



## Juristische Mitteilungen 2001 / I

### Inhalt

Neues Recht:	
1. Befristete Verordnung zum Raumplanungsrecht.....	2
Veranstaltungen:	
2. Einführungskurs in die Raumplanung .....	4
3. Altlasten - neue Aufgaben für die Gemeinden .....	5
Literaturhinweise:	
4. Staatshaftung aus Kontrolltätigkeit im Baurecht.....	6
Internet:	
5. <a href="http://www.gallex.ch">www.gallex.ch</a> .....	8
Baurecht:	
6. Problematik der Bauanzeige.....	10
7. Aufsichtsrechtliche Baueinstellung.....	23
8. Vollstreckung eines Nutzungsverbots .....	25
Verwaltungsverfahrensrecht:	
9. Ausstand von Behördemitgliedern .....	28
10. Akteneinsicht im Rekursverfahren .....	30

### Impressum

Herausgeber: Baudepartement des Kantons St.Gallen  
Verantwortung: Rechtsabteilung  
Kontaktperson: Alex Keller  
Direktwahl: 071 229 43 58  
Fax: 071 229 39 70  
SMTP: alex.keller@bd.sg.ch

**1**

Neues Recht:

**Befristete Verordnung zum Raumplanungsrecht**

Am 1. September 2000 ist das teilrevidierte Raumplanungsrecht des Bundes in Kraft getreten. Dies wirkt sich auch auf das kantonale Baurecht aus.

**1. Aufhebung bisherigen kantonalen Rechts**

Das neue Bundesrecht regelt das Bauen ausserhalb der Bauzonen weitgehend abschliessend. Soweit kantonales Recht auf Grund bisherigen Bundesrechts (Art. 24 Abs. 2 aRPG) Vorschriften zur Erneuerung, teilweisen Änderung sowie zum Wiederaufbau bestehender zonenfremder Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen enthält, ist es nicht mehr anwendbar, da Bundesrecht kantonalem Recht vorgeht.

In diesem Sinn gilt Art. 77quinquies BauG, der besondere Vorschriften für zonenfremde Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen enthält, als aufgehoben.

**2. Spielräume für neues kantonales Recht**

Umgekehrt räumt das revidierte Raumplanungsrecht den Kantonen in Art. 24d RPG neue Möglichkeiten ein. Einerseits kann die Umnutzung landwirtschaftlicher Wohnbauten zu landwirtschaftsfremden Wohnnutzungen - soweit damit bauliche Massnahmen verbunden sind - zugelassen werden (Art. 24d Abs. 1 RPG). Andererseits kann das kantonale Recht - unter bestimmten Voraussetzungen - die vollständige Zweckänderung von als schützenswert anerkannten Bauten und Anlagen zulassen (Art. 24d Abs. 2 RPG).

Damit von diesen Möglichkeiten Gebrauch gemacht werden kann, müssen indessen entsprechende kantonale Vorschriften erlassen werden.

**3. Anpassung des kantonalen Rechts**

Die Regierung beabsichtigt, diesen verbleibenden Spielraum voll auszuschöpfen und hat dem Grossen Rat die hierfür notwendigen Änderungen des Baugesetzes vorgelegt. Um zwischenzeitlich Vollzugslücken zu vermeiden, hat die Regierung eine befristete Verordnung erlassen.

**a) Verordnung über die Umnutzung landwirtschaftlicher Wohnbauten und schützenswerter Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen (sGS 731.101)**

Zum einen lässt die Verordnung in Art. 1 zu, dass bestehende landwirtschaftliche Wohnbauten weiterhin zu landwirtschaftsfremdem Wohnen umgenutzt sowie gleichzeitig oder anschliessend baulich verändert werden. Diese Bestimmung kommt nur zur Anwendung, soweit mit der Umnutzung auch bauliche Massnahmen verbunden sind; ohne bauliche Massnahmen sind Zweckänderungen bereits nach Art. 24a RPG zulässig. Ziel der Verordnung ist, dass durch Umnutzung zonenfremd gewordene Wohnbauten nicht schlechter gestellt werden als die übrigen zonenfremd gewordenen Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen. Bei nicht mehr zonenkonformen Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen sind nach Bundesrecht nämlich Erneuerungen, teilweise Änderungen, massvolle

Erweiterungen und Wiederaufbauten zulässig (Art. 24c Abs. 2 RPG). Selbstverständlich kommen diese Möglichkeiten nur für rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen in Betracht. Zusätzlich gelten die Schranken von Art. 42 RPV, soweit es um die Wahrung der Identität und die Voraussetzungen des Wiederaufbaus geht.

Zum andern lässt die Verordnung in Art. 2 die vollständige Zweckänderung von geschützten Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen zu. In Anwendung von Art. 24d Abs. 2 RPG kommen solche Bewilligungen nur in Betracht, wenn die in Frage stehenden Bauten oder Anlagen von der zuständigen Behörde unter Schutz gestellt wurden (lit. a) und ihre dauernde Erhaltung nicht anders sicher gestellt werden kann (lit. b).

Unabhängig davon, ob es um die mit baulichen Massnahmen verbundene Umnutzung von landwirtschaftlichen Wohnbauten oder um die Zweckänderung geschützter Bauten und Anlagen geht, müssen die Voraussetzungen von Art. 24d Abs. 3 RPG eingehalten sein. Erstens gilt für die bestehenden Bauten oder Anlagen, dass sie für den bisherigen Zweck nicht mehr benötigt werden, dass sie für die vorgesehene Nutzung geeignet sind und die Umnutzung oder Zweckänderung keine unnötige Ersatzbaute zur Folge hat (lit. a). Zweitens müssen die äussere Erscheinung und die bauliche Grundstruktur im wesentlichen unverändert bleiben (lit. b). Drittens muss die bestehende Erschliessung hinreichend sein und die zusätzlichen Infrastrukturkosten sind dem Eigentümer zu überwälzen (lit. c). Viertens darf die landwirtschaftliche Bewirtschaftung des umliegenden Grundstücks nicht gefährdet werden (lit. d). Und fünftens dürfen dem Bauvorhaben keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (lit. e).

## **b) Zeitliche Geltung der Verordnung**

Die Verordnung ist seit dem 9. Januar 2001 in Vollzug; sie gilt bis zur Revision des Baugesetzes, jedoch längstens für ein Jahr (Art. 3).

## **c) Revision des Baugesetzes**

Im Entwurf der Regierung vom 6. Februar 2001 zum VI. Nachtragsgesetz zum Baugesetz werden Art. 1 und 2 der Verordnung als Art. 77quinquies Abs. 2 und 3 BauG aufgenommen. Die geltende Regelung soll so in das Gesetz überführt werden.

Zusätzlich wird gemäss dem Entwurf zum VI. Nachtragsgesetz hinsichtlich der Zweckbestimmung von Landwirtschaftszonen und der dort geltenden Zonenkonformität auf Bundesrecht verwiesen, wobei der Richtplan die Grundsätze für die Ausscheidung von Intensivlandwirtschaftszonen festlegen soll (Art. 20 BauG). Weiter sollen für die Zonenkonformität im übrigen Gemeindegebiet die gleichen Voraussetzungen gelten wie in der Landwirtschaftszone (Art. 21 BauG). Schliesslich soll in Art. 69bis BauG eine redaktionelle Korrektur von "den kantonalen Gesamtplänen" zu "dem kantonalen Richtplan" vorgenommen werden.

### **Weiterführende Hinweise:**

- Pressemitteilung der Staatskanzlei zur Umnutzung landwirtschaftlicher Wohnbauten, in: *ABI 2001*, 3 f.
- Veröffentlichung der Verordnung über die Umnutzung landwirtschaftlicher Wohnbauten und schützenswerter Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen (sGS 731.101), in: *ABI 2001*, 11
- Botschaft und Entwurf der Regierung vom 6. Februar 2001 zum VI. Nachtragsgesetz zum Baugesetz, in: *ABI 2001*, 399 ff.
- Juristische Mitteilungen 2000, Nrn. 34 und 35
- Fundstelle der Verordnung im Internet: [www.gallex.ch/gallex/7/fs731.101.html](http://www.gallex.ch/gallex/7/fs731.101.html)

**2****Veranstaltungen:****Einführungskurs in die Raumplanung**

Die Schweizerische Vereinigung für Landesplanung VLP-ASPAN bietet an den vier Freitag-nachmittagen zwischen dem 9. und dem 30. November 2001 einen "Einführungskurs in die Raumplanung" an. Anhand von Praxisbeispielen sowie in Gruppenarbeiten sollen den Teilnehmenden die Raumplanung näher gebracht, Fragen beantwortet sowie Lösungsansätze für raumplanerische Aufgaben erarbeitet werden.

Diskutiert werden unter anderem folgende Fragen:

- Welches sind die Aufgaben der Raumplanung?
- Was leistet die Raumplanung?
- Welche Instrumente stehen der Raumplanung zur Verfügung?
- Welches sind die Akteure in der Raumplanung?
- Welche Rolle spielen der Umweltschutz, der Verkehr, der Natur- und Landschaftsschutz in der Raumplanung?

Der Kurs kann mit einem freiwilligen Test abgeschlossen werden. Der am 11. Januar 2002 stattfindende Abschlusstest besteht aus einer halbstündigen mündlichen Prüfung mit einem vorbereiteten Kurzreferat zu einem frei gewählten Thema. Bei Erfolg erteilt der VLP ein Zertifikat.

Mit diesem Kurs sollen Personen angesprochen werden, die beruflich mit Raumplanungsfragen zu tun haben, mit ihrem Tätigkeitsgebiet aber noch wenig vertraut sind und mehr über Hintergründe und Zusammenhänge der Raumplanung sowie die raumplanerischen Instrumente erfahren wollen. Zu denken ist an (neu gewählte) Mitglieder von Gemeinderäten oder Bau- und Planungskommissionen.

Durchgeführt wird der Einführungskurs in die Raumplanung in Winterthur. Die Kurskosten betragen Fr. 280.-- für VLP-Mitglieder und Fr. 500.-- für Nichtmitglieder. Die Gebühr für den fakultativen Abschlusstest beträgt Fr. 100.-- (VLP-Mitglieder) beziehungsweise Fr. 150.-- (Nichtmitglieder).

Interessierte können das detaillierte Kursprogramm bei der VLP-ASPAN, Seilerstrasse 22, 3011 Bern, per Telefon unter 031/380 76 76, per Fax unter 031/380 76 77 oder per E-Mail unter [tagung@planning.ch](mailto:tagung@planning.ch) anfordern.

**3****Veranstaltungen:****Altlasten - neue Aufgaben für die Gemeinden**

Im Rahmen der Veranstaltungen für "Weiterbildung in Ökologie" bieten die Universitäten Freiburg, Bern und Neuenburg in Koordination mit der Vereinigung für Umweltrecht VUR den Kurs "Altlasten - neue Aufgaben für die Gemeinden" an. Dieser will Wege und Mittel zur aktiven Bewältigung der Probleme aufzeigen, die Gemeinden bei der Bearbeitung von Altlasten entstehen können.

Mit der Revision des Umweltschutzgesetzes und der Schaffung der Altlastenverordnung hat der Bund die Grundlage zur Erfassung und Bereinigung belasteter Standorte geschaffen. Innerhalb der nächsten drei Jahre haben die Kantone einen Kataster der belasteten Standorte zu erstellen. Auch die Gemeinden werden verschiedenen Fragen gegenüberstehen: "Wie sollen wir uns verhalten?" - "Welche Massnahmen treffen wir?" - "Wer soll das bezahlen?". Es ist daher von grosser Bedeutung, die gesetzlichen Grundlagen zu kennen und anhand praktischer Beispiele und den Erfahrungen Anderer eigene Lösungswege zu finden.

