

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00309 vom 16. Januar 2008

ZH Verwaltungsgericht, 2008-01-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2007.00309

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00309 du 16 janvier 2008

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00309 del 16 gennaio 2008

Regeste

Baubewilligung | Arealüberbauung. Auslegung der kommunalen Abgrabungsvorschrift. Die kommunale Abgrabungsvorschrift sieht vor, dass das Freilegen von Untergeschossen nur bis zu 1.5 m unterhalb des gewachsenen Terrains zulässig ist und dass Abgrabungen gesamthaft nicht mehr als die Hälfte des Gebäudeumfangs betreffen dürfen. Die Praxis der kommunalen Baubehörde, wonach Abgrabungen im Verhältnis zum Gebäudeumfang pro Geschoss beurteilt werden, widerspricht dem Wortlaut der Bestimmung. Triftige Gründe für eine vom Wortlaut abweichende Auslegung liegen keine vor. Vorliegend spricht auch die ausnutzungsbeschränkende Funktion der Abgrabungsvorschrift gegen die Praxis der Baubehörde (E. 2). Es ist davon auszugehen, dass in der Vergangenheit tatsächlich eine eigentliche gesetzwidrige Praxis der kommunalen Baubehörde bestand. Dass diese Praxis während mehr als zehn Jahren in anderen Fällen unangefochten angewandt wurde, rechtfertigt noch keine Gleichbehandlung im Unrecht. Denn grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass die Baubehörde dem Entscheid des Verwaltungsgerichts Folge leistet und ihre gesetzwidrige Praxis aufgibt (E. 3.3). Der bestehende Mangel kann nicht mittels einer Nebenbestimmung behoben werden (E. 3.4). Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2007.00309 Entscheid der 1. Kammer vom 16. Januar 2008 Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Keiser (Vorsitz) , Verwaltungsrichter Robert Wolf, Verwaltungsrichter Hans Peter Derksen, Gerichtsssekretärin Tanja Pekeljevic. In Sachen

E. 1.1

F,

E. 1.2

G,

E. 2

Hochbau- und Planungsausschuss Männedorf, vertreten durch RA L, Beschwerdegegnerschaft , betreffend Baubewilligung, hat sich ergeben: I. Mit Beschluss vom 14. September 2006 erteilte der Hochbau- und Planungsausschuss Männedorf der J AG die baurechtliche Bewilligung für die Realisierung der Arealüberbauung "Q" auf dem Grundstück Kat.-Nr. 01 an der R-Strasse in Männedorf. Die in Dispositiv-Ziff. 3 des Beschlusses vorbehaltene, nach Art. 28 Ziff. 19 der Gemeindeordnung erforderliche Genehmigung durch den Gemeinderat erfolgte am 4. Oktober 2006. II. Den hiergegen erhobenen Rekurs von G, F und H wies die Baurekurskommission II nach Durchführung

eines Augenscheins mit Entscheid vom

E. 2.1

§ 293 Abs. 4 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) bestimmt, dass die Bau- und Zonenordnung die Freilegung von Untergeschossen näher regeln kann. Die geltende Bau- und Zonenordnung enthält in Ziff. 10.6 diesbezüglich folgende Regelung: "10.6.1 Das Freilegen von Untergeschossen ist nur bis zu 1.5 m unterhalb des gewachsenen Terrains zulässig. Von dieser Regelung ausgenommen sind Kellerzugänge, Hauseingänge sowie Einfahrten zu Einzel-, Doppel- oder Sammelgaragen. 10.6.2 Die Abgrabungen dürfen gesamthaft nicht mehr als die Hälfte des Gebäudeumfanges betreffen." Bei dieser Regelung handelt es sich um kompetenzgemäss erlassenes kommunales Recht. Dessen Anwendung obliegt in erster Linie der kommunalen Bewilligungsbehörde, welche die Verhältnisse an Ort und Stelle am besten kennt und die Gesetzgebung seinerzeit beratend bzw. antragstellend begleitet hat. Stellen sich bei der Anwendung solchen Rechts Auslegungsfragen, so ist deren Beantwortung durch die Baubehörde der Gemeinde dann zu schützen, wenn sie als vertretbar und nicht rechtsverletzend erscheint. Solche Entscheide dürfen daher von den kantonalen Rechtsmittelinstanzen nur mit Zurückhaltung überprüft werden (RB 2000 Nr. 103 = BEZ 2000 Nr. 19).

