

gesamten unüberbauten Fläche möglich ist (§ 4 Abs. 1 und 3 NLD). Diese Überlegungen sind auch bei der Festsetzung der Bauzonengrenze von Bedeutung, zumal die behaupteten gewichtigen Argumente für einen Verbindungskorridor mit der Grenzziehung der Bauzone bis an den Waldrand (Parzellen Nrn. ...) im Beschwerdeentscheid selbst in Frage gestellt sind. Die unvollständige Sachverhaltsabklärung erlaubt es bei diesem Ergebnis aber nicht, die Interessenabwägung des Regierungsrates abschliessend zu überprüfen und insbesondere zu beurteilen, inwieweit der Regierungsrat bei dieser Festsetzung der Zonengrenze in unzulässiger Weise in das der Gemeinde zustehende Ermessen eingegriffen hat. Die Frage der Abgrenzung der Nutzungszonen und der Umsetzung der Naturschutzanliegen - soweit sie kommunal oder kantonally begründet sind - liegen primär in der Kognition der kommunalen Planungsbehörde (hier beim Einwohnerrat) bzw. des Regierungs- und Grossen Rats im Rahmen des Genehmigungsverfahrens. Auch nach einer Sachverhaltsergänzung müsste der Planungsentscheid der Gemeinde nochmals vom Regierungsrat überprüft werden. Auf weitere Beweiserhebungen vor Verwaltungsgericht kann daher verzichtet werden und die Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen, vor allem für die kantonalen und überregionalen Interessen, dem dafür im Beschwerdeverfahren zuständigen Regierungsrat überlassen bleiben.

42 Bedeutung von Gutachten der Eidgen. Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) nach Art. 17a NHG; Mitwirkungsrechte im Verwaltungsverfahren.

- Die ENHK kann auf Ersuchen oder mit Zustimmung eines Kantons zu Vorhaben im kantonalen Aufgabenbereich tätig werden (Erw. 6/b).
- Keine Beeinträchtigung der formellen Mitwirkungsrechte, wenn ein Gutachter Ortsbesichtigungen zu seiner Orientierung im Gelände und ohne Anwesenheit der Parteien durchführt (Erw. 6/d und e).
- Gutachten der ENHK unterliegen der freien Beweiswürdigung und können die für eine Interessenabwägung notwendigen Sachverhaltsfeststellungen, insbesondere für die Abgrenzung einer Naturschutzzone, nicht ersetzen (Erw. 7/b und d).

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 22. Oktober 2003 in Sachen F. AG gegen den Genehmigungsentscheid des Grossen Rates vom 16. Januar 2001 und den Entscheid des Regierungsrates vom 17. Mai 2000.

Aus den Erwägungen

6. Der Beschwerdeentscheid begründet die Zuweisung zur Naturschutzzone Magerwiese ergänzend mit dem Gutachten der ENHK vom 17. Februar 1999. Gegen dieses Gutachten erheben die Beschwerdeführerinnen formelle Rügen und machen geltend, der ENHK fehle die gesetzliche Kompetenz und Legitimation zur Erstattung eines Gutachtens für das umstrittene Gebiet. Vor der Expertenernennung hätte keine Anhörung stattgefunden noch hätten die Beschwerdeführerinnen an der Begehung durch die Mitglieder der Kommission teilnehmen können.

a) Der durch Art. 29 Abs. 2 BV und § 15 VRPG gewährleistete Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und garantiert andererseits den Betroffenen ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht im Verfahren. Dazu gehört nach der Rechtsprechung, dass sich die Betroffenen vor Erlass des Entscheids zur Sache äussern, erhebliche Beweise beibringen, Einsicht in die Akten nehmen und an der Erhebung von Beweisen entweder mitwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis äussern können, wenn dieses geeignet ist, einen Entscheid zu beeinflussen (BGE 127 I 56; AGVE 1997, S. 373; VGE IV/11 vom 16. Mai 2003 [BE.2002.000127] in Sachen H. und Mitb., S. 11; Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000, S. 259 mit Hinweisen; Reinhold Hotz, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002 [Kommentar BV], Art. 29 N 23 ff.; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, Rz. 285). Der verfassungsrechtliche Anspruch auf Mitwirkung am Beweisverfahren umfasst die Teilan-