Im Kurs werden folgende Inhalte abgehandelt:

- Darstellung und Erklärung der gesetzlichen Grundlagen;
- Instrumente zum Problemmanagement, zur Finanzierung und Budgetierung;
- Möglichkeiten der Bereinigung belasteter Standorte;
- Berichte aus der Praxis;
- Erfahrungsaustausch.

Der Kurs richtet sich an Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Gemeindeverwaltungen, Politiker und Politikerinnen sowie weitere Interessierte.

Angeboten wird der Kurs an zwei verschiedenen Daten:

UR 105.1: am 12. Juni 2001, in Bern (16:00 bis 20:00 Uhr)

UR 105.2: am 14. Juni 2001, in Zürich (16:00 bis 20:00 Uhr)

Die Kurskosten betragen Fr. 160.--. Anmeldeschluss ist der 15. Mai 2001. Weitere Auskünfte erteilt die Interfakultäre Koordinationsstelle für Allgemeine Ökologie der Universität Bern (Telefon 031/631 39 52), wo auch das detaillierte Kursprogramm bezogen werden kann.

## 4

Literaturhinweise:

**Staatshaftung aus Kontrolltätigkeit im Baurecht**

V. Sobotich:

**Staatshaftung aus Kontrolltätigkeit im Baurecht**

*Zürcher Studien zum öffentlichen Recht 138, Abdruck der der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich vorgelegten Dissertation, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2000*

Der Staat hat im Bereich des Bauwesens einen grossen Einfluss auf die Erstellung von Bauten. Dies wirft die Frage nach der staatlichen Verantwortlichkeit bei Schadenereignissen, wie etwa Lawinenniedergängen, Überschwemmungen, Murgängen oder Steinschlägen, auf. Hätte der Staat auf Grund dieser Vorkommnisse die Gefahr bereits bei der Einzonung erkennen sollen? Hätte das zuständige Gemeinwesen bei der Baubewilligung genauere Abklärungen über den Untergrund veranlassen oder gar vornehmen sollen? Oder allgemein formuliert: Muss der Staat auf Grund seiner hoheitlichen Tätigkeit im Raumplanungs- und Baurecht für allfällige Pflichtversäumnisse hinsichtlich der Schaffung von Gefahrenzonen oder der Anordnung und Kontrolle baulicher Massnahmen die Verantwortung übernehmen? Diese Fragen nehmen in der Praxis an Bedeutung zu, da immer häufiger versucht wird, einen entstandenen Schaden auf den Staat abzuwälzen.

Ausgangspunkt der Dissertation ist eine Untersuchung des staatlichen Verantwortungsbereichs und der relevanten Schutzpflichten gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern, wobei die Gefahrenabwehr und die Gefahrenvorsorge eingehend untersucht werden. Dabei wird aufgezeigt, dass unter einer Fremdgefährdung nicht nur die Gefährdung durch Menschen verstanden wird, sondern auch durch Ursachen wie beispielsweise Naturgefahren. Als Beispiel wird die Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit durch die Erstellung eines Hauses an einem Lawinenhang genannt, da dabei nicht nur für den Bauherrn, sondern auch für unbestimmt viele Personen eine Lebensgefahr bestehe.

Des Weiteren werden die polizeilichen Massnahmen durchleuchtet, welche entweder einen repressiven oder präventiven Charakter aufweisen. Als bedeutendstes Mittel der Gefahrenvorsorge wird dabei die Bewilligungspflicht genannt. Im Folgenden wird geprüft, ob und gegebenenfalls welche Normen auf Grund ihrer Zielsetzung zu Haftungsansprüchen führen können. Bereits an dieser Stelle wird jedoch klar verneint, dass aus der Bewilligung als Institut generell eine Pflicht zur Übernahme der Verantwortung für alle Schädigungen abgeleitet werden könne.

Weiter folgt eine umfassende Darstellung der Rechtsgrundlagen unter Berücksichtigung der kantonalen Erlasse, die den staatlichen Einfluss auf die Erstellung einer Baute regeln. Darauf baut eine Analyse der Haftungsvoraussetzungen (amtliche Tätigkeit eines Beamten oder eines Behördemitglieds, Widerrechtlichkeit, Verschulden, Kausalzusammenhang, Schaden) auf. Bei der Bemessung der Entschädigung werden auch Herabsetzungsgründe sowie Haftungsausschlüsse berücksichtigt.

Das Hauptaugenmerk legt die Autorin auf das Kriterium der Widerrechtlichkeit einer staatlichen Unterlassung. So haben die dieser Arbeit zu Grunde liegenden Fälle alle gemeinsam, dass der Staat nicht direkt in die geschützten Rechtsgüter eingreift, sondern die Verletzung der Rechtsgüter lediglich ermöglicht hat. So treffe das Gemeinwesen eine Mitverantwortung bei der rechtswidrigen Nichtbeachtung einer massgeblichen Schutznorm, wenn es beispielsweise den Bau einer Anlage trotz Verletzung von einschlägigen Sicherheitsvorschriften bewilligt und diese anschliessend auch in dieser Form abnimmt. Das Gleiche gelte für den Staat, der es unterlässt, bei der Einzonung die notwendigen Abklärungen bezüglich der Gefährdung durch Naturereig-

nisse oder durch Altlasten vorzunehmen. In diesem Rahmen werden die Schutznormtheorie und die spezifischen Schutznormen aller Kantone untersucht sowie die besonderen Probleme der Widerrechtlichkeit bei Rechtsakten berücksichtigt.

Zum Schluss wird der Inhalt der Dissertation in kurzen Leitsätzen wiedergegeben. Zahlreiche konkrete Beispiele wie auch Verweise auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts geben Hinweise zur Beantwortung der eingangs gestellten Fragen nach der haftpflichtrechtlichen Verantwortung des Staates.

**5**

Internet:  
[www.gallex.ch](http://www.gallex.ch)

Seit Beginn dieses Jahres wird die Systematische Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen kostenlos auf dem Internet angeboten. Inhaltlich gibt der Internet-Auftritt den Stand der Erlasse wieder, wie sie in der letzten Lieferung der gedruckten Gesetzessammlung veröffentlicht wurden.

## 1. Zugriff auf Erlasse

Gallex bietet verschiedene Möglichkeiten, auf die Erlasse zuzugreifen:

### a) Direktzugriff

Die geübten User werden - wie schon bei der Papierform - am schnellsten über die systematische Nummer auf einen Erlass zugreifen. Es genügt, diese Nummer in das hierfür vorgesehene Feld einzugeben und mit der Schaltfläche "go!" zu bestätigen.

### b) Systematischer Zugriff

Ist die systematische Nummer selber nicht bekannt, bietet die Navigation durch das systematische Register einen effizienten Zugang zum gesuchten Erlass. Nach einem Klick auf die Schaltfläche "Systematik" werden zunächst die zehn Bände der systematischen Sammlung aufgebaut. In den einzelnen Bänden kann anschliessend immer weiter und immer konkreter gesucht werden.

### c) Zugriff über Suchbegriffe

Gallex lässt auch den Zugriff auf Erlasse über Suchbegriffe zu. Diese Suchbegriffe können im Suchfenster frei eingegeben werden. Zusätzlich besteht die Möglichkeit, mehrere Suchbegriffe durch die Boolesche Logik kombiniert einzugeben. Für weitergehende Erläuterungen steht eine Suchhilfe zur Verfügung.

Mit den Suchbegriffen kann einerseits im Volltext gesucht werden. Andererseits lässt sich die Suche auch auf Erlasstitel, Überschriften und Randtitel sowie Fussnoten beschränken. Umgekehrt lassen sich die Fussnoten auch von der Suchmenge ausscheiden.

## 2. Weiterverwendung von Erlassen

Gefundene Erlasse können zum einen ausgedruckt und zum andern über Kopieren und Einfügen auch elektronisch weiter verwendet werden. Allerdings muss nach dem Einfügen das Format mehr oder weniger intensiv nachbearbeitet werden.



### **3. Bestellung von Erlassen**

Gallex bietet einen Link zur Staatskanzlei, über den die gewünschten Erlasse gegen die entsprechende Gebühr auch in der gedruckten Form bestellt werden können.

### **4. Systemvoraussetzungen**

Die besten Resultate werden mit Internet Explorer (ab Version 5.0) oder mit Netscape Navigator (ab Version 4.75) erzielt. Zudem ist die Aktivierung von JavaScript zwingend.

**6**

Baurecht:

**Problematik der Bauanzeige****Art. 82 Abs. 1 BauG: Bauanzeige****Art. 82 Abs. 2 BauG: Anstösser**

**Im ordentlichen Baubewilligungsverfahren ist den Anstössern durch eine Bauanzeige rechtzeitig Kenntnis vom Baugesuch zu geben. Als Anstösser gelten nur die Eigentümer, deren Liegenschaften nicht mehr als 30 m vom Bauvorhaben entfernt liegen.**

Seit der in Kraft Setzung des III. Nachtragsgesetzes kennt das Baugesetz drei Varianten des Baubewilligungsverfahrens. Im Grundsatz und im Zweifelsfall ist das in Art. 81 und 82 BauG geregelte ordentliche Baubewilligungsverfahren durchzuführen. Das vereinfachte Baubewilligungsverfahren und das Meldeverfahren kommen hingegen nur in Betracht, wenn die diesbezüglichen Voraussetzungen gegeben sind.

**1. Publizitätswirkung des ordentlichen Baubewilligungsverfahrens**

Das ordentliche Baubewilligungsverfahren zeichnet sich gegenüber den beiden andern Verfahren durch die Publizitätswirkung aus. Die Publizitätswirkung wird erstens durch die Visierung des Bauvorhabens, zweitens durch die öffentliche Auflage und drittens durch die Bauanzeige an die Anstösser erreicht.

**a) Wirkung der Bauvisiere**

Die Visierung des Bauvorhabens soll dessen Lage und Volumen verdeutlichen. Sie ist deshalb bei der Beurteilung eines Bauvorhabens dienlich. Zudem kann sie auch Nachbarn, Passanten oder irgendwelche Dritte auf die Hängigkeit eines Baugesuches aufmerksam machen. Die Publizitätswirkung der Visierung hängt entscheidend von der Lage des Baugrundstücks und von der Art und Grösse des Bauvorhabens sowie dessen Einsichtigkeit ab. Durch die Visierung allein kann deshalb nicht sicher gestellt werden, dass alle Einspracheberechtigten vom Bauvorhaben beziehungsweise vom Baugesuch Kenntnis erhalten. Die Publizitätswirkung ist im Gegenteil eher zufällig.

**b) Wirkung der öffentlichen Auflage**

Die Auflage eines Baugesuchs ist durch öffentlichen Anschlag bekannt zu machen. Nur durch den öffentlichen Anschlag vermag die öffentliche Auflage ihren Zweck zu erfüllen. Dieser besteht darin, einem grösseren Kreis von Interessierten das Baugesuch zur Kenntnis zu bringen. In diesem Sinn sollte der öffentliche Anschlag für jedermann und jederzeit leicht zugänglich sein und hinreichend Auskunft über das Baugesuch geben. Werden diese Voraussetzungen eingehalten, kann interessierten Personen, die das Anschlagbrett regelmässig konsultieren, kein ordentliches Baubewilligungsverfahren entgehen.

Die öffentliche Auflage setzt bei den Interessierten grosse Sorgfalt voraus. Sie ist vor allem auf Verbände ausgerichtet, die anders - sofern kein vereinfachtes Verfahren durchgeführt

wird - von allenfalls heiklen Bauvorhaben keine Kenntnis erhalten würden. Bei Privaten dürfte die regelmässige Konsultation des Anschlagbrettes eher die Ausnahme bilden.

Den Gemeinden steht es frei, die Auflage der Baugesuche auch im amtlichen Publikationsorgan (Art. 7 GG) zu veröffentlichen. Diese Leistung wird vom Gesetz nicht vorgeschrieben. Soweit einige Gemeinden diese Leistung aus eigenem Antrieb erbringen, dürfte diese von den Lesern geschätzt werden. Zu beachten ist allerdings, dass die Veröffentlichung den öffentlichen Anschlag nicht ersetzen kann.

