

# **BGE BGE 98 Ia 112 vom 1. Januar 1972**

Bundesgericht (BGE), 1972-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_98\\_Ia\\_112](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_98_Ia_112)

FR: BGE BGE 98 Ia 112 du 1 janvier 1972

IT: BGE BGE 98 Ia 112 del 1 gennaio 1972

## **Regeste**

Regeste Baubewilligungs- und Baueinspracheverfahren im Kanton Glarus. Mit der vom Richter zu beurteilenden "privatrechtlichen Einsprache" im Sinne von Art. 49 des Glarner Baugesetzes vom 8. Mai 1952 können die (von der Teilnahme am administrativen Baubewilligungsverfahren ausgeschlossenen) Nachbarn nicht nur die Verletzung privatrechtlicher Bauvorschriften geltend machen, sondern auch die Verletzung solcher öffentlichrechtlicher Bestimmungen, die dem Schutze der Nachbarn dienen. Kann der Richter auch prüfen, ob das Baugesuch durch eine früher vom Regierungsrat erteilte Ausnahmegenehmigung gedeckt sei?

Regeste Procédure d'autorisation de bâtir et d'opposition dans le canton de Glaris. L'"opposition de droit privé" au sens de l'art. 49 de la loi glaronnaise sur les constructions du 8 mai 1952, sur laquelle il incombe au juge de statuer, est une voie de droit qui permet aux voisins (exclus de la participation à la procédure administrative de l'autorisation de bâtir) de faire valoir la violation non seulement des prescriptions de construction de droit privé, mais également des prescriptions de droit public qui servent à la protection des voisins. Le juge peut-il aussi examiner si la demande d'autorisation est couverte par une dérogation accordée précédemment par le Conseil d'Etat?

Regesto Procedura d'autorizzazione a costruire e d'opposizione nel canton Glarona. L'"opposizione di diritto privato" ai sensi dell'art. 49 della legge edilizia glaronese dell'8 maggio 1952, su cui incombe al giudice di statuire, è un rimedio giuridico che permette ai vicini (esclusi dalla partecipazione alla procedura amministrativa della licenza edilizia) di invocare non solo la violazione delle norme edili di diritto privato, sibbene pure quella delle prescrizioni di diritto pubblico che servono a proteggere i vicini. Può il giudice esaminare egualmente se la domanda di autorizzazione è coperta da una deroga precedentemente accordata dal Consiglio di Stato?

## **Erwägungen**

### **E. 1**

(Unzulässigkeit der Verweisung auf Ausführungen im kantonalen und bundesgerichtlichen Berufungsverfahren).

### **E. 2**

(Zulässigkeit der Beschwerde nur gegen das Urteil des Obergerichts).

### **E. 3**

Nach Art. 84 Abs. 2 OG ist die staatsrechtliche Beschwerde nur insoweit zulässig, als die behauptete Rechtsverletzung nicht sonstwie durch Klage oder Rechtsmittel beim Bundesgericht oder einer andern Bundesbehörde gerügt werden kann. Die

