

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00288 vom 3. März 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-03-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2021.00288](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00288)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00288 du 3 mars 2022

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00288 del 3 marzo 2022

## Regeste

Baubewilligung | Ausnützung. Die Vorinstanz durfte ohne Rechtsverletzung davon absehen, auf den von den Beschwerdeführenden behaupteten Sachverhalt einer vorbestehenden Ausnützungsüberschreitung und damit eines potenziellen Anwendungsfalles von § 357 Abs. 1 Satz 2 PBG zu schliessen (E. 4). Ohnehin wurde mit der hier angefochtenen Verfügung keine Erweiterung von anrechenbaren Flächen – und damit, selbst wenn der Ausgangstatbestand von § 357 Abs. 1 Satz 2 PBG vorliegen würde, weiter gehende Abweichung im Sinn dieser Bestimmung – bewilligt (E. 5). 5.4 Im Vergleich zu dem im Jahr 2014 rechtskräftig bewilligten Zustand ist keine Erweiterung oder Ausdehnung von anrechenbaren Flächen zu erkennen (E. 5.4). Abweisung.

## 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. Die Beschwerdeführenden sind als Stockwerkeigentümer der streitbetroffenen Liegenschaft Kat.-Nr. 01 durch die geltend gemachte Verletzung von Ausnützungs- und Geschoszahlvorschriften legitimationsbegründend im Sinn von § 338a des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) betroffen. Infolge der diesbezüglichen Abweisung ihres Rekurses sind die Beschwerdeführenden zur Beschwerde berechtigt. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### E. 1.1

und 1.2 einerseits sowie 2.1 und 2.2 andererseits je zur Hälfte und unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Überdies sind sie zu einer Parteientschädigung von Fr. 2'000.- an den privaten Beschwerdegegner zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 und 3 VRG).

### E. 2

grossen Raum "Atelier" angrenzt, samt einem kleinen "Utility"-Raum nicht mehr realisiert und stattdessen ein leicht grösserer "Schopf" erstellt werden. Ferner ist der Verzicht auf einen Windfang vor dem Lift und die Erstellung von Abstellplätzen für Fahr- und Motorräder auf einem Gitterrost vorgesehen.

### E. 3

Die Beschwerdeführenden halten zusammengefasst dafür, das Grundstück Kat.-Nr. 01 sei offenkundig massiv übernutzt, und zwar schon nach Massgabe der Stammbaubewilligung

vom 31. Mai 2001. Wie dies habe bewilligt werden können, sei nicht nachvollziehbar. Weil das Grundstück bereits übernutzt sei, dürften keine weiteren anrechenbaren Flächen erstellt werden. Die Einrichtung eines Ateliers mit Küchenzeile und WC anstelle eines ursprünglich geplanten Lagerraums auf dem Niveau 1 der Stockwerkeinheit Nr. 5 – und damit eine Erweiterung von anrechenbaren Nutzungen – werde mit der hier angefochtenen Verfügung erstmals bewilligt. Eine bereits am 22. Mai 2014 erteilte Projektänderungsbewilligung für die Änderung des Lagerraums in einen Raum mit anrechenbaren Nutzungen sei jedenfalls nicht mehr gültig, zumal von jener Bewilligung auch nie Gebrauch gemacht worden sei. Eine weitere Rechtswidrigkeit bestehe darin, dass mit der hier angefochtenen Verfügung vom 21. August 2020 auch erstmals ein viertes Geschoss mit anrechenbaren Nutzungen belegt werde. Gemäss Art. 28 BZO seien in der Zone W3 indes nur drei anrechenbare Geschosse zulässig. Für die Bewilligung neuer, an die Ausnützung anrechenbarer Flächen sei schliesslich weder der Ressortvorsteher Bau und Planung der Stadt Adliswil zuständig gewesen noch hätte die angefochtene Bewilligung im Anzeigeverfahren erteilt werden dürfen.

