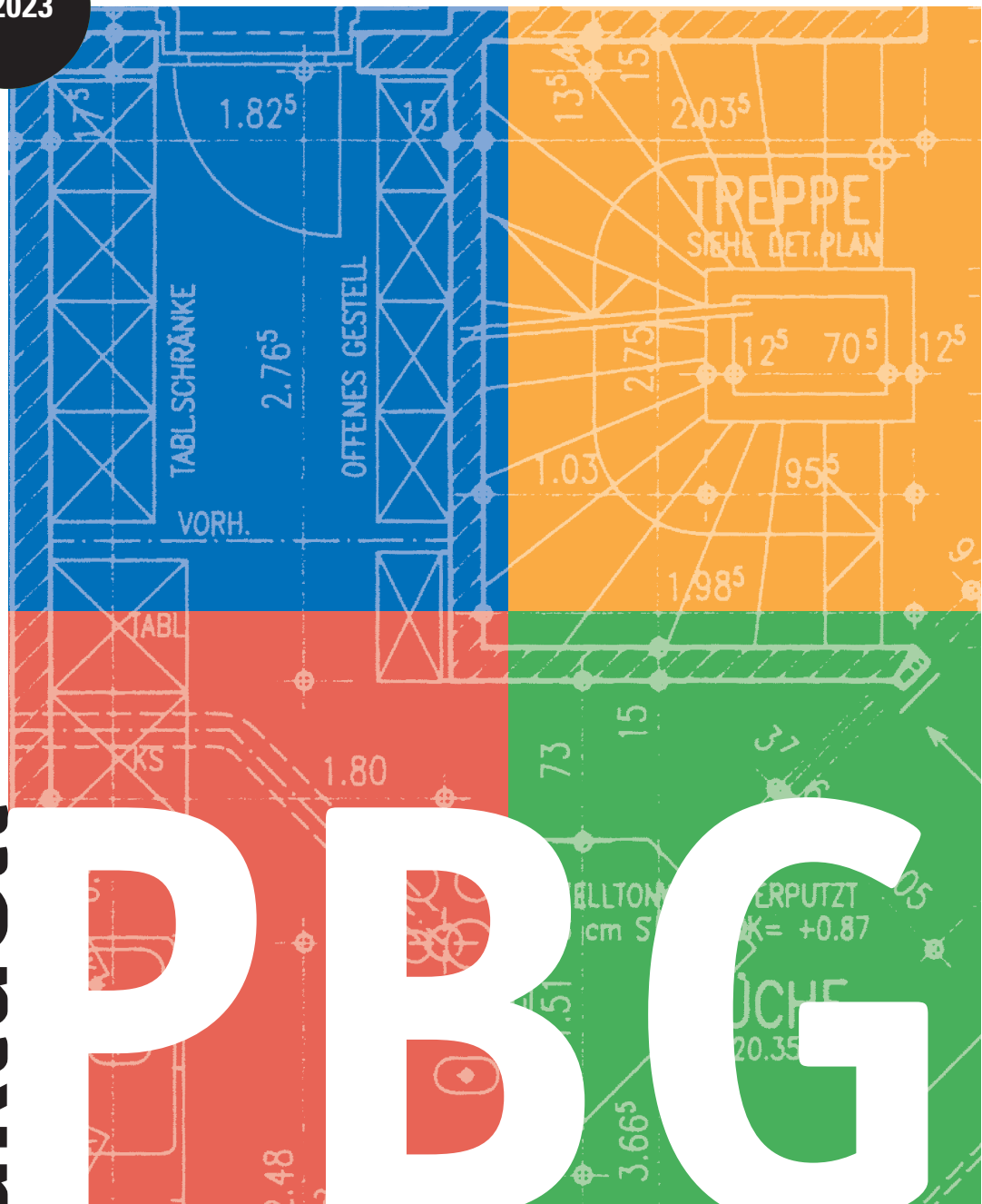


4/2023

Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht



Architectural drawing background with technical details and dimensions. Visible text includes: TABLSCHRÄNKE, OFFENES GESTELL, VORH., TREPPE SIEHE DET. PLAN, TABL, KS, BELTOM cm S, ERPUTZT K = +0.87, ÜCHE 20.35, and various numerical dimensions such as 1.82⁵, 2.76⁵, 1.80, 1.03, 1.98⁵, 1.51, 3.66⁵, 13⁵, 15, 2.03⁵, 275, 12⁵, 70⁵, 12⁵, 95⁵, 73, 15, 37, 19, 2.48, 3.66⁵, 20.35, and 05.

