



G.-Nr. R2.2018.00197 und R2.2019.00057  
BRGE II Nr. 0142/2019 und 0143/2019

**Entscheid vom 10. September 2019**

Mitwirkende Abteilungsvizepräsident Adrian Bergmann, Baurichter Stefano Terzi, Er-  
satzrichter Marlen Patt, Gerichtsschreiber Daniel Schweikert

in Sachen **Rekurrentin**  
V. L. [...]   
vertreten durch [...]

gegen **Rekursgegnerschaft**  
1. Baubehörde X  
2. M. I. und K. I.-L. [...]   
Nr. 2 vertreten durch [...]

betreffend R2.2018.00197  
Baubehördenbeschluss vom 4. September 2017; Baubewilligung für Um-  
bau Einfamilienhausteil und Ausbau Dachgeschoss, [...],  
BRGE II Nr. 00025/2018 vom 6. März 2018; Rückweisung zum Neuent-  
scheid mit VB.2018.00209 vom 20. September 2018

R2.2019.00057  
Präsidentialverfügung vom 29. März 2019; Baubewilligung für Umbau Einfami-  
lienhausteil und Ausbau Dachgeschoss (1. Projektänderung), [...]

---

**hat sich ergeben:**

**A.**

Mit Beschluss vom 4. September 2017 erteilte die Baubehörde X M. I. und K. I.-L. unter Nebenbestimmungen die baurechtliche Bewilligung für den Um- und Ausbau des Einfamilienhauses auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1 an der G.-Strasse 1 in X.

**B.**

Gegen den Entscheid wandte sich V. L. mit Rekurschrift vom 30. Oktober 2017 fristgerecht an das Baurekursgericht des Kantons Zürich und beantragte die Aufhebung der Baubewilligung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekursgegnerschaft.

**C.**

Mit Entscheid BRGE II Nr. 0025/2018 vom 6. März 2018 trat das Baurekursgericht auf den Rekurs nicht ein.

**D.**

Hiergegen erhob V. L. mit Eingabe vom 9. April 2018 Beschwerde an das Verwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung des Entscheids des Baurekursgerichts sowie die Rückweisung der Sache zur materiellen Beurteilung an das Baurekursgericht.

Mit Entscheid VB.2018.00209 vom 20. September 2018 hiess das Verwaltungsgericht die Beschwerde gut, hob den Entscheid BRGE II Nr. 0025/2018 vom 6. März 2018 auf und wies die Sache zur materiellen Behandlung an das Baurekursgericht zurück.

**E.**

Mit Präsidialverfügung vom 19. Dezember 2018 nahm das Baurekursgericht von der Rückweisung Vormerk, setzte das Verfahren unter der neuen

Geschäftsnummer R2.2018.00197 fort und sistierte es auf Ersuchen der privaten Rekursgegnerschaft.

**F.**

Mit Eingabe vom 14. März 2019 beantragte die private Rekursgegnerschaft die Fortsetzung des Verfahrens, welchem Gesuch mit Präsidialverfügung vom 19. März 2019 stattgegeben wurde.

**G.**

Mit Verfügung vom 29. März 2019 erteilte der Präsident der Baubehörde X der privaten Rekursgegnerschaft unter Nebenbestimmungen die baurechtliche Bewilligung für eine Projektänderung betreffend das mit Beschluss vom 4. September 2017 bewilligte Bauvorhaben.

**H.**

V. L. focht die Projektänderungsbewilligung vom 29. März 2019 mit Rekurs vom 6. Mai 2019 fristgerecht beim Baurekursgericht an und beantragte auch deren Aufhebung.

Von diesem Rekurs wurde unter der G.-Nr. R2.2019.00057 Vormerk genommen und das Vernehmlassungsverfahren eröffnet.

**I.**

Die private Rekursgegnerschaft stellte mit Vernehmlassung vom 17. Mai 2019 den Antrag, es sei auf den gegen die Projektänderungsbewilligung gerichteten Rekurs nicht einzutreten, eventualiter sei dieser abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekurrentin. Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung.

In den Replik- und Duplikschriften vom 15. Juli 2019 und 25. Juli 2019 hielten die Rekurrentin und die private Rekursgegnerschaft an ihren Anträgen fest. Die Vorinstanz verzichtete auf Duplik.

## **J.**

Auf die Vorbringen der Parteien wird, soweit zur Entscheidung erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen Bezug genommen.

### **Es kommt in Betracht:**

#### **1.**

Die Verfahren G.-Nrn. R2.2018.00197 und R2.2019.00057 sind, da sich die Rekurse gegen Stamm- und Änderungsbewilligung desselben Bauvorhabens richten, zu vereinigen.

