

**Planungs- und Baurecht.** Art. 96 PBG. Ausnahmebewilligung innerhalb der Bauzone. Die Ausnahmebewilligung bezweckt, im Einzelfall Härten und offensichtliche Unzweckmässigkeiten zu beseitigen, die mit dem Erlass der Regel nicht beabsichtigt waren. Die Bewilligungspraxis muss zurückhaltend sein. Ein Härtefall kann vorliegen, wenn eine sinnvolle zonenkonforme Überbauung eines Grundstücks ohne Ausnahmebewilligung nicht mehr möglich ist. Als besondere Verhältnisse, die ein Abweichen von den gesetzlichen Vorschriften zulassen, können auch solche des Ortsbilds gelten. Das Ausmass der Abweichung muss sich auf sachliche Gründe stützen und darf nicht weitergehen, als es die Besonderheiten des Falls verlangen. Wenn zumutbare Alternativen bestehen, rechtfertigt sich eine Ausnahmebewilligung nicht. Erforderlich ist eine Variantenprüfung, wobei es grundsätzlich an der Bauherrschaft ist, verschiedene Varianten aufzuzeigen. Im konkreten Fall war ein Ausnahmegrund gegeben. Das Baugrundstück hätte unter Berücksichtigung der gesetzlichen Grenzabstände nicht mehr sinnvoll überbaut werden können. Allerdings wurde nicht anhand einer Variantenprüfung ausreichend geprüft, ob das bewilligte Projekt die verschiedenen Interessen tatsächlich bestmöglich wahrt oder ob es nicht auch zumutbare Alternativen gäbe. Teilweise Gutheissung der Beschwerde und Rückweisung der Sache zur Neu beurteilung an die Baubewilligungsbehörde.

Obergericht, 30. April 2021, OG V 20 17

#### **Aus den Erwägungen:**

### **3.**

**3.1** Gemäss Art. 95 PBG haben Bauten und Anlagen gegenüber den Liegenschaftsgrenzen einen bestimmten Abstand einzuhalten. Nach Art. 6 Abs. 1 Reglement zum Planungs- und Baugesetz (RPBG, RB 40.1115) ist der Grundabstand der Grenzabstand, der mindestens einzuhalten ist. Er beträgt in der Kernzone 4 Meter, soweit die Bauordnung der Gemeinde nichts anderes bestimmt (Art. 6 Abs. 2 lit. a RPBG). Die Bau- und Zonenordnung (BZO) Andermatt legt den Grenzabstand für die Kernzone in Art. 56 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 fest. Für die Kernzone 2 gilt ein grosser Grenzabstand von 6,5 Meter und ein kleiner Grenzabstand von 4,5 Meter. Der grosse Grenzabstand wird auf der längeren, am stärksten gegen Süden bis Westen orientierten Gebäudeseite und der kleine Abstand auf den übrigen Gebäudeseiten gemessen (Art. 56 Abs. 2 BZO). Anbauten haben einen Grenzabstand von 2,5 Metern einzuhalten (BZO Anhang 2). Der Abstand gegenüber öffentlichen Verkehrsflächen beträgt 4 Meter (Art. 92 Abs. 1 PBG).

**3.2** Nebst dem Grenzabstand ist der Gebäudeabstand zu beachten. Der Gebäudeabstand entspricht der Summe der beiden Grenzabstände (Art. 95 Abs. 2 PBG). Gegenüber rechtmässig erstellten Bauten, die den Gebäudeabstand nach dem RPBG nicht einhalten, ist ein Gebäudeabstand einzuhalten, der der Summe aus dem tatsächlichen Grenzabstand und jenem nach dem RPBG entspricht (Art. 15 Abs. 1 RPBG).

**3.3** Gemäss Art. 96 PBG können Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften und Plänen des Kantons oder der Gemeinden bewilligt werden, wenn wichtige Gründe das rechtfertigen (lit. a); und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (lit. b).