aktuell PBG

Jubiläumsausgabe

30 Jahre PBG aktuell



Liebe Leserinnen und Leser

Vor 30 Jahren, also im Dezember 1993, ist die erste Ausgabe der Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht PBG aktuell erschienen. Am 1. Februar 1992 war das revidierte Planungs- und Baugesetzes PBG in Kraft getreten, und Mitte 1992 erschien die erste Auflage des Werkes Zürcher Planungs- und Baurecht, welches heute in der sechsten Auflage mit über 1500 Seiten ein umfassendes Werk ist. Der Bedarf an Lite-

ratur und Informationen über die Anwendung der Baugesetze war damals gross, und die Lancierung der Zeitschrift PBG aktuell deshalb äusserst gelungen. Die Qualität der Zeitschrift und die Breite an Informationen haben wir Carmen Walker Späh, heutige Regierungsrätin des Kantons Zürich, zu verdanken. Sie gründete mit Hilfe von Dr. Fridolin Störi das PBG aktuell!

Auch wenn wir heute über das Internet verfügen und damit über Hilfsmittel, welche damals undenkbar waren, so bleibt das PBG aktuell eine gute Informationsquelle für juristische Kommentare und Einschätzungen von aktuellen Gerichtsentscheiden und Gesetzesanwendungen sowie über künftige Gesetzesänderungen. Die Anwendung des öffentlichen Baurechts im engeren und weiteren Sinne ist sehr anspruchsvoll, und immer wieder tauchen neue Fragen auf. Hier eine Hilfeleistung zu bieten für Baubehörden, Planer und Architekten, Bauanwälte und Gerichte war seit jeher das Ziel dieser Zeitschrift, und ich glaube, es ist Carmen Walker Späh gelungen, das PBG aktuell in den 22 Jahren von 1993 bis 2015, in welchen sie für die Redaktion zuständig war, unentbehrlich zu machen für alle, welche das Baurecht anwenden. Ich möchte ihr an dieser Stelle ganz herzlich danken!

In der ersten Ausgabe des PBG aktuell 1/1993 hat sich Dr. Fridolin Störi mit dem Thema Deregulierung befasst. Gerade in dieser Zeit hat die Regulierungsdichte stark zugenommen, was sicher nicht nur schlecht war. 30 Jahre später hat dieses Thema keineswegs an Aktualität verloren, im Gegenteil, die Regulierungsdichte hat weiter zugenommen. Das Bauen ist eine zunehmend komplexe Angelegenheit, insbesondere auch im Zusammenhang mit der Verdichtung und der Nachhaltigkeit. Dr. Fridolin Störi nimmt sich 30 Jahre später wieder diesem Thema an und stellt insbesondere fest, dass die Effizienz in den Bewilligungs- und Gerichtsverfahren vor allem leidet. Im Resultat wählt er einen interessanten Lösungsansatz, nämlich den Bausachverständigen, welcher Abhilfe schaffen könnte.

In dieser Ausgabe erscheint ein Widerspruch von etlichen Zürcher Baurechtsvertretern zum Entscheid des Bundesgerichts BGE 149 II 170, welcher in der letzten Ausgabe des PBG aktuell publiziert worden ist. Letztlich geht es auch in diesem Entscheid um die Effizienz im Gerichtsverfahren, und es wird aufgezeigt, welche Konsequenzen der Bundesgerichtsentscheid haben könnte. Auch in dieser Ausgabe wird aus dem Bundesgericht und aus der kantonalen Baudirektion berichtet und die Praxis gibt einen Hinweis auf die Verordnungsänderung bezüglich Lärm von Wärmepumpen.

Wir von der Redaktion des PBG aktuell bedanken uns bei allen Mitwirkenden, dem VZGV für das langjährige Vertrauen und Stutz Medien AG für die Umsetzung.

Wir wünschen Ihnen allen frohe und erholsame Festtage und für das neue Jahr einen guten Start und viel Erfolg!

Wir freuen uns auf die kommende Zeit.

Herzliche Grüsse

A handwritten signature in black ink that reads "M. Saputelli". The signature is written in a cursive, slightly slanted style.

