

OW_GERICHTE VVGE 1989/90 Nr. 50 vom 1. Juli 2016

OW Obergericht, 2016-07-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_VVGE 1989_90 Nr. 50](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_VVGE_1989_90_Nr_50)

FR: OW_GERICHTE VVGE 1989/90 Nr. 50 du 1 juillet 2016

IT: OW_GERICHTE VVGE 1989/90 Nr. 50 del 1 luglio 2016

Regeste

VVGE 1989/90 Nr. 50, S. 171: Art. 12 Abs. 3 BauR Dorfschaftsgemeinde Sarnen. Messpunkt für die Firsthöhe. In bezug auf die Frage, wo sich der Messpunkt für die Firsthöhe befindet (an der talseitigen Fassade oder ab Gebäudeschwerpunkt), ste

Erwägungen

E. 1

Da beide gegen den Regierungsratsbeschluss vom 4. April 1989 eingereichten Verwaltungsgerichtsbeschwerden denselben Sachverhalt betreffen, rechtfertigt sich aus Gründen der Verfahrensökonomie die Vereinigung beider Beschwerden in einem Verfahren.

E. 2

Gemäss Art. 64 Bst. a GOG ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der Beschwerdeführer D. als im vorangegangenen Beschwerdeverfahren unterlegene Partei ist selbstredend als legitimiert zu betrachten. Gleichermassen ist der Gemeinderat entsprechend Art. 64 Bst. b legitimiert, da er sich auf eine Verletzung der Gemeindeautonomie beruft (vgl. VVGE 1981/82, Nr. 44). Ob die Gemeinde in den in Frage stehenden Bereichen autonom ist und ob sie gegebenenfalls in ihrer Autonomie verletzt wurde, sind Fragen der materiellen Beurteilung ihrer Beschwerde. Auf beide Verwaltungsgerichtsbeschwerden ist einzutreten.

E. 4

Die Beschwerdeführer beanstanden, dass die Vorinstanz die Firsthöhe der geplanten Baute an der talseitigen Fassade gemessen hat. Demgegenüber mass der Gemeinderat ab Gebäudeschwerpunkt, weil es sich um steiles Gelände handle. a) Abgesehen von den hier nicht relevanten Anordnungen der Art. 7 Abs. 3, Art. 12 Abs. 1 und 8 BauG hat es der kantonale Gesetzgeber den Gemeinden überlassen, in ihren Reglementen Vorschriften über die Höhe der Bauten zu erlassen, sofern sie dem Zweck des BauG entsprechen (Art. 21 Abs. 1 Bst. a BauG). Nur dürfen die Bestimmungen des BauG durch die BauR nicht gemildert werden (Art. 21 Abs. 2 BauG). Art. 27 des BauR der Dorfschaftsgemeinde Sarnen schreibt eine maximale Firsthöhe von 9 m vor. Der Begriff der Firsthöhe wird in Art. 12 Abs. 8 BauG zwar erwähnt, jedoch nicht näher umschrieben. Art. 12 Abs. 3 BauR hingegen definiert die Firsthöhe als das Mass ab gewachsenem oder massvoll aufgeschüttetem Terrain bis zum höchsten Punkt des Dachkörpers. Indessen bleibt auch mit dieser Definition offen, ab welchem Punkt des gewachsenen oder massvoll aufgeschütteten Terrains in Hanglagen die Messung vorzunehmen ist. Die Rechtsfrage, ab welchem Punkt die Firsthöhe zu messen ist, muss daher im Einzelfall beantwortet werden. Da weder das BauG noch das

BauR die Frage regeln, liegt eine Gesetzeslücke vor (vgl. BGE 103 Ia 502 ff; Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, 1986, 83; Haefelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 2. Auflage, Zürich 1985, 37; Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, 147; Hutter, Die Gesetzeslücke im Verwaltungsrecht, Freiburg 1989, 51 ff.). Umstritten ist, ob die Lücke nur im kantonalen oder auch im kommunalen Recht liegt. Letztere Auffassung vertritt der Gemeinderat, der in der durch die Vorinstanz vorgenommenen Messmethode eine Verletzung der Gemeindeautonomie erblickt. b) Die Feststellung allein, dass es sich beim Begriff der Firsthöhe auch um einen solchen des kantonalen Rechts handelt (vgl. Art. 12 Abs. 8 BauG), rechtfertigt die Annahme nicht, die Rechtsfrage der anzuwendenden Messmethode beschlage ausschliesslich kantonales Recht. Die Vorinstanz hält allerdings dafür, das BauG habe die Bestimmung des Ortes, wo die Firsthöhe zu messen ist, nicht den Gemeinden überlassen wollen. Unter Verweisung auf Ausführungen von Rudolf Stüdeli (Kommentar zum alten Baugesetz von 1965) führt sie aus, die Lücke sei analog der baugesetzlichen Regelung in Art. 12 Abs. 2 zu füllen. Diese Bestimmung sieht vor, dass die Geschosszahl von der Talseite her zu berechnen ist. Demgegenüber weist der Gemeinderat darauf hin, die Lücke im BauR sei durch die zu Gewohnheitsrecht verdichtete Praxis der Baubewilligungsbehörde in dem Sinne geschlossen worden, dass die Firsthöhe ab dem Gebäudeschwerpunkt gemessen werde. Ein Blick auf die einzelnen Baureglemente zeigt, dass die Gemeinden den Messpunkt für die Gebäude- bzw. Firsthöhe unterschiedlich regeln, soweit sie dies überhaupt tun. In den Gemeinden Giswil (Art. 9 Abs. 3), Kerns (Art. 9 Abs. 3) und Alpnach (Art. 9 Abs. 2) wird an der talseitigen Fassade gemessen - Engelberg verwendet den Begriff Fassade (Art. 79 Abs. 3) -, während die Gemeinden Sachseln (Art. 9 Abs. 3 BauR) und die Bezirksgemeinde Schwendi (Art. 11 Abs. 3 BauR) die Messung ab dem Niveaupunkt vorsehen, wobei Schwendi den Niveaupunkt als die Projektion des Schwerpunktes der Gebäudegrundfläche auf die ausgemittelte Höhe des gewachsenen Terrains definiert (ähnlich in bezug auf Art. 9 Abs. 3 BauR Sachseln: VVGE 1987/88, Nr. 57, Erw. 3b; VGE i.S. Burri vom 23. Juli 1984, Erw. 3). Das frühere BauR der Dorfschaftsgemeinde Sarnen definierte die Gebäudehöhe als "Abstand vom Schwerpunkt des Gebäudegrundrisses auf dem gewachsenen Boden bis zum höchsten Punkt der Bedachung" (Art. 12 Abs. 5 aBauR), während der heute geltenden Regelung von Art. 12 Abs. 3 BauR der Messpunkt nicht entnommen werden kann. Wohl erhalten die Baureglemente durch die Genehmigung des Regierungsrates allgemein verbindliche Wirkung (vgl. Art. 26 BauG), was aber nicht bedeutet, dass ein Widerspruch zum kantonalen Recht zum vornherein auszuschliessen wäre. Immerhin zeigt die Genehmigung, dass der Regierungsrat im jeweiligen Genehmigungszeitpunkt die unterschiedlichen Regelungen, so namentlich die Berechnung ab Niveaupunkt, wie sie in Sachseln und Schwendi vorgesehen sind, als mit dem kantonalen Recht vereinbar betrachtete (vgl. Thomas Wartmann, Die Genehmigung kommunaler Erlasse, Zürich 1974, 92 f.). Offenbar ging der Regierungsrat bis anhin davon aus, dass den Gemeinden diesbezüglich eine erhebliche Gestaltungsfreiheit zustehe. Im angefochtenen Entscheid scheint er nun die Auffassung zu vertreten, dass es sich dabei um ein ausschliesslich kantonales Problem handle, dass den Gemeinden kein Regelungsspielraum offenstehe, weshalb die Lücke im Sinne der kantonalen Praxis geschlossen werden müsse. c) Fest steht, dass weder der kantonale Gesetzgeber den Begriff der Firsthöhe bzw. den Messpunkt verbindlich definierte, noch der Regierungsrat als kantonale Genehmigungsinstanz für die kommunalen Baureglemente die Gemeinden zu einer bestimmten und einheitlichen Messmethode verpflichtete. Ist aber davon auszugehen, dass

die Gemeinden bei Beachtung des in Art. 12 BauG festgesetzten Rahmens die zulässige Gebäudehöhe autonom festlegen dürfen, so wäre es sachlich nicht vertretbar, ihnen die für die Ermittlung der Gebäudehöhe anzuwendende Messmethode vorzuschreiben, es sei denn, der Gesetzgeber würde eine solche Regelung im Interesse der Einheitlichkeit im Kanton ausdrücklich vorsehen, was aber nicht der Fall ist. Unter diesem Gesichtspunkt spricht selbst die Annahme, dass auch das kantonale Recht in bezug auf die Messmethode bei den Höhenmassen eine Lücke aufweist, nicht gegen eine diesbezügliche Autonomie der Gemeinden. In diesem Zusammenhang verfängt auch der beschwerdegegnerische Hinweis auf VE 1966 bis 1970, Nr. 43, nicht, wo ein Widerspruch zwischen dem Baureglement und der expliziten gesetzlichen Regelung, dass die Geschosshöhe von der Talseite her zu berechnen ist, zu beurteilen war. In der Frage der anzuwendenden Messmethode verfügen die Gemeinden daher über eine erhebliche Entscheidungsfreiheit, weshalb die Vorinstanz mit ihrem Entscheid unzulässigerweise in den Autonomiebereich der Beschwerdeführerin B eingegriffen hat (vgl. VVGE 1981/82, Nr. 44; BGE 106 Ia 208, 100 Ia 203, 93 I 160). Es gilt daher auf das Baureglement und, soweit dieses die Frage nicht regelt, auf die örtliche Bewilligungspraxis abzustellen (vgl. Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Bern 1987, N. 6 zu Art. 13 BauG, der dafür hält, die Gemeinden würden bei der reglementarischen Festsetzung der Höhenmasse der anzuwendenden Messmethode Rechnung tragen). Gewohnheitsrecht kann sich herausbilden, wenn eine echte Gesetzeslücke durch lange Übung in gleicher Weise geschlossen wird (Blaise Knapp, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Basel 1983, Rz. 233). Ob dies in der Dorfschaftsgemeinde Sarnen der Fall ist, kann offenbleiben. Auf jeden Fall ist die von der Gemeinde getroffene Lösung vertretbar. Die Gemeinde macht insbesondere geltend, sie sei in ähnlichen Fällen gleich vorgegangen. Der Beschwerdegegner weist nicht nach, dass die Gemeinde gleiche Fälle unterschiedlich behandelt hätte. Dies muss aber - bei Respektierung der Gemeindeautonomie - genügen.

E. 5

Die Beschwerdeführer machen geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, es liege eine unzulässige dreigeschossige Baute vor, weil sie aufgrund einer falschen Berechnung das Dachgeschoss als Vollgeschoss gezählt habe. a) Art. 27 BauR gestattet in der hier massgeblichen Zone maximal zwei Vollgeschosse. Art. 11 Abs. 5 BauG und Art. 12 Abs. 6 BauR legen den Ausbaugrad von Dachgeschossen, damit sie nicht als Vollgeschosse gezählt werden, im wesentlichen übereinstimmend fest: Danach gilt ein Dachgeschoss als Vollgeschoss, wenn es "bei normaler Geschosshöhe zu mehr als 60 Prozent der Vollgeschossfläche ausgebaut" wird (Art. 12 Abs. 5 Satz 1 BauG). Vom Umstand, dass in Art. 12 Abs. 6 BauR der Passus "bei normaler Geschosshöhe" weggelassen wurde, darf wohl nicht auf eine Verschärfung des BauG in dem Sinne geschlossen werden, dass die ganze ausgebaute Fläche - ungeachtet der lichten Höhe - anzurechnen ist. Doch braucht diese Frage nicht entschieden zu werden, da vorliegend mehr als 60 Prozent des Dachgeschosses auch bei normaler Geschosshöhe ausgebaut werden sollen. Während Beschwerdeführer D. dafür hält, ein Raum sei nur ausgebaut, wenn er auch der Wohnnutzung dienen bzw. als Wohn-, Schlaf- oder Arbeitsraum benützt werden könne, und deshalb Garage, Veloraum und Erschliessungstreppe zum Veloraum bei der Berechnung ausnehmen will, jedoch Schleuse und Schutzraum in die Flächenberechnung des darunterliegenden Obergeschosses einbeziehen möchte, vertritt der Beschwerdegegner R. die Auffassung, es komme nicht auf die Art und Weise der Nutzung der ausgebauten Fläche an, sondern ausschliesslich auf die Tatsache, dass eine bestimmte Fläche in

irgendwelcher Weise ausgebaut sei. Deshalb seien die als Anbaute zum Hauptgebäude zu qualifizierende Schleuse und der Schutzraum beim Obergeschoss nicht zu beachten, wohl aber Veloraum, Garage und Erschliessungstreppe zum Veloraum beim Dachgeschoss. b) In VVGE 1985/86, Nr. 59, Erw. 2e - es ging damals um Art. 78 Bst. b des für die Dauer der Planungszone vorwirkenden Entwurfes des BauR Engelberg - hatte das Verwaltungsgericht festgehalten, nach Art. 12 Abs. 5 BauG sei die gesamte unterhalb der normalen Raumhöhe liegende, ausgebaute Fläche des Dachgeschosses uneingeschränkt anzurechnen; dies im Gegensatz zur Regelung der Ausnützungsziffer, wo bei der Ermittlung der anrechenbaren Fläche bestimmte Räume nicht anzurechnen sind. Diese Praxis hält auch einer erneuten Prüfung stand, die namentlich unter dem Gesichtspunkt der Zweckbestimmung der anzuwendenden Norm danach fragt, ob die Gründe, welche dazu geführt haben, gewisse Flächen bei der Berechnung der Ausnützungsziffer von der Anrechnung auszunehmen, eine analoge Praxis zum Begriff des ausgebauten Dachgeschosses bei der Feststellung der Geschosshöhe nahelegen. Durch die Ausnützungsziffer soll eine zu dichte oder zu enge Überbauung verhindert werden; der Zutritt von Luft und Licht sowie eine massvolle Belastung der kommunalen Infrastruktur werden angestrebt (vgl. Schürmann, Bau und Planungsrecht, 2. Auflage, Bern 1984; Kappeler, Die Ausnützungsziffer, ZBl 1989, 49 ff; Schweizerische Vereinigung für Landesplanung VLP, Die Ausnützungsziffer, Bern 1974, 5). Werden die genannten Ziele durch die Ausnahme gewisser Flächen bei der Berechnung der Ausnützungsziffer offenbar nicht gefährdet, würden die Vorschriften über die zulässige Geschosshöhe wesentlich an Bedeutung verlieren, wenn nicht alle in irgendwelcher Weise nutzbaren Räume in die Berechnung einbezogen würden. Die zulässige Geschosshöhe könnte sonst stets dann überschritten werden, wenn die Bauherrschaft im Dachgeschoss nebst Wohnräumen in ausreichendem Verhältnis (nicht mehr als 60 Prozent der Vollgeschossfläche) nicht direkt dem Wohnen dienende Räume, wie beispielsweise Garage, Abstellraum, Bastelraum, Maschinenraum für Lift, Ventilations- und Klimaanlage, Estrich und Trockenraum usw., unterbringen würde. Damit würden aber die durch die Begrenzung der Geschosshöhe verfolgten Zwecke in Frage gestellt; namentlich wäre nicht mehr gewährleistet, dass der bauliche Charakter der Ortschaften durch zu hohe Gebäude verändert wird und unerwünschte Einwirkungen auf Nachbargrundstücke, wie Schattenwurf und Verminderung der Aussicht, eintreten (vgl. Zimmerlin, BauG des Kantons Aargau, 2. Auflage, Aarau 1985, 432). In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass Untergeschosse, die mehr als 1,2 m über den gewachsenen oder massvoll aufgeschütteten Boden herausragen, ungeachtet der Nutzung der Räumlichkeiten als Vollgeschosse gelten (Art. 12 Abs. 6 BauG). Im erwähnten, die Gemeinde Engelberg betreffenden Entscheid hatte das Verwaltungsgericht darauf hingewiesen, das Baugesetz räume den Gemeinden zwar in bezug auf die Geschosshöhe bei der Berechnung der Geschosshöhe einen gewissen Ermessensspielraum ein, der sich mittelbar auf die anrechenbare Fläche auswirke, nicht aber die Befugnis umfasse, von der so ermittelten Fläche noch weitere Flächen auszuscheiden. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass im Dachgeschoss der geplanten Baute nebst Garage, Veloraum und Treppe zu diesem auch der Abstellraum als ausgebaut im Sinne von Art. 12 Abs. 5 BauG zu gelten hat. Daraus ergibt sich, dass die ausgebaute Fläche den Wert von 60 % des darunterliegenden Obergeschosses offensichtlich überschreitet, selbst wenn konsequenterweise bei letzterem auch Schleuse und Schutzraum mitgerechnet würden. Deshalb gilt das Dachgeschoss als Vollgeschoss. Liegt folglich aber eine dreigeschossige Baute vor, so hat die Vorinstanz zu Recht die fragliche Baubewilligung aufgehoben. Auf den Eventualantrag, es sei

festzustellen, dass das Dachgeschoss nicht als Vollgeschoss zu gelten habe, wenn das Garagentor weggelassen werde, kann nicht eingetreten werden, sieht doch das hier zu beurteilende Projekt eine solche Lösung nicht vor. Im übrigen änderte auch eine solche Lösung nichts daran, dass das Projekt von der Talseite her offensichtlich als dreigeschossiger Bau in Erscheinung tritt. Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb ein ausgebauter Raum durch das Weglassen einer Tür zu einem nicht ausgebauten Raum werden sollte.

E. 6

Der Auffassung des Beschwerdeführers D., dass vorliegend die Strassenabstandsregelung nicht zum Tragen komme, kann nicht gefolgt werden. Zwar hält Art. 8 Abs. 3 BauG fest, dass für unterirdische Anlagen lediglich ein Grenzabstand von mindestens einem Meter einzuhalten ist. Indessen geht die Regelung über die Strassenabstandsvorschriften gemäss Art. 9 BauG bzw. Art. 8 BauR als Spezialbestimmung der Regelung des Grenzabstandes vor, wie das vom Verwaltungsgericht für die Frage des Verhältnisses zwischen dem Gewässerabstand und dem Grenzabstand auch schon entschieden wurde (VVGE 1985/86, Nr. 60, Erw. 2d). Dies bedeutet aber vorliegend, dass auch die unterirdisch angebrachten Räumlichkeiten den gesetzlichen Strassenabstand einhalten müssen, was nicht der Fall ist. Im Sinne eines Eventualantrages hat Beschwerdeführer D. beantragt, den Gemeinderat und den Regierungsrat aufzufordern, eine Ausnahmegewilligung vom Strassenabstand zu erteilen bzw. zu genehmigen. Die Behandlung dieses Antrages erübrigt sich jedoch, weil Beschwerdeführer D. ohnehin ein abgeändertes Baugesuch wird einreichen müssen und bei dieser Gelegenheit ein solches Gesuch stellen können. de| fr | it Schlagworte gemeinde dachgeschoss fläche berechnung frage regierungsrat gemeinderat strassenabstand sarnen beschwerdeführer vorinstanz baubewilligung verwaltungsgericht begriff kantonales recht Mehr Deskriptoren anzeigen Leitentscheide BGE 106-IA-206 S.208 103-IA-501 S.502 100-IA-200 S.203 93-I-154 S.160 VVGE 1985/86 Nr. 59 1981/82 Nr. 44 1989/90 Nr. 50 1987/88 Nr. 57 1985/86 Nr. 60

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.