

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

1C 64/2019

Urteil vom 11. November 2019

I. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Chaix, Präsident,
Bundesrichter Kneubühler, Haag,
Gerichtsschreiber Gelzer.

Verfahrensbeteiligte
A. und B. C. _____,
Beschwerdeführerinnen, beide vertreten durch
Rechtsanwalt Gregor Meisser,

gegen

1. D. _____,
2. E. _____,
3. F. _____,
4. G. _____,
Beschwerdegegner, alle vier vertreten durch
Rechtsanwalt Dr. Dominik Bachmann,

Baukommission Küsnacht,
vertreten durch Rechtsanwältin Nadja Herz,

Baudirektion des Kantons Zürich.

Gegenstand
Baubewilligung,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts
des Kantons Zürich, 1. Abteilung, 1. Kammer,
vom 29. November 2018 (VB.2018.00275).

Sachverhalt:

A.
A. und B. C. _____ sind Eigentümerinnen des Grundstücks Kat.-Nr. 8296 an der X. _____ strasse "..." in Küsnacht (nachstehend: Baugrundstück), das der Wohnzone W3 zugeordnet wurde. Entlang der nördlichen Grenze des Baugrundstücks führt ein 3,5 m breiter Weg zum östlichen Nachbargrundstück Kat. Nr. 8295, das gestützt auf Dienstbarkeiten durch diesen Weg erschlossen wird und im Eigentum von D. _____, E. _____, sowie F. _____ und G. _____ (nachstehend: Nachbarn) steht.

B.
A. und B. C. _____ beabsichtigten, das Wohnhaus auf der Bauparzelle abzurechen und an seiner Stelle ein Mehrfamilienhaus mit acht Wohnungen und einer Tiefgarage zu errichten. Mit Beschluss vom 23. Februar 2016 erteilte die Baukommission Küsnacht die entsprechende Baubewilligung. Gleichzeitig mit dieser wurde auch die im koordinierten Verfahren erteilte kantonale Bewilligung der Baudirektion Kanton Zürich vom 18. Januar 2016 eröffnet.
Nachdem die Nachbarn gegen diese Bewilligungen einen Rekurs beim Baurekursgericht des Kantons Zürich eingereicht hatten, stellten die Bauherrinnen bei der Gemeinde Küsnacht ein abgeändertes Baugesuch, das verschiedene im Rekurs geltend gemachte Mängel des ersten Projekts behob. Für das abgeänderte Bauprojekt erteilte die Baukommission Küsnacht mit Beschluss vom 5. September

2017 die Baubewilligung, gegen welche die Nachbarn ebenfalls Rekurs einlegten. Das Baurekursgericht vereinigte die Verfahren und hob mit Entscheid vom 3. März 2018 in Gutheissung der Rekurse die angefochtenen Baubewilligungen auf, weil das geplante Haus den erforderlichen Abstand zum Zufahrtsweg auf dem Baugrundstück nicht einhalte. Die Bauherrinnen fochten den Baurekursentscheid mit Beschwerde an, die das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 29. November 2018 abwies.

C.

Die Bauherrinnen erheben Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit den Anträgen, das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. November 2018 aufzuheben und die kommunalen Baubewilligungen vom 23. Februar 2016 und vom 5. September 2017 sowie die Verfügung der Baudirektion vom 18. Januar 2016 zu bestätigen. Eventuell sei die Sache zum Neuentscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Verwaltungsgericht und die Nachbarn beantragen, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Baudirektion des Kantons Zürich verzichtet auf eine Stellungnahme. Die Baukommission Küsnacht schliesst auf Gutheissung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

1.1. Gegen den kantonal letztinstanzlichen Endentscheid der Vorinstanz im Bereich des Baurechts steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich offen (Art. 82 f. BGG; BGE 133 II 353 E. 2 S. 356). Die Beschwerdeführerinnen haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind als Baugesuchstellerinnen zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG).

Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen gegeben sind, ist auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten.

