



G.-Nrn. R2.2013.00030 und R2.2013.00034  
BRGE II Nr. 0147/2014 und 0148/2014

**Entscheid vom 4. November 2014**

Mitwirkende Abteilungspräsident Peter Rütimann, Baurichter Adrian Bergmann, Baurichter Emil Seliner, Gerichtsschreiber Daniel Schweikert

in Sachen **Rekurrierende**

R2.2013.00030

1. M. AG, [....]
2. D. T., [....]
3. N. N., [....]

R2.2013.00034

1. H. U., [....]
2. R. F., [....]

gegen **Rekursgegnerschaft**

1. Gemeinderat X, [....]
2. Bau-Z. AG, [....]

betreffend Gemeinderatsbeschluss vom 28. Januar 2013; Baubewilligung für Mehrfamilienhaus

---

**hat sich ergeben:**

**A.**

Mit Beschluss vom 28. Januar 2013 (Versanddatum 30. Januar 2013) erteilte der Gemeinderat X der Bau-Z. AG die Baubewilligung für den Abbruch des Gebäudes Assek.-Nr. 456 und den Ersatzbau eines Mehrfamilienhauses auf dem Grundstück Kat.-Nr. 6006 an der Y-Strasse in X.

**B.**

Hiergegen erhoben mit gemeinsamer Eingabe vom 1. März 2014 D. T., N. N und die M. AG (Rekurrierende 1) fristgerecht Rekurs beim Baurekursgericht des Kantons Zürich und beantragten die Aufhebung der Baubewilligung und die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung.

Mit Eingabe vom 4. März 2013 gelangten auch H. U. und R. F. (Rekurrenten 2) innert Frist an das Baurekursgericht und beantragten ebenfalls die Aufhebung der Baubewilligung und die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung.

**C.**

Mit Verfügungen vom 5. März 2013 und 7. März 2013 wurden die Rekursgänge vorgemerkt und die Vernehmlassungsverfahren eröffnet.

**D.**

Der Gemeinderat X beantragte in seinen Vernehmlassungen vom 4. April 2013 die Abweisung der Rekurse und die Zusprechung von Umtriebsentschädigungen.

**E.**

Auf Ersuchen der privaten Rekursgegnerin wurden die Rekursverfahren am 4. April 2013 sistiert.

**F.**

Mit Beschluss vom 19. November 2013 erteilte der Gemeinderat X der Bau-Z. AG die Baubewilligung für eine Projektänderung des vorliegend strittigen Bauvorhabens.

**G.**

Die Rekursverfahren wurden auf Antrag der privaten Rekursgegnerin mit Verfügungen vom 3. April 2014 fortgesetzt.

**H.**

Mit Vernehmlassungen vom 22. April 2014 beantragte auch die Bau-Z. AG die Abweisung der Rekurse und die Zusprechung von Umtriebsentschädigungen.

**I.**

Am 23. April 2014 wurde den Rekurrierenden 1 und den Rekurrenten 2 Frist für die Erstattung der Repliken angesetzt. Mit Eingabe vom 6. bzw. 14. Mai 2014 nahmen sie zu den Rekursantworten Stellung und hielten an ihren Anträgen fest.

**J.**

Die Rekursgegnerschaft wurde mit Verfügungen vom 15. Mai 2014 eingeladen, zu den Repliken Stellung zu nehmen. Hiervon machte sie mit Eingaben vom 26. Mai 2014 bzw. 3. Juni 2014 fristgerecht Gebrauch.

**K.**

Am 25. August 2014 führte eine Delegation des Baurekursgerichts im Beisein der Parteien einen Augenschein auf dem Lokal durch.

## **L.**

Auf die Vorbringen der Parteien und die anlässlich des Lokaltermins gemachten Feststellungen wird, soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

### **Es kommt in Betracht:**

#### **1.**

Die Rekurrierenden 1 und die Rekurrenten 2 sind als Eigentümer von Liegenschaften in unmittelbarer Nachbarschaft zum Bauvorhaben aufgrund der vorgebrachten Rügen unstrittig im Sinne von § 338a des Planungs- und Baugesetzes (PBG) zur Rekuserhebung legitimiert. Da auch die übrigen formellen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Rekurse einzutreten.

