

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00064 vom 20. August 2020**

ZH Verwaltungsgericht, 2020-08-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2020.00064](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00064)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00064 du 20 août 2020

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00064 del 20 agosto 2020

## **Regeste**

Verweigerung der nachträglichen Baubewilligung für Mauererhöhung und Wiederherstellungsbefehl | Verweigerung der nachträglichen Baubewilligung betreffend Erhöhung Stützmauer und Geländeauffüllung: Sachverhalt, Einordnung, Rückbau. Die bewilligte (Maximal-)Höhe wird gemäss der nicht anzuzweifelnden amtlichen Messung auf einer Länge von über 10 m um 0,45 m, im Bereich des Mauerversatzes gar um 0,91 m überschritten (E.3). Aufgrund der offenen Formulierung von § 238 PBG verfügt die kommunale Baubehörde über einen gewissen Beurteilungsspielraum, den ortsbezogen zu konkretisieren in erster Linie ihr selbst obliegt. In der Begründung ihres Entscheids berücksichtigt die Baubehörde die für die Beurteilung relevante bauliche Umgebung und nennt die Gesichtspunkte, an denen sie die Einordnung misst. Das Baurekursgericht darf den Einordnungsentscheid der kommunalen Behörde nur aufheben, wenn diese bei der Anwendung von § 238 PBG ihren durch die Gemeindeautonomie gewährleisteten Beurteilungs- und Ermessensspielraum überschritten hat. Aufgrund der Länge von doch 30 m vermag allein schon die Mehrhöhe von bis zu einem Drittel der bewilligten Mauerhöhe eine negative Gesamtwirkung zu erzielen. Eine positive Gestaltung ist nicht ersichtlich (E.4). Grundsätzlich ist gemäss § 341 PBG in allen Fällen die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzuordnen. Davon ist abzuweichen, wenn das Beharren auf der Durchsetzung des Rechts unverhältnismässig wäre. Zumal bereits die bewilligte Höhe an der Grenze einer noch bewilligungsfähigen Gestaltung lag, hat die Vorinstanz den Regelverstoss zu Recht nicht mehr als geringfügig betrachtet. Gründe des Vertrauensschutzes liegen nicht vor. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist relativ einfach zu bewerkstelligen. Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Einordnungs- und Gestaltungsvorschriften und damit der baurechtlichen Ordnung wiegt – vor allem auch aus präjudiziellen Gründen – schwer und überwiegt die privaten Interessen der Beschwerdeführenden (E.5). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Verwaltungsgericht ist für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde nach § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) zuständig. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls gegeben.

### **E. 2.1**

Das vom vorliegenden nachträglichen Baubewilligungsverfahren betroffene Grundstück liegt gemäss Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Bäretswil vom 8. Dezember 1993 in

der Wohnzone W2/25. Es grenzt gegen Süden an die rückwärtige Zufahrt zu den Wohnhäusern der Mitbeteiligten auf den Grundstücken Kat.-Nrn. 03 und 04, welche von der westlich liegenden I-Strasse her erfolgt.

## **E. 2.2**

Der Beschwerdegegner bewilligte mit Beschluss vom 10. Juli 2015 unter Auflagen und Bestimmungen an der südlichen Grundstücksgrenze die Erstellung einer Stützmauer aus Quadersteinen. Die Bewilligung umfasste auf der gesamten Länge der Grundstücksgrenze sechs Steinreihen mit einer Oberkante auf 721,65 m. ü. M. Die Stützmauer sollte mit einem Versatz von 10 cm zwischen jeder Steinreihe beziehungsweise mit einem solchen von 25 cm zwischen den Steinreihen vier und fünf erstellt werden. Zudem sollte auf der Oberkante eine 1,05 m hohe Absturzsicherung angebracht werden.

