

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00276 vom 27. Juni 2019

ZH Verwaltungsgericht, 2019-06-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2018.00276

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00276 du 27 juin 2019

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00276 del 27 giugno 2019

Regeste

Baubewilligung | Mauer im Gewässerabstandsbereich: Nachträgliches Bewilligungsverfahren, Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Nicht zur Anwendung gelangt § 357 Abs. 1 PBG bei Änderungen von Bauten und Anlagen, welche die technische Abbruchreife erreicht haben. Gleich verhält es sich, wenn der Eigentümer die vorschriftswidrigen Teile seiner Baute beseitigt (E. 3.2). Die Beseitigung und der Wiederaufbau der Mauer liegt somit ausserhalb von § 357 Abs. 1 PBG (E. 3.3). Die gewässerschutzrechtlichen Bestimmungen zum Gewässerraum dienen der Durchsetzung wichtiger öffentlicher Interessen, welche sich relativieren können, wenn sich der Uferstreifen als nicht oder nur vermindert schutzwürdig erweist (E. 4.3). Trotz Abschwächung überwiegen vorliegend die öffentlichen Interessen deutlich. Für die Erteilung einer gewässerschutzrechtlichen Ausnahmbewilligung besteht kein Raum (E. 4.4). Die Verletzung von § 238 PBG ist nicht hinreichend erstellt (E. 5). Es liegt keine geringfügige Abweichung von den Bauvorschriften vor (E. 6.3). Der Tatbestand des Vertrauensschutzes ist nicht einschlägig (E. 6.4). Der Wiederherstellungsbefehl ist verhältnismässig (E. 6.5). Rückweisung, im Übrigen Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Das Verwaltungsgericht ist gemäss § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Auch die übrigen Prozessvoraussetzungen sind erfüllt.

E. 2

Das streitbetroffene Grundstück Kat.-Nr. 01 der Beschwerdeführerin liegt gemäss der geltenden Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Egg (BZO) in der Wohnzone W 30. Die Parzelle grenzt im Osten an die C-Strasse und im Süden an den D-Bach; an die zwei übrigen Seiten schliessen überbaute Grundstücke an. Im Rahmen des am 18. Mai 1995 genehmigten Bauvorhabens bewilligte der Gemeinderat am 24. Oktober 1996 den (revidierten) Umgebungsplan vom 22. August 1996, welcher insbesondere eine Bruchsteinmauer entlang der C-Strasse zeigte, unter Bedingungen. Mit Baugesuch vom 8. Dezember 2014 zeigte die Beschwerdeführerin die (bereits durchgeführte) "Sanierung der bestehenden Natursteinmauer" an. Inwiefern die Verweigerung der hiermit nachgesuchten nachträglichen Baubewilligung rechtmässig war, ist Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die erfolgte Sanierung der Natursteinmauer falle in den Anwendungsbereich von § 357 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG).

E. 3.2

Gemäss § 357 Abs. 1 PBG dürfen bestehende Bauten, die den Bauvorschriften widersprechen, umgebaut werden, wenn dem keine überwiegenden öffentlichen oder nachbarlichen Interessen entgegenstehen. Für neue oder weitergehende Abweichungen von Bauvorschriften bleiben laut Satz 2 derselben Bestimmung die erforderlichen Ausnahmegewilligungen vorbehalten. Diese sogenannte erweiterte Besitzstandsgarantie (vgl. Konrad Willi, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen, Zürich 2003, S. 70 f.) schützt unter dem bisherigen Recht errichtete Bauten nicht nur in ihrem Bestand, sondern lässt neben Nutzungsänderungen auch Umbauten und Erweiterungen zu, ohne dass ihr Umfang ausdrücklich beschränkt würde (VGr, 27. März 2013, VB.2012.00810, E. 4.3 = BEZ 2013 Nr. 21). Allerdings haben Lehre und Rechtsprechung stets verlangt, dass bauliche Änderungen nicht auf den weitgehenden Ersatz der bisherigen Bausubstanz hinauslaufen dürfen. Neubauähnliche Umgestaltungen sprengten den Rahmen der gemäss § 357 Abs. 1 PBG zulässigen Änderungen und müssten die für Neubauten geltenden Vorschriften einhalten (eingehend VGr, 30. Mai 2012, VB.2011.00640, E. 3.1). Nicht zur Anwendung gelangt § 357 Abs. 1 PBG bei Änderungen von Bauten und Anlagen, welche die technische Abbruchreife erreicht haben. Gleich verhält es sich, wenn der Eigentümer die vorschriftswidrigen Teile seiner Baute beseitigt. Die Besitzstandsgarantie geht dadurch unter (Willi, S. 85, S. 19 f.). Wann technische Abbruchreife erreicht ist, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern nur aufgrund von Indizien ermitteln. Für technische Abbruchreife sprechen einmal schwere Mängel der Bausubstanz, welche die Statik einer Baute beeinträchtigen (vgl. VGr, 26. August 2009, SB.2009.00016, E. 2.4) .

