

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00057 vom 4. März 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-03-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00057

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00057 du 4 mars 2017

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00057 del 4 marzo 2017

Regeste

Baubewilligung | Erweiterte Besitzstandsgarantie; neubauähnliche Umgestaltung; Ermittlung des gewachsenen Bodens. Neubauähnliche Umgestaltungen, welche eine Anwendung von § 357 Abs. 1 PBG ausschliessen, sind anzunehmen, wenn sie den Tatbestand einer Gesetzesumgehung erfüllen. Entscheidend ist, ob 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 (E. 6.1.2). Vorliegend könnte die Bauherrschaft bei einem Neubauvorhaben im Vergleich mit dem geplanten Umbauprojekt ein vergleichbares bauliches Volumen realisieren. Es ist also nicht ersichtlich, weshalb der Bauherr die bestehenden Bauteile erhalten sollte, wenn nicht, um diese weiterhin zu nutzen und damit frühere Investitionen nicht zunichte zu machen (E. 6.1.4). Bei der Änderung oder Erweiterung einer Bauteile ist der gewachsene Boden bei Einreichung des ursprünglichen Gesuchs für die "Stammbaubewilligung" massgebend (E. 6.2.1). Gelingt der Nachweis des gewachsenen Terrains mittels Plänen nicht, so ist der rechtserhebliche Sachverhalt und daher vorliegend der ursprüngliche Verlauf des Terrains im Bereich des Baugrundstücks auf andere Weise zu ermitteln. Es ist auf jenen Verlauf des Bodens abzustellen, der sich mit hinreichender Sicherheit bestimmen lässt und als sachgerecht erscheint (E. 6.2.2). Die bewilligte Nutzung des Flurwegs als Zufahrt zum Magazin, welche aufgrund einer Rechtsänderung in Widerspruch zum geltenden Recht trat, genießt Bestandesgarantie, allerdings nur im Umfang, in welchem die beabsichtigte in qualitativer und quantitativer Hinsicht der ursprünglich bewilligten Nutzung entspricht (E. 8.3). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Das Verwaltungsgericht ist zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde nach § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) zuständig. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

E. 2.1

Das Baugrundstück Kat.-Nr. 01 liegt gemäss der geltenden Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Boppelsen in der Wohnzone W2/30. Es ist im Westen mit den beiden Einfamilienhäusern G-Strasse 03 und 10 und im Osten mit einem mit Satteldach versehenen Doppelgaragengebäude überstellt. Unter diesen drei bestehenden Gebäuden befindet sich ein Untergeschoss, welches insbesondere in der östlichen Hälfte in Erscheinung tritt und in diesem Bereich heute als Magazin bzw. Lager genutzt wird. Die Zufahrt zum Magazin bzw.

Lager erfolgt über den teilweise der östlichen Grenze des Baugrundstücks entlangführenden Genossenschaftsweg Kat.-Nr. 02.

E. 2.2

Die Bauherrschaft plant einerseits den Ausbau dieses Untergeschosses zu Wohnzwecken sowie andererseits dessen Erweiterung durch drei Geschosse (Erd-, Ober- und Dachgeschoss), wovon zwei zu Wohnzwecken und das Dachgeschoss als Estrich genutzt werden sollen. Im Untergeschoss sollen überdies verschiedene Abstellräume sowie drei Abstellplätze entstehen. Die bestehende Doppelgarage auf dem Flachdach des heutigen Magazins soll erhalten und ins neue Erdgeschoss integriert werden, wobei ein Abbruch des Satteldachs erforderlich ist. Das Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildende neue Bauprojekt unterscheidet sich vom ursprünglichen Vorhaben im Wesentlichen durch eine Vergrösserung des Gebäudeabstandes gegenüber dem Wohnhaus G-Strasse 04 um rund 2 m. Dies wurde durch eine Verkürzung der Hauptfassade erreicht, was wiederum zu einer geringfügigen Reduktion der Geschossflächen und damit verbundenen Änderungen der Raumaufteilung führte.

E. 3

Die beiden Beschwerdeverfahren betreffen dasselbe Bauvorhaben und werfen im Wesentlichen identische Rechtsfragen auf. So bemängelt insbesondere nicht nur die Unterhaltsgenossenschaft (nachfolgend Beschwerdeführerin), sondern auch C (nachfolgend Beschwerdeführer) die Erschliessung der drei neuen Abstellplätze über den Genossenschaftsweg Kat.-Nr. 02. Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen, die beiden Beschwerden vereinigt zu behandeln.

E. 4.1

Der Beschwerdeführer bemängelt vorab, dass sich erst aus dem angefochtenen Entscheid ergeben habe, dass die streitbetroffenen Baubewilligungen noch von weiteren Parteien angefochten worden seien und der Beschwerdeführer in diese Verfahren keinen Einblick hatte, was sich für ihn nachteilig ausgewirkt habe. Gerade die Argumentation der Unterhaltsgenossenschaft wäre für ihn nützlich gewesen, weil er sich ebenfalls gegen die Erschliessung über den Genossenschaftsweg zur Wehr setze. Dass ihm die Argumente der anderen Rekurrentin (und heutigen Beschwerdeführerin) nicht zur Kenntnis gebracht worden sei, stelle eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.

E. 4.2

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101), dass die Parteien das Recht haben, zu jeder Eingabe von Vorinstanz oder Gegenpartei Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält. Es genügt, wenn der Antrag auf Abweisung in den Vernehmlassungen gestellt und begründet wurde (BGE 133 I 100 E. 4.5 f.).

E. 4.3

Dass der Beschwerdeführer erst im Endentscheid des Baurekursgerichts von der Verfahrensvereinigung erfuhr und er daher von der Rekursbegründung einer anderen Rekurrentin keine Kenntnis hatte, stellt keine Gehörsverletzung dar, war doch die andere Rekurrentin und heutige Beschwerdeführerin in Bezug auf den Beschwerdeführer nicht als Gegenpartei zu betrachten. Die Eingabe der anderen Rekurrentin widersprach dem

Rekursantrag des Beschwerdeführers gerade nicht. Vielmehr richtete sich deren Rechtsmittel ebenfalls – wie dasjenige des Beschwerdeführers – gegen die Erteilung der Baubewilligung. Die Vorinstanz konnte deshalb ohne Verletzung des Gehörsanspruchs davon absehen, die Eingaben der anderen Rekurrentin von Amtes wegen dem Beschwerdeführer zur Stellungnahme zuzustellen. Im Übrigen macht der Beschwerdeführer nicht geltend, es sei ihm keine Gelegenheit eingeräumt worden, zu entscheiderelevanten Aktenstücken Stellung zu nehmen.

