

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00299 vom 4. Juli 2016

ZH Verwaltungsgericht, 2016-07-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2023.00299](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2023.00299)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00299 du 4 juillet 2016

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00299 del 4 luglio 2016

## Regeste

Anpassung Nutzungsrevers | [Seit Februar 2017 ist zulasten des Grundstücks Kat.-Nr. 03 ein Ausnützungsrevers im Grundbuch angemerkt; mit dem verfahrensauslösenden Gesuch verlangt die Beschwerdeführerin, Inhaberin des genannten Grundstücks, dass der Revers zu reduzieren sei, weil der Neubau auf dem begünstigten Grundstück weniger Baumasse beanspruchte als mit der der Eintragung zugrunde liegenden Mutationsbewilligung vom 4. Juli 2016 übertragen worden sei.] Ein Ausnützungstransfer erlangt erst mit der Bewilligung des Projekts, das auf die zusätzlichen Ausnützungsreserven angewiesen ist, baurechtliche Relevanz (E. 3.3). Reverse sollen ausserdem stets gesetzliche Erfordernisse aufnehmen, die gemäss dem im Zeitpunkt ihrer Anordnung geltenden Recht im Fall der Verwirklichung des Bauvorhabens zu beachten sind (E. 3.4). Vorliegend wurde der im Grundbuch zulasten des Grundstücks Kat.-Nr. 03 eingetragene Nutzungsrevers infolge Änderung bzw. Anpassung des ihm zugrunde liegenden Bauvorhabens nachträglich fehlerhaft. Die Beschwerdegegnerin hätte das Gesuch der Beschwerdeführerin daher materiell behandeln müssen (E. 4.2). Mit der Fehlerhaftigkeit bzw. teilweisen Wirkungslosigkeit des Revers erfolgte indes nicht zugleich eine Änderung der Verfügung vom 4. Juli 2016 und der darauf basierenden Grundbuchanmerkung, diese ist vielmehr an den neuen Umfang des Ausnützungsrevers anzupassen (E. 4.3). Im Rahmen der geforderten Anpassung ist neben der zu berücksichtigenden Änderung des Projekts auch der Umstand miteinzubeziehen, dass die Baumasse nach der aktuellen Rechtsprechung anders berechnet werden müsste (E. 4.4). Teilweise Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung VB.2023.00299 Urteil der 1. Kammer vom 8. Februar 2024 Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Sandra Wintsch (Vorsitz), Verwaltungsrichter Daniel Schweikert, Verwaltungsrichter José Krause, Gerichtsschreiberin Sonja Güntert. In Sachen A, vertreten durch RA B und oder RA C, Beschwerdeführerin, gegen Baukommission Küsnacht, Beschwerdegegnerin, betreffend Anpassung Nutzungsrevers, hat sich ergeben: I. A. Mit Beschluss vom 16. September 2014 erteilte die Baukommission der Gemeinde Küsnacht D die baurechtliche Bewilligung für den Ersatzneubau eines Einfamilienhauses auf dem Grundstück altKat.-Nr. 01, das damals im Eigentum der Erbengemeinschaft E stand. Am 29. September 2015 wurde F der Neubau zweier Mehrfamilienhäuser auf dem gleichen Grundstück bewilligt. Am 4. Juli 2016 bewilligte die Baukommission der Gemeinde Küsnacht D, das Grundstück altKat.-Nr. 01 in die Grundstücke Kat.-Nrn. 02 und 03 zu unterteilen. Gleichzeitig ordnete sie an, dass innert 30 Tagen ab Rechtskraft der Verfügung ein Zeugnis des Grundbuchamts über die Anmerkung der nachfolgend genannten

öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung (Ausnutzungsrevers) auf dem belasteten Grundstück Kat.-Nr. 03 einzureichen sei: "Eine Teilfläche von 616 m

### **E. 1.00**

Die Baumassenziffer für besondere Gebäude beträgt bei Grundstücken mit einer massgeblichen Grundfläche von bis und mit 1'000 m<sup>2</sup> 0.20. Für Flächenanteile über 1'000 m<sup>2</sup> beträgt die Baumassenziffer für besondere Gebäude 0.10 (Art. 19 der Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Küsnacht [BZO]).

