



KANTON AARGAU

**DEPARTEMENT
BAU, VERKEHR UND UMWELT**
Rechtsabteilung

BVURA.22.2

ENTSCHEID vom 16. Dezember 2022

A. _____; Beschwerde gegen den Entscheid des Gemeinderats Q. _____ vom 22. November 2021 betreffend Baugesuch für den Neubau Mehrfamilienhaus mit Tiefgarage; Nachträgliche Projektänderung Attika-Brüstung, Parzelle X (Baugesuch 2018/02); teilweise Gutheissung

Erwägungen

(...)

3. Bewilligungsfähigkeit der Blauglasbrüstung

(...)

3.2 Gebäudehöhe

Gemäss § 12 Abs. 1 ABauV wird die Gebäudehöhe vom anschliessenden gewachsenen Terrain bis zum Schnitt der Fassade mit der Dachoberfläche, bei Flachdächern bis zum obersten Punkt der Brüstung gemessen. Das gewachsene Terrain ist der bei Einreichung des Baugesuchs bestehende Verlauf des Bodens (vgl. § 13 Abs. 1 ABauV). Attikageschosse werden grundsätzlich nicht an die Gebäudehöhe angerechnet (§ 16a Abs. 3 ABauV). Gemäss § 49 BauG bestimmen die Gemeinden die zulässige Höhe von Gebäuden. In der massgeblichen Wohn- und Gewerbezone 3 der Gemeinde Q. gilt eine maximale Gebäudehöhe von 10 m (§ 7 Abs. 1 BNO).

Nach der langjährigen Praxis des BVU werden die (vorwiegend aus Sicherheitsgründen notwendigen) Geländer nicht zur Gebäudehöhe gezählt, wenn sie eine optisch "leichte" Konstruktion aufweisen, das heisst als filigranes Geländer (bspw. als filigranes Staketengeländer) ausgeführt werden (Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt [EBVU] 16.604 vom 19. Juni 2017, Erw. 3.5, S. 12 f.; 16.462 vom 3. August 2016, Erw. 2.3, S. 4; 14.743 vom 19. Januar 2015, Erw. 3.5, S. 7; 13.891/13.893 vom 25. März 2014, Erw. 4.7, S. 11 ff.; 06.433 vom 8. Dezember 2006, Erw. 4c, S. 7). Der Grund liegt darin, dass solch filigran ausgeführte Geländer nicht als Abschlusswand in Erscheinung treten können und das Gebäude entsprechend auch nicht höher erscheinen lassen. Auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu § 12 ABauV unterscheidet zwischen Brüstungen, welche als eigentliche Abschlusswand in Erscheinung treten und entsprechend an die Gebäudehöhe anzurechnen sind und filigranen Geländern, welche eben nicht als Brüstung respektive als Abschlusswand in Erscheinung treten und somit auch die Gebäudehöhe nicht beeinflussen (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau [VGE] vom 4. Juli 2011 [WBE.2008.37], Erw. 3.4.3). Ob eine Absturzsicherung bzw. ein Geländer als Brüstung zu betrachten ist mit der Folge, dass sie im Rahmen von § 12 Abs. 1 ABauV bei der Gebäudehöhe mitzuzählen ist, bestimmt sich dementsprechend danach, ob sie als Abschlusswand in Erscheinung tritt. In diesem Sinne bewilligte der Gemeinderat eine *transparente* Ausgestaltung der Brüstung zuerst als Staketengeländer (vgl. Plan "Schnitte & Fassaden" vom 25. Oktober 2017, Massstab 1:100) resp. dann als Klarglasbrüstung (vgl. Farb- und Materialkonzept, genehmigt am 17. September 2020). Im Treppenbau werden die senkrechten Geländerstäbe als Staketen

bezeichnet (vgl. dazu <http://de.wikipedia.org/wiki/Stake>). Indessen werden Staketengeländer in verschiedensten Ausführungen angeboten, nämlich sowohl als filigrane als auch blickdichtere Version, etwa mit Glas oder Lochblechen zwischen den Staketen. Daraus folgt, dass ein Staketengeländer per se noch keine Gewähr dafür bietet, dass die Absturzsicherung nicht als Wand in Erscheinung tritt und damit für die Gebäudehöhe relevant ist. Dasselbe gilt für die vom Gemeinderat geforderte Transparenz: So kann etwa selbst eine Absturzsicherung aus Klarglas wegen des Spiegeleffekts als Abschlusswand in Erscheinung treten, weshalb Absturzsicherungen aus Glas (unabhängig von deren Farbe) als an die Gebäudehöhe anrechenbare Brüstungen gelten (vgl. EBVU 16.604 vom 19. Juni 2017, Erw. 3.5, S. 13; 13.891/13.893 vom 25. März 2014, Erw., 4.7, S. 11 ff.). Nach der dargelegten Praxis muss dasselbe umso mehr für die realisierte Blauglasbrüstung gelten, welche durch ihre Undurchsichtigkeit ohne Weiteres als Abschlusswand in Erscheinung tritt. Gemäss diesen Ausführungen ist im zu beurteilenden Fall die ausgeführte Blauglasbrüstung an die Gebäudehöhe anzurechnen.

(...)

3.5 Fazit

Als Zwischenergebnis ist vorliegend festzuhalten, dass die Gebäudehöhe durch Anrechnung der Blauglasbrüstung überschritten wird und die Blauglasbrüstung nach dem Gesagten nicht nachträglich bewilligt werden kann. Insoweit ist die Beschwerde mithin abzuweisen.

4. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

(...)

4.2.2 Berücksichtigung Rechtsänderung

Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung besteht ferner die Pflicht der Behörden, neue (künftige) Rechtsnormen, die geeignet sind, die rechtswidrige Baute oder Nutzung zu gestatten, einzubeziehen. Es wäre wenig sinnvoll, ohne Verzug den Rückbau einer Baute anzuordnen, wenn zu erwarten ist, dass diese auf Grund einer sich konkret und in naher Zukunft abzeichnenden Rechtsänderung nachträglich bewilligt werden kann. Begünstigende positive Vorwirkung ist unter Umständen zulässig, etwa wenn aufgrund kommunal beschlossener, aber kantonale noch nicht genehmigter Bauvorschriften vorzeitige Bewilligungen erteilt werden (PIERRE TSCHANNEN, ULRICH ZIMMERLI, MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 2014, § 24 N 35). Bei der Gewichtung des öffentlichen Interesses an der Herstellung des rechtmässigen Zustands können dementsprechend mit gewisser Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zukunft eintretende Rechtsänderungen berücksichtigt werden (vgl. hierzu und zum Ganzen: VGE vom 7. März 2018 [WBE.2017.253/WBE.2017.247], Erw. 4.3). Diesbezüglich ergibt sich vorliegend was folgt:

Gemäss § 64 Abs. 1 BauV haben die Gemeinden ihre allgemeinen Nutzungspläne an die neuen Baubegriffe und Messweisen der IVHB anzupassen. Bis dahin gelten für die Bestimmung der Gebäudehöhe noch die altrechtlichen Regelungen. Demnach werden die Höhen von Gebäuden in der Gemeinde Q. über die Anzahl Vollgeschosse sowie über das Mass der Gebäude- und Firsthöhe definiert. Die Gebäudehöhe wird dabei vom anschliessenden gewachsenen Terrain bis zum Schnitt der Fassade mit der Dachoberfläche, bei Flachdächern je nach Ausgestaltung der Brüstung bis zum obersten Punkt der Brüstung gemessen (§ 12 Abs. 1 ABauV sowie Praxis des BVU zu Anrechenbarkeit von Brüstungen zur Gesamthöhe). Das Attikageschoss wird bei der Berechnung der Gebäudehöhe nicht mitgerechnet (§ 16a Abs. 3 ABauV).

Die Revision der BNO ist in der Gemeinde Q. bereits weit fortgeschritten. Die Gemeindeversammlung hat am tt.mm.jjjj die Gesamtrevision der Nutzungsplanung Siedlung und Kulturland beschlossen. Gegen die Revision wurden Beschwerden erhoben, die derzeit noch vor Regierungsrat hängig sind, weshalb auch die Genehmigung der Nutzungsplanung (§ 27 BauG) derzeit noch aussteht. Die neue BNO

sieht folgende Regelungen vor: Bezüglich der Höhen von Gebäuden wird die Definition über die Vollgeschosse beibehalten. In der Zone WG3 sind auch weiterhin drei Vollgeschosse erlaubt (vgl. § 10 Abs. 1 Entwurf BNO, Stand tt.mm.jjjj). Bei der Bemessung der Vollgeschosse gilt jedoch gemäss § 22 Abs. 2 BauV neu im Durchschnitt eine Geschosshöhe von 3,2 m (bisher 3,0 m gemäss ABauV). Auf die Festlegung eines Ersatzmasses für die Gebäudehöhe wird verzichtet, weil die Höhen an den Fassadenlinien über die Definition der Vollgeschosse genügend abgedeckt sind. Zur Begrenzung der Bauvolumen nach oben gilt anstelle der Gebäude- und Firsthöhe neu eine *Gesamthöhe* (vgl. Planungsbericht Nutzungsplanung Q. vom tt.mm.jjjj). Die Gesamthöhe ist der grösste Höhenunterschied zwischen dem höchsten Punkt der Dachkonstruktion und dem lotrecht darunter liegenden Punkt auf dem massgebenden Terrain (Ziff. 5.1 Anhang 1 und 2 BauV). Anders als nach geltendem Recht ist die Attikageschosshöhe bei der Berechnung der Gesamthöhe somit neu mitzurechnen. Der Entwurf der neuen BNO sieht in der Zone WG3 eine Gesamthöhe von 14 m vor. Eine Regelung zur Fassadenhöhe sieht die neue BNO nicht vor. Diese Bestimmungen sind nicht Gegenstand der gegen die Revision erhobenen Beschwerden.

Das im Streit liegende Mehrfamilienhaus weist eine Gesamthöhe (inkl. Attikageschoss) von 11,75 m auf (gemessen ab gewachsenen Terrain; vgl. Plan "Projektänderung: neu blaues Glasgeländer Attika MFH" vom 28. September 2021, Schnitt A-A, Massstab 1:100). Sollte die neue BNO so in Rechtskraft erwachsen, würde das vorliegende Mehrfamilienhaus wohl die zulässige Gesamthöhe von 14 m, gemessen ab dem natürlich gewachsenen Geländeverlauf (vgl. Ziff. 1.1 Anhang 1 BauV), einhalten. Eine abschliessende Beurteilung kann im vorliegenden Fall aufgrund fehlender Angaben zum massgebenden natürlich gewachsenen Terrain nicht erfolgen. Eine solche ist denn auch nicht erforderlich, da die Anwendung des neuen Rechts zur Beurteilung der zulässigen Gesamthöhe der bereits erstellten Baute eine unzulässige echte Rückwirkung darstellen würde. Von Bedeutung ist vielmehr, dass die neue BNO keine Regelung zur Fassadenhöhe vorsieht, womit die ausgeführte Blauglasbrüstung unter neuem Recht zulässig wäre. Im Hinblick auf die erwähnte BNO-Anpassung und die damit voraussichtlich verbundene vorteilhafte Regelung hinsichtlich der zulässigen Bauhöhe auf dem Baugrundstück rechtfertigt sich gegenwärtig daher kein Wiederherstellungsbefehl. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass die Beschwerdeführerin bösgläubig gehandelt hat (VGE vom 7. März 2018 [WBE.2017.253/WBE.2017.247], Erw. 4.3.2, S. 19). Vor diesem Hintergrund können vorliegend auch die öffentlichen Interessen an der Durchsetzung des objektiven Rechts die privaten Interessen der Beschwerdeführerin nicht überwiegen. Nachdem sich die Beseitigungsanordnung daher zum jetzigen Zeitpunkt bereits aus diesem Grund als unverhältnismässig erweist, kann auf die Prüfung, ob die weiteren Voraussetzungen für einen Widerruf der Bewilligung für eine Klarglasbrüstung gemäss § 37 VRPG erfüllt wären, verzichtet werden.

4.2.3 Weiteres Vorgehen

Eine (unzulässige) positive Vorwirkung künftigen Rechts ist damit nicht verbunden. Eine unmittelbare Anwendung der neuen BNO Vorschriften erfolgt nicht. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wird lediglich vor dem Hintergrund der unmittelbar bevorstehenden Rechtsänderung als unverhältnismässig erachtet. Mit dem Vorliegen der rechtsverbindlich revidierten Nutzungsplanung wird der Gemeinderat erneut über die ausgeführten Bauarbeiten zu befinden haben. Im Falle der Bewilligungsfähigkeit wird er Beschluss A. seines Entscheids vom 22. November 2021 wiedererwägungsweise (vgl. § 39 Abs. 2 VRPG) aufzuheben und eine nachträgliche Baubewilligung zu erteilen haben. Sollte sich das Projekt demgegenüber aufgrund von aus dem Beschwerde- oder Genehmigungsverfahren der derzeit hängigen Nutzungsplanung resultierenden, im vorliegenden Entscheid noch nicht berücksichtigten Änderungen weiterhin als unzulässig erweisen, wird er stattdessen einen erneuten Wiederherstellungsbefehl erlassen können.