

Per E-Mail und A-Post

Baudirektion Kanton Zürich
Generalsekretariat Stab
„Vernehmlassung PBG“
Walcheplatz 2
Postfach
8090 Zürich

Zürich, 30. Oktober 2009

**Änderung des Planungs- und Baugesetzes (PBG);
Vernehmlassung zum Vorentwurf Teilbereich Verfahren und Rechtsschutz**

Sehr geehrter Herr Regierungsrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben u.a. den Zürcher Anwaltsverband eingeladen, zum Vorentwurf für revidierte Bestimmungen des PBG zum Verfahren und Rechtsschutz Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für diese Gelegenheit, und wir äussern uns zu den geplanten Änderungen innert der Vernehmlassungsfrist bis zum 30. Oktober 2009 wie folgt:

I. Einleitende Bemerkungen

- 1 In formeller Hinsicht erlauben wir uns einleitend folgenden Hinweis: Das Vernehmlassungsverfahren für die geplanten Änderungen des PBG - namentlich zum Verfahren und Rechtsschutz - wurde am 9. Juli 2009 eröffnet. Bereits am 25. Juni 2009 hatte der Justizdirektor einen Vorentwurf für eine Revision des PBG in die Vernehmlassung geschickt, welcher ebenfalls die Bestimmungen zum Verfahren und Rechtsschutz betrifft. Diese beiden Vernehmlassungsverfahren sind nicht koordiniert bzw. aufeinander abgestimmt worden. Die Widersprüche der Vorlagen hätten nach Auffassung des Zürcher Anwaltsverbands vor Eröffnung der Verfahren bereinigt werden müssen, damit sich die Vernehmlassungsadressaten zu einer bereinigten Vorlage äussern können. Dies gilt umso mehr, als sich die kantonale Verwaltung dieser Tatsache gemäss (verstecktem) Hinweis im Erläuterungsbericht zur Vorlage der Baudirektion bewusst war.
- 2 Wir gliedern unsere Vernehmlassung in zwei Teile: im ersten Teil wird zu den geplanten Anpassungen am Planungs- und Baugesetz Stellung genommen; im zweiten Teil äussern wir uns kurz zur Rechtsmittelordnung im Bereich des Strassenrechts. Soweit zu einer neuen Bestimmung auf Bemerkungen verzichtet wird, ist dies als Zustimmung zur Vorlage zu werten.

- 3 Bevor wir uns nun mit den geplanten Änderungen befassen, halten wir Folgendes fest: Die Revisionsvorlage muss vor allem auch zum Anlass genommen werden, überholte bzw. nicht mehr dem übergeordneten Recht entsprechende Bestimmungen zu streichen bzw. zu revidieren; wir denken dabei namentlich an die Strafbestimmungen und an § 78 betreffend Aussenantennen.

II. Anpassungen am Planungs- und Baugesetz (PBG)

A. Zu § 5 PBG

- 4 Neu sollen die Rechtsmittelbehörden in einem Rechtsgang über die kommunale Festsetzung bzw. Verfügung sowie die kantonale Genehmigung entscheiden können, was zweckmässig ist (vgl. Erläuterungsbericht, S. 15).
- 5 Die Formulierung des neuen § 5 Abs. 3 PBG steht jedoch in Widerspruch zu dieser Neuregelung: Sind der Genehmigungsentscheid sowie der geprüfte Akt gemäss § 5 Abs. 4 PBG künftig zusammen zu veröffentlichen, ist es begrifflich ausgeschlossen, dass die Genehmigungsbehörde über einen angefochtenen Akt zu befinden hat. Die Formulierung von § 5 PBG ist entsprechend anzupassen (vgl. auch Anhang 2 des Erläuterungsberichts).

B. Zu § 89 PBG

- 6 Mit der Einführung einer Vorprüfung für Bau- und Zonenordnungen, Sonderbauvorschriften und Gestaltungspläne will der Kanton Zürich einerseits das Verfahren beschleunigen und andererseits den Vollzug des Raumplanungsrechts qualitativ verbessern. Beides ist zu begrüssen.
- 7 Damit sich eine solche Beschleunigungswirkung tatsächlich einstellt, regt der Zürcher Anwaltsverband die Statuierung von Vorprüfungsfristen an; ohne solche Fristen ist zu befürchten, dass sich die Verfahren mitunter gar in die Länge ziehen werden.
- 8 Zu bedenken ist sodann, dass die Arbeitslast der zuständigen Direktionen mit der geplanten Änderung deutlich zunehmen dürfte. Es muss sichergestellt sein, dass genügend Ressourcen vorhanden sein werden; andernfalls sind Verzögerungen absehbar.

