

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00793 vom 7. Juni 2018

ZH Verwaltungsgericht, 2018-06-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2017.00793](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00793)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00793 du 7 juin 2018

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00793 del 7 giugno 2018

## Regeste

Baubewilligung | Ausnahmbewilligung im Gewässerabstandsbereich für erstellte Baute. Bei der Frage, ob eine erstellte Baute hätte bewilligt werden können, ist grundsätzlich auf den Rechtszustand abzustellen, der im Zeitpunkt der Errichtung der Baute galt. Auf zwischenzeitliche Rechtsänderungen ist nur dann abzustellen, wenn es für den Eigentümer günstiger ist (E. 5.1). Es fehlt für die Erteilung einer Ausnahmbewilligung im Sinn von § 21 WWG am Vorliegen besonderer Verhältnisse, da die vorgebrachten Gründe (Abgrenzung, insbesondere Sichtschutz) für sämtliche Parzellen entlang des Uferweges Gültigkeit haben (E. 5.2). Das Interesse an der Erhaltung der Steinkorbmauer überwiegt das Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nicht. Der Wiederherstellungsbefehl erweist sich als verhältnismässig (E. 6). Abweisung.

## Erwägungen

### E. 4

Die infrage stehenden Baugrundstücke (Kat.-Nrn. 01 und 02) liegen gemäss Zonenplan der Gemeinde Bauma in der Wohnzone W2a. Die streitbetroffene Steinkorbmauer führt entlang der südwestlichen Grundstücksgrenzen und – im Fall des Beschwerdeführers 1 – entlang der nordöstlichen Grenze zum Nachbargrundstück (Kat.-Nr. 05). Die Steinkorbmauer grenzt an die Fliessgewässer Töss (Kat.-Nr. 06) und F-Bach (Kat.-Nr. 07) und steht unbestrittenermassen im übergangsrechtlich (E. 5.1) festgelegten Gewässerraum im Sinn von Art. 36a des Bundesgesetzes vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20) sowie im (kantonalrechtlichen) Gewässerabstandsbereich gemäss § 21 des Wasserwirtschaftsgesetzes vom 2. Juni 1991 (WWG). Um die aufgrund dieser Lage erforderlichen kantonalen und kommunalen Bewilligungen für die Steinkorbmauer ersuchten die Beschwerdeführenden im Erstellungszeitpunkt nicht. Die Beschwerdeführenden stellen sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, die privaten Interessen an der Steinkorbmauer auf den Grundstücksgrenzen, welche insbesondere in der Abgrenzung gegenüber dem Töss-Uferweg zu sehen seien, würden vorliegend überwiegen, weshalb die erforderlichen Bewilligungen zu erteilen seien. Zudem sei die bezüglich der Steinkorbmauer angeordnete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unverhältnismässig.

### E. 5.1

Am 1. Januar 2011 trat Art. 36a GSchG in Kraft, wonach die Kantone nach Anhörung der betroffenen Kreise den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer (Gewässerraum) festlegen, der erforderlich ist für die Gewährleistung der natürlichen Funktionen der Gewässer, des Schutzes vor Hochwasser und der Gewässernutzung (Abs. 1 lit. a–c). Die ausführenden

