

die Seitenansichten zeigen, dass der sichtbare Teil der Anlage in einer normalen Dachlandschaft als übliche Dachaufbaute, als Kamin, Lüftungseinrichtung oder andere technische Dachaufbaute in Erscheinung tritt. Ist die Mobilfunkanlage in der Umgebung nicht als solche erkennbar, kommt § 79a BNO nicht zur Anwendung und die in diesem Zusammenhang vom Gemeinderat vorgebrachten Rügen sind folglich hinfällig.

## 28 Nutzungsplanung; Besitzstandsgarantie

- **Die kantonale Besitzstandsgarantie nach § 68 BauG ist im Verhältnis zur kommunalen Nutzungsplanung abschliessend.**
- **Eine Erweiterung durch kommunale Nutzungs- oder Ausnahmestimmungen ist nicht zulässig.**
- **Präzisierung der Rechtsprechung**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 26. Mai 2014 in Sachen A. AG gegen Regierungsrat und Einwohnergemeinde B. (WBE.2011.301).

### *Aus den Erwägungen*

#### 2.2.

Zentrales Anliegen der Revision der Bau- und Nutzungsordnung der Gemeinde B. war die Anpassung der überdimensionierten Dorfzone in eine kleinere Zentrumszone und die Schaffung neuer Wohn- und Arbeitszonen. Den Wohn- und Arbeitszonen WA 2 und WA 3 wurden diejenigen Gebiete zugeteilt, welche sich aufgrund ihrer Lage und des ortsbaulichen Zusammenhangs gut für eine gemischte Nutzung eignen und meistens über einen gewissen Anteil Gewerbe- und Dienstleistungsflächen bereits verfügten.

Die Zuweisungen aus der früheren Dorfzone in die Zonen WA 2 und WA 3 führten dazu, dass verschiedene bestehende Betriebsgebäude – auch jene der Beschwerdeführerin – nach den neuen Zonen-

vorschriften für die Zonen WA 2 und WA 3 (§ 7 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 BNO) nicht mehr zonenkonform sind. In diesen Zonen gelten neue Nutzungsvorschriften, insbesondere strengere Massvorschriften.

Im Rahmen des Einsprache- bzw. Einwendungsverfahrens wurden eine Ergänzung der Bau- und Nutzungsordnung ausgearbeitet und Absatz 3 zu § 10 BNO eingefügt. Ziel der Ergänzung ist die Vermeidung einer "Versteinerung" des Status quo aufgrund der Besitzstandsgarantie. Es sollen den Betroffenen Anreize gesetzt werden, "überdimensionierte" zonenwidrige Gebäude im Hinblick auf eine gesamthaft bessere Lösung zu verändern. Mit der neuen Bestimmung sollen die baulichen Möglichkeiten über das Mass der kantonalen Besitzstandsgarantie ausgeweitet werden. Diese Regelung soll insgesamt die Probleme bei der Erweiterung oder Veränderung altrechtlicher Bauten entschärfen, weil damit die baulichen Möglichkeiten über die Besitzstandsgarantie hinaus erweitert werden.

Die Entstehung der umstrittenen Regelung und die Planungsabsicht zeigen, dass § 10 Abs. 3 BNO die kantonale Besitzstandsgarantie in einzelnen Punkten erweitern will. Die Parteien sind auch übereinstimmend der Auffassung, dass sich der Normgehalt der Bestimmung in dieser Erweiterung erschöpft.

3.

3.1.

Nutzungspläne sind für jedermann verbindlich (Art. 21 Abs. 1 RPG); die Verbindlichkeit wird durch das Baubewilligungsverfahren gewährleistet (Art. 22 Abs. 2 RPG). Ausnahmen von der Zonenkonformität innerhalb der Bauzonen erfordern eine Grundlage im kantonalen Gesetz (Art. 23 RPG). Letztere Bestimmung ist eine Verweisungsnorm und hat lediglich deklaratorische Bedeutung. Für die Gewährung von Ausnahmen von dieser Zonenkonformität wird von der Lehre eine eigentliche Ausnahmesituation verlangt und die Ausnahmegewilligung ist an relativ strikte Voraussetzungen zu knüpfen (BERNHARD WALDMANN/PETER HÄNNI, Handkommentar RPG, Bern 2006, Art. 23 N 3 mit Hinweisen).

