

Professuren für Rechtswissenschaft

Prof. Dr. Urs Ch. Nef

Prof. Dr. Alexander Ruch

Rechtslehre

GZ und Baurecht

Fallsammlung

(U 10-736)

Protokoll:

lic.iur. Christian Kaufmann

Vorlesung und Protokoll:

lic.iur. Tamara Nüssle

lic.iur. Daniel Brunner

Der Text ist ausschliesslich für Unterrichtszwecke bestimmt. Der Nachdruck ist unzulässig.

© 2003 Prof. Dr. U. Ch. Nef, Prof. Dr. A. Ruch, ETH-Zürich, 8092 Zürich

U 10-736 Rechtslehre (GZ und Baurecht)

D-ARCH
Mi 15-17h
HIL E 1

Fall 1

A. V war Eigentümer der Bauparzelle Kat.-Nr. 6238 in der Gemeinde D. Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 29. November 2000 verkaufte V dem A die Parzelle zum Preis von Fr. 170'000.--. Am 10. Dezember 2000 schloss V mit B einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über das gleiche Grundstück zum Preis von Fr. 200'000.— ab. V meldete diese Handänderung noch am gleichen Tag beim zuständigen Grundbuchamt zum Eintrag an. Der Grundbuchverwalter trug gestützt auf den Kaufvertrag B als neue Eigentümerin der Parzelle ins Grundbuch ein.

A findet, er sei der wahre Eigentümer des Grundstücks. Trifft dies zu?

B. V sicherte B vertraglich zu, dass das Grundstück ausserhalb der Lawinenzone liege und überbaubar sei. Im Frühjahr 2001 wandte sich B für den Bau eines Ferienhauses an die Gemeinde D, welche ihr die Baubewilligung innerhalb der nächsten 2 – 3 Wochen ausstellen wollte. Schliesslich sah sie jedoch davon ab, ein Gesuch zu stellen. Im Herbst 2001 wurde ein neuer Lawinenzonenplan erstellt, der die Auszonung des betreffenden Grundstücks aus der Bauzone zur Folge hatte. B möchte den Vertrag mit V rückgängig machen und verlangt von ihm die Rückerstattung des Kaufpreises.

Wie ist die Rechtslage?

Vgl. BGE 117 II 224; BGE 95 II 407; Praxis 72 (1983), Nr. 201; Praxis 61 (1972), Nr. 142.

Literatur: Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, Zürich 2000, insb. S. 19-23; 26-30; 34-44; 59-71; 83-88; 117-130.

Lösung

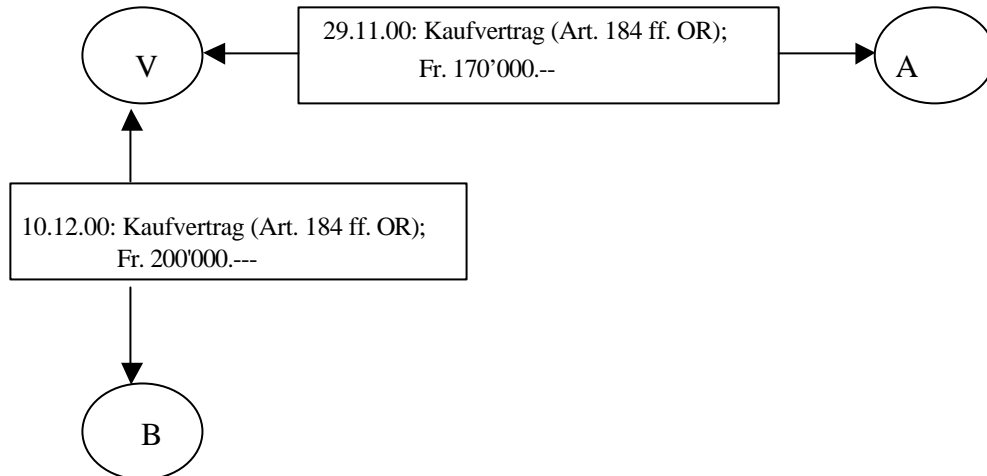
A.

1. Problemkreise

- Zustandekommen des Vertrages
- Haftung aus Vertragsverletzung; Schuldnerverzug
- Begriff des Eigentums
- Rechtsgeschäftliche Übertragung von Grundeigentum

2. Theoretische Grundlagen und Lösungsskizze

a) Rechtsbeziehungen



b) Zustandekommen des Vertrages

Ein Vertrag wird durch gegenseitige übereinstimmende Willensäußerung abgeschlossen (Art. 1 OR). Die erste Willensäußerung wird als Antrag (Offerte), die zweite als Annahme (Akzept) bezeichnet (Nef, S. 37-44). Damit ein Kaufvertrag zustande kommt, müssen sich die Parteien über den Kaufgegenstand und den Kaufpreis einigen (Art. 184 ff. OR). Besteht betreffend dieser wesentlichen Vertragspunkte *Konsens*, entsteht zwischen den Parteien ein Schuld-/Forderungs-verhältnis, eine Obligation: Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, währenddem der Käufer verpflichtet ist, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen (Art. 184 Abs. 1 OR).

Im Vertragsrecht existiert keine zeitliche Rangordnung in dem Sinne, dass der zuerst abgeschlossene Vertrag dem nachfolgend geschlossenen Vertrag "vorgehen" würde oder umgekehrt. Vielmehr ist eine vertragsschliessende Partei gegenüber allen Vertragspartnern gleichermassen verpflichtet, die vereinbarte vertragliche Leistung zu erbringen. Die Obligation erlischt erst, wenn der Vertrag erfüllt wird. Kann eine Partei den Vertrag nicht erfüllen, wird sie – sofern die Voraussetzungen dafür vorliegen – gegenüber der anderen Partei schadenersatzpflichtig (Art. 97 OR; vgl. dazu unten, c).

Gemäss Art. 11 Abs. 1 OR bedürfen Verträge zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt. Das bedeutet, dass Verträge grundsätzlich *formfrei* (d.h. auch durch eine mündliche Vereinbarung) rechtsgültig abgeschlossen werden können. Bei Kaufverträgen über Grundstücke muss hingegen die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung beachtet werden, damit der Vertrag rechtsgültig zustande kommt (Art. 216 Abs. 1 OR). Das kantonale Recht bestimmt, wer die öffentliche Beurkundung vorzunehmen hat und welches Verfahren dabei einzuhalten ist (Art. 55 SchlT ZGB). Im Kanton Zürich erfolgt die öffentliche Beurkundung durch den Notar. Durch die öffentliche Beurkundung sollen die Vertragsparteien vor einem übereilten Vertragsabschluss geschützt werden. Zudem wird dadurch sichergestellt, dass der Vertrag nicht mit Mängeln (z.B. Irrtümer, Unvollständigkeiten) belastet ist, was zur Erhöhung der Rechtssicherheit beiträgt (Nef, S. 83-88).

c) Haftung aus Vertragsverletzung; Schuldnerverzug

Kann ein Vertrag überhaupt nicht oder nicht gehörig erfüllt werden, hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten (Art. 97 OR; Nef, S. 117-122). Der Gläubiger kann vom Schuldner Schadenersatz fordern, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind (Nef, S. 120 u. 121):

1. Es muss ein gültiger *Vertrag* zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger bestehen;
2. Dieser *Vertrag* muss durch den Schädiger (Schuldner) *verletzt* worden sein. Art. 97 OR kommt zur Anwendung, wenn der Schuldner den Vertrag nicht oder "nicht gehörig" erfüllt hat;
3. Es muss ein *Schaden* vorliegen. Ein Schaden im Rechtssinne ist eine ungewollte Vermögensverminderung. Sie wird aus der Differenz zweier Vermögensstände ermittelt: zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (sog. Differenztheorie);
4. Zwischen dem Schaden und der schuldhaften Vertragsverletzung (haftungsbegründende Ursache) muss sowohl ein natürlicher wie ein *adäquater Kausalzusammenhang* bestehen. Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn die schuldhafte Vertragsverletzung notwendige Ursache für den Schaden gewesen ist: ohne schuldhafte Vertragsverletzung kein Schaden. Der adäquate Kausalzusammenhang ist ein einschränkendes Kriterium: Es soll nur für Schäden gehaftet werden, die "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung" durch die in Frage stehende Ursache begünstigt wurden;
5. Den Schuldner muss bezüglich der Vertragsverletzung ein *Verschulden* (= haftungsbegründende Ursache) treffen. Der Begriff des Verschuldens beinhaltet ein vom Gesetz missbilligtes Verhalten. Subjektive Voraussetzung für den Verschuldensvorwurf ist die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB), die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln. Objektive Voraussetzung für ein Verschulden bildet ein Abweichen vom Normverhalten. Massgebend ist dabei, wie sich ein korrekter und vernünftiger Durchschnittsmensch objektiv in der konkreten Situation verhalten hätte. Abgeleitet wird diese objektive

Komponente aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Bei der vertraglichen Haftung besteht bezüglich des Verschuldens eine von Art. 8 ZGB abweichende Beweislastverteilung: Der Schuldner haftet, wenn er nicht beweist, dass ihn keinerlei Verschulden trifft.

Ist die vertraglich geschuldete Leistung lediglich *subjektiv* unmöglich geworden, d.h. ist die Vertragserfüllung (z.B. die Eigentumsübertragung) objektiv zwar noch möglich, der Schuldner (z.B. Verkäufer) aber dazu verschuldeterweise nicht mehr in der Lage, kommen die Regeln des Schuldnerverzuges (Art. 102 ff. OR) zur Anwendung (Nef, S. 121-130): Der Schuldner gerät – sofern die Verbindlichkeit fällig ist - nach Mahnung des Gläubigers in Verzug (Art. 102 Abs. 1 OR). Bei zweiseitigen Verträgen (z.B. Kaufvertrag) kann der Gläubiger dem Schuldner darauf eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung ansetzen (Art. 107 Abs. 1 OR). Wenn sich das Ansetzen einer Nachfrist als unnützlich erweisen würde, kann darauf verzichtet werden (Art. 108 Ziff. 1 OR) und der Schuldner kann direkt einseitig eine der in Art. 107 Abs. 2 OR erwähnten Rechtsfolgen nach seiner Wahl herbeiführen. Er kann somit entweder:

1. Weiterhin auf der Erfüllung beharren und daneben Ersatz des Verspätungsschadens verlangen;
2. Unter Aufrechterhaltung des Vertrages auf die Erfüllung verzichten und Schadenersatz im Umfang des positiven Interesses (Schaden, der aus der Nichterfüllung des Vertrages entstanden ist) verlangen;
3. Vom Vertrag zurücktreten und Schadenersatz im Umfang des negativen Interesses (Schaden, der aus dem Dahinfallen des Vertrages entstanden ist) fordern.

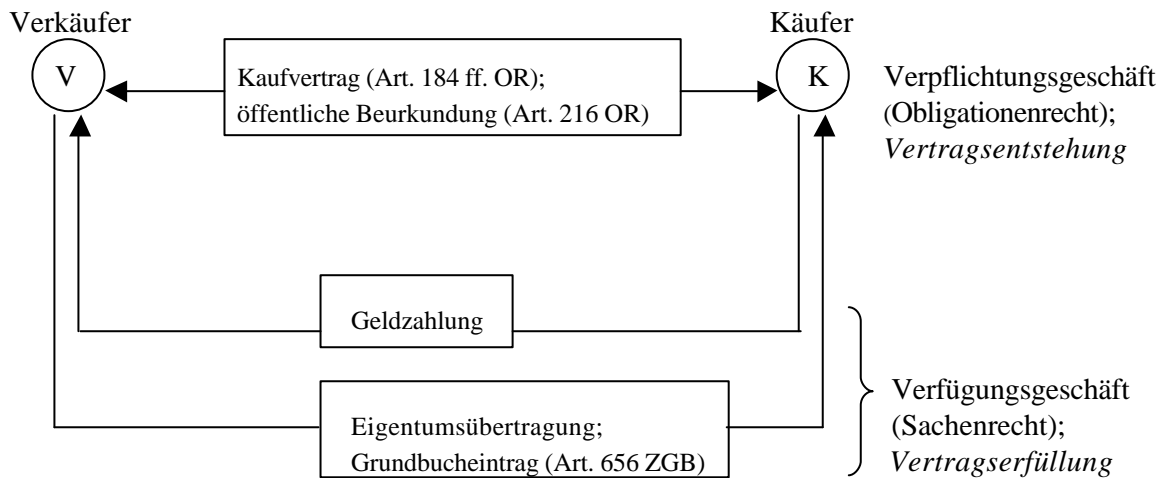
d) Begriff des Eigentums

Das Eigentum ist das umfassendste *dingliche* Recht. Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach Belieben verfügen (positive Seite der Eigentumsherrschaft, Art. 641 Abs. 1 ZGB). Er hat das Recht, die Sache von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren (negative Seite der Eigentumsherrschaft, Art. 641 Abs. 2 ZGB). Ein dingliches Recht ist ein *subjektives Recht* (Nef, S. 15), das grundsätzlich eine Sache zum Gegenstand hat, an welcher dem Berechtigten eine unmittelbare, mehr oder weniger umfassende Herrschaft zusteht. Es richtet sich als *absolutes* Recht *gegen jeden Dritten*, der als Störer des Sachenrechts auftritt. Auch Persönlichkeitsrechte (z.B. Art. 27 ff. ZG) sowie Immaterialgüterrechte (z.B. Patentrecht, Urheberrecht) sind absolute Rechte, die sich gegenüber jedermann richten. Nebst dem Eigentum gibt es noch weitere dingliche Rechte: Dienstbarkeiten, Pfandrechte und Grundlasten (die sog. beschränkten dinglichen Rechte; Art. 730 ff. ZGB). Im Gegensatz dazu ist ein Forderungsrecht (z.B. der Anspruch des Käufers gegenüber dem Verkäufer auf Übergabe der Sache und Verschaffen des Eigentums) lediglich ein *relatives Recht*, das sich ausschliesslich gegen den Schuldner (z.B. gegen den Verkäufer), nicht aber gegen Dritte richtet (Nef, S. 19-23).

e) Rechtsgeschäftliche Übertragung von Grundeigentum

Der Kaufvertrag enthält für den Verkäufer eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums am Kaufgegenstand und für den Käufer eine Verpflichtung zur Bezahlung des Kaufpreises. Diese Verpflichtungen reichen aber nicht aus, damit das Eigentum auch tatsächlich auf den Erwerber übergeht.

Vielmehr sind zwei Vorgänge auseinanderzuhalten: das *Verpflichtungsgeschäft* und das *Verfügungsgeschäft* (Nef, S. 28 und 29):



1. Das Verpflichtungsgeschäft (Grundgeschäft)

Der Vertragsabschluss begründet – wie soeben ausgeführt - lediglich die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer das Eigentum am Grundstück zu übertragen und die Verpflichtung des Käufers, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen. Diese Verpflichtungen sind rechtlich erzwingbar (Obligationen), d.h. es kann auf Übertragung des Eigentums bzw. Bezahlung des Kaufpreises geklagt werden und die entsprechenden Gerichtsentscheide sind vollstreckbar. Sachenrechtlich ist damit aber “noch nichts passiert“: Nach Vertragsabschluss ist immer noch der Verkäufer Eigentümer des fraglichen Grundstücks und der Käufer Eigentümer des Geldes.

2. Das Verfügungsgeschäft (Vollzugsgeschäft)

Damit das Eigentum gültig übertragen werden kann, sind zwei Voraussetzungen erforderlich: Erstens muss eine *gültiger Rechtsgrund* (z.B. Kaufvertrag) gegeben sein, d.h. es wird ein gültiges Verpflichtungsgeschäft vorausgesetzt (Kausalitätsprinzip). Zweitens muss das *Verfügungsgeschäft* erfolgen. Die Übertragung des Eigentums an *beweglichen Sachen* (Mobilien, Fahrnis) erfolgt durch die *Übergabe des Besitzes* auf den Erwerber (Art. 714 Abs. 1 ZGB). Für *unbewegliche Sachen* (Immobilien) sieht das Gesetz aus Publizitätsgründen das Registerprinzip vor: Grundlage für dessen Vollzug bildet das *Grundbuch*. Dieses erfüllt weitgehend die gleiche Funktion wie der Besitz für bewegliche Sachen und hat die zentrale Aufgabe, klare Eigentumsverhältnisse über dingliche Rechte an Immobilien zu schaffen. So hat der Verkäufer beim Grundstückskauf die Eigentumsübertragung beim Grundbuchverwalter anzumelden. Erst mit dem Eintrag im Grundbuch hat der Käufer das Eigentum am Grundstück erworben. Der *Grundbucheintrag* ist somit bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Grundeigentum *konstitutiv* (Art. 656 Abs. 1 ZGB).

f) Fazit

V hat mit A am 29. November 2000 und mit B am 10. Dezember 2000 einen Kaufvertrag nach Art. 184 ff. OR betreffend die Bauparzelle Kat.-Nr. 6238 in der Gemeinde D abgeschlossen. In beiden Fällen liegt damit – da auch die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung nach Art. 216 OR eingehalten wurde – ein gültiges Verpflichtungsgeschäft vor. Mit dem Abschluss des Kaufvertrages sind aber weder A noch B Eigentümer der Parzelle geworden, da für den Eigentumsübergang am Grundstück neben diesem Verpflichtungsgeschäft noch ein Verfügungsgeschäft nötig ist. Dieses erfolgt mit dem Eintrag von B ins Grundbuch, weshalb B mit dem Grundbucheintrag vom 10. Dezember 2000 neuer Eigentümer des Grundstücks wurde. Für die Gültigkeit des Eigentumsübergangs ist es unerheblich, welcher der beiden Kaufverträge früher abgeschlossen wurde.

Mit dem Kaufvertrag vom 29. November 2000 verpflichtete sich V gegenüber A, ihm das Eigentum am Grundstück zu verschaffen. Da vorliegend B neuer Eigentümer der Bauparzelle ist, kann V dieser Verpflichtung nicht mehr nachkommen, d.h. er kann den Vertrag nicht mehr erfüllen. Die Leistung ist aber lediglich subjektiv unmöglich, d.h. sie könnte von einem Dritten (vorliegend B) noch erbracht werden. Somit kommen die Regeln des Verzugs nach Art. 102 ff. OR zum Zug (Nef, S. 122 ff.): A muss V mahnen, seiner Verpflichtung aus dem Kaufvertrag (Eigentumsverschaffung) nachzukommen (Art. 102 Abs. 1 OR). Durch die Mahnung wird V in Verzug gesetzt. Das Ansetzen einer Nachfrist würde sich vorliegend als unnützlich erweisen, da V bereits über das Grundstück verfügt hat und B schon als neuer Eigentümer der Parzelle im Grundbuch eingetragen ist. Deshalb kann A ohne Ansetzen einer Nachfrist direkt eine der in Art. 107 Abs. 2 OR erwähnten Rechtsfolgen herbeiführen. Dabei macht das Beharren auf der Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung vorliegend wenig Sinn, da eine nachträgliche Erfüllung als ausgeschlossen erscheint. A wird deshalb entweder Ersatz des positiven Interesses (er wird so gestellt, wie wenn der Vertrag vereinbarungsgemäss erfüllt worden wäre: Hätte er das Grundstück beispielsweise für Fr. 300'000.— an einen Dritten weiterverkaufen können, hätte er einen Gewinn von Fr. 130'000.-- erzielt) oder des negativen Interesses (er wird so gestellt, wie wenn der Vertrag nie geschlossen worden wäre: Wäre der Vertrag nicht geschlossen worden, wären beispielsweise die Kosten der öffentlichen Beurkundung nicht angefallen) fordern. Bei beiden Varianten ist ein *Verschulden* des V vorausgesetzt, welches im vorliegenden Fall zweifelsohne gegeben ist.

B.

1. Problemkreise

- Gültigkeit des Vertrages
- Irrtum (Art. 23 ff. OR)

2. Theoretische Grundlagen und Lösungsskizze

a) Gültigkeit des Vertrages

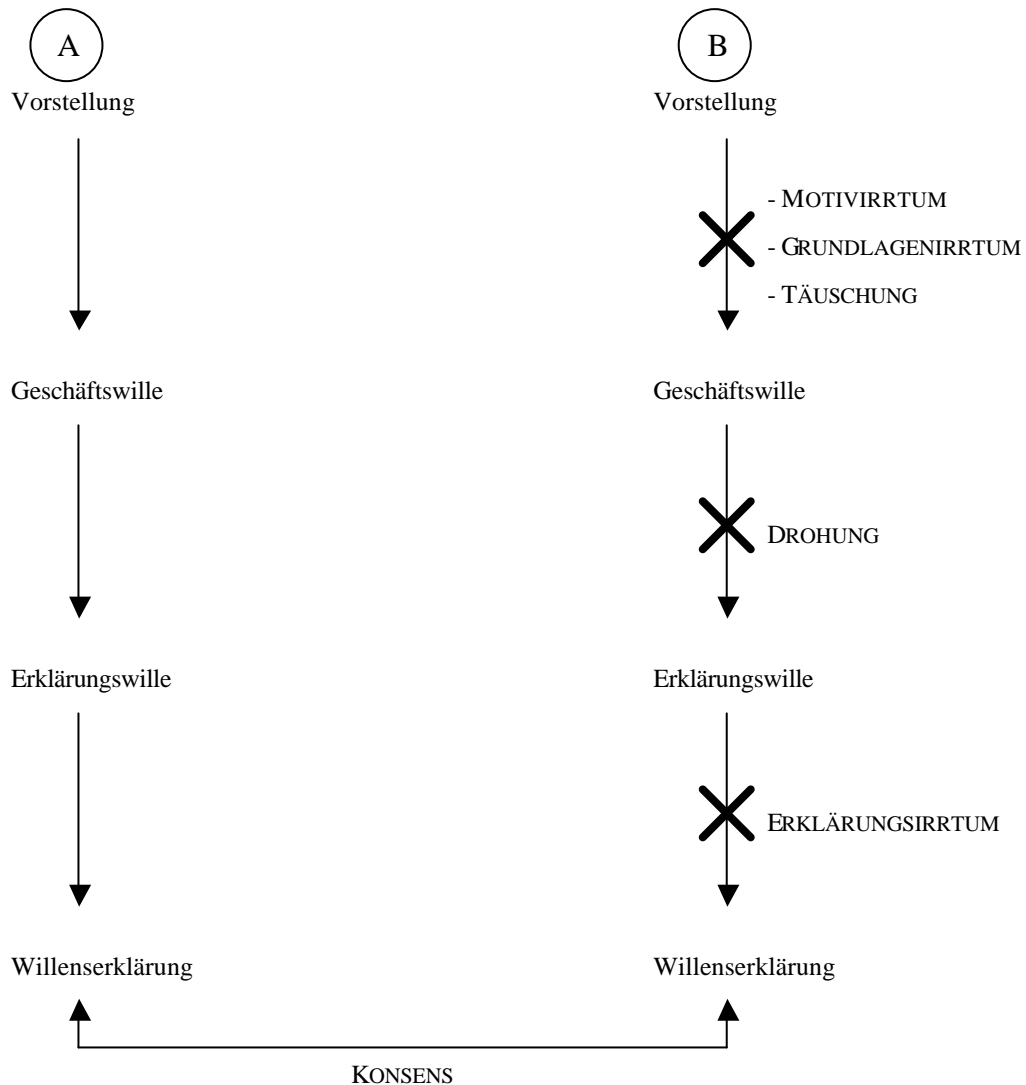
Ist ein Vertrag durch den Austausch übereinstimmender Willensäusserungen entstanden (Art. 1 OR), stellt sich die Frage, ob er auch gültig zustandegekommen ist, d.h. ob er nicht an einem rechtlichen Mangel leidet. Verträge, welche einen unmöglichen oder gegen die guten Sitten verstossenden Inhalt haben (Art. 19 f. OR) oder bei welchen die gesetzlichen Formvorschriften nicht eingehalten wurden (Art. 11 Abs. 2 OR), sind nichtig. Verträge können zudem mit einem *Willensmangel* behaftet sein (Art. 23 ff. OR) und sind dann anzufechten. Darauf wird sogleich näher eingegangen.

b) Irrtum (Art. 23 ff. OR)

Rechtlich relevant ist grundsätzlich das, was erklärt bzw. geäussert (Art. 1 OR), und nicht das, was von den Parteien gemeint wurde. So kommt ein Vertrag durch die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung – d.h. durch den von der einen Partei gegenüber der anderen Partei erklärten und damit nach aussen getragenen Willen - der Parteien zustande. Dies ist eine notwendige Voraussetzung dafür, dass ein Vertrag abgeschlossen wurde: Könnte sich eine Vertragspartei nach Abschluss des Vertrages von diesem distanzieren mit der Begründung, sie habe die nach aussen kundgegebene Willensäusserung nicht so gemeint, würden sich kaum noch Personen für einen Vertragsabschluss finden.

Dennoch könnten in Einzelfällen stossende Ergebnisse resultieren, wenn ausschliesslich auf die nach aussen getragenen Willenserklärungen abgestellt würde. Deshalb sieht das Gesetz die Möglichkeit vor, dann ausnahmsweise auf den inneren Willen der Parteien abzustellen, wenn sich eine Partei in einem rechtlich relevanten *Irrtum* befindet. Ein Irrtum kann in verschiedenen Stadien der Willensbildung auftreten und sich in unterschiedlicher Form manifestieren. Nebst dem Irrtum kann auch eine Täuschung oder Drohung (Art.

