

erweisen sich nicht als stichhaltig, die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen.

**63 Besitzstandsgarantie. Verwirkung des behördlichen
Beseitigungsanspruchs aufgrund des Vertrauensschutzes.**

- Die Gemeinden dürfen über § 69 BauG hinausgehendes Recht schaffen, wenn dies durch ein entsprechendes öffentliches Interesse, etwa ein solches des Ortsbildschutzes, geboten erscheint; Anwendung auf eine kommunale Bestimmung, die in der Dorfkernzone den Wiederaufbau bestehender Bauten im Rahmen des vorhandenen Gebäudekubus und des alten Grundrisses zulässt (Erw. 2/c).
- Derartige Spezialbestimmungen setzen nur ein bestehendes Gebäude voraus, nicht auch eine vorhandene Bausubstanz im Sinne der "Rohbau 1"-Praxis, d. h. der bauliche Zustand ist grundsätzlich nicht von Belang (Erw. 2/d).
- Rechtmässigkeit der Erstellung als Grundvoraussetzung; rund zwanzigjährige behördliche Duldung als Rechtstitel (Erw. 2/e).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 31. Mai 2000 in Sachen B. gegen Baudepartement.

Aus den Erwägungen

1. Der Beschwerdegegner beabsichtigt, die bestehende Scheune (Gebäude Nr. 84) auf der Parzelle Nr. 134 in ein Wohnhaus umzubauen. Vorgesehen sind im Erdgeschoss des ehemaligen Scheunentrakts ein als „Keller“ bezeichneter Raum - eine eigentliche Unterkellerung ist nicht vorgesehen -, eine Garage sowie der Einbau einer Heizung/Waschküche und eines Öltanks. Im Obergeschoss ist eine Dreizimmer-Wohnung, bestehend aus Wohn/Esszimmer, Elternschlafzimmer, Entrée, Küche und Bad, geplant. Der Estrich soll, anders als dies noch das Baudepartement annahm, als Büro ausgebaut werden. Abgebrochen wird ein angebauter Holzschopf auf der Westseite des Gebäudes.

2. a) Gemäss dem Bauzonenplan der Gemeinde Unterlunkhofen vom 20. Juni 1986 / 22. September 1987 liegt die Parzelle Nr. 134 in der Dorfzone D. Diese Zone bezweckt die Erhaltung der baulichen Einheit und des typischen Charakters des alten Dorfkernes; sämtliche baulichen Veränderungen haben sich dem Dorfbild anzupassen, wobei als hauptsächliche Kriterien Stellung, Ausmass, Dach- und Fassadengestaltung, Baumaterialien und Farbgebung, Gestaltung der Vorplätze und Bepflanzung gelten (§ 45 Abs. 1 BNO). In der Dorfzone sind Wohnbauten und wenig störende Gewerbe- und Landwirtschaftsbetriebe zugelassen (§ 45 Abs. 2 BNO). Unter dem Randtitel „Bauvorschriften“ bestimmt sodann § 45 Abs. 3 BNO:

„Die Dachneigung muss mindestens 35° und darf höchstens 45° betragen. Mit Ausnahme von Klein- und Anbauten gem. § 60 sind nur Dächer mit symmetrischer Neigung zugelassen.

Für Dachaufbauten gilt § 62, Dacheinschnitte sind nicht erlaubt.

Dachaufbauten sind mit demselben Material wie das Hauptdach einzudecken, sie sind von der Fassadenflucht um mindestens 50 cm zurückzusetzen, ihr oberer Ansatz muss, senkrecht gemessen, mindestens 1 m unter dem Dachfirst sein (vergl. Anhang 6).

Die Kniestockhöhe darf max. 50 cm betragen (vergl. Anh. 4).

Geschosszahl max.: 2 Vollgeschosse; das Dachgeschoss kann zusätzlich voll ausgebaut werden.

Grenzabstand min.: 4 m

Gebäudelänge max.: 25 m

Mehrlängenzuschlag: ab 20 m

Gebäudehöhe max.: 7 m

Immissionsgrad: II

Firsthöhe max.: 12 m“

Schliesslich regelt § 45 Abs. 5 BNO die Rechtslage bei bestehenden Bauten wie folgt:

„Sofern die gesundheits-, feuer- und sicherheitspolizeilichen Anforderungen gewahrt bleiben und die Verkehrssicherheit nicht beeinträchtigt wird, dürfen bestehende Bauten unter Wahrung der vorhandenen First- und Traufhöhen unabhängig der Vorschriften über Geschosszahl, Ausnützungsziffer, Grenz- und Gebäudeabstand im Rahmen des bestehenden Gebäudekubus umgebaut und erneuert werden bzw. bei Abbruch auf dem alten Grundriss wieder aufgebaut werden.

