

die Frage stellt, ob in einem derart gelagerten Fall die Bestimmungen der Besitzstandsgarantie überhaupt zur Anwendung kommen. Indes kann diese Frage offen bleiben.

Da keine Erweiterung des Standortgebäudes vorliegt bzw. sich seine Höhe nicht verändert, ist somit erstellt, dass das Bauvorhaben zu keiner Verstärkung der Rechtswidrigkeit führt. Diese besteht einzig in der Überschreitung der zonenkonformen Gebäudehöhe.

97 Terrassenhaus; Nutzungsübertragung

- Bei der Berechnung des Verhältnisses der Terrassenfläche zur zurückversetzten Wohnfläche darf jener Teil der Terrasse, der das darunterliegende Geschoss überragt, nicht mitgerechnet werden. Ist die Terrasse überdacht, zählt der überdachte Teil zur Wohnfläche und nicht zur Terrasse, es sei denn, es handle sich um einen blossen Dachvorsprung (Erw. 7b).
- Bei der Übertragung der Ausnützungsziffer wird die «Ausnützung» (realisierbare Bruttogeschossfläche) verschoben, und nicht die anrechenbare Grundstücksfläche. Wird die Ausnützungsziffer später erhöht, kommt die Erhöhung daher allein dem abtretenden Grundstück zugut (Erw. 14e/bb-dd).
- Eine Nutzungsübertragung zu Lasten einer Grünzone, die nicht mit einer Nutzungsziffer belegt ist, ist nicht möglich (Erw. 14e/ee).
- Eine Nutzungsübertragung ist in der Regel unzulässig, wenn die Ausnützung dadurch grösser wird als die für die nächsthöhere Zonenkategorie zulässige (Erw. 14g).

Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt vom 27. April 2011 in Sachen X. gegen Y. (BVURA.10.41/42/43).

Aus den Erwägungen

7.
Terrassierte Baute
...
b/bb)

Die jahrzehntelange konstante Praxis des Verwaltungsgerichts zu den terrassierten Bauten lautet (siehe AGVE 2009, S. 153 ff.):

«Am Hang werden Gebäudehöhe, Firsthöhe und Geschosszahl talseitig gemessen (§ 12 Abs. 3 Satz 1 ABauV). Bei gestaffelten und terrassierten Bauten werden sie für jeden Gebäudeteil einzeln gemessen (§ 12 Abs. 3 Satz 2 ABauV). Mit dieser Sonderregelung wird bezweckt, Treppenüberbauungen an Hanglagen zu ermöglichen. Andernfalls würden nämlich die Höhenvorschriften der Nutzungsordnung regelmässig bei Weitem überschritten. Rechtfertigen lässt sich dabei die auf den einzelnen Gebäudeteil bezogene Betrachtungsweise deshalb, weil der Eindruck einer einheitlichen Gebäudefront bei derartigen Treppenüberbauungen wegen der Versetzung der einzelnen Gebäudestufen und deren Anlehnung an den Hangverlauf massgeblich abgeschwächt wird; dies ist denn auch der Grund, weshalb die Praxis die Voraussetzung geschaffen hat, dass die Terrassenfläche ein bestimmtes Verhältnis zur Wohnfläche nicht unterschreiten darf. § 12 Abs. 3 Satz 2 ABauV ist also auf eine ganz bestimmte Art von Bauten, nämlich eben Treppenbauten an Hanglagen, bei denen die versetzte Anordnung der einzelnen Gebäudestufen auf einem baulichen Sachzwang beruht, zugeschnitten (AGVE 2005, S. 156 mit Hinweis). (...)

Als «terrassiert» gelten der Hangneigung nach erstellte Gebäudestufen von einem oder mehreren übereinanderliegenden Geschossen, wobei jede Stufe in der Regel eine selbständige Wohneinheit nach dem Modell eines Einfamilienhauses bildet. Die einzelnen Gebäudestufen der Terrassenbaute liegen also senkrecht übereinander, wenn auch nur teilweise; deshalb gelten sie nicht als «senkrecht übereinander liegend». Der Raum über der unteren Stufe dient dabei der oberen Stufe als verhältnismässig geräumiger Vorplatz oder Garten, nicht bloss als überdimensionierter Balkon. Die Terrasse muss daher eine minimale Grösse im Verhältnis zum Volumen des Hauses, dem sie dient, aufweisen, um ihre Funktionen überhaupt erfüllen zu können; die Regel ist hier ein Verhältnis von Terrassenfläche zur Wohnfläche von mindestens 1:3. Senkrecht übereinander befinden sich demgegenüber Geschosse, die praktisch mit der ganzen Fläche übereinander liegen, mit Ausnahme von Vorbauten wie Treppen, Erkern, Balkonen oder Gebäudevorsprüngen oder entsprechenden nebensächlichen Rückversetzungen ...»

Das frühere Baudepartement (heute BVU) hatte die gleiche Rechtsprechung zum alten Baugesetz, die das genannte Verhältnis

zwischen Terrassenfläche und Wohnfläche zur Voraussetzung machte, bereits 1986 publiziert (Mitteilungen des Baudepartements 1986, Nr. 39, S. 286). Seither ist die Praxis konstant und wird regelmässig publiziert. Das verlangte Verhältnis von mindestens 1:3 bedeutet konkret, dass bei einer Wohnfläche von 100 m² die Terrassenfläche mindestens 33 ⅓ m² gross sein muss.

cc)

Die neuere Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts und des BVU hat näher festgelegt, wie die massgebende Terrassenfläche und die Wohnfläche im Detail zu bestimmen sind:

Gemäss Rechtsprechung muss der Raum über der unteren Stufe der oberen Stufe als verhältnismässig geräumiger Vorplatz oder Garten, nicht bloss als überdimensionierter Balkon, dienen (siehe der oben zitierte AGVE 2009, S. 153 ff.). Ein Terrassenteil, der das darunter liegende Geschoss balkonähnlich oder wie ein Dachvorsprung oder Vordach überragt, liegt nicht mehr über der unteren Stufe und darf deshalb nicht in die Berechnung miteinbezogen werden. Dieser auskragende Teil gilt also nicht als Terrassenfläche. Die Fläche der Absturzsicherung (Brüstung, Pflanzentröge oder blosses Geländer) am Rand einer Terrasse zählt hingegen zur Terrassenfläche (wenn sie sich über dem unteren Geschoss befindet; vgl. VGE III/55 vom 31. August 2006, S. 8; EBVU 06.382 vom 10. Januar 2007, S. 8).

Bei der Terrassenfläche darf ferner nur auf den offenen Teil der Terrasse abgestellt werden, weil bei der Frage der Terrassierung der optische Eindruck wesentlich ist und dieser verändert wird, wenn die Terrasse durch darüberliegende Gebäudeteile gedeckt wird. So hat das Verwaltungsgericht entschieden, dass wenn ein auskragendes oberes Geschoss die Terrassenfläche deckt, diese nicht als Terrassen-, sondern als Wohnfläche zählt. Damit verkleinert sich nicht nur die anrechenbare Terrassenfläche, sondern vergrössert sich zugleich die massgebende Wohnfläche, was das Verhältnis zwischen Terrassen- und Wohnfläche in doppelter Hinsicht verändert (vgl. VGE III/55 vom 31. August 2006, S. 7 ff.). Dasselbe gilt gemäss Rechtsprechung des BVU, wenn die Terrasse gedeckt wird durch eine auskragende Terrasse der oberen Stufe (mit oder ohne feste Brüstung) oder durch ein Vordach, das eine erweiterte Nutzung der Terrassenfläche erlaubt

(beispielsweise indem die Fläche auch bei schlechtem Wetter genutzt werden kann und die Möblierung geschützt wird; EBVU 08.393 vom 20. Oktober 2008, S. 3; 06.382 vom 10. Januar 2007, S. 8). Ein Dachvorsprung, der dem Fassadenschutz dient, hat demgegenüber keinen Einfluss auf die anrechenbare Terrassenfläche. Übersteigt der Dachvorsprung jedoch eine zulässige Tiefe von 60 cm und wird damit zum Vordach, ist die gesamte darunterliegende Terrassenfläche nicht als solche anrechenbar, nicht nur der das zulässige Mass von 60 cm überragende Teil.

...

14. Ausnutzung

...

e/bb)

Eine Fläche darf in jedem Fall nur für ein einziges Bauprojekt zur Berechnung der Ausnutzungsziffer (AZ) verwendet werden (vgl. § 9 Abs. 4 Satz 1 ABauV, «noch nicht ausgenützten Grundstücke»). Die gleiche Grundstücksfläche darf also nur einmal und nicht mehrfach baulich ausgenützt werden. Das Verbot der mehrfachen Ausnutzung der gleichen Grundstücksfläche ist eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung, die zu ihrer Gültigkeit keiner Eintragung im Grundbuch bedarf; gemäss § 163 Abs. 1 lit. a BauG kann der Gemeinderat die Ausnutzungsverschiebung aber im Grundbuch anmerken lassen. Es ist Sache des Gemeinderats, bei einer späteren Abparzellierung dafür zu sorgen, dass keine Übernutzung der Grundstücksfläche erfolgt (VGE III/15 vom 15. Februar 2006, S. 6 f. mit Hinweisen; AGVE 1987, S. 289 f.). ...

dd)

Die BNO erhöhte im Jahr 2001 die AZ von 0,35 auf 0,4. Es fragt sich, welche Auswirkungen dies auf die früheren Ausnutzungsübertragungen hat, somit ob die Erhöhung dem abtretenden Grundstück oder dem empfangenden Grundstück zukommt. Der Gemeinderat teilte die Erhöhung aus Praktikabilitätsgründen dem empfangenden Grundstück zu. Verschoob das Gesamtprojekt beispielsweise 35 m² BGF auf eine andere Parzelle, so erhielt diese gemäss der Praxis des Gemeinderats weitere 5 m² von der abtretenden Parzelle,

so dass sie über insgesamt 40 m² zusätzliche BGF verfügte. Die Auffassung der Vorinstanz erweist sich jedoch als unrechtmässig:

Bei der Ausnützungsverschiebung im Sinn von § 9 Abs. 6 ABauV wird nicht die anrechenbare Grundstücksfläche verschoben, sondern die «Ausnutzung», d.h. die realisierbare Bruttogeschossfläche. Wird die AZ später erhöht, kommt die Erhöhung daher weiterhin dem abtretenden Grundstück zugut, nicht dem empfangenden Grundstück. Vorliegend kommt daher gemäss der Praxis des BVU die AZ-Erhöhung von 0,35 auf 0,4 jeweils der abtretenden Parzelle zu (teilweise anders der frühere Entscheid EBVU 07.178 vom 27. September 2007; dort wurde entschieden, dass die Ausnützungsverschiebung wieder zurückfällt, wenn auch das empfangende, bebaute Grundstück von der AZ-Erhöhung profitiert und dadurch nicht mehr auf die damalige Ausnützungsverschiebung angewiesen ist; bezüglich Durchsetzung der Regelung inkl. Bauverbot wurde auf den Zivilrechtsweg verwiesen).

AZ-Veränderungen wirken sich bei einer Ausnützungsverschiebung somit nur auf die abtretende Parzelle aus. Jedenfalls solange eine AZ-Veränderung nicht zu einer negativen BGF auf einer Parzelle führt, bleibt die Ausnützungsverschiebung daher von AZ-Veränderungen unberührt.

Diese Verschiebung der BGF entspricht auch der Rechtswirklichkeit. In den von den Gemeinden geführten «Registern» zur Ausnützungsverschiebung werden in der Regel die Anzahl verschobener Quadratmeter festgehalten, nicht die verschobene anrechenbare Grundstücksfläche. ... Diesem Ergebnis entspricht auch aus ökonomischer Sicht, dass in der Praxis der für eine vereinbarte Verschiebung bezahlte Preis eine künftige Veränderung der AZ nicht abbildet.

...
ee)

Was die Berücksichtigung der Grünzone betrifft, gilt Folgendes:

Die damalige Grünzone durfte ausdrücklich nicht zur anrechenbaren Grundstücksfläche gerechnet werden (§ 35 Abs. 4 Satz 3, drittes Lemma BO 1982). Gleiches gilt für die heutige Grünzone. Sie gilt zwar als Bauzone, weist vorliegend aber keine Ausnutzungsziffer auf (§ 5 Abs. 1 BNO und die vorangestellte Tabelle). Weil keine Aus-

nutzung zugelassen ist, kann auch keine verschoben werden. Das kantonale Recht lässt ohnehin nur Ausnützungsverschiebungen unter Zonen zu, die die gleiche Nutzung gestatten, was hier nicht der Fall ist (§ 9 Abs. 6 ABauV). Eine solche Verschiebung würde auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum interzonalen Nutzungstransfer widersprechen (vgl. statt vieler: BGE 119 Ia 118). Das Bundesgericht bestätigte seine langjährige Rechtsprechung in einem neueren Fall aus dem Kanton Aargau wie folgt (BGer 1P.256/2006 vom 18. Juli 2006, Erw. 2.5):

«Das Bundesgericht hat die Zulässigkeit der Nutzungsübertragung von einer bestimmten Zone auf eine andere Zone mit abweichenden Nutzungsvorschriften in ständiger Rechtsprechung verneint (BGE 109 Ia 188 E. 3 S. 190 f. mit Hinweisen). Zur Begründung führte es aus, eine interzonale Ausnützungsanrechnung hätte zur Folge, dass für das Gebiet längs der Zonengrenze verschiedene Nutzungsziffern gelten würden und damit Bauten mit unterschiedlicher Ausnützung des Bodens entstünden, was nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen könne. Es würde zudem bedeuten, dass die vom Zonenplan festgelegten Zonengrenzen missachtet und durch gewöhnliche Verwaltungsverfügung die vom kommunalen Gesetzgeber beschlossene Unterteilung des Baugebiets verändert würden (BGE 109 Ia 188 E. 3 S. 191 mit Hinweisen). In BGE 109 Ia 188 erklärte das Bundesgericht sogar die Nutzungsübertragung zwischen zwei zu unterschiedlichen Erschliessungsetappen gehörenden Flächen innerhalb derselben Bauzone für unzulässig. Eine Ausnahme vom Übertragungsverbot ist nach der Rechtsprechung nur aufgrund einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift zulässig (BGE 109 Ia 30 E. 6a S. 31 mit Hinweisen; vgl. PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Auflage, Bern 2002, S. 298 f.; WALTER HALLER / PETER KARLEN, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Band 1, 3. Auflage, Zürich 1999, S. 172 f. Rz. 632).

Das hier massgebende aargauische Recht lässt grundsätzlich Ausnützungsverschiebungen zu (§ 9 Abs. 6 ABauV), doch gilt dies nur, wenn in beiden betroffenen Zonen die gleiche Nutzung gestattet ist. (...) Die Beschwerdeführer weisen zu Recht darauf hin, dass hier nicht zwei Zonen mit gleicher Nutzung vorliegen. Zwar ist in beiden betroffenen Zonen die Wohnnutzung zulässig. Die Dorfzone stellt indessen eine gemischte Zone mit Wohn- und Gewerbenutzung mit einer Ausnützungsziffer von 0.55 dar,

während die Landhauszone mit einer Ausnützungsziffer von 0.35 überwiegend der Wohnnutzung vorbehalten ist (Art. 42 f., 48 und 51 der kommunalen Bau- und Nutzungsordnung vom 1. Dezember 1994). Angesichts der beträchtlichen Nutzungsunterschiede zwischen der Dorfzone [AZ 0,55] und der Wohnzone [AZ 0,35] und der erwähnten langjährigen bundesgerichtlichen Praxis zur Ausnützungsverschiebung erscheint die mit dem angefochtenen Entscheid gestattete Nutzungsübertragung verfassungsrechtlich nicht haltbar.»

Der Gemeinderat darf daher die Fläche der Grünzone nicht zur anrechenbaren Grundstücksfläche zählen.

Das Verbot des Nutzungstransfers von einer Grünzone ...wird übrigens auch künftig in den Kantonen gelten, die ... den Begriff der Nutzungsziffer gemäss IVHB (Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe vom 22. September 2005; SAR 713.010) übernehmen werden. Gemäss IVHB werden Freihalte- und Grünflächen nur zur anrechenbaren Grundstücksfläche zählen, soweit sie Bestandteil der Bauzonen und mit einer entsprechenden Nutzungsziffer belegt sind (Figur 8.1 zu Ziffer 8, IVHB Anhang 2).

g)...

Das kantonale Recht lässt eine Ausnützungsverschiebung nur zu, wenn unter anderem das Orts-, Quartier- und Landschaftsbild nicht übermässig beeinträchtigt wird (§ 9 Abs. 6 ABauV). Diese Bestimmung ist eine sog. «Kann-Norm»; der Gemeinderat hat Ermessen, das er pflichtgemäss ausüben muss. Es besteht kein unbedingter Anspruch auf Ausnützungsverschiebung. Als Richtschnur gilt zumindest bei bezüglich Orts-, Quartier- und Landschaftsbild sensiblen Zonen, dass durch eine Ausnützungsverschiebung keine höhere Ausnützungsziffer resultiert als die für die nächsthöheren Zonenkategorien zulässige, weil sonst auch das Kriterium der «gleichen Nutzung», das für eine Verschiebung Voraussetzung ist, unterlaufen werden könnte. Das Bundesgericht hatte sich verschiedentlich zu dieser Thematik zu äussern, liess aber die entscheidenden Fragen offen. In einem neueren Fall, bei einem rund 40 Jahre alten Gestaltungsplan, der pro Parzelle oder Baufeld eine bestimmte maximale BGF vorsah, hielt es die Auffassung des kantonalen Verwaltungsgerichts, dass

eine Übertragung von zusätzlichen 27,7 % mit dem Gestaltungsplan vereinbar sei, für willkürlich; ob der Zonencharakter tatsächlich nicht gestört würde, liess es hingegen offen (BGer 1C_41/2010 vom 11. Juni 2010, Erw. 2.5). In einem weiteren Fall bestand eine kommunale Vorschrift, die es einem Gestaltungsplan erlaubte, von der Regelbauweise abzuweichen, wenn dadurch ein besseres architektonisches und ortsbauliches Ergebnis erzielt wird und das öffentliche Interesse vorhanden ist. Das Bundesgericht liess es offen, ob eine Abweichung im Sinn dieser Vorschrift «in der Regel» nur dann zulässig ist, wenn zumindest die nächsthöheren Zonenausnützungen eingehalten sind, wie dies das kantonale Verwaltungsgericht ausgeführt hatte. Es bezeichnete es jedoch als verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Verwaltungsgericht eine Überschreitung der übernächsthöheren (das bedeutete aller) Zonenausnützungen als mit der Vorschrift unvereinbar erklärte (BGer 1P.270/2005 vom 26. September 2005, Erw. 3.3). Das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern hielt in einem Entscheid vom 16. April 2004 an der Rechtsprechung fest, darauf zu verzichten, eine fixe Grösse der noch zulässigen Nutzungsübertragung festzulegen. Es erwog jedoch, eine Nutzungsüberschreitung von fast 50 % dürfte immer problematisch, hingegen eine solche von weniger als 15 % in der Regel problemlos sein. Bei Übertragungen eines höheren Anteils als 15 % müsse die Vereinbarkeit mit dem Zonencharakter genau überprüft werden (LGVE 2004 II Nr. 12, Fallnummer V 02 159 02; die zu § 9 Abs. 6 ABauV analoge Bestimmung § 14 Abs. 1 PBV nennt als Kriterien «wenn die beiden Grundstücke benachbart sind, in der gleichen Bauzone liegen und der Zonencharakter gewahrt bleibt»).

Vorliegend würde als Richtschnur eine AZ von 0,5 gemäss Wohnzone W3 gelten. Das Projekt auf Parzelle 1808 überschreitet jedoch sogar die AZ der Wohnzone W4 (0,6) um mehr als 6 %, selbst wenn es um 2,8 m² BGF reduziert wird. Dass unerwünscht grosse Baukuben entstehen können, die den Charakter des Quartiers «Sand» beeinträchtigen können, darauf hat bereits die Abteilung Raumentwicklung in der Vorprüfung der BNO hingewiesen.

II. Jagdrecht

98 Jagdausschluss

- **Eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Tierquälerei von einer gewissen Schwere ist mit der Ausübung der Jagd unvereinbar und stellt einen Jagdausschlussgrund dar.**

Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt vom 2. März 2011 in Sachen X. (BVURA.11.127).

Aus den Erwägungen

1.

Die Jagdreviere werden durch den Kanton für die Dauer von acht Jahren an Jagdgesellschaften verpachtet (§ 4 Abs. 1 des Jagdgesetzes des Kantons Aargau, ASJG), wobei als Jagdgesellschaft ein Zusammenschluss von Jagdberechtigten in der Rechtsform eines Vereins gilt (§ 5 AJSG). Die Mitglieder einer Jagdgesellschaft müssen für die Dauer der Pachtperiode im Besitz des aargauischen Jagdpasses sein (§ 5 Abs. 2 AJSG). Gemäss § 8 AJSG ist im Kanton jagdberechtigt, wer einen vom Kanton Aargau anerkannten Jagdpass besitzt. Berechtigt zum Bezug eines Jagdpasses ist nur, wer nicht von der Jagd ausgeschlossen ist (§ 8 Abs. 3 AJSG). Von der Jagd im Kanton wird ausgeschlossen, wer wegen wiederholter vorsätzlicher Widerhandlungen gegen das Jagdrecht oder anderweitiger Straftaten, die mit der Jagdausübung unvereinbar sind, bestraft worden ist (§ 9 Abs. 2 lit. c AJSG). Nachfolgend ist zu prüfen, ob dem Gesuchsteller gestützt auf § 9 Abs. 2 lit. c AJSG die Ausstellung des Jagdpasses zu verweigern ist.

2.

Mit Bestellformular für (Jahres)-Jagdpass vom 7. Januar 2011 ersuchte X. (nachfolgend: Gesuchsteller) um Ausstellung eines Jagd-