#### **2.**

Das streitbetroffene Baugrundstück befindet sich im je hälftigen Miteigentum der privaten Rekursgegnerschaft und liegt gemäss geltender Bau- und Zonenordnung der Gemeinde X (BZO) in der Wohnzone 1.60 (Wohnzone mit niedriger Dichte). Es ist nebst einer Garagenbaute und einem Gartenhaus mit dem hier streitbetroffenen Einfamilienhaus Vers.-Nr. 1 überstellt.

Die private Rekursgegnerschaft beabsichtigt gemäss der Stammbewilligung vom 4. September 2017 den Umbau des Einfamilienhauses, den Ausbau des Dachgeschosses und die Erstellung einer Pergola. Die Änderungsbevolligung vom 29. März 2019 beinhaltet im Wesentlichen den Verzicht auf die Pergola. Demgemäss ist das Verfahren G.-Nr. R2.2018.00197 teilweise als durch Projektänderung gegenstandslos geworden abzuschreiben. Im verbleibenden Streitgegenstand sind die beiden Verfahren deckungsgleich.

#### **3.**

Die Rekurrentin ist Eigentümerin der unmittelbar südöstlich des Baugrundstücks gelegenen Grundstücke Kat.-Nrn. 2 und 3. Nach Massgabe der Erwägungen des Entscheids VB.2018.00209 vom 20. September 2018 ist sie zur Anfechtung der Stammbewilligung vom 4. September 2017 legitimiert (§ 338a des Planungs- und Baugesetzes [PBG]). Nichts anderes kann bezüg-

lich der Anfechtung der Änderungsbewilligung gelten. Der diesbezügliche Rekurs wurde innert 30 Tagen nach Zustellung der Änderungsbewilligung erhoben. Die Rekurrentin moniert auch mit diesem Rekurs namentlich die Unterschreitung des Wegabstandes durch die im Rahmen der Projektänderung beibehaltene Erweiterung des Einfamilienhauses mit einem eingeschossigen Anbau in Richtung des Weggrundstückes Kat.-Nr. 4. Weil auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf beide Rekurse einzutreten.

#### **4.**

Es wird die Durchführung eines Augenscheins beantragt (vgl. § 7 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG]). Das Baurekursgericht hat unbesehen von Parteianträgen nur dann einen Augenschein durchzuführen, wenn die Verhältnisse vor Ort zwar entscheidrelevant, auf Grund der Akten aber noch unklar sind. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt, so dass kein Augenschein durchzuführen war.

#### **5.1.**

Fehlen Baulinien für öffentliche und private Strassen und Plätze sowie für öffentliche Wege und erscheint eine Festsetzung nicht nötig, so haben oberirdische Gebäude einen Abstand von 6 m gegenüber Strassen und Plätzen und von 3,5 m gegenüber Wegen einzuhalten, sofern die Bau- und Zonenordnung keine anderen Abstände vorschreibt (§ 265 Abs. 1 PBG).

Art. 33 BZO schreibt im Sinne von § 265 Abs. 1 PBG andere Abstände vor. Die Bestimmung lautet wie folgt:

"Fehlen Baulinien für öffentliche und private Strassen und Plätze sowie für öffentliche Wege, so haben oberirdische Gebäude den gleichen Abstand wie von Nachbargrundstücken einzuhalten. Für unterirdische Gebäude gilt ein Abstand von 3,5 m."

Von Nachbargrundstücken haben oberirdische Gebäude in der Zone W 1.60 einen Grundabstand von mindestens 7 m einzuhalten (Art. 15 BZO). Demzufolge hat der Erweiterungsbau auch vom öffentlichen Weggrundstück Kat.-Nr. 4 einen Abstand von 7 m einzuhalten, welches Mass indes um ca. 3,7 m unterschritten wird. Die Vorinstanz hat hierfür eine Ausnahmebewilligung erteilt.

## 5.2.

Gemäss § 220 PBG ist von Bauvorschriften im Einzelfall zu befreien, wenn besondere Verhältnisse vorliegen, bei denen die Durchsetzung der Vorschriften unverhältnismässig erscheint (Abs. 1). Ausnahmegewilligungen dürfen nicht gegen den Sinn und Zweck der Vorschrift verstossen, von der sie befreien, und auch sonst keine öffentlichen Interessen verletzen, es sei denn, es würde die Erfüllung einer dem Gemeinwesen gesetzlich obliegenden Aufgabe verunmöglicht oder übermässig erschwert (Abs. 2). Ein Nachbar darf durch Ausnahmegewilligungen von Vorschriften, die auch ihn schützen, nicht unzumutbar benachteiligt werden; Ausnahmegewilligungen dürfen jedoch nicht von der Zustimmung des Nachbarn abhängig gemacht werden (Abs. 3).

