



G.-Nr. R2.2011.00173 und R2.2011.00175  
BRGE II Nrn. 0054/2012 – 0055/2012

**Entscheid vom 3. April 2012**

Mitwirkende Abteilungspräsident Peter Rütimann, Baurichter Emil Seliner, Baurichter Stefano Terzi, Gerichtsschreiberin Christine Suter-Pfannes

in Sachen

**Rekurrierende**

R2.2011.00173

V. N., [.....]

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Markus Holenstein, Uraniastrasse 18, 8001 Zürich

R2.2011.00175

1. Schweizer Heimatschutz (SHS), Seefeldstrasse 5a, Postfach, 8032 Zürich
2. Zürcherische Vereinigung für Heimatschutz, Eichstrasse 29, 8045 Zürich

beide vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Martin Pestalozzi, Seefeldstrasse 9a, 8630 Rüti

gegen

**Rekursgegnerinnen**

R2.2011.00173

1. Baudirektion Kanton Zürich, Walchetur, Walcheplatz 2, Postfach, 8090 Zürich

R2.2011.00175

1. Baudirektion Kanton Zürich, Walchetur, Walcheplatz 2, Postfach, 8090 Zürich
2. V. N., [.....]

Nr. 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Markus Holenstein, Uraniastrasse 18, 8001 Zürich

## Mitbeteiligte

R2.2011.00173

2. Gemeinderat Erlenbach, 8703 Erlenbach
3. Schweizer Heimatschutz (SHS), Seefeldstrasse 5a, Postfach, 8032 Zürich
4. Zürcherische Vereinigung für Heimatschutz, Eichstrasse 29, 8045 Zürich

Nrn. 3 - 4 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Martin Pestalozzi, Seefeldstrasse 9a, 8630 Rüti

R2.2011.00175

3. Gemeinderat Erlenbach, 8703 Erlenbach

betreffend

Verfügung der Baudirektion Kanton Zürich vom 8. September 2011; wasserrechtliche Konzession und gewässerschutzrechtliche Bewilligung für Anbau, Kat.-Nr. 2773, Schiffländestrasse 1, Erlenbach

---

## hat sich ergeben:

### A.

Mit Verfügung vom 8. September 2011 erteilte die Baudirektion Kanton Zürich V. N. die wasserrechtliche Konzession und die gewässerschutzrechtliche Ausnahmegewilligung, den Anbau des Gasthauses Schönau (Assek.-Nr. 212) auf dem Grundstück Kat.-Nr. 2773 an der Schiffländestrasse 1 in Erlenbach umzubauen und bis 31. Dezember 2026 fortbestehen zu lassen (Dispositivziffer VII). Gleichzeitig wurden die im Rahmen des nachgeholtten ordentlichen Konzessionsverfahrens strittig gebliebenen Einsprachen mehrheitlich abgewiesen. Gutgeheissen wurde die gemeinsame Einsprache des Schweizer Heimatschutzes (SHS) und der Zürcherischen Vereinigung für Heimatschutz (ZVH) (unter anderem) insoweit, als die Konzession und Bewilligung für den in das Seegebiet vorspringenden Anbau auf die "praxisübliche Dauer" von 15 Jahren befristet wurde (Dispositivziffer I).

## **B.**

Hiergegen wandte sich V. N. mit Eingabe vom 6. Oktober 2011 fristgerecht an das Baurekursgericht und stellte folgende Anträge:

- "1. Dispositiv-Ziffer I der angefochtenen Verfügung sei dahingehend zu ändern, dass die Konzession und Bewilligung für den in das Seegebiet vorspringenden Anbau statt auf 15 auf 40 Jahre erteilt wird.
2. Eventuell sei die angefochtene Verfügung um die Feststellung zu ergänzen, dass die Befristung gemäss Dispositiv-Ziffer I lediglich eine nachträgliche Befristung der bestehenden Konzession für den in das Seegebiet vorspringenden Anbau darstellt und die Konzessions- und Bewilligungserneuerung für den Zeitpunkt nach Ablauf der bestehenden Konzession noch aussteht.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekursgegnerin."

## **C.**

Mit Präsidialverfügung vom 12. Oktober 2011 wurde vom Rekurseingang unter der Geschäftsnummer R2.2011.00173 Vormerk genommen und das Vernehmlassungsverfahren eröffnet.

Die Baudirektion schloss in ihrer Stellungnahme vom 11. November 2011 unter Hinweis auf den Mitbericht des Amtes für Abfall, Wasser, Energie und Luft (AWEL) vom 7. November 2011 auf Abweisung des Rekurses. Auch die als Mitbeteiligte in das Verfahren einbezogenen Heimatschutzverbände beantragten in ihrer gemeinsamen Rekursantwort vom 8. Dezember 2011, es sei der Rekurs abzuweisen. Die kommunale Vorinstanz verzichtete auf eine Stellungnahme.

Sowohl die Rekurrentin in ihrer Replik vom 20. Januar 2012 als auch die Mitbeteiligten in ihrer Duplik vom 13. Februar 2012 hielten an ihren Anträgen fest. Die kantonale Vorinstanz verzichtete mit Eingabe vom 8. Februar 2012 auf eine Duplik.

## **D.**

Mit Rekurs vom 7. Oktober 2011 gelangten auch der Schweizer Heimatschutz (SHS) und die Zürcherische Vereinigung für Heimatschutz (ZVH) fristgerecht an das Baurekursgericht und stellten folgende Anträge:

- "1. Es sei in Gutheissung des Rekurses die angefochtene Baudirektionsverfügung Nr. 1676 vom 8. September 2011 aufzuheben, soweit damit die Einsprache der Rekurrierenden abgewiesen wird.

