

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00265 vom 29. Februar 2024

ZH Verwaltungsgericht, 2024-02-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2023.00265](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2023.00265)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00265 du 29 février 2024

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00265 del 29 febbraio 2024

## Regeste

Baubewilligung | Verbindlichkeit eines Vorentscheids betreffend Interpolation. Die Rüge, es sei unzulässigerweise eine Tat- und keine Rechtsfrage beantwortet worden, betrifft den Vorentscheid, der bereits in Rechtskraft erwachsen ist. Verbindlich sind indes nur bereits rechtskräftig beantwortete Rechtsfragen. Würde die Auffassung der Beschwerdeführerinnen zutreffen, dass mit dem Vorentscheid bloss eine Tatsachenfeststellung verbunden war, käme dem Vorentscheid für das vorliegende Verfahren keine Bindungswirkung zu (E. 4.1.1). Das Baurekursgericht betrachtet Fragen zum gewachsenen Boden bzw. zur Bestimmung des Bodenverlaufs mittels Interpolation ebenfalls als einem Vorentscheid zugängliche Rechtsfragen. Diese Auffassung ist zutreffend (E. 4.1.3 f.). Mit dem Entscheid über die Kote ist auch der Entscheid über die Pläne – und die dort eingezeichneten Linien zur Ermittlung der entsprechenden Kote – verbunden. Aufgrund der Rechtskraft des Vorentscheids zielen die materiellen Beanstandungen der Beschwerdeführerinnen an der konkret vorgenommenen Interpolation ins Leere (E. 4.2.1). Jedoch wäre die Kritik ohnehin nicht stichhaltig gewesen (E. 4.2.2). Abweisung.

## Erwägungen

### E. 1

A,

### E. 1.1

D,

### E. 1.2

E, beide vertreten durch RA Dr. F,

### E. 2

Das streitbetroffene Bauvorhaben sieht den Abbruch des bestehenden Steildachs und der bestehenden Wohngeschosse des Gebäudes Vers.-Nr. 01 auf dem Grundstück Kat.■Nr. 02, H-Strasse 03, in Küsnacht vor. Darüber sollen – für ein Einfamilienhaus – zwei neue Vollgeschosse mit Flachdach erstellt werden. Im bestehenden Untergeschoss wird unter anderem eine Einliegerwohnung erstellt. Das Baugrundstück ist gemäss der geltenden Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Küsnacht vom 5. Dezember 1994 (BZO) der Wohnzone W2/1.20 zugeschrieben. Mit Beschluss vom 11. Januar 2022 fällte die Baukommission Küsnacht einen das Baugrundstück betreffenden Vorentscheid. Sie bejahte die von der Bauherrschaft gestellte Vorentscheidsfrage, ob die von der Projektverfasserin berechnete Höhenkote von 483,68 m ü. M. in den dem Vorentscheid zugrunde liegenden Plänen Nrn. 301 und 303 (roter Punkt) als Referenzpunkt für die Gebäudehöhe korrekt sei. Gegen

den Vorentscheid wurde kein Rechtsmittel ergriffen und die Baukommission stellte in der Folge in der Stammbaubewilligung auf diesen Referenzpunkt als Grundlage ab.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerinnen beantragen "bei Bedarf" die Durchführung eines Augenscheins. Aus einem Augenschein können für den vorliegenden Fall keine entscheidungsrelevanten Erkenntnisse gewonnen werden (vgl. die nachfolgende E. 4), weshalb darauf zu verzichten ist.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, der Vorentscheid vom 11. Januar 2022 entfalte – entgegen der Auffassung der Vorinstanzen – keine Rechtswirkung oder allenfalls nur auf den Referenzpunkt beschränkte Rechtswirkung. Bei einer korrekten Bestimmung der Höhe des relevanten Terrains überschreite das streitbetreffende Bauvorhaben die erlaubte Gebäudehöhe und die zulässige Baumasse.

#### **E. 4.1**

Einerseits monieren sie, mit dem Vorentscheid sei unzulässigerweise eine Tat- und keine Rechtsfrage beantwortet worden.

