

III. Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzrecht

30 Voranfrage i.S.v. § 28 AbauV.

- **Keine Befangenheit der mit der Voranfrage befassten Behörde im nachfolgenden Baubewilligungsverfahren (Erw. 2.4 und 2.5).**
- **Gegenstand einer Voranfrage (Erw. 2.6).**
- **Keine Pflicht zur öffentlichen Auflage von Voranfrageakten (Erw. 2.7).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 9. August 2007 in Sachen H. und Mitbeteiligte gegen Eheleute R. (WBE.2006.173).

Aus den Erwägungen

Die Beschwerdegegner beabsichtigen den Abbruch ihres Einfamilienhauses und den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit Tiefgarage auf der Parzelle Nr. 3548. Die Vorinstanz beschreibt das Bauprojekt der Beschwerdegegner zutreffend wie folgt:

"Die Parzelle 3548 liegt in der Allmend, im Westen des Gemeindegebietes von Baden. Sie weist eine Fläche von 1'057 m² auf und grenzt im Norden an die Rehhalde, im Süden an die Hägelerstrasse und im Osten und Westen unmittelbar an Wohngebiet. Auf dem Grundstück befindet sich gegenwärtig ein Einfamilienhaus (Gebäude Nr. 2067), welches von den Eigentümern (Beschwerdegegnern) zu Wohnzwecken genutzt wird.

Das umstrittene Bauvorhaben umfasst den vollständigen Abbruch des Gebäudes 2067 und die Erstellung eines modernen Neubaus mit Flachdach. Geplant ist ein zweigeschossiges Mehrfamilienhaus (für 5 Wohneinheiten) inkl. Attikageschoss und Tiefgarage. In den unteren beiden Stockwerken sind drei 4 ½ - Zimmer-Wohnungen und eine 3 ½ - Zimmer-Wohnung vorgesehen. Im Attikabereich soll eine grosszügige 5 ½ - Zimmer-Wohnung entstehen, welche von den

Beschwerdegegnern selbst wiederum zu Wohnzwecken beansprucht wird. Während der Zugang zum Gebäude für Fussgänger von der Rehhalde erfolgt bzw. der Eingangsbereich dort angeordnet ist, wird die verkehrsmässige Erschliessung für PWs über die Hägelerstrasse sichergestellt (Einfahrt Tiefgarage)."

1.2.

Das Grundstück der Beschwerdegegner liegt gemäss Bauzonenplan der Stadt Baden in der Wohnzone W2 (zwei Geschosse). In den Wohnzonen sind neben dem vorgeschriebenen Wohnflächenanteil Läden, Kleingewerbe, Ateliers und dergleichen zulässig, sofern sie nicht stören (§ 12 Abs. 1 der Bau- und Nutzungsordnung der Stadt Baden vom 23. Oktober 2001 / 2. April 2003 [BNO]). Die Vorinstanz hat die Zonenkonformität des geplanten Mehrfamilienhauses festgestellt; diese wird von den Beschwerdeführern nicht mehr bestritten.

2.

2.1.

Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, der Stadtrat Baden habe die Bestimmungen über die Voranfrage verletzt. Sie führen in diesem Zusammenhang aus: Das Bauvorhaben der Beschwerdegegner sei kein zulässiger Gegenstand für eine Anfrage im Sinne von § 28 ABauV, da es sich nicht um ein komplexes und grösseres Bauvorhaben handle; selbst wenn dem so wäre, hätte sich die Anfrage zumindest auf wichtige Fragen beschränken müssen. Ausserdem sei der Stadtrat bei Erteilung der Baubewilligung voreingenommen gewesen. Aus diesen Gründen sei die Baubewilligung aufzuheben. Die Beschwerdeführer kritisieren schliesslich, die vorläufige Stellungnahme des Stadtrats und die Voranfrage seien nicht öffentlich aufgelegt worden. Die Vorinstanz habe es versäumt zu prüfen, ob der Stadtrat damit gegen § 72 BNO verstossen habe. Sie habe lediglich festgehalten, dass sich die Aufhebung der Baubewilligung allein wegen einer allfälligen Verletzung von § 72 BNO nicht rechtfertigen liesse. Hätten die Beschwerdeführer oder weitere Interessierte bei der Einsicht in die öffentlich aufgelegten Baugesuchsakten festgestellt, dass sich der Stadtrat in der vorläufigen Stellungnahme positiv zum Bauvorhaben gestellt habe, so hätte das durchaus Einfluss auf den weiteren Fortgang der Angelegenheit haben können. Es sei nicht

