

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00373 vom 2. März 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-03-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2016.00373](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00373)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00373 du 2 mars 2017

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00373 del 2 marzo 2017

## Regeste

Baubewilligung | Baubewilligung für ein Einfamilienhaus: Abgrabungen; Ausnahmebewilligung. Dass die Gemeinde gestützt auf das kommunale Recht die Ausnahmen von den Abgrabungsbeschränkungen nur restriktiv handhabt, steht im Einklang mit der Rechtsprechung zu § 293 Abs. 2 PBG (E. 3.6). Es ist nicht ersichtlich, wieso der Zugang zu den Reduits nicht gleichzeitig als Zugang zum Haus dienen können soll. Den Reduits eine nicht notwendige, vom Zugang zum Hauseingang (und Gartenzugang) unabhängige eigene Manövriertfläche zuzugestehen, würde die restriktiv zu handhabenden Ausnahmetatbestände von den Abgrabungsvorschriften überstrapazieren (E. 3.7). Die fehlende Einsehbarkeit des Zugangshofs begründet keinen Ausnahmetatbestand im Sinn von § 220 PBG. Es käme einer allgemeinen Änderung der kommunalen Bau- und Zonenordnung gleich, wenn Abgrabungen stets beliebig vorgenommen werden dürften, sofern sie nur nicht von aussen sichtbar wären (E. 4.6). Angesichts der Bösgläubigkeit des Beschwerdeführers durfte der Beschwerdegegner aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Beschwerdeführer erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen (E. 5.4). Abweisung.

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung VB.2016.00373 Urteil der 1. Kammer vom 2. März 2017 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Gerichtsschreiberin Alexandra Altherr Müller. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführer, gegen Hochbauausschuss Stäfa, vertreten durch RA C, Beschwerdegegner, betreffend Baubewilligung, hat sich ergeben: I. A. Mit Beschluss vom 27. November 2012 erteilte der Gemeinderat Stäfa A die baurechtliche Bewilligung mit Nebenbestimmungen für den Abbruch des Gebäudes Vers.-Nr. 01, D-Strasse 02, und den Neubau eines Einfamilienhauses auf dem Grundstück Kat.-Nr. 03 in der Wohnzone W2/1.6 von Stäfa. Im Vorfeld hatte der Bauausschuss Stäfa A mit Stellungnahme vom 23. Oktober 2012 unter anderem mitgeteilt, dass an der geplanten Nordfassade die sichtbare Gebäudehöhe von 9,15 m teilweise nicht den Abgrabungsvorschriften der Bau- und Zonenordnung entspreche. Die Gestaltung des Terrains sei deshalb so zu überarbeiten, dass die maximal zulässige Gebäudehöhe von 8,5 m entlang der Nord- (und der West-)fassade eingehalten werde. Die Projektpläne wurden entsprechend revidiert und auf der Nordseite ein 6,10 m x 2,80 m x 0,65 m grosses Pflanzbeet zwischen Garage und Hauseingang eingezeichnet, woraufhin die

Baubewilligung erteilt wurde. B. Am 6. Mai 2013 liess A den noch ausstehenden Umgebungsplan einreichen. In diesem wurde das Pflanzbeet auf eine Grösse von 4,48 x 1,76 x 0,65 m verkleinert. Die Umgebungsgestaltung wurde mit Beschluss des Bauausschusses Stäfa vom 14. Mai 2013 bewilligt. C. Am 1. Juli 2014 bewilligte der Bauausschuss eine 1. Projektänderung, die unter anderem das Verschieben der nördlichen Betonwand und das Erstellen von Einstellräumen beinhaltete. Das Pflanzbeet entlang der Nordfassade wurde beibehalten. D. Anlässlich einer Baukontrolle vom 5. August 2015 wurde festgestellt, dass in der Umgebungsgestaltung Änderungen zu den bewilligten Plänen vorgenommen wurden. Unter anderem wurde das Pflanzbeet an der Nordfassade nicht errichtet. An dessen Stelle wurde ein Rundbeet mit einem Baum erstellt. A liess daraufhin am 16. September 2015 einen revidierten Umgebungsplan einreichen und um eine Ausnahmegewilligung ersuchen, deren Erteilung der Hochbauausschuss mit Beschluss vom 10. November 2015 verweigerte. II. Dagegen erhob A Rekurs beim Baurekursgericht und beantragte die Aufhebung des Beschlusses, soweit damit die baurechtliche Bewilligung für den Verzicht auf das Pflanzbeet und für die Erstellung des Rundbeets (mit Baum) verweigert worden sei; eventualiter sei die beantragte Ausnahmegewilligung und die Baubewilligung für die Errichtung des runden Pflanzbeets zu erteilen; subeventualiter sei auf die Wiederherstellung des (zuletzt bewilligten) rechtmässigen Zustands zu verzichten. Das Baurekursgericht wies das Rechtsmittel mit Entscheid vom 25. Mai 2016 ab. III. Am 27. Juni 2016 liess A Beschwerde beim Verwaltungsgericht führen und Folgendes beantragen: "1. Der angefochtene Entscheid vom 25. Mai 2016 sei aufzuheben und es sei die nachgesuchte Baubewilligung (Abänderungsbewilligung) zu erteilen, eventuell sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### **E. 1.1**

Das Verwaltungsgericht ist zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde nach § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) zuständig.

### **E. 1.2**

Der Beschwerdeführer ist Eigentümer des in der Gemeinde Stäfa liegenden Grundstücks mit der Kat.-Nr. 03 in der Wohnzone W2/1.6 gemäss Bau- und Zonenordnung vom 14. März 1994 (BZO). Soweit er im Rekursverfahren unterlegen ist, ist er ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert (vgl. § 49 in Verbindung mit § 21 Abs. 1 VRG; Martin Bertschi in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 21 N. 29+53 ff.). Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2**

Subeventuell sei auf die Wiederherstellung des (zuletzt bewilligten) rechtmässigen Zustands (Rückbau des Rundbeetes, Bau des Pflanzentroges) zu verzichten. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beschwerdegegners." Das Baurekursgericht schloss am 7./8. Juli 2016 ohne weitere Bemerkungen auf Abweisung der Beschwerde. Der Hochbauausschuss Stäfa liess mit Beschwerdeantwort vom 19. August 2016 unter Entschädigungsfolge die Abweisung der Beschwerde beantragen, soweit darauf einzutreten sei. Am 28. September 2016 reichte A eine Stellungnahme ein, wozu sich der Hochbauausschuss Stäfa am 7. Oktober 2016 äusserte. Die Kammer erwägt: 1.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, die Vorinstanz habe sich nicht mit seinen Vorbringen auseinandergesetzt und damit das rechtliche Gehör verletzt.

### **E. 2.2**

Aus dem in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101) verankerten Anspruch der Betroffenen auf rechtliches Gehör ergibt sich als Teilgehalt auch die Begründungspflicht. Sie soll verhindern, dass die Behörden sich von unsachlichen Motiven leiten lassen, und es der betroffenen Person ermöglichen, eine Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Eine sachgerechte Anfechtung ist nur möglich, wenn sich sowohl die Partei wie auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihre Verfügung stützt. Dies bedeutet indes nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbestandlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Die Anforderungen an die Begründung sind umso höher, je weiter der Entscheidungsspielraum der Behörde und je komplexer die Sach- und Rechtslage ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1, 133 I 270 E. 3.1, je mit Hinweisen; Felix Uhlmann/Alexandra Schwank in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich etc. 2009, Art. 35 N. 17 ff.).

### **E. 2.3**

Diesen Anforderungen wird der Rekursentscheid gerecht, indem er nachvollziehbar darlegt, aus welchen Überlegungen die Vorinstanz zu ihrem Entscheid gelangt. Dass sie sich dabei nicht mit jedem einzelnen Vorbringen des Beschwerdeführers ausführlich auseinandersetzt, ist nicht zu beanstanden. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist zu verneinen.

### **E. 3.1**

Beim Neubau handelt es sich um einen langgezogenen rechteckigen Baukörper mit einem ummauerten Zugangshof auf der Nordseite und links und rechts in der Flucht des Gebäudes angeordneten Hofmauern mit je einer 1,4 m hohen und 4 m langen Öffnung auf der Südseite. Der ummauerte Zugangshof auf der Nordseite dient dem Zugang zum Haus und zur Doppelgarage sowie zu den Reduits an der nördlichen Mauer. Auf der Ostseite des Hofes befindet sich zudem eine Gartentür in der Mauer. Die sichtbare Gebäudehöhe ab dem gestalteten Terrain beträgt an der Nordfassade 9,15 m.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdegegner begründete seinen abweisenden Entscheid damit, dass durch das Nichterstellen des Pflanzbeets an der Nordfassade das Mass der zulässigen Gebäudehöhe von 8,5 m ab gestaltetem Terrain um 0,65 m überschritten werde. Die Abgrabungsvorschrift gemäss Art. 35 BZO sei deshalb nicht eingehalten worden.

### **E. 3.3**

Kraft § 293 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) dürfen nicht anrechenbare Untergeschosse höchstens 1,5 m über dem gestalteten Boden in Erscheinung treten (Abs. 1). Von dieser Bestimmung ausgenommen sind Haus- und Kellerzugänge, Gartenausgänge sowie Ein- und Ausfahrten zu Einzel-, Doppel- oder Sammelgaragen

(Abs. 2). § 293 Abs. 4 PBG bestimmt sodann, dass die Bau- und Zonenordnung die Freilegung von Untergeschossen näher regeln kann, wovon die Gemeinde Stäfa in Art. 35 BZO Gebrauch gemacht hat. Gemäss Art. 35 Abs. 1 BZO sind Abgrabungen untergeordneter Natur erlaubt, sofern das Mass der zulässigen Gebäudehöhe auch ab dem gestalteten Terrain eingehalten bleibt. Eine Ausnahme von den Abgrabungsbeschränkungen sieht Abs. 2 der Bestimmung nur für Kellerzugänge und Gartenausgänge sowie Ein- und Ausfahrten zu Einzel-, Doppel- oder Sammelgaragen vor.

#### **E. 3.4**

Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass der gesamte Zugangshof als Verkehrsfläche zu gelten habe, weshalb die Abgrabungen bzw. die Gebäudehöheüberschreitung ab gestaltetem Terrain an der Nordfassade zulässig seien. Er macht geltend, dass die Gemeinden zwar einen erheblichen Ermessensspielraum bei der Regelung der Freilegung von Untergeschossen hätten, dies jedoch nicht auch auf die Privilegierung von Hauszugängen zutrefte. Der Beschwerdegegner erteile denn auch praxisgemäss immer Bewilligungen für Abgrabungen für Hauszugänge. Es könne deshalb nicht gesagt werden, dieser habe seine Abgrabungsvorschrift "grosszügig ausgelegt". Die Vorinstanz habe deshalb voll und nicht mit Zurückhaltung überprüfen müssen, ob die Manövrierfläche gesetzmässig festgelegt worden sei. Durch die nachträglich bewilligten Reduits sowie die Schaffung des Gartenzugangs habe sich die notwendige Manövrierfläche, die unabhängig von derjenigen für den Hauszugang benutzbar sein müsse, verändert. Trotz geöffneter Reduit-Türen (oder trotz im Bereich der Reduits abgestellter Fahrräder und/oder Gartengeräte) müsse jederzeit der Hauseingang erreichbar sein. Die Fläche entlang der nördlichen Hausfassade zwischen Garagentor und Hauseingang sei deshalb zu Unrecht nicht privilegiert worden.

#### **E. 3.5**

Die Rekursbehörden sind grundsätzlich nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, ihre umfassende Überprüfungsbefugnis nach § 20 Abs. 1 VRG auszuschöpfen (Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 20 N. 54). Das heisst, dass die Ermessenskontrolle nicht nur auf die Prüfung einer rechtsfehlerhaften Ermessensausübung beschränkt ist, sondern dass die Rekursbehörde auch die Angemessenheit einer Anordnung zu überprüfen hat (Donatsch, § 20 N. 49). Im Anwendungsbereich der Gemeindeautonomie (vgl. Art. 85 Abs. 1 der Kantonsverfassung vom 27. Februar 2005) kommt der Rekursinstanz nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts jedoch nur beschränkte Überprüfungsbefugnis zu (vgl. Donatsch, § 20 N. 57 ff.). Das Baurekursgericht muss daher den angefochtenen Entscheid unter gebührender Berücksichtigung der Entscheidungsgründe der Baubewilligungsbehörde überprüfen. Dabei hat es sich mit den Beweggründen der örtlichen Baubehörde auseinanderzusetzen (vgl. zum Ganzen VGr, 19. November 2015, VB.2015.532, E. 3.3 – 6. November 2014, VB.2014.00206, E. 4.3 – 17. Dezember 2013, VB.2013.00468, E. 4.2 f.). Bei der Auslegung und Anwendung kompetenzgemäss erlassenen kommunalen Rechts kann sich überdies für die Gemeinde ein Spielraum auf tun, wenn das kommunale Recht der rechtsanwendenden Behörde eine umfassende Einzelfallbeurteilung aufgibt bzw. Ermessen einräumt (vgl. dazu Donatsch, § 20 N. 59 f.). Dieser Spielraum ist weiter als der Beurteilungsspielraum, der einer Gemeinde bei der Anwendung von kantonalem Recht geöffnet wird (VGr, 27. März 2015, VB.2014.00232, E. 4.3.2). Die Rekursinstanz ist in solchen Fällen verpflichtet, sich mit den Entscheidungsgründen der Gemeindebehörde mit besonderer Sorgfalt auseinanderzusetzen. Ist der Entscheid der Gemeindebehörde plausibel und stichhaltig begründet, so bedarf es

besonders überzeugender Gründe, um von deren Auslegung und Anwendung kommunalen Rechts abzuweichen (vgl. VGr, 27. März 2015, VB.2014.00232, E. 4.3.2 f.).

### **E. 3.6**

Ob es sich bei § 293 Abs. 2 PBG um eine zwingende Vorschrift handelt, welche dem kommunalen Recht vorgeht, wie der Beschwerdeführer geltend macht, kann vorliegend offengelassen werden. Der Beschwerdegegner hat die Abgrabungen für den Hauseingang bewilligt. Wenn er die Ausnahmen von den Abgrabungsbeschränkungen für den Hauseingang wie auch für die Doppelgarage, den Gartenzugang und die Reduits nur restriktiv handhabt, so steht dies ohnehin im Einklang mit der Rechtsprechung zu § 293 Abs. 2 PBG (vgl. Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011, S. 962 ff.) In diesem Zusammenhang hat das Verwaltungsgericht entschieden, es sei unzulässig, eine Fensteröffnung, welche rund einen Drittel der Länge der Nordfassade ausmache, als Gartenausgang zu qualifizieren. Um Missbräuchen vorzubeugen, sei die Abgrabung in solchen Fällen auf die übliche Türbreite zu beschränken (vgl. dazu VGr, 5. September 2001, VB.2001.00092, E. 3). Dasselbe gilt für Ein- und Ausfahrten zu Garagen, die nur im Rahmen der üblichen Breite eines Garagentors privilegiert sind (vgl. VGr, 5. Mai 2006, VB.2005.00370, E. 5.3).

### **E. 3.7**

Die Vorinstanz hat einen Augenschein durchgeführt und sich in ihrer Entscheidung mit den Ausführungen der Baubehörde sowie des Beschwerdeführers auseinandergesetzt. Sie hat überprüft, ob die notwendige Manövrierfläche gesetzeskonform festgelegt worden ist und hat dies bejaht. Den Erwägungen der Vorinstanz kann vollumfänglich zugestimmt werden (§ 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 2 VRG). Es ist tatsächlich nicht ersichtlich, wieso der Zugang zu den Reduits nicht gleichzeitig als Zugang zum Haus dienen können soll. Zumal für das Manövrieren zwischen dem Pflanzbeet und den Reduits ein Weg von rund 3 m Breite zur Verfügung stünde. Es wäre zwar sicherlich komfortabler, wenn im Innenhof mehr Platz für das Manövrieren eines Autos bestünde, die Türen der Reduits offengelassen oder in deren Bereich Fahrräder oder Gartengeräte abgestellt werden könnten. Eine Notwendigkeit dafür besteht jedoch nicht. Die Reduits nehmen rund die Hälfte der Länge der nördlichen Mauer in Anspruch. Ihnen eine nicht notwendige, vom Zugang zum Hauseingang (und Gartenausgang) unabhängige eigene Manövrierfläche zuzugestehen, würde die restriktiv zu handhabenden Ausnahmetatbestände von den Abgrabungsvorschriften überstrapazieren. Die Fläche entlang der nördlichen Hausfassade zwischen Garagentor und Hauseingang ist damit zu Recht nicht privilegiert worden.

### **E. 3.8**

Sowohl der Beschwerdeführer wie auch der Beschwerdegegner sind im Baubewilligungsverfahren davon ausgegangen, dass das 4,48 x 1,76 x 0,65 m grosse Pflanzbeet die Anforderungen an gestaltetes Terrain erfüllt und mit dessen Erstellung die Abgrabungsvorschrift von Art. 35 Abs. 1 BZO eingehalten wird. Die Vorinstanz hat daher zu Recht die Pflicht zur Erstellung des Pflanzbeets bestätigt.

### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht eine Ausnahmebewilligung verweigert.

### **E. 4.2**

Eine Ausnahmegewilligung nach § 220 PBG setzt voraus, dass im Einzelfall besondere Verhältnisse vorliegen, bei denen die Durchsetzung der an sich einschlägigen Vorschriften unverhältnismässig erschiene (Abs. 1). Zudem darf die Ausnahmegewilligung nicht gegen Sinn und Zweck der Bestimmungen verstossen, von welchen abgewichen werden soll, und auch sonst keine öffentlichen Interessen verletzen (Abs. 2). Schliesslich darf ein Nachbar durch die Erteilung einer Ausnahmegewilligung von Vorschriften, die auch ihn schützen, nicht unzumutbar benachteiligt werden (Abs. 3).

#### **E. 4.3**

Das Institut der Ausnahmegewilligung soll dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit dort Nachachtung verschaffen, wo die Anwendung der gesetzlichen Regelung zu Resultaten führen würde, die der Gesetzgeber nicht bedacht hat und durch kein öffentliches Interesse gedeckt sind (RB 1985 Nr. 102; Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 1128). Eine Ausnahmegewilligung bezweckt daher, im Einzelfall Härten und Unbilligkeiten zu beseitigen, die mit dem Erlass der Regel nicht beabsichtigt waren. Es geht mithin um offensichtlich ungewollte Wirkungen einer Vorschrift. Die Ausnahmegewilligung darf daher nicht dazu eingesetzt werden, generelle Gründe zu berücksichtigen, die sich praktisch immer anführen liessen; auf diesem Weg würde das Gesetz abgeändert (BGE 117 Ib 125 E. 6d mit Hinweisen). Besondere, eine Ausnahmesituation begründende Verhältnisse können insbesondere in der Form, Lage oder Topografie des Baugrundstücks liegen, aber auch in der Eigenart des Bauwerks, der Architektur oder in der Zweckbestimmung des Gebäudes (vgl. RB 1985 Nr. 103 = BEZ 1986 Nr. 4; RB 1981 Nr. 126; RB 1981 Nr. 125 = BEZ 1981 Nr. 34; Charlotte Good-Weinberger, Die Ausnahmegewilligung im Baurecht, insbesondere nach § 220 des zürcherischen Planungs- und Baugesetzes, Zürich 1990, S. 102 ff.; Fritzsche/ Bösch/ Wipf, S. 1124 ff.; Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau und Umweltrecht, Bd. I, 3. A., Zürich 1999, N. 690).

#### **E. 4.4**

Ob eine Ausnahmesituation im erwähnten Sinn vorliegt, ist vorwiegend eine Rechtsfrage, die das Verwaltungsgericht frei überprüft, doch wird der Baubehörde bei der Einräumung der Ausnahmegewilligung ein erheblicher Beurteilungsspielraum eingeräumt. Durch welche Abweichungen von den Bauvorschriften und durch welche besonderen Anordnungen der Ausnahmesituation Rechnung zu tragen ist, ist überwiegend Ermessensfrage. Das Verwaltungsgericht greift hierbei nur ein, wenn dieses pflichtgemässe Ermessen überschritten oder missbraucht wird (vgl. RB 1964 Nr. 28 = ZBl 66/1965, S. 176 = ZR 64 Nr. 185).

#### **E. 4.5**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die besonderen Verhältnisse seien vorliegend in der Eigenart der Architektur des Einfamilienhauses mit einem ummauerten Zugangshof auf der Nordseite auszumachen. Dieser Zugangshof sei von aussen absolut nicht einsehbar. Die strittige Abgrabung im Innenhof von 0,65 m wie auch das Pflanzbeet seien somit von Nachbarn und von der Öffentlichkeit nicht wahrnehmbar. Es lägen deshalb die von der Praxis verlangten besonderen Verhältnisse vor. Mit der Erstellung des strittigen Pflanzbeets würde sich die effektiv sichtbare Gebäudehöhe nicht ändern. Die Durchsetzung der Anordnung sei weder erforderlich noch sei der Rückbau des heutigen Rundbeets verhältnismässig. Darüber hinaus würde ein heute "extrem schön gestalteter" Innenhof zerstört und zugleich der Zugang zum Hauseingang unnötigerweise erschwert.

#### **E. 4.6**

Die fehlende Einsehbarkeit des Zugangshofs begründet keinen Ausnahmetatbestand im Sinn von § 220 PBG. Es käme einer allgemeinen Änderung von Art. 35 BZO gleich, wenn Abgrabungen stets beliebig vorgenommen werden dürften, sofern sie nur nicht von aussen sichtbar wären. Ebenso wenig begründen die Ästhetik oder der Umstand, dass das Einfamilienhaus und der Innenhof (mit Rundbeet) bereits erstellt wurden, eine Ausnahmesituation. Solche Gründe könnten in einer Vielzahl von Fällen angeführt werden, sodass das Instrument der Ausnahmegewilligung seines Sinngehalts entleert würde (vgl. VGr, 17. November 2005, VB.2005.00334, E. 4.2 Abs. 4, 15. November 2000, VB.2000.00205). Gründe, weshalb die Erstellung des Pflanzbeets nicht zumutbar sein sollte, sind nicht ersichtlich. Dass eine andere sinnvolle Überbauung des fraglichen Grundstücks unter Einhaltung der Abgrabungsvorschriften nicht möglich oder zumutbar gewesen wäre, macht der Beschwerdeführer nicht geltend. Das Interesse des Bauherrn an der nachgesuchten Überschreitung der Gebäudehöhe fällt daher nicht allzu sehr ins Gewicht.

#### **E. 4.7**

Die Vorinstanzen verweigerten dem Beschwerdeführer nach dem Gesagten zu Recht die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 220 PBG.

#### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer beantragt schliesslich, es sei auf die (Wieder-)Herstellung des rechtmässigen Zustands zu verzichten.

#### **E. 5.2**

Nach § 341 PBG hat die zuständige Behörde ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung den rechtmässigen Zustand herbeizuführen. Dabei hat sie allerdings den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten, und zwar auch dann, wenn der Bauherr die widerrechtliche Baute bösgläubig erstellt hat. Dieser muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen (BGE 111 Ib 213 E. 6b; VGr, 12. Juni 1987, ZBl 89/1988, S. 262; Haller/Karlen, Rz. 865 ff.). Ein Wiederherstellungsbefehl ist nach ständiger Rechtsprechung dann unverhältnismässig, wenn die Abweichung vom gesetzmässigen Zustand gering ist und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch die Wiederherstellung entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen. Weicht eine Baute jedoch erheblich von materiellen Bauvorschriften ab, so vermögen einzig Gründe des Vertrauensschutzes zu einem Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands führen (RB 2000 Nr. 106 = BEZ 2000 Nr. 23 mit Hinweisen; Magdalena Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, Zürich 1999, S. 154 Anm. 88 mit Beispielen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung).

#### **E. 5.3**

Der Beschwerdeführer wehrt sich gegen den Vorwurf der Bösgläubigkeit. Er macht geltend, im Zuge des Baufortschritts seien Reduits für Fahrräder und Gartengeräte anstelle der nördlichen Hofmauer geschaffen worden. Er sei der Ansicht gewesen, dass infolge der

Erweiterung der Manövrierfläche wegen der Erstellung von Reduits ein Verzicht auf das Pflanzbeet ohne Weiteres bewilligungsfähig sei. Angesichts der auf dem Spiel stehenden privaten Interessen (Kosten von ca. Fr. 25'000.-, Verlust des Ahorns, Verlust der sehr guten Ästhetik), sei auf die Wiederherstellung zu verzichten. Zumal mangels Einsehbarkeit keinerlei öffentliche Interessen tangiert seien.

#### **E. 5.4**

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts bezieht sich der böse Glaube nicht nur auf die materielle, sondern auch auf die formelle Baurechtswidrigkeit. Bösgläubig handelt demnach, wer vorsätzlich oder fahrlässig ohne Baubewilligung oder in Abweichung einer solchen baut (BEZ 1992 Nr. 13; VGr, 20. März 1991, VB.1990.00025 E. 4; VGr, 22. Mai 1990, VB.1990.00057 E. 3b/bb; Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz. 661). Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, wurde der Beschwerdeführer bereits im Vorfeld der Baubewilligung darauf hingewiesen, dass die sichtbare Gebäudehöhe an der Nordfassade teilweise nicht den Vorschriften von Art. 35 BZO entspreche. Der Beschwerdeführer reichte daraufhin im Baubewilligungsverfahren einen Umgebungsplan mit einem 0,65 m hohen Pflanzbeet an der Nordfassade ein. Auch in den bewilligten Bauplänen zur 1. Projektänderung (Erstellung der Reduits) vom 1. Juli 2014 wurde das Pflanzbeet beibehalten. Damit ist ersichtlich, dass sowohl der Beschwerdeführer als auch der Beschwerdegegner im Baubewilligungsverfahren davon ausgingen, dass das Pflanzbeet zur Einhaltung der Abgrabungsvorschriften erforderlich ist. Auch wenn sich mit der Bewilligung der Reduits die Situation etwas verändert haben mag, durfte der Beschwerdeführer angesichts der Sach- und Rechtslage nicht "ohne Weiteres" davon ausgehen, dass er keine (vorgängige) Bewilligung für den Verzicht auf das Pflanzbeet benötigt. Er hat damit das Risiko in Kauf genommen, dass das Rundbeet mit dem Baum zurückgebaut und das Pflanzbeet erstellt werden muss. Angesichts der Bösgläubigkeit des Beschwerdeführers durfte der Beschwerdegegner aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Beschwerdeführer erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen. Es liegt in der Natur der Sache, dass dem Beschwerdeführer durch den Rückbau nun Kosten entstehen. Er hätte es selbst in der Hand gehabt, diese Kosten mit einem vorgängigen Baubewilligungsverfahren zu vermeiden.

#### **E. 5.5**

Demgemäss erweist sich die angeordnete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands als verhältnismässig.

#### **E. 6.1**

Somit ergibt sich, dass die Beschwerde insgesamt abzuweisen ist.

#### **E. 6.2**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 65a in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Bei diesem Verfahrensausgang steht ihm keine Parteientschädigung zu. Zudem ist der Beschwerdeführer zu verpflichten, dem Beschwerdegegner eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

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