### 3.2.

Das kantonale Recht regelt die Voraussetzungen für die Ausnahmen in § 67 BauG und § 67a BauG. Letztere Bestimmung erleichtert Ausnahmegewilligungen im Unterabstand von Strassen und ist hier nicht einschlägig. § 67 Abs. 1 BauG erlaubt eine Ausnahmegewilligung von den kommunalen Nutzungsplänen und damit unter anderem auch vom Erfordernis der Zonenkonformität innerhalb der Bauzone. Eine Ausnahmegewilligung erfordert nicht nur eine Interessenabwägung, sondern setzt kumulativ das Vorliegen ausserordentlicher Verhältnisse und einer unzumutbaren Härte voraus (vgl. dazu AGVE 2006, S. 159, Erw. 2.4; ANDREAS BAUMANN, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau [Kommentar BauG], Bern 2013, § 67 N 1 ff.).

Die Ausnahmebestimmungen regeln die Rechtsanwendung im Baugewilligungsverfahren und sind daher für das Planfestsetzungsverfahren nicht einschlägig.

### 3.3.

Gemäss § 68 BauG dürfen rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen, die den geltenden Plänen oder Vorschriften widersprechen, unterhalten und zeitgemäss erneuert werden, wobei die Nutzungsordnung für bestimmte Schutzzonen die zeitgemässe Erneuerung einschränken oder verbieten kann (Abs. 1 lit. a). Sie dürfen angemessen erweitert, umgebaut oder in ihrem Zweck geändert werden, wenn dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht wesentlich verstärkt wird und keine besonderen Nutzungsvorschriften entgegenstehen (Abs. 1 lit. b). Schliesslich erlaubt § 68 Abs. 1 lit. c BauG den Wiederaufbau von zonenwidrigen Bauten und Anlagen bei Zerstörung durch Brand oder andere Katastrophen, wenn an ihrer Nutzung ein ununterbrochenes Interesse besteht und keine überwiegenden Anliegen der Raumentwicklung entgegenstehen. Dieser Wiederaufbau wird vom Gesetz zugelassen, wenn die zerstörte Baute oder Anlage hinsichtlich Art, Umfang und Lage beibehalten wird. Eine Änderung ist dann zulässig, wenn damit der bisherige Zustand verbessert wird.

Die Besitzstandsgarantie bezweckt den Schutz berechtigten Vertrauens in eine ursprünglich rechtmässige Nutzung, die im Laufe der

Zeit durch Rechtsänderung rechtswidrig geworden ist (vgl. AGVE 1986, S. 301).

Die Besitzstandsgarantie ermächtigt nicht dazu, anstelle der alten, freiwillig beseitigten eine neue, dem geltenden Recht erneut widersprechende Baute zu errichten; im Aargau gibt es kein Wiederaufbaurecht (vgl. AGVE 1983, S. 178). Der Wiederaufbau rechtswidriger Bauten ist ausschliesslich für den Fall der Zerstörung durch Brand und andere Katastrophen gestattet (§ 68 Abs. 1 lit. c BauG; vgl. auch VERENA SOMMERHALDER FORESTIER, Kommentar BauG, § 68 N 25 f.; AGVE 2000, S. 253). Für verfallene, technisch abbruchreife Bauten besteht demnach keine Besitzstandsgarantie (ERICH ZIMMERLIN, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Auflage, Aarau 1985, § 224 N 4d). Vorkehrungen, durch die praktisch ein Neubau anstelle des bestehenden Baus gesetzt wird, sind ebenfalls nicht erlaubt (vgl. AGVE 1992, S. 354; VGE III/25 vom 17. April 2013 [WBE.2012.68], Erw. II/4.2).

Der Anwendungsbereich der Besitzstandsgarantie gemäss § 68 BauG liegt im Baubewilligungsverfahren.

### 3.4.

#### 3.4.1.

Für die Zone WA 3 gelten gemäss § 7 BNO folgende Nutzungs- und Bauvorschriften: (...)

Nach dem Wortlaut entbindet die Ausnahmebestimmung in § 10 Abs. 3 BNO nur von der Einhaltung der Nutzungsvorschriften in § 7 Abs. 1 BNO. Unberührt von der Ausnahmebestimmung bleiben die Bauvorschriften zu den Zonen WA 2 und WA 3 in den §§ 10 Abs. 1 BNO (Nutzungsart), 10 Abs. 2 BNO (Grenzabstand von 4 m für eingeschossige Gewerbebauten bis zu einer Gebäudehöhe von 4 m und einer Firsthöhe von 6 m) sowie die Grenzabstandsvorschriften in § 35 BNO.

