

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00589 vom 4. April 2012

ZH Verwaltungsgericht, 2012-04-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2011.00589](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2011.00589)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00589 du 4 avril 2012

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00589 del 4 aprile 2012

## Regeste

Baubewilligung | Baubewilligung für den Neubau dreier Mehrfamilienhäuser: Ausnahmebewilligung. Das Bauvorhaben verletzt die kommunalen Gebäudehöhen- und Abgrabungsvorschriften sowie § 292 PBG (E. 2). Die vorgebrachten lärmtechnischen und städtebaulichen Gründe stellen keine Ausnahmesituation im Sinn von § 220 Abs. 1 PBG dar. Das Institut der Ausnahmebewilligung dient der Vermeidung von Unbilligkeiten, nicht der Ermöglichung von "besseren" Lösungen (E. 3.5). Die festgestellten Mängel können nicht mittels einer Nebenbestimmung im Sinn von § 321 Abs. 1 PBG behoben werden (E. 4). Abweisung.

## Erwägungen

### E. 1

Ausschuss Bau und Infrastruktur des Stadtrats Bülach,

#### E. 1.1

Die Befugnis der im Rekursverfahren unterlegenen Baugesuchstellerin, sich vor Verwaltungsgericht für die Wiederherstellung der Baubewilligung einzusetzen, steht offenkundig fest.

#### E. 1.2

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hat das Baurekursgericht der Beschwerdegegnerin zu Unrecht die Rekurslegitimation zuerkannt. Zu Rekurs und Beschwerde ist gemäss § 338a Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) berechtigt, wer durch die angefochtene Anordnung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung hat. Es genügt, wenn die Beeinträchtigung rein tatsächlicher Interessen – materieller oder ideeller Art – geltend gemacht wird. Zulässig sind alle Argumente und die Anrufung aller Rechtssätze, die im Ergebnis zur Gutheissung des Antrags führen; es ist weder ein rechtlich geschütztes Interesse erforderlich noch muss das vorgebrachte Interesse unter den Schutzzweck einer als verletzt angerufenen Rechtsnorm fallen (vgl. BGE 104 Ib 245 E. 7c; RB 1980 Nr. 7; VGr, 17. November 2010, VB.2010.00184, E. 1.1; Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 21 N. 21). Die Rechtsmittelbefugnis des Nachbarn ist nach dieser Bestimmung gegeben, wenn für ihn eine hinreichend enge nachbarliche Raumbeziehung zum Baugrundstück besteht, er durch die Erteilung der Baubewilligung mehr als irgendein Dritter oder die Allgemeinheit in eigenen qualifizierten (tatsächlichen oder rechtlichen) Interessen betroffen ist und er Mängel rügt, deren Behebung diese Betroffenheit zu mindern vermag (Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011,

S. 440). Wie jede Prozessvoraussetzung muss auch die Rekurs- und Beschwerdebefugnis von Amtes wegen geprüft werden. Die behördliche Prüfung entbindet den Anfechtenden aber nicht davon, die Sachumstände zu substantiieren, welche die Legitimation begründen sollen. An diese Darlegung dürfen indessen dann keine hohen Anforderungen gestellt werden, wenn aufgrund der bestehenden Sach- und Rechtslage ohne Weiteres ersichtlich ist, dass das Bauvorhaben in seiner konkreten Ausgestaltung die Interessen des Nachbarn unmittelbar berührt (RB 1980 Nr. 8; RB 1982 Nr. 19 = BEZ 1982 Nr. 40; VGr, 17. November 2010, VB.2010.00184, E. 1.2). Die Beschwerdegegnerin ist Eigentümerin des südwestlich an das Baugrundstück anstossenden Grundstücks Kat.-Nr. 05, wo sie eine Gastwirtschaft betreibt. Sie steht damit in einer engen nachbarlichen Raumbeziehung zum streitbetroffenen Bauprojekt. Sodann wird sie mehr als irgendein Dritter oder die Allgemeinheit in eigenen qualifizierten Interessen betroffen. Es ist unbestritten, dass die Parkfelder durch die Gäste des Restaurationsbetriebs genutzt werden; ob hierfür eine genügende Rechtsgrundlage besteht, ist im Zusammenhang mit der Beurteilung der Rekurslegitimation der Nachbarin nicht weiter zu prüfen. Wie die Vorinstanz nämlich zutreffend festhält, verschafft nach ständiger Rechtsprechung auch die bloss geltend gemachte und aufgrund einer summarischen Würdigung nicht auszuschliessende Beeinträchtigung – hier der Verlust von Fahrzeugabstellplätzen und mittelbar eine Einbusse an Gästen – die Anfechtungsbefugnis. Hinzu kommt, dass die Beschwerdegegnerin in der Rekurschrift die Missachtung der kommunalrechtlichen Abgrabungsvorschriften sowie eine ungerechtfertigte Ausnahmegewilligung zur Überschreitung der Gebäudehöhen an den Nordfassaden beanstandet hat. Auch diese Rügen verschaffen der Nachbarin ohne Weiteres den Zugang zum Rekursverfahren. Mit ihrem Rekurs bekämpfte die Beschwerdegegnerin einen von ihr als gesetzwidrig zu voluminös erachteten Baukörper. Daran hat sie als unmittelbare Nachbarin offensichtlich ein schützenswertes Interesse. Das Baurekursgericht ist daher zu Recht auf den Rekurs eingetreten.

