



Universität
Zürich^{UZH}

Masterarbeit

Der Fall Uto Kulm: Chronologie der Ereignisse und rechtliche Würdigung

**Seminar im Öffentlichen Recht mit Schwerpunkt Raumplanungs-,
Bau- und Umweltrecht**

Bauen ausserhalb der Bauzonen

FS 2012



BLaw Flurina Hitz

10. Semester

Hüttenwiesstrasse 28

9016 St. Gallen

Tel. 071 220 13 70

flurina.hitz@uzh.ch

Mat. Nr. 07-731-649

vorgelegt bei:

Prof. Dr. Alain Griffel

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	V
Abkürzungsverzeichnis.....	VIII
I. Einführung	1
A. Einleitung.....	1
B. Überblick	1
C. Geschichtlicher Abriss	2
II. Ereignisse und Urteile rund um das Hotel-Restaurant Uto Kulm	2
A. Rechtliche Ausgangslage ausserhalb der Bauzonen.....	2
1. Lage des Grundstücks	2
a) Landwirtschaftszone	2
b) Waldabstand	3
2. Landschaftsschutz	3
a) Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler	3
b) Kantonaler Landschaftsschutz.....	3
3. Trennungsgrundsatz und Konzentrationsprinzip.....	4
4. Interessenabwägung im Raumplanungsrecht	4
5. Zuständigkeiten	5
B. Bewilligungsfähigkeit „Kino am Berg“	6
1. Sachverhalt	6
a) Rekurs an den Regierungsrat	6
b) Beschwerde ans kantonale Verwaltungsgericht	6
c) Beschwerde ans Bundesgericht	7
2. Bewilligungspflicht	8
3. Bewilligungsfähigkeit	8
C. Abbruch des rechtswidrigen Kiosks	8
1. Sachverhalt	8
a) Rekurs bei der Baurekurskommission	9
b) Beschwerde ans kantonale Verwaltungsgericht	9
2. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes	10
a) Grundsatz.....	10
b) Verhältnismässigkeit	10
D. Weitere Urteile	11
1. Abbruch eines Rundzelts.....	11

a) Sachverhalt	11
b) Rekurs und Beschwerde	11
2. Temporäre Vorplatzmöblierung	12
III. Bewilligungsfähigkeit der Erweiterungsbauten Süd- und Rondoterrasse	12
A. Sachverhalt	12
1. Überblick	12
2. Bewilligter Umbau zum Seminarhotel	13
3. Sistierung des Baubewilligungsverfahrens	13
a) Rekurs an die Baurekurskommission	13
b) Beschwerde ans kantonale Verwaltungsgericht	14
3. Instanzenzug	14
a) Rekurs an die Baurekurskommission	15
b) Beschwerde ans kantonale Verwaltungsgericht	15
c) Beschwerde ans Bundesgericht	15
B. Ausnahmbewilligung (Art. 24 RPG)	15
1. Planungspflicht	16
2. Standortgebundenheit	17
C. Besitzstandsgarantie	18
1. Erweiterte Besitzstandsgarantie (Art. 24c RPG)	18
2. Besitzstandsgarantie für gewerbliche Bauten (Art. 37a RPG)	18
3. Einwand des neuen Richtplans	19
D. Fazit	20
IV. Abbruch der Erweiterungsbauten	20
A. Formelle und materielle Rechtswidrigkeit	20
B. Sachverhalt	20
1. Rekurs ans Baurekursgericht	21
2. Beschwerde ans kantonale Verwaltungsgericht	21
C. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes	21
1. Legalitätsprinzip	21
2. Verhältnismässigkeitsprinzip	22
a) Voraussetzungen	22
b) Gesetzliche Grundlage	22
c) Öffentliche Interessen	22
d) Verhältnismässigkeit i.e.S.	23
3. Besonderheiten der Verhältnismässigkeit von Abbruchbefehlen	24
a) Mass der Abweichung von den Vorschriften	24

b) Rechtmässigkeit durch bevorstehende Rechtsänderung.....	24
4. Vertrauensschutz	25
a) Bösgläubigkeit	25
b) Duldung des rechtswidrigen Zustandes.....	25
5. Wiederherstellungsfrist	26
6. Ersatzvornahme	26
D. Aktueller Stand des Verfahrens	27
V. Bevorstehende Umzonung des Uto Kulm.....	27
A. Überblick	27
B. Teilrevision des kantonalen Richtplans	28
1. Verfahren zur Richtplanänderung	28
a) Festsetzung	28
b) Öffentliche Auflage.....	28
c) Genehmigung.....	28
d) Anfechtung	29
2. Inhaltliche Ergänzungen.....	29
3. Erholungsgebiet.....	29
4. Erholungszone	30
5. Gestaltungsplanpflicht.....	31
C. Erlass des überkommunalen Gestaltungsplans	31
1. Rechtsnatur des Gestaltungsplans	31
2. Verfahren des Planerlasses	32
a) Festsetzung	32
b) Öffentliche Auflage.....	32
c) Anfechtung des Gestaltungsplans.....	32
3. Inhalt des Gestaltungsplans	33
4. Inhalt des Nutzungsvertrags	34
5. Genehmigungsverfahren	35
a) Koordination mit dem Rechtsmittelverfahren	35
b) Grundsatz der Genehmigungspflicht.....	35
c) Implizite Genehmigung	36
d) Genehmigungsvoraussetzungen	36
e) Wirkung der Genehmigung	37
f) Fazit.....	37
D. Rechtmässigkeit des Gestaltungsplans	37
1. Akzessorische Anfechtung des Richtplans.....	38
a) Allgemeines	38

b) Inhalt der Überprüfung	38
c) Beachtung des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler	38
d) Gutachten der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission	39
2. Verhältnis zum Richtplan	40
a) Richtplankonformität	40
b) Schaffung einer unzulässigen Kleinstbauzone	40
3. Beachtung des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler	41
a) Aufbau des BLN	41
b) Funktion des BLN	41
c) Gutachten der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission	42
d) Interessenabwägung beim Gestaltungsplanerlass	43
e) Ergebnis	43
4. Beachtung der Planungsgrundsätze	43
5. Beachtung der Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV	44
6. Beachtung der Leitlinien des Kantons	44
7. Zweckmässigkeit und Angemessenheit des Gestaltungsplans	44
8. Ergebnis der Rechtmässigkeitsprüfung	45
E. Fazit	45
VI. Prognose zum hängigen Gerichtsverfahren über den Abbruchbefehl	45
A. Ausgangslage	45
B. Verfahren vor Verwaltungsgericht	46
1. Vorwirkung	46
a) Positive Vorwirkung	46
b) Negative Vorwirkung	47
c) Praxis des Verwaltungsgerichts zur Vorwirkung	47
2. Verhältnismässigkeit	48
3. Prognose zum Urteil des Verwaltungsgerichts	48
C. Verfahren vor Bundesgericht	48
1. Massgeblichkeit des Zeitpunkts des Urteils	49
2. Prognose zum Urteil des Bundesgerichts	49
D. Fazit	50
VII. Schlussbemerkungen	50
Anhang	52

Literaturverzeichnis

AEMISEGGER HEINZ/KUTTLER ALFRED (bis 1999)/MOOR PIERRE/RUCH ALEXANDER/TSCHANNEN PIERRE (ab 2007) (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG), Zürich/Basel/Genf 1999; 1. und 2. Nachlieferung 2009; 3. Nachlieferung 2010 (zit. BEARBEITER, RPG-Kommentar)

BANDLI CHRISTOPH A., Bauen ausserhalb der Bauzonen (Art. 24 RPG), Diss. Bern 1989

BEELER URS, Die widerrechtliche Baute, Diss. Zürich 1984

BÖHNI MATTHIAS, Üetliberg, Faszination und Vielfalt von Zürichs Zauberberg, Zürich 2006

ERB ULRICH, Von den Baurekurskommissionen zum Baurekursgericht, in: PBG aktuell 1/2011, S. 5ff.

ESCHMANN STEPHAN, Der Gestaltungsplan nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1985

FRITZSCHE CHRISTOPH/BÖSCH PETER/WIPF THOMAS, Zürcher Planungs- und Baurecht, 2 Bände, 5. Aufl., Zürich 2011

GRIFFEL ALAIN, Bauen im Spannungsfeld zwischen Eigentumsgarantie und Bauvorschriften, in: ZBl 103/2002, S. 169 ff. (zit. GRIFFEL Spannungsfeld)

DERS., Entwicklungen im Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, in: SJZ 107/2011, S. 464 ff. (zit. GRIFFEL, Entwicklungen 2011)

DERS., Raumplanungs- und Baurecht, in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2012 (zit. GRIFFEL, in a nutshell)

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010

HALLER WALTER/KARLEN PETER, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Bd. I: Grundlagen – Raumplanungsrecht – Baurecht, 3. Aufl., Zürich 1999

HÄNNI PETER, Der Abbruch von Bauten und Anlagen, in: BR 2006, S. 152 f. (zit. HÄNNI, Abbruch)

DERS., Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Aufl., Bern 2008 (zit. HÄNNI, Baurecht)

HEER PETER, Die raumplanungsrechtliche Erfassung von Bauten und Anlagen im Nichtbaugebiet – Unter besonderer Berücksichtigung von Nutzungsplan und Ausnahmegewilligung und ihrer Abgrenzung, Diss. Zürich 1996

JAAG TOBIAS, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 3. Aufl., Zürich 2005

JUD BARBARA, Bundesinventare nach Art. 5 NHG, in: Raum & Umwelt 1/2011, Bern 2011

KELLER PETER M./ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/FAHRLÄNDER KARL LUDWIG (Hrsg.), Kommentar NHG, Kommentar zum Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz, Zürich 1997 (zit. BEARBEITER, NHG-Kommentar)

KISSLING SAMUEL, Freizeitaktivitäten ausserhalb der Bauzonen in der Theorie und Praxis, in: Raum & Umwelt 3/2009, Bern 2009

KUTTLER ALFRED, Die Trennung der Bauzonen von den Nichtbauzonen – zur Tragweite eines verfassungsrechtlichen Prinzips, BIAR 3/1995, S. 10 ff.

KÖLZ ALFRED/BOSSHART JÜRIG/RÖHL MARTIN, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999

LEIMBACHER JÖRG, Bundesinventare, Die Bedeutung der Natur- und Landschaftsschutzinventare des Bundes und ihre Umsetzung in der Raumplanung, 3. Auflage, Bern 2000 (zit. LEIMBACHER, Bundesinventare)

RAUSCH HERIBERT/MARTI ARNOLD/GRIFFEL ALAIN/HALLER WALTER (Hrsg.), Umweltrecht, Ein Lehrbuch, Zürich 2004

RAVEL MARIE-FRANCE/WINKLER GLADYS, Illegale Bauten: was tun? Rechtsprechung und Praxis, in: Raum & Umwelt 2/2004, Bern 2004

RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010

RUOSS FIERZ MAGDALENA, Massnahmen gegen illegales Bauen unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Zürich 1999

SCHMID GIAN, Projektbezogene Nutzungsplanung im Gebiet ausserhalb der Bauzonen, Diss. Zürich 2000

SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA, Bau- und Planungsrecht, in: Furrer Andreas (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2011, Bern 2011, S. 887-917

SCHNEITER STEFAN, Der Uetliberg, Geschichte und Geschichten des Zürcher Hausbergs, Baden 2011

THOMMEN MARCELLE, Zur Problematik der sogenannten Vorwirkung insbesondere im öffentlichen Baurecht, Diss. Basel 1979

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009

VALLENDER KLAUS A./MORELL RETO, Umweltrecht, Bern 1997

WALDMANN BERNHARD/HÄNNI PETER, Raumplanungsgesetz, Handkommentar, Bern 2006

WALKER SPÄH CARMEN, Zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, in: PBG aktuell 1/2008

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Abb.	Abbildung
ABV	Verordnung über die nähere Umschreibung der Begriffe und Inhalte der baurechtlichen Institute sowie über die Mess- und Berechnungsweisen (Allgemeine Bauverordnung) vom 22. Juni 1977 (LS 700.2)
AG	Aktiengesellschaft
ALN	Kantonales Amt für Landschaft und Natur
ARE	1) Bundesamt für Raumentwicklung 2) Amt für Raumentwicklung des Kantons Zürich
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BEZ	Baurechtsentscheide des Kantons Zürich
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (SR 173.110)
BIAR	Blätter für Agrarrecht (Brugg)
BLN	Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung
BR	Zeitschrift für Baurecht (Zürich)
BRG	Baurekursgericht des Kantons Zürich
BRGE	Entscheid des Baurekursgerichts des Kantons Zürich
BRK	Baurekurskommission des Kantons Zürich, ab 1.1.2011 Baurekursgericht des Kantons Zürich (BRG)
BRKE	Entscheid der Baurekurskommission des Kantons Zürich
BZO	Bau- und Zonenordnung einer Gemeinde
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVV	Bauverfahrensordnung mit Anhang vom 3. Dezember 1997 (LS 700.6)

bzw.	beziehungsweise
Chr.	Christus
d.h.	das heisst
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor
E.	Erwägung
ff.	folgende
FS	Frühlingssemester
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinne
INFORUM	Informationsorgan der Schweizerischen Vereinigung für Landesplanung
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
lit.	litera
Mat. Nr.	Matrikelnummer
Mio.	Millionen
N	Note
NHG	Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1996 (SR 451)
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PBG aktuell	Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht
PBG	Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Planungs- und Baugesetz) vom 7. September 1975 (LS 700.1)
Prof.	Professor
RRB	Beschluss des Regierungsrats des Kantons Zürich
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (SR 700)
RPV	Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (SR 700.1)

S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannte
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Sv.	Sachverhalt
VB	Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts
VBLN	Verordnung über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler vom 10. August 1977 (SR 451.11)
vgl.	vergleiche
VRG	Zürcher Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 (LS 175.2)
WaG	Bundesgesetz über den Wald vom 4. Oktober 1991 (SR 921.0)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)

I. Einführung

A. Einleitung

Der Üetliberg war schon immer ein strategisch bedeutender Standort. Sei es für Burgen im Mittelalter oder als Goldgrube des Erholungstourismus im gestressten 21. Jahrhundert. „Top of Zurich“ ist mehr als nur die Spitze des Üetlibergs. Der Uto Kulm wurde in den letzten Jahren regelrecht zum Konfliktgipfel. Naturschützer liefern sich mit Eigentümer Giusep Fry eine juristische Schlacht über alle Instanzen hinweg. Die Interessenvertreter teilen sich in zwei Lager. Auf der einen Seite die Naturschutzvereine, darunter der Zürcher Heimatschutz, der Zürcher Vogelschutz sowie Pro Natura und Pro Üetliberg, die es auf dem Üetliberg – ohne Verkehr, Kino, Kiosk und Rummel – gerne „gmüetli“ hätten. Auf der anderen Seite steht Hotelier Giusep Fry, der den Tourismus fördern und stetig neue Ideen umsetzen will.¹ Daneben sind als unabhängige Vertreter des Staates auch verschiedene Gemeinwesen involviert, allen voran die Bau- und Planungskommission der Gemeinde Stallikon als kommunale und die Baudirektion des Kantons Zürich als kantonale Bewilligungsbehörde.

B. Überblick

Ziel dieser Arbeit ist es, die zahlreichen Ereignisse und Urteile rund um das Hotel-Restaurant Uto Kulm darzustellen und rechtlich zu würdigen. Dazu werden zunächst im Überblick die abgeschlossenen Verfahren dargestellt und die damit verbundenen rechtlichen Probleme untersucht (Ziff. II). Anschliessend wird der Streit um die Verweigerung der Baubewilligung für die Erweiterungsbauten des Hotel-Restaurants dargestellt (Ziff. III). Sodann folgt die Auseinandersetzung mit dem Verfahren um den daraufhin erlassenen Abbruchbefehl für diese Erweiterungsbauten (Ziff. IV).

Parallel zum hängigen Gerichtsverfahren betreffend den Abbruchbefehl findet derzeit auch ein Planungsverfahren statt. Dieses bezweckt das Hotel-Restaurant Uto Kulm in ein Erholungsgebiet zu verlegen. Dazu hat der Kantonsrat bereits den kantonalen Richtplan revidiert. Gestützt darauf hat die Baudirektion kürzlich

¹ SCHNEITER, S. 155.

einen kantonalen Gestaltungsplan erlassen, der rechtlich zu würdigen ist (Ziff. V). Zum Schluss folgt eine Prognose über den Ausgang des Gerichtsverfahrens und die Zukunft der Bauten auf dem Üetliberg (Ziff. VI).

C. Geschichtlicher Abriss

Das erste Berg- und Kurhaus auf dem Uto Kulm wurde 1839 errichtet. Nachdem dieses 1878 vom Pächter Emil Frohn angezündet worden war wurde auf den Grundmauern des alten Kurhauses im Jahr 1879 das Hotel Uto Kulm errichtet.² Am damaligen Hotel nahm die Eigentümerin – eine Bankgesellschaft die sich heute UBS nennt – verschiedene Erweiterungsbauten vor. 1986 folgte der Bau des Restaurants. 1999 kaufte Hotelier Giusep Fry das Hotel-Restaurant Uto Kulm. Im Jahre 2002 erweiterte er dieses zum Seminarhotel. Bis zu diesem Zeitpunkt handelte es sich stets um bewilligte Bauten. Erst im Anschluss begann Hotelier Giusep Fry Erweiterungen und Umbauten *ohne* die dafür erforderlichen Bewilligungen vorzunehmen.

II. Ereignisse und Urteile rund um das Hotel-Restaurant Uto Kulm

A. Rechtliche Ausgangslage ausserhalb der Bauzonen

Nachfolgend werden kurz die rechtlichen Themen dargestellt, die in den Urteilen von entscheidender Bedeutung sind, darunter die Bedeutung der Lage des Grundstücks sowie die Grundsätze und Zuständigkeiten ausserhalb der Bauzone.

1. Lage des Grundstücks

a) Landwirtschaftszone

Das Grundstück des Hotel-Restaurant Uto Kulm liegt in der Landwirtschaftszone der Gemeinde Stallikon³, und somit ausserhalb der Bauzone. Zonenwidrige Bauten ausserhalb der Bauzonen benötigen stets eine Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24ff. RPG. Darauf wird in Ziff. III eingegangen.

² BÖHNI, S. 59.

³ Vgl. Zonenplan der Gemeinde Stallikon vom 27. Mai 2009 auf www.stallikon.ch → Online-Schalter → Zonenplan.

b) Waldabstand

Das Hotel-Restaurant Uto Kulm liegt sehr nahe an der Waldgrenze. In den Gerichtsurteilen wird daher am Rande immer auch die Problematik des Waldabstandes angesprochen. Die Grundlagen des Waldes finden sich in Art. 77 BV sowie im Bundesgesetz über den Wald (WaG). Grundsätzlich benötigen Bauten ausserhalb der Bauzonen gemäss Art. 17 Abs. 2 WaG i.V.m. § 262 Abs. 1 PBG einen Mindestwaldabstand von 30 Metern.⁴ Die Fragen des Waldrechts werden vorliegend nicht behandelt, da sie den Rahmen der Arbeit sprengen würden und andere Themen im Vordergrund stehen.

