

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00342 vom 14. Juni 2006

ZH Verwaltungsgericht, 2006-06-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2009.00342](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2009.00342)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00342 du 14 juin 2006

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00342 del 14 giugno 2006

## Regeste

Baubewilligung | Neubau eines Mehrfamilienhauses. Umstrittene Gebäude- und Grenzabstände. Der im Zuge der PBG-Revision eingefügte § 270 Abs. 3 PBG schliesst die Anwendung von § 274 Abs. 2 PBG nicht aus. Selbst wenn seit der PBG-Revision vom Näherbaurechtsgeber keine Abrückungserklärungen mehr zuhanden der Baubehörde verlangt werden dürfen, sind davor abgegebene Abrückungserklärungen weiterhin verbindlich (E. 2.7). Aus einer Abrückungserklärung, die der Näherbaurechtsgeber bezüglich eines anderen Grundstücks abgegeben hat, kann nicht geschlossen werden, dieser habe somit auch dort von der Grenze abzurücken, wo keine Abrückungserklärung, sondern nur eine Näherbaurechtsdienstbarkeit vorliegt (E. 3.6). Abweisung beider Beschwerden. (VB.2009.00342 vereinigt mit VB.2009.00343)

## Erwägungen

### E. 1

C, vertreten durch RA D, 2. A, vertreten durch RA B, 3. Baubehörde Zollikon, Beschwerdegegnerschaft, und Baubehörde Zollikon, Mitbeteiligte, betreffend Baubewilligung, hat sich ergeben: I. Mit Beschluss vom 20. Oktober 2008 verweigerte die Baubehörde Zollikon C die baurechtliche Bewilligung für den Neubau eines Mehrfamilienhauses auf dem Grundstück Kat.-Nr. 01 an der E-Strasse 02 in Zollikon aufgrund von unterschrittenen Grenz- bzw. Gebäudeabständen. II. Gegen diese Bauverweigerung erhob C mit Eingabe vom 1. Dezember 2008 Rekurs bei der Baurekurskommission II des Kantons Zürich. Nachdem die Baurekurskommission dem Begehren von A, Eigentümer der angrenzenden Liegenschaft (Kat.-Nr. 03), um Teilnahme am Verfahren entsprochen hatte und diesen mit Verfügung vom 11. Dezember 2008 in das Rekursverfahren beigeladen hatte, hiess sie den Rekurs von C mit Entscheid vom 19. Mai 2009 teilweise gut. Der Beschluss der Baubehörde Zollikon wurde aufgehoben und die Vorinstanz eingeladen, das Baubewilligungsverfahren im Sinn der Erwägungen fortzuführen. III. Mit Beschwerde vom 22. Juni 2009 (VB.2009.00342) liess A dem Verwaltungsgericht beantragen, der Rekursentscheid sei aufzuheben und der Beschluss der Baubehörde Zollikon vom 20. Oktober 2008 sei zu bestätigen. Zudem seien ihm die Beschwerdevernehmlassungen zuzustellen, ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu belassen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der privaten Bauherrschaft. Mit Beschwerde vom 23. Juni 2009 (VB.2009.000343) liess auch C die Aufhebung des angefochtenen Entscheids der Baurekurskommission beantragen. Die Baubehörde Zollikon sei einzuladen, die nachgesuchte Baubewilligung unter den üblichen Bedingungen und Auflagen zu erteilen. Zudem wurde um Zustellung der Beschwerdevernehmlassungen und Zusprechung einer

angemessenen Parteientschädigung ersucht. Die Vorinstanz schloss am 9. Juli 2009 bezüglich beider Verfahren ohne weitere Bemerkungen auf Abweisung der Beschwerden. C liess mit Beschwerdeantwort vom 19. August 2009 beantragen, die Beschwerde im Verfahren VB.2009.00342 sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Weiter sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen, und die Verfahren VB.2009.00342 und VB.2009.00343 seien zu vereinigen. Zudem sei ihm eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen. Mit Beschwerdeantwort vom 28. August 2009 liess A die Abweisung der Beschwerde im Verfahren VB.2009.00343 beantragen. Daneben seien die Verfahren VB.2009.00342 und VB.2009.00343 zu vereinigen, und der Eigentümerschaft der Liegenschaft Kat.-Nr. 04 sei Gelegenheit zu bieten, sich am vorliegenden Verfahren zu beteiligen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten von C. Die Gemeinde Zollikon beantragte mit Eingabe vom 29. September 2009, die Beschwerde von A sei gutzuheissen und die Beschwerde von C sei abzuweisen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten von C. Mit Präsidialverfügung vom 2. Oktober 2009 wurden das Gesuch der Bauherrschaft um Entzug der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und die Beschwerdeverfahren VB.2009.00342 und VB.2009.00343 vereinigt. In Replik und Duplik hielten die Parteien an ihren Hauptanträgen fest, hingegen wurde der Antrag, wonach die Eigentümerschaft der Liegenschaften E-Strasse 05/06 beizuladen sei, von A selbst als hinfällig bezeichnet. Die Parteivorbringen sowie die Entscheidungsgründe der Vorinstanz werden – soweit entscheidrelevant – nachfolgend wiedergegeben. Die Kammer zieht in Erwägung:

