

**Baubewilligung; Heilung einer Verletzung der Begründungspflicht im Beschwerdeverfahren; Ausnahmegewilligung; Sondernutzungskonzession** – Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 25a RPG; Art. 31, Art. 51 und Art. 66 BauG; Art. 15 und Art. 16 StrG.

*Ein Verstoß gegen die Begründungspflicht kann behoben werden, wenn die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren eine genügende Begründung nachschiebt. Ist der Begründungsmangel nicht besonders schwerwiegend, kann eine Heilung auch dadurch erfolgen, dass die mit voller Kognition ausgestattete Beschwerdeinstanz der beschwerdeführenden Partei vor Erlass ihres Entscheides Gelegenheit einräumt, zu der in Aussicht genommenen Begründung Stellung zu nehmen (E. 3.1).*

*Die Auslegung von Art. 51 BauG ergibt, dass es sich bei Art. 31 BauG nicht um eine lex specialis zur genannten Norm handelt. Die beiden Bestimmungen regeln unterschiedliche Sachverhalte (E. 5 ff.).*

*Eine Sondernutzung kann bereits vorliegen, wenn im öffentlichen Raum allein der Luftraum und/oder das Erdreich benutzt werden. Die Einhausung einer Strasse in öffentlicher Hand setzt eine Sondernutzungskonzession voraus, selbst wenn dadurch die ordnungsgemässe Nutzung der Strasse nicht wesentlich beeinträchtigt wird (E. 6 ff.).*

OGE 60/2016/17 vom 21. Juni 2019

Veröffentlichung im Amtsbericht

## **Sachverhalt**

Die privaten Beschwerdegegner planen den Bau eines Mehrfamilienhauses auf zwei in ihrem Eigentum stehenden Parzellen. Dabei soll der zwischen den beiden Grundstücken liegende, sich in öffentlicher Hand (Einwohnergemeinde X.) befindende, südliche Teil des Fusswegs A. ins Bauprojekt integriert und "eingehaust" werden. Der Durchgang der Fussgänger soll künftig durch einen "Tunnel" gewährt werden. Untergeschossig sollen auf beiden privaten Grundstücken und der Wegparzelle (A.) eine Tiefgarage mit acht Einstellplätzen sowie Keller- und weitere Räumlichkeiten zu liegen kommen.

Der Gemeinderat X. erteilte die Baubewilligung für das Mehrfamilienhaus. Das kantonale Bauinspektorat erteilte sodann die Baubewilligung für die Tiefgarage und die Ausnahmegewilligung für die Integration eines Teilstücks des Wegs A. ins Bauvorhaben mittels Grenz- sowie Über- und Unterbaurecht. Einen Rekurs von Nachbarn wies der Regierungsrat ab. Die hiergegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde hiess das Obergericht gut.

## Aus den Erwägungen

**3.1.** Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) als Teilaspekt des allgemeinen Grundsatzes auf ein faires Verfahren verlangt namentlich, dass die Behörde die Vorbringen der vom Entscheid in ihrer Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die Betroffenen über die Tragweite des Entscheides Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (statt vieler BGE 143 III 65 E. 5.2 S. 70 f. mit Hinweisen). Die Anforderungen an die Begründung sind umso höher, je grösser der Entscheidungsspielraum der Behörde ist (BGE 142 II 324 E. 3.6 S. 338 mit Hinweisen) und je stärker in die Rechtsstellung der Betroffenen eingegriffen wird (vgl. BGE 145 IV 99 E. 3.1 S. 108 f. mit Hinweisen).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist grundsätzlich formeller Natur, was dazu führt, dass der betroffene Entscheid in der Regel aufzuheben ist, wenn bei seinem Zustandekommen das rechtliche Gehör verletzt wurde. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Partei im Rechtsmittelverfahren die Möglichkeit erhält, sich dazu zu äussern, sofern die Rechtsmittelinstanz sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (zum Ganzen BGE 142 II 218 E. 2.8.1 S. 226 f.; OGE 60/2015/36 vom 4. Juni 2019 E. 3.2; je mit Hinweisen). Ein Verstoss gegen die Begründungspflicht kann dadurch behoben werden, dass die vorinstanzliche Behörde anlässlich der Anfechtung ihres Entscheides eine genügende Begründung nachschiebt, etwa in der Vernehmlassung. Ist der Begründungsmangel nicht besonders schwerwiegend, kann eine Heilung auch dadurch erfolgen, dass die mit voller Kognition ausgestat-