E. 2.2

Mit Beschluss vom 8. Juli 1997 hat die kommunale Baubehörde einen Grundsatzentscheid über die Auslegung von Ziff. 10.6 BZO getroffen. In Bezug auf Ziff. 10.6.2 beschloss sie folgende Praxis: "3. Als Gebäudeumfang wird der jeweilige projizierte Grundriss (pro Geschoss) in die Berechnung miteinbezogen. 4. Abgrabungen im Verhältnis zum Gebäudeumfang werden pro Geschoss erhoben." Die Baubehörde erwog, für die Definition des Gebäudeumfanges gebe es verschiedene Möglichkeiten, nämlich der projizierte Grundriss, der Umfang jedes einzelnen Geschosses oder die Abwicklung entlang des gewachsenen Bodens beim Fassadendurchstoss. Es empfehle sich, zur Berechnung des Gebäudeumfanges für alle Bauten den normalerweise verwendeten projizierten Grundriss zu verwenden. Dies sei ein übliches und relativ einfach zu handhabendes Mass. Zur Beurteilung bzw. Bemessung der Abgrabung erwog die Baubehörde, die Berechnung der Abgrabungen in Bezug auf den Gebäudeumfang könne analog zur Definition der maximal zulässigen Gebäudehöhe gesehen werden. Theoretisch würden unendlich viele horizontale Schnitte gelegt und an keiner Stelle dürften die Abgrabungen mehr als die Hälfte des an diesem Punkte existierenden Gebäudeumfanges betragen. Es sei zu erwarten, dass am jeweils tiefsten Punkt eines Geschosses das Abgrabungsmass seine längste Ausdehnung habe. Damit könne festgestellt werden, dass eine Betrachtung pro Geschoss angebracht erscheine. Die Beschränkung der zulässigen Abgrabungen durch diese Regelung könne allerdings durch eine Vergrösserung des Geschosses bergseits umgangen werden. Damit würde der Gebäudeumfang vergrössert und somit der Anteil der Abgrabungen am Umfang verringert. In Hanglagen komme der Beschränkung der Abgrabungen durch das Verbot der Freilegung von Terrain unterhalb von 1.5 m des gewachsenen Bodens grössere Bedeutung zu als durch die Einschränkung auf die Hälfte des Gebäudeumfanges. Auch sich ergebende unverhältnismässige Aufwendungen limitierten eine Verlängerung des Gebäudeumfanges durch Unterniveaueusbauten ausschliesslich zur Umgehung der Bestimmung von Ziff. 10.6.2 BZO. Die Bemessung des Gebäudeumfanges erstrecke sich sinnvollerweise über die gesamte zugehörige Grundrissfläche. Nur eine anteilmässige Anrechnung über die Wohnfläche stünde im Widerspruch zum Text in der Bau- und Zonenordnung bezüglich

Gebäudeumfang und dürfte in Rekursfällen kaum Aussicht auf Bestand haben.

