

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00800 vom 19. September 2013

ZH Verwaltungsgericht, 2013-09-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2012.00800](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2012.00800)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00800 du 19 septembre 2013

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00800 del 19 settembre 2013

## Regeste

Baubewilligung | Baubewilligung für den Umbau eines Mehrfamilienhauses: Parzellierung, Ausnützungsübertragung. Berechnung des vorgesehenen Gewerbebonus als Frage der Auslegung der betreffenden Bauordnungsbestimmung (E. 2.3). Das aus der Parzellierung eines überbauten Grundstücks entstandene Baugrundstück erweist sich bei alleiniger Betrachtung als übernutzt (E. 2.4 f.). Für das mit einer Erweiterung der anrechenbaren Wohnfläche einhergehende Bauvorhaben beruft sich die Bauherrschaft vergebens auf die entsprechende Parzellierungsbewilligung, worin dem Baugrundstück eine Ausnutzungsreserve von 128 m<sup>2</sup> zugeteilt wurde: Eine Verschiebung von Ausnutzungsfläche auf Vorrat ist nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ausgeschlossen und im Rahmen einer Parzellierung aus gesetzlicher Sicht auch nicht erforderlich; zu korrigieren ist nur eine auf einer neu geschaffenen Parzelle resultierende Übernutzung (E. 3.4). Am Ergebnis vermag auch die (materielle) Rechtskraft der Parzellierungsbewilligung nichts zu ändern, da die von der Baubehörde offenbar angestrebte Gestaltungswirkung einer gesetzlichen Grundlage entbehrt und damit nicht eintreten konnte (E. 3.5). Zum heutigen Zeitpunkt fehlt es ausserdem an der nachbarlichen Zustimmung, die für eine Beanspruchung der zusätzlich benötigten ausnutzbaren Fläche erforderlich wäre (E. 3.6). Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung VB.2012.00800 Urteil der 1. Kammer vom 19. September 2013 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz) , Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichter Martin Kayser, Gerichtsschreiber Robert Lauko. In Sachen 1. A, 2.1 B, 2.2 C, alle vertreten durch RA D, Beschwerdeführerinnen, gegen 1. E AG, vertreten durch RA F, 2. Baukommission Wädenswil, Beschwerdegegnerinnen, betreffend Baubewilligung, hat sich ergeben: I. Am 20. November 2007 hatte die Baukommission der Stadt Wädenswil der E AG die Baubewilligung für den Umbau des Mehrfamilienhauses Assek.-Nr. 01 auf dem Grundstück Kat.-Nr. 02 an der G-Strasse 03 in Wädenswil erteilt. Den hiergegen von A sowie von C und B als Miteigentümer des Nachbargrundstücks Kat.-Nr. 04 erhobenen Rekurs hatte die Baurekurskommission II am 16. Dezember 2008 unter Aufhebung der Baubewilligung gutgeheissen. Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht am 20. Mai 2009 teilweise gut und wies die Akten zu neuer Beurteilung des Baugesuchs an die Baukommission Wädenswil zurück (VB.2009.00016/58). II. Mit Beschluss vom 24. Januar 2012 erteilte die Baukommission der Stadt Wädenswil der E AG erneut die Baubewilligung für den Umbau des Mehrfamilienhauses auf dem Baugrundstück Kat.-Nr. 02 an der G-Strasse 03 in

Wädenswil. Dagegen gelangten A sowie C und B ans Baurekursgericht, welches den Rekurs mit Entscheid vom 6. November 2012 abwies. III. Mit Beschwerde vom 10. Dezember 2012 beantragten A sowie C und B dem Verwaltungsgericht im Wesentlichen die Aufhebung des Rekursentscheids sowie die Verweigerung der Baubewilligung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerinnen. Das Baurekursgericht schloss am 18. Dezember 2012 auf Abweisung der Beschwerde. Mit Eingabe vom 28. Januar 2013 beantragte die Stadt Wädenswil die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführenden. Ebenfalls am 28. Januar 2013 stellte die E AG den Antrag, es sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführenden. Mit Replik vom 21. Februar 2013 bzw. mit Duplik vom 7. März 2013 und in ihren Stellungnahmen vom 18. bzw. 30. April 2013 bzw. vom 30. Mai 2013 hielten die Beschwerdeführenden und die Bauherrschaft an ihren Anträgen fest. Die Kammer erwägt:

### **E. 1.1**

Das streitbetroffene Bauvorhaben erfasst die beiden Grundstücke Kat.-Nr. 04 und 02, welche gemäss der geltenden Bau- und Zonenordnung der Stadt Wädenswil (BZO) in der dreigeschossigen Wohnzone mit Gewerbe (WG3) liegen und mit den beiden zusammengebauten Mehrfamilienhäusern G-Strasse 05 und G-Strasse 03 überstellt sind.

