

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00628 vom 15. Dezember 2010**

ZH Verwaltungsgericht, 2010-12-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2009.00628](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2009.00628)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00628 du 15 décembre 2010

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00628 del 15 dicembre 2010

## **Regeste**

Baubewilligung | Neubau eines Zweifamilienhauses. Frage der ausreichenden Erschliessung: Berücksichtigung eines im Beschwerdeverfahren eingereichten Dienstbarkeitsvertrags; Auslegung einer Dienstbarkeit. Die Bewilligungsbehörde ist in ihrem Baubewilligungsbescheid davon ausgegangen, dass die Erschliessung der Baugrundstücke grundsätzlich hinreichend gewährleistet sei. Erst die Baurekurskommission kam zum Schluss, dass die Servitutsfläche nicht ausreiche und dementsprechend erweitert werden müsse. Die Notwendigkeit der Erweiterung der Servitutsflächen hat sich somit erst durch den angefochtenen Entscheid ergeben, da erst die Vorinstanz auf eine Ausdehnung der Servitutsfläche bestand. Da die Baubewilligungsbehörde die Erschliessung grundsätzlich als ausreichend beurteilte, hatten die Beschwerdeführenden im Rekursverfahren noch keine Veranlassung, sich um die Einräumung einer erweiterten Dienstbarkeitsvereinbarung zu bemühen. Diese Notwendigkeit entstand erst durch den Rekursentscheid. Der erst während laufendem Beschwerdeverfahren eingereichte Dienstbarkeitsvertrag mit Grundbuchanmeldung fällt somit nicht unter das Novenverbot von § 52 Abs. 2 VRG und ist zu berücksichtigen (E. 4.3.1). Angesichts der offenen Umschreibung der eingeräumten Grunddienstbarkeit war bereits bei dessen Begründung vernünftigerweise mit einer gewissen künftigen Mehrbelastung zu rechnen, zumal das Fuss- und Fahrwegrecht zweifellos im Hinblick auf die südseitige Erschliessung der berechtigten Grundstücke eingeräumt wurde. Dass dabei das Befahren mit Autos nicht inbegriffen sein sollte, sondern lediglich das Befahren mit von Pferden gezogenen Fuhrwerken und dergleichen, erscheint wenig plausibel. Vielmehr sind zeitgemässe Änderungen in der Ausübung einer Dienstbarkeit von den Belasteten hinzunehmen, solange sie sich im Rahmen des ursprünglichen Zwecks bewegen. Das übliche Fortbewegungs- und Transportmittel ist heute das Auto. Die Dienstbarkeit wird somit lediglich zeitgemäss ausgeübt. An deren ursprünglichen Zweck ändert sich dadurch nichts (E. 5.3.1.2). Teilweise Gutheissung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Abteilung VB.2009.00628 Entscheid der 1. Kammer vom 15. Dezember 2010 Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Keiser (Vorsitz), Verwaltungsrichter François Ruckstuhl, Verwaltungsrichter Hans Peter Derksen, Gerichtssekretär Martin Knüsel. In Sachen Erbgemeinschaft A, bestehend aus: 1. B, 2. C, 3. D, alle vertreten durch RA E, Beschwerdeführende, gegen F, vertreten durch RA H, Beschwerdegegner, und Bausektion der Stadt Zürich, Mitbeteiligte, betreffend Baubewilligung (G-Strasse 01), hat sich ergeben: I. Mit Beschluss vom 10. März 2009 erteilte die Bausektion der Stadt Zürich der Erbgemeinschaft A, bestehend aus B, C und D die baurechtliche Bewilligung für die

Erstellung eines Zweifamilienhauses auf den Grundstücken Kat.-Nrn. 02 und 03 an der G-Strasse in Zürich. II. Den hiergegen von F und Ehefrau I erhobenen Rekurs hiess die Baurekurskommission I mit Entscheid vom 25. September 2009 gut und hob den Beschluss der Bausektion der Stadt Zürich vom 10. März 2009 auf. III. Gegen diesen Entscheid erhoben B, C und D mit gemeinsamer Eingabe vom 29. Oktober 2009 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragten dessen Aufhebung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Mit Vernehmlassung vom 16. November 2009 stellte die Vorinstanz Antrag auf Abweisung der Beschwerde unter den üblichen Kostenfolgen. Die mitbeteiligte Bausektion des Stadtrats Zürich schloss am 1. Dezember 2009 auf Gutheissung der Beschwerde. Die Beschwerdegegnerschaft beantragte am 11. Januar 2010, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführenden abzuweisen. Mit Replik vom 22. Februar 2010 hielten die Beschwerdeführenden an ihren Rechtsbegehren fest und beantragten die Sistierung des Verfahrens. Mit Präsidialverfügung vom 23. Februar 2010 wurde das Beschwerdeverfahren einstweilen bis 31. Mai 2010 sistiert. Die Sistierung wurde am 2. Juni 2010 bis 31. Juli 2010 verlängert. Mit Schreiben vom 22. Juli 2010 baten die Beschwerdeführenden um Fortsetzung des Verfahrens und reichten einen Dienstbarkeitsvertrag vom 13. Juli 2010 mit Grundbuchanmeldung vom 19. Juli 2009 über die Erschliessung der streitbetroffenen Grundstücke zu den Akten. Mit Präsidialverfügung vom 23. Juli 2010 wurde die Sistierung aufgehoben und der Beschwerdegegnerschaft sowie der Mitbeteiligten Frist zur Einreichung einer Duplik angesetzt. Unter Aufrechterhaltung ihres Antrags erstattete die Beschwerdegegnerschaft am 30. August 2010 ihre Duplik. Die Mitbeteiligte verzichtete am 7. September 2010 auf Stellungnahme zur Replik. Am 9. November 2010 wurde seitens der Beschwerdegegnerschaft mitgeteilt, dass die Ehefrau I am 1. November 2010 verstorben sei, und dass F das Verfahren alleine weiterführe. Die Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften werden, soweit rechtserheblich, in den nachfolgenden Entscheidungsgründen wiedergegeben. Die Kammer zieht in Erwägung:

### **E. 1.1**

Das Verwaltungsgericht ist gemäss § 41 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) für die Behandlung der Beschwerde gegen einen Entscheid der Baurekurskommission I zuständig. Als im Rekursverfahren unterlegene Baugesuchssteller sind die Beschwerdeführenden ohne Weiteres zur Beschwerdeerhebung im Sinne von § 338a Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) legitimiert. Auf die form- und fristgerecht erhobene Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 1.2**

Da sich der massgebliche Sachverhalt aufgrund der Akten und der beiliegenden Pläne mit ausreichender Deutlichkeit ergibt, kann auf die Durchführung des seitens der Beschwerdegegnerschaft beantragten Augenscheins verzichtet werden (RB 1995 Nr. 12 = BEZ 1995 Nr. 32, mit Hinweisen).

### **E. 2.1**

Auf zwei neu abparzellierten Baugrundstücken soll ein von Süden her über eine Privatstrasse erschlossenes Zweifamilienhaus entstehen. Im vorinstanzlichen Verfahren wurde gegen die erteilte Baubewilligung im Wesentlichen vorgebracht, die verkehrsmässige Erschliessung der Grundstücke sei sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht ungenügend. Sodann seien die eingereichten Pläne derart

unübersichtlich, dass die Überprüfung der Abstände und Gebäudehöhen nicht möglich sei. Ferner entspreche die Dachgestaltung nicht den geltenden Vorschriften, und die Stützmauer sei zu hoch geplant. Schliesslich nehme das Bauvorhaben zu wenig Rücksicht auf die benachbarten Inventarobjekte.

### **E. 2.2**

Die Vorinstanz hiess den Rekurs mit der Begründung gut, dass die Baugrundstücke über eine Zufahrt verfügten, deren Ausbaustand nicht in allen Teilen den gesetzlichen Anforderungen entspreche. Es stehe zwar fest, dass die Baugrundstücke für die von der J-Strasse bis zu den Baugrundstücken führende Privatstrasse grundsätzlich über ein Fuss- und Fahrwegrecht verfügten. Dieses Recht umfasse allerdings in allen Abschnitten der auf drei bis sechs Meter ausgebauten Strasse nur eine Breite von drei Metern. Dies sei nicht ausreichend, weshalb auch die rechtliche Sicherung der Zufahrt nicht als ausreichend anerkannt werden könne. Zwar erscheine die Ergänzung des nördlichsten Strassenabschnitts um beidseitige Bankette angesichts der Kooperationsbereitschaft der Grundstücksnachbarinnen als leicht realisierbar und könne daher auflagenweise geheilt werden. Hingegen dürfte sich der Nachweis bzw. Erwerb ausreichender Benützungrechte auf den übrigen Abschnitten der Zufahrt wesentlich schwieriger gestalten, weil davon nicht weniger als sechs Grundstücke betroffen seien, an denen teilweise auch die Rekurrierenden beteiligt seien. Eine auflagenweise Heilung dieses Mangels komme unter diesen Umständen nicht in Betracht, weshalb die angefochtene Baubewilligung aufzuheben sei. Da der Rekurs schon wegen der mangelhaften Erschliessung der Baugrundstücke gutzuheissen sei, erübrige sich eine Prüfung der übrigen Rügen.

