



G.-Nr. R2.2014.00074
BRGE II Nr. 0165/2014

Entscheid vom 2. Dezember 2014

Mitwirkende Abteilungspräsident Peter Rütimann, Baurichter Emil Seliner, Baurichter Stefano Terzi, Gerichtsschreiberin Nicole Herzig

in Sachen **Rekurrierende**
1. Bauherrengemeinschaft YZ, [....]

gegen **Rekursgegnerinnen**
1. Baubehörde Zollikon, 8702 Zollikon
2. Baudirektion Kanton Zürich, Walchetor, Walcheplatz 2,
Postfach, 8090 Zürich

betreffend Baubehördenbeschluss vom 7. April 2014 und Verfügung der Baudirektion Kanton Zürich BVV Nr. 09-2112_P1 vom 29. Januar 2014; nachträgliche Verweigerung der Baubewilligung bzw. raumplanungsrechtlichen Bewilligung für Verlängerung Schutzwall (Projektänderung), Zollikerberg - Zollikon

hat sich ergeben:

A.

Mit Beschluss vom 7. April 2014 verweigerte die Baubehörde Zollikon der Bauherrngemeinschaft YZ [...] die nachträgliche Baubewilligung für die Verlängerung eines auf dem Grundstück Kat.-Nr. 10527 an der Oberhubstrasse 14-28 in Zollikon erstellten Schutzwalls und verlangte dessen Rückbau auf die ursprünglich bewilligte Länge innert 90 Tagen ab Rechtskraft des Beschlusses.

Dieser Entscheid stützte sich auf die im koordinierten Verfahren ergangene Verweigerung der raumplanungsrechtlichen Bewilligung durch die Baudirektion Kanton Zürich vom 29. Januar 2014.

B.

Hiergegen wandte sich die Bauherrngemeinschaft YZ mit Rekurseingabe vom 11. Juni 2014 fristgerecht an das Baurekursgericht des Kantons Zürich und stellten folgende Anträge:

- "1. Die angefochtenen Verfügungen der Rekursgegnerinnen Nr. 1 und Nr. 2 seien insoweit aufzuheben, als der Erdwall auf Kat.-Nr. 10527 nicht bewilligt und dessen Rückbau angeordnet wurde, und die baurechtliche Bewilligung für den ganzen, bereits erstellten Erdwall auf dem Grundstück Zollikon, Kat.-Nr. 10527 sei zu erteilen.
2. Eventualiter: Disp.-Ziff. II der angefochtenen Verfügung der Rekursgegnerin Nr. 2 sei aufzuheben und auf die Anordnung einer Entfernung des bereits erstellten Erdwalls auf dem Grundstück Zollikon, Kat.-Nr. 10527 sei zu verzichten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekursgegnerschaft."

C.

Mit Verfügung vom 13. Juni 2014 wurde vom Rekurseingang Vormerk genommen und das Vernehmlassungsverfahren eröffnet.

D.

Die Baudirektion Kanton Zürich schloss mit Rekursantwort vom 11. Juli 2014 auf Abweisung des Rekurses.

Die Baubehörde Zollikon beantragte mit Stellungnahme vom 14. August 2014 ebenfalls die Abweisung des Rekurses, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekurrentenschaft.

E.

Mit Replik vom 8. September 2014 hielt die Rekurrentenschaft an ihren Anträgen fest.

Die Baubehörde Zollikon blieb mit Duplik vom 2. Oktober 2014 bei ihren Anträgen. Die Baudirektion Kanton Zürich verzichtete auf die Einreichung einer Duplik.

F.

Auf die Parteivorbringen wird, soweit entscheidnotwendig, in den nachstehenden Erwägungen Bezug genommen.

Es kommt in Betracht:

1.

Die Rekurrentenschaft ist als Bauherrin und Adressatin des angefochtenen Entscheides ohne weiteres im Sinne von § 338a des Planungs- und Baugesetzes (PBG) zur Rekurerhebung legitimiert. Da auch die übrigen formellen Voraussetzungen unbestrittenermassen erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten.