C. Zu den §§ 151 - 158 PBG

- 9 Es gilt das zu § 89 PBG Ausgeführte: Ohne Behandlungsfristen dürfte die häufig lange Verfahrensdauer in Quartierplanverfahren weiter zunehmen, was es zu vermeiden gilt. Gerade im Quartierplanrecht sind Behandlungsfristen im Übrigen die Regel (vgl. §§ 153, 157 und 159 PBG).
- 10 Die Streichung von § 159 PBG bzw. der Verzicht auf die Übernahme der in Abs. 2 dieser Bestimmung vorgesehenen Genehmigungsfrist muss deshalb auf einem Versehen beruhen.

D. Zu § 212 PBG

- 11 Aus systematischen / gesetzestechnischen Gründen dürfte es angezeigt sein, § 212 Abs. 3 PBG der Formulierung von § 43 Abs. 2 PBG anzugleichen und für den Fall der Nichteinigung die Einleitung des Schätzungsverfahrens durch das zuständige Gemeinwesen vorzusehen.

E. Zu § 324 PBG

- 12 Das Instrument der „Behördlichen Auskünfte“ ist nach Auffassung des Zürcher Anwaltsverbands - zumindest in der geplanten Form - abzulehnen:
- a Nach Lehre und Rechtsprechung kommt einer behördlichen Auskunft - Fälle des Vertrauensschutzes ausgenommen - keine Verbindlichkeit zu. Eine Regelung, wonach bei der Behörde verbindliche Auskünfte eingeholt werden können, erscheint also per se als heikel. Dies gilt auch deshalb, weil es sich bei der behördlichen Auskunft um ein Institut des allgemeinen Verwaltungsrechts handelt, welches keiner speziellen Normierung im PBG bedarf.
 - b Hinzu kommt, dass die im Gesetz vorgesehene Verbindlichkeit der Auskunft den Schluss nahelegt, damit solle indirekt ein Ersatz für den aufzuhebenden Vorentscheid ohne Drittverbindlichkeit geschaffen werden.
 - c Problematisch ist aber vor allem auch die Regelung in den Abs. 2 und 3 des neuen § 324 PBG: Einerseits sollen behördliche Auskünfte nicht angefochten werden können, andererseits sollen sie verbindlich sein, solange sich die Verhältnisse nicht wesentlich geändert und solange Einwendungen Dritter keine Neuurteilung erforderlich gemacht haben. Dieses Ergebnis ist rechtsstaatlich bedenklich, und es wird dazu führen, dass vom Instrument der behördlichen Auskunft nach § 324 PBG kein Gebrauch gemacht werden wird: Das Risiko, dass eine falsche, aber „verbindliche“ Auskunft erteilt wird und im anschliessenden Baubewilligungsverfahren zu beachten ist, dürfte den meisten Bauherrinnen und Bauherren zu gross sein.

F. Zu § 338b PBG

- 13 Der (politische) Hintergrund des neuen § 338b PBG bzw. von dessen Absätzen zwei bis vier - welche sich inhaltlich weitgehend mit Art. 55c Abs. 1 bis 3 USG decken - liegt auf der Hand. Ob das mit dieser Regelung verfolgte Ziel auch erreicht wird, ist aber zumindest diskutabel: Die einschränkenden Vorgaben für zulässige Vereinbarungsinhalte dürften eine einvernehmliche Erledigung von Streitigkeiten für Verbände nicht selten mehr oder weniger uninteressant machen. Dem Bauherren, welchem vor allem auch an einer raschen Verfahrenserledigung gelegen ist, wird damit eine Möglichkeit zur Verfahrenserledigung genommen.
- 14 Hinzu kommt, dass der Abschluss von Vereinbarungen über finanzielle Leistungen erfahrungsgemäss von privaten (Nachbar-) Rekurrenten verlangt wird, und dass sich die Fra-

ge nach der Rechtsmissbräuchlichkeit eines Rechtsmittels mitunter auch bei Privaten stellt.

