

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2004.00236 vom 13. Oktober 2004

ZH Verwaltungsgericht, 2004-10-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2004.00236](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2004.00236)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2004.00236 du 13 octobre 2004

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2004.00236 del 13 ottobre 2004

## Regeste

Baubewilligung | Wohnflächenanteil-Transfer zwischen zwei Liegenschaften: Rechtsmissbräuchliche Beschwerdeerhebung; Rechtswirksamkeit des Revers vom 18. Sept. 1989, mit welchem eine der beiden Liegenschaften belastet wurde. Vereinigung (E. 1) und Vorgeschichte (E. 2). Die private Beschwerdeführerin verstösst mit ihrer Rechtsmittelerhebung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 BV. Auf ihre Beschwerde ist mangels schutzwürdigem Interesse nicht einzutreten (E. 3.2). Die mit der Baubewilligung vom 18. Sept. 1989 verfügte öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung ist gültig: Die vorgesehene, jedoch unterbliebene Anmerkung im Grundbuch hat nur deklaratorische Wirkung (E. 4.2). Die Gültigkeit der Eigentumsbeschränkung hängt alleine von der Rechtsbeständigkeit der Baubewilligung ab. Selbst im Fall einer unterbliebenen Zustellung der Bewilligung an die Eigentümerin der belasteten Liegenschaft hatte diese Kenntnis von der Bewilligungserteilung, wie ein bei den Akten liegendes Schreiben vom 30. Nov. 1989 belegt (E. 4.2.1). Die Zustimmung der Eigentümerin der belasteten Liegenschaft zum Revers ergibt sich aus einem bei den Akten befindlichen Mietvertrag vom 27. Mai 1988. Dieser lag zum Zeitpunkt der Bewilligungserteilung vor. Der formelle Mangel, dass der Bewilligungsbehörde zu diesem Zeitpunkt keine schriftliche Zustimmungserklärung der Eigentümerin vorlag, hat nicht die Nichtigkeit der Baubewilligung zur Folge. Der Beschwerdegegner und heutige Eigentümer der belasteten Liegenschaft muss die Eigentumsbeschränkung gegen sich gelten lassen (E. 4.2.2). Nebenbestimmungen im Sinn von § 321 PBG: Bedingungen, Auflagen, Reverse und gemischte Nebenbestimmungen (E. 5.1). Die "Bedingung" in der Baubewilligung vom 18. Sept. 1989, wonach die Eigentumsbeschränkung betreffend Wohnanteilkompensation vor dem Baubeginn im Grundbuch angemerkt werden müsse, ist eine Auflage und berührt die Gültigkeit der Bewilligung nicht (E. 5.2). Nichteintreten (VB.2004.00236) Gutheissung (VB.2004.00239)

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung/1. Kammer Weiterzug: Das Bundesgericht hat eine staatsrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid am 10.05.2005 abgewiesen. Rechtsgebiet: Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht Betreff: Baubewilligung Wohnflächenanteil-Transfer zwischen zwei Liegenschaften: Rechtsmissbräuchliche Beschwerdeerhebung; Rechtswirksamkeit des Revers vom 18. Sept. 1989, mit welchem eine der beiden Liegenschaften belastet wurde. Vereinigung (E. 1) und Vorgeschichte (E. 2). Die private Beschwerdeführerin verstösst mit ihrer Rechtsmittelerhebung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 BV. Auf ihre Beschwerde ist mangels schutzwürdigem Interesse nicht einzutreten (E.

3.2). Die mit der Baubewilligung vom 18. Sept. 1989 verfügte öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung ist gültig: Die vorgesehene, jedoch unterbliebene Anmerkung im Grundbuch hat nur deklaratorische Wirkung (E. 4.2). Die Gültigkeit der Eigentumsbeschränkung hängt alleine von der Rechtsbeständigkeit der Baubewilligung ab. Selbst im Fall einer unterbliebenen Zustellung der Bewilligung an die Eigentümerin der belasteten Liegenschaft hatte diese Kenntnis von der Bewilligungserteilung, wie ein bei den Akten liegendes Schreiben vom 30. Nov. 1989 belegt (E. 4.2.1). Die Zustimmung der Eigentümerin der belasteten Liegenschaft zum Revers ergibt sich aus einem bei den Akten befindlichen Mietvertrag vom 27. Mai 1988. Dieser lag zum Zeitpunkt der Bewilligungserteilung vor. Der formelle Mangel, dass der Bewilligungsbehörde zu diesem Zeitpunkt keine schriftliche Zustimmungserklärung der Eigentümerin vorlag, hat nicht die Nichtigkeit der Baubewilligung zur Folge. Der Beschwerdegegner und heutige Eigentümer der belasteten Liegenschaft muss die Eigentumsbeschränkung gegen sich gelten lassen (E. 4.2.2). Nebenbestimmungen im Sinn von § 321 PBG: Bedingungen, Auflagen, Reverse und gemischte Nebenbestimmungen (E. 5.1). Die "Bedingung" in der Baubewilligung vom 18. Sept. 1989, wonach die Eigentumsbeschränkung betreffend Wohnanteilkompensation vor dem Baubeginn im Grundbuch angemerkt werden müsse, ist eine Auflage und berührt die Gültigkeit der Bewilligung nicht (E. 5.2). Nichteintreten (VB.2004.00236) Gutheissung (VB.2004.00239) Stichworte: ANMERKUNG AUFLAGE BAUBEWILLIGUNG UND BAUBEWILLIGUNGSVERFAHREN BEDINGUNG EIGENTUMSBESCHRÄNKUNG GÜLTIGKEIT NEBENBESTIMMUNG NICHTIGKEIT RECHTSMITTELBEFUGNIS REVERS TREU UND GLAUBEN WOHNANTEIL ZUSTIMMUNGSERKLÄRUNG Rechtsnormen: Art. 5 Abs. III BV § 321 PBG § 21 VRG Art. 680 Abs. II ZGB Publikationen: BEZ 2004 Nr. 67 S. 23 Gewichtung: (1 von hoher / 5 von geringer Bedeutung) Gewichtung: 2 I. Am 21. Januar 2003 bewilligte die Bausektion der Stadt Zürich dem Eigentümer C verschiedene Umbauten am Gebäude L-Strasse