### **c) Wirkung der Bauanzeige**

Die Bauanzeige gibt den Anstössern Kenntnis vom eingereichten Baugesuch. Da diese mittels eingeschriebenem Brief zu erfolgen hat, dürfte die Anzeige gebührend zur Kenntnis genommen werden. Im Vergleich zur Visierung und zur öffentlichen Auflage wird die Bauanzeige deshalb die grösste Publizitätswirkung beanspruchen können. Diese Wirkung ist allerdings auf einen sehr engen Kreis beschränkt.

## **2. Problematik des Anzeigeverfahrens**

Die mit dem Anzeigeverfahren verbundenen Probleme hängen vorwiegend mit dessen Herkunft zusammen.

### **a) Privatrechtlicher Ursprung des Anzeigeverfahrens**

Das Anzeigeverfahren ist ein Überbleibsel des auf kantonaler Ebene ursprünglich privatrechtlich geregelten Baubewilligungsverfahrens. Nach Art. 100 Abs. 1 des 1969 gültigen Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch (nGS 6, 77) hatte der Bauherr durch den Gemeindammann allen Beteiligten von dem Bauvorhaben unter Angabe der Baumasse und der Abstände von den Nachbargrundstücken Kenntnis zu geben. Aus dem Randtitel ergibt sich, dass diese Vorschrift auf Art. 686 ZGB basiert.

Die Schwierigkeit besteht nun darin, den unbestimmten Gesetzesbegriff der "Beteiligten" näher zu definieren. In der damaligen Lehre wurden zu den Beteiligten insbesondere die Eigentümer der Nachbargrundstücke und sodann allfällige Servitutsberechtigte gezählt. Die Bauanzeige hatte lediglich den Sinn, die Nachbarn auf die Neubaute aufmerksam zu machen und sie zur Wahrnehmung ihrer Privatrechte aufzufordern.

Der Vollständigkeit halber bleibt zu erwähnen, dass neben dem privatrechtlichen Bauanzeigeverfahren auch öffentlich-rechtliche Baubewilligungsverfahren bestanden. Zum einen gab es auf Stufe des Bundes und des Kantons zahlreiche Spezialgesetze, die auch das Bewilligungsverfahren regelten. Zum andern hatten zahlreiche Gemeinden ein öffentlich-rechtlich begründetes Baureglement erlassen. In diesen kamen auch Bestimmungen über die Visierung und die Bekanntmachung von Baugesuchen vor. Die Bekanntmachung konnte je nach Gemeinde einerseits über die amtliche Publikation und andererseits über die schriftliche Bekanntgabe an die Anstösser erfolgen. Allerdings hatte die Bauanzeige nicht in allen Gemeinden öffentlich-rechtlichen Charakter: Bauanzeigen konnten rein privatrechtlich, ausschliesslich öffentlich-rechtlich oder gemischtrechtlich bedingt sein.

### **b) Gesetzliche Regelung der Bauanzeige im öffentlich-rechtlichen Baubewilligungsverfahren**

Die heute geltende Bestimmung im Baugesetz wurde in zwei Stufen erlassen.

**aa) Baugesetz in der Fassung vom 6. Juni 1972 (nGS 8, 134)**

Mit dem Erlass des Baugesetzes strebte die Regierung unter anderem die Vereinheitlichung des formellen Baupolizeirechts an. Bei der Ausgestaltung des Baubewilligungsverfahrens wurde berücksichtigt, dass mit den öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften nicht nur abstrakte öffentliche Interessen, sondern in einem gewissen Umfang auch die privaten Interessen der durch die Auswirkungen einer Baute oder Anlage betroffenen Nachbarn zu schützen sind. Demzufolge musste den Nachbarn die Möglichkeit gegeben werden, ihre Interessen im Baubewilligungsverfahren geltend zu machen. Darum hatte das Baubewilligungsverfahren ein öffentliches Auflageverfahren oder zum mindesten eine schriftliche Benachrichtigung der einzelnen betroffenen Anstösser zu enthalten. Zur Vermeidung von Unklarheiten wollte die Regierung den Begriff der Anstösser dahingehend präzisiert wissen, dass darunter Grundeigentümer zu verstehen seien, deren Grundstück an das Baugrundstück angrenzt oder davon nicht mehr als 30 m entfernt ist.

In der grossrätlichen Kommission wurde beantragt, neben den Grundeigentümern auch Kaufsberechtigte, Rückkaufs- und Bauberechtigte zur Einsprache zuzulassen. Diesem Antrag wurde erstens entgegen gehalten, dass ein obligatorisches Recht kein Recht am Grundstück bedeute und es Sache des Grundeigentümers sei, die Rechte am Grundstück zu wahren. Zweitens wurde hinsichtlich der dinglich Berechtigten an einem Grundstück erwidert, dass dieser auf Anzeige des Grundeigentümers ein allfälliges Einspracheverfahren führen könne. Drittens wurde erwähnt, dass wenn das Baurecht als selbständiges Recht ins Grundbuch eingetragen werde, der dinglich Berechtigte automatisch benachrichtigt werde. In der folgenden Abstimmung wurde eine Ausweitung der "Anstösser" auf Kaufs-, Rückkaufs- und Bauberechtigte abgelehnt.

In der Fassung vom 6. Juni 1972 hatte Art. 82 BauG folgenden Wortlaut:

- <sup>1</sup> *Die zuständige Gemeindebehörde hat den Anstössern mit eingeschriebenem Brief vom Baugesuch Kenntnis zu geben.*
- <sup>2</sup> *Anstösser im Sinne dieser Vorschrift sind Grundeigentümer, deren Grundstück an das Baugrundstück angrenzt oder davon nicht mehr als 30 Meter entfernt ist.*
- <sup>3</sup> *Baugesuch und Unterlagen sind während vierzehn Tagen zur Einsicht aufzulegen.*
- <sup>4</sup> *Bei kleinen und zugleich unbedeutenden Bauten und Anlagen kann vom Anzeige- und Auflageverfahren abgesehen werden.*

Auffällig ist, dass in der ursprünglichen Fassung des Baugesetzes keine öffentliche Auflage des Baugesuchs vorgeschrieben wurde. Neben den benachbarten Grundeigentümern, die mittels Bauanzeige vom Baugesuch Kenntnis erhielten, waren die übrigen Interessierten auf die Beachtung der Bauvisiere angewiesen.

**bb) Baugesetz in der Fassung des Nachtragsgesetzes vom 24. November 1982 (nGS 18-56)**

Die Bestimmung der Anstösser durch die Bezugnahme auf das Baugrundstück führte in der Praxis zu Schwierigkeiten. Bei grossen Baugrundstücken (beispielsweise in der Landwirtschaftszone) musste einer grossen Zahl von benachbarten Grundeigentümern Anzeige erstattet werden. Dies auch dann, wenn diese auf Grund der räumlichen Situation gar nicht in eigenen schutzwürdigen Interessen berührt sein konnten. Die Regierung sah deshalb im Nachtragsgesetz zum Baugesetz vor, die Bestimmung der Anstösser nicht mehr über das Baugrundstück, sondern über das Bauvorhaben vorzu-

nehmen. Bei Bauten sei der Abstand von den Gebäudefassaden aus zu messen. Dachvorsprünge, Vorbauten und dergleichen sollten aber nicht in Betracht fallen.

In der grossrätlichen Kommission wurde die Einschränkung der Anzeigepflicht von einer Mehrheit getragen. Sie wurde aber - im Interesse der Naturschutzverbände - durch eine öffentliche Bekanntmachung der Baugesuche kompensiert.

In der Fassung vom 24. November 1982 hatte Art. 82 BauG folgenden Wortlaut:

<sup>1</sup> *Die zuständige Gemeindebehörde hat den Anstössern mit eingeschriebenem Brief vom Baugesuch Kenntnis zu geben.*

<sup>2</sup> *Anstösser im Sinne dieser Vorschrift sind Grundeigentümer, deren Grundstück nicht mehr als 30 Meter von der geplanten Baute oder Anlage entfernt ist.*

<sup>3</sup> *Baugesuch und Unterlagen sind während vierzehn Tagen zur Einsicht aufzulegen. Die Auflage ist während der Einsprachefrist öffentlich bekanntzumachen.*

<sup>4</sup> *Bei kleinen und zugleich unbedeutenden Bauten und Anlagen kann vom Anzeige- und Auflageverfahren abgesehen werden.*

Diese Fassung ist immer noch in Kraft. Lediglich der vierte Absatz wurde durch das III. Nachtragsgesetz zum Baugesetz aufgehoben.

### **c) Umsetzungsprobleme im öffentlich-rechtlichen Baubewilligungsverfahren**

Im öffentlich-rechtlichen Baubewilligungsverfahren wirkt die Bauanzeige als Fremdkörper. Die Privilegierung einzelner, allenfalls in schutzwürdigen Interessen betroffener Dritter lässt sich in einem modernen öffentlich-rechtlichen Verfahren nicht rechtfertigen. Wenn allen übrigen, allenfalls in schutzwürdigen Interessen Betroffenen zugemutet wird, auf die Visierung zu achten oder die öffentlichen Bekanntmachungen zu konsultieren, lässt sich nicht einsehen, warum dies für die benachbarten Grundeigentümer nicht gelten soll. Dies gilt umso mehr, als in der Praxis andere Personenkreise von einem Bauvorhaben immer wieder stärker betroffen sind als die benachbarten Grundeigentümer. Zu denken ist etwa an Mieter oder Pächter in der nächsten Umgebung.

Zudem entstehen in der Praxis in den folgenden Bereichen immer wieder Schwierigkeiten:

- Die Bauanzeige wurde in das ordentliche Baubewilligungsverfahren aufgenommen, um die aus damaliger Sicht Einspracheberechtigten in das Verfahren miteinzubeziehen. Die benachbarten Grundeigentümer dürfen aber nicht mit den Einspracheberechtigten gleichgesetzt werden.
- Der Miteinbezug Dritter in ein Verwaltungsverfahren dient der Wahrung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Weil mit der Bauanzeige aber nicht alle Einspracheberechtigten erreicht werden, vermag sie nicht alle Ansprüche zu befriedigen.
- Der unbestimmte Gesetzesbegriff "Anstösser" wird durch den Begriff "Grundeigentümer" nur vermeintlich präzisiert. Auch "Grundeigentümer" ist ein unbestimmter Gesetzesbegriff, dessen Auslegung nicht unerhebliche Schwierigkeiten verursacht.
- Wer als Anstösser zu gelten hat, wird durch eine Distanz zum Bauvorhaben definiert. Diese Messweise bereitet bei Neubauten und Neuanlagen in der Regel keine Probleme. Eine andere Situation besteht bei Änderungen bestehender Bauten und Anlagen.
- Das Gesetz hält fest, dass Einsprachen innert der Auflagefrist erhoben werden können. Es sagt aber nichts darüber aus, wie sich der Empfang der Bauanzeige auf die Einsprachefrist auswirkt.

### **3. Zusammenhang zwischen Bauanzeige und Einsprachelegitimation**

Die Einsprachelegitimation im Verwaltungsverfahren darf nicht mit der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche gleichgesetzt werden.

#### **a) Definition der Einsprachelegitimation**

Zur Einsprache gegen ein Baugesuch ist nach Art. 83 Abs. 2 BauG berechtigt, wer ein eigenes schutzwürdiges Interesse dardut.

