



Achtung bei Abgrabungsvorschriften – strenge Gerichtspraxis

Abgrabungen bei Neu- und Umbauprojekten stehen im Spannungsfeld planerischer Ideen, der Verdichtung und gestalterischen Einordnung. Die Bestimmungen zu den Abgrabungen in den kommunalen Bauordnungen werden selten allen Anwendungsfällen gerecht. Einem überzeugenden Bauprojekt wird deshalb nicht selten durch eine (zu) weite Auslegung der Abgrabungsvorschriften zur Bewilligung verholten. Im Falle eines Rechtsmittelverfahrens können Bauherrschaften wie Baubehörden oft nicht auf Goodwill der Gerichte hoffen. Eine mögliche Lösung sind auf die konkreten Gegebenheiten der Gemeinde zugeschnittene Abgrabungsvorschriften. Den Gemeinden steht bei der Ausgestaltung von Abgrabungsvorschriften ein weiter Spielraum zu. Weshalb die Gemeinden von der ihnen zustehenden Kompetenz Gebrauch machen sollten und was dabei zu beachten ist, wird nachfolgend erläutert.

Grundlage in der kommunalen Bauordnung

§ 293 Abs. 1 PBG bestimmt, dass nicht anrechenbare Untergeschosse höchstens 1,5 m über dem gestalteten Boden in Erscheinung treten dürfen. Die Gemeinden können in ihrer Nutzungsplanung (Bau- und Zonenordnung) die Freilegung von Untergeschossen und Abgrabungen näher regeln (§ 293 Abs. 4 PBG). Sie können dabei gegenüber § 293 Abs. 1 PBG nicht nur strengere, sondern auch weniger weitgehende Bestimmungen vorsehen. Bei Abweichungen hiervon geht die kommunale Regelung der kantonalen vor.

In den kommunalen Bauordnungen im Kanton Zürich finden sich z.B. Bestimmungen, die das zulässige Ausmass von Abgrabungen in Metern und Zentimetern festlegen oder auf den Gebäudeumfang beschränken; es finden sich aber auch nicht numerisch definierte Bestimmungen, wie beispielsweise, dass Abgrabungen zulässig sind, soweit sie «natürlich», «untergeordnet», «geringfügig» oder «unbedeutend» sind. Gerade in Kernzonen finden sich auch Bestimmungen, die Abgrabungen und generell Terrainveränderungen grundsätzlich verbieten.

Zweck

Abgrabungsvorschriften dienen in erster Linie gestalterischen Aspekten. Sie sollen vor allem verhindern, dass Gebäude infolge von Abgrabungen zu hoch in Erscheinung treten. Darüber hinaus sollen gestalterisch unbefriedigende Geländeformen vermieden werden.

Abgrabungsvorschriften können auch eine nutzungsbeschränkende Funktion haben. Beispielsweise indem in einem Untergeschoss mangels Freilegung für Fenster kein zusätzlicher Wohnraum geschaffen werden kann; oder bei Bauordnungen, die das Mass der baulichen Nutzung unter anderem mit Baumassenziffer und ohne Festlegung von Geschosszahlen regeln (auf diesen Fall wird hier nicht näher eingegangen).

Rechtsanwendung durch die Baubehörde

Treten bei der Anwendung der kommunalen Abgrabungsvorschriften Auslegungsfragen auf, so hat die Gemeinde bei der Auslegung ihres eigenen, kommunalen Rechts einen besonderen Spielraum, in den die Rechtsmittelinstanzen nur eingreifen, wenn die Auslegung durch die

Gemeinde nicht vertretbar oder rechtswidrig erscheint (vgl. BGE 145 I 52).

Wesentliches Auslegungselement ist der Wortlaut einer Norm, insbesondere wenn dieser «eindeutig» ist (z.B. Meterzahl). Weitere Auslegungselemente sind der Sinn und Zweck, die Entstehungsgeschichte sowie die Bedeutung der Norm im Verhältnis zu anderen Bestimmungen der Bauordnung.

Gerichtliche Überprüfung

Wenig strittig ist in der Regel die Auslegung und Anwendung von Bestimmungen, die Abgrabungen für Haus- und Kellerzugänge, Gartenausgänge sowie Ein- und Ausfahrten zu Einzel-, Doppel- oder Sammelgaragen für zulässig erklären.