### **E. 2.2.1**

Mit Nachfolgeentscheid vom 12. Oktober 2015 wurde unter Bedingungen und Auflagen im westlichen Bereich auf einer Länge von 14,5 m die (teilweise) Erhöhung der Stützmauer um eine siebte Steinreihe mit einer Oberkante auf 722,20 m. ü. M. und damit um 0,55 m bewilligt. Von dieser Erhöhung war das Grundstück Kat.-Nr. 03 entlang der gesamten Grundstücksgrenze sowie das Grundstück Kat.-Nr. 04 auf einer Länge von 1,5 m betroffen. Die gesamte Länge der Mauer soll (unverändert) ca. 30 m betragen.

### **E. 2.2.2**

Nach Durchführung der Baukontrolle teilte der Beschwerdegegner der Bauherrschaft mit Schreiben vom 22. Dezember 2017 unter anderem mit, die Stützmauer sei zu hoch ausgeführt worden. Aufgrund der vom Geometer gemessenen Höhen sei die erstellte Mauer auf der gesamten Länge um eine Steinreihe (ca. 0,45 m) und im Bereich des Mauerversatzes sogar zwei Steinreihen [entsprechend 2x 0,45 m] höher als gemäss Revisionsplan bewilligt. Die Mauer sei bis Ende März 2018 zu reduzieren oder das Einverständnis der betroffenen Nachbarn einzubringen.

### **E. 2.2.3**

Am 15. Mai 2018 monierte die Bauherrschaft beim Beschwerdegegner, es sei kein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt worden, um die Bewilligungsfähigkeit der bereits erstellten Bauteile zu prüfen. Mit der Mitteilung über das Ergebnis der Baukontrolle vom 22. Dezember 2017 würde sie nicht rechtlich verbindlich in die Pflicht genommen. Ihrer Ansicht nach werde das Baurecht nicht verletzt; die Bauausführung weiche nicht von den bewilligten Plänen ab.

## **E. 2.3**

In der angefochtenen Verfügung vom 6. März 2019 hielt der Beschwerdegegner erneut fest, die Messungen des Geometers hätten ergeben, dass die Oberkante der Stützmauer höher sei als bewilligt. Im östlichen Bereich liege die Oberkante der obersten Steinreihe bei rund 722,10 m. ü. M. und im westlichen Bereich bei rund 722,65 m. ü. M. Zudem befinde sich der Wechsel zwischen dem mit sieben und dem mit sechs Quadersteinen erstellten Mauerteil weiter östlich als bewilligt. Die bewilligte Mauerhöhe sei in diesem Bereich um etwa einen Meter überschritten.

### **E. 2.3.1**

Da die Höhe der Steine auf den bewilligten Plänen nicht vermassst sei, seien die bewilligten Höhen massgeblich und nicht die exakte Gestaltung der Mauer beziehungsweise der Steinreihen. Sodann könnten sich die ca.-Angaben in den Plänen auf Unebenheiten der Steine und damit auf rund 5 cm beziehen, nicht jedoch auf grössere Abweichungen. Ferner läge nur für die bewilligten Pläne eine Einverständniserklärung der betroffenen Nachbarn vor, für die erneute Erhöhung bei der Erstellung indessen nicht.

### **E. 2.3.2**

Die Mauer wirke aufgrund der Länge von rund 30 m und der Höhe von rund 2,8 m bis 3,2 m sehr dominant und abweisend. In der bewilligten Höhe vermöge sie (inklusive Absturzsicherung) in einem Wohnquartier trotz der Rückstaffelung der Steine gerade noch knapp zu genügen. Eine darüber hinausgehende Erhöhung ordne sich jedoch nicht mehr rechtsgenügend ein. Aus diesem Grund sowie mangels Zustimmung der betroffenen Nachbarn sei die Mauer in der erstellten Höhe nicht mehr bewilligungsfähig. Die nachträgliche Bewilligung für die zusätzliche Erhöhung der Mauer sowie die zur Anhebung des Terrains erfolgte Geländeaufschüttung auf dem Grundstück Kat.-Nr. 01 werde daher verweigert.

