

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00349 vom 1. Oktober 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-10-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2015.00349](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00349)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00349 du 1 octobre 2015

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00349 del 1 ottobre 2015

## Regeste

Baubewilligung | Ein projektbezogenes Näherbaurecht liegt vor, wenn der belastete Nachbar seine Zustimmung an ein genau definiertes Bauvorhaben knüpft (E. 5.1). Fehlt es an einer entsprechenden ausdrücklichen Näherbaurechtsvereinbarung, ist davon auszugehen, dass das Näherbaurecht nur für ein bestimmtes Bauwerk erteilt wurde. Mit dem Untergang der privilegierten Baute fällt daher vermutungsweise auch das Näherbaurecht dahin. Die Beschwerdeführer möchten ihr Einfamilienhaus abbrechen. Damit verlieren sie ihr Näherbaurecht, ist doch dieses an den Fortbestand ihres Gebäudes geknüpft. Als Folge davon müssen sie mit ihrem geplanten Mehrfamilienhaus den gesetzlich vorgesehenen Gebäudeabstand einhalten (E. 5.3). Abweisung.

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung VB.2015.00349 Urteil der 1. Kammer vom 1. Oktober 2015 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz) , Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichter Martin Kayser, Gerichtsschreiber Martin Tanner. In Sachen Erbgemeinschaft A, bestehend aus: 1. B, 2. C, alle vertreten durch RA D, Beschwerdeführer, gegen E, vertreten durch RA F, Beschwerdegegnerin, und Baubehörde Zollikon, Mitbeteiligte, betreffend Baubewilligung, hat sich ergeben: I. Mit Beschluss vom 29. September 2014 erteilte die Baubehörde Zollikon der Erbgemeinschaft A, bestehend aus B und C (nachstehend Erbgemeinschaft), die Bewilligung für den Neubau eines Mehrfamilienhauses auf dem Grundstück Kat.-Nr. 01 an der G-Strasse 02 in Zollikon. II. Am 14. November 2014 rekurrierte E dagegen an das Baurekursgericht des Kantons Zürich und beantragte die Aufhebung der Baubewilligung. Das Baurekursgericht hiess mit Entscheid vom 5. Mai 2015 den Rekurs gut und hob die Baubewilligung auf. III. Am 8. Juni 2015 führte die Erbgemeinschaft beim Verwaltungsgericht Beschwerde und beantragte den Entscheid des Baurekursgerichts aufzuheben und die Sache zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten von E. Das Baurekursgericht liess sich am 24. Juni 2015 mit dem Schluss auf Abweisung der Beschwerde vernehmen. E beantragte in ihrer Beschwerdeantwort vom 7. Juli 2015 ebenfalls die Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Erbgemeinschaft. Die Gemeinde Zollikon stellte am 4. Juli 2015 den Antrag auf Gutheissung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten von E. Die Erbgemeinschaft verzichtete am 10. August 2015 auf Erstattung einer Replik. Die Kammer erwägt:

### E. 1.1

Die Beschwerdeführer sind Eigentümer der Bauparzelle Kat.-Nr. 01. Diese Parzelle grenzt an die Parzelle Kat.-Nr. 03, welche ihrerseits der Beschwerdegegnerin gehört. Die beiden Grundstücke befinden sich in der Wohnzone W2.10. Sie sind mit einem Doppeleinfamilienhaus überstellt. Dieses Doppeleinfamilienhaus wurde anfangs der 1930er-Jahre auf der damals noch nicht unterteilten Parzelle Kat.-Nr. 04 errichtet. Zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt in den 1930er-Jahren wurde dieses Grundstück in die erwähnten beiden Parzellen aufgeteilt; die Aufteilung erfolgte dabei entlang der zwischen den beiden Einfamilienhäusern verlaufenden Brandmauer. Dadurch entstanden aus den zusammengebauten Einfamilienhäusern zwei Grenzbauten.

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführer möchten ihren Teil des Doppeleinfamilienhauses abbrechen und durch ein 28 Meter langes und 7,74 Meter breites Mehrfamilienhaus ersetzen. Die längere Seite des Gebäudes soll dabei in einem Abstand von sechs Metern parallel zur gemeinsamen Grundstücksgrenze verlaufen. Eine bauliche Verbindung zwischen dem Mehrfamilienhaus und dem direkt auf der Grenze stehenden, übriggebliebenen Doppeleinfamilienhausteil der Beschwerdegegnerin ist nicht vorgesehen.

### **E. 2**

In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird die Durchführung eines Augenscheins beantragt. Ein Augenschein dient der Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts und erübrigt sich, wenn sich dieser aus den Akten hinreichend ergibt. Die Durchführung eines Augenscheins ist somit nur dann geboten, wenn die tatsächlichen Verhältnisse unklar sind und anzunehmen ist, die Parteien vermöchten durch ihre Darlegungen vor Ort Wesentliches zur Erhellung der sachlichen Grundlagen des Rechtsstreits beizutragen (RB 1995 Nr. 12 = BEZ 1995 Nr. 32; Plüss, § 7 N. 79). Wie nachstehend aufzuzeigen sein wird, stellen sich vorliegend ausschliesslich rechtliche Fragen. Demgegenüber sind die tatsächlichen Verhältnisse unbestritten. Damit erübrigt sich die Durchführung eines Augenscheins.

