



## Juristische Mitteilungen 2000 / II

### Inhalt

#### Neues Recht:

15. Bundesgesetzgebung über die Raumplanung ..... 2

#### Neue Publikation:

16. St.Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 1999 ..... 3

#### Natur- und Heimatschutzrecht:

17. Haustür als Schutzgegenstand ..... 6

#### Baurecht:

18. Abgrenzung von privat- und öffentlich-rechtlichen Einsprachen ..... 10  
19. Zonenkonformität eines Clublokals in der Wohnzone ..... 19  
20. Nutzungsänderungen bei Gastwirtschaften ..... 22  
21. Baubewilligungsverfahren bei Gastwirtschaften ..... 29  
22. Einheitlichkeit einer Baubewilligung ..... 35

### 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

**15**

Neues Recht:

**Bundesgesetzgebung über die Raumplanung**

Der Bundesrat hat am 28. Juni 2000 die eidgenössische Raumplanungsverordnung (SR 700.1; abgekürzt RPV) erlassen. Zusammen mit der Revision des Bundesgesetzes über die Raumplanung wird diese am 1. September 2000 in Kraft treten.

Die Revision des Raumplanungsgesetzes und die neue Raumplanungsverordnung werden zu erheblichen Änderungen der bisherigen Praxis führen. Wie diese Änderungen ausfallen werden, lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht abschliessend ermitteln. Vor allem die neue Raumplanungsverordnung muss noch eingehend analysiert werden.

Bei dieser Sachlage wird an Stelle einer eigenen Aufbereitung auf Informationsquellen des Bundes verwiesen, die am einfachsten über Internet abgerufen werden können:

- Die Revision des Raumplanungsgesetzes, die Raumplanungsverordnung sowie die zugehörigen Erläuterungen können im pdf-Format heruntergeladen werden unter:

**<http://www.admin.ch/brp/deutsch/index.html>.**

Der für die Einsicht in die heruntergeladenen Dokumente erforderliche Acrobat Reader kann in der Version 4.0 gratis unter **<http://www.abraxas.ch/services/index.html>** (Downloads / Software) heruntergeladen werden.

- Die Medienmitteilung kann eingesehen werden unter:

**<http://www.admin.ch/cp/d/3959f9c8.0@fwsrvg.bfi.admin.ch.html>.**

**16**

Neue Publikation:

**St.Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 1999**

Die GVP 1999 ist erschienen. Sie enthält einige Entscheide von grundsätzlicher Bedeutung, auf die hier verwiesen werden kann:

**Planungsrecht:**

- Art. 18 BauG: Der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen dürfen nur Flächen zugewiesen werden, für die ein bestimmtes öffentliches Bedürfnis ausgewiesen ist (GVP 1999 Nr. 92).
- Art. 32 Abs. 1 BauG: Liegt der Erlass eines Zonenplans nur wenige Jahre zurück, darf der Zonenplan nur aufgrund neuer wesentlicher Bedürfnisse geändert werden (GVP 1999 Nr. 93).

**Baurecht:**

- Art. 11 Abs. 1 BauG: Hauptsächlich in den Abend- und Nachtstunden von einer grossen Anzahl auswärtiger Besucher frequentierte Erotikbetriebe können in der Wohnzone nicht als zonenkonform gelten (GVP 1999 Nr. 90).
- Art. 13 Abs. 1 BauG: Neben den im Gesetz aufgezählten Nutzungsarten mit wirtschaftlichem Zweck können in der Gewerbe-Industrie-Zone auch Nutzungsarten mit ideellem Zweck als zonenkonform gelten, soweit sie die Voraussetzungen hinsichtlich funktionalem Zusammenhang und abstraktem Immissionsmass einhalten (GVP 1999 Nr. 91).
- Art. 67 BauG: Bei Stützmauern gelten nicht die gesetzlichen und reglementarischen Grenzabstände für die Regelbauweise, sondern die speziellen Abstandsvorschriften des Baureglements. Dies gilt nicht nur, wenn eine Parzelle ohne Stützmauer gar nicht zweckmässig überbaut werden könnte, sondern auch dann, wenn die Mauer lediglich der Bequemlichkeit oder der Verbesserung des Umschwungs dient (GVP 1999 Nr. 19).
- Art. 74 BauG: Ersatzabgabe für fehlenden Kinderspielplatz. Rechtsnatur, gesetzliche Grundlagen und Bemessungskriterien sowie Veranlagungsverfahren (GVP 1999 Nr. 20).
- Art. 78 Abs. 2 lit. o BauG: Zweckänderungen, die Einwirkungen auf die Umgebung oder eine Vergrösserung des Benutzerkreises verursachen, von einer zonenkonformen zu einer zonenfremden Nutzung führen oder eine umweltschutzrechtlich begründete Bewilligungspflicht bedingen, müssen immer als baubewilligungspflichtig gelten (GVP 1999 Nr. 94).

Art. 82 Abs. 2 BauG: Werden bei einer Nutzungsänderung einer bestehenden Baute die Anstösser ermittelt, so ist die Distanz von 30 m auch dann von der Gebädefassade aus zu messen, wenn die vorgesehene Nutzungsänderung in einem weiter entfernten Bereich des Gebäudes vorgesehen ist (GVP 1999 Nr. 21).

### **Strassenrecht:**

Art. 56 Abs. 1 lit. b StrG: Die Änderung eines Unterhaltsperimeters rechtfertigt sich bei einer Änderung der Umgrenzung oder wenn die tatsächlichen Nutzungsverhältnisse sich gegenüber der bisher berücksichtigten Nutzung und Erschliessungssituation erheblich geändert haben (GVP 1999 Nr. 22).

Art. 78 ff. StrG: Grundeigentümerbeiträge für den Strassenbau. Für solche Beiträge beginnt die Verjährung nicht mit der Auflage des Beitragsplans zu laufen. Unterschiede zu den Verjährungsregeln bei Kanalisationsanschlussbeiträgen (GVP 1999 Nr. 23).

### **Gewässernutzungsrecht:**

Art. 9 GNG,  
Art. 41ter GNG und  
Art. 4 VV zum GNG: Der Widerruf einer unbefristeten Bewilligung für die Sondernutzung an einem öffentlichen Gewässer und deren Ersatz durch eine befristete Bewilligung ist zulässig (GVP 1999 Nr. 24).

### **Öffentliches Beschaffungswesen:**

Art. 4 Abs. 1 EGöB,  
Art. 5 VöB  
Art. 33 VöB,  
Art. 37 VöB und  
Art. 41 VöB: Werden öffentliche Arbeiten ausgeschrieben, ist der Zuschlag stets als anfechtbare Verfügung zu eröffnen. Verhandlungen nach Offertöffnung sind nur zulässig, wenn in der Ausschreibung darauf hingewiesen wurde. Werden nur mit einem einzelnen Anbieter Verhandlungen geführt, verstösst dies gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Als Schaden können nicht nur die Aufwendungen für die Offertstellung, sondern auch die Umtriebe aus dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden (GVP 1999 Nr. 33).

Art. 5 VöB und  
Art. 31 VöB: Die Änderung der ausgeschriebenen Leistung nach Offertöffnung ist unzulässig, wenn damit ein einzelner Bewerber einen erheblichen Vorteil erfährt. Bei der Prüfung der Offerten ist der Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten (GVP 1999 Nr. 34).

Art. 12 VöB und  
Art. 32 VöB: Sogenannte Unterangebote verstossen nicht gegen Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts. Ein besonders tiefes Preisangebot stellt keinen Ausschlussgrund dar (GVP 1999 Nr. 35).

Art. 16 VöB: Bei der freihändigen Vergabe beschränkt sich der Rechtsschutz auf die Frage nach der Zulässigkeit der Verfahrensart. Ein freihändig vergebener Zuschlag kann nicht auf die Anwendung von Zuschlagskriterien überprüft werden. Er ist auch dann zulässig, wenn verschiedene Vergleichsofferten eingeholt wurden, solange nicht ein förmliches Einladungsverfahren durchgeführt wird (GVP 1999 Nr. 36).

Art. 19 VöB,  
Art. 34 VöB und  
Art. 16 IVöB:

Anforderungen an Beschwerden und Kognition des Verwaltungsgerichtes im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens. In der Einladung hat der Auftraggeber die Reihenfolge der Zuschlagskriterien oder zumindest ihre relative Bedeutung mitzuteilen. Objektkennntnis eines Unternehmers darf als Zuschlagskriterium berücksichtigt werden. Die Gewichtung gegenüber einem Mehrpreis muss aber nachvollziehbar begründet werden und verhältnismässig sein (GVP 1999 Nr. 37).

### **Verwaltungsverfahrenrecht:**

Art. 85 Abs. 1 GerG: Wer wegen des Todes des Ehepartners eine Einsprachefrist um wenige Tage versäumt, dem kann noch keine Nachlässigkeit in der Prozessführung vorgeworfen werden (GVP 1999 Nr. 54).

Art. 25 Abs. 1 VRP: Die Eröffnung von Verfügungen an handlungsunfähige Betroffene ist unzulässig (GVP 1999 Nr. 99).

Art. 95 VRP: In Bauprozessen sind die amtlichen Kosten den beteiligten Privaten aufzuerlegen, selbst wenn das Gemeinwesen einen fehlerhaften Entscheid gefällt hat. Ausnahmsweise sind die Kosten nach dem Verursacherprinzip dem Gemeinwesen aufzuerlegen (GVP 1999 Nr. 58).

Die GVP kann *schriftlich* bei der Staatskanzlei, Drucksachenverkauf, Regierungsgebäude, Postfach, 9001 St.Gallen, per Fax über 071/229 39 55 oder per E-Mail über roland.hagen@sk.sg.ch bestellt werden und kostet Fr. 30.-- zuzüglich Versandkosten von Fr. 4.--.

**17**

Natur- und Heimatschutzrecht:

**Haustür als Schutzgegenstand****Art. 98 Abs. 1 lit. c BauG: Bedeutendes Ortsbild****Art. 98 Abs. 1 lit. f BauG: Künstlerisch wertvolles Bauteil****Art. 98 Abs. 2 BauG: Schutzgegenstands-beseitigung**

Erweist sich eine Haustüre als Schutzgegenstand, sei es als Teil eines bedeutenden Ortsbildes oder als Teil einer künstlerisch wertvollen Baute, kann diese nur bei Vorliegen überwiegender Interessen gegen eine Glasschiebetüre ausgetauscht werden.

Das Baudepartement hatte die Frage zu beurteilen, ob eine Holztüre aus der Jahrhundertwende durch eine Glasschiebetüre ersetzt werden darf oder nicht.

**1. Gesetzliche Grundlage****a) Grundlage im Baugesetz**

Nach Art. 98 Abs. 1 lit. c bzw. f BauG sind bedeutende Ortsbilder sowie künstlerisch oder historisch wertvolle Bauten als Schutzgegenstände zu erhalten. Als Schutzmassnahme sind insbesondere Kernzonen nach Art. 15 BauG vorzusehen (Art. 99 Abs. 2 BauG).

**b) Grundlage in der Bauordnung****aa) Ortsbildschutz**

Für die Altstadt von St.Gallen wurden Schutzmassnahmen in Art. 14 ff. der Bauordnung der Stadt St.Gallen vom 1. November 1980 (im Folgenden BO) festgelegt. Nach Art. 14 Abs. 2 BO sind in der Altstadt die städtebaulich wertvollen Baugruppen, Gassenbilder Plätze und Höfe zu erhalten; der kleinstmässige historische Charakter ist zu wahren; Um- und Neubauten sind an das historische Gesamtbild anzupassen. Neu- und Umbauten müssen sich nach Art. 15 Abs. 1 BO durch ihre Ausmasse, Mässigkeit, Gestaltung, Stellung, Materialien und Farbgebung in das bestehende Stadtbild einordnen, wobei die historische Bausubstanz nach Möglichkeit zu erhalten ist. Nach Art. 13 lit. a BO sind Bauten in der Altstadt sorgfältig zu gestalten, so dass eine städtebaulich gute Gesamtwirkung erzielt wird.

**bb) Objektschutz**

Gemäss Art. 18 BO sind künstlerisch oder geschichtlich wertvolle Bauten unter Schutz zu stellen, mit der Wirkung, dass Fassadenrenovierungen und -anstriche, bauliche Änderungen sowie Zweckänderungen jeder Art bewilligungspflichtig sind. Die Schutzkategorie II konkretisiert Art. 18 BO. Von ihr werden Bauten mit kunsthistorischem Wert oder besonderer Bedeutung für das Gassenbild erfasst. Ziel der Schutzkategorie II ist der Erhalt der Fassade, der Dachform und, wenn möglich, der Tragstruktur.

### **c) Internationale Verpflichtungen**

Die st.gallischen Vorschriften stehen im Einklang mit von der Schweiz unterzeichneten Staatsverträgen. Die Erhaltung von Kulturgütern ist u.a. Gegenstand des Übereinkommens zum Schutz des baugeschichtlichen Erbes in Europa vom 3. Oktober 1985 (SR 0.440.4; im Folgenden Schutzübereinkommen). In Art. 10 Schutzübereinkommen verpflichten sich die Vertragsparteien, eine integrierte Politik der Kulturwahrung zu betreiben. Art. 10 Ziff. 1 Schutzübereinkommen verpflichtet zum Schutz des baugeschichtlichen Erbes als einem wesentlichen Ziel der Raum- und Stadtplanung. Diesen Forderungen ist sowohl bei der Erstellung von Plänen als auch in Genehmigungsverfahren nachzukommen. Nach Art. 10 Ziff. 3 Schutzübereinkommen ist die Erhaltung, Belebung und Wertschätzung des baugeschichtlichen Erbes zu einem wesentlichen Bestandteil der Kultur-, Umwelt- und Planungspolitik zu machen. Die Vertragsparteien verpflichten sich, eine integrierte Politik der Kulturwahrung zu betreiben und die Anwendung und Verbreitung traditioneller Techniken und Materialien wegen ihrer Bedeutung für die Erhaltung des baugeschichtlichen Erbes zu fördern (Art. 10 Ziff. 5 Schutzübereinkommen).

## **2. Einstufung der streitigen Baute**

Das in Frage stehende Gebäude ist Teil eines bedeutenden Ortsbildes (Art. 98 Abs. 1 lit. c BauG in Verbindung mit Art. 13 ff. BO). Darüber hinaus wird es aber auch von den Bestimmungen von Art. 98 Abs. 1 lit. f BauG in Verbindung mit Art. 18 BO erfasst. Das Gebäude ist als künstlerisch bzw. geschichtlich wertvolle Baute qualifiziert und deshalb der Schutzkategorie II zugeordnet.

