

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2006.00512 vom 14. März 2007

ZH Verwaltungsgericht, 2007-03-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2006.00512](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2006.00512)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2006.00512 du 14 mars 2007

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2006.00512 del 14 marzo 2007

## Regeste

Baubewilligung | Aufstockung und Umbau eines Einfamilienhauses: Änderungen einer baulinienwidrigen Baute im Baulinienbereich sowie Frage der zulässigen Geschoszahl. Änderungen von baulinienwidrigen Bauten und Anlagen im Baulinienbereich, die das Ausmass einer "neubauähnlichen Umgestaltung" aufweisen, sind nach den für Neubauten geltenden Bestimmungen von §§ 99 ff. PBG zu beurteilen. Dabei sind die von der Rechtsprechung und Lehre zu § 357 Abs. 1 PBG entwickelten Abgrenzungskriterien entsprechend anzuwenden (vgl. VGr, 19. Oktober 2005, BEZ 2006 Nr. 32). Das streitige Bauprojekt weist nicht das Ausmass einer Neubauähnlichen Umgestaltung auf, sondern ist als weiter gehende Vorkehren im Sinn von § 101 Abs. 2 PBG zu qualifizieren (E. 2.2.1-3). Zur Bestimmung der zulässigen Geschoszahl ist bei Änderung oder Erweiterung einer bestehenden Baute als gewachsenes Terrain das Terrain bei Einreichung des ursprünglichen Baugesuchs massgebend. Diesbezüglich ist der Sachverhalt nicht hinreichend geklärt, was von der Vorinstanz nachzuholen ist (E. 3.2.3). Gutheissung und Rückweisung (E. 4).

## Erwägungen

### E. 1

A,

### E. 2

Das mit einem Einfamilienhaus überstellte Baugrundstück Kat.-Nr. 02 gehört nach der geltenden Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Thalwil (BZO) zur Wohnzone W2. Es liegt im Verzweigungsbereich der L- und der M-Strasse; entlang dieser beiden Strassen sind Baulinien gezogen. Die an der M-Strasse gezogene Baulinie verläuft in einer Tiefe von 7 m und führt nach einer Abkröpfung im nordwestlichen Grundstücksbereich zur Baulinie entlang der L-Strasse, welche dort in einem Abstand von rund 3,5 m verläuft. Das bestehende Einfamilienhaus Assek.-Nr. 01 überstellt mit seiner westlichen Gebäudeschmalseite die Baulinie der M-Strasse um 2 m bzw. im Bereich der Abkröpfung um bis zu 5 m. Nach Art. 3 der geltenden Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Thalwil (BZO) sind in der Wohnzone W2 maximal zwei Vollgeschosse und ein Dachgeschoss zulässig. Ein anrechenbares Untergeschoss ist nicht gestattet. Das Gebäude weist im bestehenden Zustand ein Untergeschoss, ein Erdgeschoss sowie ein nicht ausgebautes Dachgeschoss auf. Das streitige Bauvorhaben umfasst die Erweiterung des bestehenden Baukörpers um ein Vollgeschoss und um ein ausgebautes Dachgeschoss.

### E. 2.1

Die Baurekurskommission II ist in Anwendung von §§ 99 ff. des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) zum Schluss gekommen, die Überstellung der

