

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00752 vom 20. August 2020**

ZH Verwaltungsgericht, 2020-08-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2019.00752](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00752)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00752 du 20 août 2020

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00752 del 20 agosto 2020

## **Regeste**

Baubewilligung | Umnutzung eines baurechtswidrigen Bastelraums in eine Backstube. Die vorliegende Untergeschossnutzung als Bastelraum wurde zu Unrecht bewilligt, weshalb sich die Umnutzung dieses Raums in eine Backstube nach § 357 PBG beurteilt (E. 3). Es ist nicht nachvollziehbar, inwiefern die Innenbeleuchtung der Backstube, etwa durch störende Beleuchtungsdauer oder -stärke, das Ortsbild verschlechtern sollte. Somit steht das angeführte öffentliche Interesse am Ortsbildschutz der Umnutzung nicht entgegen (E. 4.2). Die angeblichen Geruchsimmissionen (als angeführte entgegenstehende nachbarlichen Interessen) sind infolge einer ungenügenden Ermittlung der Betriebszeiten nicht beurteilbar (E. 4.3). Gutheissung und Rückweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Verwaltungsgericht ist für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde nach § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) zuständig. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 2**

Das von der streitbetroffenen Umnutzung betroffene Grundstück Kat.-Nr. 01 befindet sich gemäss der geltenden Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Birmensdorf vom 1. November 2006 in der zweigeschossigen Kernzone (K2). Mit Beschluss vom 18. Dezember 2017 bewilligte der Gemeinderat Birmensdorf die (von der Baukontrolle zuvor festgestellte) Umnutzung eines Bastelraums in eine Backstube im Untergeschoss des Gebäudes der Beschwerdeführenden, dies befristet bis 1. Februar 2021, wobei anschliessend die Backstube zurückzubauen und mithin der rechtmässige Zustand wiederherzustellen sei. Das seitens der heutigen Beschwerdeführenden angerufene Baurekursgericht wies die Sache mit Entscheid vom 19. Oktober 2018 in Aufhebung des Beschlusses an den Gemeinderat zurück, da das Gebäude wegen des vorhandenen Bastelraums übergeschossig und somit baurechtswidrig sei (was die Baubehörde anders einschätzte), weshalb die beantragte Umnutzung richtigerweise nach § 357 Abs. 1 Satz 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) zu beurteilen gewesen wäre. Dies holte der Gemeinderat mit der vorliegenden Ausgangsverfügung vom 15. April 2019 nach. Dabei erachtete er anlässlich der Anwendung von § 357 Abs. 1 PBG das entgegenstehende öffentliche Interesse als überwiegend an. Weiter sei der Wiederherstellungsbefehl zufolge der Bösgläubigkeit der Handelnden nicht nur verhältnismässig, sondern auch unter präjudiziellen Gesichtspunkten geradezu geboten.

Gestützt auf diese Erwägungen verweigerte der Gemeinderat die baurechtliche Bewilligung für die Umnutzung des Bastelraums zu einer Backstube und ordnete zugleich die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands innert drei Monaten an.

### **E. 3**

Der Beschwerdegegner bemängelt vorab, dass die strittige Umnutzung des Bastelraums zur Backstube – entgegen der vorinstanzlichen Anweisung im Entscheid vom 19. Oktober 2018 – nicht nach § 357 PBG zu beurteilen sei, da der am 27. April 1987 formell rechtskräftig bewilligte Bastelraum nicht zu einer Anrechenbarkeit des Untergeschosses führe und sich mithin die damalige Baubewilligung auch als materiell richtig erweise.

#### **E. 3.1**

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 Ausnahmegewilligungen vorbehalten. Bei der Frage, ob dem Bauvorhaben überwiegende öffentliche oder nachbarliche Interessen entgegenstehen, ist zwischen dem Interesse der Bauherrschaft an der Realisierung der vom Gesetz eingeräumten Baumöglichkeit und insbesondere demjenigen der Nachbarn vorzunehmen, dass sich die Beeinträchtigung ihrer eigenen Grundstücke im Rahmen dessen hält, was auch von einer baurechtskonformen Überbauung der Baugrundstücke zu erwarten wäre (VGr, 25. Januar 2012, VB.2011.00548, E. 8.2).

