

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00412 vom 30. November 2023

ZH Verwaltungsgericht, 2023-11-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2022.00412](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2022.00412)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00412 du 30 novembre 2023

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00412 del 30 novembre 2023

## Regeste

Baubewilligung und Ausnahmbewilligung | Baubewilligung und Ausnahmbewilligung. [Verweigerte Bewilligung für den Abbruch des bestehenden Gebäudes und den Neubau eines Wohnhauses auf einem Grundstück in der Landwirtschaftszone.] Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 24c RPG ist gemäss Art. 41 Abs. 1 RPV, dass die Bauten und Anlagen rechtmässig erstellt oder geändert worden sind, bevor das betreffende Grundstück Bestandteil des Nichtbaugebiets im Sinne des Bundesrechts wurde (sogenannt altrechtliche Bauten und Anlagen). Als solche gelten in erster Linie Bauten, die vor dem 1. Juli 1972 rechtmässig erstellt oder geändert worden sind, als mit dem Inkrafttreten des Gewässerschutzgesetzes erstmals eine klare Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet vorgenommen wurde (E. 3.1). Der Landwirtschaftszone zugewiesene altrechtliche Wohnbauten, deren landwirtschaftliche Wohnnutzung vor oder nach dieser Zuweisung aufgegeben wurde, dürfen gemäss Art. 24c RPG verändert werden (E. 3.3). Es ist davon auszugehen, dass das im November 1948 bewilligte Einfamilienhaus von Anfang an teilweise abweichend vom Bauplan aus dem Jahr 1947 gebaut wurde und die beiden Mansardenzimmer im Dachgeschoss möglicherweise bereits bei der Errichtung des Gebäudes im Jahr 1949 und jedenfalls vor dem 1. Juli 1972 eingebaut wurden (E. 4.3). Es spricht viel dafür, dass das Dachgeschoss mit den eingebauten Mansardenzimmern, so wie es ursprünglich errichtet wurde, formell nie bewilligt wurde. Jedenfalls ist das Gegenteil nicht erwiesen und trägt der Beschwerdeführer die Folgen davon (E. 4.4). Für die Bewilligungsfähigkeit des geplanten Ersatzbaus ist jedoch entscheidend, ob das Dachgeschoss, so wie es im Jahr 1949 bzw. jedenfalls vor dem 1. Juli 1972 tatsächlich errichtet wurde, in Übereinstimmung mit dem damals geltenden materiellen Recht erstellt wurde. Nur wenn das vor dem 1. Juli 1972 erstellte Dachgeschoss materiell dem damaligen Recht widersprechen würde, müsste die unrechtmässig errichtete Wohnfläche für die Berechnung der zulässigen Erweiterung unbeachtet bleiben. Mit der Frage, ob das Dachgeschoss dem vor dem 1. Juli 1972 geltenden materiellen Recht entsprach, hat sich weder die Vorinstanz noch die Baudirektion auseinandergesetzt. Gestützt auf die vorhandenen Akten lässt sie sich nicht beantworten. Der rechtserhebliche Sachverhalt ist insoweit unvollständig erstellt (E. 4.5). Gutheissung und Rückweisung an die Baudirektion im Sinn der Erwägungen.

## Erwägungen

### E. 3

Abteilung VB.2022.00412 Urteil der 3. Kammer vom 30. November 2023 Mitwirkend: Abteilungspräsident André Moser (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Silvia Hunziker, Ersatzrichter Adrian Mattle, Gerichtsschreiber Cyrill Bienz. In Sachen A, vertreten durch

