

Maja Saputelli

Die Ausnahmegewilligung gemäss § 220 PBG



1 Unterschiedliche Massstäbe in den Kantonen

Alle kantonalen Baugesetze enthalten eine Bestimmung für eine Ausnahmegewilligung, jedoch sind diese sehr unterschiedlich ausgestaltet. Einige Kantone lassen Ausnahmen zu, wenn für eine geplante Baute bei Einhaltung der Bauvorschriften eine unzweckmässige Lösung resultiert oder wenn die Einhaltung der Bauvorschriften für den Geschwister eine unbillige Härte darstellen würde. Andere Kantone hingegen sind restriktiver und lassen Ausnahmen nur dann zu, wenn tatsächliche Verhältnisse vorliegen, welche der Gesetzgeber nicht voraussehen konnte.

Im Kanton Zürich regelt § 220 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG; LS 700.1), wann eine Ausnahmegewilligung ausgestellt werden darf:

«Abs. 1: Von Bauvorschriften ist im Einzelfall zu befreien, wenn besondere Verhältnisse vorliegen, bei denen die Durchsetzung der Vorschriften unverhältnismässig erscheint.

Abs. 2: Ausnahmegewilligungen dürfen nicht gegen den Sinn und Zweck der Vorschrift verstossen, von der sie befreien, und auch sonst keine öffentlichen Interessen verletzen, es sei denn, es würde die Erfüllung einer dem Gemeinwesen gesetzlich obliegenden Aufgabe verunmöglicht oder übermässig erschwert.

Abs. 3: Ein Nachbar darf durch Ausnahmegewilligungen von Vorschriften, die auch ihn schützen, nicht unzumutbar benachteiligt werden; Ausnahmegewilligungen dürfen jedoch nicht von der Zustimmung des Nachbarn abhängig gemacht werden.»

Die Erteilung eines Dispenses setzt das Vorliegen «besonderer Verhältnisse» voraus. Darunter sind Situationen zu verstehen, die eben wesentlich von den tatsächlichen Verhältnissen abweichen, welche der Gesetzgeber bei der Festsetzung einer Bauvorschrift im Auge gehabt hat. Es handelt sich um Sachverhalte, die der Gesetzgeber bei richtiger Voraussicht anders normiert hätte, sodass ihnen die Allgemeinordnung nicht mehr gerecht zu werden vermag. Besondere Verhältnisse können namentlich in der Topografie, Form oder Lage des Baugrundstückes liegen. Kein Ausnahmegrund bildet der Umstand, dass die aus der Allgemeinordnung folgende Ablehnung der Baubewilligung für den Gesuchsteller Härten, Unbilligkeiten oder auch nur Unzulänglichkeiten mit sich bringt. Persönliche Verhältnisse und Anliegen vermögen keine Dispenssituation zu begründen.¹

Damit hat der Gesetzgeber im Kanton Zürich den Ausnahmetatbestand gewollt so geregelt, dass eine Ausnahmegewilligung nur in ganz bestimmten, speziell gelagerten Situationen zur Anwendung gelangt und nicht als Instrument dienen kann, um unliebsame Bauvorschriften ausser Kraft zu setzen.

2 Ermessensspielraum bei der Auslegung von § 220 PBG

Die Regelung von § 220 PBG regelt abschliessend, was unter besonderen Verhältnissen zu verstehen ist. Es besteht für die Gemeinden kein besonderer Ermessensspielraum bei der Beurteilung, ob bestimmte Situationen besondere Verhältnisse begründen. Bei der Topografie, Form oder Lage eines Grundstücks geht es nicht um spezielle örtliche Kenntnisse, über welche eine Gemeinde verfügt, sondern um tatsächliche Verhältnisse und Begebenheiten.