auszuschliessen, dass sich weitere Personen mit einer Einsprache gegen das Bauvorhaben gewehrt hätten. Zudem hätte das Gespräch mit der Baukommission und dem Stadtrat gesucht werden können. Letztlich hätte auch das Quartier für das Problem sensibilisiert werden können, was zweifellos zu einer Petition o.a. beim Stadtrat geführt hätte. Jedenfalls wäre es zu Interventionen gekommen. Das alles sei durch das heimliche Vorgehen verhindert worden. Die Vorinstanz hätte die Baubewilligung schon wegen der Verletzung von § 72 BNO aufheben müssen.

2.2.

Demgegenüber führen die Beschwerdegegner aus, Sinn und Zweck von § 28 ABauV lägen in einer pragmatischen, bürgerfreundlichen Verfahrensabwicklung. In welchem Umfang die Behörden davon Gebrauch machten, sei Ermessenssache. Nicht nur bei komplexen und grösseren Bauvorhaben, sondern generell sollten Bauherrschaften ihr Bauvorhaben mit den Behörden besprechen. Diese Haltung sei eine Konkretisierung der wirkungsorientierten Verwaltungsführung und stelle keine Verletzung von § 28 ABauV dar. Dass durch diese Zusammenarbeit eine Vorbefassung stattfinde, liege in der Natur der Sache und schade nicht. Die Vorinstanz habe zwar bezüglich einzelner Begründungspunkte eine Gehörsverletzung festgestellt, sie sei aber zur Recht von einer Heilung dieser Mängel im Rechtsmittelverfahren ausgegangen. Zwar habe es die Baubehörde anfänglich gegenüber den Einsprechern an Transparenz fehlen lassen, doch sei dieser Fehler noch vor Einreichung der Beschwerde beim BVU korrigiert worden.

2.3.

Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, das von den Beschwerdeführern beanstandete Voranfrageverfahren lasse sich ohne weiteres unter § 28 Abs. 2 ABauV subsumieren, sei im Gesetz vorgesehen und grundsätzlich zulässig. Der Frage, welche oder wie viele baurechtlich relevanten Punkte bereits im Voranfrageverfahren geprüft würden, komme eher weniger Bedeutung zu. Dass der Wortlaut der vorläufigen Stellungnahme und der Baubewilligung teilweise übereinstimmten, bedeute nicht, dass der Stadtrat eine vorgefasste Meinung gehabt habe. Das Projekt sei im Einspracheverfahren erneut

detailliert geprüft und auch die Einsprachen seien (zumindest teilweise) in die Beurteilung einbezogen worden. Inhaltlich gehe die Baubewilligung auch über den Gegenstand der Voranfrage hinaus. Es bestünden keine genügenden Anhaltspunkte für eine Voreingenommenheit des Stadtrates.

Es bestehe grundsätzlich keine Pflicht, allfällige vorläufige Stellungnahmen der Behörden im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben zu publizieren und öffentlich aufzulegen. Dennoch könne betroffenen Dritten ein gewisses Interesse, von behördlichen Stellungnahmen zu Bauprojekten Kenntnis zu erhalten, nicht abgesprochen werden. Das gelte selbst dann, wenn die behördliche Stellungnahme unverbindlich sei. Auch unter dem Gesichtspunkt der "Waffengleichheit" empfehle es sich, derartige Unterlagen ebenfalls öffentlich aufzulegen, werde doch allfälligen Einsprechern so die Möglichkeit gegeben, vor Einreichen einer Einsprache denselben Wissensstand zu erlangen wie die Bauherrschaft. Dies müsse umso mehr gelten, wenn eine Gemeinde, wie vorliegend die Stadt Baden, die transparente Verfahrensabwicklung als Grundsatz explizit in ihrer BNO nenne. Indes könne nicht ernsthaft behauptet werden, dass den Beschwerdeführern ein nicht wiedergutzumachender Nachteil entstanden sei. Selbst im Falle einer Verletzung von § 72 BNO liesse es sich nicht rechtfertigen, die Baubewilligung allein aus diesem Grund aufzuheben.

2.4.

(...)

2.5.

Eine Befangenheit kann sich aus Gründen ergeben, die im Gesetz angelegt sind (Erw. 2.5.1.-2.5.3.), oder aus besonderen Fallumständen (Erw. 2.5.4.).