## **E. 02**

ein. Die Liegenschaft L-Strasse 01 gehört heute der Beschwerdeführerin 2, als deren Stiftungsratspräsident G tätig ist; wann und wie dieser Eigentumserwerb erfolgte, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Der private Beschwerdegegner erwarb die Liegenschaft L-Strasse 02 am 24. Januar 2002. Im Kaufvertrag wurde ausdrücklich auf Ziffer 13 des Mietvertrags vom 27. Mai 1988 hingewiesen und das Risiko zur Durchsetzung der Verpflichtung des früheren Mieters zur Löschung der Eigentumsbeschränkung bzw. zur Zahlung einer Abfindung vollumfänglich dem Käufer übertragen; der Ausgang entsprechender Verhandlungen mit der ehemaligen Mieterschaft hätte keine Auswirkung auf den Kaufpreis (von 3,25 Mio. Franken).

## **E. 2**

Die umstrittene Belastung der Liegenschaft L-Strasse 02 des privaten Beschwerdegegners mit einem Wohnanteil von 100 % statt einem solchen von 60 %, wie ihn die Bau- und Zonenordnung der Stadt Zürich von 1992/99 Teile I–VI (BZO) für die Kernzone Seefeld heute vorschreibt, beruht auf folgender Vorgeschichte: Mit Beschluss vom 22. Mai 1987 bewilligte die damalige Bausektion II des Stadtrats Zürich der E AG unter anderem verschiedene Umbauten der Villa L-Strasse 01 und verweigerte gleichzeitig eine Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung des Wohnanteils von damals 66 % (Beschluss-Nr. 539/87). In der Folge erhob die E AG gegen diesen Beschluss vorsorglich Rekurs und reichte überdies ein geändertes Projekt ein, welches von der Bausektion II am 2.

Dezember 1988 bewilligt wurde (Beschluss-Nr. 1688/88). Gleichzeitig verhandelte sie mit F als Eigentümerin der angrenzenden Liegenschaft L-Strasse 02 über eine Kompensation des in der eigenen Liegenschaft fehlenden Wohnanteils. Mit Vertrag vom 27. Mai 1988 mietete die E AG den grösseren Teil der Nachbarliegenschaft L-Strasse 02. In dem auf zwölf Jahre fest abgeschlossenen Mietvertrag wurde in Ziffer 13 festgehalten: "Die Vermieterin hat Kenntnis davon, dass die Mieterin die gemieteten Räume ganz oder teilweise zu Wohnzwecken verwenden will, und dass die Wohnfläche der Liegenschaft Kat.-Nr. 06 (L-Strasse 02) als Kompensation für eine Unterschreitung des gesetzlichen Wohnanteils auf der angrenzenden Liegenschaft Kat.-Nr. 05 (L-Strasse 01) dienen soll. Die Bewilligung der Wohnanteilsunterschreitung auf Kat.-Nr. 05 (L-Strasse 01) durch die Bausektion II des Stadtrates Zürich wird voraussichtlich von der Bedingung abhängig gemacht, dass auf Kat.-Nr. 06 (L-Strasse 02) die Wohnfläche nicht mehr oder nur noch teilweise vermindert werden dürfte, und dass auf Kat.-Nr. 06 eine entsprechende öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung (Revers) angemerkt werde. Die Vermieterin als Eigentümerin der Liegenschaft Kat.-Nr. 06 verpflichtet sich, eine solche Anmerkung zu dulden, auch wenn die Liegenschaft vollständig an den Wohnzweck gebunden wird. Die Vermieterin verpflichtet sich, die Anmerkung beim Grundbuchamt auf Kosten der Mieterin anzumelden. Ist bei der Auflösung des Mietvertrages die Liegenschaft Kat.-Nr. 06 (L-Strasse 02) noch mit einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung im Sinne von Ziff. 13 Abs. 2 des Vertrages belastet, ist die Mieterin verpflichtet, die Voraussetzung für eine Löschung dieser öffentlich-rechtlichen Beschränkung zu schaffen und der Bausektion II des Stadtrates Zürich ein entsprechendes Löschungsgesuch zur Bewilligung einzureichen. Sollte dies aus irgendwelchen Gründen nicht möglich sein, verpflichtet sich die Mieterin, der Vermieterin eine Abfindungsentschädigung – berechnet auf zwölf Jahre – für den Differenzbetrag zwischen dem bei Vertragsende quartierüblichen Wohnraum- und Geschäftsraum-Mietzins zu bezahlen. Sollten sich die Parteien über die Höhe dieser Abfindungsentschädigung nicht einigen können, wird ein von beiden Parteien anerkanntes Schiedsgericht bestimmt." Gestützt auf diesen Mietvertrag erwirkte die E AG am 18. September 1989 die Bewilligung für die vollständige Büronutzung ihrer Liegenschaft L-Strasse 01 (Beschluss- Nr. 1256/89). Gleichzeitig wurde ihr Gesuch um Erteilung einer Ausnahmegewilligung für den Fortbestand des Konsulats des Staats X in der gemäss Bewilligung vollständig zu Wohnzwecken zu nutzenden Liegenschaft L-Strasse 02 abgewiesen. Gemäss Dispositivziffer I.1 lit. a wurde die Baubewilligung unter der "Bedingung" erteilt, dass vor Baubeginn folgende, in Dispositivziffer I.2 der Baubewilligung festgehaltene Reverse im Grundbuch anzumerken seien und hierüber der Baupolizei ein Zeugnis des Grundbuchamts einzureichen sei: Für Kat.-Nr. 06 (L-Strasse 02): "Der jeweilige Eigentümer von Kat.-Nr. 06, L-Strasse 02, darf in dieser Liegenschaft solange keine Büros einrichten, als die mit Bausektionsbeschluss 1256/89 bewilligte Bürofläche in der Liegenschaft L-Strasse 01, auf [alt] Kat.-Nr. 07 [recte: nicht] im gleichen Mass verkleinert wird." Für Kat.-Nr. 07 (L-Strasse 01): "Der jeweilige Eigentümer dieser Liegenschaft darf die Wohnfläche im Haus Assek.-Nr. 08 gemäss Bausektionsbeschluss Nr. 1256 vom 18. September 1989 nicht verkleinern." Obwohl das Bauvorhaben und die bewilligte Umnutzung wie geplant vorgenommen wurden, unterblieb die grundbuchliche Anmerkung der Eigentumsbeschränkung. Gemäss einer Vereinbarung vom 13./14. August 1990 trat mit Wirkung ab 15. August 1990 G anstelle der E AG mit allen Rechten und Pflichten in das Mietverhältnis betreffend die Liegenschaft L-Strasse