### **E. 3.1**

§ 236 PBG verlangt unter dem Titel "Erschliessung", dass ein Grundstück für die darauf vorgesehenen Bauten und Anlagen genügend zugänglich sein muss. Hinreichende Zugänglichkeit bedingt in tatsächlicher Hinsicht eine der Art, Lage und Zweckbestimmung der Bauten und Anlagen entsprechende Zufahrt für Fahrzeuge der öffentlichen Dienste und der Benutzer (§ 237 Abs. 1 PBG). Zufahrten sollen für jedermann verkehrssicher sein. Der Regierungsrat erlässt über die Anforderungen Normalien (§ 237 Abs. 2 PBG). Diese sind richtunggebend, indem sie zeigen, was Fachleute bei durchschnittlichen örtlichen Verhältnissen für angemessen halten (RB 1984 Nr. 100 = BEZ 1985 Nr. 5, mit Hinweisen). Von diesen technischen Anforderungen, wie sie für den Strassenausbau in den Zugangsnormalien vom 9. Dezember 1987 (ZN) und für Ausfahrten im Anhang zur Verkehrssicherheitsverordnung vom 15. Juni 1983 festgehalten sind, können gestützt auf § 360 Abs. 3 PBG aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse Erleichterungen gewährt werden. In § 6 Abs. 2 VerkehrssicherheitsV und § 11 ZN sind Gründe für solche Abweichungen beispielhaft aufgezählt (VGr, 18. August 2004, VB.2003.00430, E. 4.2, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch) = BEZ 2004 Nr. 64; RB 1988 Nr. 74 = BEZ 1988 Nr. 45). Ob eine Zufahrt den in § 237 Abs. 1 PBG umschriebenen Kriterien genügt, beurteilt sich nach den Verhältnissen des einzelnen Falles. Es lässt sich deshalb nicht für alle Fälle zum vornherein mit festen Massen angeben, was § 237 Abs. 1 PBG von einer Zufahrt verlangt. Dennoch kommt den Normalien eine richtunggebende Bedeutung zu, indem sie zeigen, was bei normalen örtlichen Verhältnissen im Allgemeinen als angemessen zu gelten hat.

### **E. 3.2**

Bei der Gewährung von Erleichterungen kommt den Gemeinden ein von den Rechtsmittelinstanzen zu beachtender Ermessensspielraum zu (VGr, 18. August 2004, VB.2003.00430, E. 4.2, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch) = BEZ 2004 Nr. 64; RB 1986 Nr. 13). Diese prüfen, ob die Gemeindebehörde den ihr eingeräumten Ermessensspielraum nicht überschritten hat, das heisst im vorliegenden Zusammenhang insbesondere, ob die bewilligte Erschliessungslösung als verkehrssicher und unter dem Gesichtswinkel der Zweckmässigkeit als vertretbar erscheint. Eine Überprüfung dieser Ermessensausübung steht dem Verwaltungsgericht nicht zu; dieses kann gemäss § 50 Abs. 2 lit. c VRG nur bei Ermessensmissbrauch und Ermessensüberschreitung eingreifen.

### **E. 3.3**

Gemäss dem Anhang zu den Zugangsnormen ist für die Erschliessung von bis zu 10 Wohneinheiten ein Zufahrtsweg mit einer Breite von mindestens 3,00 m zuzüglich zweier Bankette von je 0,30 m erforderlich. Notzufahrten haben dem Ausbaustandard eines Zufahrtsweges zu entsprechen (§ 3 Abs. 2 ZN). Für die Erschliessung von bis zu 30 Wohneinheiten ist eine Zufahrtsstrasse im unteren Anwendungsbereich mit einer Fahrbahnbreite von 4,00 m bis 4,75 m zuzüglich zweier Bankette nötig. In dichter Bebauung, sofern mit öffentlichen Verkehrsmitteln gut erschlossen, können mit einem Zufahrtsweg bis zu 30 Wohneinheiten erschlossen werden (§ 6 Abs. 2 ZN). Bei Stichstrassen ist eine Kehrmöglichkeit bzw. ein Kehrplatz notwendig.