28, 29 und 30 OR) dazu führen, dass der nach aussen erklärte Wille nicht dem entspricht, was die Vertragspartei eigentlich wollte (Nef, S. 59-71, insb. S. 60-66):



Es werden zwei verschiedene Arten von Irrtümern unterschieden: Beim Erklärungsirrtum geht es darum, dass der Irrende aus Versehen etwas anderes erklärt, als er will: Der Käufer sagt z.B. “USD 100.—“, meint aber Fr. 100.--. Beim Motivirrtum liegt der Irrtum in einer falschen Vorstellung, die für den Irrenden ein Beweggrund (Motiv) für den Vertragsabschluss bildet: Der Irrende ist z.B. der Ansicht, bei einem Bild handle es sich um einen echten Picasso, in Wirklichkeit ist es aber eine Fälschung. Der Motivirrtum ist grundsätzlich unwesentlich, d.h. rechtlich nicht relevant ist (Art. 24 Abs. 2 OR). Nur wenn die qualifizierenden Umstände von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR vorliegen, ist ein Motivirrtum wesentlich und damit rechtlich relevant. Man spricht in einem solchen Fall von *Grundlagenirrtum*. Dabei müssen sowohl eine subjektive als auch eine objektive Voraussetzung gegeben sein:

Subjektive Voraussetzung: Der Sachverhalt, über den sich der Irrende irrte, muss für diesen eine notwendige Grundlage für den Abschluss des Vertrages gebildet haben;

Objektive Voraussetzung: Der Irrende durfte diesen Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (Art. 2 ZGB) als notwendige Grundlage des Vertrages ansehen.

Liegt ein wesentlicher Irrtum im Sinne des Gesetzes vor, so ist der Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich beim Vertragsabschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat (Art. 23 OR). Der Irrende muss dabei dem Vertragspartner gegenüber innert Jahresfrist seit Entdeckung des Irrtums erklären, dass er den Vertrag nicht halten wolle, ansonsten der Vertrag als genehmigt gilt (Art. 31 OR).

c) Fazit

Vorliegend ist die Käuferin B davon ausgegangen, sie könne das gekaufte Grundstück überbauen. Darin lag ihr Motivirrtum. Zu untersuchen ist, ob es sich dabei um einen wesentlichen (Grundlagenirrtum) oder unwesentlichen ("einfacher Motivirrtum") Irrtum handelt. Die subjektive Voraussetzung des Grundlagenirrtums ist zweifelsohne gegeben: B hätte das Grundstück nicht gekauft, wenn sie gewusst hätte, dass es in der Lawinenzone liegt. Fraglich ist, ob der Irrtum auch aus objektiver Sicht eine Vertragsauflösung rechtfertigt. Der Irrtum über die Bebaubarkeit ist grundsätzlich als wesentlicher zu betrachten. Problematisch sind jedoch Irrtümer über zukünftige Sachverhalte. Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass sich ein Grundlagenirrtum grundsätzlich nicht auf einen künftigen Sachverhalt beziehen könne, da man sich nur über etwas irren könne, das bei Vertragsabschluss schon bestanden habe. Nach der Gerichtspraxis kann jedoch die Berufung auf Grundlagenirrtum über einen künftigen Sachverhalt in Fällen möglich sein, in denen der Irrende fälschlicherweise annahm, ein zukünftiges Ereignis sei *sicher* und er diesen Tatbestand nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als Geschäftsgrundlage betrachten durfte. Ein Irrtum, der sich auf blosse Hoffnungen, übertriebene Erwartungen oder gar Spekulationen stützt, wird hingegen nicht als Grundlagenirrtum anerkannt (vgl. die Nachweise bei Nef, S. 65). Vorliegend erfolgte die Auszonung des Grundstücks aus der Bauzone nach Vertragsabschluss, womit grundsätzlich ein zukünftiger Sachverhalt im eben erwähnten Sinne vorliegt. Das Bundesgericht war jedoch der Ansicht, dass *nicht* die *Auszonung* für die Beurteilung des Irrtums entscheidend sei, sondern die *Lawinengefahr an sich*. Diese bestand bereits bei Vertragsabschluss, weshalb kein zukünftiger Sachverhalt vorliege und sich die Käuferin auf den Grundlagenirrtum (Irrtum über die Sicherheit des Grundstückes) berufen konnte (BGE 98 II 15).

Die Käuferin B kann also innerhalb eines Jahres seit Entdeckung ihres Irrtums gegenüber dem Verkäufer V erklären, dass sie vom Vertrag zurücktrete und die Rückerstattung des Kaufpreises verlangen.

Es wäre auch möglich, den vorliegenden Fall nicht über die Willensmängel, sondern mit der Sachgewährleistung beim Kauf (Art. 197 OR i.V.m. Art. 221 OR) zu lösen (Nef, S. 66): Gemäss Bundesgericht kann sich die Klägerin alternativ entweder auf Sachgewährleistung oder auf einen Willensmangel berufen, wenn die Voraussetzungen beider Normen gegeben sind (vgl. z.B. BGE 114 II 131). Die Käuferin B hat vom Verkäufer V mangelhaftes, lawinengefährdetes Bauland erhalten, das nicht überbaut werden darf. Der Kaufgegenstand hat demnach einen Mangel i.S.v. Art. 197 OR, und der Käufer hat die Wahl, mit der Wandelungsklage den Kauf rückgängig zu machen oder mit der Minderungsklage den Ersatz des Minderwertes der Sache zu fordern (Art. 205 OR). Der Nachteil dieses Rechtsbehelfs liegt in den strengen Prüfungs- und Rügepflichten (Art. 201 OR) sowie der kurzen Verjährungsfrist. Bei Immobilien verjähren die Ansprüche aus Sachgewährleistung in fünf Jahren nach Erwerb des Eigentums (Art. 219 Abs. 3 OR), bei Mobilien ein Jahr nach Ablieferung des Kaufgegenstandes (Art. 210 OR). B könnte demnach – sofern sie die Prüfungs- und Rügepflichten i.S.v. Art. 201 OR einhält – auch gestützt auf das Gewährleistungsrecht beim Kaufvertrag vom Vertrag zurücktreten und den Kaufpreis zurückfordern, da der Anspruch vorliegend noch nicht verjährt ist.

U 10-736 Rechtslehre (GZ und Baurecht)

D-ARCH
Mi 15-17h
HIL E 1

Fall 2

Am 24. Dezember 2002 benutzte A im Skigebiet von M den Sessellift, welchen die X-AG betreibt.

Bei der Abfahrt war A gezwungen, durch eine scharfe Rechtskurve dem "Pistenrowdy" B auszuweichen, welcher ohne Rücksicht auf die anderen Pistenbenützer in einer Schussfahrt der Talstation entgegenfuhr. Wegen seines abrupten Manövers stürzte A und rutschte auf der steilen, vereisten Piste ca. 30 Meter weit in einen Masten des Liftes. Dort blieb er mit einem Unterschenkelbruch liegen. A wurde noch am gleichen Tag in einer Privatklinik operiert. Infolge eines Kunstfehlers musste er sich eine Woche später einer zweiten Operation unterziehen. A ist für längere Zeit arbeitsunfähig und fordert Schadenersatz für die Spalkkosten, den Erwerbsausfall sowie Genugtuung für die erlittene Unbill.

Gegenüber wem kann A allenfalls vorgehen?

Vgl. BGE 126 III 113; 121 III 358

Literatur: Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, Zürich 2000, S. 29; 34-36; 120-121; 130-132; 148; 159-176; 179-184; 187; 192-197; 200-202; 216-219; 221-225.

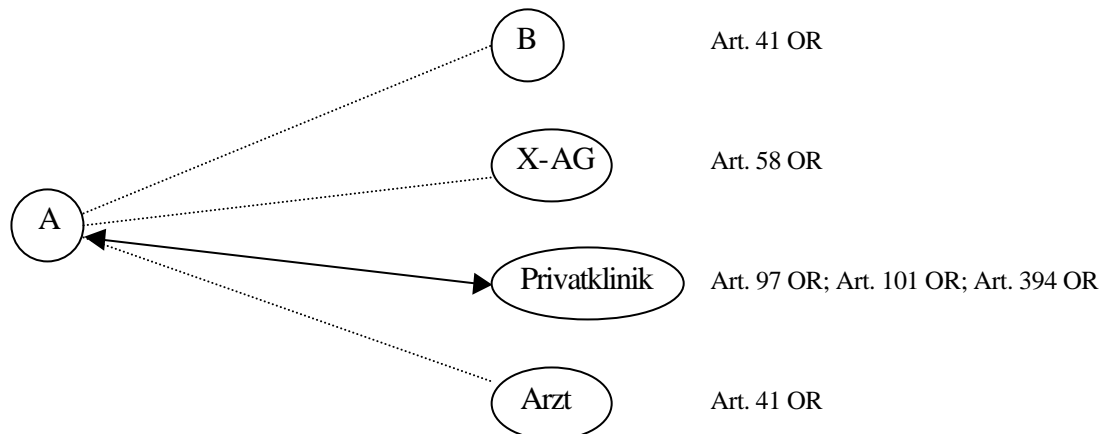
Lösung

1. Problemkreise

- Entstehungsgründe der Obligation
- Begriff der Haftpflicht; Haftungsarten
- Haftung aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR)
- Haftung des Werkeigentümers (Art. 58 OR)
- Gefährdungshaftung (scharfe Kausalhaftung)
- Allgemeine vertragliche Verschuldenshaftung (Art. 97 OR)
- Vertragliche Haftung für Hilfspersonen (Art. 101 OR)
- Mehrheit von Haftpflichtigen (Solidarität und Regress)
- Genugtuung (Art. 47 OR)

2. Theoretische Grundlagen und Lösungsskizze

a) Rechtsbeziehungen



b) Entstehungsgründe der Obligation

Als *Obligation* wird ein Rechtsverhältnis zwischen zwei oder mehreren Personen bezeichnet, kraft dessen die eine Person (Schuldner) der anderen (Gläubiger) zu einer Leistung verpflichtet ist (Nef, S. 29). Eine Obligation kann u.a. aus folgenden drei Rechtsgründen entstehen (Nef, S. 34-36):

1. Vertrag (Art. 1 ff. OR):

Bsp: Beim Kaufvertrag wird der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer wird gegenüber dem Verkäufer verpflichtet, diesem den Kaufpreis zu bezahlen (Art. 184 Abs. 1 OR);

2. Unerlaubte Handlung (Art. 41 ff. OR):

Bei der unerlaubten Handlung geht es um Tatbestände der Obligationen aus ausservertraglicher Schädigung, d.h. zwischen den Beteiligten besteht kein Vertragsverhältnis.

Bsp: Ein Autofahrer übersieht ein Rotlicht und kollidiert mit einem Fussgänger, der verletzt wird. Dabei entsteht eine Forderung des Fussgängers gegen den Autofahrer aus unerlaubter Handlung;

3. Ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR):

Dabei handelt es sich um Forderungen, welche auf eine grundlose Vermögensverschiebung zurückzuführen sind.

Bsp: X bezahlt aus Versehen eine bestimmte Geldsumme an Y statt an Z. Y ist ungerechtfertigt bereichert, weshalb X gegenüber Y eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung zusteht.

Nebst diesen drei hauptsächlichen Entstehungsgründen von Obligationen kann eine Obligation auch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) sowie aus enttäuschem Vertrauen (vgl. Nef, S. 58) entstehen. Darauf wird nachfolgend nicht näher eingegangen.

c) Begriff der Haftpflicht; Haftungsarten

Haftpflicht bedeutet Einstehenmüssen für fremden Schaden. Eine Haftung entsteht nur dann, wenn ein Gesetz oder ein Vertrag dies vorsehen. Der erlittene Schaden kann somit lediglich in Fällen, bei denen eine Gesetzesnorm oder ein Vertrag verletzt ist, auf einen Dritten abgewälzt werden. Bei der *vertraglichen* Haftung entsteht die Haftung als Folge der Vertragsverletzung (vgl. Art. 97 ff. OR), währenddem bei der *ausservertraglichen* Haftung die Haftung als Folge einer unerlaubten Handlung entsteht (vgl. Art. 41 ff. OR; Nef, S. 159-161).

Nebst der Unterscheidung von vertraglicher und ausservertraglicher Haftung können die Haftungsarten weiter in zwei Typen aufgeteilt werden: Sowohl im vertraglichen als auch im ausservertraglichen Bereich gibt es zum einen die sog. *Verschuldenshaftung* und zum andern die sog. *Kausalhaftung*:

Verschuldenshaftung heisst, dass die Haftung nur dann eintritt, wenn den Schädiger ein *Verschulden* am Schaden trifft. Das Verschulden bildet demnach die allgemeine haftungsbegründende Ursache. *Art. 41 OR ist die Grundnorm der ausservertraglichen Verschuldenshaftung, währenddem Art. 97 OR die Grundnorm der vertraglichen Verschuldenshaftung ist.* Darauf wird noch näher einzugehen sein.

Demgegenüber bedeutet Kausalhaftung Haftung *ohne* Verschulden. Der Schädiger haftet m.a.W. auch dann, wenn ihm kein schuldhaftes Verhalten zur Last gelegt werden kann. Haftungsbegründende Ursache ist also nicht das Verschulden, sondern entweder eine bestimmte *Unregelmässigkeit* (z.B. Werkmangel, vgl. Art. 58 OR) bei sog. *einfachen Kausalhaftungen* oder der *Betrieb* einer gefährlichen Anlage (z.B. eines Fahrzeugs, vgl. Art. 58 SVG) bei sog. *scharfen Kausalhaftungen* oder Gefährdungshaftungen (vgl. dazu die Übersichten bei Nef, S. 187 und 200).

d) Ansprüche von A gegen B

Zwischen A und B besteht kein Vertrag. Vorliegend ist deshalb zu prüfen, ob eine Haftung im ausservertraglichen Bereich von B gegenüber A entstanden ist. Im Folgenden werden die einzelnen Voraussetzungen der Grundnorm der ausservertraglichen Haftung nach Art. 41 ff. OR untersucht:

1. Es muss ein *Schaden* vorliegen. Ein Schaden im Rechtssinne ist eine ungewollte Vermögensverminderung. Sie wird aus der Differenz zweier Vermögensstände ermittelt: zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (sog. Differenztheorie; Nef, S. 163-168);
2. *Widerrechtlichkeit*: Die Widerrechtlichkeit bei der ausservertraglichen Haftung liegt dann vor, wenn das schädigende Verhalten gegen Normen verstösst, welche das verletzte Rechtsgut schützen. Wird der Geschädigte am Körper verletzt oder liegt eine Sachbeschädigung vor, so ist – sofern keine Rechtfertigungsgründe vorliegen – die Widerrechtlichkeit stets gegeben, denn das Recht auf körperliche Integrität und auf Eigentum sind *absolute Rechte*, die von jedermann beachtet werden müssen (Art. 122 StGB und Art. 641 ZGB; Nef, S. 168-170);
3. Zwischen dem Schaden und der haftungsbegründenden Ursache (bei Art. 41 OR ist dies das Verschulden) muss sowohl ein *natürlicher* wie ein *adäquater Kausalzusammenhang* bestehen. Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn das schädigende Verhalten notwendige Ursache für den Schaden gewesen ist: ohne schuldhaftes Verhalten des Schädigers kein Schaden. Der adäquate Kausalzusammenhang ist ein die Haftung einschränkendes Kriterium: Es soll nur für Schäden gehaftet werden, die ‘nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung‘ durch die in Frage stehende Ursache begünstigt wurden (Nef, S. 171-176);
4. Den Schuldner muss bezüglich des eingetretenen Schadens ein *Verschulden* (= haftungsbegründende Ursache) treffen. Der Begriff des Verschuldens beinhaltet ein vom Gesetz missbilligtes Verhalten und tritt in Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit in Erscheinung. Subjektive Voraussetzung für den Verschuldensvorwurf ist die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB), die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln. Objektive Voraussetzung für das Verschulden bildet ein Abweichen vom Normverhalten. Massgebend ist dabei, *wie sich ein korrekter und vernünftiger Durchschnittsmensch objektiv in der konkreten Situation verhalten hätte*. Abgeleitet wird diese objektive Komponente aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB; Nef, S. 176 und 179-183).

Vorliegend ist A ein Schaden (Spitalkosten, Erwerbsausfall) entstanden. Das Verhalten von B ist widerrechtlich, weil sich A einen Unterschenkelbruch zuzog und deshalb seine körperliche Integrität bzw. das absolut geschützte Rechtsgut Leib und Leben verletzt wurde. Betreffend die Kosten der ersten Operation und des daraus resultierenden Verdienstaufalles ist der adäquate Kausalzusammenhang gegeben: Das Verhalten von B ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, einen solchen Schaden zu bewirken. Bezüglich der zweiten Operation ist zwar der natürliche Kausalzusammenhang gegeben: Ohne das rücksichtslose Verhalten von B hätte sich A auch keiner zweiten Operation unterziehen müssen. Hingegen fehlt es betreffend die Kosten der zweiten Operation und des sich daraus ergebenden Verdienstaufalles an der Adäquanz: B kann nicht für den Schaden verantwortlich gemacht werden, der als Folge der zweiten Operation entstanden ist. Ein Pistenrowdy muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht damit rechnen, derartige Schäden hervorzurufen. Die Kosten und Folgen der zweiten Operation können seinem Verhalten nicht zugerechnet werden. Zu prüfen bleibt, ob B ein Verschulden trifft: B hat A nicht mit

Absicht verletzt. Sein Verhalten ist jedoch zumindest als fahrlässig, wenn nicht gar als eventualvorsätzlich (dolus eventualis) zu beurteilen, sofern er die Verletzung von A in Kauf genommen hätte. Dem Sachverhalt sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, die an der Urteilsfähigkeit von B Zweifel aufkommen lassen würden. Demnach ist die subjektive Voraussetzung für den Verschuldensvorwurf gegeben. Das rücksichtslose Fahren auf der Piste ist als ein Abweichen vom Verhalten eines durchschnittlichen, vernünftigen und korrekten Skifahrers zu betrachten. Für die Beurteilung des Verschuldens können die FIS-Regeln herangezogen werden, welche Verhaltensregeln für Skifahrer und andere Pistenbenützer statuieren. Diese Regeln verkörpern keine Gesetzesbestimmungen, wurden sie doch nicht vom Staat in einem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, sondern von einer privaten Organisation erlassen. Sie können aber – wie vorliegend – Anhaltspunkte dafür liefern, ob eine Abweichung vom Normverhalten und damit ein Verschulden vorliegt oder nicht. FIS-Regel 3 besagt unter dem Titel “Wahl der Fahrspur“: ‘Der von hinten kommende Skifahrer muss seine Fahrspur so wählen, dass er vor ihm fahrende Skifahrer nicht gefährdet.’ B hat diese Regel offensichtlich verletzt, weshalb sein Verhalten als von der Norm abweichend zu beurteilen ist. Damit ist auch die objektive Komponente des Verschuldens gegeben.

Fazit:

Da alle Voraussetzungen von Art. 41 OR erfüllt sind, haftet B gegenüber A für den aus der ersten Operation entstandenen Schaden. Bezüglich der zweiten Operation fehlt es an der Voraussetzung des adäquaten Kausalzusammenhangs, weshalb B für diesen Schaden nicht einzustehen hat.

e) Ansprüche von A gegen die X-AG

1. Haftung des Werkeigentümers nach Art. 58 ff. OR

Nebst der Grundnorm der ausservertraglichen Haftung von Art. 41 OR sieht das Gesetz eine Reihe weiterer Haftungstatbestände vor. So hat gemäss Art. 58 Abs. 1 OR der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werkes den Schaden zu ersetzen, welcher durch die fehlerhafte Anlage oder Herstellung oder durch mangelhafte Unterhaltung verursacht wurde. Haftungssubjekt ist der *Werkeigentümer*. Bei der Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR handelt es sich im Gegensatz zu Art. 41 OR nicht um eine Verschuldens-, sondern um eine Kausalhaftung. Haftungsbegründende Ursache ist demnach nicht ein Verschulden, sondern eine bestimmte Unregelmässigkeit, ein *Werkmangel*. Bei der Haftung des Werkeigentümers handelt es sich um eine einfache Kausalhaftung (vgl. dazu vorne c). Die Voraussetzungen für eine Haftung nach Art. 58 OR sind (Nef, S. 192-197):

1. *Schaden*: vgl. dazu die Ausführungen vorne d);
2. *Widerrechtlichkeit*: vgl. dazu die Ausführungen vorne d);
3. *Adäquater Kausalzusammenhang*: vgl. dazu die Ausführungen vorne d);
4. *Haftungsbegründende Ursache: Werkmangel*
 - a) Vorliegen eines Werkes: Ein *Werk* i.S.v. Art. 58 OR ist ein künstlich erstelltes, mit dem Boden direkt oder indirekt verbundenes und auf eine gewisse Dauer angelegtes Gebilde. Der Werkbegriff nach Art. 58 OR unterscheidet sich vom Werk im Sinne des Werkvertrages gemäss Art. 363 OR (vgl. dazu hinten, Fall 3);

- b) Vorliegen eines Mangels: Ein Werkmangel liegt vor, wenn das Werk bei bestimmungsgemäsem Gebrauch nicht genügend Sicherheit bietet. Abgestellt wird dabei auf ein vernünftiges Verhältnis zwischen den Schutzinteressen der Benutzer und den zu treffenden Massnahmen (Verkehrssicherungspflicht des Werkeigentümers), unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Werkes (Zumutbarkeit).

Im vorliegenden Fall ist die X-AG Eigentümerin des Sessellifts und damit Haftungssubjekt der Werkeigentümerhaftung. Der Sessellift (inklusive des Mastes) entspricht der Definition des Werkbegriffs nach Art. 58 OR, weshalb er als Werk i.S.v. Art. 58 OR anzusehen ist. Zudem sind sowohl die Voraussetzungen des Schadens wie der Widerrechtlichkeit gegeben (vgl. dazu vorne, d). Fraglich ist, ob das Werk vorliegend einen Mangel aufweist. Der Masten des Lifes enthielt keinerlei Schutzvorrichtungen (z.B. Polsterung), welche den Schaden hätten verhindern können. Ein Sesselliftbetreiber muss sich des Gefahrenpotentials bewusst sein, welches von seinem Werk ausgeht. Er darf nicht damit rechnen, dass das Werk stets bestimmungsgemäss benutzt wird, sondern muss auch den erkennbaren Gefahren, die sich aus einem bestimmungswidrigen Gebrauch ergeben, wirksam entgegenreten. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hält deshalb dafür, dass in bestimmten Fällen (z.B. wenn ein bestimmter Neigungswinkel der Piste gegeben ist oder sich der Masten nahe an der Skipiste befindet) eine Polsterung der Skilift- oder Sesselliftmasten zur Verkehrssicherungspflicht des Werkeigentümers gehört (vgl. BGE 126 III 113; BGE 121 III 358). Vorliegend stürzte A auf einer steilen und vereisten Piste und prallte gegen den Sesselliftmasten. Da sich dieser in unmittelbarer Nähe zur Piste und in abschüssigem Gelände befindet, hätte er mit einer Schutzvorrichtung (Netz, Polsterung) versehen werden müssen. Da dies offenbar nicht geschehen ist, ist der Sessellift bzw. der Masten als Werk mangelhaft, womit auch die Voraussetzung des Werkmangels gegeben ist. Betreffend den Kausalzusammenhang kann auf die Ausführungen vorne, d) verwiesen werden: Demnach war der Werkmangel lediglich zum Schaden, der sich aus der ersten Operation ergeben hat, adäquat kausal, währenddem für den Schaden der zweiten Operation die Adäquanz nicht gegeben ist. Somit haftet die X-AG gegenüber A aus Art. 58 OR für den Schaden der ersten Operation.

2. Haftung nach Art. 1 Abs. 1 EHG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 PBG

Das Personenbeförderungsgesetz (Bundesgesetz über die Personenbeförderung und die Zulassung als Strassentransportunternehmung vom 18. Juni 1993; Personenbeförderungsgesetz, PBG; SR 744.10) regelt die regelmässige und gewerbsmässige Personenbeförderung auf der Strasse und die Zulassung als Strassentransportunternehmung im Personen- und im Güterverkehr (Art. 1 Abs. 1 PBG). Das Gesetz gilt in überwiegendem Umfang auch für Eisenbahnen, Luftseilbahnen, Skilifte, Schlittenseilbahnen, Aufzüge und ähnliche Transportanlagen mit Seilantrieb oder Seilfahrbahn sowie für alle anderen Transportmittel, soweit diese nicht anderen Erlassen unterstehen (Art. 1 Abs. 2 PBG). Gemäss Artikel 2 des Personenbeförderungsgesetzes hat der Bund grundsätzlich das ausschliessliche Recht, Reisende mit regelmässigen Fahrten zu befördern; er verfügt m.a.W. in diesem Bereich über eine Monopolstellung. Für die gewerbsmässige, regelmässige Personenbeförderung kann das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) eine Konzession erteilen (Art. 4 PBG). Vom Personenbeförderungsregal ausgenommen ist die regelmässige Personenbeförderung, die nicht gewerbsmässig ist (Art. 3 Abs. 1 PBG). Nach Art. 5 Abs. 1 PBG sind die Schweizerische Post und die konzessionierten Unternehmungen dem Bundesgesetz vom 28. März 1905 über die Haftpflicht der

Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmen und der Schweizerischen Post (Eisenbahnhaftpflichtgesetz, EHG, SR 221.112.742) unterstellt.