2.5.1.

Nach § 62 BauG kann der Gemeinderat um einen Vorentscheid über wichtige Bau- und Nutzungsfragen ersucht werden (Abs. 1). Der Vorentscheid ist im gleichen Verfahren zu treffen wie der Entscheidung über das Baugesuch (Abs. 2). Beim Vorentscheid im Sinn von § 62 BauG handelt es sich um einen Teilentscheid über einzelne, konkrete, wichtige Aspekte eines Projekts (AGVE 2005, S. 542 mit

Hinw.). Da er im gleichen Verfahren zu erteilen ist wie der Entscheid über das Baugesuch, ist er grundsätzlich auch für Dritte rechtsverbindlich. Von diesem Vorentscheid ist die Auskunft zu unterscheiden, welche die Baubewilligungsbehörde auf eine Voranfrage hin erteilt (vgl. zu dieser Unterscheidung Protokoll der Spezialkommission Baugesetzrevision, Sitzung vom 24. Oktober 1991, S. 443 f., Votum Regierungsrat Pfisterer). Mit der Auskunft befasst sich § 28 ABauV. Diese Bestimmung lautet:

"Beratung und
Zusammenarbeit
(§ 60 BauG)

¹ Die am Verfahren beteiligten Privaten und Behörden arbeiten zusammen.

² Im Interesse einer zügigen Verfahrensabwicklung und der Koordination können der Gemeinderat, sowie für kantonale und eidgenössische Bewilligungen und Zustimmungen die kantonale Koordinationsstelle, vor Einreichung von Gesuchen für komplexe und grössere Bauvorhaben um unverbindliche Auskünfte und Stellungnahmen ersucht werden. Dies gilt namentlich für Gewerbe- und Industriebauten, Arealüberbauungen, Bauten ausserhalb der Bauzonen und für Vorhaben, die einer Umweltverträglichkeitsprüfung unterstehen.

³ Diese Beratung bezieht sich insbesondere auf wichtige Fragen zur Zulässigkeit des Vorhabens, die Gesuchsunterlagen und die Verfahrensabläufe. Die Gesuchsteller können die Mitwirkung der Behörde bei der Ausarbeitung eines Ablaufprogramms verlangen.

⁴ Die Einreichung eines Gesuches verpflichtet zur Zusammenarbeit mit den Bewilligungsbehörden, insbesondere dazu, die erforderlichen Angaben und Unterlagen einzureichen und an einer beförderlichen und koordinierten Behandlung des Gesuches mitzuwirken. Dies hilft mit, Verzögerungen zu vermeiden."

Sowohl das Vorentscheid- als auch das Voranfrageverfahren dienen dazu, wichtige Vorfragen vorweg abzuklären, bevor dem Bauherrn bedeutender Aufwand für Projektierung und Umtriebe entstehen (für das Vorentscheidverfahren AGVE 1996, S. 509; 1981, S. 210; Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, 2. Aufl., Aarau 1985, § 152 N 9). Im Gegensatz zum Vorentscheid fehlt der Auskunft aber die rechtliche Verbindlichkeit, wie schon aus dem Wortlaut von § 28 Abs. 2 ABauV hervorgeht. Der Grund liegt darin, dass Dritte in das Voranfrageverfahren nicht einbezogen werden. Es handelt sich somit bei der Auskunft lediglich um eine vorläufige (nicht bindende) Stellungnahme.

2.5.2.

Wird die Baubewilligungsbehörde vor der Einleitung eines Baubewilligungsverfahrens um Auskunft ersucht, führt dies im nachfolgenden Baubewilligungsverfahren systembedingt zu einer Vorbefassung. Der Zweck der mehrfachen Befassung liegt hier gerade darin, eine einheitliche Beurteilung zu ermöglichen. Ob in dieser Vorbefassung ein Ausstandsgrund zu erblicken ist, beurteilt sich nach dem kantonalen Recht (Ziff. 2.5.2.1.) und den aus Art. 29 BV herzuleitenden Grundsätzen (Ziff. 2.5.2.2.).

2.5.2.1.

§ 5 VPRG regelt die Frage des Ausstandes wie folgt:

"2. Ausstand ¹ Behördemitglieder und Sachbearbeiter dürfen beim Erlass von Verfügungen und Entscheiden nicht mitwirken, wenn ein Ausstandsgrund im Sinne der Zivilprozessordnung vorliegt.