Kritisch hingegen wird von den Rechtsmittelinstanzen geprüft, wenn durch Abgrabungen Untergeschosse freigelegt werden und dadurch das Gebäude höher erscheint, als in der betreffenden Zone aufgrund der Geschosszahl zulässig. Da Abgrabungsvorschriften in aller Regel gestalterisch motiviert sind und überhoch in Erscheinung tretende Fassaden verhindern sollen, sind hier die Sensoren der Rechtsmittelinstanzen in der Regel besonders sensibel. Liegt in einem

solchen Fall eine auslegungsbedürftige Bestimmung vor, die Abgrabungen nur zulässt, sofern sie «untergeordneter Natur», «geringfügig» oder «unwesentlich» sind oder «den Geländeverlauf ausgleichen», besteht ein erhebliches rechtliches Risiko, dass die Rechtsmittelinstanzen einer weiten Auslegung einer Abgrabungsvorschrift eine Absage erteilen. Unerheblich bleibt, ob man als Bauherrschaft von der kommunalen Baubehörde in der Planungsphase oder mit der Baubewilligung grünes Licht bezüglich der Terraingestaltung erhalten hat. Insbesondere das Baurekursgericht fühlt sich des Öfteren berufen, die Gemeinden an die Grenzen der von ihnen selbst erlassenen Abgrabungsvorschriften zu erinnern. Dies wirkt sich faktisch hauptsächlich zu Lasten der Bauherrschaft aus, die sich bis zur gerichtlichen Beurteilung über ein bewilligungsfähiges Projekt gefreut hat.

In einem konkreten Anwendungsfall im Zürcher Weinland war ein Bauprojekt in Hanglage umstritten. In der Umgebung waren in den vergangenen rund 25 Jahren zahlreiche Ein-, Zwei- und Mehrfamilienhäuser mit erheblichen talseitigen Abgrabungen erstellt worden. Das Baurekursgericht wies die Gemeindevertreter anlässlich eines Augenscheins nicht nur darauf hin, dass die angefochtene Baubewilligung Abgrabungen in zu grossem Ausmass ermöglicht hätte. Es wies die Gemeinde auch darauf hin, dass aus dem Umstand, wonach in der Vergangenheit in offensichtlicher Missachtung der Abgrabungsvorschrift Bauvorhaben mit ähnlich umfangreichen Abgrabungen bewilligt worden waren, keine Praxis der Baubehörde entstehen könne, welche klar ersichtlich über den Wortlaut der Abgrabungsvorschrift hinausgehe.

Diese strenge Linie des Baurekursgerichts bestätigte sich in weiteren Fällen. Das Ermessen der Gemeinde bei der Anwendung von Abgrabungsvorschriften bewegt sich nach der Rechtsprechung des Baurekursgerichts offenbar in tendenziell engen Grenzen. Diese strenge Gerichtspraxis könnte eine Folge davon sein, dass – in der Wahrnehmung der Rechtsmittelinstanzen – die Gemeinden in den

letzten Jahrzehnten bezüglich Abgrabungen eine zu bauherrenfreundliche Bewilligungspraxis gelebt haben. Ob diese Wahrnehmung begründet ist, kann an dieser Stelle offen bleiben.

Heilung durch Nebenbestimmung

Können Mängel eines Bauvorhabens ohne besondere Schwierigkeiten behoben werden, so kann eine Baubewilligung mit den erforderlichen Nebenbestimmungen versehen werden (§ 321 Abs. 1 PBG). Dieses Vorgehen ist zulässig bei Mängeln des Bauvorhabens, die «untergeordneter Natur» sind. Sind hingegen wesentliche Projektänderungen oder ein grösserer Planungsaufwand erforderlich, ist die Statuierung von Auflagen – und damit die «Rettung» eines Bauvorhabens – rechtlich nicht zulässig (Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Entscheid VB.2023.00012 vom 16. November 2023 E. 4.2).

Es stellt sich für eine Bauherrschaft, deren Bauprojekt sich bezüglich Abgrabungen an der Grenze des Zulässigen bewegt, die folgende, entscheidende Frage: Könnte ohne grosse Anpassungen eine klar bewilligungsfähige Terraingestaltung vorgelegt werden? Ist dies der Fall, riskiert die Bauherrschaft «nur» eine Auflage nach § 321 Abs. 1 PBG, ihre Terraingestaltung zu überarbeiten. Steht und fällt hingegen ein Bauprojekt mit gewissen projektbedingt notwendigen Abgrabungen, die sich nicht auf ein klar zulässiges Mass reduzieren lassen, ohne das Projekt umfangreich anzupassen, riskiert die Bauherrschaft die Verweigerung der Baubewilligung – durch die Baubehörde oder die Rechtsmittelinstanz.

