

Südostfassade des Gemeindehauses eine lärmabsorbierende Verkleidung anzubringen. (...).

**39 Gebäudehöhe und Geschossigkeit (gewachsenes Terrain).**

- **Auslegung von § 13 Abs. 2 ABauV (Kodifizierung der bisherigen Praxis); durch eine formell rechtskräftig bewilligte Terrainveränderung wird ein neuer, auch für allfällige Neubauten geltender Terrainverlauf definiert (Erw. 2).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 31. August 2005 in Sachen H. & Co. Immobilien gegen Baudepartement.

*Aus den Erwägungen*

1. Die Beschwerdeführerin plant auf den Parzellen Nrn. 216, 217 und 218 die Erstellung von vier nach Südwesten ausgerichteten Mehrfamilienhäusern (Häuser A, B, C und D). In jedem Haus sind eine Wohnung zu 5 ½ Zimmern, vier Wohnungen zu 4 ½ Zimmern und zwei Wohnungen zu 3 ½ Zimmern vorgesehen; die Gesamtzahl der Wohneinheiten beträgt somit 28. Die Häuser weisen je ein Erdgeschoss, ein 1. Obergeschoss und ein Attikageschoss auf und sind mit Flachdächern bedeckt. Die Grundrisse sind identisch. Die Fassadenlängen betragen 27.74 m bzw. 16.49 m. Im Untergeschoss befindet sich eine Sammelgarage mit insgesamt 43 Autoabstellplätzen; die Ausfahrtsrampe mündet auf der Höhe des Hauses A in die Chörenmattstrasse. Oberirdisch sind neun Autoabstellplätze für Besucher vorgesehen.

2. 2.1. Die Baugrundstücke liegen in der Wohnzone 2-geschossig (W 2) gemäss dem Bauzonenplan der Gemeinde Berikon vom 5. Dezember 1991 / 18. Januar 1994 (letztmals revidiert am 1. Dezember 1994 / 23. Januar 1996); dort sind maximal zwei Vollgeschosse zulässig, und die maximal zulässige Gebäudehöhe beträgt in der Ebene 7.0 m und am Hang 7.4 m (Art. 42 der Bau- und Nutzungsordnung der Gemeinde Berikon [BNO] mit denselben Beschluss- und Genehmigungsdaten wie der Bauzonenplan). In Be-

zug auf die Geschossigkeit und die Gebäudehöhen hielt das Baudepartement Folgendes fest: Das Haus A sei rechtmässig. Die Häuser B und C dagegen seien dreigeschossig, weil das unterste Geschoss auf weiten Teilen das in den Fassaden- und Schnittplänen als gewachsenes Terrain bezeichnete Gelände vollständig bzw. weitgehend überschreite, und auch zu hoch. Das Haus D wiederum sei dreigeschossig, weil an der Nordfassade auf mehr als einem Drittel der Fassadenlänge abgegraben werde; auch rage das unterste Geschoss mehr als 0.8 m aus dem als gewachsenes Terrain bezeichneten Gelände, während die Gebäudehöhe bei Zugrundelegung dieses Terrains in Ordnung sei. Nun sei allerdings nicht vom aktuell bestehenden (und in den Plänen fälschlicherweise als gewachsen bezeichneten) Terrain auszugehen, sondern von jenem, das vor der im Jahre 1984 bewilligten Aufschüttung vorgelegen habe. Dies führe dazu, dass sich die Abweichungen vom Erlaubten in Bezug auf Geschossigkeit und Gebäudehöhe noch akzentuierten.

2.2. Vorab ist somit klarzustellen, welches das hier massgebende gewachsene Terrain ist.

2.2.1. Über die Messweise bei der Bestimmung der Bauhöhen bestimmt § 12 ABauV (in der Fassung vom 12. Juli 2000) Folgendes:

<sup>1</sup>Die Gebäudehöhe wird vom anschliessenden gewachsenen Terrain bis zum Schnitt der Fassade mit der Dachoberfläche (...) gemessen.

<sup>2</sup>Die Firsthöhe wird vom anschliessenden gewachsenen Terrain bis zum höchsten Punkt der Dachoberfläche gemessen.

<sup>3</sup>Am Hang werden Gebäudehöhe, Firsthöhe und Geschosszahl talseitig gemessen. (...)"

Weiter enthält § 13 ABauV die folgende Definition des gewachsenen Terrains:

<sup>1</sup>Das gewachsene Terrain ist der bei Einreichung des Baugesuches bestehende Verlauf des Bodens. Kleine Geländeunebenheiten innerhalb des Gebäudegrundrisses werden vernachlässigt.

<sup>2</sup>Auf frühere Verhältnisse ist zurückzugreifen, wenn das Terrain im Hinblick auf das Bauvorhaben verändert worden ist."

2.2.2. Die Diskussion über die Lage des gewachsenen Terrains ist durch die folgende Vorgeschichte ausgelöst worden: Mit Datum vom 18. Juli 1983 reichte die Kollektivgesellschaft H. & Co. Immo-

bilien ein Baugesuch für eine Terrain-Auffüllung auf der Parzelle IR 117 ein, und zwar teilweise innerhalb, teilweise ausserhalb des Baugebiets. Gestützt auf die Teilverfügung der Baugesuchszentrale des Baudepartements vom 15. November 1983, wonach der Terrainveränderung ausserhalb des Baugebiets nur zugestimmt wurde, soweit sie 1 m ab gewachsenem Terrain nicht überstieg, verlangte der Gemeinderat mit Beschluss vom 28. November 1983 eine neue Baueingabe. Diese erfolgte mit Schreiben der Bauherrschaft vom 16. Dezember 1983. Einsprachen während der öffentlichen Auflage vom 5. bis zum 25. Januar 1984 wurden keine erhoben. Mit Beschluss vom 6. Februar 1984 erteilte der Gemeinderat die Baubewilligung, unter Beifügung u.a. der folgenden Nebenbestimmung:

"2. Bei künftigen Bauvorhaben im Bereiche der Aufschüttung ist das ursprünglich gewachsene Terrain zu berücksichtigen. Der Plan, Terrainprofile Mst. 1 : 200 vom 14. Dezember 1983, ist für die Bestimmung des ursprünglich gewachsenen Terrains massgebend."

In der Folge focht die Bauherrschaft die erwähnte Klausel mit folgender Begründung beim Baudepartement an:

"Die Auflage des Gemeinderates besitzt keine gesetzliche Grundlage. Unser Land wurde 'verlocht' wegen des Baues der neuen und hochgelegenen Erschliessungsstrasse. Die geplante Auffüllung bezweckt lediglich die Anpassung an das neue Strassenniveau. Sicher hat aus diesem Grund auch die Baugesuchszentrale in ihrem Schreiben vom 15.11.83 (...) der Auffüllung zugestimmt. Wenn man auffüllen darf, so muss doch das neue Niveau für eine neue Überbauung gelten. Das alte Niveau wurde durch den Strassenbau überholt."

Auf ein bei ihm eingereichtes Wiedererwägungsgesuch gleichen Inhalts hin beschloss der Gemeinderat am 27. Februar 1984, den Satz "Bei künftigen Bauvorhaben im Bereiche der Aufschüttung ist das ursprünglich gewachsene Terrain zu berücksichtigen." in Ziffer 2 der Verfügung vom 6. Februar 1984 zu streichen. Er begründete dies wie folgt:

"Der Gemeinderat stellt fest, dass lediglich die Terrainauffüllung Gegenstand des Gesuches war. Der Gemeinderat hat somit seine Verfügungsberechtigung überschritten, wenn er bereits in die Verfügung zur Terrainauffüllung Dispositionen betreffend künftige Bauvorha-

ben aufnimmt. - Er ist deshalb ohne weiteres bereit, auf den Wiedererwägungsantrag einzutreten und den Satz betreffend künftige Bauvorhaben aus Zif. II.2 der Bewilligung vom 6. Februar 1984 zu streichen.

Seine im Beschluss vom 6. Februar 1984 enthaltene Meinung betreffend Hochbauten im Bereiche der Aufschüttung ändert er nicht, resp. es wird darüber in diesem Verfahren nicht weiter beraten. - Sofern die H. & Co. einen verbindlichen Entscheid zur Frage der Geschoszahl künftiger Bauvorhaben erwirken will, müsste sie ein Baugesuch oder zumindest einen Vorentscheid unterbreiten.

(...)"

2.2.3. 2.2.3.1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Norm in erster Linie aus sich selbst heraus, d.h. nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihr zu Grunde liegenden Wertungen, aber auch nach der Entstehungsgeschichte auszulegen. Auszugehen ist vom Wortlaut, doch kann dieser nicht allein massgebend sein. Besonders wenn der Text unklar ist oder verschiedene Deutungen zulässt, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung weiterer Auslegungselemente, wie namentlich der Entstehungsgeschichte der Norm, ihrem Zweck und ihrem Zusammenhang mit andern Bestimmungen (Bundesgericht, in: ZBl 102/2001, S. 84 und BGE 125 II 152, je mit Hinweisen; siehe auch AGVE 2003, S. 191 f.). Nach Massgabe dieser Grundsätze ist auch § 13 ABauV zu deuten.

2.2.3.2. Schon aus dem Wortlaut der Bestimmung lassen sich verschiedene Schlüsse ziehen. Klar ist zunächst, dass Abs. 1 den Grundsatz wiedergibt und Abs. 2 einen Sondertatbestand regelt; dies spricht für eine eher restriktive Auslegung. Im Weiteren setzt die Ausnahmesituation voraus, dass die Terrainveränderung mit einem konkreten Baugesuch in Verbindung gebracht werden kann ("[...] im Hinblick auf *das* Bauvorhaben [...]"), d.h. im Zeitpunkt der Terrainveränderung muss sich die Planungsidee so weit verfestigt haben, dass die wesentlichen Randbedingungen der in Aussicht genommenen Baute bekannt sind. Damit scheiden länger zurückliegende Terrainveränderungen in aller Regel aus. Ihre Berücksichtigung wäre namentlich darum problematisch, weil der ursprüngliche Terrain-

verlauf häufig gar nicht mehr zuverlässig rekonstruiert werden könnte und es aus naheliegenden Gründen - Zeugen nicht mehr verfügbar, mangelndes Erinnerungsvermögen - auch nicht einfach ist, auf längere Zeit zurück eine bestimmte Absicht zu ergründen. Unter diesem Aspekt ist also ein enger zeitlicher Zusammenhang erforderlich. Auf der andern Seite soll sichergestellt werden, dass der Bauherr nicht mittels einer gezielt vorgenommenen Aufschüttung die Vorschriften über die Gebäude- und Firsthöhe unterlaufen kann. Bereits in einem älteren Urteil hat das Verwaltungsgericht die Sache wie folgt auf den Punkt gebracht (siehe AGVE 1984, S. 405 f.):

"Auch das Gebiet der Gemeinde Fislisbach ist seit Jahrhunderten vielfältigst von Menschen verändert worden; der Urzustand ist endgültig verloren. Diskutieren kann man bloss, ob irgendeine bestimmte frühere, historische und damit immer nur relativ natürliche Terraingestaltung massgebend sein muss. Im Grundsatz kann dem nicht so sein. Dies führte zu völlig unpraktikablen Lösungen. Das Ergebnis wäre dem Zufall ausgeliefert, könnte doch kein einheitlicher Zeitpunkt bestimmt und die seitherige Entwicklung oft nicht genügend ermittelt werden. Normalerweise muss daher als unterer Bezugspunkt der Höhenmessung die effektive Oberfläche des Baugrundstückes angenommen werden, so wie sie sich im Zeitpunkt der Erteilung der Baubewilligung präsentiert. Nur dieser tatsächliche Ausgangspunkt erlaubt es, den Sinn des Gesetzes zu verwirklichen. Es will unter den heutigen Gegebenheiten Licht, Luft und Sonne ermöglichen und eine siedlungsgestalterisch befriedigende Überbauung erreichen. Massgebend ist also grundsätzlich nicht irgend ein früherer, sondern der heutige Zustand des Terrains, d.h. das Terrain, wie es sich darstellt, bevor es der jetzt Bauwillige verändert. Immerhin sind allenfalls Terrainveränderungen, die der Bauherr im Zusammenhang mit der Vorbereitung eines Baugesuches oder einer Überbauung vornimmt, dementsprechend zu berücksichtigen, auch wenn sie früher vorgenommen wurden. So soll namentlich verhindert werden, dass die Vorschriften über die Gebäudehöhe umgangen werden können."

Es ist offensichtlich, dass es der Wille des Verordnungsgebers war, diese Praxis beim Erlass der ABauV zu kodifizieren.

2.2.4. Nach Auffassung des Baudepartements ist auf das alte, vor der Aufschüttung vorhandene Terrain abzustellen. Projektverfasser U.H. habe anlässlich der Einspracheverhandlung vom 22. Oktober 2003 ausgesagt, die Aufschüttung sei vorgenommen worden, damit im Hinblick auf eine zukünftige Überbauung die Gebäude nicht zu tief zu liegen kämen. Den gleichen Schluss legten auch die Schreiben der Beschwerdeführerin vom 2. September 1983 und 28. Februar 1984 sowie die Tatsache nahe, dass sie den gemeinderätlichen Beschluss vom 6. Februar 1984 angefochten habe. Die Aufschüttung sei nicht in erster Linie erfolgt, um die bestehende Senke aufzufüllen. Im nördlichsten Teil des Bauplatzes möge dies der Fall gewesen sein, doch im Übrigen habe die Aufschüttung hauptsächlich dazu gedient, das Terrain insbesondere bis zur (damaligen) Bauzonengrenze teilweise massiv anzuheben. Dabei habe es sich nicht um eine gleichmässige Anhebung gehandelt, sondern das Terrain sei insbesondere bis zum Bauzonenrand mit anschliessender Böschung zur Nichtbauzone angehoben worden. Aus der wiedererwägungsweisen Aufhebung von Ziffer 2 des Gemeinderatsbeschlusses vom 6. Februar 1984 im Beschluss vom 27. Februar 1984 könne die Beschwerdeführerin angesichts der Erwägungen in diesem Beschluss nichts zu ihren Gunsten ableiten; es resultiere daraus keine Vertrauensgrundlage.

Es erscheint müssig, im Zusammenhang mit der Festlegung des massgebenden gewachsenen Terrains Motivforschung zu betreiben, wie dies das Baudepartement tut. Die Terraingestaltung, um welche es heute geht, ist am 6. Februar 1984 formell rechtskräftig bewilligt worden, und zwar - wenn auch der Wiedererwägungsentscheid vom 28. November 1984 in Betracht gezogen wird - ohne jeden Vorbehalt in Bezug auf das für künftige Überbauungen massgebende gewachsene Terrain. Derartigen, rechtlich abgesicherten Terrainveränderungen ist immanent, dass sie einen neuen Terrainverlauf definieren, der auch für allfällige Neubauten gilt. Der gemeinderätlichen "reservatio mentalis" im Beschluss vom 28. November 1984 (siehe vorne Erw. 2.2.2.) kommt keinerlei verbindliche Bedeutung zu, weil sie nicht im Beschlussdispositiv enthalten ist (siehe AGVE 1992, S. 351 mit Hinweisen). Überdies hat der Gemeinderat

im Baubewilligungsentscheid vom 15. Dezember 2003 bekundet, dass er entgegen seinem früheren "obiter dictum" nunmehr der Meinung ist, dass der heutige Terrainverlauf als "gewachsenes Terrain" zu gelten habe. Er hat dabei richtigerweise auch darauf hingewiesen, dass seit nicht weniger als 20 Jahren der gleiche, 1984 bewilligte Terrainverlauf bestehe. Unbestritten ist schliesslich, dass die im Jahre 1984 vorgenommene Terrainaufschüttung nicht mit einem konkreten Bauvorhaben auf den Parzellen Nrn. 216, 217 und 218 zusammenhängt, wenn sich dadurch auch die Chance eröffnete, später vom erhöhten Terrain aus zu bauen. Auch unter diesen allgemeinen Gesichtspunkten erweist sich der angefochtene Entscheid nicht als haltbar (siehe vorne Erw. 2.2.3.2.).

(...)

#### **40    Zuständigkeit. Inzidente Normenkontrolle.**

- **Fehlende Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts, erstinstanzlich ein Feststellungsbegehren zu behandeln, wonach ein bestimmtes Grundstück zum weitgehend überbauten Gebiet im Sinne von Art. 15 lit. a RPG gehört (Erw. I/1.2).**
- **Das Verwaltungsgericht darf auch nicht vorfrageweise die Nutzungsplanung positiv präjudizierende Feststellungen treffen (Erw. II/1.2).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 31. August 2005 in Sachen B. gegen Regierungsrat.

### *Aus den Erwägungen*

#### **I. (...)**

1.2. Der Beschwerdeführer ersucht in Ziffer 1 des Beschwerdebegehrens auch um die Feststellung, dass die Parzelle Nr. 497 gestützt auf Art. 15 RPG zum weitgehend überbauten Gebiet gehört und deshalb der Bauzone zugehörig zu betrachten ist.

Die Nutzungsplanung ist Sache der Planungsorgane, und dies sind in erster Linie der Grosse Rat (§ 9 Abs. 4 [Erlass der kantonalen Richtpläne], § 10 Abs. 1 [Erlass der kantonalen Nutzungspläne], § 27