Baulinie durch das Umbauprojekt sei nicht bewilligungsfähig und hat aus diesem Grund die Baubewilligung der Planungs- und Baukommission der Gemeinde Thalwil vom 2. März 2006 aufgehoben. Sie hat in ihrem Rekursentscheid hierzu ausgeführt, Erweiterungen von bestehenden baulinienwidrigen Bauten und Anlagen bzw. von Teilen davon, die das Ausmass von Neubauten oder neubauähnlichen Umgestaltungen erreichten, seien nach den Bestimmungen betreffend die Überstellung durch Neubauten zu beurteilen. Der geplante Umbau des Einfamilienhauses gehe über den blossen Unterhalt oder eine Modernisierung hinaus. Beim bestehenden Gebäude bleibe nur das Untergeschoss von baulichen Änderungen unangetastet. Die Aufstockung führe nicht nur zu einer wesentlichen Vergrösserung des Gebäudekubus, sondern auch zu einer erheblichen Erweiterung der bestehenden Nutzfläche, werde doch die Wohnfläche verdoppelt und das Erscheinungsbild des Einfamilienhauses, insbesondere auch durch die neue Dachform (steiles Satteldach), komplett geändert. Damit erhalte das Gebäude eine neue Identität und überschreite die Grenze des nach § 101 Abs. 2 PBG noch Zulässigen; es sei daher als Neubau zu beurteilen. Im Weiteren führte die Vorinstanz aus, dass gemäss § 99 Abs. 1 PBG innerhalb des Baulinienbereichs grundsätzlich ein Bauverbot bestehe. Es dürften lediglich solche Bauten und Anlagen erstellt werden, die dem Zweck der Baulinie nicht widersprechen. Ausnahmen seien abschliessend in § 100 PBG geregelt. Gemäss dessen Abs. 3 könnten weitergehende und andersartige Beanspruchungen des Baulinienbereichs (als oberirdische Gebäudevorsprünge) gestattet werden. Zur Auslegung dieser Bestimmung hätten Verwaltungsgericht und Baurekurskommissionen auf die Dispensnorm von § 220 PBG zurückgegriffen. In einem neuen Entscheid vom 27. Juni 2006 sei die Baurekurskommission II zum Schluss gekommen, die Kann-Vorschrift von § 100 Abs. 3 PBG statuiere keine eigenen Voraussetzungen für die Bewilligung von Beanspruchungen des Baulinienbereichs. Die Erteilung solcher Bewilligungen sei deshalb einzig von einer Interessenabwägung abhängig zu machen und das öffentliche Interesse an der Wahrung des Baulinienzwecks gegen das private Interesse des Bauwilligen an der Realisierung der geplanten baulichen Massnahme abzuwägen. Eine zwingende Notwendigkeit für die Überstellung der Baulinie bestehe nicht. Entspreche die Baulinie nicht mehr den ortsbaulichen Vorstellungen, so sei sie zu revidieren. Diesen Ausführungen halten die Bau- und Planungskommission Thalwil sowie der Beschwerdeführer entgegen, die Praxis habe zur Abgrenzung zwischen zulässigen Umbauten von neubauähnlichen Umgestaltungen Kriterien hinsichtlich der inneren Einteilung und Organisation oder Konstruktion der Baute, dem Ausmass der Erweiterung sowie den Umbaukosten im Vergleich zu den Kosten eines Neubaus entwickelt. Hier liege bei Anwendung dieser Kriterien aus – näher dargelegten Gründen – keine neubauähnliche Umgestaltung vor. Die Baulinie an der M-Strasse, welche das Eckhaus L-Strasse 03 anschneide, werde nicht durchgeführt. Das private Interesse des Beschwerdeführers an der Verwirklichung der Baupläne sei gross und würde das öffentliche Interesse überwiegen.

## **E. 2.2**

Baulinienwidrige Bauten und Anlagen im Baulinienbereich dürfen gemäss § 101 PBG entsprechend dem bisherigen Verwendungszweck unterhalten und modernisiert werden (Abs. 1). Weitergehende Vorkehren sind nur bewilligungsfähig, wenn die Baulinien in absehbarer Zeit nicht durchgeführt werden und wenn mit sichernden Nebenbestimmungen zur baurechtlichen Bewilligung ausgeschlossen wird, dass das Gemeinwesen bei Durchführung der Baulinien den entstandenen Mehrwert zu entschädigen hat (Abs. 2). Unter den Begriff des "Unterhalts" fallen Vorkehren, welche eine Baute oder Anlage vor

