

3.2.1. Wo die Rechtsordnung an das gewachsene Terrain anknüpft, ist gemäss § 5 Abs. 1 der Allgemeinen Bauverordnung (ABV) grundsätzlich von dem «bei der Einreichung des Baugesuchs bestehenden Verlauf des Bodens» auszugehen. Sachverhalte, bei welchen dieser Grundsatz der Massgeblichkeit der gegenwärtigen Verhältnisse ausnahmsweise nicht gilt, sind in § 5 Abs. 2 lit. a und b ABV statuiert. Die Bestimmung von § 5 ABV lässt einige Fragen offen, was mittlerweile schon zu diversen Präjudizen geführt hat. Namentlich ergab sich bei der Anwendung dieser Bestimmung auf bestehende Gebäude das Problem, dass ursprüngliche – zulässige – Abgrabungen mit der Bauvollendung zum gewachsenen Terrain wurden, was seinerseits zur Baurechtswidrigkeit des Gebäudes (Überschreitung der Gebäudehöhe oder der Baumassenziffer, Verletzung von Geschosshöhenvorschriften etc.), jedenfalls aber zu einer Reservenminderung (Höhenreserve, Baumassenreserve etc.) mit den entsprechenden Einschränkungen bezüglich baulicher Änderungen an diesen Gebäuden führte, welche Folge offensichtlich unsinnig ist. Dies veranlasste die Baurekurskommission II in BRKE II Nr. 235/1988 vom 23. August 1988 (= BEZ 1988 Nr. 40), bei baulichen Änderungen an bestehenden Gebäuden einen Anwendungsfall von § 5 Abs. 2 lit. b Halbsatz 1 ABV zu erkennen, wonach abweichend von § 5 Abs. 1 ABV dann auf frühere Verhältnisse zurückzugreifen ist, wenn der Boden in Hinblick auf die beabsichtigte Nutzung des Grundstückes umgestaltet worden ist. Diese Auslegung von § 5 Abs. 2 lit. b Halbsatz 1 ABV wurde indes vom Verwaltungsgericht mit VB 90/0166 vom 6. Dezember 1990 klar verworfen. Hierauf hielt die Baurekurskommission II nicht länger an dieser ihrer Auffassung fest, sondern löste den besagten Widerspruch, indem sie in BRKE II Nr. 0026/2000 vom 15. Februar 2002 (= BEZ 2000 Nr. 12, www.brk.zh.ch) erkannte, dass bei Änderungen an bestehenden Gebäuden das gewachsene Terrain gar nicht erst wieder neu festzustellen sei; vielmehr sei für das betreffende Gebäude bzw. für die Beurteilung baulicher Änderungen an diesem weiterhin der mit der seinerzeitigen Neubaubewilligung festgestellte gewachsene Boden massgebend. In dem jenem Entscheid zu Grunde liegenden Fall ging es um die Bestimmung der Gebäudehöhe nach Abgrabungen bei der Erstellung des Gebäudes. Mit VB.2004.00202 vom 18. August 2004 bestätigte das Verwaltungsgericht diese Praxis.

Demgegenüber wollte die Baurekurskommission II diese ihre Auffassung nicht auch analog bei Aufschüttungen zur Anwendung bringen, da bei diesen die Gefahr einer gesetzgeberisch ungewollten Beschränkung der Baubefugnisse von vornherein nicht entstehen kann (BRKE II Nr. 0100/2005 vom 31. Mai 2005 = BEZ 2005 Nr. 26, www.brk.zh.ch). Dem widersprach das Verwaltungsgericht mit seinem jenen Rekursentscheid aufhebenden Urteil VB.2005.00295 (= BEZ 2006 Nr. 9 = RB 2005 Nr. 75), auf das sich nun der Rekurrent beruft. Das Gericht wies darauf hin, dass die Regelung von § 5 ABV über den gewachsenen Boden auch dem Schutz des Nachbarn diene, und dass eine unterschiedliche rechtliche Handhabung von Abgrabungen und Aufschüttungen kaum praktikabel sei. Es liefe, so das Gericht, auf eine Vereitelung der betreffenden gesetzlichen Regelung hinaus, wenn sich nach Ablauf von 10 Jahren etwa die Gebäudehöhe um das Mass der Aufschüttung verringern würde. Unter dem Baugesuch im Sinne von § 5 ABV sei das Stammbaugesuch zu verstehen.

