

Die Baudirektion Kanton Zürich hatte die Teilrevision einer kommunalen Nutzungsplanung unter Vorbehalt genehmigt. Nicht genehmigt wurde u.a. Art. 44 der kommunalen Bau- und Zonenordnung (BZO), welche den Titel «Attikageschosse» trug und folgenden Inhalt aufwies:

«Das Attikageschoss muss bei den fiktiven Traufseiten gegenüber dem darunterliegenden Geschoss mindestens um das Mass seiner Höhe zurückversetzt sein.»

Die Gemeinde erhob hiergegen Rekurs.

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Lehre und Rechtsprechung hat sich die Genehmigungsbehörde bei der Überprüfung von Nutzungsplänen und Sondernutzungsplänen einschliesslich Quartierplänen unbeschadet ihrer grundsätzlich uneingeschränkten Überprüfungsbefugnis (vgl. § 5 Abs. 1 PBG) aus Gründen der aus der Gemeindeautonomie (Art. 50 der Bundesverfassung [BV] und Art. 85 der Zürcher Kantonsverfassung [KV]) abgeleiteten Planungsautonomie Zurückhaltung aufzuerlegen. Diese Zurückhaltung gilt insbesondere dann, wenn es auf die Beurteilung der örtlichen Verhältnisse ankommt. Zudem ist das den Gemeindebehörden bei der Nutzungsplanung zustehende erhebliche prospektiv-technische Ermessen zu berücksichtigen.

Die Genehmigungsbehörde darf nicht unter mehreren verfügbaren und angemessenen Lösungen wählen bzw. eine zweckmässige Würdigung der Gemeinde durch ihre eigene ersetzen. Beruht der kommunale Entscheid auf einer vertretbaren Würdigung der massgebenden Umstände, so hat ihn die Genehmigungsbehörde zu respektieren. Indessen ist ein Einschreiten der Genehmigungsbehörde nicht erst dann verlangt, wenn die Würdigung der Gemeinde schlechthin unhaltbar oder willkürlich ist; es genügt, wenn sich die kommunale Planung auf Grund überkommener Interessen als unzweckmässig erweist, den begleitenden Zielen und Grundsätzen der Raumplanung widerspricht oder wenn sie offensichtlich unangemessen ist. Insofern ist die Gemeindeautonomie durch übergeordnetes Recht eingeschränkt und die Gemeinde hat ihrem Planungsentscheid eine nachvollziehbare Würdigung der massgebenden Verhältnisse des Einzelfalls sowie eine vertretbare Interessenabwägung zu Grunde zu legen. Die Kognition der Genehmigungsbehörde unterscheidet sich demnach nicht von derjenigen der Rekursinstanz (Marco Donatsch, in: Kommentar VRG, 3. A., 2014, § 20 Rz. 77 ff.; BGr, 1P.37/2003 vom 12. September 2003, E. 3.3.; BGE 112 Ia 268, E. 2c; VGr, 9. April 2015, VB.2014.00077, E. 2.1; BGr, 1C_428/2014 vom 22. April 2015, E. 2.2). (...)

4.1.1 In der angefochtenen Verfügung wird die Nichtgenehmigung dahingehend begründet, das PBG biete den Gemeinden keine Möglichkeit, die Ausdehnung der Attikageschosse selbständig zu regeln. Im Rahmen der Einführung der harmonisierten Baubegriffe sei explizit darauf verzichtet worden,

den Gemeinden eine entsprechende Regelungskompetenz zu gewähren. Während eine Bauherrschaft die Fassade des Attikas freiwillig in weitergehendem Ausmass als gemäss § 275 Abs. 4 PBG verlangt zurückversetzen könne, habe die Gemeinde nicht die Legitimation, dies in jedem Fall einzufordern. Auch aus der Genehmigung einer vergleichbaren Vorschrift in anderen Gemeinden lasse sich keine Genehmigungsverpflichtung ableiten, da kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht bestehe.