Maja Saputelli

Zürcher Baurechtsvertreter

Zürcher Widerspruch zu BGE 149 II 170



In PBG aktuell 3/2023, S. 26 ff. wurde der mittlerweile amtlich publizierte BGE 149 II 170 referiert. Darin hat das Bundesgericht erkannt, bei baurechtlichen Entscheiden liege ein Zwischenentscheid vor, welcher bloss unter den Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) bundesgerichtlich angefochten werden könne, wenn bei der Umsetzung von Nebenbestimmungen ein Spielraum bestehe und – trotz nominaler Erteilung einer vermeintlichen Baubewilligung – noch gar nicht gebaut werden dürfe. Dieses Urteil hat zur Folge, dass solche Nebenbestimmungen zunächst allesamt «abgearbeitet» werden müssen, bevor eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht überhaupt möglich ist. Das Bundesgericht stellt damit die Baubehördenpraxis namentlich im Kanton Zürich in Frage, was nicht nur die Zürcher Baubehörden, sondern auch die Bauherrschaften und weitere Verfahrensbeteiligte vor ganz erhebliche Probleme stellt, dies insbesondere unter den Gesichtspunkten der Bauprojektierung, Verwaltungsökonomie und Rechtssicherheit. Daher soll die präzisierte bundesgerichtliche Rechtsprechung, die bereits in BR/DC 1/2023, S. 5 ff., kritisiert worden ist, nachfolgend aus «Zürcher Optik» beleuchtet werden.

«Mit dem Urteil stellt das Bundesgericht die Baubehördenpraxis namentlich im Kanton Zürich in Frage.»

Im zitierten Urteil gelangt das Bundesgericht ohne nähere Begründung zum Schluss, bei Nebenbestimmungen, bei deren «Umsetzung ein Spielraum besteht und trotz nominaler Erteilung einer <Baubewilligung> gar noch nicht gebaut werden darf» (E. 1.8), handle es sich um aufschiebende Bedingungen. Dementsprechend lägen bei solchen Baubewilligungen Zwischenentscheide vor, weshalb das Bundesgericht auf Beschwerden gegen letztinstanzliche Urteile nicht bzw. nur unter den restriktiven Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG eintrete.

«Bei Nebenbestimmungen, bei deren Umsetzung ein Spielraum besteht und trotz nominaler Erteilung einer Baubewilligung gar noch nicht gebaut werden darf, handle es sich um aufschiebende Bedingungen.»

Damit übergeht das höchste Schweizer Gericht die ständige Lehre und Praxis zu den Nebenbestimmungen.¹ Danach liegt eine Bedingung vor, wenn die Rechtswirksamkeit der Verfügung von einem künftigen, ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird. Bei einer Auflage wird die Bewilligung hingegen mit der zuzusätzlichen Verpflichtung zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen verbunden.

Sie unterscheidet sich von der Bedingung dadurch, dass die Rechtswirksamkeit der Baubewilligung nicht davon abhängt, ob die Auflage erfüllt wird oder nicht.

Es ist aus sachlichen Gründen nicht geboten, die Gegenstand von BGE 149 II 170 bildenden Nebenbestimmungen (zum Beispiel Nachweis Abstellplatz und

«Wer die Auflagen nicht erfüllt, kann nicht bauen; die bisherige Praxis gewährleistet eine phasen- und teilphasengerechte Projektierung.»

Mietvertrag, Nachweis Veloabstellplätze und Einreichung eines ergänzten respektive präzisierten Umgebungsplans) partout als Bedingungen zu qualifizieren. Das Instrument der Baufreigabe gemäss § 326 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG; LS 700.1) sorgt nämlich zuverlässig dafür,

dass von rechtskräftigen Baubewilligungen nur Gebrauch gemacht werden kann, wenn alle auf den Baubeginn hin gestellten Auflagen erfüllt sind. Wer die Auflagen nicht erfüllt, kann nicht bauen. Die bisherige Praxis gewährleistet eine phasen- und teilphasengerechte Projektierung seitens der privaten Bauherrschaften sowie eine verwaltungsökonomisch sinnvolle Abwicklung seitens der zuständigen Baubehörden. Die Bauherrschaft soll sich beispielsweise zur Materialisierung und Farbgebung, zur Umgebungsgestaltung oder zur Kanalisationsanlage erst Gedanken machen müssen, wenn sie Gewissheit hat, dass das Bauvorhaben den öffentlich-rechtlichen Vorschriften grundsätzlich genügt. Solche Nebenbestimmungen als Bedingungen der Rechtswirksamkeit der Baubewilligung zu definieren, verkennt die Bedürfnisse der Baupraxis.