**3.3.1** Eine Ausnahmebewilligung bezweckt, im Einzelfall Härten und offensichtliche Unzweckmässigkeiten, das heisst offensichtlich ungewollte Wirkungen zu beseitigen, die mit dem Erlass der Regel nicht beabsichtigt waren. Sie darf dagegen nicht eingesetzt werden, um generelle Gründe zu berücksichtigen, die sich praktisch immer anführen liessen, weil auf diesem Wege das Gesetz selber abgeändert würde (BGE 117 Ia 146 E. 4; vergleiche auch

BGE 1C\_396/2018 vom 12.04.2019 E. 5.1, 1C\_425/2016 vom 09.05.2017 E. 3.5). Die Durchbrechung der bau- und planungsrechtlichen Ordnung darf daher mit Rücksicht auf deren Wirksamkeit und Rechtssicherheit nur in besonders begründeten Einzelfällen zugelassen werden. Die Bewilligungspraxis muss zurückhaltend sein, damit die Ausnahme Ausnahme bleibt und nicht zur Regel wird. Nicht Gegenstand der Ausnahmegewilligung kann daher die systematische Korrektur einer allgemein unbefriedigenden Vorschrift sein; eine solche muss im ordentlichen Gesetzgebungs- beziehungsweise Nutzungsplanverfahren geändert werden (Ludwig/Stalder, Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Bern 2013, S. 501 Rz. 89).

**3.3.2** Als Ausnahmegrund kommen Verhältnisse in Betracht, die sich auf Zweck, Umfang oder Gestaltung des konkreten Bauvorhabens beziehen und in den geltenden Vorschriften keine genügende Berücksichtigung finden. Die Gewährung einer Ausnahme ist beim Vorliegen objektiver Besonderheiten erlaubt (zum Beispiel Lage und Form der Parzelle, Beschaffenheit des Baugrundes, Art des Bauvorhabens, technische Besonderheiten der Nutzung etc.) (Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Bern 2020. N. 4b und 5 zu Art. 26-27). Ein eine Ausnahmegewilligung rechtfertigender Härtefall kann etwa vorliegen, wenn eine sinnvolle zonenkonforme Überbauung eines Grundstückes ohne Ausnahmegewilligung nicht mehr möglich ist (vergleiche BGE 1C\_396/2018 a.a.O. E. 5.2; vergleiche auch BVR 1999 S. 211 E. 4b). In jedem Fall müssen aber spezielle, vom Normalfall abweichende Umstände vorliegen. Der blosse Wunsch nach optimaler, gewinnbringender Nutzung eines Grundstückes oder einfach besserer Lösung stellt keinen Ausnahmegrund dar (Zaugg/Ludwig, a.a.O., N. 5 zu Art. 26-27).

#### **4.**

**4.1** Es ist vor Gericht nicht mehr umstritten, dass das Bauvorhaben entlang der Südgrenze ohne Erteilung einer Ausnahmegewilligung den gesetzlichen grossen Grenzabstand von 6,5 Metern und entlang der Nordgrenze den gesetzlichen kleinen Grenzabstand von 4,5 Metern einhalten müsste. Das 240 m<sup>2</sup> grosse Baugrundstück der Beschwerdegegner weist entlang der Westgrenze eine Länge von rund 12 Metern auf; ist also zwischen Nord- und Südgrenze rund 12 Meter breit. Würde der gesetzliche Grenzabstand von 4,5 Metern gegen Norden und 6,5 Meter gegen Süden vollständig eingehalten, ergäbe sich eine maximale Gebäudebreite von gerade einmal einem Meter. Es ist offensichtlich, dass eine vernünftige Baute so nicht möglich ist. Unter Berücksichtigung der vollen gesetzlichen Grenzabstände ist somit ein für eine Ausnahmegewilligung qualifizierender Härtefall zu bejahen.

**4.2** Die Vorinstanz erwägt weiter, dass selbst wenn – wie vorliegend aufgrund privater Vereinbarung – gegen Norden eine Reduktion des Grenzabstandes auf bis zu 0,5 Metern bewilligt werden könne, eine maximale Gebäudebreite von bloss rund 5 Metern möglich sei. Damit liesse sich – so die Vorinstanz weiter – ein Gebäude mit einem im Hinblick auf die erwünschte Markierung des Dorfeingangs angemessenen Volumen nicht verwirklichen, ohne in ungewöhnliche und ortsbildfremde Proportionen hinsichtlich Gebäudehöhe und -länge zu verfallen, was aufgrund der für die Kernzone von Andermatt geltenden strengen Gestaltungsvorschriften kaum zulässig sein könne.

