

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00776 vom 8. September 2022**

ZH Verwaltungsgericht, 2022-09-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2021.00776](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00776)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00776 du 8 septembre 2022

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00776 del 8 settembre 2022

## **Regeste**

Baubewilligung | Auslegung und Anwendung der BZO bezgl. Ausnützungsberechnung. Die Gemeinde Erlenbach statuiert in Art. 16 Abs. 4 BZO unter der Marginalie "Nutzweise" für die genannten Zonen ein Verbot der Nutzung von Untergeschossen zu Wohn- und Arbeitszwecken mit Ausnahmeverbehalt. So ist nach dem Wortlaut von Art. 16 Abs. 4 BZO in den Zonen W2A/20, W2B/20, W2/25, W2/30 und W3/60 die Nutzung von Untergeschossen zu Wohn- und Arbeitszwecken nur dort zulässig, wo sie aufgrund der Hangneigung natürlich anfallen. Bei der Beurteilung, ob ein aufgrund der Hangneigung natürlich anfallendes, zu Wohn- und Arbeitszwecken nutzbares Untergeschoss vorliegt, eröffnet Art. 16 Abs. 4 BZO der kommunalen Baubehörde einen geschützten Entscheidungsspielraum. Indem sie vorliegend bereits eine geringe Hangneigung genügen lässt, verlässt sie diesen nicht. Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 3.1**

Das Baugrundstück liegt gemäss geltender Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Erlenbach in der Wohnzone W2/30% und weist gemäss Ausnützungsberechnung eine Grundstücksfläche von 720 m<sup>2</sup> und damit eine maximal zulässige Ausnützung von 216 m<sup>2</sup> auf. Das geplante neue Einfamilienhaus soll aus einem Kellergeschoss, einem Erdgeschoss, einem Obergeschoss und einem Attikageschoss bestehen.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer vertritt die Ansicht, für die Ausnützungsberechnung werde zu Unrecht das als Erdgeschoss bezeichnete Geschoss als anrechenbares Untergeschoss qualifiziert und bei der Ausnützungsberechnung privilegiert behandelt. Es sei die gesamte Geschossfläche des als Wohngeschoss projektierten Erdgeschosses, welches ein Vollgeschoss darstelle, anzurechnen, womit die zulässige Ausnützung massiv überschritten sei.

### **E. 3.3**

Streitgegenstand ist einzig die Einhaltung der zulässigen Ausnützung. Sofern der Beschwerdeführer in seinen Ausführungen in der Beschwerde am Rande die Einordnung beanstanden will, erwiese sich diese Rüge, welche im Rekurs nicht vorgebracht wurde, als verspätet ( Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich 2014, [Kommentar VRG], § 52 N. 41 ).

### **E. 4.1**

Die Ausnützungsziffer wurde für die vorliegend massgebliche Wohnzone W2 auf 30 % festgelegt (Art. 15 lit. b BZO). Im Weiteren verweist die Wegleitung zur BZO hinsichtlich der Ausnützung auf die §§ 254, 255 und 259 PBG sowie § 10 der Allgemeinen Bauverordnung vom 22. Juni 1977 (ABV). Für die Ausnützungsziffer, welche die zulässige Geschossfläche im Verhältnis zur Grundstücksfläche beschränkt, (§ 254 Abs. 1 PBG und § 255 Abs. 1 PBG in der bisherigen Fassung gemäss Anhang zum PBG, vgl. Abs. 2 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des PBG vom 14. September 2015) sind alle dem Wohnen, Arbeiten oder sonst dem dauernden Aufenthalt dienenden oder hierfür verwendbaren Räume in Vollgeschossen unter Einschluss der dazugehörigen Erschliessungsflächen und Sanitäräume samt inneren Trennwänden anrechenbar. Entsprechende Flächen in Dach-, Attika- und Untergeschossen sind nur anrechenbar, soweit sie je Geschoss die Fläche überschreiten, die sich bei gleichmässiger Aufteilung der gesamten zulässigen Ausnützung auf die zulässige Vollgeschosszahl ergäbe ( § 255 Abs. 2 PBG ). Gemäss Art. 15 lit. c, d und e BZO ist in der vorliegenden Wohnzone der Bau von zwei Vollgeschossen, zwei Dachgeschossen sowie einem nutzbaren Untergeschoss zulässig. Bezüglich der Definition von Voll-, Dach- und Untergeschossen wird in der Wegleitung zur BZO auf die kantonrechtliche Definition von §§ 275, 276 und 293 PBG verwiesen. § 276 Abs. 2 PBG zufolge zählen als Geschosse Voll-, Dach-, Attika- und Untergeschosse mit Wohn-, Schlaf- oder Arbeitsräumen. Unter Vollgeschossen sind alle Geschosse von Gebäuden ausser Unter-, Dach- und Attikageschosse zu verstehen (§ 275 Abs. 1 Satz 1 PBG). Vollgeschosse können in allen Bauzonen durch Dach-, Attika- oder Untergeschosse ersetzt werden; zusammengerechnet dürfen sie jedoch die erlaubte Anzahl Vollgeschosse nicht überschreiten (§ 276 Abs. 2 PBG). Die hier relevanten Untergeschosse werden als horizontale Gebäudeabschnitte definiert, die ganz oder teilweise in den gewachsenen Boden hineinragen (§ 275 Abs. 3 PBG). Gemäss § 49a Abs. 3 PBG kann in der Bau- und Zonenordnung für ganze Zonen, gebietsweise oder für einzelne Geschosse die Nutzung zu Wohnzwecken oder gewerblichen Zwecken zugelassen, vorgeschrieben oder beschränkt werden. Von ihrer kommunalen Regelungskompetenz Gebrauch machend, statuierte die Gemeinde Erlenbach vorliegend in Art. 16 Abs. 4 BZO unter der Marginalie "Nutzweise" für die darin genannten Zonen ein Verbot der Nutzung von Untergeschossen zu Wohn- und Arbeitszwecken mit Ausnahmeverbehalt. So ist nach dem Wortlaut von Art. 16 Abs. 4 BZO in den Zonen W2A/20, W2B/20, W2/25, W2/30 und W3/60 die Nutzung von Untergeschossen zu Wohn- und Arbeitszwecken nur dort zulässig, wo sie aufgrund der Hangneigung natürlich anfallen. Darüber, was unter "natürlich anfallen" zu verstehen ist, schweigt sich die Bau- und Zonenordnung aus und auch der darin enthaltenen Wegleitung lässt sich diesbezüglich nichts entnehmen (vgl. BZO S. 18).

#### **E. 4.2**

Bei der Beurteilung, ob ein aufgrund der Hangneigung natürlich anfallendes, zu Wohn- und Arbeitszwecken nutzbares Untergeschoss vorliegt, eröffnet Art. 16 Abs. 4 BZO der kommunalen Baubehörde einen geschützten Entscheidungsspielraum. Die Auslegung und Anwendung dieser kommunalen Bestimmung obliegt in erster Linie der örtlichen Baubehörde, welche die Verhältnisse am besten kennt und die Gesetzgebung seinerzeit beratend beziehungsweise antragstellend begleitet hat. Solche Entscheide dürfen von den kantonalen Rechtsmittelinstanzen nur mit Zurückhaltung bzw. unter gebührender Berücksichtigung der Entscheidungsgründe der Bau(bewilligungs)behörde überprüft werden (vgl. zum Ganzen VGr, 27. März 2015, VB.2014.00232, E. 4.3.1). Das Verwaltungsgericht verfügt bei der Überprüfung des Entscheids der Vorinstanz über eine Rechtskontrolle (VGr,

17. Dezember 2013, VB.2013.00468, E. 4.2 und 4.3; 21. August 2014, VB.2014.00295, E. 3.2, auch zum Folgenden). Es hat zu prüfen, ob sich der Rekursentscheid unter Berücksichtigung der erstinstanzlichen Entscheidungsgründe als rechtmässig erweist. Eine Überprüfung der Angemessenheit steht dem Verwaltungsgericht hingegen nicht zu (§ 50 Abs. 2 VRG).

#### **E. 4.3**

Die Gemeinde führte in ihrer Rekursvernehmlassung aus, die Bestimmung von Art. 16 Abs. 4 BZO beziehe sich in erster Linie auf anrechenbare Untergeschosse, welche zusätzlich zur erlaubten Anzahl Vollgeschossen geplant würden und entsprechend tiefer in den gewachsenen Boden hineinragten. Solche sollten dank der vorhandenen Hangneigung möglichst ohne übermässige Abgrabungen (vgl. Art. 37 Abs. 1 BZO) natürlich belichtet werden können. Dies führe zu geringeren Terrainveränderungen und dadurch zu einer besseren Einordnung in die bauliche Umgebung. Dies sei vorliegend schon per se der Fall, da lediglich ein "echtes" Vollgeschoss geplant sei. Sodann zeige der Verlauf des gewachsenen Bodens wie auch der Strassenverlauf respektive die Neigung der G-Strasse im betreffenden Bereich eindeutig, dass das Terrain eine doch beachtliche Neigung aufweise respektive schon immer aufgewiesen habe. Selbst wenn neben den zulässigen zwei Vollgeschossen ein zu Wohn- und Arbeitszwecken nutzbares Untergeschoss geplant wäre, wäre Letzteres aufgrund der Hangneigung als natürlich anfallend zu bezeichnen.

#### **E. 4.4**

Sowohl das Verwaltungs- als auch das Bundesgericht hatten sich bereits vor einigen Jahren mit der Auslegung von Art. 16 Abs. 4 BZO Erlenbach befasst (VGr, 6. Oktober 2016, VB.2016.00212; BGr, 11. Juli 2017, 1C\_572/2016). Das Bundesgericht hatte dazu in seinem Urteil ausgeführt (E. 3.5), der Wortlaut dieser Bestimmung lasse die Auslegung zu, dass das natürliche Anfallen der Untergeschosse aufgrund der Hangneigung entstehen bzw. durch diese bewirkt werden müsse. Bezüglich des möglichen Zwecks habe die Vorinstanz nachvollziehbar ausgeführt, mit Zunahme der Hangneigung eines Baugrundstücks müssten vermehrt Untergeschosse anstelle von Vollgeschossen errichtet werden, weshalb ab einem gewissen minimalen Neigungswinkel auch die Nutzung dieser Untergeschosse zu Wohn- und Arbeitszwecken zugelassen werden könne, um eine optimale Ausnützung der am Hang gelegenen Grundstücke zu erreichen. Demnach könne in vertretbarer Weise angenommen werden, Art. 16 Abs. 4 BZO bezwecke die Ermöglichung der besseren bzw. optimaleren Nutzung von Grundstücken an steilen Hanglagen beziehungsweise die Schaffung eines Ausgleichs für die an solchen Lagen eingeschränkten Nutzungsmöglichkeiten. Dieser Zweck sei mit der Auslegung der Baukommission Erlenbach vereinbar. Daran vermöge nichts zu ändern, dass die Gemeinde Erlenbach in Ziff. 2.4 des erläuternden Berichts vom 22. April 2014 zur Umsetzung der Initiative Affolter angegeben habe, der bezüglich der Anzahl von nutzbaren Untergeschossen in Art. 15 BZO vorgesehene Vorbehalt von Art. 16 Abs. 4 BZO sei landschaftlich motiviert. So sei denkbar, dass sich diese Motivation auf das grundsätzliche Verbot der Nutzung von Untergeschossen als Wohn- und Arbeitsräume beziehe und damit die Ausnahme bei relativ steilen Hanglagen nicht erfasse. Das Bundesgericht hatte im Fall Erlenbach weiter ausgeführt, die Annahme, dass das natürliche Anfallen von Untergeschossen erfordere, dass diese ohne Abgrabungen freilägen, sei nicht zwingend, da auch natürlich anfallende Untergeschosse bergseitig gegenüber dem gewachsenen Terrain Abgrabungen erfordern würden. Solche Abgrabungen in den Hang hinein seien von den Nachbargrundstücken aus gesehen weniger sichtbar als

Aufschüttungen. Entsprechend lasse etwa Art. 33 BZO/Herrliberg die Nutzung von Untergeschossen zu Wohn- oder Arbeitszwecken unabhängig vom natürlichen Anfallen zu, wenn sie mehrheitlich unter dem gewachsenen Boden lägen. Art. 33 BZO/Herrliberg weiche insoweit von Art. 16 Abs. 4 BZO ab, welcher zudem die Hanglage bezüglich des natürlichen Anfallens von Untergeschossen im Gegensatz zu Art. 33 BZO/Herrliberg erwähne. Diese beiden Bestimmungen enthielten somit unterschiedliche Regelungen, weshalb sie nicht zwingend gleich ausgelegt werden müssten. Die Baukommission Erlenbach sei daher nicht in Willkür verfallen, wenn sie bei der Anwendung von Art. 16 Abs. 4 BZO von der Auslegung von Art. 33 BZO/Herrliberg abgewichen sei, welche vom Verwaltungsgericht als nicht rechtsverletzend qualifiziert worden wäre. Insgesamt erachtete das Bundesgericht (anders als das Verwaltungsgericht im damals angefochtenen Entscheid) die von der Baukommission Erlenbach vorgenommene Auslegung von Art. 16 Abs. 4 BZO als vertretbar.

#### **E. 4.5**

Das Baurekursgericht erwog in seinem Entscheid unter Bezugnahme auf die oben zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung (E. 4.4), beim strittigen Bauvorhaben falle das Untergeschoss (in den Plänen als "Erdgeschoss" bezeichnet) aufgrund der vorhandenen – wenn auch nur leichten – Hangneigung an. Es rage bergseitig geringfügig, aber immerhin "teilweise" im Sinn von § 275 Abs. 3 PBG in den gewachsenen Boden hinein. Es komme mit untergeordneten hangseitigen Abgrabungen aus, während es talseitig "natürlich" freiliege. Damit erfülle es die Voraussetzungen von Art. 16 Abs. 4 BZO und dürfe zu Wohn- und Arbeitszwecken genutzt werden. Mithin handle es sich nicht um ein Untergeschoss, welches ein Vollgeschoss ersetze und die ausnutzungsprivilegierte Fläche (§ 255 Abs. 2 PBG) sei zu Recht bei der Ausnutzungsrechnung in Abzug gebracht worden.

#### **E. 4.6**

Vorab ist festzuhalten, dass die Vorinstanzen die beiden Definitionen bzw. Voraussetzungen in ihren Ausführungen nicht gleichgesetzt sondern klar auseinandergelassen haben. Die Gemeinde hat, wie sich aus ihren Ausführungen ergibt, für die Frage der Zulässigkeit eines nutzbaren und damit ausnutzungsprivilegierten Untergeschosses nicht allein auf die kantonalrechtliche Definition von § 275 Abs. 3 PBG abgestellt, sondern als Zweites überprüft, ob dieses aufgrund der Hanglage "natürlich anfallend" im Sinn von Art. 16 Abs. 4 BZO. Entgegen dem Beschwerdeführer privilegiert sie damit anrechenbare Untergeschosse nicht generell. Dass eine Nutzung zu Wohn- und Arbeitszwecken zugelassen wird, womit Untergeschosse erst anrechenbar werden, macht sie vom Vorliegen einer Hanglage abhängig. Für die Qualifikation als Untergeschoss im Sinn von § 275 Abs. 3 PBG ist unerheblich, in welchem Mass das Geschoss unterhalb des gewachsenen Terrains liegt ( Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. A., Wädenswil 2019, S. 1143, auch zum Folgenden). Ein Geschoss ist also selbst dann ein Untergeschoss, wenn es nur geringfügig (das heisst, in den Plänen 1:100 darstellbar) in den gewachsenen Boden hineinragt. Es ist daher entgegen dem Beschwerdeführer nicht zu beanstanden, wenn die Gemeinde für die Qualifikation als Untergeschoss einzig für entscheidend hält, dass das betreffende Geschoss in den gewachsenen Boden hineinragt. Mit den Vorinstanzen ist daher festzuhalten, dass es sich beim als Erdgeschoss bezeichneten Geschoss, welches teilweise in den gewachsenen Boden hineinragt, gemäss der Definition von § 275 Abs. 3 PBG um ein Untergeschoss handelt.