dem baulichen Zerfall bewahren, während unter Modernisierungen Massnahmen zu verstehen sind, welche die Zeitumstände gebieten, damit ein bestehendes Gebäude weiterhin seinem bisherigen Zweck entsprechend genutzt werden kann, wie beispielsweise der Einbau zeitgemässer Sanitär- und Heizungseinrichtungen, Gebäudeisolationen und dergleichen. Nicht darunter fallen aber Vorkehren, die das Gebäude in einen höheren Rang aufrücken lassen (RB 1981 Nr. 108 = BEZ 1981 Nr. 2; vgl. auch Konrad Willi, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen, Zürich 2003, S. 138 ff.). Praxisgemäss fallen baulichen Massnahmen, die über den blossen Unterhalt oder die Modernisierung hinausgehen, auch nicht unter den Begriff der "weitergehenden Vorkehren" im Sinn von § 101 Abs. 2 PBG, wenn diese – wie bei § 357 Abs. 1 PBG – so intensiv sind, dass sie das Ausmass einer neubauähnlichen Umgestaltung erreichen. Solche baulichen Änderungen sind vielmehr nach den für Neubauten geltenden Bestimmungen von §§ 99 f. PBG zu beurteilen (BRK in BEZ 1986 Nr. 45; Willi, S. 135; Christoph Fritzsche/Peter Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 4. A., Zürich 2006, S. 12-26). Die streitigen baulichen Massnahmen im Baulinienbereich gehen klar über den blossen Unterhalt oder eine Modernisierung hinaus. Es ist daher zu prüfen, ob sie als neubauähnliche Umgestaltung zu qualifizieren sind, was die Vorinstanz bejaht hat.

#### **E. 2.2.1**

Bei der Vorschrift von § 101 PBG handelt es sich nach gefestigter Rechtsprechung um eine Sondernorm, welche der allgemeinen Bestimmung von § 357 Abs. 1 PBG vorgeht. Wie letztere Bestimmung schützt auch § 101 PBG als so genannte erweiterte Besitzstandsgarantie unter dem bisherigen Recht errichtete Bauten nicht nur in ihrem Bestand, sondern lässt auch darüber hinausgehende Umbauten und Erweiterungen zu, ohne dass ihr Umfang ausdrücklich beschränkt würde (VGr, 19. Oktober 2005, BEZ 2006 Nr. 32 E. 4.1; BRK, 29. März 2006, BEZ 2006 Nr. 34; Willi, S. 70 f., insbesondere S. 79). Zur Frage, wann eine neubauähnliche Umgestaltung die Anwendung von § 101 Abs. 2 PBG ausschliesst, kann daher auf die entsprechende Rechtsprechung zu § 357 Abs. 1 PBG zurückgegriffen werden. Die hierzu von Lehre und Rechtsprechung angestellten nachfolgenden Überlegungen haben in gleicher Weise Gültigkeit bei der Anwendung von § 101 PBG. Unter Hinweis auf den Zweck der Besitzstandsgarantie, nämlich den Schutz der im Vertrauen auf die bisherige Ordnung getätigten Investitionen, haben Lehre und Rechtsprechung zu § 357 PBG stets verlangt, dass die baulichen Änderungen nicht auf den weitgehenden Ersatz der bisherigen Bausubstanz hinauslaufen dürfen; solche so genannten "neubauähnlichen Umgestaltungen" würden den Rahmen der gemäss § 357 Abs. 1 PBG zulässigen Änderungen sprengen und müssten die Neubauvorschriften einhalten (RB 1986 Nr. 99 = BEZ 1987 Nr. 5). Auch nach der Neufassung von § 357 Abs. 1 PBG im Rahmen der Revision des Planungs- und Baugesetzes vom 1. September 1991 ist an dieser Rechtsprechung festgehalten worden (RB 1992 Nr. 74 = BEZ 1992 Nr. 14), doch wurden in der Folge die Grenzen zur neubauähnlichen Umgestaltung weiter gezogen (VGr, 19. Dezember 1995, BEZ 1996 Nr. 3). Auch in der neueren Lehre wird mit guten Gründen vorgeschlagen, nur mit grosser Zurückhaltung von neubauähnlichen Umgestaltungen auszugehen (Willi, S. 99 f., mit Hinweisen). Für ausgedehntere Erweiterungs- und Umbaumöglichkeiten spricht auch der Umstand, dass durch eine zu restriktive Anwendung von § 357 Abs. 1 PBG Nachverdichtungen in bereits überbauten Gebieten in vielen Fällen verunmöglicht oder den Abbruch von sinnvoll erneuerbarer Bausubstanz verlangen würde. Das widerspricht den Grundsätzen der haushälterischen Nutzung des Bodens und der Siedlungskonzentration (VGr, 19. Dezember 1995, BEZ 1996 Nr. 3 E. 2b; Willi, S. 100;