E. 4.4

Schliesslich rügt auch die Beschwerdeführerin eine Gehörsverletzung, welche darin zu erblicken sei, dass das Baurekursgericht keinen Augenschein durchgeführt und sich zu den von ihr erhobenen Einwänden, es bestehe auf dem Genossenschaftsweg kein Winterdienst und keine Beleuchtung, was ein Sicherheitsrisiko darstelle, nicht geäussert habe. Der Entscheid darüber, ob ein Augenschein angeordnet wird, steht im Ermessen der anordnenden Behörde. Die Durchführung eines Augenscheins ist dann geboten, wenn die tatsächlichen Verhältnisse unklar sind und anzunehmen ist, die Parteien vermöchten durch ihre Darlegungen vor Ort Wesentliches zur Erhellung der sachlichen Grundlagen des Rechtsstreits beitragen. Der Verzicht auf die Durchführung eines Augenscheins ist zulässig, wenn die Akten eine hinreichende Entscheidungsgrundlage darstellen. Eine Pflicht zur Durchführung eines Augenscheins besteht jedenfalls nur dann, wenn die tatsächlichen Verhältnisse auf andere Weise nicht abgeklärt werden können (BGr, 8. November 2010, 1C_192/2010, E. 3.3; BGr, 10. August 2010, 1C_512/2009, E. 2.3; VGr, 23. Oktober 2014, VB.2014.00290, E. 2.1). Die Beschwerdeführerin rügte in ihrer Rekursbegründung die Frage der Zulässigkeit der Erschliessung von drei Abstellplätzen über den Genossenschaftsweg Kat.-Nr. 02. Wie auch im Beschwerdeverfahren bestreitet sie vorab die rechtliche Zulässigkeit der Benützung des Genossenschaftswegs durch die Bauherrschaft. Bei dieser Frage handelt es sich um eine reine Rechtsfrage, welche ohne Weiteres gestützt auf die Akten beurteilt werden kann. Ausserdem erhob die Beschwerdeführerin im Rekursverfahren den Einwand, die geplante Zufahrt über den Genossenschaftsweg sei für Personenwagen nicht möglich. Es ist nicht zu beanstanden, dass das Baurekursgericht diesen Einwand als nicht ausreichend begründet erachtete und daher keine Erschliessungsmängel in tatsächlicher Hinsicht prüfte. Dies gilt umso mehr, als die Zufahrt über den Flurweg seit Jahren als Zufahrt zum bestehenden Magazin diente und daher auch von gewerblichen Fahrzeugen benutzt wurde. Es liegt unter diesen Umständen nicht auf der Hand, dass der Ausbaustandard des Flurwegs für Personenwagen nicht zu genügen vermöchte. Die Durchführung eines Augenscheins durch das Baurekursgericht war unter diesen Umständen nicht erforderlich. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist darin jedenfalls nicht zu erblicken.

E. 4.5

An dieser Stelle ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass die nun erstmals im Beschwerdeverfahren vorgebrachten Rügen, der Flurweg verfüge über keine Wendemöglichkeit und ausserdem sei weder Winterdienst noch Beleuchtung gewährleistet, verspätet sind. Es handelt sich hier um neue tatsächliche Behauptungen der Beschwerdeführerin, die im Beschwerdeverfahren nur noch unter den Voraussetzungen von § 52 Abs. 2 VRG zulässig sind. Nach dieser Bestimmung sind neue Tatsachenbehauptungen nur so weit zulässig, als es durch die angefochtene Anordnung notwendig geworden ist. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Vorinstanz einen

Neuentscheid getroffen hat oder wenn sie die angefochtene Verfügung zwar bestätigte, jedoch neu begründete oder auf neue Gesichtspunkte abstützte, die in der ursprünglichen Anordnung nicht zum Ausdruck gekommen waren. Darüber hinaus werden neue Tatsachenbehauptungen nach der Praxis auch dann als zulässig erachtet, wenn die beschwerdeführende Partei diese nachträglich entdeckt hat und auch bei Anwendung der erforderlichen Umsicht nicht rechtzeitig hätte vorbringen können (vgl. Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 52 N. 22 f.). Diese Umstände werden im vorliegenden Fall weder geltend gemacht noch sind sie ersichtlich. Die Bestimmung von § 52 Abs. 2 VRG hat insbesondere nicht den Sinn, die zur Substanziierung der im Rekursverfahren erhobenen Rügen erforderlichen tatsächlichen Behauptungen im Beschwerdeverfahren nachzuholen.

E. 5.1

Strittig ist in materieller Hinsicht die Anwendung der Bestimmung von § 357 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG). Der Beschwerdeführer macht diesbezüglich geltend, die Privilegierung von § 357 PBG gelte nur für Bauten, die seinerzeit dem damals geltenden Recht entsprochen hätten, die deshalb bewilligt und der Bewilligung entsprechend ausgeführt worden seien. Die Qualifikation des Bauvorhabens als Umbau im Sinn von § 357 Abs. 1 PBG setze mithin eine nach damaligem geltenden Recht bewilligte Baute voraus. Dies treffe auf das Bauvorhaben nicht zu bzw. sei nicht in ausreichendem Masse nachgewiesen. Die Beweislast betreffe diesbezüglich die Bauherrschaft bzw. die Baubewilligungsbehörde und nicht den Beschwerdeführer. Der Bauherr und der Beschwerdegegner seien bereits im Rekursverfahren aufgefordert worden, die entsprechenden Baubewilligungen und Pläne vorzulegen. Dies sei lange stillschweigend verweigert worden. Erst nach Abschluss des Schriftenwechsels im Rekursverfahren habe der Beschwerdegegner eine Baubewilligung vom 21. Juni 1979 eingereicht, allerdings ohne Pläne. Daraus folge, dass weder dem Beschwerdegegner noch der Vorinstanz bekannt sei, welche baulichen Massnahmen genau im Jahre 1979 bewilligt worden seien. Anschliessend sei das bestehende Magazin offenbar im Rahmen einer zweiten Bauetappe erweitert worden. Die Vorinstanz gehe davon aus, dass diese zweite Bauetappe am 22. November 2000 bewilligt worden sei. Sie entnehme dies der angefochtenen Bewilligung; eine Baubewilligung und Pläne lägen indessen nicht vor. Am 11. August 2011 habe der Gemeinderat offenbar eine weitere Bewilligung erteilt, worin er feststelle, dass im Untergeschoss unbemerkt eine Wohnung eingebaut worden sei. Der Gemeinderat habe diese Umnutzung nachträglich im Anzeigeverfahren bewilligt, was nicht korrekt sei. Vielmehr hätte diese Umnutzung im ordentlichen Verfahren bewilligt werden müssen. Auch diese im Anzeigeverfahren erteilte Bewilligung läge nicht bei den Akten. Es sei angesichts dieser Umstände aus den Akten nicht ersichtlich, was in welchem Zeitpunkt bewilligt worden sei und ob die ausgeführten baulichen Massnahmen einer rechtskräftigen Baubewilligung entsprächen.

E. 5.2

Gemäss § 357 Abs. 1 PBG dürfen bestehende Bauten und Anlagen, die Bauvorschriften widersprechen, umgebaut, erweitert und anderen Nutzungen zugeführt werden, sofern sie sich für eine zonengemässe Nutzung nicht eignen, wenn keine überwiegenden öffentlichen oder nachbarlichen Interessen entgegenstehen. Für neue oder weitergehende Abweichungen von Vorschriften bleiben die erforderlichen Ausnahmbewilligungen vorbehalten. Die Anwendung von § 357 PBG (erweiterte Besitzstandsgarantie) setzt im Normalfall voraus, dass eine bestehende Baute, die seinerzeit in Einklang mit den materiellrechtlichen

Vorschriften erstellt worden ist, durch eine Gesetzesänderung rechtswidrig geworden ist (vgl. Konrad Willi, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen, Zürich 2003, S. 22 ff.). In seiner Entscheidung vom 23. März 2011 (VB.2010.00607 = BEZ 2011 Nr. 24) hat das Verwaltungsgericht den Bestandsschutz überdies auf Fälle ausgedehnt, in denen die materielle Rechtswidrigkeit nicht infolge einer Rechtsänderung eingetreten ist, sondern weil die Bauten von der Baubewilligungsbehörde in falscher Anwendung materieller Baunormen formell rechtskräftig bewilligt und die Baute entsprechend dieser Bewilligung errichtet wurde. Es hielt dabei fest, dass keine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung erfolge, wonach die erweiterte Besitzstandsgarantie von § 357 PBG grundsätzlich nicht zum Zug komme, wenn ein Bauwerk nicht durch eine Änderung der massgeblichen Rechtsgrundlagen, sondern durch einen Wandel des Sachverhalts rechtswidrig geworden sei, d.h. im Fall einer eigenmächtigen, nicht formell bewilligten Bauausführung. Nach der angeführten Rechtsprechung setzt die Anwendbarkeit von § 357 PBG demnach nur voraus, dass das streitbetroffene Bauwerk rechtskräftig bewilligt wurde. Ob diese Bewilligung auch inhaltlich korrekt erteilt wurde oder nicht, spielt – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – keine Rolle.