##### **E. 4.1.1**

Diese Rüge betrifft den Vorentscheid, der bereits in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. E. 2). Gemäss § 324 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) sind Vorentscheide hinsichtlich der behandelten Fragen in gleicher Weise verbindlich wie baurechtliche Bewilligungen, sofern sich die Verhältnisse bis zur Einreichung des Baugesuchs nicht wesentlich geändert haben. Verbindlich sind indes nur bereits rechtskräftig beantwortete Rechtsfragen – vorausgesetzt ist mithin die materiell-rechtliche Würdigung von Tatsachenbehauptungen. Würde die Auffassung der Beschwerdeführerinnen zutreffen, dass mit dem Vorentscheid bloss eine Tatsachenfeststellung verbunden war, käme dem Vorentscheid für das vorliegende Verfahren keine Bindungswirkung zu (vgl. auch VGr, 8. April 2021, VB.2020.00678, E. 7.1.1 mit Hinweisen).

##### **E. 4.1.2**

Vorentscheide können gemäss § 323 Abs. 1 PBG über Fragen eingeholt werden, die für die spätere Bewilligungsfähigkeit eines Bauvorhabens von grundlegender Bedeutung sind. Voraussetzung ist, dass die gesonderte Beurteilung dieser Fragen sachlich möglich ist und nicht gegen das Gebot der Koordination von Art. 25a des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979 (RPG) beziehungsweise der Gesamtbeurteilung gemäss Art. 8 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG) verstösst. Vorentscheide ergehen im gleichen Verfahren wie baurechtliche Bewilligungen (§ 323 Abs. 1 PBG) und ermöglichen eine Klärung der Rechtslage, bevor der Bauherrschaft Aufwand und Kosten für die (Detail-)Projektierung entstanden sind (Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Eine Darstellung des zürcherischen Rechts und der neueren zürcherischen Rechtsprechung, Zürich 1991, Rz. 507). Aus dem Sinn und Zweck des Instituts ergibt sich, dass unter "Fragen" im Sinn von § 323 f. PBG nur Rechtsfragen gemeint sind (VGr, 31. Januar 2002, VB.2001.00316, E. 2a und 3d; Mäder, Rz. 513 ff., je auch zum Folgenden). Unklarheiten tatsächlicher Natur können nicht zum Gegenstand eines Vorentscheidsgesuchs gemacht werden.

### **E. 4.1.3**

Thematisch kann ein Vorentscheid beliebige Fragen zum Gegenstand haben, sofern sie gemäss § 323 Abs. 1 PBG grundlegender Natur und damit projektunabhängig beantwortbar sind. Es können im Vorentscheidsgesuch allerdings nur Fragen gestellt werden, die auch im Rahmen des späteren Bewilligungsverfahrens zu beurteilen wären. Mit anderen Worten müssen die Fragen einer gesonderten Prüfung zugänglich sein, das heisst, sich ohne das Vorliegen einer bereits detaillierten Projektierung beantworten lassen. Entsprechend kann die Beantwortung unter Umständen lediglich in einer allgemeinen Weise möglich sein. Dies entbindet jedoch nicht von der Verpflichtung, die gestellten Fragen präzise abzufassen, sodass diese klar beantwortet werden können. In einem Vorentscheidsgesuch zulässig sind gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung etwa Fragen betreffend die Ausnützungsübertragung, das Überstellen von Baulinien oder die Einhaltung von Abstandsvorschriften. Demgegenüber können Fragen bezüglich Gestaltung – nicht etwa, weil es sich nicht um Rechtsfragen handeln würde, sondern weil sie nur projektabhängig beantwortet werden können (vgl. Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. A., Wädenswil 2019, S. 478) – in der Regel nicht Gegenstand eines Vorentscheidsgesuchs sein und wäre darauf nicht einzutreten (VGr, 19. März 2020, VB.2019.00740, E. 4.1.3). Das Baurekursgericht betrachtet Fragen zum gewachsenen Boden bzw. zur Bestimmung des Bodenverlaufs mittels Interpolation ebenfalls als einem Vorentscheid zugängliche Rechtsfragen (BEZ 2018 Nr. 37). Diese Auffassung ist zutreffend: Zur Bestimmung des für die Gebäudehöhe relevanten Bodenverlaufs reicht nicht generell das Ausmessen bzw. Ablesen der bestehenden tatsächlichen Verhältnisse aus (was eine Frage tatsächlicher Natur wäre; vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, S. 478). Der für ein Neubauvorhaben relevante Bodenverlauf wird auch nach rechtlichen Vorgaben bestimmt – wobei bei seiner Bestimmung gerade in Zusammenhang mit Interpolationen ein Ermessen besteht.