#### **2.**

Die Rekursverfahren mit den Geschäftsnummern R2.2013.00030 und R2.2013.00034 betreffen dasselbe Vorhaben und werfen weitgehend dieselben Rechtsfragen auf, weshalb sie zu vereinigen sind.

#### **3.**

Streitbetroffen ist das im Westen an die Y-Strasse grenzende, ab dieser Verkehrsanlage leicht nach Osten abfallende Grundstück Kat.-Nr. 6006. Die nördliche Grundstückshälfte ist mit dem langgezogenen, bis an die Y-Strasse ragenden Gebäude Assek.-Nr. 456 überbaut. Dessen Nord- und Westseite werden im Kernzonenplan als "wichtige Fassadenflucht" definiert. Das Bauprojekt beinhaltet den Abbruch dieses Gebäudes und den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit winkelförmiger Grundfläche. Die Westfassade des Neubaus soll unmittelbar an die Y-Strasse gestellt werden. Das Wohnhaus soll ein Unter-, ein Erdgeschoss sowie zwei Obergeschosse und ein Dachgeschoss aufweisen. Das Baugrundstück befindet sich gemäss der Bau- und Zonenordnung (BZO) der Gemeinde X in der

Kernzone. In dieser sind nach Art. 17 der Bau- und Zonenordnung (BZO) bei Neubauten maximal drei Voll- und maximal zwei Dachgeschosse zulässig.

Die vom Gemeinderat mit Beschluss vom 19. November 2013 erteilte Baubewilligung für eine Projektänderung beinhaltet die "Tieferlegung" des Untergeschosses sowie den Verzicht auf die Realisierung eines Dacheinschnittes.

#### **4.1.1.**

Die Rekurrierenden 1 monieren betreffend Umgebungsgestaltung und Geschoszahl, dass entgegen den Ausführungen in der Baubewilligung das Untergeschoss anrechenbar sei. Weiter beinhalte das Bauvorhaben Art. 22 BZO (Anforderungen an die Umgebungsgestaltung) widersprechende Aufschüttungen entlang der Fassade, die "unlogisch" seien und das Terrain komplett veränderten.

#### **4.1.2.**

Mit Vernehmlassung vom 4. April 2014 erwidert der Rekursgegner diesbezüglich hauptsächlich, das Untergeschoss liege mehrheitlich unter dem gewachsenen Boden. Zudem handle es sich bei Art. 22 Abs. 2 BZO um eine Ästhetikvorschrift, bei deren Anwendung der Gemeinde ein erheblicher Ermessensspielraum zustehe. Die Aufschüttungen würden sich beim vorliegenden Bauvorhaben unter Berücksichtigung des gewachsenen Terrains im Rahmen des Üblichen bewegen. Zwar seien im Bereich des nördlichen Teils der Ostfassade im Hinblick auf § 293 PBG Aufschüttungen notwendig. Diese seien jedoch mehrheitlich auf diesen Bereich der Fassade beschränkt und würden ohne weiteres im Bereich des vertretbaren Umfangs liegen. Mehr noch gelte dies für die Aufschüttungen im Bereich der Nordfassade.

Die private Rekursgegnerin führt hierzu aus, der Rüge betreffend Umgebungsgestaltung sei mit der Abänderungsbewilligung vom 19. November 2013 die Grundlage entzogen worden. Die angeblichen Störungen der Umgebungsgestaltung seien undefiniert, weswegen detaillierte Entgegnungen auch nicht möglich seien. Ein Verstoss gegen Art. 22 BZO werde bestritten und sei aus den Akten auch nicht ersichtlich.

#### **4.2.1.**

Als Geschosse zählen Vollgeschosse, Dach- und Untergeschosse mit Wohn-, Schlaf- oder Arbeitsräumen sowie andere Untergeschosse, die mehrheitlich über dem gewachsenen Boden liegen (§ 276 Abs. 1 PBG).