E. 5.3

Zutreffend ist die Darstellung des Beschwerdeführers insofern, als die Baubewilligungsbehörde im Rekursverfahren lediglich die am 21. Juni 1979 erteilte Baubewilligung einreichte. Ebenfalls zutreffend ist, dass die entsprechenden Unterlagen, auf welche in der Bewilligung verwiesen wird, nicht eingereicht wurden. Das Baurekursgericht hat seiner Entscheidung folgende Überlegungen zugrunde gelegt: Es lägen keine Anhaltspunkte vor, dass das bestehende Untergeschoss formell und materiell illegal erstellt oder geändert worden sei. Es sei erstellt, dass das Untergeschoss teilweise aus dem mit baurechtlichem Entscheid vom 21. Juni 1979 bewilligten Abschnitt bestehe. Mit Blick auf den Untersuchungsgrundsatz vermöge daran nichts zu ändern, dass die Baubewilligung vom 21. Juni 1979 erst nach Abschluss des Schriftenwechsels zu den Akten gereicht worden sei, zumal das rechtliche Gehör des Rekurrenten gewahrt worden sei. Dass die nachfolgende Erweiterung des Untergeschosses im Osten und die später aufgesetzte Doppelgarage ohne formelle Bewilligung erstellt worden sein sollen, könne trotz des Umstandes, dass in den vorliegenden Verfahren keine diesen Bestand ausweisenden Bauentscheide oder Pläne eingereicht worden seien, nicht in Betracht gezogen werden. In den Erwägungen des angefochtenen Entscheids werde immerhin erwähnt, dass die Garage auf dem Magazin mit Beschluss vom 22. November 2000 bewilligt worden sei. Diese Bauten träten deutlich zum Vorschein. Es sei mithin davon auszugehen, dass diese Erweiterungen beim Fehlen einer Baubewilligung der kommunalen Behörde spätestens bei deren Erstellung bekannt geworden wären und diese in einem solchen Fall längst interveniert hätte. Gleiches gälte in Bezug auf Abweichungen von bewilligten Plänen. Es müsse somit nicht davon ausgegangen werden, dass die Anwendung von § 357 Abs. 1 PBG auf materiell und formell illegales Bauen zurückzuführen sei.

E. 5.4

Für die Anwendung der Bestimmung von § 357 PBG ist der rechtskräftig bewilligte bauliche Zustand des Bauvorhabens entscheidend relevant. Da der Beschwerdeführer bereits im Rekursverfahren geltend machte, der heute bestehende Zustand sei nie bewilligt worden, sodass gar kein Anwendungsfall von § 357 PBG vorliege, wäre es Sache der Rekursbehörde

gewesen, zur Klärung des massgeblichen Sachverhalts von der Baubewilligungsbehörde sämtliche das Bauvorhaben betreffende Bewilligungen samt den dazugehörigen Planunterlagen einzufordern. Insbesondere wenn es um (behauptete) Abweichungen von bewilligten Plänen geht, reicht es nicht, wenn die Rechtsmittelbehörde sich auf die Annahme beschränkt, es sei davon auszugehen, dass die Baubewilligungsbehörde von sich aus interveniert hätte, wenn von Plänen abgewichen worden wäre. Diesbezüglich hat das Baurekursgericht eine wesentliche Sachverhaltsabklärung nicht vorgenommen und insofern den in § 7 Abs. 1 VRG statuierten Untersuchungsgrundsatz verletzt.

E. 5.5

Die Parteien haben nun im Beschwerdeverfahren verschiedene Akten nachgereicht. Der Beschwerdeführer reichte eine im Anzeigeverfahren erteilte, nachträgliche Bewilligung für eine Personalwohnung im Untergeschoss des Gebäudes G-Strasse 03 zu den Akten. Die Baubewilligungsbehörde reichte mit ihrer Beschwerdeantwort einen Grundriss sowie einen Fassaden- und Schnittplan, je datierend vom 29. September 2004 und vom Gemeinderat genehmigt am 22. Dezember 2004, zu den Akten. Die Baubewilligungsbehörde führt aus, massgeblich seien die letzbewilligten Pläne vom 29. September 2004, welche der Gemeinderat am 22. Dezember 2004 "ohne Bedingungen" genehmigt habe. Diese Pläne gäben den letzbewilligten Zustand der streitbetroffenen Gebäulichkeiten zutreffend wieder. Das Magazin (Untergeschoss) des vom Bauvorhaben betroffenen Gebäudes sei im Jahr 1979 bewilligt worden. Die darauf stehenden Doppelgaragen sowie die Erweiterung des Magazins in der Südostecke seien im Jahr 2000 bzw. 2004 bewilligt worden. Die Einreichung neuer Beweismittel ist – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – im Rahmen des Streitgegenstands ohne Weiteres zulässig (vgl. § 52 Abs. 1 in Verbindung mit § 20a Abs. 2 VRG, Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 52 N. 13). Diese weiteren Beweismittel im Zusammenhang mit den Ausführungen der Baubewilligungsbehörde im Beschwerdeverfahren erlauben es dem Verwaltungsgericht, die Rechtslage zu beurteilen. Eine Rückweisung des Verfahrens zu weiteren Sachverhaltsabklärungen erübrigt sich daher.

E. 5.6

Zutreffend sind die Ausführungen des Beschwerdeführers insofern, als auch im Beschwerdeverfahren die zur Stammbewilligung vom 21. Juni 1979 gehörigen Planunterlagen nicht eingereicht wurden. Diese existieren offenbar bei der örtlichen Baubewilligungsbehörde nicht mehr. Ausserdem wurde die am 22. November 2000 erteilte Baubewilligung, welche im angefochtenen Beschluss der Baubehörde vom 17. Mai 2016 erwähnt wird, nicht zu den Akten gereicht. Immerhin befinden sich nun die vom Gemeinderat am 22. Dezember 2004 bewilligten Planunterlagen in den Akten. Diesen ist gemäss Angabe der Baubehörde der letzbewilligte Zustand mit zwei Doppelgaragen im Erdgeschoss und dem erweiterten Magazin/Lager im Untergeschoss zu entnehmen. Es ist davon ausgehen, dass dieser bauliche Zustand im Anzeigeverfahren bewilligt wurde. Dass ein ausformulierter Bewilligungsbeschluss fehlt, lässt das Verfahren nicht als formell unkorrekt erscheinen. Das Anzeigeverfahren kann durch die schriftliche Mitteilung, dass dem Vorhaben aus Sicht der Baubewilligungsbehörde nichts entgegenstehe, abgeschlossen werden (vgl. § 18 Abs. 1 lit. a Bauverfahrensverordnung vom 3. Dezember 1997, BVV). Dahingehend kann der Stempel auf den Plänen "als Ausführungspläne ohne Bedingungen genehmigt" interpretiert werden. Die Ausführungen der Parteien sowie die Akten legen den Schluss nahe, dass es sich um eine nachträglich erteilte Baubewilligung aufgrund der