Das äussere Erscheinungsbild darf dabei nicht wesentlich verändert werden.

(...)“.

b) Es ist unbestritten, dass sowohl die bestehende Scheune als auch das Umbauvorhaben den vorgeschriebenen Mindestgrenzabstand von 4 m zur Parzelle Nr. 135 teilweise deutlich unterschreiten, indem der Abstand zur westlichen Parzellengrenze nur gerade 1.30 m beträgt; auch zur südlichen Parzellengrenze werden die vorgeschriebenen 4 m nicht durchwegs eingehalten. Unterschritten werden auch die Gebäudeabstände von 8 m zu den Gebäuden Nr. 83A auf der Parzelle Nr. 135 und Nr. 85 auf der Parzelle Nr. 76. Ebenfalls nicht durchwegs eingehalten ist die Dachneigung von mindestens 35°. Wegen dieser Abweichungen von den Bauvorschriften hat der Gemeinderat das Bauvorhaben aufgrund der Besitzstandsgarantie gestützt auf § 69 BauG sowie in Anwendung der Ausnahmebestimmung von § 4 BNO bewilligt. Das Baudepartement ist demgegenüber zur Auffassung gelangt, es liege kein Fall der Besitzstandsgarantie nach § 69 BauG vor, sondern der geplante Umbau der Scheune in ein Wohnhaus könne gestützt auf § 45 Abs. 5 BNO als zonenkonforme Baute in der Dorfzone bewilligt werden. Nach Auffassung des Beschwerdeführers hat das Baudepartement verkannt, „dass § 45 Abs. 5 BNO ebenfalls Ausfluss der Besitzstandsgarantie ist“.

c) § 69 BauG, auf den sich der Gemeinderat abgestützt hat, lautet wörtlich:

„¹Bestehende, rechtmässig erstellte Bauten innerhalb der Bauzonen, die den geltenden Vorschriften widersprechen, können angemessen er-

weitert, umgebaut oder in ihrem Zweck geändert werden, wenn dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht wesentlich verstärkt wird und keine besonderen Nutzungsvorschriften entgegenstehen.

²Bei Zerstörung durch Brand oder andere Katastrophen ist der Wiederaufbau von rechtmässig erstellten, den geltenden Plänen oder Vorschriften widersprechenden Bauten gestattet, wenn keine überwiegenden Interessen entgegenstehen und das Baugesuch innert fünf Jahren seit der Zerstörung eingereicht wird. Der Wiederaufbau hat der zerstörten Baute hinsichtlich Art, Umfang und Lage zu entsprechen. Eine Änderung ist möglich, sofern damit der bisherige Zustand verbessert wird.“

Das kantonale Recht regelt die Besitzstandsgarantie im Verhältnis zu den Gemeinden grundsätzlich abschliessend; dies bezieht sich aber bloss auf die allgemeine, unabhängig von der zonenmässigen Differenzierung geltende Ordnung für bestehende Bauten und Anlagen, d. h. die Gemeinden sind durchaus befugt, für einzelne Zonen nicht nur Vorschriften für Neu-, sondern auch solche für bestehende Bauten zu erlassen (AGVE 1986, S. 248). Freilich muss - namentlich im Blick auf § 69 Abs. 2 BauG, der den Wiederaufbau rechtswidriger Bauten ausschliesslich für den Fall der Zerstörung durch Brand und andere Katastrophen gestattet - ergänzend darauf hingewiesen werden, dass eine eigenständige kommunale Regelung der Rechtfertigung durch ein besonderes öffentliches Interesse bedarf, beispielsweise ein solches des Ortsbildschutzes. Das frühere Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971 (aBauG) enthielt in § 130 Abs. 2 denn auch eine Bestimmung, wonach die Gemeinden für Altstadtgebiete und alte Dorfkerne zusätzliche Vorschriften zur Erhaltung des Bestandes aufstellen können (vgl. dazu Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, Kommentar, 2. Auflage, Aarau 1985, §§ 130-33 N 2). Eine analoge spezifische Rechtssetzungskompetenz fehlt zwar im neuen Baugesetz. § 40 Abs. 1 BauG erklärt indessen u. a. die Erhaltung, Pflege und Gestaltung von Ortsbildern zur Sache des Kantons und der Gemeinden, und er verpflichtet sie u. a. zu Massnahmen, um „Ortsbilder entsprechend

ihrer Bedeutung zu bewahren und Siedlungen so zu gestalten, dass eine gute Gesamtwirkung entsteht“ (lit. f). Eine dieser Massnahmen bildet die Ausscheidung von Schutzzonen (§ 40 Abs. 3 lit. a BauG). Daraus lässt sich zwanglos ableiten, dass die Gemeinden nach wie vor befugt sind, über § 69 BauG hinausgehendes kommunales Recht zu schaffen, sofern dies durch ein entsprechendes öffentliches Interesse geboten erscheint (zur vergleichbaren Zürcher Regelung vgl. Walter Haller / Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. Auflage, Zürich 1999, Rz. 820).

