

### 1.14. Bau- und Planungsrecht. Bodenrecht/ Constructions et aménagement du territoire. Droit foncier

#### VGer ZH VB.2018.00242: Aufstockung eines überhohen Gebäudes – neue materielle Prüfung im Einzelfall

Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 1. Abteilung/1. Kammer, Urteil VB.2018.00242 vom 4. Oktober 2018, A. und B. gegen D., E. und Bauausschuss Hinwil, Aufstockung eines überhohen Gebäudes.



IRENE WIDMER\*

*Im titelerwähnten Urteil befasste sich das Verwaltungsgericht Zürich mit der Frage, wie eine Aufstockung eines Mehrfamilienhauses nach der neuen materiellen Sichtweise anstelle der bisherigen formellen Sichtweise über die zulässige Gebäudehöhe hinaus auf der Grundlage von § 357 Abs. 1 PBG/ZH zu beurteilen ist.*

#### I. Sachverhalt und Verfahrensgeschichte

Der Bauausschuss Hinwil erteilte E. und D. die baurechtliche Bewilligung für verschiedene bauliche Änderungen, darunter auch eine Aufstockung des bestehenden Mehrfamilienhauses auf dem Grundstück Kat.-Nr. 01 an der G-Strasse in Hinwil.

Den dagegen erhobenen Rekurs wies das Baurekursgericht Zürich ab, soweit es darauf eintrat. Gegen diesen Entscheid erhoben die Rekurrenten Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragten dessen Aufhebung. Die Beschwerde wurde ebenfalls abgewiesen.

#### II. Erwägungen des Verwaltungsgerichts

Gemäss § 357 Abs. 1 PBG/ZH dürfen bestehende Bauten und Anlagen, die Bauvorschriften widersprechen, umgebaut oder erweitert werden, wenn keine überwiegenden öffentlichen oder nachbarlichen Interessen entgegenstehen. Für neue oder weitergehende Abweichungen von Vorschriften bleiben die erforderlichen Ausnahmegewilligungen vorbehalten. Neue oder weitergehende Abweichungen von den Vorschriften *liegen grundsätzlich dann vor, wenn durch die Änderung einer vorschriftswidrigen Baute oder Anlage gegen eine Bauvorschrift verstossen wird, die zuvor nicht*

*verletzt war*,<sup>1</sup> oder wenn zusätzlich gegen eine bereits verletzte Bestimmung verstossen wird.<sup>2</sup>

#### A. Bisherige Praxis des Verwaltungsgerichts Zürich

Nach der bisherigen Praxis des Verwaltungsgerichts führte die Aufstockung eines überhohen Gebäudes um ein Dachgeschoss zu keiner neuen oder weitergehenden Abweichung von Vorschriften im Sinne von § 357 Abs. 1 PBG/ZH.

Abgestellt wurde vom Verwaltungsgericht auf die formelle Definition der Gebäudehöhe. Diese wird rechtlich von der Schnittlinie zwischen der Fassade und der Dachfläche des obersten Vollgeschosses auf den darunterliegenden gewachsenen Boden gemessen (§ 280 Abs. 1 PBG/ZH). Das Verwaltungsgericht Zürich argumentierte, dass sich die rechtliche Gebäudehöhe nicht verändere, wenn ein Gebäude um ein Dachgeschoss aufgestockt werde. Nicht ausschlaggebend sei deshalb, dass durch die Aufstockung die First- bzw. die Gesamthöhe des Gebäudes steige. Somit werde von der Gebäudehöhe auch nicht neu oder weitergehend abgewichen.<sup>3</sup> Hier wurde der konkrete Einzelfall noch nicht berücksichtigt.

Die bisherige Rechtsprechung stellte aber nicht allein auf die formelle Definition der Gebäudehöhe ab. Es wurden weitere Kriterien berücksichtigt. Aufstockungen waren nur durch die Besitzstandsgarantie gedeckt, wenn infolge der Aufstockung keine Übergeschossigkeit entstand.<sup>4</sup> Das Verbot der Übergeschossigkeit möchte erreichen, dass Voll- und Dachgeschosse voneinander unterschieden werden können. Deshalb dürfen Dachgeschosse nicht den Eindruck eines Vollgeschosses vermitteln.<sup>5</sup>

Zudem prüfte das Verwaltungsgericht, *ob die baulichen Änderungen nicht auf einen weitgehenden Ersatz der bisherigen Bausubstanz hinauslaufen dürfen*. Solche unzulässigen Änderungen werden als sog. neubauähnliche Umgestaltungen bezeichnet.<sup>6</sup> Zudem prüfte das Verwaltungsgericht, ob die Gebäudeidentität noch gewahrt wurde.<sup>7</sup> Die Grenze des Zulässigen wurde bei einer Aufstockung von Ein- und

<sup>1</sup> KONRAD WILLI, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzone, Diss. Zürich, Zürich 2003, 123 f.