4.1.2 Die Rekurrentin macht geltend, § 275 Abs. 4 PBG zeige auf, wann ein Attikageschoss gemäss PBG vorliege und an die Geschosshöhe angerechnet werden müsse. Wie das Dach des Attikageschosses gestaltet werden und in Erscheinung treten solle, sei aber eine Frage der Dachgestaltung, die nicht über die Definition des Attikageschosses geregelt werde. Gemäss § 49 Abs. 2 lit. d PBG seien die Gemeinden befugt, Vorschriften zur Dachgestaltung zu erlassen. Sowohl in der Skizze der «Erläuterungen zur IVHB [Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe] des Kantons Zürich zu den Attikageschossen» als auch in Figur 6.4 der Allgemeinen Bauverordnung (ABV) sei von Mindestmass die Rede. Weitergehende Regelungen, bei denen offensichtlich noch von einer der PBG-Definition entsprechenden Attikageschoss auszugehen sei, würden nicht die Geschossdefinition, sondern den Bereich der Dachgestaltung betreffen. Die Gemeinden dürften mit Dachgestaltungsvorschriften insbesondere wichtige Dächer, welche durch die neuen Geschossdefinitionen der Harmonisierungsvorlage möglich würden, verhindern. Wieso dies nur bei Schrägdächern gelten solle, sei schleierhaft und wäre eine unnötige Privilegierung zugunsten von Flachdächern. Dass der Kanton nun vorgeben wolle, wie ein Attikageschoss in seiner Gestaltung aussehen solle, stelle einen unzulässigen Eingriff in die Gemeindeautonomie dar. Auch nach bisherigem Recht sei es für die Gemeinden zulässig gewesen, die Gestaltung des Attikageschosses zu regeln, obwohl die sich auf das PBG stützende Rechtsprechung die Definition von Attikageschossen vorgegeben habe; als Beispiel könne auf Art. 7a Abs. 1 und 2 BZO der Stadt Zürich verwiesen werden. Dies müsse nach der Einführung der Bestimmungen gemäss der IVHB weiterhin möglich sein. Hinzuweisen sei insbesondere auch auf Flachdachgestaltungen in der Kernzone, wo die neuen Attikageschosse zu einem klaren und unerwünschten Bruch im Ortsbild führen würden. Auch würden die neuen Attikageschosse optisch nicht mehr als Dachgeschosse wahrgenommen; zudem würden weitere Anreize geschaffen, dass nur noch - für das Ortsbild schädliche - Flachdächer mit Attikageschossen erstellt würden. Dass die geplante Bestimmung in den Bau- und Zonenordnungen anderer Gemeinden (z.B. Art. 39 Abs. 3 BZO Herrliberg; Art. 50 Abs. 2 [recte: Abs. 3] BZO Meilen) genehmigt worden sei, deute darauf hin, dass sich die Baudirektion selbst nicht sicher sei; auch halte die rechtsungleiche Behandlung vor dem Rechtsgleichheitsgebot nicht stand.

4.1.3 Die Baudirektion entgegnet, während im PBG in der bis 28. Februar 2017 in Kraft stehenden Fassung das Attika als «Dachgeschoss über Flachdächern» behandelt worden sei, werde in der nun geltenden - die Baubegriffe und Messweisen gemäss IVHB weitgehend übernehmenden - Fassung des PBG der Begriff «Attikageschoss» neu eingeführt und in § 275 Abs. 4 PBG im Sinne des IVHB-Konkordats definiert, wobei das in dieser Bestimmung