2. Landschaftsschutz

a) Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler

Die Grundlage des Natur- und Heimatschutzes findet sich in Art. 78 BV und im Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz (NHG). Gemäss Art. 5 Abs. 1 NHG erstellt der Bundesrat nach Anhörung der Kantone Inventare für besonders schützenswerte Objekte. Das Grundstück des Hotel-Restaurant Uto Kulm liegt im Gebiet des seit 1983 im Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung eingetragenen Objekts Nr. 1306 „Albiskette-Reppischtal“.⁵ Die rechtlichen Auswirkungen der Lage des Hotel-Restaurant Uto Kulm im geschützten BLN-Gebiet wird in Ziff. V im Zusammenhang mit der Prüfung der Vereinbarkeit des neuen kantonalen Gestaltungsplans mit dem Landschaftsschutz vorgenommen.

b) Kantonaler Landschaftsschutz

Grundsätzlich sind die Kantone gemäss Art. 78 BV für den Natur- und Heimatschutz zuständig. Sie müssen i.S.v. Art. 17 Abs. 2 RPG Massnahmen für den Schutz der wertvollen Landschaften ergreifen. Die Bestimmungen des kantonalen Naturschutzes finden sich in den §§ 203-217 PBG.⁶ Das Gebiet des Uto Kulm wurde aufgrund der Lage im BLN auch ins kantonale Landschaftsschutzgebiet aufgenommen.⁷ § 203 PBG enthält eine Liste von möglichen Schutzobjekten. Dazu gehören gemäss § 203 Abs. 1 lit. b PBG auch die im kantonalen Richtplan festgelegten Aussichtspunkte. Das Grundstück des Hotel-Restaurant Uto Kulm

⁴ JAAG, N 4441; FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 784.

⁵ Vgl. Anhang zur VBLN.

⁶ JAAG, N 4436.

⁷ Kanton Zürich, kantonaler Richtplan vom 28. Juni 2010, Richtplantext, Ziff. 3.6.2 sowie Abb. 5a.

liegt auf einem im kantonalen Richtplan festgelegten Aussichtspunkt.⁸ § 203 Abs. 2 PBG verpflichtet die Behörden, Inventare über diese Schutzobjekte zu erstellen. Im Kanton Zürich ist dies das Inventar der Natur- und Landschaftsschutzgebiete von überkommunaler Bedeutung von 1980.⁹ Ziel dieses kantonalen Inventars ist ebenfalls die Schonung der Schutzgebiete.¹⁰ Die Aufnahme des Üetliberg im Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler führt zu einem erhöhten nationalen Schutz nach Art. 6 NHG, sodass der kantonale Naturschutz in diesem Fall eine untergeordnete Rolle spielt.

3. Trennungsgrundsatz und Konzentrationsprinzip

Gemäss Art. 75 Abs. 1 BV legt der Bund die Grundsätze der Raumplanung fest. Dazu gehören insbesondere die zweckmässige und haushälterische Nutzung des Bodens gemäss Art. 1 RPG und die geordnete Besiedelung des Landes gemäss Art. 3 RPG.¹¹ Nach allgemein anerkanntem Verständnis sind diese Ziele nur mit einer Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet zu erreichen. Der Trennungsgrundsatz, wonach Bau- und Nichtbaugebiet getrennt werden sollen, hat deshalb Verfassungsrang.¹² Das Raumplanungsgesetz versucht, diesem verfassungsrechtlichen Gebot der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet Rechnung zu tragen und nur ausnahmsweise Bewilligungen ausserhalb der Bauzonen zu erteilen.¹³ Ergänzt wird das Trennungsprinzip durch das Konzentrationsprinzip, wonach Bauten möglichst konzentriert angelegt werden sollen, um die Umwelt zu schonen und Streusiedlungen zu vermeiden.¹⁴

4. Interessenabwägung im Raumplanungsrecht

Dem öffentlichen Interesse kommt im Planungs- und Baurecht grosse Bedeutung zu, sei es als allgemeine Voraussetzung für die Vornahme raumplanerischer Tätigkeiten an sich, als Voraussetzung für Ausnahmbewilligungen, Eigentumsbeschränkungen oder als Begründung für den Abbruchbefehl einer widerrechtlichen

⁸ Kanton Zürich, kantonaler Richtplan vom 28. Juni 2010, Richtplantext, Ziff. 3.4.3.

⁹ Vgl. www.are.zh.ch → Geoinformation → Geografisches Informationssystem des Kantons Zürich (GIS-ZH) → Gis-Browser → Natur- und Landschaftsschutzinventar von überkommunaler Bedeutung.

¹⁰ JAAG, N 4437.

¹¹ GRIFFEL, in a nutshell, S. 92; BANDLI, S. 5.

¹² KUTTLER, S. 13; MUGGLI, RPG-Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 24 – 24d und 37a N 12.

¹³ BANDLI, S. 40.

¹⁴ TSCHANNEN, RPG-Kommentar, Art. 1 N 16; SCHMID, S. 17.

Baute.¹⁵ Gemäss Art. 3 RPV haben die Behörden sowohl bei der Planung als auch bei der Erteilung einer Ausnahmegewilligung immer eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Dazu müssen alle relevanten öffentlichen und privaten Interessen ermittelt werden.¹⁶ Anschliessend folgt eine Abklärung, inwiefern diese Interessen durch das jeweilige Vorhaben beeinträchtigt werden.¹⁷ Die Interessenabwägung erfordert insbesondere eine Berücksichtigung der Ziele und Grundsätze der Raumplanung von Art. 1 und 3 RPG.¹⁸

5. Zuständigkeiten

Art. 1 RPG verpflichtet Bund, Kantone und Gemeinden ihre raumwirksamen Tätigkeiten aufeinander abzustimmen. Dies entspricht dem raumplanungsrechtlichen Koordinationsprinzip, wie es auch in Art. 25a RPG erscheint.¹⁹ Art. 25a RPG verlangt eine Koordination der Baubewilligungen von kantonalen und kommunalen Behörden.²⁰

Der Kanton Zürich hat sich für das Koordinationsmodell entschieden.²¹ Gemäss § 312 PBG sind die Baugesuche unabhängig von der sachlichen Zuständigkeit bei der örtlichen Baubehörde einzureichen.²² Die Leitstelle des Kantons ist sodann für die Koordination der Bewilligungen zuständig (§ 9 BVV).

Ausserhalb der Bauzonen entscheidet gemäss Art. 25 Abs. 2 RPG und Ziffer 1.2.1 des Anhangs zur BVV die Baudirektion des Kantons Zürich bei allen Bauvorhaben, ob sie zonenkonform und bewilligungsfähig i.S.v. Art. 22 Abs. 2 RPG sind, oder ob eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 bzw. Art. 37a RPG erforderlich ist. Da für Vorhaben die im Geltungsbereich eines Landschaftsschutzinventars gemäss Ziffer 1.4.1.3 der BVV liegen erhöhte Anforderungen an die Bewilligungsfähigkeit gestellt werden, müssen solche separat geprüft werden. Es braucht demnach für die Bauvorhaben am Hotel-Restaurant Uto Kulm, das ausserhalb der Bauzone in einer Landschaftsschutzzone liegt, immer sowohl eine kommunale als auch eine kantonale Bewilligung.

¹⁵ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 1170; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 564.

¹⁶ TSCHANNEN, RPG-Kommentar, Art. 2 N 22; HALLER/KARLEN, N 399.

¹⁷ MOOR, RPG-Kommentar, Einleitung N 122.

¹⁸ GRIFFEL, in a nutshell, S. 13; HALLER/KARLEN, N 717.

¹⁹ TSCHANNEN, RPG-Kommentar, Art. 1 N 20.

²⁰ Vgl. MARTI, RPG-Kommentar, Art. 25a N 11; JAAG, N 4434.

²¹ GRIFFEL, in a nutshell, S. 161.

²² HALLER/KARLEN, N 804.

B. Bewilligungsfähigkeit „Kino am Berg“

1. Sachverhalt

Die Streitigkeiten auf dem Uto Kulm begannen im Jahre 2004. Schon bevor die Hotel Uto Kulm AG am 13. Dezember 2004 ein Gesuch um die Bewilligung für das Projekt „Kino am Berg“ einreichte wehrten sich zahlreiche Anwohner. Sie sammelten Unterschriften dagegen und gründeten den Verein Pro Üetliberg, der sich für die Erhaltung des Üetlibergs als ruhiges, naturnahes Erholungsgebiet einsetzt.²³

Am 18. Februar 2005 erteilte die kantonale Baudirektion gestützt auf Art. 24 RPG die nötige Ausnahmegewilligung für das Open-Air Kino. Die kommunale baupolizeiliche Bewilligung durch die Gemeinde Stallikon erfolgte am 1. März 2005.²⁴

a) Rekurs an den Regierungsrat

Der Verein Pro Üetliberg, der Zürcher Heimatschutz und weitere Parteien erhoben gegen die Bewilligungen Rekurs beim Regierungsrat. Dieser hiess den Rekurs am 29. Juni 2005 gut und auferlegte die Gerichtskosten der Gemeinde Stallikon und der Hotel Uto Kulm AG.²⁵

b) Beschwerde ans kantonale Verwaltungsgericht

Gegen diesen Beschluss erhob die Hotel Uto Kulm AG Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte den Rekursentscheid aufzuheben und festzustellen, dass das Projekt keine planungs- und baurechtlich bedeutende Veränderung des Grundstückes und dessen Nutzung darstelle. Eventualiter sei die Ausnahmegewilligung der Gemeinde Stallikon zu bestätigen. Subeventualiter müsse erneut eine umfassende Interessenabwägung durchgeführt werden und die Bewilligungen zu diesem Zweck zurückgewiesen werden.²⁶

Gemäss § 21 lit. a i.V.m. § 70 VRG ist zur Beschwerde ans Verwaltungsgericht berechtigt wer durch die angefochtene Anordnung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung hat. Ein schutzwürdiges Interesse ist in der Regel nur gegeben, wenn die Beschwerdeführer ein aktuelles Interesse haben. Fällt das aktuelle Interesse aber während des Verfahrens dahin, so

²³ SCHNEITER, S. 157.

²⁴ VGer ZH, Urteil VB.2005.00324 vom 12. Dezember 2005, Sv. I.

²⁵ Regierungsratsbeschluss Nr. 919 vom 29. Juni 2005, E. 12.

²⁶ VGer ZH, Urteil VB.2005.00324 vom 12. Dezember 2005, Sv. III.

wird das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben, es sei denn, die Beschwerde werfe grundsätzliche Fragen auf, die sich wieder stellen könnten und bei einer Verfahrensabschreibung nicht beantwortet würden.²⁷ Zum Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung hatte die Hotel Uto Kulm AG ein aktuelles Interesse an der Bewilligungserteilung. Während des Beschwerdeverfahrens ist dieses Interesse jedoch dahingefallen, weil die Zeitspanne, in der das „Kino am Berg“ hätte stattfinden sollen bereits vorüber war. Trotzdem anerkannte das Verwaltungsgericht ein schutzwürdiges Interesse der Hotel Uto Kulm AG, weil sie auch in den kommenden Jahren erneut Anspruch auf eine Bewilligung geltend machen würde und andernfalls keine Möglichkeit hätte, die grundsätzlichen Fragen der Bewilligungserteilung gerichtlich überprüfen zu lassen.²⁸

Das Verwaltungsgericht prüfte nachträglich die Legitimation aller Rekurrierenden für den Rekurs vor dem Regierungsrat.²⁹ § 338a Abs. 1 PBG bestimmt, dass zum Rekurs und zur Beschwerde berechtigt ist, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat. Einige der Rekurrenten hatten kein genügendes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Bewilligungen für das Projekt „Kino am Berg“, weshalb das Verwaltungsgericht ihnen die Legitimation absprach und teilweise die Kosten auferlegte.³⁰

c) Beschwerde ans Bundesgericht

Diese Kostenaufgabe führte dazu, dass die unterliegenden Naturschutzverbände und die nicht zum Rekurs legitimierten Privaten zur damals³¹ staatsrechtlichen Beschwerde gemäss Art. 88 OG berechtigt waren.³²

Das Bundesgericht wies die Beschwerde gegen die neue Kostenaufteilung vollumfänglich ab, weil diese der Begründungspflicht gemäss § 10 Abs. 2 VRG entsprach. Im Übrigen trat das Bundesgericht nicht auf die Beschwerde ein, weil die Beschwerdeführer keine weiteren materiellen Rügen vorbrachten.³³

²⁷ KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 21 N 25 und § 63 N 3.

²⁸ VGer ZH, Urteil VB.2005.00324 vom 12. Dezember 2005, E. 1.

²⁹ VGer ZH, Urteil VB.2005.00324 vom 12. Dezember 2005, E. 2.

³⁰ VGer ZH, Urteil VB.2005.00324 vom 12. Dezember 2005, E. 3.

³¹ Heute Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 82 ff. BGG.

³² BGer, Urteil 1P.63/2006 vom 18. April 2006, E. 1.3;

³³ BGer, Urteil 1P.63/2006 vom 18. April 2006, E. 4.5.

2. Bewilligungspflicht

Gemäss Art. 22 RPG i.V.m. § 309 Abs. 1 lit. b PBG sind grundsätzlich alle Bauten und Anlagen bewilligungspflichtig, sofern sie Raum oder Umwelt belasten oder verändern.³⁴ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung unterstehen auch Fahrnisbauten, welche ortsfest verwendet werden, der Bewilligungspflicht.³⁵ Als Massstab dafür, ob eine Bewilligungspflicht besteht wird geprüft, ob die Nachbarn oder die Öffentlichkeit ein Interesse an der vorgängigen Kontrolle haben.³⁶ Das Verwaltungsgericht kam zum Schluss, dass der Regierungsrat das „Kino am Berg“ zu Recht als bewilligungspflichtiges Vorhaben qualifizierte, da es eine raumrelevante Nutzungsänderung verursache und zudem in einer geschützten Landwirtschaftszone weit ab der Bauzonen stattfinden sollte.³⁷

3. Bewilligungsfähigkeit

Die Bewilligungsfähigkeit beurteilt sich gemäss Art. 22 lit. a und lit. b RPG aufgrund der Voraussetzungen der Zonenkonformität und der Erschliessung.

Ob das Projekt bewilligungsfähig ist, hat das Verwaltungsgericht offen gelassen und auf eine Rückweisung an den Regierungsrat verzichtet, weil der Zeitraum für das strittige Projekt „Kino am Berg“ bereits verstrichen und die Aktenlage unklar war.³⁸ Insbesondere fehlte ein Gutachten der ENHK i.S.v. Art. 7 Abs. 1 NHG für die Beurteilung der Ausnahmbewilligung im BLN-Gebiet.³⁹ Das Verwaltungsgericht kam zum Schluss, dass die Bewilligungsfähigkeit bei einem nächsten Projekt erneut im Voraus geprüft werden müsste.⁴⁰

C. Abbruch des rechtswidrigen Kiosks

1. Sachverhalt

Die Hotel Uto Kulm AG erstellte Ende April 2007 einen neu gestalteten Kiosk auf dem Kulmplateau. Am 11. Mai 2007 verweigerte die Baudirektion des Kantons Zürich eine nachträgliche Ausnahmbewilligung gemäss Art. 24 RPG.⁴¹ Im Hin-

³⁴ HALLER/KARLEN, N 512; JAAG, N 4423.

³⁵ BGE 123 II 256 ff. (259), E. 3.

³⁶ GRIFFEL, in a nutshell, S. 144.

³⁷ VGer ZH, Urteil VB.2005.00324 vom 12. Dezember 2005, E. 3.2.

³⁸ VGer ZH, Urteil VB.2005.00324 vom 12. Dezember 2005, E. 5.4.

³⁹ VGer ZH, Urteil VB.2005.00324 vom 12. Dezember 2005, E. 4.1.

⁴⁰ VGer ZH, Urteil VB.2005.00324 vom 12. Dezember 2005, E. 7.

⁴¹ BRKE II Nr. 0151/2008 vom 19. August 2008, E. 2.

blick auf die laufende Planungsrevision verzichtete die Baudirektion bis zur Festsetzung des neuen Gestaltungsplans aus Gründen der Verhältnismässigkeit vorerst bis zum 31. Mai 2009 auf eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes.⁴²

a) Rekurs bei der Baurekurskommission

Dagegen erhoben der Verein Pro Üetliberg, die Zürcherische Vereinigung für Heimatschutz und der Schweizer Heimatschutz Rekurs bei der Baurekurskommission⁴³ und verlangten, die Akten zum Entscheid an die Bau- und Planungskommission Stallikon zu überweisen. Die Baurekurskommission hiess den Rekurs am 23. Oktober 2007 gut und überwies die Sache an die zuständige Bau- und Planungskommission Stallikon zum Entscheid über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Diese fasste am 27. Februar 2008 mit Blick auf die Verhältnismässigkeit den Beschluss auf die Anordnung zum Abbruch des Kiosks zu verzichten und auf das Ergebnis der sich im Gange befindlichen Nutzungsplanung zu warten.⁴⁴ Dagegen erhoben der Verein Pro Üetliberg, die Zürcherische Vereinigung für Heimatschutz und der Schweizer Heimatschutz erneut Rekurs und beantragten die Beseitigung des Kiosks innert zwei Monaten. Die Baurekurskommission hiess im Endentscheid vom 19. August 2008 den Rekurs der Heimatschutzvereine gut und verfügte den Kiosk innert 60 Tagen ab Rechtskraft des Entscheides zu beseitigen.⁴⁵

b) Beschwerde ans kantonale Verwaltungsgericht

Gegen diesen Entscheid der Baurekurskommission gelangte die Hotel Uto Kulm AG mit Beschwerde ans Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte den Rekursentscheid aufzuheben. Gleichzeitig verlangte sie, dass der Beschluss der Bau- und Planungskommission Stallikon den Kiosk vorerst nicht abzurechnen zu bestätigen sei.⁴⁶

⁴² BRKE II Nr. 0151/2008 vom 19. August 2008, E. 4.

⁴³ Die Baurekurskommissionen wurden auf den 1.1.2011, aufgrund der Vorgaben der neuen Kantonsverfassung, zum unabhängigen direkt dem Verwaltungsgericht unterstellten Baurekursgericht; vgl. ERB ULRICH, S. 5.

⁴⁴ BRKE II Nr. 0151/2008 vom 19. August 2008, E. 5.1.

⁴⁵ BRKE II Nr. 0151/2008 vom 19. August 2008, E. 5.4.

⁴⁶ VGer ZH, Urteil VB.2008.00444 vom 18. Dezember 2008, Sv. III.

2. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes

a) Grundsatz

Gemäss § 341 PBG muss der rechtmässige Zustand ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung herbeigeführt werden.

b) Verhältnismässigkeit

Beim Vollzug muss die Behörde den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten. Widerrechtliche Bauten in der Landwirtschaftszone stellen einen schweren Verstoß gegen das Raumplanungsgesetz, insbesondere den Trennungsgrundsatz dar. Ausserdem hat die Hotel Uto Kulm AG den Kiosk bösgläubig erstellt. Sie versuchte vergeblich darzulegen, sie habe den Kiosk in guten Treuen für nicht bewilligungspflichtig gehalten. Das Verwaltungsgericht entschied deshalb, dass die Rückbaukosten, die der Hotel Uto Kulm AG entstehen, nicht zu beachten sind.⁴⁷ Ein Abbruchbefehl ist dann unverhältnismässig, wenn die Baute dank einer unmittelbar bevorstehenden Rechtsänderung rechtmässig würde.⁴⁸ Wie aus dem Situationsplan und Art. 9 des neuen Gestaltungsplans ersichtlich ist, wird der Kiosk mit der Rechtsänderung bewilligungsfähig und damit rechtmässig werden. Wann und mit welcher Wahrscheinlichkeit mit der Rechtskraft des neuen Gestaltungsplans gerechnet werden kann, war deshalb die zentrale Frage vor Verwaltungsgericht. Die Beurteilung dieser Wahrscheinlichkeit hängt von den konkreten Umständen im Einzelfall ab. Das Verwaltungsgericht gelangte zum Schluss das Ergebnis der laufenden Nutzungsplanung sei aus politischen und rechtlichen Gründen noch nicht sehr gesichert und das Inkrafttreten des Gestaltungsplans könne sich um einige Jahre verzögern. Aufgrund dieser Unsicherheiten beurteilte das Verwaltungsgericht den Abbruchbefehl als verhältnismässig.⁴⁹ Eine eingehendere Behandlung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erfolgt in Ziff. IV im Zusammenhang mit dem Abbruchbefehl der Erweiterungsbauten.

⁴⁷ VGer ZH, Urteil VB.2008.00444 vom 18. Dezember 2008, E. 4.1.

⁴⁸ VGer ZH, Urteil VB.1995.00046 vom 6. Oktober 1995, E. 6.

⁴⁹ VGer ZH, Urteil VB.2008.00444 vom 18. Dezember 2008, E. 4.3.

D. Weitere Urteile

1. Abbruch eines Rundzelts

a) Sachverhalt

Jacqueline Mannheimer führte auf dem Grundstück, auf dem sich auch das Hotel-Restaurant Uto Kulm befindet, seit 1991 kulturelle und musische Veranstaltungen durch. Dazu hatte sie ursprünglich ein Rundzelt aufgebaut, welches 1999 durch den Sturm „Lothar“ zerstört wurde. Daraufhin erstellte sie als Ersatz eine neue Holzkonstruktion. Im nachträglichen Bewilligungsverfahren hat die Baudirektion 8. Dezember 2004 die Bewilligung verweigert.⁵⁰ Gleichzeitig wies sie Jacqueline Mannheimer darauf hin, dass stattdessen ein zeitlich befristetes Zelt geduldet würde. Die Gemeinde eröffnete die Verfügung der Baudirektion und verlangte die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes gemäss § 341 PBG bis zum 31. Mai 2005.⁵¹

b) Rekurs und Beschwerde

Dagegen erhob Jacqueline Mannheimer Rekurs beim Regierungsrat der am 28. Mai 2008 abgewiesen wurde. Die Beschwerdeführerin gelangte daraufhin mit Beschwerde ans Verwaltungsgericht und rügte eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots von Art. 8 BV weil zur selben Zeit die Bauten des Hotel-Restaurant Uto Kulm geduldet würden.⁵² Die Beschwerdeführerin verlangte sinngemäss eine Gleichbehandlung im Unrecht. Private haben Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung jedoch nicht auf Gleichbehandlung im Unrecht.⁵³ Deshalb kann die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren nicht einwenden das Rechtsgleichheitsgebot sei verletzt auch wenn andernorts eine widerrechtliche Baute geduldet wird.⁵⁴ Eine Ausnahmesituation liegt höchstens dann vor, wenn es sich um eine ständige gesetzwidrige Praxis handelt, von der die rechtsanwendende Behörde auch in Zukunft nicht abweichen wird.⁵⁵ Diesen Nachweis konnte die Beschwerdeführerin vorliegend nicht erbringen. Das Verwaltungsgericht wies daher die

⁵⁰ VGer ZH, Urteil VB.2008.00325 vom 23. Oktober 2008, Sv. I. B.

⁵¹ VGer ZH, Urteil VB.2008.00325 vom 23. Oktober 2008, Sv. I. B.

⁵² VGer ZH, Urteil VB.2008.00325 vom 23. Oktober 2008, E. 2.2.

⁵³ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 771.

⁵⁴ Vgl. FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 487.

⁵⁵ VGer ZH, Urteil VB.2008.00325 vom 23. Oktober 2008, E. 5.

Beschwerde am 23. Oktober 2008 ab und das Rundzelt musste abgebrochen werden.⁵⁶

2. Temporäre Vorplatzmöblierung

Am 22. Juli 2011 ersuchte die Hotel Uto Kulm AG erneut um eine nachträgliche Baubewilligung bei der Gemeinde Stallikon. Offenbar hat die Bauherrin erneut ohne Bewilligung eine Gartenwirtschaft und Lounge, eine Sonnenschutzmarkise und die Verglasung des Fluchtwegstegs erstellt.⁵⁷

Die Bau- und Planungskommission Stallikon eröffnete am 24. August 2011 den Entscheid der Baudirektion und verweigerte die nachträgliche Bewilligung der temporären Vorplatzmöblierung.

Gegen diesen Beschluss reichte die Hotel Uto Kulm AG am 3. Oktober 2011 Rekurs beim Baurekursgericht ein. Die Gemeinde Stallikon verzichtete auf eine Stellungnahme und die Baudirektion des Kantons Zürich stellte einen Antrag auf Abweisung des Rekurses. Dieser ist derzeit beim Baurekursgericht hängig. Meines Erachtens ist die temporäre Vorplatzmöblierung im Hinblick auf ihre Bewilligungsfähigkeit den Erweiterungsbauten der Süd- und Rondoterrasse gleichzustellen (vgl. Ziff. III). Daher müssten auch diese Bauten aufgrund der fehlenden Standortgebundenheit und weil die Erweiterungsmöglichkeiten des Restaurants längst ausgeschöpft sind⁵⁸ als nicht bewilligungsfähig qualifiziert werden.

III. Bewilligungsfähigkeit der Erweiterungsbauten Süd- und Rondoterrasse

A. Sachverhalt

1. Überblick

Im Jahr 2002 erfolgte der bewilligte Umbau zum Seminarhotel. Daraufhin nahm Die Hotel Uto Kulm AG weitere Erweiterungen am Restaurant vor ohne die erforderlichen Bewilligungen einzuholen. Die Baudirektion sistierte die nachträglichen Bewilligungsverfahren. Diese Sistierung fochten mehrere Parteien mit Re-

⁵⁶ VGer ZH, Urteil VB.2008.00325 vom 23. Oktober 2008, E. 5.

⁵⁷ Pro Üetliberg, Mitgliederinfo, S. 3 auf www.pro-uetliberg.ch → Mitgliederinfos → Februar 2012.

⁵⁸ Verfügung der Baudirektion vom 1. Oktober 2001, S. 2.

kurs bei der Baurekurskommission und mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht an.⁵⁹ Das kantonale Verwaltungsgericht hob daraufhin die Sistierung auf und wies die Baudirektion an, über die nachträglichen Bewilligungen sofort zu entscheiden.⁶⁰ Diese erteilte die nachträglichen Bewilligungen nicht, wogegen die Hotel Uto Kulm AG mit Rekurs an die Baurekurskommission, mit Beschwerde ans Verwaltungsgericht und mit Beschwerde ans Bundesgericht gelangte. Das Bundesgericht hat die Bewilligungsfähigkeit der Erweiterungsbauten schliesslich letztinstanzlich verneint und die Beschwerde abgewiesen.⁶¹

2. Bewilligter Umbau zum Seminarhotel

Mit Verfügung vom 25. Mai 2000 wurden im Rahmen eines Vorentscheides für diverse Um- und Erweiterungsbauten des Hotel-Restaurants Uto Kulm zu einem Seminarhotel Ausnahmbewilligungen i.S.v. Art. 24 ff. RPG in Aussicht gestellt. Mit Verfügung vom 1. Oktober 2001 qualifizierte die Baudirektion diese Vorhaben definitiv als standortgebunden i.S.v. Art. 24 lit. a RPG und erteilte die Ausnahmbewilligungen. Die Baudirektion wies in dieser Verfügung bereits darauf hin, dass mit diesen Bauvorhaben die Erweiterungsmöglichkeiten für den Betrieb auf dem Uto Kulm grundsätzlich ausgeschöpft seien.⁶²

3. Sistierung des Baubewilligungsverfahrens

Obwohl die Baudirektion verfügt hatte, dass keine Erweiterungsbauten mehr möglich sind, erweiterte die Hotel Uto Kulm AG das Hotel-Restaurant. Auf Veranlassung der Bau- und Planungskommission Stallikon reichte sie im Februar und August 2006 sowie im März 2007 dafür nachträgliche Baugesuche ein. Die Baudirektion entschied daraufhin die Bewilligungsverfahren wegen der laufenden Planung für das Nutzungskonzept Uto Kulm informell zu sistieren.

a) Rekurs an die Baurekurskommission

Gegen diese Sistierung erhoben Pro Üetliberg, die Zürcherische Vereinigung für Heimatschutz und der Schweizer Heimatschutz Rekurs bei der Baurekurskommission.⁶³ Diese zog in Erwägung, dass die Verwirklichung des Gestaltungsplans

⁵⁹ Vgl. BRKE II Nr. 0166/2008 vom 2. September 2008.

⁶⁰ Vgl. VGer ZH, Urteil VB.2008.000473 vom 18. Dezember 2008.

⁶¹ Vgl. BGer, Urteil 1C_328/2010 vom 7. März 2011.

⁶² Verfügung der Baudirektion vom 1. Oktober 2001, S. 2.

⁶³ BRKE II Nr. 0166/2008 vom 2. September 2008, E. 1.1.

zwar möglich aber noch sehr ungesichert sei.⁶⁴ Eine so unbestimmte Rechtsänderung vermöge keine Sistierung zu rechtfertigen.⁶⁵ Die Baurekurskommission kam zum Schluss, dass die Sistierung der Baugesuche nicht angemessen sei und einen Akt der Rechtsverzögerung darstelle, der gegen Art. 29 BV verstosse. Deshalb hiess sie den Rekurs der Naturschutzvereine vollumfänglich gut.⁶⁶ Daraufhin wurde die Baudirektion angewiesen, die hängigen nachträglichen Baubewilligungsverfahren für die Erweiterungsbauten fortzusetzen, insbesondere die Bewilligungsverfahren betreffend die Süd- und Rondoterrasse.

b) Beschwerde ans kantonale Verwaltungsgericht

Die Hotel Uto Kulm AG erhob gegen diesen Rekursentscheid Beschwerde beim Verwaltungsgericht und verlangte die Sistierung der nachträglichen Baubewilligungsverfahren zu bestätigen.⁶⁷ Das Verwaltungsgericht trat nicht auf die Beschwerde ein, weil die Fortsetzung des Verfahrens eine verfahrensleitende Anordnung ist, die gemäss § 48 Abs. 2 VRG nur dann weiter gezogen werden kann, wenn sie für den Betroffenen einen später nicht zu behebenden Nachteil zur Folge hat. Einen solchen vermochte die Hotel Uto Kulm AG nicht nachzuweisen.⁶⁸ Daraufhin musste die Baudirektion die nachträglichen Bewilligungsgesuche sofort behandeln.

3. Instanzenzug

Die Baudirektion verweigerte am 13. März 2009 die nachträgliche Baubewilligung für die Einfassung und Überdachung der Süd- und Rondoterrasse des Hotel-Restaurant Uto Kulm und für den Fluchtwegsteg an der Südterrasse sowie für das Anbringen von Aussenbeleuchtungen am Hotel-Restaurant und am Aussichtsturm.⁶⁹ Ausserdem verweigerte die Baudirektion die nachträgliche forstrechtliche Bewilligung für die Unterschreitung des Waldabstandes. Gleichzeitig mit der Verweigerung der Bewilligung ordnete sie den Abbruch der Erweiterungsbauten an. Die Bau- und Planungskommission Stallikon, die eingeladen wurde, eine Abbruchverfügung gemäss § 341 PBG zu erlassen, eröffnete die Verfügung der Bau-

⁶⁴ BRKE II Nr. 0166/2008 vom 2. September 2008, E. 5.2.2.

⁶⁵ Vgl. KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Vorbemerkungen zu §§ 4-31 N 29.

⁶⁶ BRKE II Nr. 0166/2008 vom 2. September 2008, E. 5.2.4 und E. 5.3.

⁶⁷ VGer ZH, Urteil VB.2008.000473 vom 18. Dezember 2008, Sv. III.

⁶⁸ VGer ZH, Urteil VB.2008.000473 vom 18. Dezember 2008, E. 2.2 und E. 3.

⁶⁹ Im Folgenden wird der Einfachheit halber jeweils nur von Erweiterungsbauten gesprochen. Damit ist immer auch die Behandlung der Bewilligungen für die Beleuchtung und den Fluchtwegsteg gemeint.

direktion am 25. März 2009, unterliess aber eine eigene Anordnung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes.⁷⁰

a) Rekurs an die Baurekurskommission

Die Hotel Uto Kulm AG rekurrierte gegen die Verfügungen der Baudirektion und der Bau- und Planungskommission Stallikon und beantragte die Aufhebung dieser Verfügungen. Sie verlangte eine nachträgliche Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG, eventualiter gemäss Art. 37a RPG. Die Baurekurskommission hiess den Rekurs teilweise gut, hob die baurechtliche Verweigerung der Aussenbeleuchtung und den Abbruchbefehl auf und wies die Baudirektion an, erneut über eine nachträgliche Bewilligung der Aussenbeleuchtung zu befinden.⁷¹

b) Beschwerde ans kantonale Verwaltungsgericht

Am 25. Januar 2010 erhob die Hotel Uto Kulm AG gegen diesen Entscheid Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und verlangte erneut eine nachträgliche Ausnahmegewilligung und eine forstrechtliche Bewilligung zur Unterschreitung des gesetzlichen Waldabstands. Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde mit Entscheid vom 15. April 2010 ab.⁷²

c) Beschwerde ans Bundesgericht

Am 29. Juni 2010 erhob die Hotel Uto Kulm AG Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht und beantragte den verwaltungsgerichtlichen Entscheid aufzuheben und für die bereits erstellten Bauten eine nachträgliche Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG sowie eine forstrechtliche Bewilligung zur Unterschreitung des gesetzlichen Waldabstandes zu erteilen.⁷³ Das Bundesgericht kam unter Berücksichtigung der im Folgenden dargestellten rechtlichen Problemstellungen zum Schluss, dass die Bewilligungen nicht erteilt werden können.⁷⁴

B. Ausnahmegewilligung (Art. 24 RPG)

Das Grundstück des Uto Kulm liegt, wie eingangs erwähnt, in der Landwirtschaftszone der Gemeinde Stallikon sowie im Perimeter des im Bundesinventar

⁷⁰ VGer ZH, Urteil VB.2010.00039 vom 15. April 2010, Sv. I.; BGer, Urteil 1C_328/2010 vom 7. März 2011, Sv. A.

⁷¹ BRKE II Nr. 0290-0291/2009 vom 8. Dezember 2009, Sv. B.

⁷² VGer ZH, Urteil VB.2010.00039 vom 15. April 2010, E. 5.

⁷³ BGer, Urteil 1C_328/2010 vom 7. März 2011, Sv. D.

⁷⁴ BGer, Urteil 1C_328/2010 vom 7. März 2011, E. 7.

der Landschaften und Naturdenkmäler (BLN) bezeichneten Objektes Nr. 1306 „Albiskette-Reppischtal“ und im Bereich eines im kantonalen Richtplan festgelegten Aussichtspunkts. Gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG müssen Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen. Bei den Erweiterungsbauten am Hotel-Restaurant Uto Kulm handelt es sich um nicht zonenkonforme Bauten in der Landwirtschaftszone. Ausnahmsweise kann für zonenwidrige Bauten ausserhalb der Bauzonen eine Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG erteilt werden, sofern der Zweck der Bauten einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Vorgängig ist allerdings zu prüfen, ob nicht eine allfällige Planungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 1 RPG besteht.

1. Planungspflicht

Grosse Bauvorhaben können nicht mit einer einfachen Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG bewilligt werden, sondern benötigen eine Lösung mit planerischen Mitteln.⁷⁵ Bei konkreten Vorhaben kann sich das Problem stellen, dass weder mit der ordentlichen Baubewilligung noch mit einer Ausnahmegewilligung angemessen reagiert werden kann.⁷⁶ Der Einzelfall bestimmt, ob ein konkretes Vorhaben der Planungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 1 RPG unterliegt. Das Bundesgericht entscheidet aufgrund des raumplanungsrechtlichen Stufenbaus, in welchen Fällen ein nicht zonenkonformes Vorhaben aufgrund seines Ausmasses und seiner Auswirkungen auf die Nutzungsordnung so gewichtig ist, dass es erst nach einer Änderung oder Schaffung eines Nutzungsplans bewilligt werden kann.⁷⁷ Dies ergibt sich aus der Planungspflicht gemäss Art. 2 RPG, den Planungsgrundsätzen und -zielen gemäss Art. 1 und 3 RPG, und dem kantonalen Richtplan. Vorhaben, die erhebliche Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt haben, können nicht mit einer Ausnahmegewilligung genehmigt werden, sondern erfordern eine Nutzungsplanänderung.⁷⁸ Da es sich vorliegend nur um Erweiterungsbauten zu einer bestehenden Baute handelt, wurde die Planungspflicht im Gerichtsverfahren nie behandelt. Eine allfällige Gestaltungsplanpflicht wird in Ziff. V in Zusammenhang mit dem neuen Gestaltungsplan Uto Kulm behandelt.

⁷⁵ HALLER/KARLEN, N 322; MUGGLI, RPG-Kommentar, Art. 24 N 31.

⁷⁶ KISSLING, S. 13.

⁷⁷ BGE 116 Ib 50 ff. (53), E. 3.1.

⁷⁸ MUGGLI, RPG-Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 24-24c und 37a N 12.