E. 3.3

Die Vorinstanz sah den Geltungsbereich von § 357 Abs. 1 PBG als nicht eröffnet an. Die vormalige Natursteinmauer sei bis auf die untersten Steine abgebaut worden. Die neue Mauer entspreche weder in ihrer Ausgestaltung noch in ihrer Materialisierung dem Altbestand. Der Wiederaufbau einer abgebrochenen Baute komme rechtlich einem Neubau gleich, welcher grundsätzlich die Neubauvorschriften zu respektieren habe. Diesen zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz ist anzufügen, dass die mangelnde Stabilität der Mauer und damit einhergehende Sicherheitsbedenken Anlass für den Ersatz der Mauer war. Gemäss dem die Arbeiten verantwortenden Gartenbauer hätten die Pflanzen und Wurzeln zwischen den Steinen die Mauer destabilisiert, was ein Rutschen der Steine (allenfalls auf die Strasse) nach sich gezogen habe. Zur Sanierung müssten nicht nur die Steine neu aufgeschichtet werden, sondern entlang der C-Strasse auch das Fundament erneuert werden. Im Lichte dieser Ausführungen dürfte die vormalige Mauer wegen der offenbar unzulänglichen Statik wohl auch als technisch abbruchreif zu qualifizieren gewesen sein (womit nicht mehr von einer bestehenden Baute im besitzstandsrechtlichen Sinn auszugehen wäre). Auch erfolgte der Wiederaufbau der Mauer unter weitestgehendem Ersatz der vormaligen Bausubstanz. Insofern ist die in den Jahren 2013 und 2014 durchgeführte Beseitigung und der anschliessende Wiederaufbau der Natursteinmauer mitsamt einem Teil des Fundaments ausserhalb des Anwendungsbereichs von § 357 Abs. 1 PBG. Im Übrigen ist gemäss den vorliegenden Akten davon auszugehen, dass die vormalige

Mauer entlang dem D-Bach nicht gestützt auf eine baurechtliche Bewilligung erstellt worden war. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach der Ersatz der Natursteinmauer ein Anwendungsfall von § 357 Abs. 1 PBG sei, ist damit abzulehnen. Die Natursteinmauer hat folglich die für Neubauten geltenden Vorschriften einzuhalten.

E. 4

Sodann verlangt die Beschwerdeführerin die Erteilung einer nachträglichen Ausnahmegewilligung für die erstellte Natursteinmauer gestützt auf Art. 41c Abs. 1 der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV). Das öffentliche Interesse an einer naturnahen Gestaltung der Gewässer könne an vorliegender Lage wegen des kanalisierten und teilweise eingedolten Baches ohnehin kaum zur Geltung kommen.

E. 4.1

Art. 36a Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (GSchG) verpflichtet die Kantone, den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer festzulegen, der erforderlich ist für die Gewährleistung der natürlichen Funktionen der Gewässer, des Schutzes vor Hochwasser und der Gewässernutzung (Gewässerraum). Die ausführenden Bestimmungen nach Art. 41a ff. GSchV 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 (VGr, 7. Juni 2018, VB.2017.00793, E. 5.1 mit Hinweisen).

E. 4.2

Im Errichtungszeitpunkt der Natursteinmauer (2013/2014) war der Gewässerraum des D-Bachs nicht festgelegt. Angesichts der anzutreffenden Gerinnesohle des D-Bachs von 0,9 m (vgl. GIS Gewässer-Ökomorphologie) haben Anlagen nach Art. 2 lit. a der Übergangsbestimmungen zur Änderung der Gewässerschutzverordnung vom 4. Mai 2011 einen Gewässerabstand von 8,9 m einzuhalten. Die Beschwerdeführerin zieht dabei nicht in Zweifel, dass ein Teil der strittigen Mauer den bundesrechtlich geforderten Gewässerabstand nicht respektiert. Allerdings kann die Behörde in dicht überbauten Gebieten für zonenkonforme Anlagen Ausnahmen bewilligen, soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 41c Abs. 1 lit. a GSchV). Nach (unbestrittener) Auffassung von Vorinstanz, Beschwerdegegnerin 2 und Beschwerdeführerin befindet sich die infrage stehende Mauer in dicht überbautem Gebiet; ebenso ist ihre Zonenkonformität zu bejahen. Es bleibt insoweit zu prüfen, ob der Erteilung einer Ausnahmegewilligung überwiegende

Interessen entgegenstehen, was sich unter Abwägung der entgegenstehenden Interessen bestimmt (VGr, 16. Januar 2014, VB.2013.00012, E. 3.5).

E. 4.3

Die gewässerschutzrechtlichen Bestimmungen zum Gewässerraum dienen der Durchsetzung wichtiger öffentlicher Interessen, nämlich insbesondere der Gewährleistung der natürlichen Funktionen der Gewässer, dem Schutz vor Hochwasser und der Gewässernutzung (BGE 139 II 470 E. 4.2). Dieses öffentliche Interesse kann sich 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, 7. Juni 2018, VB.2017.00793, E. 5.2; 16. Januar 2014, VB.2013.00012, E. 3.5.2). Der Umstand, dass das Fließgewässer im fraglichen Abschnitt verbaut ist und die Aufwertungsmöglichkeiten beschränkt sind, kann somit im Rahmen der nach Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV gebotenen Interessenabwägung für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung sprechen (BGE 140 II 428 E. 8.1). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung soll eine Ausnahmegewilligung möglich sein, wenn der Gewässerraum die natürlichen Funktionen auch auf lange Sicht nicht erfüllen kann (BGr, 4. März 2019, 1C_67/2018, E. 4.3; BGE 143 II 77 E. 2.4). In vielen Siedlungsräumen sind die Raumverhältnisse entlang der Gewässer so eingeschränkt, dass es Sinn macht, dort, wo Lücken in den Gebäudezeilen bestehen, den Gewässerraum den baulichen Gegebenheiten anzupassen, da die Raumverhältnisse für das Gewässer ohnehin beengt blieben (BGr, 4. März 2019, 1C_67/2018, E. 4.3). Übergeordnetes Ziel ist, durch die Erteilung von Ausnahmegewilligungen im dicht überbauten Gebiet eine Siedlungsentwicklung nach innen und eine aus der Sicht der Raumplanung erwünschte städtebauliche Verdichtung (z. B. durch das Füllen von Baulücken) zu ermöglichen (BGE 139 II 470 E. 4.5)