genannte Mass des Rücksprungs (um das halbe Mass der Höhe) Bestandteil der Begriffsdefinition sei. Eine Delegationsnorm, welche den Gemeinden die Möglichkeit für abweichende Regelungen einräumen würde, sei nicht vorhanden, so dass der kantonale Gesetzgeber das Attikageschoss und das Mass des Rücksprungs abschliessend regle. Zu beachten sei, dass das Mass des Rücksprungs Bestandteil des politischen Diskurses gewesen sei, wobei der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen habe, dass Attikageschosse künftig tendenziell dominanter in Erscheinung treten würden. Mit der Skizze in Anhang 1 der ABV, die ohnehin lediglich erläuternden Charakter habe, solle lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass es den Bauherrschaften freigestellt sei, ein Attikageschoss weiter zurückzusetzen. Gestützt auf § 49 Abs. 2 lit. d PBG betreffend Regelungen über die Dachgestaltung seien beispielsweise Vorschriften betreffend Dachform (Schrägdach, Satteldach, Dacheinschnitte, Anzahl und Lage von Dachaufbauten usw.), Dachränder oder Dacheindeckung und Materialisierung denkbar, nicht aber die Möglichkeit, Begriffe anders zu definieren.

4.2.1 Gemäss § 45 PBG erlassen die Gemeinden eine Bau- und Zonenordnung (Abs. 1); dabei sind sie an die Institute, Begriffe, Mess- und Berechnungsweisen sowie an die Mindestanforderungen des kantonalen Rechts gebunden, soweit es ihnen nicht ausdrücklich Abweichungen gestattet (Abs. 2). § 49 Abs. 1 PBG hält fest, dass die Bau- und Zonenordnung die zulässige bauliche Grundstücksnutzung durch Bestimmungen über die Ausnützung, die Bauweise und die Nutzweise näher ordnen kann; Abs. 2 der genannten Bestimmung präzisiert, in welchen Bereichen Regelungen gestattet sind, soweit für die einzelnen Zonenarten nichts Abweichendes bestimmt ist, und nennt als solchen Bereich unter anderem (lit. d) die Dachgestaltung. In der seit dem 1. März 2017 in Kraft stehenden Fassung des PBG (welche die Baubegriffe und Messweisen gemäss IVHB weitgehend übernimmt) enthält § 275 Abs. 4 die folgende Regelung: «Attikageschosse sind auf Flachdächern aufgesetzte, zusätzliche Geschosse. Das Attikageschoss muss bei den fiktiven Traufseiten gegenüber dem darunterliegenden Geschoss um das halbe Mass seiner Höhe zurückversetzt sein.» In der bis zum 28. Februar 2017 bzw. - gemäss Übergangsbestimmung zur Änderung des PBG vom 14. September 2015 - bis zur Anpassung der jeweiligen kommunalen Bau- und Zonenordnung anwendbaren Fassung der massgeblichen Bestimmungen enthielt das PBG (im Folgenden: aPBG) keine Definition des Attikageschosses und erfasste dieses entsprechend nicht als eigenständigen Geschosstypus, sondern bloss mittelbar durch die Vorschriften über Dachaufbauten (vgl. BRKE II Nr. 81/2001, E. 3.b = BEZ 2001 Nr. 41). Ausgangspunkt bildete insoweit die Umschreibung in § 275 Abs. 2 Satz 1 aPBG, wonach Dachgeschosse horizontale Gebäudeabschnitte sind, die über der Schnittlinie zwischen Fassade und Dachfläche liegen. Die Rechtsprechung ging sodann davon aus, bei Flachdächern dürften Attikageschosse - vorbehältlich § 292 lit. b aPBG - grundsätzlich die für ein entsprechendes Schrägdach zulässigen Ebenen nicht durchstossen, d.h. jene Profillinie, die unter 45° an die Schnittlinie zwischen der tatsächlichen Dachfläche (des obersten Vollgeschosses) und der dazugehörigen Fassade ansetzt (§ 281 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit § 292 aPBG; vgl. VGr, 2. März 2017, VB.2016.00532, E. 2.3; Christoph Fritzsche / Peter Bösch / Thomas Wipf / Daniel

Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. A., 2019, Bd. 2, S. 1185, mit weiteren Hinweisen).

