

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00660 vom 19. März 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-03-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2019.00660](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00660)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00660 du 19 mars 2020

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00660 del 19 marzo 2020

## Regeste

Baubewilligung | Erweiterte Besitzstandsgarantie. Gemäss § 357 Abs. 1 PBG dürfen bestehende Bauten, die den Bauvorschriften widersprechen, umgebaut werden, wenn dem keine überwiegenden öffentlichen oder nachbarlichen Interessen entgegenstehen. Allerdings haben Lehre und Rechtsprechung stets verlangt, dass bauliche Änderungen nicht auf den weitgehenden Ersatz der bisherigen Bausubstanz hinauslaufen dürfen. Neubauähnliche Umgestaltungen sprengen den Rahmen der gemäss § 357 Abs. 1 PBG zulässigen Änderungen und müssten die für Neubauten geltenden Vorschriften einhalten (E. 2.2.2). Die für die Zulässigkeit der nun in Frage stehenden Abweichung relevante Identität der Baute bemisst sich nach dem Bestand des Gebäudes zum Zeitpunkt, als es baurechtswidrig wurde. Umbauten, Erweiterungen und Nutzungsänderungen die gestützt auf § 357 Abs. 1 PBG erfolgt sind, sind bei einer erneuten Anwendung von § 357 Abs. 1 PBG jeweils mitzuberücksichtigen. Andernfalls droht, dass nach und nach Änderungen bewilligt werden, die in einer Gesamtschau eine Umgehung der für einen Neubau geltenden Bestimmungen darstellen. In diesem Sinn hielt das Verwaltungsgericht bereits im Jahr 1991 fest, dass – wenn an einer bauvorschriftswidrigen Baute und Anlage verschiedene, konstruktiv voneinander unabhängige oder zeitlich gestaffelte bauliche Änderungen vorgenommen werden – aufgrund einer Gesamtwürdigung zu entscheiden ist, ob der zulässige Rahmen baulicher Massnahmen gewahrt ist oder ob es sich um eine neubauähnliche Umgestaltung handelt (E. 2.2.4). Teilweise Gutheissung und Rückweisung. Im Übrigen 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 übrigen Prozessvoraussetzungen sind erfüllt.

### E. 2.1

Umstritten ist zunächst die Zulässigkeit der mit Bauentscheid BE 193/19 vom 5. Februar 2019 gestützt auf § 357 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) bewilligten baulichen Änderung des Gebäudes an der R-Strasse 05. Es ist unstrittig, dass das im Jahr 1893 erbaute Hofgebäude auf der – sich in der Quartiererhaltungszone QI5b befindenden – Parzelle Kat. ■ Nr. 04 (R-Strasse 05), die Voraussetzung von Art. 24h Abs. 3 lit. d der Bau- und Zonenordnung der Stadt Zürich vom 23. Oktober 1991 (BZO) nicht einhält, wonach nicht mit Randgebäuden überbaubare Parzellen und Parzellenteile im Gebiet b höchstens zu einem Drittel überbaut werden dürfen. Bei dieser Voraussetzung

handelt es sich – entgegen der Vorinstanz, die von einer Freiflächenvorschrift ausging – um eine Überbauungsziffervorschrift. Mithin ist das genannte Hofgebäude eine bestehende Baute im Sinn von § 357 Abs. 1 PBG, welche die Bauvorschriften nicht einhält.

#### **E. 2.2.1**

Die Beschwerdeführenden machen geltend, dass bereits mit dem Bauentscheid BE 1804/17 vom 21. November 2017 eine neubauähnliche Umgestaltung vollzogen worden sei, sodass sich der jetzige Umbau nicht auf § 238 PBG stützen lasse.

#### **E. 2.2.2**

Gemäss § 357 Abs. 1 PBG dürfen bestehende Bauten, die den Bauvorschriften widersprechen, umgebaut werden, wenn dem keine überwiegenden öffentlichen oder nachbarlichen Interessen entgegenstehen. Für neue oder weitergehende Abweichungen von Bauvorschriften bleiben laut Satz 2 derselben Bestimmung die erforderlichen Ausnahmebewilligungen vorbehalten. Diese sogenannte erweiterte Besitzstandsgarantie (vgl. Konrad Willi, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen, Zürich 2003, S. 70 f.) schützt unter dem bisherigen Recht errichtete Bauten nicht nur in ihrem Bestand, sondern lässt neben Nutzungsänderungen auch Umbauten und Erweiterungen zu, ohne dass ihr Umfang ausdrücklich beschränkt würde (VGr, 27. März 2013, VB.2012.00810, E. 4.3 = BEZ 2013 Nr. 21). Allerdings haben Lehre und Rechtsprechung stets verlangt, dass bauliche Änderungen nicht auf den weitgehenden Ersatz der bisherigen Bausubstanz hinauslaufen dürfen. Neubauähnliche Umgestaltungen sprengten den Rahmen der gemäss § 357 Abs. 1 PBG zulässigen Änderungen und müssten die für Neubauten geltenden Vorschriften einhalten (eingehend VGr, 30. Mai 2012, VB.2011.00640, E. 3.1).