Artikel 1 Absatz 1 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes lautet: “Wenn beim Bau oder Betrieb einer Eisenbahn oder bei Hilfsarbeiten, mit denen die besondere Gefahr des Eisenbahnbetriebes verbunden ist, ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Inhaber der Eisenbahnunternehmen für den daraus entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt, durch Verschulden Dritter oder durch Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht ist.“ Die Haftung nach dem *Eisenbahnhaftpflichtgesetz* ist eine *scharfe Kausalhaftung* (Gefährdungshaftung; vgl. dazu vorne, c) sowie die Übersicht über die Gefährdungshaftungen bei Nef, S. 200). Gefährdungshaftungen finden sich generell in Spezialgesetzen, welche für Bereiche erlassen wurden, in welchen nach Meinung des Gesetzgebers ein erhöhtes Schädigungspotential vorhanden ist. So gibt es etwa Gefährdungshaftungen für den Motorfahrzeughalter, den Halter eines Luftfahrzeuges oder den Inhaber einer Kernanlage. Haftpflichtig ist, wer aus dem Betrieb der Anlage wirtschaftliche Vorteile zieht und darüber die tatsächliche Verfügungsmacht ausübt. Haftungssubjekt des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes ist der Inhaber der Eisenbahnunternehmen. Dieser haftet für körperliche Schäden, welche beim Bau oder Betrieb der Eisenbahn entstehen. *Haftungsbegründende Ursache* ist damit der Bau oder *Betrieb* der Eisenbahn. Die Haftung setzt aber voraus, dass sich die *typische Gefahr des Betriebes verwirklicht* und daraus ein Schaden entstanden ist. Gefordert ist m.a.W. ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Verwirklichung der Betriebsgefahr und dem Schaden.

Vorliegend betreibt die X-AG eine Sesselliftanlage. Da sie Personen regelmässig und gewerbsmässig befördert, findet gemäss vorstehenden Ausführungen das Personenbeförderungsgesetz Anwendung: Die X-AG benötigt für den Betrieb der Sesselbahn eine Bundeskonzession. Da sie somit ein eidgenössisch konzessioniertes Unternehmen ist, untersteht sie dem Eisenbahnhaftpflichtgesetz und hat für Schäden einzustehen, die aus dem Betrieb der Sesselliftanlage entstehen (Art. 1 Abs. 1 HVG). A prallt in den Masten der Sesselliftbetreiberin X-AG und zieht sich Verletzungen zu. Fraglich ist aber, ob der *Betrieb* der Anlage zum Schaden geführt hat. Dies ist zu verneinen. Ein ungepolsterter Masten kann nicht als typische Betriebsgefahr einer Sesselliftanlage betrachtet werden, weshalb die X-AG nicht nach Art. 1 EHG haftbar ist.

3. Fazit

Die X-AG haftet gegenüber A aus Art. 58 ff. OR für den Schaden bezüglich der ersten Operation. Eine Haftung der X-AG nach den Bestimmungen des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes ist nicht gegeben.

f) Ansprüche von A gegen die Privatklinik

Mit der Aufnahme des Patienten A in der Privatklinik ist zwischen A und der Klinik ein Vertrag entstanden. Das Vertragsverhältnis zwischen dem Patienten und der Klinik ist – sofern es sich nicht um ein öffentliches Spital handelt und damit öffentlich-rechtliche Normen zur Anwendung kommen – als Auftrag i.S.v. Art. 394 ff. OR zu qualifizieren (Nef, S. 148). Die Privatklinik ist somit verpflichtet, den Auftrag vertragsgemäss auszuführen (Art. 394 Abs. 1 OR). Inhalt des Vertrages ist die sorgfältige Behandlung des Unterschenkelbruches des Patienten A. Vorliegend musste sich A infolge eines Kunstfehlers einer zweiten Operation unterziehen, weshalb der Vertrag seitens der Privatklinik nicht richtig erfüllt wurde. Da A daraus

ein Schaden entstanden ist, stellt sich die Frage, ob die Privatklinik für diesen Schaden haftbar gemacht werden kann. Es sind deshalb die Voraussetzungen der vertraglichen Haftung nach Art. 97 ff. OR zu prüfen (Nef, S. 120 u. 121):

1. Es muss ein gültiger *Vertrag* zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger bestehen;
2. Dieser *Vertrag* muss durch den Schädiger (Schuldner) *verletzt* worden sein. Die Vertragsverletzung bei der vertraglichen Haftung tritt an die Stelle der Widerrechtlichkeit bei der ausservertraglichen Haftung und liegt vor, wenn der Schuldner den Vertrag nicht oder "nicht gehörig" erfüllt hat;
3. Es muss ein *Schaden* vorliegen; vgl. dazu die Ausführungen vorne, d);
4. Zwischen dem Schaden und der Vertragsverletzung (haftungsbegründende Ursache) muss sowohl ein natürlicher wie ein *adäquater Kausalzusammenhang* bestehen; vgl. dazu die Ausführungen vorne, d);
5. Den Schuldner muss bezüglich der Vertragsverletzung ein *Verschulden* (= haftungsbegründende Ursache) treffen; vgl. dazu die Ausführungen vorne, d). Bei der *vertraglichen* Haftung besteht bezüglich des Verschuldens eine von Art. 8 ZGB *abweichende Beweislastverteilung*: Der Schuldner haftet, wenn er nicht beweist, dass ihn keinerlei Verschulden trifft.

Zu beachten ist, dass wer die Erfüllung eines Vertrages durch eine *Hilfsperson* vornehmen lässt, für deren Verhalten haftet, wie wenn er selbst gehandelt hätte (Art. 101 Abs. 1 OR; sog. vertragliche *Hilfspersonenhaftung*; Nef, S. 130 ff.). Der Geschäftsherr hat für das Verhalten der Hilfsperson einzustehen, wenn ihm, hätte er in gleicher Weise wie die Hilfsperson gehandelt, ein Verschulden vorgeworfen werden könnte (sog. hypothetische Vorwerfbarkeit). Ein eigenes Verschulden des Geschäftsherrn ist nicht erforderlich, weshalb die Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR eine *Kausalhaftung* ist. Der Geschäftsherr hat jedoch eine Entlastungsmöglichkeit: Er wird von seiner Haftpflicht befreit, wenn er beweisen kann, dass die Hilfsperson jene Sorgfalt angewendet hat, zu der er selber verpflichtet war (Nef, S. 131). Es findet also – gleich wie in Art. 97 Abs. 1 OR – eine Beweislastumkehr betreffend das Verschulden (der Hilfsperson) statt.

Wie vorstehend ausgeführt, besteht zwischen A und der Privatklinik ein Vertrag, welcher verletzt wurde. Weiter ist A durch diese Vertragsverletzung ein Schaden entstanden. Die Vertragsverletzung ist damit adäquat kausal für den aus der zweiten Operation entstandenen Schaden. Die Operation wurde durch einen *Arzt*, der als *Hilfsperson* der Klinik i.S.v. Art. 101 OR zu betrachten ist, durchgeführt. Die Klinik hat deshalb für das Verhalten des Arztes einzustehen, wenn diesen ein Verschulden trifft und der Klinik der Entlastungsbeweis nicht gelingt. Zu prüfen bleibt somit, ob den Arzt ein Verschulden trifft: Die zweite Operation wurde aufgrund eines Kunstfehlers bei der ersten Operation notwendig. Ein solcher Fehler kann etwa aufgrund von Unwissenheit, Nachlässigkeit oder Ungeschicklichkeit entstehen. Diese Gründe stellen ein Abweichen vom Normverhalten eines Arztes dar, denn ein Patient darf davon ausgehen, dass ein korrekter und vernünftiger Arzt sorgfältig operiert und über alle für die Operation notwendigen Fachkenntnisse und Fähigkeiten verfügt und die Behandlung gewissenhaft durchführt. Ist dies nicht der Fall, ist das Verhalten des Arztes als schuldhaft anzusehen. Die Klinik wird den Entlastungsbeweis nicht erbringen können, da sie nicht nachweisen kann, dass der Arzt diejenige Sorgfalt angewendet hat, zu der sie selber verpflichtet war.

Fazit:

Die Privatklinik haftet gegenüber A aus Art. 394 Abs. 1 OR ff. i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR u. Art. 101 Abs. 1 OR für den Schaden der zweiten Operation.

g) Ansprüche von A gegen den operierenden Arzt

Zwischen A und dem operierenden Arzt besteht kein Vertrag. Es kommen deshalb lediglich ausservertragliche Schadenersatzansprüche in Frage. Im folgenden werden die Voraussetzungen der allgemeinen ausservertraglichen Verschuldenshaftung nach Art. 41 ff. OR geprüft (vgl. dazu bereits vorne, d):

1. Schaden:

Da A sich einer zweiten Operation unterziehen musste und dadurch einen zusätzlichen Verdienstausschlag hatte, ist ihm ein Schaden entstanden;

2. Widerrechtlichkeit:

Die Operation stellt eine Körperverletzung und damit einen Eingriff in das absolut geschützte Rechtsgut Leib und Leben dar, weshalb sie grundsätzlich widerrechtlich ist. Liegt eine wirksame Einwilligung des Patienten in einen ärztlichen Eingriff vor, so ist der Eingriff nicht widerrechtlich, sondern durch den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung gedeckt. Die Einwilligung setzt aber stets eine vollständige Aufklärung des Patienten über die Risiken des Eingriffs voraus (Nef, S. 170). Die Rechtsprechung hat Grundsätze entwickelt, wann eine gültige Einwilligung vorliegt und inwiefern den Arzt eine Aufklärungspflicht trifft (vgl. etwa BGE 117 Ib 197 ff.). Darauf soll hier aber nicht weiter eingegangen werden. Im vorliegenden Fall liegt ein Kunstfehler vor, der nicht durch die Einwilligung von A in die Operation gedeckt ist. Denn für einen Kunstfehler, der stets auf einem Fehlverhalten des Arztes beruht, gibt es keine gültige Einwilligung des Patienten. Damit ist die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit gegeben;

3. Adäquater Kausalzusammenhang:

Zwischen dem Verhalten des Arztes und dem eingetretenen Schaden ist der adäquate Kausalzusammenhang gegeben: Das als Kunstfehler einzustufende Verhalten ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, den Schaden, der aufgrund der notwendig gewordenen zweiten Operation entstanden ist, zu bewirken;

4. Verschulden:

Wie bereits ausgeführt, trifft den operierenden Arzt ein Verschulden, da der Kunstfehler ein Abweichen vom Normverhalten darstellt. Im Gegensatz zur vertraglichen Haftung nach Art. 97 OR bzw. zur vertraglichen Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR hat A das Verschulden des Arztes zu beweisen.

Fazit:

Da alle Voraussetzungen von Art. 41 OR gegeben sind, haftet der Arzt neben der Privatklinik gegenüber A aus Art. 41 ff. OR für den aus der zweiten Operation entstandenen Schaden.

h) Mehrheit von Haftpflichtigen (Solidarität und Regress)

Bestehen Haftungsansprüche des Geschädigten gegen mehrere Haftpflichtige, stellt sich das Problem, gegen wen der Geschädigte vorgehen kann und wer den Schaden endgültig zu tragen hat (Nef, S. 216-219):

Im *Aussenverhältnis*, d.h. dem Verhältnis zwischen dem Geschädigten und den Haftpflichtigen, gilt das Prinzip der *Solidarität*: Alle Haftpflichtigen haften solidarisch für den ganzen Schaden, d.h. der Geschädigte kann von jedem Einzelnen den Ersatz des ganzen Schadens fordern (Art. 50 OR). Hat der Geschädigte jedoch den Schaden von *einem* Schädiger ersetzt erhalten, so erlöschen seine Forderungen auch gegenüber den übrigen Schädigern, der Schaden wird m.a.W. nur einmal ersetzt .

Hat ein Schädiger dem Geschädigten den ganzen Schaden ersetzt, bedeutet das noch nicht, dass dieser den Schaden endgültig allein zu tragen hat. Unter Umständen kann er auf einen oder mehrere Mitschädiger *Regress* nehmen. Das Verhältnis zwischen den Schädigern nennt man *Innenverhältnis*. Gemäss der *Kaskadenordnung* von Art. 51 Abs. 2 OR trägt dabei in erster Linie derjenige den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung (ausservertragliche Verschuldenshaftung, Art. 41 OR) verschuldet hat, in zweiter Linie der aus Vertrag Haftende und in letzter Linie derjenige, welcher allein nach Gesetzesvorschrift (insbesondere aufgrund einer Kausalhaftung) haftbar ist. Der Richter hat nach seinem Ermessen zu bestimmen, inwieweit die verschiedenen Schädiger Regress gegeneinander nehmen können (Art. 50 Abs. 2 OR). Er würdigt dabei sowohl die Umstände als auch die Grösse des Verschuldens (Art. 43 Abs. 1 OR).

Vorliegend stehen A für den Schaden der ersten Operation der Pistenrowdy B sowie die X-AG als Haftpflichtige gegenüber. Für den Schaden der zweiten Operation haften sowohl die Privatklinik als auch der operierende Arzt. Im *Aussenverhältnis* haften damit verschiedene Personen für den bei A eingetretenen Schaden. Diese Personen haften A gegenüber solidarisch für den Schaden, d.h. er kann sowohl von B als auch von der X-AG Ersatz des gesamten Schadens der ersten Operation, und von der Klinik wie auch dem Arzt Ersatz des gesamten Schadens der zweiten Operation fordern. Wird A von einem dieser Personen vollständig befriedigt, erlöscht auch seine Schadenersatzforderung gegenüber den übrigen Personen.

Fraglich ist jedoch, wer den bei A eingetretenen Schaden endgültig tragen muss bzw. welche Regressansprüche zwischen den beteiligten Haftpflichtigen bestehen. Dies beantwortet sich nach dem *Innenverhältnis*, d.h. es kommt auf das Verhältnis zwischen den Schädigern an:

Für den Schaden der ersten Operation haftet B aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR), währenddem die X-AG lediglich aufgrund einer einfachen Kausalhaftung (Werkeigentümerhaftung; Art. 58 OR) haftet. Nach der Kaskadenordnung von Art. 51 Abs. 1 OR haftet in erster Linie der Pistenrowdy B für den Schaden der ersten Operation. Sollte A den gesamten Schaden gegenüber der X-AG geltend machen, da sie wirtschaftlich besser gestellt sein dürfte als B, kann die X-AG gegen B Regress nehmen, sodass dieser den Schaden der ersten Operation endgültig zu tragen hat.

Für den Schaden der zweiten Operation haben sowohl die Privatklinik als auch der operierende Arzt einzustehen. Die Klinik haftet gegenüber A aus Vertrag (Hilfspersonenhaftung; Art. 101), währenddem den Arzt die Haftpflicht aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR) trifft. Gemäss Art. 51 Abs. 1 OR hat der Arzt den Schaden in erster Linie zu tragen. Sollte A seinen Schadenersatzanspruch gegen die Klinik geltend machen, kann diese auf den Arzt Rückgriff nehmen. Einen solchen Anspruch stützt die Klinik auf das vertragliche Verhältnis mit dem Arzt ab (Arbeitsvertrag; Art. 319ff. OR). Nach einer allerdings umstrittenen Lehrmeinung haftet der Arbeitnehmer gemäss Art. 321e Abs. 2 OR nur für grobes Verschulden voll (M.

Rehbinder, Berner Kommentar, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt, Bern 1985, N 25 ff. zu Art. 321e).

i) Genugtuungsansprüche von A

Schadenersatz und Genugtuung sind stets streng auseinanderzuhalten: Im Gegensatz zum *Schadenersatz*, welcher als finanzieller Ausgleich einer ungewollten *Vermögensverminderung* definiert werden kann, ist die *Genugtuung* finanzieller Ausgleich von *physischem und seelischem Leid*. Mit der Genugtuung soll m.a.W. eine erlittene *immaterielle Unbill* ausgeglichen werden. Diese kann in Zusammenhang mit Tod, Körperverletzung oder einer schweren Persönlichkeitsverletzung neben der wirtschaftlich messbaren Vermögensverminderung resultieren und beruht immer auf einer Verletzung der Persönlichkeit (Nef, S. 221 f.). Grundlage des Genugtuungsanspruchs bei einer Körperverletzung ist Art. 47 OR. Anspruchsberechtigt ist der Verletzte. Für die erfolgreiche Geltendmachung des Genugtuungsanspruches nach Art. 47 OR sind folgende Voraussetzungen erforderlich (Nef, S. 223 f.):

1. *Immaterielle Unbill*; diese kann etwa körperliche Schmerzen, seelisches Leid und verminderte Lebensfreude umfassen;
2. *Widerrechtliche Verletzung*; die Verletzung der körperlichen Integrität als absolutes Recht ist stets widerrechtlich;
3. *Adäquater Kausalzusammenhang*; vgl. dazu die Ausführungen vorne, d);
4. *Haftungsbegründende Ursache*; bei der Verschuldenshaftung muss ein Verschulden des Verletzers vorliegen, währenddem bei Kausalhaftungen auch ohne zusätzliches Verschulden des Verletzers eine Genugtuung zugesprochen werden kann.

Vorliegend hat A sowohl durch das rücksichtslose Verhalten des Pistenrowdys B als auch durch die Fehlleistung des Arztes bei der Operation eine immaterielle Unbill (körperliche Schmerzen, ev. auch seelisches Leid) erlitten. Da gemäss vorstehenden Ausführungen auch die Widerrechtlichkeit, der adäquate Kausalzusammenhang sowie die haftungsbegründende Ursache (Verschulden) gegeben sind, hat A grundsätzlich einen Anspruch auf Genugtuung aus Art. 47 OR gegen B und den Arzt. Allerdings wird diese auf Grund der derzeitigen Rechtsprechung mangels "Schwere" der Verletzung (Art. 49 Abs. 2 OR) kaum gerechtfertigt sein (vgl. dazu die Fallgruppen und Beispiele bei Nef, S. 224 f.). Denkbar wäre auch ein Genugtuungsanspruch von A gegen die X-AG. Allerdings dürfte ein solcher Anspruch schon deshalb gänzlich abzulehnen sein, weil das Fehlverhalten der X-AG, welches zum Werkmangel führte - unter Berücksichtigung der gesamten Umstände und im Vergleich zum Verhalten von B und vom Arzt -, nicht als gravierend zu qualifizieren ist.

U 10-736 Rechtslehre (GZ und Baurecht)

D-ARCH
Mi 15-17h
HIL E 1

Fall 3

C will eine Villa erstellen lassen und schliesst zu diesem Zweck mit dem Architekten A einen Vertrag für die Architekturarbeiten, insbes. die Ausarbeitung der Pläne sowie die Bauführung, und mit dem Bauunternehmen B einen Vertrag für die Ausführung der Bauarbeiten ab. Im Vertrag zwischen C und A wird die Anwendung der SIA-Norm 102 vereinbart, im Vertrag zwischen C und B die SIA-Norm 118.

Nach Fertigstellung des Hauses sickert an verschiedenen Stellen Wasser in die Wohnräumlichkeiten. Es stellt sich heraus, dass das Flachdach undicht ist und die Belüftung des Daches nicht richtig funktioniert. Die Abklärungen ergaben, dass sowohl Mängel in der Planung des Architekten als auch Fehler bei der Bauausführung zu diesen Wassereintrüben führten.

Der aus den Mängeln resultierende unmittelbare Schaden beträgt insgesamt rund Fr. 180'000.--. Da an der Baute umfangreiche Sanierungsmassnahmen durchgeführt werden müssen, kann C mehrere Räume seiner Villa vorübergehend nicht bewohnen. Er möchte den Schaden gegenüber seinen Vertragspartnern geltend machen.

Wie ist die Rechtslage?

Vgl. BGE 126 III 388

Literatur: Urs Ch. Nef, Obligationenrecht für Ingenieure und Architekten, Zürich 2000, S. 44-46; 53-54; 73-76; 120-121; 130-132; 143-150; 162-176; 210-219.

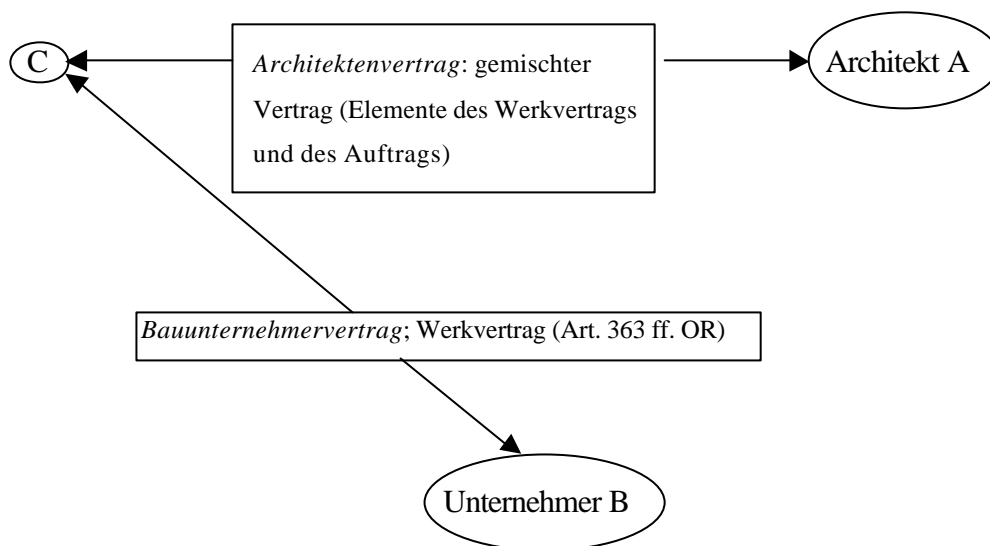
Lösung

1. Problemkreise

- Qualifizierung des Architektenvertrages
- Vertragliche Haftung nach Art. 97 ff. OR
- Allgemeine Vertragsbedingungen; SIA-Normen 102 u. 118
- Begriff des Werkvertrages nach Art. 363 ff. OR
- Mängelrechte beim Werkvertrag
- Mehrheit von Haftpflichtigen

2. Theoretische Grundlagen und Lösungsskizze

a) Rechtsbeziehungen



b) Qualifizierung des Architektenvertrages

Ein Vertrag über Architekturarbeiten wird als *Architektenvertrag* bezeichnet. Dieser Vertrag ist im Gesetz nicht geregelt. Je nach Inhalt der Vertrages lassen sich mindestens zwei verschiedene Leistungen des Architekten herausfiltrieren:

1. Planung und Projektierung des Baus (Planungsvertrag);
2. Durchführung und Überwachung des Baus; Bauführung (Bauleitungsvertrag).

Der Architekt kann sich auch zur Planung *und* zur Bauleitung verpflichten (Gesamtvertrag). Bei allen drei Verträgen verpflichtet sich der Architekt zu einer Arbeitsleistung. Im Gesetz werden drei wichtige

Arbeitsleistungsverträge geregelt: der *Einzelarbeitsvertrag* (Art. 319 ff. OR), der *Auftrag* (Art. 394 ff. OR) und der *Werkvertrag* (Art. 363 ff. OR).

Während beim Werkvertrag Arbeit und *Erfolg* geschuldet ist, besteht der Inhalt des Auftrages (lediglich) in einem auf ein Ziel gerichtetes *Tätigwerden* des Beauftragten. Der Arbeitnehmer schliesslich schuldet dem Arbeitgeber *Arbeit im Rahmen der Arbeitszeit*. Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal der drei Arbeitsleistungsverträge ist die Entgeltlichkeit: Sowohl der Unternehmer beim Werkvertrag als auch der Arbeitnehmer werden für ihre Leistungen entlohnt (Werklohn, Arbeitslohn). Der Auftrag hingegen ist unentgeltlich, sofern keine Vergütung verabredet oder üblich ist (Art. 394 Abs. 3 OR). Schliesslich können die drei Verträge durch das Kriterium der Selbst- bzw. Fremdbestimmtheit voneinander abgegrenzt werden: Der Werkunternehmer und der Beauftragte handeln grundsätzlich selbstbestimmt, d.h. ohne Weisungen des Werkbestellers bzw. Auftraggebers. Der Arbeitnehmer hingegen ist gegenüber seinem Arbeitgeber weisungsgebunden und damit fremdbestimmt. Schematisch lassen sich die Unterschiede zwischen den genannten Arbeitsleistungsverträgen wie folgt darstellen (Nef, S. 148):

Vertragsart	Geschuldete Leistung	Arbeitsausführung	entgeltl./unentgeltl.
Werkvertrag (Art. 363 ff. OR)	Arbeit und Erfolg (insb. Berufe im Bau- gewerbe)	selbstbestimmt	entgeltl.
Auftrag (Art. 394 ff. OR)	Arbeit im Hinblick auf ein Ziel (z.B. Arzt, Rechts-anwalt)	selbstbestimmt	unentgeltl./entgeltl.
Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR)	Arbeit im Rahmen der Arbeitszeit	fremdbestimmt (Subordinationsverhältnis)	entgeltl.