## **E. 2**

Zunächst ist zu klären, inwiefern das zu beurteilende Bauvorhaben von Bauvorschriften abweicht und entsprechend auf eine Ausnahmegewilligung angewiesen ist.

### **E. 2.1**

Vorliegend statuiert die BZO keine Geschosshöhenvorschriften. Nach der Rechtsprechung hat dies zur Folge, dass die Flachdachbaute innerhalb des durch die Gebäude- und Firsthöhe vorgegebenen Profils frei gestaltet werden kann. Die Profillinie von § 292 PBG wird unter diesen Umständen nicht bei der tatsächlichen Gebäudehöhe, sondern bei der theoretischen Gebäudehöhe – vorliegend 10,5 m – angesetzt (RB 1999 Nr. 121; Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 931 mit Skizze).

### **E. 2.2**

Ziffer 4.1.1 BZO gestattet in der Zone W3.0 eine Gebäudehöhe von höchstens 10,5 m; dasselbe bestimmt Ziffer 5.1.1 BZO für die Zone WG 3.0A. Das Terrain darf gemäss Ziffer 12.6 Abs. 2 BZO um höchstens 1,5 m abgegraben werden, sofern dadurch die sichtbare Fassade nicht höher wird als die zulässige Gebäudehöhe. Das Baurekursgericht hat in Übereinstimmung mit den Baugesuchsplänen ausgeführt, dass alle drei Häuser unter Mitberücksichtigung der Abgrabungen deutlich übermässige Gebäude- bzw. Fassadenhöhen aufwiesen. Die Südostfassaden der Häuser A und B seien 10,35 m, jene des Hauses C 10,75 m hoch; dazu kämen noch Abgrabungen von 90 cm bei den beiden

erstgenannten sowie von 50–80 cm beim letztgenannten. An den Nordwestfassaden sollten gar Abgrabungen von 1,5 m durchgeführt werden, was zu sichtbaren Fassaden von 15 m (Haus A) bzw. von 13,75 m (Häuser B und C) führe. Daran würde auch eine "mittige Platzierung" des Attikageschosses nichts ändern (Entscheid der Vorinstanz, E. 5.4.3).

### **E. 2.3**

Die Baubewilligung äussert sich nicht näher zum Verhältnis zwischen der in Ziffern 4.1.1 und 5.1.1 BZO normierten Gebäudehöhe und der in Ziffer 12.6 Abs. 2 BZO auf ein Mass von 1,5 m beschränkten Abgrabung. Die Gebäudehöhe ist gemäss § 280 Abs. 1 PBG ab dem gewachsenen Terrain zu berechnen und ergibt sich hier aus den bewilligten Plänen (Plan Nr. 100-08 "Fassaden Süd-West Haus A / Nord-Ost Haus C" und Plan Nr. 100-07 "Fassaden Nord-West / Süd-Ost Haus A/B/C"). Daraus ergeben sich die vom Baurekursgericht beanstandeten Überschreitungen der Gebäudehöhe bzw. der Höhe der sichtbaren Fassaden (Entscheid der Vorinstanz, E. 5.4.3). Zusammengefasst überschreitet das Bauvorhaben die maximale Gebäudehöhe von 10,5 m zumindest auf der Südostseite des Hauses C (ca. 10,75 m). Zudem wird bei allen drei Häusern auf der Süd- und auf der Nordseite die Abgrabungsvorschrift von Ziff. 12.6 Abs. 3 BZO verletzt. Schliesslich steht das Projekt im Widerspruch zu § 292 PBG, da die bei der theoretischen Gebäudehöhe von 10,5 m angesetzte Profillinie auf der Nordseite bei allen drei Häusern auf der ganzen Länge (und nicht nur auf einem Drittel) durchstossen wird.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe das Vorliegen einer Ausnahmesituation, welche die Erteilung einer Ausnahmegewilligung rechtfertige, zu Unrecht verneint.

