

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00427 vom 17. Juni 2009

ZH Verwaltungsgericht, 2009-06-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2008.00427](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2008.00427)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00427 du 17 juin 2009

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00427 del 17 giugno 2009

## Regeste

Baubewilligung | Gestaltung des Einfahrtsbereichs einer Unterniveaugarage; Näherbaurechtsvereinbarung; Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Der Inhalt einer Näherbaurechtsvereinbarung ist nach dem obligationenrechtlichen Vertrauensprinzip zu ermitteln. Demgemäss ist die Willensäusserung einer Partei so zu verstehen, wie sie ein vernünftiger und korrekter Empfänger nach den gesamten Umständen verstehen durfte und musste (E. 2.2). Die Höhe der Rampe ist im Schnittplan mit maximal 2,25 m ausdrücklich vermassst. Es ist daher davon auszugehen, dass der das Näherbaurecht einräumende Nachbar annahm, die überdachte Rampe würde diese im Plan angegebene Höhe aufweisen. Da die Höhe der Rampendecke im Plan vermassst ist, konnte und musste der Nachbar nicht mit einer Mehrhöhe der Rampenwand von 75 cm rechnen (E. 3.2). Der strittige Überzug ist zwar als von der Näherbaurechtsvereinbarung abweichend zu qualifizieren. Dennoch ist festzustellen, dass der durch die Abweichung resultierende Eingriff in die nachbarlichen Interessen relativ geringfügig ist. Zudem erweist sich ein Abriss des Überzugs auch aufgrund der besonderen Umstände der späteren Öffnung der Rampenwand zugunsten eines Anschlusses der Unterniveaugarage auf dem Nachbargrundstück als nicht verhältnismässig und hat somit zu unterbleiben. Abweisung.

## Erwägungen

### E. 1

A,

#### E. 1.1

Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Gestaltung der im Zusammenhang mit der Überbauung des Grundstücks Kat.-Nr. 01 erstellten Rampe, welche die Unterniveaugarage der Überbauung erschliesst. Die überdachte Garagenrampe befindet sich mehrheitlich im Grenzabstandsbereich zur Nachbarparzelle, welche Eigentum der Beschwerdeführenden ist. Sie bedarf daher unbestrittenermassen der nachbarlichen Zustimmung gemäss § 270 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG). Die Bauherrschaft hatte die Garagenrampe ursprünglich offen geplant. Nachdem die Beschwerdeführenden bereits gegen diese ursprüngliche Baubewilligung mit Rekurs an die Baurekurskommission gelangt waren, schlossen die Parteien am 3. Februar 2006 eine schriftliche Vereinbarung unter Beilage eines Grundriss- und eines Schnittplans der Garagenrampe. Die Vereinbarung hat Lage und Gestaltung der Rampe (insb. deren Überdachung) einerseits sowie das Recht der Beschwerdeführenden zur Benutzung derselben und die Tragung der Unterhaltskosten zum Gegenstand. Gestützt auf diese nachbarliche Vereinbarung erteilte die örtliche Baubehörde die Abänderungsbewilligung

für die Rampe.