E. 4.4

Die Beschwerdeführerin spezifiziert ihre privaten Interessen nicht weiter. Naturgemäss ist dem Erhalt der Mauer ein gewisses ökonomisches Interesse inhärent. Zudem hat die Gartenfläche der Beschwerdeführerin durch den Bau der Mauer zumindest eine leichte Vergrösserung erfahren. Diese Vergrösserung erfolgte indes nicht im Hinblick auf eine (erwünschte) städtebauliche Verdichtung (vgl. oben E. 4.3), weshalb dieser Umstand nicht für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung spricht. Dem – einzig monetären – privaten Interesse der Beschwerdeführerin sind die vorliegend anzutreffenden öffentlichen Interessen wie die Gewährleistung der natürlichen Funktionen der Gewässer sowie den Schutz vor Hochwasser gegenüberzustellen. Diese grundsätzlich wichtigen öffentlichen Interessen (oben E. 4.3) sind in vorliegender Angelegenheit zu relativieren: Die Beschwerdegegnerin 2 bezeichnet den Bauchlauf zwar als offen und wenig beeinträchtigt. Die Klassifizierung "wenig beeinträchtigt" bezieht sich offenbar auf die GIS Gewässer-Ökomorphologiekartierung und zeigt zugleich, dass der Bach an der fraglichen Stelle nicht natürlich bzw. naturnah ist (vgl. GIS-Browser). So wurde der D-Bach zur Gewährleistung der Vorflut teilweise verlegt sowie ausgebaut und zur Untertunnelung der C-Strasse eingedolt. Trotz dieser vorzunehmenden Abschwächung überwiegen die öffentlichen Interessen die geringen privaten Interessen der Beschwerdeführerin deutlich. Folglich ist der Schluss der Vorinstanz, wonach die Voraussetzungen für die Erteilung einer gewässerschutzrechtlichen Ausnahmegewilligung nicht gegeben sind, nicht zu beanstanden, weshalb die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin unbegründet ist.

E. 4.5

Schliesslich ist der Antrag der Beschwerdeführerin, die Vorinstanzen zur Erteilung der nachgesuchten Bewilligung unter Statuierung eines Anpassungs- und gegebenenfalls eines Beseitigungsrevers im Fall der Realisierung eines Gewässerschutzprojektes einzuladen, zu prüfen. Als Revers bezeichnet man besondere Nebenbestimmungen einer Baubewilligung, welche primär die Wirkung zukunftsorientierter öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen entfalten (Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011, S. 350). Der Revers muss ein Mittel zur Herstellung von Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung darstellen und somit etwa bei Ausnahmetatbeständen auf die Vermeidung der Beeinträchtigung öffentlicher Interessen gerichtet sein (David Fries, Reverse in der zürcherischen Baurechtspraxis, Zürich 1990, S. 190). Der vorliegend offerierte Anpassungs- oder Beseitigungsrevers stellt die Voraussetzung für die Erteilung der gewässerschutzrechtlichen Ausnahmegewilligung indes nicht her. Die gewässerschutzrechtlichen Bestimmungen zum Gewässerraum dienen nicht einzig dem Hochwasserschutz, sondern gewährleisten darüber hinaus insbesondere die natürlichen Funktionen der Gewässer. Letzteren ist mit dem auf eine nähere oder fernere Zukunft gerichteten Revers indes wenig gedient, weshalb die Interessenabwägung auch bei Anbringung eines Anpassungs- oder eines Beseitigungsrevers nicht in massgeblicher Weise beeinflusst und jedenfalls nicht zugunsten der Beschwerdeführerin ausfallen würde. Der entsprechende Antrag der Beschwerdeführerin ist daher abzulehnen.

E. 5.1

Der angefochtene Entscheid vom 20. September 2016 verweigerte die nachträgliche Baubewilligung nicht einzig mangels Respektierung eines genügenden Gewässerabstands (oben E. 4). Die Beschwerdegegnerin 1 erachtete die erstellte Natursteinmauer darüber hinaus als unvereinbar mit § 238 Abs. 1 PBG. Nach ständiger Praxis seien Mauern mit der hier anzutreffenden Höhe zwischen 1,75 m und 2,1 m abzutreten sowie zu begrünen, was vorliegend unterlassen worden sei.