sprüche, Beweisanträge zu stellen, an den Beweiserhebungen teilzunehmen und sich zum Ergebnis des Beweisverfahrens zu äussern (Hotz, a.a.O., Art. 29 N 33 mit Hinweisen; BGE 126 I 16 und BGE 126 V 131 f.). Im Verwaltungsverfahren gilt das Mitwirkungs- oder Äusserungsrecht des Betroffenen namentlich im Zusammenhang mit der Durchführung eines Augenscheins (BGE 121 V 152 f.; AGVE 1999, S. 361 ff.; 1986, S. 337). Hinsichtlich der Anordnung einer verwaltungsexternen Expertise im Verwaltungsverfahren, deren Aufgabe es ist, den konkreten Sachverhalt festzustellen und/oder zu würdigen, sind mangels weitergehender kantonaler Verfahrensregeln die Minimalanforderungen der verfassungsrechtlichen Garantie einzuhalten. § 22 VRPG bindet die Verwaltungsbehörden bei der Beweiserhebung nicht wie das Verwaltungsgericht an die Verfahrensregeln der Zivilprozessordnung (§ 22 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 e contrario VRPG; AGVE 1986, S. 336). Auch aus § 15 VRPG ergeben sich für das Verfahren der Experteninstruktion und die Tätigkeit der Experten keine zusätzlichen Mitwirkungsrechte der Betroffenen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts hält im Verwaltungsverfahren eine Beweiserhebung mittels Expertise vor der Verfassung stand, wenn den Betroffenen das Äusserungsrecht nach Erstattung des Gutachtens eingeräumt wird, die Experten vor Bestellung und Erstattung des Gutachtens förmlich in Pflicht genommen werden und die Betroffenen bei der Instruktion teilnehmen können (AGVE 1999, S. 361 f. mit Hinweisen).

b) Gemäss Art. 17a NHG erstattet die ENHK Gutachten, wo es sich nicht um die Erfüllung einer Bundesaufgabe handelt. Die Bestimmung wurde vom Bundesrat in Art. 25 Abs. 1 lit. e NHV wie folgt konkretisiert:

"Sie [ENHK und EKD] erstatten besondere Gutachten (Art. 17a NHG), sofern ein Vorhaben, das keine Bundesaufgabe nach Art. 2 NHG darstellt, ein Objekt beeinträchtigen könnte, das in einem Inventar des Bundes nach Art. 5 NHG aufgeführt oder anderweitig von besonderer Bedeutung ist."

Das Bundesrecht unterscheidet damit Gutachten nach Art. 17a NHG von den obligatorischen und fakultativen Gutachten nach Art. 7 und 8 NHG, wo es um die Erfüllung von Bundesaufgaben geht und die ENHK oder auf Ersuchen des BUWAL eine kantonale Fachstelle

oder ein kantonales Organ (Art. 9 NHG) zur Erstattung einer Expertise verpflichtet sind oder werden können und die ENHK von Amtes wegen tätig wird. Die Gutachten nach Art. 17a NHG, welche nicht die Erfüllung einer Bundesaufgabe beinhalten, setzen entweder die Beeinträchtigung eines Bundesinventars oder ein Objekt von anderweitig besonderer Bedeutung voraus (Jörg Leimbacher, Kommentar NHG, Art. 17a N 1 ff.). Art. 17a NHG und Art. 25 Abs. 1 lit. e NHV umschreiben aber die Zuständigkeit der ENHK nicht abschliessend und schliessen insbesondere nicht aus, dass die ENHK tätig wird und dabei feststellt, dass keine Objekte der Bundesinventare oder solche von besonderer Bedeutung beeinträchtigt sind. Die ENHK kann in diesem Sinn und auf Ersuchen oder mit Zustimmung eines Kantons auch beratend tätig werden, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 17a NHG und Art. 25 Abs. 1 lit. e NHV erfüllt sind (ähnlich Leimbacher, a.a.O., Art. 17a N 6 f.). Mit andern Worten haben die gesetzlichen Zuständigkeitsregeln nur die Bedeutung, dass die ENHK oder das BUWAL eine Expertentätigkeit der Kommission ablehnen kann, wenn die Voraussetzungen von Art. 17a NHG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 lit. e NHV nicht gegeben sind.