### **E. 1.2**

Wie bereits im Rekursverfahren machen die Beschwerdeführenden geltend, die Rampe weiche von der mit der Bauherrschaft getroffenen Vereinbarung ab und sei daher in der heute realisierten Ausgestaltung vom Näherbaurecht nicht gedeckt. Entgegen der Vereinbarung zugrunde liegenden Pläne sei die Rampenwand mit einem 25 cm hohen Mauerrand verstärkt worden. Ausserdem sei im Bereich der zukünftigen Maueröffnung für den Anschluss des Grundstücks der Beschwerdeführenden auf einer Länge von rund 10 m ein 75 cm hoher Maueraufsatz erstellt worden. Die Vertragsauslegung der Vorinstanz, wonach die technische Detailgestaltung der Rampe nicht Gegenstand des Vertrages sei und der Bauherrschaft diesbezüglich ein Spielraum offen bleibe, sei unrichtig und rechtsverletzend. Die Höhe einer Baute sei das wichtigste und entscheidende Kriterium für die Gewährung eines Näher- oder Grenzbaurechts überhaupt. Die strittige Mauer stehe nur einige wenige Zentimeter von der Grundstücksgrenze der Beschwerdeführenden entfernt. Bei einer späteren Überbauung des Grundstücks werde die Hauptwohnseite der Bauten gegen die Mauer hin ausgerichtet sein. Als Folge des 75 cm hohen Maueraufsatzes weise die Mauer nun eine Höhe von 2,20 m ab gewachsenem Terrain auf. Selbst wenn das Wohngeschoss der künftigen Parterrewohnungen etwas über dem heute bestehenden Terrain liegen sollte, sei davon auszugehen, dass die Parterrewohnungen aus unmittelbarer Nähe direkte Sicht auf die hohe Mauer haben würden. Die Erhöhung der Mauer um 75 cm ergebe eine zusätzliche Betonfläche von rund 8 m<sup>2</sup>. Dies stelle eine unzumutbare Beeinträchtigung dar. Eine derart gravierende Abweichung lasse sich nicht mehr auf die bestehende Vereinbarung abstützen. Dass die Beschwerdeführenden auf den Erhalt der Pläne im Februar 2007 nicht sofort reagiert hätten, könne den Beschwerdeführenden Nrn. 2 bis 4 zum vornherein nicht entgegengehalten werden, da die Pläne einzig dem Beschwerdeführer Nr. 1 zugestellt worden seien. Dieser sei jedoch nie als Vertreter der übrigen aufgetreten. Der Beschwerdeführende Nr. 1 sei ausserdem nicht verpflichtet gewesen, die erhaltenen Pläne im Detail zu prüfen, da er nicht habe davon ausgehen müssen, dass die Pläne von der Vereinbarung derart abweichen würden. Erst als die Bauarbeiten im Frühjahr 2007 begonnen wurden, habe der Beschwerdeführende Nr. 1 überprüfen wollen, ob die Arbeiten so ausgeführt würden, dass der spätere Mauerdurchbruch ohne Schwierigkeiten erfolgen könne. Anlässlich einer in diesem Zusammenhang stattfindenden Besprechung mit der Bauherrschaft habe er die Pläne im Detail studiert und die geplanten Maueraufsätze entdeckt. Er habe gegen diese Abweichung von der Vereinbarung gegenüber der Bauherrschaft mit Schreiben vom 4. Juli 2007 umgehend protestiert und zum Ausdruck gebracht, dass er die Maueraufsätze nicht akzeptiere. Die Aufsätze seien daraufhin durch die Bauherrschaft in voller Kenntnis der fehlenden Zustimmung der benachbarten Grundeigentümer erstellt worden. Schliesslich sei die Feststellung der Vorinstanz, die Maueraufsätze seien aus technischen Gründen unerlässlich, nicht zutreffend. Durch eine entsprechende Tieferlegung der Rampe hätte ein Überschreiten der vereinbarungsgemässen Mauerhöhe vermieden werden können. Auch aus statischen Gründen sei ein 75 cm hoher Maueraufsatz nicht zwingend erforderlich. Die Machbarkeitsstudie von P Ingenieure vom 8. September 2008 zeige verschiedene Lösungen auf. Ausserdem werde dargelegt, dass die statischen Vorgaben mit der heute realisierten Konstruktion nicht eingehalten würden. Vielmehr müssten bei einem späteren Mauerdurchbruch zusätzliche Verstärkungsmassnahmen getroffen werden. Der Vorinstanz fehle die Sachkompetenz, eine solche Frage ohne Beizug eines Expertengutachtens zu

beantworten. Sie habe den Sachverhalt in diesem Punkt daher unrichtig festgestellt.