- 15 Vor diesem Hintergrund kann man sich fragen, ob die mit Art. 55c USG erfolgte Regelung auf kantonaler Ebene nachvollzogen werden soll - zumal mit dem auch im Verwaltungsverfahren zu beachtenden § 50 ZPO sowie dem materiell-rechtlichen Grundsatz von Art. 2 Abs. 2 ZGB gesetzliche Regelungen bestehen, welche treuwidriges Verhalten im Prozess und treuwidriges Prozessieren überhaupt verbieten.

G. Zu § 338c PBG

- 16 Zielführender wäre es, die Behördenbeschwerde nicht nur für „Anordnungen“ einer kantonalen Instanz vorzusehen, sondern auch für Anträge kantonalen Fachstellen (z.B. NHK, KDK, KofU), über welche sich die kommunale Behörde ohne triftige Gründe hinweggesetzt hat. Damit liessen sich nicht selten Verbandsbeschwerden vermeiden, und es würde die Durchsetzung der massgeblichen Vorschriften staatlichen Institutionen bzw. Stellen überlassen, welche dafür in erster Linie zuständig sind.
- 17 Prüfwert wäre sodann die Einführung eines Beschwerderechts für Gemeinden: So ist nicht ersichtlich, weshalb es Gemeinden z.B. verwehrt sein soll, sich gegen (fehlerhafte) Baubewilligungen für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone, welche sich auf ihrem Gemeindegebiet befinden, zur Wehr setzen zu können.

III. Anpassungen an weiteren Erlassen

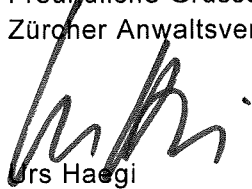
- 18 Mit der neuen Rechtsmittelordnung wird der Zuständigkeitsbereich der Baurekurskommissionen bzw. des künftigen Baurekursgerichts ausgebaut. Mit dieser Zielsetzung im Widerspruch steht die Beibehaltung der Rechtsmittelordnung im Strassenrecht:
- 19 Im Erläuterungsbericht wird auf S. 11 festgehalten, Projektfestsetzungen für Staats- und Gemeindestrassen hätten regelmässig eine politische Tragweite, insbesondere bei Vorhaben mit grossem Investitionsvolumen, weshalb die bisherige erstinstanzliche Zuständigkeit (Bezirks- bzw. Regierungsrat) beibehalten werden sollte; auch mit Blick auf das strassenrechtliche Beitragswesen erscheine eine Zuständigkeit der Baurekurskommissionen als ungeeignet.
- 20 Dem ist entgegenzuhalten, dass die (politische) Frage nach der Wünschbarkeit eines Strassenbauvorhabens nicht mit derjenigen nach dem konkreten Inhalt eines Strassenprojekts verwechselt werden darf. Die vorliegend interessierende Zuständigkeit beschlägt letzteres Thema, und in dieser Hinsicht sind die Baurekurskommissionen aufgrund ihrer Fachkenntnisse besser geeignet, die Recht- und Zweckmässigkeit eines Strassenbauvorhabens zu beurteilen; im Bereich der Quartierschliessung liegt die Zuständigkeit bereits heute bei den Baurekurskommissionen.
- 21 Für die politischen / finanziellen Aspekte eines Strassenbauvorhabens steht das Mitwirkungsverfahren nach § 13 StrG zur Verfügung, welches interessierten Kreisen eine (rechtzeitige) Mitwirkungsmöglichkeit in einem frühen Verfahrensstadium erlaubt. Bei der

Überprüfung eines festgesetzten Strassenprojekts kommen politischen / finanziellen Belangen grundsätzlich keine Bedeutung mehr zu.

- 22 Dass schliesslich das Beitragswesen keine Beibehaltung der bestehenden Zuständigkeit gebietet, ergibt sich bereits aus den Regelungen im Bereich der Gewässerschutz- / Wasserwirtschafts- und Waldgesetzgebung, welche diesbezüglich ebenfalls abweichende Zuständigkeiten vorsehen.

Für ergänzende Angaben sowie für eine Diskussion der unterbreiteten Vorschläge stehen der Zürcher Anwaltsverband sowie die Mitglieder der Fachgruppe Baurecht, welche an der Ausarbeitung dieser Stellungnahme beteiligt waren, gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Zürcher Anwaltsverband



Urs Haegi
Präsident



Alessandro L. Celli
Ressortleiter Gesetzgebung und Praxis

Im Doppel

Kopie an:

- Patrick Middendorf, Sekretariat Zürcher Anwaltsverband
- Lukas Wolfer, Leiter zuständige Fachgruppe