

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.)

---

3. Das streitbetroffene Grundstück ist mit einer dreigliedrig gestuften Wohnüberbauung von rund 68 m Länge und je Haus 15,5 m Breite überstellt. Die im Bereich ihrer leicht versetzten Schmalfassaden aneinandergereihten Gebäude tragen die Hausnummern 85, 87 und 89.

Die private Rekursgegnerin beabsichtigt, die Wohnüberbauung umfassend zu sanieren und umzubauen. Im Rahmen dieses Projekts ist der Abbruch des bestehenden Attikageschosses sowie die Aufstockung des gesamten Gebäudekomplexes um ein Voll- und ein Attikageschoss vorgesehen. Das neue Attikageschoss soll damit ein Stockwerk höher zu liegen kommen als das bestehende, welches durch ein weiteres Vollgeschoss ersetzt wird. An der Nord- und Südseite soll das neue Attikageschoss fassadenbündig ausgestaltet werden. (...)

6.1 Die Wohnüberbauung S-Strasse 85-89 wurde in den 1970er-Jahren erstellt. Die Stammbaubewilligung datiert vom 22. Oktober 1973. Bei den Akten liegen die detaillierten Pläne des Stammbauvorhabens samt solchen über die Terrainverhältnisse bei Einreichung des Stammbaugesuches.

6.2 In seinem Grundsatzentscheid vom 28. September 2005 (VB.2005.00295 = RB 2005 Nr. 75 [Leitsatz] = BEZ 2006 Nr. 9 [Auszug], mit weiteren Verweisen, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)) hielt das Verwaltungsgericht fest, dass bei Um- und Erweiterungsbauten für die Bestimmung des gewachsenen Bodens auf die Terrainverhältnisse *bei Einreichung* des ursprünglichen Baugesuchs für das umzubauende Gebäude abzustellen sei und zwar unabhängig davon, ob das Terrain seinerzeit abgegraben oder aufgeschüttet worden sei. Das Gericht hielt weiter fest, dass die Bestimmung von § 5 der Allgemeinen Bauverordnung (ABV) auf unüberbaute Parzellen zugeschnitten sei. Unter «Baugesuch» sei das Stammbaugesuch zu verstehen. Massgebend sei nicht das Terrain bei Einreichung eines Änderungs- und Erweiterungsgesuchs. Zu diesem Ergebnis führe insbesondere auch die richtige Anwendung von § 5 Abs. 2 lit. b ABV. Diese Bestimmung sehe im ersten Halbsatz den Rückgriff auf die früheren Verhältnisse dann vor, wenn der Boden im Hinblick auf die – gemäss ursprünglicher Neubaubewilligung – beabsichtigte Nutzung des Grundstücks umgestaltet worden sei. Auf die – wie vorliegend – gut dokumentierten Terrainverhältnisse bei Einreichung des Stammbaugesuches ist zeitlich unbeschränkt und insbesondere auch nach mehr als 30 Jahren noch abzustellen (VGr, 3. November 2010, VB.2010.00360, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch), in

Aufhebung des noch anders lautenden, in BEZ 2008 Nr. 60 publizierten Entscheids BRKE II Nr. 0208/2008 vom 21. Oktober 2008). Diese Praxis beruht auf dem Gedanken, dass ein einmal erstelltes Gebäude sein massgebliches Terrain behält und dieses bei nachträglichen Änderungen nicht erneut zu bestimmen ist. Es ist nämlich nicht zu erkennen, weshalb die bereits bei der ursprünglichen Baubewilligung erfolgte rechtskräftige Feststellung des gewachsenen Bodens mit der Realisierung eines Um- respektive Erweiterungsbauvorhabens ihre Geltung verlieren sollte (BRKE II Nr. 26/2000 vom 15. Februar 2000 = BEZ 2000 Nr. 12).

6.3 In Nachachtung dieser mittlerweile gefestigten Gerichtspraxis hat die Vorinstanz zu Recht festgehalten, dass das den Plänen vom 22. Oktober 1973 zugrunde liegende Terrain an der Ostfassade im Bereich der nordöstlichen Gebäudeecke des Hauses S-Strasse 85 zu einer Überschreitung der zulässigen Gebäudehöhe um ca. 0,95 m und beim mittleren Gebäude S-Strasse 87 auf einer Länge von etwa 8 m zu einer Überschreitung von bis zu 1,2 m führt. Mit Recht halten die Rekurrentschaften an dieser Stelle fest, es sei zu ergänzen, dass auch im Bereich des Gebäudes S-Strasse 89 noch eine geringe Überschreitung von maximal 0,2 m vorliege.

6.4 Die Vorinstanz erklärt in der Baubewilligung und hält vernehmlassungsweise daran fest, die örtlich begrenzten Überschreitungen der Gebäudehöhe seien auf gravierende Terrainveränderungen zurückzuführen, welche in Nachachtung des Entscheides BRKE II Nr. 0216/2008-0217/2008 vom 21. Oktober 2008 (= BEZ 2008 Nr. 59) eine Ausnahmegenehmigung rechtfertigten. Mittels rechnerischer Interpolation könne so der «natürliche» Terrainverlauf rekonstruiert werden, wie er vor der Errichtung der vormaligen Villa zu Beginn des 20. Jahrhunderts vorgelegen habe. Die Vorinstanz hält folglich zusammengefasst dafür, die Aufschüttungen aus den 1970er-Jahren stellten nichts anderes dar als die Wiederherstellung des natürlichen Terrains, wie es sich vor den Abgrabungen für die vormalige Villa – bei den Akten liegen Baupläne aus dem Jahr 1902 – präsentiert habe.

6.5 Die Berufung auf den Entscheid BRKE II Nr. 0216/2008-0217/2008 vom 21. Oktober 2008 ist bereits im Ansatz unzutreffend. Abgesehen davon, dass dieser Entscheid mit Verwaltungsgerichtsentscheid VB.2008.00553 vom 3. Juni 2009 ([www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)) aufgehoben wurde – das Verwaltungsgericht hat das Vorliegen besonderer Verhältnisse im konkreten Fall gerade verneint –, beschäftigt er sich mit der anders gelagerten Problematik einer Neuüberbauung unter vorgängiger Beseitigung der Altbaute. Die Vorinstanz hat diesen Umstand offensichtlich gar selbst erkannt, wie der Formulierung in ihrer Vernehmlassungsantwort zu entnehmen ist. Es ist aber nicht nachvollziehbar, weshalb sie an gleicher Stelle festhält, auch vorliegend werde eine Neuüberbauung unter vorgängiger Beseitigung einer Altbaute errichtet. Die Wohnüberbauung S-Strasse 85-89 wird gerade nicht vorgängig beseitigt, das Grundstück Kat.-Nr. WO6307 gerade nicht neu überbaut. Bei der Erstellung von Neuüberbauungen unter vorgängiger Beseitigung von Altbauten gilt für die Terrainbestimmung eine grundlegend andere Praxis, gemäss welcher einzig auf den bestehenden Verlauf des Bodens bei der Einreichung des aktuellen Neubaugesuches abzustellen ist (siehe die Zusammenfassung der Rechtsprechung bei Ch.

Fritzsche/P. Bösch/Th. Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., 2011, S. 907 ff.). Nur in derartigen Fällen kann sich gerade wegen des Abbruchs von Altbauten die Frage stellen, ob die Überbaubarkeit eines Grundstücks auf Grund von Aufschüttungen und Abgrabungen für eine *zu beseitigende* Altbaute in geradezu unzumutbarer Weise gelitten habe, so dass dem mit Ausnahmegewilligungen beizukommen ist. Auch der in den Rechtschriften teilweise zitierte Entscheid VB.2010.00704 und VB.2010.00709 vom 6. April 2011 (= BEZ 2011 Nr. 36) handelt von der Terrainbestimmung im Falle einer Neuüberbauung unter vorgängigem Abbruch der Altbaute und hält für diesen Fall – und nur für ihn – fest, dass der gewachsene Boden im Grundrissbereich von *abzubrechenden* Bauten unter Umständen mittels Interpolation festzulegen sei. Die Rechtsmittelinstanzen haben sich aber zu keinem Zeitpunkt dafür ausgesprochen, dass auch bei Um- und Erweiterungsbauten das Terrain mittels Interpolation und Ausnahmegewilligung neu zu berechnen wäre, würde dies doch gerade dem gezeigten Grundsatz widersprechen, dass das einmal – vorliegend im Rahmen der ursprünglichen Neubaugewilligung aus dem Jahr 1972 – rechtskräftig festgesetzte Terrain bei nachträglichen Änderungen nicht neu zu bestimmen ist.

7.1 Die Vorgehensweise via Interpolation und Ausnahmegewilligung für die Gebäudehöhenüberschreitung findet wie gezeigt entgegen den Erwägungen der Vorinstanz keine Stütze in der gefestigten Gerichtspraxis zur Bestimmung des massgeblichen Terrains. Gleichwohl steht es der Vorinstanz natürlich frei, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung unabhängig von dieser Praxis zu überprüfen.

7.2 Gemäss § 220 PBG ist von Bauvorschriften im Einzelfall zu befreien, wenn besondere Verhältnisse vorliegen, bei denen die Durchsetzung der Vorschriften unverhältnismässig erscheint (Abs. 1). 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. 2). 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 (Abs. 3).

Die Erteilung eines Dispenses setzt das Vorliegen «besonderer Verhältnisse» voraus. Darunter sind Situationen zu verstehen, die wesentlich von den tatsächlichen Verhältnissen abweichen, welche der Gesetzgeber 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 Topographie, Form oder Lage des Baugrundstückes liegen.

Lassen sich die Überlegungen, die für die Begründung einer Ausnahmegewilligung angeführt werden, für eine Vielzahl von Fällen anstellen, so besteht keine Ausnahmesituation. Entsprechende Dispense zielen auf eine Änderung der gesetzlichen Ordnung ab und sind daher unzulässig. Keinen Ausnahmegrund bildet in der Regel 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 regelmässig keine Dispenssituation zu begründen. Schliesslich darf selbst beim Vorliegen besonderer Verhältnisse keine Ausnahmegewilligung erteilt werden, wenn negative Dispensvoraussetzungen (Abs. 2 und 3) erfüllt sind.

Was unter besonderen Verhältnissen und unter den negativen Dispensvoraussetzungen zu verstehen ist, regelt das kantonale Recht abschliessend, weshalb vorinstanzliche Entscheide in diesen Punkten von der Rekursinstanz frei überprüft werden können. Durch welche Abweichungen vom Gesetz einer Ausnahmesituation Rechnung zu tragen ist, liegt demgegenüber vorab im Ermessen der Gemeinde, sodass das Baurekursgericht nur gegen klar unververtretbare Lösungen einschreitet.

7.3 Die Vorinstanz stuft Terrainunebenheiten in einer Grössenordnung von maximal 1,2 m auf einem Grundstück von immerhin rund 5000 m<sup>2</sup> als derart gravierend ein, dass von besonderen Verhältnissen auszugehen sei, bei welchen die Durchsetzung der Gebäudehöhenvorschrift unverhältnismässig erscheine. Da – so die Vorinstanz weiter – auch § 220 Abs. 2 und Abs. 3 PBG Rechnung getragen werde und insbesondere die Nachbarschaft nicht unzumutbar benachteiligt werde, sei das Erteilen einer Ausnahmegewilligung gerechtfertigt.

7.4 Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Terrainunebenheiten in der vorliegend diskutierten Grössenordnung finden sich auf zahlreichen Grundstücken und können allerlei Ursachen haben. Sie können auf Einwirkungen durch Naturkräfte wie Erosion oder glaziale Kräfte, oder auch auf zeitlich weit zurückliegende Eingriffe von Menschenhand, wie sie die Vorinstanz vorliegend vermutet, zurückzuführen sein. Derartige Umstände sind bei zahlreichen Bauprojekten zu beachten. Sie stellen keinesfalls unzumutbare Härten dar, welche der Gesetzgeber beim Erlass der Allgemeinordnung nicht im Auge gehabt hat, so dass ihnen diese nicht mehr gerecht zu werden vermöchte. Das Erteilen von Ausnahmegewilligungen in Fällen wie dem vorliegenden würde auf eine Änderung der Grundordnung abzielen und letztlich zur verpönten Regel-Ausnahme führen. Die durch die Gebäudehöhenvorschrift bewirkte Unmöglichkeit der Aufstockung entlang der Ostfassade und in der nordöstlichen Ecke der Wohnüberbauung stellt mitnichten eine unzumutbare Härte für die Grundeigentümerin dar, von welcher diese befreit werden müsste. Eine vernünftige Überbaubarkeit des streitbetreffenen Grundstücks – auch etwa im Rahmen einer vorliegend nicht zur Diskussion stehenden Neuüberbauung, welche wohl etwas dichter ausfallen könnte – ist ohne weiteres gegeben. Zusammenfassend scheidet die Erteilung einer Ausnahmegewilligung vorliegend bereits am Fehlen besonderer Verhältnisse im Sinne von § 220 Abs. 1 PBG.