

BRGE II Nr. 0032/2012 vom 6. März 2012 in BEZ 2012 Nr. 64

(Bestätigt mit VB.2012.00213 vom 13. Juni 2012.)

---

1. Das in der Wohnzone W1 an einer Hanglage liegende Baugrundstück ist heute mit einem Einfamilienhaus überbaut. Südseitig ist diesem Gebäude eine in etwa bis auf die Höhe des Erdgeschossbodens aufgeschüttete, abschüssig verlaufende Geländeterrasse vorgelagert, zu der auch das an die Südgrenze des Baugrundstückes anstossende Grundstück Kat.-Nr. 1916 gehört, das ebenfalls im Eigentum des privaten Rekursgegners steht.

Geplant sind eine Schwimmbadanlage und die Herrichtung einer Umgebungsgestaltung. Strittig ist einzig die Schwimmbadanlage, bestehend aus dem Schwimmbecken und dem auf der Südseite vorgelagertem Ausgleichsbecken. Die Umfassungsmauern der beiden Becken überragen das bestehende Terrain um höchstens 0,9 m.

Mit Beschluss vom 20. Oktober 2009 hatte der Gemeinderat ein erstes Projekt für eine Umgebungsgestaltung mit Schwimmbad bewilligt. Damals war vorgesehen, die Böschung mit versetzt angeordneten Stützmauern zu gliedern und das Terrain mit partiellen Aufschüttungen entsprechend anzupassen. Den dagegen erhobenen Rekurs derselben Rekurrentenschaft wies die Rekursinstanz (damals noch die Baurekurskommission II) mit Entscheid vom 1. Juni 2010 ab (BRKE II Nr. 0123/2010). Mit Urteil vom 3. November 2010 hiess das Verwaltungsgericht die gegen jenen Rekursentscheid gerichtete Beschwerde gut, hob den Rekursentscheid und die Baubewilligung auf und wies die Sache zur Neuentscheidung an die kommunale Baubehörde zurück (VB.2010.00360). In der Folge reichte der private Rekursgegner das nunmehr zur Beurteilung stehende Projekt ein, mit dem auf Stützmauern und Aufschüttungen verzichtet wird. (...)

3.1 Die Rekurrierenden monieren, die Rekursgegner würden sich nach wie vor nicht an die Vorschriften über das gewachsene Terrain halten. Der Verlauf des ursprünglichen, gewachsenen Terrains und des vor 33 Jahren aufgeschütteten Terrains sei, soweit im Bereich der zu erstellenden Baute liegend, unbestritten. In den von ihnen eingereichten Plänen würden jene Bereiche des Schwimmbeckens und des Ausgleichsbeckens gezeigt, die das gewachsene Terrain um mehr als 1,5 m überschritten und sogar das früher aufgeschüttete, höher liegende Terrain überragten. Es handle sich nicht nur um marginale Bereiche. Die Verletzung der einschlägigen Bauvorschriften sei unzumutbar. (...)

4. Wie dargetan waren beim früher beurteilten Projekt auch Aufschüttungen vorgesehen. Diese waren nach Art. 17 der Bau- und Zonenordnung (BZO) zu beurteilen, welche Bestimmung lautet: Gegenüber dem gewachsenen

Boden sind bleibende Abgrabungen und Aufschüttungen von mehr als 1 m in den Kernzonen und 1,5 m in den Wohnzonen nicht gestattet. Davon ausgenommen sind Haus- und Kellerzugänge sowie Zufahrten zu Sammelgaragen und bei einer guten Gesamtgestaltung auch für einzelne Garagen.

Im früheren Rechtsmittelverfahren war strittig, welcher Terrainverlauf als gewachsener Boden anzunehmen sei. Die Rekurrenzschaft betrachtete nicht den heute bestehenden aufgeschütteten, sondern den früheren tieferen Terrainverlauf als massgebenden gewachsenen Boden, womit die geplanten Aufschüttungen das zulässige Mass überschritten hätten. Die Baurekurskommission II kam demgegenüber zum Schluss, der frühere Terrainverlauf sei unbeachtlich, weil die bestehende Aufschüttung wie auch das Einfamilienhaus selbst älter als dreissig Jahre seien. Gemäss der Rechtsprechung der Rekursinstanz seien die Terrainverhältnisse aus Gründen der Rechtssicherheit von vornherein nur bis maximal 30 Jahre vor dem Zeitpunkt der aktuell zu beurteilenden Baueingabe zurückzuverfolgen; dies unbeschrieben davon, ob sich im Einzelfall das frühere Terrain noch erstellen lasse oder nicht.

Das Verwaltungsgericht verwarf diese Auffassung. (...)

5.1 Der Begriff des gewachsenen Bodens ergibt sich aus § 5 ABV. Diese Bestimmung lautet:

«Gewachsener Boden ist der bei der Einreichung des Baugesuches bestehende Verlauf des Bodens.