#### **E. 4.1**

Die beschwerdeführerische Argumentation betreffend die Verletzung von Ausnützungs- und Geschossvorschriften fusst auf der Behauptung einer mit der Stammbaubewilligung vom 31. Mai 2001 formell zu Unrecht bewilligten materiellen Ausnützungsüberschreitung.

#### **E. 4.2**

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 weiter gehende Abweichungen von Vorschriften bleiben die erforderlichen Ausnahmebewilligungen vorbehalten. § 357 PBG ist auch auf den – hier behaupteten – Fall anzuwenden, bei welchem eine Baute Bestandesschutz nicht aufgrund des Normalfalles genießt, dass die materielle Rechtswidrigkeit infolge einer Rechtsänderung eingetreten ist, sondern weil die Baute von der Baubewilligungsbehörde in falscher Anwendung materieller Baunormen formell rechtskräftig bewilligt und die Baute entsprechend dieser Bewilligung errichtet wurde (VGr, 23. März 2011, VB.2010.00607, E. 4.3 = BEZ 2011 Nr. 24).

#### **E. 4.3**

Gemäss Erwägung b der Stammbaubewilligung vom 31. Mai 2001 betrug die seinerzeit eingeworfene, in der Bauzone W3 gelegene ausnützungsberechtigte Landfläche 6'545 m<sup>2</sup>, was eine zulässige Ausnützung von 3'272,5 m<sup>2</sup> ergab. Mit der damals geplanten anrechenbaren Geschossfläche (aGF) von 3'239,61 m<sup>2</sup> wurde die erlaubte Ausnützung von 50 % eingehalten. Diese Angaben bezogen sich auf die Fläche der damaligen Parzelle Kat.-Nr. 06, welche im Jahr 2006 in die mit der heutigen Wohnüberbauung J überstellte Parzelle Kat.-Nr. 01 einerseits sowie in die mit sieben zusammengebauten Einfamilienhäusern überstellten Parzellen Kat.-Nrn. 04 bis 05 unterteilt wurde.

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdeführenden legen nicht ansatzweise substantiiert dar, welche Flächen aus welchem Grund bei der Erteilung der Stammbaubewilligung zusätzlich hätten angerechnet werden müssen respektive übersehen oder unterschlagen worden sein sollten. Die blossen

Behauptung, dass bereits das Gebäude auf der heutigen Parzelle Kat.-Nr. 01 allein die damals eruierte zulässige Ausnützung von 3'275,5 m<sup>2</sup> betreffend altKat.-Nr. 06 übertreffe, ist hierfür untauglich. In dem recht eigenwilligen Gebäudekörper der Wohnüberbauung J sind beispielsweise zahlreiche, offensichtlich nicht an die Ausnützung anrechenbare Atrien und Wintergärten integriert. Von der blossen Grösse des Gebäudekörpers respektive seiner Grundfläche lässt sich nichts ableiten auf die Grösse der an die Ausnützung anrechenbaren Flächen in seinem Innern. Erforderlich für die Darlegung einer zu einem früheren Zeitpunkt formell bewilligten, materiellen Ausnutzungsüberschreitung wäre eine nachvollziehbar begründete Auseinandersetzung mit den Plänen zur Ausnutzungsrechnung betreffend Stammbaubewilligung. Dasselbe gilt, soweit eine allenfalls zu einem späteren Zeitpunkt – nach Massgabe der erwähnten Abparzellierungen und der zahlreichen Projektänderungsbewilligungen – eingetretene materielle Ausnutzungsüberschreitung behauptet werden soll. Die Beschwerdeführenden verkennen in diesem Zusammenhang, dass es nicht an der Vorinstanz liegt, über die klaren Angaben in der Stammbaubewilligung hinaus zu begründen, weshalb keine ursprüngliche Ausnutzungsüberschreitung vorliegt.