#### 3.4.2. (...)

#### 3.4.3.

Die Ausnahmebestimmung von § 10 Abs. 3 BNO bezieht sich nach Auffassung der Behörde primär auf die Gebäudelänge. Welche Auswirkungen die Erweiterung der Besitzstandsgarantie mit Bezug auf die übrigen Bauvorschriften in der Zone WA 3 hat, konnte auch

an der Augenscheinverhandlung nicht restlos geklärt werden. So blieben die zulässigen Abweichungen von der Ausnützungsziffer und bezüglich der Höhenvorschriften (§ 7 Abs. 1, § 10 Abs. 2 BNO) unklar. Die Vertreter der Gemeinde hielten dafür, dass in dieser Beziehung keine quantitativen Beschränkungen bestehen. Grundsätzlich begründe auch die 25 %-Regel der Rechtsprechung zur Besitzstandsgarantie keine bestimmte Grenze. Bei Zweckänderungen seien die (bundesrechtlichen) Bestimmungen zum Immissionsschutz relevant und beim Zonenzweck (§ 10 Abs. 1 BNO) bestimme sich die Besitzstandsgarantie ausschliesslich nach § 68 Abs. 1 lit. a BauG. Massgebend sei allein die Frage, ob der aktuelle Betrieb der Beschwerdeführerin als mässig störender Gewerbebetrieb zu qualifizieren ist.

Zwar bestimmt Alinea 3 von § 10 Abs. 3 BNO, dass neue Rechtswidrigkeiten nicht zulässig sind, indessen muss aufgrund der erklärten Intentionen der Gemeinde und der Auffassung der Vorinstanz davon ausgegangen werden, dass "besitzstandsgeschützte" Ausnahmen über die kantonalen Grenzen hinaus im Baubewilligungsverfahren gewährt werden können. Massgebendes Kriterium bleibt nach Auffassung der Behörden einzig die "gesamthaft bessere Lösung, namentlich in architektonischer Hinsicht und bezüglich Ortsbild sowie nachbarschaftlicher Interessen". Am Beispiel der Gebäudelänge illustriert, könnte das Betriebsgebäude auf Parzelle 460 über die Parzellen 460 und 1832 bzw. 2212 und 2966 auf über 130 m hinaus erweitert werden, sofern dies zu einer gesamthaft besseren Lösung führen würde. Das bestehende Betriebsgebäude der Beschwerdeführerin auf Parzelle 461 weist aktuell eine Länge von rund 80 m auf.

Allseits anerkannt ist, dass von den Grenzabstandsbestimmungen in § 35 BNO auch gemäss § 10 Abs. 3 BNO nicht abgewichen werden kann.

§ 10 Abs. 3 BNO will in Alinea 1 für Betriebsgebäude, die gegen § 7 Abs. 1 BNO verstossen, über die Besitzstandsgarantie gemäss § 68 Abs. 1 lit. b BauG hinaus, angemessene Erweiterungen und Umbauten sowie Zweckänderungen unabhängig von einer allfälligen Verstärkung der Rechtswidrigkeit zulassen, sofern die Verän-

derungen zu einer gesamthaft besseren Lösung – namentlich in architektonischer Hinsicht und bezüglich Ortsbild sowie nachbarschaftlicher Interessen – führen. Alinea 2 dieser BNO-Bestimmung erlaubt unter der Voraussetzung der gesamthaft besseren und zumutbaren Lösung und unter dem Vorbehalt allfällig notwendiger kantonaler Zustimmungen den Wiederaufbau am bestehenden Standort auch mit einer anderen Volumenverteilung. Die Bestimmung in Alinea 3 schliesst "neue Rechtswidrigkeiten" aus. Der materielle Gehalt dieses Verbots und sein Verhältnis zur Verstärkung der Rechtswidrigkeit gemäss § 68 BauG bei den Erweiterungen und beim Wiederaufbau eines Betriebsgebäudes sind nicht klar.