### **E. 3.1**

Zwischen den Parteien ist strittig, ob das projektierte Mehrfamilienhaus den erforderlichen Abstand zum übriggebliebenen Teil des Doppeleinfamilienhauses einhält. In der Wohnzone W2.10 muss der Grundabstand mindestens sechs Meter betragen (Art. 15 der Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Zollikon vom 26. Juni 1996 [BZO]). Unter dem Grundabstand ist dabei der kleinste erforderliche Grenzabstand ohne Mehrlängen- und Mehrhöhenzuschlag zu verstehen (Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011, S. 844). Die Berechnung des Gebäudeabstandes richtet sich nach den §§ 271–274 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG). Gemäss § 271 PBG muss der Abstand zwischen Gebäuden, die Grenzabstände einzuhalten haben, der Summe der beidseitig nötigen Grenzabstände entsprechen. Von diesem Grundsatz sieht § 274 Abs. 1 PBG folgende Erleichterung vor: Steht ein nachbarliches Gebäude näher an der Grenze als es nach den Bauvorschriften zulässig ist, so genügt als Abstand die Summe aus dem Grenzabstand, den das neue Bauvorhaben benötigt, und dem kantonalrechtlichen Mindestgrenzabstand. Vorliegend steht das Gebäude der Beschwerdegegnerin unmittelbar auf der gemeinsamen Grundstücksgrenze und unterschreitet damit den gemäss Art. 15 BZO erforderlichen Grundabstand von sechs Metern. Folglich hätte das projektierte Mehrfamilienhaus gegenüber dem Einfamilienhaus der Beschwerdegegnerin einen Gebäudeabstand von

9,5 Meter einzuhalten (6 Meter kommunaler Grenzabstand zuzüglich 3,5 Meter kantonalrechtlicher Mindestgrenzabstand gemäss § 270 Abs. 1 PBG). Das Bauprojekt unterschreitet diesen Abstand von 9,5 Metern deutlich. Entsprechend ist nachstehend zu prüfen, ob für diese Abstandsunterschreitung eine Rechtsgrundlage besteht.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführer machen sinngemäss geltend, die in Art. 19 Abs. 2 und 4 in Verbindung mit Art. 32 BZO vorgesehene Möglichkeit der geschlossenen Überbauung bzw. des Grenzbaus habe zur Folge, dass ein Bauvorhaben in der Wohnzone W2.10 weder Grenz- noch Gebäudeabstände zu beachten haben.

#### **E. 4.2**

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. In der Wohnzone W2.10 darf nur entweder offen oder dann geschlossen gebaut werden. Eine irgendwie geartete dritte Form der Gebäudeanordnung ("halboffen" oder "halbgeschlossen") ist weder in den kommunalen noch in den kantonalen Baubestimmungen vorgesehen. Will die Bauherrschaft geschlossen bauen, muss sie zwingend ihr Gebäude an dasjenige des Nachbarn anbauen. Dass es hierfür einer nahtlosen Verbindung zwischen den beiden Gebäuden bedarf, ergibt sich aus dem kantonalrechtlichen Begriff der geschlossenen Überbauung (§ 286 Abs. 2 PBG; vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 874 f.). Möchte die Bauherrschaft demgegenüber offen bauen, muss sie den vorgeschriebenen Gebäudeabstand zum Nachbargebäude einhalten. In der Wohnzone W2.10 beträgt dieser mindestens 6 Meter. Nur wenn ein Näherbaurecht vereinbart worden war, darf dieser Abstand unterschritten werden.

#### **E. 5.1**

Gemäss § 270 Abs. 3 PBG kann durch nachbarliche Vereinbarung unter Vorbehalt einwandfreier wohnhygienischer und feuerpolizeilicher Verhältnisse ein Näherbaurecht begründet werden. Aufgrund eines solchen Näherbaurechts darf nicht nur der Grenz-, sondern auch der Gebäudeabstand unterschritten werden und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um einen kantonalen oder kommunalen Abstand handelt (Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 861). Die Zustimmung zum Näherbaurecht kann projektbezogen oder in genereller Form erteilt werden. Von einem generellen Näherbaurecht wird dann gesprochen, wenn sich der belastete Nachbar verpflichtet, Gebäude im Abstandsbereich im Voraus und generell zu dulden. Demgegenüber liegt ein projektbezogenes Näherbaurecht vor, wenn der belastete Nachbar seine Zustimmung an ein genau definiertes Bauvorhaben knüpft (Maja Schüpbach Schmid, Das Näherbaurecht in der zürcherischen baurechtlichen Praxis, Zürich 2001, S. 58–61).

#### **E. 5.2**

Vorliegend finden sich in den Akten keine Anhaltspunkte dafür, dass den Beschwerdeführern oder ihren Rechtsvorgängern erlaubt worden wäre, den Grenz- oder Gebäudeabstand in genereller Form zu unterschreiten. Die Beschwerdeführer reichten auch keinen entsprechenden Baurechtsvertrag ein. Da kein generelles Näherbaurecht vorliegt, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob den Beschwerdeführern bzw. ihren Rechtsvorgängern ein projektbezogenes Näherbaurecht eingeräumt worden war. Vorliegend wurde in den 1930er-Jahren die frühere Parzelle Kat.-Nr. 04 in die beiden neuen Parzelle Kat.-Nr. 01 und 03 unterteilt. Mit dieser Unterteilung wurden die beiden Grundstückseigentümer bzw. deren Rechtsnachfolger konkludent verpflichtet, die auf der gemeinsamen Grenze stehenden Einfamilienhäuser gegenseitig zu dulden. Es liegen mithin

zwei spiegelbildlich ausgestaltete, projektbezogene Näherbaurechte vor.

### **E. 5.3**

Fehlt es an einer entsprechenden ausdrücklichen Näherbaurechtsvereinbarung, ist davon auszugehen, dass das Näherbaurecht nur für ein bestimmtes Bauwerk erteilt wurde. Mit dem Untergang der privilegierten Baute fällt daher vermutungsweise auch das Näherbaurecht dahin (Schüpbach Schmid, S. 34). Die Beschwerdeführer möchten ihr Einfamilienhaus abbrechen. Damit verlieren sie ihr Näherbaurecht, ist doch dieses – wie oben dargelegt – an den Fortbestand ihres Gebäudes geknüpft. Als Folge davon müssen sie mit ihrem geplanten Mehrfamilienhaus den gesetzlich vorgesehenen Gebäudeabstand einhalten.

### **E. 5.4**

An der fehlenden Bewilligungsfähigkeit des Bauprojekts ändert auch Art. 19 Abs. 2 BZO nichts: Nach dieser Bestimmung ist in der Wohnzone W2.10 die geschlossene Überbauung unter anderem dann zulässig, wenn an ein bestehendes Gebäude angebaut oder gleichzeitig gebaut wird. Das projektierte Mehrfamilienhaus soll baulich nicht mit dem Einfamilienhaus der Beschwerdegegnerin verbunden werden, sondern frei auf dem Grundstück der Beschwerdeführer stehen. Es ist somit gerade keine geschlossene Überbauung vorgesehen, weshalb Art. 19 Abs. 2 BZO nicht einschlägig ist. Ebenso wenig können die Beschwerdeführer aus Art. 32 BZO etwas zu ihren Gunsten ableiten: Diese Bestimmung regelt nur das Zustimmungserfordernis des Nachbarn zum einseitigen Grenzbau. Vorliegend wollen die Beschwerdeführenden ihr Gebäude nicht direkt auf der Grenze, sondern in einem Abstand von sechs Meter errichten. Da kein Grenzbau geplant ist, gelangt auch Art. 32 BZO nicht zur Anwendung. Wie oben dargelegt, handelt es sich bei der geschlossenen bzw. offenen Überbauung um Begriffe des kantonalen Rechts (§ 286 PBG). Dem kommunalen Gesetzgeber steht diesbezüglich kein sogenannt "gemeindefreiheitsbezogener" Legiferierungs- oder Auslegungsspielraum zu (zum Begriff der "Gemeindefreiheitsbezogenheit", vgl. BGr, 11. Juli 2013, 2C\_794/2012, E. 2.2.1).

### **E. 6.1**

Es bleibt somit zu prüfen, ob für das Bauvorhaben eine Ausnahmegewilligung im Sinn von § 220 PBG erteilt werden kann. Ausnahmegewilligungen sind nur dann zulässig, wenn sie unter anderem nicht gegen den Sinn und Zweck der Vorschrift verstossen, von der sie befreien, und auch sonst keine öffentlichen Interessen verletzen (§ 220 Abs. 2 PBG).

### **E. 6.2**

Der Gesetzgeber hat mit § 274 Abs. 1 PBG eine Bestimmung erlassen, welche diejenigen Bauvorhaben privilegiert, die sich in der Nähe von abstandswidrigen Gebäuden befinden. Es liegt mit anderen Worten gerade keine Situation vor, an die der Gesetzgeber nicht gedacht hat und die deshalb mittels einer Ausnahmebestimmung zu regeln wäre.

### **E. 7**

Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten je zu einem Viertel den beiden Beschwerdeführern und zur Hälfte der Mitbeteiligten aufzuerlegen; die Beschwerdeführer haften solidarisch für ihre Anteile (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 und § 14 VRG). Eine Parteientschädigung steht den Beschwerdeführern und der Mitbeteiligten nicht zu; hingegen ist eine solche Entschädigung antragsgemäss der Beschwerdegegnerin zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 f. VRG). Die beiden

Beschwerdeführer sind unter solidarischer Haftung zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'500.- zu bezahlen. die Baubehörde hat im Streit zwischen zwei privaten Parteien praxisgemäss keine Entschädigung zu entrichten (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz, Zürich etc. 2014, § 17, N. 93 ff.)

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