**4.2.1** In der Kernzone 2 sind Bauten für gewerbliche und touristische Zwecke zulässig. Die bauliche Gestaltung darf den Charakter des Quartiers nicht beeinträchtigen (Art. 22 Abs. 1 BZO; vergleiche auch Art. 22 PBG). Entlang der Gotthardstrasse sind die Erdgeschosse gewerblicher, vorab publikumsintensiver Nutzung vorbehalten. Auf die Gotthardstrasse orientierte Wohnungen und Garagen im Erdgeschoss sind nicht zulässig (Art. 22 Abs. 2 BZO).

**4.2.2** Aus der Zonenordnung geht hervor, dass in der Kernzone 2 vergleichsweise strenge Gestaltungsvorschriften gelten und hinsichtlich der Nutzung ebenfalls relativ strikte Vorgaben bestehen. So muss im Erdgeschoss entlang der Gotthardstrasse (wie auf dem vorliegenden Baugrundstück) eine gewerbliche Nutzung (zum Beispiel Ladenlokal) vorgesehen sein. Die

Frage der sinnvollen zonenkonformen Nutzung (siehe oben E. 3.3.2) ist an diesen Vorgaben zu messen. Eine sinnvolle zonenkonforme Nutzung kann dementsprechend vorliegend beispielsweise dann zu verneinen sein, wenn die Errichtung einer publikumsintensiven Gewerbenutzung im Erdgeschoss unter Berücksichtigung der ordentlichen Grenzabstände nicht sinnvoll möglich ist. Bei dieser Beurteilung sind auch die aktuellen Verhältnisse einzubeziehen. Die heute bestehende Baute auf dem Grundstück der Beschwerdegegner ist eine eingeschossige Holzbaute, in welcher sich ein Ladenlokal befindet. Bereits die bestehende Baute weist eine Breite von circa 7 Metern auf. Dies kann als Indiz dafür gewertet werden, dass eine sinnvolle Ladennutzung eine Breite von ungefähr 7 Metern erfordert, zumal eine „publikumsintensive“ Nutzung erwünscht ist, was die Erforderlichkeit einer gewissen Grösse des Gewerbeobjekts impliziert. Dass theoretisch auf einer Breite von 5 Metern allenfalls auch ein kleines Gewerbeobjekt (zum Beispiel ein kleiner Kiosk) realisiert werden könnte, schadet insofern nicht. Unter Zugrundelegung einer maximalen Gebäudebreite von 5 Metern erscheint eine sinnvolle zonenkonforme Überbauung deshalb tatsächlich nicht als möglich.

**4.2.3** Hinzu kommt, dass die Überlegungen der Vorinstanz und der BK Andermatt zum Ortsbild nachvollziehbar erscheinen. Die betreffende Bauparzelle ist von Norden herkommend das erste Grundstück der Kernzone von Andermatt und markiert den nordseitigen Dorfeingang. Es erscheint legitim, dass die Gemeinde eine repräsentativere Markierung des Dorfeingangs und insofern die Errichtung eines grösseren Gewerbeobjekts als eines kleinen Kioskes anstrebt, zumal als besondere Verhältnisse, die ein Abweichen von den gesetzlichen Abstandsvorschriften zulassen, auch solche des Ortsbilds gelten können (vergleiche Zaugg/Ludwig, a.a.O., N. 18 zu Art. 12; vergleiche auch BVR 1989 S. 17 E. 4). Die Lage am Dorfeingang belegt ausserdem, dass es sich um eine spezifische Situation handelt, und die Überlegungen zum Ortsbild nicht einfach als allgemeine Gründe, die allen Liegenschaften in der betreffenden Kernzone entgegengehalten werden könnten, abgetan werden dürfen. Das Gericht teilt deshalb die Auffassung der Vorinstanz, dass auf dem Baugrundstück die Errichtung eines Gebäudes mit einem im Hinblick auf die Markierung des Dorfeingangs angemessenen Volumen möglich sein muss und dies nicht möglich wäre, wenn eine maximale Gebäudebreite von bloss 5 Metern erlaubt würde.

