

Die Abtretung der (öffentlich-rechtlichen) Baumöglichkeiten

ANTONIO FRIGERIO*

Inhaltsverzeichnis

Ausnutzungstransfer	2
I. Begriff	2
II. Sinn	3
III. Ausnutzungstransfer und innere Verdichtung	3
1. Allgemeines.....	3
2. Vom RPG vorgesehene Massnahmen zur Verdichtung nach innen.....	4
3. Zulässigkeit, Grenzen, Mass	7
3.1 Problematik.....	7
3.2 Zulässigkeit.....	7
3.3 Grenzen.....	8
a) Distanz	8
b) Mass	9
c) Interzonaler Transfer	10
IV. Kompetenz zum Erlass von kommunalen Bestimmungen.....	11
V. Ausnutzungsübertragungen und besondere Institute	12
1. Arealüberbauungen	12
2. Sonderbauvorschriften und Gestaltungspläne	12
VI. Modalitäten der Ausnutzungsübertragung	12
1. Form der Ausnutzungsübertragungsvereinbarungen.....	12
2. Modalitäten der Ausnutzungsübertragung	13
2.1 Bedeutung.....	13
2.2 Abtretbare Fläche	13

* RA lic. iur. Antonio Frigerio MAS RP ETH, Huber Rechtsanwälte Zürich.

2.3	Gegenleistung	13
2.4	Zeitpunkt der Vereinbarung betreffend Ausnützungs- übertragung bzw. des Eintrags der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung	14
a)	Vereinbarung.....	14
b)	Anmerkung	15
VII.	Wirkung einer Ausnützungsübertragung mit Bezug auf das Gebergrundstück in der Zwangsverwertung	15
1.	Die baurechtliche Bewilligung ist noch ausstehend.....	15
1.1	Ausnützungsübertragung wurde schriftlich vereinbart.....	15
1.2	Ausnützungsübertragung wurde mittels einer Dienstbarkeit gesichert	16
2.	Die baurechtliche Bewilligung wurde rechtskräftig erteilt.....	16
2.1	Die Ausübertragung wurde konsumiert.....	16
2.2	Die Ausübertragung wurde nicht konsumiert.....	17
VIII.	Folgen einer späteren Aufzoning	17
1.	Allgemeines.....	17
2.	Ausnützungsübertragung wurde mittels einer Dienstbarkeit gesichert .	18
3.	Ausnützungsübertragung wurde schriftlich vereinbart.....	18

Ausnützungstransfer

I. Begriff

Grundstücke dürfen nur im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben ausgenützt werden. Das mögliche Ausnützungsmass wird durch konkreten Zonierung und die Bestimmungen der kommunalen Bau- und Zonenordnung definiert. Die zulässige Ausnützung eines Grundstücks ergibt sich aus seinen anrechenbaren Flächen und berechnet sich somit immer bezogen auf die Fläche eines konkreten Grundstückes.

Die massgebliche Grundfläche ist gemäss § 259 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes (PBG) die von der Baueingabe erfasste Fläche der baulich noch nicht ausgenützten Grundstücke oder Grundstückteile der Bauzone. Ausser Ansatz

fallen dabei Waldabstandsflächen, soweit sie 15 m hinter der Waldabstandslinie liegen, Wald und offene Gewässer (§ 259 Abs. 2 PBG). Bei Ausdahlungen von Gewässern erfährt die massgebliche Grundstückfläche keine Änderung (§ 259 Abs. 3 PBG). Nicht anrechenbar sind ausserdem die öffentlichen Verkehrsflächen (Felix Huber, Die Ausnützungsziffer, Zürich 1986, S. 74).

Der Ausnützungstransfer (Ausnützungsübertragung) bedeutet, dass ein Bauprojekt nicht nur die sich aus einer einzelnen Bauparzelle ergebende Nutzungsmöglichkeit, sondern auch Nutzungsreserven anderer Grundstücke beansprucht (Christoph Fritzsche / Peter Bösch / Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, Band 2, 5. Auflage, Zürich 2011, S. 732).

II. Sinn

Durch die Ausnützungsübertragung wird auf einem bestimmten Grundstück ein Bauvorhaben ermöglicht, das wegen der Überschreitung der festgelegten Nutzungsziffern bzw. wegen der fehlenden Grundfläche nur in einem reduzierten Umfang möglich wäre. Andererseits kann der Eigentümer der Geberparzelle sein Grundstück wenigstens wirtschaftlich voll nützen, wenn er dieses nicht baulich nicht voll ausgenützt hat, bzw. nicht voll ausnützen will. Durch einen Ausnützungstransfer wird die Ausnützung des zur Verfügung stehenden Baulandes verbessert, ohne dass die zonengemässe Baudichte insgesamt überschritten wird (Huber, a.a.O., S. 80).

III. Ausnützungstransfer und innere Verdichtung

1. Allgemeines

Die Übertragung von Ausnützung ist gerade im Zusammenhang mit der angestrebten Verdichtung nach innen von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Die nicht ausgenützten Nutzungsmöglichkeiten sollen ausgeschöpft werden. Die jüngsten raumplanerischen Bestrebungen und auch die damit verbundenen Gesetzesrevisionen stehen im Zeichen einer besseren Ausnützung des bestehenden Baulandes. Die Übertragung von Ausnützung von einem Grundstück auf ein anderes kann dabei ein Mittel zur insgesamt besseren Ausnützung der vorhabenden Baumöglichkeiten darstellen.

Die Revision des Raumplanungsgesetzes (RPG), welche unter dem Titel RPG1 bekannt ist und am 1. Mai 2014 in Kraft trat, sieht als neuen Planungsgrundsatz

vor, dass Massnahmen zur besseren Nutzung der brachliegenden oder ungenügend genutzten Flächen in Bauzonen und der Möglichkeiten zur Verdichtung der Siedlungsfläche getroffen werden (vgl. Art. 3 Abs. 3 lit. a^{bis} RPG).