Die Erteilung eines Dispenses setzt das Vorliegen "besonderer Verhältnisse" voraus. Darunter sind Situationen zu verstehen, die wesentlich von den tatsächlichen Verhältnissen abweichen, welche der Gesetzgeber im Auge gehabt hat. Es handelt sich um Sachverhalte, die der Gesetzgeber bei richtiger Voraussicht anders normiert hätte, sodass ihnen die Allgemeinordnung nicht mehr gerecht zu werden vermag. Besondere Verhältnisse können namentlich in der Topographie, Form oder Lage des Baugrundstückes liegen.

Lassen sich die Überlegungen, die für die Begründung einer Ausnahmegewilligung angeführt werden, für eine Vielzahl von Fällen anstellen, so besteht keine Ausnahmesituation. Entsprechende Dispense zielen auf eine Änderung der gesetzlichen Ordnung ab und sind daher unzulässig. Keinen Ausnahmegrund bildet in der Regel der Umstand, dass die aus der Allgemeinordnung folgende Ablehnung der Baubewilligung für den Gesuchsteller Härten, Unbilligkeiten oder auch nur Unzulänglichkeiten mit sich bringt. Persönliche Verhältnisse und Anliegen vermögen regelmässig keine Dispenssituation zu begründen. Schliesslich darf selbst beim Vorliegen besonderer Verhältnisse keine Ausnahmegewilligung erteilt werden, wenn negative Dispensvoraussetzungen (Abs. 2 und 3) erfüllt sind.

Was unter besonderen Verhältnissen und unter den negativen Dispensvoraussetzungen zu verstehen ist, regelt das kantonale Recht abschliessend, weshalb vorinstanzliche Entscheide in diesen Punkten von der Rekursinstanz frei überprüft werden können. Durch welche Abweichungen vom

Gesetz einer Ausnahmesituation Rechnung zu tragen ist, stellt demgegenüber einen Ermessensentscheid der Gemeinde dar.

### 5.3.

Die in der Baubewilligung und in der Vernehmlassung angeführte Begründung, wonach eine Ausnahmegewilligung erteilt werden könne, "weil die durch diese Rechtsnorm geschützten öffentlichen Interessen gewahrt bleiben", ist untauglich. Die Vorinstanz erklärt, es entspreche dem "von der Baubehörde entwickelten Konzept für die Weiterentwicklung dieser Siedlung vom Typus Gartenstadt, dass die bestehenden Bauten mit eingeschossigen Anbauten im Abstand von 3,5 m zu Fusswegen ergänzt" werden könnten. Diesem Konzept folgend erteile die Baubehörde in vergleichbaren Fällen "regelmässig Ausnahmegewilligungen für die Unterschreitung des Wegabstandes".

Die Vorinstanz will damit offenbar eine Siedlungspolitik ausserhalb des von der BZO gesetzten Rahmens betreiben. Drängt sich indes eine grundsätzliche Abweichung vom ordentlichen Recht auf – was vorliegend bis anhin jedoch einzig der Behauptung der Vorinstanz entspricht –, wäre zunächst die BZO im Sinne der neu gewünschten Ausrichtung der Siedlungspolitik durch das hierfür zuständige Organ, mithin die kommunale Legislative im Rahmen einer BZO-Revision, anzupassen. Diese und nicht etwa die Baubehörde hätte ein entsprechendes Konzept zu entwerfen und *gesetzgeberisch* umzusetzen. Die Vorgehensweise der Vorinstanz widerspricht dem Prinzip der Gewaltentrennung; sie läuft auf eine unzulässige Quartierplanung mittels Ausnahmegewilligungen hinaus (vgl. BRGE I Nrn. 0060 und 0061/2012 in BEZ 2012 Nr. 40). Ausnahmegewilligungen dienen auch nicht etwa der Rechtsfortentwicklung. Bei der Vorgehensweise der Vorinstanz besteht die immanente Gefahr, dass die vielschichtige, auf einen möglichst umfassenden Ausgleich der beteiligten Interessen gerichtete Ordnung gemäss der BZO durch ein grosszügiges Dispensrecht aus dem Gleichgewicht gebracht wird (zum Ganzen vgl. VB 182 und 183/1984 in BEZ 1986 Nr. 4 sowie VB.2017.00019 vom 20. Dezember 2017, E. 6.3). Ohnehin wäre auf ersten Blick auch die Begründung nicht nachvollziehbar, wonach gerade in einer als Gartenstadt geplanten Siedlung mit kleinmassstäblichen Wohneinheiten und grosszügigen Gartenanlagen – im Ergebnis – auf die Vergrösserung der Gebäude durch die Bewilligung wegabstandsunterschreitender Anbauten hinzuwirken sei. Zu prüfen, ob entsprechende Ausdehnungsbedürfnisse wirklich bestehen und in der Folge die notwendigen Regelungen zu erlas-