Diese Qualifikation wird vom Beschwerdeführer auch nicht infrage gestellt. Dach- und Untergeschosse, die im Sinne von § 276 Abs. 2 PBG ein Vollgeschoss ersetzen gelten für die Berechnung der Ausnutzungsziffer als Vollgeschosse (§ 9 ABV, in der noch anwendbaren Fassung), bleiben aber Untergeschosse im Sinne von § 275 Abs. 3 PBG (Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, S. 1143). Einhergehend mit der Vorinstanz handelt es sich vorliegend indes nicht um ein Untergeschoss, welches ein Vollgeschoss ersetzt. Bei dieser Bestimmung geht es nach dem klaren Wortlaut nur um solche Dach- und Untergeschosse, die (auf Kosten der Vollgeschosse) über die nach Bauordnung zulässige Zahl hinausgehen (Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, S. 954). Dies ist vorliegend nicht der Fall: Geplant ist lediglich ein zu Wohn- und Arbeitszwecken nutzbares Untergeschoss. Dass ein weiteres, nicht nutzbares Untergeschoss entstehen soll, ist entgegen dem Beschwerdeführer unerheblich, da die insgesamt zulässige Geschosshöhe eingehalten wird. Ebenso unerheblich ist, ob Letzteres "natürlich anfällt", da keine Nutzung zu Wohn- und Arbeitszwecken geplant ist. Zu prüfen bleibt, ob das streitbetreffende Untergeschoss " aufgrund der Hangneigung natürlich anfällt" und folglich der Nutzung zu Wohn- und Arbeitszwecken zugänglich ist. Nur wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, wäre das Untergeschoss gemäss § 255 Abs. 2 PBG bis zu einem bestimmten Grad ausnutzungsprivilegiert. Nach dem Bundesgericht lässt der Wortlaut dieser Bestimmung die Auslegung zu, dass das natürliche Anfallen der Untergeschosse aufgrund der Hangneigung entstehen beziehungsweise durch diese bewirkt werden muss. Folglich ist das vorinstanzliche Verständnis, welches darauf abstellt, nicht zu beanstanden. Ein erforderliches (Minimal-)Mass der Hangneigung ist der Bestimmung nicht zu entnehmen. Ebenso wenig wird vorgegeben, wie weit ein entsprechendes Geschoss in das gewachsene Terrain hineinragen muss (darin unterscheidet sich die Bestimmung der Gemeinde Erlenbach von derjenigen der BZO Herrliberg [vgl. VGr, 30. Juni 2010, VB.2010.00156, E. 4]). Was die Hangneigung betrifft, ging die Gemeinde im zitierten Fall (VGr, 6. Oktober 2016, VB.2016.00212) vom Erfordernis einer minimalen Neigung von 14° aus, was als in ihrem Ermessensspielraum liegend beurteilt wurde. Wenn sie nun implizit Abstand davon nimmt, indem sie bereits bei der vorliegend deutlich geringeren Neigung von einer "doch beachtlichen" Neigung spricht, verlässt sie ihren Ermessensspielraum nicht. Weder der obgenannte Zweck der Nutzungsermöglichung noch die ästhetischen Anliegen werden dadurch infrage gestellt. Im Übrigen wird auch zu Recht keine unzulässige Praxisänderung behauptet. Entgegen der beschwerdeführerischen Argumentation ist sodann ein Widerspruch dieses Verständnisses, welches im Ergebnis grössere Grundrisse zulässt, zum Anliegen, nutzbare Untergeschosse nur zuzulassen, wenn sie dank der Hangneigung möglichst ohne grosse Abgrabungen natürlich belichtet werden können, ersichtlich. Die bessere Einordnung wird durch geringere Terrainveränderungen begründet und dadurch nicht per se infrage gestellt. Zwar führt der Beschwerdeführer zutreffend aus, dass sich die strittige Bestimmung in erster Linie auf nutzbare Untergeschosse bezieht, welche zusätzlich zur erlaubten Anzahl Vollgeschosse geplant werden und tiefer im gewachsenen Boden zu liegen kommen. Er erkennt indes, dass der vorliegende Fall vor dem Hintergrund des Zwecks gerade unproblematischer ist, da weniger Abgrabungen geplant sind. Insgesamt erwiesen sich damit die Rügen als unbegründet und die Auslegung und Anwendung von Art. 16 Abs. 4 BZO als rechtmässig. Demzufolge wurde die ausnutzungsprivilegierte Fläche (§ 255 Abs. 2 PBG) zu Recht bei der Ausnutzungsberechnung in Abzug gebracht. Die Beschwerde ist abzuweisen.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Zudem ist er antragsgemäss zu einer angemessenen Parteienschädigung an die obsiegende Bauherrschaft zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

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