

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00401 vom 18. März 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-03-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2020.00401](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00401)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00401 du 18 mars 2021

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00401 del 18 marzo 2021

## Regeste

Zirkulationsbeschluss der Planungs- und Baukommission | Benutzung des nachbarlichen Grundstücks für Realisierung von Bauvorhaben. Darstellung der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Hammerschlagsrecht, welches in Art. 695 ZGB seine Rechtsgrundlage hat (E. 4.1). Grammatikalische und systematische Auslegung von Art. 695 ZGB zur Frage, ob Abgrabungen im Rahmen des Hammerschlagsrechts zulässig sind (E. 4.2). Zur Beantwortung der Frage, welche Formen der vorübergehenden Inanspruchnahme des nachbarlichen Grundstücks vom Zweck von Art. 695 ZGB erfasst sind, ist wesentlich, dass das Nachbarrecht einen Interessenausgleich unter Nachbarn schaffen soll. Die von der Vorinstanz verwendete Argumentation, wonach abstandsfreie Bauten kaum ohne Eingriffe in die Substanz der benachbarten Parzelle zu bewerkstelligen seien und darum Abgrabungsarbeiten auf einem Nachbargrundstück den Rahmen des Hammerschlagsrechts nicht sprengen würden, greift einseitig nur die Interessen der bauwilligen Nachbarn auf (E. 4.3). Dass die Nichtzulassung von Abgrabungen im Rahmen von Art. 695 ZGB die sinnvolle Bebauung in dicht besiedelten Gebieten nahezu verunmöglichen würde, ist sodann nicht ausgewiesen (E. 4.4). Insgesamt verstösst die Zulassung von Abgrabungen gestützt auf das Hammerschlagsrecht gegen Art. 695 ZGB (E. 4.5). Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 1

Das Verwaltungsgericht ist für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde nach § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) zuständig. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

### E. 2

Die private Beschwerdegegnerschaft plant auf ihrem Grundstück Kat.-Nr. 01 die Gesamtanierung der Liegenschaft "I", den Ersatzneubau des Pavillons sowie die Erstellung einer Unterniveaugarage, wofür sie am 23. August 2017 die baurechtliche Bewilligung erhielten, welche mit Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juli 2019 (1C\_129/2019) in Rechtskraft erwuchs. Nachdem am 4. November 2019 mit den Bauarbeiten gestartet wurde, ersuchte die Bauherrschaft am 6. November 2019 die Baubewilligungsbehörde um Entscheid über die Zulässigkeit der für die Realisierung des Bauprojekts erforderlichen Inanspruchnahme des Grundstücks Kat.-Nr. 02 der Beschwerdeführenden im vorgestellten Umfang. Dieses Gesuch auf Gewährung des Hammerschlagsrechts bildet Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, wobei namentlich strittig ist, ob gestützt auf das

Hammerschlagsrecht der Nachbar zur Erstellung des (fremden) Bauvorhabens Abgrabungen auf seinem Grundstück dulden müsste.

