

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00528 vom 12. Januar 2011**

ZH Verwaltungsgericht, 2011-01-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2010.00528](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2010.00528)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00528 du 12 janvier 2011

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00528 del 12 gennaio 2011

## **Regeste**

Baubewilligung | Baubewilligung: Beurteilung einer altrechtlichen Überbauung nach den heutigen Regeln betreffen Arealüberbauungen; Baumassenberechnung; Einordnung. Bei der Ermittlung der Baumassenreserve ist nicht nach den für Arealüberbauung geltenden Vorschriften vorzugehen, wenn das Baugrundstück zu einer Überbauung gehört, welche 1959 bewilligt wurde, als das geltende Recht keine Vorschriften betreffend die Gebäudehöhe, die bauliche Ausnützung oder die Zulässigkeit von Arealüberbauungen enthielt. Dem steht vorliegend entgegen, dass die damals bewilligte Überbauung keine Bauvorschriften verletzte und dass die Bewilligung nicht mit einer entsprechenden Nebenbestimmung versehen wurde (E. 1.4-1.6). Beim vorliegenden Neubauvorhaben ist eine neue Baumassenberechnung vorzunehmen. Es kann nicht auf eine frühere, den Umbau einer Liegenschaft auf der gleichen Parzelle betreffende Baubewilligung abgestellt werden (E. 2.4). Der klare Wortlaut von § 258 Abs. 2 PBG belässt dem Verwaltungsgericht keinen Spielraum, abgestützte Balkone bei der Baumassenberechnung gleich zu behandeln wie freitragende (E. 2.5). Teilweise Gutheissung und Rückweisung an die kommunale Baubehörde.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

B ,

#### **E. 1.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe das geplante Neubauvorhaben – insbesondere bei der Ermittlung der Baumassenreserve – zu Unrecht nach den für Arealüberbauungen geltenden Regeln beurteilt. Dies sei unzulässig, da auf dem Baugrundstück kein entsprechender Ausnützungsrevers laste. Der Einbezug anderer Grundstücke sei mangels entsprechender Nebenbestimmung unzulässig. Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz seien nicht einschlägig, da das Baugrundstück nicht Teil eines Arealüberbauungsgrundstücks gewesen und nicht mit einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung belegt worden sei, welche die künftige Bebauung eingeschränkt habe. Es fehle an einer Rechtsgrundlage, um die mit Beschluss vom 7. September 1959 bewilligte Überbauung als Arealüberbauung zu qualifizieren. Eine Beurteilung des Bauvorhabens nach für Arealüberbauungen geltenden Regeln verbiete sich schon deshalb, weil die geltende Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Pfäffikon (BZO) das Institut der Arealüberbauung nicht kenne.

#### **E. 1.2**

Die Beschwerdegegner machen demgegenüber geltend, die Überbauung mit den beiden fünfgeschossigen Gebäuden sei mit Beschluss vom 7. September 1959 nur deshalb bewilligt worden, weil eine einheitliche Überbauung unter Freilassung grösserer Freiflächen zur Diskussion gestanden habe. Dem Umstand, dass die BZO heute das Institut der Arealüberbauung nicht kenne, komme keine entscheidende Bedeutung zu. Es sei nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von einer die Wesensmerkmale einer Arealüberbauung aufweisenden Gesamtüberbauung ausgegangen sei. Eine Regelüberbauung stehe jedenfalls nicht zur Diskussion.

### **E. 1.3**

Die Vorinstanz stellte fest, dass es in der Gemeinde Pfäffikon keine Vorschriften betreffend die Gebäudehöhe, die bauliche Ausnützung oder die Zulässigkeit von Arealüberbauungen gab, als am 7. September 1959 die Bewilligung für die ursprüngliche Überbauung erteilt wurde. Mit dieser Bewilligung sei zwar nicht von der damaligen Grundordnung abgewichen worden, die Baubehörde sei jedoch von ihrer bisherigen Bewilligungspraxis abgewichen. Aus der Argumentation der Baubehörde gehe hervor, dass die fünfgeschossigen Bauten im Kontext der gesamten Überbauung als gerechtfertigt erachtet worden seien, weil in der teilweisen Abweichung von der üblichen dreigeschossigen Bauweise eine bessere Lösung für die gesamte Überbauung erblickt worden sei. Dies gelte insbesondere hinsichtlich der Freiflächen, da mit der höheren Geschosshöhe explizit nicht eine dichtere Bauweise ermöglicht werden sollen. Es sei daher davon auszugehen, dass die fünfgeschossigen Bauten losgelöst von der übrigen Überbauung nicht bewilligt worden wären und dass erst die Vorteile, die sich aus der höhergeschossigen Bauweise für die Qualität der gesamten Überbauung ergeben hätten, die Ausnahmegewilligung gerechtfertigt hätten; dies im Gegenzug zum gewährten Geschosshöhenprivileg. Der Grundgedanke jener Bewilligung habe dem von Arealüberbauungen nach geltendem Recht entsprochen, indem für eine zu erbringende Überbauungsqualität bauliche Privilegien gewährt worden seien. Es sei daher bei der Ermittlung der Baumassenreserve des streitbetreffenden Grundstücks nach den für Arealüberbauungen geltenden Regeln vorzugehen.