Dem deshalb bei Umbauten generell vorzunehmenden Rückgriff auf frühere Verhältnisse stünden sodann weder Gründe der Rechtssicherheit noch solche der Praktikabilität entgegen, denn in der Regel lasse sich der frühere Terrainverlauf aufgrund der seinerzeit genehmigten Pläne ohne weiteres feststellen. Im Übrigen erwog das Verwaltungsgericht in Abkehr von seiner ursprünglichen Kritik am Entscheid BRKE II Nr. 235/1988 vom 23. August 1988, dass «bei richtigem Verständnis» auch die Anwendung von § 5 Abs. 2 lit. b Halbsatz 1 ABV (Rückgriff auf frühere Verhältnisse, wenn der Boden im Hinblick auf die beabsichtigte Nutzung umgestaltet worden ist) zu diesem Ergebnis führe.

3.2.2. Motiviert ist die Rechtsprechung der Baurekurskommissionen und des Verwaltungsgerichtes also zunächst vom Gedanken, dass der Grundeigentümer vor dem unsinnigen Resultat geschützt werden soll, dass mit der Vollendung eines mit Abgrabungen verbundenen rechtmässigen Bauvorhabens ein rechtswidriges Gebäude entstehen kann. Mit dem vom Rekurrenten angerufenen Präjudiz wird alsdann auch ein Schutz des Nachbarn statuiert; zudem wird mit der Gleichbehandlung von Abgrabungen und Aufschüttungen die Unzweckmässigkeit vermieden, dass sich im Rahmen der Berechnung von Baumasse, Gebäudehöhe usw. Unstimmigkeiten ergeben können. Offenbar nicht in Kauf zu nehmen sind bei all dem Rechtsunsicherheiten, welche sich im Rahmen des vorzunehmenden Rückgriffs auf frühere Verhältnisse daraus ergeben könnten, dass sich die massgeblichen «historischen» Bodenverhältnisse anhand vager Indizien höchstens nur noch ungenau ermitteln lassen. Jedenfalls wird im besagten Entscheid festgehalten, der frühere Terrainverlauf lasse sich «in der Regel» aufgrund der seinerzeit genehmigten Pläne ohne weiteres feststellen, weshalb auch Gründe der Rechtssicherheit oder der Praktikabilität einem Rückgriff auf frühere Verhältnisse nicht entgegenstünden. Damit wurde die Frage offen gelassen, was gelten solle, wenn sich der frühere Bodenverlauf nicht mehr ohne weiteres feststellen lässt. Gemäss VB.2007.00212 vom 18. Juli 2007 ist ein Rückgriff auf frühere Terrainverhältnisse «jedenfalls dann» angesagt, wenn die damaligen Terrainverhältnisse klar feststellbar sind. In diesem Entscheid wurde zudem relativierend festgehalten, ein Rückgriff auf frühere Terrainverhältnisse ergebe nur dann einen Sinn, wenn die Bauvorschrift, welche an das gewachsene Terrain anknüpfe, im besagten früheren Zeitpunkt bereits existiert habe. So könne das Terrain 1976 etwa dann nicht von Relevanz sein, wenn es um die Baumassenziffer gehe (da

diese erst mit dem Planungs- und Baugesetz, in Kraft seit dem 1. April 1976 bzw. seit dem 1. Juli 1978, eingeführt wurde).

3.2.3. Der Grundsatz der Massgeblichkeit früherer Verhältnisse erscheint somit Einschränkungen aus Gründen der Rechtssicherheit schon auf Grund der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes durchaus zugänglich. In den angeführten Entscheiden sind entsprechende Ansätze vorhanden. Diese sind hier weiterzuentwickeln. Der vorliegend zu beurteilende Fall zeigt die Grenzen des Rückgriffs auf frühere Verhältnisse gerade exemplarisch auf: Die Baugesuchsunterlagen 1929 sind in Bezug auf den Geländeverlauf vor Erstellung des Gebäudes gänzlich unergiebig, und auch im Übrigen ist die Aktenlage derart illiquid, dass selbst Jagdkarten aus dem vorletzten Jahrhundert als Beweismittel eingereicht wurden, welche keinen genauen Aufschluss geben, sondern nur letztlich unbrauchbare Vermutungen zulassen.