Die Frage, ob es sich bei einem Vertrag um einen Werkvertrag oder um einen Auftrag handelt, ist u.a. bei *der Haftung für Vertragsverletzungen* relevant. Der Werkunternehmer verpflichtet sich zu einem Erfolg, der Beauftragte zu sorgfältigem Tätigwerden. Ein typischer Auftrag ist z.B. der Vertrag mit der Ärztin oder dem Rechtsanwalt. Beide können keinen Erfolg versprechen (bezüglich Gesundheit oder Prozessausgang) und haften dementsprechend auch nicht für den Erfolg, sondern nur für auf ein Ziel gerichtetes Tätigwerden nach bestem Wissen und Gewissen.

Anhand dieser Qualifikationsmerkmale lässt sich der Architektenvertrag einordnen. Beim *Planungsvertrag* handelt es sich – mindestens bezüglich der Detailpläne – um einen *Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR*. Der Architekt arbeitet selbständig und muss einen Erfolg abliefern (kunstgerechte Pläne). Hingegen unterstehen die *Planentwürfe* den Regeln des *Auftragsrechts nach Art. 394 ff. OR*.

Der *Bauleitungsvertrag* beinhaltet die Arbeitsvergebung, die Überwachung und die Betreuung des Bauvorgangs (Bauführung). Bei der Bauleitung gibt es viele Faktoren, die vom Bauleiter nicht beeinflusst werden können (z.B. Konkurs eines Handwerkers, was zur Verzögerung der Arbeiten führt). Der Bauleiter verpflichtet sich nicht zu einem Erfolg, sondern zu einem Tätigwerden im Interesse des Bauherrn. Auf den *Bauleitungsvertrag* wird deshalb *Auftragsrecht* angewendet (Art. 394 ff. OR; Nef, S. 149 f.).

Verpflichtet sich der Architekt sowohl zur Planung als auch zur Bauleitung (Gesamtvertrag), erweist sich die rechtliche Qualifikation des Vertrages als schwieriger. Der überwiegende Teil der Lehre und

Rechtsprechung behandelt den *Gesamtvertrag* als *gemischten Vertrag (Innominatvertrag)*, der sowohl Werkvertrags- als auch Auftragsselemente enthält (BGE 109 II 462; BGE 110 II 380). Innominatverträge sind Verträge, die sich keinem besonderen Vertragsverhältnis nach Art. 184 ff. OR oder einer in einem anderen Gesetz geregelten Vertragsart zuordnen lassen (Nef, S. 149). Solche gesetzlich nicht geregelte Vertragstypen können von den Parteien vereinbart werden, da im Obligationenrecht die *Grundsätze der Privatautonomie* und der *Vertragsfreiheit* gelten: Das bedeutet, dass die Parteien ihrem Vertrag eine gesetzlich nicht geregelte Vertragsfigur zugrunde legen (*Typenwahlfreiheit*) und den Inhalt des Vertrages – innerhalb der Schranken des Gesetzes (vgl. Art. 19 u. 20 OR) – beliebig festlegen können (*Inhaltsfreiheit*). Im Gegensatz dazu gilt etwa im *Sachenrecht* ein *Typenzwang*: das Gesetz zählt die möglichen sachenrechtlichen Institute abschliessend auf (Grundsatz des “*numerus clausus*“; Nef, S. 73-76). Beim Architektengesamtvertrag ist auf den Planungsvertragsteil - zumindest betreffend die Ausführungspläne - Werkvertragsrecht anzuwenden, für den Bauleitungsvertragsteil gilt Auftragsrecht. Die *Auflösung* des Gesamtvertrages richtet sich gemäss Bundesgericht jedoch *ausschliesslich nach Auftragsrecht* (Art. 404 OR; BGE 109 II 465 f. E. c,d; BGE 110 II 382 E.2).

c) Allgemeine Geschäftsbedingungen und SIA-Normen

SIA-Normen sind *Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)*. Unter AGB versteht man die seitens eines Verwenders vorformulierten Vertragsbestimmungen, die als Bestandteil einer Vielzahl individueller Verträge mit Kunden konzipiert sind (z.B. Bank- oder Versicherungsbedingungen). AGB entsprechen grundsätzlich einem berechtigten Rationalisierungsbedürfnis. Problematisch sind sie, wenn sich nicht gleichstarke Vertragsparteien gegenüber stehen. Konsumenten nehmen den Inhalt der AGB oft nicht genau zur Kenntnis. Es bleibt ihnen auch lediglich die Wahl, den Vertrag gar nicht oder mit den vorgeschlagenen AGB abzuschliessen. Zum Schutz der schwächeren Vertragspartei bei der Verwendung von AGB wurden in der Lehre deshalb verschiedene Grundsätze, z.B. für die Gültigkeit des Vertrages (*Ungewöhnlichkeitsregel*) oder für die Auslegung (*Unklarheitsregel*) aufgestellt (Nef, S. 44-46; 53-54).

Bei den SIA-Normen handelt es sich um Rechtsvorschriften, die vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Verein herausgegeben werden. Im Gegensatz zum Gesetzesrecht finden diese Normen nicht ohne weiteres Anwendung. Die SIA-Normen werden nur anwendbar, wenn die Vertragsparteien sie zum Vertragsinhalt erhoben haben, d.h. die Parteien müssen eine SIA-Norm *für anwendbar erklären*. Eine solche Übernahme ist jedoch nur dort möglich, wo *dispositives* Gesetzesrecht besteht. Wurden im Gesetz *zwingende* Normen (z.B. zum Schutz der schwächeren Vertragspartei) aufgestellt, können diese nicht durch AGB-Bestimmungen abgeändert werden. Allgemeine Geschäftsbedingungen können auch stillschweigend zum Vertragsbestandteil werden (Art. 1 Abs. 2 OR), etwa dann, wenn zwischen den Parteien langjährige Geschäftsbeziehungen bestehen und die AGB von den Parteien in früheren Fällen jeweils für anwendbar erklärt wurden.

d) Ansprüche von C gegen den Architekten A nach Art. 97 i.V.m. Art. 394 OR

Vorliegend schloss C mit dem Architekten A einen Vertrag für die Architekturarbeiten sowie die Bauführung ab. Es liegt deshalb ein *Gesamtvertrag* vor, der nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts – wie erwähnt – sowohl aus Werkvertrags- als auch aus Auftragsselementen besteht. Fragen, welche das ganze Vertragsverhältnis betreffen, sind einheitlich dem geeigneteren Typus zuzuordnen

(Nef, S. 150). Gemäss Sachverhalt haben u.a. Mängel in der Planung des Architekten zu den Wassereinbrüchen geführt. Die Planung ist dabei als Vorgang zu verstehen, der über die blosser Erstellung von Plänen hinausgeht und vor allem Tätigkeiten der Bauleitung umfasst. Da die Bauleitungstätigkeit im Vordergrund steht, sind die Bestimmungen des Auftragsrechts nach Art. 394 ff. OR anwendbar. In diesem Fall trifft den Architekten die Sorgfaltspflicht des Beauftragten nach Art. 398 OR. Gemäss Absatz 2 dieser Bestimmung haftet der Architekt als Beauftragter gegenüber dem Bauherrn als Auftraggeber für die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes. Zu den Sorgfaltspflichten des Architekten gehört beispielsweise, dass dieser den Bauherrn zu günstigen Lösungen rät, ihn vor allfälligen Risiken warnt und ihm unter Umständen zum Abschluss einer Bauherrenhaftpflichtversicherung rät. Zudem hat der Architekt die Bauarbeiten ständig zu überprüfen. Er haftet insbesondere für einen ungenauen Kostenvoranschlag.

Aufgrund der mangelhaften Planung des Architekten ist C ein Schaden entstanden. Es ist deshalb zu prüfen, ob C einen vertraglichen Schadenersatzanspruch gegen den Architekten geltend machen kann. Im Auftragsrecht finden sich keine besonderen Haftungsnormen, weshalb nachfolgend die Voraussetzungen der allgemeinen vertraglichen Verschuldenshaftung nach Art. 97 OR geprüft werden (Nef, S. 120 u. 121; vgl. ferner bereits vorne, Fall 2):

Voraussetzungen für eine vertragliche Schadenersatzpflicht gemäss Art. 97 OR:

1. *Schaden;*
2. *Vertragsverletzung;*
3. *Schaden;*
4. *Adäquater Kausalzusammenhang;*
5. *Verschulden* (wird bei einer Vertragsverletzung vermutet, Umkehr der Beweislast, Exkulpationsmöglichkeit für denjenigen, welcher den Vertrag verletzt hat).

Zwischen C und A besteht ein *Vertrag*. In einem kunstgerecht ausgeführten Hochbau treten keine Wassereinbrüche auf. Indem im Haus von C Wassereinbrüche festgestellt wurden, hat A den Vertrag nicht gehörig erfüllt, weshalb eine *Vertragsverletzung* vorliegt. *Schaden* ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung und damit immer Vermögensschaden (vgl. zum Schadensbegriff und den Schadensarten, Nef, S. 163-168). Die Vermögensverminderung bei C beträgt Fr. 180'000.--, welche einen unmittelbaren Schaden darstellen. Fraglich ist, ob auch die Unbenutzbarkeit mehrerer Räume einen Schaden im Rechtssinne darstellt, den C gegenüber A geltend machen kann. Vorliegend hat C in Bezug auf die Unbenutzbarkeit der Räume keine Vermögenseinbusse erlitten, da er sich vorübergehend in den übrigen Räumen aufgehalten hat. Er hat lediglich einen immateriellen Schaden erlitten, da seine Lebensqualität durch die fehlende Nutzungsmöglichkeit der betroffenen Räume beeinträchtigt wurde. Nach der geltenden Rechtsprechung des Bundesgerichts sind solche Beeinträchtigungen aber nicht ersatzfähig; es findet keine Kommerzialisierung solcher Störungen im Lebenslauf statt (BGE 126 III 388; gleiches gilt z.B. für die Beeinträchtigung des Feriengenusses durch Lärm aus einer Discothek oder einem nahegelegenen Bauplatz,

vgl. dazu BGE 115 II 474). Weiter ist sowohl der natürliche wie auch der *adäquate Kausalzusammenhang* zwischen der Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden (Fr. 180'000.--) gegeben. Bezüglich des adäquaten Kausalzusammenhanges ist von Bedeutung, dass die mangelhafte Planung des Architekten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den bei C entstandenen Schaden zu bewirken. Zu prüfen bleibt das *Verschulden* von A: Der Planungsfehler des Architekten stellt ein Abweichen vom Normverhalten und eine Verletzung der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht dar, weshalb das Verschulden gegeben ist. Der Architekt wird den Exkulpationsbeweis nicht erbringen können.

Da alle Voraussetzungen der vertraglichen Haftung nach Art. 97 ff. OR gegeben sind, haftet der Architekt gegenüber C aus Art. 394 Abs. 1. i.V.m. Art. 97 OR.

C und A haben die *SIA-Norm 102* zum Vertragsbestandteil erklärt, weshalb diese vorliegend Anwendung findet. Ziff. 1.9.11 der SIA-Norm 102 lautet: "Bei verschuldet fehlerhafter Auftrags Erfüllung hat der Architekt dem Auftraggeber den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt insbesondere bei Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht, bei Nichtbeachtung oder Verletzung anerkannter Regeln seines Fachgebietes, bei mangelnder Koordination oder Beaufsichtigung, bei ungenügender Kostenerfassung sowie bei Nichteinhaltung von verbindlich vereinbarten Fristen oder Terminen." Auch die SIA-Norm 102 setzt damit eine vom Architekten verschuldet fehlerhafte Auftrags Erfüllung voraus, weshalb die Anwendung der SIA-Norm 102 für die Frage der Haftung des Architekten zu keinem anderen Ergebnis führt als das Vorgehen nach der gesetzlichen Regelung von Art. 97 OR.

Fazit:

Der Architekt A haftet gegenüber C aus Art. 394 Abs. 1. i.V.m. Art. 97 OR bzw. Ziff. 1.9.11 SIA-Norm 102 für den Schaden in der Höhe von Fr. 180'000.--.

e) Ansprüche von C gegen B nach Art. 368 ff. OR

Zwischen C und B ist ein *Werkvertrag i.S.v. Art. 363 ff. OR* entstanden, bei dem B gegenüber C verpflichtet ist, ein Werk (Villa) zu erstellen. Das von B erstellte Werk leidet an einem Mangel, der durch Fehler bei der Bauausführung entstanden ist und bei C zu einem Schaden in der Höhe von Fr. 180'000.— geführt hat. B hat demnach den Werkvertrag nicht gehörig erfüllt und wird damit haftbar gegenüber dem Bauherrn und Werkbesteller B.

Die Haftung des Werkunternehmers für Mängel richtet sich nach Art. 367 ff. OR: Der Werkbesteller hat nach Ablieferung des Werkes dessen Beschaffenheit zu *prüfen* und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen (*Mängelrüge*; Art. 367 OR). Bei rechtzeitiger Mängelrüge hat der Besteller die Wahl zwischen folgenden drei Möglichkeiten (Art. 368 OR; Nef, S. 145-146):

- *Wandelung* (Abs. 1): Der Besteller kann vom Vertrag zurücktreten, wenn die Mängel so erheblich sind, dass das Werk für ihn unbrauchbar ist oder ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann;
- *Minderung* (Abs. 2): Der Besteller kann einen dem Minderwert entsprechenden Abschlag am Lohn machen;

- *unentgeltliche Verbesserung (Abs. 2)*: Der Besteller kann die unentgeltliche Verbesserung verlangen, sofern diese dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht.

Die genannten Mängelrechte kann der Besteller nur für Schäden geltend machen, die am Werk selber entstanden sind (sog. Mangelschäden; *unmittelbare Schäden*). Ein Verschulden des Unternehmers ist nicht Voraussetzung (vertragliche Kausalhaftung).

Ist dem Besteller über den reinen Mangelschaden hinaus weiterer Schaden (sog. Mangelfolgeschaden; *mittelbarer Schaden*; z.B. Mietzinsausfall) entstanden, so kann er auch für diesen Ersatz verlangen, wenn den Unternehmer ein *Verschulden* trifft (Art. 368 Abs. 2 am Ende). Diese Verschuldenshaftung folgt den Regeln der allgemeinen vertraglichen Verschuldenshaftung nach *Art. 97 ff. OR*. Da C für die Nichtbenutzung der Räume keinen Schadenersatz beanspruchen kann (vgl. dazu bereits vorne, d), ist kein mittelbarer Schaden entstanden.

Vorliegend ist das Flachdach der Villa undicht und die Belüftung des Daches funktioniert nicht richtig. Das von B erstellte Werk ist damit mangelhaft. C hat nach Prüfung des Werkes den Mangel zu rügen, und zwar sobald als möglich, sonst sind seine Mängelrechte verwirkt (Art. 370 OR). Nach rechtzeitig vorgenommener Mängelrüge hat er dann grundsätzlich die Möglichkeit, die Wandelung (Art. 368 Abs. 1 OR) geltend zu machen, einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug am Werklohn vorzunehmen (Minderung; Art. 368 Abs. 2 OR) oder die unentgeltliche Verbesserung des Werkes zu verlangen. Zu beachten ist aber Art. 368 Abs. 3 OR: Bei mit Grund und Boden verbundenen Bauten ist die Wandelung ausgeschlossen, wenn das Werk seiner Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden kann. Da das Werk vorliegend mit Grund und Boden verbunden ist, kann B die Wandelung nicht geltend machen, sondern er kann lediglich den Werklohn mindern oder die Nachbesserung des Werkes verlangen.

Zwischen C und B wurde die Anwendung der SIA-Norm 118 vereinbart, welche damit Bestandteil des Werkvertrages ist. Gemäss Art. 169 Abs. 1 dieser Norm hat der Werkbesteller nicht die Wahl zwischen Minderung oder Nachbesserung, sondern ihm steht zunächst lediglich ein Anspruch auf Nachbesserung zu. Erst wenn der Unternehmer sich weigert, die Nachbesserung vorzunehmen oder dazu nicht imstande ist, kann der Besteller die Minderung oder – im vorliegenden Fall aber gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 3 SIA-Norm 118 nicht möglich – die Wandelung, d.h. den Rücktritt vom Vertrag verlangen.

Fazit:

Der Bauunternehmer B haftet gegenüber C aus Art. 368 Abs. 2 OR für den unmittelbaren Schaden in der Höhe von Fr. 180'000.--. Gemäss Art. 169 Abs. 1 der SIA Norm 118 hat er zunächst jedoch lediglich das Recht, die unentgeltliche Verbesserung des Werkes zu verlangen.

f) Mehrheit von Haftpflichtigen (Solidarität und Regress)

C stehen sowohl der Architekt A als auch der Bauunternehmer B als Haftpflichtige für den Schaden in der Höhe von Fr. 180'000.— gegenüber. Gemäss dem Prinzip der *Solidarität*, welches im *Aussenverhältnis* zur Anwendung gelangt (Art. 50 Abs. 1 OR; vgl. vorne, Fall 2, h), kann C den gesamten Schaden sowohl von A als auch von B verlangen. Wer den Schaden endgültig zu tragen hat, bestimmt sich nach dem *Innenverhältnis*, d.h. dem Verhältnis zwischen den Schädigern: Wie bereits ausgeführt (vgl. Fall 2, h) trägt

nach der *Kaskadenordnung* von Art. 51 Abs. 2 OR in erster Linie derjenige den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung (ausservertragliche Verschuldenshaftung, Art. 41 OR) verschuldet hat, in zweiter Linie der aus Vertrag Haftende und in letzter Linie derjenige, welcher allein nach Gesetzesvorschrift (insbesondere aufgrund einer Kausalhaftung) haftbar ist. Der Richter hat nach seinem Ermessen zu bestimmen, inwieweit die verschiedenen Schädiger Regress gegeneinander nehmen können (Art. 50 Abs. 2 OR). Er würdigt dabei sowohl die Umstände als auch die Grösse des Verschuldens (Art. 43 Abs. 1 OR; Nef., S. 216-219).

Vorliegend trifft den Architekten die vertragliche Verschuldenshaftung nach Art. 394 Abs. 1. i.V.m. Art. 97 OR, währenddem der Bauunternehmer B aufgrund der einfachen Kausalhaftung von Art. 368 OR haftet. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob B allenfalls ein Verschulden trifft (sog. zusätzliches Verschulden; Nef, S. 219). In diesem Fall bemisst sich die Regressforderung nach der Grösse des Verschuldens des B im Verhältnis zum Verschulden des A. Trifft B kein "zusätzliches Verschulden", so hat A nach Art. 51 OR in erster Linie für den Schaden einzustehen. Sollte C den gesamten Schaden gegenüber B geltend machen, so könnte dieser je nach Umständen (Art. 43 OR) gegen A Regress nehmen.

g) Variante: Bauunternehmer B als Weisungsempfänger des Architekten A

Vorliegend führte B die Bauarbeiten selbständig, d.h. ohne Weisungen des Architekten A oder des Bauherrn C aus. Er wird deshalb haftpflichtig, wenn die Bauausführung mangelhaft ist. Der Architekt hat für die mangelhafte Bauausführung nicht einzustehen (er haftet jedoch für seine eigenen Fehler bei der Planung und Bauleitung).

Stehen dem Architekten aufgrund des Vertrages mit dem Bauherrn hingegen Weisungsbefugnisse gegenüber dem Bauunternehmer betreffend die Bauausführung zu, so ist der Architekt als Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR des Bauherrn zu qualifizieren (vgl. BGE 95 II 53 f.; allgemein zur Hilfspersonenhaftung, vgl. Nef, S. 130-132). In einem solchen Fall muss der Bauherr für schuldhaftes Fehleinschätzen des Architekten einstehen und kann jedenfalls nicht den ganzen Schaden auf die anderen am Bau Beteiligten abwälzen (z.B. Ingenieurbüro, Bauunternehmer, usw.). Werden diese vom Bauherrn belangt, können sie einwenden, aufgrund des Fehlverhaltens seiner Hilfsperson (Architekt), welches nach Art. 101 OR dem Bauherrn zugerechnet wird, reduziere sich nach Art. 43 Abs. 1 OR die Höhe des Schadenersatzes wegen Selbstverschuldens. Der Bauherr muss in diesem Fall einen Teil des Schadens selber tragen bzw. einen zweiten Prozess gegen den Architekten anstrengen.

Fall 4 Hundezwinger ausserhalb der Bauzonen (R 00 26)

A. Sachverhalt

X. ist IV-Bezügerin und wohnt seit einigen Monaten in der Nähe der Bahnstation in Y. im ehemaligen Wärterhaus, wo sie eine Hundezucht mit 8 bis 20 Hunden betreibt. Das Haus grenzt an eine Auenlandschaft von nationaler Bedeutung. Im Frühjahr 2000 erstellte sie auf der Nordseite des Hauses einen Hundezwinger. Der Hundezwinger befindet sich in der Zone "Übriges Gemeindegebiet" (üG). Baugesuchsunterlagen reichte sie erst am 16. Mai 2000 bei der Gemeinde Y. ein. Mit Verfügung vom 3. Oktober 2000 wies der Gemeindevorstand das Baugesuch ab. Dagegen reichte X. am 24. Oktober 2000 beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden Rekurs ein mit dem Antrag, es sei die angefochtene Verfügung der Gemeinde Y. aufzuheben und ihr die Baubewilligung zu erteilen.

B. Problemkreise

- Umfang der Baubewilligungspflicht
- Ordentliche Baubewilligung
- Ausnahmbewilligung für ausserhalb der Bauzonen

C. Lösungsskizze

1. Einleitung: Nutzungsplan und üG

Der Hundezwinger steht im Übrigen Gemeindegebiet (üG). Es fragt sich deshalb, ob es sich bei Übrigem Gemeindegebiet um eine Nutzungszone im Sinne des RPG handelt und welche Nutzung in dieser Zone zulässig ist.

Unter Nutzungsplanung versteht man die Erarbeitung einer raumplanerischen Nutzungsordnung. Mit ihr wird bezüglich Ort, Art und Mass die zulässige Bodennutzung grundeigentümerverbindlich festgelegt. Sie dient der Verwirklichung einer geordneten Siedlungsentwicklung, verbindet die Zonenausscheidung mit Umweltsanierungen und berücksichtigt überkommunale und regionale Anliegen. Hauptaufgabe der Nutzungsplanung bildet die Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet. Ergebnis dieses Planungsprozesses ist der Nutzungsplan (Art. 14 Abs. 1 RPG).

Der Nutzungsplan steht als Oberbegriff für alle Pläne und alle Vorschriften mit Plancharakter, welche die Bodennutzung betreffen und für die Grundeigentümer unmittelbar verbindlich sind. Das Mittel des Nutzungsplanes sind Nutzungszonen mit zugehörigen Nutzungsvorschriften. In ihrer Gesamtheit müssen die Nutzungszonen eine flächendeckende, lückenlose Ordnung herstellen.

Der Zonenplan teilt als Rahmennutzungsplan ein Gemeindegebiet den Hauptnutzungszonen des

RPG zu, den Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen (Art. 14 Abs. 2 RPG). Den Kantonen ist es gemäss Art. 18 Abs. 1 RPG freigestellt, weitere Unterteilungen dieser drei bundesrechtlichen Hauptnutzungszonen in kantonale Nutzungszonen wie z.B. Wohn-, Gewerbe-, Industrie-, Gefahren-, Wintersportzone, Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, Weiler-, Erholungs- oder Landschaftsschutzzonen vorzusehen. Diese kantonalen Nutzungszonen verfeinern die bundesrechtliche Grobeinteilung, stellen also Untergruppen einer der drei Hauptnutzungszonen des Art. 14 Abs. 2 RPG dar (Bsp. Wohnzone ist eine Bauzone). Ausserdem kann das kantonale Recht Vorschriften enthalten über Gebiete, deren Nutzung noch nicht bestimmt ist oder in denen eine bestimmte Nutzung erst später zugelassen wird (Art. 18 Abs. 2 RPG). Nicht zulässig ist jedoch gemäss Rechtsprechung (BGE 112 Ia 315) die Errichtung einer Zone ohne spezifische Nutzungsbestimmung. Im Rahmen des öffentlichen Interesses ist es nur ausnahmsweise gestattet, die definitive Zuweisung einer Fläche aufzuschieben, nämlich dann, wenn ernsthaft Ungewissheit besteht hinsichtlich der künftigen Nutzung und nicht etwa aus reiner Bequemlichkeit (Art. 18 Abs. 2 RPG).

Das üG umfasst gemäss Art. 31 KRG (Bündner Raumplanungsgesetz) das unproduktive Land und jene Flächen, für die noch keine Grundnutzung festgelegt ist. Das üG wird gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Nutzungszone im Sinne des RPG anerkannt.

2. Falllösung

Ausgangspunkt bildet Art. 22 RPG „Baubewilligung“:

„¹ Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden.

² Voraussetzung einer Bewilligung ist, dass

- a. die Bauten oder Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen und
- b. das Land erschlossen ist.