### **E. 1.4**

Es ist unbestritten, dass der Gemeinderat die Bewilligung vom 7. September 1959 nicht mit einer Nebenbestimmung verband, womit die Überbauung mit einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung belegt worden wäre, welche die künftige Bebauung einschränken sollte. Während die Beschwerdeführerin daraus direkt den Schluss zieht, dass eine solche Beschränkung auch heute nicht bestehen kann, leitet die Vorinstanz diese aus dem Umstand ab, dass es sich bei der am 7. September 1959 bewilligten Überbauung um eine die Wesensmerkmale einer Arealüberbauung aufweisende Gesamtüberbauung gehandelt habe (Entscheid der Vorinstanz, E. 3.4.4). Den entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden.

### **E. 1.5**

Eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung bedarf als Eingriff in die Eigentumsgarantie einer gesetzlichen Grundlage (VGr, 11. August 2010, VB.2010.00141, E. 2.1, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Eine noch nicht geltende Bestimmung genügt den Anforderungen an eine solche nicht (David Fries, Reverse in der zürcherischen Baurechtspraxis, Zürich 1990, S. 113 mit Hinweisen). Unbestrittenermassen enthielt das bei der

Bewilligungserteilung am 7. September 1959 anwendbare Recht keine Bestimmungen betreffend die Gebäudehöhe, die bauliche Ausnutzung oder die Zulässigkeit von Arealüberbauungen. Eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung konnte daher durch die Bewilligung nicht entstehen, ohne dass der Gemeinderat die Bewilligung mit einer entsprechenden Nebenbestimmung verbunden hätte. Ob er dazu befugt gewesen wäre, braucht vorliegend nicht geklärt zu werden. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass nur Nebenbestimmungen zulässig sind, welche im geltenden Recht eine Grundlage besitzen (VGr, 13. September 1979, ZBl 81/1980 S. 130 mit Hinweisen). In der Ermächtigung der Baubehörde, eine Bauverweigerung auszusprechen, ist allerdings als Minus auch das Recht und die Pflicht zur Anordnung einer Nebenbestimmung mitenthalten, wenn ein Mangel des Bauvorhabens durch diese ohne besondere Schwierigkeiten behoben werden kann. Vorliegend hätte der Grund für eine Bauverweigerung nur darin bestehen können, dass zwei Gebäude über fünf Geschosse verfügten. Dieser Mangel hätte durch eine Ausnutzungsbeschränkung nicht behoben werden können, weshalb sich die nebenbestimmungsweise Anordnung einer Ausnutzungsbeschränkung – gerade in Abwesenheit von gesetzlichen Bestimmungen betreffend die zulässige Ausnutzung – nicht ohne Weiteres auf eine gesetzliche Grundlage hätte abstützen lassen.

#### **E. 1.6**

Nach dem Gesagten können an die Baubewilligung vom 7. September 1959 mangels einer gesetzlichen Grundlage nicht aufgrund ihrer Begründung die gleichen Rechtsfolgen geknüpft werden, wie wenn es sich dabei um die Bewilligung einer Arealüberbauung im Sinn von § 69 ff. des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) gehandelt hätte. Eine solche Gleichbehandlung verbietet sich zudem auch, wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt, weil die Bewilligung vom 7. September 1959 gewisse Merkmale einer Arealüberbauungsbewilligung gerade nicht aufwies. Insbesondere wurde nicht von der Regelbauweise abgewichen. Vielmehr stellte die Bewilligung fünfgeschossiger Gebäude offenbar ein Novum dar. Ob eine Praxis bestand, wonach solche Gebäude nicht bewilligt wurden, wird aus der damals gewählten Formulierung nicht ersichtlich. Da nicht von der Regelbauweise abgewichen wurde, kann entgegen der Vorinstanz und der Stellungnahme der Gemeinde Pfäffikon nicht von einer Ausnahmbewilligung gesprochen werden. Vielmehr erteilte der Gemeinderat schlicht eine Bewilligung, was ihm die damalige Rechtslage ohne Weiteres erlaubte. Der Verweis auf den damals vorliegenden Entwurf einer Bauordnung diente lediglich als Argument für die Bewilligungserteilung. Schliesslich unterliess es der Gemeinderat gerade, die Baubewilligung mit einer Nebenbestimmung zu versehen, die etwa eine Sicherung der Freiflächen zum Gegenstand gehabt hätte.