1.2. Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann die Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht und interkantonalem Recht gerügt werden (Art. 95 lit. a, b und e BGG). Zulässig ist auch die Rüge der Verletzung von kantonalen verfassungsmässigen Rechten und kantonalen Bestimmungen über die politische Stimmberechtigung der Bürger und über Volkswahlen und -abstimmungen (Art. 95 lit. c und d BGG). Abgesehen davon überprüft das Bundesgericht die Anwendung des kantonalen Rechts nicht als solche. Jedoch kann gerügt werden, diese Anwendung widerspreche dem Bundesrecht, namentlich dem Willkürverbot gemäss Art. 9 BV (BGE 142 II 369 E. 2.1 S. 372 mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung verstösst ein Entscheid gegen dieses Verbot, wenn er im Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist, weil er zum Beispiel eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar erscheint, genügt nicht (BGE 144 I 113 E. 7.1 S. 124; 141 I 70 E. 2.2 S. 72; je mit Hinweisen).

1.3. Das Bundesgericht wendet das Bundesrecht grundsätzlich von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es prüft die Verletzung von Grundrechten (vgl. Art. 7-34 BV) jedoch nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zu Grunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich, ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 137 II 353 E. 5.1; 137 III 226 E. 4.2; je mit Hinweisen).

2.

Die Rechtsprechung leitet aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV ab, dass die Gerichte ihre Entscheide zu begründen haben. Die Begründung muss die wesentlichen Überlegungen nennen, auf die sich der Entscheid stützt, damit er sachgerecht angefochten werden kann. Nicht erforderlich ist dagegen, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (BGE 142 II 49 E. 9.2 S. 65 mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV verletzt, weil sie auf die in der kantonalen Beschwerde vorgebrachte Kritik, bzw. auf das Argument, dass die Bestimmtheit des Benutzerkreises nicht davon abhängen könne, ob zwei Mehrfamilienhäuser auf einem oder zwei Grundstücken stünden, nicht ansatzweise eingegangen sei. Diese Rüge ist unbegründet, weil die Vorinstanz die Kriterien nannte, welche sie für die

Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Wegen als massgebend erachtete, und die Beschwerdeführerinnen daher das angefochtene Urteil auch dann sachgerecht anfechten konnten, wenn die Vorinstanz sich nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzte.

3.

3.1. § 265 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Zürich vom 7. September 1975 (PBG) lautet:

"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."

Die Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Küsnacht (BZO), die von der Gemeindeversammlung am 5. Dezember 1994 festgesetzt wurde, bestimmt in Art. 33:

"Fehlen Baulinien für öffentliche und private Strassen und Plätze sowie für öffentliche Wege und erscheint eine Festsetzung nicht nötig, so haben oberirdische und unterirdische Gebäude von der Strassen-, bzw. Wegachse, den gleichen Abstand wie von Nachbargrundstücken einzuhalten, mindestens jedoch - zur jeweiligen Grenze gemessen - 6,0 m gegenüber Strassen und Plätzen und 3,5 m gegenüber Wegen. (Das grössere Mass ist einzuhalten) "

3.2. Das Baurekursgericht qualifizierte den über das Baugrundstück führenden Zufahrtsweg zum Nachbargrundstück als öffentlichen Weg im Sinne von Art. 33 BZO und stellte fest, der damit einzuhaltende Wegabstand von 3,5 m werde oberirdisch bei der nördlichen Fassadenwand und unterirdisch bei der Tiefgarage unterschritten. Die Beschwerdeführerinnen machten im vorinstanzlichen Verfahren geltend, die Baukommission Küsnacht habe im Rahmen des ihr bei der Anwendung von Art. 33 BZO zustehenden Ermessens den Weg als Privatweg qualifizieren dürfen.