### **E. 2**

Das Verwaltungsgericht holte von Amtes wegen die Akten der Vorinstanz ein, welchen namentlich auch die Unterlagen zur Baubewilligung BG [...] vom 12. September 2016 für den Neubau von zwei Mehrfamilienhäusern auf dem Grundstück Kat.-Nr. 02 beilagen.

### **E. 3.1**

Die Ausnutzungsziffer gibt das Verhältnis der anrechenbaren Geschossfläche zur massgeblichen Grundfläche wieder (§ 254 Abs. 1 PBG in der hier anwendbaren, bis 28. Februar 2017 in Kraft stehenden Fassung des PBG [Übergangsbestimmung zur Änderung vom 14. September 2015, Abs. 2; auch betreffend die nachfolgenden PBG-Bestimmungen]), das heisst zu der von der Baueingabe erfassten Fläche der baulich noch nicht ausgenützten Grundstücke oder Grundstücksteile der Bauzone (vgl. § 259 Abs. 1 PBG). Die Baumassenziffer bestimmt, wie viele Kubikmeter anrechenbaren Raums auf den Quadratmeter Grundfläche entfallen dürfen (§ 254 Abs. 2 PBG). Letztere beträgt in der Gemeinde Küsnacht bei Hauptbauten in der Zone W2, wo sich auch die Grundstücke Kat.-Nr. 02 und 03 befinden,

### **E. 3.2**

Eine Ausnutzungsübertragung liegt vor, wenn ein Bauprojekt nicht nur die sich aus einem einzelnen Baugrundstück ergebende Nutzungsmöglichkeit, sondern auch Nutzungsreserven anderer Grundstücke beansprucht (VGr, 22. Oktober 2020, VB.2020.00397, E. 3.2). Die Ausnutzungsübertragung erlaubt einer Grundeigentümerin bzw. einem Grundeigentümer mit anderen Worten, durch Überschreiten der festgelegten Nutzungsziffern (wozu neben der Ausnutzungsziffer auch die Baumassenziffer, die Überbauungsziffer und die Freiflächenziffer gehören) ein bestimmtes Projekt trotz fehlender Grundfläche zu verwirklichen, indem eine noch nicht genutzte Grundstücksfläche einer benachbarten Parzelle dem zu bebauenden Grundstück angerechnet wird. Andererseits kann die sich einschränkende Grundeigentümerin bzw. der sich einschränkende Grundeigentümer ihre bzw. seine Parzelle nachträglich wenigstens wirtschaftlich voll nutzen, falls sie bzw. er diese baulich nicht voll beansprucht hat bzw. ausnützen will. Dadurch wird die Ausnutzung des zur Verfügung stehenden Baulands verbessert, ohne dass die zonengemässe Baudichte insgesamt überschritten wird. Die Zulässigkeit solcher Ausnutzungsübertragungen ist im Planungs- und Baugesetz nicht geregelt, wird aber von Rechtsprechung und Lehre unter verschiedenen Voraussetzungen anerkannt (zum Ganzen Christoph Fritzsche/Peter Bösch /Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. A., Wädenswil 2019, S. 929 mit Hinweisen; ferner BGr, 19. Dezember 2019, 1C\_57/2019, E. 3.3 mit Hinweisen; VGr, 19. Dezember 2018, VB.2018.00311, E. 4.1 ). Die Ausnutzungsübertragung hat baurechtlich zur Folge, dass bei einer späteren Überbauung des belasteten Grundstücks nicht mehr die gesamte ausnutzbare Fläche zur Verfügung steht. Sie hat mithin die Wirkung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung. Im Grundbuch ist ein Revers

anzumerken, der festhält, inwieweit die belastete Parzelle zusätzlich baulich ausgenutzt wird (BGr, 19. Dezember 2019, 1C\_57/2019, E. 3.3; Fritzsche/ Bösch /Wipf/Kunz, S. 934 ). Damit wird sichergestellt, dass die Ausnützbarkeit des belasteten Grundstücks entsprechend reduziert und später nicht konsumiert wird. Indes hat die Anmerkung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung im Grundbuch grundsätzlich nur deklaratorische Wirkung. Der Sinn einer solchen Anmerkung besteht in der Orientierung einer allfälligen Erwerberin bzw. 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 ( zum Ganzen VGr, 19. Dezember 2018, VB.2018.00311, E. 4.2).