Damit untersteht die Überprüfung der Beurteilung, was unter besonderen Verhältnissen zu verstehen ist, der freien Überprüfung durch die Gerichte. Dies gilt

ebenso für die Voraussetzungen in § 220 Abs. 2 und 3 PBG, die sogenannten negativen Dispensvoraussetzungen, welche für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung erfüllt sein müssen bzw. nicht erfüllt sein dürfen. Die Gemeinden haben

«Die Gemeinden haben keinen besonderen Ermessensspielraum bei der Beurteilung, ob bestimmte Situationen besondere Verhältnisse begründen.»

auch bei der Beurteilung, ob ein Nachbar unzumutbar benachteiligt wird, keinen besonderen Ermessensspielraum.

Dieser steht ihnen jedoch beim Entscheid zu, wie auf eine Ausnahmesituation reagiert werden soll. Die Gemeinde kann in ihrem Ermessen entscheiden, wie

der besonderen Situation Rechnung getragen werden kann und welche Abweichung vom Gesetz angemessen ist.²

3 Geltungsbereich der Ausnahmebestimmung

Im Gesetzestext heisst es, dass im Einzelfall von Bauvorschriften zu befreien sei. Damit gemeint sind die Vorschriften der im IV. Titel, 1. Abschnitt des PBG enthaltenen Bestimmungen. Gemeint sind aber auch die entsprechenden Ausführungsbestimmungen in den kantonalen Verordnungen und den Bauordnungen der Gemeinden (§ 3 Abs. 1 und 2 PBG). Es handelt sich jedoch nur um Nutzungsvorschriften, Gestaltungsvorschriften und technische Vorschriften. Keine Bauvorschriften sind die Legaldefinitionen und statuierten Merkmale im PBG und in der Allgemeinen Bauverordnung vom 22. Juli 1977 (ABV; LS 700.2). Solche Definitionen sind die in den §§ 47 ff. PBG enthaltenen Bestimmungen über die Regelungskompetenzen der Gemeinden.³

So können die Masse für besondere Gebäude nicht Gegenstand einer Ausnahmebewilligung sein. Der Terminus «Besonderes Gebäude» für Gebäude und Gebäudeteile, welche die Voraussetzungen erfüllen (nicht für den dauernden Aufenthalt von Menschen bestimmt, grösste Höhe 4 Meter, bei Schrägdächern 5 Meter) ergibt sich aus dem Randtitel von § 273 PBG sowie aus den §§ 25 und 28 ABV in Verbindung mit § 49 Abs. 3 PBG. Die Bestimmung von § 220 PBG erlaubt, von der Einhaltung von Bauvorschriften zu befreien. Bei § 49 Abs. 3 PBG handelt es sich indes nicht um eine die Gebäude- und Firsthöhe regelnde Bauvorschrift, sondern um eine Kompetenznorm zugunsten des kommunalen Gesetzgebers. Danach kann die Bau- und Zonenordnung bestimmen, dass für Gebäude und Gebäudeteile, welche nicht dem dauernden Aufenthalt von Menschen dienen und deren grösste Höhe 4 Meter bzw. 5 Meter nicht übersteigt, mit Bezug auf die Abstände und den Grenzbau kommunalrechtlich privilegiert behandelt werden dürfen.⁴ Die Höhe von Gebäuden ist keine Baubegrenzungsnorm, sondern definiert die Gebäudeart. Werden die Voraussetzungen für besondere Gebäude nicht eingehalten, wird das Gebäude oder der Gebäudeteil zum Hauptgebäude und untersteht den entsprechenden Vorschriften.

«Die Ausnahmebestimmung beschränkt sich auf kantonale und kommunale Bauvorschriften des PBG.»

Ähnliche Legaldefinitionen sind zum Beispiel § 269 PBG zu abstandsfreien Gebäuden (maximale Höhe 50 Zentimeter über gewachsenem Boden) oder § 275 Abs. 2 PBG zur Umschreibung der Dachgeschosse mittels Kniestockhöhe (höchstens 90 Zentimeter). Dasselbe trifft auf die bereits harmonisierten Bau- und Zonenordnungen zu, welche mit den Begriffen Kleinbaute, Anbaute,

unterirdische Baute und Unterniveaubaute gemäss §§ 2a bis 2c ABV weitere Legaldefinitionen geschaffen haben.⁵