Gemäss Art. 15 Abs. 4 lit. b RPG kann Land neu nur dann einer Bauzone zugewiesen werden, wenn es auch im Fall einer konsequenten Mobilisierung der inneren Nutzungsreserven in den bestehenden Bauzonen voraussichtlich innerhalb von 15 Jahren benötigt, erschlossen und überbaut wird. Art. 15 Abs. 4 lit. b RPG verlangt sodann, dass seine Verfügbarkeit rechtlich sichergestellt ist.

Im Zuge der Revision RPG1 wurde daher auch Art. 15a RPG neu geschaffen. Dieser sieht in Abs. 1 vor, dass die Kantone in Zusammenarbeit mit den Gemeinden die Massnahmen treffen, die notwendig sind, um die Bauzonen ihrer Bestimmung zuzuführen, insbesondere bodenrechtliche Massnahmen wie Landumlegungen (Art. 20 RPG). Gemäss Art. 15a Abs. 2 RPG kann das kantonale Recht vorsehen, dass, wenn das öffentliche Interesse es rechtfertigt, die zuständige Behörde eine Frist für die Überbauung eines Grundstücks setzen und, wenn die Frist unbenützt verstreicht, bestimmte Massnahmen anordnen kann.

Noch bestehen im Kanton Zürich keine Bestimmungen, die direkt gestützt auf Art. 15a RPG erlassen worden sind. Diese Bestimmung wird indessen im Zusammenhang mit Art. 15 Abs. 4 lit. b RPG von zentraler Bedeutung sein. Nur mit dem entsprechenden Instrumentarium kann eine konsequente Mobilisierung der Nutzungsreserven überhaupt erfolgen.

2. Vom RPG vorgesehene Massnahmen zur Verdichtung nach innen

Innere Nutzungsmöglichkeiten gemäss Art. 15 Abs. 4 lit. b RPG sind grundsätzlich unüberbaute Flächen innerhalb der Bauzonen. Neben den unüberbauten Flächen gehören zu den inneren Nutzungsreserven auch Gebiete, in welchen nach geltenden Nutzungsplänen eine dichtere bzw. bessere Nutzung zulässig wäre oder gar als sachlich geboten erscheint. Auch die in der Region vorhandenen Industriebrachen sind zu berücksichtigen. Dieses gesamte Nutzungspotential muss konsequent ausgeschöpft, zweckmässig und qualitativ hochwertig genutzt werden. In der Praxis wird es schwierig sein, alle Nutzungsreserven innerhalb des für die Nutzungsplanung massgebenden Zeithorizonts von 15 Jahren effektiv verfügbar zu machen (Aemisegger/Kissling, a.a.O., Art. 15, Rz. 98 ff.).

Nach dem bisherigen Recht war die Förderung der Verfügbarkeit von Bauland zwar erwünscht, die rechtliche Sicherstellung der Verfügbarkeit jedoch kein entscheidendes Kriterium für die Ausscheidung einer Bauzone. Dies hat sich mit dem revidierten Gesetz geändert. Nichtbauland darf nur dann einer Bauzone

zugewiesen werden, wenn es innert 15 Jahren überbaut wird und die Verfügbarkeit rechtlich sichergestellt ist. Damit soll verhindert werden, dass ein Grundstück, das die Voraussetzungen an eine Neueinzonung erfüllt, eingezont, das Land später aber nicht überbaut wird (Aemisegger/Kissling, a.a.O., Art. 15, Rz. 109).

Damit ist es offensichtlich, dass die Kantone gestützt auf den bereits erwähnten, ebenfalls neu geschaffen Art. 15a RPG Massnahmen zu treffen haben, damit die inneren Nutzungsreserven konsequent mobilisiert und die Bauzonen ihrer Bestimmung zugeführt werden.

Art. 15a RPG ist zwar primär im Zusammenhang mit der Baulandhortung entstanden, seine Bedeutung dürfte indessen weit darüber hinausgehen.

Mit dem Begriff der Überbauung gemäss Art. 15a Abs. 2 RPG ist nicht nur die erstmalige bauliche Nutzung bisher ungenutzter Grundstücke gemeint. Der Begriff beinhaltet gemäss der Botschaft des Bundesrates auch «Ergänzungen der Überbauung im Sinne einer Verdichtung». Der Grundeigentümer soll sich gemäss Bundesrat nicht mit dem Argument einer Verdichtung entziehen können, das Areal sei bereits überbaut.

Art. 15a Abs. 2 RPG beinhaltet zwar keine Bauverpflichtung bei Auf- und Umzonungen. Die Kantone sind indessen berechtigt, entsprechende Massnahmen zu treffen (Aemisegger/Kissling, Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich 2016, Art. 15a, Rz. 58 f.).

Im Zusammenhang mit der konsequenten Mobilisierung des Baulandes und der Ausnützung der inneren Nutzungsreserven, welche durch allfällige Aufzonungen zusätzlich geschaffen werden, bestehen somit noch verschiedene Unklarheiten, für die es bis heute noch keine abschliessende Antwort gibt.

Es gibt verschiedene Gründe, weshalb Grundeigentümer ihr Land nicht überbauen bzw. voll ausnützen, obwohl sie von der Nutzungsplanung her die Möglichkeit hätten. So kann die Parzellenstruktur ungünstig sein. Denkbar ist auch, dass Grundstücke in den Bauzonen nicht überbaut werden, weil sie schlecht gelegen sind (Aemisegger/Kissling, a.a.O., Art. 15, Rz. 108). In solchen Fällen kann mit Landumlegungen oder Erschliessungsmassnahmen Abhilfe geschaffen werden.