c) Der Regierungsrat und die ENHK stützen sich für die Legitimation des Gutachtens vom 17. Februar 1999 auf den Umstand, dass auf Grund der bis zum Expertenauftrag vorhandenen Grundlagen und den vorgenommenen Abklärungen zumindest ein kantonales Interesse bestehe und ein bundesweites Interesse nicht von vornherein ausgeschlossen bzw. denkbar sei. Der Sekretär der ENHK hat anlässlich der Orientierungsversammlung vom 2. Dezember 1998 für das Gutachten vom 17. Februar 1999 zudem ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die ENHK auch Gutachten erstellt zu Vorhaben, die in den kantonalen Aufgabenbereich fallen und nicht unbedingt Schutzgebiete von nationaler Bedeutung betreffen. Die Kommission sieht ihre Funktion vorliegend auch vornehmlich in einer beratenden Tätigkeit zuhanden des Regierungsrats zur Begutachtung der von der Verwaltung festgestellten Naturschutzaspekte und in der Abgabe von Empfehlungen. Mit dieser Einschränkung und insoweit entgegen der im Beschwerdeentscheid geäusserten Auffassung ist mit der Tätigkeit der ENHK im vorliegenden Verfahren weder die Beeinträchtigung

eines im Bundesinventar nach Art. 5 NHG aufgeführten oder eines anderweitig als von besonderer Bedeutung betrachteten Naturobjekts impliziert. Andererseits untersteht das Gutachten der ENHK der freien Beweiswürdigung (BGE 125 II 602; Urteil des Bundesgerichts vom 22. Juli 1999, in: Umweltrecht in der Praxis [URP] 1999, S. 794 ff.). Dabei ist insbesondere den Umständen und dem Inhalt eines Gutachtens nach Art. 17a NHG, welches im Sinne der guten Dienste einer Bundesbehörde erstellt wurde, Rechnung zu tragen. Mit andern Worten ist die Frage, ob die ENHK zu Recht oder zu Unrecht das Gutachten erstattet hat, vom Problem der Verbindlichkeit des vorliegenden Gutachtens der ENHK zu unterscheiden.

d) Nach § 22 Abs. 1 VRPG kann die Verwaltungsbehörde zur Abklärung eines Sachverhalts Expertisen anordnen.

aa) Von den Beschwerdeführerinnen wird die fachliche Kompetenz der ENHK zu Recht nicht in Frage gestellt. Ob die ENHK auf Grund von Art. 17a NHG und Art. 25 Abs. 1 lit. e NHV berechtigt war, ein Gutachten zu erstellen, ist eine Frage, die im Verhältnis der ENHK zur zuständigen Bundesbehörde relevant sein kann, nicht aber für die Zulässigkeit ihrer Expertentätigkeit im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat. Die Stellung der ENHK als beratende Kommission des Bundes sowie ihre Organisation mit der Wahl durch den Bundesrat (Art. 25 Abs. 1 NHG und Art. 24 Abs. 1 NHV) erfordern auch nicht, dass die Mitglieder der ENHK förmlich in Pflicht genommen werden.