### **E. 1.1**

C (im Folgenden: Bauherr) plant die Erstellung eines Mehrfamilienhauses auf dem Grundstück Kat.-Nr. 01. Gemäss Bauplänen sind zum Grundstück Kat.-Nr. 03 von A (im Folgenden: Beschwerdeführer 1), zum Grundstück Kat.-Nr. 04 und zum Grundstück Kat.-Nr. 07 Grenzabstände von je 8,0 m vorgesehen, zum Grundstück Kat.-Nr. 08 ist ein solcher von 8,08 m geplant. Unbestritten ist, dass zulasten des Baugrundstücks Näherbaurechte vorliegen: Mit Dienstbarkeitsvertrag vom 20. Mai 1969 räumte der Rechtsvorgänger des Bauherrn den damaligen Eigentümern der Grundstücke Kat.-Nrn. 04 und 07 ein Näherbaurecht ein. Bereits am 9. Dezember 1968 gab dieser zuhanden der Baukommission Zollikon eine Abrückungserklärung betreffend der Grundstücke Kat.-Nrn. 04 und 07 ab. Gemäss Grunddienstbarkeit vom 21. Januar 1977 räumte der Rechtsvorgänger des Bauherrn dem Grundstück Kat.-Nr. 03 des Beschwerdeführers 1 ebenfalls ein Näherbaurecht zulasten der Parzelle Kat.-Nr. 01 ein. Eine entsprechende Abrückungsverpflichtung ist in den Akten nicht vorhanden. Aufgrund dieser Näherbaurechte zulasten des Baugrundstücks werden die erforderlichen kommunalen Grenzabstände von den Gebäuden auf den Grundstücken Kat.-Nrn. 03, 07 und 04 unbestrittenermassen unterschritten.

### **E. 1.2**

Der genaue Abstand des Gebäudes Vers.-Nr. 09 des Beschwerdeführers 1 zum Baugrundstück ist jedoch umstritten. So ging die Vorinstanz entsprechend den Angaben im Grundbuch von einem Abstand von 5,5 m aus. Der Beschwerdeführer 1 macht hierzu geltend, dass der Grenzabstand von 5,5 m damals im Jahr 1977 nicht parallel zur Grenze gemessen worden sei. Im Vertragsplan sei das Mass von 5,5 m in der Verlängerung zur nordwestlich-südöstlich verlaufenden Fassade des Gebäudevorsprungs, der am nächsten der Grenze zum heutigen Baugrundstück liege, gemessen. Werde die fragliche Ecke parallel zur

Grenze gemessen, resultiere ein Grenzabstand von ca. 4,5 m.

### **E. 1.3**

Der Bauherr wendet dazu ein, dass dieses Vorbringen neu und mangels wichtiger Gründe unbeachtlich sei. Der Grenzabstand betrage sowohl nach Plan als auch tatsächlich 5,5 m, was die Vorinstanz verbindlich festgestellt habe. Das Vorbringen des Beschwerdeführers 1 sei auch irrelevant.

### **E. 1.4**

Entscheidet das Verwaltungsgericht wie hier als zweite gerichtliche Instanz, so können gemäss § 52 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) mit der Beschwerde neue Tatsachen nur soweit geltend gemacht werden, als es durch die angefochtene Anordnung notwendig geworden ist. Wenn die Rekursinstanz wie hier mit der Aufhebung der Bauverweigerung einen Neuentscheid getroffen hat, so macht es die angefochtene Anordnung im Sinn von § 52 Abs. 2 VRG notwendig, dagegen in der Beschwerde neue tatsächliche Behauptungen vorzubringen (RB 1985 Nr. 18). Insofern ist es nicht unzulässig, wenn der Beschwerdeführer 1 im vorliegenden Beschwerdeverfahren zum ersten Mal geltend macht, der Abstand seines Gebäudes zur Grenze des Baugrundstücks betrage lediglich 4,5 m. Jedoch ist dem Bauherrn beizupflichten, dass es im Ergebnis keinen Unterschied macht, welchen Grenzabstand das Gebäude des Beschwerdeführers 1 aufweist (vgl. E. 3.7). Unbestritten ist jedenfalls, dass es näher an der Grenze steht, als es nach den kommunalen Bauvorschriften zulässig ist.