Es kann indessen auch an der grundsätzlichen Bereitschaft eines Grundeigentümers fehlen, sein Grundstück (weiter) zu überbauen. Auch in diesem Zusammenhang bestehen verschiedene Fragestellungen.

Wie kann das vorhandene Nutzungspotential eines Grundstückes mobilisiert werden, wenn der Grundeigentümer nicht zu einer weiteren Ausnützung seiner Parzelle bereit ist? Die gleiche Problematik stellt sich beispielsweise auch, wenn ein Gebäude und dessen Umschwung unter Denkmalschutz stehen und eine Realisierung der bestehenden Nutzungsreserven aus diesem Grund ausser Betracht fällt.

In solchen Fällen könnte ein Ausnützungstransfer die Lösung der Problematik bilden. Dadurch könnten die bestehenden Nutzungsreserven konsumiert werden, ohne dass ein Grundeigentümer dazu verpflichtet würde, selber Massnahmen zu treffen.

Das Gesetz überlässt die Wahl von konkreten Massnahmen zur Baulandmobilisierung den Kantonen. Erwähnt werden die Landumlegung und die Bauverpflichtung. Verschiedene Kantone haben bereits schon vor dem Inkrafttreten des revidierten RPG in ihren Bau- und Planungsgesetzen Massnahmen zur Baulandverflüssigung getroffen. Zu nennen sind eine aktive Bodenpolitik, befristete Einzonungen, Verkehrswertbesteuerung unüberbauter Grundstücke, Mehrwertausgleich, vertragliche Regelungen, Kaufrechte, Enteignungsrechte oder die Rückzonung. Denkbar ist auch eine Kombination von verschiedenen Massnahmen (Aemisegger/Kissling, a.a.O., Art. 15a, Rz. 34 ff.). Obwohl Art. 15a Abs. 2 RPG keine Bauverpflichtung bei Auf- und Umzonungen beinhaltet, kann erwartet werden, dass Kantone gestützt auf die Ihnen zustehenden Kompetenzen entsprechende Überlegungen anstellen und geeignete Massnahmen treffen werden. Mehrwertabschöpfungen bei Auf- und Umzonen werden bereits heute von verschiedenen Kantonen erhoben oder sind geplant (vgl. http://www.vlp-aspan.ch/sites/default/files/regelungen_mehrwertausgleich_150923.pdf). Eine solche Mehrwertabschöpfung für Auf- und Umzonungen ist auch im Entwurf für ein Mehrwertausgleichsgesetz (E-MAG) im Kanton Zürich vorgesehen (vgl. § 2 E-MAG).

Da in diesem Zusammenhang kreative Lösungen erwünscht sind, ist überdies zu erwarten, dass auch Massnahmen zur Verpflichtung zur Ausschöpfung von Baumöglichkeiten getroffen werden. Zu denken ist auch in diesem Zusammenhang an finanzielle Anreize bzw. steuerliche Belastungen. Ein weiteres Thema, das in diesem Zusammenhang aktuell werden **könn-te**, ist Umgang mit den privatrechtlichen Nutzungsbeschränkungen, den sogenannten "Villenservituten" oder den Aussichtsdiensbarkeiten etc., welche der Ausschöpfung der öffentlich-rechtlichen Baumöglichkeiten entgegenstehen können. Noch sind allerdings die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen dazu nicht geschaffen worden.

Aus der Problematik der knappen Ressourcen, der raumplanerischen Grundätze des haushälterischen Umgangs mit dem Boden und der Verdichtung nach innen

ist daher davon auszugehen, dass auch Massnahmen zur Förderung oder sogar Verpflichtung von Ausnützungsübertragungen getroffen werden.

Das Thema der Ausnützungsübertragung ist aktuell. Daran wird sich aufgrund der bestehenden raumplanerischen Problematik, Bestrebungen und Entwicklungen künftig kaum etwas ändern.

3. Zulässigkeit, Grenzen, Mass

3.1 Problematik

Die Nutzungsziffern (Ausnützungsziffer, Überbauungsziffer, Freiflächenziffer bzw. Grünflächenziffer, Baumassenziffer) geben das Verhältnis der anrechenbaren Fläche bzw. des anrechenbaren Raums zur massgebenden Grundfläche wieder (§ 254 Abs. 1 und 2 PBG). Die massgebliche Grundfläche im Sinn von § 254 PBG umfasst wie bereits erwähnt gemäss § 259 Abs. 1 PBG die von der Baueingabe erfasste Fläche der baulich noch nicht ausgenützten Grundstücke oder Grundstücksteile der Bauzone (VB.2012.00570).

Das gesetzliche Mass der Ausnutzungsmöglichkeiten wird durch raumplanerische Überlegungen festgelegt. Diese regeln, welche Dichte in einem gewissen Gebiet der Bauzone erwünscht ist. Die Ausnutzungsmöglichkeiten bestimmen so den baulichen Charakter eines Gebietes. Mit der Möglichkeit einer Ausnützungsübertragung werden durch Private an diesem Charakter Änderungen vorgenommen, indem auf unterschiedlichen Grundstücken der gleichen Zone verschiedene Dichten ermöglicht werden. Dies kann das planerische System in Frage stellen.

3.2 Zulässigkeit

Die Zulässigkeit von Ausnützungsübertragungen wird im PBG nicht ausdrücklich geregelt. Die Lehre und Praxis leiten indessen aus § 259 Abs. 1 PBG ab, dass Ausnützungsübertragungen zwischen verschiedenen, der nämlichen Bauzone zugehörigen Parzellen grundsätzlich zulässig sind (BGr, 27. Juni 2013, 1C_52/2013, E. 5.2 und 5.3; 6. Mai 2011, 1C_576/2010, E. 2.6; 5. September 1997, 1P.193/1997 = ZBl 100/1999, S. 218 E. 2c).

In der Praxis werden bei Regelüberbauungen Ausnützungsübertragungen in derselben Zone zugelassen.