Die Einsprachelegitimation in Bausachen hängt nach ständiger Rechtsprechung davon ab, ob beim Einsprecher eine räumlich enge nachbarliche Beziehung zum Baugrundstück gegeben ist und ob er durch einen Sachentscheid unmittelbar und in höherem Ausmass als irgendein Dritter oder die Allgemeinheit in eigenen, aktuellen tatsächlichen oder rechtlichen Interessen beeinträchtigt wird. Entscheidend ist, ob der Ausgang des Verfahrens die Interessensphäre des Einsprechers beeinflussen kann und dieser in einer besonderen, beachtenswerten örtlichen Beziehung zum Bauobjekt steht. Die Entfernung, welche die relevante örtliche Beziehung bestimmt, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab.

#### **b) Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche**

Das Zivilprozessrecht kennt keine Legitimation als Prozessvoraussetzung. Jedermann kann ein behauptetes Recht einklagen. Ob die Klage zu Recht eingereicht wird, ist im Urteil zu entscheiden. Eine vorfrageweise Überprüfung der Berechtigung ist im Zivilprozess nicht vorgesehen und wäre auch sachfremd.

#### **c) Würdigung der Bauanzeige hinsichtlich der Einsprachelegitimation**

Es liegt auf der Hand, dass bei den benachbarten Grundeigentümern, die mit einer Bauanzeige zu bedienen sind, die verlangte enge nachbarliche Beziehung häufig gegeben ist. Die zweite Voraussetzung der Einsprachelegitimation - die Beeinträchtigung eigener, aktueller tatsächlicher oder rechtlicher Interessen - steht aber vorweg im Zusammenhang mit dem in Frage stehenden Bauvorhaben. Es ist überhaupt nicht zwingend, dass vom Bauvorhaben nur die benachbarten Grundeigentümer betroffen sind. Die Betroffenheit anderer Personen mag sogar augenscheinlicher sein. Auch die Begrenzung der Bauanzeigepflicht auf einen Radius von 30 m um die bewilligungspflichtige Baute oder Anlage trägt dem konkreten Bauvorhaben zuwenig Rechnung. Je nach Projekt müsste der Kreis enger oder weiter gezogen werden.

### **4. Zusammenhang zwischen Bauanzeige und rechtlichem Gehör**

Die Bauanzeige leistet einen wesentlichen Beitrag, damit benachbarte Grundeigentümer ihren Anspruch auf rechtliches Gehör im Baubewilligungsverfahren wahren können.

#### **a) Information als Voraussetzung des rechtlichen Gehörs**

Nur wer von einem hängigen Verfahren überhaupt Kenntnis hat, kann sich auch daran beteiligen. Die Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Baubewilligungsverfahren hängt also wesentlich davon ab, ob die Anspruchsberechtigten vom Baugesuch Kenntnis erhalten.

## **b) Ungleiche Information im ordentlichen Baubewilligungsverfahren**

Im ordentlichen Baubewilligungsverfahren entsteht die Publizitätswirkung durch die Visierpflicht, die öffentliche Auflage und die Bauanzeige. Von der Visierung und der öffentlichen Auflage kann aber nur Kenntnis nehmen, wer ortsansässig und nicht gerade ortsabwesend ist. Nur die Bauanzeige erreicht auch nicht ortsansässige und - allenfalls verspätet - nicht ortsanwesende Grundeigentümer.

Diese Ungleichbehandlung lässt sich sachlich nicht rechtfertigen, weil die Anspruchsbeziehung nicht zwingend mit der Rechtsstellung eines Grundeigentümers zusammenhängen muss. Wird von den übrigen Anspruchsberechtigten erwartet, dass sie Bauvisiere und öffentliche Auflagen beachten, müsste dies auch für Grundeigentümer gelten. Dies muss umso mehr gelten, als nach der Praxis des Bundesgerichtes die öffentliche Auflage eines Baugesuches zusammen mit der Visierung des Bauvorhabens eine hinreichende Publizitätswirkung beanspruchen kann.

## **c) Korrektur der ungleichen Information**

Selbst eine historisch bedingte und gesetzlich festgelegte Ungleichbehandlung darf in einem Rechtsstaat nicht zu sachlich nicht tolerierbaren Resultaten führen. Die Ergebnisse der Ungleichbehandlung sind aber differenziert zu beurteilen:

- Von nicht ortsansässigen Anspruchsberechtigten muss erwartet werden, dass sie ihre Interessen durch einen Vertreter wahrnehmen. Obwohl der benachbarte Grundeigentümer durch die Bauanzeige einen gewissen Vorteil genießt, erleiden die übrigen Anspruchsberechtigten bei einer zweckmässigen Vertretung keinen wesentlichen Nachteil. Die Ausgestaltung der Vertretung kann sich ohne Weiteres nach den auf dem Spiel stehenden Interessen richten.
- Während befristeter Ortsabwesenheiten kann nicht in allen Fällen eine Vertretung erwartet werden. Die Bauanzeige verschafft deshalb dem benachbarten Grundeigentümer einen nicht zu unterschätzenden Vorteil. Er kann seine Interessen - allenfalls verspätet - ohne Verzug wahrnehmen. Den übrigen Anspruchsberechtigten muss deshalb eine längere Frist zur Wahrung ihrer Interessen zugestanden werden. Dies muss mindestens so lange gelten, als sie unter Wahrung der gehörigen Sorgfalt vom Baugesuch keine Kenntnis erhalten konnten. Bei allfälligen Gesuchen um Wiederherstellung der Frist nach Art. 85 ff. GerG ist dieser Umstand gebührend zu berücksichtigen.

## **5. Bestimmung des Bauanzeige-Empfängers**

Nach Gesetz ist die Bauanzeige den benachbarten Grundeigentümern zuzustellen. Wer als Grundeigentümer oder was als Grundstück zu gelten hat, muss durch Auslegung ermittelt werden und kann allenfalls aus anderen Rechtsbereichen hergeleitet werden.

### **a) Definition des Grundeigentums im Privatrecht**

Das Privatrecht beschäftigt sich mit dem Grundeigentum schon seit jeher. Es verwundert deshalb nicht, dass das Grundeigentum dort eingehend und genau definiert ist. Im Schweizerischen Recht können für die Definition des Grundeigentums die Art. 655 bis 712t ZGB herangezogen werden.



**aa) Eigentümer von Liegenschaften**

Grundstücke im Sinn des Gesetzes sind nach Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB in erster Linie die Liegenschaften. Eine Liegenschaft ist jede Bodenfläche mit genügend bestimmten Grenzen (Art. 3 Abs. 2 GBV). Die für die Identifikation des Liegenschafteneigentümers erforderlichen Angaben lassen sich zum einen aus der Eigentümerkolumne des für die Liegenschaft eröffneten Hauptbuchblattes des Grundbuchs (Art. 31 GBV) und ergänzend aus den für die damalige Eintragung des Eigentums erforderlichen Anmeldebelegen (Art. 13a GBV) eruieren.

**bb) Inhaber von im Grundbuch aufgenommenen, selbständigen und dauernden Rechten**

Grundstücke im Sinn des Zivilgesetzbuches sind gemäss Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB auch die in das Grundbuch aufgenommenen, selbständigen und dauernden Rechte. Diese verleihen dem Inhaber das Recht, das belastete Grundstück in einer bestimmten Form zu nutzen beziehungsweise zu benutzen.

Grundvoraussetzung für eine Aufnahme ins Grundbuch ist, dass das entsprechende Recht zuvor rechtmässig begründet worden ist. Nach Art. 7 Abs. 2 Ziff. 1 GBV ist ein solches Recht selbständig, wenn es weder zu Gunsten einer einzigen, bestimmten Person, noch zu Gunsten eines herrschenden Grundstücks errichtet worden ist und somit für sich übertragbar (veräusserlich und vererblich) ist. Als dauernd gilt es, wenn es mindestens auf eine Dauer von 30 Jahren oder auf unbestimmte Zeit begründet erscheint (Art. 7 Abs. 2 Ziff. 2 GBV). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann das Recht durch Anlegen eines eigenen Hauptbuchblattes als Grundstück im Grundbuch aufgenommen werden. Dies erfolgt nur auf schriftlichen Antrag des Berechtigten hin (Art. 7 Abs. 1 GBV). Sobald für das selbständige und dauernde Recht ein eigenes Hauptbuchblatt eröffnet ist, gilt das Recht als Grundstück und dessen Inhaber als "Grundeigentümer" im Sinn des Zivilgesetzbuches.

Abgesehen von wenigen Ausnahmen (Nutzniessung, Wohnrecht, Überbaurecht) können grundsätzlich alle Dienstbarkeiten (beziehungsweise Grundlasten) durch entsprechende Ausgestaltung des Begründungsvertrages als selbständige und dauernde Rechte ausgestaltet und auf schriftlichen Antrag des Berechtigten im Grundbuch aufgenommen werden. Wirtschaftlich am bedeutsamsten und in der Praxis wohl auch am häufigsten anzutreffen ist das im Grundbuch aufgenommene, selbständige und dauernde Baurecht.

Ob eine Liegenschaft mit einem selbständigen und dauernden Recht belastet ist, ist ebenfalls aus dem Grundbuch ersichtlich, da das Hauptbuchblatt des belasteten Grundstücks regelmässig in der Dienstbarkeitenkolumne eine Verweisung auf das als Grundstück aufgenommene Recht enthält (Art. 9 Abs. 3 GBV). Die für die Identifikation der Berechtigten erforderlichen Angaben lassen sich im Grundbuch zum einen aus der Dienstbarkeitenkolumne auf dem Hauptbuchblatt des belasteten Grundstücks (Art. 35 GBV) und ergänzend aus den für die damalige Eintragung der Dienstbarkeit (beziehungsweise Grundlast) erforderlichen Anmeldebelegen (Art. 13a GBV) eruieren.

**cc) Berechtigte an Bergwerken**

Als Grundstücke gelten gemäss Art. 655 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB sodann die Bergwerke. Darunter ist das Recht zur bergbautechnischen Ausbeutung von im Erdinnern lagernden Rohstoffen (Erze, fossile Brenn- und Leuchtstoffe, Salze, Phosphate, seltene Mineralien und Kristalle etc.) zu verstehen. Im Kanton St.Gallen, der für sich das Bergregal beansprucht (Art. 1 des Gesetzes über den Bergbau, sGS 852.1), wird ein solches

Recht entweder durch Verpachtung oder durch Erteilung einer Konzession verliehen (Art. 2 des Bergbaugesetzes). Eine solche Bergbaukonzession kann nach Art. 10 Abs. 1 GBV auf schriftliches Begehren des Berechtigten ebenfalls ins Grundbuch aufgenommen werden, sofern die Bergbauberechtigung auf wenigstens 30 Jahre verliehen worden ist.

#### **dd) Miteigentümer an Grundstücken**

Grundstücke im Sinn des Zivilgesetzbuches sind nach Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB auch die Miteigentumsanteile an Grundstücken. Dabei kann es sich entweder um gewöhnliches Miteigentum nach Art. 646 ff. ZGB oder aber um Stockwerkeigentum nach Art. 712a ff. ZGB handeln. Stockwerkeigentum baut auf der Miteigentumsordnung auf. Mit den einzelnen Miteigentumsanteilen verbunden ist das Sonderrecht eines jeden Stockwerkeigentümers, die zu seiner Stockwerkeigentumseinheit gehörenden Räumlichkeiten ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen.

#### **b) Auslegung des Grundeigentums im ordentlichen Baubewilligungsverfahren**

Das öffentliche Recht ist grundsätzlich nicht an die Definitionen des Privatrechts gebunden. Die äusserlich gleichen Begriffe können deshalb einen wesentlich anderen Inhalt aufweisen. Auf jeden Fall ist der Inhalt eines unbestimmten Gesetzesbegriffes durch sorgfältige Auslegung zu ermitteln.

##### **aa) Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte**

Die Materialien geben keinen eindeutigen Hinweis darauf, was der Gesetzgeber mit Grundeigentümer beziehungsweise Grundstück gemeint hat. Dies ist vor allem auf den Umstand zurück zu führen, dass beispielsweise dinglich Berechtigte als Bauanzeige-Empfänger ausgeschlossen wurden. Nicht berücksichtigt wurde aber, dass dingliche Berechtigungen auch Grundstücke sein können.

Umgekehrt kann den Materialien die Tendenz entnommen werden, dass mit dem Begriff "Anstösser" eine räumliche Dimension verbunden sein muss. Diese ist bei den Liegenschaften gegeben.

##### **bb) Berücksichtigung der Rechtsprechung und Lehre**

In einem publizierten Entscheid hat die Regierung festgehalten, dass unter Anstössern beziehungsweise Grundeigentümern nur die Eigentümer von Liegenschaften zu verstehen sind. Die Regierung ging aber entgegen dem Gesetzeswortlaut davon aus, dass die selbständigen und dauernden Rechte nicht "Grundstücke im eigentlichen Sinn" seien, sondern nur so behandelt würden. Dieser Irrtum lässt sich jedoch darauf zurück führen, dass mit "Grundstücken im eigentlichen Sinn" eben Liegenschaften gemeint waren. Werden die Erwägungen entsprechend angepasst, erweisen sich diese als schlüssig.

Die vorherrschende Lehre hat sich vorwiegend mit der Abgrenzung des Grundeigentums zu anderen - obligatorischen oder dinglichen - Rechten befasst. Eine Differenzierung innerhalb des Oberbegriffs "Grundeigentum" konnte nicht ausgemacht werden.

**cc) Schlussfolgerung für die Definition des Grundeigentums in Art. 82 Abs. 2 BauG**

An der bisherigen Praxis muss aus folgenden Gründen fest gehalten werden:

- Die Begriffe "Grundstück" und "Grundeigentümer" werden im Baugesetz mehrfach verwendet. In den meisten Fällen muss dabei "Grundstück" mit Liegenschaften und "Grundeigentümer" mit Liegenschafteneigentümer gleichgesetzt werden: Art. 27, 56, 57, 62, 63, 64, 73, 74, 109, 110, 110bis, 110ter, 111bis, 111quater, 112, 113, 116 und 121 BauG. In anderen Fällen kann keine eindeutige Einschränkung auf Liegenschaft beziehungsweise Liegenschaftseigentümer vorgenommen werden. Im Planungsrecht (Art. 28, 28sexies, 29, 30, 32 und 33 BauG), im Erschliessungsrecht (Art. 50 und 51 BauG), bei öffentlichen Einrichtungen (Art. 76 BauG), im Natur- und Heimatschutzrecht (Art. 99 und 100 BauG) sowie bei Planungszonen (Art. 108 und 108bis BauG), erscheint jedoch eine solche Einschränkung als sinnvoll. Vor diesem Hintergrund spricht die einheitliche Verwendung des gleichen Begriffs in demselben Gesetz dafür, dass mit "Grundstück" Liegenschaft gemeint ist.
- In der Alltagssprache gelten Grundstück, Liegenschaft und Parzelle als gleichbedeutende Begriffe. Die Materialien lassen vermuten, dass auch der historische Gesetzgeber von dieser Sprachbedeutung und nicht von der privatrechtlichen Terminologie ausgegangen ist.
- Die Anknüpfung der Bauanzeigepflicht an den Anstösser und insbesondere an ein örtlich genau definiertes Grundstück, schaffen einen räumlichen Bezug. Dieser räumliche Bezug kann bei Liegenschaften am ehesten nachvollzogen werden. Andere Rechte, die zwar ebenfalls Grundstücke sein können, müssen nicht zwingend in gleichem Mass örtlich bestimmt sein.
- Es ist offensichtlich, dass der Gesetzgeber die grosse Zahl der Rechte, die als Grundstücke ausgestaltet werden können, nicht in Erwägung gezogen hat. Insbesondere wird er kaum an Bergwerke gedacht haben.
- Würden neben den Eigentümern von Liegenschaften auch solche anderer Grundstücke im privatrechtlichen Sinn mit einer Bauanzeige bedient, wäre dennoch keine sachgerechte Abgrenzung gewährleistet. Es hängt nämlich allein vom Willen des Berechtigten ab, ob ein als selbständig und dauernd ausgestaltetes Recht als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen wird.
- Müsste allen benachbarten Grundeigentümern im zivilrechtlichen Sinn eine Bauanzeige zugestellt werden, liesse sich die vom Gesetzgeber mit dem Nachtragsgesetz beabsichtigte Reduktion der Bauanzeigen nicht bewerkstelligen. Beispielsweise müssten Stockwerkeigentümer als Miteigentümer am Stammgrundstück und als Eigentümer eines einzelnen Stockwerkeigentumsanteils doppelt bedient werden. Demgegenüber genügt es nach bisheriger Praxis, die Anzeige allen Miteigentümern oder - sofern ein solcher bestellt wurde - ausschliesslich dem Verwalter zuzustellen (Art. 712t Abs. 3 ZGB).
- Wird die Anzeigepflicht auf Liegenschaften beschränkt, kann offen bleiben, was mit Grundstücken zu geschehen hat, die sich auf der Bauliegenschaft selber befinden.

**6. Bestimmung des Kreises der anzeigepflichtigen Grundstücke**

Aus dem Wortlaut des Gesetzes, den Materialien zum Nachtragsgesetz und der publizierten Praxis des Verwaltungsgerichtes ergibt sich klar, dass als Ausgangspunkt für den die

Anzeigepflicht bestimmenden Radius die vom Bauvorhaben betroffene Baute oder Anlage zu gelten hat.

Die Umschreibung "geplante Baute oder Anlage" lässt aber erkennen, dass der Gesetzgeber an Neubauten und Neuanlagen gedacht hat. Diese Vermutung wird durch die Materialien bekräftigt. Nicht berücksichtigt wurden demzufolge Änderungen bestehender Bauten und Anlagen.

Gerade bei der Änderung besonders grosser Bauten oder Anlagen können durch eine strikt ausgelegte Bauanzeigepflicht sachfremde Ergebnisse entstehen. Insbesondere würde der Kreis der Anzeigeberechtigten bei der räumlich eng begrenzten Änderung bestehender grosser Bauten oder Anlagen übermässig ausgedehnt. Zu denken ist etwa an geschlossene Überbauungen oder grosse Fabrikhallen, die nur in einem kleinen, räumlich genau abgegrenzten Bereich baulich oder nutzungsmässig geändert werden. In solchen Fällen wäre es zweckmässig, die "geplante Baute oder Anlage" auf den geänderten Bauten- oder Anlagenteil zu beschränken. Eine solche Einschränkung der Anzeigepflicht dürfte aber nur bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände in Betracht gezogen werden.

## **7. Einfluss des Empfangs der Bauanzeige auf die Einsprachefrist**

Durch die Bauanzeige sollen die benachbarten Grundeigentümer ihre Interessen wahrnehmen und insbesondere fristgerecht Einsprache erheben können. Es stellt sich deshalb die Frage, welchen Bezug die Bauanzeige zur Einsprachefrist aufweist.

### **a) Regelung der Einsprachefrist**

Nach Art. 83 Abs. 1 BauG sind Einsprachen schriftlich und mit Begründung innert der Auflagefrist bei der zuständigen Gemeindebehörde einzureichen. Baugesuch und Unterlagen sind nach Art. 82 Abs. 3 BauG während vierzehn Tagen zur Einsicht aufzulegen; die Auflage ist während der Einsprachefrist durch öffentlichen Anschlag bekannt zu machen.

Aus der gesetzlichen Regelung ergibt sich damit eindeutig, dass die Einsprachefrist einzig an die vierzehntägige öffentliche Auflage gebunden ist. Eine Verbindung zur Bauanzeige besteht hingegen klar nicht. Mit anderen Worten darf - entgegen der immer wieder festgestellten Praxis - mit der Bauanzeige keine selbständige Frist für die Einsprache-Erhebung eingeräumt werden.

### **b) Folgen für die Zustellung der Bauanzeige**

Weil der Gesetzgeber mit der Bauanzeige bestimmte Personen im Baubewilligungsverfahren privilegiert hat, ist diesen gegenüber sicher zu stellen, dass ihnen die gesetzlich vorgesehene Einsprachefrist von vierzehn Tagen auch tatsächlich zur Verfügung steht. Folglich ist die Versendung der Bauanzeigen vor der Publikation der Auflage vorzunehmen und zwar derart frühzeitig, dass vernünftigerweise davon ausgegangen werden kann, dass die Berechtigten spätestens am Tag vor Beginn der öffentlichen Auflage von der Anzeige Kenntnis nehmen können. Dies gilt umso mehr, als die Berechtigten in Kenntnis der gesetzlichen Regelung auch auf die rechtzeitige Zustellung der Anzeige bauen.

In diesem Zusammenhang ist besonders zu beachten, dass die Bauanzeige nach Art. 82 Abs. 1 BauG mit eingeschriebenem Brief zu erfolgen hat. Wird der Adressat bei der Zustellung nicht angetroffen, wird ihm eine Abholungseinladung in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt. Die Bauanzeige gilt dann in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird. Wird die Bauanzeige nicht innerhalb der Abholfrist, die sieben Tage beträgt, abgeholt, so gilt sie am letzten Tag dieser Frist als rechtsgültig

zugestellt. Um zu gewährleisten, dass einem Anzeigeberechtigten die volle vierzehntägige Einsprachefrist zur Verfügung steht, ist der Tag für den Versand der Bauanzeigen, vom Tag vor Beginn der öffentlichen Auflage an gerechnet, um mindestens diese siebentägige Frist früher anzusetzen. Dies gilt zumindest für den Versand an in der Schweiz wohnhafte Personen.

Die Frist zum Versand an im Ausland wohnhafte Anzeigeberechtigte ist dementsprechend ebenfalls grosszügig zu bemessen; massgebend muss sein, dass die Berechtigten vernünftigerweise spätestens am Tag vor Beginn der öffentlichen Auflage von der Bauanzeige Kenntnis nehmen können. Der Rücksichtnahme auf im Ausland wohnhafte Anzeigeberechtigte ist allerdings dort eine Grenze zu setzen, wo diese sich an einem Ort aufhalten, der über keine gesicherte Postzustellung verfügt. In diesem Fall muss von ihnen erwartet werden, dass sie sich wirksam vertreten lassen.

### **c) Folgen bei verspätetem Empfang der Bauanzeige**

Die verspätete Zustellung einer Bauanzeige hindert den Ablauf der Einsprachefrist nicht. Wurde trotz rechtzeitigem Versand der Bauanzeige die Einsprachefrist verpasst, bleibt den Anzeigeberechtigten nur das Gesuch um Wiederherstellung der Einsprachefrist. Diesem Gesuch kann allerdings nur statt gegeben werden, wenn den Anzeigeberechtigten an der Säumnis kein oder höchstens ein leichtes Verschulden trifft.

## **8. Folgen der Verletzung der Anzeigepflicht**

Eine Verletzung der Anzeigepflicht gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Eine wegen Unterlassung der Anzeigepflicht in Verletzung des rechtlichen Gehörs erlassene Baubewilligung ist von der angerufenen Rechtsmittelinstanz grundsätzlich aufzuheben und ohne materielle Prüfung der erhobenen Rügen an die Vorinstanz zur Behebung des Mangels und neuer Entscheidung zurückzuweisen.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang nur, dass im ordentlichen Baubewilligungsverfahren die Publizitätswirkung nicht nur durch die Bauanzeige, sondern auch durch die Visierung und die öffentliche Auflage erreicht wird. Kann bei den übrigen Einspracheberechtigten davon ausgegangen werden, dass die Visierung und die öffentliche Auflage zur Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör genügen, so muss dies im Grundsatz auch für die anzeigeberechtigten Grundeigentümer gelten. Der Grundeigentümer kann sich deshalb nicht auf unbestimmte Zeit auf sein Vertrauen berufen, es werde ihm noch eine Bauanzeige zugestellt. Muss er aus objektiven Gründen davon ausgehen, dass auf dem Nachbargrundstück ein bewilligungspflichtiges Bauvorhaben ansteht oder bereits verwirklicht wird, muss er auch ohne Bauanzeige umgehend bei der zuständigen Behörde vorstellig werden. Als objektive Gründe, die auf ein hängiges Baubewilligungsverfahren hinweisen, können insbesondere die Visierung, die öffentliche Auflage, die Veröffentlichung im amtlichen Publikationsorgan oder die Vorstellung des Projekts durch die Bauherrschaft gelten. Spätestens der Beginn intensiver Bauarbeiten müsste den Grundeigentümer zu umgehendem Handeln bewegen.

Hätte der bauanzeigeberechtigte Grundeigentümer auf Grund der objektiven Umstände vom hängigen Baubewilligungsverfahren Kenntnis erhalten können und hat er trotzdem nicht bei der zuständigen Behörde interveniert, so bleibt der formelle Mangel der Nichtzustellung der Bauanzeige erhalten. Dieser Mangel ist aber nur anfechtbar und führt nicht zur Nichtigkeit der Baubewilligung. Er kann daher nur durch eine umgehende Intervention bei der zuständigen Behörde oder der übergeordneten Instanz geltend gemacht werden. Unterbleibt eine umgehende Reaktion, kann auf später eingereichte Rechtsmittel nicht mehr eingetreten werden und allfälligen Rechtsbehelfen ist keine Folge zu leisten.

## 9. Beurteilung der Anzeigepflicht

Die privatrechtliche Herkunft der Bauanzeige führt im öffentlich-rechtlich geregelten Baubewilligungsverfahren zu vielschichtigen Problemen. Weil gegenüber der ursprünglichen Fassung des Baugesetzes der Anspruch auf rechtliches Gehör ohne Weiteres durch die Erstellung der Bauvisiere und der öffentlichen Auflage gewahrt werden kann, wären mit einer Aufhebung dieser Bestimmung nur Vorteile verbunden. Wünschenswert wäre ohnehin eine Veröffentlichung sämtlicher Baugesuche im amtlichen Publikationsorgan, eventuell im Amtsblatt. Damit würden nicht nur die heutigen Informationsbedürfnisse am besten abgedeckt, sondern es könnten auch die in dieser Hinsicht unterschiedlichen Anzeigeverfahren für Baubewilligungen und Zonenplanänderungen vereinheitlicht werden.

Eine diesbezügliche Revision des Baugesetzes steht zur Zeit aber nicht in Aussicht. Die Bauanzeigen sind deshalb weiterhin mit der nötigen Sorgfalt zu versenden. Insbesondere ist dem gesetzlich begründetem Vertrauen der Grund- beziehungsweise Liegenschaftseigentümer Rechnung zu tragen.

### Weiterführende Hinweise:

- Botschaft des Regierungsrates vom 22. September 1970 zum Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Baugesetz), in: ABI 1970, 1282, 1304, 1313, 1342, 1376
- Protokoll der 7. Sitzung der grossrätlichen Kommission vom 8./9. Juli 1971 betreffend Baugesetz [Art. 75], 47 ff.
- Botschaft des Regierungsrates vom 9. September 1980 zu einem Nachtragsgesetz zum Baugesetz, in: ABI 1980, 1405, 1418, 1433
- Protokoll der 6. Sitzung der grossrätlichen Kommission vom 3./4. Juni 1981 betreffend Nachtragsgesetz zum Baugesetz, 353 ff.
- Botschaft und Entwurf des Regierungsrates vom 11. Oktober 1994 zum III. Nachtragsgesetz zum Baugesetz, in: ABI 1994, 2273 ff.
- BGE 123 III 493 Erw. 1, 119 V 94 Erw. 4b, 116 Ia 215 ff., 115 Ia 24 ff., 113 Ia 431 ff., 109 Ib 200 Erw. 4b, 107 Ia 76 Erw. 4a
- BGE 1P.264/2000 vom 30. August 2000
- ZBI 86 [1985], 505, ZBI 82 [1981], 183
- GVP 1977 Nrn. 23 und 56, GVP 1999 Nr. 21
- M. Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000, 206 ff., 449 ff.
- J. Elser, St.Gallisches Baupolizeirecht, St.Gallen 1915, 58 f. und 66 f.
- H. Kunz, Das öffentliche Baurecht im Kanton St.Gallen, Zürich und St.Gallen 1958, 205 f.
- P. Steiner, Formelles Baupolizeirecht, in: Das neue st.gallische Baugesetz, herausgegeben vom Schweizerischen Institut für Verwaltungskurse an der Hochschule St.Gallen, St.Gallen 1973, 148 f.
- M. Zemp, Kommentar zum Baugesetz des Kantons St.Gallen vom 6. Juni 1972, St.Gallen 1980, 163 f.
- P.B. Leutenegger, Das formelle Baurecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 1978, 146 f.
- B. Heer, Materielles Baupolizeirecht II und Baubewilligungsverfahren, in: Das Nachtragsgesetz zum st.gallischen Baugesetz, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St.Gallen, Neue Reihe Bd. 20, St.Gallen 1983, N 1 ff. zu Art. 82 BauG
- Ch. Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, 129 ff.
- E. Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., Aarau 1985, N 3 f. zu § 151
- A. Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, 2. Aufl., Bern 1995, N 7 ff. zu Art. 35/35a
- Haller/Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Band I, 3. Aufl., Zürich 1999, N 765 ff. und N 771
- E. David, Ortsplanungsrecht II: Das Verfahren beim Erlass von Baureglement, Plänen und Schutzverordnungen, in: Das Nachtragsgesetz zum st.gallischen Baugesetz, Veröffentli-

- chungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St.Gallen, St.Gallen 1983, N 35 zu Art. 29bis
- W.E. Hagmann, Die st.gallische Verwaltungsrechtspflege und das Rechtsmittelverfahren vor dem Regierungsrat, Diss. Zürich 1979, 148 ff.
  - Meier-Hayoz/Rey, Berner Kommentar, N 58 ff. zu Art. 712t ZGB
  - H. Laim, Kommentar zu Art. 655-663 ZGB, Art. 19 SchIT ZGB, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT ZGB, Basel und Frankfurt am Main 1998, N 6 ff. zu Art. 655 ZGB
  - H. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2. Aufl., Bern 2000, Nrn. 627 ff., 761 ff., 1026 ff.
  - H. Rey, Schweizerisches Stockwerkeigentum mit Beispiel "Reglement der Stockwerkeigentümer", Zürich 1999, Nrn. 6 ff., 224 ff.
  - H.M. Riemer, Die beschränkten dinglichen Rechte, Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten, 2. Aufl., Bern 2000, § 10 N 1 ff.
  - Juristische Mitteilungen 2000 Nr. 18

**7**

Baurecht:

**Aufsichtsrechtliche Baueinstellung****Art. 130 Abs. 1 BauG: Baueinstellung****Baueinstellungen können auch von der Aufsichtsbehörde verfügt werden.**

Unmittelbar nach Eingang eines Rekurses musste das Baudepartement auf Grund der eingereichten Unterlagen sowie anhand eigener Abklärungen feststellen, dass von einer Baubewilligung für die Erstellung einer Geländeauffüllung ausserhalb der Bauzonen bereits Gebrauch gemacht wurde, obwohl diese offensichtlich klarem Recht widersprach.

**1. Feststellung des Fehlens einer rechtsgültigen Baubewilligung**

Für die ausserhalb der Bauzonen gelegene Geländeauffüllung konnte aus verschiedenen Gründen keine rechtskräftige Baubewilligung vorliegen.

**a) Fehlen der Zustimmung des Planungsamtes**

Es steht nach den vorliegenden Unterlagen fest, dass erstens die Geländeauffüllung in der Landwirtschaftszone liegt, zweitens diese mit Sicherheit baubewilligungspflichtig ist (Art. 78 Abs. 2 lit. g BauG) - wenn nicht gar einen Deponieplan erfordert (Art. 28bis BauG) - und schliesslich drittens das Planungsamt als zuständige Stelle des Staates nach Art. 87bis BauG in Verbindung mit Art. 2 des Regierungsbeschlusses über den Vollzug von Art. 77 Abs. 2 und Art. 87bis BauG nicht angehört worden ist.

Kommunale Baubewilligungen, die ohne die erforderliche Zustimmung oder Genehmigung durch die kantonale Behörde erteilt wurden, entfalten keine Rechtswirkungen beziehungsweise sind unter bestimmten Voraussetzungen sogar nichtig und zwar unabhängig davon, ob der Genehmigungsvorbehalt im Bundesrecht oder im kantonalen Recht begründet ist.

**b) Verletzung der Koordinationspflicht**

Erfordert die Bewilligung einer Baute oder Anlage die Mitwirkung von Stellen des Staates, werden Verfahren und Verfügungen koordiniert (Art. 1 Abs. 1 VKoG). Die politische Gemeinde leitet die Gesuchsunterlagen unter anderem mit einer ersten kurzen Stellungnahme an die federführende Stelle des Staates und sorgt für die öffentliche Auflage (Art. 4 lit. c und d VKoG).

Weil bei Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen das Planungsamt in jedem Fall anzuhören ist, wurden vorliegend die Bestimmungen der Gesetzgebung über die Verfahrenskoordination verletzt.



### c) Verletzung von Verfahrensvorschriften

Weil offensichtlich auch ein Schutzgegenstand im Sinn von Art. 98 Abs. 1 BauG tangiert war, musste eine Interessenabwägung im Sinn von Art. 98 Abs. 2 BauG vorgenommen werden. Eine solche Interessenabwägung ist hingegen unterblieben. Zusätzlich fällt in dieser Situation das Meldeverfahren nach Art. 82ter BauG ebenso ausser Betracht wie das vereinfachte Verfahren im Sinn von Art. 82bis BauG.

## 2. Folgen des Fehlens einer rechtskräftigen Baubewilligung

Insgesamt ergibt sich, dass keine rechtsgültige Bewilligung vorliegt. Von der Bewilligung darf deshalb kein Gebrauch gemacht werden (Art. 89 BauG).

## 3. Baueinstellungsverfügung durch die Aufsichtsbehörde

Wenn unberechtigterweise mit der Errichtung von Bauten und Anlagen begonnen wird, kann die zuständige Gemeindebehörde die Einstellung der Arbeiten verfügen (Art. 130 Abs. 1 BauG). Nach Art. 130 Abs. 2 BauG kann sie ferner die Entfernung oder die Abänderung rechtswidrig ausgeführter Bauten und Anlagen sowie die Wiederherstellung des früheren Zustands verfügen, wenn die Ausführung den gesetzlichen Vorschriften oder den genehmigten Plänen nicht entspricht oder sonst ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wird. Kommt der Pflichtige der Aufforderung der zuständigen Behörde zur Einstellung der Arbeiten, zur Schaffung des rechtmässigen Zustands oder zur Entfernung der Baute oder Anlage nicht nach, so kann diese die erforderlichen Massnahmen auf dessen Kosten ergreifen oder von einem Dritten durchführen lassen (Art. 131 Abs. 1 BauG).

Die Kann-Formulierungen bedeuten allerdings nicht, dass es im Belieben der Behörde steht, ob sie einschreiten will oder nicht, denn grundsätzlich spricht das Legalitätsprinzip dafür, dass ein baurechtswidriger Zustand behoben werden muss. Die Befugnisse der zuständigen Gemeindebehörde stehen ohne Weiteres auch der Aufsichtsinstanz zu (siehe Art. 228 ff. GG), namentlich dann, wenn jene - wie vorliegend - ihre Pflichten nicht oder nicht gesetzeskonform wahrnimmt und erhebliche öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen.

### Weiterführende Hinweise:

- BGE 111 Ib 220 f.
- VerwGE vom 27. Oktober 1987 i.S. H.H., 9 f.
- VerwGE vom 14. November 1985 i.S. H.S., 5

### Entscheid des Baudepartementes vom 9. Februar 2001

Auf Grund der angefochtenen Verfügung sowie des dagegen eingereichten Rekurses wäre lediglich zu beurteilen gewesen, ob durch die Transporte zu einer Geländeauffüllung eine öffentliche Strasse beschädigt worden war und die Instandstellungskosten zu Recht dem Bauherrn auferlegt wurden.

Nachdem das Baudepartement jedoch feststellen musste, dass die zu Grunde liegende Bewilligung nicht rechtsgültig sein konnte, erliess es als vorsorgliche Massnahme eine Baueinstellung. Gleichzeitig wurde einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen und für den Fall der Widerhandlung dem Bauherrn sowie der Vorinstanz die Einleitung eines Strafverfahrens angedroht.

**8**

Baurecht:

**Vollstreckung eines Nutzungsverbots****Art. 130 Abs. 1 BauG: Nutzungsverbot****Art. 131 Abs. 1 BauG: Ersatzvornahme**

**Liegt für eine bewilligungspflichtige Nutzung keine Baubewilligung vor, so ist im Rahmen der Verhältnismässigkeit ein Nutzungsverbot zu erlassen und nötigenfalls auch durchzusetzen.**

In einem Wohn- und Geschäftshaus waren (begleitet durch bauliche Massnahmen) Werkstatt- und Wohnräume in eine Erotiksauna umgenutzt worden. Weil hierfür keine Baubewilligung vorlag, sah sich die zuständige Behörde veranlasst, die sofortige Einstellung der Bauarbeiten und ein Nutzungsverbot bis zum Entscheid über das nachträgliche Baugesuch zu erlassen. Nachdem dieses nicht eingehalten wurde, setzte sie dieses Nutzungsverbot auf dem Weg der Ersatzvornahme durch. Beide Verfügungen wurden durch Rekurs beim Baudepartement angefochten.

**1. Feststellung der Baubewilligungspflicht**

Die Bewilligungspflicht eines Bauvorhabens und insbesondere einer ortsfesten Nutzung kann sich sowohl aus dem kantonalen als auch aus dem eidgenössischen Recht ergeben.

**a) Kantonalrechtliche Baubewilligungspflicht**

Auf Grund der ausführlichen Dokumentation des Gemeinderates sowie der Zeitungsinserate und des stets aktuellen Internetauftritts kann nicht ernsthaft bestritten werden, dass die Zweckänderung der Werkstatt im Untergeschoss sowie der Wohnung im Obergeschoss in einen Swingerclub im Sinn von Art. 78 Abs. 2 lit. o BauG bewilligungspflichtig ist. Die Bewilligungspflicht ergibt sich aus der regelmässigen Besucherfrequenz, der im Vergleich zu einer Werkstatt unterschiedlichen Immissionssituation sowie dem offensichtlich mit dem Betrieb zusammenhängenden Einbau von sanitären Hygieneeinrichtungen und Isolationsmassnahmen. Es kann deshalb offen bleiben, ob die vom Rekurrenten selbst aufgeführten Änderungen im Innenraum (zum Beispiel Einbau eines WC, einer Dusche, der Isolation der Wände und der Einzug eines Unterlagsbodens) im ehemaligen Werkstattbereich für sich alleine baubewilligungspflichtig wären (Art. 78 Abs. 2 lit. abis BauG).

**b) Bundesrechtliche Bewilligungspflicht**

Die zu einem Swingerclub umfunktionierte Werkstatt sowie die Lager- und Einstellräume im Unter- und Obergeschoss stellen eine (geänderte) ortsfeste Anlage (Art. 7 Abs. 7 USG in Verbindung mit Art. 8 LSV) dar. Die aus dem Betrieb entstehenden Immissionen sind in einem dafür geeigneten Verfahren zu beurteilen, welches die Parteirechte der beschwerdeberechtigten Nachbarn wahrt (Art. 54 USG). Dies schon deshalb, weil ein derartiger Unterhaltungsbetrieb seine Besucher erfahrungsgemäss und besonders im grenznahen Bereich grösstenteils von auswärts mit dem Privatauto anzieht und die Hauptbetriebszeit in den Abend- und Nachtstunden liegt. Das dafür geeignete Verfahren stellt regelmässig das

Baubewilligungsverfahren dar, weshalb vorliegend die Immissionssituation in diesem Verfahren abzuklären ist.

## **2. Feststellung der formellen Widerrechtlichkeit**

Ist die Bewilligungspflicht der Nutzungsänderung sowie der baulichen Massnahmen gegeben und liegt unbestrittenermassen keine Baubewilligung vor, so führt dies zur formellen Widerrechtlichkeit des bereits verwirklichten Vorhabens.

## **3. Grundsatz des Verbots bewilligungspflichtiger, aber nicht bewilligter Nutzungen**

Die Baubewilligung ist ihrer Rechtsnatur nach eine Feststellungsverfügung, in der festgehalten wird, dass einer geplanten Benützung oder Erstellung einer Baute oder Anlage auf Grund des geltenden öffentlichen Rechts kein Hindernis entgegensteht. Mit den Bauarbeiten und folglich auch mit der Nutzung bestehender Bauten und Anlagen im Rahmen einer bewilligungspflichtigen Zweckänderung darf erst begonnen werden, wenn die Baubewilligung in Rechtskraft erwachsen ist (Art. 89 BauG). In diesem Sinn ist die Baubewilligungspflicht ein Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt. Die Baupolizeibehörde ist unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit verpflichtet, eine nicht bewilligte Nutzungsänderung einer Baute zu verbieten, solange die erforderliche Bewilligung nicht vorliegt. Auch die (nachträgliche) Einleitung des Baubewilligungsverfahrens gibt noch keinen Anspruch, eine widerrechtlich vorgenommene Zweckänderung während der Dauer des Verfahrens zu belassen, da andernfalls das Rechtsinstitut der Baubewilligung ausgehöhlt würde und rechtlich geschützte Interessen bedroht wären.

## **4. Erlass des Nutzungsverbots**

Nach Art. 130 Abs. 1 BauG kann die zuständige Gemeindebehörde die Einstellung der Arbeiten verfügen, wenn unberechtigterweise mit der Errichtung von Bauten und Anlagen begonnen wird.

Die Behörde ist dabei nicht einfach gehalten, sondern vielmehr verpflichtet, eine nicht bewilligte Errichtung oder Änderung einer Baute oder Anlage zu verbieten, solange die erforderliche Bewilligung nicht vorliegt. Kann sie nach Art. 130 BauG die Einstellung der Arbeiten verfügen, wenn mit der Errichtung von Bauten und Anlagen unberechtigterweise begonnen wird, so ist sie gestützt auf diese Bestimmung auch befugt, die Benützung von Bauten und Anlagen im Rahmen einer nicht bewilligten baulichen Veränderung oder Zweckänderung zu untersagen. Die Behörde kann nur dann nicht wegen formeller Rechtswidrigkeit die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes oder die Einstellung einer nicht bewilligten Nutzung verlangen, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt wäre.

Weshalb das angefochtene Nutzungsverbot den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzen sollte, wird indessen vom Rekurrenten nicht einmal ansatzweise dargetan. Eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips ist auch sonst nicht ersichtlich, zumal das rein monetäre Interesse des Rekurrenten die auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen ohnehin nicht aufzuwiegen vermag.

## **5. Vollstreckung des Nutzungsverbots**

Die Vollstreckungsverfügung soll den widerrechtlich geschaffenen Zustand vorläufig beseitigen. Die Abwägung der öffentlichen und der widerstreitenden privaten Interessen ergibt dabei ohne Zweifel, dass die öffentlichen Interessen - wie der Schutz der Polizeigüter

(Ruhe und Ordnung, Gesundheit, Sittlichkeit etc.), der Schutz vor Lärmimmissionen, die Einhaltung des Gastwirtschaftsgesetzes und die Verhinderung möglicher Straftatbestände - das private rein monetäre Interesse überwiegen.

Die in der Vollstreckungsverfügung vorgesehenen Massnahmen der Absperrung sind insgesamt erforderlich, geeignet, zweckmässig und zumutbar. Insbesondere die angeordnete Auswechslung der Schlösser an den Eingangstüren stellt ein geeignetes und zweckmässiges Mittel dar und ist überdies zumutbar. Nur so kann die Schliessung des Betriebs faktisch durchgesetzt und der gegenwärtige Zustand der Inneneinrichtung unverändert bis zum Entscheid über das Baugesuch erhalten werden. Der finanzielle Aufwand für die Schlossauswechslung ist im Übrigen gering.

Im Konkreten sind sowohl die externen wie die intern über das Treppenhaus führenden Zugangstüren zum Untergeschoss und zum Erdgeschoss zu verschliessen. Die Zugangstüre zur Wohnung des ersten Obergeschosses ist ebenfalls abzuriegeln. Diese steht - wie anhand der Fotodokumentation sowie den internen Zugangsmöglichkeiten und auch der Werbung des Rekurrenten für den Drei-Stockwerke-Betrieb geschlossen werden muss - offensichtlich mit dem Betrieb des Swingerclubs in Zusammenhang.

**Weiterführende Hinweise:**

- GVP 1980 Nr. 49
- Juristische Mitteilungen 1998 / I / 2

**Entscheid des Baudepartementes vom 9. Januar 2001**

Der Betrieb der in Frage stehenden Erotiksauna war ohne rechtskräftige Baubewilligung aufgenommen worden. Wie das Baudepartement in den anschliessenden Rekursverfahren feststellte, hatte die zuständige Gemeindebehörde deshalb völlig zu Recht ein Nutzungsverbot erlassen und dieses auch zwangsweise durchgesetzt.

**9**

Verwaltungsverfahrensrecht:

**Ausstand von Behördemitgliedern****Art. 7 Abs. 1 lit. c VRP: Befangenheit****Behördemitglieder haben nur in den Ausstand zu treten, wenn eine Befangenheit aus objektiven Gründen anzunehmen ist.**

Im Verwaltungsverfahren besteht unbestrittenermassen ein Anspruch auf Beurteilung der Angelegenheit durch eine unbefangene und unparteiische Behörde. Die Mindestanforderungen der Unbefangenheit sowie der Unparteilichkeit werden in der Bundesverfassung (Art. 29 Abs. 1 BV) und in der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 6 EMRK) festgelegt. Nach Art. 7 Abs. 1 VRP haben Behördemitglieder, Beamte, öffentliche Angestellte und amtlich bestellte Sachverständige von sich aus in den Ausstand zu treten, wenn sie aus familiären (lit. a) oder wirtschaftlichen Gründen (lit. b) als parteilich oder wenn sie aus anderen Gründen (lit. c) als befangen erscheinen.

**1. Folgen der Missachtung der Ausstandspflicht**

Verfügungen und Entscheide an denen ein ausstandspflichtiges Behördemitglied mitgewirkt hat, sind anfechtbar. Da der Anspruch auf Einhaltung der Ausstandsregeln formeller Natur ist, sind Verfügungen oder Entscheide, die in Verletzung dieser Bestimmung zustande gekommen sind, im Anfechtungsfall ohne materielle Prüfung aufzuheben.

**2. Anlass für die Überprüfung der Befangenheit**

Grundsätzlich müssen alle Behördenmitglieder in jeder Angelegenheit von sich aus überprüfen, ob gegen sie Ausstandsgründe vorliegen. Daneben können auch Verfahrensbeteiligte gegen genau bestimmte Behördemitglieder begründete Ausstandsbegehren stellen. Häufig geschieht dies in der Form, dass den betreffenden Personen Voreingenommenheit oder Parteilichkeit vorgeworfen wird.

**3. Beurteilung der Befangenheit**

Entscheidend für die Beantwortung der Frage der Befangenheit ist nicht, ob die Betroffenen in der Sache tatsächlich befangen sind, sondern ob sie befangen sein könnten, das heisst, ob Tatsachen vorhanden sind, die ein Misstrauen in ihre Objektivität rechtfertigen. Der Ausstandsgrund der Befangenheit ist somit gegeben, wenn ein Verfahrensbeteiligter vernünftigerweise Anlass zur Besorgnis hat, ein Beamter oder ein Behördemitglied könnte voreingenommen sein. Vernünftige Gründe für eine potenzielle Befangenheit müssen das Misstrauen in die Unparteilichkeit objektiv rechtfertigen; auf die subjektive Empfindung einer Partei kommt es nicht an. Dabei vermögen in der Regel nur Umstände, die mit dem konkreten Verfahren im Zusammenhang stehen, die Annahme der Befangenheit zu rechtfertigen. Zudem ergibt sich allein aus dem Umstand, dass eine Behörde öffentliche Interessen zu vertreten hat, noch keine Befangenheit.

#### 4. Zeitpunkt des Ausstandsbegehrens

Die Ablehnung eines Beamten beziehungsweise eines Behördemitglieds hat so früh wie möglich zu erfolgen. Es verstösst gegen Treu und Glauben, Einwände dieser Art erst im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, wenn der Mangel schon vorher hätte festgestellt werden können. Wer ein Behördemitglied nicht unverzüglich ablehnt, wenn er vom Ablehnungsgrund Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf den Prozess einlässt, verliert den Anspruch auf spätere Anrufung der verletzten Bestimmung.

##### Weiterführende Hinweise:

- BGE 118 Ia 284
- ZBI 94 [1983], 85 mit Hinweis
- VPB 1996 Nr. 2 Erw. 1.1
- GVP 1979 Nr. 24, S. 50
- Kötz/ Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, N 252, N 254 und N 257

#### Entscheid des Baudepartementes vom 5. Februar 2001

Im Rekursverfahren vor Baudepartement wurde erstmals vorgebracht, dass das Behördemitglied, welches das erstinstanzliche Verfahren geleitet hatte, voreingenommen sei. Der Umstand, dass das Behördemitglied in unmittelbarer Nachbarschaft zur streitigen Liegenschaft wohnte, vermochte jedoch kein Misstrauen in dessen Objektivität zu rechtfertigen. Hinzu kam, dass das Ausstandsbegehren als verspätet gelten musste, weil das in Frage stehende Behördemitglied im erstinstanzlichen Verfahren unbestritten geblieben war, obwohl es mehrere verfahrensleitende Anordnungen unterzeichnet hatte.

**10**

Verwaltungsverfahrenrecht:

**Akteneinsicht im Rekursverfahren****Art. 16 Abs. 1 VRP: Akteneinsicht**

**Der Anspruch auf Akteneinsicht kann nur am Sitz der aktenführenden Behörde ausgeübt werden. Im Rekursverfahren sind deshalb die dem vorinstanzlichen Entscheid zu Grunde liegenden Akten bis zum Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens bei der Vorinstanz und anschliessend bei der Rekursinstanz einzusehen.**

Mit der Erhebung des Rekurses wird dem Baudepartement häufig beantragt, für die Rekursbegründung bei der Vorinstanz bestimmte oder sämtliche Vorakten einzuholen und den Rekurrenten beziehungsweise deren Vertreter zur Einsichtnahme zuzustellen. Diesem Antrag wird grundsätzlich nicht stattgegeben. Gemäss ständiger Praxis werden die Rekurrenten darauf hingewiesen, dass die Vorakten bei der Vorinstanz einzusehen sind. Anders verhält es sich nur, wenn die Vorinstanz die Akteneinsicht verweigert.

**1. Anspruch auf Einsicht in die Vorakten**

Nach Art. 16 Abs. 1 VRP haben die Beteiligten Anspruch auf Einsicht in die Akten, soweit nicht wichtige öffentliche oder schutzwürdige private Interessen entgegenstehen. Es gilt somit nach wie vor der Grundsatz, dass die Verwaltungstätigkeit nicht öffentlich ist.

**a) Umfang des Anspruchs auf Akteneinsicht**

Vor dem gesetzlichen Hintergrund besteht der Zweck des Anspruchs auf Akteneinsicht darin, dem Rechtssuchenden die Kenntnisnahme der einem Verfahren zu Grunde liegenden Akten zu ermöglichen, um sich über die für das Verfahren massgeblichen Unterlagen und damit den Gang des Verfahrens ein Bild machen zu können. Nur so können die Grundlagen zur Verteidigung der eigenen Interessen und zur Geltendmachung des eigenen Standpunkts erarbeitet werden. Das Akteneinsichtsrecht ist Vorbedingung für eine wirksame und sachbezogene Ausübung des Äusserungsrechts und gilt daher als Bestandteil des in Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 15 VRP geregelten Anspruchs auf rechtliches Gehör. Es erstreckt sich grundsätzlich auf alle Akten, die geeignet sind, Grundlage eines Entscheids zu bilden.

Soll ein Entscheid mit Rekurs angefochten werden, kann das Rechtsmittel ohne Kenntnis der Vorakten kaum hinlänglich begründet werden. Die Kenntnis der Vorakten ist im Rechtsmittelverfahren erst recht unerlässliche Voraussetzung für eine effiziente Stellungnahme. Der Anspruch auf Akteneinsicht erstreckt sich daher auch auf diejenigen Akten, auf welchen der mit Rekurs angefochtene Entscheid beruht.

**b) Ausübung des Anspruchs auf Akteneinsicht**

Gestützt auf das Akteneinsichtsrecht kann ein Verfahrensbeteiligter verlangen, die Akten am Sitz der Behörde einzusehen, sich davon Notizen zu machen oder gegen Gebühr normalformatige Kopien herzustellen. Hingegen kann aus dem Einsichtsrecht kein Anspruch

auf Herausgabe oder gar Übersendung von Akten an einen Verfahrensbeteiligten abgeleitet werden.

Dies gilt grundsätzlich auch für die patentierten Rechtsanwälte. Allerdings entspricht es der Praxis der kantonalen Verwaltung, Akten einem patentierten Rechtsanwalt zuzustellen, soweit das Verfahren dies zulässt. Bei Verfahren mit grösserem Betroffenenkreis oder ausserordentlich umfangreichen Akten, die gleichzeitig von der Behörde benötigt werden, muss allerdings auf der Einsichtnahme bei der Behörde beharrt werden.

## **2. Zuständigkeit zur Gewährung der Einsicht in die Vorakten**

Bei welcher Behörde der Anspruch auf Einsicht in die Vorakten im Rekursverfahren geltend zu machen ist, hängt vom Zeitpunkt beziehungsweise vom konkreten Verfahrensstand ab, in welchem das Gesuch um Akteneinsicht gestellt wird.

Ist der Rekurs fristgerecht eingereicht worden, wird den Betroffenen und der Vorinstanz in Anwendung von Art. 53 Abs. 1 VRP Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, sofern der Rekurs nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist. Die Rekursinstanz ermittelt den relevanten Sachverhalt und erhebt die Beweise von Amtes wegen (Art. 12 Abs. 1 VRP). Dazu wird unter anderem die Vorinstanz gleichzeitig mit der Einladung zur Stellungnahme aufgefordert, der Rekursinstanz sämtliche einschlägigen Vorakten einzureichen. Die Vorinstanz ist gestützt auf Art. 52 VRP zur Überweisung der verlangten Akten verpflichtet.

Die Rekursinstanz ist daher frühestens nach Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens im Besitz der vorinstanzlichen Akten. Erst ab diesem Zeitpunkt bilden die Vorakten Bestandteil der Rekursakten.

### **a) Gesuch um Einsicht in die Vorakten vor deren Überweisung**

Im Rekursverfahren kommt es häufig vor, dass ein Rekurrent - namentlich ein anwaltlich vertretener - innerhalb der vierzehntägigen Rekursfrist (Art. 47 Abs. 1 VRP) lediglich eine Rechtsmittelerklärung einreicht und für die Rekursergänzung ein Gesuch um Fristerstreckung stellt (Art. 48 Abs. 2 VRP). Nicht selten wird gleichzeitig der Antrag gestellt, es seien die Vorakten von der Vorinstanz einzuverlangen und dem Rekurrenten beziehungsweise dessen Vertreter für die Erarbeitung der Rekursbegründung zuzustellen.

Abgesehen davon, dass grundsätzlich kein Anspruch auf Zustellung von Verfahrensakten besteht, ist zu beachten, dass die Rekursinstanz zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht über die Vorakten verfügt. Zudem macht eine Einforderung der Vorakten in diesem Verfahrensstadium auch aus prozessökonomischen Gründen keinen Sinn, da die Vorinstanz zur Ausarbeitung der Rekursvernehmlassung ihrerseits auf die Vorakten angewiesen ist.

Einem Rekurrenten beziehungsweise dessen Vertreter ist es vielmehr ohne weiteres zumutbar, die Vorakten bei der Vorinstanz einzusehen. Der im Rekursverfahren vor der Überweisung der Vorakten gestellte Antrag auf deren Zustellung wird daher durch das Baudepartement regelmässig mit dem Hinweis abgelehnt, dass die Vorakten (in diesem Verfahrensstadium ausschliesslich) bei der Vorinstanz zur Einsicht zu verlangen sind.

### **b) Gesuch um Einsicht in die Vorakten nach deren Überweisung**

Die Vorakten bilden nach deren Überweisung durch die Vorinstanz Bestandteil der Rekursakten. Ein Gesuch um Einsicht in die Vorakten ist daher an das Baudepartement zu richten, das in Anwendung von Art. 16 Abs. 1 VRP über die Gewährung der Akteneinsicht ent-



scheidet. Soweit nicht wichtige öffentliche oder private Interessen entgegenstehen, hat ein Rekurrent Anspruch darauf, in die Rekursakten, einschliesslich der Vorakten, am Sitz des Baudepartementes Einsicht zu nehmen. Einem patentierten Anwalt werden - wo es das Verfahren zulässt - die Akten zugestellt.

### 3. Stellungnahme zu den Vorakten

Die Akteneinsicht macht nur Sinn, wenn die daraus gewonnenen Kenntnisse auch in das Verfahren eingebracht werden können. Im Unterschied zur Akteneinsicht, die während eines hängigen Verfahrens praktisch jederzeit verlangt werden kann, sind die Stellungnahmen zu den Vorakten nur während der gesetzlich vorgesehenen Fristen zulässig.

Von den Rekurrenten wird in diesem Sinn erwartet, dass sie die aus den Vorakten gewonnenen Erkenntnisse in der Rekursbegründung verarbeiten. Dies kann allenfalls innert der nach Art. 48 Abs. 2 VRP erstreckten Frist erfolgen. Im Gegenzug wird von den Rekursgegnern erwartet, dass sie in der Vernehmlassung zu den Vorakten Stellung nehmen. Auch hier kann eine Fristerstreckung nicht ausgeschlossen werden.

Umgekehrt geben aus den Vorakten gewonnene Erkenntnisse in der Regel keinen Anlass, einen zweiten Schriftenwechsel durchzuführen (Art. 53 Abs. 1 VRP) oder eine nachträgliche Eingabe (Art. 19 Abs. 1 VRP) entgegen zu nehmen.

#### Weiterführende Hinweise:

- BGE 121 I 227 Erw. 2a, 119 Ib 20 Erw. 6b, 116 Ia 327 Erw. 2d, 112 Ia 380 Erw. 2b, 108 Ia 7 Erw. 2b
- M. Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000, 225 ff.
- W.E. Hagmann, Die st.gallische Verwaltungsrechtspflege und das Rechtsmittelverfahren vor dem Regierungsrat, Diss. Zürich 1979, 220 ff., 239 f.
- Kölz/ Bosshart/ Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., N. 60 ff. zu § 8
- Kölz/ Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, N 295 ff.
- Merkli/ Aeschlimann/ Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 1 ff. zu Art. 23
- Juristische Mitteilungen 1998 / III / 10 mit zahlreichen Hinweisen