#### **E. 2.2.3**

Neubauähnliche Umgestaltungen sind nach der 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, 31. August 2017, VB.2017.00057, E. 6.1.2 mit Hinweisen; 19. Oktober 2005, VB.2004.00252, E. 4.1 = BEZ 2006 Nr. 32). 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 (VGr, 31. August 2017, VB.2017.00057, E. 6.1.2). Nicht zur Anwendung gelangt § 357 Abs. 1 PBG bei Änderungen von verfallenen, technisch abbruchreifen Bauten und Anlagen (RB 1994 Nr. 72). Wann technische Abbruchreife erreicht ist, lässt sich aber nicht allgemein sagen, sondern nur aufgrund von Indizien ermitteln. Für technische Abbruchreife sprechen jedenfalls schwere Mängel der Bausubstanz, welche die Statik einer Baute beeinträchtigen (VGr, 27. Juni 2019, VB.2018.00276, E. 3.2 mit Hinweis).

#### **E. 2.2.4**

Der Bauentscheid BE 1804/17 vom 21. November 2017 ist in Rechtskraft erwachsen und das damit – gestützt auf § 357 Abs. 1 PBG – bewilligte Vorhaben wurde bereits realisiert. Damit ist es grundsätzlich durch die Bestandeskraft der Baubewilligung geschützt. Die für

die Zulässigkeit der nun infrage stehenden Abweichung relevante Identität der Baute bemisst sich – anders als die Vorinstanz in E. 13.3.2 ausführt, aber entsprechend ihrer in E. 13.3.3 vorgenommenen Prüfung – nach dem Bestand des Gebäudes zum Zeitpunkt als es baurechtswidrig wurde. Umbauten, Erweiterungen und Nutzungsänderungen die gestützt auf § 357 Abs. 1 PBG erfolgt sind, sind bei einer erneuten Anwendung von § 357 Abs. 1 PBG jeweils mitzubehaltenden. Andernfalls droht, dass nach und nach Änderungen bewilligt werden, die in einer Gesamtschau eine Umgehung der für einen Neubau geltenden Bestimmungen darstellen. In diesem Sinn hielt das Verwaltungsgericht bereits im Jahr 1991 fest, dass – wenn an einer bauvorschriftswidrigen Baute und Anlage verschiedene, konstruktiv voneinander unabhängige oder zeitlich gestaffelte bauliche Änderungen vorgenommen werden – aufgrund einer Gesamtwürdigung zu entscheiden ist, ob der zulässige Rahmen baulicher Massnahmen gewahrt ist oder ob es sich um eine neubauähnliche Umgestaltung handelt (RB 1991 Nr. 69).

#### **E. 2.2.5**

Im Bauentscheid BE 1804/17 vom 21. November 2017 hatte die Bausektion des Stadtrates der Stadt Zürich – unter Verweis auf das im vorliegenden Verfahren nicht bei den Akten liegende Dokument "statischer Nachweis der Firma P AG vom 18. Juli 2017" – ausgeführt, dass weder die Bausubstanz weitgehend noch das statische System ersetzt würden und – unter Verweis auf das im vorliegenden Verfahren ebenfalls nicht bei den Akten liegende Dokument "Kostengegenüberstellung vom 19. Mai 2017" – dargetan, dass die Umbaukosten deutlich unter denen eines Neubaus lägen. Es handle sich nicht um eine neubauähnliche Umgestaltung. Die Vorinstanz legte dar, dass mit dem Umbau gemäss Bauentscheid BE 1804/17 vom 21. November 2017 das Fundament, die Aussenwände, Stützen und Böden des zweigeschossigen, im Jahr 1893 erstellten Gebäudes erhalten würden. Innere Trennwände seien entfernt worden. Das Flachdach sei angehoben und ersetzt worden. Die mit Bauentscheid BE 193/19 vom 5. Februar 2019 bewilligte Nutzung des Veranstaltungsraums im Untergeschoss ändere nichts Zusätzliches an der Bausubstanz. Somit sei die Grundstruktur des Gebäudes im Wesentlichen erhalten geblieben; sie sei an die neuen Nutzungen und Anforderungen angepasst und ertüchtigt worden. Neu seien hauptsächlich die Wärmedämmung, die Gastronomieeinrichtung im Erdgeschoss (Küche; Abwaschstation, Gastraum), die Raumaufteilung im Obergeschoss mit WC und Teeküche (Büros), die Haustechnik, die Fenster und das Dach mit Oblicht. Neu sei auch die Nutzweise. Damit werde trotz grosser Neuinvestitionen, die indes auch bei einer blossen Sanierung angefallen wären, ein nicht unwesentlicher Teil der bestehenden Substanz in sinnvoller Weise angepasst und weiter genutzt. Die Organisation und die Konstruktion des Gebäudes würden – ebenso wie seine bisherige Gestalt – im Wesentlichen beibehalten. Zu beachten sei, dass die Baukosten von Fr. 1.8 Mio. gemäss Baugesuch nicht nur die hier infrage stehenden Gebäude auf der Parzelle Kat.-Nr. 04, sondern vor allem auch die Erweiterung des Untergeschosses und den Umbau des Treppenhauses im angebauten Gebäude (Kat.-Nr. 07) betreffen würden. Unter diesen Umständen könne nicht gesagt werden, es sei der Bauherrschaft ausschliesslich oder vorwiegend darum gegangen, die Anwendung der für einen Neubau geltenden Bestimmungen zu verhindern. Es sei folglich nicht von einer Gesetzesumgehung und damit nicht von einer neubauähnlichen Umgestaltung auszugehen.