2. Standortgebundenheit

Die Standortgebundenheit im Sinne von Art. 24 lit. a RPG hat hohen Anforderungen zu genügen, um der Zersiedelung der Landschaft entgegenzuwirken.⁷⁹ Dies entspricht der im Ingress von Art. 3 Abs. 3 RPG geforderten Beschränkung des Siedlungsgebiets nach einer strikten Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet im Sinne des Trennungsgrundsatzes.⁸⁰ Die Standortgebundenheit drückt das verfassungsrechtliche Freihaltegebot im Nichtbaugebiet aus.⁸¹ Das Bundesgericht verlangt für die Annahme der Standortgebundenheit, dass die Baute entweder positiv oder negativ standortgebunden ist.⁸² Positive Standortgebundenheit heisst, dass eine Anlage aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen ist.⁸³ Von negativer Standortgebundenheit wird gesprochen, wenn eine Baute aus bestimmten Gründen in einer Bauzone ausgeschlossen ist, weil es andere Nutzungen negativ beeinträchtigen würde.⁸⁴ Dabei wird keine absolute Standortgebundenheit in dem Sinne verlangt, dass es sich um den einzig möglichen Standort handeln muss, sondern es genügt eine relative Standortgebundenheit.⁸⁵ Das Bundesgericht hat in BGE 136 II 214 festgehalten, dass Bergrestaurants grundsätzlich als standortgebunden anerkannt werden, wenn sie aus wirtschaftlichen Gründen auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen sind.⁸⁶ Für das Hotel-Restaurant Uto Kulm hat das Bundesgericht die Standortgebundenheit im Sinne von Art. 24 lit. a RPG mit der Begründung verneint, dass nicht nur ein Ausflugsrestaurant, sondern auch ein Seminarhotel betrieben werde und deshalb ein Betrieb in der Landwirtschaftszone nicht vorteilhafter sei als in einer Bauzone.⁸⁷ Im Gegensatz zu einem Bergrestaurant, das nur schwer erreichbar ist, sind auf dem Uto Kulm aufgrund der Stadtnähe keine Übernachtungsmöglichkeiten erforderlich.⁸⁸

Eine abgeleitete Standortgebundenheit für die Erweiterungsbauten von zonenwidrigen, aber standortgebundenen Anlagen kommt vorliegend nicht in Betracht, weil

⁷⁹ BGer, Urteil 1C_328/2010 vom 7. März 2011, E. 3.2.

⁸⁰ BANDLI, S. 11.

⁸¹ BANDLI, S. 40f.

⁸² HÄNNI, Baurecht, S. 220.

⁸³ HÄNNI/WALDMANN, Art. 24 N 10.

⁸⁴ Vgl. BGE 136 II 214 ff. (218), E. 2.1; HÄNNI, Baurecht, S. 220; GRIFFEL, in a nutshell, S. 106.

⁸⁵ BGer, Urteil 1C_328/2010 vom 7. März 2011, E. 3.2.

⁸⁶ BGE 136 II 214 ff. (218), E. 2.2.

⁸⁷ BGer, Urteil 1C_328/2010 vom 7. März 2011, E. 3.3.

⁸⁸ BGer, Urteil 1C_328/2010 vom 7. März 2011, E. 3.2.

das gesamte Hotel-Restaurant Uto Kulm vom Bundesgericht als nicht standortgebunden im Sinne von Art. 24 lit. a RPG qualifiziert wird.⁸⁹ Ist eine Anlage nicht standortgebunden im Sinne von Art. 24 lit. a RPG, so gilt dies auch für die Erweiterungsbauten an derselben Anlage.⁹⁰ Die kantonalen Behörden waren also berechtigt, die Standortgebundenheit der gesamten Baute zu überprüfen und die Ausnahmebewilligung für die Änderungsgesuche zu verweigern.

C. Besitzstandsgarantie

Die Besitzstandsgarantie unterscheidet sich vom Grundtatbestand der Ausnahmebewilligung gemäss Art. 24 RPG durch das Fehlen der Voraussetzung der Standortgebundenheit. Auch wenn die Bauten nicht standortgebunden im Sinne des Gesetzes sind, kommt eine Bewilligung in Betracht, wenn die Voraussetzungen der Besitzstandsgarantie gemäss Art. 24c RPG erfüllt sind.

1. Erweiterte Besitzstandsgarantie (Art. 24c RPG)

Gemäss Art. 24c RPG i.V.m. Art. 41 und 42 RPV können Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die ursprünglich rechtmässig erstellt worden waren und durch eine spätere Rechtsänderung zonenwidrig geworden sind, geschützt werden. Die erweiterte Besitzstandsgarantie geht über den reinen Bestandesschutz hinaus und erlaubt auch eine Erneuerung, teilweise Änderung oder massvolle Erweiterung der Bauten. Vorausgesetzt wird, dass die Identität der Bauten in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt (Art. 42 Abs. 1 RPV). Darüber hinaus muss gemäss Art. 24c Abs. 2 Satz 2 RPG auch eine umfassende Interessenabwägung zur Überprüfung der Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vorgenommen werden. Handelt es sich um gewerbliche Bauten und Anlagen, kommt der privilegierte Tatbestand von Art. 37a RPG in Betracht.

2. Besitzstandsgarantie für gewerbliche Bauten (Art. 37a RPG)

Art. 37a RPG kann für zonenwidrig gewordene gewerbliche Bauten und Anlagen noch weitergehende Zweckänderungen und Erweiterungen zulassen. Der Bundesrat regelt in Art. 43 RPV die Voraussetzungen für zonenwidrig gewordene gewerbliche Bauten, die vor dem 1. Januar 1980 erstellt und bewilligt wurden. Das Hotel-Restaurant Uto Kulm wurde schon vor dem 1. Januar 1980 betrieben und ist

⁸⁹ MUGGLI, RPG-Kommentar, Art. 24 N 13.

⁹⁰ BGer, Urteil 1C_328/2010 vom 7. März 2011, E. 3.4.

eine gewerblich genutzte Baute im Sinne von Art. 37a RPG.⁹¹ Art. 37a RPG privilegiert gewerblich genutzte Bauten gegenüber anderen Bauten ausserhalb der Bauzonen insofern, als er nicht nur eine teilweise sondern auch eine vollständige Zweckänderung zulässt.⁹² Die zonenwidrig genutzte Fläche darf aber nur in bestimmtem Umfang gemäss Art. 43 Abs. 2 und 3 RPV erweitert werden.

Die Baudirektion führte in ihrer Verfügung vom 13. März 2009 aus, dass das Hotel-Restaurant Uto Kulm schon in den Jahren 1986, 2000 und 2002 erweitert worden sei und damit das nach Art. 43 Abs. 2 RPV geltende gesetzlich vorgesehene Höchstmass bereits überschritten worden sei.⁹³ Die Baudirektion hatte in der Verfügung vom 1. Oktober 2001 angekündigt, dass mit der damals bewilligten Erweiterung zum Seminarhotel das zulässige Mass an Erweiterungen ausgeschöpft sei. Das Bundesgericht zog in diesem Zusammenhang in Erwägung, dass für die Bestimmung des zulässigen Höchstmasses von Erweiterungsbauten in analoger Anwendung von Art. 24c RPG i.V.m. Art. 42 Abs. 2 RPV alle seit der massgebenden Rechts- oder Planänderung vorgenommenen Um- und Erweiterungsbauten zu berücksichtigen seien.⁹⁴ Die neuen strittigen Erweiterungsbauten sind also an die früheren Erweiterungen anzurechnen, mindestens zurück bis zum Zeitpunkt der Rechtsänderung, das heisst bis zum Inkrafttreten des neuen Raumplanungsgesetzes am 1. Januar 1980. Das zulässige Mass der Erweiterung gemäss Art. 37a RPG i.V.m. Art. 43 RPV wurde mit den neusten Erweiterungsbauten überschritten. Das Bundesgericht kommt daher zum Schluss, dass die Verweigerung der nachträglichen Ausnahmegewilligung zu Recht erfolgt ist und infolgedessen auf eine Prüfung der forstrechtlichen Bewilligung zur Unterschreitung des gesetzlichen Waldabstandes verzichtet werden kann.⁹⁵

3. Einwand des neuen Richtplans

Die Einwendung der Bauherrschaft, der Richtplan sei teilweise revidiert worden, hat das Bundesgericht als Novum bezeichnet und deshalb nicht beachtet.⁹⁶ Gemäss Art. 105 Abs. 1 BGG stützt das Bundesgericht seinen Entscheid auf den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt. Damit sind neue Beweismittel und Tat-

⁹¹ BGer, Urteil 1C_328/2010 vom 7. März 2011, E. 4.3.

⁹² BGer, Urteil 1A.186/2004 vom 12. Mai 2005, E. 2.4.

⁹³ BGer, Urteil 1C_328/2010 vom 7. März 2011, E. 4.2; vgl. SCHNEIDER HEUSI, S. 906.

⁹⁴ BGer, Urteil 1C_328/2010 vom 7. März 2011, E. 4.3; GRIFFEL, Entwicklungen 2011, S. 468.

⁹⁵ BGer, Urteil 1C_328/2010 vom 7. März 2011, E. 4.4 und E. 5.

⁹⁶ BGer, Urteil 1C_328/2010 vom 7. März 2011, E. 6.

sachen grundsätzlich unzulässig. Es ist die Rechtslage massgebend wie sie zum Zeitpunkt bestand als der angefochtene Entscheid erging.⁹⁷

D. Fazit

Da für die Erweiterungen der Süd- und Rondoterrasse des Hotel-Restaurant Uto Kulm weder eine nachträgliche Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG noch eine erleichterte Ausnahmegewilligung aus der Besitzstandsgarantie gemäss Art. 37a RPG erteilt werden konnte, sind die Bauten rechtswidrig.

IV. Abbruch der Erweiterungsbauten

A. Formelle und materielle Rechtswidrigkeit

Eine Baute oder Anlage ist formell rechtswidrig, wenn sie bewilligungspflichtig ist, aber ohne Baubewilligung errichtet wurde.⁹⁸ Für solche formell rechtswidrigen Bauten ist nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen. Dabei wird geprüft, ob die Bauten dem materiellen Recht entsprechen und bewilligungsfähig sind. Die Erweiterungsbauten des Hotel-Restaurant Uto Kulm wurden ohne Baubewilligung erstellt und sind daher formell rechtswidrig. Auch im nachträglichen Baubewilligungsverfahren konnten die Bauten nicht bewilligt werden. Sie sind daher auch materiell rechtswidrig, weil sie die materiellen Bauvorschriften missachten. Formell und materiell rechtswidrige Bauten müssen sanktioniert werden.⁹⁹

B. Sachverhalt

Am 13. März 2009 verweigerte die Baudirektion die nachträgliche Bewilligung für die bereits erstellten Erweiterungsbauten der Süd- und Rondoterrasse. Die Hotel Uto Kulm AG hat diese Verfügung bis vor Bundesgericht angefochten. Dieses hat die Beschwerde abgewiesen und die Erweiterungsbauten als nicht bewilligungsfähig qualifiziert.¹⁰⁰ Damit ist die Verfügung der Baudirektion vom 13. März 2009 rechtskräftig geworden. Gestützt auf dieses Urteil hat die Bau- und Planungskommission Stallikon am 26. Mai 2011 einen Abbruchbefehl erlassen da sich ein weiteres Zuwarten mit Vollstreckungsmassnahmen nicht rechtfertige und

⁹⁷ RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1996.

⁹⁸ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 478.

⁹⁹ HALLER/KARLEN, N 863.

¹⁰⁰ BGer, Urteil 1C_328/2010 vom 7. März 2011, E. 7, vgl. oben, Ziff. III, D.

den öffentlichen Interessen nur mit einem Abbruch der Bauten Rechnung getragen werden könne.¹⁰¹

1. Rekurs ans Baurekursgericht

Gegen diesen Abbruchbefehl erhob die Hotel Uto Kulm AG am 21. Juni 2011 Rekurs beim Baurekursgericht des Kantons Zürich und beantragte die Aufhebung des Abbruchbefehls unter besonderer Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes.¹⁰² Das Baurekursgericht wies den Rekurs am 22. November 2011 ab und bestätigte den Abbruchbefehl.¹⁰³

2. Beschwerde ans kantonale Verwaltungsgericht

Der Hotel Uto Kulm AG stand innert 30 Tagen die Beschwerdemöglichkeit ans Verwaltungsgericht offen. Am 6. Januar 2012 hat die Hotel Uto Kulm AG beim Verwaltungsgericht fristgerecht Beschwerde gegen den Abbruchbefehl eingereicht. Diese Beschwerde ist derzeit beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hängig.

C. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes

1. Legalitätsprinzip

Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone, die ohne Bewilligung erstellt wurden und für die keine nachträgliche Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 ff. RPG erteilt werden kann, sind grundsätzlich abzubauen.¹⁰⁴ Die Erweiterungsbauten der Süd- und Rondoterrasse wurden ohne Baubewilligung erstellt und sind daher formell rechtswidrig. Weil die Bauten auch im nachträglichen Bewilligungsverfahren vom Bundesgericht nicht bewilligt werden konnten, sind sie auch materiell rechtswidrig. Gemäss § 341 PBG muss die zuständige Behörde im Sinne des Legalitätsprinzips bei formell und materiell rechtswidrigen Bauten den rechtmässigen Zustand wiederherstellen. Es steht ihr dabei grundsätzlich kein Ermessen zu, ob sie überhaupt tätig werden will.¹⁰⁵ Die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist zentral für die ordnungsgemässe Umsetzung

¹⁰¹ Medienmitteilung der Bau- und Planungskommission Stallikon vom 26. Mai 2011, S. 3.

¹⁰² BRGE II Nr. 0276/2011 vom 22. November 2011, Sv. B.

¹⁰³ BRGE II Nr. 0276/2011 vom 22. November 2011, E. 5.3.

¹⁰⁴ HÄNNI, Abbruch, S. 152.

¹⁰⁵ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 483; VGer ZH, Urteil VB.2000.00033 vom 13. April 2000, E. 2b; INFORUM Nr. 3/10, S. 10; BEELER, S. 65.

des Raumplanungsrechts.¹⁰⁶ Eine Duldung von rechtswidrigen Bauten auf unabsehbare Zeit widerspricht dem Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbau- gebiet. Die Bau- und Planungskommission hat deshalb gemäss § 341 PBG den Abbruchbefehl erlassen.¹⁰⁷ Die Behörde muss beim Vollzug des Abbruchbefehls allerdings den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten.¹⁰⁸ Die Anordnung des Abbruchs bereits erstellter Bauten kann denn auch nach den allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts ausgeschlossen sein. Dazu gehören insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie das Vertrauensschutzprinzip.¹⁰⁹

2. Verhältnismässigkeitsprinzip

a) Voraussetzungen

Das Verhältnismässigkeitsprinzip durchbricht das Legalitätsprinzip und verlangt auch bei formell und materiell rechtswidrigen Bauten eine Überprüfung des Abbruchbefehls auf Übereinstimmung mit der Verfassung. Da der Erlass eines Abbruchbefehls einen schweren Eingriff in die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV darstellt, muss er stets die allgemeinen Voraussetzungen einer Grundrechtseinschränkung gemäss Art. 36 BV erfüllen.

b) Gesetzliche Grundlage

Dazu ist zunächst eine genügende gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 36 Abs. 1 BV erforderlich.¹¹⁰ Dies stellt regelmässig kein besonderes Problem dar, weil die Befugnis der Behörden die Einhaltung der Bauvorschriften zu überwachen auch die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes umfasst.¹¹¹ § 341 PBG erfüllt die Voraussetzungen der gesetzlichen Grundlage.¹¹²

c) Öffentliche Interessen

Art. 36 Abs. 2 BV verlangt für die Einschränkung der Eigentumsgarantie zudem ein öffentliches Interesse. Dazu gehören die Grundsätze der Raumplanung gemäss Art. 1 und Art. 3 RPG. Diese fordern gemäss Art. 1 lit. a RPG die Landschaft zu schützen und Erholungsräume gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. d RPG zu erhalten. Bei

¹⁰⁶ BGE 136 II 359 ff. (363), E. 6.

¹⁰⁷ Medienmitteilung der Bau- und Planungskommission Stallikon vom 26. Mai 2011, S. 2.

¹⁰⁸ BRGE II Nr. 0276/2011 vom 22. November 2011, E. 5.1; BEELER, S. 76 ff.

¹⁰⁹ BGer, Urteil 1C_478/2011, E. 2.3.

¹¹⁰ RUCH, RPG-Kommentar, Einleitung N 35; BGE 111 Ib 213 ff. (224), E. 6.

¹¹¹ HÄNNI, Abbruch, S. 155.

¹¹² KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 30 N 52.

den vorliegenden Bauten handelt es sich um Bauten in einer Landwirtschaftszone ausserhalb der Bauzonen. Die rechtswidrigen Erweiterungsbauten verletzen damit das grundlegende Prinzip der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet. Darüber hinaus befindet sich das Grundstück des Uto Kulm in einem im Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler eingetragenen Schutzgebiet und soll gemäss Art. 6 NHG besonderen Schutz erhalten. Es besteht im vorliegenden Fall ein erhebliches öffentliches Interesse an der Schonung der geschützten Landschaft. Ausserdem besteht ein grundsätzliches öffentliches Interesse an der Durchsetzung des Raumplanungsrechts und der damit verbundenen Beseitigung von Baurechtswidrigkeiten.¹¹³

d) Verhältnismässigkeit i.e.S.

Gemäss Art. 36 Abs. 3 BV muss die Einschränkung des Eigentumsrechts überdies verhältnismässig sein. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist in Art. 5 Abs. 2 BV festgehalten und bildet eines der Grundprinzipien des Verwaltungsrechts. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz enthält drei kumulativ zu erfüllende Elemente. Die Massnahme muss geeignet, erforderlich und zweckmässig sein, um das im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen.¹¹⁴ Der Abbruch der Erweiterungsbauten ist geeignet, die öffentlichen Interessen am Naturschutz und der Durchsetzung des Raumplanungsrechts zu verwirklichen. Die Erforderlichkeit des Abbruchs ist insofern gegeben, als keine mildere Massnahme zum gleichen Ziel führen würde. Ausserdem richtet sich die Massnahme stets gegen den Störer. Als dritte allgemeine Voraussetzung der Verhältnismässigkeit muss die Massnahme zumutbar sein.¹¹⁵ Für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Verfügung muss eine Interessenabwägung der beeinträchtigten privaten und öffentlichen Interessen vorgenommen werden.¹¹⁶ Das Baurekursgericht zog in Erwägung, das private Interesse der Bauherrin sei insbesondere wirtschaftlicher Natur. Die Hotel Uto Kulm AG generiert offenbar mit den widerrechtlichen Bauten Mehreinnahmen, die zwei Drittel des Umsatzes ausmachen.¹¹⁷ Diesem privaten Interesse der Hotel Uto Kulm AG stehen im vorliegenden Fall die gewichtigen öffentlichen Interessen am Landschaftsschutz und die Grundsätze des Raumplanungsrechts, insbesondere der

¹¹³ RUOSS FIERZ, S. 149.

¹¹⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 586.

¹¹⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 21 N 16; GRIFFEL, Spannungsfeld, S. 186.

¹¹⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 26 N 34.

¹¹⁷ BRGE II Nr. 0276/2011 vom 22. November 2011, E. 5.2.