### **E. 3.3**

Baurechtliche Relevanz erlangt der Ausnützungstransfer erst mit der Bewilligung des Projekts, das auf die zusätzlichen Ausnützungsreserven angewiesen ist. Vorher entfaltet die mit schriftlicher Vereinbarung oder einer entsprechenden Dienstbarkeit beabsichtigte Verschiebung allenfalls zivilrechtliche Wirkungen. Hingegen steht es nicht in der Macht der Grundstückseigentümerinnen bzw. Grundstückseigentümer, durch privatrechtliches Rechtsgeschäft und ohne behördliche Prüfung der baurechtlichen Belange einen öffentlich-rechtlich wirksamen Ausnützungstransfer herbeizuführen. 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 von Ausnutzungsfläche auf Vorrat, die auf dem Zielgrundstück einen für andere Zwecke verwendbaren Überschuss zur Folge hätte, ist ausgeschlossen (zum Ganzen Fritzsche/ Bösch /Wipf/Kunz, S. 932 f.; VGr, 19. Dezember 2018, VB.2018.00311. E. 4.1 ).

### **E. 3.4**

Reverse sollen stets gesetzliche Erfordernisse aufnehmen, die gemäss dem im Zeitpunkt ihrer Anordnung geltenden Recht im Fall der Verwirklichung des Bauvorhabens zu beachten sind. Ändert sich dieses Recht und fällt damit die ursprüngliche Rechtsgrundlage des Reverses ersatzlos dahin, so kann auch dieser nicht unverändert weitergelten. Reverse haben nur insoweit Bestand, als sie sich auf das jeweils gültige Recht stützen lassen (VGr, 13. Juli 2023, VB.2022.00397, E. 4.3.1 mit weiteren Hinweisen). Dem Wegfall der gesetzlichen Grundlage ist eine Praxisänderung der Verwaltungs- oder Verwaltungsjustizbehörden gleichzustellen (David Fries, Reverse in der zürcherischen Baurechtspraxis, Zürich 1990, S. 395; vgl. auch Julia Hänni, Verfassungsstruktur des Judikativen Rechts, Zürich/St. Gallen 2022, S. 154, wonach sich die Rechtslage nicht nur aus den Entscheidungen des Gesetzgebers ergebe, sondern auch mittels Rechtsfindung).

### **E. 4.1**

Vorliegend erteilte die Beschwerdegegnerin am 29. September 2015 eine Baubewilligung für den Neubau zweier Mehrfamilienhäuser mit Tiefgarage auf dem Grundstück altKat.-Nr. 01. Unter dem Titel "Baumassenziffer" wird dabei im Bewilligungsentscheid festgehalten, dass die massgebliche Fläche des Baugrundstücks 5'588 m<sup>3</sup> betrage abzüglich 247 m<sup>3</sup> in der Freihaltezone. Dies ergebe eine massgebliche Grundfläche von 5'341 m<sup>3</sup>. Die zulässige Baumasse für Hauptgebäude werde mit einer Reserve von 3 m<sup>3</sup> eingehalten, die zulässige Baumasse für besondere Gebäude mit einer Reserve von 13 m<sup>3</sup>. Am 24. Juni 2016 ersuchte D um baurechtliche Bewilligung für die Unterteilung des Grundstücks