3.2.4. Lehre und Rechtsprechung haben schon seit geraumer Zeit anerkannt, dass sich aus Gründen der Rechtssicherheit und der Praktikabilität nach Ablauf von 30 Jahren seit der Errichtung einer aktuell rechtswidrigen Baute der Befehl zu deren Rückbau verbietet; dies unbesehen davon, ob diese seinerzeit wissentlich, also von einem bösgläubigen Bauherrn, im Widerspruch zur Rechtsordnung erstellt worden ist (vgl. statt vieler BGE 107 Ia 121 ff.). Selbst bei einem klaren Verstoss gegen die geltende und die frühere Rechtsordnung, der zudem böswillig herbeigeführt sein könnte, lässt das Bundesgericht somit den Aspekt der Rechtssicherheit überwiegen. Diesem kommt demnach ein sehr hoher Stellenwert zu. Demgegenüber erscheint es ausgeschlossen, dass ein Grundeigentümer in missbräuchlicher Absicht das Terrain im Hinblick auf ein 30 Jahre später zu erstellendes Bauwerk verändert. Deshalb erscheint es a fortiori zulässig und zugleich auch geboten, auch bei der Ermittlung des rechtsrelevanten Terrainverlaufs eine zeitliche Grenze zu ziehen; dies analog zur Rechtsprechung zum Rückbau rechtswidriger Gebäude. Andernfalls dürften in zahlreichen Fällen nicht mehr hinnehmbare Rechtsunsicherheiten geschaffen werden, wie dies gerade auch vorliegend klar wird. Die Feststellung vor langer Zeit geschaffener Terrainverhältnisse erscheint nicht weniger schwierig als die Feststellung einer früheren, für die Bewilligungsfähigkeit einer Baute massgeblichen Praxis der Baubehörden. Besagte Schwierigkeit ergibt sich zudem regelmässig bei Umbauten und Erweiterungen, deren Förderung zur Entlastung noch unüberbauten Landes eine wesentliche Zielsetzung der eidgenössischen Rahmengesetzgebung darstellt (vgl. Art. 1 und 3 des Raumplanungsgesetzes [RPG]), und die denn auch einen ganz erheblichen Teil der effektiven Bautätigkeit bilden. Mithin erscheint es geradezu zwingend, die Ermittlung des massgeblichen Terrains in angemessener Weise zeitlich zu limitieren.

Anzumerken ist, dass dem Erfordernis dieser Limitierung auch nicht etwa der prinzipiell auch im Verwaltungsverfahren geltende Rechtsgrundsatz von Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB), wonach derjenige eine Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet, entgegengehalten werden kann. Dies zeigt gerade auch der besagte Bundesgerichtsentscheid, der ja nicht etwa darauf abzielt, dass der Eigentümer die Folgen der nicht erstellten seinerzeitigen Bewilligungsfähigkeit der betreffenden Baute oder aber die Behörde die Folgen des Gegenteils zu tragen hat, sondern darauf, dass die Frage der seinerzeitigen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse und damit der seinerzeitigen Bewilligungsfähigkeit zufolge Zeitablaufs aus

Gründen der Rechtssicherheit von vornherein offen bleiben kann. In dieser Weise ist auch dann vorzugehen, wenn es um die nicht minder schwierige Feststellung früherer Terrainverläufe geht.

3.2.5. Für die somit vorzunehmende Begrenzung des Rückgriffs auf frühere Verhältnisse ist alsdann eine sinnvolle Zeitspanne festzusetzen.

Die Bestimmung von § 5 Abs. 2 lit. a ABV statuiert für den Rückgriff auf frühere Verhältnisse nach Aufschüttungen (bei Neubauten) eine zeitliche Grenze von 10 Jahren. Diese Zeitspanne wurde vom Verwaltungsgericht im erwähnten Entscheid VB.2005.00295 im Kontext mit der Änderung bestehender Bauten als klar ungenügend erachtet. Eine Fixierung des Terrains über eine Zeit von mehr als 30 Jahre hinweg erscheint demgegenüber weder unter dem Aspekt der Benachteiligung des Grundeigentümers (bei Abgrabungen) noch im Rahmen des Nachbarschutzes (bei Aufschüttungen) geboten. Gleichzeitig wird die Rechtssicherheit bei der Massgeblichkeit von nicht mehr als 30 Jahre zurückliegenden Verhältnissen nicht in Frage gestellt: Im Normalfall sollten Baugesuchunterlagen vorhanden sein, welche über die damaligen Terrainkoten hinreichend Aufschluss geben. Die Festsetzung der zeitlichen Grenze auf 30 Jahre erscheint daher sachgerecht. Dass diese Zeitspanne wohl nicht auch über eine analoge Anwendung der zivilrechtlichen ausserordentlichen Ersitzung im Sinne von Art. 662 ZGB hergeleitet werden könnte, wie es das Bundesgericht im bereits erwähnten Entscheid BGE 107 Ia 121 für rechtswidrige Bauten getan hat, tut nichts zur Sache. Besagte Zeitspanne erscheint zweckmässig; zugleich ist sie erforderlich, weil sich die Bestimmung von § 5 ABV grundsätzlich nur auf neu zu überbauende Grundstücke bezieht und deshalb für bauliche Änderungen bestehender Gebäude der Ergänzung bedarf. Aus der Sicht des Grundeigentümers kann gesagt werden, dass ein Verlust allfälliger Reserven bezüglich Gebäudehöhe, Baumasse etc. zumutbar erscheint, wenn er diese während so langer Zeit freiwillig nicht ausgeschöpft hat. Ebenso ist es zumutbar, wenn nach 30 Jahren durch eine Fixierung des Terrains Baurechtswidrigkeiten entstehen, zumal in einem Zeitraum dieser Grösse Baurechtswidrigkeiten häufig auch als Folge von Rechtsänderungen eintreten. Zudem dürfte auch eine Baute, die zufolge Fixierung des Terrains der Rechtswidrigkeit anheim fällt, in den vollen Genuss der sehr weit reichende Bau- und Nutzungsbefugnisse belassenden erweiterten Besitzstandsgarantie von § 357 Abs. 1 PBG gelangen (vgl. K. Willi, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen, 2003, S. 25 ff. und S. 74 f.). Umgekehrt lässt sich aus der Sicht des Nachbarn feststellen, dass sich dieser bei einer Neuüberbauung ein durch Aufschüttung erhöhtes Terrain in der Regel bereits nach 10 Jahren entgegenhalten lassen muss. Damit erscheint es zumutbar, wenn dies nach 30 Jahren auch bei baulichen Änderungen an bestehenden Gebäuden der Fall ist.