### **E. 2.3.3**

Um die bewilligte Höhe einzuhalten, sei die Mauer grundsätzlich auf der gesamten Länge um eine Steinreihe sowie im westlichen Bereich der Grenze zum Grundstück Kat.-Nr. 04 um zwei Steinreihen zu reduzieren. Der Rückbau von einer beziehungsweise zwei Steinreihen verursache einen vergleichbaren Aufwand wie deren Erstellung, weshalb dieser ohne Weiteres verhältnismässig sei. Zudem sei das Gelände auf dem Baugrundstück an die entsprechend veränderten Verhältnisse anzupassen. Da der Aufwand nicht erheblich sei, setze der Beschwerdegegner für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme eine Frist von 60 Tagen an.

### **E. 3.1**

Das Baurekursgericht erachtete die Baurechtswidrigkeit der Mauer mit Höhenüberschreitungen von bis zu einem Meter aufgrund der zweifachen Vermessung als wie vom Beschwerdegegner aufgezeigt erstellt. Die Beschwerdeführenden machen nun als Erstes geltend, eine Höhenüberschreitung von einem Meter liege entgegen den Ausführungen des Baurekursgerichts an keiner Stelle vor. Eine von ihnen in Auftrag gegebene Messung habe ergeben, dass die Mauer maximal 0,56 m höher sei als bewilligt, an vielen Stellen indessen eine geringere Höhe aufweise.

### **E. 3.2**

Der Höhenkotenplan des Geomatikers vom 5. April 2016 zeigt, dass sich die Oberkante der Stützmauer auf 721,50 m. ü. M. (am östlichen Ende) befindet und dann Richtung Westen von 722,10 bis auf 722,66 m. ü. M. ansteigt. Im Bereich des Mauerversatzes wurden Höhen zwischen 721,00 und 721,05 m. ü. M. im westlichen Teil sowie zwischen 720,96 und 721,03 m. ü. M. im östlichen Teil gemessen. Der Höhenmessung des amtlichen Vermessungsbüros lässt sich sodann an zwei Schnittpunkten die Mauerhöhe entnehmen. Diese beträgt bei Schnitt B 3,64 m und bei Schnitt C 3,46 m.

#### **E. 3.2.1**

Gemäss Revisionsplan wurde im westlichen Bereich der Mauer auf einer Länge von 14,5 m eine Maximalhöhe von 722,20 m. ü. M. bewilligt. Diese Höhe gilt entlang der gesamten

Grundstücksgrenze des Grundstücks Kat.-Nr. 03 sowie auf einer Länge von 1,5 m entlang der Grundstücksgrenze des Grundstücks Kat.-Nr. 04. Im weiteren, östlichen Bereich ist demgegenüber die ursprünglich bewilligte Höhe von maximal 721,65 m. ü. M. einzuhalten. An den Schnittpunkten B und C waren demgemäss Mauerhöhen von 2,65 m beziehungsweise 2,90 m bewilligt.

### **E. 3.2.2**

Nach dem Gesagten liegt die Oberkante der Stützmauer am westlichen Ende auf 722,66 m. ü. M. anstatt auf maximal 722,20 m. ü. M. und damit um 0,46 m höher als bewilligt. Richtung Osten dürfte die Oberkante auf einer Länge von 14,5 m, das heisst bis knapp zur Hälfte, bei maximal 722,20 m. ü. M. liegen. Indessen reicht die oberste (siebte) Quadersteinreihe bis kurz vor dem östlichen Ende der Mauer bis auf 722,10 m. ü. M. Dementsprechend wird die zulässige Maximalhöhe von 721,65 m. ü. M. auf über 10 m um 0,45 m, im Bereich Mauerversatzes gar um 0,91 m überschritten. Bei den beiden Schnittpunkten B und C ist die Mauer 0,99 m beziehungsweise 0,56 m zu hoch.

### **E. 3.2.3**

Die geltend gemachten Abgrabungen durch die Mitbeteiligten erwiesen sich am Augenschein des Baurekursgerichts als solche von 0,3 m. Diese Feststellung stimmt im Vergleich der Unterkantenmesspunkte in den bewilligten Plänen mit denjenigen der amtlichen Messung, welche allerdings nicht identische Messstellen ausweisen, soweit überein. Auch wenn man diese Abgrabungen zugunsten der Beschwerdeführenden von den gemessenen Mehrhöhen abziehen würde, bliebe die bewilligte Höhe auf der gesamten Mauerlänge überschritten. Das Vorbringen erweist sich daher nicht als zielführend.