RA B, Beschwerdeführer, gegen 1. Baukommission Wetzikon, 2. Baudirektion Kanton Zürich, Beschwerdegegnerinnen, betreffend Baubewilligung und Ausnahmbewilligung, hat sich ergeben: I. Mit Gesuch vom 14. September 2020 ersuchte A bei der Gemeinde Wetzikon um die Bewilligung für den Abbruch des bestehenden Gebäudes (Assek.-Nr. 01) und den Neubau eines Wohnhauses auf dem Grundstück Kat.-Nr. 02 am C-Weg 03 in D, Wetzikon. Das Baugrundstück liegt in der Landwirtschaftszone. Das Baugesuch zum ausserhalb der Bauzonen gelegenen Bauvorhaben wurde zur Beurteilung der Baudirektion des Kantons Zürich weitergeleitet. Mit Verfügung vom 12. Juli 2021 verweigerte die Baudirektion die Bewilligung für das Bauvorhaben. Die Baukommission Wetzikon eröffnete A die Verfügung der Baudirektion am 2. November 2021, ohne selber einen materiellen Entscheid zu treffen. II. Gegen die Verfügungen der Baudirektion und der Baukommission erhob A am 3. Dezember 2021 Rekurs an das Baurekursgericht mit dem Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Entscheide und Zurückweisung der Sache an die Vorinstanzen zur Prüfung der Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens. Das Baurekursgericht wies den Rekurs am 1. Juni 2022 ab. III. Gegen den Entscheid des Baurekursgerichts erhob A am 4. Juli 2022 Beschwerde an das Verwaltungsgericht. Er beantragte, der Entscheid des Baurekursgerichts sei aufzuheben und das Bauprojekt an die Baudirektion und die Gemeinde Wetzikon zur Prüfung der Bewilligungsfähigkeit zurückzuweisen. Die Kosten des Beschwerde- und des Rekursverfahrens seien der Vorinstanz bzw. der Beschwerdegegnerschaft aufzuerlegen und diese seien zu einer angemessenen Entschädigung an den Beschwerdeführer zu verpflichten. Die Baudirektion und das Baurekursgericht beantragten je Beschwerdeabweisung. Die Baukommission Wetzikon liess sich nicht vernehmen. Mit Eingabe vom 26. September 2022 hielt A an seinen Anträgen fest. Mit Schreiben vom 7. Juli 2023 zeigte Rechtsanwalt B die Übernahme der Vertretung der Interessen des Beschwerdeführers von Rechtsanwalt E an. Die Kammer erwägt: 1. 1.1 Das Verwaltungsgericht ist nach § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. 1.2 Als Baugesuchsteller und Eigentümer des betroffenen Grundstücks ist der Beschwerdeführer nach § 49 in Verbindung mit § 21 Abs. 1 VRG zur Beschwerde legitimiert (vgl. auch § 338a des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 [PBG, LS 700.1]). Da die übrigen Prozessvoraussetzungen ebenfalls erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. 2.1 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 1 des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979 [RPG, SR 700]). Voraussetzung einer Bewilligung ist nach Art. 22 Abs. 2 RPG, dass die Bauten und Anlagen zonenkonform sind (lit. a) und das Land erschlossen ist (lit. b). Für nicht zonenkonforme Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen ist eine Ausnahmbewilligung nach Art. 24–24e bzw. Art. 37a RPG erforderlich. Bei allen Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen entscheidet die zuständige kantonale Behörde, ob sie zonenkonform sind oder ob für sie eine Ausnahmbewilligung erteilt werden kann (Art. 25 Abs. 2 RPG). Vorliegend zuständig war die Beschwerdegegnerin 2 (vgl. § 7 und Anhang Ziffer 1.2.1 der Bauverfahrensverordnung vom 3. Dezember 1997 [BVV, LS 700.6] in Verbindung mit § 319 PBG). 2.2 Das streitbetroffene Baugrundstück liegt in der Landwirtschaftszone (vgl. Art. 16 RPG) und damit ausserhalb der Bauzonen. Sowohl das bestehende als auch das neu geplante Wohnhaus sind in der Landwirtschaftszone nicht zonenkonform (vgl. Art. 16a RPG), weshalb die Beschwerdegegnerin 2 eine Bewilligung nach Art. 22 RPG verweigerte. Die Erteilung einer Ausnahmbewilligung gestützt auf Art. 24 RPG schloss die

Beschwerdegegnerin 2 wegen fehlender Standortgebundenheit des Bauvorhabens aus. Weiter prüfte und verneinte die Beschwerdegegnerin 2 die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gestützt auf Art. 24c RPG. Wie bereits im Verfahren vor der Vorinstanz bringt der Beschwerdeführer zu Recht nicht vor, das Bauvorhaben hätte von der Beschwerdegegnerin 2 als zonenkonforme oder als ausserhalb der Bauzonen standortgebundene Baute bewilligt werden müssen. Er macht aber geltend, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach Art. 24c RPG seien erfüllt, weshalb die Beschwerdegegnerin 2 eine solche nicht hätte verweigern dürfen.