Abweichung von bewilligten Plänen oder um eine Projektänderung des am 22. November 2000 bewilligten Vorhabens handelt. Insbesondere die Ausführungen der Baubewilligungsbehörde können nur dahingehend verstanden werden, dass das Vorhaben bereits im Jahr 2000 bewilligt worden war. Darauf deutet auch die Publikation des Vorhabens am 27. Oktober 2000 hin. Offenbar gingen dannzumal keine Begehren um Zustellung des baurechtlichen Entscheids ein. Anschliessend war das Projekt offenbar entweder geändert worden und/oder (teilweise) in Abweichung von den bewilligten Plänen erstellt und nachträglich bewilligt worden. Auch wenn sich die Bewilligung vom 22. November 2000 nicht bei den Akten befindet, steht fest, dass die Baubewilligung vom 22. Dezember 2004 unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist und der darin verzeichnete bauliche Zustand somit rechtskräftig bewilligt ist. Dass die vom Bauvorhaben betroffenen Gebäulichkeiten seit Dezember 2004 weitere bauliche Veränderungen erfahren hätten, ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht. Ob die baulichen Massnahmen im Dezember 2004 zu Recht im Anzeigeverfahren bewilligt wurden, was der Beschwerdeführer infrage stellt, lässt sich aufgrund der fehlenden Bewilligung vom November 2000 nicht abschliessend beurteilen. Die Frage ist jedoch im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung. Selbst wenn die Bewilligung im falschen Verfahren ergangen wäre, müsste im heutigen Zeitpunkt von deren Rechtskraft ausgegangen werden. Selbst wenn der Beschwerdeführer erst bei Bauausführung von den bewilligten baulichen Massnahmen erfahren hätte, hätte er nach Treu und Glauben mit der Geltendmachung seiner Ansprüche nicht beliebig lange zuwarten dürfen; sobald er vom Bauvorhaben wusste, hätte er sich um die nachträgliche Zustellung des baurechtlichen Entscheids bemühen müssen (VGr, 20. Mai 2009, VB.2009.00057, E. 4.1; vgl. RB 1980 Nr. 2; François Ruckstuhl, Der Rechtsschutz im zürcherischen Planungs- und Baurecht, ZBl 86/1985 S. 301). Unerheblich ist im vorliegenden Zusammenhang schliesslich auch, ob die offenbar nachträglich erteilte Bewilligung für den Einbau einer Personalwohnung im Untergeschoss des Gebäudes G-Strasse 03 zu Recht im Anzeigeverfahren bewilligt wurde oder nicht. Diese Wohnung befindet sich im Gebäude Assek.-Nr. 05, welches offensichtlich nicht Gegenstand der vorliegend strittigen baulichen Massnahmen ist. Es ist demzufolge auch nicht Gegenstand des diesem Beschwerdeverfahren zugrunde liegenden Baugesuchs.

E. 5.7

Unbestritten ist, dass die streitbetroffenen Gebäulichkeiten die gemäss der geltenden Bau- und Zonenordnung von Boppelsen maximal zulässige Gebäudelänge von 30 m überschreiten. Das Baurekursgericht hat diese Auffassung der Baubewilligungsbehörde, welche auch der Beschwerdeführer nicht bestreitet, bestätigt. Die Vorinstanz sowie die Rekursinstanz haben die geplanten baulichen Änderungen daher zu Recht in Anwendung von § 357 Abs. 1 PBG beurteilt.

E. 6.1

Der Beschwerdeführer beanstandet die Anwendung von § 357 Abs. 1 PBG durch die Vorinstanz sowie das Baurekursgericht. Er macht vorab geltend, es liege eine neubauähnliche Umgestaltung vor, welche den Rahmen des nach § 357 Abs. 1 PBG Zulässigen sprengt. Ein Umbau stelle dann eine neubauähnliche Umgestaltung dar, wenn eine Gesetzesumgehung im Vordergrund stehe. Im vorliegenden Fall seien mehrere Gesetzesumgehungen durch den Bauherrn auszumachen. Die erste Gesetzesumgehung sei darin zu erblicken, dass der Bauherr die Herausgabe der erteilten Baubewilligungen verweigere und sich damit einen Vorteil zu verschaffen versuche, nämlich dass der Altbau

als rechtmässig bewilligt gälte und die neuen baulichen Massnahmen als Altbauerweiterung beurteilt würden. Eine weitere Gesetzesumgehung bestehe darin, dass – indem die Bauherrschaft die Herausgabe der Pläne verweigere – das ursprüngliche Terrain vor Erstellung des Magazins nicht mehr ermittelt werden könne, sodass nicht klar sei, ob der Umbau die zulässige Gebäudehöhe von 8,10 m einhalte. Schliesslich verschaffe sich der Bauherr einen Vorteil aus dem Umstand, dass bei Anwendung der Neubauvorschriften für die Ermittlung der zulässigen Gebäudehöhe von 8,10 m vom heutigen Terrainverlauf auszugehen wäre. Die zulässige Gebäudehöhe würde diesfalls durch das geplante Gebäude an mehreren Stellen markant überschritten.

E. 6.1.1

Lehre und Rechtsprechung verlangen unter Hinweis auf den Zweck der Besitzstandsgarantie, nämlich den Schutz der im Vertrauen auf die bisherige Ordnung getätigten Investitionen, dass die baulichen Änderungen nicht auf den weitgehenden Ersatz der bisherigen Bausubstanz hinauslaufen dürfen; solche sogenannten "neubauähnlichen Umgestaltungen" sprengen den Rahmen der gemäss § 357 Abs. 1 PBG zulässigen Änderungen und müssten die Neubauvorschriften einhalten (RB 1986 Nr. 99 = BEZ 1987 Nr. 5). Von neubauähnlichen Umgestaltungen ist nur mit grosser Zurückhaltung auszugehen (Willi, S. 99; grundlegend VGr, 30. Mai 2012, VB.2011.00640, E. 3.1, auch zum Folgenden). Für ausgedehntere Erweiterungs- und Umbaumöglichkeiten spricht zum einen 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 (BEZ 1996 Nr. 3, E.2b; Willi, S. 100; Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011, S. 1139); sodann ist der durch geänderte Bauvorschriften erzwungene Ersatz des Bestehenden in vielen Fällen weder aus ökonomischer noch ökologischer Sicht sinnvoll. Zum anderen lässt sich eine grössere Zurückhaltung bei der Annahme neubauähnlicher Umgestaltungen auch deshalb rechtfertigen, weil die Bewilligung von Änderungen an vorschriftswidrigen Bauten laut § 357 Abs. 1 PBG jedenfalls unter dem Vorbehalt steht, dass dem Bauvorhaben keine überwiegenden öffentlichen oder nachbarlichen Interessen entgegenstehen dürfen.

E. 6.1.2

Demgemäss sind neubauähnliche Umgestaltungen nach dieser langjährigen, bestätigten Rechtsprechung nur dann anzunehmen, wenn sie den Tatbestand einer Gesetzesumgehung erfüllen, das heisst, wenn zwar die Bestimmung ihrem Wortlaut nach, nicht aber nach ihrem Sinn und Zweck beachtet wird (VGr, 19. Oktober 2005, VB.2004.00252, E. 4.1 = BEZ 2006 Nr. 32, auch zum Folgenden; zum Begriff der Gesetzesumgehung BGE 132 III 212 E. 4.1; 114 Ib 11 E. 3a). 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. Bei der Gesetzesumgehung steht nicht die den Rechtsschein schaffende Umgehungsnorm, sondern die umgangene Norm im Zentrum (Thomas Gächter, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich etc. 2005, S. 331). Wo die Einhaltung der

Neubauvorschriften nur geringe Belastungen mit sich bringen würde, 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.

E. 6.1.3

Die Baubewilligungsbehörde führt an, dass vorliegend nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden könne, da das Untergeschoss mit Bodenplatte, tragenden Wänden und Decke und das bestehende Volumen auf EG-Niveau weitgehend erhalten blieben. Die Erhaltung dieser Investitionen sei nicht nur ökologisch, sondern insbesondere auch wirtschaftlich sinnvoll. Das Baurekursgericht betont vorab, dass es auch bei weitgehenden baulichen Änderungen nach gefestigter Rechtsprechung nicht ausgeschlossen sei, dass der Schutz bestehender Investitionen und nicht die Umgehung von Neubauvorschriften im Vordergrund stünden. Letzteres sei auch im vorliegenden Fall zu verneinen. Auch im Fall einer Neuüberbauung könne vorliegend ein Baukubus mit ähnlichem Grundriss erstellt werden wie der Gebäudeabschnitt der bestehenden Baute im östlichen Grundstücksbereich. Einzuräumen sei, dass aufgrund des bestehenden Terrains nur noch ein Vollgeschoss anstatt zwei realisiert werden könnte. Stattdessen wäre aber ein anrechenbares Dachgeschoss möglich. Strassenseitig müsste auch ein Neubau die bestehenden Baulinien entlang der G-Strasse beachten. Südseitig könnte ein Neubauvorhaben jedoch bis an die Grenze des dem Bauherrn gehörenden und der Landwirtschaftszone zugewiesenen Grundstücks Kat.-Nr. 06 gestellt werden. Im Westen müsste ein Neubau gegenüber dem bestehenden Gebäudekomplex allerdings einen Gebäudeabstand von 7 m einhalten, ansonsten infolge Zusammenrechnens der Fassaden die höchstzulässige Gebäudelänge überschritten würde. Der damit einhergehende Flächenverlust könnte im westlichen Grundstücksbereich innerhalb der dort vorbeiführenden Baulinie teilweise kompensiert werden. Insgesamt sei davon auszugehen, dass die Nutzungsmöglichkeiten bei einem Neubauvorhaben im Vergleich zum strittigen Projekt nicht in erheblichem Masse reduziert wären.