Trennungsgrundsatz, entgegen. Auch das Baurekursgericht kommt zum Schluss, dass die öffentlichen Interessen im vorliegenden Fall höher zu gewichten sind als die privaten Interessen. Somit seien der Eingriff ins Eigentum und der Abbruch verhältnismässig.¹¹⁸

3. Besonderheiten der Verhältnismässigkeit von Abbruchbefehlen

Nach ständiger Rechtsprechung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes gilt ein Abbruchbefehl ausserdem dann als unverhältnismässig, wenn die Abweichung von den baulichen Vorschriften gering ist und den Schaden, der dem Eigentümer durch den Abbruch entsteht, nicht rechtfertigen kann.¹¹⁹ Darüber hinaus, wenn die baurechtswidrige Baute aufgrund einer bevorstehenden Rechtsänderung mit grosser Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit materiell rechtmässig würde.¹²⁰

a) Mass der Abweichung von den Vorschriften

Die von der Hotel Uto Kulm AG ohne Bewilligung in der Landwirtschaftszone ausserhalb der Bauzonen errichteten Erweiterungsbauten verstossen gegen das Prinzip der Trennung von Bau- und Nichtbauzonen. Dies stellt immer eine grobe Verletzung der baurechtlichen Ordnung dar.¹²¹

b) Rechtmässigkeit durch bevorstehende Rechtsänderung

Entscheidend für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit des Abbruchbefehls ist, wann und mit welcher Wahrscheinlichkeit mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts gerechnet werden kann.¹²² Auf den Abbruch kann nur verzichtet werden, wenn die Rechtsänderung mit einiger Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft geschieht. Die Beurteilung dieser Wahrscheinlichkeit hängt von den konkreten Umständen ab.¹²³ Am 28. Juni 2010 stimmte der Kantonsrat einer Teilrevision des kantonalen Richtplans zu, welche vom Kanton einen Gestaltungsplan verlangt. Dieser Gestaltungsplan soll die öffentlichen Interessen an der Nutzung des Uto Kulm sichern, die zulässigen Bauten und Anlagen festlegen und die verkehrstechnisch notwendigen Regelungen treffen. Ausserdem erfordert der Gestaltungsplan

¹¹⁸ BRGE II Nr. 0276/2011 vom 22. November 2011, E. 5.2.

¹¹⁹ HÄNNI, Abbruch, S. 155; HALLER/KARLEN, N 873.

¹²⁰ BRGE II Nr. 0276/2011 vom 22. November 2011, E. 5.1; vgl. VGer ZH, Urteil VB.1995.00046 vom 6. Oktober 1995, E. 6.

¹²¹ KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 30 N 54; BGE 111 Ib 211 ff. (224), E. 6c.

¹²² BRGE II Nr. 0276/2011 vom 22. November 2011, E. 5.1.

¹²³ VGer ZH, Urteil VB.2008.00444 vom 18. Dezember 2008, E. 4.3.

ein Nutzungskonzept des Uto Kulm, das mit einem Nutzungsvertrag erstellt wird. Zum Zeitpunkt des Urteils des Baurekursgerichts am 22. November 2011 war das Ergebnis der laufenden Nutzungsplanung unsicher. Es eröffneten sich Uneinigkeiten in Bezug auf die Nutzung. Der Zürcher Heimatschutz stellte bereits eine Anfechtung des Gestaltungsplans in Aussicht.¹²⁴ Unter diesen Umständen nahm das Baurekursgericht an, dass in naher Zukunft nicht mit einer Rechtsänderung auf dem Uto Kulm gerechnet werden könne und der Abbruch der Erweiterungsbauten daher verhältnismässig sei.¹²⁵

4. Vertrauensschutz

Bei erheblichen Abweichungen von den materiellen Vorschriften können Vertrauensschutzgründe gegen einen Abbruch der Baute sprechen.

a) Bösgläubigkeit

Auf Vertrauensschutz kann sich nur berufen, wer eine Baute gutgläubig erstellt hat. Die Baudirektion hatte bereits in der Verfügung vom 1. Oktober 2001 darauf hingewiesen, dass mit den damals nachträglich erteilten Bewilligungen das zulässige Mass für Erweiterungen definitiv ausgeschöpft sei.¹²⁶ Die Hotel Uto Kulm AG wusste also, dass die danach erstellten Bauten nicht nachträglich bewilligt werden würden und handelte damit bösgläubig.

b) Duldung des rechtswidrigen Zustandes

Als bösgläubige Bauherrin kann sich die Hotel Uto Kulm AG nicht auf die Untätigkeit der Behörden berufen und aus dieser eine Duldung des rechtswidrigen Zustandes und ein schützenswertes Vertrauen ableiten.¹²⁷ Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wird auch dann beachtet, wenn die Bauherrschaft die widerrechtliche Baute bösgläubig erstellt hat.¹²⁸ Die Hotel Uto Kulm AG muss aber in Kauf nehmen, dass dem Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen

¹²⁴ NZZonline vom 21. September 2011, Streit um die Nutzung des Zürcher Üetlibergs, http://www.nzz.ch/nachrichten/zueroich/stadt_und_region/stadt_und_kanton_zuerich_streiten_si_ch_um_nutzung_des_ueetlibergs_1.12592100.html.

¹²⁵ BRGE II Nr. 0276/2011 vom 22. November 2011, E. 5.2.

¹²⁶ Verfügung der Baudirektion vom 1. Oktober 2001, S. 2.

¹²⁷ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 486; HALLER/KARLEN, N 877.

¹²⁸ BRGE II Nr. 0276/2011 vom 22. November 2011, E. 5.1.

Zustandes mehr Gewicht beigemessen wird und die privaten Nachteile nur in geringem Masse berücksichtigen werden.¹²⁹

5. Wiederherstellungsfrist

Die Hotel Uto Kulm AG bringt vor, die Frist für den Abbruch der Gebäudeteile sei zu kurz bemessen. Die Fristansetzung für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes soll einerseits dem Verpflichteten genügend Zeit einräumen selbst die nötigen Vorkehrungen zu treffen und andererseits auch dem öffentlichen Interesse an einer schnellen Durchsetzung des Rechts Rechnung tragen.¹³⁰ In der Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich gilt deshalb ein Regelmass von drei Monaten.¹³¹ Das Baurekursgericht kommt zum Schluss, dass eine Frist von sechs Monaten verhältnismässig ist, da die Hotel Uto Kulm AG nun seit geraumer Zeit mit der Möglichkeit des Abbruchs der illegalen Bauten rechnen musste und die Frist damit nicht zu beanstanden sei.¹³²

6. Ersatzvornahme

Das Baurekursgericht erkennt weiter, dass der Hotel Uto Kulm AG die Ersatzvornahme durch die Baubehörde anzudrohen ist, sofern sie den Rückbau nicht fristgerecht vornimmt.¹³³ Gemäss § 30 lit. b VRG kann die Anordnung einer Behörde zwangsweise durch Ersatzvornahme vollstreckt werden, sofern die Anordnung nicht mehr weitergezogen werden kann. Mit einer Ersatzvornahme lassen die Verwaltungsbehörden die vom Verpflichteten nicht vorgenommene Handlung durch einen Dritten auf Kosten des Pflichtigen vornehmen.¹³⁴ Die Leistungspflicht wird also umgewandelt in eine Pflicht zur Duldung der Ersatzvornahme und eine Pflicht zur Bezahlung der entstandenen Kosten.¹³⁵ Den Behörden steht in Bezug auf die Entscheidung zum Erlass einer Ersatzvornahme ein gewisses Ermessen zu. Dieses Entschliessungsermessen der Behörden wird allerdings durch die öffentlichen Interessen die den Abbruchbefehl rechtfertigen und verlangen eingeschränkt. Die Behörde soll im Vollstreckungsverfahren nicht erneut über die Zulässigkeit

¹²⁹ Vgl. WALKER SPÄH, S. 7; BGE 123 II 248, 255, E. 4a; VGer ZH, Urteil VB.2005.00484 vom 25. Januar 2006, E. 5.2.

¹³⁰ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 487.

¹³¹ VGer ZH, Urteil VB.2004.00416 vom 23. Dezember 2004, E. 4.1.

¹³² BRGE II Nr. 0276/2011 vom 22. November 2011, E. 5.3.

¹³³ BRGE II Nr. 0276/2011 vom 22. November 2011, E. 5.4.

¹³⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1154; HALLER/KARLEN, N 839.

¹³⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1155.

des Abbruchbefehls befinden können, denn aus dem Legalitätsprinzip ergibt sich eine Pflicht zur Vollstreckung.¹³⁶ Auch das Gebot der Rechtsgleichheit gebietet es, die Ersatzvornahme durchzusetzen. Ansonsten wäre derjenige, der den Befehl freiwillig befolgt, schlechter gestellt als derjenige, der sich beharrlich wehrt.

Im vorliegenden Fall musste der Hotel Uto Kulm AG von der Bau- und Planungskommission Stallikon die Ersatzvornahme angedroht werden. Sobald das Rechtsmittelverfahren abgeschlossen sein wird und sofern die Baute als rechtswidrig qualifiziert bleibt, wird die Baute durch die Bauherrschaft selbst oder wenn nötig mittels Ersatzvornahme abubrechen sein.

D. Aktueller Stand des Verfahrens

Das Baurekursgericht kommt nach einer umfassenden Prüfung der Verhältnismässigkeit zum Schluss, dass der Abbruchbefehl verhältnismässig und der Rekurs somit abzuweisen ist.¹³⁷ Die dagegen erhobene Beschwerde ans Verwaltungsgericht ist derzeit hängig. Bevor eine Prognose über das Urteil des Verwaltungsgerichts gewagt werden kann, muss im Folgenden zuerst das laufende Planungsverfahren zum Erlass eines überkommunalen Gestaltungsplans für das Gebiet des Uto Kulm dargestellt werden.

V. Bevorstehende Umzonung des Uto Kulm

A. Überblick

Das Gebiet des Uto Kulm liegt in der Landwirtschaftszone der Gemeinde Stallikon und steht im Privateigentum des Hoteliers Giusep Fry. Die Öffentlichkeit hatte bisher lediglich einen Anspruch auf Zugänglichkeit aufgrund eines Eintrags des Wanderweges im regionalen Richtplan sowie des Eintrags als Aussichtspunkt im kantonalen Richtplan.¹³⁸ Nun hat der Kantonsrat den kantonalen Richtplan ergänzt und die Voraussetzungen für einen Gestaltungsplan geschaffen. Mit diesem neuen Gestaltungsplan sollen alle Interessen berücksichtigt und sowohl die zulässigen Bauten für den Grundeigentümer als auch die Nutzung des Uto Kulm durch die Öffentlichkeit geregelt werden.¹³⁹

¹³⁶ RUOSS FIERZ, S. 182.

¹³⁷ BRGE II Nr. 0276/2011 vom 22. November 2011, E. 5.3.

¹³⁸ Kanton Zürich, kantonaler Richtplan vom 28. Juni 2010, Richtplantext, Ziff. 3.4.3.

¹³⁹ Kantonaler Gestaltungsplan Uto Kulm, Vorschriften, Art. 1.

B. Teilrevision des kantonalen Richtplans

1. Verfahren zur Richtplanänderung

a) Festsetzung

Bei einer bevorstehenden Richtplanänderung werden gemäss § 7 Abs. 1 PBG die betroffenen Gemeinwesen angehört. Im vorliegenden Verfahren wurden die angrenzenden Gemeinden Stallikon, Uitikon und die Stadt Zürich miteinbezogen. § 7 Abs. 2 PBG verlangt zudem eine öffentliche Auflage der Planentwürfe. Trotz dieser Vorschrift kann aber erst die definitive Planfestsetzung angefochten werden.

b) Öffentliche Auflage

Die Baudirektion legte den Richtplanentwurf während 60 Tagen öffentlich auf. In dieser Zeit war jedermann berechtigt, sich gemäss Art. 4 RPG zum Planentwurf zu äussern. Am 25. März 2009 folgte der Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat mit dem Erläuterungsbericht zu den Einwendungen. Die Kommission für Planung und Bau unterbreitete dem Kantonsrat am 9. März 2010 den Antrag zur Ergänzung des Richtplans. Am 28. Juni 2010 wurde der kantonale Richtplan im Kantonsrat debattiert und durch diesen festgesetzt (§ 32 Abs. 1 PBG).

c) Genehmigung

Die kantonalen Richtpläne unterliegen gemäss Art. 11 Abs. 1 RPG der Genehmigung durch den Bundesrat. Die Genehmigung soll sicherstellen, dass die Richtpläne dem Raumplanungsrecht des Bundes und dessen Grundsätzen entsprechen.¹⁴⁰ Am 12. Januar 2011 beschloss der Bundesrat gestützt auf den Prüfungsbericht¹⁴¹ des Bundesamtes für Raumentwicklung die Teilrevision des Richtplans des Kantons Zürich zu genehmigen.¹⁴²

¹⁴⁰ HÄNNI, Baurecht, S. 139.

¹⁴¹ Vgl. Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Prüfungsbericht zuhanden des Eidg. Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) vom 10. Dezember 2010 (www.are.zh.ch → Raumplanung → Abgeschlossene Verfahren → Teilrevision vom 28.06.2010 – Uto Kulm → Genehmigung durch den Bundesrat → Prüfungsbericht des Bundesamtes für Raumentwicklung).

¹⁴² Bundesratsbeschluss vom 12. Januar 2011 (www.are.zh.ch → Raumplanung → Abgeschlossene Verfahren → Teilrevision vom 28.06.2010 – Uto Kulm → Genehmigung durch den Bundesrat → Bundesratsbeschluss vom 12. Januar 2011).

d) Anfechtung

Der Richtplan ist gemäss Art. 9 Abs. 1 RPG und § 19 Abs. 1 PBG behördenverbindlich. Private sind nicht unmittelbar betroffen und deshalb auch nicht zur direkten Anfechtung legitimiert.¹⁴³ Eine allfällige Anfechtung durch Private kann im akzessorischen Verfahren im Rahmen der Nutzungsplanung nach dem Erlass des Gestaltungsplans erfolgen (vgl. Ziff. V).¹⁴⁴

2. Inhaltliche Ergänzungen

Im Kapitel 3.4 über die Erholungsgebiete und Aussichtspunkte des kantonalen Richtplans sind die Karteneinträge ergänzt und der Uto Kulm, insbesondere das Ausflugsrestaurant mit Aussichtspunkt (Turm, Sporn, Känzeli), neu als Erholungsgebiet von kantonalen Bedeutung bezeichnet worden. Ausserdem wurden die Massnahmen zur Umsetzung ergänzt und der Kanton aufgefordert einen kantonalen Gestaltungsplan festzusetzen. Dieser soll die öffentlichen Interessen an der Nutzung des Aussenraumes, darunter den Wanderweg, das Ausflugsrestaurant, den Aussichtspunkt, die Erhaltung des Lebensraumes von Tier- und Pflanzenwelt, das Waldpflegekonzept und die Einhaltung der Schutzziele des BLN-Gebiets sichern. Im Weiteren setzt er die zulässigen Bauten und Anlagen und deren Nutzung fest und trifft die notwendigen verkehrstechnischen Regelungen.¹⁴⁵

3. Erholungsgebiet

Obwohl sich das Gebiet des Uto Kulm in der Landwirtschaftszone befindet, kann durch die Ausscheidung von Erholungsgebieten in der Richtplanung beziehungsweise durch die Festsetzung von Erholungszonen oder Gestaltungsplänen in der Nutzungsplanung das Landwirtschaftsgebiet durchstossen werden.¹⁴⁶ Sowohl das RPG als auch das PBG messen der Erholung der Bevölkerung grosses Gewicht bei und erlauben deshalb in Art. 3 Abs. 2 RPG bzw. § 18 Abs. 2 PBG die Schaffung von Erholungsgebieten in der Landwirtschaftszone. Gemäss § 23 lit. c PBG werden im Richtplan diejenigen Gebiete als Erholungsgebiete bezeichnet, bei denen der Erholungszweck gegenüber anderen Nutzungen überwiegt. Der kantonale Richtplan bestimmt, welche Kriterien für die Ausscheidung von Erholungsgebiete-

¹⁴³ WALDMANN/HÄNNI, Art. 9 N 10.

¹⁴⁴ GRIFFEL, in a nutshell, S. 196.

¹⁴⁵ Kanton Zürich, kantonaler Richtplan vom 28. Juni 2010, Richtplantext, Ziff. 3.4.2.2.

¹⁴⁶ Kanton Zürich, kantonaler Richtplan vom 28. Juni 2010, Richtplantext, Ziff. 3.2.3 lit. c.

ten massgebend sind. Darunter fallen die Erholungseignung, das Nachfragepotenzial, die Erschliessung und die kantonale Bedeutung des Gebiets.¹⁴⁷ Im Bereich des Uto Kulm handelt es sich um einen durch die Bevölkerung intensiv genutzten Erholungsraum, der insbesondere als Ziel- und Ausgangspunkt für Wanderungen genutzt wird. Die Aufnahme des Üetlibergs als Erholungsgebiet von kantonaler Bedeutung entspricht dem öffentlichen Bedürfnis. Damit ist die Zuweisung des Uto Kulm zur Erholungszone gerechtfertigt.

4. Erholungszone

Die Erholungszone gehört zu den weiteren Nutzungszonen gemäss Art. 18 Abs. 1 RPG, die durch das kantonale Recht festgelegt werden können.¹⁴⁸ Sie dient insbesondere dazu, Bauten zu Erholungszwecken im Nichtbaugebiet zuzulassen. Das Zürcherische Recht erlaubt für die Erholungszonen eine Einrichtung von Spezialzonen sowohl innerhalb als auch ausserhalb des Siedlungsgebiets, sofern ein Erholungsgebiet im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. b RPG und § 23 Abs. 1 lit c. PBG festgelegt wurde.¹⁴⁹ Gemäss § 61 Abs. 1 PBG können auf kommunaler Ebene Bereiche für die Erstellung von Bauten und Anlagen ausgeschieden werden, die der Erholung dienen und im Richtplan vorgesehen sind.¹⁵⁰ Die Erholungszone unterscheidet sich von der Freihaltezone nur insofern, als die Gemeinden weitergehende bauliche Nutzungen zulassen.¹⁵¹ § 62 Abs. 2 PBG bestimmt, dass in der Erholungszone nur Bauten und Anlagen zugelassen sind, die den Vorgaben der Richtplanung entsprechen. Die Bewilligung nicht zonenkonformer Bauten und Anlagen richtet sich auch in den Erholungszonen grundsätzlich nach Art. 24 ff. RPG, da sie keine Bauzone gemäss Art. 15 RPG darstellen.¹⁵² Eine Ausnahme dieses Grundsatzes bildet jedoch der Erlass eines Gestaltungsplans, der die Bauten konkret regelt. Gestaltungspläne können auch in der Nichtbauzone, also in der Landwirtschaftszone, festgesetzt werden und diese damit einer strengeren Ordnung unterwerfen.¹⁵³ In diesem Fall muss nach Rechtskraft des Gestaltungsplans

¹⁴⁷ Kanton Zürich, kantonaler Richtplan vom 28. Juni 2010, Richtplantext, Ziff. 3.4.2.1.