#### **E. 4.5**

Zusammengefasst durfte die Vorinstanz ohne Rechtsverletzung davon absehen, auf den von den Beschwerdeführenden behaupteten Sachverhalt einer vorbestehenden Ausnutzungsüberschreitung und damit eines potenziellen Anwendungsfalles von § 357 Abs. 1 Satz 2 PBG zu schliessen. Ergänzend kann in Anwendung von § 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 2 VRG auf die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden.

#### **E. 5.1**

Ohnehin wurde mit der hier angefochtenen Verfügung keine Erweiterung von anrechenbaren Flächen – und damit, selbst wenn der Ausgangsbestand von § 357 Abs. 1 Satz 2 PBG vorliegen würde, weiter gehende Abweichung im Sinn dieser Bestimmung – bewilligt.

#### **E. 5.2**

Der letztbewilligte Zustand von Niveau 1 der Stockwerkeinheit Nr. 5 ist der in Rechtskraft erwachsenen Projektänderungsbewilligung vom 22. Mai 2014 respektive den entsprechenden Plänen vom 17. März 2014 zu entnehmen. Für den streitgegenständlichen, 46 m<sup>2</sup> grossen ursprünglichen Lagerraum wurde mit der Bezeichnung "Arbeiten/Wohnen" bereits damals eine anrechenbare Nutzung festgehalten. In der Baubewilligung vom 21. August 2020 wird allein die Bezeichnung des Raums auf "Atelier" geändert.

#### **E. 5.3**

Bereits bei der im Jahr 2014 eingetragenen Nutzung "Arbeiten/Wohnen" handelt es sich unbestrittenermassen um eine an die Ausnützung anrechenbare Nutzung des besagten Raums im Sinn von § 255 Abs. 1 PBG in der hier gültigen Fassung (Übergangsbestimmung zur Änderung vom 14. September 2015, Abs. 2). Deren Unzulässigkeit im Licht von § 357 Abs. 1 Satz 2 PBG wäre daher auch spätestens zu jenem Zeitpunkt zu rügen gewesen. Dies gilt umso mehr, wenn die anrechenbare Nutzung "Arbeit/Wohnen" im ehemaligen Lagerraum erstmalig im Jahr 2014 aufgenommen worden sein sollte und daher korrekterweise in roter (und nicht schwarzer) Farbe in den Plänen vom 17. März 2014 einzutragen gewesen wäre (vgl. § 4 Abs. 1 der Bauverfahrensordnung vom 3. Dezember 1997 [BVV]). Nachdem die Projektänderungsbewilligung vom 22. Mai 2014

unangefochten in Rechtskraft erwuchs, durfte die anrechenbare Nutzung des Raums jedenfalls bei der Erteilung der hier angefochtenen Projektänderungsbewilligung vom 21. August 2020 so oder anders als bereits vorhanden zugrunde gelegt werden.

#### **E. 5.4**

Im Vergleich zu dem im Jahr 2014 rechtskräftig bewilligten Zustand ist keine Erweiterung oder Ausdehnung von anrechenbaren Flächen zu erkennen. Schon damals war im 46 m<sup>2</sup> grossen Raum eine Küchenzeile geplant. Neu werden darin ein WC-Raum sowie die Verkleinerung und Verschiebung der Küchenzeile projektiert, sodass letztere unmittelbar südlich vor den WC-Raum zu stehen kommt. Im Jahr 2014 war hingegen noch anrechenbare Fläche unmittelbar ausserhalb des 46 m<sup>2</sup> grossen, anrechenbaren Raums vorgesehen – in Gestalt eines mit "DU/WC" umschriebenen, vorgelagerten Raums. Nachdem auf eine Dusche neu verzichtet und die Toilette in das ohnehin an die Ausnützung anrechenbare Atelier verschoben wird, ist in der Summe sogar von einer Verringerung der anrechenbaren Flächen auszugehen.

