

BRKE II Nr. 0100/2005 vom 31. Mai 2005 in BEZ 2005 Nr. 26

(aufgehoben durch VB.2005.00295 vom 2. November 2005)

---

Mit Beschluss vom 1. Februar 2005 erteilte die Baubehörde der Gemeinde X die baurechtliche Bewilligung für die Aufstockung eines 1989 erstellten Wohnhauses. Im Rahmen der Errichtung des bestehenden Gebäudes vor 15 Jahren war das damalige Terrain aufgeschüttet worden. Vorliegend legte die Baubehörde ihrer Beurteilung das gegebene (d.h. aufgeschüttete) und nicht das ursprünglich gewachsene Terrain zugrunde. Hiergegen wandten sich Nachbarn mit Rekurs.

Aus den Erwägungen:

4. a) § 5 ABV lautet wie folgt:

«Gewachsener Boden ist der bei Einreichung des Baugesuchs 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- oder Projektgenehmigungsverfahren nicht ausdrücklich als künftig gewachsener Boden erklärt worden ist;

b) im Hinblick auf die beabsichtigte Nutzung des Grundstücks oder zur Umgehung von Bauvorschriften umgestaltet worden ist.»

Streitpunkt bilden vorliegend die Tragweite und der Sinngehalt von § 5 ABV, insbesondere die Frage, ob bei der Anwendung dieser Vorschrift zwischen Neu- und Erweiterungsbauten zu differenzieren sei.

b) Verschiedene baurechtliche Bestimmungen knüpfen an den Begriff des «gewachsenen Bodens» an, ohne diesen indessen zu definieren, so u.a. § 280 PBG, welcher die «Gebäudehöhe» als die Distanz zwischen der Schnittlinie zwischen Fassade und Dachfläche und dem gewachsenen Boden definiert, oder auch § 12 ABV, welcher alle über dem gewachsenen Terrain liegenden Gebäudeteile als für die Baumassenziffer anrechenbar erklärt. In räumlicher Hinsicht erweisen sich der Begriff des gewachsenen Bodens als unmissverständlich und eine Definition im Sinne von § 359 Abs. 1 lit. d PBG demzufolge als unnötig. Aufgrund der Tatsache, dass der Geländeverlauf sich im Laufe der Zeit einerseits auf natürliche und andererseits auf künstliche Weise verändert,

kann sich jedoch im Einzelfall in zeitlicher Hinsicht eine Rechtsunsicherheit ergeben. § 5 ABV, welcher einen für die Bestimmung des gewachsenen Terrains massgeblichen Zeitpunkt festlegt, dient deshalb primär der Rechtssicherheit.

Der Verordnungsgeber hat sich mit dem Grundsatz in § 5 Abs. 1 ABV für die praktikabelste Lösung entschieden: Statt auf den Zeitpunkt einer Handänderung, einer Einzonung oder einer künstlichen Terrainveränderung abzustellen (was unter Umständen mit erheblichen Nachweisschwierigkeiten verbunden wäre), werden die jeweils im Zeitpunkt der Baueingabe aktuellen Verhältnisse als massgeblich erklärt.

c) Dass es damit ein Grundeigentümer in der Hand hätte, den Geländeverlauf mittels Aufschüttungen zu seinen Gunsten zu beeinflussen, wurde dabei erkannt. Mit der Formulierung von Abs. 2 hat der Verordnungsgeber deshalb versucht, solchen Vorkehrungen vorzubeugen. Diese im Grossen und Ganzen eine Missbrauchsklausel darstellende Regelung erwies sich in der Praxis in verschiedener Hinsicht als unzulänglich, wie u.a. die von den Parteien zitierten Entscheide zeigen. So hat der Verordnungsgeber offenbar nicht bedacht, dass der Grundsatz der Massgeblichkeit der gegenwärtigen Terrainverhältnisse nicht nur die Gefahr des Missbrauchs seitens des Grundeigentümers in sich birgt, sondern auch bei anderen Geländeveränderungen (insb. Abgrabungen) eine Ausnahme erfahren muss. Ausserdem zeigte sich z.B. in einem in BEZ 2002 Nr. 56 publizierten Fall, dass in gewissen Situationen eine Ermittlung des gewachsenen Terrains mittels Interpolation unumgänglich ist, dass also nicht nur in zeitlicher, sondern auch in räumlicher Hinsicht bezüglich des gewachsenen Terrains Rechtsunsicherheiten bestehen können. In Bezug auf diese Tatbestände ist von einer planwidrigen Unvollständigkeit der Verordnung auszugehen, die von den rechtsanwendenden Organen zu ergänzen bzw. zu korrigieren ist. Betreffend Abgrabungen besteht denn mittlerweile auch eine gefestigte Rechtsprechung (vgl. v.a. RB 1995 Nr. 84; VB.2004.00202; BEZ 1988 Nr. 40 und 2000 Nr. 12), welche sich wie folgt zusammenfassen lässt: Ausgehend von der Einsicht, dass bei gleichzeitiger Ausschöpfung der Gebäudehöhe und (rechtmässiger) Freilegung von Untergeschossen ein Gebäude bei konsequenter Anwendung von § 5 Abs. 1 ABV per se baurechtswidrig würde, was widersinnig sei und damit vom Verordnungsgeber nicht gewollt sein könne, wurde die Anwendbarkeit von § 5 Abs. 1 nach Abgrabungen im Rahmen von Neubauten verneint. Bei Erweiterungs- und Umbauten ist in diesem Fall auf die Verhältnisse abzustellen, wie sie sich bei Einreichung des ursprünglichen Baugesuchs präsentierten.

d) Vorliegend geht es jedoch um Aufschüttungen, wofür der Verordnungsgeber in § 5 Abs. 2 lit. a ABV bereits eine Ausnahmestimmung formuliert hat. Zu einer Korrektur dieser Regelung durch die Rechtsprechung besteht kein Anlass: Indem dem Bauherrn während 10 Jahren nach erfolgter Aufschüttung die Möglichkeit zur Ausnützung der neuen Terrainhöhe genommen wird - und zwar selbst dann, wenn kein missbräuchliches Vorgehen im Sinne von Abs. 2 lit. b vorliegt -, werden die Möglichkeiten, ein unliebsames *fait accompli* zu schaffen, wirkungsvoll eingeschränkt. Es besteht deshalb keine Veranlassung, den Grundsatz von Abs. 1 im Sinne einer zusätzlichen Missbrauchsprävention dahingehend auszulegen, dass er generell - d.h. über Abgrabungstatbestände hinaus - bei Um- oder Erweiterungsbauten nicht zur Anwendung käme (so auch BRKE III Nr. 55/2005 vom 20. April 2005).

f) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass § 5 ABV auf das vorliegend umstrittene Bauvorhaben seinem Wortlaut entsprechend anzuwenden ist. Das Vorhandensein eines Tatbestandes im Sinne von § 5 Abs. 2 lit. a oder b ABV wurde von den Rekurrierenden

weder behauptet, noch ist es ersichtlich. Es ist deshalb vorliegend bei der Bestimmung des massgebenden Terrains auf die aktuellen Verhältnisse abzustellen.