### **E. 1.5**

Die Grenzabstände der beiden südöstlich anstossenden Gebäude (auf den Parzellen Kat.-Nrn. 07 und 04) betragen gemäss unbestrittener Feststellung der Vorinstanz 7,1 m bzw. 7,5–8,5 m, womit sie ebenfalls näher an der Grenze stehen, als dies nach den kommunalen Bauvorschriften zulässig ist.

## **E. 2**

Die Baubehörde verweigerte die Baubewilligung einzig wegen Unterschreitungen der Gebäudeabstände gegenüber den bestehenden Gebäuden auf den Grundstücken Kat.-Nrn. 03, 07 und 04. Vorliegend geht es somit nur um die Frage der einzuhaltenden Grenz- und Gebäudeabstände des geplanten Mehrfamilienhauses.

### **E. 2.1**

Der massgebliche Abstand zwischen zwei benachbarten Gebäuden bestimmt sich grundsätzlich nach § 271 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG). Demnach hat der Abstand zwischen Gebäuden, die Grenzabstände einhalten müssen, der Summe der beidseitig nötigen Grenzabstände zu entsprechen. Steht ein nachbarliches Gebäude näher an der Grenze, als es nach den Bauvorschriften zulässig ist, so genügt jedoch gemäss § 274 Abs. 1 PBG als Abstand die Summe aus dem Grenzabstand, den das neue Bauvorhaben benötigt und dem kantonalrechtlichen Mindestgrenzabstand. Dieser Mindestabstand beträgt 3,5 m (§ 270 Abs. 1 PBG). Die Begünstigung von § 274 Abs. 1 PBG gilt nicht, wenn der Eigentümer des nunmehrigen Baugrundstücks gegenüber der Baubehörde die Erklärung abgegeben hat, er habe Kenntnis davon, dass er wegen des nachbarlichen Näherbaus selber einen grösseren Grenzabstand einhalten müssen, oder wenn durch eine nachträgliche Grenzänderung ein vorher ausreichender Abstand ungenügend gemacht worden ist (§ 274 Abs. 2 PBG). Darüber hinaus kann seit dem

1. Februar 1992 nach § 270 Abs. 3 PBG durch nachbarliche Vereinbarung ein Näherbaurecht begründet und damit auch der Gebäudeabstand unterschritten werden.

### **E. 2.2**

In Bezug auf die beiden südöstlich an das Baugrundstück grenzenden Grundstücke (Kat.-Nrn. 07 und 04) liegt unbestrittenermassen eine Abrückungserklärung, wie sie in § 274 Abs. 2 PBG beschrieben ist, vor. Umstritten ist jedoch, ob die Bestimmung von § 274 Abs. 2 PBG aufgrund der Einfügung von § 270 Abs. 3 PBG noch anwendbar ist.

### **E. 2.3**

Die Baubehörde verweigerte die Baubewilligung mit der Begründung, es lägen Dienstbarkeitsverträge vor, die offensichtlich unter Beibehaltung des Gebäudeabstandes den Grenzabstand vermindern wollten, daher könne weder die kantonale Gesetzgebung noch eine Behörde in Anwendung kantonalen öffentlichen Rechts diese Vereinbarung "umdeuten" bzw. verändern. Folglich könne der Gebäudeabstand zu den Nachbarparzellen (Kat.-Nrn. 03, 07 und 04) nicht unterschritten werden. In der Beschwerdevernehmlassung ergänzte sie sodann, dass es primär um die Frage der Auslegung von Dienstbarkeiten bzw. Dienstbarkeitsverträgen gehe, wobei hier rein zivilrechtliche Regeln gelten würden. Im Zeitpunkt der Vereinbarung sei der Inhalt einer solchen Vereinbarung gewesen: Es sollte nur der Grenzabstand, nicht aber der Gebäudeabstand vermindert werden. Es sei sogar noch eine öffentlich-rechtliche Abrückungserklärung bei den Akten, die dokumentiere, dass der Belastete gewusst habe und bei Vertragsschluss folglich auch in Kauf genommen und gewollt habe, dass der Gebäudeabstand weiterhin einzuhalten sei. Zu den Mehrlängenzuschlägen führt die Baubehörde schliesslich aus, dass der erforderliche Grenzabstand von 7 m + 1,04 m Mehrlängenzuschlag beim Gebäude auf dem Grundstück Kat.-Nr. 07 gemäss Baurechtsentscheid vom 17. März 1969 um 94 cm unterschritten sei. Der erforderliche Gebäudeabstand betrage somit in Anwendung von § 274 Abs. 2 PBG und § 271 PBG 16,04 m. Auch der Plan zur Dienstbarkeit gehe von einem erforderlichen Grenzabstand von 8,04 m aus und nicht von einem zurückversetzten Hausteil, wie dies die Vorinstanz zu Unrecht, gestützt auf die heute massgebenden Bestimmungen, angenommen habe. Auch hier gehe die privatrechtliche Regelung der Abstände vor. Sie sei derart klar, dass kein Zweifel über die Absicht der Parteien auch bezüglich Mehrlängenzuschläge bestehen könne.