#### **E. 5.5**

Bezüglich der Rüge, mit der Baubewilligung vom 21. August 2020 werde erstmals und unzulässigerweise ein viertes Geschoss mit einer anrechenbaren Nutzung belegt, gilt das Ebenausgeführte sinngemäss: Eine anrechenbare Nutzung wurde im ehemaligen Lagerraum auf "Niveau 1" mit der Bezeichnung "Arbeiten/Wohnen" spätestens im Jahr 2014 rechtskräftig festgehalten. Es wurde daher mit der hier angefochtenen Verfügung auch in Bezug auf die Anzahl anrechenbarer Geschosse jedenfalls keine im Sinn von § 357 Abs. 1 Satz 2 PBG neue Abweichung bewilligt.

#### **E. 5.6**

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden stellt die rechtskräftige Projektänderungsbewilligung vom 22. Mai 2014 nicht etwa deswegen keinen Nachweis für die bereits damals festgehaltene anrechenbare Nutzung des ehemaligen Lagerraums (mehr) dar, weil jene Bewilligung mangels Inanspruchnahme in Anwendung von § 322 PBG nach drei Jahren verfallen sein könnte. Selbst wenn die Nutzung "Arbeiten/Wohnen" in den Plänen vom 17. März 2014 korrekterweise in roter Farbe einzutragen gewesen wäre, weil sie im Jahr 2014 allenfalls erstmals projektiert wurde, läge für die effektive Aufnahme der Umnutzung des ehemaligen Lagerraums in einen Raum mit anrechenbaren Nutzungen spätestens kurz nach 2014 jedenfalls ein den Anwendungsbereich von § 322 PBG von vornherein ausschliessender Nachweis vor. Der mit Rechnungen und Belegen gut dokumentierte Einbau einer raumhohen Verglasung im Jahr 2015 durch die Rechtsvorgängerin des privaten Beschwerdegegners machte mit der Auffassung des privaten Beschwerdegegners nämlich nur für eine anrechenbare Nutzung des Raums und nicht für seine ursprüngliche Zweckbestimmung als blosser Lagerraum Sinn.

#### **E. 5.7**

Bei diesem Ergebnis kann offengelassen werden, ob entsprechend dem Dafürhalten der Vorinstanz für Projektänderungsbewilligungen ohnehin bzw. ganz grundsätzlich keine separaten Verwirkungsfristen zu laufen beginnen, sondern diese in Bezug auf ihre Gültigkeit gemäss § 322 PBG stets das Schicksal der Stammbaubewilligung teilen (vgl. BEZ 2021 Nr. 16; den Entscheid der Vorinstanz betreffend).

#### **E. 6**

Zusammengefasst liegt keine vorbestehende Ausnutzungsüberschreitung vor, welche den Anwendungsbereich von § 357 Abs. 1 Satz 2 PBG überhaupt eröffnen würde. Selbst wenn eine vorbestehende Ausnutzungsüberschreitung vorläge, wären sodann zufolge der bereits im Jahr 2014 erteilten und in Rechtskraft erwachsenen Bewilligung zur Umnutzung des ehemaligen Lagerraums in einen Raum mit anrechenbaren Nutzungen mit der streitgegenständlichen Verfügung vom 21. August 2020 keine weiter gehenden oder – hinsichtlich der Geschossvorschriften – neuen Abweichungen von Vorschriften im Sinn von § 357 Abs. 1 Satz 2 PBG bewilligt worden.

#### **E. 7**

Nachdem mit der streitgegenständlichen Verfügung vom 21. August 2020 betreffend Niveau 1 der Stockwerkeinheit Nr. 5 keine Erweiterung der an die Ausnutzung anrechenbaren Flächen, sondern letztlich nur geringfügige innere Grundrissänderungen bewilligt wurden, durfte die Bewilligung vom Ressortvorsteher Bau und Planung sowie im Anzeigeverfahren erteilt werden. Es kann insoweit in Anwendung von § 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 2 VRG umfassend auf die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden.

#### **E. 8**

Das Ausgeführte führt zur Abweisung der Beschwerde.

#### **E. 9**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführenden

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