altKat.-Nr. 01 in zwei Grundstücke mit einer Fläche von 2'719 m<sup>2</sup> (Grundstück Kat.-Nr. 02) und 2'868 m<sup>2</sup> (Grundstück Kat.-Nr. 03). Mit Verfügung vom 4. Juli 2016 bewilligte die Beschwerdegegnerin die Parzellierung unter der Bedingung bzw. Auflage, dass zulasten des Grundstücks Kat.-Nr. 03 der strittige Ausnutzungsrevers über eine Teilfläche von 616 m<sup>2</sup> im Grundbuch eingetragen werde. Zur Begründung führte sie hierzu näher aus, dass das auf dem Grundstück Kat.-Nr. 02 geplante Bauprojekt gemäss rechtskräftiger Baubewilligung vom 29. September 2015 als Hauptbaumasse 3'335 m<sup>3</sup> beanspruche und als Baumasse für besondere Gebäude 436 m<sup>3</sup>, womit die auf dem Grundstück maximal zulässige Hauptbaumasse von 2'719 m<sup>3</sup> und die maximal zulässige Baumasse für besondere Gebäude von 372 m<sup>3</sup> überschritten würden. Nach Eintragung des Ausnutzungsrevers, am 11. November 2021, schlossen die Beschwerdeführerin, inzwischen Eigentümerin des (belasteten) Grundstücks Kat.-Nr. 03, und F, Eigentümer des (begünstigten) Grundstücks Kat.-Nr. 02, einen Vergleich betreffend die "Rückübertragung Ausnutzungsziffer", worin sich der Letztgenannte zur Rückübertragung einer Baumasse von 93 m<sup>3</sup> an die Beschwerdeführerin verpflichtete, da diese nicht benötigt würde, was erst nach Beendigung der Bauarbeiten auf dem Grundstück Kat.-Nr. 02 Anfang 2019 ersichtlich geworden sei. In der Folge ersuchte die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 22. Februar 2022 um Anpassung des zulasten ihres Grundstücks eingetragenen Ausnutzungsrevers "an die Ausnutzungsübertragung gemäss Baubewilligung für die Neubauten auf dem benachbarten Grundstück Kat.-Nr. 02 vom 12. September 2016 ["2. Projektänderung gegenüber dem am 29. September 2015 bewilligten Neubau von zwei Mehrfamilienhäusern mit Tiefgarage"] im Umfang von 523 m<sup>2</sup>. Die Beschwerdegegnerin hielt die Beschwerdeführerin hierauf mit Schreiben vom 17. März 2022 dazu an, eine aktuelle, detaillierte und nachvollziehbare Baumassenberechnung sämtlicher Gebäude auf den vom anzupassenden Nutzungstransfer betroffenen Grundstücken Kat.-Nr. 02 und 03 einzureichen, da die beantragte Reduktion der Ausnutzungsübertragung zwar aus dem von der Beschwerdeführerin erwähnten baurechtlichen Entscheid vom 12. September 2016 hervorgehe, es sich bei dem betreffenden Erkenntnis jedoch lediglich um einen Zwischenentscheid handle, auf den weitere Projektänderungen gefolgt seien. Am 13. Mai 2022 wies die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin (überdies) auf einen Entscheid der Vorinstanz vom 30. August 2016 hin (Verfahren R2.2015.00229), wonach (neu) die Baumasse unter vorspringenden Bauteilen an die Baumasse für Hauptgebäude anzurechnen sei, wenn der Vorsprung nebst dem Grundkubus auf einer Seite auf einer Wand abgestützt sei. Somit hätten sich aufgrund der gängigen Gerichtspraxis die Verhältnisse seit der Verfügung vom 12. September 2016 massgeblich verändert und sei die dort angegebene Baumasse zwingend zu überprüfen. Damit der im Grundbuch eingetragene Ausnutzungsrevers rechtskonform angepasst werden könne, sei die tatsächlich realisierte Baumasse nach den aktuellen gesetzlichen Bestimmungen und der gängigen Gerichtspraxis zu ermitteln. Weil sich die Beschwerdeführerin weigerte, die erforderlichen Unterlagen einzureichen, lehnte die Beschwerdegegnerin die Annahme ihres Gesuchs in Anwendung von § 313 Abs. 2 PBG ab.

#### **E. 4.2**

Unter den Parteien ist unbestritten, dass das mit baurechtlichem Beschluss vom 29. September 2015 bewilligte Bauvorhaben in dieser Form nie realisiert wurde, sondern nach Vorliegen der (ersten) Baubewilligung noch insgesamt fünf Planänderungen (Projektänderungen vom 29. August 2016, 12. September 2016, 20. März 2018, 19. Juli 2018 und 18. Februar 2019) erfuhr. Dabei wirkte sich die am 12. September 2016 bewilligte