Da die Baute als Einzelobjekt zu schützen ist, muss vom höchstmöglichen Schutzzumfang ausgegangen werden. Für die Beurteilung des Bauvorhabens ist demnach nicht allein die Ensemble-Wirkung, sondern auch der Erhalt der Fassade des Gebäudes massgebend.

## **3. Beschreibung der streitigen Baute**

Der Fassadensockel des in Frage stehenden Gebäudes wird durch zwei hölzerne Türen begrenzt. Durch die Materialwahl heben sich die Türen deutlich vom Graton des Sockels ab. Die rechts zu findende streitige Türe besteht im unteren Viertel aus Holz. Im Übrigen wird sie durch ein grosses Glasfenster geprägt.

Im Amtsbericht der Kantonalen Denkmalpflege wird zu Recht darauf hingewiesen, dass sich im engeren Stadtzentrum St.Gallens kaum Orte dieser Güte erhalten haben. Bei den Umbauten des Sockelgeschosses zu Beginn des 20. Jahrhunderts und in den zwanziger Jahren ist der Übereinstimmung mit Haus und Interieur grosses Gewicht zugemessen worden. Der Eingang zum Laden ist sorgfältig gestaltet. Der Türrahmen ist kunstvoll verziert und zurückgesetzt, wodurch eine Art Vorraum entsteht. Die Türe ist mit der schön gearbeiteten Füllung ein bewusster Übergang von der Strasse ins Haus und hat die Funktion einer eleganten Visitenkarte. Ein Ensemble dieser Güte bedarf einer besonderen Vorsicht. Durch die vorgesehene Änderung würde das Gebäude viel von seiner Alterswürde, von seinem Charakter und seiner Identität einbüßen, besonders weil die Substanz noch derart gut erhalten ist. Es geht nicht nur um die Wirkung des Portals, sondern vielmehr um die Erhaltung einer als „historisch gewachsen“ zu charakterisierenden Front in ihrer Gesamtheit.

#### **4. Beurteilung des Bauvorhabens**

##### **a) Haustür als Teil der Fassade**

Die Fassade dient, wie auch ein Dach, dem Schutz vor Witterungseinflüssen. Türen wie auch Fenster sind dabei prägende Elemente jeder Fassade. Sie sind für die Optik eines Gebäudes ausschlaggebend. Dass die Holztüre, wenn das Geschäft geschlossen ist, durch eine Eisentüre verdeckt wird, ändert an dieser Beurteilung nichts. Ein Fenster wird auch nicht zum Interieur, nur weil das Fenster durch einen Rollladen verdeckt werden kann. Ginge man von der Annahme aus, dass die Türe nicht zur Fassade gehört, wären die Ziele der Schutzkategorie II weitgehend illusorisch. Denn auch kleine Änderungen an Fassadenelementen, wie etwa an Türen, können grossen Einfluss auf die Gesamtwirkung der Baute haben.

Der Entscheid über die Zulässigkeit des zu beurteilenden Vorhabens hat sich daher daran zu orientieren, ob es die bestehende Fassade in einer Art verändert, dass der Schutzzweck von Art. 98 lit. f BauG in Verbindung mit Art. 18 BO beeinträchtigt wird.

##### **b) Unvereinbarkeit des Bauvorhabens mit dem Objektschutz**

Der hölzerne Teil der Ladentüre beeinflusst als kleines, feines Element den Charakter der Fassade, insbesondere aber das Sockelgeschoss nachhaltig. Das gut erhaltene Sockelgeschoss mit seiner jetzigen inneren Geschlossenheit würde durch den Einbau einer gläsernen Schiebetüre in einen modernen und einen alten Teil zerrissen. Im vorliegenden Fall würden sich Moderne und altes Bauhandwerk nicht harmonisch ergänzen, sondern widersprechen. Die Breitensymmetrie wie auch der ursprüngliche Charakter der Baute würden unter dem Umbau erheblich leiden. Der Schutzgegenstand würde stark beeinträchtigt.

##### **c) Unvereinbarkeit des Bauvorhabens mit dem Ortsbildschutz**

Selbst wenn man davon ausginge, dass das in Frage stehende Gebäude nur unter den Schutz von Art. 98 Abs. 1 lit. c BauG in Verbindung mit Art. 14 ff. BO falle, wäre das Baugesuch aus Gründen der Materialauthentizität gemäss Art. 15 Abs. 1 Satz 1 BO abzulehnen. Ist von der Wahrung des historischen Charakters einer Baute die Rede, so wird davon nicht nur das äussere Erscheinungsbild, sondern auch das Baumaterial, das sich nach der herkömmlichen Bauweise zu richten hat, erfasst. Art. 15 Abs. 1 BO fordert ausdrücklich, dass die historische Bausubstanz nach Möglichkeit zu erhalten sei. Dies steht im Einklang mit Art. 10 Ziff. 5 Schutzübereinkommen, wonach die Staaten unter anderem verpflichtet sind, die Anwendung traditioneller Materialien wegen ihrer Bedeutung für die Erhaltung des baugeschichtlichen Erbes zu fördern. Würde der Einbau einer Glasschiebetüre mit neuen Materialien erlaubt, würde dadurch zudem Art. 12 der Internationalen Charta über die Erhaltung und Restaurierung von Denkmälern und Denkmalgebieten des Zweiten Internationalen Kongresses der Architekten und Techniker für historische Denkmäler von 1964 in Venedig (im Folgenden Charta von Venedig) verletzt. Denn nach Art. 12 Charta von Venedig müssen sich die zum Ersatz der fehlenden bzw. ersetzten Teile verwendeten Materialien harmonisch ins Ganze einfügen.

#### **5. Abwägung der gegenüberstehenden Interessen**

Das öffentliche Interesse an der Erhaltung der Baute in ihrer ursprünglichen Substanz ist gegen das Interesse der Ladenbetreiberin abzuwägen.

Der Augenschein ergab, dass sich die Türe mit leichtem bis mittlerem Kraftaufwand öffnen lässt, wobei dies nicht ausschlaggebend ist. Fest steht nämlich, dass das Geschäft seit geraumer Zeit in der genannten Lokalität betrieben wird. So stammt die Ladeneinrichtung aus der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Die Türe stellte bisher offenbar kein allzu grosses Hindernis dar und es bestehen andere Möglichkeiten, um den Zutritt zu erleichtern, etwa mit einem Türautomaten.

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass das öffentliche Interesse an der Erhaltung der Baute die privaten Interessen überwiegt. Ein gewichtiges, die Erhaltung der Baute überwiegendes Interesse für das Vorhaben im Sinn von Art. 98 Abs. 2 BauG ist nicht gegeben.

## 6. Prüfung der Verhältnismässigkeit

Staatliches Handeln ist verhältnismässig, wenn es geeignet ist, den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck zu verwirklichen, wenn es zur Realisierung dieses Ziels notwendig ist und wenn der im öffentlichen Interesse verfolgte Zweck die beeinträchtigten privaten Interessen überwiegt.

Die Ablehnung des Baugesuchs ist ohne Weiteres geeignet und auch erforderlich, um den im öffentlichen Interesse liegenden und in Gesetz und Staatsverträgen verankerten Zielen Nachachtung zu verschaffen. Weil der Rekurrentin andere Möglichkeiten offen stehen, die zu einem ähnlichem wie dem gewünschten Ergebnis führen, jedoch den Schutzgegenstand nicht beeinträchtigen, erweist sich die Ablehnung des Baugesuchs auch als verhältnismässig.

### Weiterführende Hinweise:

- GVP 1997 Nr. 73
- VerwGE vom 18. Februar 1999 i.S. L. und P., 13 f.
- VerwGE vom 29. August 1991 i.S. F. AG, 5 ff.
- R. Schaffhauser, Gesetzliche Grundlage und öffentliches Interesse in der neueren Rechtsprechung zur Ortsbild- und Denkmalpflege, in: Rechtsfragen der Denkmalpflege, St.Gallen 1981, 94 ff.
- Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel und Frankfurt a.M. 1990; 178 ff.

### Entscheid des Baudepartementes vom 9. Juni 2000

Wie schon die Vorinstanz lehnte das Baudepartement den Ersatz einer historischen Haustüre ab, weil durch dieses Bauvorhaben einerseits der Objektschutz und andererseits der Ortsbildschutz beeinträchtigt würden. Diese Massnahme hielt einer Abwägung der gegenüberstehenden Interessen stand und erwies sich als verhältnismässig.

**18**

Baurecht:

**Abgrenzung von privat- und öffentlich-rechtlichen Einsprachen**

<b>Art. 679 ZGB:</b>	<b>Privatrechtliche Klage</b>
<b>Art. 684 ZGB:</b>	<b>Privatrechtliche Immissionsklage</b>
<b>Art. 83 BauG:</b>	<b>Öffentlich-rechtliche Einsprache</b>
<b>Art. 84 Abs. 2 BauG:</b>	<b>Öffentlich-rechtlicher Einspracheentscheid</b>
<b>Art. 84 Abs. 3 BauG:</b>	<b>Privatrechtliche Einsprache</b>
<b>Art. 89 BauG:</b>	<b>Privatrechtliche Einspracheerledigung</b>
<b>Art. 86 Abs. 1 BauG:</b>	<b>Privatrechtliche Immissions-Einsprache</b>
<b>Art. 86 Abs. 2 BauG:</b>	<b>Immissions-Einspracheentscheid</b>

Bei den Einsprachen, die gegen ein Bauvorhaben erhoben werden können, ist zwischen öffentlich-rechtlichen Einsprachen, "einfachen" privatrechtlichen Einsprachen und privatrechtlichen Immissions-Einsprachen nach Art. 684 ZGB zu unterscheiden. Die Einordnung führt zu unterschiedlichen formellen wie materiellen Rechtsfolgen.

Bauvorhaben betreffen häufig Belange des Privat- wie auch des öffentlichen Rechts. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass Bauherren sowie die zuständigen Behörden immer wieder mit privat- und/oder öffentlich-rechtlichen Einsprachen konfrontiert werden.

### 1. Worin unterscheiden sich privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Einsprachen?

#### a) Zuständigkeit zur Anwendung von Privatrecht und öffentlichem Recht im Allgemeinen und im Baubewilligungsverfahren

Die Realisierung von Bauvorhaben tangiert regelmässig Interessen der Öffentlichkeit wie der Nachbarschaft. Während grundsätzlich die Verwaltungsbehörden zur Durchsetzung des öffentlichen Rechts berufen sind, liegt die Spruchkompetenz bezüglich zivilrechtlicher Ansprüche bei den ordentlichen Zivilgerichten.

Diesen Grundsatz durchbricht im Baubewilligungsverfahren Art. 86 Abs. 1 BauG, wenn als Klagefundament behauptet wird, ein Bauherr verursache durch sein Vorhaben übermässige Einwirkungen auf ein Nachbargrundstück im Sinn von Art. 684 ZGB. Für die Beurteilung anderer zivilrechtlicher Ansprüche besteht dagegen keine Zuständigkeit der Baubewilligungsbehörde.

Art. 684 ZGB umfasst einen - auch präventiv wirksamen (Art. 679 ZGB) - Unterlassungsanspruch, der seine zivilrechtliche Natur behält, auch wenn er im Baubewilligungsverfahren mit beurteilt wird. Deshalb untersteht er einerseits dem für zivilrechtliche Ansprüche allgemein gültigen Dispositionsgrundsatz ("wo kein Kläger, da kein Richter"): eine Rechtsanwendung von Amtes wegen und gegen den Willen des Rechtsträgers scheidet aus. Die Baubewilligungsbehörde darf daher auch eine Verletzung von Art. 684 ZGB nicht prüfen, wenn keine privatrechtliche Immissionseinsprache erhoben wurde. Zweitens stellt ein Ver-

stoss gegen das Verbot der übermässigen Einwirkung ebenso wie ein Verstoss gegen irgend eine andere privatrechtliche Verpflichtung kein im öffentlichen Recht begründetes Hindernis dar, das die Verweigerung der Baubewilligung nach sich ziehen würde. Eine privatrechtliche Einsprache - sei sie gestützt auf Art. 684 ZGB oder ein anderes zivilrechtliches Hindernis erhoben - bewirkt lediglich, dass von einer erteilten Baubewilligung bis zur "Erledigung" der zivilrechtlichen Einsprachen kein Gebrauch gemacht werden darf. Art. 89 zweiter Satz BauG stattet somit ein behauptetes zivilrechtliches Rechtsverhältnis mit einer öffentlich-rechtlichen Rechtswirkung aus.

## **b) Grundzüge des Verhältnisses von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Immissionsschutz**

In öffentlich-rechtlicher Hinsicht wird der Immissionsschutz nach Aufhebung von Art. 70 BauG im III. Nachtragsgesetz zum BauG vom Bundesrecht beherrscht. Unter den weiten Immissionsbegriff von Art. 7 Abs. 1 USG fallen Luftverunreinigungen, Lärm, Erschütterungen, Strahlen, Gewässerverunreinigungen oder andere Eingriffe in Gewässer, Veränderungen des Erbgutes von Organismen und bestimmte Veränderungen von Lebensgemeinschaften. Für die Beurteilung von Einwirkungen gelten Immissionsgrenzwerte, bei deren Festlegung auf Personengruppen mit erhöhter Empfindlichkeit Rücksicht zu nehmen ist (Art. 13 Abs. 2 USG). Es bestehen verschiedene Verordnungen (vorweg die eidgenössische Luftreinhalte-Verordnung und die eidgenössische Lärmschutz-Verordnung), die den Immissionsschutz konkretisieren.

Grundsätzlich unabhängig vom öffentlich-rechtlichen Immissionsschutz gilt das zivilrechtliche Abwehrrecht gegen übermässige Immissionen. Art. 684 ZGB lautet:

### *Art der Bewirtschaftung*

- 1 Jedermann ist verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich bei dem Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, sich aller übermässigen Einwirkung auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten.
- 2 Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Rauch oder Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung.