E. 2.3

Der Begriff "Gebäudeumfang" wird weder im kantonalen noch im anwendbaren kommunalen Recht definiert. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz kann nicht entscheidend sein, wie die ähnlich lautenden Regelungen in anderen Gemeinden regelmässig ausgelegt und angewandt werden, solange die Auslegung der kommunalen Baubehörde ebenfalls als vertretbar und nicht rechtsverletzend erscheint. Gegen die Auslegung der kommunalen Baubehörde spricht der Wortlaut von Ziff. 10.6.2 BZO. Es ist vorgesehen, dass die Abgrabungen gesamthaft nicht mehr als die Hälfte des Gebäudeumfanges betreffen dürfen. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die Abgrabungen in Bezug auf ihre horizontale Ausdehnung nicht pro Geschoss, sondern in ihrem ganzen Ausmass zusammen betrachtet werden sollen. Triftige Gründe dafür, weshalb sich eine von diesem Wortlaut abweichende Auslegung der Bestimmung rechtfertigen soll, haben die kommunale Baubehörde und die private Beschwerdegegnerin nicht vorgebracht. Die Analogie zur Gebäudehöhe vermag nicht zu überzeugen. Die Gebäudehöhe selbst wird nicht für jeden vertikalen Schnitt separat, sondern einheitlich an einem definierten Ort (von der Schnittlinie zwischen Fassadenfläche und Dachfläche auf den darunter liegenden gewachsenen Boden) festgelegt. Mit den unendlich vielen Schnitten wird lediglich geprüft, ob die so definierte Gebäudehöhe eingehalten wird. Die Begründung, eine Betrachtung pro Geschoss erscheine angebracht, weil zu erwarten sei, dass am jeweils tiefsten Punkt eines Geschosses das Abgrabungsmass seine längste Ausdehnung habe, ist nicht nachvollziehbar. Wie bereits die Vorinstanz zu Recht festhielt, spricht auch die ausnützungsbeschränkende Funktion der Abgrabungsvorschrift gegen die von der Baubehörde geübte Anwendung von Ziff. 10.6.2 BZO (vgl. Entscheid der Vorinstanz, E. 4.7). Die Bau- und Zonenordnung regelt die bauliche Grundstücksnutzung mittels der Baumassenziffer und der Festlegung der zulässigen Gebäudehöhe. Geschossvorschriften bestehen keine (vgl. Ziff. 5.1.4 BZO). Für die Berechnung der Baumassenziffer gelten nur die über dem gewachsenen Boden liegenden Gebäudeteile als anrechenbare Bereiche (§ 258 Abs. 1 PBG in Verbindung mit § 12 Abs. 1 der Allgemeinen Bauverordnung vom 22. Juni 1977). Über die kommunale Abgrabungsvorschrift wird daher festgelegt, inwieweit ein ganz oder teilweise unter dem bestehenden gewachsenen Boden befindliches Untergeschoss zu Wohn-, Schlaf- oder Arbeitszwecken genutzt werden kann. Die von der kommunalen Baubehörde vertretene Auslegung von Ziff. 10.6.2 BZO führt im vorliegenden Fall dazu, dass dank der Abgrabungen bei allen Gebäuden ausser dem Gebäude E das Untergeschoss teilweise und das Erdgeschoss auf der ganzen Ebene zu Wohnzwecken genutzt werden können. Bei einer gesamthaften Betrachtung der Abgrabungen müsste entweder auf die Freilegung des Untergeschosses oder des hinteren Teils des Erdgeschosses verzichtet werden; es wäre demnach eine geringere Nutzung möglich. Angesichts dessen, dass das zulässige Nutzungsausmass mit der Baumassenziffer festgelegt wurde, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der kommunale Gesetzgeber mit der Regelung in Ziff. 10.6.2 BZO eine erweiterte Nutzung erlauben wollte. Insgesamt ergibt sich damit, dass die Vorinstanz die Auslegung von Ziff. 10.6.2 BZO durch die kommunale Behörde zu Recht als nicht mehr vertretbar beurteilt hat. Die Feststellung der Vorinstanz, bei einer horizontalen Beschränkung der Abgrabungen auf die Hälfte des Umfangs des Gesamtkubus sei das zulässige Abgrabungsmass beim vorliegenden Projekt klarerweise überschritten, ist im Beschwerdeverfahren zu Recht unbestritten geblieben. 3. 3.1 Trotz des Verstosses gegen die kommunale Abgrabungsvorschrift hat die Vorinstanz den Rekurs gegen die