Anzumerken ist schliesslich, dass das Abstellen auf einen fixen Zeitpunkt – z.B. auf den Zeitpunkt der Inkraftsetzung des Planungs- und Baugesetzes (1976/1978) – der Rechtssicherheit schon deswegen nicht dienlich ist, weil dieser Zeitpunkt je länger desto weiter zurück liegt. Das vom Verwaltungsgericht postulierte Abstellen darauf, ob es um die Einhaltung einer erst mit dem Planungs- und Baugesetz oder aber einer schon eingeführten Baubeschränkung geht, scheidet schon an der (zutreffenden) Auffassung, dass § 5 ABV mit dem «Baugesuch» stets das Stammbaugesuch bezeichnet. Zudem hat die Auffassung des Verwaltungsgerichtes die verkomplizier-

rende Folge, dass erstens jeweils festgestellt werden muss, ob es unter dem Baugesetz von 1893 bzw. unter der betreffenden altrechtlichen Bauordnung schon eine vergleichbare Messweise gab, und zweitens bei der Prüfung des Baugesuches gegebenenfalls von zwei verschiedenen massgeblichen Terrainverläufen ausgegangen werden muss. Dass auch dies mit den Aspekten der Zweckmässigkeit und der Rechtssicherheit kaum zu vereinbaren ist, bedarf keiner weiteren Begründung.

3.2.6. Es kann somit allgemein festgehalten werden, dass bei Umbauten oder Erweiterungen an bestehenden Gebäuden jene Terrainverhältnisse massgebend sind, wie sie sich bei der seinerzeitigen Errichtung des betreffenden Gebäudes präsentierten, dass aber zugleich die Terrainverhältnisse maximal 30 Jahre ab dem Datum der Baueingabe zurück zu verfolgen sind. Dies zeitigt die praktische Folge, dass bei Umbauten oder Erweiterungen von Gebäuden, die *innerhalb* der letzten dreissig Jahre bewilligt worden waren, auf das bei jener Bewilligung vorhandene gewachsene Terrain abzustellen ist. Ist ein Gebäude demgegenüber *vor* diesem Zeitraum bewilligt worden, ist, wenn innerhalb der letzten 30 Jahre keine Änderungen am Terrain vorgenommen worden ist, das heutige Terrain massgebend. Ist demgegenüber das Terrain innerhalb der letzten 30 Jahre (aus welchen Gründen auch immer) verändert worden, fallen diese Änderungen ausser Ansatz.

3.3. Vorliegend ist deshalb für das massgebliche Terrain vom Datum der Gesuchseinreichung, also vom 25. Oktober 2007, 30 Jahre zurückzurechnen. Massgebend für das strittige Umbauvorhaben sind somit die Terrainverhältnisse 1977. Der älteste seit diesem Zeitpunkt vorgenommene Umbau fand im Jahre 2001 statt. Die entsprechenden Baugesuchsunterlagen dokumentieren damit zugleich auch den Bodenverlauf im Jahre 1977. Auch im angefochtenen Beschluss wurde von diesem Terrain ausgegangen, weshalb sich in dieser Hinsicht der Beschluss als korrekt und der Rekurs als unbegründet erweist.