#### **E. 3.1**

Eine Ausnahmegewilligung ist gemäss § 220 PBG zu erteilen, wenn besondere Verhältnisse vorliegen, bei denen die Durchsetzung der Vorschriften unverhältnismässig erscheint (Abs. 1). Eine Ausnahmegewilligung darf überdies nicht gegen den Sinn und Zweck der Vorschrift verstossen, von der sie befreit, und auch sonst keine öffentlichen Interessen verletzen (Abs. 2). Schliesslich darf ein Nachbar durch Ausnahmegewilligungen von Vorschriften, die auch ihn schützen, nicht unzumutbar benachteiligt werden (Abs. 3). Besondere, eine Ausnahmesituation begründende Verhältnisse können in der Eigenart des Bauwerks, der Architektur oder in der Zweckbestimmung des Gebäudes liegen – insbesondere jedoch in der Form, Lage oder Topografie des Baugrundstücks (vgl. RB 1985 Nr. 103 = BEZ 1986 Nr. 4; RB 1981 Nr. 126; RB 1981 Nr. 125 = BEZ 1981 Nr. 34; Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 1127 ff.; Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs- und Baurecht, Bd. I, 3. A., Zürich 1999, N. 690). Das Institut der Ausnahmegewilligung soll dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit dort Nachachtung verschaffen, wo die Anwendung der gesetzlichen Regelung zu Resultaten führen würde, die der Gesetzgeber nicht bedacht hat und durch kein öffentliches Interesse gedeckt sind (RB 1985 Nr. 102). Eine Ausnahmegewilligung bezweckt daher, im Einzelfall Härten und Unbilligkeiten zu beseitigen, die mit dem Erlass der Regel nicht beabsichtigt waren. Es geht mithin um offensichtlich ungewollte Wirkungen einer Vorschrift. Die Ausnahmegewilligung darf daher nicht dazu eingesetzt werden, generelle Gründe zu berücksichtigen, die sich praktisch immer anführen liessen; auf diesem Weg würde nämlich das Gesetz geändert (BGE 117 Ib 125 E. 6d mit Hinweisen; Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 1128 f.).