2.

Mit Beschlüssen vom 23. November 2009 wurde der Rekurrentschaft der Neubau von acht Mehrfamilienhäusern auf den Grundstücken Kat.-Nrn. 10056, 10603, 10602 und 10604 mitsamt den zur Einhaltung der Immissionsgrenzwerte der Empfindlichkeitsstufe ES III notwendigen Lärmschutzmassnahmen in Form eines Lärmschutzwalles entlang der an der Südwestgrenze des Bauareals entlang führenden Forchstrasse und einer auf dem Schutzwall positionierten Lärmschutzwand bewilligt. Dessen südliches Ende sollte 15 m auf das südlich angrenzende, in der kommunalen Erholungszone gelegene Grundstück Kat.-Nr. 10527 hineinragen, damit der notwendige Lärmschutz gewährleistet würde. Im Rahmen der Bauausführung verlängerte die Bauherrschaft den bis zu 2.60 m hohen und ca. 7 m breiten Erdwall (ohne Lärmschutzwand) um weitere 85 m in die Erholungszone hinein, um einen verbesserten Lärm- und Sichtschutz zu erreichen. Diese Erweiterung wurde mit den angefochtenen Entscheiden nachträglich verweigert und deren Rückbau wurde angeordnet.

3.

Die Rekurrentschaft beantragt die Durchführung eines Augenscheins (vgl. § 7 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG]). Das Baurekursgericht hat unbesehen von Parteianträgen nur dann einen Augenschein durchzuführen, wenn die Verhältnisse vor Ort zwar entscheidrelevant, auf Grund der Akten aber noch unklar sind. Die bei den Akten liegenden Pläne und Fotos sind zur Entscheidungsfindung genügend. Da diese Voraussetzung somit vorliegend nicht erfüllt ist, war kein Augenschein durchzuführen.

4.

Die Baudirektion Kanton Zürich macht geltend, die umstrittene Erweiterung des Lärmschutzwalls liege in der kommunalen Erholungszone, in der nur Bauten und Anlagen für naturverbundene Freizeitaktivitäten und Sport im Freien erlaubt seien. Nicht zonenkonforme Vorhaben müssten die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 des Raumplanungsgesetz (RPG) erfüllen. Dem Stammgesuch habe ein detaillierter Aussenlärmnachweis der Rutishauser GmbH vom 6. Juli 2009 beigelegt, aus dem hervorgehe, dass entlang der Forchstrasse ein Lärmschutz (Wall/Wand) errichtet werden müsse, um die Immissionsgrenzwerte (IGW) einhalten zu

können. Dazu sei erforderlich, dass der Lärmschutzwall bis zu 10 m über die östliche Parzellengrenze hinausgehe. Gemäss Beurteilung des TBA-Ingenieurstabs, Fachstelle Lärmschutz, bringe alles, was über diese 10 m in die Erholungszone hinausgehe, zwar einen besseren Lärmschutz, sei aber keine notwendige Massnahme zur Einhaltung der Lärmgrenzwerte nach Lärmschutzverordnung (LSV). Zudem schütze der zusätzliche Damm hauptsächlich den Aussenraum, der gemäss LSV nicht zu schützen sei. Damit sei der Lärmschutzwall bis 15 m (inkl. seitliche Böschung des Walls) über die südöstliche Parzellengrenze hinaus standortgebunden im Sinne von Art. 24 RPG, während der zusätzlich ausgeführte Wall mit einer Mehrlänge von rund 85 m nicht als standortgebunden bezeichnet werden könne. Schliesslich ordne sich der lange Erdwall auch nicht gut in die Umgebung ein und bilde eine Zäsur in die Landschaft.

5.