### **E. 3.1**

Nach Art. 24c Abs. 1 RPG werden bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt. Mit Ausnahmegewilligung der zuständigen Behörde können solche Bauten und Anlagen erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden, sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind (Art. 24c Abs. 2 RPG). Dies gilt auch für landwirtschaftliche Wohnbauten sowie angebaute Ökonomiebauten, die rechtmässig erstellt oder geändert worden sind, bevor das betreffende Grundstück Bestandteil des Nichtbaugebietes im Sinne des Bundesrechts wurde (Art. 24c Abs. 3 RPG). In jedem Fall bleibt die Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vorbehalten (Art. 24c Abs. 5 RPG). Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 24c RPG ist gemäss Art. 41 Abs. 1 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV, SR 700.1), dass die Bauten und Anlagen rechtmässig erstellt oder geändert worden sind, bevor das betreffende Grundstück Bestandteil des Nichtbaugebiets im Sinne des Bundesrechts wurde (sogenannt altrechtliche Bauten und Anlagen). Als solche gelten in erster Linie Bauten, die vor dem 1. Juli 1972 rechtmässig erstellt oder geändert worden sind, als mit dem Inkrafttreten des Gewässerschutzgesetzes erstmals eine klare Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet vorgenommen wurde (BGE 129 II 396 E. 4.2.1 S. 398; BGr, 28. April 2021, 1C\_469/2019, E. 6.2 mit Hinweis, nicht publ. in: BGE 147 II 309).

### **E. 3.2**

Änderungen an Bauten und Anlagen, auf die Art. 24c RPG anwendbar ist, sind nach Art. 42 Abs. 1 RPV zulässig, wenn die Identität der Baute oder Anlage einschliesslich ihrer Umgebung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt, wobei Verbesserungen gestalterischer Art möglich sind. Veränderungen am äusseren Erscheinungsbild müssen für eine zeitgemässe Wohnnutzung oder eine energetische Sanierung nötig oder darauf ausgerichtet sein, die Einpassung in die Landschaft zu verbessern (Art. 24c Abs. 4 RPG). Gemäss Abs. 2 von Art. 42 RPV ist massgeblicher Vergleichszustand für die Beurteilung der Identität der Zustand, in dem sich die Baute oder Anlage im Zeitpunkt der Erlass- oder Planänderung befand. Ob die Identität der Baute oder Anlage schliesslich gewahrt bleibt, ist nach Abs. 3 von Art. 42 RPV unter Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen (BGr, 20. Juni 2017, 1C\_99/2017, E. 3). Erfolgt die Erweiterung einer Baute ganz oder teilweise ausserhalb des bestehenden Gebäudevolumens, ist die Identität jedenfalls dann nicht mehr gewahrt, wenn die anrechenbare Bruttogeschossfläche oder die Gesamtfläche (Summe von anrechenbarer Bruttogeschossfläche und Brutto-Nebenfläche) um mehr als 30 % oder um mehr als 100 m<sup>2</sup> erweitert wird (Art. 42 Abs. 3 lit. b RPV). Art. 42 Abs. 3 lit. b RPV, wonach Erweiterungen innerhalb des bestehenden Gebäudevolumens nur zur Hälfte angerechnet werden, ist vorliegend nicht anwendbar, weil eine bestehende Baute abgebrochen und wieder aufgebaut werden soll (vgl. Art. 42 Abs. 4 Satz 3 RPV).

### **E. 3.3**

Seit der Revision von Art. 24c RPG vom 23. Dezember 2011 hängt die Zulässigkeit der Veränderungsmöglichkeiten für landwirtschaftliche Wohnbauten samt einem angebauten Ökonomieteil nicht mehr davon ab, ob die Zonenwidrigkeit der Baute durch die Zuweisung in eine Nichtbauzone oder durch tatsächliches Verhalten wie insbesondere die Aufgabe eines Landwirtschaftsbetriebs bewirkt worden ist. Somit dürfen der Landwirtschaftszone zugewiesene altrechtliche Wohnbauten, deren landwirtschaftliche Wohnnutzung vor oder nach dieser Zuweisung aufgegeben wurde, gemäss Art. 24c RPG verändert werden (BGE 147 II 25 E. 3.2 S. 28 und E. 3.5 S. 29 f.; BGr, 30. November 2021, 1C\_572/2020, E. 2.1; VGr, 24. August 2023, VB.2022.00704, E. 2.3).

