



G.-Nr. R3.2018.00050  
BRGE III Nr. 0078/2019

**Entscheid vom 12. Juni 2019**

Mitwirkende Abteilungspräsident Felix Müller, Baurichter Kaspar Plüss, Baurichter Roland Fraefel, Gerichtsschreiber Robert Durisch

in Sachen **Rekurrent**  
U. B. [...]  
vertreten durch [...]

gegen **Rekursgegner**  
Bauausschuss X [...]

betreffend Bauausschussbeschluss vom 19. März 2018; Vorentscheid zu Baumassenziffer in Wohnzone mit Gewerbeerleichterung [...]

---

**hat sich ergeben:**

**A.**

U. B. plant auf seiner mit dem Abbruchhaus an der Z.-Strasse 1 (Assek.-Nr. 1) überstellten Parzelle Kat.-Nr. 1 in X einen neuen Wohn- und Gewerbebau. Mit Eingabe vom 21. Dezember 2017 ersuchte er den Bauausschuss X um Erlass eines baurechtlichen Vorentscheids mit dem Begehren, eine mit dem Bauvorhaben zusammenhängende Frage zur zulässigen Ausnützung auf der Bauparzelle zu bejahen. U. B. wurde mit Beschluss des Bauausschusses X vom 19. März 2018 eine abschlägige Antwort erteilt und beschieden, dass die baurechtliche Bewilligung für das Bauvorhaben nicht in Aussicht gestellt werde.

**B.**

Gegen diesen Beschluss erhob U. B. mit Eingabe vom 19. April 2018 beim Baurekursgericht des Kantons Zürich Rekurs. Der Rekurrent beantragte die Aufhebung des angefochtenen Vorentscheids und die verbindliche Zusage, für das Bauvorhaben eine Bewilligung in Aussicht zu stellen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Rekursgegners.

**C.**

Das Baurekursgericht eröffnete mit Verfügung vom 20. April 2018 das Vernehmlassungsverfahren.

Mit Vernehmlassung vom 18. Mai 2018 beantragte der Rekursgegner die Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge zulasten des Rekurrenten.

Dieser hielt in der Replik vom 28. Mai 2018 an seinen Anträgen fest, worauf die Gegenseite mit Eingabe vom 6. Juni 2018 den Verzicht auf eine weitere Stellungnahme kundgab.

## **Es kommt in Betracht:**

### **1.**

Gemäss § 338a des Planungs- und Baugesetzes (PBG) ist zum Rekurs und zur Beschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Anordnung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung hat. Die Rekursberechtigung ist beim Rekurrenten, der Adressat der angefochtenen Anordnung ist, ohne weiteres gegeben.

Da, neben der Legitimation, auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten.

### **2.**

Über Fragen, die für die spätere Bewilligungsfähigkeit eines Bauvorhabens von grundlegender Bedeutung sind, können gemäss § 323 Abs. 1 PBG Vorentscheide eingeholt werden, sofern die gesonderte Beurteilung dieser Fragen sachlich möglich ist und nicht gegen das Koordinationsgebot verstösst. Vorentscheide ergehen, nach Abs. 2 dieser Vorschrift, im gleichen Verfahren wie baurechtliche Bewilligungen; mit dem Gesuch sind alle Unterlagen einzureichen, die zur Beurteilung der gestellten Fragen nötig sind. Vorentscheide sind nach § 324 PBG hinsichtlich der behandelten Fragen in gleicher Weise verbindlich wie baurechtliche Bewilligungen, sofern sich die Verhältnisse bis zur Einreichung des Baugesuchs nicht wesentlich geändert haben.

### **3.**

Der Rekurrent unterbreitete dem Rekursgegner mit Eingabe vom 21. Dezember 2017 die folgende Frage:

"Kann ein Bauprojekt auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1 im Halte von 715 m<sup>2</sup> mit einer Baumasse von insgesamt 2288 m<sup>3</sup> bewilligt werden (715 m<sup>2</sup> x 3,2), wenn maximal 1859 m<sup>3</sup> Baumasse auf das Wohnen entfallen und mindestens 429 m<sup>3</sup> auf den Gewerbetrieb?"