E. 5.2

Vorliegend ist eine Verletzung der Gestaltungsvorschrift von § 238 PBG nicht hinreichend erstellt: Im Rekursverfahren bemängelte die Beschwerdeführerin die Feststellung der Beschwerdegegnerin 1 bezüglich der Unvereinbarkeit der Mauer mit § 238 PBG und erachtete die Verweigerung der kommunalen Baubewilligung als unangebracht. Die Vorinstanz ging indes darauf nicht ein und liess die Bewilligungsfähigkeit des Mauerteils entlang der C-Strasse ungeprüft, da ohnehin ein Rückbau der ganzen Mauer notwendig sei. Damit hat die Vorinstanz die Bewilligungsfähigkeit der Natursteinmauer lediglich unter gewässerschutzrechtlichen Aspekten geprüft. Ungeprüft blieb demgegenüber die Bewilligungsfähigkeit jenes Mauerteils entlang der C-Strasse, welcher den Gewässerabstand einhält. Dieser Mauerabschnitt ist mit einer Länge von ca. 6 m angesichts der insgesamt knapp 20 m langen Mauer indes (auch mit Blick auf seine Funktion als Stützmauer) nicht vernachlässigbar und kann nicht unbesehen als unselbständiger Bauteil – im Sinn eines Mauertorsos – qualifiziert werden. Auch kann ohne nähere Abklärung und Prüfung nicht ohne Weiteres auf eine Verletzung der Gestaltungsvorschrift von § 238 PBG geschlossen werden. Daher ist hinsichtlich dieses Mauerabschnitts die Baurechtswidrigkeit (auch als Voraussetzung des Wiederherstellungsbefehls) nicht rechtsgenügend erstellt. Der angefochtene Entscheid erweist sich insoweit als rechtsfehlerhaft.

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin fordert sodann, zufolge Unverhältnismässigkeit sei von der angeordneten Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands abzusehen. Die Beschwerdegegnerin 1 erachtete die Unterschreitung des Gewässerabstandsbereichs als nicht geringfügige Abweichung von den Vorschriften. Somit überwiege das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands die privaten Interessen der Beschwerdeführerin, weshalb die Verhältnismässigkeit des Rückbaus der Mauer zu bejahen sei.

E. 6.2

Nach § 341 PBG hat die zuständige Behörde ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung den rechtmässigen Zustand herbeizuführen. Die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands muss verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999; 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 bösgläubig handelnde Bauherrschaft auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz 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).

E. 6.3

Zunächst ist zu prüfen, ob eine geringfügige Abweichung von den Bauvorschriften bzw. der Baubewilligung vorliegt. Eine solche Abweichung liegt dann vor, wenn nur um Weniges von der materiellen Vorschrift abgewichen wird und sie der Bauherrschaft keinen oder nur einen geringen Nutzen bringt (VGr, 14. März 2007, VB.2006.00322, E. 4.2 = RB 2007 Nr. 67 = BEZ 2007 Nr. 20; Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 484 f.). Vorliegend fällt ins Gewicht, dass Teile der strittigen Natursteinmauer den einzuhaltenden Gewässerabstand nicht nur knapp unterschreiten. Vielmehr führt die Mauer auf einer Länge von knapp fünf Metern entlang des D-Bachs und hält dabei lediglich einen Abstand von ca. 1,5 m zu diesem ein. Somit ist eine geringfügige Abweichung von den Bauvorschriften zu verneinen. Deshalb spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob diese für die Bauherrschaft keinen oder nur einen geringen Nutzen bringt (VGr, 16. November 2017, VB.2017.00011, E. 4.2.3).

E. 6.4

Bei bedeutenderen Abweichungen von den materiellen Vorschriften können nur Gründe des Vertrauensschutzes zu einem Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands führen (VGr, 21. Januar 2016, VB.2015.00346, E. 4.2). Einen praktisch besonders wichtigen Anwendungsfall des Vertrauensschutzes stellt der Schutz der Privaten bei unrichtigen Auskünften der Behörden dar, welcher indes nur dann greift, wenn verschiedene Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind (vgl. zum Ganzen z. B. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich 2016, N. 667 ff.). Gemäss dem in den Akten liegenden Schreiben des von der Beschwerdeführerin