#### **E. 3.2**

Die Anwendung von § 357 PBG (erweiterte Besitzstandsgarantie) setzt im Normalfall voraus, dass eine bestehende Baute, die seinerzeit in Einklang mit den materiell-rechtlichen 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 seinem Entscheid 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.

#### **E. 3.3**

Untergeschosse sind anrechenbar, wenn sie Wohn-, Schlaf- oder Arbeitsräume enthalten (vgl. § 276 Abs. 1 PBG). Damit sind weitgehend die gleichen Räumlichkeiten angesprochen, deren Flächen auch zur Anrechnung an die Ausnützungsziffer (nach § 255 PBG) führen (VGr, 23. November 2011, VB.2011.00389, E. 4.2.1). Gemäss § 255 Abs. 1 PBG sind Räume anrechenbar, die zum Wohnen, Arbeiten oder sonst zum dauernden Aufenthalt verwendbar sind. Nach dieser Bestimmung genügt damit für die Anrechnung an die erlaubte Ausnützung bereits die blosse Verwendbarkeit zu den genannten Zwecken,

ohne dass der Raum ausdrücklich hierfür bestimmt sein muss. Das Verwaltungsgericht hat entschieden, dass sich (auch) die Frage, ob ein Geschoss im Sinn von § 276 PBG anrechenbar ist, im Einzelfall nach objektiven Kriterien und nicht nach der Absichtserklärung des Bauherrn beurteilt (VGr, 25. November 1994, BEZ 1995 Nr. 3, E. 2). Für die Frage der Anrechenbarkeit ist somit entscheidend, ob der Raum nicht nur einen Sachzweck erfüllt, sondern für die Ausübung menschlicher Tätigkeiten und damit für den Aufenthalt von Personen bestimmt ist (RB 2000 Nr. 100 = BEZ 2001 Nr. 4; VGr, 18. Juni 2008, VB.2008.00012, E. 2.2.2). Massgebend ist, ob ein Gebäudeteil aufgrund seines Ausbaus bewohnt werden bzw. als Arbeitsraum dienen kann oder nicht.

#### **E. 3.4**

Gemäss der Baubewilligung vom 27. April 1987 für das streitbetroffene Doppelteinfamilienhaus sind im Untergeschoss zwei Bastelräume vorgesehen, weshalb die Vorinstanz im Entscheid vom 19. Oktober 2018 auf die Anrechenbarkeit des Untergeschosses schloss. Dies ist mit Blick auf das soeben Dargelegte (oben E. 3.3) sowie die ständige Rechtsprechung, wonach die Anrechenbarkeit von Bastelräumen im Untergeschoss an die Ausnützungsziffer zu bejahen ist (VGr, 25. Oktober 2006, VB.2006.00272, E. 3.2, mit Hinweisen; vgl. BEZ 2010 Nr. 37 E. 3.2; Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. A., Wädenswil 2019, S. 1142 f.), nicht zu beanstanden. Da die Anrechenbarkeit eines Geschosses sich wie gesehen nach objektiven Kriterien richtet, vermag schliesslich das Argument des Beschwerdegegners, wonach dieser zum Bewilligungszeitpunkt nicht von einem dauernden Aufenthalt respektive einer derartigen Nutzung ausging, nicht durchzudringen. Die somit zu bejahende Anrechenbarkeit des Untergeschosses führt angesichts der (unbestrittenen) Sachverhaltselemente, dass in der Zone K2 lediglich zwei Vollgeschosse erlaubt sind und das Gebäude neben dem anrechenbaren Untergeschoss zwei Vollgeschosse aufweist, zur Übergeschossigkeit und somit zur Baurechtswidrigkeit des Gebäudes. Damit beurteilt sich die vorliegende Umnutzung des Bastelraums nach § 357 PBG.