3.3. Die Vorinstanz führte dazu zusammengefasst aus, entgegen der Meinung der Beschwerdeführerinnen stehe der Begriff des öffentlichen Weges im Sinne von Art. 33 BZO nicht komplett im Ermessen der kommunalen Behörden. § 265 Abs. 1 PBG erlaube den Gemeinden zwar, in ihren Bau- und Zonenordnungen abweichende Wegabstände festzulegen. Der Ermessensspielraum der Gemeinden beziehe sich somit auf die Abstandsvorschriften, nicht jedoch auf den Anwendungsbereich von § 265 PBG schlechthin. Diese Norm lasse daher nicht zu, den darin festgelegten Begriff des "öffentlichen Weges", auf kommunaler Ebene vollkommen anders zu definieren als nach kantonaler Rechtsprechung und Lehre. Selbst wenn den Gemeinden bei der Definition des öffentlichen Weges im Sinne von § 265 PBG mit Blick auf die Gemeindeautonomie ein Ermessensspielraum zugestanden würde, habe die Gemeinde Küsnacht keine von § 265 PBG abweichende kommunale Definition des öffentlichen Weges vorgenommen bzw. substantiiert. Somit sei von der Definition auszugehen, welche die Rechtsprechung und Lehre entwickelt hätten. Nach dieser Definition sei für die Abgrenzung von öffentlichen und privaten Wegen ihre Zweckbestimmung entscheidend. Habe der Weg die Funktion einer gesetzlichen Zufahrt im Sinn von § 237 PBG, so gelte er jedenfalls dann als öffentlich, wenn er mehrere Grundstücke erschliesse und damit notwendigerweise von einem unbestimmten Benutzerkreis beansprucht werde bzw. er einem nicht näher bestimmten Personenkreis zur Benutzung offenstehe. So seien in mehreren Entscheiden Wege als öffentlich qualifiziert worden, die einem Grundstück als gesetzliche Zufahrt dienten und gleichzeitig die Funktion des Fussgängerzugangs für die Bewohner eines auf dem Nachbargrundstück geplanten Neubaus zu übernehmen hatten. Der streitbetreffene Weg stelle für den geplanten Neubau, abgesehen vom Treppenhauszugang über die Tiefgarage, die einzige Fussgängererschliessung dar. Zudem diene er als gesetzliche Zufahrt für das Nachbargrundstück, weshalb er zwei Grundstücke erschliesse. Damit stehe der Weg gemäss der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts einem unbestimmten Benutzerkreis offen, weshalb er - selbst wenn er in Privateigentum stehe - vom Baurekursgericht zu Recht als öffentlich qualifiziert worden sei.

3.4. Die Beschwerdeführerinnen wenden ein, die Gemeinden dürften gestützt auf § 265 Abs. 1 PBG nicht nur andere Strassen- und Wegabstände definieren und eigene Messweisen einführen, sondern auch den Kreis der abstandspflichtigen Gebäude auf unterirdische Gebäude ausdehnen, wie dies Art. 33 BZO vorsehe. Die Gemeinden dürften auch eine Vorschrift erlassen, wonach Wege, die nur zwei Grundstücke erschliessen, als privat gelten und daher keinen Wegabstand einzuhalten haben. Demnach stehe der Gemeinde Küsnacht bei der Abgrenzung zwischen privaten und öffentlichen

Wegen im Sinne von Art. 33 BZO ein erhebliches Ermessen zu. Die Vorinstanz habe das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV verletzt, indem sie zugelassen habe, dass das Baurekursgericht in Überschreitung seiner Kognition in das Ermessen der Baukommission Küssnacht bei der Anwendung von Art. 33 BZO eingegriffen habe, obschon von einer Ermessensüberschreitung keine Rede sein könne. Die kantonale Rechtsprechung habe in Bezug auf die Definition des öffentlichen Weges letztlich immer die Bestimmtheit des Benutzerkreises als massgebend erachtet und die Erschliessungsfunktion und die Anzahl der durch einen Weg erschlossenen Grundstücke nur als Hilfskriterien für die Bestimmung des

Benutzerkreises verwendet. Jedoch sei unerfindlich, weshalb der Benutzerkreis bei einem Grundstück bestimmt und bei zwei Grundstücken unbestimmt sein soll. Das Erfordernis der Erschliessung von mehr als einem Grundstück stehe zudem nicht im Zusammenhang mit der Befugnis der Öffentlichkeit zur Benutzung eines Weges, da die Öffentlichkeit nie befugt sei, einen Privatweg zu benutzen. Zudem könnte von einem unbestimmten Benutzerkreis ausgegangen werden, wenn ein Weg einem Grundstück als gesetzliche Zufahrt diene. Die vorinstanzliche Rechtsprechung sei daher teilweise inkohärent und widersprüchlich.