Die Frage wurde im angefochtenen Beschluss mit folgender Begründung verneint:

Auf der Bauparzelle Kat.-Nr. 1 sei anstelle des zum Abbruch vorgesehenen Gebäudes Assek.-Nr. 1 ein Neubau mit Wohnungen, Gewerbe und Garagen geplant. Das Bauvorhaben befinde sich in der Wohnzone mit Gewerbebeerleichterung WG 2.6. In dieser Zone betrage die Baumassenziffer für Hauptgebäude  $2,6 \text{ m}^3/\text{m}^2$  und für dauernd gewerblich genutzte Gebäudeteile  $3,2 \text{ m}^3/\text{m}^2$ . Die massgebliche Grundfläche der Bauparzelle betrage  $715 \text{ m}^2$ , womit ohne Gewerbebonus eine reguläre Baumasse von höchstens  $1859 \text{ m}^3$  verwirklicht werden könne; werde die Bauparzelle vollständig gewerblich genutzt, könne dagegen gestützt auf den Gewerbebonus eine Baumasse von maximal  $2288 \text{ m}^3$  realisiert werden. Die Baumasse berechne sich nach der linearen Funktion  $[f(x) = (A_{\text{ges}} - x) * 2,6 + x * 3,2]$ , aus der sich im Einzelfall kein Optimum an Wohn- und Gewerbeanteilen ergebe. Die Vorschrift über die Gewerbebeerleichterung bezwecke, die Nachteile von gewerblichen Bauten gegenüber Wohnbauten, wie beispielsweise mächtigere Geschossböden und Konstruktionen, auszugleichen. Der Gesuchsteller beabsichtige, mit einem Gewerbeanteil von  $429 \text{ m}^3$   $[= 715 \text{ m}^2 * (3,2 \text{ m}^3/\text{m}^2 - 2,6 \text{ m}^3/\text{m}^2)]$  die höchstmögliche Baumasse von  $2288 \text{ m}^3$  auszuschöpfen. Wie sich aus dem Wortlaut der Bauvorschrift ergebe, gelte der Bonus jedoch nur "für dauernd gewerblich genutzte Gebäudeteile". Aus einem Gewerbeanteil von  $429 \text{ m}^3$  ergebe sich daher auf der Bauparzelle eine maximal zulässige Baumasse von  $1939 \text{ m}^3$   $[= (715 \text{ m}^2 - 429 \text{ m}^3/3,2 \text{ m}^3/\text{m}^2) * 2,6 \text{ m}^3/\text{m}^2 + 429 \text{ m}^3]$ . Der Bonus dürfe nämlich nicht zur Folge haben, dass sich mit dem Bauvorhaben in der Wohnzone mit Gewerbebeerleichterung eine grössere Baumasse als in der Bauzone mit der nächsthöheren Baumassenziffer erzielen lasse.

#### 4.

Der Rekurrent macht geltend, dass der Gewerbebonus aufgrund der massgeblichen Grundfläche zu berechnen sei. Die Baubehörde wolle hingegen den Gewerbebonus nur auf dem Teil der Grundfläche gewähren, welcher der dauernd gewerblich genutzten Baumasse entspreche. Auf diese Weise lasse sich die zulässige Baumasse nicht ohne Weiteres berechnen, vielmehr sei eine Rückrechnung nötig, um auf Umwegen herauszufinden, ob ein Bauvorhaben die Vorschriften über die Baumassenziffer einhalte. Für die Bauherrschaft sei es so nicht möglich, ein Projekt zielstrebig anzugehen und sorgfältig zu planen. Sodann erschliesse sich im angefochtenen Entscheid nicht, was mit der Erwägung, es gebe kein Optimum an Wohn- und

Gewerbeanteilen, gemeint sei. Davon abgesehen sei der gewährte Bonus viel zu klein, um einen Anreiz zum Bau von dauernd gewerblich genutzten Gebäudeteilen zu schaffen. Die Baubehörde habe folglich die Vorschrift über die Gewerbeerleichterung falsch angewandt und die ihr gestellte Frage unzutreffend beantwortet.

Dem hält der Rekursgegner in der Vernehmlassung entgegen, dass der Gewerbebonus zufolge der unmissverständlichen Formulierung in der Bau- und Zonenordnung (BZO) nur auf den dauernd gewerblich genutzten Gebäudeteilen gewährt werde. Sobald der Gewerbeanteil geplant sei, könne die Bauherrschaft ohne Schwierigkeiten berechnen, wieviel Baumasse ihr zusätzlich zur Verfügung stehe.

### 5.1.

Im Kanton Zürich wird die zulässige Ausnützung in erster Linie durch Nutzungsziffern festgelegt (§ 251 lit. a und §§ 254 ff. PBG). Für die Wohnzonen der Gemeinde X gilt die Baumassenziffer (Ziff. 6.1.1 BZO). Gemäss § 254 Abs. 2 PBG bestimmt die Baumassenziffer, wie viele Kubikmeter anrechenbaren Raums auf den Quadratmeter Grundfläche entfallen dürfen. Die massgebliche Grundfläche entspricht nach § 259 Abs. 1 PBG der Fläche der baulich noch nicht ausgenützten Bauparzellen, ohne Wald, Waldabstandsflächen und offene Gewässer, die laut Abs. 2 dieser Vorschrift ausser Ansatz fallen. In der Wohnzone mit Gewerbeerleichterung WG 2.6 beträgt die Baumassenziffer bei Hauptgebäuden  $2,6 \text{ m}^3/\text{m}^2$  (Ziff. 6.1.1 BZO). Weiter gelten in dieser Zone "für dauernd gewerblich genutzte Gebäudeteile" verschiedene Gewerbeerleichterungen (vgl. § 49a Abs. 3 PBG), unter anderem eine erhöhte Baumassenziffer von  $3,2 \text{ m}^3/\text{m}^2$  (Ziff. 6.7 lit. a BZO).

Bei der Auslegung und Anwendung von kompetenzgemäss erlassenen kommunalem Recht kann sich für die Gemeinde ein Spielraum auftun, wenn das kommunale Recht der rechtsanwendenden Behörde eine umfassende Einzelfallbeurteilung aufgibt bzw. einen Ermessensspielraum einräumt. Das Baurekursgericht ist in solchen Fällen verpflichtet, sich mit besonderer Sorgfalt mit den Entscheidungsgründen der Baubewilligungsbehörde auseinanderzusetzen. Ist der Entscheid der Gemeinde plausibel und stichhaltig begründet, bedarf es mithin besonders überzeugender Gründe, um von deren

Auslegung und Anwendung des kommunalen Rechts abzuweichen. Der Beurteilungsspielraum der Rekursinstanz wird damit durch die Gemeindeautonomie beschränkt (VB.2017.00563 vom 20. September 2018, E. 3.2. f.; VB.2014.00232 und VB.2014.00248, E. 4.3, in BEZ 2015 Nr. 29).

## 5.2.

Der Ausrechnung im angefochtenen Entscheid liegt die im Gesuch vom 21. Dezember 2017 beanspruchte Baumasse für gewerbliche Nutzung von mindestens  $429 \text{ m}^3$  zugrunde. Anhand davon rechnet der Rekursgegner zunächst einmal den Anteil an der Grundfläche, der sich aus dem Verhältnis von Baumasse zur erhöhten Baumassenziffer für gewerbliche Nutzung ergibt ( $429 \text{ m}^3 / 3,2 \text{ m}^3/\text{m}^2 = 134 \text{ m}^2$ ) und mithin der von der geplanten Gewerbenutzung eingenommene Grundstücksflächenanteil aus. Dieser Flächenanteil wird anschliessend von der Grundfläche abgezogen, woraus eine komplementäre Fläche hervorgeht, die auf der Grundfläche für das Wohnen zur Verfügung steht ( $715 \text{ m}^2 - 134 \text{ m}^2 = 581 \text{ m}^2$ ). Aufgrund der regulären Baumassenziffer für Wohnnutzung resultiert aus jener Fläche die zugehörige Baumasse von rund  $1510 \text{ m}^3$  ( $581 \text{ m}^2 \times 2,6 \text{ m}^3/\text{m}^2 = 1510 \text{ m}^3$ ). Die Summe des Volumens der geplanten gewerblichen Nutzung und des errechneten Volumens für die Wohnnutzung bildet als Endresultat die maximal zulässige Baumasse für das Baugrundstück, die sich vorliegend auf  $1939 \text{ m}^3$  beläuft ( $1510 \text{ m}^3 + 429 \text{ m}^3 = 1939 \text{ m}^3$ ).

## 5.3.

Der kantonale Gesetzgeber hat die Baumassenziffer, wie erwogen, in § 254 Abs. 2 PBG definiert. Der Legaldefinition zufolge bestimmt der in der jeweils massgeblichen Bau- und Zonenordnung vorgesehene Multiplikator (hier:  $2,6 \text{ m}^3/\text{m}^2$  bzw.  $3,2 \text{ m}^3/\text{m}^2$ ), wie viele Kubikmeter anrechenbaren Raums auf den Quadratmeter Grundfläche entfallen dürfen. Die für ein Bauvorhaben maximal zulässige Baumasse lässt sich demnach aufgrund einer Gleichung mit einer Unbekannten ohne Weiteres berechnen, indem die bekannte oder zumindest feststellbare massgebliche Grundfläche mit der in der fraglichen Bauzone geltenden Baumassenziffer multipliziert wird (Baumasse  $\text{m}^3 = \text{Grundfläche } \text{m}^2 \times \text{Baumassenziffer } \text{m}^3/\text{m}^2$ ). Eine Unterteilung der Grundfläche drängt sich infolgedessen nur dann auf, wenn die dem Bauvorhaben zur Verfügung stehende Fläche in verschiedene Zonen mit unterschiedlichen Baumassenziffern fällt. Diese Konstellation ist in dem zu beurteilenden Fall nicht gegeben, da sich die Bauparzelle vollständig in

der Wohnzone mit Gewerbeerleichterung WG 2.6 befindet. Die umstrittene Rückrechnung, bei der der Rekursgegner die Grundfläche in ein und derselben Zone in einen Gewerbe- und Wohnanteil aufteilt und die beiden Anteile mit unterschiedlichen Baumassenziffern multipliziert, ist daher nicht mit der einschlägigen Vorschrift des Planungs- und Baugesetzes vereinbar und somit gesetzwidrig.