Die Ausnahmebestimmung beschränkt sich auf kantonale und kommunale Bauvorschriften des PBG. Andere kantonale oder kommunale Vorschriften, die anderswo als im PBG und dessen Ausführungsbestimmungen geregelt sind, fallen nicht unter § 220 PBG. Ausnahmen können zudem nur innerhalb der Bauzonen gewährt werden, so zum Beispiel auf die Zonenkonformität gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. a und Art. 23 RPG (Raumplanungsgesetz vom 22. Juni 1979; SR 700). Vom Erfordernis der genügenden Erschliessung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG kann aber nicht dispensiert werden, denn dieses Erfordernis ist eine bundesrechtliche Vorgabe.⁶

4 Abgrenzung von anderen Ausnahmebestimmungen

Da sich der Geltungsbereich von § 220 PBG auf kantonale und kommunale Bauvorschriften des PBG beschränkt, können bei kantonalrechtlichen Tatbeständen ausserhalb des PBG nur mit den diesen Gesetzen zugrunde liegenden Bestimmungen Ausnahmen gewährt werden. Das Gleiche gilt für Ausnahme-

«Richtlinien und Normalien sind nicht wie Bauvorschriften zwingender Natur, weshalb die ‹wichtigen Gründe› für Abweichungen weniger eng sind als die ‹besonderen Verhältnisse›.»

bestimmungen des Bundesrechts. So werden Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone abschliessend im Raumplanungsgesetz geregelt und § 220 PBG findet keine gleichzeitige Anwendung, es sei denn, es ist zusätzlich ein Dispens von kantonalen bzw. kommunalen Bau-

vorschriften zu erteilen. Dies kann beispielsweise der Fall sein in Bezug auf den Waldabstand oder den kantonalrechtlichen Mindestgrenzabstand.⁷

Das Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich kennt verschiedene spezifische Ausnahmeregelungen. Sie gehen als *lex specialis* der allgemeinen Regelung von § 220 PBG vor. Eine wichtige Ausnahmeregelung ist jene bezüglich der Überstellung der Baulinien mit Gebäuden oder Gebäudeteilen gemäss §§ 100 f. PBG. Aber auch weitere Bestimmungen legen fest, in welchem Masse und unter welchen Voraussetzungen von ihnen abgewichen werden kann. So beispielsweise die Bestimmungen zu Besonnung und Belichtung im Sinne von § 301 Abs. 2 und § 302 Abs. 3 PBG.

Der Regierungsrat erlässt die erforderlichen Verordnungen gemäss § 359 Abs. 1 PBG sowie Richtlinien und Normalien für die in den vom PBG vorgesehenen Fälle. Eine Aufzählung findet sich im Anhang zur besonderen Bauverordnung I vom 6. Mai 1981 (BBV I; LS 700.21). Die Verordnungen enthalten

selbstständige Ausnahmetatbestände. Von den Richtlinien und Normalien soll gemäss § 360 Abs. 3 PBG nur aus wichtigen Gründen abgewichen werden. Richtlinien und Normalien sind nicht wie Bauvorschriften zwingender Natur, sondern lediglich richtunggebend, indem sie zeigen, was Fachleute bei normalen Verhältnissen als technisch angemessen und richtig erachten. Die «wichtigen Gründe» für Abweichungen sind daher weniger eng als die «besonderen Verhältnisse» gemäss § 220 Abs. 1 PBG.⁸

5 Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung

5.1 Besondere Verhältnisse

5.1.1 Topografie, Form oder Lage eines Grundstücks

Damit eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann, müssen besondere Verhältnisse vorliegen. Wie bereits ausgeführt, handelt es sich um Verhältnisse, welche vorab in der Topografie, Form oder Lage eines Baugrundstücks begründen oder allenfalls in der Eigenart eines Bauwerks, der Architektur oder der Zweckbestimmung eines Gebäudes liegen. Besondere Verhältnisse sollen den Gedanken des Gesetzgebers weiterführen und so Härten, Unbilligkeiten und Unzulänglichkeiten vermeiden, welche sich daraus ergeben, dass die Anwendung der Allgemeinordnung aussergewöhnlichen Gegebenheiten nicht Rechnung trägt. Offensichtlich ungewollte Wirkungen einer Vorschrift sollen vermieden werden.⁹