### **E. 3.3**

Demzufolge sind die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen nicht zu beanstanden. Die Feststellungen im Baukontrollschreiben vom 22. Dezember 2017 stehen nicht im Widerspruch dazu. Die privat erstellten und von Hand in den Bauplänen vermerkten Messergebnisse vermögen die amtliche Messung des Geometers beziehungsweise des amtlichen Vermessungsbüros ebenfalls nicht infrage zu stellen. Dabei handelt es sich um eine nicht weiter belegte Parteibehauptung und zeigt diese im Übrigen gar noch höhere Überschreitungen von bis zu 0,56 m im westlichen und 0,50 m im östlichen Bereich.

### **E. 4.1**

Weiter monieren die Beschwerdeführenden, dass die Vorinstanzen (der Mehrhöhe) der Mauer in Verletzung ihres Ermessens eine unbefriedigende Gesamtwirkung und eine mangelnde Einordnung attestiert hatten. Sie machen geltend, zwar sei es zulässig, dass eine Gemeinde in ihrer Bewilligungspraxis von Stützmauern zurückhaltender werden möchte. Allerdings sei bei einer nachträglichen Beurteilung der Rechtmässigkeit das Recht beziehungsweise die Praxis im Bau- beziehungsweise Bewilligungszeitpunkt massgeblich. Der Bau der Mauer sei im Dezember 2015 erfolgt, die behördliche Praxisänderung indessen erst im Frühjahr 2016. Eine Rückwirkung sei unzulässig, weshalb die Mehrhöhe aus Sicht der früheren Praxis hätte beurteilt werden müssen. Insbesondere sei nicht die Gesamtwirkung der Mauer an sich, sondern lediglich von deren Mehrhöhe zu beurteilen. Diese falle bei einer 30 m langen Mauer von 2,8 bis 3 m nicht ins Gewicht. Sodann hänge die Wirkung nicht allein von der Grösse ab und liessen die Abgrabungen der Mitbeteiligten die Mauer grösser erscheinen. Schliesslich sei diese kaum öffentlich einsehbar.

#### **E. 4.2**

Gemäss § 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. Die Gesamtwirkung einer Baute oder Anlage beurteilt sich nach ihrer Grösse, der architektonischen Ausgestaltung und der Beziehung zu bereits vorhandenen Bauten sowie zur baulichen und landschaftlichen Umgebung. Die Beurteilung, ob mit einem Bauvorhaben eine befriedigende bzw. gute Gesamtwirkung erreicht wird, hat nicht nach subjektivem Empfinden, sondern nach objektiven Massstäben und mit nachvollziehbarer Begründung zu erfolgen. Dabei ist eine umfassende Würdigung aller massgebenden Gesichtspunkte vorzunehmen (VGr, 7. Februar 2019, VB.2018.00395, E. 4.2 mit weiteren Hinweisen). Eine Bauverweigerung setzt das Vorliegen eines konkreten Einordnungsmangels voraus. Ein solcher ist erst gegeben, wenn die entsprechende Baute oder Anlage gegenüber der Ausgestaltung von Gebäuden, Häusergruppen oder Strassenzügen in einen störenden Widerspruch tritt oder sonst einen stossenden Gegensatz zu den die Umgebung prägenden Merkmalen oder zum Quartiercharakter bildet (VGr, 7. Februar 2019, VB.2018.00395, E. 4.4; 15. September 2016, VB.2016.00183, E. 5.1).