E. 6.1.4

Nach der vorstehend zitierten Rechtsprechung ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanzen ihren Überlegungen einen Vergleich der geplanten baulichen Massnahmen mit den baulichen Möglichkeiten bei einem Neubauvorhaben zugrunde legen. Dieser Vergleich lässt Rückschlüsse auf die Motivation der Bauherrschaft zu, bestehende Investitionen zu schützen oder Neubauvorschriften zu umgehen. Nach Darstellung der Vorinstanz könnte die Bauherrschaft bei einem Neubauvorhaben im Vergleich mit dem geplanten Umbauprojekt ein vergleichbares bauliches Volumen realisieren. Es ist also nicht ersichtlich, weshalb der Bauherr die bestehenden Bauteile erhalten sollte, wenn nicht, um

diese weiterhin zu nutzen und damit frühere Investitionen nicht zunichte zu machen. Ein Indiz für diese Absicht der Bauherrschaft ist überdies aus den am 22. Dezember 2004 bewilligten Plänen erkennbar. So ist bereits in diesen Plänen von einer "möglichen späteren Erweiterung durch Wohnhaus" die Rede. Ein entsprechendes Gebäudeprofil ist bereits eingezeichnet. Ausserdem ist in Übereinstimmung mit dem Baurekursgericht darauf hinzuweisen, dass der wesentliche Teil der tragenden Struktur des Magazins erhalten bleibt. Ausserdem wird das Garagengebäude nicht abgebrochen, sondern in das neue bauliche Umfeld integriert.

E. 6.1.5

Die Vorbringen des Beschwerdeführers sind nicht geeignet, diese Betrachtungen der Rekursinstanz infrage zu stellen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, was die vom Beschwerdeführer behauptete Terrainunklarheit an diesen Überlegungen des Baurekursgerichts ändern sollte. Zutreffend ist, dass für die Bestimmung der Gebäudehöhe des Umbauvorhabens das in der seinerzeitigen Neubaubewilligung ausgewiesene gewachsene Terrain massgebend ist. Die Frage, ob das Umbauvorhaben die zulässige Gebäudehöhe einhält, stellt sich im vorliegenden Zusammenhang indessen noch nicht. Sie ist erst bei der Prüfung, ob neue oder weitere Abweichungen von Vorschriften resultieren, von Relevanz. Selbst wenn es zutreffen würde, dass der Bauherr sich bewusst weigert, die sich in seinem Besitz befindlichen früheren Bewilligungen herauszugeben, so würde dieses Verhalten keine Gesetzesumgehung im Sinn der Rechtsprechung zu § 357 Abs. 1 PBG darstellen. Ein solche ist nach der Rechtsprechung darin zu erblicken, dass es dem Bauherrn primär darum geht, die Anwendung der Neubauvorschriften zu verhindern. Dafür bestehen in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen keine Hinweise. Zusammenfassend erweist sich die Qualifikation der geplanten baulichen Massnahmen als im Rahmen von § 357 PBG zulässiges Umbauvorhaben nicht als rechtsverletzend und ist daher nicht zu beanstanden.

E. 6.2

Der Beschwerdeführer wendet sich im Weiteren gegen die Feststellung der Rekursinstanz, es bestehe kein Mangel des Bauvorhabens hinsichtlich der Gebäudehöhe. Er macht sinngemäss geltend, die Einhaltung der Gebäudehöhe sei mangels Nachweis des ursprünglichen Terrainverlaufs gar nicht möglich. Er bringt im Wesentlichen vor, die 1979 bewilligten Pläne lägen nicht vor. Ausserdem sei in der Baubewilligung von 1979 festgehalten worden, das Terrain sei "während Jahren" aufgeschüttet worden. Es sei daher davon auszugehen, dass in den unbekannt gebliebenen Plänen von 1979 bereits ein falscher Terrainverlauf eingetragen gewesen sei. Ausserdem sei unklar, welcher Terrainverlauf damals massgebend gewesen sei. Gemäss § 5 ABV sei auf frühere Verhältnisse zurückzugreifen, wenn innert eines Zeitraums von 10 Jahren vor der Baueingabe Terrinaufschüttungen stattgefunden hätten. Es sei daher vorliegend auf das Terrain von 1969 abzustellen. Es sei ausserdem fraglich, wieso der Geometer die Pläne bestätigen konnte, wo doch keine Pläne vorhanden seien. Es sei nicht Aufgabe des Beschwerdeführers, sich zu der durch den Geometer vorgenommenen Interpolierung zu äussern, da es Sache der beweisbelasteten Partei sei, die Bewilligungspläne einzureichen. Der Nachweis des ursprünglichen Terrainverlaufs sei daher zum Nachteil der beweisbelasteten Partei gescheitert.

E. 6.2.1

Gemäss Art. 18 der geltenden Bau- und Zonenordnung ist in der Wohnzone W2/30 eine Gebäudehöhe von maximal 8,1 m erlaubt. Die Gebäudehöhe wird von der jeweiligen Schnittlinie zwischen Fassade und Dachfläche auf den darunterliegenden gewachsenen Boden gemessen (§ 280 Abs. 1 PBG). Gemäss gefestigter Rechtsprechung ist bei Änderung oder Erweiterung einer Baute der gewachsene Boden bei Einreichung des ursprünglichen Gesuchs für die "Stammbaubewilligung" massgebend und nicht das Terrain bei Einreichung eines Änderungs- oder Erweiterungsgesuchs (vgl. VGr, 28. September 2005, VB.2005.00295 = BEZ 2006 Nr. 9). Es ist demzufolge davon auszugehen, dass die Terrainverhältnisse im Zeitpunkt der ursprünglichen Baubewilligung vom 21. Juni 1979 relevant sind. Offenbleiben kann, in welchem Umfang das Terrain im Bereich des Baugrundstücks in den Fünfziger- und Sechzigerjahren aufgeschüttet worden war. Einwände gegen das Abstellen auf den im Bewilligungszeitpunkt 1979 vorhandenen gewachsenen Boden hätte in einem Rechtsmittelverfahren gegen die Baubewilligung vom 21. Juni 1979 geltend gemacht werden müssen. Diese ist aber unbestrittenermassen unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

E. 6.2.2

Fest steht zwischenzeitlich, dass der Baubewilligungsbehörde keine Pläne vorliegen, welchen der Terrainverlauf auf dem Baugrundstück im Jahre 1979 oder früher entnommen werden könnte. Insofern sind die massgeblichen historischen Bodenverhältnisse unbestrittenermassen nicht mehr mittels Plänen feststellbar. Gegenüber der Baubewilligungsbehörde trifft den Baugesuchsteller in der Tat eine Mitwirkungspflicht, welche deren Untersuchungspflicht gemäss § 7 Abs. 2 lit. a VRG relativiert. Insofern hat der Bauherr gegenüber der Baubewilligungsbehörde die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, wenn er behauptete, für ihn günstige Terrainverhältnisse nicht nachweisen kann. Umgekehrt trifft jedoch die Baubewilligungsbehörde die Nachweispflicht, wenn sie zu Ungunsten des Gesuchstellers auf frühere Verhältnisse zurückgreifen will (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 915). Ob der Umstand, dass keine Pläne mehr vorhanden sind, im vorliegenden Fall den Bauherrn trifft – wie dies der Beschwerdeführer verlangt – oder sich zulasten der Baubewilligungsbehörde auswirkt, ist offen und letztlich auch irrelevant. Gelingt der Nachweis des gewachsenen Terrains mittels Plänen nicht, so ist der rechtserhebliche Sachverhalt und daher vorliegend der ursprüngliche Verlauf des Terrains im Bereich des Baugrundstücks auf andere Weise zu ermitteln. Es ist auf jenen Verlauf des Bodens abzustellen, der sich mit hinreichender Sicherheit bestimmen lässt und als sachgerecht erscheint (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 915).