tete Rechtsmittelinstanz der beschwerdeführenden Partei vor Erlass ihres Entscheides Gelegenheit einräumt, zu der in Aussicht genommenen Begründung Stellung zu nehmen (BGer 2C\_762/2011 vom 15. Juni 2012 E. 4.1; statt vieler BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 4.4.1; vgl. ferner BGer 1C\_300/2015 vom 14. März 2016 E. 4.1).

**3.2.** Die Beschwerdeführenden haben die von ihnen genannten Rügen bereits im Rekursverfahren vorgebracht.

[...]

Seine Begründungspflicht verletzte der Regierungsrat hingegen mit Bezug auf die Frage der Zonenkonformität der Einhausung des A., äusserte er sich dazu doch im angefochtenen Beschluss mit keinem Wort, obwohl er die entsprechende Rüge der Beschwerdeführenden – den damaligen Rekurrenten – durchaus erwähnte. Die Gehörsverletzung ist auch im Beschwerdeverfahren nicht geheilt worden, hat es der Regierungsrat doch unterlassen, eine hinreichende Begründung nachzureichen. Da der Rekursentscheid ohnehin aufzuheben ist, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, erübrigt es sich, eine Heilung des Begründungsmangels durch das Obergericht selbst in Betracht zu ziehen.

**4.** [...]

**5.** Die Beschwerdeführenden bringen vor, die Ausnahmen von den Abstandsvorschriften gemäss Art. 30 des Gesetzes über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht im Kanton Schaffhausen vom 1. Dezember 1997 [Baugesetz, BauG, SHR 700.100]) seien abschliessend in Art. 31 BauG geregelt. Für weitergehende Ausnahmen gemäss Art. 51 BauG bestehe kein Raum. Nach dem Sinn und Zweck von Art. 30 und 31 BauG sei eine Überstellung des öffentlichen Grundes mit Privatbauten strikte ausgeschlossen. Der Umstand, dass Art. 31 (lit. a) BauG explizit nur "vorspringende Gebäudeteile und kleinere Bauten" im Sinne von Art. 16 Abs. 2 und 3 BauG erwähne, könne nur so verstanden werden, dass für andere Gebäudeteile oder "grössere" Bauten eine Ausnahmegewilligung bezüglich Abstandsvorschriften ausser Betracht falle. Es widerspräche der Gesetzessystematik sowie dem Sinn und Zweck der Abstandsvorschriften, gestützt auf Art. 51 BauG noch weitergehende Ausnahmen zuzulassen. Die Auslegung der Vorinstanz widerspreche sodann auch der Zürcher Lehre und Praxis.

Der Regierungsrat erwog im angefochtenen Beschluss, eine Ausnahmegewilligung nach Art. 31 BauG könne von der jeweils zuständigen Bewilligungsbehörde – also auch von der Gemeindeexekutive (Gemeinderat) – erteilt werden, und zwar voraussetzungslos. Für eine Ausnahmegewilligung nach Art. 51 BauG sei dem-

gegenüber ausschliesslich die kantonale Bewilligungsbehörde zuständig. Sie werde für grosse Bauten oder Bauteile erteilt, setze jedoch das Vorliegen eines wichtigen Grundes voraus. Diese Unterschiede in der Zuständigkeit und bei den Bauvorhaben machten klar, dass zwei verschiedene Sachverhalte geregelt würden. Art. 31 BauG sei somit keine *lex specialis* zu Art. 51 BauG.