#### **E. 2.2.6**

Die Beschwerdeführenden bringen dagegen vor, dass das Gebäude eingekernt und neu eingedacht worden sei. Die Zwischenböden seien – auch dort wo alte Bausubstanz beibehalten worden sei – totalsaniert und ergänzt worden. Die Statik sei vormals offenbar so schlecht gewesen, dass über das Gebäude – abgesehen vom Erdgeschoss – ein Nutzungsverbot verhängt worden sei; im Zusammenhang mit dieser Behauptung verweisen die Beschwerdeführenden auf die Aussage im Betriebskonzept zum geplanten Veranstaltungsraum N-Hof, dass aufgrund des "schlechten baulichen Zustands" nur das Erdgeschoss genutzt werden dürfe, da über den Rest des Gebäudes ein Nutzungsverbot verhängt worden sei. Zudem überstiegen die Umbaukosten die Neubaukosten bei Weitem, was für ein Umgehungsmotiv spräche. Es sei kaum ein Fall denkbar, bei welchem das Umgehungsmotiv sich noch offensichtlicher im Verhältnis zwischen Umbauaufwand und dem hypothetischen Neubauaufwand niederschläge. Ebenfalls für ein Umgehungsmotiv spräche, dass bei einem Bau nach der Regelbauweise auf ein Drittel der Baute hätte verzichtet werden müssen.

#### **E. 2.2.7**

Die Darlegungen der Beschwerdeführenden zur Statik der streitbetroffenen Baute vor dem mit Bauentscheid BE 1804/17 vom 21. November 2017 bewilligten Umbau sowie zu den dabei angefallenen Baukosten sind mit Blick auf § 357 Abs. 1 PBG relevant. Die Vorinstanz unterliess es, die vollständigen Akten zum Bauentscheid BE 1804/17 vom 21. November 2017 beizuziehen. Ohne Beizug dieser Akten – insbesondere der in E. 2.2.5 genannten Dokumente – ist der Sachverhalt bezüglich der genannten Rügen indes nicht rechtsgenügend abgeklärt. Es ist so keine umfassende Beurteilung der sich stellenden Rechtsfragen möglich. Das vorinstanzliche Urteil ist daher hinsichtlich des Verfahrens R1S.2019.05027 aufzuheben und die Sache ist zur Neuurteilung unter Beizug der Akten zum Bauentscheid BE 1804/17 vom 21. November 2017 zurückzuweisen.

#### **E. 2.3**

Auf die übrigen Rügen bezüglich des Beschwerdeantrags 1 muss angesichts des Gesagten nicht eingegangen werden.

#### **E. 3**

Die Beschwerdeführenden beanstanden im Zusammenhang mit ihrem Beschwerdeantrag 2, dass die Vorinstanz aufgrund ihres Rekurses vom 14. März 2019 zu Unrecht ein eigenständiges Verfahren (R1S.2019.05028) zur Abänderungsbewilligung zu BE051/18 vom 05. Februar 2019 eröffnet, dieses als durch Rückzug des Rekurses erledigt abgeschlossen, die Gerichtsgebühr und die Zustellkosten den jetzigen Beschwerdeführenden auferlegt und Letztere diesbezüglich zu einer Umtriebsentschädigung an die jetzige private Beschwerdegegnerin verpflichtet habe. Die jetzigen Beschwerdeführenden hatten mit ihren Eingaben vom 14. März 2019 ausdrücklich Rekurs gegen den Bauentscheid BE 193/19 vom 5. Februar 2019 bzw. BE 194/19 vom 5. Februar 2019 sowie je gegen die Abänderungsbewilligung zu BE051/18 vom 05. Februar 2019 erhoben. Mit Antrag Ziff. 2 forderten sie jeweils: "Ebenso sei Abänderungsbewilligung zu BE051/18 vom 05. Februar 2019 aufzuheben, soweit sie einen Durchgang zwischen den Kat.-Nrn. 07 und 08 zum Gegenstand hatte." Mit Replik vom 14. Mai 2019 im Verfahren R1.2019.05028 verlangten sie: "Es wird beantragt, dass das separat für die Abänderungsbewilligung vom 27. Februar 2019 angelegte Rekursverfahren ohne Kostenfolge abgeschlossen wird". Entgegen den Beschwerdeführenden ist es nicht zu

beanstanden, dass die Vorinstanz bezüglich der Abänderungsbewilligung zu BE051/18 vom 05. Februar 2019 ein separates Verfahren eröffnete, zumal es sich nicht um eine im Zusammenhang mit den anderen angefochtenen Bauentscheiden ergangene Bewilligung handelte. Die Vorinstanz schrieb das Verfahren ab, nachdem die jetzigen Beschwerdeführenden selber gefordert hatten, es sei als durch Rückzug erledigt abzuschreiben. Ebenso wenig ist es zu beanstanden, dass die Abschreibung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der jetzigen Beschwerdeführenden geschah: Die irrtümliche Annahme – die sich durch die Konsultation der Abänderungspläne mühelos hätte vermeiden lassen –, dass die Abänderungsbewilligung vom 27. Februar 2019 den Durchgang zwischen den Kat.-Nrn. 07 und 08 bzw. den "Wanddurchbruch" zum Gegenstand hatte, ist den jetzigen Beschwerdeführenden anzulasten. Im bewilligten Plan ist der fragliche Durchgang eindeutig als Bestand eingezeichnet. Die Beschwerdeführenden behaupten nicht, dass die fragliche Projektänderung (Wanddurchbruch für den Durchgang zwischen den Kat.-Nrn. 07 und 08) im Rahmen der Abänderungsbewilligung vom 27. Februar 2019 hätte behandelt werden müssen. Es ist somit – entgegen ihren Ausführungen – schlicht nicht relevant, in welchem anderen Verfahren die Projektänderung allenfalls hätte geprüft werden müssen. Der Beschwerdeantrag 2 ist abzuweisen.

#### **E. 4**

Die Beschwerde ist folglich teilweise gutzuheissen. Disp.-Ziff. III, V/b und VI Abs. 1 des Entscheids des Baurekursgerichts vom 30. August 2019 sind aufzuheben und die Sache ist zum Neuentscheid im Sinn der Erwägungen (E. 2.2.7) an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

#### **E. 5.1**

Praxismässig entspricht eine Rückweisung bei offenem Ausgang des Verfahrens einem vollen Obsiegen (VGr, 9. Mai 2019, VB.2018.00348, E. 4.2 mit Hinweisen). Ein teilweises Obsiegen liegt dann vor, wenn nach der vorzunehmenden Neu Beurteilung das ursprüngliche Begehren der beschwerdeführenden Partei höchstens teilweise gutgeheissen werden könnte (BGr, 1. Juli 2015, 1C\_597/2014, E. 6.1; BGr, 16. Februar 2016, 2C\_809/2015, E. 6.3). Zumal der Beschwerdeantrag 2 abgewiesen wurde, handelt es sich nur um ein teilweises Obsiegen.

#### **E. 5.2**

Die Gerichtskosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht sind grundsätzlich nach dem Unterliegerprinzip zu verteilen (§ 70 VRG in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG), wobei der Entscheidinstanz ein grosser Ermessensspielraum zusteht. Das Obsiegen wird grundsätzlich daran gemessen, mit welchen Anträgen der Verfahrensbeteiligte durchdringt (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 13 N. 43 und N. 51). Vorliegend ist zu beachten, dass die Beschwerdeführenden mit ihrem Beschwerdeantrag 1 obsiegen und mit ihrem Beschwerdeantrag 2 unterliegen. Insofern ist es angemessen, die Kosten des vorliegenden Verfahrens den Beschwerdeführenden je zu 1/8 (insgesamt 1/2) und den Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 je zu 1/4 aufzuerlegen. Parteientschädigungen werden bei diesem Ausgang nicht gesprochen.

#### **E. 6**

In Bezug auf den Beschwerdeantrag 2 liegt ein Endentscheid vor. In Bezug auf den Beschwerdeantrag 1 liegt ein Rückweisungsentscheid vor. Letztinstanzliche kantonale

Rückweisungsentscheide sind als Zwischenentscheide im Sinn von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zu qualifizieren (BGE 138 I 143 E. 1.2, 133 V 477 E. 4.2). Der vorliegende Entscheid ist daher diesbezüglich vor Bundesgericht nur direkt anfechtbar, wenn er einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b).

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