² Sie haben sich insbesondere in Ausstand zu begeben, wenn sie selbst oder ihnen nahe verbundene Personen an der Verfügung oder dem Entscheid persönlich interessiert sind, sowie in Angelegenheiten von juristischen Personen, deren Verwaltung sie oder ihnen nahe verbundene Personen angehören, ferner wenn sie in der Sache schon in einer untern Instanz, oder als Berater oder Vertreter eines Beteiligten mitgewirkt haben.

³ Wird die Verfügung einer Regierungsdirektion [heute: De-

partement] beim Regierungsrat angefochten, hat der betreffende Direktionsvorsteher [heute: Departementsvorsteher] beratende Stimme."

Der in § 5 Abs. 2 VRPG geregelte Ausstandsgrund der Vorbefassung kann sich nur aktualisieren, wenn einzelne Behördenmitglieder in der gleichen Sache schon in einer *unteren Instanz* mitgewirkt haben bzw. wenn ein Behördenmitglied auf zwei hierarchisch unterschiedlichen Verfahrensstufen tätig war (vgl. auch AGVE 2000, S. 394). Das trifft vorliegend nicht zu. Auf Grund der bloss beispielhaften Aufzählung in § 5 Abs. 2 VRPG und des Verweises in § 5 Abs. 1 VRPG ist jedoch anzunehmen, dass sich ein Behördenmitglied auch dann in den Ausstand zu begeben hat, wenn andere Umstände vorliegen, die es als befangen erscheinen lassen (§ 5 Abs. 1 VRPG i.V.m. § 3 lit. c ZPO). Es stellt sich somit die grundlegende Frage, ob Behördenmitglieder, die eine Auskunft erteilen oder eine Meinungsäusserung abgeben, damit automatisch für den eigentlichen formellen und anfechtbaren Entscheid als befangen zu betrachten sind. Bis anhin wurde die Zulässigkeit behördlicher Auskünfte von Lehre und Praxis auch unter diesem Gesichtspunkt nie in Frage gestellt. Die Möglichkeit der Voranfrage wird sogar befürwortet, weil sie im Interesse der Verfahrensökonomie und der bürgernahen Verwaltung liegt. Eine solche Vorbefassung wird erst dann als kritisch eingestuft, wenn ausserhalb eines Baubewilligungsverfahrens und somit unter Ausschluss der an diesem Verfahren zu beteiligenden Dritten Zusagen abgegeben werden, die geeignet sind, beim Adressaten eine Vertrauensposition zu schaffen, so dass sich dieser im nachfolgenden Baubewilligungsverfahren veranlasst sieht, sich auf die Verbindlichkeit der Zusage zu berufen. Auch wenn eine solche Zusage für nicht einbezogene Dritte keine verbindliche Wirkung entfalten kann, so dürfte sie doch die Behörde im nachfolgenden Baubewilligungsverfahren als voreingenommen erscheinen lassen (BVR 1992, S. 219 f.). Eine solche vertrauensbegründende Zusage ist aber im konkreten Fall nicht erteilt worden. Vielmehr hat der Stadtrat in seinem Beschluss vom 20. Dezember 2004 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich um eine

vorläufige Stellungnahme handelt. Er hat zudem Änderungen der Rechtsverhältnisse, allfällige berechnete Einsprachen Dritter sowie die Bedingungen und Auflagen der Baubewilligung ausdrücklich vorbehalten. Nachdem auch keine anderen Umstände vorliegen, die den Vorwurf der Befangenheit untermauern könnten, liegt kein Ausstandsgrund nach kantonalem Prozessrecht vor.

2.5.2.2.

Zu prüfen bleibt, ob sich aus dem Bundesrecht eine Ausstandspflicht ergibt. Während die Ausstandspflicht richterlicher Behörden nach Art. 30 Abs. 1 BV zu beurteilen ist, richtet sich diejenige von Verwaltungsbehörden nach Art. 29 Abs. 1 BV (BGE 127 I 198). Nach den in dieser Bestimmung verankerten "Allgemeinen Verfahrensgarantien" hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Aus dieser Bestimmung lässt sich für den Fall einer (relevanten) Vorbefassung eine Ausstandspflicht von Verwaltungsbehörden ableiten. Neuere Entscheide des Bundesgerichts deuten zudem darauf hin, dass es die Grundsätze über die Vorbefassung von *Richtern* auch auf Entscheidungsträger der Verwaltung anwenden will, die vornehmlich oder ausschliesslich Rechtsprechungsfunktionen wahrnehmen (vgl. BGE 125 I 119 ff. = Pra 88/1999, S. 867 ff.; vgl. auch Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidungsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss. Zürich 2002, S. 144 f. mit Hinw.). Es ergibt sich somit für das verwaltungsinterne und -externe Verfahren ein vergleichbarer Anspruch auf Ausstand vorbefasster Entscheidungsträger (Schindler, a.a.O., S. 145). Allerdings ist davon auszugehen, dass in der verwaltungsinternen Rechtspflege nicht die gleich strengen Massstäbe gelten wie in Verfahren vor verwaltungsunabhängigen Organen (AGVE 2000, S. 394 f. mit Hinw.). Es liegt in der Natur der Sache, dass die verwaltungsinterne Rechtspflege nicht die gleichen prozessualen Garantien zu bieten vermag wie die Rechtsprechung durch unabhängige Gerichte. Gerade solche systembedingten Unzulänglichkeiten des verwaltungsinternen Rechtsschutzes haben zur Schaffung unabhängiger

ger Verwaltungsgerichte geführt (BGE vom 8. September 2000 [5P.284/2000], Erw. 3b mit Hinw.).

Nach der in Art. 30 Abs. 1 BV enthaltenen Garantie des verfassungsmässigen Richters hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Liegen bei objektiver Betrachtungsweise Gegebenheiten vor, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen, so ist die Garantie verletzt. Solche Umstände können auch in funktionellen oder organisatorischen Gegebenheiten begründet sein. Bei der Beurteilung der Umstände, welche die Gefahr der Voreingenommenheit schaffen, kann nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden; das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Ob sich ein Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, das ihn als voreingenommen und das Verfahren als nicht mehr offen erscheinen lassen, kann nicht generell gesagt werden. Es ist nach der Rechtsprechung vielmehr in jedem Einzelfall zu untersuchen, ob die konkret zu entscheidende Rechtsfrage trotz Vorbefassung als offen erscheint (BGE 126 I 73 mit Hinw.; BGE vom 25. Oktober 2004 [4P.83/2004], Erw. 1.2).

Vorliegend konnte der Stadtrat Baden auf die Anfrage der Bauherrschaft hin von Gesetzes wegen nur eine unverbindliche Auskunft erteilen (vgl. § 28 Abs. 2 ABauV). Der Stadtrat hielt ausserdem in seiner Auskunft explizit fest, dass es sich um eine vorläufige Beurteilung handelt. Ausserdem verknüpfte er die Auskunft namentlich mit dem Vorbehalt allfälliger berechtigter Einsprachen Dritter und mit den im Baubewilligungsverfahren anzuordnenden Bedingungen und Auflagen. Damit war der Inhalt der Baubewilligung trotz Voranfrage weiterhin offen, weshalb auch keine verfassungswidrige Vorbefassung vorliegt. In solchen Fällen kann von der Baubewilligungsbehörde erwartet werden, dass sie ihre Beurteilung des Bauvorhabens bei begründeten Einwendungen Dritter im Verlauf des Verfahrens revidiert und das Baugesuch trotz der vorgängig erteilten (unverbindlichen) Auskunft objektiv und unparteiisch beurteilt.

2.5.3.

(Befangenheit als Folge besonderer Fallumständen verneint).

2.5.4.

Es kann somit weder aus Gründen, die im Gesetz angelegt sind, noch aus besonderen Fallumständen auf eine Befangenheit des Stadtrats Baden geschlossen werden. Der Einwand der Beschwerdeführer erweist sich als unbegründet.

2.6.

Es bleibt zu untersuchen, ob die Voranfrage im konkreten Fall den Rahmen des Zulässigen gesprengt hat oder nicht.

Nach § 28 Abs. 2 ABauV kann "vor Einreichung von Gesuchen für komplexe und grössere Bauvorhaben um unverbindliche Auskünfte und Stellungnahmen ersucht werden". Es stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber mit der Beschränkung der Voranfrage auf "komplexe und grössere Bauvorhaben" die Gefahr der Vorbefassung eindämmen wollte, wie dies die Beschwerdeführer behaupten. Das ist zu verneinen. Hätte der Gesetzgeber mit dieser Beschränkung die Gefahr der Vorbefassung minimieren wollen, hätte er das Voranfrageverfahren nicht nach der Grösse und Komplexität des Bauvorhabens, sondern nach der Bedeutung der Frage eingrenzen müssen, die dem vorfrageweise unterbreiteten Punkt für die Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens zukommt. Er hätte in diesem Fall Fragen, die für die Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens von entscheidender Bedeutung sind, von der Möglichkeit der Voranfrage ausnehmen müssen, und zwar auch bei kleinen und einfachen Projekten. Grösse und Komplexität eines Bauvorhabens haben keine Auswirkungen auf das Ausmass der Vorbefassung. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Einschränkung nach Grösse und Komplexität nicht der Vorbefassung entgegen wirken, sondern der Beurteilung des Rechtsschutzinteresses an der Voranfrage dienen soll. Während der Bauherr bei Bauvorhaben mit grossem Projektierungsaufwand ein erhebliches Interesse hat, gewisse Fragen noch vor dem Ausarbeiten der Baugesuchsunterlagen abzuklären (vgl. für den Vorentscheid Zimmerlin, a.a.O., § 152 N 10), ist ihm bei leicht projektier- und beurteilbaren Bagatellprojekten im Allgemeinen die direkte Einreichung eines Baugesuchs ohne Voranfrage zumutbar. In

diesem Fall soll die Verwaltung nicht mit unnötigen Voranfragen belastet werden, so dass dem Bauherrn das erforderliche Rechtsschutzinteresse an der Beantwortung der Voranfrage abzusprechen ist. Im konkreten Fall zeigen jedoch schon die zahlreichen Argumente der Beschwerdeführer, welche diese gegen die Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens vorbringen, dass es sich nicht um ein leicht beurteilbares Bagatelprojekt handelt.

§ 28 Abs. 3 ABauV, wonach sich die Beratung insbesondere auf wichtige Fragen zur Zulässigkeit des Vorhabens, die Gesuchsunterlagen und die Verfahrensabläufe bezieht, beschränkt die Zulässigkeit der Voranfrage wohl ebenfalls nur unter dem Aspekt des Rechtsschutzinteresses. Ob es sich tatsächlich so verhält, kann jedoch offen bleiben, weil die in der Voranfrage thematisierten Punkte im konkreten Fall ohnehin nicht als unwichtig bezeichnet werden können.

2.7.

Es bleibt zu erörtern, ob die Baubewilligungsbehörde auch die Voranfrage-Akten hätte öffentlich auflegen müssen.

2.7.1.

Nach § 60 Abs. 2 BauG wird das Baugesuch vom Gemeinderat veröffentlicht und bei Vorhaben, die nicht der Umweltverträglichkeitsprüfung unterliegen, während 20 Tagen öffentlich aufgelegt. Welche Angaben zu publizieren sind, hat der Gesetzgeber auf der Verordnungsstufe geregelt (§ 35 Abs. 3 ABauV). Danach sind folgende Angaben zu veröffentlichen bzw. nicht ortsansässigen Anstössern schriftlich mitzuteilen: Name und Adresse der Gesuchsteller, Lage des Baugrundstücks, Umschreibung des Vorhabens, Gesuche für weitere Bewilligungen und Zustimmungen kantonaler oder eidgenössischer Behörden und Ort sowie Zeit der öffentlichen Auflage, Einsprachemöglichkeit, Einsprachestelle, Einsprachefrist und formelle Anforderungen an Einsprachen. Dagegen wird der Umfang der Auflage auch auf der Verordnungsstufe nicht näher umschrieben.

2.7.2.

Die Publikation und die öffentliche Auflage bilden wichtige Mittel, durch das Nachbarn und weitere Interessenten von einem Bauvorhaben Kenntnis und damit Gelegenheit erhalten, sich durch eine Einsprache zu wehren. Die Einsprache dient der formalisierten

Gewährung des rechtlichen Gehörs. An diesem Zweck hat sich auch die Antwort auf die Frage auszurichten, welche Akten zu publizieren und öffentlich aufzulegen sind. Publikation und öffentliche Auflage müssen die zur Einsprache legitimierten Personen in die Lage versetzen, sich in Kenntnis aller wesentlicher Sachumstände gegen das Bauvorhaben wehren zu können. Während sich der Gegenstand der Publikation schon aus praktischen Gründen beschränken muss, besteht im Allgemeinen kein Anlass, den Umfang der aufzulegenden Baugesuchsakten einzugrenzen. Nach dem Wortlaut von § 60 Abs. 2 BauG wird das "Baugesuch" (d.h. mit all seinen Bestandteilen) öffentlich aufgelegt. Aus dem Wortlaut von § 60 Abs. 2 BauG lässt sich hingegen keine Rechtspflicht der Baubewilligungsbehörde ableiten, Vorakten zum Baugesuch (wie Voranfragen und behördliche Auskünfte) öffentlich aufzulegen. Eine solche Pflicht folgt auch nicht aus Sinn und Zweck der öffentlichen Auflage. Der Grund liegt darin, dass sich die Einsprache nach der Konzeption des Gesetzes nicht gegen einen behördlichen Entscheid richtet (der in diesem Verfahrensstadium noch gar nicht vorliegt), sondern gegen das Bauvorhaben. Die Angaben zu diesem sind im Baugesuch enthalten, weshalb die Baugesuchsakten dem legitimierten Nachbarn eine genügende Grundlage bieten, um von der Möglichkeit der Einsprache bestimmungsgemäss Gebrauch zu machen. Um sich gegen das Bauvorhaben wehren und seine Interessen im Einspracheverfahren adäquat wahren zu können, bedarf er keiner Kenntnisse über Voranfragen und über unverbindliche Auskünfte der Behörden im Sinn von § 28 Abs. 2 ABauV. Nachdem sich die Baubewilligungsbehörde im Entscheid über das Baugesuch trotz vorläufiger Stellungnahme bzw. unverbindlicher Auskunft im Sinn von § 28 ABauV zu sämtlichen relevanten Punkten zu äussern und ihre Haltung zu begründen hat, erleidet der Einsprecher bei Unkenntnis über Vorakten der erwähnten Art auch für den weiteren Verlauf des Verfahrens keinen Rechtsnachteil. Der Einspracheentscheid bzw. der Entscheid über die Baubewilligung eröffnet ihm die Möglichkeit, sich gegen die Beurteilung der Baubewilligungsbehörde zu wehren. Mit der Vorinstanz ist daher davon auszugehen, dass keine Rechtspflicht besteht, Voranfragen und vorläufige Stellungnahmen zu solchen öffentlich aufzulegen. Etwas

anderes kann auch nicht aus dem Grundsatz der "Waffengleichheit" abgeleitet werden. Da sich die Einsprache gegen ein Bauvorhaben und nicht gegen einen behördlichen Entscheid richtet, wirkt sich die Nichtauflage der Voranfrageakten nicht auf die Chancengleichheit der Parteien im Einspracheverfahren aus. Der Grundsatz der Waffengleichheit wird aber möglicherweise dann tangiert, wenn die vorläufige Stellungnahme zur Voranfrage über die Begründung im nachfolgenden Baubewilligungsentscheid hinausgeht. Alsdann bestünde die Gefahr, dass sich der unterschiedliche Wissenstand des Bauherrn und des Dritten im Beschwerdeverfahren zum Nachteil des Zweitgenannten auswirkt. Diese Gefahr hat sich jedoch im konkreten Fall nicht verwirklicht, haben die Beschwerdeführer doch noch im Einspracheverfahren von der Voranfrage und der vorläufigen Stellungnahme Kenntnis erhalten.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer lässt sich auch aus § 72 BNO keine Pflicht ableiten, Voranfragen und vorläufige Stellungnahmen zu solchen öffentlich aufzulegen. § 72 BNO ist als Zielnorm konzipiert. Sie nennt lediglich Zielvorstellungen für das Baubewilligungsverfahren, ohne konkrete Verhaltenspflichten zu begründen. Als zielbestimmte Vorschrift kommt sie deshalb nicht alleine zur Anwendung, sondern nur (aber immerhin) bei der Anwendung und Auslegung anderer Normen. § 72 BNO bezieht sich sodann auf Grund seines Wortlauts und der systematischen Stellung auf das Baubewilligungsverfahren. Sie ist nicht auf das Voranfrageverfahren zugeschnitten, das dem Baubewilligungsverfahren zeitlich vorgelagert und in der BNO selber nicht geregelt ist.

(Hinweis: Dieser Entscheid ist noch nicht rechtskräftig.)

31 Dekret als genügende gesetzliche Grundlage für Denkmalschutzmassnahmen.

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 30. Oktober 2007 in Sachen S. AG gegen Regierungsrat (WBE.2006.364).