Das Baurekursgericht hat ausgeführt, dass Terrainunebenheiten von maximal 1,2 Metern auf einem Grundstück von 5000 Quadratmetern auf zahlreichen Grundstücken vorkommen und auf allerlei Ursachen zurückgeführt werden können. Dies können Naturkräfte wie Erosion oder glaziale Kräfte sein oder auch zeitlich weit zurückliegende Eingriffe von Menschenhand.¹⁰ Sie stellen keinesfalls eine unzumutbare Härte dar, welche der Gesetzgeber beim Erlass der Allgemeinordnung nicht im Auge hatte. Auch wenn die Gebäudehöhenvorschrift eine Aufstockung verunmögliche, so sei das Grundstück nach wie vor vernünftig überbaubar. Eine Ausnahme von der Einhaltung der Höhenvorschrift in Fällen wie dem vorliegenden würde auf eine Änderung der Grundordnung abzielen. Zum gleichen Resultat kam das Verwaltungsgericht, in welchem die architektonische Freiheit aufgrund der Abgrabung für das ursprüngliche Gebäude zwar vermindert sei, allerdings nicht in einem solchen Ausmass, dass von besonderen Verhältnissen auszugehen wäre.¹¹ Gerade bei ausge-

«Gerade bei ausgeprägten Hanglagen hat ein Grundeigentümer die topografisch bedingten Einschränkungen hinzunehmen.»

prägten Hanglagen habe ein Grundeigentümer die topografisch bedingten Einschränkungen hinzunehmen.

Anders verhielt es sich gemäss Verwaltungsgericht bei einer ebenfalls exponierten Hanglage.¹² Obwohl die kommunale Bauordnung der häufigen Hanglage durch die Abgrabungsvorschriften bereits Rechnung trug, seien die topografischen Verhältnisse des Baugrundstücks durch die schmale Form und das starke Gefälle (Höhendifferenz von rund 8 Metern) gleich in doppelter Hinsicht schwierig. Eine anderweitige Erstellung einer Tiefgarage sei zudem unmöglich, weshalb von einer Ausnahmesituation im Sinne von § 220 Abs. 1 PBG auszugehen sei. Mit der Begründung der Form des Grundstücks wurde im gleichen Fall auch ein Dispens vom Strassenabstand gutgeheissen.

Ausnahmegründe müssen stets in der besonderen Situation auf dem Baugrundstück selbst begründet sein.¹³ Sobald eine Vielzahl von Fällen bzw. Grundstücken in gleicher Form betroffen sein könnten, würde dies zu einer Ausnahmepaxis führen, welche eine rechtswidrige Umgehung der gesetzlichen Ordnung darstellte. Diesfalls müsste eine Regelung, von welcher befreit

«Sobald eine Vielzahl von Fällen bzw. Grundstücken in gleicher Form betroffen sein könnten, würde dies zu einer rechtswidrigen Umgehung der gesetzlichen Ordnung führen.»

werden sollte, im Rahmen einer Revision der Bau- und Zonenordnung geändert oder aufgehoben werden. Auch zur Bewahrung einer einheitlichen Fassadenflucht entlang einer Strasse können keine Ausnahmegewilligungen erteilt werden, sondern müsste die gesetzliche

Ordnung geändert oder ein Quartierplanverfahren eingeleitet werden.¹⁴ Gleich verhielt es sich bei Festlegungen von Dachaufbauten in einem Spezialplan für eine Kernzone. Eine Abweichung von den genau bezeichneten Flächen, auf welchen gemäss Plan Dachaufbauten zulässig waren, hätte zu einer Abänderung des Spezialplans geführt. Eine Ausnahmegewilligung war nicht zulässig, denn besondere Verhältnisse lagen nicht vor.¹⁵

