

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00778 vom 27. Februar 2014**

ZH Verwaltungsgericht, 2014-02-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2013.00778](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2013.00778)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00778 du 27 février 2014

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00778 del 27 febbraio 2014

## **Regeste**

Baubewilligung | Abgrabungen. Einordnung. Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, räumt § 293 Abs. 4 PBG den Gemeinden die Kompetenz ein, die Freilegung von Untergeschossen näher zu regeln. Die Gemeinde Küsnacht hat von dieser Kompetenz in Art. 37 BZO Gebrauch gemacht. Bei Art. 37 BZO handelt es sich um kompetenzgemäss erlassenes kommunales Recht. Trotz der gesetzlichen Befugnis zur Angemessenheitskontrolle (vgl. § 20 Abs. 1 lit. c VRG) kann das Baurekursgericht die Anwendung dieses kommunalen Rechts nicht in einem Ausmass überprüfen, wie wenn es sich in die Position der örtlichen Baubehörde begeben würde (E. 3.3). Art. 37 BZO soll verhindern, dass Fassaden an Hanglagen zu hoch in Erscheinung treten. Es soll der sichtbare Teil der Fassade beschränkt werden. Vorliegend werden aber weder Untergeschosse noch Fassadenteile freigelegt; der sichtbare Teil der Fassade bleibt unverändert. Eine Abgrabung im Sinn von Art. 37 BZO liegt nicht vor, weshalb diese BZO-Bestimmung nicht anwendbar ist. Die vorgesehenen Abgrabungen erweisen sich somit als zulässig (E. 3.4). Hinweis auf Praxisänderung (E. 4.2). Vorliegend hat sich die Vorinstanz bei der Überprüfung der Einordnung keine Zurückhaltung auferlegt. Die ästhetische Würdigung der Vorinstanz ist mit Blick auf die bei den Akten liegenden Fotoaufnahmen und Pläne nicht zu beanstanden (E. 4.3). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerdeführerin ersucht um Durchführung eines verwaltungsgerichtlichen Augenscheins. Die Vorinstanz hat am 10. September 2013 einen Referentenaugenschein im Beisein der Parteien durchgeführt. Auf die bei dieser Gelegenheit gewonnenen Erkenntnisse darf auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren abgestellt werden (VGr, 27. März 2013, VB. 2012.00810, E. 1; RB 1981 Nr. 2). Da sich der massgebliche Sachverhalt aufgrund dieses Augenscheins und der bei den Akten liegenden Plänen und Fotos mit ausreichender Deutlichkeit ergibt, kann auf die Durchführung eines verwaltungsgerichtlichen Augenscheins verzichtet werden (VGr, 21. November 2012, VB.2012.00287, E. 3.1 mit Hinweisen; Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 7 N. 45).

### **E. 2**

Das in der zweiten Bautiefe der F-Strasse gelegene Baugrundstück Kat.-Nr. 02 ist mit einem Wohnhaus überstellt und liegt in der Wohnzone W2/1.20. Dem eigentlichen Hauptgebäude ist südlich eine Anbaute vorgelagert, in der sich eine Garage und über dieser Wohnräume befinden. Die im Norden, Süden und Westen angrenzenden Grundstücke