### **E. 1.2**

Wie bereits im vorangegangenen Verfahren ist primär strittig, ob das streitbetroffene Umbauvorhaben, das im Wesentlichen das Gebäude G-Strasse 03 und in untergeordnetem Ausmass auch das Gebäude G-Strasse 05 betrifft, zu einer Übernutzung des Baugrundstücks führt. Nach Ansicht der Vorinstanz verfügt das Baugrundstück über eine ausreichende Ausnutzungsreserve zur Realisierung des geplanten Umbauvorhabens. Die Beschwerdeführenden halten dem entgegen, die Vorinstanz habe übersehen, dass auch die Baubewilligungsbehörde selber davon ausgehe, dass die auf dem Baugrundstück Kat.-Nr. 02 bestehende Unternutzung Wohnen durch die vorhandene Gewerbenutzung, welche 15 % überschreite, kompensiert werde. Bereits im Zeitpunkt der Parzellierung im August 2004 habe daher auf dem Baugrundstück keine Wohnflächenreserve mehr bestanden. Eine Übertragung von Wohnflächenreserve auf das Grundstück Kat.-Nr. 02 im Zeitpunkt der Parzellierung sei nur möglich, um eine Übernutzung zu korrigieren, welche durch die Parzellierung resultieren würde. Für eine darüber hinausgehende Zuteilung von tatsächlichen Ausnutzungsreserven bestehe keine gesetzliche Grundlage. Disp.-Ziff. 3 der Parzellierungsbewilligung vom 10. August 2004 sei daher nicht zulässig und habe keinen Bestand. Eine verbindliche Zuteilung von weiteren ausnutzbaren Flächen anlässlich der Parzellierung des Baugrundstücks hätte in Form von Dienstbarkeiten zulasten der Nachbarparzellen erfolgen müssen.

## **E. 2**

führt.

### **E. 2.1**

Unbestritten ist folgender Sachverhalt: Das Baugrundstück Kat.-Nr. 02 liegt nach der geltenden Bau- und Zonenordnung in der dreigeschossigen Wohnzone mit Gewerbe (WG3), in welcher gemäss Art. 3 BZO eine Ausnutzungsziffer von 55 % gilt, die sich gemäss Art. 7 Abs. 2 BZO für dauernd gewerblich genutzte Gebäudeteile um 15 % erhöht.

Das heutige Grundstück Kat.-Nr. 02 ist aus der Teilung des Grundstücks (alt)Kat.-Nr. 12243 entstanden, auf dem am 23. September 1997 der Neu- und Anbau von zwei Mehrfamilienhäusern bewilligt worden war. Bei der von der Baukommission Wädenswil am 10. August 2004 bewilligten Parzellierung wurde das bisher 4'318 m

#### **E. 2.2**

Das heutige Baugrundstück Kat.-Nr. 02 mit einer Grundfläche von 1'378 m

#### **E. 2.3**

Wie der in Art. 7 Abs. 2 BZO vorgesehene Gewerbebonus zu gewähren ist bzw. wie sich die anrechenbare Fläche mit Bonus berechnet, ist eine Frage der Auslegung der Bauordnungsbestimmung. Die Berechnungsweise der Baukommission entspricht der in jüngerer Zeit vertretenen Auffassung, wonach die Bedeutung eines Gewerbebonus bei Gebäuden, die teils zu Wohnzwecken, teils zu Gewerbezwecken genutzt werden, einzig darin zu erblicken ist, dass die zusätzlich gewährte Fläche nur als Gewerbefläche und nicht als Wohnfläche beansprucht werden darf, nicht hingegen darin besteht, dass der Ausnützungsbonus nur im Verhältnis zu realisierten oder geplanten Gewerbeflächen gewährt werden darf (vgl. Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, Bd. 2, 5. A., Zürich 2011, S. 737).

#### **E. 2.4**

Die Frage kann im vorliegenden Fall letztlich offenbleiben. Die Parteien haben sie nicht aufgeworfen. Selbst die Beschwerdeführenden scheinen von einer anrechenbaren Fläche von insgesamt 964,6 m

#### **E. 2.5**

Festzuhalten ist, dass das Baugrundstück Kat.-Nr. 02 bei alleiniger Betrachtung in jedem Fall übernutzt ist, was letztlich auch der Vertreter der Bauherrschaft selber nicht infrage stellt.

#### **E. 3.1**

Das streitbetroffene Bauvorhaben sieht auf dem Baugrundstück eine zusätzliche anrechenbare Wohnfläche von 66,15 m<sup>2</sup> vor (143,43 m<sup>2</sup> abzüglich 77,28 m<sup>2</sup> für den Wintergarten). Die Bauherrschaft beruft sich diesbezüglich auf eine dem Baugrundstück mit der Parzellierungsbewilligung vom 10. August 2004 zugeteilte Ausnützungsreserve von 128 m<sup>2</sup>, welche für die Realisierung des Bauvorhabens ohne Weiteres ausreiche. Die Beschwerdeführenden vertreten demgegenüber die Auffassung, eine Zuteilung von Reserveflächen anlässlich einer Parzellierung komme nur insoweit infrage, als es zu verhindern gelte, dass auf einem der neuen Grundstücke eine Übernutzung resultiere. Für eine darüber hinausgehende Zuteilung von ausnützbaren Flächen bestehe keine gesetzliche Grundlage.

#### **E. 3.2**

In ihrem Parzellierungsbeschluss vom 10. August 2004 statuierte die Baukommission eine Verpflichtung der Grundeigentümerschaft, im Grundbuch öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen anmerken zu lassen, wonach die durch die Parzellierung geschaffenen Parzellen A, B, C und D betreffend Wohnnutzung sowie die Parzellen C und D betreffend Gewerbenutzung vollständig ausgenutzt seien. Zudem teilte sie unter anderem der Parzelle C (Kat.-Nr. 02) eine "Restaunutzung" von "128 m<sup>2</sup> anrechenbare

Bruttogeschossfläche Wohnen" sozusagen "auf Vorrat" zu (Disp.-Ziff. 3). Damit sollte offensichtlich einerseits dem Eigentümer des Baugrundstücks Kat.-Nr. 02 (Parzelle C) eine Wohnflächenreserve für künftige Bauvorhaben gesichert und andererseits wirksam verhindert werden, dass sich allfällige Erwerber der übrigen durch die Parzellierung geschaffenen Parzellen in Zukunft auf weitere, über die Reserveflächenzuteilung hinausgehende Wohn- oder Gewerbeflächenreserven berufen könnten.

### **E. 3.3**

Die Parzellierung eines überbauten Grundstücks ist bewilligungspflichtig (§ 309 Abs. 1 lit. e des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 [PBG]). Die Bewilligung ist zu erteilen, wenn keine den Bauvorschriften widersprechenden Verhältnisse geschaffen werden (§ 228 Abs. 2 PBG). Wenn die Parzellierung eines Grundstücks zu einer Übernutzung eines oder mehrerer der geschaffenen neuen Parzellen führt, ist die Baubehörde demzufolge verpflichtet, entsprechende Ausnutzungsübertragungen vorzunehmen (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 551).

### **E. 3.4**

Ausnutzungsübertragung bedeutet, dass ein Bauprojekt nicht nur die sich aus einem einzelnen Baugrundstück ergebende Nutzungsmöglichkeit, sondern auch Nutzungsreserven anderer Grundstücke beansprucht. Die Zulässigkeit solcher Ausnutzungsübertragungen ist im Planungs- und Baugesetz nicht geregelt, wird aber von Rechtsprechung und Lehre unter verschiedenen Voraussetzungen anerkannt (vgl. zum Ganzen Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 732 ff). Vorliegend findet sich ausserdem keine kommunale Regelung. Von Bedeutung ist insbesondere die Voraussetzung der Zustimmung des belasteten Grundeigentümers, welche durch einfache Schriftlichkeit erfolgen kann. Die Übertragung von Ausnutzung führt zu einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, da bei einer späteren Überbauung des belasteten Grundstücks nicht mehr die gesamte ausnutzbare Fläche zur Verfügung steht. Mittels Anmerkung eines Reverses im Grundbuch wird sichergestellt, dass die Ausnutzbarkeit des belasteten Grundstücks entsprechend reduziert wird (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 735 f). Baurechtliche Relevanz erlangt die Ausnutzungsübertragung erst mit Bewilligung des Projekts, das auf die zusätzlichen Ausnutzungsreserven tatsächlich angewiesen ist. Die vom Nachbargrundstück zur Verfügung gestellte Ausnutzung kann nur in dem Umfang übertragen werden, als es vom Baugrundstück für das betreffende Vorhaben gerade benötigt wird. Eine Verschiebung von Ausnutzungsfläche auf Vorrat, die auf dem Zielgrundstück einen für andere Zwecke verwendbaren Überschuss zur Folge hätte, ist ausgeschlossen (vgl. VGr, 27. Februar 2013, VB.2012.00715 ff., E. 6.2.1 = BEZ 2013 Nr. 11). Dies ist im Rahmen einer Parzellierung aus gesetzlicher Sicht auch nicht erforderlich; zu korrigieren ist nur eine auf einer neu geschaffenen Parzelle resultierende Übernutzung. Allfällige verbleibende Ausnutzungsreserven können und müssen auf den einzelnen Grundstücken verbleiben. Zulässig ist es hingegen, sich durch Einräumung einer entsprechenden Dienstbarkeit die nachbarliche Zustimmung zur Übertragung einer bestimmten ausnutzbaren Fläche in Zukunft zu sichern. Diese "Übertragung von Ausnutzung" hat indessen nur zivilrechtliche Wirkung, führt jedoch keinen öffentlich-rechtlich wirksamen Ausnutzungstransfer herbei (vgl. zum Ganzen VGr, 27. Februar 2013, VB.2012.00715 ff., E. 6.2.1 = BEZ 2013 Nr. 11). Soll einem Grundstück im Rahmen einer Parzellierung eine tatsächliche Ausnutzungsreserve geschaffen werden, so geht dies nur durch entsprechende Vergrösserung der Grundstücksfläche.

### **E. 3.5**

Die Bauherrschaft beruft sich für den Fall, dass die Zuteilung der Ausnutzungsreserve als nicht zulässig erachtet werde, auf die Rechtskraft von Disp.-Ziff. 3 der unangefochten gebliebenen Parzellierungsbewilligung vom 10. August 2004.

#### **E. 3.5.1**

Die Verbindlichkeit einer verwaltungsrechtlichen Verfügung unterliegt grundsätzlich den gleichen Kriterien wie die Rechtskraft eines richterlichen Entscheids (BGer, 2. September 2004, 1A.93/2004, E. 4.1, auch zum Folgenden); auf formell rechtskräftige Verfügungen kann jedoch in weiterem Masse zurückgekommen werden als auf rechtskräftige Urteile (vgl. Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 303 ff.). Die eigentliche Bedeutung der materiellen Rechtskraft liegt vorab in der Rechtsbeständigkeit, also darin, dass eine Verfügung seitens der Behörden nicht mehr widerrufen oder abgeändert werden kann (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 66 N. 2, Vorbem. zu §§ 86a–86d N. 5). Sie bedeutet aber auch, dass der Entscheid für die betroffenen Parteien verbindlich ist und die darin geregelten Fragen in einem späteren Verfahren grundsätzlich nicht mehr neu aufgeworfen werden können (VGr, 24. August 2000, VB.2000.00232, E. 3a/bb; Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 56 N. 1, Art. 49 N. 15).

#### **E. 3.5.2**

Bei der Parzellierungsbewilligung handelt es sich um eine Gestaltungsverfügung, die mit Eintritt der formellen Rechtskraft im Verhältnis der Parteien grundsätzlich Rechtsbeständigkeit genießt und nicht mehr beliebig infrage gestellt werden kann. Als generell-konkrete Anordnung zeitigt die Parzellierungsbewilligung zudem insofern eine Gestaltungswirkung, als die bewilligte Parzellarordnung auch Dritten gegenüber verbindlich und als "massgebliche Rechtsgrundlage" im Sinn der Besitzstandsgarantie von § 357 PBG erachtet wird (vgl. VGr, 11. Juli 2012, VB.2011.00159, E. 3.1.1). Ungeachtet dieser Wirkungen der Parzellierung hatte Disp.-Ziff. 3 der Parzellierungsbewilligung vom 10. August 2004 nicht zur Folge, dass dem streitbetroffenen Baugrundstück Kat.-Nr. 02 eine über die effektiv benötigte Ausnutzung hinausgehende Ausnutzungsreserve von 128 m<sup>2</sup> rechtswirksam zugeteilt wurde. Selbst wenn man Disp.-Ziff. 3 mit dem mutmasslichen Willen der Baubehörde in diesem Sinn auslegt, konnte sie die angestrebte Wirkung nicht herbeiführen, da ein Ausnutzungstransfer "auf Vorrat" der gesetzlichen Konzeption von § 259 PBG widerspricht (siehe vorn E. 3.4). Es verhält sich damit anders als bei einem Gestaltungsentscheid, der trotz Fehlens einer Gestaltungsvoraussetzung eine – gesetzlich an sich vorgesehene – Rechtsgestaltung anordnet: Solche Entscheide sind nach der Praxis des Bundesgerichts bezüglich materiellrechtlicher Mängel nur unwirksam, wenn der Mangel ausserordentlich schwer wiegt und die Nichtigkeit des Entscheids begründet (vgl. BGE 130 III 430 E. 3.3; Miguel Sogo, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren, Diss. Zürich 2007, N. 446, 449). Entbehrt dagegen die ausgesprochene Gestaltungswirkung als solche einer gesetzlichen Grundlage, kann sie nicht eintreten, weil die Rechtsänderung nach überzeugender Ansicht auf materieller Ebene, d. h. kraft Anordnung des Gesetzes erfolgt, und nicht einer besonderen rechtsschöpferischen Macht der verfügenden Behörde entspringt (vgl. Sogo, N. 226 f. mit Hinweisen).

### **E. 3.6**

Die in Disp.-Ziff. 3 der Parzellierungsbewilligung vom 10. August 2004 ausgesprochene Zuteilung überschüssiger Ausnützung blieb folglich wirkungslos; ihre Bedeutung beschränkt sich auf die Bestätigung, dass die Baubehörde anlässlich der Parzellierung offenbar von einer Wohnflächenreserve von insgesamt 168 m<sup>2</sup> bzw. einer Reserve an Gewerbeflächen von insgesamt 49,6 m<sup>2</sup> auf dem ursprünglich zu parzellierenden Grundstück ausgegangen war.

### **E. 3.7**

Zum heutigen Zeitpunkt fehlt es ausserdem an der nachbarlichen Zustimmung, die für eine Beanspruchung der zusätzlich benötigten ausnützbaren Fläche erforderlich wäre. Auf eine entsprechende zivilrechtliche Verpflichtung der Eigentümerschaft eines der benachbarten Grundstücke kann sich die Bauherrschaft nicht berufen. Insbesondere hat sie es im Zeitpunkt der Parzellierung versäumt, eine oder mehrere der Nachbarparzellen mit einer entsprechenden Dienstbarkeit zu belasten. Die Parzellierungsbewilligung ersetzt die fehlende Zustimmung nicht. Es ist im Übrigen davon auszugehen, dass die Erwerber der durch die Parzellierung geschaffenen Grundstücke keine Kenntnis von der Parzellierungsbewilligung hatten; jedenfalls wird von der Bauherrschaft nichts Gegenteiliges geltend gemacht. Im Grundbuch waren lediglich die Ausnutzungsbeschränkungen gemäss Disp.-Ziff. 2 der Parzellierungsbewilligung einzutragen. Vom Umstand, dass er im gegebenen Zeitpunkt des Bauwillens seines Nachbarn eine ausnützbare Fläche in einem bestimmten Umfang abzugeben haben würde, musste ein gutgläubiger Erwerber eines der durch die Parzellierung geschaffenen Grundstücke nach Treu und Glauben auch keine Kenntnis haben.

### **E. 3.8**

Damit kann die Bauherrschaft keine zusätzliche anrechenbare Fläche eines der benachbarten Grundstücke beanspruchen. Da das Baugrundstück selber über keinerlei Ausnutzungsreserven verfügt, erweist sich das geplante Bauvorhaben als nicht bewilligungsfähig. Die Frage, ob der das benachbarte Gebäude (G-Strasse 05) erfassende Bestandteil des Bauvorhabens (Wintergarten) zu einer Überschreitung der Gebäudehöhe bzw. Übergeschossigkeit des Gebäudekomplexes G-Strasse 05 und 03 führen würde, wie die Beschwerdeführenden monieren, braucht unter diesen Umständen nicht mehr beurteilt zu werden.

### **E. 4.1**

Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen. Der Entscheid der Vorinstanz sowie der angefochtene Beschluss der Baukommission vom 24. Januar 2012 sind aufzuheben. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Bauherrschaft kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Sie ist ausserdem zu verpflichten, den Beschwerdeführenden eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Die Kosten- und Entschädigungsregelung des vorinstanzlichen Entscheids ist entsprechend dem Ausgang des Beschwerdeverfahrens anzupassen.