Seit der Revision des PBG vom 1. September 1991 wird für Ausnützungsübertragungen nicht mehr vorausgesetzt, dass die interessierenden Flächen zusammenhängen müssen. Eine zoneninterne Ausnützungsübertragung über ein oder

mehrerer Drittgrundstücke hinweg ist daher grundsätzlich zulässig. Damit wurde die zoneninterne Ausnutzungsübertragung zwischen mehreren Grundstücken erleichtert (BEZ 1998 Nr. 19, VGr, 12. Januar 2011, VB.2010.00574, E. 3.1; vgl. auch Robert Wolf/Erich Kull, Das revidierte Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich, Bern 1992, N. 131 f.).

3.3 Grenzen

a) Distanz

Eine vollständige Lockerung der räumlichen Anforderungen an einen zoneninternen Ausnutzungstransfer stünde jedoch im Konflikt mit der kommunal festgesetzten Zonenstruktur und Nutzungsordnung. Zoneninterne Ausnutzungsübertragungen dürfen sich daher nicht über eine beliebige Entfernung und über verschiedene Zonentypen hinweg erstrecken. Je nach Dimensionierung einer Bauzone kann der Abstand zwischen zwei Transfer-Grundstücken unter Umständen relativ gross sein. Aus den Materialien zur Gesetzesrevision und der Literatur geht denn auch nicht hervor, dass mit der erwähnten Erleichterung der zoneninternen Ausnutzungsübertragung auch beabsichtigt war, diese über eine beliebige Entfernung und über verschiedene Zonentypen zuzulassen (vgl. auch Kull/Wolf, N. 132 und 134).

Als zulässig erachtet wird eine Ausnutzungsübertragung innerhalb der nämlichen Zone über ein oder mehrere Drittgrundstücke auch über (öffentliche) Strassen (RB 1997 Nr. 91). Nicht festgelegt wurde indessen eine maximale Distanz, über welche ein zoneninterner Ausnutzungstransfer zulässig ist. Liegen die transferbetroffenen Grundstücke annähernd einen Kilometer voneinander entfernt und erstreckt sich der Transfer über zahlreiche Grundstücke, die unterschiedlichen Zonenarten zugewiesen sind, ist der Ausnutzungstransfer mangels jeglicher räumlichen Einheit unzulässig. Entsprechend hat das Verwaltungsgericht einen Transfer über 900 m als unzulässig erklärt und folgendermassen begründet: Die generelle Zulassung solcher Ausnutzungstransfers führe zu einer unzulässigen Veränderung bzw. Beeinträchtigung der kommunal festgesetzten Zonenstruktur und Nutzungsordnung. Eine so starke Lockerung der räumlichen Anforderungen an einen zoneninternen Ausnutzungstransfer sei daher nicht statthaft. Es sei durchaus sachgerecht, dass zoneninterne Ausnutzungsübertragungen nur innerhalb des gleichen Zonenabschnitts bzw. einer zusammenhängenden Fläche der entsprechenden Zone vorgenommen werden dürften. (VGr, 14. März 2007, VB.2006.00322, E. 3.3.3 = BEZ 2007 Nr. 20, VB.2016.00676 = BEZ 2017 Nr. 12).

Die Beurteilung, ob die erforderliche räumliche Einheit im Zusammenhang mit dem Ausnutzungstransfer gegeben ist, muss im Sinne einer Einzelfallbetrach-

tung vorgenommen werden. So spricht auch ein Transfer über eine über eine Hauptverkehrsstrasse nicht gegen die Zulässigkeit. Entscheidend ist vielmehr, ob diese die vorausgesetzte räumliche Einheit der fraglichen Grundstücke aufhebt. Zentrale Bedeutung muss dem Charakter des betroffenen Quartiers und der Raumwirkung der fraglichen Strasse zukommen. Letztere wird unter anderem durch den Ausbaustandard der Strasse beeinflusst. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Übertragung sind daher die örtlichen Verhältnisse zu würdigen. Dabei muss den kommunalen Behörden ein Beurteilungsspielraum zugestanden werden. Sie sind besser in der Lage zu beurteilen, ob der bauliche Zusammenhang in einem konkreten Fall noch zu bejahen ist (VB.2012.00570).

b) Mass

Eine quantitative Begrenzung für Ausnutzungsübertragungen innerhalb der nämlichen Bauzone kennt das Gesetz nicht.

Solange das Baupolizeirecht keine Regelung zur maximal übertragbaren Fläche enthält, findet diese ihre Grenze primär an der Einhaltung der übrigen Baupolizei- und Zonenvorschriften (BGr, 16. Oktober 2014, 1C_228/2014, E. 2.5 mit Hinweis auf BGr, 19. Mai 2005, 1P.134/2005, E. 3.1 und 3.4; Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 733). Die Ausnutzungsziffer gewährleistet gerade nicht eine einheitliche Überbauung einer Zone mit gleich grossen Bauten, sondern kann nur erreichen, dass in der Bauzone gesamthaft gesehen eine gewisse Baudichte nicht überschritten wird (BGr, 16. Oktober 2014, 1C_228/2014, E. 2.5 mit Hinweis auf BGr, 9. Februar 2005, 1P.459/2004, E. 4.2.3).

Eine Einschränkung kann sich durch eine Ausnutzungsübertragung ergeben, zu einer nicht mit § 238 Abs. 1 PBG vereinbarenden Konzentration der Bausubstanz führt. Aus dem Einordnungsgebot lässt sich jedoch keine allgemein geltende quantitative Grenze für Ausnutzungsübertragungen herleiten.