Mit seiner präzisierten Rechtsprechung stellt das Bundesgericht die beschriebene Praxis grundsätzlich in Frage, indem es Nebenbestimmungen, wie diese praktisch jeder Baubewilligung immanent sind und regelmässig mit der Nachreichung von angepassten bzw. häufig auch nur präzisierenden Detailplänen einhergehen, als Bedingungen qualifiziert. Freilich sind die im Kanton Zürich

«Mit seiner präzisierten Rechtsprechung stellt das Bundesgericht die beschriebene Praxis grundsätzlich in Frage.»

in der Bestimmung von § 321 Abs. 1 PBG positivrechtlich stipulierten Nebenbestimmungen üblicherweise Auflagen, welche die Rechtswirksamkeit der Stammbaubewilligung nicht beschla-

gen. Dergestalt können in der Folge – vor allem zwecks Gewährleistung einer stufengerechten Projektierung seitens der privaten Bauherrschaften (nach Massgabe der Leistungsphasen gemäss SIA) sowie einer verwaltungsökonomisch sinnvollen Abwicklung seitens der zuständigen Baubehörden – untergeordnete Projektanpassungen respektive Nebenbestimmungsvereinbarungen nach Rechtskraft der Stammbaubewilligung angegangen werden, ohne dass

dadurch die Parteirechte von Drittpersonen ausgehebelt werden (§ 316 Abs. 2 PBG).

Immerhin ist einzuräumen, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung den Finger auf einen «wunden Punkt» legt. In der jüngeren Zürcher Baubehördenpraxis wurden Mängel von Bauprojekten zuweilen (zu) grosszügig mit Auflagen behoben und damit Baubewilligungen erteilt, obwohl im Zeitpunkt des baurechtlichen Entscheids noch nicht eindeutig geklärt worden war bzw. aufgrund von fehlenden oder fehlerhaften Unterlagen nicht geklärt werden konnte,

«Das Baurekursgericht und das Verwaltungsgericht behandeln Stammbaubewilligungen als anfechtbare Anordnungen, welche das Verfahren abschliessen.»

dass dem Bauvorhaben keine klaren Hindernisse aus dem öffentlichen Recht entgegenstehen. Solche Stammbaubewilligungen, welche über den Anwendungsbereich von § 321 Abs. 1 PBG hinausgehen, sind indes unzulässig bzw. nicht rechtsbeständig, auch in Anbetracht des Verbots der «Baubewilligung auf Vorrat».² Dieses Problem ist mittlerweile erkannt, was denn auch schon zu einer spürbaren Verschärfung der kantonalen Gerichtspraxis geführt hat.³

Das Baurekursgericht und das Verwaltungsgericht behandeln Stammbaubewilligungen – jedenfalls bislang – als anfechtbare Anordnungen, welche das Verfahren abschliessen (§ 19a Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959, VRG; LS 175.2). Eine erteilte Stammbaubewilligung ist deshalb vor dem Zürcher Baurekursgericht und dem Zürcher Verwaltungsgericht anzufechten, während ein höchstrichterlicher Entscheid über das zugrunde liegende Bauprojekt erst nach der Bewilligung sämtlicher bereinigter Detailpläne etc. überhaupt möglich sein soll. Eine nachvollziehbare Begründung für die abweichende verfahrensrechtliche Behandlung ist nicht ersichtlich und macht

«Das Interesse des Bundesgerichts, das hinter der Qualifikation als Zwischenentscheid steht, nämlich sich nur einmal mit einem Bauvorhaben befassen zu müssen, dürfte damit also nicht erreicht werden.»

die Prozessführung zu einer «Fahrt ins Ungewisse», was eine sorgfältige Rechtsvertretung stark erschwert. Da die Qualifikation als Zwischenentscheid gemäss Art. 93 Abs. 1 BGG durchaus Graubereiche aufweist, wird sich eine sorgfältige Rechtsvertretung wohl regelmässig ge-

zwungen sehen, gegen eine Stammbaubewilligung gleichwohl Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht zu erheben. Das Interesse des Bundesgerichts, das hinter der Qualifikation als Zwischenentscheid steht, nämlich sich nur einmal mit einem Bauvorhaben befassen zu müssen, dürfte damit also nicht erreicht werden. Erfahrungsgemäss kommt es ohnehin selten vor, dass ein Rechtsmittelverfahren sowohl gegen die Stamm-

baubewilligung als auch gegen einen baubehördlichen Folgeentscheid im Zusammenhang mit der Nebenbestimmungsvereinbarung bis vor Bundesgericht angestrengt wird.