Persönliche Verhältnisse und Anliegen, wie beispielsweise die Optimierung des Bauvorhabens, sind kein Grund für eine Ausnahmegewilligung. Dies war beispielsweise der Fall in einer Gemeinde, welche eine Ausnahmegewilligung für erhöhte Terrainveränderung erteilte.¹⁶ Das Baurekursgericht urteilte, die Bauvorschrift für Abgrabungen und Aufschüttungen gelte ausnahmslos für die ganze Zone, ungeachtet von Lage und Topografie der einzelnen Parzellen. Das betroffene Grundstück könne vollumfänglich und ohne Weiteres zonenkonform genutzt und überbaut werden. Eine Ausnahme zur vermehrten Abgrabung für eine übergrosse Einfahrt zu einer Einstellhalle diene höchstens der Optimierung des Bauvorhabens, was nicht Sinn und Zweck einer Ausnahme-

bewilligung sei. Bei einem Baugrundstück jedoch, welches bei einer regelkonformen Bebauung nur mit zwei Dritteln der möglichen Baumassenziffer hätte überbaut werden können, erachtete die damalige Baurekurskommission, dass die reduzierte Ausnützung nicht mehr als angemessen angesehen werden könne und damit nicht lediglich der Optimierung des Bauvorhabens diene.¹⁷

5.1.2 Eigenart eines Bauwerks oder Zweckbestimmung eines Gebäudes

Besondere Verhältnisse können aber nicht nur in der Topografie, Form oder Lage eines Grundstücks begründet sein, sondern auch in der Eigenart eines Bauwerks, der Architektur oder der Zweckbestimmung eines Gebäudes.

Sofern die Zweckbestimmung eines Gebäudes einen bestimmten Standort erfordert, so kann dies besondere Verhältnisse zur Folge haben. Bei einem Gebäude, welches teilweise Kultuszwecken oder einer religiösen Gemeinschaft als Vereinslokal dient, darf deshalb der Wohnanteil mittels Ausnahmegewilligung herabgesetzt werden, entschied das Baurekursgericht.¹⁸ In Zürich sind seit jeher kirchlich genutzte Liegenschaften in der Regel der Wohnzone zugeordnet und der Wohnanteil ist für diese Grundstücke mit null Prozent festgesetzt. Weil kleinere oder durch Migrationsbewegungen andere Religionsgemeinschaften planerisch nicht in gleicher Weise erfasst sind, erweist sich diese Situation als besonders. Da ein solcher Bedarf an Gebäuden für Kultuszwecke in der Wohnzone naturgemäss eher gering sei, sei inskünftig auch nicht mit einem erheblichen Ausmass an Ausnahmegewilligungen zu rechnen. Sollten dennoch inskünftig Ausnahmegewilligungen für Betlokale in erheblichem Ausmass erforderlich werden, müsste die gesetzliche Ordnung angepasst werden. Dies geschah beispielsweise in der Stadt Zürich zugunsten von Kinderbetreuungseinrichtungen und Kindergärten, für welche auf die geltende Wohnanteilsspflicht verzichtet werden kann.

Anders beurteilte das Verwaltungsgericht die Situation für die Erweiterung einer Privatschule in der Wohnzone.¹⁹ Weder sei das Schulhaus für die Oberstufe auf einen Standort in der Nähe der bisherigen Schule angewiesen, noch ergäben sich unentbehrliche Synergien mit der nahe gelegenen Volksschule. Das Gericht führte aus, dass Umstände vorliegen müssten, die gerade nur auf dem Baugrundstück und allenfalls ein paar wenigen anderen vorkä-

«Jede Privatschule könnte für eine Erweiterung die Herabsetzung des Wohnanteils verlangen.»

men, sodass eine Anwendung der Vorschriften zu stossenden Ergebnissen führen würde und sich aber angesichts der kleinen Zahl der Fälle eine Anpassung der gesetzlichen Ordnung weder aufdränge noch sinnvoll erscheine. Jede Privatschule könnte für eine Erweiterung die Herabsetzung des Wohnanteils verlangen, womit dies auf eine Vielzahl von Fällen zuträfe und keine Ausnahmesituation vorliege.²⁰