(zweite) Änderung auch auf die Dimension des Neubaus und somit auf die Ausnützung des Grundstücks aus. Gemäss den dem baurechtlichen Entscheid beigelegten Planunterlagen führte sie konkret zu einer Reduktion der Hauptbaumasse auf 3'242,42 m<sup>3</sup> bei einer gleichbleibenden massgeblichen Grundfläche von 2'621 m<sup>2</sup> bzw. einer maximal zulässigen Hauptbaumasse von 2'621 m<sup>3</sup>. Damit wurde der gestützt auf die Verfügung vom 4. Juli 2016 im Grundbuch zulasten des Grundstücks Kat.-Nr. 03 eingetragene Nutzungsrevers über 616 m<sup>2</sup> infolge Änderung bzw. Anpassung des ihm zugrunde liegenden Bauvorhabens nachträglich fehlerhaft (vgl. dazu Fries, S. 381 ff., insbesondere S. 384). Nachträglich fehlerhafte Reverse sind in der Regel lediglich anfechtbar. Die bzw. der Betroffene ist auf den Weg der förmlichen Aufhebung der Nebenbestimmung ins Wiedererwägungsverfahren zu verweisen (Fries, S. 396), wobei die Verwaltungsbehörden zur materiellen Prüfung von Wiedererwägungsgesuchen verpflichtet sind, falls die gesuchstellende Person eine wesentliche Änderung der bei Erlass der Anordnung gegebenen Sachlage, zum Beispiel Änderungen des Projekts, des Gesetzes oder der Praxis geltend macht (Fries, S. 397). Die Beschwerdegegnerin hätte das Gesuch der Beschwerdeführerin daher materiell behandeln müssen bzw. durfte die materielle Behandlung desselben nicht von der Einreichung einer aktuellen, detaillierten und nachvollziehbaren Baumassenberechnung sämtlicher Gebäude auf den Grundstücken Kat.-Nrn. 02 und 03 abhängig machen. So lässt sich der Beschwerdegegnerin namentlich nicht folgen, wenn sie geltend macht, das Wiedererwägungsgesuch habe aufgrund der nach dem "Zwischenentscheid" vom 12. September 2016 bewilligten (weiteren) Planänderungen ohne eine Baumassenberechnung über den Endausbau nicht abschliessend überprüft werden können. Die übrigen Projektänderungen betrafen laut den Planunterlagen lediglich untergeordnete Punkte bzw. die Umgebungsgestaltung und Erschliessungsdetails, die keine Auswirkungen auf die (bewilligte) Baumasse zeitigten. Mit Schreiben vom 29. September 2020 bestätigte die Beschwerdegegnerin dem Bauherrn F zudem, dass die zwei neuen Mehrfamilienhäuser auf dem Grundstück Kat.-Nr. 02 nach den bewilligten Plänen erstellt worden seien.

### **E. 4.3**

Nachdem eine Ausnützungsübertragung lediglich in dem Umfang baurechtliche Relevanz erlangt, als es vom begünstigten Grundstück gerade benötigt wird, wurde die mit (Parzellierungs-)Bewilligung vom 4. Juli 2016 erfolgte Zuteilung einer Ausnützungsreserve von 616 m<sup>2</sup> an das Grundstück Kat.-Nr. 02 teilweise wirkungslos. Damit erfolgte indes nicht zugleich eine Änderung der Verfügung vom 4. Juli 2016 (dazu auch unten, E. 4.5) und der darauf basierenden Grundbuchanmerkung, was sich nur schon darin zeigt, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem an die Beschwerdegegnerin gerichteten, verfahrensauslösenden Gesuch um Anpassung des Ausnützungsrevers mitsamt entsprechender Anmerkung im Grundbuch bei richtiger Lesart auf Änderung der Verfügung vom 4. Juli 2016 abzielt. Wenn die Beschwerdeführerin schreibt, sie verlange nicht die Änderung der Verfügung vom 4. Juli 2016, sondern den Erlass einer neuen Verfügung, welche "die Anmerkung eines Ausnützungsrevers gemäss Baubewilligung vom 12. September 2016" anordne, verkennt sie, dass der Ausnützungsrevers eine Daueranordnung ist (Fries, S. 100). Bei einer Dauerverfügung wirkt die einmal angeordnete Rechtsfolge in die Zukunft (Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Bern 2022, Rz. 714), weshalb diese – also hier die Verfügung vom 4. Juli 2016 – abzuändern ist, um die darin geregelten Rechtsverhältnisse (hier der Umfang des Ausnützungsrevers) anzupassen. Eine neue Verfügung im beschwerdeführerischen Sinn

würde zu jener vom 4. Juli 2016 hinzutreten, was widersprüchliche Verhältnisse begünstigt und daher nicht angeht.