Die lineare Funktion, die der amtlichen Berechnung zugrunde liegt, kann sodann nicht in jedem Fall mit einem plausiblen Resultat aufwarten. Ihr zufolge gelangt nämlich die erhöhte Baumassenziffer für gewerblich genutzte Gebäudeteile von vornherein nicht zur Anwendung, falls die reguläre Ausnützung ( $2,6 \text{ m}^3/\text{m}^2$ ) bereits vollständig durch ein Wohngebäude konsumiert ist. In diesem Fallbeispiel kann nachträglich kein Gewerbebonus mehr beansprucht werden und fällt jeglicher Ausbau des Wohngebäudes zu Gewerbezwecken ausser Betracht (vgl. BEZ 1989 Nr. 22 und Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Auflage, Zürich 2011, S. 737). Weder der Wortlaut noch der Sinn und Zweck von Ziff. 6.7 lit. a BZO legen indes nahe, dass ein Bonus nur solange gewährt wird, als die Ausnützung zu Wohnzwecken nicht vollständig ausgeschöpft ist.

Davon abgesehen ist in diesem Zusammenhang fraglich, ob die umstrittene Verfahrensweise mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Rechtsgleichheit vereinbar ist, demzufolge vergleichbare Sachverhalte nicht ohne sachlichen Grund unterschiedlich beurteilt werden dürfen.

Aus all diesen Gründen ist die Ausrechnung des Rekursgegners unzutreffend, weshalb ihr nicht Folge zu leisten ist.

#### **5.4.**

Es ist vielmehr festzustellen, dass Ziff. 6.1 in Verbindung mit Ziff. 6.7 lit. a BZO in der Wohnzone mit Gewerbeerleichterung WG 2.6 eine im Vergleich zur regulären Ausnützung bis 23 % höhere Baumasse zulässt ( $[(100 \times 3,2 \text{ m}^3/\text{m}^2 / 2,6 \text{ m}^3/\text{m}^2) \% - 100 \% = 23,08 \%$ ), wobei diese erhöhte Baumasse ausschliesslich für Gewerbenutzung zur Verfügung steht. Auf der Bauparzelle kann folglich ein Bauprojekt mit einer Baumasse von höchstens  $2288 \text{ m}^3$  ( $= 715 \text{ m}^2 \times 3,2 \text{ m}^3/\text{m}^2$ ) bewilligt werden, sofern davon wenigstens  $429 \text{ m}^3$  ( $= 715 \text{ m}^2 \times [3,2 \text{ m}^3/\text{m}^2 - 2,6 \text{ m}^3/\text{m}^2]$ ) auf Gewerbe entfallen.

Die dem Rekursgegner mit Eingabe vom 21. Dezember 2017 zum baurechtlichen Vorentscheid unterbreitete Frage wurde daher zu Unrecht abschlägig beantwortet.

**6.**

Der Rekurs ist somit gutzuheissen. Der angefochtene Beschluss ist demzufolge aufzuheben und die gestellte Frage zu bejahen.

**7.**

Die am Verfahren Beteiligten tragen die Kosten gemäss § 13 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen, weshalb die Gerichtskosten vorliegend dem Rekursgegner aufzuerlegen sind.

Nach § 338 Abs. 1 PBG bzw. § 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts (GebV VGr) legt das Baurekursgericht die Gerichtsgebühr nach seinem Zeitaufwand, nach der Schwierigkeit des Falles und nach dem bestimmbaren Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Liegt, wie hier, ein Verfahren ohne bestimmbaren Streitwert vor, beträgt die Gerichtsgebühr in der Regel Fr. 1'000.-- bis Fr. 50'000.-- (§ 338 Abs. 2 PBG; § 3 Abs. 3 GebV VGr). Unter Berücksichtigung des Arbeitsaufwands des Gerichts ist die Gebühr für diesen Fall auf Fr. 3'500.-- festzusetzen.

**8.**

Schliesslich hat der Rekursgegner dem Rekurrenten aufgrund von § 17 Abs. 2 lit. a VRG eine angemessene Umtriebsentschädigung in der Höhe von Fr. 1'700.-- zu bezahlen.

[...]