#### **E. 1.7**

Aus der Baubewilligung vom 7. September 1959 kann somit nicht abgeleitet werden, dass bei der Ermittlung der Baumassenreserve nach den für Arealüberbauungen geltenden Regeln vorzugehen wäre. Ein anderer Grund, welcher die Massgeblichkeit der gesamten Fläche der ursprünglichen Überbauung zur Folge hätte, wurde nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Insbesondere ist die nach der Bewilligungserteilung erfolgte Parzellierung diesbezüglich nicht von Belang. Dass auf zwei der zur ursprünglichen Überbauung gehörenden Parzellen die zulässige Geschosshöhe überschritten wird, ist Folge der zwischenzeitlich eingetretenen Rechtsänderungen.

### **E. 1.8**

Der Schluss der Vorinstanz, für das strittige Bauvorhaben fehle ein Nachweis, inwieweit die benötigte Baumassenreserve nicht bereits durch die übrigen Bauten der ursprünglichen Gesamtüberbauung konsumiert werde, erweist sich als unbegründet. Ein solcher Nachweis ist nach dem Gesagten nicht erforderlich. Für die Berechnung der Baumassenreserve ist nur das Baugrundstück selber zu betrachten.

### **E. 2**

C, beide vertreten durch RA D, Beschwerdegegner, und Bauausschuss Pfäffikon, Mitbeteiligter, betreffend Baubewilligung, hat sich ergeben: I. Mit Beschluss vom 15. Februar 2010 erteilte der Bauausschuss der Gemeinde Pfäffikon A die baurechtliche Bewilligung für den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit drei Wohnungen auf dem Grundstück Kat.-Nr. 01 an der E-Strasse in Pfäffikon. II. Dagegen erhoben B und C Rekurs an die Baurekurskommission III. Diese hiess den Rekurs mit Entscheid vom 25. August 2010 gut, hob den Beschluss des Bauausschusses der Gemeinde Pfäffikon auf und wies das Geschäft zur Neu beurteilung des Bauvorhabens an die Behörde zurück. III. Mit Eingabe vom 29. September 2010 erhob A beim Verwaltungsgericht Beschwerde gegen den Entscheid der Baurekurskommission III und beantragte, dieser sei aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegner. Die Vorinstanz schloss am 28. Oktober 2010 ohne weitere Bemerkungen auf Abweisung der Beschwerde. B und C beantragten am 25. November 2010, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Baubehörde Pfäffikon stellte am 27. Oktober 2010 den Antrag, die Beschwerde sei gutzuheissen und der Entscheid der Baurekurskommission III sei aufzuheben. Die Kammer erwägt: 1.

#### **E. 2.1**

Die Vorinstanz erwog, die Baumassenberechnung für den strittigen Neubau könne anhand der vorliegenden Akten nicht nachvollzogen werden. Eine solche Berechnung fehle in den ihr vorgelegten Baugesuchsakten und – soweit ersichtlich – habe die Bauherrschaft auch keine solche Berechnung eingereicht. Die Baumassenberechnung des bestehenden Gebäudes sei nachvollziehbar, erweise sich aber insofern als falsch, als das Volumen der abgestützten Balkone nicht voll an die Baumasse angerechnet worden sei. Die Richtlinie der Gemeinde Pfäffikon erweise sich diesbezüglich als fehlerhaft. Überdies sei im Sanierungsprojekt des bestehenden Gebäudes die nachträglich anzubringende Aussenisolation fälschlicherweise nicht an die Baumassenziffer angerechnet worden. Bei der vorzunehmenden Ermittlung der Baumassenreserve sei die Baumasse des bestehenden Gebäudes nach bewilligtem Umbau von der maximal zulässigen Baumasse in Abzug zu bringen. Dabei sei die Aussenisolation anzurechnen.

#### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, die Baueingabe habe selbstverständlich auch eine Baumassenberechnung für den Neubau enthalten. Die Baumassenberechnung der Bewilligung vom 14. September 2009 sei in Rechtskraft erwachsen, weshalb die für den Neubau verbleibende Baumasse rechtsverbindlich festgelegt worden sei.