¹⁴⁸ HALLER/KARLEN, N 294.

¹⁴⁹ BGE 118 Ib 503 ff. (506), E. 5b.

¹⁵⁰ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 133.

¹⁵¹ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 1165.

¹⁵² FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 1265; BGE 118 Ib 503 ff. (505), E. 5.

¹⁵³ HALLER/KARLEN, N 320.

nur noch eine Bewilligung gemäss Art. 22 RPG eingeholt werden, bei der die Bauten auf ihre Konformität mit dem Gestaltungsplan überprüft werden.¹⁵⁴

5. Gestaltungsplanpflicht

Stehen wesentliche öffentliche Interessen wie etwa der Landschaftsschutz auf dem Spiel, kann gemäss § 48 Abs. 3 PBG für bestimmte Zonen eine Gestaltungsplanpflicht festgesetzt werden.¹⁵⁵ Im vorliegenden Fall verlangt der Kanton Zürich im kantonalen Richtplan ausdrücklich, dass für das Gebiet des Uto Kulm ein kantonaler Gestaltungsplan ausgearbeitet wird.¹⁵⁶

C. Erlass des überkommunalen Gestaltungsplans

1. Rechtsnatur des Gestaltungsplans

Der Gestaltungsplan stellt einen Teil der Sondernutzungsplanung dar und bezweckt, die im Richtplan enthaltenen Ziele zu erreichen.¹⁵⁷ Ein überkommunaler Gestaltungsplan wird im Rahmen der kantonalen Nutzungsplanung erlassen und regelt die Bauten in einem bestimmten Gebiet. Dafür tritt er an die Stelle der geltenden Bau- und Zonenordnung.¹⁵⁸ Sowohl der Grundeigentümer als auch die Behörden sind gemäss Art. 21 Abs. 1 RPG an die Festlegungen des Gestaltungsplans gebunden. Aus dieser Verbindlichkeit folgt, dass eine Baubewilligung gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. a PBG nur erteilt werden darf, wenn die Bauten dem Gestaltungsplan entsprechen. Der Gestaltungsplan soll die optimale Überbauung eines Gebiets ermöglichen, die sich in die städtebaulichen und architektonischen Vorschriften einfügt und die landschaftlichen Gegebenheiten berücksichtigt.¹⁵⁹ Der Richtplan gibt dafür die öffentlichen Interessen vor, denen mit dem Gestaltungsplan Rechnung getragen werden muss.¹⁶⁰ Für das Gebiet des Üetlibergs wurde der Richtplan angepasst und das Grundstück des Uto Kulm als Erholungsgebiet bezeichnet und in eine Erholungszone verlegt. Diese muss durch den kantonalen Gestaltungsplan konkretisiert werden.

¹⁵⁴ HÄNNI, Baurecht, S. 242.

¹⁵⁵ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 137.

¹⁵⁶ Kanton Zürich, kantonaler Richtplan vom 28. Juni 2010, Richtplantext, Ziff. 3.4.2.1.

¹⁵⁷ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 117.

¹⁵⁸ ESCHMANN, S. 49.

¹⁵⁹ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 142.

¹⁶⁰ HALLER/KARLEN, N 319; FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 147.

2. Verfahren des Planerlasses

a) Festsetzung

Die Festsetzung eines überkommunalen Gestaltungsplans ist gemäss § 84 Abs. 2 PBG möglich. Die Gemeinden Stallikon und Uitikon, die Stadt Zürich sowie die Regionen Knonaueramt und Limmattal wurden im März 2007 gemäss § 7 Abs. 1 PBG rechtzeitig angehört. Der überkommunale Gestaltungsplan wird gemäss § 2 lit. b PBG durch die Baudirektion unter Miteinbezug der betroffenen Gemeinden festgesetzt. Die Baudirektion erliess die Festsetzungsverfügung am 6. Februar 2012. Anschliessend folgte die öffentliche Auflage des kantonalen Gestaltungsplans (§ 7 Abs. 2 PBG). Die Einwendungen gegen den Gestaltungsplan wurden behandelt und dazu ein Bericht erstellt. Die Einwendungen wurden teilweise berücksichtigt und der Gestaltungsplan bereinigt.

b) Öffentliche Auflage

Der Gestaltungsplan muss gemäss Art. 33 Abs. 1 RPG öffentlich aufgelegt werden, um die Publizität der Pläne sicherzustellen und die Mitwirkung der Bevölkerung gemäss Art. 4 RPG zu gewährleisten. Am 2. März 2012 erfolgte die öffentliche Bekanntmachung des Gestaltungsplans, der nun bei der Baudirektion während 30 Tagen öffentlich aufgelegt ist. Jedermann ist zur Einsichtnahme berechtigt. Während dieser Frist ist gegen die Festsetzungsverfügung ein Rekurs beim Regierungsrat des Kantons Zürich möglich.

c) Anfechtung des Gestaltungsplans

Nutzungspläne können von Privaten und direkt Betroffenen gemäss Art. 33 Abs. 2 RPG i.V.m. § 338a Abs. 1 PBG direkt angefochten werden. § 338a Abs. 2 PBG legitimiert ausserdem gesamtkantonal tätige Vereine zur Anfechtung von überkommunalen Gestaltungsplänen ausserhalb der Bauzone.¹⁶¹ Die ideelle Verbandsbeschwerde steht Vereinen zu, die sich seit mindestens zehn Jahren im Kanton statutengemäss dem Natur- und Heimatschutz widmen. Gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich hängt die Beschwerdelegitimation der Natur- und Heimatschutzverbände in der Regel auch davon ab, ob sich das betreffende Objekt in einem Inventar gemäss § 203 Abs. 2 PBG befindet.¹⁶² Da der Uto Kulm als Aussichtspunkt im kantonalen Richtplan eingetragen ist und

¹⁶¹ JAAG, N 4455.

¹⁶² Vgl. zum Ganzen VGer ZH, Urteil VB.2009.00424 vom 10. Februar 2010.

damit zu den Schutzobjekten gehört, ist der Zürcher Heimatschutz zum Rekurs berechtigt. Einen solchen hat er auch bereits angekündigt.¹⁶³ Ausserdem sind gemäss Art. 12 Abs. 1 NHG auch gesamtschweizerische Organisationen zur Anfechtung berechtigt.

Art. 33 Abs. 2 RPG verlangt ausserdem mindestens ein Rechtsmittel gegen Nutzungspläne.¹⁶⁴ Die Beschwerdebehörde muss gemäss Art. 33 Abs. 3 lit. b RPG eine übergeordnete Instanz sein, die von der Baudirektion als planfestsetzende Behörde unabhängig ist.¹⁶⁵ Das Bundesgericht bestätigte diese Unabhängigkeit für den Regierungsrat des Kantons Zürich in Bezug auf die Beurteilung des von der kantonalen Baudirektion aufgestellten Nutzungsplans.¹⁶⁶ Gegen den von der Baudirektion gemäss § 2 lit. b PBG festgesetzten kantonalen Gestaltungsplan besteht demnach bis zum 2. April 2012 die Möglichkeit des Rekurses an den Regierungsrat. Anschliessend kann der Rekursentscheid gemäss § 41 VRG ans Verwaltungsgericht des Kantons Zürich weitergezogen werden. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht ist gemäss Art. 83 lit. a und lit. b BGG ebenfalls möglich.

3. Inhalt des Gestaltungsplans

Der Gestaltungsplan setzt sich gemäss Art. 2 der allgemeinen Vorschriften des Gestaltungsplans aus den Vorschriften und einem Situationsplan zusammen. Ergänzt wird er durch einen Erläuterungsbericht gemäss Art. 47 RPV, den Bericht zu den Einwendungen und den Nutzungsvertrag vom 21. November 2011. Der Gestaltungsplan regelt die öffentlichen Nutzungen, die gastgewerblichen Nutzungen, die Gestaltung der Bauten und des Aussenraumes sowie die Erschliessung.¹⁶⁷ Für die Öffentlichkeit wird ein Wegrecht eingeräumt und die Nutzung des bestehenden Aussichtsturmes ganzjährig und kostenlos gewährleistet.¹⁶⁸ Ausserdem muss die bestehende öffentliche WC-Anlage ganzjährig kostenlos benutzt werden können.¹⁶⁹ Im bezeichneten Gebiet kann erneut ein Kiosk erstellt und betrieben werden.¹⁷⁰

¹⁶³ NZZ vom 4.2.2012, Einigung über Nutzung des Üetliberg-Gipfels, S. 22.

¹⁶⁴ AEMISEGGER/HAAG, RPG-Kommentar, Art. 33 N 35.

¹⁶⁵ HÄNNI, Baurecht, S. 528.

¹⁶⁶ BGE 114 Ia 233 ff. (235), E. 2b.

¹⁶⁷ Art. 1 des kantonalen Gestaltungsplans Uto Kulm.

¹⁶⁸ Art. 5 und 7 des kantonalen Gestaltungsplans Uto Kulm.

¹⁶⁹ Art. 8 des kantonalen Gestaltungsplans Uto Kulm.

¹⁷⁰ Art. 9 des kantonalen Gestaltungsplans Uto Kulm.

Entscheidend für die Beurteilung der bisher illegalen und unbewilligten Bauten auf dem Uto Kulm ist die Umsetzungsvorschrift von Art. 21 Abs. 3 des Gestaltungsplans. Demnach müssen für die noch nicht bewilligten Bauten gestützt auf den Gestaltungsplan Baugesuche eingereicht werden.¹⁷¹ Der Erläuterungsbericht zum Gestaltungsplan konkretisiert die Vorschrift dahingehend, dass die Baugesuche innert drei Monaten ab Inkrafttreten des Gestaltungsplans eingereicht oder die Bauten beseitigt werden müssen. Diese Vorschrift stellt sicher, dass die bisher illegal erstellten Bauten gestützt auf den neuen Gestaltungsplan mit einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren legalisiert werden könnten. Eine nachträgliche pauschale Legalisierung aller Bauten auf dem Uto Kulm ist im Hinblick auf das Rechtsgleichheitsgebot und die raumplanerischen Grundsätze problematisch.¹⁷²

4. Inhalt des Nutzungsvertrags

Ergänzend zum kantonalen Gestaltungsplan haben die Betroffenen einen Nutzungsvertrag abgeschlossen, der die Vorgaben des Gestaltungsplans konkretisiert. Die Hotel Uto Kulm AG als Grundeigentümerin und die beteiligten Behörden, die Baudirektion des Kantons Zürich, die Stadt Zürich und die Gemeinde Stallikon unterzeichneten den Vertrag am 21. November 2011.

Gemäss Art. 1 des Nutzungsvertrages werden die öffentlichen und betrieblichen Nutzungen, die Gestaltung, die Erschliessung und die Kostentragung sowie die problematische Verkehrssituation geregelt.¹⁷³ Gemäss Art. 3 des Nutzungsvertrages räumt die Grundeigentümerin dem Kanton Zürich zugunsten der Öffentlichkeit ein kostenloses Wegrecht sowie ein ganzjähriges Benutzungsrecht für den Aussichtsturm ein. Im Weiteren werden die betrieblichen Nutzungen in Art. 6 des Nutzungsvertrages geregelt. Demnach muss die Hotel Uto Kulm AG einen Kiosk erstellen und betreiben, der in seinem Angebot den Bedürfnissen von Wanderern entspricht. In Art. 7 des Nutzungsvertrages wird die Umgebungsgestaltung geregelt und Art. 8 des Vertrages verweist für die Beleuchtung auf ein separat erstelltes Beleuchtungskonzept. Im Weiteren wird die Erschliessung geregelt. Art. 18 des Vertrages regelt schliesslich das Verhältnis von Gestaltungsplan und Nut-

¹⁷¹ Art. 21 des kantonalen Gestaltungsplans Uto Kulm.

¹⁷² HALLER/KARLEN, N 876.

¹⁷³ NZZ vom 4.2.2012, Einigung über Nutzung des Üetliberg-Gipfels, S. 22.

zungsvertrag und bestimmt, dass der Gestaltungsplan dem Nutzungsvertrag vorgeht.

5. Genehmigungsverfahren

a) Koordination mit dem Rechtsmittelverfahren

Das Bundesrecht schreibt eine zweifache Überprüfungsmöglichkeit von Nutzungsplänen vor. Einerseits die Genehmigung durch die Baudirektion oder den Regierungsrat gemäss Art. 26 RPG i.V.m. § 89 PGB und andererseits die Möglichkeit der Rechtsmittelergreifung gemäss Art. 33 RPG. Das Zürcher Recht verlangt gemäss § 329 Abs. 4 PBG eine Koordination von Genehmigungs- und Rechtsmittelverfahren, bevor das Verwaltungsgericht über Beschwerden entscheidet. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat eine eigene Praxis entwickelt und entschieden, dass das Baurekursgericht die Baudirektion bereits vor der Behandlung von Rekursen veranlasst den Genehmigungsentscheid zu fällen. Die Baudirektion soll nicht bis zur Behandlung durch das Verwaltungsgericht zuwarten wie dies in § 329 Abs. 4 PBG ursprünglich vorgesehen war.¹⁷⁴ Jedenfalls muss im Sinne des bundesrechtlichen Koordinationsgrundsatzes von Art. 25a RPG eine Abstimmung des Rechtsmittelentscheides und des Genehmigungsentscheides noch im kantonalen Rechtsmittelverfahren vorgenommen werden.¹⁷⁵ Für ein allfälliges bundesgerichtliches Verfahren wird vorausgesetzt, dass die Koordination auf kantonaler Ebene ergangen ist.¹⁷⁶

b) Grundsatz der Genehmigungspflicht

Gemäss Art. 26 Abs. 1 RPG muss grundsätzlich jeder Nutzungsplan durch eine kantonale Behörde genehmigt werden.¹⁷⁷ Über die Genehmigung von Gestaltungsplänen entscheidet gemäss § 89 i.V.m. § 2 lit. b PBG die Baudirektion. Ziel der Genehmigung ist die Sicherstellung der Übereinstimmung der Nutzungspläne mit den übergeordneten, vom Bundesrat genehmigten Richtplänen.¹⁷⁸ Die Genehmigung ist ein Mittel zur Aufsicht über die Verwirklichung des planerischen

¹⁷⁴ GRIFFEL, in a nutshell, S. 199; vgl. VB.98.00347 und VB.98.00353 vom 11. Februar 1999.

¹⁷⁵ WALDMANN/HÄNNI, Art. 25a N 75.

¹⁷⁶ BGE 135 II 22 ff. (24), E. 1.2.3.

¹⁷⁷ WALDMANN/HÄNNI, Art. 26 N 4; RUCH, RPG-Kommentar, Art. 26 N 7; FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 120.

¹⁷⁸ WALDMANN/HÄNNI, Art. 26 N 2.

Stufenbaus.¹⁷⁹ Ausdrücklich von dieser Genehmigungspflicht ausgenommen sind nur Gestaltungspläne, die vom kantonalen Gesetzgeber erlassen wurden.¹⁸⁰

c) Implizite Genehmigung

Da der Gestaltungsplan Uto Kulm durch die Baudirektion selbst festgesetzt wurde und die Genehmigung primär eine Überprüfung der kommunalen Nutzungspläne auf ihre Übereinstimmung mit dem kantonalen Richtplan bezweckt, macht eine Genehmigung durch dieselbe Behörde keinen Sinn. Zudem widerspricht sie der Funktion von Art. 26 RPG als Aufsichtsmittel.¹⁸¹ Eine Genehmigung könnte in diesem Fall gestützt auf § 89 PGB e contrario als implizit im Festsetzungsverfahren vorgenommen betrachtet werden. Der Gestaltungsplan Uto Kulm selbst sieht die Rechtskraft in Art. 22 des Gestaltungsplanes mit Publikation des Festsetzungsbeschlusses vor. Der Erläuterungsbericht gemäss Art. 47 RPV konkretisiert diese Vorschrift und legt fest, dass der Gestaltungsplan von der Rechtskraft des Festsetzungsbeschlusses abhängt. Es ist also vorgängig das Rechtsmittelverfahren durchzuführen. Daraus folgt, dass die Baudirektion von einer impliziten Genehmigung des Gestaltungsplans ausgeht.¹⁸² Diese implizite Genehmigung im Festsetzungsverfahren ist meines Erachtens als Verstoß gegen Art. 26 RPG und damit als bundesrechtswidrig zu qualifizieren. Es muss die Genehmigung durch eine übergeordnete kantonale Behörde verlangt werden. Als Genehmigungsinstanz kommt der Regierungsrat gemäss § 2 lit. a PBG in Frage, der auch für die Genehmigung der nicht vorbehaltlos zu genehmigenden Nutzungspläne zuständig ist.

d) Genehmigungsvoraussetzungen

Art. 26 Abs. 2 RPG verlangt im Rahmen der Genehmigung des Gestaltungsplans eine Überprüfung auf seine Übereinstimmung mit dem vom Bundesrat genehmigten kantonalen Richtplan und stillschweigend auch auf seine Bundesrechtmässigkeit.¹⁸³ Diese Forderung entspricht dem Prinzip der Planhierarchie i.S.v. Art. 6 und Art. 9 Abs. 1 RPG.¹⁸⁴ Das zürcherische Recht geht über die bundesrechtlichen Mindestanforderungen von Art. 26 Abs. 2 RPG hinaus und verlangt in § 5 Abs. 1 PBG zusätzlich eine Prüfung des Gestaltungsplans auf seine Rechtmässigkeit.

¹⁷⁹ WALDMANN/HÄNNI, Art. 26 N 2.

¹⁸⁰ WALDMANN/HÄNNI, Art. 26 N 4.

¹⁸¹ RUCH, RPG-Kommentar, Art. 26 N 10; WALDMANN/HÄNNI, Art. 26 N 2.

¹⁸² Dies entspricht auch der telefonischen Auskunft durch die Baudirektion, Frau Zimmerhakl, am 8. März 2012.

¹⁸³ WALDMANN/HÄNNI, Art. 26 N 14.

¹⁸⁴ HALLER/KARLEN, N 424.

keit, Zweckmässigkeit und Angemessenheit.¹⁸⁵ Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind wird sich sogleich bei der Prüfung der Rechtmässigkeit des Gestaltungsplans zeigen.

e) Wirkung der Genehmigung

Gemäss Art. 26 Abs. 3 RPG und § 5 Abs. 2 PBG wirkt die Genehmigung konstitutiv.¹⁸⁶ Der Gestaltungsplan wird – sofern er genehmigungspflichtig ist – erst mit der Genehmigung verbindlich.¹⁸⁷ Nach dem Prinzip des Verbots der positiven Vorwirkung kann der Gestaltungsplan vorher nicht angewendet werden.¹⁸⁸ Auf die positive und eine allfällige negative Vorwirkung wird in Ziff. VI bei der Prognose für das verwaltungsgerichtliche Verfahren eingegangen.

f) Fazit

Aufgrund des Grundsatzes der Genehmigungspflicht gemäss Art. 26 RPG muss auch der kantonale Gestaltungsplan Uto Kulm durch eine übergeordnete Behörde genehmigt werden.