Die Aufzählung nach "insbesondere" in Abs. 2 ist lediglich exemplarisch und nicht abschliessend. Es gibt - soweit ersichtlich - keine Immissionen im Sinn von Art. 7 Abs. 1 USG, die nicht zugleich unter den Einwirkungsbegriff von Art. 684 ZGB fallen würden. Der privatrechtliche Immissionsschutz bietet darüber hinaus einen Schutz vor Einwirkungen, die vom öffentlich-rechtlichen Immissionsschutz nicht erfasst werden, insbesondere vor bestimmten ideellen Immissionen - unter den Begriff fallen Einwirkungen, die unangenehme psychische Eindrücke erwecken und den Nachbarn direkt belästigen oder den Ertragswert eines kommerzialisierten Grundstückes mindern. Als Beispiele werden unter anderem angeführt: unmittelbare Nachbarschaft eines Schlachthofes zu einem Wohnhaus und die Nutzung einer Liegenschaft für das Sexgewerbe. In bestimmten Konstellationen werden auch sogenannte negative Immissionen unter Art. 684 ZGB subsumiert. Darunter versteht man den Entzug der Zuführung von Energien (Wind, Solarenergie), von Personen (Kunden) oder die Behinderung des Genusses ideeller Werte wie Aussicht. Negative Immissionen, die sich aus dem blossen Bestand einer rechtmässigen Baute ergeben, fallen aber nicht unter Art. 684 ZGB; die Anwendung der Bestimmung setzt eine Bewirtschaftung, d.h. eine Tätigkeit auf dem beklagten Grundstück - beispielsweise Bauarbeiten, welche Kunden vom klägerischen Grundstück abhalten - voraus.

Weil bei der Beurteilung, ob Einwirkungen im Sinn von Art. 684 ZGB übermässig sind, lediglich von einem durchschnittlich empfindlichen Nachbarn ausgegangen wird und nur übermässige Immissionen erfasst werden, das öffentliche Immissionsschutzrecht dage-

gen - wie erwähnt - auf besonders empfindliche Gruppen Rücksicht nimmt und auch bei nicht übermässigen Immissionen zu den zumutbaren Emissionsbeschränkungen verpflichtet, vertritt das st.gallische Verwaltungsgericht die Auffassung, dem zivilen Immissionsschutz komme keine Bedeutung zu, wo der Verordnungsgeber im Bundesumweltschutzrecht Immissionsgrenzwerte festgelegt habe. Das Bundesgericht ist bisher - soweit seine Praxis überhaupt zugänglich ist - umhin gekommen, diese Frage entscheiden zu müssen. Zu beachten ist aber immerhin, dass bei der Prüfung des Übermasses einer Einwirkung im Sinn von Art. 684 ZGB auf die örtlichen Verhältnisse abgestellt wird, welche im öffentlichen Recht nicht oder zumindest nicht in gleicher Weise berücksichtigt werden.

### c) Verfahrensrechtliche Unterschiede zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Einsprache

Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Einsprachen sind im erstinstanzlichen Verfahren und im Rechtsmittelverfahren unterschiedlich zu behandeln und haben unterschiedliche Auswirkungen auf die Baubewilligung. Dazu folgende Übersicht:

Kategorie der Einsprache	Behandlung durch die Baubewilligungsbehörde	Auswirkung auf Erteilung der Baubewilligung	Rechtsmittelzug
öffentlich-rechtliche	Entscheid über die Einsprache	<p><b>bei Gutheissung:</b> Abweisung des Baugesuchs (Art. 87 Abs. 1 BauG) oder Erteilung der Baubewilligung mit einschränkenden Bedingungen und Auflagen (Art. 87 Abs. 2 BauG)</p> <p><b>bei Abweisung:</b> Erteilung der Baubewilligung, sofern kein anderes öffentlich-rechtliches Hindernis besteht (Art. 87 Abs. 1 BauG)</p>	<p>Rekurs an das Baudepartement/die Regierung (Art. 43 f. VRP)</p> <p>Beschwerde an das Verwaltungsgericht (Art. 59bis VRP)</p> <p>staatsrechtliche Beschwerde / Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 84 ff. und 97 ff. OG)</p>
privatrechtliche, nicht auf Art. 684 ZGB gestützte Einsprache	<p>Fristansetzung zur Prosequierung im Zivilverfahren, wenn der Baugesuchsteller nicht selbst das Zivilverfahren angestrengt hat</p> <p>Frist: 14 Tage</p>	keine, aber kein Gebrauch von der ggf. erteilten Bewilligung bis zur "Erledigung" der Einsprache (Art. 89 BauG)	<p>in öffentlich-rechtlicher Hinsicht: Rekurs analog öffentlich-rechtliche Einsprache (bspw.: Frist zu Unrecht nicht angesetzt)</p> <p>Gegen das in Prosequierung der Einsprache ergangene Zivilurteil richtet sich der Rechtsmittelzug nach Zivilprozessrecht (letztinstanzlich in der Regel Berufung an das Bundesgericht, Art. 43 ff. OG)</p>
privatrechtliche Immissionseinsprache gestützt auf Art. 684 ZGB	Entscheid über die Einsprache	keine, aber kein Gebrauch von der ggf. erteilten Bewilligung bis "Erledigung" der Einsprache (Art. 89 BauG)	<p>Rekurs an das Baudepartement/die Regierung (Art. 43 f. VRP)</p> <p>Beschwerde an Verwaltungsgericht (Art. 59bis VRP)</p> <p>i.d.R. Berufung an das Bundesgericht (Art. 86 Abs. 4 BauG; Art. 43 ff. OG; Streitwertgrenze!)</p>

## 2. Qualifikation einer Baueinsprache

Aus den erwähnten Gründen ist die richtige Qualifikation einer erhobenen Baueinsprache von entscheidender Bedeutung für ihre weitere Behandlung. Das Verwaltungsgericht, die Regierung und das Baudepartement haben in ihrer Rechtsprechung einige Grundsätze herausgearbeitet, welche die Aufgabe erleichtern.

### a) Aus einer privatrechtlichen Einsprache muss hervorgehen, dass eine Einrede aus dem Privatrecht erhoben wird

Das Einspracheverfahren ist ein förmliches Verfahren, in welchem Einspracheberechtigte ihre Einwendungen gegen das Bauvorhaben vorbringen können. Es bestehen gewisse Anforderungen hinsichtlich der Unmissverständlichkeit einer Rechtsmittelerklärung. Will ein Verfahrensbeteiligter eine privatrechtliche Einsprache erheben, so muss er mit der Einsprache eine privatrechtliche Beurteilung verlangen. Er kann seine Eingabe ausdrücklich als privatrechtlich bezeichnen oder - in genereller Form gehalten - auf Bestimmungen in einem privatrechtlichen Erlass (ZGB, OR usw.) oder auf Ansprüche oder Rechtsinstitute Bezug nehmen, die dem Zivilrecht angehören. Als Beispiele zu nennen sind:

- Dienstbarkeiten (Art. 730 ZGB)
- Pfandrechtliche Untersagung (der Gläubiger lässt dem Schuldner die Wertverminderung der Pfandsache verbieten; Art. 808 ZGB)
- schuldrechtliche - z.B. vertragliche - Ansprüche auf Tätigkeiten, Duldungen oder Unterlassungen des Verpflichteten
- nachbarrechtliche Bestimmungen (insbesondere Art. 685 ZGB i.V.m. Art. 679 ZGB)
- Ansprüche von Architekten aus Urheberrecht
- usw.

Wird hingegen geltend gemacht, eine Baugesuchstellerin sei nicht handlungsfähig oder ihrem Vertreter fehle es an der Vertretungsmacht, ist über diese öffentlich-rechtlichen Verfahrensvoraussetzungen - obwohl mit zivilrechtlichen Vorfragen verbunden - im Baubewilligungsverfahren zu entscheiden. Fehlt der Gesuchstellerin die Handlungsfähigkeit, ist auf das Baugesuch nicht einzutreten.

Ebenso bestehen verschiedene materielle öffentlich-rechtliche Erfordernisse, die unter Umständen die Beurteilung zivilrechtlicher Vorfragen erfordern können. Beispielsweise kann das Bestehen einer genügenden strassenmässigen Erschliessung (Art. 49 Abs. 2 lit. a BauG) von Bestand und Umfang einer Dienstbarkeit abhängen oder die Zulässigkeit einer Unterschreitung des reglementarischen Grenzabstandes vom Bestand einer Grenzabstandsvereinbarung (Art. 56 Abs. 2 Satz 2 BauG). Wird in diesen Fällen gerügt, es fehle an einer hinreichenden Erschliessung oder der Grenzabstand sei verletzt, weil die zivilrechtliche Grundlage fehle, geht die Behauptung im Ergebnis gleichwohl dahin, es fehle eine öffentlich-rechtliche Voraussetzung für die Erteilung einer Baubewilligung, d.h. es liege ein im öffentlichen Recht begründetes Hindernis vor. Die Einsprache ist daher öffentlich-rechtlicher Natur. Der Einsprecher kann aber zusätzlich die privatrechtliche Beurteilung der Verletzung eines Dienstbarkeitsvertrags verlangen; dann ist ihm gemäss Art. 84 Abs. 3 BauG Frist zur Einleitung des Zivilverfahrens anzusetzen.

### b) Ist eine privatrechtliche Einsprache erhoben, muss spätestens mit der Einspracheergänzung die übermässige Einwirkung auf das Nachbargrundstück geltend gemacht werden

Die Baubewilligungsbehörde hat eine Verfügung im Sinn von Art. 86 Abs. 2 BauG zu erlassen, wenn von einem legitimierten Nachbarn innert der Auflagefrist schriftlich und mit

Begründung eine privatrechtliche Immissionseinsprache im Sinn von Art. 684 ZGB erhoben wird. Solange eine als privatrechtlich bezeichnete Einsprache noch nicht begründet ist, weiss die Behörde unter Umständen noch nicht, ob nun eine Immissionseinsprache oder eine andere privatrechtliche Einsprache erhoben wurde. In diesem Fall gilt mit der Einspracheerklärung und ihrer Kennzeichnung als privatrechtliche Einsprache die Frist sowohl für Immissionseinsprachen aus Art. 684 ZGB wie auch für andere privatrechtliche Einsprachen gemäss Art. 84 Abs. 3 BauG als gewahrt. Wird jedoch mit der Einsprache (-ergänzung) keine übermässige Einwirkung auf ein Nachbargrundstück geltend gemacht, liegt keine Einsprache nach Art. 86 BauG vor.

Wenn die übermässige Einwirkung hingegen erst zu einem späteren Zeitpunkt als mit der Einspracheergänzung behauptet wird, ist jedenfalls dann wegen Fristversäumnis nicht darauf einzutreten, wenn das Nichteintreten bei Fristversäumnis mit der Aufforderung zur Ergänzung angedroht wurde (Art. 48 Abs. 3 VRP).

### **c) Welche Behauptungen fallen unter den Begriff der übermässigen Einwirkung?**

Um prüfen zu können, ob mit einer privatrechtlichen Einsprache eine Verletzung von Art. 684 ZGB behauptet wird, ist es unumgänglich, zu wissen, was unter den zivilrechtlichen Begriff der Einwirkung fällt. Rauch, Russ, Dünste, Lärm und Erschütterungen werden in der Aufzählung in Abs. 2 ausdrücklich genannt. Als Einwirkung im Sinne von Art. 684 ZGB gilt ausserdem schlechthin alles, was sich auf dem betroffenen Grundstück auswirkt und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Folge eines menschlichen Verhaltens ist, welches mit der Benutzung des andern Grundstücks adäquat kausal zusammenhängt; sei dies in physikalisch nachweisbarer, sei es in ideeller Weise. Als ideelle Immission gelten: Einblick des Nachbarn auf eigenes Grundstück, Störung durch Konfrontation mit Handlungen, die aus weltanschaulichen oder psychologischen Gründen zu Störungen führen können wie Schlachtbetriebe, Urnenfriedhöfe, Spielsalons, Sexgewerbe usw. sowie unästhetische Bauten etc. Die Behinderung der Zuführung von Stoffen oder Energien oder des Zugangs von Personen zu einem Grundstück wird als sogenannt negative Immission ebenfalls unter Art. 684 ZGB subsumiert; wenn sie die Folge einer Bautätigkeit darstellt jedoch nur, soweit diese nicht unvermeidliche Folge einer zulässigen Überbauung des Ausgangsgrundstückes sind. Der Entzug von Aussicht, Licht oder Sonnenschein, der sich als Folge der Errichtung einer baurechtskonformen Baute einstellt, gehört stets zur zulässigen Ausübung der Eigentumsrechte und stellt keine übermässige Einwirkung dar. Nicht unter Art. 684 ZGB fallen demgegenüber Erdbewegungen und Schädigungen bestehender Vorrichtungen durch Grabungs- oder Bauarbeiten; hier gilt die Spezialbestimmung von Art. 685 ZGB.

Unzulässig ist eine Einwirkung, wenn sie als übermässig erscheint. Die für die Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Immission entscheidende Intensität der Einwirkung beurteilt sich nicht nach subjektiven, sondern nach objektiven Kriterien. Der Richter hat eine sachlich begründete Abwägung der Interessen vorzunehmen, wobei er den Massstab des Empfindens eines Durchschnittsmenschen in der gleichen Situation zu Grunde zu legen hat. Bei dem nach Recht und Billigkeit zu treffenden Entscheid ist nicht bloss, wie es Art. 684 Abs. 2 ZGB ausdrücklich erwähnt, Lage und Beschaffenheit der Grundstücke sowie Ortsgebrauch zu berücksichtigen - die Zonierung kann hier zumindest Hinweise auf den Ortsgebrauch geben -, sondern es ist die individuell konkrete Interessenlage umfassend zu würdigen: Alle in der einzelnen Streitsache ins Gewicht fallenden Umstände sind auf ihre Erheblichkeit hin zu prüfen, wobei stets zu beachten bleibt, dass Art. 684 ZGB als nachbarrechtliche Norm in erster Linie der Herstellung eines nachbarlichen Interessenausgleichs dienen soll. Verboten sind nicht nur schadenverursachende, sondern auch bloss lästige Einwirkungen. Ob die Nutzung des Grundstücks, auf welche die Einwirkungen zurückzuführen sind, rechtmässig oder widerrechtlich erfolgt, ist aus der Sicht von Art. 684 ZGB ohne Belang.