Fritzsche/ Bösch, S. 17-7); sodann ist der durch geänderte Bauvorschriften erzwungene Ersatz des Bestehenden in vielen Fällen weder aus ökonomischer noch ökologischer Sicht sinnvoll. Demgemäss sind neubauähnliche Umgestaltungen nur dann anzunehmen, wenn sie den Tatbestand einer Gesetzesumgehung erfüllen, d.h., wenn zwar die Bestimmung ihrem Wortlaut nach, nicht aber nach ihrem Sinn und Zweck beachtet wird (VGr, 19. Oktober 2005, BEZ 2006 Nr. 32, auch zum Folgenden; zum Begriff der Gesetzesumgehung BGE 114 Ib 15, 104 II 204). Bei Änderungen an vorschriftswidrigen Bauten trifft das dann zu, wenn bei objektivierter Betrachtungsweise die Berufung auf die erweiterte Besitzstandsgarantie nicht darauf abzielt, bestehende Investitionen zu schützen, sondern es ausschliesslich oder vorwiegend darum geht, die Anwendung der für einen Neubau geltenden Bestimmungen zu verhindern. Ob eine solche Umgehung vorliegt, lässt sich nicht allein nach quantitativen Kriterien beurteilen und hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (vgl. Fritzsche/Bösch, S. 17-7). Wo die Einhaltung der Neubauvorschriften nur geringe Belastungen mit sich bringen würden, ist deshalb zurückhaltender auf eine neubauähnliche Umgestaltung zu schliessen, als dort, wo Umbau, Erweiterung oder Umnutzung der vorschriftswidrigen Baute dem Bauherrn Baumöglichkeiten bieten, die mit einem Neubau nicht realisierbar wären. Die von der bisherigen Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien, wonach eine Umgestaltung dann anzunehmen ist, wenn die neue Organisation und Konstruktion des Gebäudes nicht mehr als Verbesserung oder Anpassung des Vorhandenen gelten können und/oder die baulichen Änderungen die bisherige Gestalt des Gebäudes nicht mehr erkennen lassen (RB 1986 Nr. 99 = BEZ 1987 Nr. 5; Willi, S. 100 ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts und der Baurekurskommissionen), stellen deshalb nur Indizien für eine Umgehung bzw. für eine neubauähnliche Umgestaltung dar; auch bei solchen weitgehenden baulichen Änderungen ist es aber nicht ausgeschlossen, dass der Schutz der bestehenden Investitionen und nicht die Umgehung der Neubauvorschriften im Vordergrund steht. Auch wenn – im Gegensatz zu § 357 Abs. 1 PBG – in § 101 Abs. 2 PBG nicht ausdrücklich in allgemeiner Weise erwähnt ist, dass der Bewilligung von weitergehenden Vorkehren (als Unterhalt und Modernisierung) keine überwiegenden öffentlichen oder nachbarlichen Interessen entgegenstehen dürfen, greift dieser Vorbehalt auch hier ein (Willi, S. 136; vgl. auch Richard A. Koch, Das Strassenrecht des Kantons Zürich (Strassenpolizeirecht) unter Berücksichtigung des Nationalstrassen und Umweltschutzrechts, Zürich 1997, S. 109).