Baubewilligung abgewiesen. Zur Begründung führte sie aus, die Bauherrschaft habe einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht. Die Beschwerdeführenden bringen vor, die Voraussetzungen für eine Gleichbehandlung im Unrecht seien nicht erfüllt. 3.2 Der Umstand, dass das Gesetz in einigen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt dem Bürger grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich 2002, Rz. 518). Das gilt allerdings nur, wenn lediglich in einem oder in einigen wenigen Fällen eine vom Gesetz abweichende Behandlung dargetan ist. Wenn es dagegen die Behörden ablehnen, die in andern Fällen geübte Praxis aufzugeben, kann der Bürger verlangen, dass die gesetzwidrige Begünstigung, die dem Dritten zuteil wird, auch ihm gewährt werde. Andererseits können dem ausnahmsweise einzuräumenden Anspruch auf Behandlung in Abweichung vom Gesetz gewichtige öffentliche Interessen oder das berechnete Interesse eines privaten Dritten an gesetzmässiger Rechtsanwendung entgegenstehen; hierüber ist im Einzelfall im Rahmen einer Interessenabwägung zu entscheiden (BGE 123 II 248 E. 3c mit Hinweisen). Die Berufung auf Gleichbehandlung im Unrecht ist namentlich dann nicht zulässig, wenn eine Behörde bisher eine gesetzwidrige Praxis geübt hat, diese durch eine Rechtsmittelinstanz als unzulässig beurteilt worden ist und – was in der Regel zutrifft – anzunehmen ist, die Behörde werde sich in Zukunft an die oberinstanzlich festgelegte Praxis halten (BGr, 10. September 2001, 1P.392/2001, E. 3a, www.bger.ch). Äussert sich die Verwaltung nicht über ihre Absicht, ist anzunehmen, sie werde aufgrund der Erwägungen des richterlichen Urteils zu einer gesetzmässigen Praxis übergehen (BGE 122 II 446 E. 4a). 3.3 Aufgrund des Grundsatzentscheides vom 8. Juli 1997 ist davon auszugehen, dass in der Vergangenheit tatsächlich eine eigentliche gesetzwidrige Praxis der kommunalen Baubehörde bestand. Dass diese Praxis während mehr als zehn Jahren in anderen Fällen unangefochten angewandt wurde, rechtfertigt noch keine Gleichbehandlung im Unrecht. Denn grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass die Baubehörde dem Entscheid des Verwaltungsgerichts Folge leistet und ihre gesetzwidrige Praxis aufgibt. Die Vorinstanz ist aufgrund von Aussagen der Vertreter der kommunalen Baubehörde anlässlich des Lokaltermins davon ausgegangen, dass der Rekursentscheid die Exekutive dazu veranlassen werde, der Legislative im Rahmen der nächsten Revision der Bau- und Zonenordnung eine entsprechende Anpassung von Ziff. 10.6 BZO zu beantragen. Eine solche Absicht würde jedoch keine Missachtung der heute geltenden Bestimmung rechtfertigen. Zudem steht noch keineswegs fest, ob die Gemeindeversammlung der beabsichtigten Änderung der Bau- und Zonenordnung zustimmen wird. Im Übrigen fehlen eindeutige Aussagen der Gemeindevertreter zu einer beabsichtigten Änderung der Bau- und Zonenordnung. Die Vertreterin der Baubehörde führte anlässlich des vorinstanzlichen Augenscheins aus, die Abgrabungsvorschrift werde von der Gemeinde seit zehn Jahren in der fraglichen Weise angewendet. Wenn die Vorinstanz die vom Bauausschuss beschlossene Anwendung von Ziff. 10.6 BZO nun als unzulässig taxiere, so würde dies von der Gemeinde nicht verstanden. Ein solcher Entscheid führte auch zu Ungleichheiten im Vergleich zu denjenigen Personen, welche bisher in der umstrittenen Weise Abgrabungen vornehmen durften. Damit gab die kommunale Baubehörde nur ihre Bedenken in Bezug auf ein entsprechendes Urteil der Vorinstanz bekannt, ohne sich dazu zu äussern, ob sie trotzdem an ihrer bisherigen Praxis festhalten werde. Obwohl die Vorinstanz in ihrem Entscheid festhielt, dass in einem künftigen Entscheid gegenteilig entschieden würde, sofern nicht tatsächlich eine Anpassung von Ziff. 10.6 BZO erfolge, hat die Beschwerdegegerin 2 in ihrer Beschwerdeantwort mit keinem