Die Rekurrentschaft bringt vor, in der Erholungszone seien Bauten und Anlagen für Freizeitaktivitäten zulässig, für die Erstellung eines Golfplatzes dürften sogar in grossem Stil Terrainveränderungen vorgenommen werden. Demnach seien die relativ geringfügigen Terrainveränderungen für einen sich diskret in die Umgebung einordnenden kleinen Erdwall, der am Rande der Erholungszone liege, zonenkonform, zumal er auch die Erholungszone von den Lärmquellen der Forchstrasse abtrenne.

Die Terrainveränderungen seien aber auch standortgebunden im Sinne von Art. 24 RPG, wie dies für die ersten 15 m in der Erholungszone ohne weiteres anerkannt worden sei. Auch die übrigen 85 m könnten dem Lärmschutz nur dienen, wenn sie genau an diesem Standort verblieben. Die Erweiterung des Erdwalls bringe der Überbauung eine Lärmreduktion von rund 3 dB, schütze vor Lichtimmissionen und biete Sichtschutz. Zudem könne sie näher an die ebenfalls der Grundstücksgrenze entlang verlaufende Bahnlinie gebaut werden, als dies mit einer dichten Bepflanzung als Alternativlösung möglich wäre und sei damit platzsparender und wirksamer gegen den Lärm. Demgegenüber seien keine überwiegenden Interessen ersichtlich, die gegen eine Bewilligung sprächen.

6.

Flächen, die der Erholung der Bevölkerung dienen sollen, sind gemäss § 61 Abs. 1 PBG als Freihalte- oder als Erholungszonen auszuscheiden. Erfordert ein Erholungsgebiet grundsätzlich keine Bauten, ist es einer Freihaltezone zuzuweisen; müssen hingegen Bauten oder Anlagen erstellt werden, so ist eine Erholungszone festzusetzen (Robert Wolf/Erich Kull, Das revidierte Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich, VLP-Schriftenfolge Nr. 58, Bern 1992, Rz. 33).

Die Erholungszone nach zürcherischem Recht ist eine Sondernutzungszone im Sinne von Art. 18 des Raumplanungsgesetzes (RPG; vgl. VB.2001.00048 vom 20. September 2001, E. 4b), allerdings nicht eine Bauzone, was sich bereits aus der Systematik des Planungs- und Baugesetzes ergibt. Es handelt sich um eine Zone, die von vornherein auf ganz bestimmte Nutzungen zugeschnitten ist. Zulässig sind lediglich die den Vorgaben der Richtplanung entsprechenden Bauten und Anlagen, wobei die Gemeinden die nötigen Bauvorschriften erlassen (§ 62 Abs. 2 PBG). Sie haben in ihren Bau- und Zonenordnungen konkret festzulegen, welche Nutzungen zulässig sind und welche primären Baubegrenzungsnormen gelten sollen. Dabei können sie verschiedene Arten von Erholungszonen definieren und ausscheiden. Zonenkonform können je nach konkreter Ausgestaltung z.B. Spiel- und Sportanlagen, Freibäder oder Familiengärten sein (Wolf/Kull, Rz. 36), aber auch etwa standortgebundenes Wohnen (VB.2001.00048, VB.2001.00055, VB.2001.00155 und VB.2001.00157 in BEZ 2001 Nr. 44). In der Erholungszone dürfen mithin nur Bauten und Anlagen erstellt werden, die in den kommunalen Bau- und Nutzungsvorschriften - welche diesbezüglich in aller Regel einen hohen Konkretisierungsgrad aufweisen - eine ausdrückliche Grundlage finden. Darin unterscheidet sich die Erholungszone von den Bauzonen im Sinn von Art. 15 RPG bzw. §§ 47 ff. PBG, in denen grundsätzlich sämtliche Bauten und Anlagen erlaubt sind, die dem (in der Regel weit weniger spezifisch gefassten) Zonenzweck nicht widersprechen.