4.2.2 Durch die Einführung einer Definition des Attikageschosses in § 275 Abs. 4 PBG hat sich die Rechtslage insofern verändert, als das kantonale Recht das Attikageschoss nun als eigenständigen Geschosstyp kennt und unmittelbar normiert, wobei die in Satz 2 enthaltene Umschreibung des Masses der Rückversetzung Teil der Definition bildet. In diesem Sinn hält denn auch die Definition des Attikageschosses in Ziff. 6.4 Anhang 1 zur IVHB (an welcher sich die fraglichen PBG-Anpassungen wie erwähnt orientieren) fest, Attikageschosse seien auf Flachdächern aufgesetzte, zusätzliche Geschosse; das Attikageschoss müsse bei mindestens einer ganzen Fassade gegenüber dem darunterliegenden Geschoss um ein festgelegtes Mass zurückversetzt sein. Den IVHB-Erläuterungen, Stand 3. September 2013, lässt sich sodann entnehmen, die Definition des Konkordats verlange als Merkmal im Sinne einer Minimalvorschrift nur auf einer ganzen Fassadenlänge einen vom kantonalen Recht in seiner Dimension festzulegenden Rücksprung, wobei die Kantone die Festlegung der Anzahl und des Masses der Rücksprünge auch den Gemeinden überlassen könnten, solange die Mindestanforderungen des Konkordats eingehalten seien. Auch wenn diese Ausführungen mangels Beitritts des Kantons Zürich zur IVHB nicht unmittelbar einschlägig sind, zeigen sie doch, dass die Begriffsdefinition an der sich auch der kantonale Gesetzgeber orientierte, die - den Kantonen überlassene - Umschreibung des Masses der Rückversetzung als Teil der Begriffsdefinition auffasste.

Damit hätte eine Regelung wie der streitbetroffene Art. 44 BZO zur Folge, dass ein gemäss den Vorgaben von § 275 Abs. 4 PBG an den Traufseiten lediglich um das halbe Mass der Höhe zurückversetztes Geschoss zwar definitionsgemäss ein Attikageschoss darstellen würde, das jedoch gemäss dem kommunalen Recht unzulässig wäre (zulässig wäre es lediglich wenn es ein Vollgeschoss ersetzen könnte und insofern nicht mehr den einschränkenden Vorgaben der BZO entsprechen müsste). Die vorgesehene kommunale Regelung unterläuft somit die im kantonalen Recht enthaltene Begriffsdefinition, woran auch der Umstand nichts ändert, dass es sich - aufgrund der Verschärfung der Vorgaben - bei den gemäss BZO zulässigen Attikageschossen um eine Teilmenge handelt, welche die Qualifikation als Attikageschosse im Sinne des kantonalen Rechts von vornherein erfüllt. Damit steht Art. 44 BZO in Widerspruch zu § 45 Abs. 2 PBG, sofern im PBG den Gemeinden nicht ausdrücklich entsprechende Abweichungen gestattet sind.

Dass Letzteres der Fall wäre, ist entgegen der Rekurrentin nicht ersichtlich: Zwar erachtete es die bisherige Rechtsprechung als zulässig, dass im kommunalen Recht von den (in E. 4.2.1 a.E. umschriebenen) mittelbar dem aPBG zu entnehmenden Vorgaben zur Ausgestaltung von Dachgeschossen auf Flachdächern abgewichen wird, indem beispielsweise eine allseitige Rückversetzung gefordert, das Profil anstatt an der effektiv projektierten an der maximal zulässigen Gebäudehöhe angesetzt, für das Profil ein fiktiver Kniestock in Anschlag gebracht oder für die Profilbildung von einem anderen Neigungswinkel ausgegangen wird (vgl. [auch zum Folgenden] BRKE II Nr. 81/2001 = BEZ 2001 Nr. 41; BRKE I Nr. 198/2003 = BEZ 2003 Nr. 41; VGr, 25.