### **E. 2.4**

Der Bauherr macht hauptsächlich geltend, dass die Entstehungsgeschichte von § 270 Abs. 3 PBG zeige, dass § 274 Abs. 2 PBG damals hätte angepasst werden müssen. Aus der Entstehungsgeschichte ergebe sich, dass der Vorbehalt der Einhaltung des Gebäudeabstands durch die Kantonsratskommission relativ unvermittelt und ohne nähere Begründung gestrichen worden sei. Über eine Anpassung von § 274 Abs. 2 PBG sei nicht diskutiert worden. Auch im Kantonsrat sei über § 274 Abs. 2 PBG nicht gesprochen worden. Dass der § 274 Abs. 2 PBG mit der Einfügung von § 270 Abs. 3 PBG ebenfalls hätte aufgehoben werden müssen, sei offensichtlich von der Kantonsratskommission und dem Kantonsrat übersehen worden. Mit der Näherbaurechtsvereinbarung sei es neu möglich geworden, nicht nur den Grenzabstand, sondern ebenso den Gebäudeabstand zu unterschreiten. Damit sei das bis anhin geltende System (Unterschreitung des Grenzabstands bzw. Gebäudeabstands nur bei entsprechender Abrückung) ausgeschaltet worden. Damit habe auch § 274 Abs. 2 PBG seinen Sinn verloren. Da § 270 Abs. 3 PBG als neuere und

speziellere Bestimmung die Bedingungen für die Unterschreitung des Grenz- und Gebäudeabstands abschliessend regle, sei § 274 Abs. 2 PBG nicht mehr anwendbar. Zudem hätte die Vorschrift von § 274 Abs. 2 PBG mit der Totalrevision des PBG ersatzlos gestrichen werden sollen.

### **E. 2.5**

Der Beschwerdeführer 1 hält dem entgegen, dass § 274 Abs. 2 PBG nicht bedeutungslos geworden sei. Wäre dem so, hätte der Gesetzgeber schon längst eine Korrektur vorgenommen. Der hier geregelte Sachverhalt könne für altrechtliche Verhältnisse immer noch eine Rolle spielen. Ob eine Abrückungserklärung zulässig oder gar nötig sei, beurteile sich zwar aufgrund des jeweils geltenden öffentlichen Baurechts, aber wenn sie einmal abgegeben worden sei, könne sie nur nach den Regeln des Privatrechts geändert oder aufgehoben werden. Auch die Vorinstanz war der Ansicht, dass § 274 Abs. 2 PBG noch immer zur Anwendung komme, hielt jedoch die Bauverweigerung der Bewilligungsbehörde angesichts des Mangels, der sich ohne Weiteres auflagenweise heilen lasse, für nicht gerechtfertigt.

### **E. 2.6**

Vor Erlass des PBG fanden sich baurechtliche Abstandsvorschriften einerseits im kantonalen Baugesetz vom 23. April 1893 (aBauG) und andererseits im kantonalen Einführungsgesetz zum ZGB vom 2. April 1911 (EG ZGB). Ausserdem konnten die Gemeinden in ihren Bauordnungen im Rahmen der Abstandsvorschriften des Baugesetzes Abstandsvorschriften statuieren (Maja Schüpbach Schmid, Das Näherbaurecht in der zürcherischen baurechtlichen Praxis, Entlebuch 2001, S. 13). Gemäss der vormals geltenden Bauordnung der Gemeinde Zollikon konnte mit der Zustimmung des Nachbarn zwar der Grenzabstand verringert werden, der Mindestgebäudeabstand, der sich aus der Summe der beiden Grenzabstände ergibt, musste jedoch stets gesichert bleiben. Diese Verpflichtung wurde vom Näherbaurechtsgeber gegenüber der Baubehörde regelmässig mit einer sogenannten Abrückungserklärung bestätigt. Mit Erlass des PBG im Jahr 1975 wurden diese Abrückungserklärungen in § 274 Abs. 2 PBG berücksichtigt, womit die Anwendbarkeit der Regelung von § 274 Abs. 1 PBG ausgeschlossen wurde. Von der Begünstigung eines verringerten Gebäudeabstands gemäss § 274 Abs. 1 PBG sollte nur profitieren, wer keine Abrückungserklärung abgegeben hatte. Der kantonale Gesetzgeber wollte in einem neuen rechtlichen Umfeld dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ Geltung verschaffen und wollte verhindern, dass die Näherbaurechtsgeber, die einst eine Abrückungserklärung abgegeben hatten, sich dieser Verpflichtung entziehen konnten (Rudolf Kappeler, Die baurechtliche Regelung bestehender Gebäude, Zürich 2001, N. 2298). Es handelt sich hier um eine intertemporalrechtliche Regelung in dem Sinne, dass die unter einem früheren Recht vereinbarten Näherbaurechte auch unter jetzigem Recht ihre Geltung voll beibehalten sollen (Kappeler, N. 2299). Eine Unterschreitung des Gebäudeabstands wurde jedoch erst mit der PBG-Revision von 1991 und der damit verbundenen Statuierung von § 270 Abs. 3 PBG möglich. Seither kann durch nachbarliche Vereinbarung unter Vorbehalt einwandfreier wohnhygienischer und feuerpolizeilicher Verhältnisse ein Näherbaurecht begründet werden. Aufgrund der Entstehungsgeschichte ist deutlich, dass nach dem Willen des Gesetzgebers nicht nur Grenzabstände, sondern auch der aus den beidseitigen Grenzabständen resultierende Gebäudeabstand unterschritten werden darf (Robert Wolf/Erich Kull, Das revidierte Planungs- und Baugesetz [PBG] des Kantons Zürich, Bern 1992, N. 178 f.). Die bis anhin bestehende Pflicht zur Wahrung des