<sup>2</sup> BGer, 1C\_319/2016, 1.2.2017, E. 3.5.

<sup>3</sup> Zum Ganzen: VGer ZH, VB.2018.00242, 4.10.2018, E. 3.1; VGer ZH, VB.2016.00532, 2.3.2017, E. 2.4.

<sup>4</sup> Zum Ganzen: VGer ZH, VB.2018.00242, 4.10.2018, E. 3.1; VGer ZH, VB.2016.00532, 2.3.2017, E. 2.4.

<sup>5</sup> Zum Ganzen: VGer ZH, VB.2013.00468, 17.12.2013, E. 5.3; VGer ZH, VB.2011.00539, 21.3.2012, E. 3.1–3.4.2.

<sup>6</sup> Zum Ganzen: CHRISTOPH FRITZSCHE/PETER BÖSCH/THOMAS WIPF, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011, 1137.

<sup>7</sup> FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF (FN 6), 1140.

\* IRENE WIDMER, lic. iur., Rechtsanwältin, Affoltern am Albis.

kleineren Mehrfamilienhäusern dort gesehen, wo die geplante Aufstockung [...] nicht nur zu einer wesentlichen Vergrößerung des Gebäudekubus, sondern wegen der Neuerstellung eines zusätzlichen anrechenbaren Dachgeschosses auch zu einer Erweiterung der bestehenden Nutzfläche führte.<sup>8</sup>

Erst in einem letzten Schritt wurden die Interessen der Bauherrschaft auf der einen Seite und die nachbarlichen sowie öffentlichen Interessen auf der anderen Seite gegeneinander abgewogen. Bei dieser Abwägung war das Ausmass der Gebäudehöhenüberschreitung im konkreten Fall – also eine *materielle Sichtweise* – von Bedeutung.<sup>9</sup>

## B. Der verändernde Entscheid des Bundesgerichts

Die in Ziff. II.A. erwähnte Rechtsprechung verwarf das Bundesgericht allerdings in einem jüngeren Entscheid.<sup>10</sup> Das Bundesgericht legte in diesem grossen Wert auf die tatsächlichen Auswirkungen der geplanten Errichtung eines Attikageschosses.<sup>11</sup>

Im zugrundeliegenden Fall sah die Bau- und Zonenordnung lediglich eine Gebäudehöhe von 11,5 m vor. Das Gebäude, welches um ein Attikageschoss aufgestockt werden sollte, war aber bereits 14 m hoch. Das Bundesgericht hielt fest, dass bereits das bestehende Gebäude die zulässige Gebäudehöhe massiv überschritten habe. Durch die geplante Aufstockung um ein Attikageschoss wäre das Gebäude vorliegend 17 m hoch erschienen. Dadurch erscheine das geplante Attikageschoss optisch massiv höher, als es die maximale Gebäudehöhe zulasse.<sup>12</sup> Da gemäss § 304 PBG/ZH die lichte Mindesthöhe von Räumen von Mehrfamilienhäusern 2,4 m resp. in Kernzonen 2,3 m beträgt, wies das bestehende Gebäude bereits ein Vollgeschoss zu viel auf.<sup>13</sup>

Das geplante Gebäude hätte zudem effektiv erhebliche negative Auswirkungen auf die Nachbarn gehabt, weil es deren Aussicht beeinträchtigt und zu vermehrtem Schattenwurf geführt hätte.<sup>14</sup>

Das Bundesgericht hielt fest, dass die Aufstockung zwar die Gebäudehöhe im rechtlichen Sinn nicht ändere. Die rein *formelle Sichtweise* führe aber zu einem stossenden Ergebnis und sei deshalb unhaltbar. Aufgrund der – zwingend gebotenen – *materiellen Sichtweise* führe die geplante Aufstockung in Bezug auf die tatsächlich in Erscheinung tre-

tende Gebäudehöhe zu einer weitergehenden Abweichung im Sinn von § 357 Abs. 1 PBG/ZH.<sup>15</sup>

