

Ausnahmebewilligung beim Wohnanteil – leere Zimmer oder Lehrerzimmer?

Dr. Xaver Baumberger
und Raphael Rigling

I. Sachverhalt

Am 19. April 2016 erteilte die Bausektion der Stadt Zürich einer Privatschule die Baubewilligung für den Abbruch und Neubau eines Schulhauses auf zwei Grundstücken. Diese liegen in der viergeschossigen Wohnzone W4 und in der dreigeschossigen Wohnzone W3. Dort gilt ein Mindestwohnanteil von 90 %. Der geplante Schulhausneubau hätte diesen Mindestwohnanteil nicht eingehalten. Die Bausektion der Stadt Zürich begründete die Bewilligungserteilung unter anderem damit, dass die Unterschreitung des Mindestwohnanteils aufgrund der Standortgebundenheit der Schulraumerweiterung sowie wegen des erheblichen öffentlichen Interesses an der Ergänzung und Entlastung des öffentlichen Schulsystems gerechtfertigt sei.

Gegen die Baubewilligung rekurrerten sieben Nachbarn. Sie machten geltend, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung seien nicht gegeben. Die Privatschule sei weder standortgebunden noch lägen besondere Verhältnisse vor, welche einen Dispens rechtfertigten.

II. Baurekursgericht hebt Baubewilligung auf

Mit Entscheid vom 25. November 2016 hiess das Baurekursgericht (BRG) die Nachbarrekurse gut und hob die Baubewilligung auf.

Zur Begründung erwog das Baurekursgericht, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung seien nicht gegeben. Eine Ausnahmebewilligung setze das Vorliegen «besonderer Verhältnisse» voraus. Die Vorinstanz habe die besonderen Verhältnisse unter anderem in der Standortgebundenheit der Schulraumerweiterung gesehen. Eine

«Der Schulhausneubau hätte den Mindestwohnanteil von 90 % nicht eingehalten.»

«Die Rekurrenten machen geltend, dass die Privatschule weder standortgebunden sei noch besondere Verhältnisse für eine Ausnahmebewilligung vorlägen.»

«Das BRG hält fest, dass keine besonderen Verhältnisse vorliegen und die Ausnahmebewilligung zu Unrecht erteilt worden ist.»

Standortgebundenheit im Sinne einer Nähe zum bereits bestehenden Standort der Privatschule sei jedoch nicht gegeben, jedenfalls nicht für ein Schulhaus der Oberstufe ab der 10. Klasse. Es sei üblich, dass Jugendliche nach der obligatorischen Schulzeit eine neue Ortschaft aufsuchen müssten, um ihre schulische Ausbildung fortzusetzen bzw. abzuschliessen. Die Lage des Schulhauses begründe somit keine besonderen Verhältnisse (Erwägung 4.5.4.). Die Überlegungen, welche der Ausnahmebewilligung zugrunde lägen, könnten ausserdem von jeder Privatschule angeführt werden, um eine Ausnahmebewilligung für ihre Erweiterung zu verlangen. Eine Ausnahmesituation liege somit nicht vor. Aufgrund fehlender besonderer Verhältnisse habe die Bausektion der Stadt Zürich daher zu Unrecht eine Ausnahmebewilligung erteilt.

III. Würdigung

A. Grundsätzliches zur Ausnahmebewilligung

Nicht für die Schule, sondern für das Leben lernen wir, heisst es gemeinhin. Deshalb drängen sich zunächst ein paar grundsätzliche Bemerkungen zum Institut der Ausnahmebewilligung auf.

«Ausnahmebewilligungen dürfen nicht gegen Sinn und Zweck der Vorschrift verstossen, von der sie befreien.»

Gemäss § 220 Abs. 1 PBG ist von Bauvorschriften im Einzelfall zu befreien, wenn besondere Verhältnisse vorliegen, bei denen die Durchsetzung der Vorschriften unverhältnismässig erscheint. Ausnahmebewilligungen 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 (§ 220 Abs. 2 PBG). Ein Nachbar darf durch Ausnahmebewilligungen von Vorschriften, die auch ihn schützen, nicht unzumutbar benachteiligt werden; Ausnahmebewilligungen dürfen jedoch nicht von der Zustimmung des Nachbarn abhängig gemacht werden (§ 220 Abs. 3 PBG).