#### **E. 2.3**

Die Beschwerdegegner führen aus, die Baumassenberechnung, welche der Baubewilligung vom 14. September 2009 zugrunde liege, sei nicht rechtsverbindlich, da sich keine diesbezüglichen Ausführungen im Dispositiv des fraglichen Entscheids finden liessen. In Rechtskraft erwachse aber nur das Dispositiv. Die Beschwerdegegner hätten in ihrer Rekurschrift im Detail dargelegt, weshalb die Baumassenberechnung falsch sei. Angesichts des klaren Wortlauts von § 258 Abs. 2 PBG bestehe kein Raum, um die von der Beschwerdeführerin als stossend empfundene Ungleichbehandlung von abgestützten und nicht abgestützten Balkonen zu beheben.

#### **E. 2.4**

Ob sich das Dispositiv der Baubewilligung vom 14. September 2009 zur Baumassenberechnung äussert, ist vorliegend nicht entscheidend. Bei jener Bewilligung ging es um den Umbau des bestehenden Gebäudes. Vorliegend ist ein neues Bauvorhaben zu beurteilen. Dabei ist eine neue Baumassenberechnung vorzunehmen, die sich an den tatsächlichen Gegebenheiten orientieren muss. Die Vorinstanz stellte daher zutreffend fest, dass anlässlich der Prüfung des Neubauprojekts auf das tatsächlich realisierte oder gemäss bewilligten Plänen noch zu erstellende Bauvolumen abzustellen sei (Entscheid der Vorinstanz, E. 4.3). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auf Mängel bei der Baumassenberechnung des bestehenden Gebäudes hingewiesen hat.

#### **E. 2.5**

Soweit die Beschwerdeführerin sich gegen die Ungleichbehandlung von freitragenden und abgestützten Balkonen wendet, ist festzuhalten, dass der klare Wortlaut von § 258 Abs. 2 PBG dem Verwaltungsgericht keinen Spielraum einräumt, abgestützte Balkone gleich zu behandeln wie freitragende. Gemäss § 258 Abs. 2 PBG ist ein Abzug für Witterungsbereiche nur möglich, wenn sie sich unter vorspringenden freitragenden Bauteilen befinden. Sind Balkone nicht freitragend, sondern abgestützt, ist ein Witterungsabzug unzulässig (VGr, 19. Mai 1999, VB.98.00329, E. 2c/cc).

#### **E. 2.6**

Die Vorinstanz hat erwogen, beim Sanierungsprojekt des bestehenden Gebäudes sei die nachträglich anzubringende Aussenisolation fälschlicherweise nicht an die Baumassenziffer angerechnet worden (Entscheid der Vorinstanz, E. 4.3). Auf diese zutreffenden Ausführungen kann verwiesen werden (§ 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Die Beschwerdeführerin setzt sich damit nicht auseinander, weshalb sich weitere Ausführungen dazu erübrigen.

#### **E. 2.7**

Bei den Akten befindet sich weiterhin keine Baumassenberechnung für den Neubau. Aus der Baubewilligung und der Rekurschrift (Ziff. 21) wird allerdings ersichtlich, dass mit dem Baugesuch eine Baumassenberechnung eingereicht wurde, laut welcher die Baumasse 939 m

#### **E. 2.8**

Die Beschwerdeführerin erklärt sich bereit, falls der Witterungsabzug für die abgestützten Balkone unzulässig sei, die Balkone des bestehenden Gebäudes zu verglasen. Diesfalls profitierten die Balkone gemäss Art. 27 Abs. 1 BZO von einer zusätzlichen Baumassenziffer von 0,2 m

### **E. 2.9**

Die zulässige Baumasse hat durch die am 17. August 2010 von der Baudirektion genehmigte Revision der BZO eine Änderung erfahren. Demnach liegt die streitbetroffene Liegenschaft nicht mehr in der Wohnzone W3/2,4 sondern W2,6. Bei der Grundstücksfläche von 1'429 m<sup>2</sup> führt dies zu einer zusätzlichen Baumasse von 285,8 m

### **E. 3**

. Diese Feststellung kann jedoch angesichts der fehlenden Nachvollziehbarkeit der Baumassenberechnung für den Neubau und die festgestellten Ungereimtheiten bei der Baumassenberechnung des bestehenden und des geplanten Gebäudes nicht zur Gutheissung der Beschwerde führen. Vielmehr ist eine erneute Prüfung des Projekts durch die kommunale Baubehörde vorzunehmen.