**4.3** Zusammenfassend ergibt sich, dass in der vorliegenden Bausache wichtige Gründe für die Unterschreitung des gesetzlichen Grenzabstands vorliegen und die Vorinstanz somit die Voraussetzung von Art. 96 lit. a PBG zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung zu Recht als erfüllt erachtet hat. Die Beschwerde ist insoweit unbegründet. Zu prüfen ist indes weiter, wie es sich mit der – kumulativ zu erfüllenden – Voraussetzung von Art. 96 lit. b PBG verhält.

## **5.**

**5.1** Die Ausnahmegewilligung kann nur erteilt werden, wenn keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (siehe E. 3.3 hievor). Unter diesem Titel ist auch die Frage, in welchem Ausmass das Abweichen von den Bauvorschriften mittels einer Ausnahmegewilligung erlaubt werden darf, zu prüfen. Denn das Ausmass der Abweichung von den Bauvorschriften, das mit einer Ausnahmegewilligung erlaubt werden kann, muss sich auf sachliche Gründe stützen und darf nicht weitergehen, als es die Besonderheiten des Falls verlangen. Zudem sollte stets ein angemessenes Verhältnis zum Regelmass gewahrt werden (Zaugg/Ludwig, a.a.O., N. 7 zu den Vorbemerkungen zu Art. 26-31; vergleiche auch BGE 132 II 32 E. 5.1).

**5.2** Die Besonderheit des Falls liegt vorliegend darin, dass auf dem betreffenden Baugrundstück eine sinnvolle zonenkonforme Überbauung ermöglicht werden soll, welche auch die Anliegen des Ortsbildes angemessen berücksichtigt. Bei der Beurteilung des Ausmasses der Unterschreitung des Grenzabstandes muss dementsprechend geprüft werden, welche Unterschreitung des Grenzabstandes noch eine sinnvolle zonenkonforme Überbauung des Grundstückes unter Berücksichtigung der Anliegen des Ortsbildes – bei grundsätzlich gegebenem Ausnahmegrund (vergleiche E. 4 hievor) – zulässt. Es ist mit

anderen Worten zu prüfen, ob das bewilligte Projekt den Grenzabstand bestmöglich respektiert oder ob nicht auch eine kleinere, namentlich weniger breite, aber doch noch zumutbare zonenkonforme Baute, welche zudem die Anliegen des Ortsbildes ausreichend berücksichtigt, möglich ist. Dies kann sinnvollerweise nur anhand einer Variantenprüfung beurteilt werden, in welcher unter Darlegung sachlicher Gründe aufgezeigt wird, inwiefern die ausgewählte Variante die betroffenen Interessen bestmöglich berücksichtigt (vergleiche hierzu auch Zaugg/Ludwig, a.a.O., N. 5 zu Art. 26 - 27, wonach sich eine Ausnahmegewilligung nicht rechtfertigt, wenn zumutbare Alternativen zur Verfügung stehen). Eine solche Variantenprüfung lässt sich dem angefochtenen Entscheid nicht entnehmen. Zwar ergibt sich aus den Akten, dass die Bauherrschaft im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens ein Alternativprojekt eingereicht hat (Alternativprojekt „Turm“), welches von der BK Andermatt mit Zwischenbericht vom 14. Mai 2019 abschlägig beurteilt wurde. Indessen betrafen die Gründe für den abschlägigen Bericht nicht die hier strittige Frage der Gebäudebreite. Die BK beanstandete insbesondere nicht das projektierte Erdgeschoss mit einer Breite von 7,1 Metern, sondern den darauf aufbauenden turmartigen Baukörper. Inwiefern aber auf dem rund 7 Meter breiten Erdgeschoss ein nicht-turmartiges Obergeschoss realisiert werden könnte, hat die BK nicht geprüft. Dabei ist nicht ohne Weiteres ersichtlich, inwiefern eine solche Variante den Besonderheiten des vorliegenden Falls nicht auch ausreichend Rechnung tragen würde. Immerhin erscheint nicht ohne Weiteres unmöglich, dass auf dem gemäss Alternativprojekt „Turm“ projektierten Erdgeschoss von rund 7 Metern Breite ein Obergeschoss von gleicher Breite aufgesetzt werden könnte. Es resultierte dann ein mit dem schlussendlich bewilligten Projekt vergleichbares Projekt, welches aber weniger breit wäre. Inwiefern ein solches Alternativprojekt oder weitere Varianten ausscheiden müssten und inwiefern das schlussendlich bewilligte Projekt allfälligen Alternativen vorzuziehen wäre, ergibt sich aber weder aus dem Beschluss der BK Andermatt vom 30. Oktober 2019 noch aus dem angefochtenen Beschluss der Vorinstanz. Ob die bewilligte Unterschreitung des Grenzabstandes nicht weitergeht, als es die Besonderheiten des Falls verlangen, wurde somit letztlich nicht ausreichend geprüft und kann aufgrund der vorliegenden Akten auch nicht abschliessend geprüft werden. Die Variantenprüfung ist daher nachzuholen, wobei es grundsätzlich an der Bauherrschaft ist, verschiedene Varianten aufzuzeigen, nachdem es die Bauherrschaft ist, welche näher darzutun hat, inwiefern ein Ausnahmetatbestand gegeben ist (vergleiche Zaugg/Ludwig, a.a.O., N. 6 zu den Vorbemerkungen zu Art. 26-31). Bei der Beurteilung der Varianten und damit letztlich des Ausmasses der Unterschreitung steht der Baubewilligungsbehörde schliesslich ein Ermessensspielraum zu (vergleiche Zaugg/Ludwig, a.a.O., N. 7 zu den Vorbemerkungen zu Art. 26-31).

