

A1 11 224

**URTEIL VOM 14. SEPTEMBER 2012**

**Kantonsgericht Wallis  
Öffentlichrechtliche Abteilung**

Es wirken mit: Kantonsrichter Jean-Pierre Zufferey, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Thomas Brunner sowie Gerichtsschreiberin Nadja Schwery

in Sachen

**Verwaltungsgerichtsbeschwerde**

von

X \_\_\_\_\_, vertreten durch Rechtsanwalt A \_\_\_\_\_

**gegen**

Y \_\_\_\_\_, vertreten durch Rechtsanwalt B \_\_\_\_\_

**und**

**Staatsrat des Kantons Wallis,**

**Einwohnergemeinde Z \_\_\_\_\_**

(Bauwesen)

## Sachverhalt

**A.** X\_\_\_\_\_ ist seit 2008 Eigentümer der Parzelle Nr. C\_\_\_\_\_ und der Stockwerkeigentumsanteile Nrn. D\_\_\_\_\_ und E\_\_\_\_\_ der Parzelle Nr. F\_\_\_\_\_, alle Plan Nr. G\_\_\_\_\_, am Orte genannt „H\_\_\_\_\_“, in der Gemeinde Z\_\_\_\_\_ (Gemeinde). Die Parzellen befinden sich gemäss Bau- und Zonenreglement der Gemeinde (BZR, angenommen in der Urversammlung vom 25. November 2005 und vom Staatsrat homologiert am 30. April 2008) in der Dorfzone D. Gestützt auf die hinterlegten Pläne erteilte die Gemeinde X\_\_\_\_\_ am 25. Mai 2009 die Baubewilligung zum Stallumbau und zur Verbindung der beiden bestehenden Gebäude auf den vorgenannten Parzellen. Die Gemeinde erteilte die Bewilligung mit Auflagen (Beleg 7 Akten der Gemeinde) und eine Erhöhung des bestehenden Ökonomiegebäudes auf der Parzelle Nr. C\_\_\_\_\_ war nicht vorgesehen. Dessen ungeachtet kam es dann beim Stallumbau zu einer Erhöhung des Gebäudes, so dass der Eigentümer der Nachbarparzelle Nr. I\_\_\_\_\_, Y\_\_\_\_\_, am 26. August 2009 bei der Gemeinde eine Einsprache einreichte und geltend machte, die Bauhöhe werde nicht eingehalten (Beleg 8 Akten der Gemeinde). Die Gemeinde erliess am 27. August 2009 eine Arbeitseinstellungsverfügung bis zum Entscheid über ein Abänderungsgesuch.

**B.** X\_\_\_\_\_ hatte am 26. August 2009 bei der Gemeinde ein Abänderungsgesuch zum bewilligten Stallumbau eingereicht. In diesem ging es um die Erhöhung des Daches und das Weglassen eines Fensters auf der Ostseite. Dagegen erhob Y\_\_\_\_\_ Einsprache bei der Gemeinde. Am 9. September 2009 bewilligte die Gemeinde das Abänderungsgesuch und wies die Einsprache ab. Gegen diesen Entscheid erhob Y\_\_\_\_\_ am 18. September 2009 Verwaltungsbeschwerde und machte die Verletzung des Grenzabstandes und die Nichteinhaltung der Gebäudehöhe geltend. Mit Entscheid vom 18. August 2010 hiess der Staatsrat die Beschwerde teilweise gut und hielt fest, dass die Fassade des Stalles durch die beantragte Dacherrhöhung gegenüber dem ursprünglichen Ökonomiegebäude um 20 cm erhöht werde (E. 4.3). Dabei handle es sich um eine unzulässige Erweiterung des Gebäudes. Werde die Fassade einer in Unterdistanz zur Nachbarparzelle stehenden altrechtlichen Baute erhöht, bedeute dies eine Verstärkung der Rechtswidrigkeit (Nichteinhaltung des Grenzabstandes) (E. 4.4). Aus diesem Grunde könne eine solche Erweiterung einzig als Ausnahme bewilligt werden oder mit Zustimmung der Eigentümer der angrenzenden Nachbarparzellen (E. 4.5). Der Bauherr müsse ausdrücklich um die Erteilung einer Ausnahmegewilligung ersuchen.