### **E. 3.4**

Die Privatstrasse, welche die Baugrundstücke erschliesst, führt ab der im Süden gelegenen J-Strasse über die Grundstücke Kat.-Nrn. 04, 05, 06, 07, 08, 09 und 10 zu den Baugrundstücken. Wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, ist der im südlichsten Bereich rund sechs Meter und im mittleren Bereich rund vier Meter breite Strassenabschnitt für die Erschliessung der vorhandenen rund 47 Wohneinheiten normaliengerecht dimensioniert und für die zusätzliche Erschliessung des Bauvorhabens ausreichend. Mit der Vorinstanz ist sodann festzuhalten, dass der nördliche, zur Hauptsache über die Grundstücke Kat.-Nrn. 06 und 07 führende Strassenabschnitt hingegen nur ungenügend ausgebaut ist. Über dieses Teilstück werden heute 10 Wohneinheiten erschlossen. Zusätzlich soll es als Zufahrt für die geplanten zwei Einfamilienhäuser dienen. Gewendet wird auf den betreffenden Grundstücken. Der fragliche Strassenabschnitt erreicht die an einen Zufahrtsweg gestellten Anforderungen nicht, weil er insgesamt nur drei Meter breit ist und über keine Bankette verfügt. Die Baugrundstücke verfügen somit in diesem Bereich über eine Zufahrt, deren Ausbaustand nicht den gesetzlichen Anforderungen genügt.

### **E. 3.5**

Was die rechtliche Sicherung der Erschliessung betrifft, verfügten die Baugrundstücke bisher für die von der J-Strasse zu den Baugrundstücken führende Privatstrasse über ein Fuss- und Fahrwegrecht, welches allerdings in allen Abschnitten der auf drei bis sechs Meter ausgebauten Strasse nur eine Breite von drei Metern umfasste. Die Vorinstanz hat daher die rechtliche Sicherung der Zufahrt unter den damaligen Voraussetzungen zu Recht als nicht ausreichend anerkannt.

### **E. 4**

Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vor Verwaltungsgericht reichten die Beschwerdeführenden am 22. Juli 2010 einen neuen Dienstbarkeitsvertrag mit Grundbuchanmeldung über die Erschliessung der streitbetroffenen Grundstücke ins Recht.

Darin wird zugunsten der streitbetroffenen Grundstücke sowie des Grundstücks Kat.-Nr. 10 ein unbeschränktes Fuss- und Fahrwegrecht mit einer Mindestbreite von 3,60 m von der J-Strasse bis an die Grenze des Grundstücks Kat.-Nr. 10 und dem südöstlichen Spickel des beschwerdegegnerischen Grundstücks Kat.-Nr. 09 zulasten der Grundstücke Kat.-Nrn. 05, 06, 07, 08 sowie zulasten von 04 und 08 eingeräumt.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführenden machen diesbezüglich geltend, bereits im vorinstanzlichen Verfahren sowie in der Beschwerde vom 29. Oktober 2009 sei dargelegt worden, dass die K AG und die Erbgemeinschaft L als Eigentümer der Erschliessungspartellen ihre grundsätzliche Zustimmung zu einer Erweiterung der bestehenden Servitutsfläche zwecks Sicherstellung einer normalienberechtigten Zufahrt erteilt hätten. Nachdem diese Bereitschaft trotz schriftlicher Zusagen sowohl von der Vorinstanz als auch von der Beschwerdegegnerschaft in Zweifel gezogen worden sei, hätten die Beschwerdeführenden um eine kurzzeitige Sistierung des Verfahrens ersucht, um ihre Berechtigung mittels Errichtung einer neuen Grunddienstbarkeit nachweisen zu können. Der entsprechende Dienstbarkeitsvertrag und die Grundbuchanmeldung würden nun vorliegen. Der Nachweis einer hinreichenden Erschliessung sei somit erbracht.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdegegner halten dem entgegen, die Behauptung, die L sei mit der Erweiterung der Servitutsfläche einverstanden, sei ein unzulässiges Novum im Sinn von § 52 Abs. 2 VRG. Diese Behauptung dürfe vom Verwaltungsgericht bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt werden. Gleiches gelte für den mit Eingabe vom 22. Juli 2010 eingereichten Dienstbarkeitsvertrag samt Grundbuchanmeldung. Sodann sei nach herrschender Lehre und Rechtsprechung für den Rechtmittelentscheid grundsätzlich die Sachlage massgebend, wie sie zur Zeit des Erlasses der erstinstanzlichen Verfügung bestehe. Im Verwaltungsgerichtsverfahren würden daher während des Rekurs- und Beschwerdeverfahrens neu eingetretene Tatsachen im Allgemeinen nicht berücksichtigt und hätten auf den Entscheid des Verwaltungsgerichts keinen Einfluss. Andernfalls würde es in die Zuständigkeit der erstinstanzlich verfügenden Behörde sowie der Rekursbehörden eingreifen und damit der funktionelle Instanzenzug nicht eingehalten.

#### **E. 4.3**

Gemäss § 52 Abs. 2 VRG sind neue Tatsachenbehauptungen, sofern das Verwaltungsgericht als zweite gerichtliche Instanz urteilt, nur so weit zulässig, als es durch die angefochtene Anordnung notwendig geworden ist.

##### **E. 4.3.1**

Vorliegend ist die Bausektion der Stadt Zürich in ihrem Bauentscheid davon ausgegangen, dass die Erschliessung der Baugrundstücke grundsätzlich hinreichend gewährleistet sei. Erst die Baurekurskommission I kam zum Schluss, dass die Servitutsfläche nicht ausreiche und dementsprechend erweitert werden müsse. Die Notwendigkeit der Erweiterung der Servitutsflächen hat sich somit erst durch den angefochtenen Entscheid ergeben, da erst die Vorinstanz auf eine Ausdehnung der Servitutsfläche bestand. Da die Baubewilligungsbehörde die Erschliessung grundsätzlich als ausreichend beurteilte, hatten die Beschwerdeführenden im Rekursverfahren noch keine Veranlassung, sich um die Einräumung einer erweiterten Dienstbarkeitsvereinbarung zu bemühen. Diese Notwendigkeit entstand erst durch den Rekursentscheid. Der erst während laufendem

Beschwerdeverfahren eingereichte Dienstbarkeitsvertrag mit Grundbuchanmeldung fällt somit nicht unter das Novenverbot und ist zu berücksichtigen, dies zumal die Bezeichnung und Einreichung neuer Beweismittel gestützt auf den Grundsatz der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen stets zulässig ist, sofern damit der Streitgegenstand – wie vorliegend – nicht erweitert wird (Kölz/Bosshart/Röhl, § 52 N. 14).

#### **E. 4.3.2**

Was den massgebenden Zeitpunkt der Sachlage angeht, trifft zwar zu, dass für den Rechtsmittelentscheid grundsätzlich die Sachlage massgebend ist, wie sie zur Zeit des Erlasses der erstinstanzlichen Verfügung bestand. Das Verwaltungsgericht hat indessen nicht nur kassatorische, sondern auch reformatorische Funktion (vgl. § 63 VRG). Die Berücksichtigung neu eingetretener Tatsachen muss daher zulässig sein, wenn wichtige prozessökonomische Gründe dafür sprechen, der Streitgegenstand nicht verändert wird und keine neuen Ermessensfragen aufgeworfen werden (Kölz/Bosshard/Röhl, § 52 N. 16 f.). Vorliegend sprechen verfahrensökonomische Gründe dafür, auf die Erschliessungssituation gemäss dem neu eingereichten Dienstbarkeitsvertrag abzustellen, da sich – wie nachfolgend unter E. 5 ausgeführt wird – die Erschliessung nunmehr sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht als hinreichend erweist. Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern durch die Berücksichtigung der Dienstbarkeitsvereinbarung neue Ermessensfragen auftauchen sollten, welche eine Rückweisung an die Vorinstanzen notwendig machen würden. Die Bausektion hat die Erschliessung bereits unter den bisherigen Verhältnissen als hinreichend beurteilt. Sodann wird mit dem im Dienstbarkeitsvertrag vorgesehenen Wegrecht, welches neu eine Mindestbreite von 3,60 m vorsieht, die Anbringung beidseitiger Bankette ermöglicht und damit dem im Rekursentscheid verlangten normalienkonformen Ausbaustandard entsprochen. Auch wurde dem Beschwerdegegner im Rahmen der Duplik Gelegenheit gegeben, zum neu eingereichten Dienstbarkeitsvertrag Stellung zu nehmen.

#### **E. 5**

Die Privatstrasse, welche die Baugrundstücke erschliesst, führt ab der im Süden gelegenen J-Strasse über die Grundstücke Kat.-Nrn. 04, 08, 05, 06 und 07 sowie über 09 und 10 zu den Baugrundstücken.

#### **E. 5.1**

Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, ist der südlichste Bereich rund sechs Meter und im mittleren Bereich rund vier Meter breite Strassenabschnitt für die Erschliessung der vorhandenen rund 47 Wohneinheiten normaliengerecht dimensioniert und für die zusätzliche Erschliessung des Bauvorhabens ausreichend. Rechtlich ist die Zufahrt neu nicht mehr nur auf einer Breite von 3,00 m, sondern auf einer Breite von 3,60 m gesichert. Da nun ausreichend Platz für eine Begegnungssituation mit Fussgängern gesichert ist und lediglich zwei zusätzliche Wohneinheiten zu erschliessen sind, ist eine rechtlich gesicherte Breite des Zufahrtswegs von 3,60 m als ausreichend zu betrachten. Die von der Vorinstanz geforderte Ausdehnung des Wegrechts auf die ganze Strassenseite erweist sich unter diesen Umständen als nicht gerechtfertigt.

#### **E. 5.1.1**

Der Beschwerdegegner macht diesbezüglich in seiner Beschwerdeantwort geltend, zwei hintereinander liegende private Parkplätze sowie zwei Betonpflanzentöpfe auf der anderen Seite würden die Strasse im südlichsten Bereich empfindlich verschmälern, und nach der neunziggradigen Linkskurve sei die Zufahrtsstrasse über eine gewisse Strecke nur 3,53 m

bis 3,56 m breit. Hierbei handelt es sich um unzulässige neue Tatsachenbehauptungen im Sinn von § 52 Abs. 2 VRG. Im vorinstanzlichen Verfahren wurde die Strassenbreite von 6 m im südlichsten Bereich bzw. von 4 m im anschliessenden mittleren Bereich nicht bestritten (siehevorinstanzlicher Entscheid E. 3.2, erster Absatz). Der Beschwerdegegner hätte diese Einwände jedoch ohne Weiteres bereits vor der Vorinstanz erheben können, weshalb sie im Beschwerdeverfahren nicht mehr zu berücksichtigen sind. Im Übrigen wäre selbst unter Berücksichtigung der Parkplätze und der Pflanzentöpfe die rechtlich gesicherte Breite von 3,60 m nach wie vor gewährleistet; auch sind die geltend gemachten Abweichungen im mittleren Bereich marginal, weshalb über § 11 ZN entsprechende Erleichterungen gewährt werden könnten.

#### **E. 5.1.2**

Soweit der Beschwerdegegner schliesslich geltend macht, das an die südliche Einfahrt angrenzende Grundstück Kat.-Nr. 11 sei nicht erschlossen, wird nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich, inwiefern dieser Einwand die im vorliegenden Verfahren massgebliche Erschliessung der streitbetroffenen Baugrundstücke tangieren könnte.

#### **E. 5.2**

Über den nördlichen, zur Hauptsache über die Grundstücke Kat.-Nrn. 06 und 07 führenden Strassenabschnitt werden bisher 10 Wohneinheiten erschlossen. Zusätzlich soll dieser Teil auch als Zufahrt für die geplanten zwei Einfamilienhäuser dienen, wobei auf den Grundstücken gewendet wird. Die Vorinstanz beurteilte diesen Abschnitt als nur ungenügend ausgebaut. Sie führte diesbezüglich aus, zwar vermöge eine als Zufahrtsweg ausgebaute Erschliessung unter Berücksichtigung der dichten Bebauung mit guter Erschliessung gerade noch auszureichen. Allerdings erreiche der fragliche Strassenabschnitt auch die an einen Zufahrtsweg gestellten Anforderungen nicht, weil er insgesamt nur drei Meter breit sei und über keine Bankette verfüge.

##### **E. 5.2.1**

Zum nördlichen Abschnitt ist festzuhalten, dass dieser auf eine Mindestbreite von 3,60 m unter Anbringung beidseitiger Bankette von je 0,3 m zu verbreitern ist, damit er die im vorinstanzlichen Entscheid zu Recht verlangten normalien gemässen Anforderungen an einen Zufahrtsweg erfüllt. Hierzu ist eine entsprechende Nebenbestimmung im Sinne von § 321 Abs. 1 PBG in die Baubewilligung aufzunehmen. Die entsprechende rechtliche Sicherung ist im Beschwerdeverfahren mit dem Dienstbarkeitsvertrag vom 13. Juli 2010 nachgereicht worden. Einer auflagenweisen Heilung dieses Erschliessungsmangels mittels einer Nebenbestimmung steht somit nichts mehr im Weg.

##### **E. 5.2.2**

Die Baubewilligung ist demnach mit folgender Nebenbestimmung zu ergänzen: "Das nördliche Teilstück des Zufahrtsweges (ab der nördlichen Grundstücksgrenze von Kat.-Nr. 08) ist auf eine Mindestbreite von 3,60 m, einschliesslich beidseitigem Bankett von je 0,3 m zu verbreitern."

#### **E. 5.3**

Das letzte Stück der Zufahrt zu den streitbetroffenen Baugrundstücken führt teilweise über das im Eigentum des Beschwerdegegners stehende Grundstück Kat.-Nr. 09 des Beschwerdegegners. Der davon betroffene südöstliche Spickel des Grundstücks ist gemäss Grunddienstbarkeit vom 2. Juni 1927 mit einem Fuss- und Fahrwegrecht zugunsten der

Baugrundstücke belastet.

### **E. 5.3.1**

Dieses Recht wird vom Beschwerdegegner bestritten. Er macht geltend, es sei fraglich, ob die vor mehr als 80 Jahren eingeräumte Dienstbarkeit als rechtliche Grundlage für eine genügende Erschliessung gelten könne. In der Dienstbarkeit werde weder erwähnt, dass sie dem Zugang zu allfällig noch zu erstellenden Liegenschaften diene, noch werde ausdrücklich festgehalten, dass das Befahren mit Autos inbegriffen sei. Es sei damals lediglich ein nur sehr beschränktes Fuss- und Fahrwegrecht, beispielsweise für von Pferden gezogene Karren und dergleichen, eingeräumt worden.

#### **E. 5.3.1.1**

Zur Bestimmung des Inhalts einer Dienstbarkeit ist in erster Linie der Wortlaut des Grundbucheintrags massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Ergeben sich daraus die Rechte und Pflichten nicht hinreichend deutlich, sind nach Art. 738 Abs. 2 ZGB der Ausweis über den Erwerbsgrund, d.h. die Zweckvorstellungen der Parteien bei Begründung des Rechtsverhältnisses unter den damaligen Umständen sowie der bisherige, gutgläubige Gebrauch der Dienstbarkeit heranzuziehen. Die entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen oder eine einseitig bestellte Eigentümerdienstbarkeit sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Gemäss Art. 739 ZGB kann dem Verpflichteten nicht dann schon eine Mehrbelastung auferlegt werden, wenn sich die Bedürfnisse des berechtigten Grundstücks geändert haben. Die Dienstbarkeit darf nur im Rahmen des ursprünglichen Zwecks, wozu sie begründet worden ist, ausgeübt werden. Innerhalb dieses Zwecks ist dem Belasteten eine gewisse Mehrbelastung allerdings zuzumuten, denn gewisse Schwankungen in der Ausübung einer Dienstbarkeit sind als normal hinzunehmen. Erheblich und damit unzumutbar ist eine Mehrbelastung erst dann, wenn die mögliche Erhöhung der Bedürfnisse im Zeitpunkt der Dienstbarkeitsbegründung nicht voraussehbar war oder von den Parteien nicht zumindest in Kauf genommen wurde (zum Ganzen VGr, 27. September 2006, E. 6. [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch) sowie Christoph Fritzsche/Peter Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 4. A., Zürich 2006, S. 9-23 mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 5.3.1.2**

Aus dem klaren Wortlaut des Grundbucheintrags ergibt sich, dass nicht nur das Begehen, sondern auch das Befahren der belasteten Grundstücksfläche eingeräumt wurde. Gemäss der vorliegend zu beurteilenden Baubewilligung geht es um die Erschliessung von zwei Wohneinheiten und damit lediglich um wenige Fahrten pro Tag, weshalb fraglich ist, ob überhaupt von einer Mehrbelastung ausgegangen werden kann. Jedenfalls führen einige zusätzliche Fahrbewegungen pro Tag als Folge einer intensiveren Nutzung des berechtigten Grundstücks nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht zu einer erheblichen Mehrbelastung eines unbedingten Fuss- und Fahrwegrechts (BGE 122 III 358). Angesichts der offenen Umschreibung der eingeräumten Grunddienstbarkeit war somit bereits bei dessen Begründung vernünftigerweise mit einer gewissen künftigen Mehrbelastung zu rechnen, zumal das Fuss- und Fahrwegrecht zweifellos im Hinblick auf die südseitige Erschliessung der berechtigten Grundstücke eingeräumt wurde. Dass dabei das Befahren mit Autos nicht inbegriffen sein sollte, sondern lediglich das Befahren mit von Pferden gezogenen Fuhrwerken und dergleichen, erscheint wenig plausibel. Vielmehr sind zeitgemässe Änderungen in der Ausübung einer Dienstbarkeit von den Belasteten hinzunehmen, solange sie sich im Rahmen des ursprünglichen Zwecks bewegen. Das

übliche Fortbewegungs- und Transportmittel ist heute das Auto. Die Dienstbarkeit wird somit lediglich zeitgemäss ausgeübt. An deren ursprünglichen Zweck ändert sich dadurch nichts. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass im Jahr 1927 in der Stadt Zürich bereits Automobile verkehrten und eine entsprechende Einschränkung ohne Weiteres ausdrücklich in die Dienstbarkeit hätte aufgenommen werden können, was jedoch nicht geschah.