Bei juristischen Personen sind gemäss Verwaltungsgericht persönliche Verhältnisse anders zu beurteilen als bei natürlichen Personen.²¹ So könnten etwa betriebliche Gründe, die Zweckbestimmung und/oder die Lage von Grundstücken dazu führen, dass besondere Verhältnisse vorliegen. Eine Wohnbaugenossenschaft, welche an spezielle bundesrechtliche Vorgaben gebunden war, durfte gemäss diesen nur Wohnungen erstellen und keine Gewerberäume. Das Grundstück jedoch, welches seit jeher der Wohnbaugenossenschaft gehörte, lag in einer Wohnzone mit mindestens 30 Prozent Gewerbeanteil, und auf dem Grundstück lasteten ein Zweckentfremdungsverbot sowie eine Veräusserungsbeschränkung. Aus diesem Grund befand das Verwaltungsgericht, dass besondere Verhältnisse vorlagen, welche eine Ausnahmegewilligung, sprich einen Dispens, von der Gewerbeanteilsvorschrift rechtfertigten.

Sofern das Vorliegen von besonderen Verhältnissen bejaht werden kann, muss geprüft werden, ob auch die negativen Dispensvoraussetzungen erfüllt werden, sodass eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann.

5.2 Gesetzeszweck und öffentliche Interessen

Gemäss § 220 Abs. 2 PBG dürfen Ausnahmegewilligungen nicht gegen den Sinn und Zweck der Vorschrift verstossen, von der sie befreien, und auch sonst keine öffentlichen Interessen verletzen. Sie müssen mit den Grundgedanken des Gesetzes vereinbar sein, das heisst, die Absicht des Gesetzgebers weiterführen und im Hinblick auf die Besonderheiten des Einzelfalls gestalten.²² Öffentliche Interessen sind insbesondere gesundheits- und feuerpolizeiliche Interessen sowie wohnhygienische, planerische und städtebauliche Anliegen. In jedem Fall ist eine Interessenabwägung vorzunehmen.

Strassenabstandsvorschriften dienen primär wohnhygienischen Zwecken und nicht der Verkehrssicherheit. Bei Herabsetzung der Abstandsvorschriften wird

«In jedem Fall ist eine Interessenabwägung vorzunehmen.»

die Wohnhygiene jedoch nicht beeinträchtigt, wenn die auf die Strasse gerichtete Fassade keine Fenster aufweisen soll.²³ Auch die Vorschriften zu Grund-

abständen dienen der Wohnhygiene. Wird ein grosser Grundabstand gegen Süden auf ein Mass reduziert, welches immer noch grösser ist als der kleine Grundabstand, sind die genügende Belichtung und Besonnung nach wie vor gewährleistet, insbesondere auch weil das Grundstück gegen Süden hin abfällt. Zudem liegt es im Ermessen der Gemeinde zu beurteilen, welche Reduktion des grossen Grundabstandes angemessen scheint.²⁴

Wohn- oder Gewerbeanteilsvorschriften dienen beispielsweise der Durchmischung von Arbeits- und Wohnplätzen sowie dem Erhalt von günstigem

Wohnraum bzw. der Attraktivität und Förderung von belebten Zentren beim Gewerbeanteil. Bei einem Dispens ist deshalb zu entscheiden, ob die beabsichtigte Nutzung diesen Zielen zuwiderläuft.²⁵

5.3 Nachbarschutz

Die zweite negative Dispensvoraussetzung wird in § 220 Abs. 3 PBG umschrieben. Ein Nachbar darf durch Ausnahmegewilligungen von Vorschriften, die auch ihn schützen, nicht unzumutbar benachteiligt werden. Auch hier ist immer eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei nicht jede, sondern nur unzumutbare Beeinträchtigungen unzulässig sind.²⁶