³ Die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts bleiben vorbehalten.“

2.1. Umfang der Baubewilligungspflicht

Bei jedem Bauvorhaben ist zunächst zu prüfen, ob es sich um ein baubewilligungspflichtiges Vorhaben handelt. Gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG sind grundsätzlich alle Bauten und Anlagen bewilligungspflichtig. Unter den Begriff der „Bauten und Anlagen“ fallen „jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen“ (vgl. BGE 123 II 259 E. 3; BGE 120 Ib 379 E. 3c mit Hinweisen sowie BGE 113 Ib 315 f.). Dazu gehören gemäss bundesgerichtlicher Praxis auch Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden (BGE 119 Ib 222 E. 3a; BGE 118 Ib 1 E. 2c je mit Hinweisen).

In casu steht der Bau eines Hundezwingers zur Debatte. Ein Hundezwinger stellt eine künstlich geschaffene Baute dar, soweit er grösser ist und auf Dauer angelegt ist sowie in fester Beziehung zum Erdboden steht resp. zumindest für längere Zeit vorgesehen ist. Wie dem

Sachverhalt entnommen werden kann, betreibt X. eine Hundezucht mit 8-20 Hunden. Das lässt auf einen grossen Zwinger aus massivem Material schliessen. Zwar ist ein Zwinger in der Regel nicht fest mit dem Boden verbunden, es kann aber wegen der Hundezucht davon ausgegangen werden, dass der Zwinger nicht nur für kurze Dauer aufgestellt bleiben soll. Zudem sind Lärmemissionen vom Betrieb des Hundezwingers zu erwarten, wodurch die Umwelt beeinträchtigt wird. Es ergibt sich damit, dass das Erstellen eines Hundezwingers einer Baubewilligung bedarf.

2.2. Zonenkonformität

Bei einem bewilligungspflichtigen Bauprojekt resp. einem nachträglich durchzuführenden Baubewilligungsverfahren stellt sich als zweites die Frage, ob das Vorhaben zonenkonform ist und ihm demnach eine ordentliche Bewilligung nach Art. 22 Abs. 2 RPG erteilt werden kann. Trifft dies nicht zu, so ist zu prüfen, ob das Vorhaben einer Ausnahmbewilligung für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen gestützt auf Art. 24 ff. RPG zugänglich ist.

Gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG ist Voraussetzung der Bewilligung, dass die Bauten oder Anlagen dem Zweck der Nutzungszone, in die sie zu liegen kommen, entsprechen. Bedingung für eine ordentliche Bewilligung ist mit anderen Worten, dass das Vorhaben zonenkonform in der betreffenden Nutzungszone gemäss geltendem Nutzungsplan ist. Die Baubewilligung bildet damit das Scharnier zwischen Raumplanung und Baurecht.

Die Zonenkonformität bestimmt sich ausschliesslich nach dem Zweck der entsprechenden Nutzungszone und nach der Vereinbarkeit der Bauten und Anlagen mit diesem Zweck.

Das praktische Vorgehen spielt sich folgendermassen ab:

1. In welcher Nutzungszone liegt der vorgesehene Bauplatz? Konsultation der Nutzungspläne (Zonenplan) und des zugehörigen kommunalen Baureglementes.
2. Was ist der genaue Zweck der betreffenden Nutzungszone? Einschlägige Bestimmungen des RPG, des kantonalen Raumplanungsgesetzes sowie des kommunalen Baureglementes lesen.
3. Ist der projektierte Bau mit diesem Zweck vereinbar?

Nach der geltenden (Ersatz-)Zonenordnung der Gemeinde Y. liegt der Hundezwinger im übrigen Gemeindegebiet (üG). Das üG umfasst gemäss Art. 31 KRG das unproduktive Land und jene Flächen, für die noch keine Grundnutzung festgelegt ist. Nach konstanter Rechtsprechung sind in solchen Zonen wegen des fehlenden Zonenzweckes schon begrifflich keine zonenkonformen Bauten möglich. Das Erstellen eines Hundezwingers im üG würde demnach einen zonenfremden Zweck beinhalten. Gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG bildet die zweite Voraussetzung der Bewilligung neben der Zonenkonformität (Art. 22 Abs. 2 lit. a), dass das Land erschlossen ist. Im vorliegenden Fall erübrigt sich eine Prüfung dieser Voraussetzung, da bereits die Zonenkonformität zu verneinen ist, weshalb die (nachträgliche) Erteilung einer Baubewilligung gestützt auf Art. 22 RPG ausser Betracht fällt. Der Vollständigkeit halber werden an dieser Stelle jedoch einige allgemeine Informationen zur Erschliessung angeführt. Bevor unter 2.4. geprüft wird, ob für den Bau eine nachträgliche Ausnahmbewilligung gestützt auf Art. 24 Abs. 1 RPG erteilt werden kann.

2.3. Erschliessung

Gemäss Art. 19 Abs. 1 RPG ist Land "erschlossen, wenn die für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht und die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen so nahe heranführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist". Die Kantone können die Erschliessung näher regeln, was sie regelmässig getan haben. Die Ausdrücke hinreichende Zufahrten und erforderliche Leitungen zeigen, dass die Erschliessung verhältnismässig sein muss resp. relativ zum geplanten Projekt ist. Sie bestimmt sich einerseits nach der beabsichtigten Grundstücksnutzung, andererseits nach den massgeblichen Umständen im Einzelfall. Vom Erfordernis der Erschliessung können keine Ausnahmen gemacht werden. Die Ausnahmegewilligungen für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen betreffen nur Ausnahmen von der Zonenkonformität (vgl. Art. 24 RPG).

2.4. Ausnahmegewilligung ausserhalb der Bauzonen

Eine Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG kann erteilt werden, wenn der Zweck der Baute oder Anlage einen Standort ausserhalb der Bauzone erfordert (lit. a) und wenn dem Vorhaben keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (lit. b).

2.4.1. Standortgebundenheit

Bauten und Anlagen erfordern einen Standort ausserhalb der Bauzone, wenn ihr Zweck aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit nur an einem bestimmten Ort umgesetzt werden kann (sog. positive Standortgebundenheit) oder wenn sich die entsprechende Nutzung insbesondere wegen der Immissionen in keiner Bauzone sinnvoll verwirklichen lässt (sog. Standortgebundenheit). Diese Voraussetzungen beurteilen sich nach objektiven Massstäben; auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen kommt es dabei nicht an. An diese Erfordernisse sind praxisgemäss strenge Anforderungen zu stellen (BGE 123 II 261; Zusammenfassung der Rechtsprechung ferner in BGE 118 Ib 17 Erw. 2b).

Ein Hundezwinger erfordert - objektiv betrachtet - nicht zwingend einen bestimmten Standort ausserhalb der Bauzone. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird eine absolute Standortgebundenheit in dem Sinne, dass eine Baute oder Anlage ausserhalb der Bauzone nur zulässig sein soll, wenn überhaupt kein anderer Standort in Betracht fällt, nicht verlangt. Es genügt grundsätzlich, dass sich die entsprechende Nutzung vorab wegen unerwünschter Immissionen in keiner Bauzone sinnvoll verwirklichen lässt. Zu klären ist demnach, ob der für die Hundezucht vorgesehene Hundezwinger aus Immissionsschutzgründen sowie aus Gründen der Sicherheit von Drittpersonen überhaupt in eine Bauzone passt oder ob er nicht grundsätzlich auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen, d.h. negativ standortgebunden ist. Nach konstanter Rechtsprechung gelten Bauten zur Haltung von Haustieren solange nicht als negativ standortgebunden, als von den Tieren keine störenden Immissionen ausgehen. Von zentraler Bedeutung ist dabei die Anzahl gehaltener Tiere. So gehört das hobbymässige Halten von wenigen Hunden generell zum Wohnen; als solche ist sie von daher in einer Wohnzone zonenkonform. Mit zunehmender Zahl der gehaltenen Hunde können jedoch Nutzungskonflikte auftreten, weil das unvermeidliche Gebell der Hunde sowie allenfalls die mit der Tierhaltung einhergehende Geruchsbelästigung in der Wohnzone für die Nachbarn unzumutbar

wird. Erst wenn wegen der Immissionen auch keine andere der verschiedenen Bauzonen für das Bauprojekt geeignet ist, darf es als negativ standortgebunden im Sinne von Art. 24 Abs. 1 lit. a RPG qualifiziert werden (ZBI 2000 S. 420, ZBI 1995 166 f., ZBI 1990 S. 187).

X. hält zwischen 8-20 Hunde. Dass eine Hundehaltung dieses Ausmasses in der näheren Umgebung erfahrungsgemäss nicht unerhebliche Lärmbelastungen zur Folge haben kann, ist offensichtlich. Als solche ist sie innerhalb oder auch nur in unmittelbarer Nähe zum Siedlungsgebiet denn wohl auch unerwünscht. Bereits solche Immissionsschutzanliegen lassen eine Hundezucht in der vorliegend zu beurteilenden Grösse innerhalb oder am Rande des Siedlungsgebietes als ungeeignet erscheinen. Es ergibt daraus, dass sich ein Standort ausserhalb der Bauzonen geradezu aufdrängt. Ob sich für das Vorhaben besser geeignete Alternativstandorte ausserhalb der Bauzone anbieten als der derzeitige Standort, ist grundsätzlich im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 24 Abs. 1 lit. b RPG zu berücksichtigen (vgl. BGE 118 Ib 17 mit Hinweisen). Im Lichte des eben Ausgeführten erhellt, dass der Zwinger angesichts der mit der Hundehaltung einhergehenden Immissionen negativ standortgebunden ist.

2.4.2. Überwiegende öffentliche Interessen

Zu prüfen ist, ob dem Hundezwinger überwiegende Interessen im Sinne von Art. 24 Abs. 1 lit. b RPG entgegenstehen. Es fragt sich, ob die Schutzwürdigkeit der nahegelegenen Auenlandschaft von nationaler Bedeutung bei einer Bewilligung des in unmittelbarer Nähe der Auenlandschaft gelegenen Zwingers durch frei herumlaufende Hunde übermässig beeinträchtigt werden könnte und ob allenfalls auch der Erholungswert dieser durch zahlreiche Wanderer und Biker genutzten Landschaft durch den Hundezwinger sinkt. Zudem könnten die Hunde eine potentielle Gefährdung Dritter darstellen.

Aus der Schutzwürdigkeit der nahegelegenen Auenlandschaft kann noch kein überwiegendes entgegenstehendes Interesse erblickt werden. Die Auenlandschaft ist zwar im BLN-Inventar (Nr. 1902) aufgeführt. Gemäss Art. 6 Abs. 1 NHG wird durch die Aufnahme eines Objekts von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes dargetan, dass es in besonderem Masse die ungeschmälernte Erhaltung oder jedenfalls grösstmögliche Schonung verdient. Nach der Botschaft zum NHG ist der Begriff der "ungeschmälernten Erhaltung" so zu verstehen, "dass der im Inventar angestrebte Schutz vollumfänglich zur Geltung gelangen und allfälligen Bedrohungen begegnet werden soll. Die Aufnahme eines Objektes in ein Verzeichnis bedeutet aber nicht, dass sich am bestehenden Zustand überhaupt nichts mehr ändern darf. Der Zustand eines Objektes soll jedoch gesamthaft betrachtet unter dem Gesichtspunkt des Natur- und Heimatschutzes nicht verschlechtert werden. Allfällige geringfügige Nachteile einer Veränderung müssen durch anderweitige Vorteile mindestens ausgeglichen werden." (BB1 1965 III S. 103).

Dem angestrebten Schutz an der „ungeschmälernten Erhaltung“ der Auenlandschaft wurde vorliegend nebst der planerischen Ausscheidung als Naturschutzzone u.a. damit Rechnung getragen, dass Kerngebiete mit baulichen Vorkehrungen (Lattenzaun) vor übermässigen Einwirkungen (Weidgang, Personen) geschützt werden. Als flankierende Massnahmen sind Hinweistafeln aufgestellt worden, mit welchen Hundehalter generell angehalten werden, ihre Hunde an die Leine zu nehmen. Mit Blick auf die zulässigen (das Schutzziel nicht in Frage stellenden) Beeinträchtigungen ist festzuhalten, dass in den Auenlandschaften (mit Ausnahme

von fix eingezäunten Kernbereiche) u.a. der freie Weidgang von Vieh und wenigstens ein mehrwöchiges Zeltlager pro Jahr zulässig sind.

Daraus folgt, dass das Schutzgebiet durch die im Hundezwinger gehaltene Hundemeute nicht zumutbare Störungen und Schäden (Eintrag von Exkrementen, Störung des Lebensraumes von Wasservögeln, Kleinsäugetern etc.) erleiden werden. Abgesehen davon, dass mit der Errichtung eines Zwingers gerade der Möglichkeit frei herumlaufender Hunde entgegengewirkt werden kann, kann der Schutz des Gebietes auch mit einer mit der Baubewilligung verknüpften Auflage (kein unbeaufsichtigtes Herumlaufenlassen der gehaltenen Hunde im Bereich der Naturschutzzone; keine streunenden Hunde) angemessen sichergestellt werden. Dies auch deshalb, weil der Hundezwinger ausserhalb des Schutzgebietes zu stehen kommt. Es ergibt es sich damit ohne weiteres, dass die nahegelegene Auenlandschaft kein überwiegendes entgegenstehendes Interesse im Sinne von Art. 24 Abs. 1 lit. b RPG darstellt, nachdem die mit der Unterschutzstellung verfolgten Schutzziele offensichtlich nicht in Frage gestellt werden.

Auch das Argument, die Hundehaltung führe zu einer grossen Einbusse an Erholungsqualität der Auenlandschaft, und der Einwand, die Hunde würden eine potentielle Gefährdung Dritter darstellen, verfängt nicht. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass sich der eine oder andere Wanderer oder Biker durch das Bellen der Hunde in seiner Erholung gestört fühlen könnten. Die entsprechende Einbusse ist aber angesichts der Tatsache, dass die Personengruppen sich nicht über längere Zeit im Bereich des Zwingers aufhalten werden, kurzfristig und lokal beschränkt.

Es ergibt sich somit, dass das strittige Bauvorhaben einer Ausnahmegewilligung gestützt auf Art. 24 Abs. 1 RPG zugänglich und daher von der Vorinstanz zu Unrecht nicht bewilligt worden ist.

Fall 5 Wintergarten (R 02 133)

A. Sachverhalt

X. ist Eigentümer der mit einem Wohnhaus überbauten Parzelle Nr. 129 in der Gemeinde Y. mit einer Grundfläche von 1'154 m². Nach dem Zonenplan befindet sich ein Teil der Parzelle (848 m²) in der Wohnzone (AZ 0,7); der Rest der Parzelle befindet sich im übrigen Gemeindegebiet. Gegenüber dieser Parzelle liegt die Parzelle Nr. 136 (ca. 700 m²), welche ebenfalls demselben Eigentümer gehört. Die Baubewilligung für das auf der Liegenschaft Nr. 129 stehende Wohnhaus datiert vom 21. Juli 1987. Ausgehend von der Gesamtparzellengrösse und unter der Annahme der für die Wohnzone geltenden AZ von 0,7 betrug das gemäss der damaligen Berechnung zulässige Nutzungsmass auf der Parzelle Nr. 129 805,23 m² BGF.

Anfangs September 2002 liess X. bei der Gemeinde ein Baugesuch für einen Wintergarten auf Parzelle Nr. 129 einreichen. Nach einer ersten summarischen Prüfung verlangte die Gemeinde das Nachliefern einer AZ-Berechnung inkl. Wintergarten. Diese ergab ein Total von 882,80 m². In Kenntnis der AZ-Berechnung teilte die Gemeinde mit, dass zur Realisierung des Bauvorhabens infolge Überschreitens der maximal zulässigen Ausnützung auf der Parzelle Nr. 129 ein Nutzungstransfer von zusätzlich rund 107 m² (75 m²:0,7) erforderlich sei. X. gab daraufhin bekannt, dass eine Ausnutzungsübertragung im verlangten Umfang ab der Nachbarparzelle Nr. 136 möglich sei. Bei der vertiefteren Prüfung des Baugesuches stellte die Baubehörde in der Folge aber erstmals fest, dass Gemeinde und Bauherrschaft bis anhin bei der AZ-Berechnung irrtümlicherweise von falschen Grundlagen ausgegangen waren. So war der Berechnung der zulässigen AZ in der Baubewilligung 1987 die gesamte Parzellenfläche von 1154 m² Boden (und nicht nur der in der Wohnzone gelegene Teil) berücksichtigt worden. Die eingeleiteten Nachmessungen ergaben, dass lediglich 848 m² (maximal zulässige BGF 593,6 m²) in einer Bauzone liegen. Damit war die zulässige BGF auf der Parzelle Nr. 129 um 289,20 m² überschritten. Die Baubewilligung wurde daher unter der Auflage erteilt, dass gleichzeitig mit der für den Wintergarten erforderlichen BGF auch noch die bereits realisierte Mehrfläche der BGF ab der Parzelle Nr. 136 (zusammen rund 400 m²) auf die Parzelle Nr. 129 zu transportieren sei. X. wehrt sich gegen diese Auflage mit dem Argument, dass ein erst nach 15 Jahren entdeckter Fehler nicht korrigiert werden kann. Er sei in seinem Vertrauen in die falsche AZ-Berechnung zu schützen.

B. Problemkreise

- Ausnützungsziffer, Nutzungstransfer
- Besitzstandsgarantie, Widerruf
- Vertrauensschutz

C. Lösungsskizze

1. Einleitung

1.1. Ausnutzungsziffern

Struktur und Charakter eines Quartiers hängen wesentlich von der Siedlungsdichte ab. Die Bauordnungen können diese mit Hilfe von Nutzungsziffern relativ fein steuern.

Die Ausnutzungsziffer (AZ) ergibt sich aus dem Vergleich zweier zahlenmässig umschriebener Flächen. Sie resultiert aus der Division zwischen der anrechenbaren Bruttogeschossfläche (BGF) und der massgeblichen Grundfläche, welche begriffsnotwendig der Bauzone angehören muss.

$$AZ = \frac{\text{Summe der Bruttomasse aller anrechenbaren ober- und unterirdischen Geschossflächen (BGF)}}{\text{Die von der Baueingabe erfassten zusammenhängende Fläche der baulichen noch nicht ausgenützten Grundstücke bzw. Grundstücksteile in der Bauzone}}$$

Die Bruttogeschossfläche (BGF) ist die Summe aller oberirdischen und unterirdischen Geschossflächen, einschliesslich der Mauer- und Wandquerschnitte, abzüglich die Grundfläche von solchen Räumen und Anlagen, die nicht unmittelbar Wohn-, Industrie- oder Gewerbebezwecken dienen. Die BGF bestimmt die Grundfläche von bewohnten Geschossen (ohne Keller, Dachböden) als anrechenbare Geschossfläche. Es wird heute grundsätzlich unabhängig von der Lage (unterirdisch oder oberirdische Flächen) auf die Art der Geschossnutzung abgestellt. Diese Nutzung muss dem Wohnen oder dem Gewerbe dienen. Zusammenfassend entspricht mithin die anrechenbare Fläche bei der Ausnutzungsziffer allen dem Wohnen, Arbeiten oder sonst dem dauernden Aufenthalt dienenden oder hierfür verwendeten Räume in Vollgeschossen unter Einschluss der zugehörigen Erschliessungsflächen und Sanitarräume samt Innenwänden.

Offene Dachterrassen und offene Erdgeschosse sind grundsätzlich anrechenbar. Sie sind jedoch des öfters ausnutzungsprivilegiert. Balkone hingegen sind nicht anrechenbar, da sie als offene Fläche nur während kurzer Zeit geeignet sind, dem Wohnen, allenfalls dem Gewerbe oder dauernden Aufenthalt zu dienen. Zwar bezwecken sie eine Verbesserung der Wohnqualität, ausnutzungsmässig erfüllen sie jedoch eher eine ähnliche Aufgabe wie ein Keller oder Estrich.

Wintergärten sind dem Begriff nach durch Verglasung geschlossene Räume. Sie sind in unbeheiztem Zustand weit über die Hälfte des Jahres als Wohnraumerweiterung nutzbar und gelten deshalb grundsätzlich als anrechenbar.

1.2. Nutzungstransfer (Ausnützungsübertragung)

Eine Ausnützungsübertragung liegt vor, falls ein Bauprojekt nicht nur die aus der Bauparzelle sich ergebende Ausnützungsmöglichkeit, sondern auch Ausnützungsreserven anderer Grundstücke beansprucht. Die Möglichkeit eines Nutzungstransfers erlaubt dem Grundeigentümer, durch Überschreiten der festgelegten AZ ein gewisses Projekt trotz fehlender Grundflächen zu verwirklichen. Dabei muss jedoch der erforderliche Zusammenhang der von der Baueingabe erfassten Grundfläche gewahrt bleiben. Voraussetzungen für einen Nutzungstransfer (vgl. z.B. BGE 109 Ia 188) sind deshalb:

- Beide beteiligten Grundstücke müssen der nämlichen Bauzone angehören mit den gleichen Nutzungsvorschriften (AZ),
- Das "dienende " Grundstück muss benachbartes, angrenzendes Land an das "beanspruchende" Grundstück sein oder in nächster Umgebung zu diesem liegen
- Das "dienende " Grundstück darf noch nicht anderwertig angerechnet worden sein, denn aufgrund einer AZ-Übertragung kann das "beanspruchende" Baugrundstück stärker als zulässig ausgenutzt werden. Es wird deshalb zur Wahrung der Gesamtordnung vorausgesetzt, dass auf dem benachbarten Abtretungsgrundstück die zulässige Ausnützbarkeit entsprechend herabgesetzt wird, indem die Bezugsfläche als ausgenutzt gilt.

2. Falllösung

Fest steht, dass auf dem in der Wohnzone, (WZ II; AZ 0,7) gelegenen Teil der Parzelle Nr. 129 mit einer anrechenbaren Fläche von 848 m² lediglich eine BGF von 593,6 m² hätte realisiert werden dürfen; realisiert worden sind aber bereits 805,23 m². Klar ist, dass die Baubewilligung vom 21. Juli 1987, welche auf einer falschen AZ-Berechnung beruhte, indem irrtümlich als anrechenbare Fläche, die ganze Parzelle 129 genommen wurde, obwohl sich nur ein Teil davon in der Bauzone befindet, ohne Ausnützungstransfer gar nicht hätte erteilt werden dürfen. Ein Nutzungstransfer ab der benachbarten Parzelle Nr. 136 ist möglich und zulässig. Es stellt sich vorliegend deshalb lediglich die Frage, ob die Auflage, wonach für den AZ-pflichtigen Ausbau des Wohnhauses die für das ganze Gebäude erforderliche BGF (insgesamt rund 400 m²) beschafft werden muss, rechtens ist, oder ob lediglich die für den Wintergarten erforderliche BGF (107 m²) transportiert werden muss. Zur Stützung seiner Auffassung beruft sich X. auf die Besitzstandsgarantie und auf Treu und Glauben. Ferner macht er geltend, das Vorgehen der Baubehörde käme einem unzulässigen Widerruf oder einer nicht gerechtfertigten Revision der seinerzeit erteilten Baubewilligung gleich.

2.1. Besitzstandsgarantie und Widerruf

2.1.1. Besitzstandsgarantie

Gemäss der Besitzstandsgarantie können bestehende Bauten und Anlagen erhalten bleiben, auch wenn sie wegen seither erfolgter Rechtsänderungen nicht mehr oder nicht mehr gleich gebaut werden dürften. Dieser den Grundeigentümer schützenden Grundsatz wird aus der Eigentumsgarantie und aus dem Grundsatz der Nicht-Rückwirkung von Gesetzen abgeleitet. Nur wenn gewichtige Interessen (vor allem des Umweltschutzes und der Gefahrenabwehr) es

verlangen und wenn das Prinzip der Verhältnismässigkeit gewahrt bleibt, können neue, restriktivere Bestimmungen auf bestehende Bauten angewendet werden. In diesem Fall sind die Voraussetzungen des Widerrufs einer Baubewilligung, insbesondere muss eine Interessenabwägung vorgenommen werden, zu beachten (vgl. unten 2.1.2.). Es handelt sich dabei um den Fall, dass der Mangel der Baubewilligung nachträglich infolge einer Rechtsänderung eintritt.

2.1.2. Widerruf

Die Frage des Widerrufs einer Baubewilligung kann sich dann stellen, wenn die dem baurechtlichen Entscheid zugrundeliegende Feststellung, dass dem Bauprojekt keine rechtlichen Hindernisse entgegenstehen, unrichtig ist oder geworden ist. Dabei kann der Mangel der Baubewilligung ein ursprünglicher sein – wenn eine Baubewilligung zu Unrecht erteilt wurde – oder nachträglich infolge einer Rechtsänderung oder einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse eintreten.

Baubewilligungen sind grundsätzlich nicht unwiderrufbar, da sie keine wohlverworbenen Rechte begründen. Für einen Widerruf muss jedoch eine Güterabwägung im Einzelfall zwischen dem öffentlichen Interesse an der richtigen Durchsetzung des Rechts und dem privaten Interesse an der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz (vgl. dazu unten 2.2.) durchgeführt werden. Gegen die Widerrufbarkeit spricht, dass Baubewilligungen aufgrund eines eingehenden behördlichen Ermittlungsverfahrens erlassen werden. Das private Interesse nimmt mit wachsendem Baufortschritt zu:

- Vor Beginn der Bauarbeiten ist ein Widerruf zulässig bei gewichtigen öffentlichen Interessen.
- Nach Baubeginn muss bei der Interessenabwägung der Stand der Arbeiten berücksichtigt werden.
- Nach Bauvollendung ist eine Baubewilligung grundsätzlich unwiderrufbar. Es sei denn, es liege Täuschung der Behörden zur Erlangung der Bewilligung seitens des Bauherrn vor oder dass die öffentliche Sicherheit erheblich gefährdet ist durch den Bau.

