

Wiedererwägung von Auflagen einer Baubewilligung; Flachdachnutzung einer Klein- und Anbaute

Anspruch auf Wiedererwägung einer Baubewilligungsaufgabe; Öffnung des Rechtsmittelwegs, wenn der Gemeinderat trotz fehlendem Anspruch auf das Begehren eintritt (Erw. 4). - Flachdachnutzung einer Klein- und Anbaute: Wird das Flachdach einer Klein- und Anbaute wie ein Balkon genutzt, gelten in Bezug auf Breite (Fassadendrittel) und Abstand dieselben Vorschriften wie für Balkone (§ 2 ABauV) (Erw. 6/7a).

Sachverhalt

Der Gemeinderat W. bewilligte am 8. April 2002 das Baugesuch der Eheleute A. für den Anbau einer Doppel-Fertigarage mit der Auflage, dass der auf dem Dach dieses Anbaus vorgesehene Sitzplatz auf die Fläche der ersten Garage zu beschränken sei (Auflage 1g); die zweite Garage müsse daher mit Blumentrögen oder einem Geländer so abgegrenzt werden, dass dieses zweite Dach nicht begangen werden könne. - Das neue begehbare Gargendach schliesst unmittelbar an den bestehenden (rücksprungartig in die Fassade geschnittenen) Balkon im ersten Geschoss an; Garagendach und Balkon bilden so eine einheitliche Fläche.

Nachdem die Baubewilligung rechtskräftig geworden war, stellten die Eheleute S. das Gesuch, dass ihnen zu bewilligen sei, auch die zweite Garage als Terrassenfläche zu nutzen. Der Gemeinderat wies das Gesuch ab. Dagegen erheben die Eheleute S. Beschwerde beim Baudepartement.

Aus den Erwägungen

4. a)
(...)

bb)

Wird ein Baugesuch abgelehnt und reicht der Bauherr später ein neues, gleiches oder ähnliches Baugesuch ein, so gilt folgende, vom Verwaltungsgericht entwickelte Rechtsprechung (Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2001, S. 304 ff.; vgl. Verwaltungsgerichtsentscheid [VGE] III/31 vom 22. April 2002, S. 6): "Die Baubewilligung wird im allgemeinen als Polizeibewilligung qualifiziert (Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Band I, 3. Auflage, Zürich 1999, Rz. 509; Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Diss. Zürich 1991, Rz. 23, 430; Erich Zimmerlin, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Auflage, Aarau 1986, § 152 N 5; AGVE 2000, S. 247). Auf die Erteilung einer Baubewilligung besteht ein Rechtsanspruch, wenn das Bauvorhaben dem massgebenden öffentlichen Recht, insbesondere den baurechtlichen Vorschriften entspricht (vgl. Zimmerlin, a.a.O., § 152 N 5; AGVE 2000, S. 247). Die Abweisung des Baugesuchs ist als negativer Verwaltungsakt deklarativer Natur und stellt fest, dass das Projekt nicht den Vorschriften entspricht (Zimmerlin, a.a.O., § 152 N 6; Josef Schwere, Das Baubewilligungsverfahren nach aargauischem Recht, Diss. Zürich 1971, S. 127). Grundsätzlich kann ein Baugesuch, das nicht bewilligt wurde, jederzeit neu gestellt werden; es gibt keine (materielle) Rechtskraft eines negativen Verwaltungsakts (Entscheid des Verwaltungsgerichts [VGE] III/103 vom 16. Dezember 1981, S. 6; Max Imboden/René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, 6. Auflage, Basel / Frankfurt a. M. 1985, Nr. 42 B. I mit Hinweisen; Schwere, a.a.O., S. 127 f.). Die Möglichkeit, jederzeit ein neues Gesuch stellen zu können, wird in der Lehre unter Hinweis auf die Interessen Dritter (z. B. Nachbarn) am Bestand der ablehnenden Verfügung und auf das Interesse an der Rechtssicherheit zum Teil als fragwürdig betrachtet. Es sei deshalb auch beim Widerruf der Verweigerung einer Polizeierlaubnis (durch spätere Bewilligungserteilung) eine Interessenabwägung vorzunehmen. Werde dagegen ein neues Gesuch eingereicht, dem ein neuer Sachverhalt oder eine neue Rechtslage zugrunde liege, so stelle sich die Frage des Widerrufs der Verweigerung der Polizeierlaubnis nicht, da sich die Rechtskraft der Verweigerung nur auf den Gegenstand des ersten Gesuchs erstrecke (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, Rz. 1985 f.).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts liegt die Grenze beim Erneuern von Baugesuchen in allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie dem Verbot des Rechtsmissbrauchs (vgl. § 3 Abs. 2 VRPG) und der Rücksicht auf die Verwaltungsökonomie (erwähnter VGE III/103 vom 16. Dezember 1981, S. 7; VGE III/130 vom 6. Dezember 1990, S. 7; III/89 vom 16. September 1992, S. 7). Ein Anspruch auf materielle Neubeurteilung besteht jedenfalls dann, wenn "neue", d. h. nach dem Erlass des ersten Entscheides hinzugetretene Umstände dargetan werden (erwähnter VGE in Sachen W., S. 7, vgl. auch AGVE 1986, S. 165; 1977, S. 259 f.). Es muss also auf jedes Gesuch hin ein neuer Entscheid gefällt werden. Das gilt jedenfalls dann, wenn das zweite Baugesuch nicht genau mit dem ersten übereinstimmt. Es mag Fälle geben, wo diese Regelung missbraucht und vor allem die Nachbarn - ein typisch bau- und raumplanungsrechtliches Problem - durch solches Vorgehen übermässig strapaziert werden. Dort kann unter Umständen eine andere Erledigung Platz greifen müssen (VGE III/103 vom 16. Dezember 1981, S. 7)."