Die Privatschule sowie die Bausektion der Stadt Zürich leiteten die besonderen Verhältnisse unter anderem aus der Standortgebundenheit ab. Eine solche liegt namentlich dann vor, wenn eine Baute oder Anlage auf einen zonenwidrigen Standort angewiesen ist, weil sie sich andernorts nicht erstellen lässt. Ein Schulhaus ist nicht zwingend auf einen Standort in einer Wohnzone mit einem Mindestwohnanteil angewiesen. Auch dann nicht, wenn die Nähe zu einem bereits bestehenden Schulgebäude vorliegt. Diese Überlegung in Erwägung 4.5.4. ist nachvollziehbar.

Kritischer zu beurteilen ist die Erwägung 4.5.2. des Baurekursgerichts, wonach durch die Überlegungen der städtischen Bausektion jeder Privatschule Tür und Tor geöffnet würde, einen Dispens vom Mindestwohnanteil zuzusprechen. Es liege keine Ausnahmesituation vor, weil sich die entsprechenden Überlegungen für eine Vielzahl von Fällen anstellen liessen.

Letzteres ist zwar grundsätzlich zutreffend, allerdings nur dann, wenn die Anzahl der ähnlich gelagerten Fälle so häufig ist, dass die Verhältnisse eben nicht mehr «besonders» sind¹. So hat das Verwaltungsgericht zu Recht besondere Verhältnisse für ein Grundstück an Hanglage in einer Zürcher Seegemeinde verneint², auch wenn die Steilheit des Geländes andernorts durchaus besondere Verhältnisse begründen kann³. Die Möglichkeit, dass die besonderen Verhältnisse im konkreten Fall auch bei einem anderen Projekt vorliegen könnten, ist letztlich aber nicht entscheidend⁴. Dies insbesondere dann nicht, wenn sich diese Möglichkeit noch gar nicht manifestiert hat⁵.

Im vorliegenden Fall kann auf zwei Besonderheiten speziell hingewiesen werden, die vom Gericht auch hätten stärker gewichtet werden können. Gemäss Erwägung 4.3. im kommentierten Entscheid hat die Bewilligungsbehörde vorgängig bereits zweimal einen Vorentscheid getroffen, worin die Befreiung vom Wohnanteil in Aussicht gestellt wurde, wobei sich das Bauprojekt in der Zwischenzeit veränderte. Ebenso ist darauf hinzuweisen, dass der Gemeinderat Zürich an seiner Sitzung vom 29. Juni 2016 beschlossen hatte, den Wohn-

«Standortgebundenheit bedeutet, dass die Baute andernorts nicht erstellt werden kann.»

«Da sich die entsprechenden Überlegungen für eine Vielzahl von Fällen anstellen lassen, liegen laut BRG keine besonderen Verhältnisse vor.»

anteil in der Strasse, in der sich die Baugrundstücke befinden, auf 0 % zu senken (Erwägung 4.5.5.).

B. Ausnahmegewilligungen – für welche Vorschriften?

«Ausnahmegewilligungen gelten nur für Bauvorschriften; ob Mindestwohnanteile Bauvorschriften sind, wird nicht definiert.»

Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung kommt nach dem Wortlaut von § 220 Abs. 1 PGB nur für «Bauvorschriften» in Betracht. Das Baurekursgericht hat allerdings nicht erörtert, ob Mindestwohnanteile Bauvorschriften darstellen.

Was unter «Bauvorschriften» zu verstehen ist, sagt das PBG nicht. Auch die Allgemeine Bauverordnung vom 22. Juni 1977 (ABV; LS 700.2) und die Bauverfahrensverordnung vom 3. Dezember 1997 (BVV; LS 700.6) enthalten keine nähere Umschreibung dieses Begriffs.

Das Bundes- und das Verwaltungsgericht haben in einem ähnlich gelagerten Fall aus der Stadt Zürich, bei dem es um eine Kindertagesstätte ging, einen Dispens von Mindestwohnanteilen geschützt⁶. Auch diese beiden Urteile setzen sich nicht mit der Frage auseinander, weshalb Mindestwohnanteile unter die Bauvorschriften im Sinne von § 220 Abs. 1 PGB fallen sollen.

«Mindestwohnanteile sind als Bauvorschriften zu betrachten.»

Fritzsche/Bösch/Wipf führen diesbezüglich aus, bei den Bauvorschriften handle es sich um die Normen des IV. Titels, 1. Abschnitt des PGB (der da auch lautet: *Die Bauvorschriften*). Weiter seien die entsprechenden Ausführungsvorschriften in den kantonalen Verordnungen und den Bauordnungen der Gemeinden Bauvorschriften, Letztere samt ihren Nutzungsvorschriften. Keine Bauvorschriften seien jedoch die Definitionen und Regelungskompetenzen der Gemeinden gemäss §§ 47 ff. PGB⁷. Eine klärende Erwägung zur Frage, ob Mindestwohnanteile im Sinne von § 49a Abs. 3 PGB unter die Bauvorschriften fallen, wäre somit durchaus wünschenswert gewesen⁸. Unseres Erachtens ist es aber zutreffend, Mindestwohnanteile als Bauvorschriften zu betrachten und gegebenenfalls von deren Einhaltung zu dispensieren.

IV. Fazit und Schlussbetrachtung

Der Entscheid des Baurekursgerichts ist im Ergebnis nachvollziehbar und korrekt begründet. Der Schutz der Ausnahmewilligung, welche die Bausektion der Stadt Zürich für die Mindestwohnanteile noch gewährt hatte, wäre unseres Erachtens aber auch denkbar gewesen.

Die Frage, ob Mindestwohnanteile «Bauvorschriften» im Sinne von § 220 Abs. 1 PBG darstellen, hat das Baurekursgericht nicht thematisiert. Nach der hier vertretenen Auffassung und der im Ergebnis gleichlautenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden Mindestwohnanteile als «Bauvorschriften» im Sinne von § 220 Abs. 1 PBG behandelt, und es kann von deren Einhaltung bei besonderen Verhältnissen dispensiert werden.

Bereits kommunale Baubehörden werden bei der Anwendung von § 220 PBG mit Vorteil jeweils vorab die Frage prüfen, ob überhaupt eine «Bauvorschrift» zur Debatte steht.

BRGE I Nrn. 0170-172/2016 vom 25. November 2016. Dieser Entscheid wurde mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich angefochten und ist damit noch nicht in Rechtskraft erwachsen.

¹ So VB.2011.00531 vom 22. Februar 2012, E. 4.1 mit weiteren Hinweisen.

² Vgl. VB.2008.00553 vom 3. Juni 2009, E. 4.3; zusätzlich gab zur Beschwerdegutheissung auch die Tatsache Anlass, dass die betreffende Gemeinde in ihrer BZO für Hanglagen spezielle Vorschriften geschaffen hatte.

³ VB.2007.00358 vom 19. Dezember 2007, E. 1.2.

⁴ Fritzsche Christoph/Bösch Peter/Wipf Thomas, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 1129 mit dem Hinweis auf RB 1981 Nr. 126; mit gleicher Begründung VB.2011.00531 vom 22. Februar 2012, E. 4.1.

⁵ Es handelt sich dabei letztlich um ein «Dambruchargument».

⁶ Urteil 1C_207/2012 vom 15. März 2013 und VB.2011.00531 vom 22. Februar 2012; die streitbetreffene Kindertagesstätte befindet sich allerdings neben einer öffentlichen Schulanlage.

⁷ Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 1124 f. mit weiteren Hinweisen.

⁸ Vgl. auch BEZ 2004 Nr. 75, E. 2.

**Dr. Xaver
Baumberger,
Rechtsanwalt,
Winterthur**

**Raphael Rigling,
Rechtsanwalt,
Winterthur**