Beschwerdeführerinnen werfen dem Obergericht in der Hauptsache Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung, der Gemeindeautonomie und der Eigentumsgarantie sowie Verweigerung des rechtlichen Gehörs und Verletzung kantonalen Prozessrechts vor. Alles dies kann an sich einzig mit staatsrechtlicher Beschwerde gerügt werden. Soweit die Beschwerdeführerinnen aber willkürliche Anwendung materiellen Rechts rügen, ist zu prüfen, inwieweit es sich dabei um eidgenössisches Recht handelt, dessen Verletzung mit der von den Beschwerdeführerinnen denn auch ergriffenen Berufung an das Bundesgericht geltend gemacht werden kann. Das Obergericht hat die Klagen der Beschwerdeführerinnen BGE 98 Ia 112 S. 117 aus verschiedenen Gründen abgewiesen. Einmal hat es angenommen, es fehle eine gültige Ausnahmegewilligung nach Art. 23 BauG; sodann hielt es dafür, dass das BauG inbezug auf die von Hochhäusern einzuhaltenen Abstände eine vom Richter auszufüllende Lücke enthalte, und schliesslich erklärte es, wenn auch nur beiläufig und ohne Erwähnung von Art. 684 ZGB, der streitige Bau könne wegen der von ihm zu erwartenden "zu grossen Immissionen" nicht bewilligt werden. Die Frage, ob eine gültige Ausnahmegewilligung nach Art. 23 BauG vorliege, ist eine solche des kantonalen Baurechts, dessen Verletzung nur mit staatsrechtlicher Beschwerde gerügt werden kann. Das gleiche gilt für die Frage, ob die Abstandsvorschriften des BauG ungenügend seien und dieses eine Lücke enthalte. Denn soweit die Abstandsvorschriften des BauG nicht nur öffentlich-rechtlichen, sondern auch zivilrechtlichen Charakter haben, handelt es sich um gemäss dem Vorbehalt des Art. 686 ZGB erlassenes kantonales Zivilrecht ( BGE 56 II 22 E. 2, BGE 90 I 208 E. 4). Hingegen ist Art. 684 ZGB, wonach übermässige Immissionen untersagt sind, eine Regel des eidgenössischen Rechts, neben der keine entsprechende Vorschrift des kantonalen Rechts (die an sich zulässig wäre; vgl. BGE 91 I 417 /8, BGE 95 I 197 ) besteht. Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, das Obergericht habe Art. 684 ZGB unrichtig angewendet, ist daher, da der erforderliche Streitwert gegeben ist, der Weg der Berufung offen. Das gleiche gilt inbezug auf die Rüge, das Obergericht habe zu Unrecht die als Dienstbarkeiten im Grundbuch eingetragenen Vereinbarungen über einen Verzicht auf Entschädigung missachtet. Fraglich mag sein, ob auch die Gültigkeit des mit dem Entschädigungsverzicht verbundenen Einspracheverzichts nach eidgenössischem Recht zu beurteilen ist; doch kann das dahingestellt bleiben, weil das Obergericht weder über die Entschädigungsfrage noch über die Gültigkeit des Einspracheverzichts entschieden hat.

#### **E. 4**

(Legitimation der Beschwerdeführer).

#### **E. 5**

(Abweisung der Rüge der formellen Rechtsverweigerung).

#### **E. 6**

Das Obergericht hat die Rechtbote in erster Linie deshalb nicht geöffnet, weil das streitige Projekt für ein zehngeschossiges Gebäude durch die vom Regierungsrat am 31. Oktober 1963 erteilte Ausnahmegewilligung nicht gedeckt sei und es daher an der nach Art. 23 BauG für Bauten mit mehr als vier Geschossen erforderlichen Ausnahmegewilligung fehle. BGE 98 Ia 112 S. 118 Die Beschwerdeführerinnen machen demgegenüber geltend, das Obergericht habe seine Zuständigkeit überschritten, in diejenige der Verwaltungsbehörden eingegriffen und den Grundsatz der Gewaltentrennung verletzt. Das Obergericht bestreitet eine solche Verletzung und behauptet, der Richter sei zuständig zur Beurteilung aller