Das bundesgerichtliche Präjudiz vermag demnach nicht zu überzeugen, zumal die Bestimmung von § 321 Abs. 1 PBG weitgehend ausgehebelt, die verfassungsmässige Kompetenzausscheidung missachtet⁴ und dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit widersprochen wird. Kommt hinzu, dass im Lichte der aufgeworfenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung solche Nebenbestimmungen zunächst allesamt «abgearbeitet» werden müssen, um überhaupt eine

Behandlung durch das Bundesgericht zu ermöglichen. Dadurch wird unter Umständen nicht nur unnötiger Aufwand seitens der privaten Bauherrschaften und der Baubehörden betrieben, sondern überdies die Rechtssicherheit arg strapaziert, ist doch im Zuge der Berei-

«Im Übrigen wird mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch die positivrechtliche Bestimmung von § 322 PBG zur dreijährigen Verwirklichungsfrist von Baubewilligungen in Frage gestellt.»

nigung von Nebenbestimmungen sowie von Projektanpassungen häufig nicht bloss eine Plangrundlage anzupassen, sondern eben gleich mehrere, zuweilen auch zu verschiedenen Zeitpunkten. Welches ist nun der richtige Moment, um das Bundesgericht anzurufen? Im Übrigen wird mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch die positivrechtliche Bestimmung von § 322 PBG zur dreijährigen Verwirklichungsfrist von Baubewilligungen in Frage gestellt, ergibt sich aus dessen Abs. 4 doch ausdrücklich, dass Nebenbestimmungen zur Baubewilligung den Fristenlauf nicht beeinflussen.⁵

In Anbetracht dessen erweist sich die präzisierte Rechtsprechung des Bundesgerichts in der Baupraxis als überaus problematisch und sollte überdacht werden. Nach hier vertretener Ansicht ist die Bestimmung von § 321 Abs. 1 PBG von den erstinstanzlichen Baubehörden und den zuständigen Gerichten im Kanton Zürich restriktiver anzuwenden, nicht jedoch die bundesrechtliche Verfahrensvorschrift von Art. 93 Abs. 1 BGG zu überdehnen, indem baubehördlich erteilten Stammbaubewilligungen ein anderer Sinn beigemessen wird, als sie nach Massgabe der gesetzlichen Ordnung und geübten Praxis effektiv erfüllen. Dementsprechend wäre es angezeigt, Stammbaubewilligungen entweder als Endentscheide im Sinne von Art. 90 BGG zu qualifizieren oder aber bei deren Anfechtung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG zu bejahen, wenn dadurch die Verfahrensparteien – namentlich die Bauherrschaften, aber auch die opponierenden Nachbarn, welchen es in aller Regel um nebensächliche Fragen gar nicht geht – von

verschiedenen Rechtsgängen verschont blieben. Dadurch würde letztlich auch das Bundesgericht entlastet.

Dominik Bachmann, Xaver Baumberger, Christian Berz, Peter Bösch, Michael Budliger, Antonio Frigerio, Christoph Fritzsche, Boris Grell, Nadja Herz, Felix Huber, Rolf Huber, Christin Hochheuser, Felix Jost, Fabian Klaber, Alois Keel, Marco Koletsis, Daniel Kunz, Markus Lanter, Alessandro Luginbühl, Monika Mörikofer Fässler, Bernhard Müller, Regula Roesle-Schraner, Peter Rütimann, Maja Saputelli, Stefan Scherler, Gaudenz Schwitter, Niklaus Schwendener, Claudia Steiger, Thomas Spoerri, Michael Steiner, Thomas Stössel, Michael P. Sutter, Daniel Thaler, Christopher Tillmann, Rolf Weber, Thomas Wipf.

¹ Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 906–925; Fritzsche Christoph/Bösch Peter/Wipf Thomas/Kunz Daniel, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Aufl., Wädenswil 2019, S. 436–443; Griffel Alain/Liniger Hans Ulrich/Rausch Heribert/Turnherr Daniela, Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Zürich 2016, S. 58–66; Griffel Alain, Raumplanungs- und Baurecht in a nutshell, 4. Auflage, Zürich/St. Gallen 2021, S. 243–249.

² Vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz (EN 1), S. 393 f. und S. 436.

³ Vgl. etwa VB.2021.00432 vom 5. Mai 2022.

⁴ Art. 42 und Art. 75 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) und Art. 25 Abs. 1 des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979 (RPG; SR 700).

⁵ Vgl. dazu auch VB.2022.00477 vom 13. Juli 2023, E. 4 und 5.