beigezogenen Gartenbauers vom 24. Oktober 2016 habe das Bauamt ihm nach entsprechender telefonischer Frage im Oktober oder November 2013 geantwortet, dass keine neue Bewilligung eingeholt werden müsse, sofern die sanierte Mauer die gleiche Masse hat und wieder mit Natursteinen erstellt werde. Die kommunale Baubewilligungsbehörde bestreitet im vorliegenden Verfahren eine derartige Auskunft. Dem (nicht adressierten) Schreiben vom 24. Oktober 2016 sowie den übrigen Akten ist nicht zu entnehmen, ob die angebliche mündliche behördliche Auskunft mit oder ohne Vorbehalt erteilt wurde. Eine Auskunft begründet indes nur schutzwürdiges Vertrauen, wenn sie vorbehaltlos erteilt worden ist (Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 682). Nach allgemeiner Erfahrung neigen Amtsstellen bei der Beantwortung von Fragen, zu deren Entscheidung sie nicht abschliessend zuständig sind und deren rechtliche Tragweite noch wenig geklärt ist, berechtigterweise dazu, sich entsprechend vorsichtig zu äussern. Somit erscheint bereits die Vorbehaltlosigkeit der Auskunft zweifelhaft (vgl. VGr, 19. Januar 2017, VB.2016.00333, E. 2.5.1). Weiter ist in Betracht zu ziehen, dass der Gartenbauer mit diesem Schreiben ein Telefongespräch wiedergab, welches drei Jahre zurücklag, weshalb der (genaue) Wortlaut der Auskunft – auch mangels Vorliegens zeitnah getätigter Aktennotizen – kaum rekonstruierbar ist. Indes vermag selbst die Zugrundelegung der in dieser Form wiedergegebenen behördlichen Auskunft einen Vertrauensschutztatbestand nicht zu begründen: Ein im Rahmen des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens eingereichter Plan zeigt Grundriss und Ansicht der vormaligen sowie der projektierten – und heute bestehenden – Natursteinmauer. Ein Vergleich der beiden Mauern macht sogleich deutlich, dass diese – entgegen den Aussagen des Gartenbauers zur Beschwerdeführerin im Vorfeld der Ausführung – nicht über die gleiche Masse verfügt. Dies bestätigt zumindest hinsichtlich der Neigung selbst das eingebrachte Gutachten der Beschwerdeführerin. Somit wurde die Mauer in Abweichung von der vorgebrachten behördlichen Auskunft erbaut. Ändert sich indes die tatsächliche Situation massgeblich, so hat die Behörde den neuen Sachverhalt zu beurteilen und ist an ihre früheren Aussagen nicht mehr gebunden (dazu Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 695). Die vorgebrachte behördliche Auskunft hat die Beschwerdeführerin somit nicht zu jener Bauausführung ermächtigt, welche sie darauf tatsächlich in Angriff nahm. Dieses Sachverhaltselement steht im Übrigen auch einer behaupteten Gutgläubigkeit der Beschwerdeführerin entgegen, da die Bauherrschaft in Abweichung von der behördlichen Auskunft die Mauer errichtete.

E. 6.5

Der Wiederherstellungsbefehl muss schliesslich verhältnismässig und mithin geeignet, erforderlich und zumutbar sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Die geeignete Massnahme muss unterbleiben, wenn sie in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht über das Notwendige hinausgeht. Genügt beispielsweise der Abbruch eines Teils des widerrechtlichen Baus, darf nicht der Totalabbruch angeordnet werden (vgl. Magdalena Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, Zürich 1999, S. 151 f.). Hinsichtlich jenes Teils der Natursteinmauer, welcher den vorgegebenen Gewässerabstand verletzt, fällt die Interessenabwägung angesichts der wichtigen öffentlichen Interessen (oben E. 4.3), der nicht mehr als geringfügig zu qualifizierenden Abweichung von den Bauvorschriften (oben E. 6.3) und angesichts der fehlenden Gutgläubigkeit der Bauherrschaft (mitsamt der daraus resultierenden Einschränkung bei der Verhältnismässigkeitsprüfung, oben E. 6.2) zu Ungunsten der Beschwerdeführerin aus. Die – unsubstanzierte – behauptete hohen Rückbaukosten vermögen daran nichts zu ändern. Unerheblich ist schliesslich, dass offenbar bis anhin am D-Bach kein

Hochwasserschutzprojekt realisiert wird (vgl. den Eventualantrag der Beschwerdeführerin). Der Gewässerraum soll den Raumbedarf des Gewässers langfristig sicherstellen und ist grundsätzlich unabhängig vom Bestehen konkreter Revitalisierungs- oder Hochwasserschutzprojekte auszuscheiden bzw. freizuhalten (BGE 140 II 437 E. 5.4; BGr, 2. April 2019, 1C_106/2018, E. 5.8).