#### **E. 4.3**

Aufgrund der offenen Formulierung von § 238 PBG verfügt die kommunale Baubehörde über einen gewissen Beurteilungsspielraum, den ortsbezogen zu konkretisieren in erster Linie ihr selbst obliegt. In der Begründung ihres Entscheids berücksichtigt die Baubehörde die für die Beurteilung relevante bauliche Umgebung und nennt die Gesichtspunkte, an denen sie die Einordnung misst. Das Baurekursgericht darf den Einordnungsentscheid der kommunalen Behörde nur aufheben, wenn diese bei der Anwendung von § 238 PBG ihren durch die Gemeindeautonomie gewährleisteten Beurteilungs- und Ermessensspielraum überschritten hat. Dies ist etwa dann der Fall, wenn sie sich von unsachlichen, dem Zweck dieser Regelung fremden Erwägungen leiten lässt oder die Grundsätze der Rechtsgleichheit und der Verhältnismässigkeit verletzt. Das Verwaltungsgericht seinerseits darf einen Einordnungsentscheid nicht auf Angemessenheit, sondern bloss auf Rechtsverletzungen einschliesslich Ermessensmissbrauch, -überschreitung und -unterschreitung hin überprüfen (§ 50 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 VRG; vgl. zum Ganzen VGr, 14. März 2019, VB.2018.00384, E. 3.3).

#### **E. 4.4**

In seinem ursprünglichen Bewilligungsbeschluss hatte der Bauausschuss bezüglich Einordnung und Gestaltung festgehalten, die neue Umgebungsmauer entlang der südlichen Grundstücksgrenze solle abgestuft mit Quadersteinen erstellt werden. Im Einmündungsbereich der rückwärtigen Erschliessung seien zur Einhaltung der Sichtbermen Granitstelen vorgesehen. Die relativ lange Mauer trete nicht übermässig in Erscheinung, die Gestaltungsanforderungen würden grundsätzlich erfüllt. Im Nachfolgeentscheid führte der Bauausschuss aus, die teilweise Erhöhung der Quaderstützmauer entlang der südlichen Grundstücksgrenze ordne sich in genügendem Masse in das geforderte Erscheinungsbild ein. Die Gestaltungsanforderungen blieben weiterhin erfüllt. Im nachträglichen Baubewilligungsverfahren erachtete der Bauausschuss die Einordnung indessen nicht mehr als rechtsgenügend. Er führte dazu aus, die Mauer wirke aufgrund der Länge von rund 30 m und der Höhe von 2,8 m bis 3,2 m sehr dominant und abweisend. In dieser bewilligten Höhe und mit Absturzsicherung vermöge sie in einem Wohnquartier, trotz Rückstaffelung der

Steine, den Anforderungen gerade noch knapp zu genügen. Die nun darüberhinausgehende Höhe jedoch nicht mehr.

#### **E. 4.5**

Das Baurekursgericht gelangte nach Durchführung eines Augenscheins zum Schluss, es sei ohne Weiteres nachvollziehbar, dass sich die Stützmauer in ihrer jetzigen, höheren als der bewilligten Form nicht mehr rechtsgenügend einordne. Weshalb sie sich in ihrer bewilligten Form genügend einordnen solle, sei höchstens knapp nachvollziehbar. So erscheine die 30 m lange, nur mit minimalem Versatz ausgeführte und damit fast senkrecht erscheinende, bis zu 3,2 m hohe Mauer gewaltig. Durch ihre Grösse trete sie auch von der I-Strasse her prominent in Erscheinung und bilde mit den südlich angrenzenden Gebäuden eine Art Schlucht. Der Bauausschuss habe sodann die ortsbauliche Situation zureichend berücksichtigt, indem er, angesichts der Hanglage, die bereits sehr hoch geplante Stützmauer bewilligt habe. Weiter führte das Baurekursgericht aus, ein Anspruch auf eine ebene Gartenfläche bestehe an einer Hanglage nicht. Sodann seien zwar in der Gemeinde diverse weitere prominent in Erscheinung tretende Steinmauern bewilligt worden, welche hinsichtlich ihrer Einordnung und Gestaltung durchaus fragwürdig erschienen. Es müsse der kommunalen Baubehörde jedoch offenstehen, eine solche Bewilligungspraxis zu korrigieren. Da die Mauer in ihrer bewilligten Form bestehen bleiben dürfe, seien die Beschwerdeführenden dadurch keiner Rechtsunsicherheit oder Willkür ausgesetzt. Der Bauausschuss habe der Mauer in ihrer Überhöhe zu Recht keine genügende Einordnung attestiert und folglich eine Verletzung des materiellen Baurechts festgestellt.