Der richtige Ansatz sei im E ntscheid VB.2006.00510 gewählt worden, der bezüglich der Bestimmtheit des Benutzerkreises die Möglichkeit einer Kontrolle der einzelnen Fusswegbenutzer als massgebend bezeichne. In VB.2010.00089 (E.4.5) werde nachvollziehbar von Privatwegen ausgegangen, da die Befugnis zu ihrer Nutzung mit einem allgemeinen gerichtlichen Verbot und Toren auf bestimmbare Berechtigte eingeschränkt wurde und die Wege daher nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch einem beschränkten Benutzerkreis zur Verfügung standen. Dies treffe auch für den streitbetreffenen Weg zu, da er eine priva te Stichstrasse sei, die sinnvollerweise nur von Bewohnern und Zubringern der beiden Mehrfamilienhäuser und nicht von Drittpersonen als Durchgangsweg genutzt werde. Damit sei der Benutzerkreis auch ohne ein Tor oder ein gerichtliches Benützungsverbot gemäss Art. 258 ZPO rechtlich und faktisch beschränkt. Selbst wenn für die Bestimmbarkeit des Benutzerkreises die Gesetzlichkeit der Zufahrt und die Anzahl erschlossener Grundstücke massgeblich wären, würden nicht zwei Grundstücke vollständig über den streitbetreffenen Weg erschlossen, da er das geplante Mehrfamilienhaus nur für Fussgänger erschliesse, die es zudem auch über die

Tiefgarageneinfahrt erreichen könnten. Es sei daher spitzfindig, den Weg einzig aufgrund dieser Fussgängerschliessung als öffentlich zu qualifizieren. Der Entscheid der Baukommission Küssnacht erscheine damit als richtig oder zumindest vertretbar, weshalb es in ihrem Ermessen gestanden habe, den Weg als Privatweg im Sinne von Art. 33 BZO und § 265 PBG zu qualifizieren. Mit diesen Ausführungen machen die Beschwerdeführerinnen sinngemäss eine Verletzung der Gemeindeautonomie gemäss Art. 50 Abs. 1 BV geltend. Dazu sind sie befugt, da die gerügte Verletzung Auswirkungen auf ihre rechtliche Stellung hat (Urteile 1C 482/ 2016 vom 10. Mai 2017 E. 1; 1C 906/2013 vom 20. November 2014 E. 6.2 mit Hinweisen).

3.5. Der in § 265 Abs. 1 PBG und gleichermassen in Art. 33 BZO verwendete Begriff des öffentlichen Wegs ist insoweit unbestimmt, als er mangels einer gesetzlichen Definition im Rahmen der Verwaltungspraxis und der Rechtsprechung konkretisiert werden muss.

Bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe des kantonalen Rechts steht den kommunalen Behörden namentlich im Bereich der Einordnungsfragen, die lokale Umstände betreffen, ein von der Gemeindeautonomie geschützter besonderer Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum zu. Dieser Spielraum wird gemäss der präzisierten Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht nur überschritten, wenn der kommunale Entscheid sachlich nicht mehr vertretbar und damit willkürlich ist, sondern namentlich auch dann, wenn sich die Gemeinde von unsachlichen, dem Zweck der Regelung fremden Erwägungen leiten lässt oder die Grundsätze der Rechtsgleichheit und Verhältnismässigkeit verletzt (BGE 145 I 52 E. 3.6 S. 57 ff.; Urteil 1C 314/2018 vom 1. April 2019 E. 3.2; je mit Hinweisen). In Bezug auf die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe des Bundesrechts geht das Bundesgericht von einer Ermessensüberschreitung aus, wenn die kantonalen Instanzen grundlos von den in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen abgehen (BGE 141 III 97 E. 11.2 S. 98; 141 V 51 E. 9.2 S. 70; 138 III 252 E. 2.1; 132 III 97 E. 1 S. 99; 123 III 274 E. 1a/cc; je mit Hinweisen). Diese Rechtsprechung kann sinngemäss auch auf die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe des kantonalen Rechts