### **E. 2.2.2**

Das umstrittene Bauvorhaben umfasst den Abbruch des bisher nicht genutzten Dachgeschosses des Gebäudes Assek.-Nr. 01 und die Aufstockung um ein Vollgeschoss sowie die Neuerrichtung eines nutzbaren Dachgeschosses. Das Untergeschoss wird durch den Umbau nicht berührt. Beim Erdgeschoss mit Wohnraum, Küche, zwei Zimmern und zwei Nasszellen wird allein die Treppe ins neue Obergeschoss an Ort angepasst und in der südöstlichen Gebäudeecke zum Balkon eine neue Fensterfront eingezogen; im Übrigen bleibt auch das Erdgeschoss unverändert. Durch die Aufstockung um ein neues Vollgeschoss und ein nutzbares Dachgeschoss erhält das Gebäude eine neue Identität. Mit dem Aufbau auf dem bestehenden Unter- und Erdgeschoss können jedoch erhebliche Investitionen des (gemäss dem baurechtlichen Entscheid) 1960 erstellten Gebäudes erhalten werden, sodass nicht von vornherein der Schluss gezogen werden kann, die weitere Verwendung der bisherigen Bauteile diene hauptsächlich der Umgehung der für einen Neubau massgeblichen Vorschriften. Entscheidend ist damit, ob sich der Bauherrn durch den Umbau wesentlich weiter gehende Baumöglichkeiten bieten, als dies bei einem

Neubau der Fall wäre. Dies trifft nicht zu. Das bestehende Einfamilienhaus Assek.-Nr. 01 überstellt die Baulinie der M-Strasse mit seiner westlichen Gebäudeschmalseite um 2 m bzw. im Bereich der Abkröpfung bis zu 5 m. Das davon berührte Bauvolumen könnte bei einem Neubau auf dem Baugrundstück, ohne weiteres ganz kompensiert werden. Insbesondere auf der Südseite, wo das bestehende Gebäude einen Abstand zum benachbarten Grundstück von 7,74 m einhält, gemäss Art. 3 BZO indessen (lediglich) einen Grundabstand von 5 m einhalten müsste, könnte der bestehende Grundriss bzw. das Volumen erweitert werden. Der Umbau der bestehenden Baute bietet somit nicht Überbaumöglichkeiten, welche mit einem Neubau nicht realisierbar wären. Das umstrittene Bauvorhaben läuft deshalb nicht auf eine Umgehung der Baulinie hinaus und ist nicht als neubauähnliche Umgestaltung zu würdigen.

### **E. 2.2.3**

Zusammengefasst ergibt sich, dass das Bauprojekt nicht das Ausmass einer neubauähnlichen Umgestaltung annimmt, sondern als weiter gehende Vorkehren im Sinn von § 101 Abs. 2 PBG qualifiziert werden kann. Solche können bewilligt werden, wenn die Baulinie in absehbarer Zeit nicht durchgeführt werden soll und wenn mit sichernden Nebenbestimmungen zur baurechtlichen Bewilligung ausgeschlossen wird, dass das Gemeinwesen bei Durchführung der Baulinie den entstandenen Mehrwert zu entschädigen hat. Die Bau- und Planungskommission Thalwil hat in Dispositiv-Ziff. 1.3 der Baubewilligung vom 2. März 2006 die Anmerkung eines entsprechenden Mehrwertrevers zulasten des Baugrundstückes im Grundbuch statuiert. Auch hat sie in der Rekursantwort vom 15. Mai 2006 ausgeführt, dass das Quartier überbaut sei und die Baulinie in absehbarer Zeit nicht durchgeführt werden soll. Diese Ausführungen sind überzeugend, umso mehr, als auch die südlich des Baugrundstückes liegenden nachbarlichen Liegenschaften die Baulinie im gleichen Ausmass wie das Einfamilienhaus Assek.-Nr. 01 überstellen und eine Verbreiterung der M-Strasse mit Anpassung all dieser Bauten völlig unwahrscheinlich ist. Schliesslich stehen dem Bauvorhaben auch keine öffentlichen oder überwiegenden nachbarlichen Interessen entgegen. Die Liegenschaft Kat.-Nr. 04, M-Strasse, des privaten Beschwerdegegners liegt auf der anderen Strassenseite und ist gegenüber dem Baugrundstück erhöht. Durch das Umbauvorhaben wird dieses Grundstück nicht oder jedenfalls nicht wesentlich mehr beeinträchtigt als bei einem Neubauvorhaben auf dem Baugrundstück.