bb) Der Gutachterauftrag wurde vom damaligen Vorsteher des Baudepartements am 12. Januar 1998 ohne vorherige Anfrage bei den betroffenen Grundeigentümern in Auftrag gegeben. Sämtliche Beteiligten hatten aber die Gelegenheit, Ergänzungsfragen zu stellen. Das Baudepartement teilte sodann mit Schreiben vom 2. Juli 1998 allen Beteiligten mit, dass am 23. Juli 1998 eine Begehung durch eine Delegation der ENHK und zwei weitere Begehungen zu einem späteren Zeitpunkt stattfinden werden. Den Verfahrensbeteiligten wurde auch mitgeteilt, sie würden nachträglich Gelegenheit haben, zum Bericht der ENHK schriftlich Stellung zu nehmen. Weitere Begehungen der Experten fanden am 19. und 22. Juli, 6. August und 4. September 1998 im Gebiet "Bruggerberg" statt. Der Experte K.

führte an der Orientierungsversammlung vom 2. Dezember 1998 hiezu aus, dass er sich bei seinen verschiedenen Begehungen ein Bild über die hier "zugängliche Grünlandvegetation, welche seinen Niederschlag auf der vorliegenden Vegetationskarte gefunden habe", verschafft habe. Auf dieser Karte sei ersichtlich, wo die Arten, die der Kanton als typische Arten von geschützten, trockenen Lebensräumen bezeichnet, vorkommen. Es würden sich aber auch Arten finden, die gemäss Naturschutzverordnung geschützt seien. Es könne somit parzellenscharf ausgesagt werden, wo was vorkomme resp. wo sich die als schützenswert bezeichneten Grünlandtypen befänden. Im Folgenden zeigt es sich, dass über die Begehungen nur ungefähre Standortangaben möglich waren. Der Sekretär der ENHK stellte zwar eine Datenliste mit den ungefähren Begehungsorten ohne Parzellenbezeichnung zusammen mit dem Gutachten in Aussicht. Diese Grundlagen des Gutachtens wurden im regierungsrätlichen Beschwerdeverfahren weder den Verfahrensbeteiligten noch dem Regierungsrat als Entscheidbehörde zugestellt. Damit ist festzuhalten, dass den Beschwerdeführerinnen wesentliche Grundlagen fehlten, soweit der Plan von Prof. K. weitere oder andere Feststellungen zu ökologischen Werten mit Bezug auf ihre Parzellen Nrn. ... enthalten hatte. Die ENHK hat vor Verwaltungsgericht die von Prof. K. aufgenommenen Vegetationskarten und Routenkarten eingereicht. Im Plan von Prof. K. und aus der Datenliste ist ersichtlich, dass eine Begehung der Parzellen Nrn. ... am 23. Juni 1998 stattgefunden hat. Dabei wurden keine über die kantonalen Feststellungen hinausgehenden Sachverhaltsfeststellungen gemacht: Die von Prof. K. gefundenen Pflanzen (*Bromus erectus*, *Origanum vulgare* und *Ranunculus bulbosus*) wurden auch schon vom kantonalen Sachverständigen an seiner Begehung vom 3. September 1997 festgehalten. Das von der ENHK eingeholte Stechimmeninventar macht zu den Parzellen der Beschwerdeführerinnen keine Aussagen. Bei der Beurteilung des faunistischen Potentials des "Bruggerbergs" stützte sich die ENHK ausserdem auf den Bericht der KARCH (...) sowie auf das kantonale Reptilieninventar, ohne eigene Untersuchungen anzustellen. Bestehen keine zusätzlichen, über die Berichte der kantonalen Sachverständigen hinausgehenden Sachverhaltsfeststel-

lungen und Erkenntnisse der ENHK zu den Parzellen Nrn. ..., ist der verfassungsrechtliche Gehörsanspruch der Beschwerdeführerinnen nicht verletzt.

cc) Unbestritten ist, dass sich die Beschwerdeführerinnen zum Gutachten äussern konnten sowie die Möglichkeit zu Ergänzungsfragen hatten und die Verfahrensgarantien insoweit gewahrt sind. Bedenken hinsichtlich der Mitwirkungsrechte der Betroffenen bestehen durch die Verfahrensleitung bei der Beweiserhebung. Die Ankündigung eines einzigen Besichtigungstermins zur Orientierung in einem Gebiet, welches den gesamten "Bruggerberg" umfasst, stellt keine realistische Möglichkeit für die verfahrensrechtlich gebotene Teilnahme und Mitwirkung der Betroffenen an einem formellen Augenschein dar. Wesentlich für die Verfahrensgarantien ist entgegen der Vorinstanz nicht die "Tätigkeit der ENHK mit der Begutachtung" oder der "Sinn des Gutachtens", sondern der Inhalt, das Ziel und der Zweck einer Besichtigung durch die Experten. Die ENHK hat mit diesen Besichtigungen indessen die Sachverhaltsfeststellung und Grundlagen zum Biotop- und Artenschutz im Beschwerdeverfahren hinsichtlich der Parzellen Nrn. ... nicht ergänzt, sondern bloss Ortsbesichtigungen der Experten zur Orientierung im Gelände durchgeführt (vgl. BGE vom 24. September 1996, in: URP 1996 S. 824 und § 257 Abs. 1 ZPO im Zivilprozess). Eine Sachverhaltsergänzung zu Kennarten nach der NSV zum Reptilienschutz und der Schutzwürdigkeiten von Naturobjekten auf den Parzellen Nrn. ... ist aus den von der ENHK eingereichten Akten auch nicht zu entnehmen.

e) Aus den vorstehenden Gründen ergibt sich, dass die Mitwirkungsrechte der Beschwerdeführerinnen bei den Erhebungen durch die ENHK zwar beschränkt waren, dies aber keine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellt, nachdem der massgebliche Sachverhalt für die umstrittenen Parzellen durch die Ortsbesichtigung nicht ergänzt wurde. Der Regierungsrat hat auch - auf Grund der Fragestellung - den Zweck des Gutachtens in der Überprüfung der Beurteilung der Schutzwürdigkeit durch die kantonalen Stellen und auf der Grundlage der kantonalen Unterlagen gesehen. Unter diesen Umständen liegt in der fehlenden Möglichkeit der Beschwerdeführerin

nen, an den Begehungen der ENHK-Experten teilzunehmen, keine Beeinträchtigung ihrer Mitwirkungsrechte.

Das Gutachten und die Beweiserhebung sind daher in formeller Hinsicht weder unter Art. 29 Abs. 2 BV noch nach § 15 und § 22 Abs. 1 VRPG zu beanstanden.

**43 Rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; § 15 Abs. 1 VRPG).
Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (§ 159 Abs. 1 BauG).**

- Zulässigkeit der antizipierten Beweiswürdigung (Erw. 1/a).
- Fehlende Stichhaltigkeit einer Gehörsrüge, wenn sie auf einer materiell unzutreffenden Begründungslinie im angefochtenen Entscheid basiert und keine Gehörsverletzung vorläge, wenn die Begründung schlüssig wäre (Erw. 1/b).
- Bei bewilligungs- und planwidriger Bauausführung besteht Anspruch auf materielle Behandlung eines nachträglichen Baugesuchs; der formelle Verstoss gegen öffentliches Baurecht ist ausschliesslich mit Verwaltungsstrafe (§ 160 BauG) zu ahnden (Erw. 2).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 29. März 2004 in Sachen S. gegen Baudepartement.

Sachverhalt

A. a) Mit Beschluss vom 1. Dezember 1998 erteilte der Gemeinderat Suhr den Eheleuten S. die Baubewilligung für die Erstellung eines Einfamilienhauses mit Doppelgarage auf der Parzelle Nr. 3097. In Ziffer VI/3 dieser Bewilligung ("Besondere Auflagen und Bedingungen") wurde festgehalten, dass für Böschungen und Einfriedigungen § 19 ABauV gelte.

Anlässlich der Schlusskontrolle vom 30. Oktober 2000 wurde u.a. festgestellt, dass an der nordwestlichen Grundstücksgrenze das Terrain nicht im Verhältnis 2:3 erstellt worden sei. Einer Aufsichtsbeschwerde von H., Eigentümer der nordwestlich angrenzenden Parzelle Nr. 1213, leistete das Baudepartement mit Entscheid vom 25. Juni 2002 insofern Folge, als es den Gemeinderat anwies, die