2. Es sei das Gesuch der privaten Rekursgegnerin abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.
3. Es seien bezüglich der mit BDV Nr. 1678 vom 18. Dezember 1936 erteilten Konzession und konzessionsrechtlichen Bewilligung für den Saalanbau folgende Anordnungen zu treffen:
  - 3.1. Es seien diese Konzession und konzessionsrechtliche Bewilligung nachträglich zu befristen.
  - 3.2. Es sei festzustellen, dass die maximale gesetzliche Konzessionsdauer von 40 Jahren gemäss § 13 Abs. 1 der Konzessionsverordnung längst abgelaufen ist und dass die Voraussetzungen für die ausnahmsweise längere Konzessionsdauer von bis zu 80 Jahren gemäss § 13 Abs. 2 der Konzessionsverordnung hier nicht gegeben sind.
  - 3.3. Es sei die Beseitigung dieses Saalanbaus zu verfügen; eventualiter unter Einräumung einer angemessenen, kurzen Übergangsfrist, wobei diesfalls festzustellen sei, dass dieser Saalanbau während einer solchen Übergangsfrist ausschliesslich für einen Restaurantbetrieb genutzt werden darf und insbesondere eine Nutzung zu Wohnzwecken untersagt ist.
4. Es seien bezüglich der Landanlagekonzession vom 13. April 1849 für 2'235 Quadratfuss (ca. 208 m<sup>2</sup>), vom 6. Februar 1879 für 18 m<sup>2</sup> und vom 18. Dezember 1936 für 39 m<sup>2</sup> folgende Anordnungen zu treffen:
  - 4.1. Es seien diese Landanlagekonzessionen nachträglich zu befristen.
  - 4.2. Es sei festzustellen, dass die maximale gesetzliche Konzessionsdauer von 40 Jahren gemäss § 13 Abs. 1 der Konzessionsverordnung längst abgelaufen ist und dass die Voraussetzungen für die ausnahmsweise längere Konzessionsdauer von bis zu 80 Jahren gemäss § 13 Abs. 2 der Konzessionsverordnung hier nicht gegeben sind.
  - 4.3. Es sei unter Einräumung einer angemessenen kurzen Übergangsfrist der entschädigungslose Heimfall dieser Landanlagen an den Staat gemäss § 55 WWG zu verfügen.
  - 4.4. Es seien die davon betroffenen weiteren Konzessionen und Bewilligungen aufzuheben bzw. entsprechend anzupassen.
5. Eventualiter sei eine Erneuerung der Konzession und konzessionsrechtliche Bewilligung für den Saalanbau nur für eine Nutzung als Restaurationsbetrieb in Aussicht zu stellen.
6. Subeventualiter sei die Sache zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Rekursgegnerin zurückzuweisen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der privaten Rekursgegnerin."

## **E.**

Mit Präsidialverfügung vom 12. Oktober 2011 wurde vom Rekurseingang unter der Geschäftsnummer R2.2011.00175 Vormerk genommen und das Vernehmlassungsverfahren eröffnet.

Die Baudirektion schloss in ihrer Vernehmlassung vom 11. November 2011 unter Hinweis auf den Mitbericht des Amtes für Abfall, Wasser, Energie und Luft (AWEL) vom 7. November 2011 auf Abweisung des Rekurses. Auch die Bauherrschaft beantragte in ihrer Rekursantwort vom 11. November 2011, es sei der Rekurs abzuweisen. Die in das Verfahren als Mitbeteiligte einbezogene kommunale Vorinstanz verzichtete auf eine Stellungnahme.

Der zweite Schriftenwechsel wurde mit Replik der Rekurrierenden vom 20. Dezember 2011 sowie Duplik der Bauherrin vom 20. Januar 2012 abgeschlossen.

## **F.**

Mit Präsidialverfügung vom 26. Januar 2012 wurde die Baudirektion aufgefordert, dem Baurekursgericht bis zum 6. Februar 2012 die vollständigen Akten des mit Baugesuch vom 5. Juni 2008 ausgelösten Baubewilligungsverfahrens sowie sämtliche das Baugrundstück betreffende Landanlagekonzessionen (insbesondere Konzessionen vom 13. April 1849 und 6. Februar 1879) einzureichen.

Mit Präsidialverfügung vom 8. Februar 2012 gingen die eingereichten Konzessionen vom 13. April 1849 und 6. Februar 1879 an die Rekurrierenden zur freigestellten schriftlichen Stellungnahme bis zum 28. Februar 2012. Diese nahmen am 23. Februar 2012 zu den beiden Konzessionen fristgerecht Stellung.

## **G.**

Auf die Vorbringen der Parteien wird, soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen Bezug genommen.

## **Es kommt in Betracht:**

### **1.**

Mit Beschluss vom 11. November 2008 erteilte die Bau- und Planungskommission Erlenbach V. N. die baurechtliche Bewilligung für den Umbau und die Umnutzung des Gasthauses Schönau in Erlenbach. Gleichzeitig mit dem baurechtlichen Entscheid wurde die im koordinierten Verfahren ergangene raumplanungsrechtliche, konzessionsrechtliche und denkmalpflegerische Bewilligung der Baudirektion vom 24. Oktober 2008 eröffnet.