### **E. 4.1**

In ihrer Verfügung vom 12. Juli 2021 stellte die Beschwerdegegnerin 2 dem geplanten Ersatzneubau für die Beurteilung der Wesensgleichheit bzw. der Identität das Gebäude gegenüber, welches auf den vom Beschwerdeführer selber eingereichten Plänen vom Oktober 1947 ersichtlich ist. Die Beschwerdegegnerin 2 stellte fest, gewisse Räume seien zwar anders ausgeführt und genutzt worden als auf den eingereichten Plänen ersichtlich. Die Gesuchsteller hätten jedoch keine Dokumente oder Unterlagen vorweisen können, welche die Rechtmässigkeit dieser Anpassungen belegen würden. Gemäss Praxis der Beschwerdegegnerin 2 würden für die Bestimmung des rechtmässigen Zustands die vorhandenen Pläne herangezogen. Immerhin habe sie im Untergeschoss des bestehenden Gebäudes einen Zugangstreifen der Wohnfläche statt den Nebenflächen zugerechnet, weil die Gesuchsteller glaubhaft dargelegt hätten, dass der Eingang im Untergeschoss als Haupteingang des Gebäudes fungiert habe. Stelle man in diesem Sinne auf die Pläne vom Oktober 1947 ab, würden die neu erstellten zonenwidrigen Flächen (d.h. die Wohn- und Nebennutzflächen insgesamt) das nach Art. 42 Abs. 3 RPV zulässige Erweiterungskontingent zwar einhalten, die Erweiterung der Wohnnutzfläche um 101,39 % bzw. 131,30 m<sup>2</sup> übersteige jedoch den zulässigen Rahmen.

### **E. 4.2**

Die Vorinstanz stimmte diesen Überlegungen im angefochtenen Entscheid zu. Sie ergänzte, dass die Baubewilligung vom 15. November 1948 ausdrücklich auf den "vorliegenden Bauplan" hinweise. Die in den Akten liegenden Bauzeichnungen vom Oktober 1947, welche die Ansichten der Fassaden, den Grundriss des Erd- und Kellergeschosses sowie einen Schnitt aufzeigten, seien die einzigen in den Akten vorhandenen Baupläne des Wohnhauses. Anderweitige Pläne seien jedenfalls weder in den Archiven der örtlichen und kantonalen Baubehörden noch beim Bauherrn auffindbar. Da der Bauherr offenbar über einen kompletten Satz an baurechtlichen Unterlagen aus der Entstehungszeit des Wohnhauses verfüge, liege die Vermutung nahe, dass für dasselbe nach Oktober 1947 keine weiteren Baupläne angefertigt worden seien. Es sei daher aus guten Gründen davon auszugehen, dass die Baubewilligung vom 15. November 1948 gestützt auf die genannten Bauzeichnungen vom Oktober 1947 erteilt worden sei. Daran ändere der Umstand nichts, dass diese Baupläne keinen Stempel der örtlichen Baubehörde aufweisen würden. Infolgedessen gelten das Erd- und das Kellergeschoss des Wohnhauses, welche im grossen Ganzen in Übereinstimmung mit den Bauplänen erstellt worden seien, sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht als rechtskonform. Das Dachgeschoss, welches den Bauplänen zufolge nur eine Winde aufweise und in welchem abweichend vom Bauplan unter einem Kniestock unter anderem zwei Mansardenzimmer eingebaut worden seien, sei

demgegenüber erwiesenermassen formell baurechtswidrig und deshalb nicht im Sinne von Art. 41 Abs. 1 RPV rechtmässig erstellt oder geändert worden. Es sei folglich nicht zulässig, die illegal erstellte Wohnfläche als rechtmässig erstellte Wohnnutzfläche in die Berechnung des Referenzzustands für eine Erweiterung einzubeziehen. Unerheblich sei, dass das Dachgeschoss einschliesslich der beiden Mansardenzimmer mit grosser Wahrscheinlichkeit bereits vor dem 1. Juli 1972 realisiert worden sei und dass gemäss Schilderung des Bauherrn im Jahr 1969 das Dachgeschoss isoliert und Dachfenster eingebaut worden seien, zumal auch für diese baulichen Änderungen keine Baubewilligungen eingeholt worden seien. Die Rüge des Rekurrenten, wonach die Zimmer im Dachgeschoss bei der Ausgangslage mitberücksichtigt und an die vorbestehende Wohnfläche angerechnet werden müssen, sei daher unbegründet.

