

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00725 vom 9. Juni 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-06-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2021.00725](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00725)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00725 du 9 juin 2022

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00725 del 9 giugno 2022

## Regeste

Baubewilligung | Ausnützung; Widerruf einer noch nicht rechtskräftigen Baubewilligung. Baubewilligungen verleihen keine wohlverworbene Rechte und können daher widerrufen werden. Dabei ist das öffentliche Interesse an der richtigen Durchsetzung des Planungs-, Bau- und Umweltrechts einerseits und das private Anliegen an der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz gegeneinander abzuwägen. Soll ein Widerruf nach Baubeginn erfolgen, so ist bei der Interessenabwägung insbesondere dem Stand der laufenden Bauarbeiten Rechnung zu tragen (E. 3.3). Die Ausnützungsziffer wurde nicht mehr geringfügig überschritten und dieser Mangel ist nicht mittels Nebenbestimmung heilbar (E. 3.4). Die Baubewilligung erwuchs nicht in formelle Rechtskraft. Die Interessen der Beschwerdeführerin an der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz vermögen die öffentlichen Interessen an der Durchsetzung des Baurechts nicht zu überwiegen, zumal eine erhebliche Abweichung von den Bauvorschriften vorliegt (E. 3.5.2). Abweisung.

## Erwägungen

### E. 1

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

### E. 2

. Geplant ist der Ersatzneubau eines Mehrfamilienhauses mit acht Wohnungen und neun Parkplätzen in der Tiefgarage.

### E. 3.1

Die Beschwerdeführerin rügt, die Voraussetzungen für den Widerruf der Baubewilligung seien nicht gegeben; so sei der Beschwerdegegnerin insbesondere eine vollständige Prüfung der Eingabe und der Interessen möglich gewesen. Es hätten auch viele Gespräche zwischen den Parteien stattgefunden, wobei die Beschwerdegegnerin immer suggeriert habe, dass das Projekt bewilligungsfähig sei. Ein Widerruf widerspreche der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz.

### E. 3.2

Das zürcherische Recht regelt den Widerruf einer Baubewilligung nicht ausdrücklich, weshalb auf die allgemeinen Grundsätze abzustellen ist, wie diese von Lehre und Rechtsprechung entwickelt worden sind (Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. A., Wädenswil 2019, S. 457 ff.).

Widerruf einer Verfügung bedeutet im Allgemeinen, dass die verfügende oder allenfalls eine übergeordnete Behörde eine – meist formell rechtskräftige – fehlerhafte Verfügung von Amtes wegen ändert. Die Behörden widerrufen eine Verfügung, wenn dem Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts der Vorrang vor den Interessen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes zukommt (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Basel 2020, Rz. 1215). Oft wird für den Widerruf einer noch nicht rechtskräftigen Verfügung der Begriff Rücknahme verwendet. Eine Änderung der Verfügung durch die Verwaltungsbehörde, die sie erlassen hat, ist grundsätzlich sowohl vor als auch nach Eintritt der formellen Rechtskraft möglich. Nach Eintritt der formellen Rechtskraft sind die Voraussetzungen für eine Neubeurteilung allerdings strenger, weil dem Gebot der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz dann grössere Bedeutung zukommt als vorher. In der Regel darf die Behörde, ohne dass besondere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, auf eine Verfügung zurückkommen, solange die Rechtsmittelfrist nicht abgelaufen ist (BGE 137 I 69; 121 II 273 E. 1a aa; BVGE 2007/29 E. 4.4 und 8 ff.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1224).

### **E. 3.3**

Baubewilligungen verleihen keine wohlerworbenen Rechte und können daher widerrufen werden. Dabei ist das öffentliche Interesse an der richtigen Durchsetzung des Planungs-, Bau- und Umweltrechts einerseits und das private Anliegen an der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz gegeneinander abzuwägen. Soll ein Widerruf nach Baubeginn erfolgen, so ist bei der Interessenabwägung insbesondere dem Stand der laufenden Bauarbeiten Rechnung zu tragen. Nach Bauvollendung ist eine Baubewilligung grundsätzlich unwiderrufbar, es sei denn, der Bauherr habe die Bewilligung durch Täuschung der Behörden erlangt oder es liegen wichtige öffentliche Interessen für einen Widerruf vor (VGr, 17. November 2016, VB.2015.00576, E. 3.2). Das Vertrauen in eine Baubewilligung ist in der Regel jedenfalls insoweit begründet, als im Baubewilligungsverfahren eine Tat- oder Rechtsfrage Gegenstand einer besonders eingehenden Ermittlung war. Die Baubewilligung wurde in einem Verfahren erteilt, in dem die sich gegenüberstehenden Interessen allseitig zu prüfen und gegeneinander abzuwägen waren. Dieser Umstand spricht grundsätzlich dafür, dass die Bauherrschaft berechtigterweise auf die Baubewilligung vertrauen durfte (BGr, 20. Mai 2019, 1C\_8/2019, E. 6.2 und 6.4).