### **E. 5.3.2**

Was die Erweiterung des bisher auf einer Breite von lediglich 3 m gesicherten "Wegrechtskorridors" betrifft, führen die Beschwerdeführenden in der Replik aus, dass vorgesehen sei, den Wegrechtskorridor auf Kat.-Nrn. 06 und 07 nordwärts leicht abzurunden, sodass sich die Servitutsfläche am nördlichsten Punkt nur gegen Osten ausdehne, und zwar um 0,6 m. Dies ermögliche es, den Strassenabschnitt gleichmässig mit seitlichen Banketten von 0,3 m Breite zu säumen, ohne hierfür weiteres Land des Beschwerdegegners zu beanspruchen. Damit zeigen die Beschwerdeführenden eine realisierbare Variante auf, bei welcher sie nicht auf die Mitwirkung des Beschwerdegegners angewiesen sind. Wie sich aus dem Situationsplan des Grunddienstbarkeitsvertrags entnehmen lässt, wurde die Verbreiterung der Servitutsfläche um 0,6 m gegen Osten zulasten des Grundstücks 06 bereits eingeräumt. Das letzte Stück der Zufahrt zu den streitbetroffenen Baugrundstücken ist damit auch rechtlich gesichert.

### **E. 6**

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Entscheid der Baurekurskommission I vom 25. September 2009 aufzuheben und die Baubewilligung vom 10. März 2009 wiederherzustellen sowie zur Sicherstellung der ausreichenden Erschliessung mit zwei Nebenbestimmungen im Sinn der Erwägungen zu ergänzen ist. Demgemäss ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. In Wahrung der funktionellen Zuständigkeit ist die Sache zur Beurteilung der ungeprüft gebliebenen Rekursrügen an die Baurekurskommission I zurückzuweisen (Kölz/Bosshart/Röhl, § 63 N. 11) .

### **E. 7**

Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG werden die Verfahrenskosten in der Regel nach dem Unterliegen der am Verfahren Beteiligten verteilt. Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 2 VRG sind dagegen Kosten, die eine Partei verursacht hat, dieser ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens zu überbinden. Nach der Praxis wird dieses Verursacherprinzip über die im Gesetz aufgezählten Tatbestände hinaus auf vergleichbare Situationen angewandt (Kölz/Bosshart/Röhl, § 13 N. 20 mit Hinweisen).

#### **E. 7.1**

Bezüglich der Kosten des Rekursverfahrens ist festzuhalten, dass die Vorinstanz unter der damals massgeblichen Sachlage die genügende Erschliessung zu Recht verneinte. Erst gestützt auf den im Beschwerdeverfahren nachgereichten Dienstbarkeitsvertrag vom 13. Juli 2010 konnte nun die Erschliessung als ausreichend beurteilt werden. Die Kosten des Rekursverfahrens sind deshalb nach dem Verursacherprinzip zu verteilen und weiterhin je hälftig den Beschwerdeführenden und der Mitbeteiligten aufzuerlegen. Ebenso haben die Beschwerdeführenden dem Beschwerdegegner für dessen Aufwendungen im Rekursverfahren eine Parteientschädigung in der von der Vorinstanz vorgesehenen Höhe von Fr. 1'500.- zu entrichten.

#### **E. 7.2**

Im Beschwerdeverfahren obsiegen die Beschwerdeführenden zwar in der Hauptsache; allerdings nur unter Statuierung zweier Nebenbestimmungen, was bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen ist. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass der ausschlaggebende Dienstbarkeitsvertrag erst im Laufe des zweiten Schriftenwechsels eingereicht wurde. Unter diesen Umständen erweist sich die je hälftige Auferlegung der Verfahrenskosten an die Beschwerdeführenden und an den Beschwerdegegner als sachgerecht. Demgemäss sind für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

#### **E. 8**

Hinsichtlich der Rechtsmittelbelehrung ist darauf hinzuweisen, dass ein Rückweisungsentscheid nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts einen Zwischenentscheid darstellt, der nur angefochten werden kann, wenn die Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) erfüllt sind (BGE 133 II 409 E. 1.2. S. 412 unten). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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