Die Dorfkernzone, in welcher das Baugrundstück gelegen ist (Erw. a hievor), will die bauliche Einheit und den typischen Charakter des alten Dorfkerns erhalten (§ 45 Abs. 1 BNO). Der Erreichung dieses Ziels dient - nebst detaillierten Vorschriften für Neubauten, namentlich zur Gestaltung der Dächer (§ 45 Abs. 3 BNO) - zweifellos auch die Sonderbestimmung von § 45 Abs. 5 BNO über die „bestehenden Bauten“. Der kommunale Gesetzgeber ist zwar nicht so weit gegangen, einen Substanz- oder Volumenschutz vorzuschreiben, doch hat er dem Ortsbildschutzinteresse in der Weise Rechnung getragen, dass er den Wiederaufbau bestehender Bauten auf dem alten Grundriss - unter Einhaltung bestimmter Randbedingungen - ganz generell gestattet hat. § 45 Abs. 5 BNO stellt somit eine als *lex specialis* der allgemeinen Vorschrift von § 69 Abs. 1 BauG vorgehende Bestimmung dar.

d) Der Beschwerdeführer bestreitet, dass das Gebäude Nr. 84 der Besitzstandsgarantie überhaupt teilhaftig werden kann; es handle sich um ein Abbruchobjekt, das der Eigentümer in den letzten 20 Jahren habe verfallen lassen und welches heute auch wirtschaftlich nicht im geringsten mehr erhaltenswert sei.

Im Rahmen der Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über die Besitzstandsgarantie (§§ 68 ff. BauG) wird der Begriff der „bestehenden“ Baute so ausgelegt, dass jene Bauteile, welche unter dem technischen Begriff des „Rohbaus I“ subsumiert werden, noch ganz oder zu einem wesentlichen Teil vorhanden sein müssen; dies

sind primär die die Grundsубstanz eines Bauwerks ausmachenden Bauteile, insbesondere die gesamte Tragkonstruktion und das Dach eines Gebäudes (vgl. AGVE 1998, S. 311 f.). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers verlangt § 45 Abs. 5 BNO nichts Derartiges. Diese Bestimmung setzt zwar wohl ein bestehendes Gebäude voraus, gestattet indessen anders als die §§ 69 BauG ausdrücklich auch den *freiwillig* erfolgenden vollständigen Abbruch und Wiederaufbau. Vor dem Hintergrund der Zielsetzung, dass in der Dorfzone die bauliche Einheit und der typische Charakter des alten Dorfkerns zu erhalten sind (§ 45 Abs. 1 Satz 1 BNO), kann dies sinnvollerweise nur heissen, dass der bauliche Zustand des betreffenden Gebäudes grundsätzlich nicht von Belang ist. Die Beibehaltung des äusseren Erscheinungsbildes ist durch § 45 Abs. 5 Satz 2 BNO sichergestellt. Dass das Gebäude Nr. 84 unbestrittenermassen baufällig ist, hilft dem Beschwerdeführer daher nicht.

e) Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, die bereits vor 1984 zumindest teilweise eingestürzte Weidscheune sei vom damaligen Eigentümer eigenmächtig durch eine Überdachung zwischen dem an der Grenze zur Parzelle Nr. 135 stehenden Zaun und der westlichen Scheunenwand erweitert worden; bei diesem Anbau handle es sich nicht um eine rechtmässig erstellte Baute, aus welcher Rechte bezüglich der Besitzstandsgarantie abgeleitet werden könnten.

aa) Grundvoraussetzung jeder Besitzstandsgarantie ist, dass die „bestehende“ Baute ursprünglich rechtmässig erstellt wurde oder später rechtmässig geworden ist (§ 68 Abs. 1, § 69 Abs. 1, § 70 Abs. 1 und § 71 Abs. 1 BauG). Rechtmässig ist eine Baute, wenn sie formell oder materiell rechtmässig war oder ist. Als formell rechtmässig gilt eine Baute, wenn dafür eine Baubewilligungspflicht besteht oder bestand und eine rechtskräftige und weder nichtige noch widerrufenе Baubewilligung vorliegt, gleichgültig, ob diese dem materiellen Recht je entsprach oder entspricht. Die ausschliesslich materielle Rechtmässigkeit einer Baute begründet die Besitzstands-

garantie, wenn die Baute in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht entstand oder damit zu einem Zeitpunkt in Übereinstimmung gebracht wurde, als (noch) keine Baubewilligungspflicht bestand (vgl. zum Ganzen: AGVE 1989, S. 229 und 242, je mit Hinweisen; 1981, S. 225 f.; VGE III/95 vom 26. Juni 2000 in Sachen F. AG u. W., S. 12 f.). Einen für die Anrufung der Besitzstandsgarantie ausreichenden Rechtstitel stellt es schliesslich auch dar, wenn die betreffende Baute zwar nicht nach den erwähnten Kriterien rechtmässig ist, aber aufgrund des Vertrauensschutzes der behördliche Anspruch auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verwirkt ist (VGE III/3 vom 22. Januar 1996 in Sachen I., S. 6 f. mit Hinweis auf AGVE 1994, S. 440). Dieselben Grundsätze müssen auch Platz greifen, wenn es um die Anwendung kommunaler Spezialbestimmungen in der Art von § 45 Abs. 5 BNO geht.

bb) Die Scheune selber ist nach den unbestrittenen Angaben des Beschwerdegegners um 1900, d. h. lange vor jeder Bauordnung, erstellt worden. Ebenso wenig ist aber auch bestritten, dass es im Laufe der Zeit zu eigenmächtigen baulichen Veränderungen namentlich im Dachbereich gekommen ist. Diese Bauteile sind angesichts der zu geringen Grenz- und Gebäudeabstände (Erw. b hievor) offensichtlich auch nicht im materiellen Sinne rechtmässig. Andererseits ist davon auszugehen, dass die fraglichen Erweiterungen spätestens anfangs der Achtzigerjahre vorgenommen worden sind. Seither ist das Gebäude so toleriert worden. Dies hat rechtliche Konsequenzen. In der Regel verlieren die Behörden ihren Beseitigungsanspruch nach dreissigjähriger Duldung der baurechtswidrigen Baute, es sei denn, der rechtswidrige Zustand ist von der zuständigen Behörde über Jahre hinweg geduldet worden, obschon ihr die Gesetzwidrigkeit bekannt war oder sie diese bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte kennen müssen, und es werden zudem durch den gesetzwidrigen Zustand nicht in schwerwiegender Weise öffentliche Interessen verletzt; verhält es sich so, kann der behördliche Beseitigungsanspruch schon früher verwirkt sein (BGE 107 Ia 124 f.; Bundesgericht, in:

ZBl 81/1980, S. 73 f.; Walter Haller / Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Band I, 3. Auflage, Zürich 1999, Rz. 883 f.). Nach rund zwanzigjähriger Duldung ist dieser Tatbestand gegeben; von einer gravierenden Verletzung öffentlicher Interessen kann nicht gesprochen werden. Im Weiteren ist im vorliegenden Falle noch Folgendes zu beachten: Gegen ein fertiggestelltes Bauvorhaben, das ihm gegenüber nicht in einem ordnungsgemässen Rechtsschutzverfahren unterworfen war, darf sich der legitimierte Nachbar zwar noch wehren, doch muss er dies innert angemessener Frist tun (AGVE 1988, S. 401 f.; 1978, S. 233 ff.; VGE III/119 vom 11. Dezember 1996 in Sachen E. u. M., S. 11). Es erscheint nun nicht denkbar, dass der Beschwerdeführer von den unbewilligten baulichen Änderungen erst seit dem laufenden Verfahren Kenntnis hatte. Indem er nicht früher bei der Baubewilligungsbehörde interveniert hat, ist er seinerseits des Rechts verlustig gegangen, ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren zu erzwingen. Damit steht fest, dass als „bestehende Baute“ das Gebäude Nr. 84 in seiner heutigen Gestalt und Form zu gelten hat.

64 Überprüfung eines kommunalen Überbauungsplans auf seine Verfassungs- und Gesetzmässigkeit.

- **Kognition des Verwaltungsgerichts bei der inzidenten Normenkontrolle (Erw. 2/b/aa).**
- **Begriff der erheblichen Änderung in Art. 21 Abs. 2 RPG (Erw. 2/b/bb).**
- **Nichtanwendung eines kommunalen Baulinienplans wegen Wegfalls des öffentlichen Interesses (Erw. 2/b/cc).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 19. Juni 2000 in Sachen W., K. und J. AG gegen Baudepartement.