#### 3.4.4.

Bestehende Bauten, die bei ihrer Vollendung formell und materiell rechtmässig waren, stellen grundsätzlich einen abgeschlossenen verwaltungsrechtlichen Tatbestand dar (ZIMMERLIN, a.a.O., § 224 N 4a). Die Besitzstandsgarantie gemäss § 68 BauG schützt den Eigentümer rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen (sog. "altrechtliche Bauten"), wenn sie neuen Vorschriften und Plänen nicht mehr entsprechen (BGE 113 Ia 119, Erw. 2a; 109 Ib 116, Erw. 4; THIERRY TANQUEREL, in: HEINZ AEMISEGGER/PIERRE MOOR/ALEXANDER RUCH/PIERRE TSCHANNEN [Hrsg.], Kommentar RPG, Zürich 2010, Art. 21 N 54 f.). Die Besitzstandsgarantie schützt nicht eine vorbestehende Nutzung an sich, auch nicht eine gewerbliche industrielle Nutzung, sondern die (vor-) bestehenden Investitionen in Bauten und Anlagen (vgl. BVR 2001, S. 125, Erw. 3).

Die Besitzstandsgarantie (§ 68 BauG) erlaubt den (baulichen) Unterhalt und die zeitgemässe Erneuerung von rechtmässig erstellten Bauten und Anlagen, die den geltenden Plänen oder Vorschriften widersprechen. Solche Bauten dürfen ausserdem angemessen erweitert, umgebaut oder in ihrem Zweck geändert werden, wenn dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht wesentlich verstärkt wird und keine besonderen Nutzungsvorschriften entgegenstehen (§ 68 Abs. 1 lit. a und b BauG). Die kantonale Besitzstandsgarantie schützt das berechtigte Vertrauen in eine ursprünglich rechtmässige bauliche Nutzung, die im Laufe der Zeit infolge einer Rechtsänderung rechtswidrig geworden ist (vgl. VGE III/32 vom 25. Mai 2010 [WBE.2009.293], S. 6;

III/88 vom 18. November 2009 [WBE.2008.363], S. 7 f.; III/77 vom 15. September 2003 [BE.2003.00040], S. 12; III/73 vom 30. Mai 2000 [BE.1998.00317], S. 10; vgl. zum alten Recht AGVE 1990, S. 278 f.; 1986, S. 301; ZIMMERLIN, a.a.O., § 224 N 4a).

Sinn und Zweck der Besitzstandsgarantie liegen somit darin, zwischen dem (privaten) Interesse am Schutz der im Vertrauen auf die Kontinuität der bisherigen Rechtsordnung getätigten Investitionen (Perpetuierung) und dem (öffentlichen) Interesse an der möglichst freien politisch-planerischen Gestaltung und baldigen Verwirklichung des neuen Rechts einen angemessenen Ausgleich zu finden (vgl. AGVE 1983, S. 178 f.). Einerseits soll dem Eigentümer die Weiternutzung im bisherigen Rahmen garantiert werden. Andererseits will der Gesetzgeber aber den faktischen Zustand mit der geltenden Rechtslage zur Deckung bringen. Das (Anpassungs-) Ziel soll (indirekt) dadurch erreicht werden, dass dem Eigentümer der normwidrigen Baute bestimmte Gestaltungsmöglichkeiten entzogen werden und insoweit die Baute für ihn uninteressant gemacht wird (AGVE 1996, S. 336; 1994, S. 419; 1989, S. 237).

Die Wirkung der Besitzstandsgarantie besteht vor allem darin, dass der durch sie geschützten Altbau der Weiterbestand in ihrer derzeitigen inneren und äusseren Gestaltung und mit ihrer bisherigen Zweckbestimmung gewährleistet ist, und zwar grundsätzlich ebenso lange wie bei einer baurechtskonformen Baute. Bauliche Änderungen, nicht aber Erweiterungen, sind in den positiv-rechtlichen Grenzen statthaft (Urteil des Bundesgerichts vom 9. Dezember 2010 [1C\_258/2010], Erw. 2.7; ZIMMERLIN, a.a.O., § 224 N 5a). Die Besitzstandsgarantie ist damit eine Konkretisierung der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV). Die Eigentumsgarantie schützt als Bestandesgarantie nur die rechtmässige Ausübung des Privateigentums. Sie gewährleistet das Eigentum innerhalb der Schranken, die ihm im öffentlichen Interesse durch die Rechtsordnung gezogen sind. Zu beachten sind namentlich die Anforderungen der Raumplanung (BGE 117 Ib 243, Erw. 3a mit Hinweisen). Die Baufreiheit und damit auch das Recht zur Erweiterung oder zum Ersatz einer Baute bestehen daher nur innerhalb der Vorschriften, die der Gesetzgeber über die Nutzung des Grundeigentums erlassen hat (Urteil des Bundesgerichts vom

7. Juni 2005 [1A.289/2004], Erw. 2.1.1 mit Hinweis; vom 24. Februar 2012 [1C\_388/2011], Erw. 3 zu VGE III/37 vom 4. Juli 2011 [WBE.2008.37]).