Januar 2012, VB.2011.00400, E. 3.3 a.E. und E. 3.4). Die entsprechende Kompetenz zur abweichenden Normierung der Ausgestaltung von Attikageschossen wurde zum einen auf § 49 Abs. 2 lit. d aPBG, zum andern auf § 292 aPBG gestützt. Dabei wurde die letztgenannte Bestimmung zwar teilweise nur insoweit als einschlägig bezeichnet, als mit der kommunalen Regelung eine Durchstossung des massgeblichen Profils über das gemäss § 292 lit. b aPBG zulässige Drittelsmass hinaus einherging (BRKE II Nr. 81/2001, E. 3.b = BEZ 2001 Nr. 41); in einem anderen Verfahren wurde die Bestimmung aber auch im Zusammenhang mit der Möglichkeit eines Dachneigungswinkels von weniger als 45°, was konzeptionell der vorstehend strittigen Abweichung entspricht, als massgeblich erachtet (VGr, 25. Januar 2012, VB.2011.00400, E. 3.3 a.E. und E. 3.4). Allerdings wurde - im Kontext einer kommunalen Regelung betreffend allseitige Rückversetzung - ausdrücklich festgehalten, eine entsprechende kommunale Regelung wäre nur dann unzulässig, wenn das kantonale Recht verbindlich vorschriebe, dass Attikageschosse auf den (hypothetischen) Giebelseiten bis zu den Vollgeschossen vorspringen dürften, was - gemäss aPBG - nicht der Fall sei (BRKE II Nr. 81/2001, E. 3.b = BEZ 2001 Nr. 41).

Durch den neuen § 275 Abs. 4 PBG ist nun genau diese, in der bisherigen Rechtsprechung vorbehaltene Konstellation eingetreten, indem eine ausdrückliche gesetzliche Definition des Attikageschosses verbindlich vorgibt, dass dieses nur an bestimmten Seiten und nur in bestimmtem Ausmass zurückversetzt sein muss. Die in § 49 Abs. 2 lit. d PBG nach wie vor vorbehaltene Möglichkeit kommunaler Regelungen zur Dachgestaltung kann sich entsprechend nur noch auf die von der Baudirektion (vgl. E. 4.1.3) beispielhaft genannten Aspekte, jedoch nicht mehr auf das mittels Begriffsdefinition festgelegte Mass der Rückversetzung eines Attikageschosses beziehen. Ebenso wenig liesse sich Art. 44 BZO heute auf § 292 PBG stützen: Ganz abgesehen davon, dass die Bedeutung dieser Bestimmung für die mittelbare Umschreibung der Ausgestaltung eines Attikageschosses aufgrund von § 275 Abs. 4 PBG entfallen ist, sieht § 292 PBG heute - im Gegensatz zur offeneren Formulierung des aPBG - ausdrücklich nur noch eine Abweichungsmöglichkeit bezüglich des Masses von Dachaufbauten im Verhältnis zur Fassadenlänge vor. Zu beachten ist weiter, dass das Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung, mit welcher ein Abweichen vom in § 275 Abs. 4 PBG festgelegten Mass der Rückversetzung als zulässig erklärt würde, umso klarer gegen eine solche Möglichkeit spricht, als die Festlegung des konkreten Masses im Gesetzgebungsprozess gerade umstritten war. So enthielt der Antrag des Regierungsrates vom 29. Januar 2014 die Formulierung, wonach das Attikageschoss um das Mass seiner Höhe zurückzusetzen sei; dem stellte die Kommission für Planung und Bau mit Antrag vom 17. März 2015 die im Folgenden beschlossene und heute in Kraft stehende Fassung gegenüber. Auch war die in der Debatte im Kantonsrat geäusserte - generelle - Kritik an der Anpassung des PBG im Rahmen der Harmonisierung der Baubegriffe gerade darauf gerichtet, dass mit dieser - ohne Konsultation der Gemeinden - Änderungen eingeführt würden, welche zu einer schleichenden Vergrösserung von Bauten führen und die Planungshoheit der Gemeinden übersteuern würden (vgl. Protokoll des Zürcher Kantonsrats, Sitzung vom 8. Juni 2015, S. 131 ff., z.B. S. 136), was gerade eine abschliessende Regelung und nicht blosse Minimalvorgaben (im Sinne der Möglichkeit

verbindlicher kommunaler Verschärfungen) seitens des kantonalen Gesetzgebers impliziert.

4.2.3 Nichts abzuleiten vermag die Rekurrentin sodann aus den von ihr erwähnten Skizzen, die sich im Anhang zur ABV (Figur 6.4) bzw. im Leitfaden «Harmonisierung der Baubegriffe» der Baudirektion vom 1. März 2017 (S. 34) finden. Dass in diesen Darstellungen das Mass der Rückversetzung jeweils als Mindestmass ausgewiesen wird, impliziert entgegen der Rekurrentin keine Einräumung einer entsprechenden Regelungskompetenz an die Gemeinden, sondern bringt lediglich zum Ausdruck, dass - bezogen auf ein konkretes Projekt - auch eine weitergehende Rückversetzung mit § 275 Abs. 4 PBG kompatibel ist. An diesem Verständnis vermag auch der in der Replik geäusserte Einwand, wonach Bauherrschaften stets weniger als erlaubt bauen dürften, nichts zu ändern.

Unbehelflich ist weiter der Hinweis auf die mit der kantonalen Regelung einhergehenden Auswirkungen auf die Erscheinung von Attikageschossen, wurde dieser Umstand doch - wie die Änderung des Antrags durch die Kommission zeigt - seitens des kantonalen Gesetzgebers bewusst in Kauf genommen. In diesem Zusammenhang geltend gemachten spezifischen Problemen in Kernzonen wäre durch entsprechende Vorgaben, die beispielsweise Flachdächer bzw. Attikageschosse in Kernzonen überhaupt ausschliessen würden, zu begegnen.

Nicht ersichtlich ist weiter die monierte unzulässige Privilegierung von Flachdächern, zumal eine unterschiedliche Behandlung verschiedener Dachformen in anderem Zusammenhang ohne Weiteres als zulässig erachtet wird (vgl. etwa zur Frage der Anrechnung eines Kniestocks VGr, 25. Januar 2012, VB.2011.00400, E. 3.2) und sich bezüglich der seitens der Rekurrentin angerufenen, auf Steildächer bezogenen Literaturstelle zur Harmonisierungsvorlage (Fritzsche / Bösch / Wipf / Kunz, a.a.O., S. 1231) gerade festhalten lässt, dass insoweit die angesprochenen kommunalen Dachgestaltungsvorschriften sich nicht zu einer Begriffsdefinition des kantonalen Rechts in Widerspruch setzen.

Schliesslich steht auch der Umstand, dass in der Tat in den konkret angeführten Bau- und Zonenordnungen anderer Gemeinden entsprechende Bestimmungen genehmigt wurden, einer Durchsetzung des mittlerweile seitens der Baudirektion als zutreffend erkannten Rechtsverständnisses nicht entgegen, zumal die äusserst restriktiven Voraussetzungen einer Gleichbehandlung im Unrecht von vornherein - schon mangels einer ständigen und seitens der Behörde nicht aufgegebenen gesetzeswidrigen Praxis - nicht erfüllt sind.

Zusammenfassend erweist sich die Verweigerung der Genehmigung von Art. 44 BZO somit als gerechtfertigt, wobei aufgrund der Rechtswidrigkeit dieser Bestimmung (Verstoss gegen § 45 Abs. 2 in Verbindung mit § 275 Abs. 4 PBG) auch keine Verletzung der Gemeindeautonomie zu erkennen ist.