Bestimmungen nach Art. 41a ff. der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV; SR 814.201) stehen seit 1. Juni 2011 in Kraft. Gemäss den Übergangsbestimmungen zur Änderung der Gewässerschutzverordnung vom 4. Mai 2011 legen die Kantone den Gewässerraum nach Art. 41a GSchV bis zum 31. Dezember 2018 fest (Abs. 1). Solange sie den Gewässerraum nicht festgelegt haben, gelten die Vorschriften für Anlagen nach Art. 41c Abs. 1 und 2 GSchV entlang von Gewässern auf einem beidseitigen Streifen mit einer Breite von je 8 m plus die Breite der bestehenden Gerinnesohle bei Fliessgewässern mit einer Gerinnesohle bis 12 m Breite (Abs. 2 lit. a) bzw. je 20 m bei Fliessgewässern mit einer bestehenden Gerinnesohle von mehr als 12 m Breite (Abs. 2 lit. b). Die neuen Bestimmungen der Gewässerschutzverordnung sind zwar grundsätzlich auch bei hängigen Verfahren anzuwenden, da sie der Durchsetzung wichtiger öffentlicher Interessen dienen (BGE 139 II 440 E. 4.2; BGr, 1. Februar 2012, 1C\_505/2011, E. 3.1). Dies gilt jedoch nur für die Frage der Erteilung einer Bewilligung für eine neue Baute. Bei der Prüfung der vorliegend strittigen Frage, ob eine Baute bei rechtzeitiger Einholung des Baugesuchs hätte bewilligt werden können, ist jedoch grundsätzlich auf den Rechtszustand abzustellen, der im Zeitpunkt der Errichtung der Baute galt. Auf zwischenzeitliche Rechtsänderungen ist nur dann abzustellen, wenn es für den Eigentümer der Baute günstiger ist (BGE 104 Ib 301 E. 5c; 102 Ib 64 E. 4; VGr, 11. April 2013, VB.2012.00788, E. 5.1; RB 1980 Nr. 133; Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011, S. 482). Im vorliegenden Fall ist die strittige Steinkorbmauer auf dem Grundstück der Beschwerdeführenden 2 Mitte August 2009 erstellt worden, diejenige auf der Parzelle des Beschwerdeführers 1 kurz darauf. Die seit dem 1. Januar 2011 bzw. 1. Juni 2011 geltenden Bestimmungen im Gewässerschutzgesetz und in der Gewässerschutzverordnung betreffend Gewässerraum sind für die Eigentümer der Baute nicht günstiger (vgl. E. 5.2 am Ende) und daher für die Beantwortung der hier interessierenden Frage, ob die Steinkorbmauer bei rechtzeitiger Einholung des Baugesuchs hätte bewilligt werden können, unbeachtlich. Der Hinweis der Beschwerdeführenden auf den Vorrang des Bundesrechts in Form des Gewässerschutzgesetzes dringt deshalb nicht durch.

## **E. 5.2**

Für die Frage des Gewässerabstands zum Zeitpunkt der Errichtung der Baute im Jahr 2009 ist § 21 Wasserwirtschaftsgesetz massgebend, der verlangt, dass ober- und unterirdische Bauten und Anlagen gegenüber offenen und eingedolten öffentlichen Oberflächengewässern einen Abstand von fünf Metern einhalten (Abs. 1 Satz 1). Dieses Mass kann im Einzelfall erhöht werden, wenn wasserbauliche Bedürfnisse dies erfordern, oder eine Ausnahme zur Unterschreitung des Mindestabstands gewährt werden, wenn besondere Verhältnisse dies rechtfertigen (Abs. 2). Gemäss Abs. 3 dürfen Ausnahmegewilligungen nicht gegen Sinn und Zweck von Abs. 1 verstossen und auch sonst keine öffentlichen Interessen verletzen, es sei denn, es würde die Erfüllung einer dem Gemeinwesen gesetzlich obliegenden Aufgabe verunmöglicht oder übermässig erschwert. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, fehlt es für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung am Vorliegen besonderer Verhältnisse, da die vorgebrachten Gründe zugunsten der strittigen Steinkorbmauer für sämtliche Parzellen entlang des Töss-Uferwegs Gültigkeit haben – und insofern generell sind. Der Hinweis der Beschwerdeführenden, wonach die Steinkorbmauer faktisch keine andere bzw. weitere Trennung zwischen Baugebiet und Gewässerraum bewirkt, überzeugt nicht. Vielmehr verläuft die Trennung zwischen Baugebiet und überbauten bzw. überbaubaren Flächen (funktionsentsprechend)

entlang der Gewässerabstandslinie. Die Bilder des Augenscheins bezeugen, dass die rund 2 m hohe, 0,5 m breite und 30 m lange Steinkorbmauer einen (neuen) künstlichen Bruch in der Uferlandschaft der Töss schafft. Dies läuft den in § 2 Abs. 1 lit. e und f WWG aufgeführten öffentlichen Interessen, wonach bei der Anwendung des Wasserwirtschaftsgesetzes bestehende Erholungsräume sowie bestehende Lebensräume von Tieren und Pflanzen erhalten bleiben und neue geschaffen werden können, entgegen. Das öffentliche Interesse ist zwar zu relativieren, wenn sich der Uferstreifen angesichts der besonderen örtlichen Verhältnisse in dicht überbauten Gebieten als nicht oder nur vermindert schutzwürdig erweist. Dies kann etwa der Fall sein bei ohnehin nicht natürlich gehaltenen Uferpartien (VGr, 16. Januar 2014, VB.2013.00012, E. 3.5.2). Dahingehende Anhaltspunkte sind vorliegend nicht ersichtlich, vielmehr ist die Uferlandschaft der Töss als ziemlich natürlich zu bezeichnen: Zwar verläuft unmittelbar entlang der Gärten ein Kiesweg. Die Uferpartie besteht jedoch aus Wiesland, Bäumen und Sträuchern. Den entsprechenden Rügen der Beschwerdegegnerschaft ist daher nicht zu folgen. Zuletzt stellt die Steinkorbmauer keinen im Dienst des Hochwasserschutzes stehenden Schutzwall der Bauten vor Überflutungen dar. Im Gegenteil sind allfällige Unterhaltsarbeiten im Gewässerabstandsbereich durch die Steinkorbmauer zumindest erschwert. Zugleich verringert sie naturgemäss das Durchflussprofil für Hochwasser. Die obgenannten öffentlichen Interessen würden darüber hinaus auch der Erteilung einer gewässerschutzrechtlichen Ausnahmegewilligung im Sinn von Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV in überwiegender Weise entgegenstehen. Dies zeigt, dass die Anwendung der neueren Bestimmungen im Gewässerschutzgesetz und in der Gewässerschutzverordnung für die Beschwerdeführenden nicht günstiger gewesen wäre und hier jedenfalls zum selben Ergebnis führen würde. Weil eine Ausnahmegewilligung nach dem Gesagten ausser Betracht fällt, erweist sich die streitbetroffene Steinkorbmauer materiell als rechtswidrig.

### **E. 6.1**

Die Beschwerdeführenden rügen schliesslich, der Wiederherstellungsbefehl sei unverhältnismässig.

### **E. 6.2**

Nach § 341 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) hat die zuständige Behörde ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung den rechtmässigen Zustand herbeizuführen; hierzu dienen der Verwaltungszwang und die Schuldbe- reibung. Die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands muss – wie jedes staatliche Handeln – verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; BGr, 26. April 2010, 1C\_397/2009, E. 4.1). Dies ist nach ständiger Rechtsprechung dann nicht der Fall, wenn die Abweichung vom gesetzmässigen Zustand gering ist und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen (BGE 132 II 21 E. 6; VGr, 12. März 2008, VB.2007.00383, E. 7 ff. und VGr, 4. April 2012, VB.2011.00565, E. 6 ff. auch zum Folgenden). Grundsätzlich kann sich auch die Bauherrschaft, die nicht gutgläubig gehandelt hat, gegenüber einem Abbruch- oder Wiederherstellungsbefehl auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit berufen. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands aus grundsätzlichen Überlegungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, erhöhtes Gewicht beigemessen und die der Bauherrschaft allenfalls entstehenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigt werden (BGE 132 II 21 E. 6.4; Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 485). Das

öffentliche Interesse besteht vorliegend in der Durchsetzung der Ziele des Gewässerschutzes (insbesondere Schutz vor Hochwasser und Gewährleistung der natürlichen Funktionen der Gewässer). Dieses Interesse ist als wichtig zu bezeichnen (vgl. auch BGE 139 II 470 E. 4.2) . Die verlangte Entfernung der Steinkorbmauer ist geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Ein milderes Mittel ist nicht ersichtlich (und wurde in der Beschwerdeschrift auch nicht dargelegt). Weiter lässt sich der Rückbau der Steinkorbmauer selbst mit relativ geringem Aufwand realisieren, zumal das unterirdische Fundament davon ausgeklammert ist. Das Interesse der Beschwerdeführenden an der Erhaltung der Steinkorbmauer sowie allfällige finanzielle Interessen vermögen das Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands vorliegend nicht zu überwiegen. Die Massnahme erweist sich folglich auch als zumutbar. Das Vorbringen der Beschwerdeführenden , wonach die (definitive) Festlegung des Gewässerraums gemäss Art. 41a GSchV die Steinkorbmauer zu berücksichtigen habe, ist nicht substantiiert. Entsprechende konkrete Anhaltspunkte bestehen nicht.

### **E. 6.3**

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

### **E. 7**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten je zur Hälfte dem Beschwerdeführer 1 und den Beschwerdeführenden 2 unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG und § 14 VRG). Eine Parteientschädigung steht ihnen bei diesem Ergebnis nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG).

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