Nach der unvollständig wiedergegebenen Praxis des Bundesgerichtes sind übermässige Einwirkungen in folgenden Fällen gegeben:

- Drogenabhängige aus einem nahen Gassenzimmer, die sich häufig gegen den Willen der Betreiberin in einem Geschäft aufhalten
- Fluoremissionen aus einer Aluminiumhütte, die zu Nekrosen an nahen Aprikosenplantagen führen
- Bauarbeiten, die den Zugang zu einem Verkaufsgeschäft an einer Einkaufsstrasse für zwei Jahre durch Baustelleninstallationen erheblich erschweren
- Der Weidgang mit umgehängten Glocken zur Nachtzeit auf einer Wiese, die in der Wohnzone eines Dorfes liegt
- Unter Umständen die von einem Bordell oder Spielsalon ausgehenden ideellen Immissionen
- Die Zuleitung verschmutzten Wassers von einem Nachbarn
- Errichtung eines Schlachthauses im Dorfkern
- Nächtlicher Lärm von Pfauen und Truthähnen in Nachbarschaft eines Hotels in einem Kurort

#### **d) Unterschiede hinsichtlich Legitimation und Verfahrensarten**

Auf öffentlich-rechtliche Einsprachen ist nur bei gegebener Legitimation einzutreten. Nach dem analog anwendbaren Art. 45 VRP ist zur Erhebung einer Einsprache berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheides ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut. Auf eine Wiedergabe der reichen Kasuistik zu dieser Bestimmung wird hier verzichtet. Art. 45 Abs. 2 VRP regelt die Legitimation von Behörden, Abs. 3 jene von Verbänden.

Anders definiert ist die Aktivlegitimation des Klägers aus Art. 684 ZGB. Im Zivilrecht fällt die Sachlegitimation des Klägers mit der Inhaberschaft des eingeklagten Rechts zusammen. Zu prüfen ist im Zusammenhang mit der Legitimation, wer aus Art. 684 ZGB berechtigt wird. Die Antwort ergibt sich aus der Auslegung des Begriffs des Nachbarn. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung umfasst dieser Begriff den Eigentümer wie auch den Inhaber anderer dinglicher Rechte, den Mieter und den Pächter eines Grundstücks. Als Nachbargrundstücke sind nicht nur die unmittelbar an das Grundstück des Beklagten angrenzenden Parzellen zu betrachten, sondern auch weiter entfernte Grundstücke "dans un périmètre bien délimité", sobald sie von Immissionen aus dem Ausgangsgrundstück betroffen sind. Fehlt es dem privatrechtlichen Immissionseinsprecher an der Sachlegitimation, so bedeutet dies nach dem Gesagten, dass er nicht Inhaber des behaupteten Rechts ist. Die Einsprache ist daher durch Abweisung, nicht - wie bei fehlender Legitimation zur öffentlich-rechtlichen Einsprache - durch Nichteintreten zu erledigen.

Die Einspracheberechtigung als materielles Rechtsinstitut ändert sich nicht mit der Art des Bewilligungsverfahrens, weshalb die Verfahrensart grundsätzlich ohne Einfluss auf die Behandlung von Einsprachen bleibt. Insbesondere sind Einsprachen von Personen, die nicht zum Kreis der mit einer Anzeige zu orientierenden Anstösser gemäss Art. 82 Abs. 1 BauG gehören, auch im vereinfachten Verfahren bei gegebener Legitimation zu behandeln. Geht jedoch in einem Meldeverfahren eine Einsprache ein und erscheint es nach einer ersten Beurteilung nicht ausgeschlossen, dass schützenswerte Interessen des Einsprechers berührt sind, so ist das Gesuch in ein qualifizierteres Verfahren zu verweisen (Art. 82ter Abs. 2 lit. a BauG).

### **3. Formelles zum Einspracheentscheid**

Nur der Entscheid über privatrechtliche Einsprachen ist letztinstanzlich mit zivilrechtlicher Berufung anfechtbar, während Baubewilligungen (vereinfachend dargestellt) je nachdem, ob Bundesumweltrecht anzuwenden war, mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde oder staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden können. Die Fristansetzung zur Prosequierung einer privatrechtlichen Einsprache im Zivilverfahren bzw. der Entscheid über eine privatrechtliche Immissionseinsprache hat daher in einer gesonderten Ziffer des Dispositivs (Rechtsspruches; Art. 24 Abs. 1 lit. b VRP) zu erfolgen; die Ausfertigung einer gesonderten Urkunde ist aber nicht Erfordernis (Art. 84 Abs. 3 und Art. 86 Abs. 2 BauG).

### **4. Heilung von Mängeln im Rekursverfahren**

Weil der Rekurs grundsätzlich ein reformatorisches Rechtsmittel ist (Art. 56 Abs. 2 VRP e contrario) und die Rekursinstanz somit die vorinstanzliche Verfügung inhaltlich ergänzen oder abändern kann, stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls welche Mängel in der Behandlung von Einsprachen im Rekursverfahren geheilt werden können.

#### **a) Öffentlich-rechtliche Einsprache**

##### **aa) Materielle rechtliche Mängel**

Bei falscher Anwendung des materiellen Rechts entscheidet die Rekursinstanz in der Regel selbst in der Sache. Anders verhält es sich, wenn die Überprüfungsbefugnis der Rechtsmittelinstanz beschränkt ist, bspw. weil der Ermessensspielraum oder die Autonomie der Vorinstanz zu beachten sind, sowie bei Entscheiden, wo es um die besondere Würdigung örtlicher Verhältnisse geht oder wenn die neue Verfügung oder der neue Entscheid in einen engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit weiteren Anordnungen, welche die Vorinstanz zu treffen hat, zu stehen kommt.

##### **bb) Formelle Mängel**

Die Rückweisung ist dagegen in der Regel geboten, wenn der angefochtene Verwaltungsakt mit formellen oder verfahrensrechtlichen Mängeln behaftet ist und diese im Rechtsmittelverfahren nicht geheilt werden können. Keine Heilung ist möglich, wenn die Vorinstanz den Sachverhalt nur ungenügend ermittelt hat oder im Rechtsmittelverfahren umfangreiche Nova vorgebracht worden sind, so dass weitere Abklärungen und Beweiserhebungen nötig werden, die vorzunehmen die Vorinstanz aus personellen, fachlichen oder anderen Gründen allenfalls besser in der Lage ist. Verletzungen des rechtlichen Gehörs (Art. 15 VRP) können nicht geheilt werden, wenn die Überprüfungsbefugnis der Rekursinstanz beschränkt ist.

#### **b) Privatrechtliche Einsprachen**

##### **aa) Unterlassene Fristansetzung**

Wurde eine privatrechtliche Einsprache, die nicht auf Art. 684 ZGB beruht (im Folgenden als "andere" privatrechtliche Einsprache bezeichnet), erhoben und hat es die Baubewilligungsbehörde unterlassen, die Frist zur Prosequierung im Zivilverfahren anzusetzen, so kann die Rekursinstanz die Fristansetzung in ihrem Entscheid nachholen. Den Beteiligten entsteht dadurch kein Nachteil, insbesondere kein Instanzenverlust.

**bb) Entscheid über "andere" privatrechtliche Einsprachen**

Hat die Baubewilligungsbehörde statt Frist anzusetzen einen Prozess- oder Sachentscheid über eine "andere" privatrechtliche Einsprache getroffen, so war sie dafür gar nicht zuständig. Ihr Entscheid über jene Einsprache ist darum nichtig. Auf einen Rekurs dagegen kann mangels Anfechtungsobjektes nicht eingetreten werden. Die Rekursinstanz kann jedoch die Nichtigkeit feststellen und die Frist für die Einleitung des Zivilverfahrens ansetzen, denn sie ist nicht an die Anträge der Parteien gebunden (Art. 56 Abs. 2 VRP).

**cc) Unterlassener Entscheid über privatrechtliche Immissionseinsprachen**

In diesem Fall ist der Entscheid der Baubewilligungsbehörde unvollständig, denn über die Einsprache ist gleichzeitig mit dem Entscheid über die Baubewilligung zu befinden (Art. 86 Abs. 2 BauG). Er ist deshalb aufzuheben und die Streitsache ist zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**dd) Inhaltlich falscher Entscheid über privatrechtliche Immissionseinsprachen**

Es gilt das zu materiellrechtlichen Mängeln im Entscheid über öffentlich-rechtliche Einsprachen Ausgeführte.

**5. "Erledigung" der privatrechtlichen Einsprachen**

Wurden privatrechtliche Einsprachen erhoben, darf von einer Baubewilligung erst Gebrauch gemacht werden, wenn diese erledigt sind (Art. 89 zweiter Satz BauG).

Art. 84 Abs. 3 BauG stellt zunächst einmal klar, dass bei unbenutztem Ablauf der Fortsetzungsfrist die Einsprache dahin fällt und somit von einer rechtskräftigen Baubewilligung Gebrauch gemacht werden darf. Dies verhindert aber nicht, dass der Anspruchsberechtigte zu einem späteren Zeitpunkt das Zivilverfahren einleiten und vorsorgliche Massnahmen verlangen kann: die (gegenteilige) Annahme einer Verwirklichungsfolge für die zivilrechtlichen Ansprüche bei versäumter Fortsetzung innert Frist liefe auf eine bundesrechtswidrige Klageprovokation hinaus.

Endet das zivilrechtliche Verfahren durch Urteil oder gerichtlichen Vergleich, so ist diesen zu entnehmen, ob der Unterlassungsanspruch des Nachbarn geschützt oder anerkannt wurde. Ein aussergerichtlicher Vergleich über die Einsprache wird regelmässig den Rückzug der Einsprache oder des Baugesuches umfassen, weshalb kaum je zu entscheiden sein wird, ob er wie ein gerichtlicher Vergleich als Erledigung der privatrechtlichen Einsprache zu gelten habe.

Sollte ein Einsprecher fristgerecht das Vermittlungsbegehren gestellt, es aber zurückgezogen oder die Klage nicht innert der Zweimonatsfrist von Art. 150 Abs. 2 ZPG eingereicht haben, so ist die privatrechtliche Einsprache - da weder gutgeheissen noch rechtshängig - als erledigt zu betrachten.

**Weiterführende Hinweise:**

- BGE 120 II 15, 119 II 411 und 416, 114 II 230, 109 II 304, 108 Ia 141 ff., 106 Ib 383, 101 II 250, 100 II 115, 96 II 337, 91 II 183, 84 II 86 ff., 55 II 246, 40 II 26
- Praxis des Bundesgerichtes 82 [1993], Nr. 74
- BGE vom 7. Juli 1998 in: URP 1998, 150 ff
- BGE vom 5. März 1996 in: URP 1997, 150

- GVP 1978 Nr. 4, GVP 1977 Nrn. 5 und 23, GVP 1976 Nr. 54, GVP 1975 Nr. 2
- VerwGE vom 27. Januar 2000 i.S. R.G., mit Hinweisen
- VerwGE vom 2. November 1992 i.S. D. AG, mit Hinweisen
- RRB 1996 Nr. 470, RRB 1974 Nr. 1371
- BDE vom 15. März 2000 i.S. M.G.
- BDE vom 20. Juni 1996 i.S. G.S.
- N. Raselli, Berührungspunkte des privaten und öffentlichen Immissionsschutzes, URP 1997 271 ff., mit Hinweisen
- A. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 67, N 86 ff., N 90 f., N 96, N 107 und N 253 zu Art. 684 ZGB
- W. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1990, Rz 270
- W. Ott, Die unbestrittene Sachlegitimation, in: SJZ 78 [1982] 17 ff.
- W.E. Hagmann, Die st. gallische Verwaltungsrechtspflege und das Rechtsmittelverfahren vor dem Regierungsrat, Diss. Zürich 1979, 263
- M. Zemp, Kommentar zum Baugesetz des Kantons St.Gallen [Art. 49 - 92 BauG], St.Gallen 1980, 179
- A. Marti, Zusammenlegung von privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Rechtsschutz bei Verwaltungsjustizbehörden und Spezialgerichten, in: ZBI 101 [2000] 169 ff.
- St. Haag, Das Verhältnis des Lärmschutzrechts zum privatrechtlichen Immissionsschutz, in: Intensivseminar PUSCH zum Lärmschutzrecht, Referat
- Juristische Mitteilungen 1998 / III / 9, 2000 Nr. 3

**19**

Baurecht:

**Zonenkonformität eines Clublokals in der Wohnzone**

<b>Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG:</b>	<b>Zonenkonformität</b>
<b>Art. 11 Abs. 1 BauG:</b>	<b>Wohnzone</b>
<b>Art. 78 Abs. 2 lit. o BauG:</b>	<b>Baubewilligungspflicht Nutzungsänderung</b>
<b>Art. 87 Abs. 1 BauG:</b>	<b>Baubewilligung</b>
<b>Art. 87 Abs. 2 BauG:</b>	<b>Nebenbestimmung</b>

Bei baubewilligungspflichtigen Nutzungsänderungen sind die Zonenkonformität auf Grund abstrakter Kriterien und die Auswirkungen auf die Umgebung anhand der konkreten Immissionen zu beurteilen.

Nutzungsänderungen werfen verschiedene baurechtliche Fragen auf, die schrittweise abzuhandeln sind.

**1. Feststellung der Baubewilligungspflicht**

Nach Art. 78 Abs. 2 lit. o BauG sind Nutzungsänderungen, die Einwirkungen auf die Umgebung oder eine Vergrößerung des Benutzerkreises zur Folge haben, bewilligungspflichtig. Dass es sich bei der Umnutzung eines Schopfanbaus in ein Clublokal beziehungsweise eine Gastwirtschaft um eine bewilligungspflichtige Nutzungsänderung handelt, ist unbestritten.

**2. Voraussetzungen der Baubewilligungserteilung**

Nach Art. 87 BauG ist die Baubewilligung zu erteilen, wenn keine im öffentlichen Recht begründeten Hindernisse vorliegen. Die Baubewilligung stellt eine sogenannte Polizeierlaubnis dar, mit der festgestellt wird, dass dem zu Grunde liegenden Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen; das Bauvorhaben muss insbesondere auch allen planerischen und baupolizeilichen Vorschriften entsprechen. Sie muss erteilt werden, wenn alle Voraussetzungen ihrer Gutheissung gegeben sind.

**3. Beurteilung der Zonenkonformität**

Weil die Baubewilligung und vorweg deren erste Voraussetzung, die Zonenkonformität, der Umsetzung der verbindlichen Nutzungsplanung auf die konkreten Bauvorhaben dient, müssen auch in diesem Verfahren die Ziele und Grundsätze der Raumplanung ihren Niederschlag finden.