### **E. 4.1.4**

Gemäss § 280 Abs. 1 Teilsatz 1 PBG in der hier anwendbaren, bis 28. Februar 2017 in Kraft stehenden Fassung (Übergangsbestimmung zur Änderung vom 14. September 2015, Abs. 2) wird die zulässige Gebäudehöhe von der jeweiligen Schnittlinie zwischen Fassade und Dachfläche auf den darunterliegenden gewachsenen Boden gemessen. Grundsätzlich ist nach § 5 Abs. 1 der Allgemeinen Bauverordnung vom 22. Juni 1977 in der hier anwendbaren, bis 28. Februar 2017 in Kraft stehenden Fassung (ABV; Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 11. Mai 2016) der gewachsene Boden der bei Einreichung des Baugesuchs bestehende Verlauf des Bodens. § 5 Abs. 2 ABV statuiert indes Ausnahmen davon: Auf frühere Verhältnisse ist zurückzugreifen, wenn der Boden innert eines Zeitraums von 10 Jahren vor der Baueingabe in einem im Zeitpunkt der Ausführung der Bewilligungspflicht unterliegenden Ausmass aufgeschüttet und das neue Terrain in der baurechtlichen Bewilligung oder in einem förmlichen Planungs- oder Projektgenehmigungsverfahren nicht ausdrücklich als künftig gewachsener Boden erklärt worden ist (lit. a); gleiches gilt, wenn der Boden im Hinblick auf die beabsichtigte Nutzung des Grundstückes oder zur Umgehung von Bauvorschriften umgestaltet worden ist (lit. b). Wird zur Erstellung eines neuen Gebäudes ein bestehendes abgerissen, entstehen regelmässig Gruben und Senken, wo sich zuvor Untergeschosse, Garagen und dergleichen befunden haben. Würde man für die Beurteilung des Neubaus auf diesen tatsächlichen Bodenverlauf abstellen, ergäbe sich eine unnatürliche und die Neuüberbauung des

Grundstücks erheblich erschwerende Terrainsituation. Gleiches gilt bei Abgrabungen für Garagenzufahrten, Kellerabgänge etc. Lehre und Rechtsprechung begegnen diesem Problem, indem sie die Fläche innerhalb des Grundrisses von bestehenden Bauten und Anlagen allgemein nicht als gewachsenen Boden im Sinn von § 5 Abs. 1 ABV betrachten, sondern mittels Interpolation fiktiv auffüllen. Gerade bei komplexen topografischen Verhältnissen bestehen regelmässig keine sicheren Erkenntnisse über den Verlauf der Höhenkurven. Ebenso wenig existiert eine allgemein anerkannte und damit verbindliche Interpolationsmethode. Vielmehr müssen mehr oder weniger genaue Annahmen über die dreidimensionale Ausgestaltung des Geländes getroffen werden. Dies wiederum hat zur Folge, dass es nicht eine einzig richtige, sondern bloss eine Bandbreite zulässiger Interpolationen geben kann. Das Verwaltungsgericht übt lediglich eine Rechtskontrolle aus; demgegenüber darf es die Frage der Angemessenheit – abgesehen von hier nicht einschlägigen Ausnahmefällen – nicht überprüfen (§ 50 in Verbindung mit § 20 VRG). Als Folge dieser eingeschränkten Kognition greift das Verwaltungsgericht in eine Interpolation bloss dann ein, wenn diese unvertretbar ist (VGr, 6. Oktober 2022, VB.2021.00840/VB.2022.00001, E. 4.5.3 mit Hinweisen). Aus dem Verweis der Beschwerdeführerinnen auf die anderslautende revidierte Fassung von § 5 (Abs. 2) ABV, die vorliegend nicht zur Anwendung gelangt, können die Beschwerdeführerinnen von vornherein nichts für das vorliegende Verfahren ableiten. Bei der Frage, welche Höhenkote(n) innerhalb eines zu interpolierenden Bereichs einer bestehenden Baute für einen Neubau als – für die Bestimmung der Gebäudehöhe relevanter – gewachsener Boden zu betrachten ist (sind), handelt es sich mithin um eine Rechtsfrage.

#### **E. 4.1.5**

Mit dem Vorentscheid vom 11. Januar 2022 wurde – entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen – eine Rechtsfrage beantwortet.

#### **E. 4.2**

Andererseits bringen die Beschwerdeführerinnen vor, die im Rahmen des Vorentscheids vom 11. Januar 2022 entschiedene Frage beschränke sich auf eine einzelne Kote.

##### **E. 4.2.1**

Die Beschwerdegegnerschaft 1 hat der Baubewilligungsbehörde im Vorentscheidsverfahren die folgende Frage vorgelegt: "Ist die von den Architekten bezeichnete Höhenkote von 483,68 m ü. M. gemäss den Plänen Nrn. 301 und 303 (roter Punkt) korrekt als Referenzpunkt für die Gebäudehöhe?". In Disp.-Ziff. 1 des Beschlusses hielt die Baubewilligungsbehörde fest: "Die von den Architekten bezeichnete Höhenkote von 483,68 m ü. M ist korrekt und kann als Referenzpunkt verwendet werden." Zu diesem Vorbringen erwog die Vorinstanz, dass sich der Vorentscheid einzig zur Frage der einen Höhenkote geäussert habe. Diese Kote sei durch Interpolation ermittelt worden, zumal sich jene Stelle innerhalb des Grundrisses der bestehenden Baute befinde. Die Ermittlung der Kote sei vorliegend nicht mehr auf ihre Rechtmässigkeit zu überprüfen (da der Vorentscheid unangefochten in Rechtskraft erwuchs [vgl. E. 2]). Die Kote bilde den Schnittpunkt der Terrainlinien im Längs- und Querschnitt der Bestandesbaute. Diese Linien wiederum hätten das interpolierte Terrain darstellen sollen. Die Kote habe allerdings nur durch diese Interpolation überhaupt ermittelt bzw. hergeleitet werden können. Wenn die Kote nicht mehr hinterfragt werden könne, müsse das auch für die umstrittenen Diagonalen gelten, andernfalls die Kote ihre Grundlage verlöre. Das Terrain rund um die Kote sei mit

dem Vorentscheid daher ebenfalls festgelegt worden und könne nicht mehr in Frage gestellt werden. Mit dem Entscheid über die Kote ist auch der Entscheid über die Pläne Nr. 301 und 303 – und die dort eingezeichneten Linien zur Ermittlung der entsprechenden Kote – verbunden. Aufgrund der Rechtskraft des Vorentscheids vom 11. Januar 2022 zielen die materiellen Beanstandungen der Beschwerdeführerinnen an der konkret vorgenommenen Interpolation ins Leere.

#### **E. 4.2.2**

Jedoch wäre die Kritik ohnehin nicht stichhaltig gewesen. Als Konsequenz des dynamischen Begriffs des gewachsenen Bodens ist grundsätzlich hinzunehmen, dass eine Neubaute aufgrund einer früheren Aufschüttung höher werden kann als ein vorbestehendes, abzubrechendes Gebäude. Im Weiteren ist zu betonen, dass eine vertretbare Interpolation zu einem vernünftigen Geländeverlauf führen soll. Es soll kein völlig unnatürlicher und schwer bebaubarer Terrainverlauf resultieren. Keineswegs ist es zwingend, dass eine vertretbare Interpolation einen Geländesprung ausserhalb des Grundrisses des vorbestehenden Gebäudes wiedergeben muss (VGr, 29. August 2019, VB.2019.00050, E. 3.4 [vgl. auch das dazu ergangene Urteil BGr, 9. Juli 2020, 1C\_540/2019, E. 2.2 ff.]). Vor diesem Hintergrund erscheint die gemäss den Plänen Nr. 301 und 303 beurteilte Interpolation nicht als rechtswidrig.

#### **E. 4.3**

Schliesslich bringen die Beschwerdeführerinnen in ihrer Triplik vor, es handle sich bei der im Vorentscheidsverfahren beurteilten Frage nicht um eine projektbezogene Frage. Diese Rüge betrifft den rechtskräftigen Vorentscheid und kann im vorliegenden Verfahren nicht mehr vorgebracht werden. Sie würde indes auch dann nicht zum Erfolg führen, wenn sie materiell zu behandeln wäre. Die im Vorentscheidsverfahren behandelte Frage liess sich beurteilen, ohne dass ein – ganz oder teilweise ausgearbeitetes – konkretes Bauprojekt bereits feststehen musste. Es ging mithin um die Frage der Zulässigkeit einer konkreten Interpolation (an einem spezifischen Punkt innerhalb des Grundrisses der bestehenden Baute), die für Neubauten generell von Bedeutung ist.

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdeführerinnen dringen mit ihren Rügen betreffend den Vorentscheid – und damit im Ergebnis auch mit ihren Beanstandungen hinsichtlich der Gebäudehöhe und der Baumasse der geplanten Baute – nicht durch.

#### **E. 5.1**

Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde abzuweisen.

#### **E. 5.2**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Die Beschwerdeführerinnen sind überdies zu verpflichten, der privaten Beschwerdegegnerschaft 1 eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

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