Wort erwähnt, ob sie eine entsprechende Anpassung überhaupt beabsichtigt oder schon vorbereitet hat. Es ist daher anzunehmen, dass die kommunale Baubehörde aufgrund der Erwägungen im vorliegenden Entscheid zu einer gesetzmässigen Praxis übergehen wird. Nötigenfalls werden die Rechtsmittelinstanzen die Baudirektion als Aufsichtsbehörde einzuschalten haben. 3.4 Können inhaltliche oder formale Mängel eines Bauprojekts ohne besondere Schwierigkeiten behoben werden, wird die Bewilligung dennoch erteilt und mit den Nebenbestimmungen verbunden, die zur Schaffung oder Erhaltung des rechtmässigen Zustands erforderlich sind (§ 321 Abs. 1 PBG). Dieses Vorgehen kommt indessen nur in Frage, wenn die Mängel des Bauvorhabens untergeordneter Natur sind; führen diese zu einer wesentlichen Projektänderung, können sie nicht mittels einer Nebenbestimmung behoben werden (VGr, 21. November 2007, VB.2007.00180, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen, www.vgrzh.ch). Vorliegend betreffen die unzulässigen Abgrabungen alle fünf projektierten Gebäude. Es kann deshalb nicht mehr von einem untergeordneten Mangel gesprochen werden. Zudem sieht das jetzige Projekt Abgrabungen an allen Gebäudeseiten vor. Es ist unklar, welche Auswirkungen die Reduktion der Abgrabungen auf die Gestaltung und Nutzung der einzelnen Gebäude haben wird. Insbesondere wäre anhand des überarbeiteten Projekts erneut zu prüfen, ob dieses den erhöhten Anforderungen, die eine Arealüberbauung zu erfüllen hat, genügt. Der bestehende Mangel kann deshalb nicht mittels einer Nebenbestimmung behoben werden. 4. Damit ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Entscheid sowie die Baubewilligung aufzuheben sind. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des Rekurs- und des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerschaft je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Eine Parteientschädigung steht ihr von vornherein nicht zu. Überdies ist die Beschwerdegegnerin 1 zu einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführenden für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer :

E. 5

Juni 2007 ab. III. Mit Eingabe vom 9. Juli 2007 erhoben G, F und H beim Verwaltungsgericht Beschwerde gegen den Entscheid der Baurekurskommission II und beantragten, der angefochtene Entscheid und die Baubewilligung seien aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der privaten Beschwerdegegnerschaft. Die Baurekurskommission II beantragte am 14. August 2007 ohne weitere Bemerkungen die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdegegnerschaft beantragte am 19. September bzw. 19. Oktober 2007 ebenfalls Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführenden. Die Kammer zieht in Erwägung: 1. Die private Beschwerdegegnerin beabsichtigt, auf dem Grundstück Kat.-Nr. 01 eine Arealüberbauung zu realisieren, die sich aus fünf Flachdachbauten mit weitgehend verglasten Fassaden zusammensetzt. Das 7'230 m² grosse Baugrundstück gehört nach der geltenden Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Männedorf vom 30. September 1996 (BZO) zum Teil der Wohnzone W 1.7 (hangseitiger Bereich) und zum Teil der Wohnzone W 2.2 an. Es liegt nordseits der R-Strasse in Männedorf an einem nach Süden abfallenden Hang. Im südlichen Bereich des unregelmässig geformten Baugrundstücks ist das Gebäude E geplant, welches zwei anrechenbare Untergeschosse, zwei Vollgeschosse und ein Attikageschoss aufweist. Die selbe Zahl an Geschossen ist auch bei den im mittleren Teil der Parzelle geplanten Gebäuden C und D vorgesehen. Die hangseits anschliessenden Gebäude A und B unterscheiden sich von den übrigen Gebäuden dadurch, dass sie nur über

ein Vollgeschoss verfügen. Bei sämtlichen projektierten Gebäuden sind Abgrabungen auf allen Gebäudeseiten geplant. Die Beschwerdeführenden bemängeln wie schon im Rekursverfahren die projektierten Abgrabungen, die Höhe des Gebäudes D sowie generell die Arealüberbauungsqualität des gesamten Projektes. 2. Die Vorinstanz hat die Auslegung der kommunalen Abgrabungsvorschrift durch die kommunale Baubehörde als nicht (mehr) vertretbar beurteilt und kam zum Schluss, dass das zulässige Abgrabungsmass bei richtiger Auslegung vorliegend klarerweise überschritten sei. Die Beschwerdegegnerschaft ist der Ansicht, die Vorinstanz habe unzulässigerweise in das Ermessen der kommunalen Baubehörde bei der Auslegung der kommunalen Abgrabungsbestimmungen eingegriffen. Hierzu ist sie berechtigt (RB 1983 Nr. 22).

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