Nicht anrechenbare Untergeschosse dürfen höchstens 1,50 m über dem gestalteten Boden in Erscheinung treten. Von dieser Beschränkung ausgenommen sind Haus- und Kellerzugänge, Gartenzugänge sowie ein- und Ausfahrten zu Einzel-, Doppel- oder Sammelgaragen. Die Bau- und Zonenordnung kann die Freilegung von Untergeschossen näher regeln (§ 293 PBG).

Art. 22 BZO gibt betreffend Umgebungsgestaltung vor, dass der bisherige Charakter zu erhalten und bei Neubauten möglichst weitgehend zu übernehmen oder wieder herzustellen ist (Abs. 1). Die Bauten sind so ins Terrain zu stellen, dass möglichst wenige Änderungen am gewachsenen Boden nötig sind (Abs. 2).

#### **4.2.2.**

Zur Kognition der Rekursinstanz betreffend Überprüfung der Anwendung kommunalen Baurechts ist festzuhalten, dass das Verwaltungsgericht im Zusammenhang mit der Anwendung von § 238 PBG mit Entscheid vom 17. Dezember 2013 (VB.2013.00468 in BEZ 2014 Nr. 3) in Änderung seiner bisherigen Praxis erkannte, das Baurekursgericht sei nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, seine gesetzliche Überprüfungsbefugnis (§ 20 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG]) auszuschöpfen. Dies in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung (grundlegend: VB.2010.00127 vom 30. Juni 2010 in BEZ 2010 Nr. 28), wonach sich die Rekursinstanz bei der Überprüfung diesbezüglicher baurechtlicher Entschiede auf Grund der Gemeindeautonomie (Art. 50 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV]; Art. 85 der Kantonsverfassung [KV]) Zurückhaltung aufzuerlegen hatte.

Diese mit Bezug auf die kantonalrechtliche Einordnungsvorschrift getroffenen Feststellungen müssen im Grundsatz wohl auch dann gelten, wenn es um die Anwendung von gestalterisch motivierten, unbestimmte Rechtsbegriffe beinhaltenden Kernzonenvorschriften geht. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Beurteilungsspielraum einer Gemeinde bei der Auslegung ihres eigenen Rechts nicht weiter gehe als bei der Auslegung kantonalen

Rechts. Im Entscheid VB.2013.00788 vom 28. August 2014, in welchem sich das Verwaltungsgericht erstmals zur Kognitionsfrage bei der Auslegung und Anwendung kommunalen Rechts äusserte, hat das Gericht erkannt, dass dies zumindest zu bedenken sei. Es hat die Frage dann allerdings, da ihr in jenem Verfahren keine Bedeutung zukam, offen gelassen.

Auch im vorliegenden Verfahren braucht der Frage nicht näher nachgegangen zu werden. Denn selbst wenn von einem erweiterten Beurteilungsspielraum der Gemeinde und dementsprechend einer eingeschränkten Kognition der Rekursinstanz ausgegangen wird, erweist sich die in casu erfolgte Anwendung von Art. 22 BZO durch die Vorinstanz, was sich aus den nachstehenden Ausführungen ergibt, als nicht (mehr) haltbar.

#### **4.3.1.**

Gemäss dem am 28. Januar 2013 bewilligten Projekt war das Erdgeschoss mehr oder weniger auf dem Niveau der im Westen angrenzenden Y-Strasse situiert. Hierdurch hätte sich das Untergeschoss des geplanten Gebäudes aufgrund des nach Osten abfallenden Terrains mehrheitlich über dem gewachsenen Boden befunden und wäre dieses daher anrechenbar gewesen.

#### **4.3.2.**

Die am 19. November 2013 bewilligte Projektänderung sieht vor, das Untergeschoss um 0,80 m und den Boden des Erdgeschosses um 0,35 m tiefer zu legen (vgl. die Pläne "Querschnitt A-A": act. 11.13, R2.2013.00030 und act. 30.8, R2.2013.00034). Gemäss der mit der Projektänderung eingereichten und unbestritten gebliebenen Berechnung der privaten Rekursgegnerin befindet sich das geplante Untergeschoss nunmehr insgesamt mehrheitlich unter dem gewachsenen Terrain (vgl. act. 30.14 und act. 30.15 im Verfahren R2.2013.00034 [auf welches sich ohne gegenteiligen Vermerk sämtliche nachfolgenden Aktenverweise beziehen]). Dies dank dessen, dass der südwestliche, an die Y-Strasse angrenzende Teil des Untergeschosses weitgehend unter dem gewachsenen Boden liegt. Aufgrund des nach Osten abfallenden Terrains liegt der nordöstliche Teil des Untergeschosses demgegenüber deutlich, nämlich annähernd mit voller Geschosshöhe über dem gewachsenen Boden.