#### **E. 3.5**

Für den Fall der Anwendung von § 357 PBG macht der Beschwerdegegner geltend, dass die Umnutzung des Bastelraums in eine Backstube eine weitergehende Abweichung im Sinn von § 357 Abs. 1 Satz 2 PBG darstelle, da damit eine Nutzungsintensivierung und eine Verschlechterung des bereits bestehenden baurechtswidrigen Zustands einhergehe. Die Vorinstanz hielt zu dieser Frage im Entscheid vom 19. Oktober 2018 fest, dass die (baurechtswidrige) Übergeschossigkeit auch nach der Umnutzung unverändert bleibe. Neue Normabweichungen seien somit nicht erkennbar. Ebenso wenig stelle eine allfällige Nutzungsintensivierung eine neue Normabweichung dar, da damit nicht per se ein baurechtswidriger Tatbestand geschaffen werde. Diese Erwägungen sind mit Blick auf die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, wonach eine "weiter gehende Abweichung von Vorschriften" im Sinn von § 357 Abs. 1 PBG dann anzunehmen ist, wenn gegen eine bereits verletzte Bestimmung noch zusätzlich verstossen wird (VGr, 16. Januar 2013, VB.2012.00596, E. 5.2, mit Hinweisen), zutreffend.

#### **E. 4**

Im Rahmen der Beurteilung nach § 357 Abs. 1 PBG ist im Weiteren zu prüfen, ob der Umnutzung des Bastelraums in eine Backstube überwiegende öffentliche (unten E. 4.1 f.)

oder nachbarliche Interessen (unten E. 4.3) entgegenstehen.

#### **E. 4.1**

In der Ausgangsverfügung erachtete der Beschwerdegegner das öffentliche Interesse bereits durch die Nutzungsordnung, welche bei konsumierten zwei Vollgeschossen keine anrechenbaren Nutzungen in Untergeschossen erlaube, definiert, weshalb kein Spielraum zugunsten des privaten Interesses der Beschwerdeführenden bestehe. Im Rekursverfahren (und nun auch im Beschwerdeverfahren) führte der Beschwerdegegner in diesem Sinn aus, dass der Gesetzgeber in der massgeblichen Baubestimmung bereits eine Entscheidung getroffen habe. Die Vorinstanz verwarf das Vorbringen, wonach der Gesetzgeber bereits eine Entscheidung getroffen habe. In der Tat ist das beschwerdegegnerische Vorgehen verfehlt: Die Anwendung von § 357 Abs. 1 PBG verlangt eine Baute, die Bauvorschriften widerspricht, und erlaubt unter einem Interessenabwägungsvorbehalt Änderungen an dieser. Diese Bestimmung würde ihres Sinns entleert werden, wenn die Norm, welche die Baurechtswidrigkeit bewirkt – und damit den Anwendungsbereich von § 357 Abs. 1 PBG erst eröffnet –, zugleich das der Änderung entgegenstehende überwiegende öffentliche Interesse begründen würde. Diesfalls könnte die Bauherrschaft nie vom vorgesehenen Zweck der Besitzstandsgarantie gemäss § 357 Abs. 1 PBG profitieren. Zugleich verlangt § 357 Abs. 1 PBG eine einzelfallweise Interessenabwägung, welche nicht im Vorhinein vom Gesetzgeber (in generell-abstrakter Weise) vorgenommen werden darf. Insofern ist die vom Beschwerdegegner vorgenommene Beurteilung nach § 357 Abs. 1 PBG klar ungenügend (zumal nicht sogleich ersichtlich ist, inwiefern das Verhindern einer anrechenbaren Untergeschossnutzung an sich ein öffentliches Interesse darstellen soll). Zugleich bringt die Bezugnahme des Beschwerdegegners auf die legislatorische Regelung der Kernzone das dahinterliegende anerkannte öffentliche Interesse, nämlich jenes am Ortsbildschutz (vgl. etwa VGr, 11. Juli 2012, VB.2012.00178, E. 6.3), zumindest mittelbar zum Ausdruck. Indem sich die Vorinstanz nach Verwerfen der beschwerdegegnerischen Grundlage auf das (einheitliche) Quartiererscheinungsbild als legitimes öffentliches Interesse abstützte, fügte sie der Interessenabwägung nach § 357 PBG somit nicht einen anderen Aspekt hinzu (so aber die Beschwerdeführenden). Vielmehr benannte sie das vom Beschwerdegegner unzureichend angeführte öffentliche Interesse korrekt (und ermittelte es letztlich).

#### **E. 4.2**

Damit bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz die erforderliche Interessenabwägung korrekt vorgenommen hat. Diesbezüglich machen die Beschwerdeführenden geltend, die Nutzung als Backstube habe auf das Quartiererscheinungsbild keine relevanten Auswirkungen.

##### **E. 4.2.1**

Art. 6 BZO (respektive Art. 5 der früheren BZO vom 26. Juni 1984) erlaubt für Neubauten in der Kernzone zwei Vollgeschosse sowie zwei anrechenbare Dachgeschosse, wobei die Gebäudehöhe maximal 7 m betragen darf. Obwohl Untergeschosse hier nicht erwähnt sind, so sind sie klarerweise zulässig, solange die Bauherrschaft die maximale Gebäudehöhe und die übrigen Vorschriften über die Ausdehnung und Nutzung eines Gebäudes einhält (VGr, 9. März 2011, VB.2010.00577, E. 3.2). Somit ist im Hinblick auf die Beurteilung nach § 357 Abs. 1 PBG die nicht anrechenbare – mithin baurechtskonforme (siehe oben E. 3.1) – Untergeschossnutzung, wozu etwa die Verwendung als reine Lager- und Archivräume oder als einen mittels kleinen Lichtschächten belichteten Wäschetrocknungsraum zählen (vgl.

Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, S. 944), mit der vorliegend anrechenbaren Untergeschossnutzung als Backstube zu vergleichen. Hierbei hat die Vorinstanz den Backbetrieb im Untergeschoss dahingehend als Beeinträchtigung der ortsbildschützerischen Interessen gesehen, als dass die Nutzung von aussen her wahrnehmbar sei, dies insbesondere morgens und abends in den dunklen Wintermonaten. Damit ist augenscheinlich die während der Nutzung aus der Backstube nach draussen dringende Innenbeleuchtung angesprochen, welche dem Ortsbildschutz zuwiderlaufen solle.

#### **E. 4.2.2**

Dies überzeugt nicht. Nach verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung ist zwar nicht auszuschliessen, dass beispielsweise eine (entsprechend dimensionierte) Weihnachtsbeleuchtung (VGr, 21. Juli 2006, VB.2006.00196, E. 2.3) oder eine Leuchtreklame (VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00500, E. 3.7 f.) einen Verstoß gegen ortsbildschützerische Belange bewirken kann. Hier zieht die Vorinstanz aber einen Zusammenhang zwischen der jeden Raum ausstattenden Innenbeleuchtung und dem Ortsbildschutz, was generell fragwürdig erscheint. So ist nicht ersichtlich, inwiefern die Innenbeleuchtung der Backstube, etwa durch störende Beleuchtungsdauer oder -stärke, das Ortsbild verschlechtern sollte. Die vorinstanzliche Überlegung, wonach die Backstube im Gegensatz zu einer baurechtskonformen Baute ohne anrechenbare Untergeschossnutzung von aussen wahrgenommen werden könne, verkennt, dass auch nicht anrechenbare Räume im Untergeschoss wie beispielweise Keller- oder Waschküchenräume über eine Innenbeleuchtung verfügen und somit von aussen erkennbar sind. Hinzu kommt, dass dem Fenster der Backstube ein Garten vorgelagert ist, welcher auf der gegenüberliegenden Seite von einer Hecke abgeschlossen wird, sodass das Fenster von der Quartierstrasse aus kaum einsehbar ist.

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz sah sodann nachbarliche Interessen tangiert, indem durch die Umnutzung des Bastelraums in eine Backstube eine Nutzungsintensivierung erfolge und der Betrieb der Backstube (aus der Fassade geführte) Geruchsemissionen freisetze. Dem halten die Beschwerdeführenden entgegen, dass die Geruchsemissionen nicht über das hinausgehen würden, was von einer baurechtskonformen Bäckerei in den Vollgeschossen des Gebäudes zu erwarten und als zonenkonform hinzunehmen wäre.

##### **E. 4.3.1**

Den Beschwerdeführenden ist insoweit zuzustimmen, als die Kernzonenvorschriften (vgl. Art. 10 BZO) der Errichtung einer Bäckerei in den zwei über dem Untergeschoss liegenden Vollgeschossen grundsätzlich nicht entgegenstehen würden. Diesfalls müssten die entstehenden Geruchsemissionen nach Art. 6 Abs. 2 der Luftreinhalteverordnung vom 16. Dezember 1985 (LRV) regelmässig durch einen Abluftkanal über Dach ausgestossen werden. Diese Anforderung erfüllt die vorliegend zu beurteilende Backstube mit ihrem etwa einen halben Meter über Boden liegenden Abluftaustritt aus der Fassade nicht, weshalb sich im Hinblick auf die Geruchsemissionen die vorliegend zu beurteilende Nutzung von derjenigen einer baurechtskonformen Nutzung unterscheidet.