#### **E. 4.4**

Im Rahmen der geforderten Anpassung des Nutzungsrevers ist neben der zu berücksichtigenden Änderung des Projekts auch der Umstand miteinzubeziehen, dass die Baumasse heute laut Beschwerdegegnerin anders als in dem baurechtlichen Entscheid vom 12. September 2016 berechnet werden müsste, weil die Vorinstanz mit Entscheid vom 30. August 2016 die damalige Praxis der Beschwerdegegnerin bezüglich der Baumassenberechnung als rechtswidrig einstufte. Die Baubehörde hat nämlich über ein Wiedererwägungsgesuch grundsätzlich gemäss der im Zeitpunkt ihres Entscheids geltenden Rechtslage zu befinden (Fries, S. 300 ff. und S. 398, auch zum Folgenden). Wohl hat sie auch dem Bestandesprivileg, den Grundsätzen über den Widerruf von Baubewilligungen sowie dem intertemporalen Grundsatz Rechnung zu tragen, gemäss dem bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit bestehender Bauten das im Zeitpunkt ihrer Errichtung geltende Recht anzuwenden ist, es sei denn, das geltende Recht sei das mildere. Solche Gründe sind vorliegend aber zu verneinen: Geht es um die Erstellung einer Baute, so ist durchaus für deren Bewilligung grundsätzlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verfügung massgeblich. Rechtmässig erstellte Bauten kommen grundsätzlich in den Schutz der Besitzstandsgarantie, das heisst neue Eigentumsbeschränkungen dürfen auf sie nur (aber immerhin) angewandt werden, wenn ein gewichtiges öffentliches Interesse dies verlangt und das Verhältnismässigkeitsprinzip eingehalten ist (BGr, 29. Januar 2020, 1C\_63/2019, E. 5.1). Im Zeitpunkt der Bewilligung der Planänderung vom 12. September 2016 war der vorgenannte Rekursentscheid noch nicht in Rechtskraft erwachsen und die Bestandteil der Bewilligung vom 12. September 2016 bildende Baumassenberechnung entsprach der damals geltenden Rechtslage bzw. der (aus Sicht der privaten Partei grosszügigeren) Praxis der Beschwerdegegnerin. Entsprechend sind die zwischenzeitlich erstellten zwei Mehrfamilienhäuser auf Kat.-Nr. 02 im Bestand geschützt; ebenso verhält es sich für die Baute auf dem Grundstück Kat.-Nr. 03 (vgl. auch Konrad Willi, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen, Zürich 2003, S. 12, wonach erste Voraussetzung für die Geltung der Besitzstandsgarantie das Vorliegen einer bestehenden Baute oder Anlage ist). Da die diesen Bauten zugrunde liegenden Bewilligungen vom vorliegenden Verfahren unberührt (zu) bleiben (haben), sind auch die Grundsätze über den Widerruf von Baubewilligungen (dazu etwa VGr, 9. Juni 2022, VB.2021.00725, E. 3.2) nicht einschlägig. Anders als bei den angesprochenen Bauten ist vorliegend aber die zulässige Ausnützung eines Grundstücks, welche durch den Ausnutzungsrevers mitbestimmt wird, keine Rechtsposition, welche einen Anspruch auf Weitergeltung verschafft (vgl. Konrad Zimmermann, Die Besitzstandsgarantie im öffentlichen Recht, Zürich 2023, Rz. 75 f.). Ohnehin ersucht die Beschwerdeführerin um Anpassung des Ausnutzungsrevers zu ihren Gunsten, also um eine mögliche Mehrausnützung des Grundstücks Kat.-Nr. 03, weshalb die beschwerdeführerische Qualifikation der Ausnutzungsübertrag als Besitzstandsfall widersprüchlich erscheint.

#### **E. 4.5**

Somit ist die Verfügung vom 4. Juli 2016 am Massstab des aktuell gültigen Rechts, mitsamt der seither hierzu ergangenen Praxis (oben E. 3.4 und E. 4.2), zu beurteilen. Denn gemäss den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts kann eine Dauerverfügung auch an

nachträgliche Änderungen der Rechtslage oder allenfalls der Praxis angepasst (bzw. nötigenfalls widerrufen) werden (BGE 139 II 185 E. 10.2.3). Der Umstand, dass nach der Projektänderung vom 12. September 2016 die Verfügung vom 4. Juli 2016 aus tatsächlichen Gründen mangelhaft wurde (oben E. 4.2 Abs. 2), führt nicht dazu, dass sie nicht mehr massgebend ist, wie das die Beschwerdeführerin vorträgt. Ist eine fehlerhafte Verfügung nämlich nicht geradezu nichtig und ist sie – wie vorliegend – formell rechtskräftig geworden, so kann der Mangel nur noch durch eine spätere Änderung der Verfügung behoben werden. Bis dahin müssen indes auch fehlerhafte Verfügungen beachtet werden (Tschannen/Müller/Kern, Rz. 836). Somit muss die "baurechtliche Bewilligung für die Grundstücksunterteilung" (Dispo-Ziff. 1) vom 4. Juli 2016 angepasst werden, da sie – und nicht die Baubewilligungen vom 29. September 2015 oder jene vom 12. September 2016, welche die Erstellung der zwei Mehrfamilienhäuser auf dem Grundstück Kat.-Nr. 02 regelte – massgebend ist für die Anmerkung der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung im Grundbuch.

#### **E. 4.6**

Rechtsfehlerhaft sind die Entscheide der Vorinstanzen aber insoweit, als sie für die nachgesuchte Anpassung des Ausnutzungsrevers gestützt auf das geltende Recht eine aktuelle Baumassenberechnung von der Beschwerdeführerin einforderten: Baugesuchsunterlagen sind derart abzufassen, dass die zuständigen Baubehörden ein Projekt vollständig auf seine Übereinstimmung mit dem massgeblichen Recht prüfen können. Hierbei kann die Baubehörde bei Bedarf eine Baumassenberechnung verlangen oder selber eine erstellen (vgl. VGr, 17. April 2014, VB.2014.00071 . E. 3.2). Die ursprünglich bewilligte Hauptbaumasse reduzierte sich mit der am 12. September 2016 erfolgten Bewilligung einer (zweiten) Planänderung von 3'335 m<sup>2</sup> auf 3'242 m<sup>2</sup>, wobei die aktualisierte Berechnung der Baumasse vom 10. Juli 2016 Bestandteil der massgebenden Unterlagen und mithin der Genehmigung ist. Auf deren Grundlage ist die Baumasse anhand der nun geltenden Praxis zu berechnen, was die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren bereits skizzierte. Sollten für eine definitive Berechnung detailliertere Unterlagen erforderlich sein, muss dies die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin genauer darlegen. Wenn die Beschwerdegegnerin ihre Nichtanhandnahme des Gesuchs auf § 11 der Bauverfahrensordnung vom 3. Dezember 1997 (BVV) abstützt, ist sie darauf hinzuweisen, dass gemäss dieser Norm allein "offensichtlich mangelhafte Gesuche" zurückzuweisen sind, was auf die die Berechnung der Baumasse vom 10. Juli 2016 nicht zutrifft.

#### **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die Beschwerdegegnerin anzuweisen, das Gesuch der Beschwerdeführerin um Änderung des Ausnutzungsrevers zulasten des Grundstücks Kat.-Nr. 03 gemäss Baubewilligung BG [...] vom 12. September 2016 für den Neubau von zwei Mehrfamilienhäusern auf Kat.-Nr. 02 im Umfang von 523,42 m<sup>2</sup> mit entsprechender Anmerkung im Grundbuch anhand zu nehmen .

#### **E. 6**

Die Beschwerdeführerin obsiegt rund zur Hälfte. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Rekurs- und des Beschwerdeverfahrens je hälftig der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 70 Abs. 2

VRG). Parteientschädigungen sind mangels überwiegenden Obsiegens keine zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG).

#### **E. 7**

Sofern das Bundesgericht das vorliegende Urteil als Zwischenentscheid qualifizieren sollte (vgl. dazu BGE 144 III 253 E. 1.4), liesse es sich gemäss Art. 93 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) nur anfechten, wenn es einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken könnte (lit. a) oder die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b).

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