Der private Beschwerdegegner bestreitet die Rechtsmittelbefugnis beider beschwerde führenden Parteien.

### **E. 3.1**

Die Stadt Zürich ist gemäss § 21 lit. b des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) ohne weiteres zur Anfechtung eines Rekursentscheids befugt, bei dem es um die Durchsetzung der von ihr erlassenen Wohnanteilvorschriften geht (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 21 N. 62). Ob sie die Einhaltung des Wohnanteils bei der Liegenschaft L-Strasse 02 des privaten Beschwerdegegners durchsetzen kann oder sich an die Liegenschaft L-Strasse 01 der Beschwerdeführerin 2 zu halten hätte, wie der private Beschwerdegegner geltend macht, ist eine Frage der materiellen Prüfung und nicht im Rahmen des Eintretens zu prüfen. Auf die Beschwerde der Stadt Zürich ist deshalb einzutreten.

### **E. 3.2**

Die Rechtsmittelbefugnis der Beschwerdeführerin 2 bestimmt sich nach § 338a Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) bzw. § 21 lit. a VRG. Nach diesen Bestimmungen ist zu Rekurs und Beschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Anordnung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung hat. Das schutzwürdige Interesse des Beschwerdeführers kann rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein, doch wird verlangt, dass er durch die angefochtene Verfügung stärker als jedermann betroffen ist und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht (RB 1998 Nr. 11; BGE 123 II 376, E. 2; Kölz/Bosshart/Röhl, § 21 N. 21). Diese Anforderungen sollen die Popularbeschwerde ausschliessen. Ihnen kommt dann besondere Bedeutung zu, wenn nicht der Verfügungsadressat im materiellen Sinn, sondern ein Dritter den Entscheid anfechtet. Ist auch in einem solchen Fall ein unmittelbares Berührtsein, eine spezifische Beziehungsnähe gegeben, so hat der Beschwerdeführer ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse daran, dass der angefochtene Entscheid aufgehoben oder abgeändert wird. Sein Interesse besteht im praktischen Nutzen, den ihm die erfolgreiche Beschwerde eintragen würde, das heisst in der Abwendung eines materiellen oder ideellen Nachteils, den der angefochtene Entscheid für ihn zur Folge hätte (RB 1983 Nr. 11; BGE 119 Ib 374, E. 2).

#### **E. 3.2.1**

Die Betroffenheit der Beschwerdeführerin 2 ergibt sich daraus, dass aufgrund des bei ihrer eigenen Liegenschaft nicht eingehaltenen Wohnanteils die Liegenschaften L-Strasse 01 und 02 durch die seinerzeitige Kompensation miteinander verknüpft sind. Sie muss deshalb damit rechnen, dass die Baubehörde, falls der Rekursentscheid in Rechtskraft erwächst, eine anderweitige Kompensation der auf ihrem eigenen Grundstück fehlenden Wohnflächen oder die Wiederherstellung der seinerzeit zu Bürozwecken umgenutzten Wohnflächen verlangen wird. Zwar wird die Beschwerdeführerin 2 gegen eine solche Anordnung den Rechtsmittelweg beschreiten können, doch ändert das nichts daran, dass sie bereits durch den hier angefochtenen Entscheid in ihren Interessen unmittelbar betroffen ist. Sie ist deshalb – auf Antrag des privaten Beschwerdegegners – richtigerweise bereits zum Rekursverfahren beigeladen worden.

#### **E. 3.2.2**

Der private Beschwerdegegner hält die Interessen der Beschwerdeführerin 2 nicht für schutzwürdig, weil sich deren Rechtsvorgänger seinerzeit vertraglich verpflichtet hätten, nach Ablauf des Mietvertrags für die Wohnflächen in der Liegenschaft L-Strasse 01 die Voraussetzungen für die Aufhebung der auf der Liegenschaft des privaten Beschwerdegegners L-Strasse 02 lastenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung zu schaffen. Es sei unter den gegebenen Umständen rechtsmissbräuchlich, wenn die Beschwerdeführerin 2, als deren Stiftungsratspräsident ihr Rechtsvorgänger amte, entgegen den von diesem eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen nun Beschwerde ergreife gegen einen Entscheid, mit dem die seinerzeit auf der Liegenschaft des Beschwerdegegners 1 begründete Eigentumsbeschränkung aufgehoben werde.