2.1.3. In casu

Bei der angefochtenen Auflage handelt es sich entgegen der von X. vertretenen Auffassung nicht um einen Anwendungsfall eines Widerrufs. Dies bereits deshalb, weil die Gemeinde in der angefochtenen Baubewilligung ihre im Jahre 1987/1990 erteilte Baubewilligung weder widerrufen oder geändert hat und auch nicht auf die damalige Bewilligung zurückgekommen ist. So hat sie insbesondere nicht verlangt, dass X. für das bestehende Wohnhaus die offenkundig fehlende BGF durch entsprechenden Ausnützungstransport nachträglich beschaffe. Wird aber der Bestand des bestehenden Wohnhauses im angefochtenen Entscheid gar nicht in Frage gestellt, zielt die Rüge der Verletzung der Besitzstandsgarantie offensichtlich ins Leere. X. scheint zu übersehen, dass die streitige Auflage lediglich im Zusammenhang mit dem neuen Baugesuch für den Wintergarten zu sehen ist. Dass aber auf einer bereits übernutzten Parzelle keine weiteren AZ-pflichtigen Räume bewilligt werden dürfen, bevor nicht auch die für die bisherige Nutzung erforderliche BGF übertragen ist, kann bereits aus dem Legalitätsprinzip abgeleitet werden. Zu prüfen bleibt, ob durch die im Jahre 1987/1990 erteilte Baubewilligung eine Vertrauensgrundlage geschaffen wurde und X. deshalb allenfalls in seinem Vertrauen auf die falsche Berechnung zu schützen sei.

2.2. Grundsatz des Vertrauensschutzes (Treu und Glauben)

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bedeutet, dass die Privaten Anspruch darauf haben, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden (Art. 9 BV). In Zusammenhang mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes steht auch das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens der Verwaltungsbehörden gegenüber des Privaten.

2.2.1. Abgrenzung zur Rechtssicherheit

Vertrauensschutz und Rechtssicherheit wollen gleichermassen das Vertrauen in das Recht schützen. Insofern verfügen sie über vergleichbare Ziele.

Unterschiede bestehen in der Qualität des vorausgesetzten Vertrauens:

- Die Rechtssicherheit schützt das generelle Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in die Beständigkeit des Rechts und in die Voraussehbarkeit der Rechtsentwicklung. Sie bezieht sich auf objektive Interessen des Kollektives.
- Der Grundsatz des Vertrauensschutzes schützt das individuelle Vertrauen einzelner Bürger in eine konkretisierte Rechtslage. Er hat subjektive Interessen Einzelner zum Gegenstand.

2.2.2. Verhältnis zum Gesetzmässigkeitsprinzip

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes kann im Einzelfall gebieten einen Rechtssatz nicht anzuwenden; das Gesetzmässigkeitsprinzip hingegen erwartet, dass ein gültiger Rechtssatz lückenlos durchgesetzt wird. Vertrauensschutz und Gesetzmässigkeitsprinzip stehen somit in einem Spannungsverhältnis zueinander.

Nötigenfalls muss zwischen dem Vertrauensschutz und dem Gesetzmässigkeitsprinzip abgewogen werden. Grundsätzlich geht das Gesetzmässigkeitsprinzip vor, denn:

- hinter dem Gesetz steht ein demokratischer Entscheid;
- das Gesetz gewährleistet am ehesten Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit;
- die Durchführung des Gesetzes dient im Allgemeinen einem breiteren Interesse.

Dies schliesst nicht aus, dass in bestimmten Einzelfällen die Vertrauensschutzinteressen überwiegen können.

2.2.3. Voraussetzungen des Vertrauensschutzes

- a) Vertrauensgrundlage
- b) Vertrauen in das Verhalten der Behörde
- c) Vertrauensbetätigung
- d) Abwägung zwischen dem Interesse am Vertrauensschutz und entgegenstehenden öffentlichen Interessen

Rechtsfolge: Durchbrechung des Legalitätsprinzip

a) Vertrauensgrundlage

Der Vertrauensschutz bedarf zunächst eines Anknüpfungspunktes. Es muss ein

Vertrauenstatbestand vorhanden sein. Darunter ist das Verhalten eines staatlichen Organs zu verstehen, das bei den betroffenen Privaten bestimmte Erwartungen auslöst. Vertrauensgrundlagen schaffen können potentiell alle staatliche Gewalten, d.h. sowohl rechtsanwendende wie rechtssetzende Organe.

Bsp. Verfügungen, Entscheide, Verwaltungsverträge, Auskünfte und Zusagen, Rechtssetzungsakte, Raumpläne, Duldung eines rechtswidrigen Zustandes.

b) Vertrauen in das Verhalten der Behörde

Auf Vertrauensschutz kann sich nur berufen, wer von der Vertrauensgrundlage Kenntnis hatte und ihre allfällige Fehlerhaftigkeit nicht hätte kennen sollen. Wer die Fehlerhaftigkeit kennt, kann nicht in guten Treuen davon ausgehen, dass die durch den Staat erweckten Erwartungen erfüllt werden. Ein berechtigtes Vertrauen ist auch denjenigen abzusprechen, welche die Mangelhaftigkeit der Vertrauensgrundlage bei gehöriger Sorgfalt hätten kennen müssen. Dabei ist auf die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse der sich auf die Vertrauensgrundlage berufenden Person abzustellen. Bei einem Rechtsanwalt zum Beispiel dürfen erhöhte Rechtskenntnisse vorausgesetzt werden. Er muss grundsätzlich die Unrichtigkeit einer Rechtsmittelbelehrung kennen. Baufachleute müssen Bescheid wissen über Hindernisse, die einem Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen entgegenstehen.

c) Vertrauensbetätigung

In der Regel kann Vertrauensschutz nur geltend machen, wer gestützt auf sein Vertrauen eine Disposition getätigt hat, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden kann. Dies ist u.a. der Fall, wenn aufgrund einer behördlichen Zusage Investitionen vorgenommen worden sind.

d) Interessenabwägung

Selbst wenn die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt sind, können sich Private nicht darauf berufen, falls ein überwiegendes öffentliches Interesse entgegensteht. Die Interessenabwägung bleibt vorbehalten und bildet eine Schranke des Vertrauensschutzes. Unter Umständen kann bei überwiegenden öffentlichen Interessen aber ein finanzieller Ersatz des Vertrauensschutzes in Betracht kommen.

2.2.4. In casu

X. macht geltend, die Gemeinde habe ihn mit der (falschen) AZ-Berechnung im Glauben, noch über AZ-Reserven auf seiner Parzelle zu verfügen, bestärkt und damit einen Vertrauenstatbestand geschaffen. Aus der im Jahre 1987/1990 erteilten Baubewilligung kann er nichts zu Gunsten seines Begehrens ableiten. Eine Baubewilligung ist als Polizeierlaubnis zu qualifizieren. Als solche beinhaltet sie letztlich nichts anderes, als die verbindliche behördliche Feststellung, dass dem konkreten Bauvorhaben aus Sicht des öffentlichen Bau- und Planungsrechtes keine polizeilichen Hindernisse entgegenstehen. Nach bestätigter Rechtsprechung begründet sie aber keine neuen Rechte. Aus der damals basierend auf einer falschen AZ-Berechnung erteilten Baubewilligung kann X. daher bereits aus dieser Sicht keine verbindlichen Wirkungen für

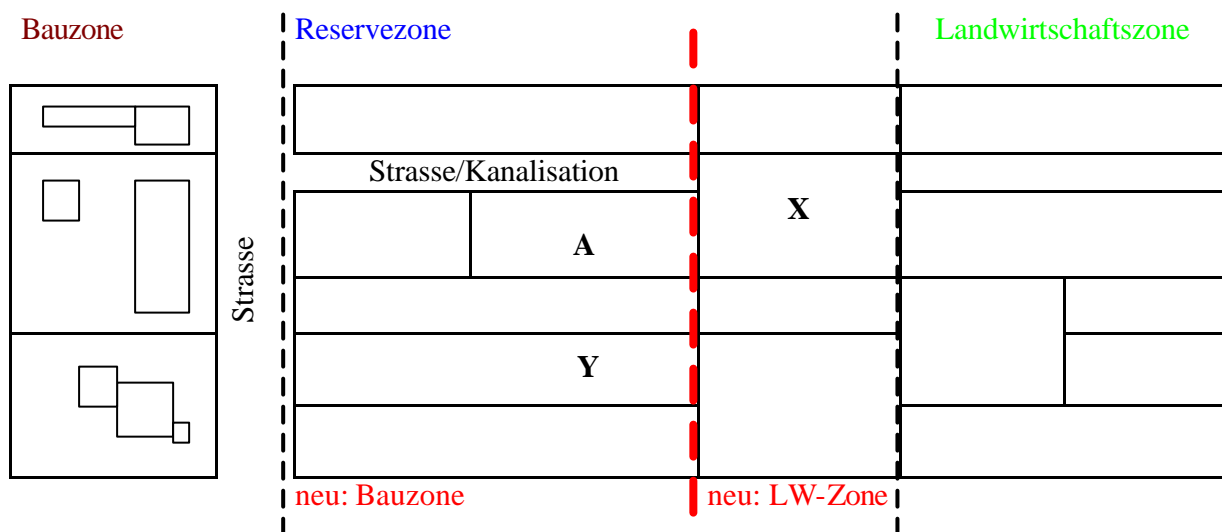
zukünftige Bauvorhaben auf seiner Parzelle Nr. 129 ableiten. Im Lichte des Grundsatzes von Treu und Glauben betrachtet, könnte die damalige (falsche) AZ-Berechnung bestenfalls als Vorentscheid qualifiziert werden. Das Legalitätsprinzip geht jedoch im vorliegenden Fall vor, weil X. im Vertrauen auf die damalige AZ-Berechnung keinerlei Dispositionen getroffen hat, die sich nicht mit verhältnismässigem Aufwand wieder rückgängig machen liessen. Der einzige Aufwand, welcher X. gehabt hat, ist die Ausarbeitung eines Projekts für den Wintergarten gewesen. Dieser Aufwand vermag jedoch gegenüber dem gewichtigen öffentlichen Interesse, das materielle Baupolizeirecht durchzusetzen, nicht aufzukommen. Eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben ist deshalb nicht ersichtlich.

Die Gemeinde hat daher zu Recht für den geplanten AZ-pflichtigen Ausbau der Liegenschaft von X. die Beschaffung der für das gesamte Gebäude notwendigen BGF (rund 400 m²) verlangt. Die entsprechende Auflage erweist sich damit als rechens.

Fall 6a Ortsplanung

A. Sachverhalt (vgl. BGE 122 II 455)

Die Gemeinde S beabsichtigt, das Siedlungsgebiet zu erweitern. Sie will das an die Bauzone angrenzende, der Reservezone zugehörige Gebiet, teilweise der Bauzone bzw. der Landwirtschaftszone zuweisen.



B. Problemkreise

- Einzonung bzw. Nichteinzonung von Gebiet in der Reservezone in die Bau- bzw. Landwirtschaftszone
- Richt- und Nutzungsplanänderung
- Neuformung und Erschliessung der Parzellen mittels Quartierplanverfahren
- Quartierplanbann
- Entschädigung bei materieller Enteignung

C. Lösungsskizze

1. Abstimmung mit dem Richtplan

1.1 Ursprüngliche Vorsehung im Richtplan

Laut Art. 6 Abs. 1 RPG zeigt der Richtplan die räumliche Entwicklung des Kantonsgebiets auf und gibt gemäss Abs. 2 insbesondere Aufschluss über den Stand und die anzustrebende Entwicklung der Besiedelung (lit. a) und des Verkehrs, der Versorgung sowie der öffentlichen Bauten und Anlagen (lit. b). Da sich Richtpläne auf überörtliche Interessen beschränken, bedürfen sie stets der weiteren Konkretisierung durch Nutzungspläne. Diese legen die lokale

Nutzungsordnung parzellenscharf fest. Auch die Kantone müssen sich Vorstellungen über die baulich zu nutzenden Gebiete machen, doch ergeben die Richtpläne kein abschliessendes Bild des erwünschten Zustands: Richtpläne enthalten Spielraum für künftige Entwicklungen und nehmen insbesondere die Nutzungsplanung nicht vorweg. Insofern muss die Neueinzonung vom Richtplan des Kantons nicht vorgesehen sein.

1.2 Nachträgliche Richtplanänderung

Bezüglich Richtpläne bestimmt Art. 9 Abs. 2 RPG, dass diese überprüft und nötigenfalls angepasst werden, wenn sich die Verhältnisse geändert haben, sich neue Aufgaben stellen oder eine gesamthaft bessere Lösung möglich ist. Zudem werden die Richtpläne in der Regel alle zehn Jahre überarbeitet, Art. 9 Abs. 3 RPG. Die Umzonung einzelner Parzellen von der Reserve- in die Bauzone sollte grundsätzlich ohne Revision des kantonalen Richtplanes nach Art. 9 Abs. 2 RPG iVm. Art. 10 ff. RPV möglich sein. Schliesslich handelt es sich richtplanmässig um unbedeutende Korrekturen, welche den hauptsächlichen Zweck der Richtplanung, die räumliche und zeitliche Koordination der raumwirksamen Tätigkeiten, nicht beeinträchtigen.

2. Einzonung von Reservezone-Gebiet in die Bauzone

2.1 Voraussetzungen

Laut Art. 15 lit. b RPG umfassen Bauzonen Land, welches sich für die Überbauung eignet und voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt und erschlossen wird.

2.1.1 Eignung

Bei der Beurteilung der Bodeneignung sind die Planungsgrundsätze nach Art. 3 RPG zu berücksichtigen. Ausschlaggebend sind dabei weniger die bautechnischen Anforderungen, sondern vielmehr die natürlichen Gegebenheiten (Topographie, Exposition, Klima) und die vorhandene öffentliche Infrastruktur.

2.1.2 Voraussichtlicher Bedarf und Erschliessung

Die Bauzone ist nach den künftigen Bedürfnissen zu bemessen und darf daher nicht jegliche über die bisher überbaubaren Gebiete hinausgehende Siedlungstätigkeit unterbinden. Raumplanerisch unabdingbar bleibt dabei, dass die Besiedelung des Landes geordnet und die Nutzung des Bodens zweckmässig und haushälterisch erfolgt, Art. 75 Abs. 1 BV. Der Umfang des zusätzlich benötigten Baulandes wird aufgrund des Bedarfs in den vergangenen Jahren und der zu erwartenden Entwicklung im Planungszeitraum bestimmt. Das neu in die Bauzone verwiesene Land muss zudem in diesem Zeitraum erschlossen werden.

2.2 Prüfung der Zulässigkeit

Bei der Einzonung von Reservezone-Gebiet in die Bauzone darf nicht allein auf den Wortlaut von Art. 15 RPG abgestellt werden. Es sind sämtliche im Bundes- und kantonalen Recht enthaltenen Zonierungsgrundsätze zu berücksichtigen. Dazu zählen nebst den Zielen und Planungsgrundsätzen in Art. 1 und Art. 3 RPG etwa die Verhinderung von überdimensionierten Bauzonen, Bestrebungen zum Schutze der natürlichen Lebensgrundlagen, Landsicherung zur ausreichenden Versorgung der Bevölkerung, Ausscheidung von Fruchtfolgeflächen, etc. Bei der

vorzunehmenden Interessenabwägung sind diesen öffentlichen Anliegen die privaten Ansprüche gegenüber zu stellen.

Aus dem Sachverhalt ist nicht weiter ersichtlich, weshalb das der Reservezone zugehörige Gebiet in die Bauzone überführt werden soll. Fraglich ist, welchen Bedarf die Gemeinde S zur Erweiterung des Siedlungsgebietes geltend macht. Ein blosser Nachfrageüberhang genügt noch nicht als Grund zur Vergrösserung der Bauzone, da dieser nicht allein lokale, sondern (über-)regionale Ursachen haben könnte. Auch die Tatsache, dass baureifes Land gehortet und so der Überbauung entzogen wird, rechtfertigt keine zusätzliche Schaffung von Bauland. Abzuklären bliebe, ob die finanziellen Mittel zur Erschliessung bereits zur Verfügung stehen.

3. Anpassung des Nutzungsplanes

3.1 Grundsatz

Grundsätzlich sind alle Pläne änderbar, da die Planung einen ständigen und durchgehenden Prozess darstellt (zum Richtplan vgl. oben Ziff. 1). Andererseits sollten die Adressaten (Behörden und Private) innerhalb des Planungshorizonts auf die Verlässlichkeit des Plans vertrauen können. § 9 Abs. 2 PBG ZH hält die Interessenabwägung wie folgt fest: "Die Planungen sind neuen Erkenntnissen und Entwicklungen anzupassen, soweit Rechtssicherheit und Billigkeit dies zulassen."

3.2 Nutzungsplanänderung

Nutzungspläne werden überprüft und nötigenfalls angepasst, wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert haben, Art. 21 Abs. 2 RPG. Da Planänderungen zu Eingriffen in die Eigentums-garantie führen und das Vertrauen in die Rechtsbeständigkeit der Pläne enttäuschen können, sind diese nur unter qualifizierten Voraussetzungen zulässig. Ein wichtiger Grund, welcher eine Plan-änderung rechtfertigen würde, liegt etwa dann vor, wenn eine überdimensionierte Bauzone an die Grundsätze von Art. 15 RPG angepasst werden soll. Demgegenüber sind nachträgliche, gering-fügige Erweiterungen des Baugebietes zulässig, soweit dadurch die bestehende Zonenplanung nur in untergeordneten Punkten ergänzt wird. Eine Notwendigkeit zur gesamthaften Überprüfung der Planung dürfte in unserem Fall demnach nicht bestehen.

3.3 Arten von Zonenplanänderungen

Zonenplanänderungen (Umzonungen) kommen in verschiedenen Formen vor:

- a) Einzonung: liegt vor, wenn Land neu zur Bauzone kommt
- b) echte Auszonung (Rückzonung): bisher in der Bauzone gelegenes Land wird einer anderen Zone zugewiesen
- c) Nichteinzonung: Land, das nach alter Zonenordnung der Bauzone angehört, wird beim Erlass eines RPG-konformen Zonenplanes (welcher erstmals Bau- von Nichtbaugebiet trennt) einer Nichtbauzone zugewiesen
- d) Aufzonung: die durch Überbauung mögliche Nutzung innerhalb der Bauzone wird verbessert
- e) Abzonung (Herabzonung): das Nutzungsmass innerhalb der Bauzone wird verringert

Gemäss Sachverhalt liegt somit eine Einzonung (der Reservezone zugehöriges Gebiet wird in die Bauzone eingewiesen, A und Y), als auch eine Nichteinzonung (der Reservezone zugehöriges Gebiet wird der Landwirtschaftszone zugewiesen, X) vor.

3.4 Planänderungsverfahren

Das Verfahren der Planänderung stimmt zum grössten Teil mit demjenigen der Planfestsetzung überein. Gemäss Art. 10 Abs. 1 und Art. 25 Abs. 1 RPG ordnen die Kantone die Zuständigkeit und das Verfahren bei der Festsetzung bzw. Änderung der Raumpläne. Anhand der bundesrechtlichen Minimalanforderungen in Art. 4 und Art. 33 Abs. 1 RPG und der im zürcherischen PBG getroffenen Regelungen lassen sich folgende Phasen unterscheiden:

- a) Einleitung: Tangierte Grundeigentümer, Stimmberechtigte und andere Planungsbetroffene können ein Gesuch um eine Nutzungsplanänderung beim Gemeinderat einreichen, welcher ein entsprechendes Verfahren einleitet.
- b) Ausarbeitung eines Entwurfs: Dieser wird durch den Ortsplaner erstellt. Danach findet eine Vorprüfung durch die Rechtsmittelinstanz und eine Beratung im Gemeinderat statt.
- c) Öffentliche Auflage: Nutzungspläne müssen vor ihrer Festsetzung während 60 Tagen öffentlich aufgelegt werden.
- d) Einwendungen: Die Betroffenen haben während der Auflage des Planentwurfs die Möglichkeit, Einwendungen vorzubringen.
- e) Planfestsetzung: Der neue Nutzungsplan wird durch die Gemeindelegislative (je nach Gemeindeordnung die Gemeindeversammlung oder das Gemeindep Parlament) festgesetzt, § 32 Abs. 3 PBG ZH.
- f) Genehmigung: Die Genehmigung erfolgt durch den Regierungsrat oder die Baudirektion.
- g) Rekurs: die Festsetzung ist öffentlich bekannt zu machen. Innert 30 Tagen kann dagegen ein Rekurs bei der Baurekurskommission eingelegt werden.

4. Neuformung der Grundstücke

Mit der Zuteilung des der Reservezone zugehörigen Gebiets in die Bauzone sind die einzelnen Grundstücke nicht ohne weiteres überbaubar. Die notwendigen Voraussetzungen für die Erteilung einer Baubewilligung nach Art. 22 Abs. 2 lit. a und b RPG müssen erst noch durch Erschliessungsmassnahmen und Landumlegungen geschaffen werden.

4.1 Gesetzliche Grundlagen der raumplanerischen Instrumente

4.1.1 Erschliessung

Art. 19 Abs. 1 RPG hält fest, dass Land erschlossen ist, "wenn die für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht und die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen so nahe heranzuführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist". Um eine Koordination von Nutzungs- und Erschliessungsplanung zu garantieren, bestimmt § 90 Abs. 1 PBG ZH, dass die Gemeinden mit der Bau- und Zonenordnung einen Erschliessungsplan festsetzen müssen. Dieser Sondernutzungsplan gibt gemäss § 91 PBG ZH Aufschluss über die öffentlichen Werke und Anlagen, welche für die Groberschliessung der Bauzone notwendig sind.

4.1.2 Landumlegung

Mittels Landumlegungen wird das Eigentum an Grundstücken neu geordnet, um eine bessere Nutzung zu ermöglichen. Das Institut der Landumlegung kommt je nach Nutzungszone in verschiedenen Formen vor:

a) Landwirtschaftszone

Im Landwirtschaftsrecht stellen Güterzusammenlegungen eine wichtige Massnahme der Bodenverbesserung dar. Ziel ist es, den landwirtschaftlichen Boden zum Zweck einer besseren und rationelleren Bewirtschaftung neu zu ordnen, Art. 100 f. LwG.

b) Bauzone

Mittels einer Baulandumlegung werden Grundstücke in der Bauzone zusammengelegt und neu verteilt, um die Erschliessung und Überbauung zu ermöglichen. Art. 20 RPG sieht vor, dass Landumlegungen von Amtes wegen angeordnet und durchgeführt werden können, sofern dies die Nutzungspläne erfordern. In den meisten kantonalen Erlassen finden sich Bestimmungen über die Baulandumlegung.

4.1.3 Quartierplan

Im Kanton Zürich dient der Quartierplan gleichzeitig der Erschliessung und Landumlegung, § 123 ff. PBG ZH. Der Zweck des Quartierplans besteht darin, Land zwischen den Hauptstrassenzügen verkehrsmässig zu erschliessen und baureif zu machen. Dabei werden der Verlauf der für eine hinreichende Zufahrt nötigen Quartierstrassen bestimmt sowie Grenzveränderungen und nötigenfalls die Zusammenlegung und Neueinteilung sämtlicher Grundstücke vorgenommen, um für die Überbauung geeignete Parzellen zu gewinnen. Daneben können mit dem Quartierplan als Sondernutzungsplan weitere raumplanerische Anordnungen (Sonderbauvorschriften, Gestaltungspläne) verknüpft werden. Der Quartierplan dient daher sowohl öffentlichen als auch privaten Interessen: Die Allgemeinheit ist im Hinblick auf die Baulandknappheit daran interessiert, dass eingezontes Land tatsächlich überbaut werden kann, während der Grundeigentümer mittels Quartierplanung zu baureifem Land gelangt.

4.2 Materielle Anforderungen an den Quartierplan

Die von der Gerichtspraxis entwickelten Quartierplangrundsätze sind heute in § 123 ff. PBG ZH festgelegt. Ein Quartierplanverfahren muss folgenden Anforderungen gerecht werden:

- a) Beschränkung des Quartierplans auf Bauzonen, § 124 Abs. 1 PBG ZH
- b) Begrenzung des Quartierplangebietes durch bestehende oder geplante öffentliche Strassen, § 124 Abs. 2 PBG ZH
- c) vorgängige oder gleichzeitige Festlegung der Bau- und Niveaulinien, § 125 Abs. 1 PBG
- d) die Überbauung der neu geformten Grundstücke muss ohne Ausnahmegewilligung und nachbarrechtliche Zustimmung möglich sein, § 126 Abs. 1 PBG ZH
- e) Rücksichtnahme auf Schutzobjekte und bestehende Gebäude, § 127 PBG ZH
- f) alle Grundstücke innerhalb des Plangebietes müssen erschlossen sein, § 128 PBG ZH
- g) die Grundeigentümer sollen bei der Neuzuteilung Grundstücke in gleichwertiger Lage und im Verhältnis zur Fläche ihres Altbestands erhalten, § 139 PGB ZH
- h) keine Verletzung des Anspruchs auf Realersatz, grundsätzlich ist ein Geldausgleich nicht möglich, § 141 PBG ZH

Diese materiellen Grundsätze werden zum Teil in der dazugehörigen Quartierplanverordnung des Kantons Zürich noch detaillierter umschrieben, § 1 ff. Quartierplanverordnung ZH.