### **E. 3.1**

Der heutige private Beschwerdegegner hat in seiner Rekurschrift vom 19. April 2006 die Bewilligungsfähigkeit auch deshalb verneint, weil das bestehende Einfamilienhaus bereits über zwei Vollgeschosse und ein Dachgeschoss verfüge und demgemäss eine Aufstockung um ein weiteres Vollgeschoss nicht zulässig sei. Demgegenüber hat die Bau- und Planungskommission Thalwil die Baubewilligung hinsichtlich der Geschossigkeit gestützt auf § 357 PBG erteilt, weil das Gebäude 1960 entsprechend der damals gültigen Bau- und Zonenordnung von 1936 vorschriftsgemäss erstellt worden sei. Nach jener Bauordnung durften Untergeschosse talseits bis 3 m und bergseits bis 30 cm über das Terrain hinausragen. Unter Würdigung der ursprünglichen Baubewilligung und den damals geltenden Vorschriften verfüge das bestehende Gebäude über ein Vollgeschoss, ein nicht anrechenbares Untergeschoss und ein Dachgeschoss und sei die Aufstockung zulässig. Zudem respektiere das Bauvorhaben die zulässige Gebäudehöhe und Firsthöhe.

### **E. 3.2**

§ 357 Abs. 1 PBG regelt die Änderung an bestehende Bauten und Anlagen, welche ursprünglich materiell rechtmässig waren, indessen durch Rechtsänderung heute den Bauvorschriften widersprechen (vgl. Willi, S. 89). Die im Zusammenhang mit der Anwendung von § 357 PBG ergangenen Ausführungen der Bau- und Planungskommission Thalwil, das bestehende Einfamilienhaus habe bei Erstellung im Jahr 1960 den damals geltenden Bauvorschriften entsprochen, bestätigen allein die ursprüngliche Rechtmässigkeit. Ob das Einfamilienhaus als bestehende Baute oder Anlagen im Sinn von § 357 PBG vorschriftswidrig und diese Gesetzesvorschrift anwendbar ist, bestimmt sich aber allein nach den geltenden Baupolizeivorschriften und nicht nach den Vorschriften im Zeitpunkt der Erstellung der Baute bzw. Anlage.

#### **E. 3.2.1**

Gemäss Art. 3 BZO sind in der Wohnzone W2 maximal zwei Vollgeschosse und ein Dachgeschoss zulässig; ein anrechenbares Untergeschoss ist nicht gestattet. Unter dem Randtitel "Anrechenbarkeit" bestimmt § 276 PBG, dass als Geschosse Vollgeschosse, Dach- und Untergeschosse mit Wohn-, Schlaf- oder Arbeitsräumen sowie andere Untergeschosse zählen, die mehrheitlich über dem gewachsenen Boden liegen (Abs. 1). In allen Bauzonen können Vollgeschosse durch Dach- oder Untergeschosse ersetzt werden; zusammengerechnet dürfen sie jedoch die erlaubte Zahl der Vollgeschosse nicht überschreiten (Abs. 2).

#### **E. 3.2.2**

Das Untergeschoss des Hauses L-Strasse 03 weist keine Wohn-, Schlaf- oder Arbeitsräume auf. Entgegen den vom heutigen Beschwerdeführer in der Rekurschrift vertretenen Auffassung stellt auch der in den Baugesuchsplänen als "Sauna" bezeichnete Raum keinen Wohn-, Schlaf- oder Arbeitsraum dar, denn zu einem solchen Zweck ist der über keine Fenster verfügende Raum, der keine direkte Verbindung zu anrechenbaren Räumen hat, nicht verwendbar. Das Untergeschoss liegt indessen nach den Baugesuchsplänen mehrheitlich über dem gewachsenen Boden und ist daher laut § 276 Abs. 1 PBG anrechenbar. Da in der W2 kein anrechenbares Geschoss zulässig ist, ersetzt es entsprechend § 276 Abs. 2 PBG ein Vollgeschoss. Das Gebäude Assek.-Nr. 01 weist damit zwei Vollgeschosse und ein anrechenbares Dachgeschoss auf. Insofern, d.h. hinsichtlich der Geschossigkeit, entspricht es der Bauordnung und findet § 357 Abs. 1 PBG keine Anwendung. Indessen würde eine Aufstockung gegen die Geschosszahlvorschriften verstossen und ist das streitige Bauvorhaben aus diesem Grund nicht bewilligungsfähig.

