

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00429 vom 1. Oktober 2015**

ZH Verwaltungsgericht, 2015-10-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2015.00429](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00429)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00429 du 1 octobre 2015

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00429 del 1 ottobre 2015

## **Regeste**

Befehl zur Mängelbehebung | Gartenmauser: Absturzsicherung, Kaschierung Der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht wird erst dann anerkannt, wenn eine ständige gesetzwidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und die betreffende Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenkt (E. 2.3). Eine Baubewilligung regelt den Zustand auf einem Grundstück nicht abschliessend und in unveränderbarer Weise. Vielmehr ermächtigt § 358 PBG die Baubehörden dazu, Verbesserungen unabhängig von einem Umbauvorhaben des Grundeigentümers anzuordnen, wenn dadurch erhebliche polizeiliche Missstände beseitigt werden. Nicht entscheidend ist dabei, ob auf allfälligen anderen Grundstücken ebenfalls baurechtswidrige Zustände herrschen oder nicht (E. 3.2). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Abteilung VB.2015.00429 Urteil der 1. Kammer vom 1. Oktober 2015 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz) , Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Gerichtsschreiber Martin Tanner. In Sachen 1. A, 2. B, Beschwerdeführende, gegen Abteilung Bau und Planung Hinwil, Beschwerdegegnerin, betreffend Befehl zur Mängelbehebung, hat sich ergeben: I. Mit Verfügung vom 2. Dezember 2014 forderte der Bauvorsteher der Gemeinde Hinwil A und B auf, diverse Mängel im Zusammenhang mit dem Ersatz von Geländestützmauern sowie einer Terrassierung des Grundstückes Kat.-Nr. 01 an der C-Strasse 01 in Wernetshausen zu beheben. II. Dagegen rekurrten A und B am 30. Dezember 2014 an das Baurekursgericht und beantragten sinngemäss die Aufhebung der Verfügung vom 2. Dezember 2014. Das Baurekursgericht hiess mit Entscheid vom 17. Juni 2015 ihr Rechtsmittel teilweise gut und setzte ihnen eine längere Frist an, um die Mängel zu beheben. III. Am 13. Juli 2015 führten A und B Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragten sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Rekursentscheides. Die Abteilung Bau und Planung der Gemeinde Hinwil beantragte am 10. August 2015, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Das Baurekursgericht liess sich am 19. August 2015 ebenfalls mit dem Schluss auf Abweisung der Beschwerde vernehmen. Die Kammer erwägt:

### **E. 1.1**

Die Bauherrschaft ist Eigentümerin des Grundstückes Kat.-Nr. 01 an der C-Strasse 01 in Wernetshausen. An diese Parzelle grenzt die tiefer gelegene Parzelle Kat.-Nr. 02. Im Jahr

2013 ersetzte die Bauherrschaft die auf der Grenze zur Nachbarparzelle stehende Geländestützmauer aus Eisenbahnschwellen durch eine solche aus Granitblocksteinen. Diese neue Geländestützmauer besteht aus vier übereinander geschichteten Granitquaderreihen und ist insgesamt ca. 1,7 bis 1,8 Meter hoch. Sodann terrassierte die Bauherrschaft einen anderen Teil ihres Grundstückes mit Hilfe dreier versetzt übereinander angeordneten Natursteinquaderstufen, welche insgesamt je 1,2 Meter, 0,8 Meter sowie 1 Meter hoch sind. Die Bauherrschaft holte für diese Gartenumgestaltung vorgängig keine Baubewilligung ein, da sie davon ausging, dass solche Ersatzmassnahmen nicht bewilligungspflichtig seien.

### **E. 1.2**

Am 17. Februar 2014 reichte die Bauherrschaft bei der Beschwerdegegnerin ein nachträgliches Baubewilligungsgesuch ein. Mit Beschluss vom 10. März 2014 erteilte diese der Bauherrschaft die nachträgliche Bewilligung für die Grundstückterrassierung und den Ersatz der Geländestützmauer und. Dabei erliess sie unter anderem folgende zwei Nebenbestimmungen: "1.1 Um die Mauer möglichst stark zu kaschieren ist eine geeignete Bepflanzung anzubringen. Im Bereich der Terrassierung sind unterhalb der Mauer Sträucher zu setzen und im Bereich Grenzmauer sind über der Mauer Hängepflanzen zu setzen." "3. Über der Mauer ist eine Schutzeinrichtung (Zaun od. dgl.) anzubringen, welche der SIA-Norm 358 entspricht."

### **E. 1.3**

Mit Schreiben vom 20. November 2014 wies die Beschwerdegegnerin die Bauherrschaft darauf hin, dass gemäss Baubewilligung vom 10. März 2014 noch eine geeignete Absturzsicherung an die Stützmauer anzubringen sei. Da die Bauherrschaft dieser Aufforderung keine Folge leistete, erliess die Beschwerdegegnerin am 2. Dezember 2014 folgende Anordnungen: "1. An der Stützmauer entlang der Parzellengrenze (Fallhöhe ca. 1.8 m) ist ein Schutzelement anzubringen, welches der SIA Norm 358 entspricht. 2. Die Grenzmauer ist mit einer geeigneten Bepflanzung, z.B. Hängepflanzen, zu kaschieren. 3. Bis zu einer Fallhöhe von 1.5 m kann das Schutzelement mit einer dichten Bepflanzung erfolgen. Ein geeignetes Schutzelement gegen Absturzgefahr ist bei der Terrassierung anzubringen (Fallhöhe > 1.0 m)."

### **E. 2.1**

Die Baubewilligung vom 10. März 2014 verpflichtet die Bauherrschaft unter anderem dazu, bei der Grenzmauer eine Schutzeinrichtung im Sinn von SIA-Norm 358 anzubringen und die Grenzmauer mittels Hängepflanzen zu kaschieren. Die Bauherrschaft hat die Baubewilligung vom 10. März 2014 nicht angefochten. Damit sind die strittigen beiden Anordnungen in Rechtskraft erwachsen und können im vorliegenden Verfahren nicht mehr überprüft werden.

### **E. 2.2**

Selbst wenn die Bauherrschaft ihre Rügen rechtzeitig erhoben hätte, würde ihr dies nicht weiterhelfen. Die Bauherrschaft begründet ihren Standpunkt im Wesentlichen wie folgt: Sowohl auf privatem wie auch auf öffentlichem Grund stünden zahlreiche andere Mauern, welche ebenfalls weder Absturzsicherungen noch Kaschierungen aufwiesen und trotzdem bewilligt worden seien. Aus diesem Grund habe die Bauherrschaft denn auch verlangt, dass ihr die Beschwerdegegnerin die Grundlagen und Befugnisse zu den Bauausführungen dieser dokumentierten Vergleichsbeispiele bekannt gebe. Leider habe die Vorinstanz keine

entsprechende Verfügung erlassen.

### **E. 2.3**

Sinngemäss macht die Bauherrschaft mit ihren Ausführungen einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht geltend. Dazu ist Folgendes festzuhalten: In der Regel geht der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung dem Rechtsgleichheitsprinzip vor. Der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden (BGE 135 IV 191 E. 3.3). Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht wird erst dann anerkannt, wenn eine ständige gesetzwidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und die betreffende Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenkt. Sodann ist im Rahmen einer Interessenabwägung zu befinden, ob durch die rechtswidrige Praxis nicht andere legitime private oder öffentliche Interessen verletzt werden (René Wiederkehr/Paul Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012, Rz. 1691–1693 mit Nachweisen). Weiter ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der beschwerdeführenden Partei obliegt, den Nachweis dafür zu erbringen, dass die Behörde das Gesetz in ständiger Praxis missachtet (Wiederkehr/Richli, Rz. 1713). Schliesslich ist von einer rechtswidrigen Praxis nicht bereits dann auszugehen, wenn in einem einzigen Fall oder in einigen wenigen Fällen das Recht falsch angewandt wurde.

### **E. 2.4**

Die Bauherrschaft legte eine Fotodokumentation zu den Akten, auf welcher zwölf verschiedene Garten- bzw. Grundstücksmauern aus der Gemeinde Hinwil abgebildet sind. Diese Mauern weisen – wie die Bauherrschaft zu Recht betont – keine Kaschierungen und/oder Absturzsicherungen auf. Ob eine Mauer begrünt werden muss oder nicht, ist eine bauästhetische Frage, welche stark von den konkreten Umständen des Einzelfalles abhängt. Die abgebildeten Mauern dokumentieren somit nicht notwendigerweise Baurechtswidrigkeiten. Selbst wenn Letzteres der Fall wäre, liesse sich daraus keine eigentliche gesetzeswidrige Praxis ableiten: In der Gemeinde Hinwil gibt es mehrere grössere Einfamilienhausquartiere. Die Fotodokumentation mit den vorschriftswidrigen Bauten kann unter diesen Umständen nicht als repräsentativ für die ganze Gemeinde bezeichnet werden. Abgesehen davon erklärte die Beschwerdegegnerin weder im Rekurs noch im Beschwerdeverfahren, bei der Bewilligung von Grundstücksmauern sowie Geländeterrassierungen inskünftig auf Absturzsicherungen bzw. Mauerkaschierungen verzichten zu wollen. Damit sind die oben umschriebenen Voraussetzungen für eine Gleichbehandlung im Unrecht nicht erfüllt.

### **E. 3.1**

Weiter macht die Bauherrschaft geltend, die Schlussabnahmeverfügung vom 2. Dezember 2014 verpflichte sie, ein geeignetes Schutzelement gegen Absturzgefahr zusätzlich auch bei der Terrassierung anzubringen. Die ursprüngliche Baubewilligung vom 10. März 2015 habe keine solche Pflicht enthalten. Es sei kein Grund ersichtlich, der eine derartige Massnahme rechtfertige. Insbesondere sei keine nachträgliche Gefahrensituation entstanden, welche nicht schon zum Zeitpunkt der Baubewilligung bekannt gewesen wäre. Vielmehr sei die ursprüngliche Baubewilligung in Rechtskraft erwachsen und könne deshalb nachträglich nicht mehr verändert werden. Die eingereichte Fotodokumentation zeige in der nächsten Nähe vergleichbare Gefahrenpotenziale. Trotzdem werde bei diesen benachbarten

Grundstücken keine nachträgliche Gefahrenbehebung angeordnet.

### **E. 3.2**

Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung regelt eine Baubewilligung den Zustand auf einem Grundstück nicht abschliessend und in unveränderbarer Weise. Vielmehr ermächtigt § 358 PBG die Baubehörden dazu, Verbesserungen unabhängig von einem Umbauvorhaben des Grundeigentümers anzuordnen, wenn dadurch erhebliche polizeiliche Missstände beseitigt werden. Nicht entscheidend ist dabei, ob auf allfälligen anderen Grundstücken ebenfalls baurechtswidrige Zustände herrschen oder nicht. Die Verbesserungsanordnungen müssen allerdings stets im öffentlichen Interesse liegen und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen. Dabei ist § 358 PBG vor allem im Kontext mit § 228 Abs. 1 PBG zu lesen, wonach Grundstücke und Bauten so zu unterhalten sind, dass weder Personen noch das Eigentum Dritter gefährdet wird. Ebenso sieht § 239 Abs. 1 PBG vor, dass Bauten den anerkannten Regeln der Baukunde entsprechen müssen und keine Personen oder Sachen gefährden dürfen. Zu diesem Zweck ist die Baubehörde berechtigt und verpflichtet, die gebotenen Anordnungen zur Behebung von Missständen zu treffen (Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011, S. 1145). Die Sicherheitsbestimmungen von § 228 Abs. 1 PBG und § 239 Abs. 1 PBG werden durch § 20 der Besonderen Bauverordnung I vom 6. Mai 1981 (BBV I) konkretisiert. Danach sind unter anderem überhöhte Stellen so zu sichern, dass insbesondere für Kinder keine Absturzgefahr besteht.

### **E. 3.3**

Die Bauherrschaft terrassierte einen Teil ihres Grundstückes mit drei Blocksteinmauern. Dabei ist die oberste Stufe 1,2 Meter, die mittlere 0,8 Meter und die tiefste 1 Meter hoch. Bei einem Sturz aus einer Höhe von 1,2 Meter auf einen Granituntergrund können sich nicht nur Kinder, sondern auch Erwachsene erhebliche, mitunter sogar lebensgefährliche Verletzungen zuziehen. Insofern spielt es keine Rolle, ob das Grundstück einzig von erwachsenen Personen betreten wird, wie die Bauherrschaft geltend macht. Es besteht ein grosses Sicherheitsinteresse an der Verhinderung solcher Unfälle. Da die oberste Granitstufe als überhöhte Stelle im Sinn von § 20 BBV I zu qualifizieren ist, muss sie durch ein Schutzelement gesichert werden. Letztlich liegt es auch im wohlverstandenen Interesse der Bauherrschaft, dass ihr Garten gefahrlos betreten werden kann: Im Fall eines mangelhaft errichteten oder unterhaltenen Bauwerks müssten sie nämlich für den daraus resultierenden Personen- und Sachschaden aufkommen (sogenannte Werkeigentümerhaftung gemäss Art. 58 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911).

### **E. 4**

Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten unter solidarischer Haftung den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 und § 14 VRG). Mangels erheblicher Umtriebe sowie eines entsprechenden Antrages ist der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 f. VRG).

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