4.3 Quartierplanverfahren und Rechtsschutz

4.3.1 Einleitungsphase

Das Quartierplanverfahren wird auf Gesuch eines Grundeigentümers oder durch den Gemeinderat von Amtes wegen eingeleitet, § 147 PBG ZH. Der Einleitungsbeschluss wird öffentlich

bekannt gemacht und gleichzeitig den Quartierplanbetroffenen schriftlich mitgeteilt. Gegen den Einleitungsbeschluss kann Rekurs an die Baudirektion erhoben werden, § 331 lit. c PBG ZH. Anschliessend kann an das kantonale Verwaltungsgericht (§ 41 VRG ZH) und mit einer staatsrechtlichen Beschwerde (Art. 87 OG) ans Bundesgericht gelangt werden. Ist über sämtliche Rechtsmittel entschieden, bedarf es für die Einleitung des Verfahrens zusätzlich eine Genehmigung durch die Baudirektion. Gegen eine Nichtgenehmigung steht der Rechtsmittelweg an den Regierungsrat, anschliessend an das kantonale Verwaltungsgericht offen.

4.3.2 Planungsphase

Gemäss § 151 PBG ZH lässt der Gemeinderat einen ersten Entwurf des Quartierplans ausarbeiten, welcher den Grundeigentümern in einer ersten Versammlung vorgelegt und erläutert wird, § 152 PBG ZH. Der genaue Inhalt des Quartierplanentwurfs ergibt sich aus § 27 der Quartierplanverordnung ZH. Aufgrund der mündlichen und schriftlichen Einwendungen wird ein überarbeiteter Entwurf innert 6 Monaten erstellt und aufgelegt, § 153 PBG ZH. Innert dieser Auflagefrist müssen die Beteiligten ihre Begehren stellen. Diese können in einem allfällig späteren Rekursverfahren grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, da mit der fortschreitenden Planbearbeitung eine Berücksichtigung kaum mehr möglich ist. An einer zweiten Quartierplan-Versammlung wird der überarbeitete Entwurf erläutert, zu den Begehren Stellung genommen und die verbleibenden Differenzen bereinigt.

4.3.3 Vollzugsphase

Anschliessend wird der bereinigte Plan vom Gemeinderat festgesetzt, § 157 PBG ZH. Der Festsetzungsbeschluss wird entweder durch die Baudirektion (ohne Vorbehalt) oder durch den Regierungsrat (bei Vorbehalt) genehmigt, § 159 iVm. § 2 lit. a und b PBG ZH. Dagegen kann Rekurs an die Baurekurskommission geführt werden. Deren Entscheid ist wiederum an das kantonale Verwaltungsgericht weiterziehbar. Mit der Genehmigung treten die durch den Quartierplan festgesetzten Rechtsverhältnisse von Gesetzes wegen an die Stelle der bisherigen, § 160 Abs. 1 PBG ZH. Die entsprechenden Mutationen sind im Grundbuch vorzunehmen. Zudem werden allfällige Entschädigungen und Vergütungen fällig.

5. Verhältnis Zonenplanänderung und Neuformung Grundstücke

Wie unter Ziff. 4.2 angeführt, beschränkt sich der Quartierplan auf Bauzonen, § 124 PBG ZH iVm. § 27 Quartierplanverordnung ZH. Nur bei Vorliegen besonderer Verhältnisse darf das Quartierplangebiet auch darüber hinausreichen und etwa Parzellen in der Landwirtschaftszone miteinschliessen. Ohne vorhergehende Einzonung des der Reservezone zugehörigen Gebietes in die Bauzone ist deshalb die Einleitung eines Quartierplanverfahrens zur Erschliessung und Landumlegung der Parzellen nicht möglich. Ferner basieren die Verkehrswerte der eingezonten Grundstücke auf der Nutzungsmöglichkeit gemäss neuer Zonenordnung, in unserem Fall der Bauzone. Erst nach Feststellung der einzelnen Verkehrswerte lassen sich die einbezogenen Grundstücke mittels Landumlegung neu zuteilen. Sinnvoll wäre es, Zonenplanänderung und Neuformung der Grundstücke zeitgleich vorzunehmen. So könnte verhindert werden, dass das Land zwar eingezont, aber aufgrund eines gescheiterten Quartierplanverfahrens dennoch nicht überbaut werden kann.

6. Verhältnis zwischen Erschliessungsstrasse und Neuformung der Grundstücke

6.1 Erschliessungsstrassen

§ 236 PBG ZH bestimmt, dass ein Grundstück erschlossen ist, wenn es für die darauf vorgesehenen Bauten und Anlagen genügend zugänglich ist. Dies bedingt somit eine der Art, Lage und Zweckbestimmung der in der Bauzone zu erstellenden Bauten entsprechende Zufahrt für die Fahrzeuge der öffentlichen Dienste und der Benützer. Bei grösseren Überbauungen muss überdies die Erreichbarkeit mit dem öffentlichen Verkehr gewährleistet sein. Je nach Grad der Erschliessung sind Hauptstrassen der Grund-, Strassen und Wege der Grob-, Quartierstrassen der Feinerschliessung zuzuordnen. Der Begriff der Erschliessung durch Strassen ist daher nach Art. 19 Abs. 1 RPG (hinreichende Zufahrt) und § 236 PBG ZH (genügende Zugänglichkeit) ein "beweglicher Begriff". Darum ist jeweils im Einzelfall aufgrund der beanspruchten Grundstücksnutzung zu prüfen, ob die Erschliessung verhältnismässig ist.

6.2 Reihenfolge

Art. 19 Abs. 2 RPG verpflichtet das Gemeinwesen zur zeitgerechten Erschliessung der Bauzonen. Nutzungs- und Erschliessungsplanung müssen also im Gleichschritt einhergehen. Eine Einzonung von Land in die Bauzone ist nur dann sinnvoll, wenn dieses Land durch Erschliessung auch überbaubar gemacht wird. Die Erschliessungsplanung hat sich daher grundsätzlich nach der Nutzungsplanung zu richten. Wie unter der Ziff. 4.1.3 dargelegt, dient der Quartierplan gleichzeitig der Landumlegung und der Erschliessung. Innerhalb des Quartierplangebietes müssen alle Grundstücke durch den Quartierplan erschlossen werden, § 128 Abs. 1 PBG. Massgebend für den Zeitpunkt der Festlegung ist § 125 Abs. 1 PBG ZH: "Vor oder mit dem Quartierplan sind für die öffentlichen Strassen, die sein Gebiet begrenzen oder durchkreuzen, sowie für die Quartierstrassen und andere Verkehrsanlagen Bau- und Niveaulinien festzusetzen."

7. Quartierplanbann

Nach rechtskräftiger Einleitung des Quartierplanverfahrens (vgl. Ziff. 4.3.1) dürfen tatsächliche oder rechtliche Änderungen an den Grundstücken nur mit Bewilligung des Gemeinderates vorgenommen werden, § 150 PBG ZH. Damit die Aufstellung und der Vollzug des Quartierplans nicht verunmöglicht oder erschwert werden können, ist der Quartierplanbann im Grundbuch anzumerken. Erst nach Vollzug des Quartierplans wird er wieder gelöscht.

Fraglich ist, ob A seine Parzelle überhaupt behalten kann. § 139 PBG ZH bestimmt, dass die Grundeigentümer nur "nach Möglichkeit" geeignete Parzellen in gleichwertiger Lage und im Verhältnis zur bisherigen Fläche des Altbestandes erhalten. Da gemäss Sachverhalt die Parzelle des A nicht bebaut ist, kommt § 139 Abs. 2 PBG ZH auch nicht zum Tragen, welcher die Zuweisung bereits bebauter Parzellen an den bisherigen Grundeigentümer "in der Regel" vorsieht. Ferner ist zu bedenken, dass die Parzelle womöglich noch Änderungen bezüglich ihrer dinglichen Belastung erfährt (Eigentumsbeschränkungen, Dienstbarkeiten, Grundlasten, persönliche Rechte) was sich auf die Ausnutzung und Baufinanzierung erheblich auswirkt. Aus diesen Gründen ist ein Anspruch des A auf Erteilung einer Baubewilligung vor Abschluss des Quartierplanverfahrens zu verneinen.

8. Anspruch auf Einzonung

Es liegt im Wesen der Zonenplanung, dass Zonen neu gebildet werden und irgendwo abgegrenzt werden müssen. Daraus folgt, dass Grundstücke ähnlicher Art und Lage baurechtlich anders behandelt werden können und demnach auch verschiedenen Nutzungen zuweisbar sind.

Verfassungsrechtlich genügt es, wenn die Festlegung der Zonengrenze sachlich vertretbar und nicht willkürlich ist. Unabhängig davon, ob es sich bei der betroffenen Parzelle um bereits erschlossenes oder erst erschliessbares Land handelt, hat X daher grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Einzonung. Würde die Parzelle nach den gesetzlichen Vorschriften aber in eine Bauzone gehören oder wiesen Vorgeschichte bzw. Erschliessungsplanung auf eine zukünftige Einzonung hin, liesse sich allenfalls ein Gebot dazu ableiten. Damit X nicht über Jahre im Ungewissen über die mögliche Nutzung seiner Parzelle bleibt, hat er gemäss § 65 PBG ZH die Möglichkeit, die Bauzonendimensionierung überprüfen zu lassen. Dieser Anspruch kann jedoch frühestens acht Jahre nach der Festsetzung oder Revision des Zonenplans geltend gemacht werden.

9. Entschädigungsrechtliche Folgen

Abzuklären gilt, ob die Gemeinde S die Nichteinzonung (vgl. oben Ziff. 3.3 lit. c) der Parzelle von X zu entschädigen hat. Da das Grundstück bisher keiner RPG-konformen Bauzone zugeteilt war, ist die Einteilung nicht als Auszonung sondern als Nichteinzonung zu qualifizieren, welche grundsätzlich keine Entschädigungspflicht der Gemeinde S bewirkt. Bei folgenden durch die Rechtssprechung entwickelten Tatbeständen ist ausnahmsweise dennoch Ersatz für den Minderwert zu leisten:

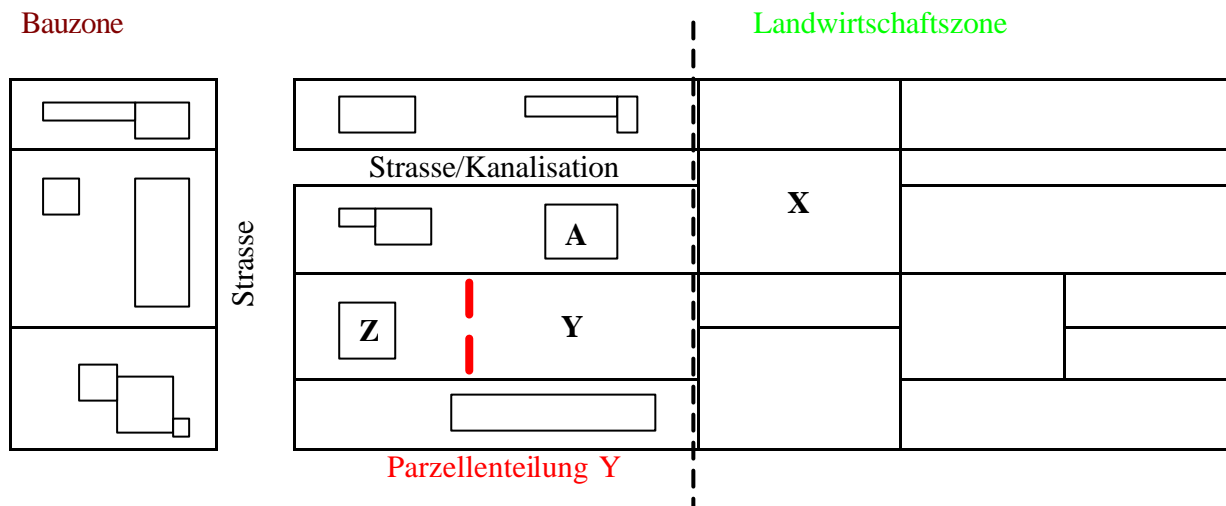
- a) bei einer Verletzung des Vertrauensschutzes
- b) falls es sich um weitgehend überbautes Gebiet handelt
- c) wenn es sich um überbaubares oder groberschlossenes Land handelt, welches von einem Kanalisationsprojekt erfasst ist und für die Erschliessung und Überbauung bereits erhebliche Kosten aufgewendet wurden

In unserem Fall prüfte das BGer lit. c und hielt fest: Wäre die Liegenschaft von X tatsächlich eingezont worden, hätte X die Parzelle "aus eigener Kraft in naher Zukunft sehr wahrscheinlich" nicht überbauen können, da das Grundstück ebenfalls in den Perimeter des Quartierplanverfahrens gefallen wäre. Aufgrund der entgegenstehenden Quartierplanpflicht ist die Parzelle nicht baureif. Ein Anspruch auf Entschädigung besteht daher nicht.

Fall 6b Notweg

D. Sachverhalt (vgl. BGer-Urteil 1P.246/2002 vom 18. Februar 2003)

Nach der teilweisen Einzonung der Reservezone in die Bauzone und durchgeführtem Quartierplanverfahren (vgl. Fall 6a vorne) erstellt Y auf seinem Grundstück ein Haus. Einige Jahre später teilt Y sein Grundstück in zwei Parzellen auf und verkauft den westlichen Teil samt Haus an Z. Den östlichen Teil, welcher bisher als Obstgarten diente, will Y nun ebenfalls überbauen.



E. Problemkreise

- Vorrang des Quartierplanverfahrens gegenüber zivilrechtlichem Notweg nach Art. 694 ZGB
- Rechtsmittel gegen/im Quartierplanverfahren
- Kostentragung des Verfahrens

F. Lösungsskizze

10. Fehlende Erschliessung

Um den östlichen Teil der Liegenschaft überbauen zu können, benötigt Y eine Baubewilligung. Damit eine solche erteilt wird, muss die Baute dem Zweck der Nutzungszone entsprechen und das Land erschlossen sein, Art. 22 Abs. 2 lit. a und b. Während die Zonenkonformität (Baute in der Bauzone) gegeben ist, fehlt es für den östlichen Teil der Parzelle an der notwendigen Erschliessung. Um diese herzustellen, stehen Y zwei Möglichkeiten offen:

10.1 Notwegrecht

Hat ein Grundeigentümer keinen genügenden Weg von seinem Grundstück auf eine öffentliche Strasse, so kann er nach Art. 694 Abs. 1 ZGB beanspruchen, dass ihm die Nachbarn gegen volle Entschädigung einen Notweg einräumen. Der Anspruch dürfte sich in erster Linie gegen den Nachbarn Z richten, dem die Gewährung des Notweges (der früheren Eigentums- und

Wegverhältnissen wegen) am ehesten zugemutet werden darf. In zweiter Linie dürfte sich der Anspruch gegen den Eigentümer der südlich von Y liegenden Parzelle richten, da für diesen die Einräumung des Notwegs am wenigsten schädlich ist.

10.2 Quartierplanverfahren

Wie unter Ziff. 4.1.3 ausgeführt, dient der Quartierplan gleichzeitig der Erschliessung und Landumlegung, § 123 ff. PBG ZH.

10.3 Vorrang des Quartierplanverfahrens

Die öffentlichrechtlichen Erschliessungsregelungen gehen der Einräumung eines zivilrechtlichen Notwegs vor. Y ist daher nicht verpflichtet, zunächst mit seinen Nachbarn auf dem zivilrechtlichen Weg eine gütliche Lösung für die fehlende Erschliessung zu suchen.

11. Rechtsmittel

11.1 Rekurs gegen den Einleitungsbeschluss

Gegen den Einleitungsbeschluss kann Rekurs an die Baudirektion erhoben werden, § 331 lit. c PBG ZH. Das Rechtsmittel greift jedoch ins Leere, da die gesetzlichen Voraussetzungen für die Einleitung des Quartierplanverfahrens gegeben sind. Das Verfahren muss grundsätzlich durch die zuständige Behörde eröffnet werden. Fraglich ist höchstens, ob die Einleitung deswegen im Ergebnis unhaltbar ist und in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft, weil Y seine Wegnot selbst verursacht hat. Allerdings ist zu bedenken, dass ja gerade im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens noch völlig offen ist, wie die Parzelle von Y erschlossen wird. Insofern entstehen den übrigen durch den Quartierplan betroffenen Eigentümern (abgesehen vom Quartierplanbann) noch keine Nachteile.

11.2 Einwendungen/Begehren im Quartierplanverfahren

Sämtliche Grundeigentümer, deren Parzellen in den Quartierplan-Perimeter fallen, haben die Möglichkeit, bereits bei der Ausarbeitung des Quartierplanentwurfs ihre Einwendungen und später während der Auflagefrist ihre Begehren vorzubringen. Es könnte wie folgt argumentiert werden:

- es ist unsinnig, ein Quartierplanverfahren für die Erschliessung einer einzigen Parzelle durchzuführen
- die ursprüngliche Parzelle war bis zum Verkauf des Westteils an Z erschlossen
- die Wegnot wurde durch X selbst verursacht
- X hätte bereits bei der Aufteilung der Parzelle eine hinreichende Erschliessung des Ostteils sicher stellen müssen
- es scheint stossend, dass ein privates Problem des X nun auf "Kosten" (Abtretung von Land gegen Entschädigung) anderer Eigentümer gelöst werden muss

Trotz allem kann die Durchführung des Quartierplanverfahrens wohl nicht verhindert werden.

12. Kostentragung

Da die Durchführung des Quartierplanverfahrens einzig im Interesse des X ist, dürfte die Kostentragung somit X allein treffen. Dies scheint auch gerechtfertigt, konnte Y doch den Westteil seiner Parzelle an Z zu einem weit höheren Preis verkaufen, als wenn auf diesem Teil des Grundstückes noch ein Notwegrecht als dingliches Recht lasten würde.

Fall 7 Grümelhütte

A. Sachverhalt (BGE 128 II 222)

X ist Eigentümer eines Landwirtschaftsbetriebes in Untertann, Gemeinde Oberägeri. Zu dem auf 900 m. ü. M. gelegenen Hof gehören 10 ha Land sowie 11 ha Wald mit einem auf 1050 m. ü. M. ausserhalb der Bauzone stehenden Weidstall im Gebiet Grümel. Vom Hof her ist der Stall in 20- bis 25-minütiger Fusswegdistanz über einen steilen Weg oder ebenfalls zu Fuss über den Raten/Gottschalkenberg und den in rund 50 bis 60 Metern an der Hütte vorbeiführenden Panoramaweg "Ägerital" erreichbar. Mit dem Fahrzeug gelangt man einzig über den Raten/Gottschalkenberg und über eine private Waldstrasse zur Hütte, wobei diese Strasse nicht ganz bis zum Weidstall führt.

Nachdem der Weidstall seit 1964 nicht mehr als Weidscheune benötigt worden war, verwendeten die Eheleute X ihn zunächst als Freizeit-, Arbeits- und Wochenendhütte für die Familie, ab dann auch als Raststätte für Wanderer. Zu diesem Zweck haben sie unter anderem eine Küche bzw. eine Kochnische und ein WC eingebaut, ein Zimmer im Obergeschoss eingerichtet sowie einen kleinen Vorplatz von ca. 1 Meter Höhe aufgeschüttet.

Am 5. November 1996 reichten die Eheleute X beim Gemeinderat Oberägeri ein Gesuch um Erteilung eines Patentes zur Alkoholabgabe im Weidstall ein. Anlässlich des vom Gemeinderat daraufhin zur Aufnahme des baulichen Zustandes durchgeführten Augenscheins wurden die Veränderungen festgestellt. Auf Aufforderung der Bauverwaltung Oberägeri hin reichten die Eheleute X am 7. April 1997 ein nachträgliches Baugesuch für die bereits erfolgten Umbauten sowie für die Nutzungsänderung der Weidhütte in eine kleine Alpwirtschaft mit Schlafmöglichkeit ein. Zudem sollte gleichzeitig die Treppe ins Obergeschoss verlegt und der Kamin saniert werden.

B. Problemkreise

- Bewilligungsverfahren und -arten
- Koordination der Verfahren
- Baubewilligung (Qualifikation, Zweck, Ins tanzenzug, Legitimation)
- ordentliche Baubewilligung nach Art. 22 RPG
- Ausnahmbewilligungen nach Art. 24, 24a und 24b RPG
- Begriff der Betriebsnähe (örtlich/sachlich)

C. Lösungsskizze

1. Hängige Bewilligungsverfahren

Im vorliegenden Fall reichen X beim Gemeinderat Oberägeri ein Gesuch um Erteilung eines Patentes zur Alkoholabgabe und bei der Bauverwaltung Oberägeri ein nachträgliches Baubewilligungsgesuch ein. Somit sind zwei Bewilligungsverfahren hängig.

2. Bewilligungsarten

2.1 Polizeibewilligung

Die Polizeibewilligung ist eine Verfügung, die (auf Gesuch hin) eine aus polizeilichen Gründen unter Bewilligungspflicht stehende Tätigkeit erlaubt. Die Verfügung stellt fest, dass die Tätigkeit mit den polizeilichen Vorschriften übereinstimmt. Ziel ist es, Polizeigüter wie öffentliche Sittlichkeit, öffentliche Ordnung und Sicherheit, Gesundheit, etc. zu schützen. Neben dem Begriff der Polizeibewilligung finden die Bezeichnungen Polizeierlaubnis, Bewilligung, Erlaubnis und Patent als Synonyme Anwendung. Die Baubewilligung und das Gastwirtschaftspatent sind Beispiele für eine Polizeibewilligung.

2.2 Wirtschaftspolitische Bewilligungen

Eine Tätigkeit kann auch aus anderen als polizeilichen Gründen bewilligungspflichtig erklärt werden. Gestützt auf die 7. Übergangsbestimmung zu Art. 103 BV können die Kantone etwa für die Führung von Gastwirtschaftsbetrieben mit Alkoholausschank und für den Kleinverkauf alkoholischer Getränke nicht nur aus polizeilichen Gründen eine Bewilligungspflicht vorsehen, sondern die Erteilung zusätzlich von einem Bedürfnisnachweis abhängig machen. Diese wirtschaftspolitische Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit dient zur Existenz-Sicherung der anderen Branchenangehörigen vor übermässiger Konkurrenz. Bei der Prüfung des Bedürfnisses ist auf die Anzahl gleichartiger Betriebe abzustellen: Es ist daher zu berücksichtigen, dass es verschiedene Arten von Gastwirtschaftsbetrieben gibt (Café, Bar, Dancing, Quartierrestaurant, Luxusrestaurant, Bergbeiz) für die ganz unterschiedlich grosse Bedürfnisse bestehen.

2.3 Nutzungsbewilligung

Öffentliche Sachen sind alle Sachen, deren sich der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben bedient. Folgende Arten von Öffentlichen Sachen lassen sich unterscheiden:

- a) Finanzvermögen: dient nur mittelbar der Erfüllung staatlicher Aufgaben, realisierbare Aktiven (Wertschriften, Bargeld, Liegenschaften)
- b) Verwaltungsvermögen: Gebrauchswerte, welche nicht der Allgemeinheit sondern nur den Behörden oder einem beschränkten Nutzungskreis dienen (Verwaltungsgebäude, Schulhäuser, Fahrzeuge und Anlagen eines staatlichen Verkehrsbetriebes)
- c) Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch: dienen unmittelbar der Erfüllung staatlicher Aufgaben, nicht realisierbar, stehen allen Privaten zur Benützung offen (Strassen, Plätze, Bahnhöfe, Seen, Flüsse)

Je nach Nutzungsintensität bzw. Gebrauchsrecht von Öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch (vgl. oben Ziff. 2.3 lit c) muss eine Nutzungsbewilligung vorliegen oder nicht:

- c1) Gemeingebrauch: Gemeingebrauch ist die Benutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch, die bestimmungsgemäss und gemeinverträglich ist und grundsätzlich jedermann (dh. einer unbestimmten Anzahl von Benutzern gleichzeitig), ohne Erteilung einer Erlaubnis unentgeltlich offensteht. (Schwimmen im See)
- c2) Gesteigerter Gemeingebrauch: Gesteigerter Gemeingebrauch ist diejenige Benutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch, die nicht mehr bestimmungsgemäss oder gemeinverträglich ist und andere Benutzer wesentlich einschränkt, aber nicht ausschliesst. Sie ist normalerweise bewilligungspflichtig. (Entnahme von Kies und Sand aus dem See)
- c3) Sondernutzung: Sondernutzung ist derjenige Gebrauch einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch, der nicht bestimmungsgemäss ist, bei welchem die Berechtigten eine ausschliessliche Verfügung über einen Teil der Sache erhalten (Ausschluss der anderen Berechtigten) und der die Erteilung einer Konzession voraussetzt. (Errichtung eines Bootssteiges)

2.4 Konzession

Die Konzession ist die Verleihung des Rechts zur Sondernutzung (faktisches Monopol) einer öffentlichen Sache (siehe Ziff. 2.3 oben) oder zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit (rechtliches Monopol). Letzteres setzt voraus, dass ein entsprechendes staatliches Monopol vorliegt: Der Staat muss das Recht haben, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit unter Ausschluss aller anderen Personen auszuüben oder durch Dritte ausüben zu lassen. Rechtliche Monopole beruhen auf einem Rechtssatz und werden in unmittelbar (Eisenbahnmonopol, Art. 87 BV) und mittelbar rechtliche Monopole (obligat. Unfallversicherung bei der SUVA) unterschieden.

