche Anforderungen neben diejenigen der BZO, für deren Prüfung der Gesetzgeber die Baudirektion als zuständig erklärt hat. Die Prüfung hat nicht die gleichen Fragen zum Gegenstand wie die von den kommunalen Behörden vorzunehmende baurechtliche Prüfung. Eine abweichende Beurteilung und Begriffsauslegung steht daher nicht im Widerspruch mit dem Koordinationsgebot. Auch von einem Unterlaufen gesetzlicher Vorschriften (Beschwerdeschrift, S. 11) kann keine Rede sein.

### **E. 5**

Die Beschwerdeführenden machen unter Hinweis auf verschiedene Vergleichsbeispiele geltend, die Beschwerdegegnerin habe bis vor kurzem eine andere Praxis verfolgt und im vorliegenden Fall eine unzulässige Praxisänderung vorgenommen.

#### **E. 5.1**

Die Vorinstanz verneinte das Vorliegen einer Praxis. Die angeführten Einzelfälle würden keinen Eingriff in das Ermessen der Konzessionsbehörde rechtfertigen. Die Beschwerdegegnerin wendet sich demgegenüber nicht gegen die Behauptung, sie habe früher eine andere Praxis verfolgt. Sie führt vielmehr aus, die Voraussetzungen für eine

Praxisänderung seien vorliegend erfüllt.

### **E. 5.2**

Soweit die Beschwerdeführenden eine Verletzung ihres Gehörs- und Beweisanspruchs geltend machen, weil die Vorinstanz ihrem Antrag auf Edition der bau- und konzessionsrechtlichen Bewilligungen von genau bezeichneten Vergleichsobjekten nicht stattgegeben habe, scheinen sie zu übersehen, dass die erwähnten Unterlagen mit der Rekursduplik zu den Akten gereicht wurden. Die Vorinstanz konnte diese somit berücksichtigen. Durch die Zustellung der Duplik einschliesslich des Beilagenverzeichnisses eröffnete sie den Beschwerdeführenden sodann die Möglichkeit, sich dazu zu äussern.

### **E. 5.3**

Ob von einer Praxis auszugehen ist, von welcher die Behörde im vorliegenden Fall abwich, kann offenbleiben, da eine Änderung jedenfalls zulässig ist, wie sich aus dem Folgenden ergibt.

### **E. 5.4**

Eine Praxisänderung ist nur zulässig, wenn ernsthafte, sachliche Gründe hierfür vorliegen. Die neue Lösung muss besserer Erkenntnis der Rechtsgrundlagen, veränderten äusseren Verhältnissen oder allgemein gewandelten Rechtsanschauungen entsprechen ( BGE 127 II 289 E. 3a; VGr, 5. Mai 2006, VB.2005.00370, E. 7.2.5; Häfelin/Müller/ Uhlmann , N. 509 ff.) . Dies ist nach den obigen Ausführungen offensichtlich der Fall. Es wurde erkannt, dass die largere Bewilligungspraxis den zu wahren Interessen (vgl. oben, E. 3.4) zuwider lief. Diese Erkenntnis führte denn auch zur Erarbeitung des Merkblatts "Höhenbegrenzung und Gewässerabstand bei Neu-/Umbauten auf Landanlagen". Gerade dieses Merkblatt deutet auch darauf hin, dass die Praxisänderung grundsätzlich erfolgte (dazu Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 512). Für die gegenteilige Annahme liegen keine Anhaltspunkte vor. Von einem überwiegenden Interesse an der Rechtssicherheit oder einem Verstoß gegen Treu und Glauben, welche einer Praxisänderung entgegenstehen könnten (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 513 ff. mit Hinweisen), kann vorliegend nicht gesprochen werden.

### **E. 6**

Die Beschwerdeführenden begründen ihren Eventualantrag damit, dass das Attikageschoss nur zu ca. einem Drittel auf Landanlagegebiet liege. Im Übrigen befinde sich der Neubau auf normalem Bauland. Die Vorinstanz übersehe, dass die Beschwerdeführenden für die ausserhalb der Landanlage befindlichen Teile des Neubaus gar keine Konzession benötigten.

### **E. 6.1**

Diese Argumentation ist nicht haltbar. Auch eine Verschiebung oder Verkleinerung des Attikageschosses würde nichts daran ändern, dass es sich beim zu beurteilenden Bauvorhaben um ein Gebäude handeln würde, für welches die Landanlage beansprucht würde. Bei der Bewilligungserteilung ist mit Blick auf die zu wahren öffentlichen Interessen (vgl. oben, E. 3.4) zu prüfen, wie das auf der Landanlage projektierte Gebäude in Erscheinung tritt. Für diese Beurteilung ist es unerheblich, in welchem Umfang das Attikageschoss Landanlagegebiet beansprucht. Dass es zulässig wäre, auf jenem Teil des Baugrundstücks welcher ausserhalb des Landanlagegebiets liegt, eine Gebäude mit einem

solchen Attikageschoss bzw. allenfalls sogar ein noch höheres Gebäude zu erstellen, ändert daran nichts. Diesfalls würde sich die sachliche Ausgangslage derart anders darstellen, dass auch ein entsprechend dem Eventualantrag redimensioniertes Gebäude auf Landanlagegebiet anders zu beurteilen wäre.

#### **E. 6.2**

Die Vorinstanz hat daher zu Recht festgestellt, dass das Gebäude bei der konzessionsrechtlichen Bewilligungserteilung als Einheit zu betrachten ist. Die Beschwerde ist daher auch hinsichtlich des Eventualantrags unbegründet.

#### **E. 7**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Beschwerdeführenden kostenpflichtig (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65 Abs. 2 VRG) und steht ihnen eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu.

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