

Verwaltungsstrafe (§ 160 BauG) und nur so zur Rechenschaft zu ziehen (VGE III/34 vom 19. Mai 1994 [BE.1993.00086] in Sachen St. und Mitb., S. 11). Richtig war es deshalb, den Beschwerdeführern im Sinne von Ziffer 1/b des Beschlusses vom 8. Juli 2002 eine Frist für die Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs einzuräumen. Die Beschwerdeführer sind dieser Aufforderung gefolgt und haben das verlangte Baugesuch am 12. Juli 2002 eingereicht. An den Baubewilligungsbehörden ist es nun, das eingeleitete Baugesuchsverfahren auch durchzuführen und mit einem anfechtbaren Entscheid abzuschliessen. Kann die Baute wegen materieller Rechtswidrigkeit auch nachträglich nicht bewilligt werden, ist über die Herstellung des rechtmässigen Zustands zu befinden (§ 159 Abs. 1 BauG). Dabei sind namentlich die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Gutglaubensschutzes zu beachten (BGE 123 II 255; 111 Ib 221 ff.; AGVE 2001, S. 279 f.).

44 Rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; § 15 Abs. 1 VRPG). Nutzungsverbot (§ 159 Abs. 1 BauG).

- **Gehörsverletzung durch Vorenthaltung entscheidwesentlicher Akten und durch unzulässiges "Berichten" (Erw. 1/b).**
- **Heilung des Verfahrensmangels bejaht (Erw. 1/c).**
- **Eigenmächtigen Nutzungen oder Nutzungsänderungen ist mit Nutzungsverboten entgegenzuwirken (Bestätigung der Rechtsprechung); Schranke der behördlichen Duldung eines nicht bewilligten Nutzungsvorhabens (Erw. 2/b/bb).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 20. April 2004 in Sachen K. und Mitb. gegen Baudepartement.

Aus den Erwägungen

1. a) (...)

b) Ferner beanstanden die Beschwerdeführer, dass sich der vorinstanzliche Entscheid auf Eingaben abstütze, die ihnen vorenthalten worden seien; einerseits geht es um der Eingabe der Beschwerde-

gegnerin vom 4. Dezember 2002 beigelegte Datenblätter zum Schiessbetrieb, anderseits um Auskünfte der Abteilung für Umwelt.

Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt anderseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift; der Betroffene hat das Recht, sich vor Erlass eines solchen Entscheids zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 127 I 56; 124 I 242 mit weiteren Hinweisen). Diese Grundsätze hat das Baudepartement in der Tat nicht beachtet. In Bezug auf die erwähnten Datenblätter rechtfertigt es sich mit dem Hinweis darauf, dass die in der Eingabe vom 4. Dezember 2002 angegebenen Schiesszeiten und Schussabgaben der Sicherheitsdienste der Kernkraftwerke Beznau und Leibstadt mit früher gemachten Angaben, welche den Beschwerdeführern zugänglich gemacht worden seien, korrespondierten; hinzu komme, dass die fraglichen Abgaben insofern nicht entscheiderelevant gewesen seien, als nach den Berechnungen der Abteilung für Umwelt die massgebenden Grenzwerte selbst bei den von den Beschwerdeführenden in der Eingabe vom 3. Dezember 2002 behaupteten Schiesszeiten eingehalten seien. Das ist nicht stichhaltig. Um der Gehörspflicht zu genügen, hätte den Beschwerdeführern zumindest das Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 4. Dezember 2002 zur Kenntnis zugestellt werden sollen, da die Schiessdaten fraglos eine wesentliche Beurteilungsgrundlage bilden; der Beschwerdeführer muss im Übrigen die Möglichkeit haben, die Übereinstimmung bestimmter Aktenstücke selber festzustellen bzw. zu überprüfen. Begründet ist die Gehörsrüge aber auch hinsichtlich der departementsinternen Auskünfte. Die Rechtsabteilung des Baudepartements hatte die Abteilung für Umwelt mit Schreiben vom 23. August und 3. September 2002 darum ersucht, zu verschiedenen offenen Fragen Stellung zu beziehen. Die kantonale Fachstelle antwortete mit Amtsberichten vom 29. August und 5. September 2002. Diese Stellungnahmen wurden den Beschwerdeführern anerkannter-

massen nicht zur Kenntnis gebracht. Nach dem vorhin Gesagten hat der Betroffene indessen das Recht, grundsätzlich in alle für den Entscheid wesentlichen Akten Einsicht zu nehmen, d.h. in jene Akten, welche Grundlage einer Entscheidung bilden (siehe auch BGE 121 I 227 mit Hinweisen). Dies ist hier offensichtlich, werden doch die fraglichen Auskünfte auf S. 9 f. des vorinstanzlichen Entscheids als Beleg dafür zitiert, dass mit den grosskalibrigen Waffen der Immissionsgrenzwert bei der Liegenschaft "Im Winkel 73" nicht oder nur unwesentlich überschritten wird, soweit sie im bisherigen Umfang eingesetzt werden. Die Thematisierung dieses Punktes an der Augenscheinsverhandlung vom 3. Dezember 2002 in Anwesenheit des Vertreters der kantonalen Fachstelle - dieser bestätigte gemäss Protokoll ganz kurz, dass die Lärmmessungen der Hårdi & Fritschi AG von 1991 und die Berechnungen der Beschwerdegegnerin korrekt vorgenommen worden seien - bildet entgegen der Auffassung des Baudepartements nur einen unvollkommenen Ersatz. Verwaltungsinterne Meinungsäusserungen sind den Betroffenen in jedem Falle förmlich zur Kenntnis zu bringen; das sog. "Berichten" ist gehörswidrig (siehe Klaus Reinhardt, Das rechtliche Gehör in Verwaltungssachen, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge Heft 291, Zürich 1968, S. 161 f., 194, 202; VGE III/154 vom 14. Dezember 2000 in Sachen W. AG, S. 9; AGVE 2002, S. 415 f.). Auch muss es der Betroffene ganz generell nicht hinnehmen, dass er zur Wahrnehmung seines Gehörsanspruchs auf den Beschwerdeweg verwiesen wird (AGVE 1986, S. 182; VGE III/35 vom 20. Mai 1997 [BE.1995.00109] in Sachen S., S. 14 f.).

c) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur; seine Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 120 Ib 383 mit Hinweisen). Eine Heilung in einem Rechtsmittelverfahren ist nur ausnahmsweise möglich; dies hängt namentlich von der Schwere und Tragweite der Gehörsverletzung sowie davon ab, ob die Rechtsmittelinstanz den angefochtenen Entscheid in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht frei überprüfen kann (BGE 120 V 362 f. und 121 V 156, je mit Hinweisen; AGVE 1997, S. 374; 2002, S. 416 f.).

Die dem Baudepartement anzulastenden Gehörsverletzungen sind nicht gravierend; die Beschwerdeführer stellen denn auch selber kein Rückweisungsbegehren. Im Weiteren kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Entscheid umfassend überprüfen. Einer Heilung des Verfahrensmangels steht daher nichts im Wege, zumal sonst offensichtlich ein prozessualer Leerlauf betrieben würde (siehe BGE 107 Ia 2 f.; Bundesgericht in: ZBl 90/1989, S. 367). Die Gehörsverletzung ist aber beim Kostenentscheid angemessen zu berücksichtigen (AGVE 1974, S. 362).

2. a) (...)

b) aa) (...)

bb) aaa) Das frühere Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971 enthielt in § 154 Abs. 2 die Vorschrift, dass vor der Rechtskraft der Baubewilligung mit den Bauarbeiten nicht begonnen werden darf. Im Gesetz über Raumplanung, Umweltschutz und Bauwesen vom 19. Januar 1993 (BauG) findet sich eine analoge Bestimmung nicht mehr; der Gesetzgeber erachtete diesen "allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts" als "selbstverständlich" und sah deshalb von einer Regelung ab (Botschaft des Regierungsrats an den Grossen Rat vom 17. August 1992, S. 23 zu § 63 des Gesetzesentwurfs). Das Verbot, von einer Baubewilligung vor dem Eintritt der formellen Rechtskraft Gebrauch zu machen, ergibt sich im Übrigen aus § 159 Abs. 1 BauG, wonach die Errichtung von Bauten ohne Bewilligung einen unrechtmässigen Zustand darstellt. Was für eine Baute gilt, muss nach Massgabe von § 59 Abs. 1 Satz 1 BauG auch für eine (bewilligungspflichtige) Nutzungsänderung gelten (siehe AGVE 1988, S. 416).

bbb) § 159 Abs. 1 BauG sieht bei Verletzung des erwähnten Verbots als Massnahme des Verwaltungszwangs u.a. "die Einstellung der Bauten" vor. Dem entspricht bei unerlaubten Nutzungsänderungen ein Nutzungsverbot (AGVE 1988, S. 416). Das Verwaltungsgericht hat bisher solche Verbote mit dem Hinweis darauf geschützt, wenn die Behörde eigenmächtige Handlungen im Bereich des öffentlichen Baurechts nicht mit den Mitteln des Verwaltungszwangs unterbinde, laufe sie wegen der Präjudizwirkung Gefahr, das Gesetz gar nicht mehr richtig durchsetzen zu können (AGVE 1988, S. 416).

mit Hinweisen; VGE III/10 vom 21. Februar 1994 [BE.1994.00019/20] in Sachen D. und Mitb., S. 9). Wer eigenmächtig bauliche Vorkehren treffe oder Umnutzungen vornehme, müsse auch das Risiko finanzieller und anderer Nachteile bei einer erzwungenen Wiederherstellung des früheren Zustandes in Kauf nehmen; andernfalls würde das rechtswidrige Vorgehen allzu attraktiv, verbunden mit der Konsequenz, dass das Baubewilligungsverfahren weitgehend unterlaufen werden könnte (AGVE 1989, S. 254; erwähnter VGE in Sachen D. und Mitb., S. 10). In diesem Sinne wurde der Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips nur noch ein enger Raum belassen (siehe auch AGVE 1988, S. 416, wo - allerdings im Zusammenhang mit dem Suspensiveffekt einer Beschwerde und damit beschränkt auf die Dauer des Beschwerdeverfahrens - gesagt wurde, die Verhältnismässigkeit der Massnahme müsse gar nicht mehr geprüft werden). Ähnliche Überlegungen hat das Verwaltungsgericht zur Tragweite des Vertrauensschutzes angestellt (siehe dazu und zum Folgenden: AGVE 1998, S. 335 f.): Es lasse sich ernsthaft fragen, ob bezüglich der Gut- oder Bösgläubigkeit des Bauherrn bei einer Baueinstellung analoge Massstäbe anzulegen seien wie beim Entscheid über die Herstellung des rechtmässigen Zustandes und ob diese bei der Baueinstellung überhaupt eine Rolle spielen dürften. Mit der vorsorglichen Massnahme der Baueinstellung werde ja nichts anderes bezweckt, als die zukünftige Vollstreckung zu erleichtern, d.h. Abbruchbefehle zu vermeiden oder leichter durchsetzbar zu machen; es solle die Durchführung eines korrekten Baubewilligungsverfahrens ermöglicht werden. Subjektive Gesichtspunkte wie Gut- oder Bösgläubigkeit bzw. Beachtung von Sorgfaltspflichten träten hier stark in den Hintergrund, und es gebe gute Gründe, sie bei der Baueinstellung überhaupt für unbeachtlich zu halten. Zudem erscheine der durch eine Baueinstellung bewirkte Eingriff in die Eigentumsrechte (Verzögerung des Bauvorhabens) erheblich geringer als eine Beseitigungsanordnung. Die Frage wurde dann freilich nicht abschliessend behandelt. Schliesslich erwog das Verwaltungsgericht, eine etwas andere Betrachtungsweise möge höchstens dann angezeigt sein, wenn die eigenmächtig erstellte Baute behördlicherseits über längere Zeit geduldet worden sei und

der Bauherr deswegen eine gewisse Vertrauensposition erlangt habe (AGVE 1989, S. 254).

Diese Rechtsprechung erweist sich nach wie vor als zutreffend. In aller Regel ist es dem Gesuchsteller zumutbar, bis zur Erteilung einer rechtskräftigen Bau- oder Nutzungsbewilligung mit der Realisierung seines Vorhabens zuzuwarten. Das öffentliche Interesse, einer Aufweichung der gesetzlichen Ordnung durch konsequente Durchsetzung des Bewilligungsvorbehalts entgegenzuwirken, haben sowohl das Bundes- als auch das Verwaltungsgericht stets als hoch bewertet (BGE 123 II 255 mit Hinweis; AGVE 2001, S. 280). Zwar kann das Verhältnismässigkeitsprinzip als Verfassungsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV) nicht ausgeschaltet werden, doch ist im Normalfall kaum denkbar, dass die Interessenabwägung zu Gunsten des Bauherrn ausfällt, und zwar selbst dann, wenn ihm keine Bösgläubigkeit unterstellt werden kann (wobei in vielen Fällen über die Bewilligungspflicht Gewissheit bestehen muss). Etwas differenzierter zu betrachten ist der Vertrauensschutz im Zusammenhang mit der behördlichen Duldung eines unbewilligten Nutzungsvorhabens. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erlischt der Anspruch der Behörde auf Beseitigung eines baurechtswidrigen Zustands bzw. auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands in jedem Falle nach dreissig Jahren (in Analogie zur ausserordentlichen Ersitzung gemäss Art. 662 ZGB) bzw. schon vorher, wenn der rechtswidrige Zustand von der zuständigen Behörde über Jahre hinweg geduldet worden ist, obschon ihr die Gesetzwidrigkeit bekannt war oder sie diese bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte kennen müssen, und wenn zudem die durch den gesetzwidrigen Zustand bewirkte Verletzung öffentlicher Interessen nicht schwer wiegt (BGE 107 Ia 124; Bundesgericht, in: ZBl 81/1980, S. 73 f.; AGVE 2000, S. 256 f. und 263 f., je mit weiteren Hinweisen). Ein Nutzungsverbot ist in diesen Fällen unzulässig. Im Übrigen wird dieser Tatbestand bei der Erstellung eines Gebäudes kaum je vorkommen, weil der Bauherr normalerweise daran interessiert ist, ein Bauwerk raschmöglichst zu realisieren und jedenfalls die Zeiträume, die im Zusammenhang mit der Tolerierung relevant sind, hier keine Rolle spielen.

45 Projektänderung während des Beschwerdeverfahrens. Ausstand (§ 5 VRPG).

- **Wesentliche nachträgliche Änderungen am Projekt eines regionalen Sport-, Freizeit- und Begegnungszentrums, die eine nochmalige öffentliche Auflage erfordern (Erw. 1/b).**
- **Grundsätze der Ausstandspflicht (Erw. 2/b). Rechtsanwendung: Fehlen der Voraussetzung, dass die Mitwirkung in einer "anderen Instanz" (§ 2 lit. c ZPO i.V.m. § 5 Abs. 1 VRPG) bzw. "untern Instanz" (§ 5 Abs. 2 VRPG) erfolgt ist (Erw. 2/c). Fehlerhafte Mitwirkung von Gemeinderäten, welche Exekutivfunktionen in dem als Bauherr auftretenden Gemeindeverband ausüben, am betreffenden Baubewilligungsentscheid (Erw. 2/d).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 15. Dezember 2003 in Sachen B. und Mitb. gegen Regierungsrat.

Aus den Erwägungen

1. a) aa) Das geplante regionale Sport-, Freizeit- und Begegnungszentrum "Burkertsmatt" umfasst im Wesentlichen

- eine Dreifach-Sporthalle mit einem Haupttrakt (64.9 m x 53.2 m x 6.7 m; Turnhalle, Geräteräume, Mannschaftsgarderoben, Leiterzimmer, Toilettenanlagen und Technikbereich mit Holzschnitzelheizung im Erdgeschoss, Zuschaueranlagen, Eingangshalle/Foyer, Büro/Regie und Küche/Office/Vorräte im Obergeschoss) und einem eingeschossigen Nebentrakt (41.0 m x 9.0 m x 4.5 m; Veranstaltungsraum, Jugendkafi mit Küche und WC, Büro/Sitzung, Basteln/Werkstatt und Stauraum),
- im Aussenbereich eine Leichtathletik-Anlage mit Rasenfeld (100 m x 64 m) und sechs 400 m-Rundbahnen, ein weiteres Rasenfeld (100 m x 64 m), zwei Rasen-Trainingsfelder (je 55 m x 40 m), ein Beachvolleyball-Feld (28 m x 24 m), eine Halfpipe (9 m x 6 m), einen Asphaltplatz für Streetball (40 m x 20 m), einen Kinderspielplatz mit verschiedenen Spiel-