##### **E. 4.3.2**

Zu klären bleibt, ob die Abluft aus der Backstube tatsächlich nachbarliche Interessen berührt. Dies wäre gewiss der Fall, wenn die Abluft eine störende Geruchsimmission darstellen würde. Vorliegend sind im Beschluss vom 15. April 2019 Geruchsimmissionen

indessen mit keinem Wort erwähnt. Die Vorinstanz führte die Geruchsmissionen an, obwohl während des Augenscheintermins am 3. Oktober 2019 die Backstube nicht genutzt wurde und deshalb keine Gerüche wahrzunehmen waren. Grundsätzlich dürften zwar aus gewerblich genutzten Küchen stammende Geruchsmissionen als übermässige Immissionen im Sinn von Art. 2 Abs. 5 LRV zu qualifizieren sein (siehe hinsichtlich eines Restaurationsbetriebs VGr, 18. Mai 2017, VB.2017.00105). Vorliegend ist aber zu berücksichtigen, dass die Backstube, deren gewerbsmässige Ausrichtung unbestritten ist, lediglich gut 12 m<sup>2</sup> gross ist. Die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens eingereichte Erfolgsrechnung macht anhand des Personalaufwands ausserdem deutlich, dass die Backstube nur von einer Person im (eher tieferen) Teilzeitpensum betrieben wird. Unklar sind indessen die für die Beurteilung der Immissionen mitmassgebenden Betriebszeiten der Backstube. Hierzu sind die Akten unergiebig. Die in einem früheren Verfahren angegebenen Betriebszeiten (Montag bis Samstag von 6.00 Uhr bis 20.00 Uhr, wobei in normalen Wochen an zwei bis vier Tagen gearbeitet werde) können mangels entsprechender Nachfrage der Vorinstanzen bei der Betreiberin als Grundlage nicht ohne Weiteres übernommen werden. Zusammenfassend lassen sich die Geruchsmissionen der Backstube ohne genaue Kenntnis der Betriebszeiten (Wochentage und Arbeitszeiten) nicht genügend beurteilen und gewichten, sodass die in § 357 Abs. 1 PBG angelegte Interessenabwägung nicht korrekt vorgenommen werden kann.

#### **E. 4.4**

Zusammenfassend liegt im vorliegenden Verfahren keine rechtsgenügende Beurteilung nach § 357 Abs. 1 PBG vor. Die von der Beschwerdegegnerin respektive der Vorinstanz angeführten öffentlichen und nachbarlichen Interessen, welche das beschwerdeführerische Interesse an der Umnutzung des Bastelraumes in eine Backstube überwiegen sollen, sind nicht abschliessend beurteilbar, da insbesondere die Betriebszeiten nicht bekannt sind. Dieser sachverhaltmässige Mangel ist nicht vom Verwaltungsgericht zu korrigieren, weshalb der von den Beschwerdeführenden beantragte Augenschein abzulehnen ist. Vielmehr ist die Sache in teilweiser Gutheissung der Beschwerde sowie Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids zur Neuurteilung an den Beschwerdegegner zurückzuweisen.

#### **E. 5**

Kann eine Rückweisung zu einer vollständigen Gutheissung des Antrags führen, gelten – besondere Umstände vorbehalten – die beschwerdeführenden Personen mit Blick auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen als obsiegend (BGr, 28. April 2014, 2C\_846/2013, E. 3.2 f.). Damit sind die Gerichtskosten von Rekurs- und Beschwerdeverfahren dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 und § 14 VRG). Zudem ist dieser zu einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführenden zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 VRG; Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014, § 17 N. 94) ; als angemessen erscheint für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren ein Betrag von insgesamt Fr. 3'000.-.

#### **E. 6**

Hinsichtlich der Rechtsmittelbelehrung ist darauf hinzuweisen, dass ein Rückweisungsentscheid nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts einen Zwischenentscheid darstellt, der nur angefochten werden kann, wenn die Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) erfüllt sind (BGE 133 II

409 E. 1.2).

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