Viele Bauvorschriften haben keine nachbarschützende Funktion. Wohn- und Gewerbeanteilsvorschriften, Strassenabstandsvorschriften oder Abgrabungsvorschriften dienen öffentlichen Interessen. Gebäudehöhen- oder Grenzabstandsvorschriften können jedoch durchaus auch nachbarschützende Funktionen haben. Im Falle einer Herabsetzung des grossen Grundabstandes nach Süden hin wurde der Nachbar zwar tangiert, jedoch handelte es sich um die wenig empfindliche Nordseite seines Grundstücks, weshalb die Interessenabwägung zugunsten der Ausnahmegewilligung ausfiel.²⁷ Auch ein anderer Nachbar war betroffen in seiner Aussicht. Dies lag aber an der Tatsache, dass das Baugrundstück in der Bauzone lag und überbaut werden konnte, und nicht am verminderten Grundabstand.

«Viele Bauvorschriften haben keine nachbarschützende Funktion.»

6 Bestandesgarantie

Eine Baute, welche Bauvorschriften widerspricht, darf umgebaut, erweitert und anderen Nutzungen zugeführt werden, sofern sie sich für eine zonengemässe Nutzung nicht eignet und keine überwiegenden öffentlichen oder nachbarlichen Interessen entgegenstehen. Diese gemäss § 357 Abs. 1 PBG gewährte Bestandesgarantie setzt primär voraus, dass eine Baute materiell rechtmässig erstellt worden ist. Diese Voraussetzung erfüllen auch Bauwerke, für welche die zuständige Behörde für die Abweichung von Vorschriften eine Ausnahmegewilligung erteilt hat. Der Dispens muss in der Baubewilligung explizit erwähnt sein, ansonsten davon ausgegangen werden muss, dass die Baubewilligung ursprünglich formell rechtmässig, aber materiell rechtswidrig ausgestellt worden ist.²⁸

Da eine Rechtsänderung Grund für die Vorschriftswidrigkeit sein muss, kann eine Baute nur dann von § 357 Abs. 1 PBG profitieren, wenn nicht die einmal rechtmässig erteilte Ausnahmegewilligung Grund für die Vorschriftswidrigkeit ist. Diesfalls wäre die Baute materiell nach wie vor rechtmässig.

Bei der erweiterten Besitzstandsgarantie, das heisst bei der Erweiterung von vorschriftswidrig gewordenen Bauten und Anlagen, ist beim Mass der Erweiterung zu beachten, dass das zulässige Erweiterungsmass dann überschritten ist, wenn die Erweiterung eine weitergehende Abweichung bewirkt. So darf ein bereits unterschrittener Abstand nicht neu oder zusätzlich unterschritten werden oder die schon überschrittene Geschosshöhe eines Gebäudes nicht zusätzlich erhöht werden.²⁹ In einem solchen Fall ist, wie § 357 Abs. 1 PBG vorschreibt, zu prüfen, ob besondere Verhältnisse vorliegen und eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann.

7 Zuständigkeit und Verfahren

Sofern die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäss § 220 PBG gegeben sind, ist in jedem einzelnen Fall zu beurteilen, durch welche Art und Intensität der Abweichung den konkreten Umständen angemessen Rechnung zu tragen ist.³⁰ Dies liegt wie bereits erwähnt im Ermessen der beurteilenden Behörde. Da Ausnahmegewilligungen im baurechtlichen Bewilligungsverfahren erteilt werden, handelt es sich in der Regel um die örtliche Baubehörde. Je nach Sachbereich, in welchem von einer Bauvorschrift dispensiert werden soll, kann der Entscheid aber auch in der Kompetenz einer kantonalen Stelle liegen.