Auf frühere Verhältnisse ist zurückzugreifen, wenn der Boden

- a) innert eines Zeitraums von 10 Jahren vor der Baueingabe in einem im Zeitpunkt der Ausführung der Bewilligungspflicht unterliegenden Ausmass aufgeschüttet und das neue Terrain in der baurechtlichen Bewilligung oder in einem förmlichen Planungs- und Projektgenehmigungsverfahren nicht ausdrücklich als künftig gewachsener Boden erklärt worden ist;
- b) im Hinblick auf die beabsichtigte Nutzung des Grundstückes oder zur Umgehung von Bauvorschriften umgestaltet worden ist.»

5.2 (...) Mit Entscheid vom 21. Oktober 2008 stellte die Rekursinstanz im Sinne einer Verdeutlichung ihrer Rechtsprechung fest, dass bei *Neubauten* das Terrain gemäss § 5 ABV regelmässig neu zu bestimmen sei (BRKE II Nr. 0216 und 0217/2008 = BEZ 2008 Nr. 59, [www.baurekursgericht-zh.ch](http://www.baurekursgericht-zh.ch)). Diese Auffassung bestätigte das Verwaltungsgericht mit VB.2008.00432 vom 25. Februar 2009 (= BEZ 2009 Nr. 24; vom Bundesgericht bestätigt mit Entscheid BGr, 28. August 2009, 1C\_170/2009). Das Verwaltungsgericht stellte fest, die Rechtsprechung gemäss VB.2005.00295 gelte ausschliesslich für Um- und Erweiterungsbauten, nicht aber für Neubauten.

5.3 Nicht ohne weiteres klar ist, was das Verwaltungsgericht im fraglichen Zusammenhang unter «Um- und Erweiterungsbauten» versteht. Die Baurekurskommission II hatte in ihrem Entscheid vom 1. Juni 2010, mit dem sie den

Rekurs gegen das erste Projekt des privaten Rekursgegners abwies, der Frage, ob in jenem Projekt eine Um- oder Erweiterungsbaute für das bestehende Einfamilienhaus oder aber eine neue Baute zu erblicken sei, auch nicht ansatzweise nachgehen müssen, weil sie jenem Entscheid die Auffassung zu Grunde legte, auf Grund des Zeitablaufs gelte von vornherein der heute bestehende Terrainverlauf. Demgegenüber stellte sich diese Frage zwingend im nachfolgenden Verfahren vor Verwaltungsgericht, nachdem das Gericht die Praxis der Rekursinstanz abgelehnt hatte. Zur Frage, ob das seinerzeitige Projekt als Um- bzw. Erweiterungsbaute oder aber als Neubaute einzustufen war, ist dem Entscheid des Verwaltungsgerichts indes nichts zu entnehmen. Wie erwähnt waren damals Stützmauern und Aufschüttungen sowie die Erstellung eines Schwimmbades geplant (VGr, 3. November 2010, VB.2010.00360, E. 2.1; BRKE II Nr. 0123/2010, E. 1). In diesen baulichen Massnahmen im Verhältnis zum bestehenden Einfamilienhaus eine «Um- oder Erweiterungsbaute» zu erblicken, erscheint zumindest begründungsbedürftig. Bei Annahme einer Neubaute wäre die Anwendbarkeit von § 5 Abs. 2 lit. b ABV zu begründen gewesen. Es liegt indes einzig eine Schlussfolgerung vor, nämlich diese, dass das Gericht das ursprüngliche und nicht das bestehende Terrain als massgebliches betrachtete. Die angeordnete Rückweisung anstelle eines reformatorischen Entscheides wurde mit dem der Baubehörde aus kleineren Messungenauigkeiten erwachsenden Ermessensspielraum bei der Ermittlung des gewachsenen Terrains begründet (E. 3.6 am Ende).

Vorliegend können die genannten Fragen – deren Beantwortung eine nicht unerhebliche präjudizielle Bedeutung zukäme – offen bleiben. § 5 ABV ist keine Bauvorschrift, sondern eine Definition des gewachsenen Bodens, auf den verschiedene kantonalrechtliche Begriffe und Bauvorschriften Bezug nehmen. Mithin muss der gewachsene Boden regelmässig nur dann bestimmt werden, wenn eine oder mehrere dieser Normen anzuwenden sind. Diese betreffen die abstandsfreien unterirdischen Gebäude (§ 269 PBG), die Untergeschosse (§§ 275 und 276 PBG), die Gebäudehöhe (§§ 278 ff.) und die Baumasse (§ 258 PBG). Diese Bestimmungen kommen vorliegend allesamt nicht zum Zuge, weil sie nur für Gebäude gelten, als was die geplante offene Schwimmbadanlage klarerweise nicht einzustufen ist; diese gilt lediglich als Baute und Anlage (zu dieser Unterscheidung vgl. §§ 1 und 2 ABV). Da im Gegensatz zum Vorgängerprojekt keine Aufschüttungen vorgesehen sind, spielt auch die auf den gewachsenen Boden Bezug nehmende kommunalrechtliche Vorschrift von Art. 17 BZO keine Rolle mehr.

Fehlt somit jene Bezugnahme auf den gewachsenen Boden im Sinne von § 5 ABV, entfällt auch die Frage, ob das Terrain seinerzeit «im Hinblick auf die beabsichtigte Nutzung» (vgl. § 5 Abs. 2 lit. b ABV) aufgeschüttet wurde und aus diesem Grund auf frühere Verhältnisse zurückzugreifen ist.