Für die Erholungszone, der das Baugrundstück angehört, hat die Gemeinde Zollikon folgende Bestimmungen erlassen:

„In der Erholungszone sind Bauten und Anlagen für naturverbundene Freizeitaktivitäten und Sport im Freien zulässig.“ (Art. 23^{bis} BZO)

„In der Erholungszone beträgt die maximale Gebäudehöhe 4 m.

Gegenüber Grundstücken in anderen Zonen sind die Grenz- und Gebäudeabstände der betreffenden Zone einzuhalten.

Im Übrigen gelten die kantonalrechtlichen Massvorschriften." (Art. 23^{ter} BZO)

Der regionale Richtplan (Region Pfannenstil, Siedlung und Landschaft) weist das Baugrundstück dem Besonderen Erholungsgebiet C (Freibad, Sportanlage, Golfplatz) zu.

Auf dem Baugrundstück wurde bislang keine dem Sport oder der Freizeitgestaltung dienende Nutzung realisiert. Die Parzelle wird landwirtschaftlich genutzt. Entsprechend wurde mit dem Wall eine ausschliesslich der benachbarten Wohnzone dienende Terrainveränderung vorgenommen. Diese erweist sich als in der Erholungszone nicht zonenkonform und könnte damit höchstens im Rahmen einer Ausnahmegewilligung zugelassen werden.

7.

Gemäss Art. 24 RPG kann die Errichtung von Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen sowie deren Zweckänderung abweichend von Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG bewilligt werden, wenn der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert (lit. a) und der Bewilligung keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (lit. b).

Eine Baute oder Anlage ist dann standortgebunden, wenn sie aus technischen oder betrieblichen Gründen oder aber aus Gründen der Bodenbeschaffenheit auf einen bestimmten Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen ist. Ausreichend ist eine relative Standortgebundenheit. Es ist demnach nicht (im Sinne einer absoluten Standortgebundenheit) erforderlich, dass überhaupt kein anderer Standort in Betracht fällt. Es müssen jedoch besonders wichtige und objektive Gründe vorliegen, die den vorgesehenen Standort gegenüber andern Standorten innerhalb einer Bauzone als wesentlich vorteilhafter erscheinen lassen. Subjektive, in der Person des Gesuchstellers liegende Motive wie namentlich finanzielle Verhältnisse oder persönliche Zweckmässigkeit stellen regelmässig keine solchen Gründe dar. An das Erfordernis der Standortgebundenheit sind stets sehr strenge Anforderungen zu stellen, weil andernfalls die vom Raumplanungsgesetz bezweckte Trennung zwischen Bau- und Nichtbaugebiet nicht mehr gewährleistet ist.

Die Standortgebundenheit kann eine positive oder eine negative sein. Positiv standortgebunden ist eine Baute oder Anlage dann, wenn sie aus technischen oder betrieblichen Gründen oder aber aus Gründen der Bodenbeschaffenheit auf einen bestimmten Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen ist. Dies trifft etwa auf Energie- oder Rohstoffgewinnungsanlagen oder auf Bergrestaurants zu. Negative Standortgebundenheit liegt vor, wenn eine Baute oder Anlage auf Grund der von ihr ausgehenden Auswirkungen oder Gefahren nicht in einer Bauzone realisiert werden kann (z.B. ein Schiessstand, eine Abfalldeponie oder ein Tierheim). Können die Auswirkungen gestützt auf das Umweltschutzrecht soweit begrenzt werden, dass das Vorhaben in einer Bauzone realisiert werden kann, fällt die Annahme der negativen Standortgebundenheit ausser Betracht (Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Band I, 3. Aufl., Zürich 1999, Rz. 709 ff. und dortige Hinweise auf die Rechtsprechung).