Gemäss § 310 Abs. 1 Halbsatz 2 PBG in Verbindung mit § 5 lit. k BVV (Bauverfahrensverordnung vom 3. Dezember 1997; LS 700.6) sind Ausnahmegesuche zu begründen und mit den Baugesuchsunterlagen einzureichen. Eine Bauherrschaft muss damit ausdrücklich um Gewährung einer Ausnahmegewilligung nachsuchen. Zudem muss das Ausnahmegesuch zusammen mit den Akten öffentlich aufgelegt werden. Nur im nachträglichen Baubewilligungsverfahren hat die Behörde zu prüfen, ob allenfalls eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann. Die Bewilligungsbehörde muss in einem Entscheid die Ausnahmen immer ausdrücklich erwähnen und begründen.³¹

Maja Saputelli, Rechtsanwältin, Zürich

¹ Stellvertretend für viele BRGE I Nr. 0025/2016 vom 22. Januar 2016, in: BEZ 2016 Nr. 11 E. 3.4.1.

² Siehe EN 1.

³ Fritzsche Christoph/Bösch Peter/Wipf Thomas/Kunz Daniel, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Aufl., Wädenswil 2019, S. 1435.

⁴ BRGE II Nr. 0032/2004 vom 24. Februar 2004, in: BEZ 2004 Nr. 75, bestätigt in diesem Punkt mit VB.2004.00128, 00134 und 00140 vom 10. September 2004.

⁵ Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz (EN 3), S. 1435.

- ⁶ Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz (EN 3), S. 1435.
- ⁷ Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz (EN 3), S. 1436.
- ⁸ Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz (EN 3), S. 1437.
- ⁹ Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz (EN 3), S. 1438.
- ¹⁰ BRGE I Nrn. 0015 und 0016/2012 vom 20. Januar 2012, in: BEZ 2012 Nr. 65, bestätigt mit VB.2012.00111 vom 11. Juli 2012.
- ¹¹ VB.2013.00294 vom 26. Juni 2013 E. 5.4.1.
- ¹² VB.2012.00715 vom 27. Februar 2013 E. 4.2.2.
- ¹³ BRGE II Nr. 0101/2016 vom 5. Juli 2016 E. 5.4.
- ¹⁴ BRGE I Nrn. 0060 und 0061/2012 vom 25. April 2012, in: BEZ 2012 Nr. 40.
- ¹⁵ BRGE IV Nr. 0014/2021 vom 4. Februar 2021 E. 5.3.
- ¹⁶ BRGE IV 0080/2017 vom 29. Juni 2017 E. 7.2.
- ¹⁷ BRK III Nr. 0166/2008 vom 19. November 2008, in: BEZ 2009 Nr. 12.
- ¹⁸ BRGE I Nr. 0025/2016 vom 22. Januar 2016, in: BEZ 2016 Nr. 11.
- ¹⁹ BRGE I Nr. 0170–0172/2016 vom 25. November 2016, bestätigt mit VB.2017.00019 vom 20. Dezember 2017.
- ²⁰ Siehe zum Thema auch Baumberger Xaver und Rigling Raphael, Ausnahmewilligung beim Wohnanteil – leere Zimmer oder Lehrerzimmer, in: PBG aktuell 1/2017, S. 39 ff.
- ²¹ VB.2020.0039 vom 3. Dezember 2020 E. 3.1.2.
- ²² Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz (EN 3), S. 1441.
- ²³ VB.2012.00715 vom 27. Februar 2013 E. 3.4.
- ²⁴ BRK III Nr. 0166/2008 vom 19. November 2008, in: BEZ 2009 Nr. 12.
- ²⁵ BRGE I Nr. 0170–0172/2016 vom 25. November 2016, bestätigt mit VB.2017.00019 vom 20. Dezember 2017 und VB.2020.0039 vom 3. Dezember 2020 E. 3.1.2.
- ²⁶ Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz (EN 3), S. 1441.
- ²⁷ BRK III Nr. 0166/2008 vom 19. November 2008, in: BEZ 2009 Nr. 12.
- ²⁸ Willi Konrad, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht Bd. 158; Zürich 2003, S. 22.
- ²⁹ Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz (EN 3), S. 1450.
- ³⁰ Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz (EN 3), S. 1442.
- ³¹ Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz (EN 3), S. 1442.



Späh Architektur AG unterstützt Ihr Bauprojekt von A wie Amt bis Z wie Zukunft