E. 6.2.3

Die Baubewilligungsbehörde führt aus, aussagekräftige Pläne mit dem Verlauf des ursprünglichen Terrains seien nur für den östlichen Teil des Grundstücks vorhanden. Dort, wo alte Pläne vorlägen, würden die Koten im Baugesuch mit diesen alten Unterlagen übereinstimmen. Wo Unterlagen fehlten, seien auf der Grundlage einer Höhenaufnahme des Geometers Annahmen über den Terrainverlauf getroffen worden. Im Gelände sei der Verlauf des ursprünglichen Terrains bis zum Fuss der Böschung, die südlich des Gebäudes verlaufe, gut erkennbar. Auf der Strassenseite bilde die G-Strasse eine Ansatzlinie für das ursprüngliche Terrain. Die vom Architekten vorgenommene Interpolation sei plausibel. Die Terrainsituation 1979 könne ausserdem der klaren verbalen Beschreibung im Bewilligungsbeschluss entnommen werden. Die Rekursinstanz führt in ihren Erwägungen aus, für die Gebäudehöhe sei der in der seinerzeitigen Neubaubewilligung ausgewiesene

gewachsene Boden massgebend. Beim vorliegenden Bauvorhaben liege der für die Gebäudehöhe kritische Punkt an der südlichen Gebäudeecke des Obergeschosses und damit im Bereich des Magazins (östlichster Teil des Untergeschosses mit darüber liegendem Garagengebäude). Folglich sei der Terrainverlauf massgebend, wie er vor Errichtung des Magazins bestanden habe. Das Baurekursgericht verweist im Weiteren auf die Erwägungen des Bauentscheids, welchen das Vorgehen der Baubewilligungsbehörde zur Bestimmung des Terrains zu entnehmen sei. Es bestätigt, dass die Terrainangaben in den für den östlichen Teil des Grundstücks aussagekräftigen Plänen mit den Koten im Baugesuch übereinstimmen. Wo Unterlagen fehlten, habe die Baubewilligungsbehörde Annahmen über den Terrainverlauf aufgrund einer Höhenaufnahme durch den Geometer getroffen. Der Beschwerdeführer nenne keine konkreten und nachvollziehbaren Gründe, weshalb am Vorgehen der Baubewilligungsbehörde und insbesondere an dem als massgeblich betrachteten Terrainverlauf zu zweifeln sei. Es sei diesbezüglich kein Mangel ersichtlich.

E. 6.2.4

Den am 22. Dezember 2004 bewilligten Plänen können Terrainangaben entnommen werden. Es ist den Vorinstanzen darin beizupflichten, dass diese Angaben mit den Terrainangaben in den Baugesuchsplänen übereinstimmen. Insbesondere ist das heute bestehende Terrain in den Baugesuchsplänen in Übereinstimmung mit den im Dezember 2004 bewilligten Plänen eingetragen. Diese Angaben stimmen ausserdem mit den Angaben der amtlichen Vermessung überein (vgl. GIS-Browser Kanton Zürich, Topographie, Digitale Höhenmodelle). Ebenfalls zutreffend ist, dass sich der kritische Punkt hinsichtlich der Gebäudehöhe an der südlichen Gebäudeecke des neu geplanten Obergeschosses befindet. An der südlichen Gebäudeecke beträgt die Gebäudehöhe – gemessen ab dem von der Bauherrschaft behaupteten ursprünglichen Terrain – genau 8,10 m, während das Gebäude an der südwestlichen Gebäudeecke nur mit 7,41 m vermasst ist. Das ursprüngliche gewachsene Terrain im Bereich der südlichen Ecke des Magazins bzw. des geplanten Wohnhauses kann den Plänen – wie bereits ausgeführt – nicht entnommen werden. Das 1979 gestaltete und heute bestehende Terrain verläuft an der südlichen Gebäudeecke auf 513,94 m. Ausgegangen werden kann vom Terrain der G-Strasse im Bereich der bestehenden Doppelgarage, welches auf ca. 517,50 m.ü.M. verläuft, wobei die Strasse in östlicher Richtung ganz leicht abfällt. Auch diese Terrainangabe der Pläne entspricht der amtlichen Vermessung (vgl. GIS Browser Kanton Zürich). Laut Darstellung der Baubewilligungsbehörde wurde das Terrain bei Erstellung des Magazins im Jahre 1979 rund 2 bis 2,50 m abgegraben. Der Betonboden des Lagerraums 1 verläuft auf 513,67 m, derjenige des Lagerraums 2 auf 514,19 m. Wenn man von Abgrabungen im Umfang von etwa 2 bis 2,50 m ausgeht, ergibt sich, dass der ursprüngliche gewachsene Boden im Jahre 1979 im Bereich der Südfassade des ursprünglichen Magazins auf ca. 515,67 bis 516,17 m verlaufen sein muss. Dies erscheint plausibel, wenn man berücksichtigt, dass 1979 bei Erstellung des Magazins im Bereich der Fluchttüre eine Stückmauer erstellt worden war, deren grösste Höhe auf 515,62 m verläuft. Die Annahme, dass im Jahre 1979 in diesem Umfang abgegraben worden war, wird ausserdem durch die Erwägungen der Bewilligung vom 21. Juni 1979 sowie durch die darin statuierten Auflagen bestätigt. So wurde in der Baubewilligung festgehalten, es könne nicht mehr von "unterirdisch" gesprochen werden. Folgende Auflagen wurden statuiert: Die höchste Kote der Magazindecke dürfe nicht höher sein als die G-Strasse. Die südliche Böschung müsse so gestaltet sein, dass beim Arbeitsraum die Gebäudeoberkante noch max. 1,30 m über Terrain liege. Beim Lager betrage dieses Ausmass 1,30 m bis 2 m. Der Böschungsfuss müsse 60 cm hinter der Grenze

liegen. Auf die Grenze dürfe eine Stützmauer von max. 80 cm Höhe gestellt werden. Schliesslich dürfe die Stützmauer bei der Magazinausfahrt eine max. Höhe von 2,20 m aufweisen. Geht man von Abgrabungen im Jahre 1979 im Umfang von rund 2 bis 2,50 m aus, so verlief das gewachsene Terrain im Bereich der südlichen Gebäudeecke vermutlich ebenfalls auf einer Höhe von rund 515,50 bis 516 m.ü.M. Dies erscheint ebenfalls plausibel unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Flurweg in diesem Bereich auf einer Höhe von gut 515,40 m und die Oberkante der in den im Dezember 2004 bewilligten Plänen verzeichneten Stützmauer auf 515,64 m bis 515,88 m verläuft. Basierend auf der Annahme, dass das Terrain 1979 um rund 2,50 m abgegraben worden war, nahm der Architekt der Bauherrschaft die im Baueingabeplan eingezeichnete Interpolation vor. Im Bereich der südlichen Gebäudeecke verläuft der heute bestehende Boden auf 513,94 m. Die Schnittlinie zwischen Fassade und Dachfläche ist auf 523,53 m eingetragen. Das mittels Interpolation ermittelte ursprüngliche gewachsene Terrain verläuft in diesem Bereich rund 2 m höher auf etwa 515,90 m. Die Gebäudehöhe von 8,10 m ist damit eingehalten.

E. 6.2.5

Zusammenfassend sind die Überlegungen der Vorinstanzen zur Feststellung des massgeblichen Terrains nicht zu beanstanden. Insofern erweist sich auch die Feststellung des Baurekursgerichts, dass die Ermittlung des massgeblichen Terrains durch die Baubewilligungsbehörde korrekt sei, als rechtens. Es ist daher davon auszugehen, dass das geplante Vorhaben die zulässige Gebäudehöhe nicht überschreitet und damit zu keinen neuen oder weitergehenden Abweichungen von Vorschriften im Sinn von § 357 Abs. 1 PBG führt.

E. 6.3

Bezüglich der bei der Anwendung von § 357 Abs. 1 PBG vorzunehmenden Interessenabwägung kann sodann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (§ 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 2 VRG).

E. 7.1

Der Beschwerdeführer rügt ferner, die zulässige Ausnützung im Untergeschoss des streitbetroffenen Gebäudes sei überschritten. Die Berechnungsweise der Vorinstanz, welche vom Baurekursgericht geschützt worden sei, sei rechtsverletzend, weil sie § 255 PBG widerspreche. Auszugehen sei von einer Nutzfläche des Grundstücks von insgesamt 290 m². In der W2 betrage die zulässige Ausnützung pro Geschoss 145 m². Im Untergeschoss dürfe gemäss Art. 18 BZO bloss die Hälfte der Fläche ausgenützt werden, d.h. lediglich 72,5 m². Die anrechenbare Fläche im Untergeschoss betrage indessen 101 m². Damit werde das zulässige Mass um 28,5 m² überschritten. Die Baubewilligungsbehörde beruft sich auf ihre konstante Praxis bei der Anwendung von Art. 18 BZO. Die Fläche, welche im Untergeschoss zu 50 % ausgebaut werden dürfe, ergebe sich aus der Projektion des Erdgeschosses auf das darunterliegende Untergeschoss. Die Projektionsfläche betrage im vorliegenden Fall 202 m². Im Untergeschoss sei daher eine anrechenbare Fläche von 101 m² zulässig. Dies sei eingehalten. Auch das Baurekursgericht stellt fest, es liege beim vorliegenden Bauvorhaben keine Überschreitung der zulässigen Ausnützung vor. Der streitbetroffene Erweiterungsbau weise zwei Vollgeschosse sowie ein anrechenbares Untergeschoss im Sinn von § 275 Abs. 3 PBG auf. Nach dem unmissverständlichen Wortlaut von § 255 Abs. 2 PBG betrage die ausnützungsprivilegierte Fläche im

Untergeschoss maximal 145 m² (gesamte zulässige Ausnützung von 290 m² geteilt durch die Anzahl zulässige Vollgeschosse = 145 m²). Da dieses Mass im Untergeschoss nicht überschritten werde, falle die anrechenbare Fläche im Untergeschoss unter dem Blickwinkel von § 255 PBG ausser Ansatz. Ausnutzungsrelevant seien vorliegend lediglich die anrechenbaren Flächen der Vollgeschosse.

E. 7.2

Gemäss § 255 Abs. 2 PBG sind die anrechenbaren Flächen in Dach- und Untergeschossen nur dann anrechenbar, wenn sie je Geschoss die Fläche überschreiten, die sich bei gleichmässiger Aufteilung der gesamten zulässigen Ausnützung auf die zulässige Vollgeschossezahl ergäbe. Die zulässige Ausnützung beträgt im vorliegenden Fall 290 m². Diesbezüglich sind sich die Parteien einig. Dem Baurekursgericht ist darin beizupflichten, dass gemäss Absatz 1 von § 255 PBG anrechenbare Flächen im Untergeschoss gemäss kantonalem Recht nur dann anrechenbar wären, wenn sie eine Fläche von 145 m² überschreiten würden, da in der fraglichen Zone zwei Vollgeschosse zulässig sind. Dies ist bei einer Fläche von 101 m² im Untergeschoss offensichtlich nicht der Fall. Ein Verstoss gegen die Bestimmung von § 255 PBG ist daher nicht ersichtlich. Die Anwendung von Art. 18 BZO durch die Baubewilligungsbehörde führt entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht zu einem Verstoss gegen das kantonale Recht. Was die Anwendung von Art. 18 BZO durch die kommunale Baubewilligungsbehörde betrifft, so kann vorab auf die zutreffenden Ausführungen des Baurekursgerichts verwiesen werden, welche zu Recht auf das der Gemeinde zustehende Ermessen bei der Anwendung der kommunalen Bauvorschriften verweisen. Dass die von der Gemeinde angewandte Praxis bei der Anwendung von Art. 18 BZO dem Willen des kommunalen Gesetzgebers zuwiderlaufe oder anderweitig kommunales Recht verletze, macht der Beschwerdeführer nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich.

E. 8.1

Schliesslich beanstanden die Beschwerdeführenden die Zufahrt zu den drei Abstellplätzen im Untergeschoss über den Genossenschaftsweg Kat.-Nr. 02. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Rekursinstanz sei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass die Benutzung des Flurwegs im Jahre 1979 gestattet worden sei. Dies sei nachweislich unzutreffend, sei doch in der Baubewilligung vom 21. Juni 1979 ausdrücklich festgehalten worden, der östliche Flurweg dürfe mit der Magazineinfahrt nicht überlagert werden. Dies könne nur bedeuten, dass der Flurweg nicht als Magazinzufahrt verwendet werden dürfe und dass die Zufahrt zum Magazin auf dem eigenen Grundstück des Bauherrn erfolgen müsse. Es habe daher nie eine Zustimmung zur Benutzung des Flurwegs vorgelegen. Es bestehe daher auch kein Bestandesprivileg. Die Unterhaltsgenossenschaft führt ihrerseits an, dass anfangs der 90er-Jahre eine Gesamtmelioration durchgeführt worden sei, anlässlich welcher alle Flurwege an die neu gegründeten Unterhaltsgenossenschaften übertragen worden seien. Die bestehenden Servitute seien gelöscht oder erneuert worden. Was den Genossenschaftsweg Kat.-Nr. 02 betreffe, so sei an die Unterhaltsgenossenschaft nie ein Gesuch gestellt worden, diesen Weg als Zufahrt zu benützen. Es bestehe daher auch kein Grundbucheintrag. Mit dem geplanten Mehrfamilienhaus finde eine Umnutzung statt. Der geplante Neubau sei über die G-Strasse ausreichend erschlossen. Eine zusätzliche Erschliessung der Tiefgarage über den Flurweg sei nicht nötig. Die Zufahrt sei ausserdem schwer möglich. Es bestehe keine Wendemöglichkeit, sodass die Ausfahrt rückwärts erfolgen müsse. Es bestehe weder ein Winterdienst noch eine Beleuchtung. Es bestünden daher wesentliche

Sicherheitsrisiken.

E. 8.2

Die Baubewilligungsbehörde geht von einer mit Beschluss vom 21. Juni 1979 bewilligten Nutzung des damaligen Flurwegs als Magazinzufahrt aus. Die Mitbenützung des Flurwegs zu nichtlandwirtschaftlichen Zwecken genieße daher Bestandesgarantie. Daran ändere die Umwandlung des Flurwegs in einen Genossenschaftsweg nichts, da die Mitbenützung zu nichtlandwirtschaftlichen Zwecken nach heutigem Recht nicht restriktiver zu handhaben sei als bei Flurwegen, sondern gemäss dem Landwirtschaftsgesetz denselben Voraussetzungen unterliege. Eine Zustimmung gemäss der neurechtlichen Regelung von § 110 Abs. 2 und 3 des Landwirtschaftsgesetzes vom 2. September 1979 (LG) wäre angesichts der Bestandesgarantie nur erforderlich, wenn von einer relevanten Nutzungsintensivierung durch das Bauvorhaben auszugehen wäre. Dies sei aber nicht der Fall. Im Gegensatz zur Magazinnutzung, bei welcher die Anzahl Fahrzeuge zahlenmässig nicht beschränkt gewesen sei, gehe es vorliegend nur noch um drei Personenwagen.

E. 8.3

Es ist unbestrittenermassen davon, dass der Genossenschaftsweg Kat.-Nr. 02 dem Magazin bzw. Lager bis anhin als Zufahrt diene. Ausserdem ist den Vorinstanzen darin beizupflichten, dass von einer mit Beschluss vom 21. Juni 1979 bewilligten Nutzung des Wegs als Zufahrt auszugehen ist. In der Baubewilligung wurde offensichtlich von einer Zufahrt zum Magazin "von Osten" ausgegangen, was nur bedeuten kann, dass angenommen wurde, dass über diesen Flurweg zum Magazin/Lager zugefahren würde. Die von den Beschwerdeführenden zitierte Formulierung, wonach der Flurweg nicht mit der Magazineinfahrt überlagert werde dürfe, kann nur so verstanden werden, dass keine Fahrzeuge und sonstigen Lagergegenstände auf dem Flurweg gelagert werden dürften. Diese Auslegung ergibt sich auch aus dem gesetzlichen Kontext. Wie das Baurekursgericht zutreffend ausführt, war die nichtlandwirtschaftliche Nutzung von Flurwegen unter dem damals geltenden Gesetz über die Förderung der Landwirtschaft vom 22. September 1963 (aLG) grundsätzlich zugelassen, sofern sie von der Aufsichtsbehörde nicht ausdrücklich untersagt wurde (vgl. § 106 Abs. 3 Satz 2 aLG). Erst mit dem Inkrafttreten des Landwirtschaftsgesetzes vom 2. September 1979 wurde die nichtlandwirtschaftliche Nutzung von Genossenschafts- und Flurwegen von der Zustimmung der Mehrheit der übrigen Eigentümer oder Genossenschafter abhängig gemacht (vgl. § 110 Abs. 2 LG). Über eine solche Zustimmung oder über ein zivilrechtliches Wegrecht verfügt der Bauherr unbestrittenermassen nicht. Die bewilligte Nutzung des Flurwegs als Zufahrt zum Magazin, welche aufgrund einer Rechtsänderung in Widerspruch zum geltenden Recht trat, genießt jedoch Bestandesgarantie, allerdings nur im Umfang, in welchem die beabsichtigte in qualitativer und quantitativer Hinsicht der ursprünglich bewilligten Nutzung entspricht. Eine Nutzungsintensivierung wäre von der Bestandesgarantie nicht gedeckt. Die Annahme der Vorinstanzen, dass die Zufahrt zu den drei Abstellplätzen im Untergeschoss gegenüber der Zufahrt zum Magazin bzw. Lager eines Baugeschäfts keine Intensivierung der Nutzung darstelle, ist nicht zu beanstanden. Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Erwägungen des Baurekursgerichts verwiesen werden. Unter diesen Umständen erübrigt sich auch der von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang beantragte verwaltungsgerichtliche Augenschein. Wie bereits in den vorstehenden Erwägungen unter Ziffer 4.5 ausgeführt wurde, sind die verspätet erhobenen Rügen bezüglich Ausbau, Beleuchtung und Unterhalt des Genossenschaftswegs vorliegend unbeachtlich.

E. 9.1

Der Beschwerdeführer beanstandet schliesslich die Kostenverlegung durch das Baurekursgericht. Er macht im Wesentlichen geltend, der Aufwand des Rekursverfahrens und insbesondere der lange Schriftenwechsel seien durch die Rekursgegnerschaft verursacht worden, welche sich trotz Aufforderung in der Rekurschrift geweigert habe, die Pläne des bewilligten Altbestandes einzureichen. Der Grossteil der vorinstanzlichen Verfahrenskosten sei daher richtigerweise vom Verursacher, nämlich der Rekursgegnerschaft, aufzuerlegen und nicht dem Beschwerdeführer und zwar unabhängig vom Ausgang des Rekursverfahrens.

E. 9.2

Gemäss § 13 Abs. 2 VRG tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Kosten, die ein Beteiligter durch Verletzung von Verfahrensvorschriften oder durch nachträgliches Vorbringen solcher Tatsachen oder Beweismittel verursacht, die er schon früher hätte geltend machen können, sind ihm ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens zu überbinden. Die Kostenverteilung nach dem Unterliegerprinzip stellt im Mehrparteienverfahren einen allgemeinen prozessualen Grundsatz dar. Das Unterliegerprinzip ist die Regel, während das Verursacherprinzip nur ausnahmsweise zur Anwendung kommt. Der Entscheidinstanz steht bei der Verteilung der Kosten ein grosser Ermessensspielraum zu. Je ungewöhnlicher die Verteilung der Kosten angesichts der gesetzlichen Verteilungskriterien ist, desto höher sind die Anforderungen an die Begründung (vgl. Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 13 N. 43 ff.).

E. 9.3

Das Baurekursgericht hat die Verfahrenskosten von Fr. 7'000.- zu 1/4 der Unterhaltsgenossenschaft A und zu 3/4 dem Beschwerdeführer auflagt. Zur Begründung hat das Gericht auf den Aufwand zur Behandlung der jeweiligen Rügen verwiesen. Es hat die Kosten demzufolge nach dem Unterliegerprinzip den unterliegenden Rekurrentschaften auferlegt, wobei es dem Umstand, dass die Unterhaltsgenossenschaft lediglich eine (Erschliessungs-)Rüge erhoben hat, durch Aufteilung der Gesamtkosten im Verhältnis von 1/4 zu 3/4 Rechnung getragen hat. Diese Kostenaufgabe ist auf jeden Fall nicht rechtsverletzend und vom Verwaltungsgericht, welchem nur Rechtskontrolle zusteht (vgl. § 50 Abs. 1 VRG), nicht zu beanstanden. Es kann daher offenbleiben, ob gestützt auf das Verursacherprinzip auch eine (teilweise) Kostenaufgabe zulasten der Baubewilligungsbehörde als im pflichtgemässen Ermessen der Rekursinstanz liegend zu beurteilen gewesen wäre. Geboten war sie auf jeden Fall nicht zwingend, setzt doch eine Auferlegung von Verfahrenskosten zulasten eines Gemeinwesens oder einer Vorinstanz regelmässig wesentliche Verfahrensfehler voraus (vgl. die Anwendungsfälle bei Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 13 N. 59). Von einem derartigen Fehler muss vorliegend nicht ausgegangen werden. Bei den fehlenden Planunterlagen, welche die örtliche Baubehörde spät im Verfahren einreichte, handelt es sich um Beweismittel zugunsten des Standpunkts der Rekursgegnerschaft, deren Fehlen nicht zu einer Verletzung der Verfahrensrechte des Beschwerdeführers geführt hätte. Dass die Gerichtsgebühr aufgrund des langen Schriftenwechsels zu hoch ausgefallen wäre, macht der Beschwerdeführer nicht geltend.

E. 10

Zusammenfassend sind die Beschwerden abzuweisen; der angefochtene Entscheid des Baurekursgerichts ist zu bestätigen.

E. 11.1

Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten den unterliegenden Beschwerdeführenden aufzulegen; angesichts der erhobenen Rügen und des Aufwands bei deren Bearbeitung erscheint es angemessen, dem Beschwerdeführer 4/5 und der Beschwerdeführerin 1/5 der Kosten aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG).

E. 11.2

Eine Parteienschädigung steht dem unterliegenden Beschwerdeführer nicht zu. Der Baubewilligungsbehörde steht in der vorliegenden Konstellation, in der sich auf beiden Seiten private Parteien gegenüberstehen, praxisgemäss ebenfalls keine Parteienschädigung zu (VGr, 4. März 2017, VB.2016.00238, E. 5 mit weiteren Hinweisen).

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