sen, wäre allein Aufgabe der kommunalen Legislative. Auch persönliche Bedürfnisse wie die Vergrösserung der nach Auffassung der Vorinstanz für heutige Verhältnisse bescheidenen Grundrisse der Häuser an – so die Vernehmlassung – "moderne Bedürfnisse" sind einer Ausnahmegewilligung im Sinne von § 220 PBG von vornherein nicht zugänglich, da sie baurechtlich nicht objektivierbar sind (vgl. VB.2005.00334 vom 17. November 2005: [www.vgr.zh.ch](http://www.vgr.zh.ch)).

#### **5.4.**

Der streitbetroffene Anbau wäre korrekterweise um mehrere Meter zurückzusetzen, sollte an ihm festgehalten werden. Eine Neuprojektierung ist unumgänglich. Der Mangel der (deutlichen) Wegabstandsunterschreitung ist daher nicht im Sinne von § 321 PBG nebenbestimmungsweise heilbar.

#### **5.5**

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass auch zu den nordöstlich des Weges Kat.-Nr. 4 liegenden Grundstücken (namentlich Kat.-Nr. 5) ein Grundabstand von 7 m einzuhalten wäre. Die angeblich erteilten Näherbaurechte der betroffenen Eigentümer (namentlich: des Eigentümers des Grundstücks Kat.-Nr. 5) liegen jedenfalls nicht bei den dem Baurekursgericht überlassenen Akten, wenngleich solche Nachweise offenbar der Vorinstanz eingereicht worden sein sollen. Das Grundstück Kat.-Nr. 5 wird in der Baubewilligung nicht einmal erwähnt.

#### **5.6.**

Auf die Prüfung weiterer Rügen – namentlich jene der mangelnden Einordnung (§ 238 PBG) – kann bei diesem Ergebnis verzichtet werden.

#### **6.**

Dies führt zur Gutheissung der Rekurse; im Verfahren G.-Nr. R2.2018.00197 insoweit, als dieses Verfahren nicht als durch Projektänderung gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

Die Stammbewilligung vom 4. September 2017 und die Änderungsbewilligung vom 29. März 2019 sind demnach aufzuheben.

## 7.1.

Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten der Vorinstanz und der privaten Rekursgegnerschaft je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 13 VRG).

Nach § 338 Abs. 1 PBG bzw. § 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts (GebV VGr) legt das Baurekursgericht die Gerichtsgebühr nach seinem Zeitaufwand, nach der Schwierigkeit des Falls und nach dem bestimmbaren Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Liegt wie hier ein Verfahren ohne bestimmbaren Streitwert vor, beträgt die Gerichtsgebühr in der Regel Fr. 500.-- bis Fr. 50'000.-- (§ 338 Abs. 2 PBG; § 3 Abs. 2 GebV VGr). Bei der Bemessung der Gebührenhöhe steht der Rekursinstanz ein grosser Ermessensspielraum zu (Kaspar Plüss, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 13 Rz. 25 ff.).

Demnach ist die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 5'500.-- festzusetzen.

## 7.2.

Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a VRG kann im Rekursverfahren und im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die unterliegende Partei oder Amtsstelle zu einer angemessenen Entschädigung für die Umtriebe der Gegenpartei verpflichtet werden, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistandes rechtfertigte. Die Bemessung der Umtriebsentschädigung richtet sich nach § 8 GebV VGr.

Der Beizug eines Rechtsbeistandes ist in aller Regel als Grund für die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung einzustufen (VB.2003.00093 vom 16. Oktober 2003, E. 3.1.). Demnach ist vorliegend der Rekurrentin zulasten der privaten Rekursgegnerschaft (§ 17 Abs. 3 VRG) eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Angemessen erscheint ein Betrag von Fr. 2'000.--. Da die Umtriebsentschädigung pauschal festgelegt wird, entfällt die Zusprechung eines Mehrwertsteuerzusatzes von vornherein (BRKE II Nrn. 0247 und 0248/2007 in BEZ 2007 Nr. 56; [www.baurekursgericht-zh.ch](http://www.baurekursgericht-zh.ch)).

Die Zusprechung von Umtriebsentschädigungen an die Vorinstanz und die private Rekursgegnerschaft entfällt ausgangsgemäss von vornherein.

[...]