### **E. 1.3**

Nach Auffassung der Vorinstanz stand die detaillierte Ausgestaltung der Garagenrampe nicht im Vordergrund beim Abschluss der Näherbaurechtsvereinbarung. Beim Verweis auf den Plan 1 sei es primär um die Darstellung der Länge der Überdachung gegangen, Plan 2 zeige die Breite und Position des künftigen Mauerdurchbruchs. Es fehle eine Fassadenansicht der Rampe; in der Vereinbarung selber werde nicht ausdrücklich auf gestalterische Aspekte Bezug genommen. Auch aus der Vereinbarung sowie der Interessenlage der Parteien lasse sich nicht ableiten, dass die Gestaltung der Rampe für die Parteien wesentlich gewesen wäre. Es sei daher davon auszugehen, dass die Detailgestaltung der Rampe weder objektiv noch subjektiv wesentlicher Vertragsbestandteil sei. Diese Auffassung werde durch das Verhalten der Beschwerdeführenden bestärkt, welche erst rund 4 Monate nach Erhalt der Detailpläne mit Beanstandungen reagiert hätten. Die strittigen Maueraufsätze stünden zu den Plänen 1 und 2 ad acta Vereinbarung nicht in Widerspruch. Es sei dementsprechend von einer gewissen Freiheit der Bauherrschaft bei der Detailgestaltung auszugehen. Das Gegenteil müsste von den Beschwerdeführenden im Rahmen einer Anfechtung der Vereinbarung wegen Willensmängel auf zivilrechtlichem Wege geltend gemacht werden. Da ein Maueraufsatz von 75 cm aus technischen Gründen erforderlich sei, sei er überdies vom Zweck der Vereinbarung selber abgedeckt, da die vertraglichen Pflichten der Bauherrschaft sonst gar nicht erfüllbar seien. Ohne Mauerüberzug sei eine Öffnung der Rampenaufwand gar nicht möglich. Die Wand erfülle nämlich die Funktion eines Auflegers für die Decke. Wenn nun eine Wand auf einer Breite von mehr als 8 m geöffnet werde, müsse die dadurch wegfallende Auflage der Decke durch einen Unter- oder einen Überzug ersetzt werden, um die Lasten der Decke aufnehmen zu können. Bei der minimalen Durchfahrts Höhe von 2,25 m sei ein Unterzug gar nicht möglich. Die Höhe des Überzugs sei abhängig von der Deckenlast, insbesondere aber von der zu gewährleistenden Breite der Wandöffnung. Die erforderliche Höhe steige etwa im Quadrat zur Durchfahrtsbreite. Während also bei einer Durchfahrtsbreite von 4 m ein 20 cm hoher Überzug ausreichen würde, müsse dieser bei einer doppelt so breiten Öffnung 4-mal höher sein. Die Höhe von 75 cm sei daher erforderlich.

### **E. 1.4**

Die Bauherrschaft schliesslich macht im Wesentlichen geltend, es sei in Übereinstimmung mit der Vorinstanz ohne Weiteres möglich, dass Näherbaurechte ohne besondere Höhenbeschränkung vereinbart würden. Wenn aber die zulässige Höhe der begünstigten Baute umstritten sei, so müsse die Näherbaurechtsvereinbarung unter Berücksichtigung aller Interessen ausgelegt werden. Die zur Vereinbarung gehörenden Pläne enthielten zwar Angaben über die Höhenlage des Rampendeckels (Schnittplan), besagten jedoch nichts über dessen konstruktive Details. Die Baurekurskommission sei daher zu Recht davon ausgegangen, dass die Frage der Zulässigkeit der Rampenaufsätze durch Auslegung der Vereinbarung zu klären und zu bejahen sei. Dafür, dass die Details der Rampengestaltung für die Beschwerdeführenden nicht von wesentlichem Interessen gewesen sei, spreche insbesondere der Umstand, dass sie erst vier Monate nach Zustellung des Plans, aus welchem die Maueraufsätze klar ersichtlich gewesen seien, reagiert hätten. Im Weiteren legt die Bauherrschaft dar, weshalb die Behauptung, der Beschwerdeführende Nr. 1 sei nie als Vertreter der Erbgemeinschaft aufgetreten, unzutreffend sei. Schliesslich beurteilt die Bauherrschaft die statischen Ausführungen im angefochtenen Entscheid als plausibel und

erläutert, weshalb eine Tieferlegung der Rampe nicht möglich sei. Es obliege der Bauherrschaft, die Rampe so zu erstellen, dass sie ihren vertraglichen Verpflichtungen nachkommen könne. Allfällige Zusatzkosten habe sie alleine zu tragen. Es bestehe daher keine Verpflichtung, die Konstruktion nach speziellen Vorgaben der Beschwerdeführenden zu realisieren. Es werde bestritten, dass die gewählte Konstruktion die statischen Vorgaben nicht einhalten könne. 2.

## **E. 2**

B,

### **E. 2.1**

Vorliegend ist unbestritten, dass die überdachte Garagenrampe der nachbarlichen Zustimmung bedarf, da sie den erforderlichen Grenzabstand nicht einhält. Die Parteien haben denn auch eine Näherbaurechtsvereinbarung abgeschlossen. Einigkeit besteht darüber, dass die Beschwerdeführenden der Bauherrschaft grundsätzlich ein Näherbaurecht einräumten. Strittig ist hingegen der Inhalt des Näherbaurechts bzw. die Auslegung der Näherbaurechtsvereinbarung.

### **E. 2.2**

Die Einräumung eines Näherbaurechts stellt ein Rechtsgeschäft dar und erfolgt durch privatrechtlichen Vertrag. Inhalt des zweiseitigen (und damit nicht einseitig widerrufbaren) Rechtsgeschäfts ist eine private Abstandsregelung, welche von den ordentlichen öffentlichrechtlichen Grenz- und/oder Gebäudeabstandsvorschriften abweicht. Der zivilrechtliche Näherbaurechtsvertrag entfaltet aufgrund von § 270 Abs. 3 in Verbindung mit § 218 Abs. 2 PBG öffentlichrechtliche Wirkung. Damit ist die private Näherbaurechtsvereinbarung für die Baubehörde verbindlich. Der gesetzlich nicht geregelte Näherbaurechtsvertrag (Innominatkontrakt) bedarf keiner besonderen Form, d.h. der Vertrag kann auch mündlich zustande kommen. Für den gemäss § 5 lit. 1 der Bauverfahrensverordnung vom 3. Dezember 1997 erforderlichen Nachweis der Näherbaurechtsvereinbarung gegenüber der Baubehörde genügt eine einfache, schriftlich abgefasste Erklärung des belasteten Grundeigentümers zuhanden der Baubehörde. In der Praxis wird einem unterzeichneten Schriftstück auch die Unterzeichnung einer Katasterkopie oder eines anderen Bestandteil der Baugesuchsunterlagen bildenden Plans des Bauvorhabens durch den belasteten Nachbarn gleichgestellt. Bei der Unterzeichnung von Baugesuchsplänen ist in der Regel davon auszugehen, dass der Nachbar seine Zustimmung nur für dieses konkrete Bauvorhaben, d.h. projektbezogen, erteilt. Die Ermittlung des Inhalts einer Näherbaurechtsvereinbarung hat nach den Regeln der Vertragsauslegung zu erfolgen. Massgebend für die Bestimmung des Vertragsinhalts ist der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien (vgl. Art. 18 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR]). Wenn sich dieser nicht mehr feststellen lässt, ist der mutmassliche Wille der Parteien nach dem obligationenrechtlichen Vertrauensprinzip zu ermitteln. Demgemäss ist die Willensäusserung einer Partei so zu verstehen, wie sie ein vernünftiger und korrekter Empfänger nach den gesamten Umständen verstehen durfte und musste (vgl. zum Ganzen VGr, 1. Oktober 2008, VB.2008.00202, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). 3.

## **E. 3**

C,

### **E. 3.1**

In dem Bestandteil der Näherbaurechtsvereinbarung bildenden Schnittplan ist eine Rampenhöhe von 2,25 m angegeben. Die Gurtstärke ist mit 0,27 m vermasst. Unbestritten ist, dass die Rampe diese Masse einhält, wobei die Nachmessungen des Gemeindegeometers sogar ergeben haben, dass die Rampe im gewachsenen Terrain 4 cm tiefer angesetzt wurde, als im Schnittplan angegeben. Unbestritten ist jedoch auch, dass die Rampenwand mit einem durchgehenden Maueraufsatz von 25 cm einerseits und einem Überzug von 75 cm auf einer Länge von rund 10 m im Bereich der mutmasslichen späteren Wandöffnung andererseits versehen wurde, und diese Überzüge in den zur Vereinbarung gehörigen Plänen nicht verzeichnet sind. Nach Auffassung der Beschwerdeführenden sind beide Überzüge nicht vom Näherbaurecht gedeckt.

### **E. 3.2**

In der schriftlichen Näherbaurechtsvereinbarung wird ausdrücklich auf die beiden Pläne verwiesen, welche denn auch als Bestandteile der Vereinbarung bezeichnet werden. Es steht demnach fest, dass der belastete Nachbar seine Zustimmung für eine den Plänen entsprechende Rampe erteilt hat. Zutreffend ist allerdings auch, dass es sich bei den Planunterlagen um einen Grundriss- und einen Längsschnittplan handelt, eine Fassadenansicht aber fehlt. Details der Fassadengestaltung können den Plänen somit nicht entnommen werden. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass gewisse technische und gestalterische Details der Rampe bei Vertragsabschluss wohl noch nicht feststanden. Es kann der Baurekurskommission daher grundsätzlich darin beigelegt werden, dass es dem Willen beider Parteien entsprochen haben mag, der Bauherrschaft gewisse Details in der Ausgestaltung der Rampe zu überlassen. Fraglich ist nun allerdings, ob die strittigen Überzüge als „technische und gestalterische“ Details der Rampe qualifiziert werden können, bei denen ohne Weiteres davon ausgegangen werden darf, sie seien vom mutmasslichen Willen des belasteten Nachbarn gedeckt. Dies gilt offensichtlich bezüglich des kleineren Überzugs von 25 cm Höhe, welchen die Beschwerdeführenden ausdrücklich zu akzeptieren bereit waren und dessen Entfernung sie im vorliegenden Verfahren auch nicht beantragen. Die Höhe der Rampe kann im Schnittplan nicht nur gemessen werden, sondern ist mit maximal 2,25 m ausdrücklich vermasst. Es ist daher davon auszugehen, dass der das Näherbaurecht einräumende Nachbar annahm, die überdachte Rampe würde diese im Plan angegebene Höhe aufweisen. Da die Höhe der Rampendecke im Plan vermasst ist, konnte und musste der Nachbar nicht mit einer Mehrhöhe der Rampenwand von 75 cm (auf einer Länge von 10 m) rechnen. Eine Mehrhöhe von einem Drittel kann nicht als (technisch oder gestalterisch bedingtes) Detail verstanden werden. Dass die Höhe einer Baute im Grenzabstandsbereich für einen mit einem Näherbaurecht belasteten Nachbarn von untergeordneter Bedeutung ist, mag in Einzelfällen zutreffen, sollte jedoch nicht leichtfertig angenommen werden. Nicht nur die allgemeine Lebenserfahrung, sondern auch gesetzliche Regelungen im öffentlichen Baurecht (wie beispielsweise kleinere Grenzabstände für besondere Gebäude, Mehrhöhenzuschläge etc.) sprechen für den starken Zusammenhang zwischen der Höhe von Bauten im Grenzabstandsbereich einerseits und der potenziellen Beeinträchtigung des benachbarten Grundeigentümers andererseits. Es ist auch im vorliegenden Fall plausibel, dass die Höhe der gegenüber seinem Grundstück in Erscheinung tretenden Rampenwand einer der wesentlichen Aspekte für die Willensbildung des Nachbarn war. Dies gilt umso mehr, als sich die Betonwand im Süden des Nachbargrundstücks befindet. Daran nichts zu ändern vermag der Umstand, dass die

Einräumung des Näherbaurechts im vorliegenden Fall durch weitere Beweggründe, wie etwa die Möglichkeit des Anschlusses an die Tiefgaragenausfahrt im Fall eines eigenen Bauvorhabens, beeinflusst wurde.

### **E. 3.3**

Keine Rolle spielt in diesem Zusammenhang, ob der Überzug von 75 cm technisch erforderlich ist oder nicht. Es ist davon auszugehen, dass dieser der schriftlich vorliegenden Näherbaurechtsvereinbarung nicht entspricht. Demzufolge hätte die Bauherrschaft dafür die nachbarliche Zustimmung einholen oder aber vorläufig auf die Erstellung des Überzugs verzichten sollen. (Letzteres wäre wohl auch sinnvoll gewesen. Die Frage nach der exakten Höhe und Lage des Überzugs lässt sich ohnehin erst im Zusammenhang mit einem konkreten Bauvorhaben auf dem Nachbargrundstück abschliessend beantworten, wenn feststeht, wo und wie genau der Rampenanschluss erfolgen soll. Im Plan Nr. 2 ist nur von „möglichem Anschluss“ die Rede. Eine andere Anschlussstelle ist demzufolge nicht ausgeschlossen. Ein konkretes Bauprojekt der Beschwerdeführenden liegt noch nicht vor.)

### **E. 3.4**

Zu prüfen bleibt, ob von einer übereinstimmenden Änderung der ursprünglichen Näherbaurechtsvereinbarung auszugehen sei, wie dies die Bauherrschaft geltend macht. Dass die Beschwerdeführenden auf die (auf ihren ausdrücklichen Wunsch hin) erfolgte Zusendung der Ausführungspläne der Tiefgaragenrampe nicht innert nützlicher Frist reagiert hätten, sei als stillschweigendes nachträgliches Einverständnis zu werten. Diese Auffassung lässt sich nicht halten. Gemäss Art. 6 OR gilt Stillschweigen auf einen Antrag zur Vertragsänderung nur dann als Annahme, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäfts oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist. Massgebend ist dabei, ob der Antragsteller aufgrund des Vertrauensprinzips aus dem Schweigen auf Annahme schliessen durfte und konnte. Dies wird für Versuche, geschlossene Verträge nachträglich abzuändern oder Bedingungen nachzuschieben, regelmässig verneint (vgl. Schmidlin, Berner Kommentar VI/I/1, 1986, OR 6 N. 54). Vorliegend sind keine Umstände ersichtlich, welche eine andere Auffassung rechtfertigen würden. Zwar ist einzuräumen, dass der Widerspruch der Beschwerdeführenden gegen den Überzug von 75 cm reichlich spät erfolgte, nachdem die Überzüge in den Planunterlagen sogar noch mit Farbe hervorgehoben worden waren. Insbesondere ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Beschwerdeführer Nr. 1 die Pläne nach Erhalt nicht umgehend studierte und seinen Widerspruch anmeldete, nachdem er die Zusendung der Planunterlagen bei der Bauherrschaft ausdrücklich verlangt hatte. Erst mit Schreiben vom 4. Juli 2007 beanstandeten die Beschwerdeführenden die strittigen Überzüge ausdrücklich. Da die Überzüge aber offenbar erst im Juli erstellt worden waren (was die Beschwerdeführenden in der Beschwerdeschrift geltend machen und von der Bauherrschaft nicht bestritten wird), kann die Bauherrschaft aus der späten Reaktion der benachbarten Grundeigentümer nichts zu ihren Gunsten ableiten. Im Zeitpunkt der Erstellung der Überzüge war sie demnach bereits im Besitz des Schreibens vom 4. Juli 2007 und damit in Kenntnis der fehlenden Zustimmung der Näherbaurechtsgeber zum hohen Überzug von 75 cm. Die Bauherrschaft kann sich unter diesen Umständen nicht darauf berufen, sie habe gestützt auf das Vertrauensprinzip davon ausgehen dürfen, die Beschwerdeführenden hätten ihre Zustimmung stillschweigend erteilt. Damit kann die Frage, ob das Verhalten des Beschwerdeführers Nr. 1 den übrigen Beschwerdeführenden überhaupt angerechnet werden könnte, offen bleiben. Nach dem Gesagten ist der strittige Mauerüberzug von 75 cm daher

auch nicht von einer nachträglichen Vertragsänderung gedeckt.

#### **E. 4**

D, alle vertreten durch RA E, Beschwerdeführende, gegen 1. Baukonsortium O, nämlich:

##### **E. 4.1**

Da der Mauerüberzug von 75 cm somit nicht bewilligungsfähig ist, stellt sich die Frage nach der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, d.h. nach dessen Abbruch. Gemäss § 341 PBG hat die zuständige Baubehörde ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung den rechtmässigen Zustand herbeizuführen. § 341 PBG verlangt seinem Wortlaut entsprechend die vorbehaltlose Durchsetzung der Rechtsordnung bzw. die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Ein Ermessen, ob die zuständige Behörde tätig werden oder ob sie die Sache auf sich beruhen lassen soll, besteht damit grundsätzlich nicht (VGr, 13. April 2000, VB.2000.00033, E. 3.a, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch); Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz. 665; François Ruckstuhl, Öffentlichrechtliche Baumängel, in: Peter Münch/Peter Karlen/Thomas Geiser [Hrsg.], Beraten und Prozessieren in Bausachen, Basel/Genf/München, 1998, N. 14.63 ff., je auch zum Folgenden). Allerdings hat die Baubehörde beim Vollzug den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten, und zwar auch dann, wenn der Bauherr die widerrechtliche Baute böswillig erstellt hat. Dieser muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen (BGE 111 Ib 213 E. 6b S. 224). Die Frage nach der Verhältnismässigkeit des Abbruchs ist eine Rechtsfrage, zu deren Überprüfung das Verwaltungsgericht gemäss § 50 Abs. 1 VRG befugt ist (RB 1984 Nr. 18). Allerdings ist mit der Gewichtung der in Frage stehenden öffentlichen und privaten Interessen die Auslegung unbestimmter Begriffe verbunden, bei der den verfügenden Verwaltungsbehörden ein gewisser Beurteilungsspielraum zusteht, den die Rechtsmittelinstanzen nur mit Zurückhaltung überprüfen (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 50 N. 73). Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Abbruchbefehl dann unverhältnismässig, wenn die Abweichung vom gesetz- oder bauordnungsgemässen Zustand gering ist und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen (BGE 111 Ib 213 E. 6.b. S. 224; VGr, 12. Juni 1987, ZBl 89/1988, S. 262). Von den erwähnten allgemeinen Interessen sind – in Ergänzung der Rechtsprechung – insbesondere auch die privaten Interessen eines Nachbarn erfasst. Geringfügig ist eine Abweichung, wenn nur um Weniges von der materiellen Vorschrift abgewichen wird und sie dem Bauherrn keinen oder nur einen geringfügigen Nutzen bringt. Entscheidend sind diesbezüglich auch präjudizielle Aspekte. Ferner können Gründe des Vertrauensschutzes einen Verzicht gebieten, wenn die Bauherrschaft gutgläubig angenommen hat, sie sei zur Ausführung der Baute ermächtigt, und wenn der Beibehaltung des ungesetzlichen Zustands nicht schwerwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen.