#### **E. 3.2**

Der Ausschuss Bau und Infrastruktur hat die Erteilung einer Ausnahmegewilligung für "die Überschreitung der Gebäudehöhe auf der Nordseite bzw. die asymmetrische Anordnung der Attikageschosse" mit städtebaulichen Überlegungen sowie mit einem verbesserten Schallschutz gerechtfertigt. Dem hat das Baurekursgericht entgegengehalten, dass eine Vielzahl von Bauparzellen an einer Bahnlinie oder an einer stark befahrenen Strasse liege und lärmschutztechnisch von einer stufenlosen Fassade profitieren würde. Der Gesetzgeber habe jedoch bei der Normierung der Dachaufbauten in § 292 PBG keine Lockerungen für lärmbelastete Flächen vorgesehen. Weil die Lage des Baugrundstücks nicht als vom Gesetzgeber verkannter Einzelfall aufgefasst werden könne, fehle es an den Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung (Entscheid der Vorinstanz, E. 5.4.3). Während sich die Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort im Wesentlichen der Argumentation des Baurekursgerichts anschliesst, verteidigt die Beschwerdeführerin den ihr erteilten Dispens zunächst mit dem erheblichen Beurteilungsspielraum der kommunalen Baubehörde. Diese Rechtsanwendung hätte die Vorinstanz nur im Fall einer Überschreitung oder eines Missbrauchs des Ermessens korrigieren dürfen, was hier nicht zutrefte. Bei den "besondere(n) Verhältnisse(n)" und "Dachaufbauten" handle es sich um unbestimmte Gesetzesbegriffe, die der Baubehörde einen gewissen Spielraum gewährten. Im Übrigen rechtfertige sich eine Ausnahmegewilligung wegen des mit dem Projekt verbesserten Schallschutzes aus gesundheitspolizeilichen Überlegungen. Entgegen dem Standpunkt des Baurekursgerichts dürften die Aspekte des Lärmschutzes nicht deswegen unberücksichtigt bleiben, weil sie sich bei einer Vielzahl von Parzellen stellten. Es treffe nicht zu, dass die Erteilung der umstrittenen Ausnahmegewilligung auf eine Änderung der gesetzlichen Ordnung abziele; vielmehr habe die kommunale Baubehörde der Lage des Areals Rechnung getragen und eine gestalterisch bessere Lösung ermöglicht. Anzumerken bleibe, dass die sichtbare Fassade beim Haus A nicht 15 m betrage, wie die Vorinstanz annehme, sondern lediglich 14 m bzw. 13,9 m, wie dies die Beschwerdegegnerin im Rekurs gerügt habe. Sodann gehe das Baurekursgericht fehl in der Annahme, dass die Behebung allfälliger Gesetzesverstösse eine grundlegende Überarbeitung des Projekts erfordere; vielmehr könnten solche Mängel "ohne Weiteres durch ein revidiertes Baugesuch korrigiert werden". Weil die Beschwerdeführerin ein Ausnahmegesuch für die Überschreitung der Gebäudehöhe insgesamt gestellt habe, welches ihr denn auch erteilt worden sei, lasse sich aus den bloss beispielhaft erwähnten Mehrhöhen auf der Nordseite nichts zu ihren Ungunsten ableiten. Endlich schliesse die Vorinstanz zu Unrecht auf eine Missachtung der Abgrabungsvorschriften in Ziffer 12.6 BZO. Das Terrain werde an keiner Stelle um mehr als 1,5 m abgetragen, weshalb die Bauherrin insoweit nicht um einen Dispens habe ersuchen müssen.

### **E. 3.3**

Ob eine Ausnahmesituation im erwähnten Sinn vorliegt, ist vorwiegend eine Rechtsfrage, die das Verwaltungsgericht frei überprüft, doch wird der Baubehörde bei der Gewährung der Ausnahmegewilligung ein erheblicher Beurteilungsspielraum eingeräumt. Durch welche Abweichungen von den Bauvorschriften und durch welche besonderen Anordnungen der Ausnahmesituation Rechnung zu tragen ist, ist überwiegend Ermessensfrage. Das Verwaltungsgericht greift hierbei nur ein, wenn dieses pflichtgemässe Ermessen überschritten oder missbraucht wird (vgl. RB 1964 Nr. 28 = ZBl 66/1965, S. 176 = ZR 64 Nr. 185; Haller/Karlen, N. 676 f.).

### **E. 3.4**

Das Baugesuch vom 31. März 2010 verweist zur Begründung für die nachgesuchte Ausnahmegewilligung auf ein separates Schreiben vom gleichen Tag, das nicht bei den Akten liegt. Auch wenn die Erwägungen zur Baugewilligung vom 19. Januar 2011 insoweit unklar sind, darf zugunsten der Beschwerdeführerin angenommen werden, dass die Behörde der Überschreitung der maximalen Gebäudehöhe insgesamt und nicht nur bezüglich der Nordfassade zugestimmt hat. Eine derartige Einschränkung würde nämlich offenkundig keinen Sinn machen, weil ein Bauvorhaben die Gebäudehöhe – wie auch die übrigen primären Bauvorschriften – allseitig zu respektieren hat (Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 918).