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer bringt in tatsächlicher Hinsicht vor, der Bauplan aus dem Jahr 1947 stimme nicht mit dem im Jahr 1949 errichteten Projekt überein. Wie ein Bild aus der Bauzeit belege, sei das Dachgeschoss des 1949 errichteten Gebäudes von Anfang an höher gebaut worden, als auf dem Bauplan aus dem Jahr 1947 dargestellt. Wie das Bild aus der Bauzeit aufzeige, seien statt der zunächst geplanten kleinen Dachluken an den Stirnseiten des Dachgeschosses von Anfang an normale Wohnzimmerfenster eingebaut worden. Dies lasse mit grosser Wahrscheinlichkeit darauf schliessen, dass die beiden stirnseitigen Mansardenzimmer bereits beim Bau im Dachgeschoss und jedenfalls vor dem 1. Juli 1972 eingebaut worden seien. Mit dem Beschwerdeführer ist davon auszugehen, dass das am 15. November 1948 bewilligte Einfamilienhaus von Anfang an teilweise abweichend vom Bauplan aus dem Jahr 1947 gebaut wurde. Wie auf den Fotografien aus der Bauzeit zu sehen ist, setzte bereits das ursprünglich erstellte Satteldach nicht wie auf dem Bauplan aus dem Jahr 1947 direkt auf der Decke des darunter liegenden Vollgeschosses an, sondern lag dieses über einem Kniestock, womit die Höhe des Dachgeschosses vergrössert wurde. Ebenso ist aus den Fotografien aus der Bauzeit ersichtlich, dass an den Giebelseiten des Dachgeschosses von Anfang an nicht kleine Dachluken, sondern gewöhnliche Zimmerfenster eingebaut wurden. Ein Onkel und eine Tante des Beschwerdeführers bestätigten sodann im Rekursverfahren, dass die beiden Mansardenzimmer im Dachgeschoss in den 1960er Jahren bereits bestanden hätten, als sie zusammen mit fünf weiteren Personen im Gebäude gewohnt hätten. Es ist somit davon auszugehen, dass die beiden Mansardenzimmer im Dachgeschoss möglicherweise bereits bei der Errichtung des Gebäudes im Jahr 1949 und jedenfalls vor dem 1. Juli 1972 eingebaut wurden. Davon ging auch die Vorinstanz aus, erklärte sie doch im angefochtenen Entscheid, es sei für den Ausgang des Verfahrens unerheblich, dass das Dachgeschoss einschliesslich der beiden Mansardenzimmer mit grosser Wahrscheinlichkeit bereits vor dem 1. Juli 1972 realisiert worden seien.

#### **E. 4.4**

Der Beschwerdeführer macht sinngemäss geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht und namentlich in Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) davon ausgegangen, dass die beiden Mansardenzimmer im Dachstock formell nicht bewilligt worden seien. Er weist darauf hin, dass der Rohbau des Gebäudes am 14. Juni 1949 von der Gemeinde abgenommen und am 28. Oktober 1949 eine Bezugsbewilligung erteilt worden sei, ohne dass die Baubehörde interveniert habe. Aufgrund der Tatsache, dass in der Baubewilligung vom 15. November

1948 auf einen Bauplan verwiesen worden und das Bauprojekt unter den Augen der Baubehörde gebaut worden sei, sei davon auszugehen, dass es noch einen anderen Projektplan gegeben habe als denjenigen aus dem Jahr 1947, welchen er eingereicht habe. Dass dem so sei, könne auch daraus geschlossen werden, dass der Bauplan aus dem Jahr 1947 anders als z.B. ein Situationsplan vom 12. März 1948 keinen Stempel der Gemeinde aufweise und nicht vom damaligen Gesuchsteller unterzeichnet sei. Wenn die Gemeinde über keine aussagekräftigen Pläne verfüge und möglicherweise ihrer Aufbewahrungspflicht nicht nachgekommen sei, könne dies nicht ihm angelastet werden. Es sei Sache der Baubehörden, die Akten über eine bebaute Liegenschaft nachzuführen, und nicht seine Aufgabe, die Rechtmässigkeit der Baute nachzuweisen. Hinzu komme, dass er den Baubehörden erklärt habe, auf den von ihm eingereichten Plan aus dem Jahr 1947 dürfe nicht abgestellt werden, weshalb dieser als nicht existent hätte betrachtet werden müssen. Im Verwaltungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz, wonach es Sache der Behörde und nicht der Parteien ist, den Sachverhalt festzustellen und dazu, soweit nötig, Beweis zu erheben; die Parteien trifft eine Mitwirkungspflicht, insbesondere für Tatsachen, welche sie besser kennen als die Behörden (§ 7 Abs. 1 und 2 VRG; vgl. VGr, 24. November 2022, VB.2021.00276, E. 5.1.1; BGE 138 II 465 E. 8.6.4 S. 497 mit Hinweisen). Vom Untersuchungsgrundsatz ist die objektive Beweislast zu unterscheiden. Bleibt eine rechtserhebliche Tatsache trotz rechtskonform durchgeführtem Verfahren unbewiesen, trägt nach den üblichen Beweislastregeln (Art. 8 des Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB]), die auch im öffentlichen Recht als allgemeiner Rechtsgrundsatz gelten, diejenige Person die Folgen, die Rechte aus der behaupteten, aber unbewiesenen Tatsache ableitet (vgl. BGE 144 II 332 E. 4.1.3 S. 337 f.; 140 V 290 E. 4.1 S. 297; BGr, 17. August 2020, 1C\_182/2019, E. 4.1). Die damit angesprochene Beweisführungslast kann auch auf § 7 Abs. 2 lit. a und b VRG zurückgeführt werden (vgl. VGr, 24. November 2022, VB.2021.00276, E. 5.1.3). Nach diesen Grundsätzen trägt daher diejenige Person die objektive Beweislast, die sich auf die Besitzstandsgarantie beruft und geltend macht, eine in der Landwirtschaftszone nicht standortgebundene Anlage sei in ihrem Bestand geschützt, weil sie schon vor dem 1. Juli 1972 rechtmässig erstellt und zu anderen als landwirtschaftlichen Zwecken genutzt worden sei (BGr, 28. April 2021, 1C\_469/2019 bzw. 1C\_483/2019, E. 6.4 mit Hinweisen; vgl. auch VGr, 10. September 2012, VB.2012.00081, E. 3.3). Dass die Beschwerdegegnerin 2 und die Vorinstanz unter den gegebenen Umständen davon ausgingen, die Baubewilligung vom 15. November 1948 beziehe sich auf den vom Beschwerdeführer selber eingereichten Bauplan aus dem Jahr 1947, ist nicht zu beanstanden, zumal in der Baubewilligung ausdrücklich auf einen Bauplan verwiesen wird und ein anderer Plan weder von den Behörden noch vom Beschwerdeführer vorgelegt wurde. Die Vermutung, die Baubewilligung vom 15. November 1948 nehme Bezug auf den vom Beschwerdeführer eingereichten Bauplan aus dem Jahr 1947, wird nicht dadurch umgestossen, dass das Bauvorhaben anders als auf dem Bauplan aus dem Jahr 1947 erstellt wurde, dass der vom Beschwerdeführer eingereichte Bauplan aus dem Jahr 1947 keinen Stempel der Gemeinde bzw. keine Unterschrift des damaligen Gesuchstellers trägt oder dass die Gemeinde im Jahr 1949 den Rohbau abgenommen sowie eine Bezugsbewilligung erteilt hat. Dass die Beschwerdegegnerin 2 und die Vorinstanz in diesem Zusammenhang die Beweise nicht korrekt gewürdigt oder den Grundsatz von Treu und Glauben missachtet hätten, ist nicht zu sehen. Dem Beschwerdeführer kann auch nicht gefolgt werden, wenn er vorbringt, der von ihm eingereichte Bauplan aus dem Jahr 1947 müsse als nicht existent betrachtet werden. Es spricht somit viel dafür, dass das Dachgeschoss mit den eingebauten

Mansardenzimmern, so wie es ursprünglich errichtet wurde, formell nie bewilligt wurde. Jedenfalls ist das Gegenteil nicht erwiesen und trägt der Beschwerdeführer die Folgen davon. Der Umstand, dass die Gemeindebehörden von der Abweichung des errichteten Gebäudes vom Bauplan aus dem Jahr 1947 gewusst haben oder hätten wissen können, ändert daran nichts und vermag eine formelle Baubewilligung nicht zu ersetzen (vgl. VGr, 23. August 2007, VB.2007.00227, E. 5.2).