**C.** Am K\_\_\_\_\_ reichte X\_\_\_\_\_ erneut ein Abänderungsgesuch bei der Gemeinde ein, mit welchem er als Ausnahmegesuch die Bewilligung für die Erhöhung des Daches und das Weglassen eines Fensters auf der Ostseite beantragte. Nach der Veröffentlichung des Baugesuches im Amtsblatt reichte Y\_\_\_\_\_ dagegen am L\_\_\_\_\_ bei der Gemeinde eine Einsprache ein. Am M\_\_\_\_\_ erteilte die Gemeinde die nachgesuchte Ausnahmegewilligung und wies die Einsprache ab.

**D.** Gegen diesen Bauentscheid reichte Y \_\_\_\_\_ am 28. Februar 2011 beim Staatsrat eine Verwaltungsbeschwerde ein und beantragte, die Ausnahmegewilligung aufzuheben. Er machte geltend, die Voraussetzungen für die Erteilung einer nachträglichen Ausnahmegewilligung seien vorliegend nicht erfüllt, zumal seine nachbarlichen Interessen verletzt würden. Durch die Dacherrhöhung würden der Aussichtswinkel und damit Licht und Aussicht stark beeinträchtigt, die Wohnqualität vermindert und der Blick auf die Kirche und das Breithorn verschlossen. Am 5. April 2011 beantragte die Gemeinde die Abweisung der Beschwerde. Sie machte geltend, durch die Erhöhung des Daches würden keine wesentlichen Nachbarinteressen tangiert und für das Anbringen der Isolation auf dem Dach sei bereits am 25. Mai 2009 eine rechtskräftige Baugewilligung erteilt worden. Mit Beschwerdeantwort vom 6. April 2011 beantragte X \_\_\_\_\_ die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, durch die minime Erhöhung des Gebäudes würden weder Licht und Aussicht stark beeinträchtigt noch die Wohnqualität vermindert und der Blick auf die Kirche und das Breithorn verschlossen. Die Mehrhöhe von ca. 23 cm sei konstruktiv bedingt und hänge mit der rechtskräftig bewilligten Dachisolation zusammen. Zudem sei der Raumplaner J \_\_\_\_\_ in seinem von der Gemeinde eingeholten Bericht zum Schluss gekommen, dass die Ausnahmegewilligung aufgrund des Ortsbildschutzes, der konstruktivbedingten Gebäudeerrhöhung, der energieeffizienten Bauweise sowie des öffentlichen Interesses gerechtfertigt sei.

**E.** Mit Entscheidung vom 7. September 2011 hiess der Staatsrat die Beschwerde gut und hob die Verfügung in Bezug auf die erteilte Ausnahmegewilligung für die Erhöhung des Daches auf. Die bewilligte Fassadenhöhe hätte bei den Bauarbeiten trotz der Problematik der Ausgleichung der Ebenwände und der Firstaufleger eingehalten werden können. Die Isolation hätte statt auf dem Dach zwischen den Dachsparren angebracht werden sollen. Probleme beim Umbau könnten nicht getrennt betrachtet werden. Es seien die Gesamtumstände zu betrachten, ob eine unbillige Härte vorliege. Das Vorliegen von ausserordentlichen Verhältnissen müsse verneint werden, so dass bezüglich der Erhöhung des Daches nicht alle Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung erfüllt seien (E. 3.5).

**F.** Gegen diesen Entscheid reichte X \_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer) am 12. Oktober 2011 bei der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein und stellte folgende Rechtsbegehren:

- "1. Der Entscheid des Staatsrates vom 7. September 2011 wird aufgehoben.
2. Die von der Gemeinde Z \_\_\_\_\_ erteilte Baugewilligung vom 24./25. Januar 2011 wird bestätigt.
3. Dem Beschwerdeführer wird eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen.
4. Die Kosten von Verfahren und Entscheid werden dem Fiskus auferlegt."