D. Rechtmässigkeit des Gestaltungsplans

Der Regierungsrat muss im Genehmigungsverfahren gemäss Art. 26 RPG die Rechtmässigkeit des Gestaltungsplans überprüfen. Zunächst erfolgt akzessorisch die Prüfung der Rechtmässigkeit des Richtplanes (Ziff. 1) und anschliessend die Vereinbarkeit des Gestaltungsplans mit dem Richtplan (Ziff. 2). Im Weiteren beinhaltet die Rechtmässigkeitsprüfung die Übereinstimmung mit dem Bundesrecht.¹⁸⁹ Dazu gehören die Vorschriften des Umweltrechts, insbesondere die Beachtung des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler (Ziff. 3), die Planungsgrundsätze gemäss Art. 1 und 3 RPG (Ziff. 4) und die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV (Ziff. 5). Ausserdem sind bei der Planung die Leitlinien des Kantons zu beachten (Ziff. 6). § 5 Abs. 1 PBG verlangt zusätzlich eine Prüfung der Zweckmässigkeit und Angemessenheit des Gestaltungsplanes (Ziff. 7).¹⁹⁰

¹⁸⁵ WALDMANN/HÄNNI, Art. 26 N 15.

¹⁸⁶ RUCH, RPG-Kommentar, Art. 26 N 33; WALDMANN/HÄNNI, Art. 26 N 17; THOMMEN, S. 48.

¹⁸⁷ WALDMANN/HÄNNI, Art. 26 N 17.

¹⁸⁸ RUCH, RPG-Kommentar, Art. 26 N 34.

¹⁸⁹ WALDMANN/HÄNNI, Art. 26 N 12 f.

¹⁹⁰ HALLER/KARLEN, N 424.

1. Akzessorische Anfechtung des Richtplans

a) Allgemeines

Im Rahmen der Anfechtung des Gestaltungsplans kann akzessorisch auch die Überprüfung des kantonalen Richtplans verlangt werden.¹⁹¹ § 19 Abs. 2 PBG bestimmt, dass die Recht- und Zweckmässigkeit der Festlegungen der Richtpläne im Rechtsmittelverfahren der Nutzungsplanung angefochten und überprüft werden können. Dies entspricht dem planerischen Stufenbau, wie er auch in § 16 Abs. 1 PBG zum Ausdruck kommt.

b) Inhalt der Überprüfung

Überprüft werden die formellen Aspekte der Information und Mitwirkung der Bevölkerung gemäss Art. 4 RPG, die Zusammenarbeit mit Behörden des Bundes gemäss Art. 7 RPG und die Mitwirkung der Gemeinden gemäss Art. 10 RPG. Die formellen Voraussetzungen sind im vorliegenden Richtplanverfahren eingehalten. Der Richtplan muss auch den materiellen Mindestinhalt gemäss Art. 8 RPG und Art. 5 Abs. 1 RPV erfüllen und den Zielen und Grundsätzen der Raumplanung gemäss Art. 1 und Art. 3 RPG entsprechen. Dazu gehört insbesondere der Landschaftsschutz als Ziel der Raumplanung.¹⁹²

c) Beachtung des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler

Das Grundstück des Uto Kulm liegt, wie eingangs erwähnt, im Gebiet des BLN-Objekts „Albiskette-Reppischtal“. Die Schutzobjekte der Bundesinventare müssen in die Richtpläne der Kantone, d. h. in die Richtplankarte oder den Richtplantext aufgenommen werden.¹⁹³ Der Kantonsrat hat in den Massnahmen zum neuen Richtplan eingefügt, dass die Schutzziele des BLN mit dem kantonalen Gestaltungsplan gesichert werden müssen.¹⁹⁴

Es gibt drei Hauptfälle, in denen ein Richtplan beanstandet werden kann, weil er die Erfordernisse des Naturschutzes gemäss Art. 5 ff. NHG nicht erfüllt. Erstens, wenn gar keine Abwägung stattgefunden hat, die Behörde also keine Aussage zu den Schutzobjekten im BLN formuliert. Zweitens kann auch bemängelt werden, dass eine Abwägung zwar stattfand, diese jedoch die relevanten Interessen nicht berücksichtigt und die Schutzziele nicht beachtet hat. Drittens kann auch eine

¹⁹¹ JAAG, N 4453.

¹⁹² FRITZSCHE/BÖSCH/WIPE, S. 97; WALDMANN/HÄNNI, Art. 1 N 37, Art. 3 N 18.

¹⁹³ JUD, S. 11.

¹⁹⁴ Kanton Zürich, kantonaler Richtplan vom 28. Juni 2010, Richtplantext, Ziff. 3.4.2.2.

Fehlbeurteilung vorliegen, bei der die Interessen falsch gewichtet werden und die Interessen des BLN-Schutzes zu wenig Gewicht erhielten, während den Interessen des Grundeigentümers an der wirtschaftlichen Nutzung mehr Gewicht beigemessen wurde.¹⁹⁵ In diesen Fällen kann der Kanton angewiesen werden, erneut eine Interessenabwägung durchzuführen und den Richtplan anzupassen.

d) Gutachten der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission

Am 19. Dezember 2008 hat die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission anlässlich der öffentlichen Auflage ein Gutachten zur Änderung des kantonalen Richtplans und des kantonalen Gestaltungsplans erstellt. Darin kommt die ENHK zum Schluss, dass der Richtplananpassung aus Sicht des Naturschutzes zugestimmt werden kann.¹⁹⁶ Die ENHK begrüsst die Aufnahme des Uto Kulm als Erholungsgebiet, weil damit die Grundlage für die Freihaltung der Aussichtsterasse und des Aussichtsturmes geschaffen wird. Allerdings dürfe der neue Richtplan nicht dazu führen, dass die nicht bewilligten Bauten nachträglich legalisiert werden. Die ENHK verlangte vor der Genehmigung der Richtplananpassung die Bewilligungsfähigkeit der Bauten zu prüfen. Das Bundesamt für Raumentwicklung hat in seinem Prüfbericht zuhanden des UVEK diesen Antrag der ENHK abgelehnt.¹⁹⁷ Daraufhin wurde der Richtplan am 28. Juni 2010 genehmigt.

Der Erläuterungsbericht zu den Einwendungen zum Richtplan vom 28. Juni 2010 erklärt, dass der kantonale Richtplan nur die Grundlage für den Gestaltungsplan bildet.¹⁹⁸ Die Interessenabwägung und die Sicherstellung der Anliegen des Natur- und Heimatschutzes erfolgen im Rahmen der Festsetzung des kantonalen Gestaltungsplans. In den Massnahmen zur Umsetzung des Richtplans ist angemerkt, dass die öffentlichen Interessen – also insbesondere die Einhaltung der Schutzziele des BLN-Gebiets – durch den neuen Gestaltungsplan gesichert werden müssen.¹⁹⁹

¹⁹⁵ TSCHANNEN, RPG-Kommentar, Art. 11 N 10; JUD, S. 13.

¹⁹⁶ Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission, Gutachten der ENHK vom 19.12.2008, Richt- und Nutzungsplanung Uto Kulm; Anhörung und öffentliche Auflage der Änderung des kantonalen Richtplans Landschaft (Erholungsgebiet) und des kantonalen Gestaltungsplans, Gemeinden Stallikon und Zürich ZH, S. 5.

¹⁹⁷ Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Richtplan des Kantons Zürich, Teilrevision Landschaft/Uto Kulm - Genehmigung durch den Bund, Prüfungsbericht zuhanden des Eidg. Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK).

¹⁹⁸ Beschluss des Kantonsrates vom 28. Juni 2010, Erläuterungsbericht, S. 3 f.

¹⁹⁹ Kanton Zürich, kantonaler Richtplan vom 28. Juni 2010, Richtplantext, Ziff. 3.4.2.2.

2. Verhältnis zum Richtplan

a) Richtplankonformität

Der Richtplan gibt den Rahmen vor, in dem sich der kantonale Gestaltungsplan zu bewegen hat. Er verlangt für den kantonalen Gestaltungsplan die Sicherung der öffentlichen Interessen an der Nutzung des Aussenraumes sowie die Regelung der zulässigen Bauten und die notwendigen verkehrstechnischen Regulierungen.²⁰⁰

Der kantonale Richtplan sieht ausdrücklich vor, dass das Landwirtschaftsgebiet mit der Nutzungsplanung durch die Festsetzung eines Gestaltungsplans „durchstossen“ werden kann.²⁰¹

Es stellt sich zusätzlich die Frage, ob dieser Gestaltungsplan allenfalls eine Umgehung der Vorschriften für die Ausnahmegewilligungen gemäss Art. 24 ff. RPG darstellt.

b) Schaffung einer unzulässigen Kleinstbauzone

Gestaltungspläne beziehen sich auf ein bestimmtes Gebiet und stellen für dieses eine besonders angepasste und strenge Regelung auf. Deshalb können sie auch in der Nichtbauzone festgesetzt werden. Gestaltungspläne dürfen aber nicht dazu verwendet werden, die Vorschriften über die Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24ff. RPG zu umgehen.²⁰² Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht die Bauten als nicht standortgebunden und daher als nicht bewilligungsfähig qualifiziert.²⁰³ Ein Gestaltungsplan kann aber auch dann rechtmässig sein, wenn für das gleiche Projekt keine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann.²⁰⁴ Für die Beurteilung der Rechtmässigkeit des Gestaltungsplans ist entscheidend, ob damit eine unzulässige Kleinstbauzone geschaffen wird, mit der die Verhinderung der Streubauweise unterlaufen und so das Gebot der konzentrierten Siedlungsstruktur missachtet wird.²⁰⁵ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Erweiterung bereits bestehender Bauten zulässig, sofern sie auf einer sachlich vertretbaren Interessenabwägung beruht.²⁰⁶ Da aus der Verfügung der Baudirektion vom 6. Februar 2012 nicht ersichtlich ist, inwiefern eine Interessenabwägung stattgefunden hat, muss

²⁰⁰ Kanton Zürich, kantonaler Richtplan vom 28. Juni 2010, Richtplantext, Ziff. 3.4.2.2.

²⁰¹ Kanton Zürich, kantonaler Richtplan vom 28. Juni 2010, Richtplantext, Ziff. 3.2.3 lit. c.

²⁰² HALLER/KARLEN, N 320; HEER S. 61.

²⁰³ BGer, Urteil 1C_328/2010 vom 7. März 2011, E. 7.

²⁰⁴ BGer, Urteil 1A.271/2005 vom 26. April 2006, E. 3.1.

²⁰⁵ MUGGLI, RPG-Kommentar, Art. 24 N 17.

²⁰⁶ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 1173; BGE 124 II 392 ff. (394), E. 2c; HEER, S. 94.

die Schaffung einer unzulässigen Kleinstbauzone gerügt und im Rahmen der Genehmigung zumindest eine erneute Überprüfung verlangt werden.

3. Beachtung des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler

Art. 17 Abs. 1 lit. b RPG verlangt, dass besonders wertvolle Landschaften einer Schutzzone zugewiesen werden.²⁰⁷

a) Aufbau des BLN

Das NHG unterscheidet in Art. 4 zwischen Landschaftsbildern von nationaler und solchen von regionaler Bedeutung.²⁰⁸ Für die Objekte von nationaler Bedeutung erstellt der Bund gemäss Art. 5 Abs. 1 NHG nach Anhören der Kantone Inventare. Diese Bundesinventare schützen besonders wichtige Objekte.²⁰⁹ Derzeit existieren drei Inventare. Eines davon ist das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler. Die einzelnen Objekte werden im Anhang der VBLN aufgeführt. Die Aufnahme des Objekts 1306 „Albiskette-Reppischtal“ in den Anhang der VBLN erfolgte 1983. Ergänzend findet sich für jedes Objekt ein Inventarblatt mit der kartographischen Umschreibung und einer kurzen Darstellung der Gründe für die Aufnahme ins Inventar.²¹⁰ Für die Bedeutung des geschützten Gebiets „Albiskette-Reppischtal“ wird im Inventarblatt ausgeführt, es handle sich um naturnahe und natürliche Wälder und ein beliebtes Wandergebiet. Die Beschreibung der einzelnen Schutzobjekte ist allgemein gehalten und muss im einzelnen Anwendungsfall konkretisiert werden.²¹¹ Im Rahmen des Bundesprojekts „Aufwertung der BLN-Gebiete“, das noch 2012 beendet werden soll, werden sämtliche 162 inventarisierten Objekte neu umschrieben und deren Schutzziele konkretisiert.²¹² Damit soll den anhaltenden Beeinträchtigungen der Schutzgebiete begegnet werden.

b) Funktion des BLN

Gemäss Art. 78 Abs. 2 BV muss der Bund bei der Erfüllung von Bundesaufgaben im Sinne einer Selbstverpflichtung Rücksicht auf den Natur- und Heimatschutz

²⁰⁷ HÄNNI, Baurecht, S. 187.

²⁰⁸ VALLENDER/MORELL, § 5 N 10.

²⁰⁹ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 210.

²¹⁰ LEIMBACHER, NHG-Kommentar, Art. 5 N 12.

²¹¹ RAUSCH/MARTI/GRIFFEL, N 568; LEIMBACHER, NHG-Kommentar, Art. 6 N 27.

²¹² Vgl. zum Ganzen www.bafu.admin.ch → Themen → BLN → Projekt Aufwertung BLN; Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK Bundesamt für Umwelt BAFU Abteilung Natur und Landschaft Sektion Landschaften von nationaler Bedeutung, Faktenblatt BLN/Nr. 2, Das Projekt Aufwertung BLN, S. 2.

nehmen. Diese Verpflichtung obliegt auch den Kantonen in der Erfüllung von Bundesaufgaben.²¹³ Art. 3 Abs. 1 NHG bildet die Grundnorm des Natur- und Heimatschutzes und bestimmt, dass bei der Erfüllung von Bundesaufgaben auf den Naturschutz Rücksicht zu nehmen ist. Damit konkretisiert das NHG die Verfassungsbestimmung von Art. 78 BV. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die Bundesinventare materiell den Konzepten und Sachplänen i.S.v. Art. 13 RPG gleichzusetzen und müssen auch von den kantonalen Planungsbehörden berücksichtigt werden.²¹⁴ Für die durch Bundesinventare besonders geschützten nationalen Objekte gilt Art. 6 NHG als qualifizierte Schutzvorschrift. Gemäss Art. 6 Abs. 1 NHG liegen die Schutzziele des BLN in der ungeschmäler-ten Erhaltung und grösstmöglichen Schonung der inventarisierten Objekte.²¹⁵ Eine Beeinträchtigung der Schutzziele ist damit nicht absolut ausgeschlossen.²¹⁶ Einem Inventarobjekt kommt im Rahmen der Interessenabwägung sehr grosses Gewicht zu. Damit von den Schutzziele abgewichen werden kann, muss ein gleich- oder höherwertiges Interesse von nationaler Bedeutung vorliegen.²¹⁷

c) Gutachten der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission

Besteht die Gefahr der Beeinträchtigung eines im BLN eingetragenen Schutzobjektes, so muss gemäss Art. 7 NHG eine obligatorische Begutachtung durch die zuständige Kommission eingeholt werden.²¹⁸ Ein Planungsverfahren stellt stets einen schweren Eingriff in ein BLN-Objekt dar und benötigt daher eine Begutachtung. Für das BLN ist gemäss Art. 25 NHG die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission zuständig.²¹⁹ Die Baudirektion hat laut Festsetzungsverfügung des Gestaltungsplans vom 6. Februar 2012 das Gutachten der ENHK vom 19. Dezember 2008 beachtet. Die ENHK schreibt aber in diesem Gutachten, dass sie die im Gestaltungsplan vorgesehene pauschale Legalisierung der seit 2002 ohne Bewilligung erstellten Bauten ablehnt und die übrige Beurteilung erst nach dem abgeschlossenen Bewilligungsverfahren vornehmen wird.²²⁰ Im Verfahren

²¹³ RAUSCH/MARTI/GRIFFEL, N 496 f.

²¹⁴ BGer, Urteil 1C_188/2007 vom 1. April 2009, E. 2.1.

²¹⁵ LEIMBACHER, NHG-Kommentar, Art. 6 N 3.

²¹⁶ LEIMBACHER, Bundesinventare, S. 30; LEIMBACHER, NHG-Kommentar, Art. 6 N 16.

²¹⁷ LEIMBACHER, NHG-Kommentar, Art. 6 N 22; RAUSCH/MARTI/GRIFFEL, N 564; LEIMBACHER, Bundesinventare, S. 39.

²¹⁸ LEIMBACHER, NHG-Kommentar, Art. 7 N 2; JUD, S. 6.

²¹⁹ LEIMBACHER, NHG-Kommentar, Art. 25 N 3.

²²⁰ Gutachten der ENHK vom 19.12.2008, S. 5.

zum Erlass des Gestaltungsplans Uto Kulm hat die Baudirektion kein neues obligatorisches Gutachten der ENHK eingeholt.

d) Interessenabwägung beim Gestaltungsplanerlass

In der Verfügung vom 6. Februar 2012 hält die Baudirektion fest, dass die gegenüber dem letzten bewilligten Zustand im Jahre 2002 neu zusätzlich möglichen baulichen Eingriffe im Hinblick auf die spezifischen Schutzziele des BLN von untergeordneter Bedeutung seien und daher keine Verletzung des Gebotes der ungeschmälernten Erhaltung vorliege. Zudem würden die Festlegungen des Gestaltungsplans dem Gebot der grösstmöglichen Schonung gemäss Art. 6 Abs. 1 NHG ausreichend Rechnung tragen. Da die Massnahmen der Erholung von weiten Bevölkerungskreisen dienen, würden sie ausserdem im öffentlichen Interesse liegen. Damit seien die Auswirkungen auf das BLN-Objekt – so die Baudirektion – gerechtfertigt.²²¹ Aus dieser Verfügung vom 6. Februar 2012 ist nicht ersichtlich, wie die Interessenabwägung durchgeführt wurde. Meines Erachtens hat es die Baudirektion unterlassen, die gemäss Art. 3 RPV erforderliche, umfassende Interessenabwägung überhaupt durchzuführen.

e) Ergebnis

Der Gestaltungsplan erfüllt die Schutzziele des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler nicht. Es wurde kein Gutachten der ENHK gemäss Art. 7 NHG eingeholt und auch keine Interessenabwägung durchgeführt.