## C. Die neue Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts

Wegen der Rechtsprechung des Bundesgerichts gemäss Ziff. II.B. musste das Verwaltungsgericht Zürich seine bisherige Rechtsprechung gemäss Ziff. II.A. derjenigen des Bundesgerichts anpassen. Diese vom Bundesgericht als *formelle Sichtweise* bezeichnete bisherige Praxis des Verwaltungsgerichts soll in Zukunft durch eine *materielle Sichtweise* ersetzt werden. Diese stellt bereits bei der Beurteilung, ob bei der Aufstockung eines Gebäudes eine neue oder weitergehende Abweichung von den Vorschriften vorliegt, auf den Einzelfall ab. Das Verwaltungsgericht berücksichtigt dabei, dass das Ausmass der bestehenden Gebäudehöhenüberschreitung eines streitbetroffenen Gebäudes offensichtlich von massgeblicher Bedeutung sein kann.<sup>16</sup>

Das Verwaltungsgericht hielt – wie auch nach der bisherigen Rechtsprechung – fest, dass die zulässige Gebäudehöhe gemäss § 280 Abs. 1 PBG/ZH von der jeweiligen Schnittlinie zwischen Fassade und Dachfläche auf den darunterliegenden gewachsenen Boden gemessen werde.<sup>17</sup> Zulässig sei in der fraglichen Zone nach der geltenden Bau- und Zonenordnung eine Gebäudehöhe von 10,5 m. Die Gebäudehöhe des bestehenden Gebäudes betrage 10,5 m an der südöstlichen Gebäudeecke, 10,5 m an der südwestlichen Gebäudeecke und 10,8 m an der nordöstlichen Gebäudeecke. Daraus ergebe sich, dass die Gebäudehöhe des streitbetroffenen Gebäudes an der Nordostfassade um maximal 30 cm (an der nordöstlichen Gebäudeecke) überschritten werde, während das Mehrfamilienhaus die Gebäudehöhe von 10,5 m an der Südwestfassade und an der Südostfassade überall einhalte.<sup>18</sup>

Zu beurteilen war daher auf der Grundlage von § 357 Abs. 1 PBG/ZH die Aufstockung eines bestehenden Mehrfamilienhauses, welches an einer Gebäudeecke die Gebäudehöhe um maximal 30 cm überschritt.<sup>19</sup> Im Rahmen einer vom Bundesgericht geforderten *materiellen Sichtweise* sei davon auszugehen, dass das streitbetroffene Wohnhaus die zulässige Gebäudehöhe nur sehr geringfügig überschreite. Das Wohnhaus erscheine deshalb im bestehenden Zustand nicht wahrnehmbar *zu hoch*. Darüber hinaus hätten auch die benachbarten beiden Wohnhäuser, welche der glei-

<sup>8</sup> WILLI (FN 1), 103.

<sup>9</sup> Zum Ganzen: VGer ZH, VB.2018.00242, 4.10.2018, E. 3.3.

<sup>10</sup> BGer, 1C\_231/2017, 1.3.2018, E. 4.5 ff.

<sup>11</sup> BGer, 1C\_231/2017, 1.3.2018, E. 4.5 ff.

<sup>12</sup> Zum Ganzen: BGer, 1C\_231/2017, 1.3.2018, E. 4.6.

<sup>13</sup> Vgl. VGer ZH, VB.2018.00242, 4.10.2018, E. 5.2.

<sup>14</sup> Zum Ganzen: BGer, 1C\_231/2017, 1.3.2018, E. 4.6.

<sup>15</sup> VGer ZH, VB.2018.00242, 4.10.2018, E. 3.1; BGer, 1C\_231/2017, 1.3.2018, E. 4.6.

<sup>16</sup> VGer ZH, VB.2018.00242, 4.10.2018, E. 3.3.

<sup>17</sup> VGer ZH, VB.2018.00242, 4.10.2018, E. 4.1.

<sup>18</sup> Zum Ganzen: VGer ZH, VB.2018.00242, 4.10.2018, E. 4.2.

<sup>19</sup> VGer ZH, VB.2018.00242, 4.10.2018, E. 5.1.

chen Überbauung angehören würden, die Gebäudehöhe in vergleichbarer Weise überschritten. Diese benachbarten Wohnhäuser seien mit dem streitbetreffenen Gebäude sogar teilweise zusammengebaut. Damit unterscheidet sich gemäss dem Verwaltungsgericht der vorliegende Fall von demjenigen des zitierten Bundesgerichtsentscheids (siehe Ziff. II.B.). Darin habe das aufzustockende Gebäude die zulässige Gebäudehöhe um teilweise bis zu 2,5 m überschritten, was etwa einer Nettogeschosshöhe entspreche.<sup>20</sup>

Die Überschreitung der Gebäudehöhe um maximal 30 cm sei somit geringfügig. Das geplante Attikageschoss verstärke die Überschreitung der Gebäudehöhe optisch nicht.<sup>21</sup> Andernfalls müsste aus dem zitierten Entscheid des Bundesgerichts konsequenterweise der Schluss gezogen werden, dass jegliche Aufstockung eines die Gebäudehöhe auch in einem sehr geringfügigen Ausmass überschreitenden Gebäudes eine weitergehende Abweichung im Sinn von § 357 Abs. 1 PBG/ZH darstelle. Damit würde die vom kantonalen Recht in § 357 Abs. 1 PBG/ZH gewährleistete Besitzstandsgarantie – zumindest bei Rechtswidrigkeit infolge Gebäudehöhenüberschreitung – unterlaufen und der Bestimmung ihre Anwendung versagt. Diese Auffassung könne dem zitierten Entscheid des Bundesgerichts nicht zugrunde gelegen haben. Damit erweise sich die geplante Errichtung eines Attikageschosses auf dem bestehenden Wohnhaus als im Lichte von § 357 Abs. 1 PBG/ZH bewilligungsfähig.<sup>22</sup>

### III. Schlussbemerkungen

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts erschwert die Verdichtung im Bestand durch Aufstockung eines Gebäudes um ein Attikageschoss. Deshalb hält das Verwaltungsgericht richtigerweise fest, dass der Bundesgerichtsentscheid die Besitzstandsgarantie gemäss § 357 Abs. 1 PBG/ZH bei Überschreitung der Gebäudehöhen nicht *aushebeln* darf.

Das Ermessen der Baubehörden erhält durch die neue Rechtsprechung bei Aufstockungen ein viel höheres Gewicht. Die bisherige Rechtsprechung sollte eine Aufstockung grundsätzlich ermöglichen. Nur im Einzelfall wurde von dieser abgewichen. Neu wird bei jeder Aufstockung auf den Einzelfall abgestellt. Dadurch entsteht für den Bauherrn eine grosse Rechtsunsicherheit, ob er sein Gebäude aufstocken darf oder nicht. Das Verwaltungsgericht gibt diesbezüglich nur wenige Hinweise. Offenbar genügt eine Überschreitung der Gebäudehöhe von nur 30 cm nicht. Übersteigt das Gebäude, welches aufgestockt werden soll-

te, die zulässige Gebäudehöhe um ca. 2,5 m – ca. einer Nettogeschosshöhe – ist von einer unzulässigen Überschreitung der Gebäudehöhe auszugehen.

Es darf daraus aber nicht geschlossen werden, dass sich die Zulässigkeit einer Aufstockung allein an der Gebäudehöhe orientiert. Das Verwaltungsgericht berücksichtigte in seinem Entscheid auch die Höhe der Gebäude in der Umgebung. Wenn diese die Gebäudehöhe in gleichem Ausmass überschreiten wie das zu beurteilende Gebäude, ist eher davon auszugehen, dass eine geplante Aufstockung zulässig ist. Dies ist vor allem in denjenigen Gebieten von Bedeutung, in denen einzelne Gebäude einer Siedlung bereits aufgestockt wurden. Meiner Ansicht nach müsste in diesem Fall den übrigen Grundeigentümern nach der neuen materiellen Sichtweise die Aufstockung ebenfalls erlaubt werden.

Der Vollständigkeit halber möchte ich erwähnen, dass der besprochene Entscheid auf einer Definition der Gebäudehöhe basiert, welche nur noch bis zur Anpassung der Bau- und Zonenordnungen der Zürcher Gemeinden an das revidierte PBG/ZH (nPBG/ZH) gültig ist. *Danach wird neu der Begriff der Fassadenhöhe eingeführt. Diese ist der grösste Höhenunterschied zwischen der Schnittlinie der Fassadenflucht mit der Oberkante der Dachkonstruktion und der zugehörigen Fassadenlinie (§ 278 nPBG).*<sup>23</sup> An der Rechtsprechung zur Besitzstandsgarantie sollte sich aber dadurch nichts ändern.

<sup>20</sup> Zum Ganzen: VGer ZH, VB.2018.00242, 4.10.2018, E. 5.2.

<sup>21</sup> Zum Ganzen: VGer ZH, VB.2018.00242, 4.10.2018, E. 5.2.

<sup>22</sup> Zum Ganzen: VGer ZH, VB.2018.00242, 4.10.2018, E. 5.3.

<sup>23</sup> PETER BÖSCH, Harmonisierung der Bauvorschriften – oder gleich Vereinfachung der Bauvorschriften?, PBG aktuell 2017, 16.