vorgeschriebenen Gebäudeabstands bei der Einräumung eines Näherbaurechts wurde damit aufgehoben. Vom Nachbar, der mit einem Näherbaurecht belastet ist, darf die Baubehörde seither nicht mehr verlangen, eine Abrückungserklärung abzugeben und sich damit zu verpflichten, bei der Realisierung eines späteren Bauvorhabens einen grösseren als den gesetzlichen Grenzabstand einzuhalten (vgl. BEZ 1995 Nr. 17; Schüpbach Schmid, S. 47).

## **E. 2.7**

Bei der vorliegenden Abrückungserklärung handelt es sich nicht um eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Dienstbarkeitsbelasteten und dem Dienstbarkeitsberechtigten, sondern um eine öffentlich-rechtliche Erklärung des Näherbaurechtsgebers zuhanden der Baubehörde. Sie ist somit entgegen der Ansicht des Bauherrn auch dem Rechtsnachfolger desjenigen, welcher das Näherbaurecht ursprünglich eingeräumt hatte, entgegenzuhalten (vgl. Kappeler, N. 2309). Es trifft zu, dass gemäss Art. 30 BZO 1985 bzw. 1996 Zollikon vorgeschrieben war, die Abrückungserklärung als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch einzutragen. Unter der vormaligen Bauordnung bestand jedoch nur eine Pflicht zur Eintragung des Näherbaurechts, nicht aber der Abrückungserklärung. Jedenfalls kommt einer solchen Anmerkung ohnehin nur deklaratorische Bedeutung zu. Die Eigentumsbeschränkung besteht demnach trotz fehlenden Grundbucheintrags auch gegenüber Dritten. Fehlt ein Eintrag im Grundbuch, so ist selbst ein gutgläubiger Erwerber des Grundstücks grundsätzlich nicht geschützt (vgl. dazu BGE 111 Ia 182 E. 4 mit weiteren Hinweisen). Die Entstehungsgeschichte von § 270 Abs. 3 PBG zeigt, dass im Zug der PBG-Revision über § 274 Abs. 2 PBG nicht diskutiert wurde. Daraus zu schliessen, dass es vom Gesetzgeber übersehen worden ist, den § 274 Abs. 2 PBG aufzuheben, geht zu weit. Würde es sich dabei in der Tat um ein Versehen des Gesetzgebers handeln, hätte dieser in den letzten 18 Jahren ausreichend Möglichkeiten gehabt, sein Versehen zu korrigieren. Jedoch unternahm der Gesetzgeber in dieser Hinsicht keine Änderungen, weshalb davon auszugehen ist, dass das heute geltende Gesetz dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Es trifft auch nicht zu, dass sich die beiden genannten Normen zwingend widersprechen. § 274 PBG regelt die Gebäudeabstände unter anderem bei einseitig vereinbarten Näherbaurechten. Demnach bestimmt sich der Gebäudeabstand je nachdem, ob eine Abrückungserklärung abgegeben worden ist oder nicht. Demgegenüber erlaubt § 270 Abs. 3 PBG seit 1992 ein Näherbaurecht und regelt die Voraussetzungen dafür. Die beteiligten Nachbarn sind in dessen Ausgestaltung weitgehend frei und können sich insbesondere auch gegenseitige Näherbaurechte einräumen. Diesfalls kommt § 274 PBG von vornherein nicht zur Anwendung, und der massgebliche Gebäudeabstand bestimmt sich nach der Näherbaurechtsvereinbarung sowie nach wohnhygienischen und feuerpolizeilichen Gesichtspunkten. Da heute keine Abrückungserklärungen mehr verlangt werden dürfen, hat § 274 Abs. 2 PBG an Bedeutung verloren. Dies heisst jedoch nicht, dass er für bereits abgegebene Erklärungen nicht mehr anwendbar wäre. Im Sinn des ursprünglichen Pacta-sunt-servanda-Gedankens des Gesetzgebers ist § 274 Abs. 2 PBG weiterhin anzuwenden. Daran ändert sich auch nichts, wenn mit der Einfügung von § 270 Abs. 3 PBG die vormaligen Näherbaurechtsbestimmungen in den kommunalen Bauordnungen aufgehoben worden sind. Wollte der Gesetzgeber mit der Statuierung von § 274 Abs. 2 PBG doch gerade, dass die unter einem früheren Recht vereinbarten Näherbaurechte auch unter jetzigem Recht ihre Geltung voll beibehalten sollten (vgl. Kappeler, N. 2299). Insofern kann auch nicht gesagt werden, es handle sich um eine unzulässige rechtsungleiche Behandlung. Jede spätere Lockerung von Vorschriften führt zu gewissen Vorteilen für einen später Bauenden, darin jedoch stets eine rechtsungleiche