E. 7.1

Schliesslich verlangt die Beschwerdeführerin zumindest die Wiederherstellung jenes Zustands, wie er vor der Sanierung des Blocksteinwurfs entlang dem Bachbett während annähernd 20 Jahren geherrscht habe und mithin eine Anpassung der Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des angefochtenen Beschlusses vom 20. September 2016 (vgl. den Subeventualantrag). Im angefochtenen Beschluss wird die Beschwerdeführerin aufgefordert, die Rückbaumassnahmen und das neue Projekt mit den zuständigen Stellen abzusprechen und sodann die Revisionsunterlagen zur Bewilligung einzureichen (Dispositiv-Ziffer 2). Im Unterlassungsfall drohte die Beschwerdegegnerin 1 die Ersatzvornahme an (Dispositiv-Ziffer 3).

E. 7.2

Der beschwerdeführerische Antrag bezieht sich auf Art und Umfang der Wiederherstellungsmassnahme. Die konkreten Wiederherstellungsmassnahmen sind indes in der angefochtenen Verfügung nicht festgehalten, sondern gemäss dieser (erst) im Rahmen eines nachfolgend durchzuführenden Verfahrens zu bestimmen. Die befehlende Sachverfügung (vgl. zur Begrifflichkeit Ruoss Fierz, S. 161) steht insofern – zumindest teilweise – noch aus. Folglich ist auf die diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerin mangels Verfahrensbezug nicht einzugehen. Im Übrigen bestimmt sich die Terraingestaltung entlang dem D-Bach nach den vorliegenden Akten gemäss der Baubewilligung vom 24. Oktober 1996 mitsamt den bewilligten Plänen.

E. 8

Nach dem Gesagten ist die Sache in teilweiser Gutheissung der Beschwerde zur Neubeurteilung hinsichtlich jenem Mauerabschnitt, welcher den einzuhaltenden Gewässerabstand respektiert, an das Baurekursgericht zurückzuweisen .

E. 9

Die Gerichtskosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht sind grundsätzlich nach dem Unterliegerprinzip zu verteilen (§ 70 VRG in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG), wobei der Entscheidinstanz ein grosser Ermessensspielraum zusteht. Das Obsiegen wird grundsätzlich daran gemessen, mit welchen Anträgen der Verfahrensbeteiligte durchdringt (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 13 N. 43 und N. 51). Vorliegend ist zu beachten, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen nur in einem untergeordneten Punkt durchgedrungen ist. Insofern ist angemessen, die Kosten des vorliegenden Verfahrens der Beschwerdeführerin zu drei Vierteln und den Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 je zu 1/8 aufzuerlegen. Eine reduzierte Parteientschädigung steht weder der Beschwerdeführerin (mangels Obsiegens) noch der Beschwerdegegnerin 1 (mangels besonderen Aufwands) zu. Über die Kosten und Entschädigungsfolgen im Rekursverfahren wird das Baurekursgericht im neuen Entscheid zu befinden haben.

E. 10

In Bezug auf den Mauerabschnitt im Gewässerabstandsbereich liegt ein Endentscheid vor. Im Übrigen liegt ein Rückweisungsentscheid vor. Letztinstanzliche kantonale Rückweisungsentscheide sind als Zwischenentscheide im Sinn von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zu qualifizieren (BGE 138 I 143 E. 1.2, 133 V 477 E. 4.2). Der vorliegende Entscheid ist daher diesbezüglich vor Bundesgericht nur direkt anfechtbar, wenn er einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b).

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