#### **E. 4.6**

Diese Erwägungen der Vorinstanz stützen sich auf die Akten und insbesondere auch auf die Erkenntnisse des Augenscheins. Sie erweisen sich als nachvollziehbar und sind nicht zu beanstanden. Es kann vorweg vollumfänglich darauf verwiesen werden (§ 70 i. V. m. § 28 Abs. 1 VRG).

##### **E. 4.6.1**

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden haben die Vorinstanzen die Einordnung und Gestaltung der Mauer in Bezug auf deren Mehrhöhe beurteilt und begründet. Wie zuvor festgestellt, beträgt diese über der bewilligten Höhe liegende Mehrhöhe zwischen 0,45 m und 0,99 m (E. 3.2.2). An zwei Schnittpunkten ergab die amtliche Messung Mauerhöhen von 3,64 m und 3,46 m, also deutlich über 3 m. Bewilligt waren an diesen Stellen indessen mit 2,65 m beziehungsweise 2,90 m Mauerhöhen von unter 3 m. Gerade aufgrund der Länge von doch 30 m vermag allein die vorgenannte Mehrhöhe von bis zu einem Drittel der bewilligten Mauerhöhe eine negative Gesamtwirkung auszuüben. Die geltend gemachten Abgrabungen durch die Mitbeteiligten von ca. 0,3 m (vgl. E. 3.2.3) vermögen diese nicht zu relativieren; sie fallen nicht ins Gewicht.

##### **E. 4.6.2**

Dabei ist zu bedenken, dass es sich bei § 238 PBG um eine positive ästhetische Generalklausel handelt. Das heisst, sie verbietet nicht bloss eine Verunstaltung, sondern verlangt eine positive Gestaltung (BGr, 16. Mai 2008, 1C\_346/2007, E. 3.3.1; VGr, 6 Oktober 2010, VB.2009.00604, E. 5.3). Eine solche ist indessen nicht erkennbar. Im Gegenteil verstärkt insbesondere der obere, wesentlich mehr als mannshohe Mauerteil die erdrückende Schluchtwirkung, welche aufgrund der Nähe zu den Liegenschaften der Mitbeteiligten bereits in der bewilligten Höhe besteht. Zudem üben die geringer als geplant

ausgefallenen Versatztiefen und grösseren Versatzhöhen zusätzlich eine negative Auswirkung auf die optische Erscheinung aus, indem die Mauer dadurch dominanter wirkt.

#### **E. 4.6.3**

Die Vorinstanz hat dies in ihre Beurteilung mit einbezogen. Dass sie die Gesamtwirkung der strittigen Stützmauer lediglich nach ihrer Grösse beurteilt hätte, ist unzutreffend. Sie hat die architektonische Ausgestaltung und die Beziehung zu den bereits vorhandenen Bauten sowie zur baulichen und landschaftlichen Umgebung ebenfalls berücksichtigt. Sodann ist unzutreffend, dass die Baute kaum sichtbar wäre. Die Augenscheinfotos zeigen, dass sie von der I-Strasse her ohne Weiteres öffentlich einsehbar und wahrnehmbar ist, auch wenn sie nicht ganz bis zum Trottoir reicht. Der Umstand, dass sich in der Umgebung weitere sehr hohe Stützmauern befinden, floss ebenso in die Beurteilung der Vorinstanz ein, welche deren Einordnung allerdings – wie auch die Baubehörde – als grenzwertig erachtete. Genauso für fraglich befand Letztere die Erfüllung der Gestaltungsanforderungen der Mauer in ihrer bewilligten Fassung. Der Bauausschuss hatte die Gestaltungsanforderungen zuerst noch als "grundsätzlich erfüllt", nach der Projektänderung indessen lediglich noch als "genügend" bezeichnet.

#### **E. 4.6.4**

Entgegen der beschwerdeführerischen Ansicht bezieht sich die Rechtsprechung, wonach bei nachträglichen Baubewilligungsverfahren der Zeitpunkt der (unbewilligten) Ausführung des Bauvorhabens für die Beurteilung massgeblich ist, auf das anwendbare Recht (VGr, 4. Dezember 2014, VB.2014.00228, E. 3.2). Sie kann indessen nicht unbesehen auf die kommunale behördliche Praxis übertragen werden, da nicht die massgebliche Bestimmung geändert hat, sondern die Baubehörde lediglich von ihrer (zu) grosszügigen Bewilligungspraxis abkommen möchte. Abgesehen davon hätte die erstellte Mauer auch unter der im Bewilligungs- beziehungsweise Bauzeitpunkt vorherrschenden, grosszügigen behördlichen Praxis bezüglich Einordnung von Stützmauern nicht mehr genügt. Darauf deuten bereits die jeweiligen Formulierungen in den Bewilligungen hin und geht dies schliesslich klar aus den Ausführungen des Bauausschusses im Rekurs- und Beschwerdeverfahren hervor.

#### **E. 4.7**

Zusammenfassend ist die Beurteilung der Vorinstanzen, wonach das Bauvorhaben keine befriedigende Gesamtwirkung im Sinn von § 238 Abs. 1 PBG mehr erreiche, nicht zu beanstanden, sodass sich die diesbezügliche Rüge als unberechtigt erweist. Ein Begründungsmangel ist im angefochtenen Entscheid im Übrigen nicht gegeben. Die Baubehörde hat sich zureichend zur mangelnden Einordnung der Mehrhöhe geäussert. Damit bleibt die Verhältnismässigkeit einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu prüfen.

#### **E. 5.1**

Erweist sich ein bereits realisiertes Bauvorhaben als nicht bewilligungsfähig, hat die zuständige Behörde nach § 341 PBG ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung den rechtmässigen Zustand herbeizuführen. Ein Ermessen besteht dabei grundsätzlich nicht (VGr, 13. April 2000, VB.2000.00033 = BEZ 2000 Nr. 23). Als Eigentumsbeschränkung ist die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands allerdings nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 der Bundesverfassung vom 18. April 1999;

BGr, 26. April 2010, 1C\_397/2009, E. 4.1). Auszugehen ist somit vom Grundsatz, wonach gemäss § 341 PBG in allen Fällen die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzuordnen ist. Davon ist abzuweichen, wenn das Beharren auf der Durchsetzung des Rechts unverhältnismässig wäre. Dies ist nach ständiger Rechtsprechung dann 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, 14. Oktober 2012, VB.2012.00389 = BEZ 2012 Nr. 57). Dabei sind auch präjudizielle Aspekte zu berücksichtigen ( Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, S. 619, m. ü. M . ).

### **E. 5.2**

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/Kunz, S. 619.). Wie das Baurekursgericht zutreffend ausführt, ist die Baurechtswidrigkeit vorliegend durch die mangelnde Einordnung aufgrund der Überhöhe erstellt. Die Höhenüberschreitungen betragen bis zu einem Drittel der bewilligten Mauerhöhe (vgl. dazu oben E. 4.6.1). Zumal bereits die bewilligte Höhe an der Grenze einer noch bewilligungsfähigen Gestaltung lag, hat die Vorinstanz den Regelverstoss zu Recht nicht mehr als geringfügig betrachtet. Hinzu kommt, dass dadurch eine ebene Gartenfläche möglich wurde und der Bauherrschaft insofern ein Nutzen entstehen konnte. Da nicht bloss wenig von den Bauvorschriften abgewichen wurde, ist ein allfälliger Nutzen indessen irrelevant.