Damit das Untergeschoss (auch) der Vorschrift von § 293 PBG genügt und über dem gestalteten Boden um nicht mehr als 1,5 m in Erscheinung tritt,

sind im nordöstlichen Teil des Rekursgrundstücks deutliche Aufschüttungen geplant. Das vorbestehende Terrain soll insbesondere an der südlichen Ecke der Ostfassade um 1,61 m und an der nördlichen Ecke dieser Fassade um 1,81 m aufgeschüttet werden (vgl. act. 30.11).

#### **4.3.3.**

Von der Rekursgegnerschaft wird zu Recht nicht geltend gemacht, dass die projektierte Umgebungsgestaltung aufgrund der (leichten) Hanglage des Baugrundstückes für ein Bauvorhaben auf diesem unumgänglich ist. Wie aus den Baugesuchsplänen hervorgeht und sich die Delegation des Baurekursgerichts anlässlich des Lokaltermins überzeugen konnte, waren bei dem auf dem Baugrundstück vorbestehenden Gebäude Fassadenanschüttungen nicht notwendig. Insoweit ist es durchaus nachvollziehbar, wenn die Rekurrierenden 1 vorbringen, dass die nun geplanten Bodenveränderungen "unlogisch" seien. Als nicht anwaltlich vertretene Partei sind sie ihrer Begründungspflicht – entgegen dem Dafürhalten der privaten Rekursgegnerin – jedenfalls nachgekommen.

Soweit der Rekursgegner im angefochtenen Beschluss dafür hält, dass die Veränderungen am gewachsenen Boden "moderat" seien und diese vernehmlassungsweise "für vertretbar" hält, kann ihm nicht gefolgt werden. Das Terrain soll einzig aus dem Grunde aufgeschüttet werden, um das Untergeschoss entsprechend der Vorschrift von § 293 PBG nicht mehr als 1,5 m in Erscheinung treten zu lassen. Einen anderen Zweck erfüllen die massiven Aufschüttungen nicht. Die geplanten, aufgrund des geringen Grenzabstandes äusserst steilen "Fassadenanböschungen" stehen auch in keinem Bezug zum bisherigen Terrainverlauf, sondern sind ein Novum und setzen einen auf dem Baugrundstück fremden Akzent. Dies verbietet Art. 22 BZO explizit. Die Umgebungsgestaltung darf den "Charakter" des Baugrundstückes nicht verfremden, weswegen für das in der Kernzone situierte Grundstück "möglichst wenige" Änderungen am gewachsenen Boden zulässig sind. Dieser Vorgabe hat sich ein Bauvorhaben anzupassen. Der Sinn und Zweck von Art. 22 BZO wird aufgegeben, wenn einzig und allein mit dem Zweck, im nordöstlichen Teil des Rekursgrundstücks einen möglichst hohen Kubus zu ermöglichen, die Umgebung derart massiv verändert werden soll.

#### 4.4.

Können inhaltliche oder formale Mängel des Bauvorhabens ohne besondere Schwierigkeiten behoben werden oder sind zur Schaffung oder Erhaltung des rechtmässigen Zustands Anordnungen nötig, so sind gemäss § 321 Abs. 1 PBG mit der Bewilligung die gebotenen Nebenbestimmungen zu verknüpfen. Eine solche Heilung des Mangels ist vorliegend ausgeschlossen. Ohne die strittigen Fassadenaufschüttungen weist das Bauvorhaben ein mehr als 1,5 m in Erscheinung tretendes und daher nach § 293 PBG unzulässiges nicht anrechenbares Untergeschoss auf. Dieser Mangel erfordert eine umfassende Umprojektierung, was zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses führt.

[....]