Der Beschwerdeführer brachte insbesondere vor, die Erhöhung des Daches sei ursprünglich nicht vorgesehen gewesen. Doch im Rahmen der Bauausführung hätten die Ebenwände vom höchsten Punkt aus ins Niveau gezogen werden müssen, so dass sich eine minimale Erhöhung des isolierten Daches ergeben hätte. Selbst wenn die

Isolation zwischen die Dachsparren gelegt worden wäre, wäre noch eine Erhöhung von 5 cm entstanden. Eine allfällige Anpassung der Dachkonstruktion würde über Fr. 77 000.-- kosten, was völlig unverhältnismässig sei. Die Beeinträchtigung der Nachbarschaft sei nicht wesentlich und als zumutbar zu betrachten. Insofern durch den umstrittenen Umbau Bauvorschriften nicht ganz eingehalten werden könnten, werde an die Besitzstandsgarantie erinnert. Die Mehrhöhe würde nutzungsmässig kaum Vorteile bringen. Es seien keine öffentlichen Interessen erkennbar, die gegen die Beibehaltung des Dachaufbaus sprechen würden. Die ausserordentlichen Verhältnisse, welche die Erteilung einer Ausnahmegewilligung rechtfertigen würden, seien während des Umbaus unvorhergesehen aufgetreten (Firstauflage, Nivellierung Ebenwand).

**G.** Die Beschwerde wurde am 13. Oktober 2011 an den Staatsrat, an die Gemeinde und an den Nachbarn zur Vernehmlassung weitergeleitet mit dem Hinweis, wonach der Beschwerde aufschiebende Wirkung zukomme. Am 26. Oktober 2011 verzichtete der Staatsrat auf eine Stellungnahme, verwies auf den angefochtenen Entscheid, beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde und hinterlegte das Dossier sowie den Ordner der Gemeinde mit den Aktenverzeichnissen. Mit Schreiben vom 11. November 2011 unterstützte die Gemeinde die Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Mit Beschwerdeantwort vom 29. November 2011 beantragte Y\_\_\_\_\_ (Nachbar, Beschwerdegegner) die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des Staatsratsentscheides. Da er während des Dachaufbaus interveniert habe, wäre es damals schon möglich gewesen, ohne grossen Aufwand die Bauhöhe einzuhalten. Der Beschwerdeführer habe aber weitergebaut. Der Heimatschutz unterstütze die Isolation zwischen den Dachsparren auch. Die Stellungnahme des Raumplaners sei auf der Grundlage lückenhafter Informationen verfasst worden. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung seien nicht erfüllt und den Beschwerdeführer würden die nachbarlichen Interessen nicht interessieren. Das öffentliche Interesse verlange aber, dass die Bauvorschriften respektiert würden.

**H.** Am 12. Dezember 2011 replizierte der Beschwerdeführer und hielt an seinen Rechtsbegehren fest. Das Argument mit der beeinträchtigten Aussicht sei nicht stichhaltig. Die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung seien erfüllt. Am 10. Januar 2012 verzichtete der Staatsrat auf die Einreichung einer Duplik. Gleichentags reichte Y\_\_\_\_\_ eine Duplik ein und hielt seine Rechtsbegehren aufrecht. Er wohne von anfangs Juni bis Ende Oktober im Haus in Z\_\_\_\_\_, lediglich im Winter halte er sich nur teilweise dort auf. Ebenfalls mit Schreiben vom 10. Januar 2012 legte die Gemeinde dar, dass nach ihrer Ansicht die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung erfüllt seien. Es wurden keine weiteren Stellungnahmen eingereicht.

Weitere Sachverhaltsdarstellungen, Parteibehauptungen sowie Begründungen sind, soweit rechtlich von Bedeutung, in den nachfolgenden Erwägungen aufgeführt.

## Erwägungen

1. Der angefochtene Entscheid des Staatsrats stellt eine letztinstanzliche Verfügung im Sinne von Art. 72 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS/VS 172.6) dar, die mangels Ausschlusses in den Art. 74 bis Art. 77 VVRG der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegt. Der Beschwerdeführer ist als Baugesuchsteller und als Adressat des für ihn negativen Staatsratsentscheids durch diesen berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Änderung oder Aufhebung, so dass er gemäss Art. 80 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 44 Abs. 1 lit. a VVRG zur Beschwerdeführung legitimiert ist. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten (Art. 80 Abs. 1 lit. b und c i.V.m. Art. 46 und Art. 48 VVRG).

2. Das Gericht hat die Angelegenheit nicht unter allen Gesichtspunkten zu prüfen, sondern kann sich im Wesentlichen auf die gerügten Punkte beschränken (Art. 80 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 48 Abs. 2 VVRG). Es können zudem nur Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitungen oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden, nicht jedoch, abgesehen von hier nicht zutreffenden Ausnahmen, die Unzweckmässigkeit der Verfügung (Art. 78 VVRG).