#### **E. 3.4.1**

Zunächst ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang die widerrufenen Baubewilligung rechtsfehlerhaft gewesen ist und wie schwer das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des richtigen Baurechts wiegt. Die Vorinstanz ging davon aus, dass das Bauprojekt die erlaubte Ausnützung auf der Bauparzelle massiv um 61,72 m<sup>2</sup> überschritten habe.

#### **E. 3.4.2**

In der Wohnzone W2/30% ist eine Ausnützungsziffer von 30 % gestattet (Art. 3 Abs. 1 BZO). Nach Art. 3 Abs. 2 BZO erhöht sich die Ausnützungsziffer in der Wohnzone W2/30 % um fünf Prozentpunkte, sofern bei bestehenden Gebäuden zusätzlicher, behindertengerechter Wohnraum mit separatem, behindertengerechtem Zugang geschaffen wird oder bei Neubauten pro 500 m<sup>2</sup> anrechenbare Grundstücksfläche mindestens eine behindertengerechte Wohnung mit separatem behindertengerechtem Zugang geschaffen wird. Sowohl die Vorinstanz als auch die Beschwerdeführerin gingen davon aus, dass dieser

Ausnutzungsbonus zu gewähren ist. In der Wohnzone W2/30% sind sodann maximal zwei Vollgeschosse sowie zwei anrechenbare Dachgeschosse zulässig. Gemäss § 255 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) sind für die Ausnutzung anrechenbare Flächen gemäss Absatz 1 von § 255 PBG in Dach- und Untergeschossen nur so weit anrechenbar, als sie je Geschoss die Fläche überschreiten, die sich bei gleichmässiger Aufteilung der gesamten zulässigen Ausnutzung des Baugrundstücks auf die zulässige Vollgeschosshöhe ergäbe.

#### **E. 3.4.3**

Das Baugrundstück misst 1'033 m<sup>2</sup>. Bei einer Ausnutzungsziffer von 35 % ergibt sich dadurch eine erlaubte anrechenbare Geschossfläche von 361,55 m<sup>2</sup> (1'033 m<sup>2</sup> x 0,35). Da die BZO zwei Vollgeschosse zulässt, ist in den Dachgeschossen die 180,78 m<sup>2</sup> (361,55/2) übersteigende Fläche anrechenbar. Gemäss den Plänen des Baugesuchs vom 24. Oktober 2019 verfügt das Erdgeschoss über eine anrechenbare Fläche von 118,14 m<sup>2</sup>, das Obergeschoss über eine von 243,49 m<sup>2</sup>, das erste Dachgeschoss hat eine Fläche von 242,87 m<sup>2</sup>, wovon 62,09 m<sup>2</sup> anrechenbar sind. Das zweite Dachgeschoss verfügt über eine Fläche von 134,13 m<sup>2</sup>, wovon nichts anrechenbar ist. Demgemäss besteht eine anrechenbare Gesamtfläche von 423,72 m<sup>2</sup>, bei einer zulässigen anrechenbaren Geschossfläche von 361,55 m<sup>2</sup> ist die Ausnutzung um 62,09 m<sup>2</sup> überschritten. Dies entspricht rund 17 %. Zwar gibt die Beschwerdeführerin zu Recht an, dass auch in der nächsthöheren Wohnzone W2/40% ein Ausnutzungsbonus von 5% bei behindertengerechten Wohnungen gesprochen wird (Art. 3 Abs. 2 BZO), wodurch bei einer Grundstücksfläche von 1'033 m<sup>2</sup> eine Ausnutzung von 464,85 m<sup>2</sup> möglich wäre und dort daher entgegen der Vorinstanz die Ausnutzungsziffer eingehalten wäre. Dies ändert jedoch nichts daran, dass in der strittigen Wohnzone die Ausnutzungsziffer um über 17 % resp. 62,09 m<sup>2</sup> überschritten wurde und diese Überschreitung nicht mehr als geringfügig angesehen werden kann.

#### **E. 3.4.4**

Inhaltliche oder formale Mängel eines Bauvorhabens können und müssen gemäss § 321 Abs. 1 PBG unter bestimmten Voraussetzungen mittels Statuierung entsprechender Nebenbestimmungen in der Baubewilligung behoben werden. Dieses Vorgehen ist Ausfluss des verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzips, welches verlangt, dass staatliche Massnahmen zwecktauglich und notwendig sein müssen, wobei Notwendigkeit bedeutet, dass eine Massnahme in ihrer konkreten Ausgestaltung über das zur Erreichung ihres Ziels Notwendige nicht hinausgehen darf (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999). Solange die Mängel untergeordneter Natur sind und ohne besondere Schwierigkeiten durch ausreichend konkrete Nebenbestimmungen behoben werden können, steht der Grundsatz der Einheit der Baubewilligung nicht infrage. Ziehen die Mängel indessen wesentliche Projektänderungen nach sich, können sie nicht mittels einer Nebenbestimmung behoben werden (VGr, 4. März 2021, VB.2020.00677, E. 1.2.3; 19. Juli 2018, VB.2017.00830, E. 5.1; 26. Januar 2011, VB.2010.00440, E. 2; RB 1983 Nr. 112 = BEZ 1984 Nr. 5). Ausserdem können nach der Rechtsprechung auch bei Vorliegen verschiedener, für sich allein betrachtet kleinerer Mängel unter Umständen viele verschiedene Möglichkeiten der Mängelbehebung gegeben sein, sodass nicht klar ist, welche konkreten baulichen Änderungen die nebenbestimmungsweise Behebung der Mängel zur Folge haben wird. Auch in diesen Fällen fällt eine auftrageweise Behebung der Mängel ausser Betracht (VGr, 27. März 2020, VB.2018.00696, E. 9.2). Bei der Reduktion

der anrechenbaren Geschossfläche um 62.09 m<sup>2</sup> kann zum einen nicht mehr von einem untergeordneten Mangel gesprochen werden, der ohne Schwierigkeiten behoben werden kann, müssten doch grosszügig anrechenbare Flächen gestrichen werden. Zum anderen besteht ein grosser Gestaltungsspielraum, wie die Reduktion umgesetzt werden könnte und es sind diverse Varianten denkbar. Es kann daher bereits mit Blick auf die unterschiedlichen Behebungsvarianten nicht mehr von einem geringfügigen Projektmangel die Rede sein, der mit einer ausreichend konkreten Nebenbestimmung behoben werden könnte.

#### **E. 3.4.5**

Wie gesehen kann die Überschreitung der Ausnutzungsziffer nicht mittels Nebenbestimmung geheilt werden und erweist sich der Mangel auch nicht als gering. Es besteht daher mit der Baubewilligung eine fehlerhafte Verfügung sowie ein erhebliches öffentliches Interesse an der Durchsetzung des Baurechts.

#### **E. 3.5.1**

Dem öffentlichen Interesse an der richtigen Anwendung des Rechts steht das private Interesse der Bauherrin an der Rechtssicherheit bzw. des Vertrauensschutzes gegenüber. Die Beschwerdeführerin gibt an, es hätte viele Gespräche zwischen ihr und der Baubewilligungsbehörde gegeben und in keinem dieser Gespräche hätte die Baubewilligungsbehörde Zweifel geäussert, dass das Bauprojekt bewilligungsfähig sei. Die Voraussetzungen für den Widerruf seien nicht erfüllt, da die Ausnutzungsziffer problemlos geprüft werden konnte und Gegenstand einer eingehenden Ermittlung war.

#### **E. 3.5.2**

Die Baubewilligung erging nicht in formeller Rechtskraft, da der Widerruf der Gemeinde noch vor dem Ablauf der 30-tägigen Rekursfrist erfolgte. Die Beschwerdeführerin durfte daher noch nicht mit dem Bau beginnen und musste während dieser Zeit auch noch mit einem Rekurs rechnen, welcher durch den Mitbeteiligten 1 auch eingereicht wurde. Demgemäss ist ihr Interesse an der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz, welche durch die Baubewilligung hervorgerufen wurden, noch nicht als erheblich zu gewichten. Zwar hatte die Beschwerdeführerin vorgängig Kontakt mit der Baubehörde und wurde im Baubewilligungsverfahren auch die Ausnutzungsziffer geprüft. Dass dabei aber besondere Abklärungen und Prüfungen zur Ausnutzungsziffer erfolgten, welche das übliche Mass überstiegen, ergibt sich weder aus den Akten, noch wird dies von der Beschwerdeführerin substantiiert vorgebracht. Alles in allem vermögen daher die Interessen der Beschwerdeführerin an der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz die öffentlichen Interessen an der Durchsetzung des Baurechts nicht zu überwiegen, zumal eine erhebliche Abweichung von den Bauvorschriften vorliegt. Im Übrigen ist auch festzuhalten, dass selbst wenn die Interessen der Beschwerdeführerin an der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz einem Widerruf der Baubewilligung entgegenstehen würden, dies letztlich nichts ändern würde. Denn diesfalls wäre der Rekurs des Mitbeteiligten 1 mit der obgenannten materiellen Begründung (Überschreitung der Ausnutzungsziffer) gutzuheissen gewesen und hätte die Baubewilligung deshalb aufgehoben werden müssen. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

#### **E. 4**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin steht keine Umtriebsentschädigung zu, da das Verfahren keinen

besonderen Aufwand erforderte und die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin nicht offensichtlich unbegründet waren (vgl. § 17 Abs. 2 VRG).

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