#### **E. 3.2.2.1**

Der Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV), der von der früheren Rechtsprechung aus Art. 4 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 hergeleitet wurde (RB 1981 Nr. 147, mit Hinweisen), stellt ein die ganze Rechtsordnung überdachendes Prinzip dar, das nicht nur für den Staat gilt, sondern auch für die Privaten, und zwar gegenüber dem Gemeinwesen und in ihrem Verhalten untereinander (René Rhinow, Grundzüge des schweizerischen Verfassungsrechts, Basel/Genf/München 2003, Rz. 2397). Der Grundsatz beherrscht deshalb auch die Rechtsbeziehungen zwischen den sich in einem Verwaltungsstreitverfahren gegenüberstehenden Privaten (RB 1981 Nr. 147); er gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr (Yvo Hangartner in: St. Galler Kommentar, Zürich/Basel/Genf/Lachen 2002, Art. 5 BV Rz. 39). Unter Art. 5 Abs. 3 BV fallen das Verbot des Rechtsmissbrauchs, das heisst, die Geltendmachung eines Rechts wider Treu und Glauben bzw. die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts zur Verwirklichung von Interessen, die es nicht schützen will (BGE 127 II 49, E. 5a), sowie des widersprüchlichen Verhaltens. Als eine solche verbotene Täuschung in das Vertrauen, welches durch eigenes Handeln geschaffen worden ist, hat das Verwaltungsgericht das Verhalten eines Mieters gewürdigt, der sich durch Vertrag verpflichtet hatte, das Mietobjekt vor dem vom Vermieter angestrebten Abbruch bzw. nach dessen rechtskräftiger Bewilligung zu verlassen, und hernach gegen die Abbruchbewilligung ein Rechtsmittel erhob (RB 1981 Nr. 147).

#### **E. 3.2.2.2**

Mit dem Mietvertrag vom 27. Mai 1988 hat sich nicht die Beschwerdeführerin 2, sondern die E AG als ihre Rechtsvorgängerin im Eigentum an der Liegenschaft L-Strasse 01 bzw. ab 15. August 1990 G als ihr Stiftungsratspräsident verpflichtet. Das ändert jedoch nichts daran, dass die Beschwerdeerhebung in offenkundigem und damit ohne weiteres erkennbarem Widerspruch zur vertraglich begründeten Verpflichtung steht, nach Ablauf des Mietvertrags die Voraussetzungen für die Aufhebung der mit der Baubewilligung vom 18. September 1989 begründeten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung auf der Liegenschaft L-Strasse 02 zu schaffen. Beim Abschluss des Mietvertrags mit der E AG und beim Eintritt von G in den Vertrag durfte es die damalige Vermieterin als für die Mieter erkennbare Vertragsgrundlage betrachten, dass diese eine Aufhebung der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, zu deren Aufhebung nach Ablauf des Vertrags sie die Voraussetzungen schaffen mussten, nicht mit einem Rechtsmittel anfechten würden. Von dieser Vertragsgrundlage hatte durch ihren Stiftungsratspräsidenten auch die Beschwerdeführerin 2 Kenntnis, als sie das Grundstück erwarb. Wenn sie nun gegen den

Rekursentscheid, mit welchem die Eigentumsbeschränkung aufgehoben wurde, Beschwerde erhebt, so täuscht sie den privaten Beschwerdegegner bzw. dessen Rechtsvorgängerin in dem durch ihren Stiftungsratspräsidenten begründeten Vertrauen. Ein solches Verhalten verstösst gegen Art. 5 Abs. 3 BV und verdient keinen Rechtsschutz. Auf das Rechtsmittel der Beschwerdeführerin 2 ist deshalb nicht einzutreten.

#### **E. 4**

Die Vorinstanz hat den Rekurs des privaten Beschwerdegegners in erster Linie mit der Begründung gutgeheissen, die mit dem Bausektionsbeschluss vom 18. September 1989 bezüglich der Liegenschaft L-Strasse 02 verfügte öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung könne seinem Bauvorhaben nicht entgegengehalten werden, weil die frühere Eigentümerin dieser zu keinem Zeitpunkt rechtswirksam zugestimmt habe und der Revers daher nichtig sei. Das gelte auch dann, wenn der früheren Eigentümerin des belasteten Grundstücks die seinerzeitige Baubewilligung zugestellt worden sei; aus der blossen Nichtanfechtung könne nicht auf Zustimmung zur Eigentumsbeschränkung geschlossen werden.

#### **E. 4.1**

Bei den Akten liegt der Mietvertrag vom 27. Mai 1988, der von der Rechtsvorgängerin des privaten Beschwerdegegners, F, unterzeichnet worden ist. Laut Ziffer 13 Abs. 1 des Mietvertrags hatte sie als Vermieterin davon Kenntnis, dass die Mieterin die gemieteten Räume (das heisst die gesamte Liegenschaft mit Ausnahme des Dachgeschosses, einiger Kellerräume und eines Garagengebäudes) ganz oder teilweise zu Wohnzwecken verwenden wollte und dass die Wohnflächen in der Liegenschaft L-Strasse 02 als Kompensation für eine Unterschreitung des gesetzlichen Wohnanteils in der Liegenschaft L-Strasse 01 dienen sollten. In Ziffer 13 Abs. 2 verpflichtete sie sich sodann, die Anmerkung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung auf ihrer Liegenschaft L-Strasse 02 zu dulden, wonach die Wohnfläche in dieser Liegenschaft nicht mehr oder nur noch teilweise vermindert werden dürfe. Allerdings verfügt die Beschwerdeführerin 1 offenbar nicht über ein von den Kontrahenten unterzeichnetes Exemplar dieses Vertrags, sondern lediglich über einen Auszug mit den Seiten 1, 5 und 6 mit der Ziffer 13 des Vertrags. Zudem scheint es sich nicht um einen Auszug aus dem Vertrag in der von den Parteien unterzeichneten Fassung zu halten, da in Ziffer 13 Abs. 2 insofern eine Differenz zum unterzeichneten Vertragstext besteht, als nach dieser Fassung die Vermieterin sich verpflichtet, die Anmerkung beim Grundbuchamt auf Kosten der Mieterin anzumelden, während laut Auszug sie die Mieterin ermächtigt, die Anmerkung beim Grundbuch zusammen mit der Vermieterin auf eigene Kosten anzumelden. Unbestritten ist, dass eine solche Anmerkung bis heute nicht erfolgt ist. Hingegen hat die Beschwerdeführerin 2 im Rekursverfahren ein mit 30. November 1989 datiertes Schreiben der Vertragsparteien folgenden Inhalts an das Notariat M eingereicht, das soweit ersichtlich nie abgesandt wurde: "Mit Beschluss Nr. 1256 vom 18. September 1989 erteilte die Bausektion II des Stadtrates Zürich der E AG die baupolizeiliche Bewilligung (unter anderem) für eine Nutzungsänderung, welche die Wohnanteilvorschriften berührt. Zugleich verlangte sie die Anmerkung von öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen auf den Grundstücken Kat.-Nr. 07 der E AG und Kat.-Nr. 06 von F. Die Beschränkungen sind in Dispositiv Ziff. I.2 des Bausektionsbeschlusses formuliert. In der Beilage erhalten Sie den einschlägigen Bausektionsbeschluss in dreifacher Ausfertigung mit der Bitte um Anmerkung der beiden Eigentumsbeschränkungen und um Weiterleitung eines mit dem Zeugnisvermerk

versehenen Beschlusses an die Baupolizei." Dieses Dokument trägt die Originalunterschrift von F. Wie die Baurekurskommission zutreffend erwogen hat, besteht kein Grund, die Echtheit dieser Unterschrift in Zweifel zu ziehen. Auch in der Beschwerdeantwort bringt der private Beschwerdegegner nichts vor, was den Verdacht auf eine Fälschung begründen könnte. Gemäss Mitteilungssatz wurde die Baubewilligung vom 18. September 1989 auch F zugestellt, und zwar eingeschrieben mit Rückschein. Den direkten Beweis für diese Zustellung, die vom privaten Beschwerdegegner bestritten wird (Beschwerdeantwort S. 7 und Rekurschrift S. 7 f.), kann die Beschwerdeführerin 1 nicht erbringen: Die Baubehörde bewahrt Empfangsbestätigungen nur zehn und die Post die Auslieferungsverzeichnisse nur drei Jahre auf.

#### **E. 4.2**

Die Anmerkung öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch, wie sie § 321 Abs. 2 PBG vorsieht, hat nur deklaratorische Bedeutung (RB 1968 Nr. 42 = ZBl 70/1969, S. 272 = ZR 68 Nr. 11; Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz. 470; Christoph Fritzsche/Peter Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 3. A., Zürich 2003, S. 21-18); sie hat weder konstitutive Wirkung noch kommt ihr öffentlicher Glaube zu (BGE 111 Ia 182, E. 4). Der Umstand, dass die Anmerkung der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen gemäss Ziffer I.1 der Baubewilligung vom 18. September 1989 unterblieb, ist deshalb für die Gültigkeit dieser Eigentumsbeschränkungen nicht von Bedeutung. Die Gültigkeit hängt ausschliesslich von der Rechtsbeständigkeit der Baubewilligung ab, mit der sie verfügt worden sind.

##### **E. 4.2.1**

Die Baubewilligung vom 18. September 1989 ist damals weder von der Bauherrschaft noch von der früheren Eigentümerin der Liegenschaft L-Strasse 02, F, angefochten worden, der die Bewilligung laut Mitteilungssatz ebenfalls zugestellt wurde. Selbst wenn – was angesichts der Umstände als wenig wahrscheinlich erscheint – diese Zustellung nicht ordnungsgemäss erfolgt sein sollte, muss sich F als Rechtsvorgängerin des heutigen privaten Beschwerdegegners die Baubewilligung entgegenhalten lassen: Wie aus dem von ihr mitunterzeichneten Schreiben an das Grundbuchamt hervorgeht, hatte sie spätestens am 30. November 1989, dem Datum der Unterzeichnung, Kenntnis von der Erteilung der Baubewilligung und der von der Baubehörde für ihr Grundstück verfügten Eigentumsbeschränkung, sodass sie in diesem Zeitpunkt die Zustellung der Baubewilligung hätte verlangen oder innert angemessener Frist ein Rechtsmittel erheben müssen (BGE 102 Ib 91, E. 3; 122 V 189, E. 2; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. A., Zürich 1998, Rz. 364; René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel und Frankfurt a.M. 1990, Nr. 86 B III).

##### **E. 4.2.2**

Anders verhält es sich, falls die Baubewilligung mit einem Mangel behaftet ist, der ihre ganze oder teilweise Nichtigkeit zur Folge hat. Nach Auffassung der Vorinstanz ist die mit der Baubewilligung vom 18. September 1989 für das Nachbargrundstück L-Strasse 02 verfügte Eigentumsbeschränkung nichtig, weil die damalige Eigentümerin der Belastung ihres Grundstücks nicht zugestimmt habe.