**a) Allgemeine Kriterien der Zonenkonformität**

Auf Grund einer abstrakten Prüfung ist zu beurteilen, ob das in Frage stehende Bauvorhaben in die Kategorie der in der jeweiligen Nutzungszone zulässigen Betriebe gehört. Bei dieser Prüfung fallen in erster Linie die Art der Produkte oder Dienstleistungen, die Zahl

der Beschäftigten, die eingesetzten Produktionsmittel, die baulichen und betrieblichen Bedürfnisse, die Anforderungen an die Infrastruktur, der angestrebte Umsatz sowie die räumliche Bedeutung des in Frage stehenden Betriebes in Betracht. Erst in zweiter Linie sind auch die Auswirkungen des Betriebs auf die Umgebung zu berücksichtigen. Soweit die Auswirkungen von der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes nicht erfasst und deshalb ausschliesslich durch die raumplanerische Immissionsvorsorge (welche auch die ideellen Immissionen umfasst) gedeckt werden, sind sie einer abstrakten Beurteilung zu unterziehen, da bei dieser Prüfung von Betriebskategorien ausgegangen wird.

#### **b) Zonenkonformität eines Clublokals in der Wohnzone**

Nach Art. 11 Abs. 1 BauG sollen Wohnzonen ruhige und gesunde Wohnverhältnisse gewährleisten. Nicht störende Gewerbebetriebe sind zulässig.

Bei der Frage, ob ein Gewerbebetrieb in der Wohnzone zonenkonform ist, sind nicht ausschliesslich die Aspekte des Immissionsschutzes zu berücksichtigen, sondern es ist auch zu prüfen, ob ein Betrieb nach Art, Funktion und Verkehrsaufkommen dem Wesen und den Grundzwecken der Wohnzone entspricht. Das heute vorherrschende Planungsverständnis ist nicht auf umfassende Entmischung und Trennung, sondern auf eine gewisse Durchmischung der Funktionen gerichtet. Zur Wohnqualität kann namentlich beitragen, dass den Ansässigen und weiteren quartierbezogenen Gruppen oder Vereinigungen ein Ort der Begegnung offen steht. In diesem Sinn können auch Gastwirtschaften zu den in Wohnzonen zulässigen Gewerbebetrieben gehören. Wird auf die Bedürfnisse der Quartierbevölkerung Bezug genommen, muss festgestellt werden, dass auch Arztpraxen oder Coiffeursalons, die unbestrittenermassen in der Wohnzone zulässig sind, auch nicht ausschliesslich die Bedürfnisse der Quartierbewohner abdecken.

Der Baugesuchsteller will mit seinem Clublokal insbesondere die Quartierbevölkerung ansprechen. Mit den täglichen Öffnungszeiten bis 19:00 Uhr und am Freitag bis 22:00 Uhr erfolgt in der Tat eine Ausrichtung auf das Quartier, suchen doch auswärtige Gäste ein solches Lokal erfahrungsgemäss vorwiegend bei Nacht auf. In diesem Sinn kann dem fraglichen Lokal die Zonenkonformität nicht abgesprochen werden.

#### **4. Beurteilung der Auswirkungen auf die Umgebung**

Selbst die Nachbarn haben bei ihrer Einsprache verlauten lassen, dass sie den Gastwirtschaftsbetrieb bei entsprechenden, restriktiven Öffnungszeiten akzeptieren könnten. In der Tat darf erwartet werden, dass auf diese Weise die Immissionen erheblich herabgesetzt werden können. Namentlich kann eine Störung der Nachtruhe vermieden werden. Nach einem anerkannten Verfassungsgrundsatz dürfen Eingriffe in die Freiheit nicht schärfer sein, als es der Zweck der Massnahme verlangt; sie sind unzulässig, wenn auch ein geringerer Eingriff zum Ziel führt. Demnach ist das fragliche Lokal zu gestatten, wenn das Ziel eines ausreichenden Immissionsschutzes mit geeigneten Auflagen oder Bedingungen (Art. 87 Abs. 2 BauG) erreicht werden kann. Es kann vorliegend davon ausgegangen werden, dass insbesondere durch Einschränkung der Öffnungszeiten dieses Ziel zu erreichen ist. Und zum Schutz der Einhaltung der Auflagen kann die Androhung verbunden werden, dass bei deren fortgesetzten oder wiederholten Missachtung die Bewilligung entzogen werden kann.

#### **Weiterführende Hinweise:**

- BGE 108 Ia 147 f.
- GVP 1983 Nr. 15
- E. Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., Aarau 1985, N 5 zu § 152

- Schürmann/Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 3. Aufl., Bern 1995, 254
- Baurecht 1984, 77
- Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 6. Aufl., Basel 1986, Nr. 58 B I, 340 mit Hinweisen
- Juristische Mitteilungen 1999 Nrn. 16 und 35, 2000 Nrn. 5, 20 und 21

### **Entscheid des Baudepartementes vom 31. Mai 2000**

Für die Umnutzung eines Schopfanbaus in ein Clublokal wurde ein nachträgliches Baugesuch bei der zuständigen Gemeindebehörde eingereicht. Diese wies das Baugesuch mangels Zonenkonformität ab. Im anschliessenden Rekursverfahren stellte das Baudepartement einerseits die Zonenkonformität fest. Andererseits wurde die Angelegenheit zum Erlass der erforderlichen Auflagen zur Verhinderung übermässiger Immissionen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**20**

Baurecht:

**Nutzungsänderungen bei Gastwirtschaften**

<b>Art. 78 Abs. 2 lit. o BauG:</b>	<b>Baubewilligungspflicht Nutzungsänderung</b>
<b>Art. 7 LSV:</b>	<b>Neue ortsfeste Anlage</b>
<b>Art. 8 LSV:</b>	<b>Geänderte ortsfeste Anlage</b>
<b>Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG:</b>	<b>Zonenkonformität</b>
<b>Art. 15 Abs. 2 BauG:</b>	<b>Kernzone</b>
<b>Art. 25 Abs. 1 USG:</b>	<b>Ortsfeste Anlage</b>
<b>Art. 11 Abs. 2 USG:</b>	<b>Vorsorgeprinzip</b>
<b>Art. 12 Abs. 1 USG:</b>	<b>Betriebsvorschrift</b>
<b>Art. 15 USG:</b>	<b>Immissionsgrenzwert</b>

Die Baubewilligungspflicht für Nutzungsänderungen bei Gastwirtschaften kann sich aus dem Baugesetz oder aus der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes ergeben. Insbesondere kann die Änderung der Öffnungszeiten baubewilligungspflichtig sein.

Eine Baubewilligung kann nur erteilt werden, wenn einerseits die Zonenkonformität gegeben ist und andererseits übermässige Auswirkungen auf die Umgebung ausgeschlossen werden können.

Wird das Betriebskonzept einer Gastwirtschaft geändert, muss als erstes überprüft werden, ob eine Bewilligungspflicht vorliegt. Ist diese gegeben, muss die Zulässigkeit der Betriebsänderung beurteilt werden.

## 1. Prüfung der Bewilligungspflicht

### a) Kantonalrechtliche Bewilligungspflicht nach Baugesetz

Nach Art. 78 Abs. 1 BauG bedarf das Errichten und Ändern von Bauten und Anlagen einer Bewilligung. Insbesondere sind Neu-, Um-, An- und Auf- sowie Nebenbauten jeder Art bewilligungspflichtig (Art. 78 Abs. 2 lit. a BauG); ebenso sind bauliche Veränderungen im Innern mit baupolizeilich erheblichen Auswirkungen, wie Umbauten mit statischen Änderungen von Bedeutung (Art. 78 Abs. 2 lit. b BauG) und Zweckänderungen, die Einwirkungen auf die Umgebung oder eine Vergrösserung des Benutzerkreises zur Folge haben (Art. 78 Abs. 2 lit. o BauG).

### b) Bundesrechtliche Bewilligungspflicht nach Umweltschutzgesetz

Zu den bewilligungspflichtigen Änderungen, soweit sie nicht schon von Art. 78 Abs. 2 lit. o BauG erfasst sind, gehören auch alle umweltrechtlich relevanten Änderungen von Bauten und Anlagen, die als Neuanlagen nach Art. 7 LSV oder geänderte bzw. wesentlich geänderte Anlagen nach Art. 8 LSV einzustufen sind. Für sie muss von Bundesrechts wegen ein Bewilligungsverfahren durchgeführt werden, das die Parteirechte nach Art. 54 USG der beschwerdeberechtigten Nachbarn wahrt. Das hierfür geeignete Verfahren ist grundsätz-

lich das Baubewilligungsverfahren. Dieses findet daher immer Anwendung, soweit nicht Spezialverfahren etwa nach Art. 39 StrG oder Art. 28quinquies BauG für (der Öffentlichkeit gewidmete) Verkehrsanlagen bzw. andere ortsfeste Einrichtungen nach Art. 7 Abs. 7 USG zum Zug kommen.

### **c) Feststellung der Baubewilligungspflicht**

Beim streitigen Gastwirtschaftsbetrieb handelt es sich um eine ortsfeste Anlage im Sinn von Art. 7 Abs. 7 USG und Art. 2 Abs. 1 LSV. Damit sind neben den rein baulichen Änderungen, welche nach Art. 78 Abs. 1 lit. a und b BauG unbestritten baubewilligungspflichtig sind, auch die betrieblichen Änderungen (Änderung des Betriebskonzepts) baubewilligungspflichtig, soweit sie umweltschutzrechtlich relevant sind, das heisst insbesondere soweit sie Auswirkungen auf die Lärmimmissionen in der Umgebung zeitigen.

## **2. Voraussetzungen der Baubewilligungserteilung**

Nach Art. 87 Abs. 1 BauG ist die Baubewilligung zu erteilen, wenn keine im öffentlichen Recht begründeten Hindernisse entgegen stehen. Sie kann nach Art. 87 Abs. 2 BauG mit einschränkenden Bedingungen und Auflagen versehen werden. Diese sind ein Mittel, um bestehende Mängel eines Bauprojekts zu beheben und ein rechtmässiges Bauen zu ermöglichen.

## **3. Prüfung der Zonenkonformität**

Erste Voraussetzung für die Erteilung einer Baubewilligung innerhalb der Bauzonen ist - soweit es nicht um die angemessene Erweiterung bestehender zonenfremder Betriebe nach Art. 77quater BauG geht - die Zonenkonformität.

### **a) Allgemeine Kriterien der Zonenkonformität**

Ob ein Betrieb zur Kategorie der in der jeweiligen Zone zulässigen Betriebe gehört, ist auf Grund einer abstrakten Prüfung zu beurteilen. Bei dieser Prüfung fallen in erster Linie die Art der Produkte oder Dienstleistungen, die Zahl der Beschäftigten, die eingesetzten Produktionsmittel, die baulichen und betrieblichen Bedürfnisse, die Anforderungen an die Infrastruktur, der angestrebte Umsatz sowie die räumliche Bedeutung des in Frage stehenden Betriebs in Betracht. In zweiter Linie sind sodann die Auswirkungen des Betriebs auf die Umgebung zu berücksichtigen. Soweit diese Auswirkungen von der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes nicht erfasst und ausschliesslich durch die raumplanerische Immissionsvorsorge (welche auch die ideellen Immissionen umfasst) gedeckt werden, sind auch sie einer abstrakten Beurteilung zu unterziehen.

### **b) Zonenkonformität einer Gastwirtschaft in der Kernzone**

Nach Art. 15 Abs. 2 BauG sind in Kernzonen öffentliche Gebäude und Wohnhäuser sowie gewerbliche Bauten, insbesondere Gaststätten und andere Dienstleistungsbetriebe zulässig, wenn sie sich gut in das Ortsbild einfügen und die Benützung nur mässig stört.

Dass Gaststätten im üblichen Sinn als Betriebskategorie in der Kernzone grundsätzlich zulässig sind, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 15 Abs. 2 BauG. Daran ändert nichts, wenn sie nach einem Betriebskonzept geführt werden, das nicht nur auf die Befriedigung lokaler Bedürfnisse beschränkt ist. Gerade auf Grund der zentrumsbildenden Funk-

tion der Kernzone sollen in ihr auch Nutzungen sozialer oder kultureller Art ermöglicht werden, die über die Ortschaft hinaus wirken.

Sowohl hinsichtlich Betriebsfläche als auch maximaler Belegungszahl (260 Personen) entspricht der streitige Gastwirtschaftsbetrieb ungefähr dem Vorgängerbetrieb. Gastwirtschaftsbetriebe dieser Grössenordnung sind bei abstrakter Betrachtung unter dem Gesichtspunkt der raumplanerischen Immissionsvorsorge in der Kernzone ohne Weiteres zonenkonform.

#### **4. Beurteilung der Auswirkungen auf die Umgebung**

Die Feststellung der Zonenkonformität bedeutet noch nicht, dass die konkret erzeugten Immissionen in der Umgebung hingenommen werden müssen. Soweit solche Immissionen von der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes erfasst werden, ist im konkreten Einzelfall zu beurteilen, ob die entsprechenden Grenzwerte eingehalten sind.

##### **a) Bestimmung des zulässigen Immissionsmasses**

Nach Art. 25 Abs. 1 USG dürfen ortsfeste Anlagen nur errichtet werden, wenn die durch die Anlagen allein erzeugten Lärmimmissionen die Planungswerte in der Umgebung nicht überschreiten. Zudem sind nach Art. 11 Abs. 2 USG die Immissionen im Rahmen der Vorsorge soweit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar ist. Die Immissionsbegrenzung kann dabei unter anderem durch den Erlass von Betriebsvorschriften erfolgen (Art. 12 Abs. 1 lit. c USG).

##### **aa) Einhaltung des Planungswertes bei erheblichen Änderungen**

Das Umweltschutzgesetz enthält - anders als für Neuanlagen - keine ausdrückliche Regelung, wie Änderungen bestehender Anlagen zu beurteilen sind. Aus der Botschaft zum Umweltschutzgesetz ergibt sich indessen klar, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass für wesentliche Umbauten oder Erweiterungen bestehender Anlagen die gleichen Anforderungen gelten sollen, wie für die Errichtung neuer Anlagen. Grundsätzlich ist daher nicht nur die Erstellung von Grund auf, sondern auch jede Änderung einer bestehenden Anlage, die in ihren Auswirkungen mit denjenigen einer neuen Anlage vergleichbar ist, nach den Vorschriften über neue Anlagen zu beurteilen. Insbesondere werden Änderungen einer (bestehenden) Anlage, die bisher keinen oder nur geringfügigen Lärm verursachte, zu einer lärmigen Anlage als Neuanlage im Sinn von Art. 25 USG bzw. Art. 7 Abs. 1 LSV zu werten sein und entsprechend die Planungswerte einzuhalten haben.

##### **bb) Einhaltung des Immissionsgrenzwertes bei wesentlichen Änderungen**

Bei weniger weitgehenden Änderungen dagegen, die zwar zu wahrnehmbar stärkeren Lärmimmissionen führen, die Anlage aber nicht erst zu einer lärmigen machen, müssen die Lärmimmissionen der gesamten Anlage "nur" soweit begrenzt werden, dass die Immissionsgrenzwerte nicht überschritten werden (Art. 8 Abs. 2 LSV).

##### **cc) Einhaltung des Vorsorgeprinzips bei "einfachen" Änderungen**

Führt die Änderung einer Anlage nicht zu wahrnehmbar stärkeren Lärmimmissionen, müssen die Lärmimmissionen der neuen oder geänderten Anlagenteile lediglich im

Rahmen der Vorsorge soweit begrenzt werden als dies technisch und betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar ist (Art. 8 Abs. 1 LSV).

## **b) Beurteilung der Lärmimmissionen**

Das Lärmschutzrecht knüpft für die Beurteilung des Lärms an Belastungsgrenzwerte an. Diese so genannten Planungs-, Immissions- und Alarmwerte sind für verschiedene Lärmarten in den Anhängen der Lärmschutzverordnung geregelt. Soweit es sich jedoch um Lärm von Anlagen handelt, der nicht einer der in den Anhängen zur LSV geregelten Lärmarten zugeordnet werden kann, hat die Vollzugsbehörde nach Art. 40 Abs. 3 LSV die Lärmimmissionen gestützt auf Art. 15 USG unter Berücksichtigung auch der Art. 19 und 23 USG zu beurteilen.

### **aa) Untauglichkeit der Belastungsgrenzwerte bei Gaststätten**

Die allenfalls noch in Frage kommenden Belastungsgrenzwerte für Industrie- und Gewerbelärm können nicht, oder jedenfalls nicht unmittelbar, auf Gaststätten, Diskotheken oder ähnliche Betriebe angewendet werden, da deren Lärmimmissionen überwiegend durch menschliches Verhalten (Unterhaltungen der Gäste, Lachen, Klirren von Geschirr und Gläsern und dergleichen) verursacht werden und sich in der Regel auf wenige Stunden am Tag bzw. der Nacht konzentrieren, so dass der von 07:00 bis 19:00 Uhr und von 19:00 bis 07:00 Uhr gemittelte Beurteilungspegel die tatsächliche Störung der Nachbarschaft nicht angemessen erfassen kann. Sodann zeichnet sich menschlicher Lärm durch einen Informationsgehalt aus, der stark störend wirken kann.

### **bb) Einzelfallweise Beurteilung des Lärms von Gaststätten**

Fehlen die Voraussetzungen für die Anwendung von Grenzwerten, muss der Richter oder die Behörde - ohne Rückgriff auf diese - im Einzelfall auf Grund seiner bzw. ihrer Erfahrung beurteilen, ob eine unzumutbare Störung vorliegt. Dabei sind die Immissionen so zu beschränken, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich gestört wird; dies unter Berücksichtigung des Charakters des Lärms, des Zeitpunkts und der Häufigkeit seines Auftretens sowie der Lärmempfindlichkeit bzw. der Lärmvorbelastung der Zone, in der die Immissionen auftreten. Dazu sei angemerkt, dass zu den wichtigsten Arten von Störungen des Wohlbefindens der Bevölkerung als Folge von Lärmimmissionen Schlafstörungen sowie Störung der übrigen Ruhe und Erholung gehören.

### **cc) Berücksichtigung von Primär- und Sekundärmissionen**

Bei der Beurteilung des Immissionsniveaus eines Restaurantbetriebs sind alle Lärmimmissionen zu Grunde zu legen, die diesem zuzurechnen sind. Insbesondere sind neben Geräuschen, die im Lokal erzeugt werden, auch Sekundärmissionen zu berücksichtigen, d.h. Geräusche, die durch die bestimmungsgemässe Nutzung der Anlage ausserhalb des Gebäudes entstehen. Neben dem von den Besuchern beim Betreten oder Verlassen des Lokals erzeugten Lärm zählt insbesondere auch der auf den Besucherparkplätzen verursachte dazu. Dabei kann es unter dem Gesichtspunkt des Immissionsschutzes keine Rolle spielen, ob die von den Besuchern benutzten Parkplätze nur tatsächlich oder auch rechtlich zum Betrieb gehören. Andernfalls würde ein Betrieb ohne eigene Parkplätze in ungerechtfertigter Weise privilegiert. Dass bei der Beurteilung zulässiger Immissionen, die zwar auf öffentlichem Grund entstehen, aber eindeutig einem Betrieb zugerechnet werden können diesem auch zugerechnet werden müssen, ergibt sich sodann, etwa für die Mehrbeanspruchung von Verkehrsanla-

gen durch den Betrieb neuer oder wesentlich geänderter ortsfester Anlagen sogar ausdrücklich aus dem Gesetz (Art. 9 LSV). Zudem ist kein Grund ersichtlich, weshalb der zivilrechtliche Immissionschutz nach Art. 684 ZGB in dieser Hinsicht weiter gehen sollte, als der öffentlich-rechtliche. Nach Art. 684 ZGB aber hat der Grundeigentümer ohne Weiteres auch für solche Immissionen einzustehen.

#### **dd) Auswirkungen auf den streitigen Betrieb**

Je nachdem, ob der streitige Betrieb den Anforderungen von Art. 25 USG bzw. Art. 7 Abs. 1 lit. b LSV zu genügen hat, oder den Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 LSV, muss der Betrieb - mangels unmittelbar anwendbarer Grenzwerte - ein Immissionsniveau einhalten, bei welchem höchstens geringfügige Störungen (vergleichbar den Planungswerten) auftreten oder bei dem die betroffene Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich gestört wird (vergleichbar den Immissionsgrenzwerten [Art. 15 USG]). Dabei ist auch auf Personengruppen mit erhöhter Empfindlichkeit, wie Kinder, Kranke, Betagte und Schwangere angemessen Rücksicht zu nehmen (Art. 13 Abs. 2 USG).

Selbst im Fall einer bloss "einfachen" Änderung einer Anlage nach Art. 8 Abs. 1 LSV sind die Lärmimmissionen soweit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar ist. Dieser in Art. 11 USG enthaltene Grundsatz der vorsorglichen Immissionsbegrenzung findet bei Neuanlagen (Art. 7 Abs. 1 lit. a LSV) wie bei Anlageänderungen (Art. 8 Abs. 1 LSV) Anwendung. Lärmbekämpfungsmassnahmen sind somit nicht erst dann zu ergreifen, wenn die Umweltbelastung lästig oder gar schädlich wird, sondern es sollen alle unnötigen Lärmimmissionen, etwa durch Anordnung von Betriebsbeschränkungen oder mit anderweitigen Mitteln des kommunalen und kantonalen Polizeirechts vermieden werden. Solche vorsorglichen Lärmbekämpfungsmassnahmen müssen jedoch immer mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar sein. Das bedeutet, dass auch Immissionsbeschränkungen, die technisch und betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar sind, nicht in krassem Missverhältnis zum Nutzen für die Umwelt stehen dürfen.

### **5. Beurteilung der Lärmimmissionen des streitigen Gastwirtschaftsbetriebs**

Die Vorinstanz beurteilte die "leicht geänderte Nutzung" (anderes Betriebskonzept) des in Frage stehenden Betriebs - zusammen mit den baulichen Änderungen im Innern - als Änderung einer ortsfesten Anlage nach Art. 8 Abs. 1 LSV. Das Vorliegen einer Neuanlage (Art. 7 LSV) verneinte sie (ausdrücklich) ebenso wie das Vorliegen einer wesentlichen Änderung (Art. 8 Abs. 3 LSV). Sie macht geltend, die teilweise Umwandlung von Sitz- in Stehplätze trage zwar den geänderten Bedürfnissen der Kundschaft Rechnung, eine eigentliche Nutzungsänderung sei damit aber nicht verbunden, zumal weder ein Nachtclub oder Dancing betrieben noch Tabledance-Veranstaltungen oder Shows durchgeführt würden. Auch habe die Anzahl Sitz- und Stehplätze gegenüber dem Vorgängerbetrieb nicht zugenommen. Das Hauptziel des Betriebs sei nach wie vor das gleiche, nämlich die Bewirtung von Gästen ohne Sonderprogramme, weshalb keine Zweckänderung nach Art. 78 Abs. 2 lit. o BauG vorliege.

#### **a) Beurteilung der bewilligungspflichtigen Änderungen im Baubewilligungsverfahren**

Bei dieser Argumentation übersieht die Vorinstanz, dass nicht nur Zweckänderungen im Sinn dieser Bestimmung, sondern alle umweltrechtlich relevanten Änderungen einer Anlage nach Art. 7 Abs. 7 USG, sofern dafür kein anderes geeignetes Bewilligungsverfahren

zur Verfügung steht, baubewilligungspflichtig sind. Zu den baubewilligungspflichtigen Änderungen gehören daher nicht nur alle baupolizeilich relevanten baulichen und betrieblichen Änderungen, sondern auch sämtliche umweltschutzrechtlich relevanten, insbesondere alle betrieblichen Änderungen, die Auswirkungen auf das Immissionsmass haben. Bei Gaststätten entstehen solche Auswirkungen in der Regel, wenn von den gesetzlichen oder individuell festgelegten Öffnungszeiten abgewichen wird, aber auch, wenn etwa überdurchschnittlich leistungsfähige Musikanlagen eingebaut werden. Dass damit verbundene Immissionen immer im Baubewilligungsverfahren und nicht erst im Verfahren betreffend Erteilung des Gastwirtschaftspatentes nach Gastwirtschaftsgesetz zu beurteilen sind, ergibt sich zudem daraus, dass der öffentlich-rechtliche Immissionsschutz schon immer, das heisst schon vor Erlass des Umweltschutzgesetzes - nach Art. 70 lit. a BauG (aufgehoben durch das III. Nachtragsgesetz zum Baugesetz) - im Baubewilligungsverfahren zu beurteilen war und sich daran nichts geändert hat. Materiell ist zwar Art. 70 lit. a BauG durch das Umweltschutzgesetz und die dazugehörigen Verordnungen weitestgehend abgelöst worden, dies ändert jedoch nichts daran, dass formell der öffentlich-rechtliche Immissionsschutz nach wie vor im Baubewilligungsverfahren zu beurteilen ist. Gerade, weil in dieser Hinsicht nie eine Änderung beabsichtigt war, wurden auch keine entsprechenden Verfahren geschaffen oder bestehende an die Anforderungen des rechtlichen Gehörs (Einsprachemöglichkeit) angepasst.

#### **b) Beurteilung des zulässigen Immissionsmasses**

Steht fest, dass die Betriebsöffnungszeiten - jedenfalls soweit sie von den gesetzlichen abweichen und immissionsmässig Auswirkungen zeitigen - im Baubewilligungsverfahren festgelegt werden müssen, so ist in jedem Fall zu prüfen, welche Auswirkungen allfällige Abweichungen zur Folge haben. Insbesondere gilt es abzuklären, ob sie bewirken, dass ein bestehender lärmässig unauffälliger Betrieb aufgrund der geänderten Öffnungszeiten zu einer Neuanlage im Sinn von Art. 7 LSV wird oder ob hinsichtlich der Lärmimmissionen keine so weitreichende Änderung erfolgt, so dass "bloss" eine wesentliche Änderung nach Art. 8 Abs. 3 LSV oder gar nur eine "einfache" Änderung nach Art. 8 Abs. 1 LSV vorliegt.

Die Beantwortung dieser Frage setzt voraus, dass geprüft wird, wie der Vorgängerbetrieb in lärmässiger Hinsicht zu beurteilen war. Dabei kann aber nicht einfach auf die momentane Lärmsituation abgestellt werden, wie sie sich im Zeitpunkt unmittelbar vor der Betriebsänderung darstellte, sondern es ist vielmehr objektiviert von den Lärmimmissionen auszugehen, wie sie ein Betrieb dieser Grössenordnung und Art - also dieser Kategorie - normalerweise erzeugt. Andernfalls würde allein durch eine erfolgreiche Betriebsführung eine Baubewilligungspflicht ausgelöst, was offensichtlich nicht sein kann. Abklärungen betreffend Vorgängerbetrieb liegen jedoch keine vor.

#### **c) Beurteilung der konkreten Lärmimmissionen**

Ebenso wenig gibt es aussagekräftige Erhebungen über die Auswirkungen der verlängerten Öffnungszeiten. Zwar stützt sich die Vorinstanz in ihrem Entscheid auf eigene Feststellungen sowie Polizeiprotokolle, doch lassen diese keine schlüssige Beurteilung der tatsächlichen Lärmsituation zu. Insbesondere die Polizeiprotokolle geben im Wesentlichen nur subjektive Eindrücke der Polizeibeamten wieder und enthalten im Hinblick auf die immissionsrechtliche Beurteilung nach Umweltschutzgesetz zu wenig präzise Sachverhaltsfeststellungen. Die Berichte äussern sich sodann nur dazu, ob eigentliche Nachtruhestörungen festgestellt worden sind. Soweit Lärmimmissionen unter diesem Gesichtspunkt als nicht erheblich erachtet wurden, wurden sie nicht beschrieben. Auch die in dieser Hinsicht umfassenderen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz reichen für eine Beurteilung nicht aus; insbesondere weil die gemachten Feststellungen - einmal erfolgten sie nach Mitternacht (zwischen 01:15 Uhr und 01:50 Uhr), einmal um 22:15 Uhr und einmal vormittags zwischen 09:00 Uhr und 10:45 Uhr - die wohl lärmintensivste Zeit nach Betriebs-

schluss nicht berücksichtigen. Zudem enthalten sie keine konkreten Angaben zu Lautstärke und Häufigkeit der Lärmquellen (menschliche Lautäusserungen, Musik, Anzahl Fahrzeugbewegungen von Gästen des zu beurteilenden Betriebs usw.). Auch ist zu bemerken, dass die gemachten Feststellungen den Verfahrensbeteiligten nie zur Stellungnahme vorgelegt wurden sind, so dass sie - ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs - nicht verwertbar sind.

Ungeachtet dessen wäre es bei der Ermittlung der Lärmimmissionen, gerade bei bereits aufgenommenem Betrieb, zweckmässig gewesen, die tatsächliche Belastung der Umgebung mit einer Umfrage zu ermitteln. Insbesondere hätten auf diese Weise zuverlässige Anhaltspunkte darüber gewonnen werden können, ob und gegebenenfalls zu welcher Zeit, wie stark, wie häufig und welcher Art Lärmimmissionen auftraten. Auch hätten so Informationen für die rechtliche Beurteilung des Vorgängerbetriebs beschafft werden können, namentlich zur Frage ob dieser auch bei normalem, (vollem) Betrieb - also nicht erst in der Auslaufphase - je Anlass zu Lärmklagen bot.

#### **d) Beurteilung der Mehrbelastung von Verkehrsanlagen**

Umstritten ist sodann, in welchem Ausmass der durch den Betrieb erzeugte Zusatzverkehr Auswirkungen im Sinn von Art. 9 lit. a LSV auf die bestehenden Verkehrsanlagen hat. Hiefür müsste die Anzahl Fahrzeugbewegungen, die dem Gastwirtschaftsbetrieb zuzurechnen sind, feststehen. Entsprechende Sachverhaltsabklärungen fehlen jedoch. Immerhin ist davon auszugehen, dass, wenn die Immissionsgrenzwerte bereits ohne Zusatzverkehr aus dem Restaurantbetrieb nahezu erreicht sind, dieser ein entsprechend hohes Mass aufweisen müsste, um überhaupt den Lärmpegel noch beeinflussen zu können.

#### **Weiterführende Hinweise:**

- BBI 1979 III, 800
- BGE 123 II 79, 83, 329 und 334 f., 120 II 17 ff., 118 Ib 590, 115 I b 456
- Pra 86 [1997] Nr. 166
- Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich vom 7. Juli 1998, in: URP 1998, 688 ff.
- GVP 1999 Nr. 94, GVP 1990 Nr. 18, GVP 1983 Nr. 15
- URP 1999, 269 und 436 ff., URP 1997, 197 ff., 491 ff. und 498 mit Hinweisen, URP 1994, 428
- R. Wolf, Auswirkungen des Lärmschutzrechts auf Nutzungsplanung und Baubewilligung, in: AJP 1999, 1063 ff. mit Hinweisen
- U. Walker, Änderungen von lärmigen Anlagen - Errichtung oder Sanierung?, in: URP 1994, 437
- R. Hofmann, Keine Grenzwerte - kein Lärm?, in: URP 1994, 428
- C. Zäch, Kommentar zum USG, Zürich 1987, N 12 und 17 f. zu Art. 15 USG
- Vallender/Morell, Umweltrecht, Bern 1997, § 8 N 26 mit Hinweisen
- Schrade/Loretan, Kommentar zum USG, Zürich 1998, N 35 zu Art. 11 USG
- Juristische Mitteilungen 1998 / I / 3, 1999 Nrn. 16 und 35, 2000 Nrn. 5, 14, 19 und 21

#### **Entscheid des Baudepartementes vom 11. April 2000**

Aufgrund eines Rekurses hatte das Baudepartement die Zulässigkeit der Änderung des Betriebskonzepts einer bestehenden, konventionellen Gaststätte in einen modernen Betrieb mit verkürzten Schliessungszeiten zu beurteilen. Obwohl der neue Betrieb in der Kernzone als zonenkonform beurteilt wurde, musste die Angelegenheit zur Abklärung des Sachverhalts hinsichtlich der Lärmimmissionen zurückgewiesen werden.

**21**

Baurecht:

**Baubewilligungsverfahren bei Gastwirtschaften**

**Art. 9 GWG:** Gastgewerbliche Nutzung  
**Art. 16 Abs. 1 GWG:** Schliessungszeit  
**Art. 18 GWG:** Verkürzte Schliessungszeit

**Art. 78 Abs. 2 lit. o BauG:** Baubewilligungspflicht  
 Nutzungsänderung  
**Art. 7 Abs. 7 USG:** Ortsfeste Anlage

**Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG:** Zonenkonformität  
**Art. 15 USG:** Immissionsgrenzwert

**Art. 10 UGG:** Veranstaltung

**Führen Änderungen der gastgewerblichen Nutzung zu bau- und umweltrechtlich relevanten Auswirkungen, ist zwingend ein Baubewilligungsverfahren durchzuführen.**

Zu überprüfen war das Gesuch um Einrichtung eines „Table-Dance“-Programms mit einer Verkürzung der täglichen Schliessungszeit bis 03:00 Uhr in einem bestehenden Pub.

**1. Voraussetzungen nach Gastwirtschaftsgesetz**

Nach Art. 16 Abs. 1 GWG dauert die Schliessungszeit eines Gastwirtschaftsbetriebes grundsätzlich von Mitternacht bis 05:00 Uhr. Der Beginn der Schliessungszeit kann mittels kommunalem Gastwirtschaftsreglement für Samstag und Sonntag für alle Betriebe auf 01:00 Uhr festgelegt werden (Art. 6 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 GWG). Die Schliessungszeit wird nach Art. 18 Abs. 1 GWG für einen einzelnen Betrieb auf Gesuch verkürzt oder aufgehoben, wenn der verlängerten Offenhaltung keine berechtigten Interessen der Nachbarschaft und des Jugendschutzes entgegenstehen, wobei sich das Mass der zulässigen Immissionen nach den Zonenvorschriften und den bestehenden Verhältnissen richtet (lit. a), und geeignete Vor- und Parkplätze vorhanden sind (lit. b). Die Aufhebung der Schliessungszeit wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren bewilligt (Art. 18 Abs. 2 GWG). Bewilligungsinstanz ist nach Art. 6 GWG die politische Gemeinde.

Eignet sich ein Betrieb auf Grund einer sachlichen Prüfung für die Verkürzung oder Aufhebung der Schliessungszeit, so besitzt der Gesuchsteller grundsätzlich einen Anspruch auf eine Bewilligung. Die sachliche Prüfung darf sich indessen nicht allein auf die Prüfung der Voraussetzungen des vorne aufgeführten Art. 18 GWG beschränken. Vielmehr gilt es vorgängig durch die Bewilligungsbehörde abzuklären, ob der beantragten Verkürzung oder Aufhebung der Schliessungszeit nicht Vorschriften aus anderen Gesetzen entgegenstehen. Dies ergibt sich aus Art. 9 GWG: Danach dürfen der nachgesuchten gastgewerblichen Nutzung keine bau-, feuer- und lebensmittelpolizeilichen Vorschriften entgegenstehen. Aus der Botschaft zum Gastwirtschaftsgesetz ist ersichtlich, dass die Aufzählung von Vorschriften in Art. 9 GWG beispielhaft und damit nicht abschliessend ist. Mit einer Verkürzung oder Aufhebung der Schliessungszeiten geht in der Regel eine Änderung der gastgewerblichen Nutzung und damit eine Änderung des Gastwirtschaftspatent*inhaltes* einher. Folglich gilt es - gestützt auf Art. 9 GWG - durch die politische Gemeinde vor Prüfung der

Voraussetzungen nach Art. 18 GWG in allgemeiner Hinsicht abzuklären, ob mit der geänderten Nutzung Vorschriften aus anderen Erlassen - insbesondere bau- und umweltrechtliche Vorschriften - eingehalten werden. Auf die einschlägigen bau- und umweltrechtlichen Vorschriften wird nachfolgend näher eingegangen.

## **2. Voraussetzungen des Bau- und Umweltrechts**

### **a) Kantonalrechtliche Bewilligungspflicht nach Baugesetz**

Nach Art. 78 Abs. 1 BauG bedarf das Errichten und Ändern von Bauten und Anlagen einer Baubewilligung. Bewilligungspflichtig sind nach Art. 78 Abs. 2 lit. o BauG insbesondere auch Zweckänderungen, die Einwirkungen auf die Umgebung oder eine Vergrösserung des Benützerkreises zur Folge haben.

Die durch die Rekurrentin beantragte Verkürzung der täglichen Schliessungszeit verbunden mit der Neueinführung eines „Table-Dance“-Programms stellt eine Zweckänderung im Sinn von Art. 78 Abs. 2 lit. o BauG dar und bedarf somit grundsätzlich einer Baubewilligung.

### **b) Bundesrechtliche Bewilligungspflicht nach Umweltschutzgesetz**

Zu den bewilligungspflichtigen Änderungen gehören - insoweit sie nicht bereits von Art. 78 Abs. 2 lit. o BauG erfasst sind - ebenso alle umweltrechtlich relevanten Änderungen von Anlagen im Sinne von Art. 7 Abs. 7 USG. Für solche Änderungen ist von Bundesrecht wegen ein Bewilligungsverfahren durchzuführen, das die Parteirechte der beschwerdeberechtigten Nachbarn nach Art. 54 USG wahrt. Das hierzu geeignete Verfahren ist grundsätzlich das Baubewilligungsverfahren. Mithin gehören zu den baubewilligungspflichtigen Änderungen nicht nur sämtliche baupolizeilich relevanten baulichen und betrieblichen, sondern auch sämtliche umweltschutzrechtlich relevanten Änderungen - insbesondere alle betrieblichen Änderungen - die Auswirkungen auf das Immissionsmass erwarten lassen. Bei Gaststätten entstehen solche Auswirkungen in der Regel dann, wenn von den gesetzlichen oder individuell festgelegten Öffnungszeiten abgewichen wird. Dass die damit verbundenen Immissionen immer im Baubewilligungsverfahren zu beurteilen sind, ergibt sich daraus, dass der öffentlich-rechtliche Immissionsschutz schon vor Erlass des Umweltschutzgesetzes - nach Art. 70 lit. a BauG (aufgehoben durch das III. Nachtragsgesetz zum Baugesetz) - im Baubewilligungsverfahren zu beurteilen war. Daran hat sich bis heute nichts geändert. Materiell ist zwar Art. 70 lit. a BauG durch das Umweltschutzgesetz und die dazugehörigen Verordnungen weitestgehend abgelöst worden. Dieser Umstand ändert indessen nichts daran, dass formell der öffentlich-rechtliche Immissionsschutz nach wie vor im Baubewilligungsverfahren zu beurteilen ist.

### **c) Erforderlichkeit eines Baubewilligungsverfahrens**

Die Rekurrentin beabsichtigt eine komplette Neuausrichtung ihres Betriebskonzepts. Bis anhin führt sie einen Bar- und Pubbetrieb. Durch die beantragte Verlängerung der täglichen Öffnungszeit bis 03:00 Uhr verbunden mit der Einführung eines „Table-Dance“-Programms soll eine neue Kundschaft angesprochen werden. Beim Betrieb handelt es sich um eine ortsfeste Anlage im Sinn von Art. 7 Abs. 7 USG und Art. 2 Abs. 1 LSV. Welche immissionsmässigen, umweltschutzrechtlich relevanten Auswirkungen das besagte neue Betriebskonzept erwarten lässt, kann gestützt auf die vorne erfolgten Ausführungen nur im Baubewilligungsverfahren in geeigneter Weise überprüft werden. Hinzu kommt, dass im Baubewilligungsverfahren auch die Einsprachemöglichkeit der Nachbarn gewährleistet ist (vgl. Art. 54 USG).

**aa) Prüfung der Zonenkonformität**

Im Baubewilligungsverfahren wird auf Grund einer abstrakten Prüfung zu beurteilen sein, ob die geplante neue Betriebsausrichtung zur Kategorie der in der Wohn- und Gewerbezone zulässigen Betriebe gezählt werden kann. Bei dieser Prüfung fallen in erster Linie die Art der Produkte oder Dienstleistungen, die Zahl der Beschäftigten, die eingesetzten Produktionsmittel, die baulichen betrieblichen Bedürfnisse, die Anforderungen an die Infrastruktur, der angestrebte Umsatz sowie die räumliche Bedeutung des in Frage stehenden Betriebes in Betracht. In zweiter Linie sind sodann die Auswirkungen des Betriebs auf die Umgebung zu berücksichtigen. Soweit diese Auswirkungen von der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes nicht erfasst und ausschliesslich durch die raumplanerische Immissionsvorsorge (welche auch die ideellen Immissionen umfasst) gedeckt werden, sind auch sie einer abstrakten Beurteilung zu unterziehen.

**bb) Prüfung der Lärmimmissionen**

Weiter wird abzuklären sein, ob das neue Betriebskonzept mit den verkürzten Schliessungszeiten zu unzumutbaren Lärmimmissionen in der Nachbarschaft führen wird. Das Lärmschutzrecht knüpft für die Beurteilung des Lärms an Belastungsgrenzwerte an. Diese sogenannten Planungs-, Immissionsgrenz- und Alarmwerte sind für verschiedene Lärmarten in den Anhängen der Lärmschutzverordnung geregelt. Soweit es sich indessen um Lärm von Anlagen handelt, der nicht einer der in den Anhängen der Lärmschutzverordnung geregelten Lärmarten zugeordnet werden kann, hat die Vollzugsbehörde nach Art. 40 Abs. 3 LSV die Lärmimmissionen gestützt auf Art. 15 USG sowie unter Berücksichtigung von Art. 19 und 23 USG zu beurteilen. Die Behörde hat sich dabei auf ihre Erfahrung abzustützen. Die Immissionen sind so zu beschränken, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich gestört wird; dies unter Berücksichtigung des Charakters des Lärms, des Zeitpunkts und der Häufigkeit seines Auftretens sowie der Lärmempfindlichkeit bzw. der Lärmvorbelastung der Zone, in der die Immissionen auftreten. Dazu sei angemerkt, dass zu den wichtigsten Arten von Störungen des Wohlbefindens der Bevölkerung als Folge von Lärmimmissionen Schlafstörungen sowie Störung der übrigen Ruhe und Erholung gehören.

Auf Gaststätten, Diskotheken oder ähnliche Betriebe können die allenfalls in Frage kommenden Belastungsgrenzwerte für Industrie- und Gewerbelärm nach Anhang 6 LSV nicht - jedenfalls nicht unmittelbar - angewendet werden, da deren Lärmimmissionen überwiegend durch menschliches Verhalten (Unterhaltung der Gäste, Lachen, Klirren von Geschirr und Gläsern, usw.) verursacht werden und sich in der Regel auf wenige Stunden am Tag bzw. der Nacht konzentrieren. Ein von 07:00 bis 19:00 Uhr und von 19:00 bis 07:00 Uhr gemittelter Beurteilungspegel vermag daher die tatsächliche Störung der Nachbarschaft nicht angemessen zu erfassen. Sodann zeichnet sich menschlicher Lärm durch einen Informationsgehalt aus, der stark störend wirken kann.

Der Beurteilung des Immissionsniveaus eines Restaurantbetriebes sind alle Lärmimmissionen zu Grunde zu legen, die diesem zuzurechnen sind. Insbesondere sind neben Geräuschen, die im Lokal erzeugt werden, auch Sekundärmissionen zu berücksichtigen, d.h. Geräusche, die durch die bestimmungsgemässe Nutzung der Anlage ausserhalb des Gebäudes entstehen. Neben dem von den Besuchern beim Betreten oder Verlassen des Lokals erzeugten Lärm zählt insbesondere auch der auf den Besucherparkplätzen verursachte Lärm dazu. Dabei kann es unter dem Gesichtspunkt des Immissionsschutzes keine Rolle spielen, ob die von den Besuchern benutzten Parkplätze nur tatsächlich oder auch in rechtlicher Hinsicht zum Betrieb gehören. Andernfalls würde ein Betrieb ohne eigene Parkplätze in ungerechtfertigter Weise privilegiert. Dass Immissionen, die zwar auf öffentlichem Grund entstehen, aber ein-

deutig einem Betrieb zugerechnet werden können, diesem Betrieb bei der Beurteilung auch zugerechnet werden müssen, ergibt sich etwa für die Mehrbeanspruchung von Verkehrsanlagen ausdrücklich aus der Lärmschutzverordnung (Art. 9 LSV). Im Übrigen ist kein Grund ersichtlich, weshalb der zivilrechtliche Immissionschutz nach Art. 684 ZGB in dieser Hinsicht weiter gehen sollte als der öffentlich-rechtliche. Nach Art. 684 ZGB aber hat der Grundeigentümer ohne Weiteres auch für solche Immissionen einzustehen.

### cc) Erforderlichkeit eines Baugesuchs

Zusammenfassend kann demnach festgehalten werden, dass für die durch die Rekurrentin beabsichtigte Neuausrichtung des Betriebskonzeptes im vorne dargelegten Sinn ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden muss. Dazu hat die Rekurrentin beim Gemeinderat ein Baugesuch nach Art. 80 BauG einzureichen.

### dd) Auswirkungen auf das Verfahren nach Gastwirtschaftsgesetz

Sollte der Gemeinderat bei der Prüfung des Baugesuches feststellen, dass das neue Betriebskonzept zu - nach Umweltschutzrecht - unzulässigen immissionsmässigen Auswirkungen führen wird, so erübrigt sich von vornherein eine Prüfung der Voraussetzungen nach Art. 18 GWG. Sollte der Gemeinderat stattdessen zum Ergebnis gelangen, dass die immissionsmässigen Auswirkungen nach Umweltschutzrecht zumutbar sein werden, so hat er anschliessend die Voraussetzungen nach Art. 18 GWG zu prüfen.

Die Prüfung dieser Voraussetzungen hat der Gemeinderat *abstrakt* und im Hinblick auf das *zukünftige* Betriebskonzept vorzunehmen. Er darf sich dabei somit nicht auf in der Vergangenheit eingegangene Lärmklagen aus der Nachbarschaft des Betriebes abstützen. Des Weiteren ist bei der Beurteilung der Voraussetzungen nach Art. 18 GWG Zurückhaltung geboten. Im Zweifel ist die beantragte Verkürzung bzw. Aufhebung der Schliessungszeit grundsätzlich zu bewilligen, zumal nach einer unter umweltschutzrechtlichen Gesichtspunkten erfolgten positiven Beurteilung - bei welcher sowohl die primären wie auch die sekundären immissionsmässigen Auswirkungen berücksichtigt wurden - anzunehmen ist, dass der verlängerten Offenhaltung keine berechtigten Interessen der Nachbarschaft im Sinn von Art. 18 Abs. 1 lit. a GWG entgegenstehen. Weiter ist in der Regel ebenfalls davon auszugehen, dass geeignete Vor- und Parkplätze im Sinn von Art. 18 Abs. 1 lit. b GWG vorhanden sind, sofern die erforderliche Anzahl an Pflichtparkplätzen nach den baurechtlichen Bestimmungen (vgl. Art. 72 BauG) besteht. Vorbehalten bleibt diesbezüglich lediglich die nähere Prüfung derjenigen Fälle, bei welchen keine Pflichtparkplätze nach Baurecht angeordnet sind, bzw. bei welchen sich infolge der besonderen Verhältnisse des Einzelfalles eine weitergehende Betrachtungsweise aufdrängt.

Sollte das neue Betriebskonzept nach erteilter Bewilligung entgegen den Erwartungen dennoch zu Klagen aus der Nachbarschaft führen, oder sollte es sich herausstellen, dass zu wenig Parkplätze vorhanden sind, so steht dem Gemeinderat etwa - als schärfste Massnahme - die Möglichkeit eines Patententzuges offen (vgl. Art. 13 Abs. 2 Ziff. 1 GWG). Im Übrigen bleibt es dem Gemeinderat unbenommen, die Verkürzung bzw. Aufhebung der Schliessungszeit befristet, bzw. versehen mit Auflagen und Bedingungen zu bewilligen. Der in Art. 5 Abs. 2 BV verankerte Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebietet, statt eine Bewilligung zu verweigern oder ein gänzlich Verbot auszusprechen, eine mit Bedingungen oder Auflagen versehene positive Verfügung zu erlassen. Die Bedingungen und Auflagen haben dabei als Nebenbestimmungen ebenfalls dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen.

### 3. Voraussetzungen des Unterhaltungsgewerbegesetzes

Einer Bewilligung bedarf nach Art. 1 i.V.m. Art. 10 UGG, wer Veranstaltungen durchführt oder Anlagen betreibt, die der Unterhaltung dienen, öffentlich zugänglich sind und einem Erwerbszweck dienen. Keiner Bewilligung bedürfen nach Art. 11 lit. b UGG Veranstaltungen, die vom Patentinhaber in seiner Gastwirtschaft durchgeführt werden; ausgenommen von dieser „Bewilligungsbefreiung“ sind indessen ausdrücklich Striptease- und ähnliche Veranstaltungen.

Die Bewilligung wird nach Unterhaltungsgewerbegesetz erteilt, wenn der Gesuchsteller Gewähr für eine ordnungsgemässe Ausübung des Unterhaltungsgewerbes bietet (Art. 13 Abs. 1 UGG). Die Bewilligung bezeichnet den Verantwortlichen. Dieser muss das 20. Altersjahr vollendet haben und darf in den vorangegangenen zwei Jahren nicht wiederholt oder schwerwiegend gewerbepolizeiliche Vorschriften oder Auflagen verletzt haben (Art. 13 Abs. 2 UGG). Die gewerbepolizeilichen Schutzvorschriften sind in Art. 3 ff. UGG enthalten. Diese bezwecken insbesondere den Schutz der Allgemeinheit und der Nachbarschaft: Nach Art. 3 UGG dürfen Veranstaltungen und Anlagen die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gefährden (lit. a) sowie die Nachbarschaft nicht übermässig belästigen (lit. b). Ferner sind Schutzbestimmungen zu Gunsten der Jugend (Art. 4 UGG) sowie zu Gunsten von Personal, Darstellern und Besuchern (Art. 5 UGG) zu befolgen. So-dann sind Veranstaltungen und Anlagen nach Art. 6 UGG verboten, wenn sie das sittliche oder religiöse Empfinden verletzen. Die Bewilligung wird für längstens zwei Jahre erteilt (Art. 14 UGG). Bewilligungs- und Aufsichtsinstanz ist nach Art. 8 UGG die politische Gemeinde.

Da die durch die Rekurrentin beabsichtigte Neueinführung eines „Table-Dance“-Programms zu den Veranstaltungen im Sinn des vorne aufgeführten Art. 11 lit. b UGG zu zählen ist, steht fest, dass dieses grundsätzlich ebenfalls einer Bewilligung nach Unterhaltungsgewerbegesetz bedarf. Der Gemeinderat prüfte das Gesuch der Rekurrentin indessen ausschliesslich unter dem Blickwinkel von Art. 18 GWG bezüglich der beantragten Verkürzung der Schliessungszeiten. Sollte der Gemeinderat bei einer neuerlichen Prüfung des Gesuchs zum Schluss gelangen, dass diesem unter bau-, umweltschutz- sowie unter gastwirtschaftsrechtlichen Gesichtspunkten nichts entgegensteht, so hätte er das Gesuch auch unter unterhaltungsgewerberechtlichen Gesichtspunkten im dargelegten Sinn zu prüfen und anschliessend eine Gesamtverfügung zu erlassen.

#### Weiterführende Hinweise:

- Kreisschreiben betreffend den Vollzug des Gastwirtschaftsgesetzes vom 1. März 1996, Erläuterungen zu Art. 18
- ABI 1994, 2463 ff.
- BGE 123 II 83 und 334 f., 120 II 17 ff., BGE 118 Ib 590
- Pra 86 [1997] Nr. 166
- GVP 1999 Nr. 94, GVP 1983 Nr. 15
- R. Hofmann, Keine Grenzwerte - kein Lärm?, in: URP 1994, 428
- C. Zäch, Kommentar zum USG, Zürich 1987, N 12 und N 17 f. zu Art. 15
- Imboden/ Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, Nr. 39 B.I. und III.c.
- Rhinow/ Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Nr. 39 B. I. und III.c.
- Juristische Mitteilungen 1998 / I / 3, 1999 Nrn. 16 und 35, 2000 Nrn. 5, 19 und 20

**Entscheid des Volkswirtschaftsdepartementes vom 22. Juni 2000**

Die Vorinstanz hatte das Gesuch um Bewilligung eines "Table-Dance"-Programms verbunden mit einer Verkürzung der täglichen Schliessungszeit allein nach den Kriterien von Art. 18 GWG beurteilt. In Abänderung der bisherigen Praxis stellte das Volkswirtschaftsdepartement fest, dass das Gesuch auch hinsichtlich der Anforderungen des Bau- und Umweltrechts zu prüfen ist. Dazu ist zwingend ein Baubewilligungsverfahren durchzuführen.

**22**

Baurecht:

**Einheitlichkeit der Baubewilligung****Art. 87 Abs. 1 BauG: Baubewilligung****Art. 87 Abs. 3 BauG: Gesamtbeurteilung**

**Setzt ein Bauvorhaben eine Änderung der Umgebung voraus, muss die neue Umgebungsgestaltung zusammen mit dem Bauvorhaben bewilligt werden und darf nicht auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden.**

In der Praxis werden Baubewilligungen häufig stufenweise erteilt. Namentlich wird immer wieder die Bewilligung einer zwingend erforderlichen Umgebungsgestaltung auf einen späteren Zeitpunkt verschoben. Dies ist nicht zulässig.

**1. Baubewilligung als Gesamtverfügung**

Für baubewilligungspflichtige Bauten und Anlagen ist vor Baubeginn bei der zuständigen Gemeindebehörde ein Baugesuch einzureichen (Art. 80 Abs. 1 BauG). Das Baugesuch muss die für die baupolizeiliche Beurteilung notwendigen Unterlagen, wie Situationsplan, Grundriss, Ansichten, Schnitte und Kanalisationspläne, enthalten (Art. 80 Abs. 2 BauG). Die zuständige Gemeindebehörde ist berechtigt, in besonderen Fällen ergänzende Unterlagen zu verlangen (Art. 80 Abs. 3 BauG).

Die Baubewilligung ist nach Art. 87 Abs. 1 BauG zu erteilen, wenn keine im öffentlichen Recht begründeten Hindernisse vorliegen. Sie kann mit einschränkenden Bedingungen und Auflagen verbunden werden (Art. 87 Abs. 2 BauG). Nach Art. 87 Abs. 3 BauG hat die zuständige Gemeindebehörde das Baugesuch ohne Verzug zu behandeln; sie hat es mit anderen Bewilligungsverfahren zu verbinden, wenn dadurch eine Vereinfachung erzielt werden kann.

Der Entscheid der Baubewilligungsbehörde darf nur nach einer Gesamtbeurteilung des Bauvorhabens aufgrund des Baugesuchs, der Bauvorlagen, der Einsprachen und der Vernehmlassung des Gesuchstellers als Gesamtentscheid ergehen. Sich auf einzelne Fragen beschränkende blosse "Teilbaubewilligungen" widersprechen diesem Grundsatz. Die Baubewilligungsbehörde hat lediglich die Wahl, das Baugesuch als Ganzes entweder gutzuheissen, sei es unverändert oder mit Nebenbestimmungen, oder abzuweisen. Sind für die Verwirklichung eines Projekts verschiedene materiellrechtliche Vorschriften anzuwenden und besteht zwischen diesen Vorschriften ein derart enger Sachzusammenhang, dass sie nicht getrennt und unabhängig voneinander angewendet werden dürfen, muss die Rechtsanwendung materiell koordiniert erfolgen. Dieses vom Bundesgericht festgestellte Koordinationsgebot gilt auch in verfahrensmässiger Hinsicht in dem Sinn, dass die Möglichkeit bestehen soll, ein Bauvorhaben als Ganzes in einem einheitlichen Rechtsmittelverfahren anzufechten.

**2. Beurteilung des Bauvorhabens**

Das Bauvorhaben setzt zwingend die Errichtung von Verkehrsflächen voraus. Ohne diese Flächen kann das Bauvorhaben nicht genutzt werden. Ein Umgebungsplan wurde mit dem

Baugesuch jedoch nicht eingereicht. Es steht damit nicht fest, wie, wo und in welchem Ausmass Verkehrsflächen verwirklicht werden sollen.

Ohne einen Umgebungsplan mit den erforderlichen Verkehrsflächen kann das Baugesuch nicht abschliessend beurteilt werden. Das von der Vorinstanz gewählte Vorgehen, die Frage der Verkehrsfläche vom übrigen Baubewilligungsverfahren abgetrennt und zu einem späteren Zeitpunkt zu beurteilen, ist sachlich nicht gerechtfertigt und schon aus diesem Grund unzulässig. Ein solches Vorgehen verletzt den in Art. 87 Abs. 3 BauG enthaltenen Grundsatz der Gesamtbeurteilung eines Bauvorhabens.

Weil wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt wurden, ist die Baubewilligung aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts sowie zur Neubeurteilung und zur korrekten Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**Weiterführende Hinweise:**

- BGE 116 Ib 57, 114 Ib 129 f. E. 4
- E. Zimmerlin, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., Aarau 1985, 373
- Ch. Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Diss. Zürich 1991, 225 f.
- Juristische Mitteilungen 1998 / I / 7

**Entscheid des Baudepartementes vom 15. März 2000**

Die Vorinstanz hatte ein Baugesuch zu beurteilen, dessen Verwirklichung zwingend eine Änderung der Umgebungsgestaltung, insbesondere die Errichtung von Verkehrsflächen voraussetzte. Obwohl diesbezüglich keine aussagekräftigen Pläne vorlagen, wurde die Baubewilligung erteilt und der Baugesuchsteller angewiesen, vor der Ausführung der Baute entsprechende Pläne einzureichen. Das Baudepartement hob die Teilbaubewilligung auf und wies die Angelegenheit zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurück.