

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00181 vom 27. Januar 2010**

ZH Verwaltungsgericht, 2010-01-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2009.00181](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2009.00181)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00181 du 27 janvier 2010

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00181 del 27 gennaio 2010

## **Regeste**

Baubewilligung | Baubewilligung für Mehrfamilienhaus. Umstrittenes Näherbaurecht. Die Auslegung der vorliegenden Dienstbarkeit fällt als zivilrechtliche Vorfrage grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich des Zivilrichters (E. 2.2). Die Umstände, unter denen der Begründungsvertrag zustande gekommen ist, weisen auf eine projektbezogene Dienstbarkeit hin. Da die streitbetroffenen Grundstücke jedoch nicht vom Überbauungsprojekt betroffen waren, bleibt unklar, welchen Sinn die projektbezogene Dienstbarkeit vernünftigerweise für diese Grundstücke haben konnte (E. 2.2.3). Insgesamt erscheinen die Tragweite und der Inhalt der Dienstbarkeit höchst unklar. Es kann somit nicht gesagt werden, dass den Parteien ein klares Näherbaurecht eingeräumt wurde, weshalb die Baubehörde der Beschwerdegegnerin gestützt auf diese Dienstbarkeit keine Baubewilligung erteilen durfte (E. 2.3). Gutheissung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

C AG, vertreten durch RA D ,

#### **E. 1.1**

Die Bauherrschaft plant auf dem Grundstück Kat.-Nr. 02 in Zürich die Errichtung eines Mehrfamilienhauses. Der Grenzabstand zum Grundstück Kat.-Nr. 03 des Beschwerdeführers soll dabei gestützt auf ein Näherbaurecht (Grundstückeintrag vom 16. Juli 1979) lediglich 2,05 m betragen. Zum westlich angrenzenden Grundstück Kat.-Nr. 06 ist ein Grenzabstand von 1,01 m vorgesehen. Die zu überbauende Parzelle der Beschwerdegegnerin sowie das Grundstück Kat.-Nr. 06 sind der Zone W2 zugewiesen, währenddem sich das Grundstück des Beschwerdeführers in der Freihaltezone befindet.

#### **E. 1.2**

Gestützt auf die Dienstbarkeit "Recht, näher, höher und auf die Grenze zu bauen", welche am 16. Juli 1979 ins Grundbuch eingetragen wurde, sah die Baubehörde den Nachweis über die Einräumung des Näherbaurechts zu den Grundstücken Kat.-Nrn. 06 und 03 als erbracht und bewilligte den reduzierten Abstand im Sinne von § 270 Abs. 3 PBG. Die Vorinstanz kam ebenfalls zum Schluss, dass es nicht zu beanstanden sei, wenn die Baubehörde aufgrund der klar und exakt formulierten Dienstbarkeit aus dem Jahr 1979 und der dort statuierten Näher-, Höher- und Grenzbaurechte eine baurechtliche Bewilligung erteilt habe.

#### **E. 1.3**

Demgegenüber ist der Beschwerdeführer der Ansicht, dass der privaten Beschwerdegegnerin aus der Dienstbarkeit "Recht, näher, höher und auf die Grenze zu

bauen" vom 16. Juli 1979 kein Näherbaurecht bezüglich des streitbetroffenen Bauprojekts zustehe. Der Text der Dienstbarkeit sei interpretationsbedürftig, was vom Verwaltungsgericht bereits im Entscheid VB.2002.00144 festgestellt worden sei. Aufgrund dieser Unsicherheit, ob zugunsten der privaten Beschwerdegegnerin überhaupt eine gültige Dienstbarkeit vorliege oder nicht, hätte die Baubehörde die Baubewilligung zwingend verweigern müssen. Da die Vorinstanz indes diese Dienstbarkeit zu Unrecht berücksichtigt habe, sei ihr Entscheid rechtsfehlerhaft und daher aufzuheben. Die private Beschwerdegegnerin führe auch keinen anderen Rechtsgrund an, aufgrund dessen ihr das notwendige Näherbaurecht zustehen könnte. Somit erweise sich das strittige Bauprojekt als nicht bewilligungsfähig. Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit seien durch Auslegung zu ermitteln. Die Dienstbarkeit bzw. deren Erwerbsgrund enthalte keine detaillierten Regelungen bezüglich einzelner Grenzabstände. Vielmehr sei bezüglich aller 43 ursprünglich beteiligten Grundstücke ganz pauschal und unterschiedslos Näher-, Höher- und Grenzbaurechte gegenseitig eingeräumt worden. Indessen sei es baurechtlich nicht möglich bzw. unzulässig, dass alle berechtigten Grundeigentümer gegenseitig von entsprechenden, generellen und inhaltlich unbeschränkten Rechten hätten Gebrauch machen können, da sonst die erforderlichen Gebäudeabstände unterschritten worden wären. Die Dienstbarkeit könne aus diesem Grund nicht so verstanden werden, dass sich alle Grundeigentümer generelle und unbeschränkte Näher- und Grenzbaurechte eingeräumt hätten. Eine derartige Auslegung sei nicht nur sinnwidrig, sondern auch völlig unpraktikabel. Sodann sei im Wortlaut von den "notwendigen" Rechten die Rede. In Anbetracht dessen, dass der Erwerbsgrund der Dienstbarkeit den Vollzug des Quartierplans regle, könne dies nur so verstanden werden, dass sich die Grundeigentümer nur die zum Vollzug des Quartierplans notwendigen Rechte gegenseitig einräumen wollten.

#### **E. 1.4**

Die Beschwerdegegnerin lässt geltend machen, dass der Text des Näherbaurechts vom 16. Juli 1979 klar und einfach verständlich sei. Es brauche zur Feststellung seines Inhalts keine weitergehende Auslegung oder Interpretation. Da dieses Näherbaurecht die vorgesehenen Abstandsunterschreitungen zuliesse, habe die Baubehörde das Projekt bewilligen können. Die Frage, ob die vorliegende Dienstbarkeit ein Näherbaurecht darstelle, beantworte der Text der Dienstbarkeit mit aller nötigen Klarheit. Weil die Baubehörde bei ihrem Entscheid nur das Näherbaurecht vom 16. Juli 1979 habe berücksichtigen müssen und weil dieses Näherbaurecht inhaltlich klar formuliert sei, sei das Bauprojekt zu Recht bewilligt worden. Die Dienstbarkeit erlaube, Hauptgebäude so hoch und so nah an die Grenze zu bauen, wie dies die Baubehörde der Stadt Zürich erlaube, auch unter Zuhilfenahme von Ausnahmbewilligungen. Da im Zeitpunkt der Niederschrift dieser Dienstbarkeit ebenso wie heute ohne Weiteres davon ausgegangen werden könne, dass die Baubehörde bei Erteilung einer Baubewilligung die jeweils geltenden Normen des öffentlichen Baurechts anwende, sei die Dienstbarkeit so zu verstehen, dass baulich erlaubt sein solle, was nach dem jeweils geltenden Baurecht bewilligungsfähig sei; auch unter Zuhilfenahme von Näherbaurechten und Ausnahmbewilligungen. Einem allfälligen Einwand, diese Dienstbarkeit sei bezüglich der Näherbaurechte recht grosszügig formuliert, sei zu entgegnen, dass unter dem Regime des PBG in der Fassung von 1975 die Unterschreitung des Gebäudeabstands nur im Ausnahmefall bewilligt worden sei und auch seit der Änderung von 1992 nur unter Wahrung einwandfreier wohnhygienischer und feuerpolizeilicher Verhältnisse bewilligt werde. Das habe die Bedeutung des Näherbaurechts zu allen Zeiten erheblich relativiert. Diese einschränkende Bedeutung sei

gegenüber einem Grundstück in der Nicht-Bauzone natürlich entfallen. Aber auch daran habe sich seit 1979 nichts geändert, und es dürfe davon ausgegangen werden, dass die Stadt Zürich als professionelle Grundeigentümerin und Baubehörde um den Umfang und die Bedeutung des Näherbaurechts gewusst habe. Weil das Grundstück Kat.-Nr. 03 nicht im Quartierplangebiet gelegen habe und weil beide in diesem Fall betroffenen Grundstücke nicht an der Überbauung gemäss damaligem "Richtplan" teilgenommen hätten, könne nicht behauptet werden, das Näherbaurecht sei nur für den Vollzug des Quartierplans bzw. für die Realisierung der anschliessenden Überbauung begründet worden und es sei unabhängig vom konkreten Nutzen quasi vorsorglich auf alle Grundstücke des Quartierplans verlegt worden. Deshalb treffe es nicht zu, dass das Näherbaurecht daher automatisch mit dem Abschluss des Quartierplans dahinfalle. Für den Vollzug des Quartierplans, der die Erschliessung eines Baugebiets und somit vor allem Tiefbauten zum Gegenstand gehabt habe, sei die Dienstbarkeit schlicht nicht notwendig gewesen. Dass erst die eingeräumten Näherbaurechte die Umsetzung des Quartierplans ermöglicht hätten, sei daher falsch. Die Dienstbarkeit habe vielmehr dazu gedient, eine später erfolgende Überbauung des Quartiergebiets zu vereinfachen. Das Näherbaurecht habe mangels Teilnahme der hier betroffenen Grundstücke am Überbauungsprojekt und mangels anderer Bauabsichten gar keine auf ein konkretes Überbauungsprojekt bezogene Dienstbarkeit sein können. Die Dienstbarkeit sei somit klarerweise zumindest mit Bezug auf die infrage stehenden Grundstücke eine abstrakte Dienstbarkeit. Die Dienstbarkeit räume kein Nährer- oder Grenzbaurecht rechtsverbindlich im Sinne von konstitutiv ein, sondern sie mache es von der Bewilligung der Baubehörde abhängig. Da die Baubehörde berufen sei, öffentliches Baurecht anzuwenden, falle auch gemäss Dienstbarkeit der Entscheid über ein Näherbaurecht allein aufgrund von öffentlichem Baurecht.

## **E. 2**

Bausektion der Stadt Zürich, Beschwerdegegnerinnen, betreffend Baubewilligung, hat sich ergeben: I. Am 3. Juni 2008 erteilte die Stadt Zürich der C AG die Baubewilligung für den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit Einstellhalle auf dem Grundstück Kat.-Nr. 02, E-Strasse, in Zürich. Im Hinblick auf die Unterschreitung der Grenzabstände durch das Bauvorhaben verwies die Baubehörde auf einen Grundbucheintrag vom 16. Juli 1979 und erklärte, damit sei der Nachweis über die Einräumung des Näherbaurechts erbracht. Der reduzierte Abstand könne im Sinne von § 270 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) bewilligt werden. II. Den gegen die Baubewilligung von A (Eigentümer des Nachbargrundstücks Kat.-Nr. 03) am 10. Juli 2008 erhobenen Rekurs wies die Baurekurskommission I mit Entscheid vom 27. Februar 2009 ab. Sie führte aus, es stelle sich in der Hauptsache die Frage, ob die Baubehörde gestützt auf die vorhandenen Dienstbarkeiten eine Bewilligung für ein Näherbaurecht habe erteilen dürfen oder nicht. Die Vorinstanz kam zum Schluss, die Baubehörde habe sich zu Recht auf die Dienstbarkeit vom 16. Juli 1979 abgestützt. Die Dienstbarkeit sei inhaltlich unmissverständlich. Aus dem Wortlaut gehe das Recht zum Näher-, Höher- und Grenzbau klar hervor. Einer Auslegung der Dienstbarkeit bedürfe es nicht. Anders verhalte es sich mit der Baubeschränkungsdienstbarkeit vom 24. August 1937, welche nach Ansicht des Rekurrenten der Dienstbarkeit vom 16. Juli 1979 gestützt auf das Prinzip der Alterspriorität vorgehe. Es sei nicht zu beanstanden, wenn die Baubehörde aufgrund der klar und exakt formulierten Dienstbarkeit aus dem Jahr 1979 bzw. der dort statuierten Näher-, Höher- und Grenzbaurechte eine baurechtliche Bewilligung erteilt habe. Die inhaltlich erhebliche Zweifel erweckende Dienstbarkeit aus dem Jahr 1937 habe sie im vorliegenden

öffentlichrechtlichen Verfahren klarerweise nicht berücksichtigen müssen. Die vom Rekurrenten erhobene Einordnungsrüge wies die Vorinstanz ebenfalls ab. III. Gegen den Entscheid der Vorinstanz erhob A mit Eingabe vom 2. April 2009 fristgerecht Beschwerde und beantragte, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und der Bauherrschaft die nachgesuchte Baubewilligung zu verweigern; eventualiter sei die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der privaten Beschwerdegegnerin. Am 20. April 2009 übermittelte die Vorinstanz die Akten und beantragte ohne weitere Bemerkungen die Abweisung der Beschwerde. Mit Beschwerdeantwort vom 6. Mai 2009 ersuchte die Baubehörde um Abweisung der Beschwerde. Die Bauherrschaft reichte ihre Beschwerdeantwort am 4. Juni 2009 ein und beantragte ebenfalls vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, wobei die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen seien und dieser zu einer angemessenen Umtriebsentschädigung zu verpflichten sei. Die Ausführungen der Parteien werden, soweit rechtserheblich, in den Entscheidgründen wiedergegeben. Die Kammer zieht in Erwägung: 1.

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 13 Abs. 1 der geltenden Bau- und Zonenordnung der Stadt Zürich vom 23. Oktober 1991 (BZO) beträgt der Grundgrenzabstand in der Zone W2 5 m. Unbestritten ist, dass das geplante Objekt lediglich einen Grenzabstand von 2,05 m bzw. 1,01 m einhält. Für die Zulässigkeit des Projekts bedarf es daher der nachbarlichen Zustimmung gemäss § 270 Abs. 3 PBG. Die Bauherrschaft beruft sich auf eine am 16. Juli 1979 ins Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit "Recht, näher, höher und auf die Grenze zu bauen". Der Beschwerdeführer bestreitet, dass der privaten Beschwerdegegnerin aus dieser Dienstbarkeit ein Näherbaurecht bezüglich des streitbetroffenen Bauprojekts zustehe.

### **E. 2.2**

Massgebend für die Frage der Zulässigkeit des geplanten Mehrfamilienhauses ist das als Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragene Näherbaurecht aus dem Jahr 1979. Die Frage nach dessen Inhalt ist zivilrechtlicher Natur und fällt somit grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich des Zivilrichters, sie kann jedoch durch die Baubewilligungsbehörde bzw. die Rechtsmittelinstanzen vorfrageweise geprüft werden. Verwaltungsbehörden haben jedoch hinsichtlich der vorfrageweisen Entscheidfindung von zivilrechtlichen Fragen Zurückhaltung zu üben. Die Auslegung eines zivilrechtlichen Vertrags durch eine Verwaltungsbehörde wird dann als zulässig erachtet, wenn der Vertragsinhalt leicht feststellbar ist und sich ein unzweifelhaftes Resultat ergibt (VGr, 30. April 1981, BEZ 1981 Nr. 1 = ZBl 1981, S. 463 = ZR 81 Nr. 6).

#### **E. 2.2.1**

Der Inhalt einer Dienstbarkeit bestimmt sich gemäss Art. 738 des Zivilgesetzbuches (ZGB) zunächst nach Eintrag im Grundbuch (Abs. 1). In zweiter Linie kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit im Rahmen des Eintrags aus ihrem Erwerbsgrund ergeben (Abs. 2 Satz 1). Schliesslich kann der Inhalt nach der Art, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist, bestimmt werden (Abs. 2 Satz 2).

#### **E. 2.2.2**

Der im Grundbuch eingetragene Wortlaut der Dienstbarkeit vom 16. Juli 1979 lautet wie folgt: "Grunddienstbarkeit Recht, näher, höher und auf die Grenze zu bauen Die jeweiligen Eigentümer von Kat. ... [Aufzählung der Katasternummern von 43 Grundstücken, darunter

auch 03, 02 und 06] räumen sich je gegenseitig unentgeltlich die notwendigen Rechte ein, näher, höher und auf die Grenze zu bauen, für die Bauten, wie diese von den zuständigen Behörden auf diesen Grundstücken, selbst unter Erteilung von irgendwelchen Ausnahmegewilligungen, bewilligt werden." Der vollständige Wortlaut der Dienstbarkeit ergibt sich aus der öffentlich beurkundeten Vereinbarung vom 10. April 1979 zum Vollzug des Quartierplans F: "7. Zur Regelung der nachbarlichen Verhältnisse sind ferner anlässlich der Anmeldung dieses Vertrages zur Eintragung ins Grundbuch folgende neue Grunddienstbarkeiten ebenfalls zur Eintragung anzumelden: 7.1 Recht näher, höher und auf die Grenze zu bauen je gegenseitig zu Gunsten zu Lasten von Kat.-Nr. ... [Aufzählung der Katasternummern von 43 Grundstücken, darunter auch 03, 02 und 06] Die jeweiligen Eigentümer der berechtigten und belasteten Grundstücke räumen sich je gegenseitig unentgeltlich die notwendigen Rechte ein, näher, höher und auf die Grenze zu bauen, für die Bauten, wie diese von den zuständigen Behörden auf diesen Grundstücken, selbst unter Erteilung von irgendwelchen Ausnahmegewilligungen, bewilligt werden." Von dieser Dienstbarkeit sind 43 Grundstücke betroffen, darunter auch kleine. Wollte man allein auf ihren Wortlaut abstellen, würde dies bedeuten, dass ein Eigentümer, der frühzeitig baut, sein Grundstück bis an die Grenzen überstellen darf, währenddem die später bauenden Nachbarn dann entsprechende Mindestabstände einhalten müssten und so das Nachsehen hätten. Das kann nicht der Sinn dieser Dienstbarkeit sein. Bereits im Verfahren VB.2002.00144 hat das Verwaltungsgericht in einer Streitsache, die zwar ein anderes Grundstück, jedoch die wörtlich gleiche Dienstbarkeit betraf, festgehalten, dass der Wortlaut der Dienstbarkeit nicht besonders aussagekräftig sei, denn allein in den Wortlaut der Dienstbarkeit könne sowohl ein generelles wie auch ein projektbezogenes Näherbaurecht hineingelesen werden.

### **E. 2.2.3**

Wie den Erläuterungen zum "Richtplan" F zu entnehmen ist, stand die Begründung der Dienstbarkeit offenbar im Zusammenhang mit dem als Zusatz zum Quartierplan vereinbarten Richtplan F, in welchem ein analoges Näherbaurecht vorgesehen wurde. Demnach erklärten sich die Grundeigentümer bereit, die für das Quartierplangebiet geplante gemeinsame Überbauung gemäss einem sogenannten "Richtplan" zu erstellen. Aus diesen Erläuterungen schloss das Verwaltungsgericht im oben erwähnten Entscheid, dass die Einräumung von Grenzbaurechten "für den Vollzug des Richtplans" die Rechtseinräumung im Hinblick auf die geplante Überbauung des Quartierplangebiets bedeute und nicht anders verstanden werden könne, als dass die Grenzbaurechte projektbezogen ausgestaltet seien. Da die vorliegend streitige Dienstbarkeit exakt denselben Wortlaut aufweist wie jene im oben erwähnten Verfahren, bestehen erhebliche Anhaltspunkte dafür, dass auch im vorliegenden Fall grundsätzlich von einer projektbezogenen Dienstbarkeit auszugehen ist. Der Richtplan F enthielt Festlegungen über die Bauweise, insbesondere die "Gliederung der Hochbauten" (Ziff. 2) und die Gebäudehöhe (Ziff. 1), die allenfalls dazu geeignet waren, die Unbestimmtheit der Dienstbarkeit zu kompensieren. Die Grundstücke der am vorliegenden Verfahren beteiligten Parteien lagen jedoch nicht im Perimeter des Richtplans F und das Grundstück des Beschwerdeführers war darüber hinaus auch vom Quartierplan F nicht erfasst. Für diese Grundstücke bleibt somit unklar, welchen Sinn eine projektbezogene Dienstbarkeit vernünftigerweise haben kann. Aus den vorliegenden Akten ist auch nicht ersichtlich, ob die Dienstbarkeit schon vor dem Richtplan begründet wurde und ob im damaligen Zeitpunkt eventuell vorgesehen war, alle Grundstücke in den Richtplan einzubeziehen. Unklar ist auch, wie viele weitere Parzellen noch vorhanden sind, die

ebenfalls von der Dienstbarkeit, jedoch nicht vom Richtplan F erfasst werden. Weiterhin ist aufgrund der vorliegenden Akten ungewiss, wie viele der 43 von der Dienstbarkeit betroffenen Parzellen im Perimeter des Richtplans F liegen und wieweit dieser heute noch Geltung besitzt. Wollten alle betroffenen Eigentümer in gleicher Weise vom Näherbaurecht Gebrauch machen wie die private Beschwerdegegnerin, wäre die bauliche Entwicklung des Gebiets weitgehend dem Zufall überlassen. Zu beachten ist schliesslich, dass die Vereinbarung von 1979 zwar nach dem Erlass des PBG vom 7. September 1975 getroffen wurde, jedoch lange vor der Revision vom 1. September 1991, welche die weitgehende Einräumung von Näherbaurechten erst ermöglichte (neuer Abs. 3 von § 270 PBG). Die Beteiligten konnten daher die Konsequenzen, welche sich aus der Dienstbarkeit im Zusammenhang mit dem heutigen Recht ergeben, bei Begründung der Dienstbarkeit nicht absehen.

### **E. 2.3**

Insgesamt kann somit nicht gesagt werden, dass den beteiligten Eigentümern mit der Dienstbarkeit von 1979 ein klares Näherbaurecht eingeräumt worden sei. Die Tragweite der Dienstbarkeit erscheint im Gegenteil höchst unklar. Der Inhalt der Dienstbarkeit lässt sich jedenfalls nicht als leicht feststellbar bezeichnen; mit Blick auf diese Unklarheiten sowie die nur lückenhaft eingereichten Akten ergibt sich kein unzweifelhaftes Resultat, weshalb der Entscheid über den Inhalt der Dienstbarkeit dem in erster Linie zuständigen Zivilrichter zu überlassen ist. Unter diesen Umständen durfte die Baubehörde der Beschwerdegegnerin die Baubewilligung nicht erteilen, womit sich der Einwand des Beschwerdeführers als berechtigt erweist.

### **E. 3**

Demnach ist die Beschwerde gutzuheissen. Der Entscheid der Vorinstanz sowie die Baubewilligung sind aufzuheben. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der privaten Beschwerdegegnerschaft aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Der privaten Beschwerdegegnerin steht als unterliegende Partei keine Parteientschädigung zu. Indessen ist sie zu einer Parteientschädigung an den Beschwerdeführer zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Angemessen erscheint ein Betrag von Fr. 3'500.- für beide Verfahren. Ausserdem hat die private Beschwerdegegnerin die Kosten des Rekursverfahrens zu tragen. Demgemäss entscheidet die Kammer :

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