**5.3** Zu den weiteren Ausführungen der Vorinstanz hinsichtlich der (weiteren) Interessenabwägung (Brandschutzgründe, nachbarliche Interessen etc.) muss sich das Gericht angesichts dessen, dass schon das Ausmass der Unterschreitung neu geprüft werden muss, nicht äussern. Immerhin ist aber noch anzufügen, dass die Ausführungen der Vorinstanz zum angemessenen Verhältnis zum Regelmass – jedenfalls gestützt auf die aktuelle Aktenlage – nicht überzeugend sind. Zunächst ergibt sich, dass die vorliegend bewilligte Unterschreitung des Grenzabstandes um 4,5 Meter eine sehr bedeutende Abweichung vom Regelbaumass darstellt, was grundsätzlich auch die Vorinstanz anerkannt hat. Eine solch bedeutende Abweichung müsste sich auf besonders triftige Gründe (vergleiche BVR 2015 S. 425 E. 5.7) stützen können, welche vorliegend zwar nicht kategorisch ausgeschlossen, allerdings mangels ausreichender Variantenprüfung und entsprechender Darlegung auch nicht ausreichend überprüft werden können. Der Vergleich der Vorinstanz mit der Kernzone 1 schliesslich kann deshalb nicht zielführend sein, weil bei der Beurteilung des angemessenen Verhältnisses zum Regelmass primär auf die betreffende Zone des Baugrundstücks (hier Kernzone 2) und nicht auf eine andere Bauzone in der Gemeinde abgestellt werden muss. Dass die geplante Baute mit einer Höhe von 11 Metern und nur drei Vollgeschossen in der Kernzone 2 ein vergleichbar kleines Gebäude ist, mag sodann zutreffen, geht auf die entscheidende Frage nach der Breite der Baute beziehungsweise des Ausmasses der Grenzabstandsunterschreitung aber nicht ein. Die

bloss 11 Meter messende Höhe der Baute ändert nämlich nichts daran, dass die Grenzabstandsunterschreitung von bedeutendem Ausmass ist und das angemessene Verhältnis zum Regelmass, also bezogen auf den gesetzlichen Grenzabstand, insofern fraglich erscheint respektive besonders begründet werden müsste. An einer besonderen Begründung fehlt es indessen beziehungsweise eine solche ist nicht ausreichend dargetan, wie zuvor aufgezeigt wurde.

**6.** Nach dem Ausgeführten ergibt sich, dass das Ausmass der Grenzabstandsunterschreitung erneut geprüft werden muss. Die Sache ist zu diesem Zweck an die BK Andermatt zurückzuweisen. Diese wird unter Mitwirkung der Bauherrschaft (siehe oben E. 5.2 in fine) zu prüfen haben, ob das bewilligte oder ein anderes Projekt die betroffenen Interessen am besten wahrt und die Gründe dafür darlegen müssen. In diesem Umfang ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutzuheissen.