

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00643 vom 11. Mai 2023

ZH Verwaltungsgericht, 2023-05-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2022.00643](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2022.00643)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00643 du 11 mai 2023

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00643 del 11 maggio 2023

## Regeste

Baubewilligung | Zulässigkeit der nebenbestimmungsweisen Heilung der Überschreitung der Überbauungsziffer (§ 321 PBG). Zwar spricht die Grössenordnung der Überschreitung von rund 7 % nicht von vornherein gegen das Vorliegen eines untergeordneten Mangels. Sodann sind die verlangten Änderungen planerisch und baulich grundsätzlich einfach zu bewerkstelligen. Allerdings ist der Erwägung, auf welche im Dispositiv des angefochtenen Entscheids hinsichtlich des nördlichen Erkers verwiesen wird, zu entnehmen, dieser könne alternativ verkleinert oder entfernt werden. Die Auflage lässt damit verschiedene Varianten einer Projektänderung zu und erweist sich bereits aus diesem Grund als unzulässig. Weiter haben die erforderlichen Änderungen eine nicht mehr untergeordnete Grundrissumgestaltung der betreffenden Wohnung zur Folge, für die zudem ebenfalls verschiedene Varianten denkbar sind (E. 5.2). Gutheissung.

## 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 weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt; auf die Beschwerde ist einzutreten.

### E. 2

liegt gemäss Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Nürensdorf (BZO) in der eingeschossigen Wohnzone W1. Die Bauherrschaft plant, das bestehende Einfamilienhaus abzubauen und an dessen Stelle ein Mehrfamilienhaus mit fünf Wohnungen und Unterniveaugarage zu erstellen. Das Bauprojekt wurde unter Bedingungen und Auflagen bewilligt. Unter anderem wurde die Realisierung des östlichen und westlichen Erkers aus gestalterischen Gründen nicht bewilligt.

### E. 3.1

Die Beschwerdeführenden rügten im Rekursverfahren unter anderem eine Überschreitung der Überbauungsziffer, weil drei von vier geplanten Erkern, obwohl sie eine Tiefe von mehr als 1,5 m aufwiesen, nicht und auch nicht teilweise in die Überbauungsziffer eingerechnet worden seien. Die "Erker" im Norden und Süden könnten sodann von vornherein nicht als solche gelten. Ferner sei der Konstruktionsstärkenabzug von 5 cm zu Unrecht generell vorgenommen worden.

### E. 3.2

Das Baurekursgericht gelangte zum Schluss, der nördliche und der südliche Erker fielen nicht unter den Erkerbegriff und seien daher je voll an die Überbauungsziffer anzurechnen. Im Bereich der Glasfronten sei der Konstruktionsstärkenabzug sodann offensichtlich unzulässig. In der Folge stellte es eine Überschreitung der Überbauungsziffer fest, welche sich jedoch mittels Verzicht auf die beiden Erker oder zumindest Verkleinerung des nördlichen Erkers und Reduktion des Gebäudeumfangs ohne Schwierigkeiten beheben lasse. Es ergänzte den angefochtenen Beschluss mit den entsprechenden Auflagen.

### **E. 3.3**

In ihrer Beschwerde machen die Beschwerdeführenden nun als Erstes geltend, eine auflagenweise Korrektur der festgestellten Überschreitung der Überbauungsziffer sei in mehrfacher Hinsicht nicht zulässig.

### **E. 4.1**

Die Überbauungsziffer, welche die überbaubare Grundstücksfläche beschränkt (§ 251 lit. a und § 254 Abs. 1 PBG in der bisherigen Fassung gemäss Anhang zum PBG, vgl. Abs. 2 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des PBG vom 14. September 2015), wurde für die vorliegend massgebliche Wohnzone W1 auf 25 % festgelegt (Art. 18 Abs. 1 BZO). Die für die Überbauungsziffer anrechenbare Fläche ergibt sich gemäss § 256 Abs. 1 PBG aus der senkrechten Projektion der grössten oberirdischen Gebäudeumfassung auf den Erdboden. Ausser Ansatz fallen dabei oberirdische, geschlossene Vorsprünge bis zu einer Tiefe von 1,5 m, oberirdische Vorsprünge wie Balkone bis zu einer Tiefe von 2 m, Erker und Laubengänge, jedoch nur, soweit sie nicht mehr als einen Drittel der betreffenden Fassade messen (Abs. 2). Wird die Konstruktionsstärke der Fassade aufgrund der Wärmedämmung grösser als 35 cm, ist sie nur bis zu diesem Mass zu berücksichtigen (Abs. 3).

### **E. 4.2**

Was den Begriff "Erker" sowie die damit verbundenen rechtlichen Konsequenzen anbelangt, so kann vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (§ 28 Abs. 1 i. V. m. § 70 VRG). Letztere führte in ihrem Entscheid zusammengefasst aus, unter dem Begriff Erker werde landläufig ein der Fassade oder Ecke eines Gebäudes vorgelagerter, geschlossener, überdachter und über ein oder mehrere Geschosse reichender Anbau verstanden, welcher nicht vom Boden aufsteige. Ein Abstand zwischen Erkerunterkante und gestaltetem Terrain von einem Meter sei dabei vom Verwaltungsgericht als ausreichend erachtet worden. Nicht massgeblich sei die Nutzung sowie die konkrete Ausgestaltung, solange die Eigenart als Vorsprung gewahrt bleibe.

#### **E. 4.2.1**

Die Vorinstanz erwog in ihrem Entscheid weiter, der geplante südliche Erker sei nicht als solcher erkennbar. Dieser sei auf der einen Seite an die Fassade des westlichen, vorspringenden Gebäudeteils angebaut, auf der anderen Seite befinde sich auf gleicher Flucht eine Terrasse und die Fassade des Obergeschosses im Bereich dieser Terrasse springe – abgesehen von einem 0,6 m breiten 2-m-Rücksprung – um 5,7 m zurück. Der "Erker" trete somit nicht als Fassadenvorsprung in Erscheinung; vielmehr werde einzig dieser selbst als Fassade wahrgenommen. Sodann könne nur die Fassade des östlichen Gebäudeteils als "betreffende Fassade" im Sinn von § 256 Abs. 2 PBG gelten, da die Fassaden aufgrund des markanten horizontalen und vertikalen Versatzes im Umfang von 3,22 m bzw. 1,22 m optisch als separate Fassaden wahrgenommen würden. Dies führe dazu, dass der fragliche Erker auch den zulässigen Drittel überschreite und dessen Fläche

damit vollumfänglich an die Überbauungsziffer anzurechnen sei.

#### **E. 4.2.2**

Dasselbe gelte für den nördlichen Erker, welcher zwar grundsätzlich als Vorsprung erkennbar sei, das zulässige Drittelsmass jedoch ebenfalls überschreite. Aus den gleichen Gründen sei auch hier nur die Fassade des betreffenden Gebäudeteils massgebend. Damit sei auch die Fläche des nördlichen Erkers vollumfänglich an die Überbauungsziffer anzurechnen.

#### **E. 4.3**

Zur Berechnung der Überbauungsziffer geht die Baubewilligung von einer Grundstücksfläche von 1'331 m<sup>2</sup> aus, was unter Zugrundelegung der Überbauungsziffer von 25 % zu einer überbaubaren Grundstücksfläche von 332,75 m<sup>2</sup> führt. Gemäss dem bei den bewilligten Plänen liegenden "Nachweis Überbauungsfläche" soll eine Fläche von 332,53 m<sup>2</sup> überbaut werden. Werden der nördliche und der südliche Erker mit Flächen von 12,58 m<sup>2</sup> bzw. 10,56 m<sup>2</sup> hinzugerechnet, ergibt dies eine überbaute Fläche von 355,67 m<sup>2</sup>. Dies wiederum führt zu einer Überschreitung der Überbauungsziffer durch diese beiden Erker um 23,14 m<sup>2</sup> bzw. 6,96 %.

#### **E. 4.3.1**

Die Beschwerdeführenden monieren, dass die Vorinstanz auch die gemäss Auflage der Baubehörde wegzulassenden Erker im Osten und Westen mit Flächen von 7,15 m<sup>2</sup> bzw. 10 m<sup>2</sup> in den Erwägungen zur auflagenweisen Volumenreduktion hätte berücksichtigen müssen. Zwar wurden gemäss Plan "Nachweis Überbauungsfläche" die Erker im Osten und Westen nicht in die Berechnung miteinbezogen. Da deren Bau jedoch bereits von der Bewilligungsbehörde verweigert wurde, zeitigen sie von vornherein keine Auswirkungen auf die Überbauungsziffer und sind überdies auch nicht Gegenstand der strittigen Auflage.

#### **E. 4.3.2**

Hinzu kommt indes die Korrektur des generell vorgenommenen Abzugs von 5 cm für eine Konstruktionsstärke von über 35 cm, welchen die Vorinstanz bei den Glasfronten – insbesondere im südlichen Bereich (Wohnzimmer Erd- und Obergeschoss) – als offensichtlich unzulässig erachtete. Diese Korrektur beschlägt gemäss Vorinstanz eine Fläche von ca. 1,5 m<sup>2</sup>, welche durch eine minimale Reduktion der Gebäudeumfassung vorzunehmen sei. Nach Ansicht der Beschwerdeführenden sind jedoch bei einem Gebäudeumfang von ca. 80 m an rund 75 % der Aussenwände raumhohe Fenster geplant, weshalb die Reduktion rund 3 m<sup>2</sup> (60 m x 5 cm) betragen müsse. Diese Frage ist nicht entscheidungsrelevant und kann offengelassen werden. Da zur Baufreigabe ohnehin eine angepasste Berechnung der Ausnutzungsziffer einzureichen und von der Baubehörde zu prüfen sein wird, erübrigt sich nach der vorinstanzlich festgestellten Ausnutzungsüberschreitung (welche Anlass der Nebenbestimmung bildet) deren genaue ziffernmässige Fixierung, zumal diese nach der angepassten Berechnung ohnehin überholt sein wird (VGr, 29. August 2019, VB.2019.00056, E. 4.2.1).

#### **E. 5.1**

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). Das Interesse des Bauherrn am Fortbestand der Baubewilligung ist als gewichtig einzustufen (vgl. zum Ganzen und auch zum Folgenden VGr, 16. Juli 2015, VB.2015.00120, E. 3.3 ff. = BEZ 2015 Nr. 46 ; RB 1983 Nr. 112 = BEZ 1984 Nr. 5; Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. A., Wädenswil 2019, S. 437).

### **E. 5.1.1**

Die nebenbestimmungsweise Mängelbehebung kommt indessen nach gefestigter Rechtsprechung nur infrage, solange die Mängel untergeordneter Natur sind und ohne besondere Schwierigkeiten durch ausreichend konkrete Nebenbestimmungen behoben werden können. In diesen Fällen 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. Beim Entscheid darüber, ob ein mangelhaftes Projekt mit einer Nebenbestimmung bewilligungsfähig bleibt, ist daher in erster Linie Art und Ausmass des Mangels massgebend. Dabei muss das Gewicht des Mangels am Umfang des Gesamtprojekts gemessen werden.

### **E. 5.1.2**

Droht ein Bauprojekt durch die Korrektur der Verstösse seine Identität zu verlieren, so ist eine Heilung mittels Nebenbestimmung unzulässig und die Baubewilligung zu verweigern. Ebenso, wenn ohne grösseren planerischen Aufwand nicht beurteilbar ist, wie der Mangel zu beheben ist und welche baurechtlichen, konzeptionellen und gestalterischen Auswirkungen die Behebung des Mangels nach sich zieht. 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 auflagenweise Behebung der Mängel ausser Betracht.

### **E. 5.1.3**

Die statuierten Nebenbestimmungen müssen daher konkret sein, das heisst, es muss ersichtlich sein, inwiefern das Bauvorhaben abzuändern ist bzw. welchen Einfluss die Mängelbehebung auf das Erscheinungsbild des Bauvorhabens hat. Können keine konkreten Nebenbestimmungen statuiert werden, sodass die ästhetischen Auswirkungen der Mängelbehebung nicht abschätzbar sind, muss die Baubewilligung aufgehoben werden, damit eine umfassende Würdigung durch die örtliche Baubehörde bzw. die Rechtsmittelinstanzen erfolgen kann. Schliesslich ist die Überarbeitung der Baupläne einzig Sache der Bauherrschaft, nicht jedoch der Baubehörde und auch nicht der Rechtsmittelinstanzen (BGr, 12. April 2018, 1C\_266/2018, E. 3.3; VGr, 16. Juli 2015, VB.2015.00120, E. 3.2 = BEZ 2015 Nr. 46).

### **E. 5.2**

Vorab ist festzuhalten, dass bei der Beantwortung der Frage, ob Mängel eines Bauvorhabens mit einer Nebenbestimmung geheilt werden können oder ob eine Bauverweigerung auszusprechen ist, der Vorinstanz als Fachgericht ein gewisser Beurteilungsspielraum zukommt (VGr, 11. Februar 2021, VB.2020.00759, E. 3.4.2).

Letztere erwog, die Überschreitung der Überbauungsziffer lasse sich vorliegend ohne Schwierigkeiten beheben, indem auf die beiden fraglichen Erker verzichtet bzw. der nördliche Erker zumindest verkleinert würde. Das Wohnzimmer (inkl. Kochen/Essen) mit dem südlichen Erker weise eine grosszügige Fläche von 61,40 m<sup>2</sup> auf, weshalb hier keine weiteren Anpassungen zwingend seien. Der nördliche Erker betreffe ein Bad und ein Zimmer der 5½-Zimmer-Wohnung. Die notwendigen Änderungen der Raumdisposition seien ohne Weiteres machbar, indem etwa auf das Zimmer 4 und das Reduit verzichtet werde. Die Korrektur des 5-cm-Abzugs beschlage eine Fläche von lediglich ca. 1,5 m<sup>2</sup>, was mittels einer minimalsten Reduktion der oberirdischen Gebäudeumfassung, die sich weder auf die innere Raumstruktur noch auf das äussere Erscheinungsbild auswirke, ebenfalls ohne Schwierigkeiten kompensiert werden.

#### **E. 5.2.1**

Zwar spricht die Grössenordnung der Überschreitung von rund 7 % nicht von vornherein gegen das Vorliegen eines untergeordneten Mangels. So war etwa in einem anderen Fall eine Übernutzung von gut 11 m<sup>2</sup> bzw. über 7 % ebenfalls der nebenbestimmungsweisen Heilung zugänglich (VGr, 29. August 2019, VB.2019.00056, E. 4.2.2). Die vom Baurekursgericht verlangte geringfügige Reduktion des Gebäudeumfangs sowie die Entfernung der beiden Erker ist sodann planerisch und baulich grundsätzlich einfach zu bewerkstelligen.

#### **E. 5.2.2**

Allerdings ist der Erwägung, auf welche im Dispositiv des angefochtenen Entscheids hinsichtlich des nördlichen Erkers verwiesen wird, zu entnehmen, dieser könne alternativ verkleinert oder entfernt werden. Die Auflage lässt damit verschiedene Varianten einer Projektänderung zu und erweist sich bereits aus diesem Grund als unzulässig. Weiter betreffen die erforderlichen Änderungen am nördlichen Erker ein Zimmer, das Reduit sowie insbesondere auch ein Badezimmer, was eine nicht mehr untergeordnete Grundrissumgestaltung der betreffenden Wohnung zur Folge hat, für die zudem ebenfalls verschiedene Varianten denkbar sind. Dies zeigen anschaulich die von der Bauherrin im vorliegenden Verfahren zur Illustration der Auflagenbereinigung eingereichten Änderungspläne. Daraus ergibt sich zudem, dass diese inwendigen Änderungen hinsichtlich der Befensterung auch äusserlich zu Gestaltungsänderungen führen. Ferner führt die Aufлагenerfüllung auch zu Änderungen an den auf den Erkern geplanten Terrassen. Im Übrigen ist daraus ersichtlich, dass bereits die in der Baubewilligung statuierte Entfernung des Ost- und Westerkers zu Änderungen der Wohnungseinteilung führen.

#### **E. 5.2.3**

Mit Blick auf die Erwägungen der Baubehörde in der angefochtenen Bewilligung, wonach sich die geplante Baute an exponierter Lage befindet und im Ortsbild eine prägnante Stellung einnimmt, wird darüber hinaus durch das Weglassen der beiden Erker auch die gestalterische Beurteilung des Bauvorhabens als Ganzes ("harmonisch verteilte Volumina") infrage gestellt. Insbesondere, nachdem bereits zwei der ursprünglich vier Erker aus gestalterischen Gründen weggelassen werden müssen (vgl. die entsprechende Auflage in der Baubewilligung).

#### **E. 5.3**

Zusammengefasst können die von der Vorinstanz festgestellten Mängel des Bauvorhabens nicht ohne besondere Schwierigkeiten im Sinn von § 321 Abs. 1 PBG behoben werden. Das

von der Vorinstanz gewählte Vorgehen kommt daher nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht infrage; eine Heilung der Mängel mittels Nebenbestimmungen erweist sich als unzulässig. Können die Mängel nicht nebenbestimmungsweise geheilt werden, ist die Baubewilligung zu verweigern. Damit erwiesen sich die entsprechenden Rügen als berechtigt und ist die Beschwerde der Nachbarn ohne Prüfung der weiteren Rügen gutzuheissen.

#### **E. 6.1**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Rekursverfahrens in dem Sinn neu festzulegen, als dass sie von der Bauherrin und der Baubewilligungsbehörde je zur Hälfte zu tragen sind. Sodann ist die Bauherrin zu verpflichten, den Beschwerdeführenden für das Rekursverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- zu bezahlen.

#### **E. 6.2**

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind der Bauherrin und der Baubewilligungsbehörde je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Der Bauherrin steht ausgangsgemäss keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Hingegen ist sie zu verpflichten, den Beschwerdeführenden für das Beschwerdeverfahren eine solche von Fr. 3'000.- zu bezahlen (§ 17 Abs. 3 VRG).

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