#### **E. 3.2.3**

Dass das Untergeschoss des Hauses Assek.-Nr. 01 mehrheitlich über dem gewachsenen Terrain liegt entspricht dem in den Baugesuchsplänen eingezeichneten gewachsenen Terrain und wurde sowohl im Rekurs- als auch im Beschwerdeverfahren nie bestritten. Indessen bestehen erhebliche Zweifel, ob das heute bestehende Terrain, welches in den Baugesuchsplänen als gewachsenes Terrain eingezeichnet ist, auch tatsächlich ein solches im Sinn von § 276 Abs. 1 PBG darstellt. Gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung ist bei Änderung oder Erweiterung einer bestehenden Baute als gewachsenes Terrain das Terrain bei Einreichung des ursprünglichen Gesuches und nicht das Terrain bei Einreichung eines Änderungs- oder Erweiterungsgesuches massgebend (RB 2005 Nr. 75 = BEZ 2006 Nr. 9). Nur diese Auslegung von § 5 der Allgemeinen Bauverordnung vom 22. Juni 1977

führt zu einer gesetzeskonformen und sinnvollen Rechtsanwendung. Die Hanglage sowie die Ausgestaltung des Untergeschosses, welches bergseitig nur geringfügig über dem Terrain liegt, talseitig jedoch mit Garage und Sitzplatz vollständig sichtbar ist, lässt vermuten, dass das Terrain bei Erstellung des Einfamilienhauses im Jahr 1960 talseitig abgegraben wurde. Falls dies zuträfe, würde das bestehende Einfamilienhaus – neben einem nicht anrechenbaren Untergeschoss – ein Vollgeschoss und ein Dachgeschoss aufweisen und wäre die Aufstockung um ein Vollgeschoss zulässig. Die entsprechenden Untersuchungen sind durch die Vorinstanz durchzuführen. Diese wird zweckmässigerweise von der Gemeinde Thalwil die früheren Bauakten beiziehen. Sollten diese bezüglich des Terrainverlaufs bei Erstellung der Baute nicht schlüssig sein, so wird die Rekursbehörde den Baugesuchstellern die Möglichkeit einräumen müssen, den Terrainverlauf bei Bauerstellung mittels anderer Unterlagen nachzuweisen. Ist dies nicht möglich, so treffen die Folgen der Beweislosigkeit die Baugesuchsteller.

#### **E. 4**

Zusammengefasst ergibt sich, dass das streitige Bauvorhaben hinsichtlich der Anwendung von § 101 PBG bewilligungsfähig ist. Es bleibt indessen zu prüfen, ob es gegen die in der Wohnzone W2 geltenden Bestimmungen hinsichtlich der zulässigen Geschosse und Geschosshöhen verstösst. Die Sache ist daher an die Vorinstanz zur weiteren Untersuchung zurückzuweisen.

#### **E. 5**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten je zur Hälfte den Parteien aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 70 VRG). Die Voraussetzungen von § 17 Abs. 2 VRG für die Zusprechung einer Parteientschädigung sind nicht gegeben.

#### **E. 6**

Beim vorliegenden Rückweisungsentscheid handelt es sich um einen Zwischenentscheid (vgl. BGE 129 I 313 E. 3.2), gegen den nur ausnahmsweise – unter den Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 – Beschwerde an das Bundesgericht erhoben werden kann (vgl. statt vieler Regina Kiener, Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Pierre Tschannen [Hrsg.], Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Berner Tage für die juristische Praxis BTJP 2006, S. 230 f. mit weiteren Hinweisen). Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist der Einschätzung der Parteien überlassen und letztlich vom Bundesgericht zu beurteilen. Demgemäss entscheidet die Kammer :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.