4. Beachtung der Planungsgrundsätze

Der verfassungsmässige Grundsatz, wonach Baugebiet und Nichtbaugebiet strikt getrennt werden sollen, wird durch den Gestaltungsplan missachtet.²²² Zwar ist der Erlass eines Gestaltungsplans auch in der Landwirtschaftszone möglich, allerdings muss er trotzdem die Grundsätze des Raumplanungsrechts beachten. Die Möglichkeit der pauschalen Legalisierung sämtlicher Bauten im Landschaftsschutzgebiet, wie sie mit dem Gestaltungsplan möglich würde, widerspricht klar den Grundsätzen der Schonung der Landschaft und der konzentrierten Siedlungsstruktur gemäss Art. 1 und 3 RPG.

²²¹ Verfügung der Baudirektion vom 6. Februar 2012, S. 2.

²²² KUTTLER, S. 13.

5. Beachtung der Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV

Das Hotel-Restaurant Uto Kulm befindet sich im Privateigentum von Giusep Fry dessen Grundrecht auf Eigentum i.S.v. Art. 26 BV durch den Gestaltungsplan verletzt werden könnte. Im Gestaltungsplan ist vorgesehen dass die Öffentlichkeit jederzeit kostenlosen Zugang zum Aussichtsbereich und zum Aussichtsturm hat sowie die WC-Anlage benutzen darf.²²³ Dieses Weg- und Wanderrecht stellt nur einen geringen Eingriff in die Rechte des Grundstückseigentümers dar, welcher dafür die Möglichkeit erhält, seinen Kiosk erneut aufzubauen und die einträglichen Restaurantteile weiterhin zu benutzen.²²⁴

6. Beachtung der Leitlinien des Kantons

In der Planung müssen auch die kantonalen Leitlinien für die Raumplanung beachtet werden.²²⁵ Sie setzen die Schwerpunkte für die Raumplanung im Kanton Zürich fest. Unter anderem fordert Leitlinie 3, dass zusammenhängende und naturnahe Räume zu schonen und aktiv zu fördern sind. Die Leitlinien dienen als Orientierungsrahmen für die einzelnen mit dem kantonalen Richtplan getroffenen Festlegungen und sind für alle kantonalen Behörden massgebend. Die Leitlinien sollen die gesetzlichen Ziele der Raumplanung ergänzen und müssen in jedem Verfahrensstadium beachtet werden. Ob die Baudirektion die Leitlinien im Verfahren des Gestaltungsplanerlasses beachtet hat ist nicht ersichtlich.

7. Zweckmässigkeit und Angemessenheit des Gestaltungsplans

Eine volle Überprüfung der Zweckmässigkeit und Angemessenheit findet dann statt, wenn überörtliche Interessen berührt werden.²²⁶ Im vorliegenden Fall werden die nationalen Interessen am Landschaftsschutz beeinträchtigt weshalb grundsätzlich eine volle Überprüfung angebracht wäre. Da sich aber der Gestaltungsplan als nicht rechtmässig herausgestellt hat, erübrigt sich die darüber hinausgehende Prüfung der Angemessenheit und Zweckmässigkeit.

²²³ Art. 5 ff. des kantonalen Gestaltungsplans Uto Kulm.

²²⁴ Art. 9 ff. des kantonalen Gestaltungsplans Uto Kulm.

²²⁵ Vgl. www.are.zh.ch → Raumplanung → Kantonaler Richtplan → Erläuterungen → Leitlinien.

²²⁶ HALLER/KARLEN, N 424.

8. Ergebnis der Rechtmässigkeitsprüfung

Der Gestaltungsplan erfüllt das zur Genehmigung nötige Erfordernis der Rechtmässigkeit gemäss Art. 26 RPG und § 5 Abs. 1 PBG nicht. Zwar entspricht er den Vorgaben des kantonalen Richtplans, jedoch missachtet er die für nationale Landschaftsschutzgebiete vorgesehenen Schutzziele. Darüber hinaus werden auch die bundesrechtlichen Grundsätze der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet und der konzentrierten Siedlungsanlegung beeinträchtigt. Da keine umfassende Interessenabwägung gemäss Art. 3 RPV stattgefunden hat, ist der Gestaltungsplan als unrechtmässig zurückzuweisen. Die Rechtssicherheit und das Legalitätsprinzip verlangen ausserdem eine nachträgliche Legalisierung von widerrechtlich erstellten Bauten, wie sie durch den neuen Gestaltungsplan geschehen würde – insbesondere in einem Landschaftsschutzgebiet – nur mit Zurückhaltung zu erlauben, um nicht ein Präjudiz zu schaffen.

E. Fazit

Die Festsetzung und Genehmigung des kantonalen Richtplans ist rechtmässig erfolgt. Das Verfahren des kantonalen Gestaltungsplanerlasses hingegen ist zu beanstanden, weil weder die Genehmigung durch eine übergeordnete kantonale Behörde erfolgt ist noch die erforderliche Begutachtung und Interessenabwägung durch die ENHK zur Wahrung der Schutzziele des BLN-Gebiets durchgeführt wurde.

VI. Prognose zum hängigen Gerichtsverfahren über den Abbruchbefehl

A. Ausgangslage

Das Baurekursgericht hat am 22. November 2011 den Rekurs abgewiesen und den Abbruchbefehl für die Erweiterungsbauten am Hotel-Restaurant Uto Kulm bestätigt. Die Hotel Uto Kulm AG erhob daraufhin am 6. Januar 2012 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Dieses hat nun erneut die Verhältnismässigkeit des Abbruchbefehls zu prüfen. Dabei hat sich die Rechtslage insofern geändert, als am 21. November 2011 der Nutzungsplan unterzeichnet und am 6. Februar 2012 der kantonale Gestaltungsplan erlassen worden ist. Die formelle Rechtskraft des Gestaltungsplans tritt frühestens 30 Tage nach der öffentlichen Bekanntmachung

vom 2. März 2012 also am 2. April 2012 ein. Da aber bereits Rekurse angekündigt sind und die Beurteilung der Rechtskraft des Gestaltungsplans bis vor Bundesgericht weitergezogen werden kann, wird der Eintritt der formellen Rechtskraft erheblich hinausgeschoben.²²⁷ Das Verwaltungsgericht wird zudem auf eine Sistierung des Verfahrens verzichten müssen, weil für dieselben Erweiterungsbauten bereits im Rahmen des Bewilligungsverfahrens die Sistierung als unrechtmässig qualifiziert wurde.²²⁸

B. Verfahren vor Verwaltungsgericht

Die Frage nach der Verhältnismässigkeit des Abbruchs ist eine Rechtsfrage, zu deren Überprüfung das Verwaltungsgericht gemäss § 50 Abs. 1 VRG befugt ist. Allerdings ist mit der Gewichtung der infrage stehenden öffentlichen und privaten Interessen die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe verbunden, bei der den verfügenden Verwaltungsbehörden ein gewisser Beurteilungsspielraum zusteht. Diesen darf die Rechtsmittelinstanz nur mit Zurückhaltung überprüfen.²²⁹ Die Beurteilung der Beschwerde hängt im Wesentlichen davon ab ob der Gestaltungsplan allenfalls Vorwirkung entfaltet und inwiefern in naher Zukunft mit einer Rechtsänderung gerechnet werden kann.

1. Vorwirkung

a) Positive Vorwirkung

Vorwirkung bedeutet, dass künftiges Recht bereits in der Gegenwart Wirkung entfaltet. Unter künftigen Recht ist dabei solches zu verstehen, welches in der Verwirklichung begriffen ist, aber noch nicht in Kraft steht.²³⁰ Von einer positiven Vorwirkung wird gesprochen, wenn künftiges Recht bereits vor seinem Inkrafttreten angewendet wird. Dies verstösst gegen das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) und ist daher grundsätzlich unzulässig.²³¹ Trotzdem kann eine Voranwendung indirekt als Vorberücksichtigung vorkommen. Das bedeutet im konkreten Fall, dass der Gestaltungsplan faktisch beachtet würde, um nicht ein Urteil zu fällen, welches in Kürze revidiert werden müsste. Dabei wird Recht angewendet, das

²²⁷ NZZonline vom 21. September 2011, Streit um die Nutzung des Zürcher Üetlibergs, http://www.nzz.ch/nachrichten/zueroich/stadt_und_region/stadt_und_kanton_zuerich_streiten_si_ch_um_nutzung_des_ueetlibergs_1.12592100.html.

²²⁸ Vgl. BRKE II Nr. 0166/2008 vom 2. September 2008.

²²⁹ KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, § 50 N 73.

²³⁰ THOMMEN, S. 9.

²³¹ HALLER/KARLEN, N 328.

nach seinem Inkrafttreten Rückwirkung auf das laufende Verfahren entfalten würde, sofern dessen Inkrafttreten sehr wahrscheinlich ist.²³² Eine begünstigende positive Vorwirkung ist deshalb unter Umständen zulässig.²³³ Dazu müsste allerdings das künftige Recht bereits in Kraft sein. Der Gestaltungsplan wurde zwar am 6. Februar 2012 festgesetzt ist aber noch nicht rechtskräftig. Ob und wann er rechtskräftig wird, hängt vom Rechtsmittelverfahren ab und ist dementsprechend unsicher und aufgrund der vorangehenden Ausführungen zumindest nicht in naher Zukunft zu erwarten.

b) Negative Vorwirkung

Grundsätzlich zulässig ist die negative Vorwirkung, bei der das geltende Recht nicht angewendet wird, um die Anwendung des neuen Rechts sicher zu stellen.²³⁴ Dabei handelt es sich insbesondere um eine Sistierung des Verfahrens. Allerdings wurde bereits im Baubewilligungsverfahren für die Erweiterungsbauten die Sistierung durch das Verwaltungsgericht aufgehoben weil die negative Vorwirkung nicht zur Rechtsverzögerung führen darf.²³⁵ Eine erneute Sistierung kommt vor diesem Hintergrund nicht in Frage.

c) Praxis des Verwaltungsgerichts zur Vorwirkung

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat zur intertemporalen Anwendung von § 234 PBG seine eigene Praxis entwickelt. Es verlangt für die Berücksichtigung der geänderten Sachlage eine Interessenabwägung im Einzelfall. Dabei wird geprüft, ob dem Schutz der neuen Planung oder dem Schutz des Gesuchstellers in die Beständigkeit des Rechts mehr Gewicht beigemessen wird.²³⁶ § 234 PBG soll künftige planungsrechtliche Festlegungen schützen.²³⁷ Bereits im Entscheid zum Abbruch des Kiosks hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, dass § 234 PBG nur bei der Erstellung nicht jedoch beim Abbruch von Bauten und Anlagen zu beachten sei.²³⁸ Der Abbruch der Erweiterungsbauten ist nicht geeignet um den kantonalen Gestaltungsplan negativ zu präjudizieren. Deshalb entfaltet der Gestaltungsplan keine negative Vorwirkung. Damit ist die intertemporalrechtliche Frage beantwortet und das Verwaltungsgericht wird das geltende Recht anwenden.

²³² THOMMEN, S. 64.

²³³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 35.

²³⁴ RUCH, RPG-Kommentar, Art. 27 N 45; HALLER/KARLEN, N 329.

²³⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 32.

²³⁶ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF, S. 570.

²³⁷ GRIFFEL, in a nutshell, S. 75.

²³⁸ Vgl. VGer ZH, Urteil VB.2008.00444 vom 18. Dezember 2008, E. 4.3.

2. Verhältnismässigkeit

An der Interessenabwägung hat sich seit dem Urteil des Baurekursgerichts vom 22. November 2011 nichts geändert. Es stehen sich nach wie vor das private Interesse des Grundeigentümers am Gewinn durch die illegalen Bauten und das öffentliche Interesse am Landschaftsschutz sowie an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes und der Durchsetzung der Grundsätze des Raumplanungsrechts gegenüber.²³⁹ Der Tatsache, dass das Grundstück im BLN-Gebiet liegt ist besonderes Gewicht beizumessen. Ausserdem soll mit dem Urteil kein Präjudiz geschaffen werden, dass illegale Bauten geduldet werden oder nachträglich legalisiert werden können. Den öffentlichen Interessen ist eindeutig mehr Gewicht beizumessen als den privaten Interessen. Damit ist der Abbruch der Erweiterungsbauten auch vom Verwaltungsgericht als verhältnismässig zu qualifizieren.

3. Prognose zum Urteil des Verwaltungsgerichts

Da der Gestaltungsplan keine Vorwirkung entfaltet und nicht in naher Zukunft mit der Rechtsänderung gerechnet werden kann, ist der Abbruchbefehl verhältnismässig. Das Verwaltungsgericht muss in Kürze ein Urteil fällen und seiner Entscheidung trotz der am 2. März 2012 ergangenen Publikation des Gestaltungsplans das geltende Recht zugrunde legen. Dieses verlangt gemäss § 341 PBG die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bei formell und materiell rechtswidrigen Bauten. Das Verwaltungsgericht wird nach meinen Erwartungen die Beschwerde abweisen und den Abbruchbefehl der Gemeinde Stallikon sowie das entsprechende Urteil des Baurekursgerichts vom 22. November 2011 bestätigen.

C. Verfahren vor Bundesgericht

Gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts steht der Rechtsmittelweg ans Bundesgericht gemäss Art. 82 lit. a i.V.m. Art. 86 Abs. 2 BGG offen. Dieser wird wohl – je nach Ausgang des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens – entweder durch die Hotel Uto Kulm AG oder die Naturschutzvereine beschritten werden.

²³⁹ BGE 136 II 359 ff. (368), E. 9.

1. Massgeblichkeit des Zeitpunkts des Urteils

Die Abweisung oder Gutheissung der Beschwerde gegen den Abbruchbefehl durch das Bundesgericht hängt im Wesentlichen von der Rechtmässigkeit des Gestaltungsplans zum Zeitpunkt des Urteils ab. Sofern das laufende Planungsverfahren auch zum Zeitpunkt des Urteils des Bundesgerichts noch nicht abgeschlossen ist und somit die Rechtmässigkeit des kantonalen Gestaltungsplans noch nicht feststeht wird das Bundesgericht die Beschwerde voraussichtlich ebenfalls abweisen. Denn das Bundesgericht stützt seinen Entscheid gemäss Art. 105 Abs. 1 BGG auf den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt. Neue Beweismittel und Tatsachen sind unzulässig. Grundsätzlich ist also die Rechtslage massgebend, wie sie zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung bestand.²⁴⁰ Im vorliegenden Fall ist dies der 24. Mai 2011 als der Abbruchbefehl von der Gemeinde Stallikon erging. Eine Ausnahme dieses Grundsatzes macht das Bundesgericht nur dann, wenn zwingende Gründe eine sofortige Anwendung des neuen Rechts verlangen.²⁴¹ Als zwingende Gründe würden sowohl die öffentlichen Interessen an der Einhaltung des Raumplanungsrechts als auch die privaten Interessen des Grundstückseigentümers in Betracht kommen, wenn der Gestaltungsplan im Zeitpunkt des Urteils des Bundesgerichts rechtmässig wäre. In diesem Fall müssten die Vorschriften des neuen Gestaltungsplans angewendet und die Beschwerde gutgeheissen werden.

2. Prognose zum Urteil des Bundesgerichts

Sollte also der Gestaltungsplan bis zum Zeitpunkt des Urteils durch das Bundesgericht wider Erwarten rechtskräftig geworden sein so muss die Beschwerde gutgeheissen werden und die Erweiterungsbauten des Hotel-Restaurant Uto Kulm können stehen bleiben.

Sollte hingegen der Gestaltungsplan bis zum Zeitpunkt des Urteils durch das Bundesgericht noch nicht rechtskräftig sein, beziehungsweise wie erwartet im Rechtsmittelverfahren als nicht rechtmässig qualifiziert werden, so muss das Bundesgericht die Beschwerde der Hotel Uto Kulm AG abweisen und den Abbruchbefehl bestätigen.

²⁴⁰ RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1996.

²⁴¹ BGE 125 II 591 ff. (598), E. 5e.

D. Fazit

Das derzeit beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hängige Gerichtsverfahren betreffend den Abbruchbefehl wird höchst wahrscheinlich vom Bundesgericht entschieden werden müssen. Sollte dann gleichzeitig auch die Überprüfung der Rechtmässigkeit des Gestaltungsplanes vor Bundesgericht hängig sein, bleibt zu hoffen, dass das Bundesgericht für beide Verfahren ein koordiniertes Urteil fällt.

VII. Schlussbemerkungen

In der Behandlung der vorliegenden Arbeit hat sich gezeigt, welchen entscheidenden Einfluss die raumplanungsrechtliche Interessenabwägung in der Praxis hat – wenn sie denn überhaupt vorgenommen wird – und wie schwierig sich der Vollzug des Raumplanungsrechts gestalten kann, wenn die zuständige Gemeinde nicht über die nötige Erfahrung für die Durchsetzung des Rechts verfügt oder gar kein Interesse daran hat.

Da den Behörden und Gerichten bei der Interessenabwägung ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt, lässt sich eine zuverlässige Prognose kaum treffen. Fest steht jedenfalls, dass der Streit um die Üetlibergspitze noch lange nicht ausgestanden ist. Im vorliegenden Fall haben die Behörden sogar eine nachträgliche Legalisierung von widerrechtlichen Bauten in der Landschaftsschutzzone – ohne das erforderliche Genehmigungsverfahren – durchgewinkt.

Das Rechtsmittelverfahren für den Gestaltungsplan wird zeigen, ob auf dem Üetliberg „Fryheit“ herrscht oder ob es wieder „gmüetli“ wird. Denn mit dem Frühling blüht nicht nur die Natur des Naherholungsgebiets auf, sondern bestimmt auch die Ideen von Giusep Fry für neue Anlagen auf dem Uto Kulm.

Hiermit erkläre ich, dass ich die vorliegende schriftliche Arbeit selbstständig und nur unter Zuhilfenahme der in den Verzeichnissen oder in den Anmerkungen genannten Quellen angefertigt habe. Ich versichere zudem, diese Arbeit nicht bereits anderweitig als Leistungsnachweis verwendet zu haben.

Zürich, 19. März 2012

Anhang

Überblick über die Gerichtsurteile

Ereignis	BRKE/BRG/RR	VGer ZH	BGer
Kino am Berg	RRB Nr. 919 vom 29.06.2005	VB.2005.00324 vom 12.12.2005	1P.63/2006 vom 18.04.2006
Kiosk	BRKE II Nr. 0151/2008 vom 19.08.2008	VB.2008.00444 vom 18.12.2008	
Sistierung Bewil- ligungsverfahren	BRKE II Nr. 0166/2008 vom 02.09.2008	VB.2008.00473 vom 18.12.2008	
Erweiterungs- bauten	BRKE II Nr. 0290-0291/2009 vom 8.12.2009	VB.2010.00039 vom 15.04.2010	1C_328/2010 vom 07.03.2011
Abbruchbefehl	BRGE II Nr. 0276/2011 vom 22.11.2011	Hängig vor VGer	
Abbruch Rund- zelt	RRB vom 28.05.2008	VB.2008.00325 vom 23.10.2008	
Temporäre Vor- platzmöblierung	Hängig vor BRG		