Behandlung zu sehen, ginge zu weit. Im Übrigen steht es den Parteien nach wie vor frei, gegenseitig ein Näherbaurecht zu vereinbaren und so ebenfalls von den neu möglichen Erleichterungen zu profitieren. Nicht ersichtlich ist, inwiefern eine allenfalls zukünftige Auflage in einer noch nicht verfügbaren Baubewilligung verjähren sollte. Solange § 274 Abs. 2 PBG in Kraft ist, haben auch die darin ausdrücklich berücksichtigten Abrückungserklärungen Bestand. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass vorliegend aufgrund der Abrückungserklärungen gegenüber den Parzellen Kat.-Nrn. 07 und 04 § 274 Abs. 2 PBG für die Ermittlung des massgeblichen Gebäudeabstands zur Anwendung kommt. Entgegen der Auffassung des Bauherrn wird dabei auch nicht in erster Linie die Näherbaurechtsdienstbarkeit beachtet, sondern eine öffentlich-rechtliche Abrückungserklärung. Dabei handelt es sich nicht um eine für das Baubewilligungsverfahren nicht massgebliche privatrechtliche Vereinbarung, sondern als öffentlich-rechtliche Erklärung ist sie gemäss § 274 Abs. 2 PBG von der Bewilligungsbehörde zwingend zu beachten. Demnach kann das geplante Projekt die Begünstigung in § 274 Abs. 1 PBG nicht in Anspruch nehmen und es gilt für den südöstlichen Gebäudeabstand die Summe aus den beiden Grenzabständen (§ 271 und § 274 Abs. 2 PBG).

#### **E. 2.8**

§ 271 PBG bestimmt, dass der Abstand zwischen Gebäuden der Summe der beidseitig nötigen Grenzabstände zu entsprechen hat. Diese wiederum setzen sich aus dem Grundabstand sowie dem Mehrlängenzuschlag gemäss geltender kommunaler Bau- und Zonenordnung zusammen (§ 21 Abs. 1 der Allgemeinen Bauverordnung vom 22. Juni 1977 [ABV]). Entgegen der Annahme des Bauherrn sind somit nicht die kantonalen Mindestgrenzabstände von 3,5 m massgebend. In Anwendung der geltenden kommunalen Bau- und Zonenordnung sind folglich auch die §§ 21 ff. ABV für die Messweise des kommunalen Grenzabstands zu beachten. Unzutreffend ist auch der Standpunkt der Bewilligungsbehörde, wonach heute noch jene Grenzabstände massgebend sein sollen, wie sie im Zeitpunkt der Näherbaurechtsvereinbarung errechnet worden sind. Gemäss Art. 15 der geltenden Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Zollikon vom 26. Juni 1996 (BZO) gilt für Gebäude in der Wohnzone W 1.60 ein Grundabstand von 7 m. Ist eine Fassade länger als die Grundlänge, so erhöht sich der entsprechende Grundabstand um einen Fünftel. Die Grundlänge in der Zone W 1.60 beträgt 20 m (Art. 18 BZO). Für das geplante Gebäude ist eine südöstliche Fassadenlänge von 25 m vorgesehen, entsprechend ist somit ein Grenzabstand von 8 m einzuhalten. Gemäss Projektplänen hält das geplante Mehrfamilienhaus diese Massgabe ein. Die bestehenden Gebäude auf den Grundstücken Kat.-Nrn. 07 und 04 weisen zusammen eine Fassadenlänge von rund 25,50 m auf. Damit wäre gemäss Art. 15 in Verbindung mit Art. 18 BZO ein Grenzabstand von 8,10 m einzuhalten (7 m + 1,10 m Mehrlängenzuschlag). Mit der Vorinstanz ist jedoch davon auszugehen, dass es sich bei den beiden zusammengebauten Gebäuden um eine gestaffelte Fassade gemäss Skizze 1 zu §§ 21–26 ABV handelt. Damit ist der Mehrlängenzuschlag nur beim Gebäude auf dem Grundstück Kat.-Nr. 04 zu berücksichtigen, währenddem beim Gebäude auf der Parzelle Kat.-Nr. 07 nur der Grundabstand von 7 m einzuhalten ist. Gemäss den Bauplänen und der unbestritten gebliebenen Feststellung der Vorinstanz wird der erforderliche Gebäudeabstand zum bestehenden Gebäude damit nur im westlichen Bereich der Parzelle Kat.-Nr. 04 um rund 55 cm nicht eingehalten. Zur Einhaltung des massgeblichen Gebäudeabstands hat das geplante Gebäude somit im südlichen Eckbereich entsprechend von der Grenze abzurücken. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass

dieser Mangel ohne besondere Schwierigkeiten behoben werden kann. Zur Erhaltung des rechtmässigen Zustands kann daher die Baubewilligung nur erteilt werden, wenn sie mit einer entsprechenden Nebenbestimmung verknüpft wird (§ 321 Abs. 1 PBG). Der Antrag des Bauherrn, wonach die Baubehörde einzuladen sei, die Baubewilligung lediglich unter den üblichen Bedingungen und Auflagen zu erteilen, ist demnach abzuweisen.

### **E. 3**

Bezüglich des Grundstücks Kat.-Nr. 03 liegt unbestrittenermassen keine explizite Abrückungserklärung vor.

#### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer 1 stellt sich jedoch auf den Standpunkt, dass das geplante Gebäude soweit vom näherbaurechtsberechtigten Gebäude abzurücken habe, dass die Summe der kommunalen Grundgrenzabstände plus Mehrlängenzuschlag eingehalten sei und dies ohne Rücksicht darauf, ob eine Abrückungserklärung vorläge oder nicht. Dass abgerückt werden müsse, sei dem Urheber der Eigentümerdienstbarkeit vom 21. Januar 1977 voll bewusst gewesen, denn er habe eine solche Erklärung neun Jahre zuvor zugunsten seiner südlich anstossenden Nachbarn abgegeben. Die Grenz- und Gebäudeabstandsregelung sei dem Unterzeichner der Abrückungserklärung vom 9. Dezember 1968, welcher auch der Schöpfer der Eigentümerdienstbarkeit vom 21. Januar 1977 gewesen sei, klar vor Augen geführt worden und sei von ihm unterschriftlich bestätigt worden. Vor diesem Hintergrund gesehen habe es in der Eigentümerdienstbarkeit von 1977 keine weiteren Festlegungen darüber gebraucht, was jetzt bezüglich Abständen zu geschehen habe, wenn auf der Parzelle Kat.-Nr. 01 vielleicht doch einmal neu gebaut würde. So etwas wie eine Abrückungserklärung habe nicht eigens stipuliert und zum Inhalt der Eigentümerdienstbarkeit gemacht werden müssen.

#### **E. 3.2**

Auch die Baubehörde vertritt die Auffassung, dass im Zeitpunkt der Eintragung der Näherbaurechte klar gewesen sei, dass nur der Grenzabstand, nicht hingegen der Gebäudeabstand durch Absprache verringert werden konnte. Es sei bundesrechtswidrig, wenn die Rekursinstanz aufgrund der veränderten öffentlich-rechtlichen Rechtslage annehme, dass das Fehlen expliziter Regelungen über den Gebäudeabstand bedeute, dass dieser heute nicht mehr eingehalten werden müsse.

#### **E. 3.3**

Der Bauherr führt hierzu aus, dass aus dem Wortlaut der Eigentümerdienstbarkeit klar hervorgehe, dass die Parteien damals nur den Grenzabstand regeln wollten. Der Dienstbarkeitsvertrag erwähne nur den "Abstand von 5,5 m zur gemeinsamen Grenze". Damit könne nur der Grenzabstand gemeint sein. Eine Verpflichtung zur Einhaltung des kommunalen Gebäudeabstandes enthalte der Dienstbarkeitswortlaut nicht; es seien somit allein die Regeln des PBG zu beachten. Mangels Abrückungserklärung sei § 274 Abs. 1 PBG anwendbar.

#### **E. 3.4**

Die Vorinstanz erwog dazu, dass bezüglich des Grundstücks Kat.-Nr. 03 keine Abrückungserklärung vorläge und somit § 274 Abs. 1 PBG zur Anwendung komme. Ergänzend prüfte sie weiter, ob die Dienstbarkeitsverträge allenfalls eine (implizite) Vereinbarung zur Einhaltung der regulären Gebäudeabstände der damals gültigen

Bauordnung Zollikon von 1961 enthalten würden, kam jedoch zum Schluss, dass dem Grundbucheintrag kein solcher Hinweis zu entnehmen sei.

