

Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 24 Abs. 3 VRG. Rechtliches Gehör im Verwaltungsrekursverfahren (OGE 60/2006/76 vom 18. Juli 2008)

Enthält die Rekursantwort neue Tatsachen oder Rechtsgründe, ist zur Gehörswahrung grundsätzlich ein (allenfalls thematisch beschränkter) zweiter Schriftenwechsel anzuordnen, nicht lediglich eine abschliessende gleichzeitige Stellungnahme beider Parteien einzuholen. Hinweis auf das weitgehende Replikrecht nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (E. 2b).

Im verwaltungsinternen Rekursverfahren im Zusammenhang mit einem umstrittenen Grenzbauvorhaben machte der Baugesuchsteller in der Rekursantwort erstmals geltend, es liege ein gegenseitig eingeräumtes Grenzbaurecht vor. Die instruierende Amtsstelle gab hierauf beiden Parteien Gelegenheit, sich abschliessend zu dieser neu aufgeworfenen Frage zu äussern. Im anschliessenden verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren beanstandete der Baugesuchsteller das Vorgehen als Verletzung des rechtlichen Gehörs. Das Obergericht äusserte sich im Beschwerdeentscheid in grundsätzlicher Hinsicht zum gebotenen Vorgehen, stellte aber fest, dass eine allfällige Gehörverletzung im Beschwerdeverfahren geheilt worden sei.

Aus den Erwägungen:

2.– ...

b) Als Verletzung des rechtlichen Gehörs rügt der Beschwerdeführer ..., der instruierende Rechtsdienst des Baudepartements habe den Parteien im Rekursverfahren die Möglichkeit eingeräumt, sich eingeschränkt auf die Frage eines gegenseitig eingeräumten Grenzbaurechts im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels zu äussern. Die Rekurrenten und heutigen privaten Beschwerdegegner hätten sich hierauf aber ... umfassend zu seiner Rekursantwort im Sinn einer Replik geäussert, während ihm ein Duplikrecht vorenthalten worden sei. Der Regierungsrat macht demgegenüber geltend, es sei den Parteien lediglich Gelegenheit geboten worden, zu der in der Rekursantwort enthaltenen neuen Tatsachenbehauptung Stellung zu nehmen. Da diese Stellungnahmen der Parteien keine neuen Tatsachen hervorgebracht hätten,

sei kein zusätzlicher Schriftenwechsel erforderlich gewesen. Im Übrigen habe die Rekursinstanz das Recht ohnehin von Amts wegen anzuwenden. Auch die privaten Beschwerdegegner sind der Auffassung, das vom Regierungsrat praktizierte Vorgehen sei nicht zu beanstanden, zumal die Rekursinstanz den massgeblichen Sachverhalt von Amts wegen ermitteln müsse.

Die Darstellung des Beschwerdeführers trifft jedoch insofern zu, als die Eingabe der Rekurrenten und heutigen privaten Beschwerdegegner ... sich im Sinn einer Replik umfassend zur Rekursantwort der Gegenpartei äusserte, wogegen die Vorinstanz nicht eingeschritten ist. Aus Gründen der Gleichbehandlung wäre es daher allenfalls angezeigt gewesen, auch dem Beschwerdeführer Gelegenheit zu einer umfassenden zweiten Stellungnahme zu geben (vgl. zur Problematik der Entgegennahme von unaufgefordert eingereichten Eingaben auch *Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi*, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, Art. 173 Rz. 1, S. 425). Unabhängig davon hätte der ... angekündigte beschränkte zweite Schriftenwechsel eigentlich bedeutet, dass der Beschwerdeführer sich im Sinn eines echten Schriftenwechsels zur Argumentation der privaten Beschwerdegegner noch hätte äussern können. Aus dem Schreiben des Rechtsdienstes des Baudepartements ergibt sich allerdings, dass die instruierende Amtsstelle effektiv nicht einen beschränkten zweiten Schriftenwechsel durchführen, sondern von beiden Parteien gleichzeitig im Sinn der Gehörswahrung eine Stellungnahme einholen wollte. Dieses Vorgehen rechtfertigt sich dann, wenn die Rechtsmittelinstanz von sich aus auf bestimmte, bisher nicht in den Prozess eingeführte Tatsachen oder Rechtsgründe abstellen will. Handelt es sich aber wie vorliegend um neue Tatsachen oder Rechtsgründe, welche sich aus der Rechtsmittelantwort ergeben, muss grundsätzlich ein (allenfalls thematisch beschränkter) zweiter Schriftenwechsel durchgeführt werden, wie dies die Prozessordnung vorsieht (Art. 24 Abs. 3 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 20. September 1971 [VRG, SHR 172.200]; vgl. dazu auch *Kölz/Bosshart/Röhl*, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 26 Rz. 32 ff., insbesondere Rz. 37, S. 487 ff.).

Es ist daher fraglich, ob es zulässig war, stattdessen gleichzeitig von allen Parteien eine abschliessende Stellungnahme zu verlangen, womit sich der Beschwerdeführer zur ihm bisher nicht bekannten Argumentation der privaten Beschwerdegegner hinsichtlich der Frage des Grenzbaurechts, welcher sich der Regierungsrat im Ergebnis angeschlossen hat, nicht mehr äussern konnte. Dies gilt umso mehr deshalb, weil das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) einer Prozesspartei unabhängig davon, ob eine eingereichte Stellungnahme neue Tatsachen oder Argumente enthält und ob sie die ent-

scheidende Instanz tatsächlich zu beeinflussen vermag, ein Replikrecht zugesteht. Entsprechende Stellungnahmen sind daher der Gegenpartei – was vorliegend nicht geschehen ist – zumindest rechtzeitig vor dem Entscheid zur Kenntnisnahme zuzustellen, damit diese von ihrem Replikrecht gegebenenfalls Gebrauch machen kann (vgl. dazu BGE 133 I 98 ff., 100 ff., mit weiteren Hinweisen). Ein entsprechendes Replikrecht hat das Bundesgericht bisher allerdings nur für das gerichtliche Verfahren angenommen, für das Verwaltungsverfahren aber offen gelassen (so ausdrücklich in BGE 133 I 99 E. 2.1), doch handelt es sich bei Art. 29 Abs. 2 BV um eine allgemeine Verfahrensgarantie, und es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb diese nicht zumindest auch für streitige Verwaltungsverfahren gelten soll (Rekursverfahren gemäss Art. 16 ff. VRG; vgl. dazu auch OGE 60/2007/64 vom 30. April 2008, E. 2b, S. 4 [Frage damals noch offen gelassen]).

Die heiklen Fragen betreffend das rechtliche Gehör brauchen hier jedoch nicht abschliessend entschieden zu werden, da eine allfällige Gehörsverletzung im Rekursverfahren vor Regierungsrat durch die Äusserungsmöglichkeiten des Beschwerdeführers im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren vor Obergericht geheilt werden kann, zumal es sich bei der umstrittenen Frage des Grenzbaurechts nicht um eine Ermessens-, sondern um eine Sachverhalts- und Rechtsfrage handelt, welche das Obergericht in vollem Umfang überprüfen kann und muss (Art. 36 Abs. 1 VRG; zur Heilung von Gehörsverletzungen auch BGE 133 I 105 E. 4.9 und allgemein *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 986 f., S. 204).