liegen entweder in der Wohn- oder Kernzone und sind überbaut. Östlich der Parzelle verläuft die Bahnlinie, die mittels einer Schallschutzwand vom Baugrundstück getrennt ist. Die Erschliessung erfolgt von der westlich gelegenen F-Strasse her über die Parzelle der Beschwerdeführerin (Kat.-Nr. 04). Die privaten Beschwerdegegner beabsichtigen, den südöstlichen Teil ihres Grundstücks umzugestalten, um dort einen zusätzlichen Abstellplatz sowie einen Wendebereich zu schaffen. Zu diesem Zweck soll die unmittelbar östlich des Garagentors bzw. des Garagenvorplatzes gelegene Terrainzunge beseitigt und der östlich von dieser befindliche Treppenaufgang zum erhöht gelegenen Hauszugang verlegt werden. Der so neu geschaffene Platz soll auf zwei Seiten mit einer maximal 1,5 m hohen Sandsteinmauer eingefasst werden. Die Mauer soll dabei wie die bestehende Landzunge an der Fassade des Garagengebäudes ansetzen. Sie verläuft zunächst nach Osten und alsdann in einem rechten Winkel nach Süden. Über der Sandsteinmauer soll, leicht von dieser zurückversetzt, eine Eibenhecke gepflanzt werden. Hinter dieser soll das Terrain mittels Winkelelementen gesichert werden. Der Höhenunterschied zur darunter verlaufenden Sandsteinmauer beträgt hier 1,3 m. Der neue Treppenaufgang soll entlang der östlichen Grundstücksgrenze hinter der Sandsteinmauer und der Hecke verlaufen.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, Art. 37 der Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Küsnacht (BZO) sei immer dann anwendbar, wenn unmittelbar am Gebäude selbst, aber auch mittelbar dazu, mit diesem visuell im Kontext stehend, abgegraben werde. Entscheidend sei die aufgrund der Abgrabung erzielte Wirkung. Die projektierte Abgrabung von 1,5 m Tiefe gelte nicht mehr als geringfügig und die Terraingestaltung erscheine nicht als natürlich verlaufend. Die geplante Stützmauer erscheine als Vollgeschoss und lasse zusammen mit der darüber liegenden Südfassade das Gebäude als drei- und damit als übergeschossig erscheinen. Die maximal zulässige Gebäudehöhe werde deutlich überschritten.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz führte aus, Art. 37 BZO wolle verhindern, dass Untergeschosse übermässig in Erscheinung treten und unnatürliche Terrainverhältnisse entstehen würden. Von der Vorschrift könnten damit von vornherein nur Abgrabungen entlang von Gebäudefassaden erfasst sein. Die besagte Norm sei für das geplante Bauvorhaben nur insoweit einschlägig, als die geplante Beseitigung der bestehenden Landzunge zu einer Fassadenfreilegung führe. Da die BZO keine die Umgebungsgestaltung beschlagende Abgrabungsvorschrift kenne, unterlägen Abgrabungen, die die Fassade nicht tangieren würden, keinem maximalen Abgrabungsmass. Da die südliche Fassade der Anbaute mit dem Bauvorhaben nicht weiter freigelegt werde, finde eine Abgrabung im Sinn von Art. 37 BZO nicht statt.

### **E. 3.3**

Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, räumt § 293 Abs. 4 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) den Gemeinden die Kompetenz ein, die Freilegung von Untergeschossen näher zu regeln. Die Gemeinde Küsnacht hat von dieser Kompetenz in Art. 37 BZO Gebrauch gemacht (vgl. VGr, 30. Mai 2012, VB.2012.00012, E. 2.1; 13. April 2000, VB.2000.00042, E. 4). Gemäss Art. 37 Abs. 1 BZO sind geringfügige Abgrabungen bei Hauptbauten und besonderen Gebäuden zulässig, sofern sie eine natürlich erscheinende Terraingestaltung zulassen. In zweigeschossigen Wohnzonen sind geringfügige Abgrabungen nur so weit zugelassen, als dadurch die maximal zulässige

Gebäudehöhe sichtbar wird (Art. 37 Abs. 2 BZO). Bei Art. 37 BZO handelt es sich um kompetenzgemäss erlassenes kommunales Recht. Trotz der gesetzlichen Befugnis zur Angemessenheitskontrolle (vgl. § 20 Abs. 1 lit. c des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG] ) kann das Baurekursgericht die Anwendung dieses kommunalen Rechts nicht in einem Ausmass überprüfen, wie wenn es sich in die Position der örtlichen Baubehörde begeben würde (vgl. E. 4.3).

#### **E. 3.4.1**

Als Auslegungshilfe ist vorliegend die Wegleitung zur Bau- und Zonenordnung 1994 mit Teilrevision 2004 (Fassung gemäss Beschluss der Baukommission vom 14. Juni 2005) heranzuziehen. Diese hält zu Art. 37 BZO fest: "Zu tiefe Abgrabungen können Fassaden an Hanglagen zu hoch in Erscheinung treten lassen. Dieser Artikel verhindert solche störenden Auswirkungen, indem der sichtbare Teil der Fassade beschränkt wird. "

#### **E. 3.4.2**

Wie die Wegleitung ausführt, soll Art. 37 BZO verhindern, dass Fassaden an Hanglagen zu hoch in Erscheinung treten. Es soll der sichtbare Teil der Fassade beschränkt werden. Vorliegend werden aber weder Untergeschosse noch Fassadenteile freigelegt; der sichtbare Teil der Fassade bleibt unverändert. Das Gebäude selbst wird daher nicht höher in Erscheinung treten als bis anhin. Entfernt werden soll eine mit einem Mäuerchen umfasste Landzunge, hinter welcher sich bereits heute eine Stützmauer befindet. Die geplante Sandsteinmauer soll an genau derselben Stelle an die südliche Fassade der Garage stossen und dieselbe Höhe aufweisen wie die bereits bestehende Stützmauer. Die südliche Fassade des Gebäudes wird somit nicht weiter freigelegt und eine Abgrabung im Sinn von Art. 37 BZO liegt nicht vor. Die Gebäudehöhe bleibt folglich unverändert. Dass es sich bei einer Stützmauer nicht um ein Vollgeschoss handelt und diese somit auch nicht wie ein Vollgeschoss in Erscheinung treten kann, braucht nicht näher erläutert zu werden. Art. 37 BZO ist vorliegend nicht anwendbar; weitere Abgrabungsvorschriften kennt die BZO nicht. Infolgedessen kann auch keine natürlich erscheinende Terraingestaltung verlangt werden, zumal bereits die heutige Situation keine natürliche Terraingestaltung aufweist und es sich um den Abschluss gegen den Erschliessungsbereich hin handelt. Die vorgesehenen Abgrabungen erweisen sich somit als zulässig.

#### **E. 4.1**

Weiter rügt die Beschwerdeführerin eine ungenügende Einordnung des Bauvorhabens. Dieses würde gegenüber ihrer südlich gelegenen Parzelle gefängnis- und festungsähnlich in Erscheinung treten und als Fremdkörper wahrgenommen werden. Das Gebäude werde überhoch und trete als nicht zonenkonform in Erscheinung.

#### **E. 4.2.1**

Nach § 238 Abs. 1 PBG sind Bauten, Anlagen und Umschwung für sich und in ihrem Zusammenhang mit der baulichen und landschaftlichen Umgebung im Ganzen und in ihren einzelnen Teilen so zu gestalten, dass eine befriedigende Gesamtwirkung erreicht wird; diese Anforderung gilt auch für Materialien und Farben. Wo die Verhältnisse es zulassen, kann nach § 238 Abs. 3 PBG mit der baurechtlichen Bewilligung verlangt werden, dass vorhandene Bäume bestehen bleiben, neue Bäume und Sträucher gepflanzt sowie Vorgärten und andere Teile des Gebäudeumschwungs als Grünfläche erhalten oder hergerichtet werden. § 238 Abs. 1 PBG stellt eine positive ästhetische Generalklausel dar, die nicht bloss eine Verunstaltung verbietet, sondern eine positive Gestaltung verlangt (BGr, 16. Mai

2008, 1C\_346/2007, E. 3.3.1; VGr, 6. Oktober 2010, VB.2009.00604, E. 5.3). Die Beurteilung, ob mit einem Bauvorhaben eine befriedigende Gesamtwirkung erreicht wird, hat nicht nach subjektivem Empfinden, sondern nach objektiven Massstäben und mit nachvollziehbarer Begründung zu erfolgen (VGr, 18. Juni 1997, VB.1997.00002, E. 4b/aa = BEZ 1997 Nr. 23; BGr, 28. Oktober 2002, 1P.280/2002, E. 3.5.2). Dabei ist eine umfassende Würdigung aller massgebenden Gesichtspunkte vorzunehmen (VGr, 23. März 2003, VB.2010.00670, E. 3.1 mit Hinweisen; BGr, 28. Oktober 2002, 1P.280/2002, E. 3.5.2).

#### **E. 4.2.2**

Nach der langjährigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts steht der Gemeinde aufgrund der ihr durch Art. 85 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 [KV] eingeräumten Autonomie bei der Anwendung des kantonalrechtlichen unbestimmten Gesetzesbegriffs "befriedigende Gesamtwirkung" ein besonderer bzw. qualifizierter Beurteilungsspielraum zu, was auch mit relativ erheblicher Entscheidungsfreiheit umschrieben wurde (VGr, 23. März 2003, VB.2010.00670, E. 3.2 mit Hinweisen; Kölz/Bosshart/Röhl, § 20 N. 19). Die Entwicklung von Grundsätzen, wie dieser Handlungsspielraum zu füllen ist, fällt jedenfalls grundsätzlich in die Kompetenz der kantonalen (Rechtsmittel-)Instanzen (vgl. dazu VGr, 17. Dezember 2013, VB.2013.00468, E. 4.2.1). Demgegenüber obliegt es den Gemeinden, § 238 PBG und die darin verwendeten offenen Formulierungen ortsbezogen zu konkretisieren (VGr, 17. Dezember 2013, VB.2013.00468, E. 4.2.2, auch zum Folgenden). Mit der Begründung ihres Entscheids berücksichtigt die kommunale Baubehörde die für die Beurteilung relevante bauliche Umgebung und führt die Gesichtspunkte an, an denen sie die Einordnung des Bauprojekts misst.

#### **E. 4.2.3**

Aufgrund des Wortlauts von § 20 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) ist das Baurekursgericht nicht nur zur Überprüfung der Rechtmässigkeit, sondern auch der Angemessenheit kommunaler Entscheide befugt. Bei unzulässiger Kognitionsbeschränkung begeht das Gericht eine formelle Rechtsverweigerung im Sinn von Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BGr, 21. April 2004, 1P.401/2003, E. 2.1; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1657). Nach der früheren Rechtsprechung hatte sich die Rekursinstanz bei der Überprüfung kommunaler Einordnungsentscheide aufgrund der verfassungsrechtlichen garantierten Gemeindeautonomie Zurückhaltung aufzuerlegen (vgl. VGr, 30. Juni 2010, VB.2010.00127, E. 4.2). Das Baurekursgericht schritt praxisgemäss erst ein, wenn die ästhetische Würdigung der Baubehörde sachlich nicht mehr vertretbar war bzw. wenn sich die vorinstanzliche Ermessensausübung als offensichtlich unvertretbar erwies.

#### **E. 4.2.4**

Mit dem Urteil VB.2013.00468 vom 17. Dezember 2013 leitete das Verwaltungsgericht eine Praxisänderung ein, wonach zwischen der Gemeindeautonomie und dem verfassungsmässigen Anspruch auf Ausschöpfung der Überprüfungsbefugnis im Sinn eines möglichst schonenden Ausgleichs der verschiedenen Verfassungs- und Grundrechtsinteressen praktische Konkordanz herzustellen sei. Eine im Baurekursverfahren generell erhöhte gerichtliche Eingriffsschwelle bzw. eine blossige Überprüfung der

Vertretbarkeit des Einordnungsentscheids vermag diesen Voraussetzungen nicht zu genügen. Denn das Baurekursgericht ist, wie jede Rechtsmittelinstanz, nicht nur berechtigt, sondern grundsätzlich auch verpflichtet, seine gesetzlich festgelegte Überprüfungsbefugnis voll auszuschöpfen (VGr, 8. Februar 2006, VB.2005.00515, E. 2). Das Baurekursgericht muss den Einordnungsentscheids demnach rechtlich wie faktisch wirksam überprüfen. Es ist in seiner Angemessenheitskontrolle jedoch insofern beschränkt, als es die Einordnung des Bauvorhabens nicht völlig frei und unbesehen des angefochtenen Bauentscheids würdigen darf. Vielmehr muss die Überprüfung unter gebührender Berücksichtigung der Entscheidungsgründe erfolgen. Das Baurekursgericht hat sich dabei mit den Kriterien auseinanderzusetzen, wie sie von der Baubehörde im Rahmen der ortsbezogenen Konkretisierung der Einordnungsvorschrift entwickelt wurden.

#### **E. 4.3**

Das Baurekursgericht liess die Frage, ob seine Kognitionsbeschränkung vorliegend zu entfallen habe, offen, da der Entscheid der Baukommission Künsnacht auch bei uneingeschränkter Überprüfung zu schützen sei (vgl. Entscheid der Vorinstanz, E. 4.4.1). Es hat sich folglich bei der Überprüfung der Einordnung keine Zurückhaltung im Sinn der vorne in E. 4.2.3 dargelegten früheren Rechtsprechung auferlegt. Das auf Rechtskontrolle beschränkte Verwaltungsgericht kann neben der Überprüfung des Sachverhalts nur bei Ermessensmissbrauch und -überschreitung einschreiten (§ 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a und b VRG). Vorliegend ist somit zu prüfen, ob die Vorinstanz ihr Ermessen richtig ausgeübt hat. Die ästhetische Würdigung der Vorinstanz wird durch die Einwände der Beschwerdeführerin nicht substantiiert infrage gestellt. Die Beschwerdeführerin möchte im Ergebnis, dass die bestehende Umgebung in ihrer heutigen Gestaltung erhalten bleibt, weshalb sie die bestehende Situation der geplanten gegenüberstellt. Dabei übersieht sie, dass nicht zwischen der bestehenden Situation und der geplanten Umgebungsgestaltung abzuwägen ist, sondern die geplanten baulichen Massnahmen für sich und in ihrem Zusammenhang mit der baulichen und landschaftlichen Umgebung eine befriedigende Gesamtwirkung erreichen müssen (vgl. § 238 Abs. 1 PBG). Hierzu erwägt die Vorinstanz zutreffend, dass die geplanten baulichen Massnahmen optisch untergeordnet in Erscheinung treten, da die Schallschutzwand wegen ihrer erheblichen Höhe dominierend wirke (vgl. Entscheid der Vorinstanz, E. 4.4.2). Die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Schallschutzwand sei weitgehend mit Efeu überwuchert, wird durch die sich bei den Akten befindenden Fotoaufnahmen nicht bestätigt. Die Wand wird nicht mit Efeu kaschiert, sondern dominiert diesen Bereich der Umgebung. Durch die bestehende, nicht überwucherte Schallschutzwand wird die optische Wirkung der geplanten baulichen Massnahmen somit stark relativiert. Zudem bleibt der Niveauunterschied zwischen Hauseingang und Vorplatz unverändert. Dieser wird abgestuft, indem die über der Stützmauer befindliche Hecke im Vergleich zur Sandsteinmauer zurückversetzt wird. Damit wird ein ansprechender Übergang zum höher gelegenen Wohnhaus geschaffen. Auch wenn die Stützmauer zusammen mit der zurückversetzten Hecke eine gewisse Höhe erreicht, kann gleichwohl nicht von einer gefängnis- und festungsähnlichen Erscheinung gesprochen werden. Die ästhetische Würdigung der Vorinstanz ist mit Blick auf die bei den Akten liegenden Fotoaufnahmen und Pläne nicht zu beanstanden. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdeführerin führt aus, es sei der strengere Massstab von § 238 Abs. 2 PBG anzuwenden, da es sich beim Gebäude F-Strasse 05 um ein geschütztes beziehungsweise beim Gebäude F-Strasse 06/07 um ein inventarisiertes Objekt handle. Ob es sich bei den genannten Gebäuden tatsächlich um geschützte bzw. inventarisierte Objekte handelt, kann vorliegend offengelassen werden; denn weder macht die Beschwerdeführerin substantiiert geltend noch ist ersichtlich, inwiefern das Bauvorhaben die genannten Gebäude in ästhetischer Hinsicht tangieren sollte.

#### **E. 4.5.1**

Weiter hält die Beschwerdeführerin fest, gelte es das öffentliche Interesse am Erhalt eines Vorgartens gegen das private Interesse an der Erstellung eines Abstellplatzes ausserhalb des öffentlichen Grunds für ein Fahrzeug abzuwägen, diene dem Verwaltungsgericht die Regel der Städte Zürich und Winterthur, wonach höchstens ein Drittel der Anstosslänge des Vorgartens zu bewilligen sei, als Leitlinie für die Ermessensausübung. Vorliegend lägen keine besonderen Umstände vor, die es rechtfertigen würden, von dieser Leitlinie abzuweichen. Wenn nun die Vorinstanz über die Hälfte des Vorgartens für Parkierungen zulasse, handle es sich um eine Ermessensüberschreitung.

#### **E. 4.5.2**

Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausführte, hat die stadtzürcherische Baubewilligungsbehörde in Ausübung des ihr zustehenden Ermessens zwar eine Praxis bezüglich der Befestigung des Vorgartengebiets begründet. Die Gemeinde entwickelt jedoch eigene Grundsätze zur Ausübung ihres Ermessens. Dem Verwaltungsgericht dienen die Regeln der Städte Zürich und Winterthur nur als Leitlinie für die Ermessensausübung in diesen beiden Städten (vgl. VGr, 03. August 2010, VB.2010.00272, E. 3.6; 24. Januar 1997, VB.96.00195 [nicht publiziert]; 10. Mai 1994, VB.94.00034 [nicht publiziert]). Etwas anderes lässt sich auch nicht aus den soeben zitierten Entscheiden ableiten. Die Leitlinien der Städte Zürich und Winterthur lassen sich nicht auf andere Gemeinden übertragen. Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, was die ästhetische Würdigung der Baukommission Küssnacht und der Vorinstanz als unzutreffend erscheinen liesse, weshalb die Beschwerde auch in diesem Punkt abzuweisen ist.

#### **E. 5**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Eine Parteientschädigung steht ihr von vornherein nicht zu. Diese ist zudem zu verpflichten, der privaten Beschwerdegegnern eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

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