##### **E. 4.2**

Der strittige Überzug ist zwar als von der Näherbaurechtsvereinbarung abweichend zu qualifizieren. Dennoch ist mit der Vorinstanz festzustellen, dass der durch die Abweichung

resultierende Eingriff in die nachbarlichen Interessen relativ geringfügig ist. Die Tiefgaragenrampe ist insgesamt 16 m lang. Der grosse Überzug weist zwar eine Länge von 10 m auf, befindet sich aber in demjenigen Bereich der Rampe, in dem die Rampenwand nicht mehr so weit aus dem Boden herausragt, d.h. die Mauer (ohne Überzug) nicht mehr 2 m hoch ist. Die Beschwerdeführenden bringen vor, der Ausblick aus den noch zu realisierenden Wohnungen auf ihrem Grundstück würde durch die hohe Rampenwand beeinträchtigt werden. Sie machen damit eine künftige Beeinträchtigung geltend, bringen indessen nicht vor, sie seien bereits heute von der Mauerhöhe betroffen. Der Bauherrschaft ist zugute zu halten, dass sie sich durch die Erstellung des Überzugs keine eigenen Vorteile verschaffen wollte. Um den späteren Anschluss zu erleichtern, ging sie über den genauen Wortlaut der Vereinbarung hinaus und versuchte auf diese Weise ihrer vertraglichen Verpflichtung gegenüber den Näherbaurechtsgebern nachzukommen, wobei einzuräumen ist, dass dies wohl auf möglichst kostengünstige Weise erreicht werden sollte. Zugunsten der Bauherrschaft darf im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung auch berücksichtigt werden, dass die Beschwerdeführenden in der Tat sehr spät auf die von ihnen ausdrücklich angeforderten Planunterlagen reagiert haben. Auch wenn diese späte Reaktion nicht als stillschweigende Zustimmung zur Vertragsänderung qualifiziert werden kann, wie dies in den vorstehenden Erwägungen ausgeführt wurde, so war sie doch immerhin geeignet, die Bauherrschaft lange Zeit im Glauben zu lassen, die benachbarten Grundeigentümer seien mit der geplanten Vorgehensweise einverstanden. Die Bauherrschaft erfuhr zwar noch vor Erstellung der Überzüge, jedoch erst deutlich nach Baubeginn der Rampe vom nachbarlichen Widerstand, also in einem Zeitpunkt, in dem das statische Konzept für die Rampe bereits feststand und die Bauarbeiten bereits teilweise ausgeführt waren. Schliesslich ist davon auszugehen, dass sich die Frage nach der genauen Lage eines Wanddurchbruchs zugunsten der noch zu realisierenden Unterniveaugarage auf dem benachbarten Grundstück definitiv erst bei Vorliegen eines konkreten Bauvorhabens bestimmen lässt. Die Beschwerdeführenden hatten es auch in der Hand, dieses Bauvorhaben so zu konzipieren, dass der Rampenüberzug sich möglichst wenig zulasten ihres Grundstücks auswirkt.

#### **E. 4.3**

Zusammenfassend sind die Einwände der Beschwerdeführenden zwar insofern berechtigt, als der hohe Maueraufsatz von 75 cm als vom Näherbaurecht nicht gedeckt zu qualifizieren und somit ohne Zustimmung des belasteten Nachbarn grundsätzlich nicht bewilligungsfähig ist. Aufgrund der besonderen Umstände der späteren Öffnung der Rampenwand zugunsten eines Anschlusses der Unterniveaugarage auf dem Nachbargrundstück erweist sich ein Abriss des Überzugs jedoch als nicht verhältnismässig und hat somit zu unterbleiben.

#### **E. 5**

Demnach ist die Beschwerde abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid im Sinne der Erwägungen zu bestätigen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Eine Parteientschädigung steht der unterliegenden Partei zum vornherein nicht zu. Indessen sind die Voraussetzungen für eine angemessene Parteientschädigung an die Bauherrschaft erfüllt (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer :