

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00311 vom 19. Dezember 2018

ZH Verwaltungsgericht, 2018-12-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2018.00311

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00311 du 19 décembre 2018

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00311 del 19 dicembre 2018

Regeste

Baubewilligung | Strittiger Vollzug einer vereinbarten Ausnützungsübertragung. In einem Tauschvertrag ist ein Ausnützungsübertrag vom Baugrundstück zum beschwerdeführerischen Grundstück vereinbart. Für die Behauptung, das Bauvorhaben übernutze nun wegen des früheren Ausnützungsübertrags das Baugrundstück, ist der Beschwerdeführer beweisbelastet (E. 3.3). Voraussetzungen der Ausnützungsübertragung (E. 4.1). Wirkung eines Ausnützungsrevers (E. 4.2). Aufgrund des Fehlens einer Grundbucheintragung ist die Ausnützungsübertragung anhand der Baubewilligung zu beurteilen (E. 6.1). Die mit Baubewilligung genehmigten Baugesuchsunterlagen erbringen den Nachweis, dass der vereinbarte Ausnützungsübertrag tatsächlich vollzogen wurde (E. 6.3). Somit steht für das Bauvorhaben nicht mehr die volle Ausnützung des Grundstücks zur Verfügung (E. 6.5). Die dem entgegenstehende behördliche Information schafft keinen Vertrauenstatbestand (E. 7). Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Das Verwaltungsgericht ist gemäss § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Auch die übrigen Prozessvoraussetzungen sind erfüllt.

E. 2

von der Bauparzelle auf das beschwerdeführerische Grundstück zu übertragen, in der Folge tatsächlich vollzogen wurde. Dies hätte zur Folge, dass das vorliegend angefochtene Bauprojekt zufolge Übernutzung des Grundstücks nicht bewilligungsfähig wäre.

E. 3.1

Gemäss § 7 Abs. 4 VRG würdigt die Verwaltungsbehörde das Ergebnis der Untersuchung frei. Ein zentraler Aspekt der freien Beweiswürdigung ist der Grundsatz, dass im Allgemeinen keine wertmässige Rangordnung der einzelnen Beweismittel besteht. Indes ergeben sich aus dem Gesetz und der Praxis durchaus diverse Beweiswertregeln. Für die Gewichtung eines bestimmten Beweismittels ist massgebend, wie geeignet und verlässlich die Erkenntnisquelle ist, um den betreffenden Sachverhalt zu würdigen. Beweismittel, denen eine besondere Sachlichkeit bzw. Glaubwürdigkeit zukommt, sind in der Regel höher zu bewerten als solche, bei denen naturgemäss eine Manipulationsgefahr besteht. Demgemäss erbringen gemäss Art. 9 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB) öffentliche Register und öffentliche Urkunden für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum

Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [Kommentar VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 7 N. 142 f., N. 145).

E. 3.2

Der entscheidenderhebliche Sachverhalt ist vor dem Hintergrund des konkreten Beweismasses bzw. Wahrscheinlichkeitsgrads zu würdigen. Grundsätzlich gilt das Regelbeweismass der vollen Überzeugung (dazu Plüss, Kommentar VRG, § 7 N. 26 f.). Erweist es sich indes als unmöglich, den Sachverhalt in einem dem konkreten Beweismass genügenden Umfang zu ermitteln, stellt sich die Frage der Beweislast. Beweisbelastet ist jene Partei, die im Fall eines offenen Beweisergebnisses die Folgen des unterbliebenen Beweises zu tragen hat. Enthält das materielle Recht keine Beweislastregel, so gilt als allgemeine Regel gestützt auf eine analoge Anwendung von Art. 8 ZGB der Grundsatz, dass derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet. Die Untersuchungsmaxime befreit die Parteien nicht davon, dass sie die Beweislast für jene Tatsachen tragen, aus denen sie Rechte ableiten (Plüss, Kommentar VRG, § 7 N. 157 und N. 159).

E. 3.3

Nach dem Dafürhalten des Beschwerdeführers liegt die Beweislast für den tatsächlichen Vollzug der Ausnutzungsübertragung nicht bei ihm. Diesem Vorbringen ist nicht zu folgen. Für die Behauptung, das projektierte Bauvorhaben übernutze wegen eines früheren Ausnutzungsübertrags das Baugrundstück, ist der Beschwerdeführer beweisbelastet. Zu beweisen ist vorliegend insbesondere der Vollzug der Ausnutzungsübertragung (durch den Beschwerdeführer) und nicht deren Ausbleiben (durch die Beschwerdegegnerschaft). Somit liegt die Beweislast für die der Baubewilligung entgegenstehende (rechtshindernde) Tatsache der Grundstücksübernutzung beim Beschwerdeführer.

E. 4.1

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 Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011, S. 732 ff.). 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. Baurechtliche Relevanz erlangt die Ausnutzungsübertragung erst mit Bewilligung des Projekts, das auf die zusätzlichen Ausnutzungsreserven tatsächlich angewiesen ist (VGr, 19. September 2013, VB.2012.00800, E. 3.4). Vorher entfaltet die mit schriftlicher Vereinbarung oder einer entsprechenden Dienstbarkeit beabsichtigte Verschiebung allenfalls zivilrechtliche Wirkungen. Hingegen steht es nicht in der Macht der Grundstückseigentümer, durch privatrechtliches Rechtsgeschäft und ohne behördliche Prüfung der baurechtlichen Belange einen öffentlich-rechtlich wirksamen Ausnutzungstransfer herbeizuführen (VGr, 27. Februar 2013, VB.2012.00715, E. 6.2.1). Erst mit der Baubewilligung erfolgt die Übertragung ins öffentliche Recht (VGr, 11. August 2010, VB.2010.00141, E. 2.3). Die vom Nachbargrundstück zur Verfügung

gestellte Ausnützung kann sodann nur in dem Umfang übertragen werden, als es vom Baugrundstück für das betreffende Vorhaben gerade benötigt wird. Eine Verschiebung der Ausnutzungsfläche auf Vorrat, die auf dem Zielgrundstück einen für andere Zwecke verwendbaren Überschuss zur Folge hätte, ist ausgeschlossen (VGr, 19. September 2013, VB.2012.00800, E. 3.4; 27. Februar 2013, VB.2012.00715, E. 6.2.1).

E. 4.2

Mittels Anmerkung eines sog. Ausnutzungsreverses im Grundbuch wird sichergestellt, dass die Ausnutzbarkeit des belasteten Grundstücks entsprechend reduziert und später nicht konsumiert wird (Alain Griffel, Raumplanungs- und Baurecht in a nutshell, 3. A., Zürich 2017, S. 179; Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 736). Indes hat die Anmerkung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung im Grundbuch grundsätzlich nur deklaratorische Wirkung. Der Sinn einer solchen Anmerkung besteht in der Orientierung eines allfälligen Erwerbers einer Liegenschaft, dass eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung bestehen könnte. Ob sie tatsächlich noch und in dieser Form besteht, sagt die Anmerkung hingegen nicht (VGr, 30. November 2017, VB.2017.00102, E. 7.2; 12. Juni 2013, VB.2013.00051, E. 3.3.1; 11. August 2010, VB.2010.00141, E. 2.1). Die Anmerkungen nehmen auch nicht an der Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gemäss Art. 973 Abs. 1 ZGB teil. Der Erwerber eines Grundstücks kann somit weder auf den wirklichen Bestand eines angemerkten Rechtsverhältnisses vertrauen noch aus dem Fehlen einer Anmerkung auf den Nichtbestand eines anmerkungsfähigen Rechtsverhältnisses schliessen (BGr, 16. Januar 2017, 1C_340/2016, E. 3.3).

E. 5.1

In den vorliegenden Akten finden sich folgende Beweismittel: Im öffentlich beurkundeten Tauschvertrag vom 28. November 1994 vereinbarten der damalige Eigentümer des Baugrundstücks und der Beschwerdeführer einen Landabtausch. Zudem beschlossen sie im Hinblick auf eine zu erstellende Garage die Einräumung eines Überbaurechts zu Gunsten des beschwerdeführerischen Grundstücks Kat.-Nr. 04. Schliesslich verpflichtete sich der damalige Eigentümer des Baugrundstücks, dem Beschwerdeführer eine Ausnützung von 72,87 m² von der heutigen Bauparzelle auf das beschwerdeführerische Grundstück zu übertragen (wobei die öffentlich-rechtlichen Vorschriften vorbehalten blieben). Die Eigentumsübertragung erfolgte im Anschluss an die Vertragsbeurkundung. Das Baugesuch des Beschwerdeführers vom 30. November 1994 zur Erstellung eines Doppel-einfamilienhauses mit Doppelgarage nimmt Bezug auf den Tauschvertrag und erwähnt namentlich den vorliegend interessierenden Ausnutzungsübertrag von 72,87 m² von Kat.-Nr. 02 auf Kat.-Nr. 04. Die beigelegte Ausnutzungsberechnung weist auf die effektive Restausnützung von Kat.-Nr. 02 hin (72,87 m²) und rechnet diese dem Grundstück Kat.-Nr. 04 hinzu, womit das Bauvorhaben die Parzelle nicht übernutzte. Der Gemeinderat Horgen erteilte dem Beschwerdeführer mit Beschluss vom 27. Februar 1995 die baurechtliche Bewilligung. Diese erwähnt den Tauschvertrag im Zusammenhang mit dem Überbaurecht für die Garage. Weitere Bezugnahmen auf den Tauschvertrag sind in der Baubewilligung nicht zu finden. Insbesondere wird dem Bauvorhaben ohne diesbezügliche Erwähnung des Tauschvertrags eine BZO-konforme Ausnützung von 30 % bescheinigt. Sodann reichte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 2. Februar 1996 ein Projektänderungsgesuch ein, welches eine Baumassenzifferberechnung enthielt. In diese floss eine zugekaufte Nachbargrundfläche (unbestimmter Herkunft) von 242,90 m² ein. Die Hochbaukommission Horgen bewilligte das Gesuch am 19. März 1996 im

Anzeigeverfahren.

E. 5.2

Der Kaufvertrag vom 9. März 2006, mit dem die privaten Beschwerdegegner die Bauparzelle erwarben, gibt die Grösse des Grundstücks mit 723 m² an und weist auf das Fehlen von grundbuchamtlichen Anmerkungen, Vormerkungen und Grundlasten hin. Die Käufer wurden zudem von der Urkundsperson darüber informiert, dass öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen unabhängig von einer Anmerkung im Grundbuch rechtsgültig bestehen können. Die vorliegend angefochtene Baubewilligung vom 6. November 2017 nimmt ein anrechenbares Bauvolumen von 868 m³ an und geht somit von der uneingeschränkten Grundstücksfläche aus (723 m² x 1.2 = 867.6 m³). Sie erachtet – ohne Hinweis auf den Tauschvertrag vom 28. November 1994 – die Baumassenziffer angesichts einer nicht konsumierten Baumassenreserve von 2 m³ als eingehalten. Im Grundbuchauszug von Kat.-Nr. 02 vom 28. November 2016 sind keine Anmerkungen, Vormerkungen und Grundlasten aufgeführt, indes als Dienstbarkeit das Überbaurecht für die Garage.

E. 6.1

Aus den vorstehenden Ausführungen (oben E. 3.1 und E. 4.2) geht hervor, dass es zur Gültigkeit der im Tauschvertrag vom 28. November 1994 vereinbarten Ausnutzungsbeschränkung auf dem Baugrundstück Kat.-Nr. 02 keiner Anmerkung im Grundbuch bedarf. Das Fehlen eines entsprechenden Eintrags nimmt auch nicht an der negativen Rechtskraft des Grundbuchs teil, womit der fehlenden Anmerkung keine besondere Glaubwürdigkeit zukommt und sie insbesondere keinen vollen Beweis erbringen kann. Die Gültigkeit der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung hängt somit ausschliesslich von der Rechtsbeständigkeit der Baubewilligung ab, mit der sie verfügt worden ist (vgl. VGr, 13. Oktober 2004, VB.2004.00236, E. 4.2 = BEZ 2004 Nr. 67). In dieser Frage erwog die Vorinstanz, für den Nachweis des Vollzugs der Ausnutzungsübertragung fehle ein entsprechender Grundbucheintrag wie auch entsprechende Auflagen in den Baubewilligungen vom 27. Februar 1995 und vom 19. März 1996. Das Fehlen entsprechender Auflagen in den Baubewilligungen wiege schwer und deren Nichtvorhandensein verschaffe dem fehlenden Grundbucheintrag volle Beweiskraft. Die Vorinstanz führt den Inhalt der Auflage nicht näher aus, weshalb die dortigen Überlegungen und insbesondere die beweisrechtliche Verknüpfung der Auflage mit dem (fehlenden) Grundbucheintrag nicht ohne Weiteres nachvollziehbar sind. Jedenfalls führt das Fehlen einer entsprechenden Auflage nicht zwangsläufig zur Annahme, dass die Ausnutzungsübertragung nicht vollzogen wurde; das allfällige Vorliegen der damit einhergehenden Ausnutzungsbeschränkung zu Lasten der privaten Beschwerdegegner ist insofern im Licht der gesamten Baubewilligungen zu beurteilen.

E. 6.2

Zu klären ist vorgängig, welche Art von Nutzungsziffer zur Bestimmung der zulässigen Ausnutzung des Grundstücks des Beschwerdeführers zur Anwendung gelangt. Die Ausführungen in der Beschwerdeschrift basieren auf der Ausnutzungsziffer gemäss § 255 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG). Dem halten die privaten Beschwerdegegner entgegen, dass das damalige Bauvorhaben nach den im Anzeigeverfahren bewilligten Plänen erstellt worden sei, womit sich die zulässige Ausnutzung nach der Baumassenziffer gemäss § 258 PBG bestimme. Die vormalige

Berechnung nach der Ausnützungsziffer sei nicht mehr massgebend gewesen. Dem beschwerdegegnerischen Standpunkt ist zuzustimmen. Im Rahmen der Gesamtrevision der BZO Horgen vom 21. September 1995, welche der Regierungsrat am 24. Januar 1996 genehmigte, wurde anstelle der bis anhin geltenden Ausnützungsziffer die Baumassenziffer zur Bestimmung der zulässigen Ausnützung verankert. Das Projektänderungsgesuch datiert vom 2. Februar 1996 und machte eine neue Ausnützungsberechnung erforderlich, da die geplanten Änderungen am Bauvorhaben Auswirkungen auf seine Dimension und somit auf die Ausnützung des Grundstücks hatten. Somit kam zur Bestimmung der zulässigen Ausnützung des geänderten Bauvorhabens die – kurz zuvor erlassene – Baumassenziffer zur Anwendung. Die Baumassenziffer ist folglich zur Klärung der vorliegend strittigen Grundstücksausnützung massgebend.

E. 6.3

Das Projektänderungsgesuch mit dem Titel "Revidierte Baueingabe – Baumassenzifferberechnung mit Plänen" vom 2. Februar 1996 wurde am 12. März 1996 von der Baubewilligungsbehörde geprüft und gemäss der Bewilligung des Baugesuchs vom 19. März 1996 so genehmigt. Das Projektänderungsgesuch enthält die aufgrund der ausnützungsrelevanten Änderungen erforderliche Berechnung der Baumassenziffer. Dabei wird zur Bestimmung der massgeblichen Grundstücksfläche zur "Alte[n] Grundfläche, ohne Nachbargrundfläche" eine "Zugekaufte Nachbargrundfläche" addiert. Die Grösse der zugekauften Fläche wird mit 242,90 m² angegeben, was unter dem Regime der vorherigen Ausnützungsziffer von 30 % einer zusätzlichen Ausnützung von exakt 72,87 m² und damit dem im Tauschvertrag vom 28. November 1994 vereinbarten Wert entspricht. Folglich erbringen die mit der Baubewilligung vom 19. März 1996 genehmigten Baugesuchsunterlagen den Nachweis, dass die Baubewilligungsbehörde anlässlich der Prüfung des Änderungsbaugesuchs auf Einhaltung der Ausnützung den im Tauschvertrag vom 28. November 1994 vereinbarten Ausnützungübertrag von 72,87 m² (bzw. 242.90 m² Fläche) tatsächlich miteinbezogen hatte.

E. 6.4

Angesichts dieser Feststellung ist das Vorbringen der privaten Beschwerdegegner, wonach die Baubewilligungsbehörde die Ausnützungübertragung fälschlicherweise nicht berücksichtigt habe, verfehlt. Zuzufolge ihres rein spekulativen Charakters gleichermaßen unbehelflich ist die beschwerdegegnerische Behauptung, die übertragene Ausnützung stamme nicht vom Grundstück der privaten Beschwerdegegner (Kat.-Nr. 02), sondern möglicherweise von einer anderen Parzelle. Zwar ist der Baumassenzifferberechnung kein Hinweis auf den Verkäufer der erwähnten Nachbargrundfläche (und damit das "Spendergrundstück") zu entnehmen. Indes entspricht die im Tauschvertrag vom 28. November 1994 übertragene Ausnützung von 72,87 m² bei der zum Vertragsschlusszeitpunkt geltenden Ausnützungsziffer von 30 % der im Rahmen der Baumassenzifferberechnung aufgeführten zugekauften Fläche von 242,90 m². Somit bestehen keine ernsthaften Zweifel daran, dass die auf das Grundstück Kat.-Nr. 04 übertragene Ausnützung vom Grundstück Kat.-Nr. 02 der privaten Beschwerdegegner stammt.

E. 6.5

Demzufolge ist aufgezeigt, dass der im Tauschvertrag vom 28. November 1994 vereinbarte Ausnützungübertrag vom (Bau-)Grundstück Kat.-Nr. 02 auf die Parzelle Kat.-Nr. 04

vollzogen wurde. Dies hat zur Folge, dass den privaten Beschwerdegegnern für ihr vorliegend angefochtenes Bauvorhaben nicht mehr die volle Ausnützung des Grundstücks zur Verfügung steht. Die entsprechende Rüge ist begründet.

E. 7.1

Schliesslich bleibt zu prüfen, ob sich die privaten Beschwerdegegner auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen können, da die Gemeinde Horgen ihnen am 7. Februar 2008 mitteilte, dass die uneingeschränkte Fläche ihres Grundstücks (723 m²) ausnützbar sei.

E. 7.2

Der aus Art. 9 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) fliessende Grundsatz des Vertrauensschutzes bedeutet, dass der Private Anspruch darauf hat, in seinem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden. Der Schutz bei unrichtigen Auskünften von Behörden greift nur dann, wenn verschiedene Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind (vgl. zum Ganzen z. B. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich 2016, N. 667 ff.). Im Kanton Zürich besteht mit Bezug auf behördliche Auskünfte, welche die künftige Erteilung einer Baubewilligung zum Gegenstand haben, insofern eine besondere Rechtslage, als zur Klärung von Fragen hinsichtlich der Bewilligungsfähigkeit eines Bauvorhabens von Gesetzes wegen die Möglichkeit eines Vorentscheids zur Verfügung steht (§§ 323 f. PBG). Ausserhalb des Vorentscheidverfahrens erteilte Auskünfte zu materiellen baurechtlichen Fragen werden daher kaum je als Vertrauensgrundlage anerkannt (VGr, 19. Januar 2017, VB.2016.00333, E. 2.2; 4. April 2012, VB.2011.00616, E. 5.4; 4. April 2012, VB.2011.00565, E. 3.3).

E. 7.3

Vor diesem Hintergrund genügt die unrichtige Auskunft der Gemeinde Horgen betreffend Grundstückausnutzung nicht zur Schaffung eines Vertrauenstatbestands. Im Übrigen mangelt es vorliegend an einer zur Geltendmachung des Vertrauensschutzes erforderlichen Vertrauensbetätigung seitens der privaten Beschwerdegegner, da Projektierungs- und weitere Vorbereitungsarbeiten – im Gegensatz zum eigentlichen Baubeginn – nicht als nachteilige Dispositionen anerkannt sind (Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel und Frankfurt am Main 1983, S. 101).

E. 8.1

Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen. Der Beschluss des Gemeinderats Horgen vom 6. November 2017 sowie der Entscheid des Baurekursgerichts vom 17. April 2018 sind aufzuheben.

E. 8.2

Dementsprechend ist die Kostenverteilung für das Rekursverfahren in dem Sinn neu festzulegen, dass die Rekurskosten durch die nun unterliegenden Parteien, nämlich durch die Beschwerdegegner 1 und 2 je zur Hälfte zu tragen sind.

E. 8.3

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens den unterliegenden Beschwerdegegnern aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Eine Parteientschädigung steht ihnen bei diesem Ergebnis nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Die privaten Beschwerdegegner sind indes zu verpflichten, dem Beschwerdeführer

für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG). Als angemessen erscheint eine solche von insgesamt Fr. 5'000.-. Die Gemeinde wird in der vorliegenden Konstellation, wo sich private Parteien gegenüberstehen, praxisgemäss nicht entschädigungspflichtig (vgl. Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 17 N. 94).

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