#### **E. 4.5**

Zu prüfen bleibt, ob der Umstand, dass das Dachgeschoss, so wie es ursprünglich errichtet wurde, im Jahr 1948 und auch später (wahrscheinlich) nicht formell bewilligt wurde, für die Bewilligungsfähigkeit des geplanten Ersatzbaus überhaupt von Bedeutung ist.

##### **E. 4.5.1**

Art. 24c Abs. 2 RPG bleibt seinem Wortlaut gemäss Bauten und Anlagen vorbehalten, die rechtmässig erstellt oder geändert worden sind (vgl. auch Art. 41 Abs. 1 RPV). Bei illegal erstellten Bauten ist in erster Linie zu prüfen, ob die Rechtswidrigkeit bloss formaler oder auch materieller Natur ist. Erweist sich die Baute als materiell rechtswidrig, kommt eine Anwendung von Art. 24c Abs. 2 RPG von vornherein nicht in Frage. Hingegen schliesst die formelle Rechtswidrigkeit die Anwendung von Art. 24c Abs. 2 RPG nicht aus. Entscheidend ist vielmehr, ob die Baute auch materiell rechtswidrig erstellt wurde (VGr, 23. August 2007, VB 2007.00227, E. 5.2; BGr, 19. Mai 2004, 1A.17/2004, E. 2.2.5; Erläuterungen zur Raumplanungsverordnung und Empfehlungen für den Vollzug des Bundesamts für Raumentwicklung aus dem Jahr 2000/2001, Teil V Bewilligungen nach Artikel 24c RPG: Änderungen an zonenwidrig gewordenen Bauten und Anlagen, S. 5 Fussnote 1; anderer Ansicht: Rudolf Muggli in: Heinz Aemisegger et al. [Hrsg.], Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, Zürich etc. 2017, S. 249 Rz. 15). In diesem Sinne hielt Art. 41 RPV in seiner bis zum 31. Oktober 2012 geltenden Fassung noch ausdrücklich fest, Art. 24c RPG sei anwendbar auf Bauten und Anlagen, die seinerzeit in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht erstellt oder geändert wurden. Der gegenüber dem früheren Recht vereinfachte Wortlaut von Art. 41 Abs. 1 RPV beabsichtigte keine inhaltliche Änderung. Massgebend blieb die materielle Rechtmässigkeit (VGr, 9. Dezember 2021, VB.2021.00205, E. 3.2; Erläuternder Bericht des Bundesamts für Raumentwicklung vom Oktober 2012 zur Teilrevision der Raumplanungsverordnung, S. 8). Von der Konstellation der formell rechtswidrigen, aber in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht errichteten Baute oder Anlage zu unterscheiden ist die Konstellation, in welcher bei einer materiell unrechtmässigen Baute oder Anlage ausserhalb der Bauzonen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auf die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verzichtet wurde und die Anwendung von Art. 24c RPG ausgeschlossen ist (BGr, 6. Juni 2012, 1C\_514/2011, E. 5.4; 19. Mai 2004, 1A.17/2004, E. 2.2; Muggli, S. 249 Rz. 15).

##### **E. 4.5.2**

Die Vorinstanz führte im angefochtenen Entscheid – ohne zwischen formeller und materieller Rechtmässigkeit zu unterscheiden – aus, illegal erstellte Bauten und Anlagen würden das Rechtmässigkeitserfordernis nach Art. 24c Abs. 2 RPG und Art. 41 Abs. 1 RPV nicht erfüllen. Sie stellte fest, dass das Dachgeschoss des bestehenden Gebäudes formell baurechtswidrig errichtet worden sei (vgl. E. 4.4 hiervor). Daraus folgte sie, das Gebäude sei nicht im Sinne dieser Bestimmungen rechtmässig erstellt oder geändert worden und die

illegal erstellte Wohnfläche dürfe für die Berechnung der zulässigen Erweiterung keine Rolle spielen. Entscheidend ist nach der dargelegten Rechtsprechung jedoch, ob das Dachgeschoss, so wie es im Jahr 1949 bzw. jedenfalls vor dem 1. Juli 1972 tatsächlich errichtet wurde (vgl. E. 4.3 hiervor), in Übereinstimmung mit dem damals geltenden materiellen Recht erstellt wurde. Nur wenn das vor dem 1. Juli 1972 erstellte Dachgeschoss materiell dem damaligen Recht widersprechen würde, müsste die unrechtmässig errichtete Wohnfläche für die Berechnung der zulässigen Erweiterung unbeachtet bleiben. Daran würde sich wiederum nichts ändern, wenn die zuständigen Behörden eine allfällige materielle Unrechtmässigkeit bewusst geduldet bzw. diesfalls auf die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verzichtet hätten (vgl. E. 4.5.1 hiervor).

#### **E. 4.5.3**

Mit der Frage, ob das Dachgeschoss dem vor dem 1. Juli 1972 geltenden materiellen Recht entsprach, hat sich die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid wie schon die Beschwerdegegnerin 2 nicht auseinandergesetzt. Die Frage lässt sich gestützt auf die vorhandenen Akten nicht beantworten. Der rechtserhebliche Sachverhalt ist insoweit unvollständig erstellt und es ist nicht Sache des Verwaltungsgerichts, als erste Instanz entsprechende Abklärungen zu treffen.

#### **E. 4.6**

In ihrer Vernehmlassung vom 5. August 2022 verweist die Beschwerdegegnerin 2 auf den beigelegten Mitbericht des Amtes für Raumentwicklung vom 3. August 2022. Darin erklärt das Amt für Raumentwicklung, die Wesensgleichheit des geplanten Ersatzbaus im Vergleich zum bestehenden Gebäude sei nicht gegeben, weil das neue Gebäude erhöht werden solle. Der Beschwerdeführer widerspricht in seiner Stellungnahme vom 26. September 2022. Die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid und die Beschwerdegegnerin 2 in ihrer Verfügung vom 12. Juli 2021 haben sich mit dem vom Amt für Raumentwicklung neu aufgeworfenen Punkt nicht auseinandergesetzt, zumal sie die Erteilung einer Bewilligung nach Art. 24c RPG schon aus den genannten Gründen ausgeschlossen hatten, ohne die weiteren Voraussetzungen näher zu prüfen. Es ist unter den gegebenen Umständen wiederum nicht Sache des Verwaltungsgerichts, als erste Instanz darüber zu befinden, ob das Identitätserfordernis nach Art. 41 Abs. 1 RPV i.V.m. Art. 24c RPG schon wegen der Höhe des geplanten Ersatzbaus nicht erfüllt sei.

#### **E. 5.1**

Nach dem Ausgeführten ist die Beschwerde gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid vom 1. Juni 2022, die Verfügung der Beschwerdegegnerin 2 vom 12. Juli 2021 und die Verfügung der Beschwerdegegnerin 1 vom 2. November 2021 sind aufzuheben. Die Sache ist zur weiteren Behandlung des Baugesuchs an die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 zurückzuweisen, zumal Abklärungen zu treffen sind, für welche diese besser geeignet sind als die Vorinstanz (zur Zulässigkeit einer solchen Sprungrückweisung Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 64 N. 4 mit Hinweisen). Jedenfalls sofern die Erteilung einer Ausnahmewilligung nach Art. 24c RPG nicht schon an einer anderen Voraussetzung scheitert, wird die Beschwerdegegnerin 2 abzuklären und darüber zu befinden haben, ob das Dachgeschoss dem vor dem 1. Juli 1972 geltenden materiellen Recht entsprach, was bei der Flächenberechnung nach Art. 42 Abs. 3 RPV entsprechend zu berücksichtigen wäre.

## **E. 5.2**

Gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG tragen die Verfahrensbeteiligten die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Vorliegend ist die Rückweisung zur weiteren Behandlung des Baugesuchs an die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 als Obsiegen des Beschwerdeführers zu werten. Die Kosten für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren sind der Beschwerdegegnerin 2 aufzuerlegen, zumal die Beschwerdegegnerin 1 dem Beschwerdeführer (bisher) lediglich die Verfügung der Beschwerdegegnerin 2 eröffnet hat. Die Beschwerdegegnerin 2 ist zu verpflichten, dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 5'000.- (inklusive Mehrwertsteuer) zu bezahlen (vgl. § 17 Abs. 2 VRG).

## **E. 6**

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Beim vorliegenden Urteil handelt es sich um einen Rückweisungsentscheid. Ein solcher wird grundsätzlich als Zwischenentscheid qualifiziert, der sich nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) weiterziehen lässt (BGE 134 II 137 E. 1.3.2). Zwischenentscheide sind vor Bundesgericht nur dann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können (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.