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz ging nicht im Einzelnen auf die Rüge der mangelhaften Einordnung ein. Sie stellte jedoch fest, die kommunale Baubehörde werde bei einer erneuten Beurteilung des Bauvorhabens nicht nur zu prüfen haben, ob für den geplanten Neubau rein rechnerisch genügend Baumassenreserve vorhanden sei, sondern auch, ob sich das zusätzliche Bauvolumen mit den erhöhten gestalterischen und ortsbaulichen Anforderungen, wie sie an Arealüberbauungen gestellt werden, vereinbaren lasse.

#### **E. 3.2**

Der Gemeinde steht bei der Beurteilung des kantonalrechtlichen unbestimmten Gesetzesbegriffs "befriedigende Gesamtwirkung" im Sinn von § 238 Abs. 1 PBG zwar ein durch die Gemeindeautonomie geschützter besonderer bzw. qualifizierter Beurteilungsspielraum zu (RB 1979 Nr. 10; BGr, 28. Oktober 2002, 1P.280/2002, E. 3.4, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)), was auch mit einer relativ erheblichen Entscheidungsfreiheit umschrieben wird (RB 1981 Nr. 20; Kölz/Bosshart/Röhl, § 20 N. 19). Auf diesen Spielraum kann sich die kommunale Behörde jedoch nur berufen, wenn sie spätestens in der Rekursvernehmlassung die geforderte nachvollziehbare Begründung vorbringt (RB 1991 Nr. 2; VGr, 1. November 2006, VB.2006.00026, E. 3.1, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch) = BEZ 2006 Nr. 55). Fehlt dagegen eine solche Begründung, ist die Rekursinstanz nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, die Einordnung des Bauvorhabens im Licht der erhobenen Rügen uneingeschränkt zu überprüfen (VGr, 1. November 2006, VB.2006.00026, E. 3.3, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch) = BEZ 2006 Nr. 55). Der angefochtenen Baubewilligung lässt sich nicht entnehmen, dass sich die Baubehörde mit den sich stellenden Einordnungsfragen auseinandergesetzt hätte. Auch in seiner Rekursvernehmlassung ging der Bauausschuss auf die entsprechende Rüge der Beschwerdegegner nicht ein, obwohl er einleitend feststellte, diese bräuchten im Wesentlichen vor, das Bauvorhaben ordne sich unbefriedigend in die bestehende Überbauung ein und verletze die Baubewilligung vom 7. September 1959. Da die Vorinstanz den Rekurs schon aus anderen Gründen guthiess, konnte sie auf eine Prüfung der erhobenen Rüge verzichten. Diese Prüfung wird jedoch noch vorzunehmen sein, wenn sich das Projekt hinsichtlich seiner Baumasse als zulässig erweist, was angesichts der inzwischen eingetretenen Rechtsänderung (vgl. E. 2.9) und der von der Beschwerdeführerin in Aussicht gestellten Projektänderungen als relativ wahrscheinlich erscheint. Auch aus diesem Grund rechtfertigt es sich, die Sache an die kommunale Baubehörde zurückzuweisen.

#### **E. 3.3**

Bei der vorzunehmenden Prüfung ist entgegen der Vorinstanz nicht der Massstab anzulegen, nach welchem bei Arealüberbauungen erhöhte gestalterische und ortsbauliche Anforderungen gestellt werden. Wie erwähnt, ist das vorliegende Bauvorhaben nicht nach den für Arealüberbauungen geltenden Regeln zu beurteilen (E. 1). Indessen ist gemäss § 238 Abs. 1 PBG auf die bauliche Umgebung Rücksicht zu nehmen. In einem nach einheitlichen Grundsätzen gut gestalteten Quartier führt dies dazu, dass die gestalterische Freiheit für ein Neubauprojekt erheblich eingeengt wird (VGr, 6. Juni 1989, VB 87/0145, E. 4).

#### **E. 3.4**

Es ist in diesem Zusammenhang allerdings darauf hinzuweisen, dass der Charakter der ursprünglichen Überbauung hinsichtlich des bestehenden Gebäudes auf der streitbetroffenen Parzelle schon mit der Sanierungsbewilligung vom 14. September 2009 in erheblichem Masse preisgegeben wurde, was auch die Fotos im vorinstanzlichen Augenscheinprotokoll deutlich illustrieren. Mit jener Baubewilligung, die unangefochten in Rechtskraft erwuchs, wurden der Abbruch des bestehenden Satteldachs, die Vergrösserung der Balkone und das Aufbringen einer Wärmedämmung bewilligt.

#### **E. 4**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinn der Erwägungen an den Bauausschuss der Gemeinde Pfäffikon zurückzuweisen ist. Ausgangsgemäss werden die Beschwerdeführerin zur Hälfte und die Beschwerdegegner je zu einem Viertel kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Die Kostenverteilung der Vorinstanz ist entsprechend zu berichtigen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen.

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