##### **E. 4.2.2.1**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Verfügung nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet wird (BGE 129 I 361, E. 2.1, auch zum Folgenden). Inhaltliche Mängel einer Entscheidung führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht. Verfahrensmängel, die in Gehörsverletzungen liegen, sind an sich heilbar und führen in der Regel nur zur Anfechtbarkeit des fehlerhaften Entscheids. Handelt es sich jedoch um einen besonders schwer wiegenden Verstoss gegen grundlegende Parteirechte, so haben auch Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör Nichtigkeit zur Folge.

#### **E. 4.2.2.2**

Wie in Ziffer 13 des von F unterzeichneten Mietvertrags vom 27. Mai 1988 festgehalten wird, hatte die Vermieterin Kenntnis davon, dass die beabsichtigte Wohnnutzung der vermieteten Räumlichkeiten zur Kompensation für die Unterschreitung des Wohnanteils in der angrenzenden Liegenschaft L-Strasse 01 des Mieters dienen und die Bewilligung für diese Wohnanteilsunterschreitung davon abhängig gemacht würde, dass auf ihrer eigenen Liegenschaft die Wohnfläche nicht mehr oder nur noch teilweise vermindert werden dürfe und dies als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung auf ihrer Liegenschaft angemerkt würde. Die Vermieterin verpflichtete sich als Eigentümerin der Liegenschaft L-Strasse 02 ausdrücklich, eine solche Anmerkung zu dulden, auch wenn die Liegenschaft vollständig an den Wohnzweck gebunden würde. Zwar ist Ziffer 13 Abs. 2 Satz 2 des Mietvertrags insofern etwas ungenau formuliert, als nicht von der Zustimmung der Vermieterin zur Begründung einer entsprechenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung auf ihrer Liegenschaft die Rede ist, sondern sie sich lediglich zur Duldung der Anmerkung verpflichtet. Diese Verpflichtung zur Duldung der Anmerkung im Grundbuch setzt indessen die Zustimmung zur Belastung der Liegenschaft mit der entsprechenden Eigentumsbeschränkung notwendigerweise voraus. Sodann ergibt sich dieses Einverständnis auch aus dem Zusammenhang mit Satz 1, in welchem ausdrücklich auf den Zweck der Anmerkung verwiesen wird. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz hat somit die Rechtsvorgängerin des privaten Beschwerdegegners der umstrittenen Belastung ihres Grundstücks zugestimmt. Wie sich aus Ziffer 13 Abs. 3 und 4 des Vertrags ergibt, musste sie sich auch im Klaren darüber sein, dass die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung nicht befristet sein würde, sondern dass nach Ablauf des Mietvertrags die Mieterin die Voraussetzungen zur Löschung schaffen müsste. Die unbefristete öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung gemäss Dispositivziffern I.1a und I.2 der Baubewilligung vom 18. September 1989 geht somit nicht über das hinaus, womit sich F in Ziffer 13 des Vertrags vom 27. Mai 1988 einverstanden erklärt hat. Die Zustimmung der Grundeigentümerin, wie sie die Baurekurskommission für die Begründung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens vorausgesetzt hat (vgl. David Fries, *Reverse in der zürcherischen Baurechtspraxis*, Band 1, Zürich 1990, S. 315 und 317; a.M.: Paul B. Leutenegger, *Das formelle Baurecht der Schweiz*, 2. A., Bern 1978, S. 275), lag damit im Zeitpunkt der Erteilung der Baubewilligung vor. Einer besonderen Form bedurfte die Vereinbarung zwischen den Parteien zu ihrer Gültigkeit nicht. Wenn der private Beschwerdegegner gestützt auf Art. 680 Abs. 2 des Zivilgesetzbuchs (ZGB) eine öffentliche Beurkundung für notwendig hält, so verkennt er, dass diese Vorschrift nicht für Vereinbarungen gilt, die lediglich Voraussetzung einer Eigentumsbeschränkung durch behördliche Verfügung sind (Robert

Haab, Zürcher Kommentar, 1977, Art. 680 ZGB N. 9; vgl. auch BGE 90 I 206, E. 4b).

#### **E. 4.2.2.3**

Zu unterscheiden vom Vorliegen der Zustimmung zur öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung ist die Frage, in welcher Form sie der Baubewilligungsbehörde zur Kenntnis gebracht werden muss. In Anlehnung an die Praxis, wonach gestützt auf § 5 lit. I der Bauverfahrensverordnung vom 3. Dezember 1997 (BauVV) für die Berücksichtigung eines Näherbaurechts die schriftlich abgefasste Erklärung des belasteten Grundeigentümers zuhanden der Baubehörde verlangt wird (Maja Schüpbach Schmid, Das Näherbaurecht in der zürcherischen baurechtlichen Praxis, Zürich 2000, S. 45), hat die Vorinstanz erwogen, auch die Zustimmung des Nachbarn zu einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, wie sie hier in Frage steht, müsse der Baubehörde in schriftlicher Form vorliegen. Dieser Auffassung ist im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich beizupflichten, doch bleiben wie beim Näherbaurecht Fälle denkbar, wo sich die Zustimmung derart klar aus den Umständen ergibt, dass das Beharren auf der Schriftform als reiner Formalismus erschiene (vgl. Schüpbach Schmid, S. 46). Das gilt insbesondere dort, wo aus der Anmeldung zur Anmerkung im Grundbuch zwingend auf das Einverständnis des Eigentümers zu schliessen ist; ebenso kann die Baubehörde unter Umständen aus der Duldung von Bauarbeiten auf die Zustimmung des Grundeigentümers schliessen (Fries, S. 316 f.). Die Beschwerdeführerin 1 räumt ein, dass ihr nicht ein von F unterzeichnetes Original des Mietvertrags vom 27. Mai 1988 eingereicht worden ist, sondern mit Schreiben der E AG vom 16. März 1989 lediglich ein nicht unterzeichneter Vertragsauszug, der in Ziffer 13 Abs. 2 vom Originaltext abweicht. Auch in anderer Form lag, soweit aus den Akten ersichtlich, eine schriftliche Zustimmung von F der Baubehörde nicht vor. Es werden keine Umstände dargetan, welche der Baubehörde den Schluss auf das Einverständnis der Eigentümerin erlaubten. Die Baubehörde scheint somit die Baubewilligung erteilt zu haben, ohne über die erforderliche Zustimmungserklärung der belasteten Grundeigentümerin zu verfügen. Insofern war das damalige Bewilligungsverfahren möglicherweise ordnungswidrig, was sich heute jedoch nicht mehr zweifelsfrei feststellen lässt. Jedenfalls aber würde ein solcher formeller Fehler nicht zur Nichtigkeit der umstrittenen Eigentumsbeschränkung führen. Der allfällige Verfahrensfehler ist weder krass noch offensichtlich. Es wäre unter dem Gesichtswinkel der Rechtssicherheit stossend, wenn der private Beschwerdegegner unter Berufung auf einen mittlerweile mehr als 15 Jahre zurückliegenden und vergleichsweise unbedeutenden formellen Mangel, der damals, sofern er tatsächlich vorlag, im Fall der Anfechtung der Baubewilligung durch die nachträgliche Einreichung des Mietvertrags ohne weiteres hätte behoben werden können, sich heute einer Belastung des Grundstücks entziehen könnte, welcher seine Rechtsvorgängerin seinerzeit vertraglich zugestimmt hat. Wie das von ihr eigenhändig mitunterzeichnete Schreiben an das Notariat M vom 30. November 1989 zeigt, ist damals auch F davon ausgegangen, dass sie der Eigentumsbeschränkung verbindlich zugestimmt hat und dass diese mit der Baubewilligung vom 18. September 1989 rechtsgültig verfügt worden ist.

#### **E. 4.3**

Die Auffassung der Vorinstanz, dass die mit dem Bausektionsbeschluss vom 18. September 1989 bezüglich der Liegenschaft L-Strasse 02 verfügte öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung nichtig sei, erweist sich somit als nicht haltbar.

## **E. 5**

Die Baurekurskommission hat im Weiteren erwogen, die Baubewilligung vom 18. September 1989 sei davon abhängig gemacht worden, dass die umstrittene öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch angemerkt und hierüber ein Zeugnis des Grundbuchamts eingereicht werde. Dabei handle es sich um eine aufschiebende Bedingung für die Rechtswirksamkeit der Baubewilligung, die sich mangels Zustimmung der Eigentümerin der Liegenschaft L-Strasse 02 und entsprechender Anmerkung im Grundbuch nie verwirklicht habe. Daraus folge, dass die Baubewilligung vom 18. September 1989 als Ganzes nicht rechtswirksam geworden sei.

### **E. 5.1**

Die umstrittene Eigentumsbeschränkung stützt sich auf § 321 PBG, wonach unter anderem zur Schaffung und Erhaltung des rechtmässigen Zustands die Baubewilligung mit den notwendigen Nebenbestimmungen zu verknüpfen ist (Abs. 1). Nebenbestimmungen mit längerer zeitlicher Wirkung sind vor Baubeginn im Grundbuch anzumerken (Abs. 2). Als solche Nebenbestimmungen fallen neben Befristungen insbesondere Bedingungen und Auflagen in Betracht. Sind damit öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen verbunden, die in die Zukunft wirken, wird von Reversen gesprochen (Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. A., Zürich 1999, Rz. 532; Fries, S. 95 ff.). Typische Beispiele für Reverse in der Form von Auflagen sind unter anderem Benützungsbefristungen und Zweckentfremdungsverbote (Fries, S. 92). Eine Bedingung liegt vor, wenn die Rechtswirksamkeit der Verfügung von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird. Bei einer Auflage wird die Bewilligung mit der zusätzlichen 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; die Verfügung ist auch gültig, wenn die Auflage nicht erfüllt wird. Anders als die Bedingung ist die Auflage selbstständig erzwingbar; wird ihr nicht nachgelebt, so berührt das zwar nicht die Gültigkeit der Verfügung, doch kann das Gemeinwesen mit hoheitlichem Zwang die Auflage durchsetzen (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich/ Basel/Genf 2002, Rz. 914). Besonders bei der Anordnung von Reversen werden nicht selten Befristung, Auflagen und Bedingungen zu so genannten gemischten Nebenbestimmungen verbunden (Fries, S. 92; Haller/Karlen, Rz. 532). Bei der Beantwortung der Frage, ob ein Revers als Bedingung, Befristung, Auflage oder gemischte Nebenbestimmung zu qualifizieren ist, kann nicht einzig auf den Wortlaut der Baubewilligungen abgestellt werden, in denen oft von "Bedingungen" die Rede, auch wenn es sich der Sache nach um Befristungen oder Auflagen handelt (Leutenegger, S. 274; Fries, S. 93). Die Zuordnung hat vielmehr nach dem mit der betreffenden Nebenbestimmung verfolgten Zweck und unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu erfolgen (Häfelin/Müller, Rz. 915). Eine Bedingung liegt nur vor, wenn die Rechtsfolgen der Bewilligung vom Eintreten eines bestimmten oder unbestimmten Ereignisses abhängig gemacht werden sollen; in der Regel geht es der Bewilligungsbehörde jedoch darum, dem Bauwilligen oder einem Dritten bestimmte Verhaltenspflichten aufzuerlegen, welche die Geltung der Baubewilligung nicht berühren sollen, jedoch selbstständig vollstreckt werden können (Fries, S. 93). Die Auflage ist deshalb gleichsam der "Normalfall" der baurechtlichen Nebenbestimmung (Mäder, Rz. 474). Im Zweifelsfall ist deshalb eine Auflage und nicht eine Bedingung anzunehmen; auf eine Bedingung ist nur zu schliessen,

wenn ihre Erfüllung für eine sinnvolle Durchführung des Verwaltungsakts unerlässlich ist (Fries, S. 93).