Die Bauherrschaft beabsichtigt, das bestehende Gasthaus umzubauen und der privaten Wohnnutzung zuzuführen. Das Gebäude wurde im 16. Jahrhundert ursprünglich als Wohnhaus errichtet, im 19. Jahrhundert zum Wirtshaus umgebaut, ab 1924 zu einem kleinen Hotel erweitert und 1936 um einen auf Säulen stehenden Anbau ergänzt. Das eine Fläche von 474 m<sup>2</sup> aufweisende Baugrundstück wurde teilweise durch Aufschüttung im Seegebiet geschaffen und beruht auf Landanlagekonzessionen vom 13. April 1849 für 2'235 Quadratfuss (= ca. 208 m<sup>2</sup>), vom 6. Februar 1879 für 18 m<sup>2</sup> und vom 18. Dezember 1936 für 39 m<sup>2</sup> mit Bewilligungsvorbehalt. Es liegt zum überwiegenden Teil in der Kernzone; die übrige Fläche ist der Freihaltezone zugeschrieben. Während das ursprüngliche Gasthaus mit seinen Grundmauern innerhalb der Kernzone steht, befindet sich die Anbaute mehrheitlich in der Freihaltezone und ragt mit seinem halbrunden, eine Fläche von 20 m<sup>2</sup> aufweisenden Gebäudeteil in das öffentliche Seegebiet. Das Gebäude ist im überkommunalen Inventar der Denkmalschutzobjekte verzeichnet. Zudem besteht eine Personaldienstbarkeit zugunsten des Kantons Zürich, wonach das Gebäude nicht abgebrochen werden darf und die äussere Wirkung berührende Veränderungen vorgängig durch die Baudirektion bewilligt werden müssen.

Die Baurekurskommission II wies am 3. November 2009 einen gegen dieses Umnutzungsprojekt gerichteten Rekurs der rekurrierenden Heimatschutzverbände ab (BRKE II Nrn. 0255 und 0256/2009). Hierauf gelangten die Rekurrierenden an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. Mit Urteil vom 20. Mai 2010 hiess das Verwaltungsgericht die Beschwerde teilweise gut, hob Dispositivziffer II des Rekursentscheids teilweise und Dispositivziffern III.2 bis 5 der Baudirektionsverfügung vom 24. Oktober 2008 ganz auf und wies die Sache zur Durchführung des ordentlichen

Konzessionsverfahrens und zum Neuentscheid im Sinne der Erwägungen an die kantonale Baudirektion zurück (VB.2009.00691).

Nach Eintritt der Rechtskraft des Verwaltungsgerichtsentscheids erfuhren die Rekurrierenden, dass die Bauherrin offenbar beabsichtigt, das Gebäude zu beziehen und die Umbauarbeiten auszuführen. In der Folge reichten sie am 2. September 2010 bei der Bau- und Planungskommission Erlenbach ein Gesuch um Erlass eines entsprechenden Bauverbots ein. Mit Beschluss vom 14. September 2010 wies die kommunale Baubehörde das Gesuch ab und stellte gleichzeitig – im Sinne der Erwägungen – die Baufreigabe in Aussicht, sobald alle hierfür erforderlichen Auflagen und Bedingungen gemäss Beschluss vom 11. November 2008 erfüllt seien.

Ein dagegen von der Zürcherischen Vereinigung für Heimatschutz und dem Schweizer Heimatschutz erhobener Rekurs hiess die Baurekurskommission II mit Entscheid vom 7. Dezember 2010 gut. Sie hob den angefochtenen Beschluss auf und verbot der Eigentümerin des rekursbetroffenen Grundstücks, vor dem rechtskräftigen Abschluss des Baubewilligungs- und Konzessionsverfahrens mit der Ausführung des Bauvorhabens zu beginnen. Gegen diesen Rekursentscheid erhob die Bauherrin am 18. Januar 2011 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde mit Urteil vom 26. Mai 2011 ab (VB.2011.00047).

Gestützt auf den Rückweisungsentscheid des Verwaltungsgerichts vom 20. Mai 2010 lud die Baudirektion die Gemeinde Erlenbach mit Verfügung vom 17. November 2010 ein, in Anwendung von § 38 des Wasserwirtschaftsgesetzes (WWG) das Konzessionsgesuch während 30 Tagen öffentlich aufzulegen und die Planaufgabe öffentlich bekannt zu machen. In der Auflagefrist gingen insgesamt acht Einsprachen ein. In der Folge führte die Baudirektion zur gütlichen Erledigung der Einsprachen am 8. April 2011 eine Lokalverhandlung durch. Anlässlich dieser Verhandlung konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden. In der Folge erging am 8. September 2011 die angefochtene Verfügung, mit welcher einerseits über die streitigen Einsprachen befunden und andererseits die konzessionsrechtliche Bewilligung sowie die gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligung für das geplante Umnutzungsvorhaben erteilt wurde.

## **2.**

Die Rekurse betreffen das gleiche Bauvorhaben und werfen im Wesentlichen die nämlichen Rechtsfragen auf. Die Verfahren G.-Nrn. R2.2011.00173 und R2.2011.00175 sind daher aus prozessökonomischen Gründen zu vereinigen.

## **3.**

Die Rekurrentin V. N. ist als Bauherrin und Adressatin der angefochtenen Verfügung ohne weiteres zu deren Anfechtung legitimiert (§ 338a Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes [PBG]). Auch die Zürcherische Vereinigung für Heimatschutz (ZVH) und der Schweizer Heimatschutz (SHS) sind im vorliegenden Verfahren unbestrittenermassen zur Rekurerhebung legitimiert (§ 338a Abs. 2 PBG). Da auch die übrigen formellrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Rekurse einzutreten.

## **4.1.**

Die rekurrierenden Verbände beanstanden in verfahrensrechtlicher Hinsicht zunächst, dass die Aktenaufgabe im Rahmen des Einspracheverfahrens unvollständig gewesen sei. Während der Auflagefrist seien nur gerade die Verfügung der Baudirektion vom 17. November 2010, das ursprüngliche Baugesuch vom 5. Juni 2008 und eine Grundbuchplankopie 1 : 500 vom 4. Juni 2008 aufgelegt. Es hätten insbesondere sämtliche im vorliegenden Zusammenhang relevanten früheren Konzessionen und konzessionsrechtlichen Bewilligungen gefehlt. Beizuziehen seien auch die vollständigen Akten des mit dem Baugesuch vom 5. Juni 2008 ausgelösten kommunalen Baubewilligungsverfahren. Dieser Aktenbeizug sei trotz entsprechender Beweisofferte in der Einsprache vom 23. Dezember 2011 nicht erfolgt. Das bedeute eine klare Verweigerung des rechtlichen Gehörs, seien doch die Akten – wie sich aus den nachfolgenden materiellen Ausführungen ergebe – zweifellos relevant.

Die Bauherrin hält dem entgegen, dass die (gewissermassen streitgegenständliche) Konzession vom 18. Dezember 1936 den Rekurrierenden bekannt sei, ebenso die Baugesuchsunterlagen, welche während der Auflagefrist hätten eingesehen werden können. Ohnehin seien aber die Landanlagekonzessionen von 1849 und 1879 wie auch die übrigen Baugesuchsunterlagen für das vorliegende Verfahren gar nicht relevant. Sollte das

Baurekursgericht zur Einsicht gelangen, dass die Aktenlage unvollständig sei, müssten diese Akten beigezogen und den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt werden (soweit die Rekurrierenden sich nicht bereits zu den angeblich fehlenden Akten ausgelassen hätten).

Die kantonale Vorinstanz hält dafür, dass die Planaufgabe lediglich für den in das Seegebiet auskragenden Teil des fraglichen Anbaus durchzuführen gewesen sei. Diese sei gemäss § 38 WWG unter Bezugnahme aller relevanten Akten erfolgt. Für Bauten auf Landanlagen sei keine Publikation und Planaufgabe gemäss § 38 WWG durchzuführen.

#### **4.2.**

Das Konzessionsgesuch ist mit den für die Beurteilung des Vorhabens erforderlichen Unterlagen der Baudirektion zur Vorprüfung einzureichen und wird nach der Vorprüfung vom Gemeinderat öffentlich aufgelegt und bekannt gemacht (§ 38 Abs. 1 und 3 WWG).

Welche Unterlagen für die Beurteilung des jeweiligen Bauvorhabens erforderlich sind, ist durch die Baubewilligungsbehörde zu beurteilen. Dieser steht namentlich dort ein Ermessensspielraum zu, wo Gesetz und Verordnung das Erfordernis zur Einreichung von Baugesuchsunterlagen von der Art des Vorhabens oder der Lage des Baugrundstückes abhängig machen.

Die Mangelhaftigkeit des Gesuches kann von den Nachbarn bzw. Natur- und Heimatschutzorganisationen nur erfolgreich gerügt werden, wenn sie sich auf deren Rechts- und Interessenwahrnehmung nachteilig auswirkt, indem der Anfechtende das Projekt und seine Auswirkungen nicht bzw. nicht hinreichend beurteilen konnte. Entsteht kein solcher Nachteil, so liegt kein wesentlicher Verfahrensmangel vor, sodass die Rüge der Mangelhaftigkeit des Gesuchs weder die Anordnung einer Nebenbestimmung noch gar die Aufhebung der Bewilligung zur Folge hat. Dies verhält sich nur dann anders, wenn die Mangelhaftigkeit des Gesuchs mit einer materiellen Rechtswidrigkeit des Vorhabens einhergeht (vgl. VB.2000.00086 in RB 2000 Nr. 7 = BEZ 2000 Nr. 39).

Zwar trifft es zu, dass das eingereichte Konzessionsgesuch lediglich das ursprüngliche Baugesuchsformular sowie eine Grundbuchkopie umfasst hat. Weitere Baugesuchsunterlagen – insbesondere die Baugesuchspläne

und die erteilten Konzessionen von 1849, 1879 und 1936 – lagen dem Gesuch nicht bei. Wie jedoch die Einsprache (act. 8.17 in G.-Nr. R2.2011.00173) und die Rekurseingabe belegen, waren die rekurrierenden Verbände offenkundig in der Lage, den Entscheid sachgerecht anzufechten. So lassen ihre einlässlichen Ausführungen erkennen, dass ihnen die Baugesuchsunterlagen sowie die im vorliegenden Verfahren relevante Konzession vom 18. Dezember 1936 bekannt waren. Auch waren sie aufgrund der vorausgegangenen Rekurs- und Beschwerdeverfahren über das geplante Umnutzungsvorhaben im Bild. Was die fehlenden Landanlagekonzessionen vom 13. April 1849 und 6. Februar 1879 angeht, so wurden diese im vorliegenden Rekursverfahren von der Baudirektion auf entsprechende Aufforderung hin eingereicht, und es wurde den Rekurrierenden Gelegenheit zur Stellungnahme geboten (act. 26 in G.-Nr. R2.2011.00175). Ein allfälliger Verfahrensmangel wurde dadurch geheilt. Damit sind die Rekurrierenden offensichtlich nicht in ihrer Interessenwahrung eingeschränkt worden. Ebenso ist eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu verneinen.

## **5.1.**

Weiter monieren die rekurrierenden Verbände in verfahrensrechtlicher Hinsicht, dass allein aufgrund des Baugesuchsformulars und der Grundbuchplankopie das Vorhaben nicht beurteilt werden können. Von einem eigentlichen Konzessionsgesuch sei nirgends die Rede. Zudem seien gemäss § 5 lit. k der Bauverfahrensverordnung (BVV) Ausnahmegesuche zu begründen. Eine solche Begründung fehle hier vollständig. Es habe somit das notwendige Gesuch als Verfahrensgrundlage überhaupt gefehlt, weshalb die Baudirektion auf das Gesuch gar nicht hätte eintreten dürfen. Darauf sei die kantonale Vorinstanz in ihrer Verfügung und ihrem Einsprache abweisenden Entscheid mit keinem Wort eingegangen. Auch dies bedeute eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Der Rekurs sei allein schon aus diesem Grund gutzuheissen und die Sache sei durch Nichteintreten auf das Gesuch der Bauherrin zu erledigen.

Die Bauherrschaft hält dem entgegen, es sei nicht davon auszugehen, dass die kantonale Vorinstanz oder auch die übrigen Verfahrensbeteiligten keine Klarheit über den Gegenstand des Konzessionsgesuchs gehabt hätten. Jene Einsprecher, die im Gegensatz zu den Rekurrierenden auf eine Rekuserhebung verzichtet hätten, hätten dies im vollen Bewusstsein ge-

tan, dass es um die Umnutzung des ehemaligen Gastgewerbelokals in einen Wohntrakt gehe, wie sich unschwer aus den in der angefochtenen Verfügung wiedergegebenen Anträgen lesen lasse. Damit von einem Ausnahmegesuch im Sinne § 5 lit. k BVV ausgegangen werden könnte, müsste klar sein, dass und ausserdem weshalb der Fortbestand von bestehenden Bauten über Seegebiet grundsätzlich nicht in Frage komme. Dies sei aber nicht so. § 26 der Konzessionsverordnung (KonzessionsV) stelle nur für neue private Bauten und Anlagen eine solche Regel auf. Es handle sich deshalb gar nicht um ein Ausnahmegesuch. Ein Mangel im Konzessionsgesuch wäre im vorliegenden Verfahren ohnehin nur dann von Relevanz, wenn Anlass zur Annahme bestünde, der Mangel habe dazu geführt, dass im Entscheid wesentliche Umstände unberücksichtigt blieben.

Die Baudirektion äussert sich zu diesem Vorwurf nicht.

## **5.2.**

Dieser verfahrensrechtliche Einwand erweist sich ebenfalls als unbegründet. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass die im Rahmen des ordentlichen Konzessionsverfahrens eingereichten Unterlagen unvollständig waren. Die Baudirektion hatte jedoch aufgrund des ursprünglichen Baugesuchs und des Rückweisungsentscheides des Verwaltungsgerichts vom 20. Mai 2010 (VB.2009.00691) Klarheit über den Gegenstand des Konzessionsgesuchs. Auch lassen die Erwägungen in der angefochtenen Verfügung erkennen, dass die Baudirektion über das Umnutzungsvorhaben im Bild war. Von einer fehlenden Verfahrensgrundlage für den Entscheid kann somit keine Rede sein. Es sind somit keine Verfahrensfehler ersichtlich, welche eine Rückweisung an die kantonale Vorinstanz zur Folge hätten.

## **6.1.**

Sodann rügen die Heimatschutzorganisationen, der Verfügung der Baudirektion vom 17. November 2010 könne nirgends entnommen werden, dass die gemäss § 38 Abs. 2 WWG zwingende Vorprüfung vorgenommen worden sei. Auf den entsprechenden Einwand in der Einsprache sei die kantonale Vorinstanz mit keinem Wort eingegangen, was wiederum eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs bedeute. Nachdem nun bereits der Entscheid der Baudirektion in der Sache selbst vorliege, und nicht einmal dieser den an eine Vorprüfung zu stellenden Anforderungen genüge, wäre ei-

ne Rückweisung an die Rekursgegnerin unter diesem Aspekt wohl nur ein prozessualer Leerlauf.

Demgegenüber hält die Bauherrschaft dafür, dass § 38 Abs. 2 WWG rein verfahrensökonomisch motiviert sei und den Rekurrierenden von vornherein keinen Vorteil verschaffen könne.

Die Baudirektion äussert sich zu diesem Einwand nicht.

## **6.2.**

Gemäss § 38 Abs. 2 WWG wird das Konzessionsgesuch im Rahmen der Vorprüfung abgewiesen, wenn die Bewilligung offensichtlich öffentliche Interessen in untragbarer Weise beeinträchtigen würde. Ob die Baudirektion eine Vorprüfung vorgenommen hat oder nicht, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Da nunmehr der materielle Entscheid über das Konzessionsgesuch vorliegt, wäre eine Rückweisung – wie die Rekurrierenden selber einräumen – ein prozessualer Leerlauf.

## **7.**

In materiellrechtlicher Hinsicht wenden sich die Rekurrierenden gegen die erteilte (befristete) Konzession für die geplante Nutzungsänderung.

### **7.1.1.**

Die kantonale Vorinstanz begründet ihren Entscheid im Wesentlichen damit, dass mit Dispositivziffer III der Verfügung BDV Nr. 1678 vom 18. Dezember 1936 unter Auflagen die erforderliche Bewilligung erteilt worden sei, an das Gebäude Assek.-Nr. 212 anlehnend, halbkreisförmig ins Seegebiet vorspringend, einen Anbau zu erstellen. Das Gebäude sei bereits zu diesem Zeitpunkt als Restaurationsbetrieb genutzt worden. Daraus könne hergeleitet werden, dass der Anbau als Erweiterung des Restaurationsbetriebes bewilligt worden sei. Eine eigentliche Zweckbestimmung bzw. Nutzungsbestimmung oder gar Nutzungsbeschränkung, die regle, wie dieser Anbau zu verwenden sei, gehe aus den an die Bewilligung geknüpften Bestimmungen nicht hervor. Es sei auch unüblich, dass an eine Bewilligung solch eingreifende Nebenbestimmungen geknüpft würden. Daher dürfe davon ausgegangen werden, dass es bei der Bewilligungserteilung nicht die Absicht gewesen sei, den Anbau künftig und für alle Zeiten als Restaurant zu nutzen. So lasse Dispositivziffer III.4 der Verfügung vom

18. Dezember 1936, nach welcher Bestimmung für alle den gewöhnlichen Unterhalt übersteigenden Veränderungen an der Baute die Bewilligung der Baudirektion erforderlich sei, zumindest so viel Spielraum offen, dass die Bewilligungsbehörde auch einer Umnutzung des Anbaus zustimmen könne.

### **7.1.2.**

Dem halten die Rekurrierenden im Wesentlichen entgegen, dass dem seinerzeitigen Konzessionsverfahren ein "Vorentscheidverfahren" vorausgegangen sei, in welchem die erforderlichen Bewilligungen und die Konzession seitens der Baudirektion mit folgender Begründung in Aussicht gestellt worden sei:

"Da Ihnen (sc. Der Bauherrschaft) offenbar keine andere Möglichkeit zu Gebote steht, eine notwendige Erweiterung ihrer Restaurantsräume vorzunehmen, wollen wir die von der Baudirektion zu erteilenden Bewilligungen in Aussicht stellen (...)."

Die Beurteilung habe sich auf die Stellungnahme der Natur- und Heimatschutzkommission des Kantons Zürich vom 4. März 1936 sowie des Gemeinderates Erlenbach vom 11. Februar 1936 gestützt und habe Grundlage für die nachfolgend erteilte Bewilligung und Konzession gebildet. Diese sei also ausschliesslich deshalb erteilt worden, weil für den Anbau ein betriebliches Bedürfnis der Gastwirtschaft bestanden habe. Dies und nichts anderes sei also Rechtfertigung für die Sonderbehandlung gewesen. Man habe offenbar primär die mit der Betriebserweiterung bzw. dem Gastwirtschaftsraum direkt am bzw. über dem See verbundene Attraktivitätssteigerung gewürdigt. Damit sei die Behauptung aktenwidrig, eine eigentliche Zweckbestimmung bzw. Nutzungsbestimmung, welche regle, wie dieser Anbau zu verwenden sei, gehe aus den an die Bewilligung geknüpften Bestimmungen nicht hervor. Dass in der Bewilligung und Konzession von 1936 keine entsprechende Nutzungsbeschränkung enthalten sei, sei nicht relevant. Diese sei bau- und konzessionsrechtlich selbstverständlich. Weiter handle es sich vorliegend nicht um eine Polizeibewilligung, sondern um eine Konzession, für welche (immanente) Eigentumsbeschränkungen gelten würden. Auch unter diesem Aspekt seien eingreifende "Nutzungsbestimmungen" gar nicht notwendig, weil bei der Bewilligung von Konzessionsänderungen oder Konzessionserneuerungen ohnehin die öffentlichen Interessen vollumfänglich zu berücksichtigen seien und diese nicht gegen die privaten Interessen abzuwägen, sondern unabhängig davon durchzusetzen seien. Entsprechend gehe die Erwägung der Baudirektion an der

Sache vorbei, wonach davon ausgegangen werden dürfe, dass es bei der Bewilligungserteilung nicht die Absicht gewesen sei, den Anbau künftig und für alle Zeiten als Restaurant zu nutzen. Entscheidend sei nicht eine solche quasi "ewige Nutzungsordnung" bzw. deren allfälliges Fehlen. Entscheidend sei vielmehr, dass heute die massgebenden öffentlichen Interessen umfassend ermittelt und gewichtet werden müssten, bevor darüber entschieden werde, ob allenfalls ausnahmsweise im privaten Interesse der Bauherrin eine Umnutzung für rein private Wohnzwecke bewilligt und konzessioniert werden könnte.

Es genüge den Anforderungen an die hier notwendige umfassende Ermittlung der massgebenden Interessen und an eine begründete, nachvollziehbare Interessenabwägung in elementarster Weise nicht, wenn die Baudirektion die Bewilligung und Konzessionierung dieser Umnutzung ausschliesslich damit begründe, dass sie einer Umnutzung des Anbaus zustimmen könne. In ihrer ganzen Verfügung suche man über dieses unmassgebliche Argument hinausgehende Gründe für den Entscheid vergebens, der Bauherrin den Fortbestand des Saalabbaus zu ausschliesslich privaten Wohnzwecken zu ermöglichen. Insbesondere fehle jede inhaltliche Auseinandersetzung mit den gewichtigen öffentlichen Interessen.

Das sei angesichts der diesbezüglichen klaren Kritik, welche das Verwaltungsgericht bereits an der früheren materiellen Begründung der Baudirektion angebracht habe, und angesichts der deutlichen Hinweise des Verwaltungsgerichts über die hier massgebenden und in der Interessenabwägung wesentlich zu gewichtenden öffentlichen Interessen schon sehr befremdend. Die Baudirektion scheine zu verkennen, dass sie an die Erwägungen des Verwaltungsgerichts im Rückweisungsentscheid gebunden sei und nicht einfach in freier Willkür nochmals gleich entscheiden dürfe.

### **7.1.3.**

Die Baudirektion verzichtet zu diesem Rügepunkt auf eine Stellungnahme. Sie hält dafür, dass sich aus der Rekurschrift keine neuen Erkenntnisse ergäben, welche nicht bereits in der angefochtenen Verfügung behandelt worden seien.

### **7.1.4.**

Die Bauherrin macht geltend, dass das Bedürfnis des Konzessionärs nach einer Erweiterungsmöglichkeit für sein Restaurant lediglich Anlass für die

Konzession gewesen sei. Eine Zweckbindung des Saalanbaus ergebe sich hieraus nicht und wäre nur zulässig gewesen, wenn sie von irgendeinem öffentlichen Interesse abgedeckt würde. Am Betrieb eines privaten Gastlokals bestehe nun einmal kein öffentliches Interesse. Konzessions- bzw. gewässerschutzrechtlich sei es so, dass die gewerbliche Nutzung von Seegebiet als der heftigere Eingriff in öffentliche Interessen gelte als die Beanspruchung des Seegebiets durch eine Wohnnutzung. Die in Frage stehende Umnutzung stelle also eine Verbesserung der Situation dar. Weiter würden die Rekurrierenden verkennen, dass das Verwaltungsgericht in seinem Urteil vom 20. Mai 2010 die damalige nachträgliche Befristung der Konzession ebenso wenig beanstandet habe wie die konzessionsrechtliche Bewilligung der Umnutzung des Saalanbaus. Das einzige was beanstandet worden sei, sei die Konzessionserneuerung, und dies aber nur in Bezug auf die unvollständige Begründung. Sehr wohl habe die kantonale Vorinstanz daher gleich entscheiden dürfen wie im ersten Entscheid. Es frage sich allerdings, weshalb die Konzession nun auf 15 statt wie damals auf 40 Jahre erteilt worden sei. Die Bauherrin hege den Verdacht, dass diesmal gar keine Konzessionserneuerung stattgefunden habe, die angefochtene Verfügung den "doppelten Gehalt", welchen das Verwaltungsgericht im Mai 2010 erkannt habe, also gar nicht mehr aufweise, sondern nur noch eine nachträgliche Befristung einer bestehenden Konzession (mit konzessionsrechtlicher Bewilligung einer Umnutzung) im Streit liege. Ob sich dieser Verdacht bestätige oder nicht, werde sich möglicherweise im parallel laufenden Rekursverfahren klären.

## **7.2.**

Die Konzession für die Auffüllung des Seegebiets und die Konzession für die darauf stehende halbrunde, in das Seegebiet vorspringende Saalanbaute wurde am 18. Dezember 1936 unter dem Vorbehalt erteilt, dass für alle den gewöhnlichen Unterhalt übersteigenden Veränderungen an der Baute die Bewilligung der Baudirektion erforderlich sei (act. 8.8 in G.-Nr. R2.2011.00173). Eine Auflage, wonach die Konzession an die Verpflichtung zur Führung eines Restaurationsbetriebes gebunden sei, enthält die seinerzeitige Konzession nicht. Eine Zweckänderung der Konzession fällt somit – entgegen der Auffassung der Rekurrierenden – nicht von vornherein ausser Betracht. Davon geht auch das Verwaltungsgericht aus, hält es doch in seinem Rückweisungsentscheid VB.2009.00691 vom 20. Mai 2010 fest, dass die Voraussetzungen für die blosse Anpassung der Kon-

zession und Bewilligung innert der laufenden Konzessionsfrist ohne weiteres erfüllt erscheinen. So führe im Rahmen der bestehenden oder nachträglich befristeten Konzession und Bewilligung die Umnutzung eher zu einer Entlastung der bisherigen Beanspruchung.

Ob die Voraussetzungen für eine Zweckänderung auch im Rahmen einer Erneuerung der Konzession gegeben wären, liess das Gericht offen. Im Hinblick auf das nachzuholende ordentliche Konzessionsverfahren wies das Gericht die kantonale Vorinstanz jedoch darauf hin, dass deren diesbezügliche materielle Begründung, welche lediglich auf die bevorstehenden Investitionen hinweise, offensichtlich ungenügend sei. Bei einer Konzessionserneuerung könne es nämlich unter dem Gesichtspunkt des Investitionsschutzes von vornherein nur um solche Investitionen gehen, die im guten Glauben getätigt worden seien und während der bisherigen Konzessionsdauer nicht hinreichend amortisiert hätten werden können. Grundsätzlich nicht als schützenswerte Investitionen könnten jedoch etwa der Kaufpreis oder bauliche Vorkehren gelten, die rein spekulativ in der Hoffnung auf eine Konzessionserneuerung getätigt worden seien, ebenso wenig selbstverständlich künftige Investitionen. Den privaten Interessen an einer Erneuerung der Konzession seien allfällige andere private Interessen Dritter sowie entgegenstehende öffentliche Interessen gegenüberzustellen. Bei diesen werde neben dem Interesse an der Freihaltung des in der Freihaltezone und im Gewässerabstand liegenden Landes zusätzlich auch die Schutzqualität des bestehenden ursprünglichen Gebäudes sowie gegebenenfalls auch des Anbaus selber gewürdigt werden müssen. Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung werde die Baudirektion nötigenfalls auch den Blick auf andere auslaufende Konzessionen und konzessionsrechtliche Bewilligungen im unmittelbaren Seeuferbereich erweitern müssen, um eine einheitliche Praxis zur allfälligen Erneuerung solcher Konzessionen zu finden.

Trotz unmissverständlicher Kritik des Verwaltungsgerichts in ihrem Rückweisungsentscheid hat es die Baudirektion erneut unterlassen, die erteilte Konzession hinreichend zu begründen. Weder enthält der Entscheid bezüglich der neuen Konzessionsdauer von 15 Jahren eine Begründung, noch setzt sich die Baudirektion mit den im Rahmen der Konzessionserneuerung zu prüfenden privaten und öffentlichen Interessen auseinander. Bezüglich der Konzessionsdauer begnügt sich die Baudirektion mit einem Hinweis auf ihre Praxis. Auch geht aus dem Entscheid nicht schlüssig her-

vor, ob die neue Konzession wiederum sowohl eine Änderungsbewilligung als auch eine Erneuerung beinhaltet. Klarheit bringen erst die Ausführungen in der Vernehmlassung des Bauherrenrekurses (act. 7 in G.-Nr. R2.2011.00173). Dort hält die kantonale Vorinstanz fest, dass mit Dispositivziffer VI der angefochtenen Verfügung die Konzession von 1936 für den Anbau (nur bezüglich Dispositivziffer III) auf den Zeitpunkt der Baufreigabe aufgehoben werde. Damit sei klar, dass es sich vorliegend nicht um eine bloss nachträgliche Befristung, sondern um eine befristete Neukonzessionierung des Anbaus handle.

Steht somit fest, dass vorliegend eine Konzessionserneuerung für den Anbau zu privaten Wohnzwecken in Frage steht, hätte die kantonale Vorinstanz zwingend in Beachtung der verwaltungsgerichtlichen Anordnung vom 20. Mai 2010 eine umfassende Interessenabwägung vornehmen müssen. Eine solche ist im vorliegenden Fall unterblieben. Ebenso wenig setzt sich die Baudirektion mit den von den Rekurrierenden in ihrer Einsprache vorgebrachten öffentlichen Interessen auseinander. Auch in der Vernehmlassung wird die geforderte Gegenüberstellung und Interessenabwägung nicht nachgeholt. Dies ist umso unverständlicher, als die Rekurrierenden die unterlassene Interessenabwägung in ihrer Rekursschrift ausdrücklich monieren. Die Konzessionsbehörde ist mithin ihrer Prüfungs- und Begründungspflicht nicht hinreichend nachgekommen. Der Entscheid ist deshalb bereits aus diesem Grund rechtsfehlerhaft. Da es nicht Sache der Rechtsmittelinstanz ist, die sich vorliegend gegenüber stehenden öffentlichen und privaten Interessen aufzuzeigen und diese gegeneinander abzuwägen, ist der angefochtene Entscheid in teilweiser Gutheissung des Rekurses aufzuheben und die Angelegenheit zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Baudirektion zurückzuweisen.

Damit erübrigt es sich, zu den weiteren Einwänden der Rekurrierenden Stellung zu nehmen. Anzumerken bleibt immerhin, dass sich die Baurekurskommission II bzw. das Baurekursgericht in ihren Entscheiden BRKE II Nr. 0205/2008 vom 21. Oktober 2008 (BEZ 2009 Nr. 17) bzw. BRGE II Nr. 0197/2011 vom 23. August 2011 eingehend mit der Frage der nachträglichen Befristung von Landanlagekonzessionen auseinandergesetzt und deren Zulässigkeit verneint hat.

**8.**

Die Bauherrin wendet sich in ihrem Rekurs (G.-Nr. R2.2011.00173) ausschliesslich gegen die verfügte Konzessionsdauer von 15 statt 40 Jahren. Da vorliegend jedoch die angefochtene Verfügung bereits in teilweiser Gutheissung der Verbandsbeschwerde aufzuheben ist, ist der Bauherrenrekurs nicht zu behandeln und als gegenstandslos geworden abzuschreiben (vgl. VB.2008.00021). Anfügen bleibt immerhin, dass die Baudirektion ihm Rahmen einer allfälligen Konzessionserneuerung für den Anbau auch die Konzessionsdauer hinreichend zu begründen hätte.

**9.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Verfügung der Baudirektion vom 8. September 2011 in teilweiser Gutheissung des Rekurses im Verfahren G.-Nr. R2.2011.00175 aufzuheben und die Angelegenheit zum Neuentscheid im Sinne der Erwägungen an die Baudirektion zurückzuweisen ist. In der Folge ist der Rekurs im Verfahren G.-Nr. R2.2011.00173 als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

[.....]