Ausnahmebewilligung

Auch die Ausnahmebewilligung nach § 220 PBG verhilft in den allermeisten Fällen einer über das zulässige Mass hinausgehenden Abgrabung nicht zum Durchbruch. Die Rechtsmittelinstanzen spüren relativ zielsicher auf, wenn eine Baubehörde einem Bauprojekt mithilfe von § 220 PBG, also der (teilweisen) Befreiung von einer Abgrabungsvorschrift, zum Durchbruch verhelfen will. Wenn

grundsätzlich auf einer Parzelle eine Bebauung auch ohne Dispens von der Abgrabungsvorschrift möglich wäre, ist der Anwendung einer Ausnahmebewilligung praktisch der Boden entzogen. Die Gerichte argumentieren, dass die Erteilung einer Ausnahmebewilligung in Fällen, wo eine reguläre Bebauung möglich wäre, dem Wesen einer Ausnahme widerspreche, da dies zu einer Vielzahl ähnlich gelagerter (Ausnahme-)Fälle führen würde (BRGE I Nrn. 0060 und 0061/2012 vom 25. April 2012 in BEZ 2012 Nr. 40). Ausnahmegründe müssen in der besonderen Situation auf der Parzelle selbst begründet sein (BRGE II Nr. 0101/2016 vom 5. Juli 2016 E. 5.4).

Anpassung der Bauordnung

Eine Niederlage vor den Rechtsmittelinstanzen hat ihren Grund oft darin, dass ein Bauprojekt von der Baubehörde als «gut» befunden wird und, um diesem Projekt zum Durchbruch zu verhelfen, eine für den konkreten Fall als unpassend beurteilte Abgrabungsvorschrift nicht oder nicht ganz dem Wortlaut entsprechend angewendet wird.

Für Baubehörden, die eine Praxis entwickelt haben, die sich an oder über der Grenze der geltenden Abgrabungsvorschriften bewegt, bietet eine Revision der entsprechenden Vorschrift ein einfaches Mittel, um ihre Bauentscheide bezüglich Abgrabungen (wieder) auf ein rechtlich stabiles Fundament zu stellen. Gemäss § 293 Abs. 4 PBG ist die Gemeinde, wie eingangs erwähnt, zur Regelung von Abgrabungen kompetent und kann dementsprechend ihre eigenen Bestimmungen auch aufgrund von Erfahrungen in der Praxis jederzeit anpassen. Dabei kann sich die Gemeinde zunutze machen, dass bei auslegungsbedürftigen Begriffen das Ermessen der kommunalen Baubehörde Vorrang vor einer ebenso vertretbaren Auffassung der Gerichte hat (Gemeindeautonomie).

Gemeinden mit Bauzonen in der Ebene haben sich bezüglich ihrer Bauordnung andere Überlegungen zu machen als Gemeinden mit ausgeprägten Hanglagen. Es bietet sich für

Letztere beispielsweise an, den Begriff der Hanglage zu definieren und für Abgrabungen an den so definierten Hanglagen (natürlich hauptsächlich der talseitigen Abgrabungen) gesonderte, passende Bestimmungen aufzustellen. Für unterschiedliche Zonen können auch unterschiedliche

Regelungen aufgestellt werden, was eine grössere Flexibilität ermöglichen kann, ohne dass es flächendeckend zu «übergeschossig» erscheinenden Gebäuden kommt.

Im Streitfall entscheiden Rechtsmittelbehörden über die konkrete

Anwendung einer Abgrabungsvorschrift. Es empfiehlt sich deshalb, bei der Revision einer solchen Vorschrift einen beratenden Baujuristen beizuziehen.

UPDATE NR. 12

BAUMBERGER RECHTSANWÄLTE AG
Spezialisiert auf Bau-, Planungs- und Umweltrecht



Dr. iur. Xavier Baumberger
Rechtsanwalt und Partner bei
BAUMBERGER RECHTSANWÄLTE
Telefon +41 52 245 01 45
baumberger@baumberger-rechtsanwaelte.ch



lic. iur. Raphael Rigling
Rechtsanwalt und Partner bei
BAUMBERGER RECHTSANWÄLTE
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
Telefon +41 52 245 01 45
rigling@baumberger-rechtsanwaelte.ch



MLaw Stephanie Lenz
Rechtsanwältin bei
BAUMBERGER RECHTSANWÄLTE
Telefon +41 52 245 01 45
lenz@baumberger-rechtsanwaelte.ch



lic. iur. Patrick Schütz
Rechtsanwalt bei
BAUMBERGER RECHTSANWÄLTE
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
Telefon +41 52 245 01 45
schuetz@baumberger-rechtsanwaelte.ch



Dr. iur. Daniele Alderisio
Rechtsanwalt bei
BAUMBERGER RECHTSANWÄLTE
Telefon +41 52 245 01 45
alderisio@baumberger-rechtsanwaelte.ch