### **E. 5.2**

Die Baubewilligung vom 18. September 1989 wurde unter zahlreichen "Bedingungen" erteilt, wovon mehrere von der Bauherrschaft "vor Baubeginn" zu erfüllen waren. Bei den meisten dieser Nebenbestimmungen ist offenkundig, dass von ihrer Erfüllung nicht die Gültigkeit der Baubewilligung abhängen sollte, sondern damit der Bauherrschaft Pflichten überbunden wurden, denen diese teils vor, teils nach Baubeginn nachzukommen hatte. So ist ohne weiteres auszuschliessen, dass von der Erfüllung der "Bedingung" (Dispositivziffer I.1b), wonach die Bauherrschaft "vor Baubeginn" über den Zustand des öffentlichen Grundes im Bereich des Baugrundstücks gemeinsam mit dem Tiefbauamt ein Protokoll zu erstellen habe, die Gültigkeit der Baubewilligung abhängen sollte. Gemäss der "Bedingung" von Dispositivziffer I.2 ist im Grundbuch für jede der beiden beteiligten Liegenschaften ein in der Baubewilligung ausformulierter "Revers" einzutragen. Diese ungenaue Formulierung beinhaltet der Sache nach die Festsetzung der vom Eigentümer der jeweiligen Liegenschaft zu duldenen Eigentumsbeschränkung, das heisst im Fall der Liegenschaft L-Strasse 02 die Verpflichtung, in dieser Liegenschaft solange keine Büros einzurichten, als die in der Liegenschaft L-Strasse 01 bewilligte Bürofläche nicht im gleichen Mass verkleinert wird. Diese Eigentumsbeschränkung gilt nach Rechtskraft der Baubewilligung unmittelbar und kann schon aus diesem Grund nur eine Auflage und nicht eine Bedingung für die Gültigkeit der Baubewilligung sein. Entsprechend ist das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Baubewilligung und Auflage gerade umgekehrt: Die Eigentumsbeschränkung gilt nur, weil die Baubewilligung in Anspruch genommen wurde (vgl. Fries, S. 91). Auch Dispositivziffer I.1, wonach die Bauherrschaft "vor Baubeginn" die vorerwähnten Reverse im Grundbuch hat anmerken zu lassen und hierüber ein Zeugnis des Grundbuchamts einzureichen hat, ist keine Bedingung, sondern eine vor Baubeginn zu erfüllende Auflage. Wenn der Revers bereits aufgrund der rechtskräftigen behördlichen Festsetzung Bestand hat und der Anmerkung im Grundbuch nur deklaratorische Wirkung zukommt, besteht kein Grund, die Gültigkeit der Baubewilligung von der Anmerkung der Eigentumsbeschränkung im Grundbuch abhängig zu machen. Wenn hingegen die Baufreigabe von der erfolgten Anmerkung abhängig gemacht wird, so hat das rein praktische Gründe: Die Behörde erspart sich die Umtriebe, die mit der grundsätzlich möglichen Anmerkung von Amtes wegen (Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar, 1975, Art. 680 ZGB N. 87) verbunden wären.

### **E. 5.3**

Damit beruht der Rekursentscheid auch insoweit auf einer falschen Rechtsauffassung, als die Vorinstanz die Anmerkung des Reverses als Bedingung und die Baubewilligung vom 18. September 1989 mangels Erfüllung dieser Bedingung als nicht rechtswirksam gewürdigt hat.

### **E. 6**

Im Rekursverfahren hat der private Beschwerdegegner geltend gemacht, verschiedene Räume im Erdgeschoss seien seit 1966 vom Generalkonsulat des Staats X als Büros genutzt worden, und hat sich für diese Nutzung auf das Bestandesprivileg berufen. Die Baurekurskommission, welche das Verbot zur Einrichtung von Büros als unbeachtlich würdigte, brauchte diese Frage nicht zu prüfen. Ein allfälliges früheres Bestandesprivileg ist aber jedenfalls mit der Baubewilligung vom 18. September 1989 und der damit

verbundenen Eigentumsbeschränkung für die Liegenschaft L-Strasse 02 untergegangen. Wie in den Erwägungen zu dieser Bewilligung ausdrücklich festgehalten wurde, war unter Berücksichtigung der vom Generalkonsulat beanspruchten Büroflächen der zulässige Büroflächenanteil überschritten, weshalb ein entsprechendes Ausnahmegesuch abgelehnt wurde.

#### **E. 7**

Damit erweist sich die Beschwerde der Stadt Zürich als begründet. Der Rekursentscheid ist aufzuheben und die aufgehobenen Teile des Beschlusses der Bausektion der Stadt Zürich vom 21. Januar 2003 sind wieder herzustellen.

#### **E. 8**

Gestützt auf § 13 Abs. 2 VRG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens den privaten Parteien je zur Hälfte und die Kosten des Rekursverfahrens vollständig dem privaten Beschwerdegegner aufzuerlegen. Der private Beschwerdegegner wird überdies für das Verfahren vor beiden Instanzen zu einer Parteientschädigung von insgesamt Fr. 4'000.- an die Beschwerdeführerin 1 verpflichtet; die wegen des Nichteintretens auf ihr Rechtsmittel unterliegende Beschwerdeführerin 2 hat den im Verfahren VB.2004.00239 obsiegenden privaten Beschwerdegegner mit Fr. 2'000.- zu entschädigen. Diese Entschädigungsbeträge schliessen die Mehrwertsteuer mit ein.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.