### **E. 3.1**

Rechtsgrundlage für das Hammerschlagsrecht gemäss §§ 229 f. des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) bildet Art. 695 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB). Danach bleibt es den Kantonen vorbehalten, über die Befugnis des Grundeigentümers, zum Zwecke der Bewirtschaftung oder Vornahme von Ausbesserungen und Bauten das nachbarliche Grundstück zu betreten, sowie über das Streck- oder Tretrecht, den Tränkweg, Winterweg, Brachweg, Holzlass, Reistweg u. dgl. nähere Vorschriften aufzustellen. Dabei sind sie nicht berechtigt, auf Grund dieses Vorbehalts Bauvorschriften privatrechtlicher Natur aufzustellen, die über diese gesetzliche Ermächtigung hinausgehen (BGE 104 II 166 E. 3c). Mit ihrem Entscheid gemäss § 230 Abs. 2 PBG greift die Behörde unmittelbar in private Eigentumsrechte von am Bauvorhaben nicht beteiligten Drittpersonen ein. Dieser Eingriff dient vor allem dem privaten Interesse des Bauherrn an der Realisierung seines Bauvorhabens. Daher hat sich die Inanspruchnahme stets auf das in räumlicher und zeitlicher Hinsicht Notwendige zu beschränken, und die Interessen der Beteiligten sind gegeneinander abzuwägen. Bei der Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfang die Beanspruchung eines Drittgrundstücks notwendig ist, kommt der Baubehörde ein Ermessensspielraum zu. Mit der Regelung von §§ 229 f. PBG wird den Verwaltungsbehörden eine Richterrolle in einem nachbarrechtlichen Streit zugewiesen. Die Baubehörde hat nicht etwa eine Bewilligung zur Inanspruchnahme des Nachbargrundstückes zu erteilen oder zu verweigern, sondern einen Entscheid über die Zulässigkeit des Begehrens und über eine allfällige Entschädigung zu fällen. Dies zeigt sich auch daran, dass es im Fall einer Einigung zwischen den Beteiligten keines Entscheids der Verwaltungsbehörde bedarf. Somit muss die Verwaltungsbehörde – anders als im Baubewilligungsverfahren – vor ihrem Entscheid den Eigentümer des Drittgrundstückes anhören (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV]). Ferner sind allfällige privatrechtliche Vereinbarungen zwischen den Beteiligten zu berücksichtigen (BEZ 2016 Nr. 40; vgl. BEZ 2004 Nr. 18).

### **E. 3.2**

Was den Umfang der zulässigen Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks betrifft, referiert die Vorinstanz zunächst das bundesgerichtliche Urteil BGE 104 II 166 E. 4.3 (dazu sogleich unten E. 4.1), um darauf die bundesgerichtliche Praxis – wie bereits in früheren Urteilen (BEZ 2016 Nr. 40 E. 4.3) – als zu restriktiv zu qualifizieren. Es sei evident, dass die Realisierung einer Baute, welche wie vorliegend zulässigerweise bis an die Grundstücksgrenze gestellt werden dürfe, kaum ohne Eingriffe in die Substanz der benachbarten Parzelle zu bewerkstelligen sei. Allein die Erstellung einer Baugrubenböschung mache die Beanspruchung des angrenzenden Grundstücks unumgänglich. Dies gälte umso mehr, wenn – wie vorliegend – zur Sicherung der Baugrube Rühlwände errichtet werden müssten. Abgrabungsarbeiten auf einem Nachbargrundstück würden daher den Rahmen des Hammerschlagsrechts unter Verletzung des Art. 695 ZGB nicht a priori sprengen. Vielmehr sei ausschlaggebend, ob der Umfang der Beanspruchung des Drittgrundstücks sich auf das absolut Notwendige beschränken und einer Interessenabwägung standhalten würde.

### **E. 4.1**

Das Bundesgericht hat sich verschiedentlich zum sogenannten Hammerschlags- oder Leiterrecht geäußert: Im – von der Vorinstanz als zu restriktiv bezeichneten (oben E. 3.2) – BGE 104 II 166 erwog das Bundesgericht, dass, obwohl Art. 695 ZGB nur von der Befugnis, das Nachbargrundstück zu betreten, spricht, ohne Weiteres anzunehmen ist, dass sich eine kantonale Regelung auch insoweit auf diese Bestimmung stützen kann, als sie ein Recht zur vorübergehenden Benützung der nachbarlichen Liegenschaft vorsieht. Es sei dabei in erster Linie an die Ablagerung von Baumaterialien oder an das Errichten eines Baugerüsts zu denken. Naturgemäss könne es sich bei der Fläche, deren Inanspruchnahme dem Nachbarn des baulustigen Grundeigentümers zugemutet werden dürfe, nur um einen verhältnismässig schmalen Streifen handeln. Mit dem bundesrechtlichen Anspruch auf möglichst ungeschmälernten Genuss des Eigentums und der einschränkenden Formulierung von Art. 695 ZGB unvereinbar wäre es sodann, wenn das kantonale Recht erhebliche Veränderungen des nachbarlichen Grundstücks, wie insbesondere Abgrabungen oder die Zerstörung darauf befindlicher Vorrichtungen, zulassen würde (E. 4.3). Kurz darauf bestätigte das Bundesgericht diesen Entscheid, indem es festhielt, dass die direkte Inanspruchnahme des nachbarlichen Grundstücks für den Aushub der Baugrube eigentumsrechtlich von vornherein unzulässig wäre (BGE 107 II 134 E. 3c). Am 1. Mai 2007 trat das Bundesgericht auf zwei Beschwerden gegen ein Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz nicht ein. Dieses legte eine sich auf den Vorbehalt von Art. 695 ZGB stützende kantonale Norm dahingehend aus, dass Grabungen auf dem Nachbargrundstück zur Erstellung einer Stützmauer auf dem eigenen Grundstück zulässig seien (BGr, 1. Mai 2007, 5C.280/2006, 5P.508/2006). In einem neueren Urteil hat das Bundesgericht als vom Hammerschlagsrecht umfasste zulässige Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks – unter Hinweis auf BGE 104 II 166 – die Ablagerung von Materialien oder Arbeitsgeräten sowie das Errichten eines Baugerüsts genannt (BGr, 24. August 2018, 5D\_219/2017, E. 4.2.1).