### **E. 3.5**

Bei der Beurteilung der Frage, ob im konkreten Fall eine Ausnahmesituation anzunehmen sei oder nicht, handelt es sich nach der in E. 3.3 wiedergegebenen Rechtsprechung und Lehre vorwiegend um eine durch das Verwaltungsgericht frei überprüfbare Rechtsfrage. Im Rahmen der Würdigung von grundstücks- oder umgebungsspezifischen Besonderheiten steht der kommunalen Behörde durchaus ein angemessener Beurteilungsspielraum zu. Dies gilt aber nicht bei der ortsunabhängig zu beantwortenden Frage, ob eine Ausnahmegewilligung auch in den Dienst einer lärmschutztechnisch besseren Bauweise gestellt werden dürfe. Diese Frage ist gesamtkantonal nach einem einheitlichen Massstab zu beantworten, weshalb dem Verwaltungsgericht insoweit freie Kognition zusteht. Ein derart motivierter Dispens widerspräche der Praxis des Verwaltungsgerichts (RB 1985 Nr. 103 = BEZ 1986 Nr. 4; VB.2004.00255, E. 6.2.2; Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 1128 f.). Das Institut der Ausnahmegewilligung dient der Vermeidung von Unbilligkeiten, nicht der Ermöglichung von "besseren" Lösungen. Die Erteilung der von der Beschwerdeführerin angestrebten Ausnahmegewilligung würde auf eine nicht gewollte Änderung der allgemeinen Ordnung hinauslaufen und die Rechtssicherheit empfindlich beeinträchtigen. Drängt sich angesichts besonderer örtlicher Verhältnisse eine grundsätzliche Abweichung vom ordentlichen Recht auf, so stellt der Gesetzgeber in §§ 79 ff. PBG die Institute der Sonderbauvorschriften und des Gestaltungsplans zur Verfügung. Vorliegend fehlt es an ausreichenden Gründen für eine Ausnahmegewilligung. Hinsichtlich der Überschreitung der Gebäudehöhe und der Verletzung von Ziff. 12.6 Abs. 3 BZO ist nicht ersichtlich, inwiefern eine lärmtechnische Verschlechterung eintreten sollte, wenn die Bauvorschriften eingehalten werden. Auch für die Missachtung von § 292 PBG ist kein plausibler Grund vorhanden. Die gewählte Anordnung des obersten (Attika-)Geschosses bündig mit der Nordfassade gegen die SBB-Linie kann – weil hier Geschosshöhenvorschriften fehlen – ohne Weiteres realisiert werden, wenn ein Geschoss weniger hoch gebaut wird. In der Möglichkeit, ein grösseres Volumen zu realisieren, als es die BZO zulässt, kann selbstredend kein Ausnahmegewilligungsgrund erblickt werden. Das Baurekursgericht hat die Erteilung einer Ausnahmegewilligung somit zu Recht verweigert.

### **E. 3.6**

Angesichts der ausgeprägten Überschreitung der gemäss Ziffer 12.6 BZO maximal zulässigen sichtbaren Fassadenhöhe bei allen drei Mehrfamilienhäusern an den meisten Fassaden dürfte die erteilte Ausnahmegewilligung im Übrigen die Interessen der Öffentlichkeit und der Nachbarn kaum hinreichend respektieren (§ 220 Abs. 2 und 3 PBG; Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 1130 f.).

#### **E. 4**

Zu prüfen bleibt der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach sich der Mangel bei Verweigerung einer Ausnahmebewilligung durch eine Änderung des Baugesuchs beheben liesse.

##### **E. 4.1**

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. Dieses Vorgehen kommt indessen nur infrage, wenn die Mängel des Bauvorhabens untergeordneter Natur sind; führen diese zu einer wesentlichen Projektänderung, können sie nicht mittels einer Nebenbestimmung behoben werden (VGr, 26. Januar 2011, VB.2010.00440, E. 2.1; RB 1983 Nr. 112 = BEZ 1984 Nr. 5 [im letztgenannten Entscheid waren Grenz- und Gebäudeabstände um rund 3,5 m unterschritten]; Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 346).

##### **E. 4.2**

Vorliegend erfordert die Beachtung der erwähnten Bauvorschriften (vgl. E. 2.3) eine massive Redimensionierung aller drei Mehrfamilienhäuser; angesichts der Überhöhe kann sich sogar der Verzicht auf ein Stockwerk aufdrängen. Änderungen eines Projekts im gebotenen Ausmass lassen sich nicht mehr durch eine einfache Verkleinerung des Gebäudekubus bewerkstelligen, sondern ziehen eine umfassende Überarbeitung des Vorhabens nach sich. Hinzu kommt, dass es verschiedene architektonische Möglichkeiten gibt, wie die Mängel korrigiert werden können. Der Entscheid, welche Variante bevorzugt und zum Gegenstand eines neuen Baugesuchs gemacht werden soll, ist Sache der Bauherrschaft und nicht der Baubehörde bzw. der Rechtsmittelinstanzen.

##### **E. 4.3**

Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet und ist daher abzuweisen.

#### **E. 5**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]) und muss ihr eine Parteientschädigung von vornherein versagt bleiben. Vielmehr hat sie der Beschwerdegegnerin kraft § 17 Abs. 2 lit. a VRG eine Parteientschädigung im angemessenen Betrag von Fr. 2'000.- zu bezahlen.

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