3. Verhältnis der beiden Bewilligungsverfahren zueinander

3.1 Unabhängigkeit

Sind unterschiedliche rechtliche Aspekte tangiert, macht das Zusammenlegen einzelner Bewilligungsverfahren wenig Sinn: Diese sind daher getrennt und durch die jeweils zuständige Behörde zu behandeln. Die Vergabe eines Alkohol-Patents hängt vom Vorliegen persönlicher Voraussetzungen (charakterliche Eignung, Gewähr einer einwandfreien Betriebsführung), von der Einhaltung der Hygienevorschriften und auch von der baulichen Infrastruktur ab. Insofern besteht zwischen dem Gesuch um Erteilung eines Patentes zur Alkoholabgabe und dem nachträglichen Baugesuch ein Zusammenhang, welcher eine Koordination der beiden hängigen Bewilligungsverfahren zulassen würde.

3.2 Koordination

Grundsätzlich stehen drei Modelle zur Verfügung:

- a) Beim Konzentrationsmodell (materielle Koordination) entscheidet eine Behörde. Dieser obliegt der alleinige materielle Entscheid in sämtlichen Fragen der koordinierten Verfahren.
- b) Beim Koordinationsmodell bleibt zwar der materiellrechtliche Entscheid den einzelnen Behörden in getrennten Verfahren vorbehalten, doch werden die Verfahren aufeinander abgestimmt (formelle Koordination).
- c) Beim Separationsmodell liegt keine Koordination im obigen Sinne (lit. a und b) vor.

3.3 Koordinations-Grundsätze gemäss RPG

Erfordert die Errichtung oder Änderung einer Baute Verfügungen mehrerer Behörden, so muss gemäss Art. 25a Abs. 1 RPG eine Behörde bezeichnet werden, welche für ausreichende Koordination zu sorgen hat. Neben einer formellen Koordination (verfahrensleitende Anordnungen, gemeinsame Auflage, gemeinsame oder gleichzeitige Eröffnung von Verfügungen, etc.) trägt die Behörde zum Teil auch Verantwortung für die materielle Koordination (inhaltliche Abstimmung, Widerspruchsfreiheit der Verfügungen), Art. 25a Abs. 2 lit. a bis d und Abs. 3 RPG. Grundsätze über die Koordination von bau- und nichtbaurechtlichen Bewilligungsverfahren, welche in einem sachlichen Zusammenhang stehen, finden sich in Art. 25a RPG keine.

4. Baubewilligung

4.1 Rechtsnatur

Die Baubewilligung ist eine Verfügung. Der hoheitlich-einseitige Verwaltungsakt dient der Regelung eines individuell-konkreten Einzelfalles und wendet öffentliches Baurecht an. Wie unter Ziff. 2.1 oben ausgeführt, wird die Baubewilligung als Polizeibewilligung qualifiziert. Entspricht das Bauvorhaben den baurechtlichen Vorschriften, besteht ein Anspruch auf Erteilung der Bewilligung. Dabei müssen nicht nur die Bestimmungen des Baupolizeirechts, sondern auch die übrigen Rechtsnormen (USG, WaG, GschG, LRV, LSV, UVPV etc.) eingehalten werden. Die Erteilung einer Baubewilligung begründet keine neuen Rechte, welche etwa unter die Eigentums-garantie fallen würden. Es wird lediglich festgestellt, dass das Projekt mit den Bauvorschriften vereinbar ist und damit das generelle Bauverbot aufgehoben wird. Da der zu prüfenden Behörde bei ihrem Entscheid ein gewisser Ermessensspielraum zukommt, handelt es sich bei der Baubewilligung nicht nur um eine blosser Feststellungs- sondern Gestaltungsverfügung. Baubewilligungen sind verbindlich und können bei Nichteinhaltung unter Umständen auch zwangsweise durchgesetzt werden.

4.2 Zweck

Die Baubewilligung ist ein präventives Instrument und dient dementsprechend der vorgängigen Kontrolle. Wenn die Einhaltung der baurechtlichen Vorschriften immer erst nach der Erstellung der Gebäude überprüft werden könnte, müsste bei Verstössen gegen das Baurecht das betreffende Gebäude entweder ganz oder teilweise abgerissen werden bzw. es dürfte trotz der Baurechtswidrigkeit bestehen bleiben. Beide Situationen wären unbefriedigend und können durch das vorhergehende Baubewilligungsverfahren vermieden werden. Insofern ist die generelle Bewilligungspflicht für Bauten und Anlagen eine verhältnismässige und im öffentlichen Interesse liegende Einschränkung der Baufreiheit. Mittels eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens können widerrechtlich erstellte Bauten (allenfalls durch die Erteilung einer Ausnahmbewilligung) dem rechtmässigen Zustand zugeführt und die formelle Widerrechtlichkeit beseitigt werden. Unabhängig davon ist zu prüfen, ob im betreffenden Fall eine Bestrafung aufgrund der Verletzung von Bauvorschriften in Betracht zu ziehen ist.

5. Rechtsmittelverfahren

5.1 Rechtsmittel/Instanzen

Baurechtliche Entscheide können jeweils von weiteren Behörden überprüft werden. Damit eine Überprüfung aber überhaupt stattfinden kann, muss der von einer Bauverfügung Betroffene ein Rechtsmittel einlegen. Art. 33 Abs. 2 RPG schreibt vor, dass das kantonale Recht wenigstens ein Rechtsmittel gegen Verfügungen vorsehen muss, die sich auf das RPG und die kantonalen und eidgenössischen Ausführungsbestimmungen stützen. Dieses Rechtsmittel muss eine volle Überprüfung des Baurechtsentscheids, also inklusive der Prüfung allfälliger Ermessensfragen, gewährleisten, Art. 33 Abs. 3 RPG. Rechtsmittel kann eine Beschwerde/ein Rekurs (richtet sich an die im Verfahren übergeordnete Behörde) oder eine Einsprache (richtet sich an die verfügende Behörde) sein. Im Gegensatz dazu stellen Einwendungen keine Rechtsmittel dar, da sich diese (noch vor Erlass der Verfügung) an die verfügende Behörde richten.

Das Rechtsmittelverfahren ist nicht für alle Baurechtsentscheide dasselbe. Je nach Einzelfall müssen unterschiedliche Rechtsmittel eingelegt und verschiedene Instanzen angerufen werden.

5.1.1 Ordentliche Baubewilligung

Ist bei einer zonenkonformen Baute innerhalb der Bauzone die entsprechende ordentliche Baubewilligung strittig, sieht der Instanzenzug (im Kanton Zug) wie folgt aus:

- kommunale Baubehörde (Gemeinderat) erlässt Verfügung (ordentliche Baubewilligung)
- Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat des Kantons Zug
- Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans kantonale Verwaltungsgericht Zug
- staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht (Art. 34 Abs. 3 RPG)

5.1.2 Ausnahmbewilligung

Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen fallen in die Zuständigkeit kantonaler Behörde, Art. 25 Abs. 2 RPG. Vor Bundesgericht ist zudem eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde einzulegen:

- unter Zustimmung der kantonalen Baudirektion des Kantons Zug erlässt die kommunale Baubehörde (Gemeinderat) Verfügung (Ausnahmbewilligung)
- Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat des Kantons Zug
- Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans kantonale Verwaltungsgericht Zug
- Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht (Art. 34 Abs. 1 RPG)

5.2 Legitimation

Wer ein Rechtsmittel einlegen will, muss faktisch betroffen sein und ein aktuelles Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung haben. Neben dem Adressaten X wären somit auch Dritte beschwerdeberechtigt. Diese müssten aber nachweisen, dass sie aus der Aufhebung oder Änderung der Verfügung einen faktischen Nutzen ziehen, den die Allgemeinheit nicht hätte. Daneben können Verbände zu Verbandsbeschwerden legitimiert sein. Bei einer egoistischen Verbandsbeschwerde muss der Verband über die juristische Persönlichkeit verfügen, die Vertretung der Interessen der Mitglieder durch Beschwerde muss Statutenzweck sein, die konkrete Beschwerdeführung muss im Interesse der Mitglieder liegen und die Mehrheit der Mitglieder muss selbst beschwerdeberechtigt sein. Für eine ideelle Verbandsbeschwerde ist eine ausdrückliche Ermächtigung in einem Gesetz notwendig, wie etwa in Art. 55 USG oder Art. 12 NHG. Gerade in unserem Fall kommt auch dem Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) die Beschwerdelegitimation zu. Gemäss Art. 48 Abs. 1 RPVO ist das Amt zur Erhebung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde nach Art. 34 Abs. 1 RPG berechtigt.

6. Raumplanung

6.1 Ziele der Raumplanung

Gemäss Verfassungsauftrag in Art. 75 BV dient die Raumplanung der zweckmässigen und haushälterischen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedelung des Landes. Zweckmässige Nutzung des Bodens bedeutet, dass den verschiedenen Funktionen des Bodens (als Grundlage für Wohnen, Arbeiten, Erholung) in angemessener Weise Rechnung zu tragen ist. Dem Boden sind daher diejenigen Nutzungen zuzuweisen, für die er sich eignet und nach denen aufgrund der gemeinschaftlichen Ziele Bedarf besteht. Das Ziel der haushälterischen Bodennutzung konkretisiert das Nachhaltigkeitsprinzip (Art. 73 BV) für den Bereich der Raumplanung. Weil der Boden Lebensgrundlage bildet und ein knappes Gut darstellt, soll damit sparsam umgegangen werden. Eine geordnete Besiedelung des Landes begrenzt die Siedlungstätigkeit auf vernünftig dimensionierte Baugebiete und stimmt Nutzungsordnung und Infrastruktur ab. Das RPG nimmt die Zielgedanken der haushälterischen Nutzung des Bodens und der auf die erwünschte Entwicklung des Landes ausgerichteten Ordnung der Besiedelung in Art. 1 Abs. 1 RPG auf. Diesen wird in Art. 3 RPG eine ganze Reihe von Planungsgrundsätzen zur Seite gestellt. Auch hier lässt sich das Gebot zur Trennung von Siedlungs- und Nichtsiedlungsgebiet ableiten.

6.2 Massnahmen

Das Bundesrecht schreibt eine umfassende Planungspflicht vor. Das ganze Gebiet der Schweiz ist planerisch zu erfassen, weisse Flecken auf den Plankarten sind grundsätzlich nicht zulässig. Die Raumplanungsziele sollen mit einem dichten Plansystem erreicht werden. Als Planungstypen bzw. Planungsebenen sieht das RPG Konzepte und Sachpläne auf Bundesebene, Sachpläne, Richtpläne und Nutzungspläne auf Stufe Kanton, Region und Gemeinde vor. Auf kantonaler Stufe wird das Planungssystem des RPG oft zusätzlich ergänzt (Private als Planungsebene, Sondernutzungspläne). Bedeutsam ist, dass die verschiedenen Zonen eigenständig sind. Zwischen Landwirtschafts- und Bauzone soll es weder zu einer Verflechtung noch zu einer Verwässerung kommen. Zu den weiteren Massnahmen, die auf eine Verwirklichung der raumplanerischen Ziele ausgerichtet sind, zählen etwa die Überprüfung der Zonenkonformität von Bauten und Anlagen, Baukontrollen und das Verhängen von strafrechtlichen Sanktionen.

7. Materielle Prüfung der Bewilligungsvoraussetzungen

7.1 Errichtung einer Weidscheune in der Landwirtschaftszone (vor 1964)

Laut Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet werden. Voraussetzung einer Baubewilligung ist, dass die Baute dem Zweck der Nutzungszone entspricht, und dass das Land erschlossen ist, Art. 22 Abs. 2 lit. a und b RPG. Gemäss Sachverhalt wurde die Grümelhütte bis 1964 als Weidscheune, dh. als Stall für das Vieh, als Heulager und als Unterstand für landwirtschaftliche Geräte benötigt. Ursprünglich diente die Baute also der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung und stellte daher eine zonenkonforme Baute in der Landwirtschaftszone nach Art. 16a Abs. 1 RPG dar. Geht man davon aus, dass die Parzelle über eine hinreichende Erschliessung verfügte, konnte damals eine ordentliche Baubewilligung für eine zonenkonforme Baute in der Landwirtschaftszone erteilt werden, da die gesetzlichen Voraussetzungen nach Art. 22 RPG erfüllt waren.

7.2 Zweckänderung ohne bauliche Änderungen

Seit 1964 wurde die Weidscheune zunächst als Freizeit-, Arbeits- und Wochenendhütte für die Familie, später auch als Raststätte für Wanderer verwendet. Die Grümelhütte diente also nicht mehr der landwirtschaftlichen Nutzung, sondern wurde für Wohn- und Gastwirtschaftszwecke entfremdet. Grundsätzlich unterliegen Bauten, die aufgrund einer Zweckänderung nicht mehr zonenkonform verwendet werden, einem Benutzungsverbot. Gemäss Art. 24a RPG kann jedoch für eine Zweckänderung ohne bauliche Massnahmen (im Sinne von Art. 22 Abs. 2 RPG) ausserhalb der Bauzone eine Ausnahmegewilligung erteilt werden. Vorausgesetzt wird, dass durch die Zweckänderung keine neuen Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt entstehen, und dass die Ausnahmegewilligung nach keinem anderen Bundeserlass unzulässig ist. Eine Standortgebundenheit nach Art. 24 lit. a RPG muss nicht vorliegen. Denkbar ist, dass die Zweckänderung der Grümelhütte in einer ersten Phase noch ohne bauliche Änderungen erfolgte. Die Nutzung als Arbeits-, Wohn-, Schlaf- und Gaststätte dürfte aber nicht ohne negative Auswirkungen auf die nähere Umgebung einher gegangen sein: erhöhtes Aufkommen von Wandernden und Bikern, möglichst nahe Zufahrt mit dem Auto, Zu- und Abtransport von Esswaren, Getränken und Abfällen für den Gastwirtschaftsbetrieb. Gestützt auf Art. 24a RPG erscheint daher die Erteilung einer Ausnahmegewilligung als rechtlich nicht haltbar.

7.3 Zweckänderung mit baulichen Änderungen

Gemäss Sachverhalt machte insbesondere der Betrieb der Raststätte in der Grümelhütte verschiedene bauliche Änderungen notwendig. So wurden unter anderem eine Küche bzw. eine Kochnische und ein WC eingebaut, ein Zimmer im Obergeschoss eingerichtet sowie ein kleiner Vorplatz von ca. 1 Meter Höhe aufgeschüttet. Nach wie vor kann keine ordentliche Baugewilligung erteilt werden, da die geplante Nutzung der Baute dem Zweck der Landwirtschaftszone widerspricht. Da aufgrund der baulichen Massnahmen eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24a RPG ebenfalls nicht mehr in Frage kommt, sind zunächst die allgemeinen Voraussetzungen nach Art. 24 RPG zu prüfen. Demnach können für Bauten (und Zweckänderungen dieser) ausserhalb der Bauzonen Ausnahmegewilligungen erteilt werden, wenn der Zweck der Baute einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Unter Umständen kann eine positive Standortgebundenheit bejaht werden, da der Betrieb einer Alpwirtschaft im Gebiet Grümel auf einen ganz bestimmten Standort angewiesen ist. Um den verschiedenen Ansprüchen gerecht zu werden, sollte die Raststätte vom Panoramaweg "Ägerital" für Wanderer und Biker gut erreichbar sein, wenn möglich an einem Kulminationspunkt liegen, freien Ausblick auf den Ägerisee und Umgebung gewährleisten, eine gewisse Entfernung zur nächsten Verpflegungsmöglichkeit aufweisen, durch die Betreiber innert nützlicher Frist erreichbar sein, Zulieferung und Abtransport von Konsumationsgütern bis in die Nähe per PW erlauben. Da der Standort Grümelhütte sämtliche Kriterien erfüllt, drängt sich dieser für den Betrieb der Raststätte auf. Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung dürfte jedoch an den entgegenstehenden Interessen scheitern. Die Raststätte lässt sich kaum mit den in Art. 1 und 3 RPG formulierten Zielen und Grundsätzen der Raumplanung in Einklang bringen (vgl. dazu Ziff. 6.1 oben). Fraglich ist zudem, ob der Betrieb der Gaststätte den umweltschutzrechtlichen Belangen gemäss USG und den dazu ergangenen Verordnungen Rechnung zu tragen vermag. Insgesamt dürfte das öffentliche Interesse an der Erhaltung der Landschaft und der landwirtschaftlichen Nutzung des Bodens sowie des Weidstalls die rein finanziellen Interessen der X überwiegen.

7.4 Nichtlandwirtschaftlicher Nebenbetrieb ausserhalb der Bauzone

Am 7. April 1997 reichen X ein nachträgliches Baugesuch für die bereits erfolgten Umbauten sowie für die Nutzungsänderung der Weidhütte in eine kleine Alpwirtschaft mit Schlafmöglichkeit

keit ein. Zugleich ersuchen X um eine Baubewilligung für die Verlegung der Treppe ins Obergeschoss und für die Sanierung des Kamins. In ihrem Gesuch machen X geltend, es sei eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24b RPG zu erteilen, da es sich bei der Alpwirtschaft in der Grümelhütte um einen landwirtschaftlichen Nebenbetrieb ausserhalb der Bauzone handelt. Um mit seinem Antrag durchzudringen, müssen laut Art. 24b RPG nachstehende Voraussetzungen erfüllt sein:

- a) Nichtbauzone: Die Hütte liegt in der Landwirtschaftszone, somit ausserhalb der Bauzone.
- b) Bestehendes landwirtschaftliches Gewerbe: X führt in Untertann, Gemeinde Oberägeri, einen Landwirtschaftsbetrieb. Als landwirtschaftliches Gewerbe gilt laut Art. 7 BGGB ein Hof dann, wenn dieser "mindestens die halbe Arbeitskraft einer bäuerlichen Familie beansprucht". Dies entspricht einer Jahresleistung von rund 2100 Stunden, wofür mindestens Fr. 70'000.- Arbeitslohn zu entrichten sind.
- c) Existenzgefährdung: Ohne zusätzliche Einkommensquelle kann das landwirtschaftliche Gewerbe von X wirtschaftlich nicht weiterbestehen.
- d) Bauliche Massnahmen: Zur Einrichtung der Raststätte wurden bereits verschiedene bauliche Massnahmen umgesetzt bzw. um Erteilung einer entsprechenden Bewilligung im nachträglichen Baugesuch angefragt.
- e) Betriebsnähe: vgl. Ziff. 8 unten.
- f) Nichtlandwirtschaftlichkeit: Die Grümelhütte dient nicht mehr landwirtschaftlichen Zwecken, sondern wird als Gastwirtschaft und zum Wohnen genutzt.
- g) Nebenbetrieb: Die Raststätte in der Grümelhütte darf lediglich einen Nebenbetrieb zum Landwirtschaftsbetrieb in Untertann darstellen und nicht Haupteinnahmequelle sein.
- h) Bestehende Baute: Für den Gastwirtschaftsbetrieb braucht keine neue Baute errichtet zu werden, da die vorhandene Grümelhütte dazu verwendet werden kann.
- i) Standortgebundenheit: Gemäss Art. 24b Abs. 1 RPG braucht keine Standortgebundenheit vorzuliegen (vgl. Ziff. 7.3 oben). Daraus lässt sich ableiten, dass auch Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt nach Art. 24a Abs. 1 lit. a RPG erlaubt sind.
- k) Führung des Nebenbetriebs: Der nichtlandwirtschaftliche Nebenbetrieb darf nur "im Nebenamt" durch den Bewirtschafter des Hauptbetriebs, also dem vollamtlich tätigen Bauern X selbst, geführt werden. Unzulässig wäre es, wenn X für den Betrieb der Wirtschaft Servicepersonal einstellen bzw. die Nutzung der Grümelhütte als Gaststätte an einen Dritten übertragen würde.
- l) Grundbuch: Die Existenz des Nebenbetriebes muss im Grundbuch angemerkt werden.

8. Örtliche und/oder sachliche Betriebsnähe?

8.1 Art. 24b Abs. 1 RPG

Wie weit entfernt (örtlich) darf der nichtlandwirtschaftliche Nebenbetrieb (Gaststätte in der Grümelhütte) vom landwirtschaftlichen Hauptgewerbe (Hof in Untertann) liegen? Bedarf es zwischen dem nicht- und dem landwirtschaftlich geführten Betrieb eines inneren (sachlichen) Zusammenhangs? Müssen beide Formen der Betriebsnähe gegeben sein? - Allein gestützt auf den Gesetzeswortlaut von Art. 24b Abs. 1 RPG könnte die Betriebsnähe sowohl örtlich als auch sachlich verstanden werden.

8.2 Art. 40 Abs. 2 RPV

In der Raumplanungsverordnung, vom Bundesrat als Vollziehungsverordnung zum RPG erlassen, wird die Betriebsnähe in Art. 40 Abs. 2 RPV wie folgt umschrieben:

"² Als betriebsnah gilt ein nichtlandwirtschaftlicher Nebenbetrieb, wenn er:

- a. innerhalb des Hofbereichs des landwirtschaftlichen Gewerbes liegt;
- b. so beschaffen ist, dass die Bewirtschaftung des landwirtschaftlichen Gewerbes gewährleistet bleibt;
- c. der Hofcharakter im Wesentlichen unverändert bleibt."

Gestützt auf den Verordnungstext wäre nach lit. a von einer sachlichen Betriebsnähe auszugehen.

8.3 Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 128 II 222)

Aufgrund einer grammatikalischen und historischen Auslegung kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass bei der Beurteilung der Betriebsnähe nichtlandwirtschaftlicher Nebenbetriebe ausserhalb der Bauzone in erster Linie die örtliche Nähe zum landwirtschaftlichen Gewerbe entscheidend ist. Daneben ist jedoch auch die sachliche Nähe zu berücksichtigen. Bezogen auf unseren Sachverhalt lehnte das Bundesgericht die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gestützt auf Art. 24b RPG aus folgenden Überlegungen ab:

Topographie

- die Grümelhütte liegt in einer abgeschiedenen Geländekammer, welche von allen Seiten von Wald umgeben ist; die Waldlichtung ist ca. 200 Meter lang und breit
- zwischen Untertann und Grümelhütte sind 150 Höhenmeter zu überwinden
- der Fussmarsch zwischen Hof und Grümelhütte dauert 25 Minuten, führt durch ein steiles Waldstück von 150 bis 200 Meter Länge, die Distanz beträgt total 500 Meter

Erschliessung

- per Fahrzeug gelangt man nur in 200 Meter Nähe zur Grümelhütte
- es besteht weder ein Strom- noch Wasseranschluss
- in der näheren Umgebung befinden sich keine anderen Bauten, weshalb die Grümelhütte einer Gewerbeinsel ausserhalb der Bauzone gleichkäme

Betriebliche Einheit

- die Grümelhütte liegt nicht innerhalb des Hofbereichs des landwirtschaftlichen Gewerbes
- Gäste nehmen die Grümelhütte als von der Landwirtschaft losgelöste Raststätte wahr
- durch die Produktion von Ökogras und durch Rinderwirtschaft (Sömmerung von Vieh während zweieinhalb Monaten) auf der Grümelalp wird der Betrieb in seiner Gesamtheit nicht als landwirtschaftliches Gewerbe wahrgenommen
- zwar liegt die Grümelhütte an der Wanderroute, doch wird dadurch keine räumliche Beziehung zum Hauptgewerbe in Untertann geschaffen

Betriebszeiten

- der Betrieb der Gaststätte verlangt insbesondere am Samstag und Sonntag längere Abwesenheiten vom Hof, was die Bewirtschaftung des landwirtschaftlichen Hauptgewerbes gefährdet
- hinzu kommt der zeitliche Aufwand für Hin- und Wegbringen von Verpflegung bzw. Abfall, welches beides jeweils zu Fuss erfolgt

9. Fazit

Bei der Grümelhütte handelt es sich somit um eine isoliert stehende Baute ohne räumliche Beziehung zum landwirtschaftlichen Hauptbetrieb in Untertann. Insbesondere ist eine örtliche Betriebsnähe nicht gegeben, weshalb eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24b RPG nicht erteilt werden kann. Folgerichtig müssten daher die baulichen Änderungen beseitigt, der ursprüngliche Zustand wieder hergestellt und die Grümelhütte zukünftig nur noch der landwirtschaftlichen Nutzung zugänglich gemacht werden. - Ein Augenschein vor Ort zeigt hingegen eine ganz andere Rechtswirklichkeit auf!