Um jedoch den Vorgaben von § 238 Abs. 1 PBG gerecht zu werden, wonach Bauten «im Ganzen und in ihren einzelnen Teilen» so zu gestalten sind, dass sie sich befriedigend in ihre bauliche und landschaftliche Umgebung einordnen, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Ausnutzungsübertragung zu Baukörpern führt, welche den Rahmen der zonengemässen, durch Bauvorschriften und Parzellenanordnung geprägten Überbauungsstruktur sprengen und sich deshalb nicht mehr befriedigend in die bauliche Umgebung einordnen (VGr, 30. Juni 2010, VB.2010.00127, E. 4.4.2 = BEZ 2010 Nr. 28; 25. Oktober 2006, VB.2006.00272, E. 3.3 = BEZ 2006 Nr. 54; Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 661, VB.2016.00676 = BEZ 2017 Nr. 12, BGer 1C_358/2017 vom 5. September 2018).

Von einer konkreten Festlegung einer zulässigen Nutzungsübertragung hat die Rechtsprechung bisher abgesehen. Aus der Rechtsprechung ergibt sich allerdings, dass eine Nutzungsüberschreitung von fast 50% immer problematisch, hingegen eine solche von weniger als 15% in der Regel problemlos sein wird. Bei Übertragungen eines höheren Anteils als 15% wird aufgrund der Rahmenbedingungen die Vereinbarkeit mit dem Zonencharakter genau überprüft werden müssen (vgl. Peter Hänni, BRT 2007, S. 278).

In VB.2016.00676 (BEZ 2017 Nr. 12) hat das Verwaltungsgericht eine Ausnützungsübertragung von 25% als zulässig erachtet. In VB.2010.00127 (bestätigt mit BGer 1C_414/2010) wurde indessen eine Ausnützungsübertragung von 12% im konkreten Fall aus Einordnungsgründen als unzulässig erachtet. Dies nachdem die damalige Baurekurskommission I als erste Rekursinstanz eine Bauverweigerung aus ästhetischen Gründen aufgehoben hatte.

Mangels einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage erachtete das Verwaltungsgericht die Praxis einer Baubehörde als unzulässig, Ausnützungsübertragungen nur zuzulassen, wenn sie aus der Sicht des Empfängergrundstücks 20% nicht überstiegen (VB.2016.00784, bestätigt mit BGer 1C_358/2017).

Im Zusammenhang mit der gestalterischen Wirkung ist somit stets eine konkrete Beurteilung des Einzelfalls erforderlich. Ein verallgemeinertes Mass lässt sich aus der Rechtsprechung nicht ableiten und ist ohne die entsprechende gesetzliche Grundlage unzulässig.

c) Interzonaler Transfer

Unzulässig ist der interzonale Transfer, sofern dieser nicht durch den kantonalen Gesetzgeber vorgesehen ist, was gemäss Bundesgericht der Fall sein muss (ZBl 100/1999 S. 218). Das PBG lässt einen interzonalen Transfer nur im Zusammenhang mit Arealüberbauungen zu. Nach § 72 Abs. 3 PBG sind bei Arealen unterschiedlicher Zonenzugehörigkeit beschränkte Ausnützungsverschiebungen zulässig. Bei der Regelüberbauung sind solche dagegen ausgeschlossen.

Die Frage, ob eine Nutzungsübertragung von einer Zone in eine solche mit anderen Nutzungsvorschriften zulässig sei, hat das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung verneint. Es hat als zulässig erklärt, in die Berechnung der überbaubaren Fläche eines Grundstückes angrenzendes, nicht überbautes Land eines Dritten einzubeziehen, unter der Bedingung, dass dieses nicht schon bei der Berechnung der überbaubaren Fläche einer anderen Liegenschaft berücksichtigt worden ist und hierfür später nicht mehr in Frage kommen kann. Vorausgesetzt wurde jedoch, dass die fraglichen Grundstücke oder Grundstückteile

der nämlichen Zone angehören und den gleichen Nutzungsvorschriften unterstehen (BGE 101 Ia 289 ff., BGE 96 I 542). Liegen hingegen zwei benachbarte Grundstücke in verschiedenen Bauzonen, so ist es gerechtfertigt, bei der Ermittlung der anrechenbaren Landfläche des einen den nicht ausgeschöpften Teil der Ausnutzungsziffer des andern Grundstückes nicht zu berücksichtigen. Denn eine interzonale Ausnutzungsanrechnung hätte zur Folge, dass für das Gebiet längs der Zonengrenze verschiedene Nutzungsziffern gelten würden und damit Bauten mit unterschiedlicher Ausnutzung des Bodens entstünden, was nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen kann (BGE 104 Ia 332 E. 5).

Es würde zudem bedeuten, dass die vom Zonenplan festgelegten Zonengrenzen missachtet und durch gewöhnliche Verwaltungsverfügung die vom kommunalen Gesetzgeber beschlossene Unterteilung des Baugebietes verändert würden (BGE 108 Ia 121 E. 3). Später hat das Bundesgericht seine Praxis in dem Sinne präzisiert, dass eine Ausnahme von der Regel des Übertragungsverbots nur aufgrund einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift zulässig sei (BGE 109 Ia 31 E. a, zum Ganzen BGE 109 Ia 188).

IV. Kompetenz zum Erlass von kommunalen Bestimmungen

Mangels einer kantonalen gesetzlichen Grundlage für eine interzonale Ausnutzungsübertragung im Kanton Zürich können Gemeinden in ihren Bau- und Zonenordnungen keine entsprechende Ausnutzungsübertragung vorsehen.

Zulässig sind dagegen kommunale Bestimmungen über innerzonale Übertragungen. Das Verwaltungsgericht hat mit Verweis auf VB.2006.00322, ausgeführt, es habe sich in der Praxis gezeigt, dass ein Bedürfnis bestehe, zoneninterne Ausnutzungsübertragungen nicht generell, sondern nur innerhalb des gleichen Zonenabschnitts bzw. einer zusammenhängenden Fläche der entsprechenden Zone zuzulassen. Treffe eine Gemeinde eine ausdrückliche Regelung hinsichtlich von Ausnutzungsübertragungen, sei dies planerisch sachgerecht. Die generelle Zulassung zoneninterner Ausnutzungstransfers könne zu einer unzulässigen Veränderung bzw. Beeinträchtigung der kommunal festgesetzten Zonenstruktur und Nutzungsordnung führen, deren Festlegung in der Kompetenz der Gemeinden liege. Eine vollständige Lockerung der räumlichen Anforderungen an einen zoneninternen Ausnutzungstransfer stünde damit im Widerspruch. Durch eine entsprechende kommunale Regelung würde zudem dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit und Transparenz Rechnung getragen.

V. Ausnützungsübertragungen und besondere Institute

1. Arealüberbauungen

In § 72 Abs. 3 PBG wird bestimmt, dass interzonale Ausnützungsübertragungen in Zusammenhang Arealüberbauungen zulässig sind.

Damit wurde die für interzonale Ausnützungstransfers erforderliche Grundlage mit Bezug auf Arealüberbauungen geschaffen.

2. Sonderbauvorschriften und Gestaltungspläne

In der Praxis ist es überdies zulässig, dass in Sonderbauvorschriften oder Gestaltungsplänen die Ausnützungsübertragungen zwischen verschiedenen Baufeldern geregelt werden. Von dieser Möglichkeit wird denn auch gerne Gebrauch gemacht.



VI. Modalitäten der Ausnützungsübertragung

1. Form der Ausnützungsübertragungsvereinbarungen

Ohne eine entsprechende Ausnützungsübertragung führte ein darauf angewiesenes Bauvorhaben zu einer Übernutzung eines Grundstücks und wäre somit nicht bewilligungsfähig.

Die Voraussetzung der Zustimmung des belasteten Grundeigentümers ist daher von besonderer Bedeutung. Dabei besteht keine zwingende Formvorschrift. Eine Ausnützungsübertragung wird in der Praxis oft in Form einer Dienstbarkeit vorgenommen. Die Errichtung einer Dienstbarkeit ist indessen nicht zwingend. Die Ausnützungsübertragung kann auch nur durch einfache Schriftlichkeit erfolgen. Eine schriftliche Vereinbarung dürfte primär von der Bewilligungsbehörde vorausgesetzt werden. Die Übertragung von Ausnützung führt zu einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, da bei einer späteren Überbauung des belasteten Grundstücks nicht mehr die gesamte ausnützbare Fläche zur Verfügung steht. Mittels Anmerkung eines Reverses im Grundbuch wird sichergestellt, dass Kenntnis über die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung besteht und das belastete Grundstück bereit entsprechend ausgenützt ist (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 735 f, zum Ganzen VB.2012.00800).

2. Modalitäten der Ausnutzungsübertragung

2.1 Bedeutung

Zu unterscheiden ist zwischen der privatrechtlichen und der öffentlich-rechtlichen Relevanz einer Ausnutzungsübertragung. Baurechtliche Relevanz erlangt die privatrechtlich vereinbarte Ausnutzungsübertragung erst mit Erteilung der baurechtlichen Bewilligung für das Projekt, das auf die zusätzlichen Ausnutzungsreserven tatsächlich angewiesen ist (Huber, a.a.O., S. 253).

Vorher entfaltet die beabsichtigte Verschiebung allenfalls zivilrechtliche Wirkungen. Hingegen steht es nicht in der Macht der Grundstückseigentümer, durch privatrechtliches Rechtsgeschäfts und ohne behördliche Prüfung der baurechtlichen Belange einen öffentlich-rechtlich wirksamen Ausnutzungstransfer herbeizuführen.

2.2 Abtretbare Fläche

Abgetreten werden können nur die Nutzungsreserven eines Grundstückes. Dies ergibt sich aus § 259 PBG und versteht sich von selbst. Nicht zu den Nutzungsreserven gehören die Flächen, die bereits von einem Bauvorhaben auf dem Grundstück konsumiert worden sind, sowie die Flächen die bereits abgetreten worden sind.

Die vom Nachbargrundstück zur Verfügung gestellte Ausnutzung kann sodann nur in dem Umfang übertragen werden, als es vom Baugrundstück für das betreffende Vorhaben gerade benötigt wird. Eine Verschiebung der Ausnutzungsfläche auf Vorrat, die auf dem Zielgrundstück einen für andere Zwecke verwendbaren Überschuss zur Folge hätte, ist ausgeschlossen. Die Weiterübertragung von transferierten Ausnutzungsreserven auf Drittgrundstücke widerspricht somit der § 259 PBG zugrundeliegenden Logik (VB.2012.00715).

2.3 Gegenleistung

Es entspricht der ökonomischen Logik, dass eine Ausnutzungsübertragung in der Regel nicht entschädigungslos erfolgt. Eine Entschädigung entspricht dem ökonomischen Mehrwert, der durch die Ausnutzungsübertragung beim Empfängergrundstück entsteht. Eine Ausnutzungsübertragung kann mit dem Mehrwert verglichen werden, der im Zusammenhang mit einer Aufzoning entsteht. In der Praxis wird bei der Berechnung eines Mehrwerts von der zusätzlich möglichen Nutzfläche ausgegangen. Zur Anwendung kommt bei öffentlich-rechtlichen Mehrwertabgaben oft das Basler Modell. Die Mehrwertabgabe ist im Kanton Basel Stadt bei Vergrößerungen der Geschossflächen sowie bei Umnutzungen

geschuldet, sofern dabei neue Nutzflächen entstehen. Der Abgabe unterliegen nur beanspruchte Nutzungen; das heisst, der geschuldete Betrag wird erst mit der Realisierung der Nutzung (Baubeginn) fällig. Die Höhe der Abgabe beträgt 50 Prozent des Mehrwerts. Berechnet wird der Mehrwert aufgrund der Differenz des Bodenwerts vor und nach der planerischen Massnahme. Davon abgezogen werden die Planungskosten des Grundeigentümers und die geleisteten Erschliessungsbeiträge. Die Berechnung des Mehrwerts ist gerade bei Auf- und Umzönungen nicht immer einfach (vgl. Der Mehrwertausgleich im revidierten Raumplanungsgesetz in Raum & Umwelt Juli Nr. 4/13).

Im Zusammenhang mit einem Ausnützungstransfer ist es indessen nicht sachgerecht, die Planungskosten und die geleisteten Erschliessungsbeiträge abzuziehen.

Da es sich letztendlich bei der Bestimmung des Gegenwerts des Ausnützungstransfers um eine privatrechtliche Angelegenheit handelt, welche in den gesetzlichen Schranken der Privatautonomie liegt, so können entsprechende Modelle für eine Mehrwertabgabe im öffentlichen Recht nur Hinweise für die Berechnung liefern.

2.4 Zeitpunkt der Vereinbarung betreffend Ausnützungsübertragung bzw. des Eintrags der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung

a) Vereinbarung

Die Ausnützungsübertragung sollte spätestens bei der Beurteilung des Bauvorhabens durch die Baubehörde vorliegen, da sich ansonsten das Bauvorhaben nicht als bewilligungsfähig erweist. Eine Auflage in der baurechtlichen Bewilligung, wonach der Bauherr noch einen Ausnützungstransfer nachzureichen hat, kann nicht ohne weiteres erfolgen, da der Bauherr die Erfüllung der Auflage nicht selbständig erreichen kann, sondern auf die Mithilfe durch einen unbeteiligten Dritten angewiesen ist (vgl. Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz. 463). Dieser Grundsatz wurde in VB.2003.00384 relativiert, indem festgehalten wurde, es sei vielmehr Sache eines Bauherrn, die entsprechenden Verhandlungen durchzuführen. Allenfalls müsse ein Bauprojekt abgeändert werden, könne keine Einigung erzielt werden. Solange indessen für die Baubehörde unklar ist, ob überhaupt eine Vereinbarung über eine Ausnützungsübertragung mit einem Dritten erfolgen kann, ist eine entsprechende Auflage nicht angebracht. Der Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung muss m.E. vielmehr aufgrund von konkreten, vom Bauherren darzulegenden Umständen zumindest plausibel erscheinen.

b) Anmerkung

Die Anmerkung eines Ausnutzungsrevers, bzw. die entsprechende öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung muss im Grundbuch nicht schon im Zeitpunkt der Baubewilligung vorliegen. Es genügt, wenn sie vor Beginn der Bauarbeiten vorgenommen wird (OGE Schaffhausen 60/2008/13 vom 29. Mai 2009). Dies entspricht der öffentlich-rechtlichen Bedeutung des Ausnutzungstransfers, der im Zusammenhang mit einem konkreten Bauvorhaben seine Wirkung entfaltet. Zudem entspricht es auch der rein deklaratorischen Wirkung einer öffentlich-rechtlichen Anmerkung. Wird auf die Realisierung des entsprechenden Bauvorhabens verzichtet, so hat die Ausnutzungsübertragung in öffentlich-rechtlicher Hinsicht keine Bedeutung, sondern allenfalls noch privatrechtliche Wirkung (VB.2012.00715).

VII. Wirkung einer Ausnutzungsübertragung mit Bezug auf das Gebergrundstück in der Zwangsverwertung

Differenziert werden kann im Wesentlichen zwischen vier Sachverhalten, die sich einerseits in zeitlicher Hinsicht und andererseits hinsichtlich der Form der Vereinbarung als Dienstbarkeit oder in schriftlicher Form voneinander unterscheiden.

1. Die baurechtliche Bewilligung ist noch ausstehend

1.1 Ausnutzungsübertragung wurde schriftlich vereinbart

Haben die beteiligten Grundeigentümer erst eine Vereinbarung geschlossen, so ist diese im Rahmen einer Zwangsverwertung des Gebergrundstücks unbeachtlich. Dieses kommt ohne Rücksicht auf die vereinbarte Nutzungsübertragung zur Verwertung.

Gleiches gilt im Übrigen auch für einen Verkauf des Gebergrundstücks. In diesem Fall müsste die Ausnutzungsübertragung nur beachtet werden, soweit eine Überbindungsklausel vereinbart worden ist.

Als Folge davon könnte das Bauvorhaben nicht in der vorgesehenen Form erstellt werden, da das Baugrundstück durch den Wegfall der Ausnutzungsübertragung übernutzt wäre.

1.2 Ausnützungsübertragung wurde mittels einer Dienstbarkeit gesichert

Wurde dagegen bereits eine Dienstbarkeit vereinbart und im Grundbuch eingetragen, ist diese grundsätzlich zu beachten. Da sich der Wert des Gebergrundstücks durch die vereinbarte Dienstbarkeit reduziert, hätte im Falle der Zwangsverwertung ein Doppelaufruf zu erfolgen. Gemäss dem Prinzip des Doppelaufrufs werden Grundstücke bei der Versteigerung einmal mit und einmal ohne die nachgehende Last aufgerufen (Art. 142 Abs. 1 SchKG). Der Doppelaufruf soll den Grundpfandgläubiger davor schützen, dass seine pfandrechtliche Sicherheit durch den Schuldner nachträglich geschmälert wird. Ein Doppelaufruf findet aber nur statt, falls das zu verwertende Grundstück ohne Zustimmung des vorgehenden Grundpfandgläubigers belastet wurde und dieser den Doppelaufruf binnen zehn Tagen (Verwirkungsfrist) seit Mitteilung des Lastenverzeichnisses ausdrücklich verlangt (Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Jolanta Kren Kostkiewicz, 2. Auflage, Zürich 2014, N. 860).

Nach dem Wegfall der Dienstbarkeit im Rahmen des Doppelaufrufes könnte das projektierte Bauvorhaben auf dem Empfängergrundstück auch in diesem Fall nicht mehr in der vorgesehenen Form bewilligt werden.

2. Die baurechtliche Bewilligung wurde rechtskräftig erteilt

2.1 Die Ausübertragung wurde konsumiert

Wenn die Ausnützungsübertragung konsumiert worden ist, so ist unabhängig vom Umstand, ob diese mit einer schriftlichen Vereinbarung oder einer Dienstbarkeit zur Verfügung gestellt wurde, zusätzlich eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch einzutragen.

Da es sich bei den im Lastenverzeichnis aufgenommenen Auflagen um öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen handelt, die von Gesetzes wegen gelten und deren Anmerkung nur deklaratorisch wirkt, haben sie auch im Rahmen einer Zwangsverwertung Bestand und gehen auf den neuen Eigentümer über (BGE 121 III 242 E. 1 S. 243 f.). Die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung besteht auch ohne Eintrag im Grundbuch.

Mit Hinweis darauf, dass die Eigentumsbeschränkung auch ohne Dienstbarkeit Bestand hat, ist Folgendes festzuhalten. Sollte das davon profitierende Bauvorhaben dereinst abgerissen werden, so fiel gleichzeitig die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung auf dem Gebergrundstück wieder weg. Die Dienstbarkeit würde indessen weiterbestehen und die übertragene Ausnützung könnte je nach dem Wortlaut der Dienstbarkeit von einem Ersatzbau erneut konsumiert werden. Ohne Doppelaufruf würde die Ausnützungsübertragung somit auch bei

einem Abbruch des Gebäudes privatrechtlich weiter bestehen bleiben. Es stellt sich daher die Frage, ob ein Doppelaufruf Sinn macht. In der Praxis könnte indessen im konkreten Fall wohl durch den Doppelaufruf kaum ein entscheidend grösserer Ertrag realisiert werden, da nicht ausgewiesen ist, ob das von der Ausnützungsübertragung profitierenden Gebäude je abgerissen wird.

2.2 *Die Ausübertragung wurde nicht konsumiert*

Schliesslich ist auch ein Fall denkbar, dass die baurechtliche Bewilligung erteilt und die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung bereits eingetragen wurde, ohne dass das von der Ausnützungsübertragung profitierende Bauvorhaben realisiert worden wäre. Die Gültigkeit der baurechtlichen Bewilligung ist auf drei Jahren seit Rechtskraft befristet (§ 322 PBG). Während dieser Dauer kann jederzeit mit der Realisierung des Bauvorhabens begonnen werden. Dies führte unmittelbar zu der entsprechenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung des Gebergrundstückes. Daran könnte auch ein allfälliger Doppelaufruf und Wegfall der Dienstbarkeit nichts ändern. Insbesondere führte ein solcher Doppelaufruf nicht zu einem Widerruf der baurechtlichen Bewilligung.

Entsprechend macht ein Doppelaufruf bei einer dienstbarkeitsrechtlich gesicherten Ausnützungsübertragung erst dann Sinn, wenn definitiv auf das Bauvorhaben verzichtet worden ist.

Der Vollständigkeit halber ist auch in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass ohne Doppelaufruf die Dienstbarkeit auch bei einem späteren Abbruch des Gebäudes auf dem Empfängergrundstück bestehen bleibt.

Ist die Baubewilligung ungenutzt abgelaufen, so besteht die gleiche Situation, wie wenn noch keine Baubewilligung erteilt worden wäre.

VIII. Folgen einer späteren Aufzoning

1. Allgemeines

Denkbar ist, dass ein Ausnützungstransfer durch eine Aufzoning in öffentlich-rechtlicher Hinsicht obsolet wird. Dies ist dann der Fall, wenn die Aufzoning in einem Ausmass erfolgt, welches dazu führt, dass das ursprünglich «übernutzte» Grundstück nicht mehr auf eine Ausnützungsübertragung angewiesen ist. Denkbar sind folgende Konstellationen.

2. Ausnutzungsübertragung wurde mittels einer Dienstbarkeit gesichert

Wurde die Ausnutzungsübertragung mit einer Dienstbarkeit gesichert, so führt eine Aufzoning nicht zum Wegfall der Dienstbarkeit. Vielmehr könnte das Baugrundstück im Umfang der Dienstbarkeit zusätzlich ausgenutzt werden. Die Dienstbarkeit behält somit grundsätzlich ihre privatrechtliche Bedeutung. Die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung des Gebergrundstücks fiele dagegen weg.

Entscheidend sind dabei jedoch die Formulierung und der Wortlaut der konkreten Dienstbarkeit. Der Sinn der Dienstbarkeit ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln.

3. Ausnutzungsübertragung wurde schriftlich vereinbart

Auch in diesem Fall fällt die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung des Gebergrundstücks ohne weiteres weg. Die Nutzungsmöglichkeiten beider Grundstücke beurteilen sich einzig nach den Vorgaben der revidierten Bau- und Zonenordnung.

Zu beachten ist indessen, dass die privatrechtliche Vereinbarung deswegen nicht wegfällt, sondern weiterhin bestehen bleibt. Dies folgt aus dem Grundsatz, dass der berechnigte Grundeigentümer für die Ausnutzungsübertragung eine Gegenleistung erbracht hat. Er könnte daher die übertragene Ausnutzung im Rahmen einer Erweiterung erneut konsumieren.

Auch in diesem Zusammenhang müsste jedoch auf den Wortlaut der Vereinbarung abgestellt und dieser durch Auslegung ermittelt werden.