### **E. 3.5**

Gemäss der früher geltenden Bauordnung konnte mit der Zustimmung des Nachbarn der Grenzabstand reduziert werden, sofern dieser sich verpflichtete, seinerseits von der gemeinsamen Grenze abzurücken, damit der Gebäudeabstand gewahrt blieb. Diese Verpflichtung wurde regelmässig in der Form einer Abrückungserklärung gegenüber der Baubehörde abgegeben (vgl. auch oben E. 2.6).

### **E. 3.6**

Vorliegend ist jedoch in Bezug auf das Grundstück Kat.-Nr. 03 unbestrittenermassen keine solche Abrückungserklärung vorhanden. Aufgrund des klaren Wortlauts von § 274 Abs. 2 PBG ist dieser somit von vornherein nicht anwendbar. Die Vorbringen der Baubehörde und des Beschwerdeführers 1, wonach womöglich einst eine solche Erklärung vorgelegen habe, ändern daran nichts. Weshalb im Jahre 1977 keine Abrückungserklärung abgegeben worden ist, obwohl dies üblich war, kann dahingestellt bleiben. Reine Mutmassungen einer Partei sowie die Behauptung des Beschwerdeführers 1, wonach der Rechtsvorgänger des Bauherrn gewusst habe, dass er abzurücken habe, da dieser rund neun Jahre zuvor schon einmal eine Abrückungserklärung abgeben musste, vermögen jedenfalls eine fehlende Urkunde nicht zu ersetzen. Wie der Beschwerdeführer 1 selber ausführt, war der "Nachteil" der Abrückungsverpflichtung bauaktenkundig zu machen, "was die Abgabe einer Abrückungserklärung oder einen Eintrag im Grundbuch erforderte". Beides ist jedoch vorliegend für die Abrückungserklärung betreffend Grundstück Kat.-Nr. 03 nicht vorhanden. Der Vorwurf des Beschwerdeführers 1, dass die Vorinstanz die Abrückungserklärung falsch würdige, da sie einem Privatrechtssubjekt eine "dynamische Verweisung" unterstelle, die es nur im öffentlichen Recht gebe, ist hier insofern ohnehin unbeachtlich, da die Abrückungserklärung von 1968 bezüglich anderer Parzellen für das Grundstück des Beschwerdeführers 1 sowie für dessen Näherbaurecht keine Rolle spielen kann. Soweit überdies geltend gemacht wird, aus der Dienstbarkeit gehe hervor, dass diese einen grösseren Abstand vorsehen wollte, ist dies im vorliegenden verwaltungsrechtlichen Verfahren nicht zu prüfen. Es handelt sich dabei um eine rein privatrechtliche Frage, die für den Bauentscheid nicht von Bedeutung ist. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass bezüglich des Grundstücks Kat.-Nr. 03 keine Abrückungserklärung vorhanden ist und auch der Näherbaurechtsdienstbarkeit zulasten dieses Grundstücks keine weitere, im Baubewilligungsverfahren zu beachtende Verpflichtung zur Einhaltung der altrechtlichen Gebäudeabstände zu entnehmen ist. Da das nachbarliche Gebäude unbestrittenermassen näher an der Grenze steht als es nach den kommunalen Bauvorschriften zulässig ist, ist für die Bestimmung des Gebäudeabstands somit § 274 Abs. 1 PBG massgebend.

### **E. 3.7**

Demnach beträgt der Gebäudeabstand die Summe aus dem Grenzabstand, den das neue Bauvorhaben benötigt und dem kantonalrechtlichen Mindestgrenzabstand (§ 274 Abs. 1 PBG). Für das geplante Gebäude beträgt der Mindestgrenzabstand unter Berücksichtigung des Mehrlängenzuschlags gegenüber dem nördlichen Grundstück 7,7 m (Art. 15 in Verbindung mit Art. 18 BZO). Der kantonalrechtliche Mindestgrenzabstand beträgt 3,5 m (§ 270 Abs. 1 PBG), woraus sich ein Gebäudeabstand von 11,2 m ergibt. Sowohl dieser Abstand wie auch der Grenzabstand hält das projektierte Vorhaben überall ein. Insofern ist

es für die Berechnung des Gebäudeabstandes auch nicht von Belang, ob das nachbarliche Gebäude zur Grenze einen Abstand von 4,5 m oder 5,5 m aufweist. Die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 erweist sich somit ebenfalls als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **E. 4**

Damit sind beide Beschwerden als unbegründet abzuweisen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens dem Beschwerdeführer 1 und dem Bauherrn je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 70 VRG) . Die Ansprüche auf die von beiden privaten Parteien verlangte Entschädigung sind dem Ausgang entsprechend wettzuschlagen. Der Gemeinde steht eine solche nicht zu (VGr, 14. Juni 2006, VB.2006.00062, E. 4, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch); vgl. auch die Rechtsprechung der Baurekurskommissionen in BEZ 2005 Nr. 15). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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