### **E. 5.3**

Weicht eine Baute erheblich von materiellen Bauvorschriften ab, so können einzig Gründe des Vertrauensschutzes zu einem Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands führen. Solche Gründe liegen dann vor, wenn die Bauherrschaft gutgläubig angenommen hat, sie sei zur Bauausführung ermächtigt, und wenn der Beibehaltung des ungesetzlichen Zustands nicht schwerwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (VGr, 21. April 2016, VB.2015.00712, E. 5.3). Die Beschwerdeführenden machen in dieser Hinsicht geltend, sie hätten gutgläubig auf die korrekte Bauausführung durch die damit beauftragten Personen vertraut. Dazu hat das Baurekursgericht in seinem Entscheid zutreffend ausgeführt, dass sich die Beschwerdeführenden das Handeln ihrer (fachkundigen) Hilfspersonen anrechnen lassen müssen. Aus welchem Grund sie diese beauftragt hatten, ist unerheblich. Auch aus der behaupteten Zusicherung der Schlussabnahme anlässlich der Baukontrolle kann keine Vertrauensschutzgrundlage abgeleitet werden. Ebenso wenig aus einer (anfänglichen) Zustimmung der Mitbeteiligten zum Bau der Mauer und deren Einverständnis zur Entfernung von zwei Steinen.

### **E. 5.4**

Auf die Erwägungen des Baurekursgerichts, wonach die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands mit der Entfernung der obersten zwei Steinreihen relativ einfach und ohne Zerstörung des bewilligten Teils zu bewerkstelligen ist, kann vollumfänglich verwiesen werden (§ 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 2 VRG). Die bereits erfolgte Entfernung von zwei Steinen scheint jedenfalls ohne Weiteres bereits möglich gewesen zu sein. Ebenfalls nicht mit einem besonderen Aufwand verbunden ist ferner die Anböschung

des Terrains oberhalb der Mauer. Zudem kann die Schutzfunktion der Mauer auch ohne diese beiden Steinreihen gewahrt werden und damit gleichzeitig auch die entsprechenden Interessen der betroffenen Nachbarn. Die Wiederherstellungsmassnahmen sind geeignet, erforderlich und zumutbar. Der bisherige Erstellungsaufwand steht der Zumutbarkeit schliesslich nicht entgegen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden beeinflusst die erhebliche Mehrhöhe das Erscheinungsbild vorliegend nicht bloss geringfügig. Auch wenn es sich bei der I-Strasse lediglich um eine Quartierstrasse handelt, tritt die Mauer dennoch auch vom öffentlichen Grund aus betrachtet dominierend in Erscheinung. Aufgrund des geringen Abstands zu den Liegenschaften der Mitbeteiligten fällt die Mehrhöhe für eine (positive) Gestaltung massgeblich ins Gewicht. Das Baurekursgericht gewichtete zudem das öffentliche Interesse an einer nicht noch grosszügigeren, sondern restriktiveren Bewilligungspraxis bei Stützmauern zu Recht als hoch. Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Einordnungs- und Gestaltungsvorschriften gemäss § 238 PBG und damit der baurechtlichen Ordnung wiegt – vor allem auch aus präjudiziellen Gründen – schwer (vgl. VGr, 28. März 2007, VB.2006.00490, E. 4.1 und 4.3).

#### **E. 5.5**

Zusammenfassend überwiegen die öffentlichen Interessen an der Einhaltung der Bauvorschriften die privaten Interessen an der Vermeidung des (zumutbaren) Entfernungsaufwands für die nicht bewilligte Mehrhöhe klar. Die Beurteilung der verfügten Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands als verhältnismässig ist nicht zu beanstanden. Damit erwiesen sich die Rügen der Beschwerdeführenden am vorinstanzlichen Entscheid als unbegründet. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

#### **E. 6**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten den unterliegenden Beschwerdeführenden aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Ein Anspruch auf eine Parteientschädigung steht ihnen bei diesem Ergebnis von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Hingegen sind sie zu verpflichten, den anwaltlich vertretenen Mitbeteiligten eine Parteientschädigung zu bezahlen, wobei sich insgesamt Fr. 3'000.- (inkl. MWSt.) als angemessen erweisen (§ 17 Abs. 2 VRG).

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