Anstände zwischen Bauherr und Dritten, die sich aus dem Baugesetz ergeben. a) Nach Art. 3 der Glarner KV sollen die gesetzgebende, die vollziehende und die richterliche Gewalt als solche getrennt sein. Die Art. 55 bis - 59 KV, welche die verschiedenen richterlichen Behörden aufzählen, umschreiben deren Zuständigkeit nicht abschliessend, sondern verweisen auf die einschlägigen Gesetze, und noch unbestimmter sind die Angaben der KV über die Aufgaben der Verwaltungsbehörden des Kantons und der Gemeinden (Art. 48 ff., 71 und 72). Welche Behörden darüber zu entscheiden haben, ob das streitige Bauvorhaben durch eine Ausnahmegewilligung gedeckt sei, lässt sich demnach nicht unmittelbar aus der KV entnehmen, sondern bestimmt sich nach den dafür massgebenden Gesetzen, der ZPO und dem BauG. Die Auslegung und Anwendung kantonaler Gesetze aber kann das Bundesgericht, auch soweit der Grundsatz der Gewaltentrennung in Frage steht, nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür überprüfen ( BGE 70 I 8 E. 3 mit Hinweis auf frühere Urteile, BGE 81 I 183 ). Es fragt sich somit, ob die vom Obergericht beanspruchte Zuständigkeit mit dem klaren Wortlaut und Sinn der Bestimmungen der ZPO oder des BauG unvereinbar ist. b) Nach Art. 14 ZPO beurteilt das Augenscheingericht (und damit das Obergericht als Appellationsinstanz; Art. 15 Ziff. 4 ZPO ) Streitigkeiten bezüglich des BauG, soweit dasselbe nicht die Verwaltungsbehörden für zuständig erklärt. Andererseits bestimmt Art. 55 BauG, dass die Handhabung dieses Gesetzes in erster Linie dem Gemeinderat und seinen Organen zustehe und der Regierungsrat die Aufsicht ausübe. Vom Augenscheingericht ist nur in Art. 51 BauG ausdrücklich die Rede, doch ist unbestritten, dass dieses Gericht nicht nur über Ansprüche gemäss Art. 20 BauG, sondern allgemein über "privatrechtliche Einsprachen" im Sinne des Art. 49 BauG zu entscheiden hat. Fraglich und zu prüfen ist, was einem Baugesuch mit einer solchen "privatrechtlichen Einsprache" entgegengehalten werden kann. BGE 98 Ia 112 S. 119 Die Beschwerdeführerinnen nehmen an, dass der Einsprecher nur die Verletzung privatrechtlicher Bauvorschriften geltend machen kann. Nach der Auffassung des Obergerichts, wie sie in der Beschwerdeantwort und in der Vernehmlassung zur gleichzeitig eingereichten Berufung dargelegt ist und schon in einem von der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts i.S. Kuhn c. Fehr eingeholten Amtsbericht des Obergerichts vom 18. August 1966 enthalten war, hat Art. 49 BauG eine grössere Tragweite und ist der im Randtitel verwendete Begriff "privatrechtlich" nicht in dem in der Wissenschaft gebräuchlichen Sinne zu verstehen; die Einsprache nach Art. 49 BauG stehe den Nachbarn und Dritten immer dann zur Verfügung, wenn diese durch ein Bauvorhaben in ihren Interessen persönlich betroffen werden, gleichgültig, ob diese Interessen durch privates oder öffentliches Recht geschützt seien. Zugunsten dieser weiten Auslegung des Art. 49 BauG spricht vor allem der Umstand, dass die Nachbarn und andere Dritte im Kanton Glarus nicht wie in den meisten andern Kantonen auch bei den Verwaltungsbehörden Einsprache erheben und damit die Verletzung öffentlich-rechtlicher Bauvorschriften geltend machen können, sondern von der Teilnahme am Baubewilligungsverfahren vor dem Gemeinderat (Art. 46 BauG) ausgeschlossen und auch nicht befugt sind, gegen die Erteilung der Baubewilligung durch den Gemeinderat die in Art. 56 BauG vorgesehenen Rechtsmittel zu ergreifen. Ob Nachbarn und andere Dritte mit der Einsprache nach Art. 49 BauG die Verletzung aller öffentlich-rechtlicher Vorschriften des BauG geltend machen können, mag zweifelhaft sein, kann aber dahingestellt bleiben; das Obergericht geht im vorliegenden Falle selber nicht so weit, sondern beansprucht, wie aus einer Bemerkung in Erw. 8 Abs. 1 des angefochtenen Entscheids zu schliessen ist, nur die Zuständigkeit zur Anwendung solcher Vorschriften des BauG, die neben öffentlichen Interessen auch den privaten Interessen der Nachbarn dienen. Diese Auffassung und die ihr

zugrunde liegende Auslegung des Begriffs der "privatrechtlichen Einsprache" lässt sich vertreten und kann nicht als willkürlich bezeichnet werden, denn bei jenen Interessen der Nachbarn handelt es sich um solche, die auch den Schutz der das Eigentum und andere vermögenswerte Rechte gewährleistenden Eigentumsgarantie geniessen und zu deren Verfolgung dem Nachbarn die staatsrechtliche Beschwerde zusteht ( BGE 91 I 413 E. 3, insb. S. 419/20). BGE 98 Ia 112 S. 120 Zu den auch dem Interesse der Nachbarn dienenden Vorschriften des BauG gehören nicht nur die in den Art. 16-21 enthaltenen, im wesentlichen aus dem EG/ZGB übernommenen Bestimmungen über "Beziehungen der Baugrundstücke zu Nachbargrundstücken", sondern auch Art. 23, wonach Wohngebäude im allgemeinen nicht mehr als drei Vollgeschosse haben und die Gemeinden in ihren Bauordnungen höchstens solche mit vier Vollgeschossen gestatten dürfen. Art. 23 Abs. 3 ermächtigt den Regierungsrat freilich, in Ausnahmefällen unter bestimmten Voraussetzungen die Erstellung eines Wohngebäudes mit mehr als vier Vollgeschossen zu bewilligen. In diese Zuständigkeit des Regierungsrates eingreifen und den Grundsatz der Gewaltentrennung verletzen würde das Obergericht höchstens dann, wenn es selber eine derartige Ausnahmegewilligung erteilen oder eine vom Regierungsrat erteilte Ausnahmegewilligung aufheben oder als ungültig erklären würde. Davon ist jedoch hier nicht die Rede. Das Obergericht hat lediglich bei der Beurteilung der Einsprachen der Beschwerdegegnerinnen vorfrageweise geprüft, ob das streitige Bauprojekt durch die vom Regierungsrat am 31. Oktober 1963 erteilte Ausnahmegewilligung gedeckt sei. Das ist nicht zu beanstanden, denn nach schweizerischer Rechtsauffassung ist die vorfrageweise Prüfung einer Rechtsfrage aus einem andern Rechtsgebiet zulässig, sofern sie nicht durch eine gesetzliche Bestimmung verboten ist (GRISEL, Droit administratif suisse S. 93). c) Zu prüfen bleibt, ob das Obergericht ohne Willkür annehmen durfte, die genannte Ausnahmegewilligung decke das streitige Bauvorhaben nicht. Der Regierungsratsbeschluss vom 31. Oktober 1963 beschränkte sich, abgesehen vom Hinweis auf den Antrag der Baudirektion, auf ein Dispositiv, wonach der Bebauungsplan für das Bahnhofareal Näfels gemäss Art. 5 BauG genehmigt und die nachgesuchte Ausnahmegewilligung für den Bau eines Wohngebäudes von mehr als 4 Vollgeschossen nach Art. 23 BauG erteilt wird. Irgendwelche Bedingungen oder Auflagen, mit denen Ausnahmegewilligungen in der Regel verbunden sind (vgl. BGE 97 I 140 E. 5, 6), enthält der Beschluss nicht. Indessen ist unbestritten, dass der Regierungsrat nicht die Erstellung eines Wohngebäudes mit einer beliebigen Zahl von Vollgeschossen, sondern nur das im gleichzeitig genehmigten Bebauungsplan vorgesehene Gebäude mit 10 Vollgeschossen bewilligt hat. Ist aber in bezug auf die Höhe des BGE 98 Ia 112 S. 121 ausnahmsweise bewilligten Hochhauses der dem Regierungsrat unterbreitete Plan massgebend, so kann jedenfalls ohne Willkür angenommen werden, dass sich die Ausnahmegewilligung auch nur auf ein Hochhaus an dem im Plan eingezeichneten Standort bezieht. Nun wird im angefochtenen Entscheid festgestellt und in der staatsrechtlichen Beschwerde nicht bestritten, dass das streitige Hochhaus 6 m weiter südlich und überdies weiter westlich als im Plan zu stehen kommt, wodurch insbesondere die Liegenschaft der Beschwerdegegnerin Navalis einem längeren Sonnenentzug und Schattenwurf ausgesetzt würde. Angesichts dieser nicht unbeträchtlichen Abweichung des streitigen Bauprojekts von dem der Ausnahmegewilligung des Regierungsrates zugrunde liegenden Plan ist es aber zum mindesten nicht willkürlich, wenn das Obergericht angenommen hat, dass das Bauprojekt durch die 1963 erteilte Ausnahmegewilligung nicht mehr gedeckt sei und es daher an der nach Art. 23 BauG für ein Hochhaus mit 10 Vollgeschossen erforderlichen Ausnahmegewilligung fehle.

## **E. 7**

Ist die Beschwerde schon deshalb abzuweisen, weil das Obergericht die Öffnung der Rechtbote wegen Fehlens einer Ausnahmegewilligung nach Art. 23 BauG verweigern durfte, so braucht nicht geprüft zu werden, ob der angefochtene Entscheid auch insoweit dem Vorwurfe der Verfassungswidrigkeit standhält, als das Obergericht inbezug auf die bei Hochhäusern einzuhaltenen Abstände eine Lücke im BauG angenommen und diese Lücke durch richterliche Rechtsfindung ausgefüllt hat. Dispositiv

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.