Vorliegend kann zwar argumentiert werden, der Erdwall müsse in dem der Erholungszone zugewiesenen Gebiet entlang der Forchstrasse und der Bahnlinie erstellt werden, um seinen Zweck erfüllen zu können. Diese Begründung greift aber nur soweit als der Lärmschutzwall zur Einhaltung der Immissionsgrenzwerte für die Wohnüberbauung in der benachbarten Bauzone notwendig ist. In diesem Rahmen, der gemäss den im Bewilligungsverfahren für die Wohnhäuser eingereichten Gutachten auf einen Bereich von 10 m über die Zonengrenze hinaus ermittelt wurde, führte ein überwiegendes Interesse am Lärmschutz zur Standortgebundenheit des Walls und zur Erteilung einer entsprechenden Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 24 RPG. Die Verlängerung des Erdwalls hingegen ist nicht zur Einhaltung der Immissionsgrenzwerte erforderlich. Damit sind keine überwiegenden Interessen an der Erteilung einer Ausnahmegewilligung für diesen Standort gegeben bzw. das raumplanerische Interesse an der Trennung des Bau- und des Nichtbaugebietes wiegt höher als dasjenige an einer zusätzlichen Verbesserung der Lärmsituation für das benachbarte Baugebiet. Da auch die übrigen Ausnahmegewilligungen im Sinne von Art. 24a ff. RPG nicht zur Anwendung kommen, erweist sich der umstrittene Lärmschutzwall, soweit er über die bewilligten 15 m (inkl. Böschung) innerhalb der Erholungszone erstellt wurde, als nicht nachträglich bewilligungsfähig.

8.

Die Baubehörde Zollikon verlangt die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes respektive den Rückbau des Lärmschutzwalles auf die ursprünglich bewilligte Länge innert 90 Tagen ab Rechtskraft ihres Beschlusses und begründet diese Anordnung damit, dass die Rekurrentenschaft für den ersten Teil des Lärmschutzwalls, der bis in die Erholungszone hineinrage, ein Baugesuch gestellt und damit gewusst habe, dass Erdwälle bewilligungspflichtig seien. Zudem erweise sich die Aufforderung zum Rückbau als verhältnismässig. Mit dessen Entfernung könne der rechtmässige Zustand wiederhergestellt werden, eine weniger einschneidende Massnahme stehe nicht zur Verfügung und der Rückbau sei weder besonders komplex noch sehr kostspielig. Deshalb erachtet die Vorinstanz auch eine dreimonatige Frist für blosse Erdarbeiten als genügend.

9.

Die Rekurrierenden machen geltend, dahingehend informiert gewesen zu sein, dass blosse Terrainveränderungen üblicherweise nach Bauabschluss in einem Revisionsplan eingegeben würden. Die Erweiterung des Walls sei in gutem Glauben erfolgt. Zudem sei die Rückbauverfügung unverhältnismässig. Die Vorinstanz habe im Rahmen der ursprünglichen Baubewilligung im Jahre 2009 bereits eine Verlängerung des Erdwalls über die Zonengrenze hinaus bewilligt. Die Abweichung von den Bauvorschriften sei höchstens geringfügig und der Rückbau auch aufgrund der geschätzten Kosten von gegen Fr. 150'000.-- unverhältnismässig. Schliesslich würde dieser niemandem nützen, da die Anwohner und die Erholungszone mehr Immissionen ausgesetzt würden und ein Ersatz durch Büsche die Sicherheitssituation der Forchbahn verschlechtere und mehr Fläche beanspruche.

10.

Werden bewilligungspflichtige Bauten oder Nutzungen in Verletzung von einschlägigen Vorschriften des öffentlichen Rechtes, namentlich des Bau- und Umweltschutzrechtes, realisiert, hat die Baubehörde unbesehen der Durchführung bzw. des Ausgangs eines Strafverfahrens grundsätzlich den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, d.h. die vollständige oder teilweise Beseitigung der Baute oder Einstellung der Nutzung zu veranlassen

(§§ 340 f. PBG). Vorgängig einer allfälligen Vollstreckungsanordnung (insbesondere Ersatzvornahme; vgl. §§ 29 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG]) hat die Behörde dem Pflichtigen zu befehlen, den rechtmässigen Zustand selber wiederherzustellen.

Der Befehl zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes muss verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 der Bundesverfassung [BV]). Damit wird namentlich auch verlangt, dass der mit dem Befehl verbundene Eingriff in die Rechtsstellung des Privaten in einem vernünftigen Verhältnis zum öffentlichen Interesse an der angestrebten Rechtsdurchsetzung steht (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne). Bei dieser Abwägung ist auch die Gut- oder Bösgläubigkeit des Bauherrn mit zu berücksichtigen. Gutgläubigkeit schliesst die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes in der Regel dann aus, wenn der Beibehaltung des rechtswidrigen Zustandes keine schwerwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Hierbei kann sich derjenige nicht auf den guten Glauben berufen, der bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden durfte, nicht gutgläubig sein konnte (Art. 3 des Zivilgesetzbuches [ZGB]). Diesfalls ist somit Bösgläubigkeit anzunehmen. Zwar kann sich auch der Bösgläubige auf das Verhältnismässigkeitsprinzip berufen; dem bösen Glauben ist jedoch in adäquater Weise Rechnung zu tragen. Der Bösgläubige muss es somit weitaus eher hinnehmen, dass die Behörde aus grundsätzlichen Erwägungen, d.h. zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ein erhöhtes Gewicht beilegt und die dem Bauherrn erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigt. Dies muss umso mehr dann gelten, wenn ein absichtlicher Verstoss gegen Bauvorschriften vorliegt (vgl. zum Ganzen RB 1999 Nr. 126; VB.2000.00033 in BEZ 2000 Nr. 23; VB.2004.00151 in BEZ 2004 Nr. 49 = RB 2004 Nr. 78).

Die Rekurrentschaft hatte bereits mit dem Baugesuch für die Wohnüberbauung einen Lärmschutzwall auf dem Grundstück Kat.-Nr. 10056 (übergreifend auf das Grundstück Kat.-Nr. 10527) eingegeben und dessen Notwendigkeit mit einem Gutachten nachgewiesen. Dass ein 85 m langer Erdwall baurechtlich und aufgrund seiner Lage in der Erholungszone auch raumplanungsrechtlich beurteilt werden musste, war der Bauherrschaft somit bekannt. Dass sie die Auskunft bekommen habe, dass Terrainveränderungen erst nachträglich einzugeben seien, ändert daran nichts, zumal sie

auch nicht geltend macht, mit dieser Auskunft sei ein Vertrauensschutz im Sinne von Art. 9 der Bundesverfassung (BV) entstanden. Es ist somit nicht von einem gutgläubigen Vorgehen auszugehen.

Nichtsdestotrotz ist die Verhältnismässigkeit des Rückbaus zu prüfen. Diesbezüglich ist den Ausführungen der Vorinstanz zu folgen. Der Rückbau der Erdaufschüttungen ist nicht mit einem besonderen Aufwand verbunden, der das stark zu wertende öffentliche Interesse an der Trennung des Bau- vom Nichtbaugebiet überwiegen würde. Der Rückbau ist zielführend, zumutbar und in Bezug auf den zu erbringenden Aufwand verhältnismässig. Ebenso verhält es sich mit der für den Rückbau anberaumten Frist. Erdarbeiten dieses Umfangs sind ohne weiteres innerhalb von drei Monaten durchführbar, weshalb sowohl die Aufforderung zum Rückbau wie auch die Frist dazu zu bestätigen sind.

11.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Rekurs abzuweisen ist. Die Verweigerung der nachträglichen Bewilligung wie auch der Wiederherstellungsbefehl sind zu bestätigen. Entsprechend ist der Lärmschutzwall innert 90 Tagen ab Rechtskraft dieses Entscheides auf den ursprünglich bewilligten Umfang zurückzubauen.

[....]