#### **E. 4.2**

Unter Bezugnahme auf eines der soeben erwähnten Urteile des Bundesgerichts vom 1. Mai 2007 (5C.280/2006) trägt die private Beschwerdegegnerschaft vor, dass Abgrabungen auf dem Nachbargrundstück gestützt auf Art. 695 ZGB erlaubt seien. Dem ist nicht zu folgen. Das Bundesgericht hat sich in jenen beiden Urteilen vom 1. Mai 2007 nicht in materieller Weise mit der Streitsache befasst; genauer besehen hat sich das oberste Gericht seit den frühen 80er-Jahren nicht mehr zur Frage der Zulässigkeit von Abgrabungen gestützt auf Art. 695 ZGB geäußert. Vor diesem Hintergrund erscheint es angezeigt, Art. 695 ZGB einer Auslegung zuzuführen, welche besonders den objektiv-geltungszeitlichen Gesichtspunkten Rechnung trägt. Als Ausgangspunkt der Gesetzesauslegung ist aber vorab der Wortlaut und die Systematik zu analysieren. Art. 695 ZGB, erster Satzteil (welcher das Hammerschlagsrecht erfasst, siehe Heinz Rey/Lorenz Strebel, BSK-ZGB II, 6. A., Basel 2019, Art. 695 N. 4) spricht von einem Betreten des Grundstücks. Abgrabungen sind mit dieser Wortlautgrenze schwerlich zu vereinbaren (kritisch auch Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. A., Wädenswil 2019, S. 697). Unter systematischen Gesichtspunkten ist Art. 685 Abs. 1 ZGB zu erwähnen, wonach bei Grabungen und Bauten der Eigentümer die nachbarlichen Grundstücke nicht dadurch schädigen darf, dass er ihr Erdreich in Bewegung bringt oder gefährdet oder vorhandene Vorrichtungen beeinträchtigt. Danach hat der Nachbar gewöhnliche Beeinträchtigungen – wie (ganz) geringfügige Senkungen oder Rutschungen – auf seinem Grundstück zu dulden, wogegen übermässige Einwirkungen, etwa in Form erheblicher Bodensenkungen und -rutschungen, Rissbildungen an Gebäudefassaden oder

Bodenvernässung bzw. -versumpfung, zu unterlassen sind ( Heinz Rey/Lorenz Strebel, BSK-ZGB II, Art. 685/686 N. 10 f.; vgl. Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar, 1975, Art. 685/686 ZGB N. 68). Da Abgrabungen von Baugrubenböschungen auf dem Nachbargrundstück regelmässig als ungewöhnliche und damit übermässige Einwirkung zu qualifizieren sein dürften, sind solche der Bauherrschaft gestützt auf Art. 685 ZGB verwehrt (vgl. Dominik Bachmann, Das Hammerschlagsrecht, PBG aktuell 4/2014, S. 5 ff., S. 20, welcher angesichts von Art. 685 ZGB die etwaige Zulässigkeit von Abgrabungen gestützt auf Art. 695 ZGB als gesetzssystematischen Widerspruch erachtet ).