3. Der Beschwerdeführer beantragte als Beweismittel die Hinterlage von Urkunden, die Edition der Akten der Vorinstanzen und eventuell eine Ortsschau.

3.1 Das Recht, Beweise zu beantragen, ist ein Teilgehalt des rechtlichen Gehörs (BGE 120 Ib 379 E. 3b). Sind die Beweise relevant und können sie die Entscheidung beeinflussen, haben die Parteien die Möglichkeit, deren Abnahme zu verlangen (BGE 127 I 54 E. 2b; 124 I 242 E. 2). Das Beweisverfahren kann aber geschlossen werden, ohne damit das rechtliche Gehör zu verletzen, wenn die entscheidende Instanz sich ihre Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, der rechtsrelevante Sachverhalt würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. A., Zürich 1998, N 111 und N 320; BGE 131 I 153 E. 3; 130 II 425 E. 2.1).

3.2 Im vorliegenden Fall hat das Gericht sämtliche Akten der Vorinstanzen beigezogen sowie alle eingereichten Belege zu den Akten genommen. Die sich im Dossier befindenden Pläne und Fotos sowie die übrigen Akten geben genügend Auskunft über das Bauobjekt des Beschwerdeführers. Sowohl der Beschwerdeführer als auch der Beschwerdegegner und die Gemeinde hatten im Verlaufe des Verfahrens wiederholt Gelegenheit, sich ausführlich zu äussern. Der Beschwerdeführer erläutert nicht, welche Beweise er mit einer Ortsschau noch zu erstellen gedenkt. Die vorhandenen Akten enthalten die entscheidrelevanten Sachverhaltselemente und genügen, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, zur Beurteilung der rechtserheblichen Fragen. Die

urteilende Instanz nimmt unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände in antizipierter Beweismittelwürdigung an, weitere Beweismittel würden nichts an der zu beurteilenden Sach- und Rechtslage ändern. Deshalb wird auf die Erhebung weiterer Beweismittel verzichtet.

**4.** Der Beschwerdeführer beantragt neben der Aufhebung des Staatsratsentscheides vom 7. September 2011 auch die Bestätigung des kommunalen Entscheides vom 24. Januar 2011, in dem die Gemeinde das Ausnahmegesuch vom 11. Dezember 2010 genehmigte (Ziff. 2 der Rechtsbegehren). Als Folge des im Beschwerdeverfahren geltenden Devolutiveffekts ersetzt der Entscheid des Staatsrats die bei ihm angefochtene Erkenntnis der Gemeinde (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. A., Bern 1983, S. 190; Alfred Kölz/Isabelle Häner, a.a.O., N 660) und dieser Entscheid allein kann vor Gericht gezogen werden. Die Verfügung der Gemeinde kann nicht separat angefochten werden, ist inhaltlich aber notwendigerweise mitangefochten, wenn der Sachentscheid des Staatsrats mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde weitergezogen worden ist (BGE 134 II 142 E. 1.4). Auf das Rechtsbegehren, die Verfügung der Gemeinde vom 24. Januar 2011 sei zu bestätigen, ist daher nicht einzutreten.

**5.** Der Beschwerdeführer macht die Verletzung von Art. 30 Abs. 1 des Baugesetzes vom 8. Februar 1996 (BauG; SGS/VS 705.1) geltend, weil seiner Ansicht nach die Voraussetzungen zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung zur Erhöhung des Daches erfüllt seien. Die Probleme seien während der Bauarbeiten unvorhergesehen aufgetreten, indem sie mit der Firstauflage im Zusammenhang stehen würden und auch auf das Nivellieren der Ebenwand zurückzuführen seien.

**5.1** Gemäss Art. 30 Abs. 1 BauG und Art. 102 BZR können Ausnahmen von den Nutzungsvorschriften der Bauzone und von den übrigen Bauvorschriften von den zuständigen Behörden bewilligt werden, wenn ausserordentliche Verhältnisse oder wichtige Gründe vorliegen und weder öffentliche noch wesentliche Nachbarinteressen beeinträchtigt werden. Darunter fallen insbesondere die Nutzungsvorschriften der Bauzone, die Vorschriften über Anforderungen an die Erschliessung und die Einordnung der Bauten in Landschaft und Siedlung, ferner die Bestimmungen über die Bauabstände, die Gebäudedimensionen sowie die Gestaltung und Konstruktion der Bauten (Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band 1, 3. A., Bern 2007, N 1 zu Art. 26/27). Der Baudispens verlangt eine Ausnahmesituation, in der die Anwendung der Bauvorschriften in Würdigung der Gegebenheiten des Einzelfalls den Bauherrn in besonderem Masse hart treffen würde. Die Härte muss in einem objektiven Nachteil bestehen, den der Baugesuchsteller im Verhältnis zu Mitbürgern in gleicher oder ähnlicher Situation durch die strikte Anwendung der Baunormen erleiden würde (Balthasar Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 736; Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. A., Bern 2008, S. 340 f. mit Hinweisen). Die Bewilligung von Ausnahmen ist aber nicht ins Belieben der Behörde gestellt (AGVE 1973 S. 225), sondern von einer strengen Prüfung der Voraussetzungen abhängig und darf nur soweit gehen, als es notwendig ist. Die wichtigsten Voraussetzungen sind dabei, dass

eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage besteht und auch ein wirklicher Sonderfall vorliegt (Urteil des Kantonsgerichts P 44/93 vom 4. Juni 1993, E. 2.2). Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist besonders sorgfältig zu prüfen, da eine leichtfertige Erteilung von Ausnahmegewilligungen die verfassungsrechtlichen Gebote der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und der rechtsgleichen Behandlung des Bürgers verletzen würden; auf dem Wege der Ausnahmegewilligung darf das Gesetz nicht geändert werden (Max Imboden/René Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, 5. A., S. 227).

**5.2** Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz hätte - als während den Bauarbeiten erkannt worden ist, dass die Fassade erhöht werden muss - die Baute noch so umgeplant werden können, dass die Fassadenhöhe des ursprünglich erstellten Ökonomiegebäudes ohne Mehraufwand hätte eingehalten werden können (E. 3.4). So hätte die Isolation statt auf dem Dach zwischen den Dachsparren angebracht werden können, was eine zumutbare Massnahme gewesen wäre. Es sei irrelevant, dass die Aufdämmung bereits rechtskräftig bewilligt worden sei. Der Heimatschutz begrüesse die Dünnwandigkeit der Dachkonstruktion. Die unzulässige Mehrhöhe der Fassade, welche auf die Probleme im Zusammenhang mit der Firstauflage und das Nivellieren der Ebenwand zurückzuführen sei, hätte somit wieder auf das rechtlich Zulässige reduziert werden können. Es würden deshalb vorliegend weder ein wichtiger Grund noch ausserordentliche Verhältnisse vorliegen, so dass nicht alle Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäss Art. 30 BauG erfüllt seien. Demgegenüber macht der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, die ausserordentlichen Verhältnisse, welche die Erteilung der Ausnahmegewilligung rechtfertigen würden, seien erst während den Bauarbeiten unvorhergesehen aufgetreten. Er verweist auf die Begründungen des Raumplaners und des Bauunternehmers. Selbst wenn die Isolation zwischen die Dachsparren gelegt worden wäre, wäre es bei einer Erhöhung von 5 cm geblieben. Die Beeinträchtigung für die Nachbarschaft sei als geringfügig und damit zumutbar zu betrachten. Die Mehrhöhe würde dem Bauherrn nutzungsmässig kaum Vorteile bringen, deren Beseitigung aber erhebliche Kosten zur Folge haben. Zudem seien keine öffentlichen Interessen erkennbar, die gegen die Beibehaltung des Dachaufbaus sprechen würden.

**5.3** Die Mehrhöhe des Gebäudes beträgt insgesamt 23 cm. Die Baute weist nur zwei Geschosse auf, wobei das obere Geschoss über 3 m hoch ist. Es ist nicht einzusehen und aus den Akten nicht ersichtlich, inwiefern bei dieser Gebäudehöhe und Geschosshöhe sowie -höhe das Gebäude nicht so hätte gestaltet werden können, dass das Objekt die bewilligte Höhe eingehalten hätte. Der Umstand, dass der Umbau vor der Erteilung der nachgesuchten Ausnahmegewilligung erstellt wurde, ist nicht bei der Frage der Zulässigkeit der Verweigerung der Ausnahmegewilligung zu prüfen, sondern lediglich bei der Frage der Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung. Aufgrund der Akten und der Ausführungen in der Beschwerde ist nicht ersichtlich, inwiefern die Einhaltung der ursprünglich bewilligten Gebäudehöhe eine architektonisch nachteiligere Lösung erzwungen hätte. Namentlich im Hinblick auf die überdurchschnittliche Raumhöhe und der Möglichkeit der Isolation zwischen den Dachsparren wäre eine Einhaltung der bewilligten Gebäudehöhe ohne weiteres

möglich gewesen, ohne dass in ästhetischer und architektonischer Hinsicht ein Nachteil entstanden wäre. Auf die Ausführungen im Staatsratsentscheid kann vollumfänglich verwiesen werden. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass das Haus in architektonischer Hinsicht in Fachkreisen positiv beurteilt wird. Es ist nicht ausschlaggebend, ob das Gebäude, wie es sich in seiner heutigen Form präsentiert, bezüglich der architektonischen Gestaltung besser einzustufen ist als das ursprünglich bewilligte Objekt. Entscheidend ist vielmehr, dass das Haus innerhalb der bewilligten Dimensionen architektonisch in der heute realisierten Form hätte verwirklicht werden können, was gegenüber der tatsächlichen Ausführung nur marginale Änderungen erfordert hätte. Der Beschwerdeführer vermag nicht darzutun, inwiefern die Beurteilung des Staatsrats unhaltbar sein soll. Die staatsrätliche Verweigerung der Erteilung einer Ausnahmegewilligung für die zusätzliche Höhe von 23 cm erweist sich nach dem Gesagten als rechtmässig, weshalb der Vorinstanz weder ein Überschreiten noch ein Missbrauch des Ermessens vorgeworfen werden kann.

6. Der Beschwerdeführer kann auch aus der Besitzstandsgarantie nichts zu seinen Gunsten ableiten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich aus der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie in Verbindung mit dem Rückwirkungsverbot eine Besitzstandsgarantie im öffentlichen Baurecht (Urteils des Bundesgerichts 1C\_12/2011 vom 26. April 2011 E. 3.3). Für Bauten innerhalb der Bauzone sind in erster Linie die kantonalen Bestimmungen massgeblich. Nach Art. 3 Abs. 1 BauG dürfen bestehende, rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen, die den geltenden Plänen und Vorschriften widersprechen, unterhalten, zeitgemäss erneuert, umgebaut oder erweitert werden, soweit dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird. Mit dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber auf kantonaler Gesetzesstufe das Prinzip der Besitzstandsgarantie verankert. Die vom Beschwerdeführer vorgenommene Dacherrhöhung stellt eine Erweiterung dar, die nach dem Gesagten nur dann gestützt auf die Besitzstandsgarantie zulässig ist, wenn dadurch die Rechtswidrigkeit der bestehenden Gebäude nicht verstärkt wird. Es ist unbestritten, dass das Gebäude des Beschwerdeführers die gesetzlichen Grenz- und Gebäudeabstände gegenüber der Nachbarliegenschaft nicht einhält. Der Beschwerdeführer macht jedoch geltend, die Erhöhung des Gebäudes beeinträchtigt die Interessen des Nachbarn nicht. Eine verstärkte Rechtswidrigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BauG liegt aber dann vor, wenn das öffentliche oder nachbarliche Interesse, das durch die verletzte Norm geschützt werden soll, durch den Umbau oder die Erweiterung noch stärker beeinträchtigt wird (Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., N 3 zu Art. 3; BVR 1997 S. 223 E. 7 c/cc). Zu den durch die Bauabstände geschützten Interessen gehören die Aussicht der Nachbarn und die Besonnung derer Parzellen. Da die Erhöhung eines Gebäudes gleiche oder ähnliche Auswirkungen wie die Verkürzung des Gebäude- oder Grenzabstandes hat, ergibt sich, dass dadurch die Rechtswidrigkeit eines bereits unterschrittenen Grenz- oder Gebäudeabstandes verstärkt wird (Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O.; BVR 1988 S. 62 f.). Dabei bedarf es weder eines konkret nachteiligen Schattenwurfs noch der Einschränkung einer besonderen Aussicht, um die Verstärkung der Rechtswidrigkeit darzutun. Nach dem Gesagten darf ein Gebäude, das schon zu nahe an der Nachbarparzelle steht, nicht aufgestockt oder erhöht werden (Aldo Zaugg/Peter

Ludwig, a.a.O., N 3 zu Art. 3; BVR 1988 S. 62 f.). Der Beschwerdeführer kann sich somit nicht mit Erfolg auf die Besitzstandsgarantie berufen.

7. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Kosten der Anpassungen, die mit der Verweigerung der Ausnahmebewilligung baulich verbunden wären, seien völlig unverhältnismässig, da sie vom Generalunternehmer auf Fr. 77 760.-- geschätzt worden seien.

7.1 Vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit hält ein Grundrechtseingriff stand, wenn er zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich ist und das verfolgte Ziel in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln, d. h. den zu seiner Verwirklichung notwendigen Freiheitsbeschränkungen, steht (BGE 128 I 1 E. 3e/cc, mit Hinweisen). Ist die Abweichung vom Gesetz jedoch gering und vermögen die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen, ist ein Beseitigungsbefehl unverhältnismässig (Urteil des Bundesgerichts 1P.708/2006 vom 13. April 2007 E. 5.1; 123 II 248 E. 4). Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch der bösgläubige Bauherr berufen. Er muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen (BGE 132 II 28 E. 6.4; BGE 123 II 248 E. 4a ). Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit ist zu prüfen, wie schwerwiegend die Verletzung der Baurechtsordnung ist, wie das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung zu gewichten ist, ob gutgläubig gegen die Vorschriften verstossen wurde oder nicht und welche Nachteile dem Eigentümer bei der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erwachsen würden.

7.2 In der Rechtsprechung wurden Verletzungen von Grenzabständen um 1 m bzw. von Höhenvorschriften von 9 bis 70 cm als nicht geringfügig bzw. bedeutend qualifiziert (Urteil des Bundesgerichts 1.P.708/2006 vom 13. April 2007 E. 5.2 ff.; BGE 108 Ia 216 E. 4b; Urteil des Kantonsgerichts A1 01 180 vom 21. März 2002 E. 9.5; ZBI 84/1983 S. 286). Auch die Zweckentfremdung ganzer Bauten oder von Gebäudeteilen wird als bedeutend gewertet (BGE 123 II 256). Die Überschreitung der Gebäudehöhe um 23 cm mag im Lichte der Rechtsprechung noch als wenig schwerwiegend erscheinen. Es ist aber vorliegend zu berücksichtigen, dass bereits bei der bewilligten Baute der Grenzabstand nicht eingehalten wurde und die Gebäudehöhe im gesamten Baubewilligungsverfahren eine bedeutende Rolle spielte. Die Höhenüberschreitung kann deshalb nicht als geringfügig qualifiziert werden. Der Beschwerdeführer hat die Dacherrhöhung ohne Bewilligung vorgenommen. Ihm musste klar sein, dass eine derartige Baute und Erhöhung einer rechtskräftigen Baubewilligung bedarf und bereits eine geringfügige Änderung im Rahmen der Bauausführung zu einer Überschreitung der bewilligten Gebäudehöhe führen könnte. Indem er die Baute trotzdem erstellte, hat er nicht gutgläubig gehandelt und wider besseres Wissen gegen die Bauordnung verstossen. Er hätte die Gemeinde nicht erst dann orientieren und ein Abänderungsgesuch einreichen sollen, als die Gebäudehöhe im Gesamten erkennbar

war. Unbestritten ist, dass sich auch ein Bauherr, der bösgläubig gehandelt hat, gegenüber einer Wiederherstellungsverfügung auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit berufen kann. Er muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen (BGE 132 II 21 E. 6.4; BGE 123 II 248 E. 4a mit Hinweisen). Hinsichtlich der privaten Interessen ergibt sich, dass bei der Nachbarliegenschaft durch die Mehrhöhe eine gewisse Beeinträchtigung gegeben ist. Demgegenüber beziffert der Beschwerdeführer die Wiederherstellungskosten auf Fr. 77 760.--. Auch wenn diese nicht leicht wiegen, werden sie von den öffentlichen, für die Wiederherstellung sprechenden Interessen erheblich übertroffen. Denn an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands besteht insbesondere aus präjudiziellen Gründen ein erhebliches öffentliches Interesse. Bauherren lassen sich immer wieder dazu verleiten, ohne oder in Abweichung der Vorschriften zu bauen. Sie sollen nicht besser gestellt werden als diejenigen, die den vorgeschriebenen Verfahrensweg einschlagen und sich an die entsprechenden Vorschriften halten. Der strikten Einhaltung der bewilligten Gebäudedimensionen kommt ein zentrales öffentliches Interesse zu (Urteil des Bundesgerichts 1.P.708/2006 vom 13. April 2007 E. 5.4). Die Einhaltung der Rechtsordnung und die Durchsetzung der Baubewilligungen wären nicht mehr gewährleistet, wenn Abweichungen toleriert würden. Auch im Lichte der rechtsgleichen Behandlung ist ein strenger Massstab anzulegen, insbesondere in Fällen, in denen nicht gutgläubig gehandelt worden ist. Es geht nicht an, wissentlich Bauvorschriften zu missachten und sich anschliessend der Wiederherstellung unter Berufung auf die Kosten zu widersetzen. Deshalb ist die Kostenhöhe im vorliegenden Fall aufgrund des fehlenden guten Glaubens nur in geringfügigem Mass zu berücksichtigen (BGE 111 Ib 213 E. 6b; Magdalena Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, Diss. Zürich 1998, S. 149 f.). Die Vorinstanz hat somit ihr Ermessen, das sie bei der in Frage stehenden Interessenabwägung besitzt, nicht überschritten, wenn sie aufgrund der konkreten Umstände die von der Gemeinde erteilte Ausnahmbewilligung aufgehoben hat.

**8.** Bei diesem Verfahrensausgang gilt der Beschwerdeführer als unterliegende Partei mit den entsprechenden Folgen für die Tragung der Kosten und für die Zusprechung einer Parteientschädigung.

**8.1** Im Beschwerdeverfahren hat in der Regel die unterliegende Partei die Kosten zu tragen (Art. 89 Abs. 1 VVRG). Ausnahmsweise können die Kosten ganz oder teilweise erlassen werden (Art. 89 Abs. 2 VVRG). Vorliegend besteht kein Grund, von der Regel abzuweichen, weshalb die Gerichtsgebühr vom Beschwerdeführer zu bezahlen ist. Gemäss Art. 3 des Gesetzes betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden vom 11. Februar 2009 (GTar; SGS/VS 173.8) setzen sich die Kosten aus den Auslagen der Entscheidbehörde sowie der Gerichtsgebühr zusammen. Die Gerichtsgebühr für Beschwerdeverfahren vor der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts beträgt in der Regel zwischen

Fr. 280.-- und Fr. 4 000.-- (Art. 25 GTar). Aufgrund der Bedeutung des Falles sowie seines Umfangs und Schwierigkeitsgrads wird die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 1 200.-- festgesetzt.

**8.2** Als unterliegende Partei hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 91 Abs. 1 VVRG e contrario). Gemäss Art. 91 Abs. 3 VVRG wird den Behörden, welche obsiegen, in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen. Es bestehen vorliegend keine Gründe, von der Grundregel abzuweichen. Abgesehen von hier nicht interessierenden Ausnahmen gewährt die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei auf Begehren die Rückerstattung der notwendigen Kosten, die ihr entstanden sind (Art. 91 Abs. 1 VVRG). Die Entschädigung wird im Dispositiv beziffert und der Staats- oder Gemeindekasse auferlegt, soweit sie aus Billigkeitsgründen nicht der unterliegenden Partei auferlegt werden kann (Art. 91 Abs. 2 VVRG). Diese ist global festzusetzen und umfasst die Entschädigung an die berechnigte Partei sowie ihre Anwaltskosten (Art. 4 GTar), die in Anwendung der Art. 27 ff. GTar festzusetzen sind und im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren zwischen Fr. 1 100.-- und 11 000.-- betragen (Art. 39 GTar). Aufgrund des Umfangs, des geschätzten Aufwands, der Bedeutung und der Schwierigkeit des Falles ist die dem Beschwerdegegner zuzusprechende Parteientschädigung vorliegend auf Fr. 1 500.-- festzusetzen und dem Beschwerdeführer aufzuerlegen.

**Demnach erkennt das Kantonsgericht:**

1. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Gerichtsgebühr von Fr.1 200.-- wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Der Beschwerdeführer bezahlt dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung von Fr. 1 500.--.
4. Dieses Urteil ist dem Beschwerdeführer, dem Beschwerdegegner und der Einwohnergemeinde Z\_\_\_\_\_ sowie dem Staatsrat des Kantons Wallis schriftlich mitzuteilen.

Sitten, 14. September 2012