### 3.5.

Die kantonalen Bestimmungen über die Besitzstandsgarantie sind im Verhältnis zu den Gemeinden abschliessend (AGVE 2000, S. 250, Erw. 2c mit Hinweisen; 1986, S. 243, Erw. 3b; 1983, S. 174, Erw. 3 mit Hinweisen auf unveröffentlichte Entscheide). Sie erlauben den Gemeinden eine Einschränkung oder ein Verbot der zeitgemässen Erneuerung in Schutzzonen. Die kommunalen Nutzungsvorschriften können auch einer Erweiterung, einem Umbau oder einer Zweckänderung nur entgegenstehen. § 68 Abs. 1 BauG sieht keine Ausweitung des Schutzes von Bauten, die durch eine Rechtsänderung vorschriftswidrig geworden, durch die Gemeinden vor.

In den AGVE 2009, S. 182 (Erw. 4.3.3), 2000, S. 250 und 1986, S. 248 wurde dieser Grundsatz mit Bezug auf die konkrete Nutzungsordnung relativiert. Die kantonale Besitzstandsgarantie beziehe sich bloss auf die allgemeine, unabhängig von der zonenmässigen Differenzierung geltende Ordnung. Die Befugnis der Gemeinden, in einzelnen Zonen Vorschriften für den Neubau und für bestehende Bauten zu erlassen, ändert an der abschliessenden kantonalen Kompetenz nichts. Im Einzelnen ergibt sich Folgendes:

- In den publizierten Entscheiden wurde auf die unter dem früheren Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971 (aBauG) geltende Bestimmung in § 130 Abs. 2 aBauG verwiesen, wonach die Gemeinden für Altstadtgebiete und alte Dorfkerne zusätzliche Vorschriften zur Erhaltung des Bestandes aufstellen können (vgl. dazu auch ZIMMERLIN, a.a.O., §§ 130 bis 133 N 2). Diese Regelung fehlt im neuen Baugesetz. Sie wurde entgegen der Auffassung der Gemeinde auch nicht durch § 40 Abs. 1 BauG oder § 13 Abs. 2<sup>bis</sup> BauG ersetzt. Diese beiden Bestimmungen befassen sich mit Vorgaben für die Nutzungsplanung: § 40 Abs. 1 BauG hinsichtlich des Ortsbildschutzes und § 13 Abs. 2<sup>bis</sup> BauG mit Bezug auf die Siedlungsqualität und Siedlungsentwicklung. Diese Planungsvorschriften bilden aber keine gesetzliche Grundlage, um die kantonale Besitzstandsgarantie in der kommunalen Nutzungsordnung zu ergänzen oder auszuweiten.



- Schon der Wortlaut von § 68 Abs. 1 lit. a BauG schliesst eine kommunale Erweiterung der Besitzstandsgarantie aus: Nur die Einschränkung oder ein Verbot in kommunalen Nutzungsordnungen für bestimmte Schutzzonen ist vorgesehen. Auch § 68 Abs. 1 lit. b BauG erlaubt die angemessene Erweiterung und den Umbau oder die Zweckänderung bestehender Bauten und Anlagen nur dann, wenn solchen Vorhaben keine besonderen kommunalen Nutzungsvorschriften entgegenstehen.

- § 40 Abs. 1 BauG enthält klarerweise einen Auftrag, die Ortsbilder mit Massnahmen der Nutzungsplanung zu schützen (vgl. BGE 135 II 209; AGVE 2013, S. 173; ERICA HÄUPTLI-SCHWALLER, Kommentar BauG, § 40 N 81). § 13 Abs. 2<sup>bis</sup> BauG betrifft ebenfalls die Planungspflicht in der kommunalen Raumentwicklung. Planungsvorschriften über die zulässige Zonennutzung haben zwar Auswirkungen auf den Inhalt und den Umfang der kantonalen Besitzstandsgarantie, da sie die Zonenkonformität umschreiben. Das bedeutet aber umgekehrt nicht, dass § 40 BauG eine gesetzliche Grundlage ist, welche den Gemeinden erlaubt, die kantonale Besitzstandsregelung auszudehnen.

- Die erwähnten Urteile und weitere Entscheide des Verwaltungsgerichts zur Besitzstandsgarantie ergingen in Baubewilligungsverfahren und betrafen die Zonenkonformität industrieller und gewerblicher (Alt-) Bauten in Kern- und Dorfzonen (vgl. auch VGE III/88 vom 18. November 2009 [WBE.2008.363], Erw. II/4.3; III/59 vom 31. August 2006 [WBE.2005.59], Erw. II/5.4.2). Diese Rechtsprechung gewährt im Rahmen der kantonalen Besitzstandsgarantie einzelnen Bauten eine Sonderstellung im Hinblick auf eine Erhaltung von Industrie- und Gewerbebetrieben. Eine Erweiterung der besitzstandsgeschützten Bauten ist bei einem überwiegenden öffentlichen Interesse und unter restriktiven Voraussetzungen möglich, soweit keine Verstärkung der Rechtswidrigkeit vorliegt (vgl. AGVE 2009, S. 182, Erw. 4.3.4). Die Zonenkonformität muss auf der Grundlage der kommunalen Zonen- und Bauvorschriften geprüft werden. Der Umkehrschluss, dass die Gemeinden in ihrer Nutzungsordnung die kantonale Besitzstandsgarantie erweitern können, ist demgegenüber unzulässig. Nichts anderes ergibt sich im Übrigen aus der von den Beschwerdegegnern angeführten Literatur. WALTER HALLER und PETER KARLEN beziehen sich auf die zürcherische Regelung, wonach in Kernzonen der Umbau und Ersatz baurechtswidriger Bauten *planungsrechtlich*

abweichend geregelt werden können (WALTER HALLER/PETER KARLEN, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. Auflage, Zürich 1999, Rz. 820; vgl. dazu auch RUDOLF KAPPELER, Die baurechtliche Regelung bestehen der Gebäude, Zürich 2001, Rz. 643 und hinten Erw. 3.6).

Die Grundsätze der Besitzstandsgarantie sind von den Planungskompetenzen der Gemeinde zu unterscheiden. Eine kommunale Kompetenz zur ergänzenden Rechtsetzung zu § 68 BauG kann aus der Rechtsprechung zur Dynamisierung der Besitzstandsgarantie für gewerbliche und industrielle Bauten nicht abgeleitet werden (a.A. SOMMERHALDER FORESTIER, Kommentar BauG, § 68 N 8 ff. und N 40). Ohnehin kann die Rechtsprechung den Gemeinden keine Gesetzgebungskompetenzen übertragen.

### 3.6.

Im Baugesetz fehlt eine Kompetenz- oder Delegationsnorm, welche den Gemeinden erlauben würde, die kantonale Besitzstandsgarantie zu erweitern. § 164a BauG erlaubt dem Regierungsrat, Ausführungsvorschriften zum kantonalen Baugesetz zu erlassen. Nach § 68 BauG besteht – wie erwähnt (vgl. vorne Erw. 3.5) – nur die Möglichkeit, in der Nutzungsordnung den Anwendungsbereich der kantonalen Besitzstandsgarantie einzuschränken.

Das Baubewilligungsverfahren dient der Abklärung und Prüfung, ob Bauvorhaben den Ordnungsvorschriften der Nutzungsplanung und -ordnung entsprechen. Es hat die einzelfallweise Planverwirklichung zum Gegenstand (BGE 116 Ib 50, Erw. 3a), ist aber nicht geeignet, selbständige Planungsentscheide hervorzubringen. Das Baubewilligungsverfahren verfügt weder über das erforderliche Instrumentarium noch die demokratische Legitimität, einen Nutzungsplan zu ändern oder zu ergänzen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juni 2012 [1C\_7/2012], Erw. 2.3, in: ZBl 114/2013, S. 281). Die Entscheidungszuständigkeiten gelten nicht nur für Ausnahmegewilligungen ausserhalb der Bauzone (vgl. dazu ARNOLD MARTI, Die Planungspflicht für grössere Vorhaben ausserhalb der Bauzonen, in: ZBl 106/2005, S. 367 f.), sondern auch für das Baubewilligungsverfahren für Ausnahmen innerhalb der Bauzone (vgl. TSCHANNEN, Kommentar RPG, Art. 2 N 27 und 30).

Eine andere gesetzliche Regelung gilt im Kanton Bern und im Kanton Zürich. Nach Art. 3 Abs. 4 des bernischen Baugesetzes können die Gemeinden die Besitzstandsgarantie für besondere Fälle regeln (vgl. ALDO ZAUGG/PETER LUDWIG, Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, 3. Aufl., Bern 2007, Art. 3 N 8). Im Kanton Zürich besteht für Nutzungsbestimmungen in Kern- und Quartierhaltungszonen ein Vorbehalt zugunsten kommunaler Sondervorschriften (KONRAD WILLI, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 158, Zürich 2003, S. 81 mit Hinweisen).

### 3.7.

Mit der Feststellung, dass das kantonale Baugesetz die Erweiterung der kantonalen Besitzstandsgarantie durch kommunale Nutzungsvorschriften nicht nur grundsätzlich, sondern generell ausschliesst, verliert § 10 Abs. 3 BNO die gesetzliche Grundlage, auf die sich die Gemeinde stützt.

Der materielle Gehalt der massgebenden Bauvorschriften für besitzstandsgeschützte Betriebsgebäude in den Zonen WA 2 und WA 3 wird erst im Baubewilligungsverfahren vom Gemeinderat und gestützt auf ein Gutachten festgelegt. Aus dem Wortlaut von § 10 Abs. 3 BNO lässt sich daher nicht mit genügender Bestimmtheit entnehmen, bis zu welcher Grenze und in welchem Umfang die Besitzstandsgarantie gemäss § 68 BauG ausgeweitet und die Rechtswidrigkeit verstärkt werden darf (vgl. vorne Erw. 3.4.3 und 3.4.4). Eine solche Regelung ist mit § 68 lit. b BauG auch materiell nicht vereinbar.

### 3.8.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass die von der Gemeinde in § 10 Abs. 3 BNO gewählte Regelung der Veränderung und für den Wiederaufbau bestehender grosser Gebäudevolumen mangels kompetenzgemässer Rechtsgrundlagen und wegen Verletzung von § 68 BauG nicht rechtmässig ist.

29 **Kostenauflage in erstinstanzlichen Baugesuchssachen nach Massgabe eines kommunalen Reglements, das sich auf § 5 Abs. 2 BauG abstützt.**

- **Auslegung von § 5 Abs. 2 BauG: Der Begriff "Entscheid über Baugesuche" ist in einem weiten Sinn zu verstehen. Von der Bestimmung kann auch Aufwand erfasst sein, der im Zusammenhang mit der Prüfung bereits erstellter Bauten und Anlagen erforderlich ist, wenn die Abklärungen Baurechtswidrigkeiten aufzeigen, die von der Bauherrschaft im Zuge der Abklärungen dann jedoch freiwillig behoben bzw. vom Nachbarn toleriert werden (Erw. 1.2.1. und 1.2.2.).**
- **Die umstrittenen Kosten können im konkreten Anwendungsfall sodann dem kommunalen Gebührenreglement zur BNO zugeordnet werden (Erw. 2.2.).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 19. September 2014 in Sachen A. und B. gegen Gemeinderat C. sowie Departement Bau, Verkehr und Umwelt (WBE.2014.50).

### *Aus den Erwägungen*

1.

1.1.

Die Beschwerdeführer vertreten die Auffassung, für die vom Gemeinderat verfügte Kostenauflegung fehle es an einer gesetzlichen Grundlage: § 5 Abs. 2 BauG erlaube eine Abweichung von der allgemeinen Regel von § 31 VRPG nur für Entscheide über Baugesuche und Enteignungen. Nur schon vom Wortlaut her könnten keine erstinstanzlichen Gebühren für die Kosten des Nachführungsgeometers, der ohne hängiges Baugesuch und ohne Wissen der Beschwerdeführer tätig geworden sei, erhoben werden. Dies entspreche auch der Absicht des Gesetzgebers. Auch sonst bestünden keine Anhaltspunkte, dass gestützt auf § 5 Abs. 2 BauG Gebühren ausserhalb von Baugesuchen festgelegt werden dürften.