#### **E. 4.3**

Der Zweck von Art. 695 ZGB liegt in der Ermächtigung an die Kantone zum Erlass einer Regelung, wonach eine vorübergehende Benutzung des Grundstücks durch die Nachbarin oder den Nachbarn im wirtschaftlichen Interesse zu dulden ist (vgl. Meier-Hayoz, Art. 685/686 ZGB N. 1). Die Frage, welche Formen der Verwendung davon erfasst sind, ist vorliegend hinsichtlich der Realisierung von Bauvorhaben einer Klärung zuzuführen. Nach der Vorinstanz sei in dieser Hinsicht evident, dass abstandsfreie Bauten kaum ohne Eingriffe in die Substanz der benachbarten Parzelle zu bewerkstelligen seien (oben E. 3.2). Im gleichen Sinn schreibt die private Beschwerdegegnerschaft unter Bezugnahme auf die baurechtliche Literatur (Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, S. 697) , dass bei Nichtzulassung von Abgrabungen in dicht besiedelten Gebieten kaum mehr sinnvoll gebaut werden könne. Die Rechtsprechung der Vorinstanz zum Umfang des Hammerschlagsrechts entspreche mit anderen Worten einem praktischen Bedürfnis (Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, S. 697). Zur Beantwortung der Frage, welche Formen der vorübergehenden Inanspruchnahme des nachbarlichen Grundstücks vom Zweck von Art. 695 ZGB erfasst sind, ist wesentlich, dass das Nachbarrecht einen Interessenausgleich unter Nachbarn schaffen soll (BGE 145 II 282 E. 4.1; vgl. Meier-Hayoz, Art. 685/686 ZGB N. 69 ). Es versteht sich von selbst, dass aus der Perspektive der Bauherrschaft der nachbarliche Immissionsschutz tendenziell hinderlich wirkt. Die von der Vorinstanz verwendete Argumentation, welche alleine deren Interessen an der Realisierung ihrer Baute unter Ausblendung des nachbarlichen (Eigentums-)Interesses erwähnt, greift somit zu kurz. Dies umso mehr, als der Eingriff ins Eigentum der Nachbarin in Form von Abgrabungen nicht nur von geringer Intensität ist ( Bachmann, S. 25, spricht beim Hammerschlag bei Baustellen gar von einem schweren Eigentumseingriff). Dass dieser allein vorübergehend – aber vorliegend immerhin während zwölf Wochen – wirkt und darauf das abgegrabene Gelände wiederherzustellen ist, lässt ihn von der Einwirkungsschwere her jedenfalls in keiner Weise mit einem Betreten des Grundstücks vergleichen, wie das die private Beschwerdegegnerschaft tut .

#### **E. 4.4**

Angesichts des dargelegten, nicht geringfügigen Eingriffs in die Rechtssphäre des Nachbarn wären Abgrabungen im Rahmen des Hammerschlagsrechts unter Wahrung des nachbarlichen Gleichgewichts gegebenenfalls dann als zulässig zu erachten, wenn die Nichtzulassung von Abgrabungen im Rahmen von Art. 695 ZGB die sinnvolle Bebauung in dicht besiedelten Gebieten tatsächlich stark erschweren respektive nahezu verunmöglichen würde. Solche faktischen Verhältnisse (zur realistischen Auslegung als Teil des teleologischen Auslegungselements siehe Susan Emmenegger/Axel Tschentscher , Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd I/1, Einleitung: Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, Art. 1 N. 325 ff.) sind aber nicht ansatzweise (empirisch) ausgewiesen und erscheinen entsprechend wenig tragfähig. Überdies verkennt dieses Argument, dass auf der Grundlage

der nachbarlichen Zustimmung entsprechende Abgrabungen ohne Weiteres möglich bleiben. Ebenso wenig durchzudringen vermag der Hinweis der privaten Beschwerdegegnerschaft, dass Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPB) das verdichtete Bauen vorschreiben würde. Die dort genannten Ziele richten sich an sämtliche Behörden von Bund, Kantonen und Gemeinden; sie führen aber nicht von sich aus dazu, dass der nachbarliche Immissionsschutz vermindert wird und Abgrabungen gestützt auf Art. 695 ZGB von der Nachbarin oder dem Nachbar zu dulden wären. Schliesslich haben sich im Verlauf der letzten Jahrzehnte die technischen Möglichkeiten zur (senkrechten) Baugrubensicherung weiterentwickelt (Bachmann, S. 19), weshalb auch aus dieser Perspektive eine extensive(re) Auslegung des Zwecks von Art. 695 ZGB nicht angezeigt ist.

#### **E. 4.5**

Die Zulassung von Abgrabungen im Rahmen des Hammerschlagsrechts hätte daher eine Störung des nachbarlichen Gleichgewichts zur Folge und ist vom Zweck von Art. 695 ZGB nicht gedeckt; auch die übrigen dargelegten Interpretationsschritte (oben E. 4.2) lassen Abgrabungen als ausserhalb von Art. 695 ZGB stehend erscheinen. Die Qualifikation von Abgrabungen als übermässige Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks vermag auch der vonseiten der privaten Beschwerdegegnerschaft geäusserte Hinweis auf eine angebliche (zürcherische) Ortsüblichkeit der Abgrabungen auf dem Nachbargrundstück im Rahmen des Hammerschlagsrecht nicht umzustossen. Der Ortsgebrauch im Sinn von Art. 5 Abs. 2 ZGB kommt nur zur Anwendung, wenn dieser Sinn und Geist des Bundeszivilrechts nicht widerspricht (Arnold Marti, Zürcher Kommentar, 1998, Art. 6 ZGB N. 255) respektive den Anforderungen der Gerechtigkeit entspricht (Flavio Lardelli/Meinrad Vetter, BSK-ZGB I, 6. A., Basel 2018, Art. 5 N. 42), was für Abgrabungen auf dem Nachbargrundstück im Rahmen von Art. 695 ZGB nicht zutrifft.

#### **E. 4.6**

Der Zirkulationsbeschluss erklärt die Inanspruchnahme eines Streifens von 26,6 m Länge und 0,9 m Breite entlang der nordöstlichen Grenze des Grundstücks der Beschwerdeführenden für zulässig. Die Bauherrschaft bezweckt mit dieser vorübergehenden Benutzung des beschwerdeführerischen Grundstücks die Realisierung der Garage und des Kellers, welche (zulässigerweise) bis an die südwestliche (mit den Beschwerdeführenden geteilte) Grundstücksgrenze reichen. Die Benutzung erfolgt nicht allein in der Form von Abgrabungen; solche sind indessen – für einen kurzen Abschnitt – vorgesehen im Bereich des Kellers (für den Wurzelvorhang zum Schutz des dort befindlichen Tulpenbaums während der Bauarbeiten) sowie im – gesamten – Bereich der Garage, dies für die Realisierung des Fundaments der Grenzmauer. Damit erstrecken sich die Abgrabungen auf eine Länge von über 14 m, wodurch sie die überwiegende Benutzungsform der für zulässig erklärten Inanspruchnahme der Parzelle der Beschwerdeführenden ausmachen. Inwiefern die übrige erlaubte Verwendung der beschwerdeführerischen Parzelle einen für die Bauausführung eigenständigen Gehalt aufweisen (wodurch deren Beurteilung im Rahmen des vorliegenden Verfahrens allenfalls angezeigt wäre), lässt sich anhand der – ohnehin umstrittenen – Gesuchsunterlagen nicht hinreichend abschätzen. Klar ist jedenfalls, dass die im Zirkulationsbeschluss vorgesehenen Abgrabungen nun nicht kurzerhand in andere (mildere) Formen der nachbarlichen Grundstücksverwendung (etwa als Arbeitsfläche) abzuändern sind, wie das die private Beschwerdegegnerschaft vorträgt. Eine solche Substitution hätte bautechnische

Auswirkungen, wodurch die Beschränkung der Inanspruchnahme auf das in räumlicher und zeitlicher Hinsicht Notwendige (oben E. 3.1) anders gelagert und nicht mehr beurteilbar wäre. Zuletzt ist offen, ob die Bauherrschaft auf die hiermit erkannte Unzulässigkeit von Abgrabungen mit einer Projektänderung, etwa mit einem Wegrücken der Garage (respektive der Grenzmauer) sowie der Kellerräumlichkeiten weg von der Grundstücksgrenze, reagieren wird, was die Inanspruchnahme des Grundstücks der Beschwerdeführenden gegebenenfalls obsolet machen würde.

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