durch kommunale Behörden übertragen werden.

3.6. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten nicht, dass der über ihre Parzelle führende Weg der gesetzlichen Erschliessung für mehr als ein Grundstück dient und er daher nach der kantonalen Rechtsprechung als öffentlicher Weg im Sinne von § 265 Abs. 1 PBG zu gelten hat, weil er einen unbestimmten Benutzerkreis hat. Sie wenden jedoch ein, der Weg erschliesse nicht zwei Grundstücke vollständig, da er für das geplante Mehrfamilienhaus einzig die Erschliessung für

Fussgänger bilde, die das Haus auch durch die Tiefgarage betreten könnten. Die Beschwerdeführerinnen legen jedoch nicht dar, inwiefern die geplante Rampe in die Tiefgarage als Hauszugang für Fussgänger geeignet sein soll, was auch nicht ersichtlich ist. Demnach ist davon auszugehen, dass Fussgänger in aller Regel über den streitbetroffenen Weg und den Eingangsbereich im Erdgeschoss zum geplanten Mehrfamilienhaus gehen. Da dieses acht Wohnungen aufweisen soll, ist zudem mit einer erheblichen Zahl von Bewohnern, Besuchern und Lieferanten zu rechnen, die das Haus zu Fuss erreichen. Inwiefern diese Personen und diejenigen, die mit einem Fahrzeug oder zu Fuss über den Weg zum Mehrfamilienhaus auf dem Nachbargrundstück gelangen, einem bestimmten Benutzerkreis entsprechen, zeigen die Beschwerdeführerinnen nicht auf. Dies ist auch nicht ersichtlich, da - anders als im Entscheid VB.2010.00089 vom 30. Juni 2010 - weder ein allgemeines Durchgangsverbot noch Tore vorgesehen sind. Demnach ist auch dann, wenn der Weg von Drittpersonen nicht als Durchgangsweg benutzt wird, mangels der Bestimmbarkeit der Wegbenutzer in Übereinstimmung mit dem Entscheid VB.2006.00510 vom 19. Dezember 2007 (E. 3.3.2) von einem tatsächlich unbestimmten Benutzerkreis und damit von einem öffentlichen Weg auszugehen. Die gegenteilige Qualifikation der Baukommission Küsnacht weicht somit grundlos von den Grundsätzen ab, welche die kantonale Rechtsprechung zur Definition des öffentlichen Weges entwickelt hat. Demnach durfte die Vorinstanz eine Ermessensüberschreitung bejahen, ohne die Gemeindeautonomie zu verletzen.

4.

Bezüglich der Frage, ob der streitbetroffene Weg als öffentlich oder privat zu gelten hat, kommt der vorinstanzlichen Eventualerwägung zum Benutzerkreis des privaten Kinderspielplatzes keine entscheidende Bedeutung zu. Auf die dagegen gerichtete Kritik der Beschwerdeführerinnen ist daher nicht einzutreten.

5.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten den unterliegenden Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Diese haben den privaten Beschwerdegegner unter solidarischer Haftbarkeit eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1, 2 und 4 BGG i.V.m. Art. 66 Abs. 5 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerinnen haben die Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren unter solidarischer Haftbarkeit mit insgesamt Fr. 3'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, der Baukommission Küsnacht, der Baudirektion des Kantons Zürich und dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 1. Abteilung, 1. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 11. November 2019

Im Namen der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Chaix

Der Gerichtsschreiber: Gelzer