Die Auffassung der Beschwerde führenden, dass es sich um ein vollständig neues, anderes Baugesuch handelt, trifft insoweit zu, als in den Plänen des ersten Baugesuchs vorgesehen war, zwischen beiden Garagen ein Geländer zu errichten und das Dach der zweiten Garage auf der Seite und hinten, wo das Terrain ganz oder fast auf die Höhe des Daches aufgefüllt wurde, durch bepflanzte Tröge als Aufstiegschutz unbegebar zu machen; die klar beschränkte Begebarkeit des Dachs wurde zudem ausdrücklich in Worten auf dem Plan vermerkt (Plan vom 21. Januar 2002, Grundriss, "Garage 2 nicht begehbar, mit Aufstiegschutz"). Die Nutzung des Dachs der zweiten Garage war somit nicht Gegenstand des ersten Baugesuchs. Der Gemeinderat beurteilte jedoch - ob zu Recht oder nicht - gewissermassen in Vorwegnahme eines allfälligen zweiten Gesuchs die Situation betreffend dem zweiten Garagendach und verfügte in der

Auflage 1g, dass der Sitzplatz auf die Fläche der ersten Garage zu beschränken sei. Die Auflage ist zwar positiv formuliert, indem sie eine Aussage über die Fläche der ersten Garage trifft, aus dem Zusammenhang und der Vorgeschichte wird jedoch klar, dass damit zugleich negativ gemeint ist, dass die Fläche der zweiten Garage nicht als Sitzplatz genutzt werden darf; eine andere Interpretation macht keinen Sinn. An der Einspracheverhandlung vor dem Gemeinderat schlug der Beschwerdeführer vor, anstelle der Blumentröge ein Geländer um beide Garagen zu erstellen, wodurch der Sitzplatz aber vergrössert werde, was der Beschwerdegegner umgehend ablehnte unter Verweis auf die Einschränkung seiner Privatsphäre (Protokoll der Einspracheverhandlung vom 25. März 2002, S. 2). Die Nutzung des Dachs der zweiten Garage war also Gegenstand der Baubewilligung.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden ist folglich mit dem Gemeinderat davon auszugehen, dass die Auflage 1g nicht einfach "etwas unglücklich formuliert", sondern bewusst und rechtlich bindend verfügt wurde.

cc)

Die Beschwerdeführenden fochten die Auflage nicht an. Mit Beginn der Bauarbeiten machten sie von der Bewilligung Gebrauch und akzeptierten spätestens zu diesem Zeitpunkt die Auflage. Somit handelt es sich weder um ein zweites, völlig anderes Baugesuch, noch kommt die vorne geschilderte Rechtsprechung zu erneuerten Baugesuchen unmittelbar zur Anwendung (vgl. aber nachfolgend).

Am Augenschein ergab sich, dass die Beschwerdeführenden den Sitzplatz bereits vor dem 25. November 2002 mit einem beide Garagenflächen umfassenden Geländer versehen und ihn als Terrasse benutzt hatten. Es liegt hier also ein nachträgliches Baugesuch vor, dessen materielle Ausgangslage bereits durch die klare Auflage 1g bestimmt war; der Gemeinderat musste die Auflage nicht mehr auf ihre Rechtmässigkeit hinterfragen, weil sie in Rechtskraft erwachsen war (VGE III/70 vom 25. August 2003, S. 5; vgl. auch VGE III/78 vom 19. September 1991, S. 8). Die Auflage galt grundsätzlich - unabhängig davon, ob sie seinerzeit auf einer zulässigen Rechtsgrundlage beruhte oder etwa ein pragmatisches Zugeständnis an die Einsprechenden war. Aus den Akten ergibt sich zudem auch nicht, dass die Beschwerdeführenden während der Rechtsmittelfrist beim Gemeinderat gegen die ihrer Ansicht nach unglückliche Formulierung protestiert oder eine auslegende Präzisierung deponiert hätten. Somit mussten sie sich den Einwand der sog. "res iudicata" (der abgeurteilten Sache) entgegen halten lassen (vgl. VGE III/81 vom 14. Oktober 2002, S. 14). Diese Rechtsprechung betreffend Baubewilligungsaufgaben ist das Pendant zur vorne genannten - streng verstandenen - Rechtsprechung betreffend erneutem Baugesuch; eine Auflage in einem Baugesuch kann denn auch als vorweg genommene Beurteilung eines allfälligen, künftigen Änderungsgesuchs verstanden werden. Akzeptiert die Bauherrschaft eine Auflage, indem sie von der Baubewilligung Gebrauch macht, stimmt sie damit zu, dass eine Änderung nur noch unter eingeschränkten Voraussetzungen möglich ist.

b)

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden enthält ihr - zutreffend als Projektänderung bezeichnetes - zweites Baugesuch folglich einen Wiedererwägungsantrag.

Ein Anspruch auf Wiedererwägung besteht in aller Regel nicht, wenn nicht ohnehin die Voraussetzungen für die Einleitung eines neuen Verfahrens wegen wesentlich veränderter Sachlage, d.h. für einen Widerruf (§ 26 VRPG) oder eine Wiederaufnahme (Revision, § 27 VRPG), gegeben sind (VGE III/78 vom 20. September 1996; AGVE 1994, S. 459 f. mit Hinweisen). Aus den Akten sind keine solchen veränderten Umstände seit der Erteilung der Baubewilligung ersichtlich und die Beschwerdeführenden machen auch keine geltend. Sie weisen lediglich darauf hin, dass ihnen "die grössere nutzbare Fläche willkommen sei". Der Gemeinderat hätte es somit bei einer Feststellung bewenden lassen können, dass keine wesentlich veränderten Umstände vorliegen und hätte auf das Baugesuch gestützt auf die Auflage 1g nicht eintreten können. Die Beschwerdeführenden hätten dann nur noch vorbringen können, der Anspruch auf Wiedererwägung sei zu Unrecht verneint worden.

Der Gemeinderat stellte jedoch in der angefochtenen Verfügung unter dem Punkt "Baupolizeiliche Prüfung" fest, dass von baurechtlicher Seite ein Geländer um beide Garagen und eine Nutzung beider Garagen möglich wäre. Somit hatte er das Baugesuch materiell geprüft. Er wies im Dispositiv das Gesuch ab. Dadurch öffnete er den Beschwerdeführenden den ordentlichen Rechtsmittelweg erneut (AGVE 1994, S. 460 ff., mit Erwägungen zur Abgrenzung zwischen [Nicht-]Eintreten und materieller Beurteilung). Das Baudepartement hat deshalb auf das Baugesuch einzutreten und es auf seine Rechtmässigkeit zu prüfen.

5. a)

Der Gemeinderat und die Beschwerdegegner gehen sinngemäss davon aus, dass die Auflage 1g auf das Einspracheverfahren zurückgehe und nicht ohne Einwilligung des damaligen Einsprechers und heutigen Beschwerdegegners geändert werden könne. Das Gesuch widerspreche Treu und Glauben.

b)

Wird eine zwischen der Bauherrschaft und den Einsprechenden geschlossene Vereinbarung in die Baubewilligung aufgenommen bzw. im Rechtsmittelverfahren zum Beschluss erhoben, ist sie nach der Praxis des Baudepartements in den nachfolgenden Baugesuchsverfahren zu berücksichtigen. Wenn ein Bauherr, kurz nachdem er seine Baute realisiert hat, auf eine zum Entscheid erhobene Vereinbarung zurückkommen will und ein Änderungsgesuch einreicht, verstösst dies gegen Treu und Glauben. Vorbehalten bleiben Gründe der baulichen Sicherheit (Baudepartementsentscheid [BDE] vom 29. Juli 1997, S. 4 f. mit Hinweisen, publiziert im Internet unter <<http://www.ag.ch/rechtsabteilung>>, Rubrik: Entscheidsammlung). Vorliegend reichten die Beschwerdeführenden vor Abschluss der Bauarbeiten ein Änderungsgesuch für die Nutzung der Fläche der zweiten Garage ein, das offensichtlich nicht aus Sicherheitsgründen erfolgte. Es ist somit zu prüfen, ob die Auflage 1g auf einer Vereinbarung beruht, die aus Treu und Glauben dem Änderungsgesuch entgegen steht. Es ist unbestritten, dass hier nur eine stillschweigende Vereinbarung in Frage kommen kann.

Die damalige Einsprache vom 20. Februar 2002 verlangte sinngemäss zwei konkrete Auflagen betreffend

Terrainabsicherung an der Grenze und Erhöhung des Aufstiegschutzes auf dem Garagendach (von 60 auf 90 cm). Die Nutzung des zweiten Garagendachs als Sitzplatz war erst an der Einspracheverhandlung Thema. Der Umfang der Einspracheanträge legt den Streitgegenstand fest, der später grundsätzlich nicht erweitert werden kann. Die Einsprache wurde in diesen Punkten gutgeheissen und die Bewilligung wurde mit den Auflagen 1c/d/e und h versehen (einen weiteren, hier nicht interessierenden und nebensächlichen Einsprachepunkt wies der Gemeinderat ab). Die Einsprechenden hatten somit ihre wesentlichen Ziele erreicht, was sie am Augenschein bestätigten. Umgekehrt ist nicht ersichtlich, dass die Bauherrschaft Zugeständnisse betreffend der Nutzung gemacht hätte, auf die sie nun wider Treu und Glauben zurück kommen würde. Auch wenn der Gemeinderat die Auflage 1g im Einspracheentscheid als teilweise Gutheissung der Einsprache bezeichnete, liegt keine Vergleichsvereinbarung vor. Der Gemeinderat fügte die Auflage 1g nicht aufgrund einer Vereinbarung, sondern von sich aus, ein. Somit können sich die Einsprechenden nicht darauf berufen, dass die Aufhebung von Ziff. 1g wider Treu und Glauben wäre. (...)

6. a)

Die Beschwerdeführenden beurteilen die Doppel-Garage mit der Terrasse (Sitzplatz) als Anbaute im Sinne von § 18 Abs. 1 ABauV. Auch der Gemeinderat scheint dieser Auffassung zu sein. Es ist unbestritten, dass die Baute den für Anbauten geltenden Grenzabstand von 2 m einhält (§ 18 Abs. 2 ABauV).

b)

Es fragt sich, ob eine Klein- und Anbaute im Sinne von § 18 Abs. 1 ABauV vorliegt. Dieser lautet:

"Als Klein- und Anbauten gelten unbewohnte Gebäude und Gebäudeteile (Garagen, Schöpfe, Garten- und Gewächshäuschen, gedeckte mindestens einseitig offene Sitzplätze usw.) mit höchstens 40 m² Grundfläche und 3 m Gebäudehöhe. Wintergärten gelten nicht als Klein- und Anbauten."

Es ist unbestritten, dass die bündig an das Wohnhaus gestellte Doppel-Fertigarage als solche unter den Anbautenbegriff fällt. Ihre Grundfläche beträgt rund 36 m², die Gebäudehöhe, gemessen bis Oberkante Terrasse, maximal 2.46 m. Es fragt sich jedoch, ob die Dachterrasse bzw. die Nutzung als Sitzplatz noch darunter fällt.

c)

aa)

Zuerst ist zu prüfen, ob die Terrasse und ihre Nutzung einen "unbewohnten Gebäudeteil" betreffen. (...)

dd)

(Es folgen Hinweise zu Ausführungen des Verwaltungsgerichts zum alten Baugesetz: Das Verwaltungsgericht hat vorab im Zusammenhang mit der Grenzabstandsproblematik von Kleinbauten festgehalten, schon ein gelegentlicher Aufenthalt mache einen Raum hinsichtlich der Einwirkungen wie Lärm, Einblickmöglichkeiten usw. zur Wohnfläche. Auch eine Terrasse, ein Hallenbad oder eine Pergola wirkten sich, und würden sie auch nur zu gewissen Tages- und Jahreszeiten benutzt, für den Nachbarn wie ein Wohnraum aus.) (...)

ff)

Die ABauV vereinheitlichte die Definition der Klein- und Anbauten. Die Gemeinden dürfen allerdings noch ergänzende Regelungen treffen, welche im Ergebnis dazu führen, dass die kantonal festgelegten Maximalmasse betreffend Grundfläche und Gebäudehöhe nicht ausgeschöpft werden können; insbesondere dürfen sie eine maximale Firsthöhe festlegen (vgl. AGVE 1999, S. 228 ff.). Vorliegend enthält die kommunale BNO keine speziellen Vorschriften zu Klein- und Anbauten.

Aus den Materialien zur ABauV geht hervor, dass der kantonale Verordnungsgeber auf das Kriterium der Eingeschossigkeit bewusst verzichten wollte, weil es immer wieder zu Streitigkeiten und unsachgemässen Resultaten geführt hatte (Vollzugshilfe Baugesetz, ABauV [Griff 6], Teil 2, "Nutzungsplanung der Gemeinden, Begriffe und Messweisen, Behindertengerechtes Bauen: Bericht", S. 9). Es liegt also ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vor. Mehrgeschossige Klein- und Anbauten sind demnach zulässig. Daraus kann abgeleitet werden, dass eine Klein- oder Anbaute nicht ohne weiteres als bewohnbar angesehen werden darf, wenn ihr Dach als begehbare Terrasse angelegt ist (BDE vom 21. Dezember 1995 i.S. W., S. 3). Ohne Zweifel steht fest, dass der Gesetzgeber zumindest wollte, dass eine Klein- und Anbaute nicht deshalb vom Grenzabstandsprivileg ausgeschlossen werden soll, weil auf dem Dach eine Terrassennutzung vorgesehen ist, wenn die Terrasse selber den ordentlichen Grenzabstand einhält. Vorliegend ist also die Doppel-Garage mit der rechtskräftig bewilligten hausseitigen Terrasse, die einen Grenzabstand von gut 5 m einhält, gemäss ABauV im Gegensatz zu den früheren kommunalen Regelungen eine zulässige Klein- und Anbaute. (...)

7. a)

Der ordentliche Grenzabstand darf um höchstens 1.50 m unterschritten werden durch untergeordnete Gebäudeteile wie Dachvorsprünge, Vordächer, Treppen, Erker, Balkone usw. (§ 2 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 lit. a ABauV). Mit Ausnahme von Dachvorsprüngen und Vordächern dürfen diese Bauteile zudem einen Drittel der Fassadenlänge nicht überschreiten (§ 2 Abs. 2 ABauV).

Im vorliegenden Fall hat die Terrasse auf dem Dach der Doppel-Garage auch die Funktion eines Hausbalkons. Sie bildet mit dem bisherigen Balkon eine einheitliche Fläche. Dabei spielt es keine Rolle, dass der bisherige Balkon nicht auskragend ist, sondern auf einem Geschossrücksprung beruht. Auch ohne die bisherige Balkonfläche hätte die bündig an das Haus angebaute Terrasse Balkonfunktion. Entscheidend ist, dass die Terrassenfläche einen direkten, praktisch stufenlosen Zugang zum Haus erhält und gegenüber dem gewachsenen Terrain wesentlich erhöht ist (sie weist im Süden die Höhe eines ersten Obergeschosses auf). Durch den einfachen Gebäudezugang kann auch die Nutzung wesentlich intensiviert werden, weil der Zugang wesentlich leichter ist als über eine Treppe oder Leiter. Die Infrastruktur für die Freizeitnutzung (Tische, Sitzgelegenheiten, Grill, Radio usw.) kann einfacher bereit gestellt werden. Dies steigert üblicherweise die Benützungsfrequenz und die Emissionen. Entsprechend nehmen die Immissionen auf der Nachbarparzelle zu, die gerade bei offenen Balkonen aus Sicht des Nachbarschutzes nicht unproblematisch sind (vgl.

AVGE 1993, S. 386). Die Beschwerdeführenden erhalten ferner von der Terrasse einen künstlich erhöhten Einblick auf das Nachbargrundstück wie bei einem Balkon.

Würde man in Fällen wie hier die balkongleiche oder -ähnliche Funktion verneinen, so könnten die Vorschriften von § 2 ABauV bei Balkonen im ersten Obergeschoss, die häufig weniger als 3 m über dem gewachsenen Terrain liegen, jeweils sehr leicht unterlaufen werden, indem die Bauherrschaft einen Balkon nicht als Balkon genehmigen lässt, sondern - allenfalls aussen ergänzt mit zwei Trägern - als Dach eines Sitzplatzes oder eines Carports etc. Die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung wäre nicht gewährleistet, wenn derjenige, der sich zuerst eine Anbaute bewilligen lässt und wie vorliegend nach Baubeginn noch eine "Balkonvergrößerung" darauf, besser fährt als jener, der zuerst die Balkonvergrößerung eingibt und nachher um die Bewilligung einer Anbaute ersucht.

Die Terrasse der Beschwerdeführenden erstreckt sich mit 6 m über fast die gesamte Fassadenlänge des Wohnhauses von 6.46 m. Die geplante Terrassen- bzw. Balkonvergrößerung erfüllt somit die Voraussetzungen von § 2 Abs. 2 ABauV (maximal einen Drittel der Fassadenlänge) nicht und hat deshalb den ordentlichen Grenzabstand einzuhalten. Die Hauptwohnseite des Wohnhauses geht nach Süden. Somit hat die Terrasse gegen Osten den kleinen Grenzabstand von 4 m gegenüber der Parzelle der Beschwerdegegner einzuhalten statt wie vorgesehen einen Abstand von 2.24 bis 2.43 m.

Die alternative Lösung, dass die Terrassentiefe überall auf einen Drittel der Fassadenlänge begrenzt wird, macht praktisch keinen Sinn, weil die Terrasse dann zu schmal wäre. Im Übrigen wäre der dann einzuhaltende Grenzabstand von 2.5 m gemäss § 2 Abs. 1 ABauV, wenn auch knapp, nicht eingehalten.

Entscheid des Baudepartements vom 19.03.2004 in Sachen A.