**5.1.** Zwischen den Parteien ist das Verhältnis zwischen Art. 31 und Art. 51 BauG strittig. Um dieses zu bestimmen, bedarf es einer Gesetzesauslegung. Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des wahren Sinngehalts einer Gesetzesbestimmung. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut der Norm. Ist der Wortlaut nicht klar oder bestehen Zweifel, ob ein scheinbar eindeutiger Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt, so ist auf die übrigen Auslegungselemente zurückzugreifen. Abzustellen ist auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm (historische Auslegung), ihren Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) sowie die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen zukommt (systematische Auslegung). Dabei befolgt die Rechtsprechung einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien sind nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen, wobei den Materialien vor allem bei der Auslegung neuerer Bestimmungen besondere Bedeutung zukommt. Bleiben letztlich mehrere Auslegungen möglich, ist eine verfassungskonforme Auslegung zu wählen (zum Ganzen statt vieler BGE 145 III 63 E. 2.1 S. 64 f., 144 V 333 E. 10.1 S. 344).

**5.1.1.** Aus dem Wortlaut der beiden Bestimmungen von Art. 31 und Art. 51 BauG lässt sich mit Bezug auf ihr gegenseitiges Verhältnis nichts ableiten.

**5.1.2.** Art. 31 BauG befindet sich im Abschnitt "D. Kantonale Bauvorschriften" unter "II. Abstandsvorschriften". Diese Letzteren sind in vier Artikeln geregelt: in Art. 30 BauG diejenigen "1. Gegenüber öffentlichem Grund, Landesgrenze und Gewässern", in Art. 31 BauG die "2. Ausnahmen" sowie in den Art. 32 und 33 BauG die Abstandsvorschriften "3. Unter Privatgrundstücken". Aus dieser Systematik erhellt, dass sich Art. 31 BauG nur auf Art. 30 BauG bezieht, nicht aber auf die Art. 32 und 33 BauG, wie sich auch aus dem Wortlaut von Art. 31 BauG ergibt, der Ausnahmen "gegenüber dem öffentlichen Grund und dem Wald" (lit. a) bzw. "gegenüber dem Wald" (lit. b) regelt (beim Wald handelt es sich zwar gelegentlich um Privateigentum, in seiner Funktion als Erholungsgebiet aber stets auch um eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch; vgl. Art. 699 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches [ZGB, SR 210] sowie Art. 14 des Bundesgesetzes über den Wald vom 4. Oktober 1991 [Waldgesetz, WaG, SR 921.0] und Art. 15 des kantonalen Waldgesetzes vom 17. Februar 1997 [SHR 921.100]; ferner Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines

Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 48 Rz. 23, S. 471, und § 51 Rz. 61, S. 502). Ausnahmeregelungen für Privatgrundstücke sind in den Art. 32 und 33 BauG selbst enthalten.

Der Abschnitt E des Baugesetzes, das die Art. 48–53 BauG enthält, regelt "Alt-rechtliche Bauten und Anlagen, Ausnahmegewilligungen". Während sich die Art. 48 und 49 BauG mit der "I. Besitzstandsgarantie" befassen und Art. 50 BauG eine "II. Anpassungspflicht" vorsieht, regeln die Art. 51–53 BauG die "III. Ausnahmegewilligungen", wobei der vorliegend streitige Art. 51 BauG die Marginalie "1. Allgemeines" trägt (wogegen die Art. 52 und 53 BauG Ausnahmen "2. Ausserhalb der Bauzone" regeln).

Die streitgegenständlichen Bestimmungen von Art. 31 und Art. 51 BauG befinden sich somit in zwei verschiedenen Abschnitten. Die Gesetzessystematik des Baugesetzes zeigt das folgende Bild: Nach den ersten drei Abschnitten (A. Einleitungsbestimmungen, B. Kantonale Planung, C. Vorschriften und Planungen der Gemeinden) folgt in den Abschnitten D und E das materielle kantonale Baurecht, worauf in Abschnitt F das "Bewilligungsverfahren" geregelt wird und der Abschnitt G Vorschriften zu "Entschädigungen, Beiträge[n] und Gebühren" enthält, bevor zuletzt (vor dem Anhang) der Abschnitt H mit den "Ausführungs-, Übergangs- und Schlussbestimmungen" folgt. Systematisch ergibt sich daraus, dass sich die Ausnahmebestimmungen in den Art. 51 ff. BauG grundsätzlich auf das ganze materielle Baurecht (Abschnitt D) beziehen. Den Beschwerdeführenden ist insofern zuzustimmen, dass es sich bei Art. 51 BauG um eine Generalklausel handelt. Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass jede "spezielle" Regelung betreffend Ausnahmegewilligungen im Abschnitt D entsprechend dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* Art. 51 BauG *verdrängt*. Vielmehr ist es durchaus denkbar, dass solche besonderen Bestimmungen die Generalklausel von Art. 51 BauG bloss *ergänzen*, und insofern kein klassisches *lex generalis/lex specialis*-Verhältnis vorliegt (vgl. BGer 2C\_112/2015 vom 27. August 2015 E. 4.4; ferner BGE 144 V 224 E. 4.2 S. 229 f. und insb. BVGer C-3867/2014 vom 11. Juli 2017 E. 6.3.2 mit Verweis auf Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7 A., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 183, S. 42 mit Hinweisen).

Insgesamt führt demnach auch die systematische Auslegung von Art. 31 und Art. 51 BauG zu keinem klaren Ergebnis, was das gegenseitige Verhältnis dieser beiden Bestimmungen betrifft.

**5.1.3.** Der Regierungsrat hielt in seinem Bericht und Antrag an den (damaligen) Grossen Rat (des Kantons Schaffhausen) – heute Kantonsrat – betreffend den Erlass eines Gesetzes über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht im Kanton Schaffhausen vom 4. Juli 1995 (Amtdruckschrift Nr. 4154) zum damaligen

Art. 52 des Entwurfs (und heutigen Art. 51 BauG) fest: "Wie schon heute muss im kantonalen Baurecht eine Vorschrift über Ausnahmegewilligungen vorgesehen sein, weil die strikte Anwendung von Normen des kantonalen oder kommunalen Baurechts in gewissen Ausnahmefällen zu vom Gesetzgeber nicht gewollten, unverhältnismässigen Ergebnissen führen würde. Mit dem Begriff 'wichtige Gründe' wird indessen zum Ausdruck gebracht, dass das Baudepartement (Art. 58 [heute: Art. 57]) nur in eigentlichen Sonderfällen, in denen die strikte Anwendung des Gesetzes zu objektiven Härtefällen führen würde, Ausnahmegewilligungen erteilen darf. Weiter verlangt Art. 52 eine Abwägung der im Spiele stehenden privaten und öffentlichen Interessen" (S. 15). Diese Ausführungen sind dahingehend zu verstehen, dass der Regierungsrat der Ansicht war, mittels Berufung auf eine allgemeine Vorschrift betreffend Ausnahmegewilligungen müsste aus wichtigen Gründen von jeder Norm abgewichen werden können. In den Beratungen der mit der Baugesetzesvorlage befassten Spezialkommission 6/1995 zum heutigen Art. 51 BauG war dessen Verhältnis zu Art. 31 BauG kein Thema. Immerhin nannte aber der damalige Chef des Rechtsdienstes des kantonalen Baudepartementes – der bei der Ausarbeitung des Entwurfs naturgemäss eine massgebende Rolle gespielt haben dürfte und jeweils an den Kommissionssitzungen teilgenommen hatte – als Beispiel, wie private Interessen einer Ausnahmegewilligung entgegenstehen könnten, eine Reduktion des Grenzabstandes von fünf auf zwei Meter, ohne dass dem widersprochen worden wäre (Protokoll der 5. Kommissionssitzung vom 23. Januar 1996, S. 25). Daraus erhellt, dass auch nach Ansicht der Spezialkommission Ausnahmen von Abstandsvorschriften (auch) gestützt auf Art. 51 BauG sollten bewilligt werden können. Anlässlich der zweiten Lesung in der Spezialkommission wie auch während der Beratungen im Grossen Rat war der damalige Art. 52 des Entwurfs kein Thema mehr (vgl. Protokoll der 11. Kommissionssitzung vom 8. September 1997, insb. S. 20–22, sowie Protokolle der Sitzungen des Grossen Rates vom 5. Mai und vom 24. November 1997, Ratsprotokoll 1997, S. 226 ff. und S. 850 ff.). Der Grosse Rat übernahm Art. 51 BauG letztlich unverändert in der Fassung gemäss regierungsrätlichem Antrag (vgl. Amtsblatt 1998 S. 1597).

Dasselbe gilt betreffend Art. 31 BauG (vgl. Amtsblatt 1998 S. 1591). Dazu hält der regierungsrätliche Bericht lediglich fest: "Dieser Artikel statuiert weitere Ausnahmen von den generellen Abstandsvorschriften gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. a bis c und dem Waldabstand gemäss Forstgesetzgebung" (S. 10). In der Spezialkommission gab es keine Wortmeldungen zu Art. 31 BauG (vgl. Protokoll der 4. Kommissionssitzung vom 8. Januar 1996, S. 11, und Protokoll der 11. Kommissionssitzung vom 8. September 1997, insb. S. 16), ebenso wenig im Grossen Rat (vgl.

Protokolle der Sitzungen des Grossen Rates vom 5. Mai und vom 24. November 1997, Ratsprotokoll 1997, S. 226 ff. und S. 850 ff.).

Aus den Materialien ergibt sich demnach, dass gestützt auf Art. 51 BauG auch Ausnahmegewilligungen betreffend Abstandsvorschriften sollten erteilt werden können, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Hingegen lässt sich ihnen nicht entnehmen, dass Art. 31 BauG als *lex specialis* zu Art. 51 BauG verstanden werden sollte.

**5.1.4.** Mit dem Institut der Ausnahmegewilligung soll dem in Art. 5 Abs. 2 BV verankerten Grundsatz der Verhältnismässigkeit Nachachtung verschafft werden. Die Ausnahmegewilligung dient dazu, im Einzelfall Härten und vom Gesetzgeber offensichtlich nicht gewollte bzw. nicht bedachte Wirkungen zu vermeiden (BGer 1C\_396/2018 vom 12. April 2019 E. 5.1 mit Hinweisen; VGer ZH VB.2016.00373 vom 2. März 2017 E. 4.3; vgl. auch vorangehende E. 5.1.3). Ausgehend von dieser Zweckbestimmung ist nicht einzusehen, weshalb mit Bezug auf die gesetzlichen Abstandsvorschriften bei vorspringenden Gebäudeteilen und kleinen Bauten Ausnahmen zulässig sein sollten, nicht jedoch für andere Gebäudeteile oder grosse Bauten. Ebenso wenig ist ersichtlich, weshalb bei grossen Bauten unter Privatgrundstücken – auf die Art. 31 BauG keine Anwendung findet (vgl. vorangehende E. 5.1.2) – unter den Voraussetzungen von Art. 51 BauG Ausnahmen von den gesetzlichen Mindestabstandsvorschriften sollten gewährt werden können, nicht aber gegenüber öffentlichem Grund. Dass bei grossen Bauten unter Privatgrundstücken überhaupt keine Ausnahmen zulässig seien, behaupten auch die Beschwerdeführenden nicht. Wie der Regierungsrat zutreffend erwog, ist vielmehr davon auszugehen, dass mit der unterschiedlichen Regelung im Baugesetz das Ziel verfolgt wird, die Zuständigkeiten und Voraussetzungen für Ausnahmegewilligungen von den Abstandsvorschriften differenziert zu regeln: Im Fall von gegenüber dem öffentlichen Grund und dem Wald vorspringenden Gebäudeteilen und kleineren Bauten ist die kommunale Bewilligungsbehörde zuständig. In die Zuständigkeit des (kantonalen) Baudepartementes (vgl. Art. 57 Abs. 1 Ingress BauG) fallen hingegen Ausnahmegewilligungen betreffend andere Gebäudeteile oder grössere Bauten sowie generell unter Privatgrundstücken. Diesfalls verlangt Art. 51 BauG überdies – und im Gegensatz zu Art. 31 BauG – explizit das Vorliegen wichtiger Gründe und eine Interessenabwägung der betroffenen öffentlichen und privaten Interessen. Anders als der Regierungsrat im angefochtenen Beschluss anzunehmen scheint, können Ausnahmegewilligungen nach Art. 31 BauG freilich nicht gänzlich "voraussetzungslos" erteilt werden. Die zuständige Bewilligungsbehörde hat ihr Ermessen vielmehr pflichtgemäss auszuüben, mithin vom Sinn und Zweck der anzuwenden-

den Regelung auszugehen und neben dem Willkürverbot auch das Rechtsgleichheitsgebot sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten (vgl. statt vieler BGE 145 I 52 E. 3.6 S. 59 mit Hinweisen). Weshalb eine solche Auslegung dem Sinn und Zweck von Abstandsvorschriften (vgl. dazu Arnold Marti, Besprechung des BGer-Urteils 1C\_668/2017 vom 31. Oktober 2018 [auszugsweise publ. in: BGE 145 I 156], in: ZBl 120/2019 S. 162 mit Hinweis) widersprechen sollte, ist nicht nachvollziehbar und wird denn von den Beschwerdeführenden auch nicht näher ausgeführt. So kann namentlich nicht gesagt werden, die Verletzung von Abstandsvorschriften sei bei grossen Bauten stets gravierender als bei kleineren Bauten bzw. unter Privatgrundstücken grundsätzlich weniger gravierend als gegenüber öffentlichem Grund und Wald. Vielmehr ist neben den konkret betroffenen öffentlichen und privaten Interessen entscheidend, wie weitgehend im Einzelfall die Unterschreitung von Mindestabständen mittels Ausnahmebewilligung genehmigt wird.

**5.1.5.** Soweit sich die Beschwerdeführenden auf die Zürcher Lehre und Praxis berufen, ist darauf hinzuweisen, dass diese im Kanton Schaffhausen von vornherein keine unmittelbare Geltung beansprucht, auch wenn die Schaffhauser Rechtsprechung namentlich zum kantonalen Verwaltungs- und Baurecht teilweise sinngemäss darauf verweist. Dies gilt nur schon deshalb, weil unterschiedliche kantonale Gesetze zur Anwendung gelangen. Mit Bezug auf das Zürcherische Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht vom 7. September 1975 (Planungs- und Baugesetz, PBG, LS 700.1) und die von den Beschwerdeführenden daraus zitierten Bestimmungen von §§ 100 f. und § 220 PBG/ZH ist sodann festzuhalten, dass diese Normen mit den vorliegend betroffenen Vorschriften des Schaffhauser Baugesetzes nicht direkt vergleichbar sind. Zwar handelt es sich sowohl bei Art. 51 BauG als auch bei § 220 PBG/ZH um die allgemeine Bestimmung im materiellen Baurecht zu Ausnahmebewilligungen. Während die Art. 30 ff. BauG ebenfalls Teil des materiellen Baurechts bilden und die Abstandsvorschriften *ausserhalb* von Baulinien (vgl. dazu die Art. 12 ff. BauG im Abschnitt C) enthalten (vgl. Art. 30 Abs. 1 Ingress BauG), regeln die §§ 96 ff. PBG/ZH (II. Titel: Das Planungsrecht) gerade die Baulinien selbst (vgl. zu den Besonderheiten im Zusammenhang mit Baulinien auch VGer ZH VB.2006.00348 vom 14. März 2007 E. 2.1). Die Abstandsvorschriften im materiellen Baurecht (IV. Titel: Das öffentliche Baurecht, §§ 218 ff. PBG/ZH) finden sich dagegen in den §§ 260 ff. PBG/ZH. An der von den Beschwerdeführenden angegebenen Literaturstelle wird denn auch lediglich festgehalten, *für Baulinien* bestünden spezifische Ausnahmeregelungen in §§ 100 f. PBG/ZH, die als "*lex specialis*" der Regelung von § 220 PBG/ZH vorgingen (Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011, S. 1126). Entsprechend prüfte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich im ebenfalls von

den Beschwerdeführenden zitierten Entscheid VB.2012.00251 vom 10. Oktober 2012 zunächst *gestützt auf § 220 PBG/ZH* die Voraussetzungen einer Ausnahmebewilligung für die Unterschreitung des gesetzlichen Wegabstandes gemäss § 265 PBG/ZH, und verneinte deren Vorliegen (a.a.O., E. 4.1 ff.). Erst anschliessend gelangte das Verwaltungsgericht im Zusammenhang mit der tangierten Baulinie zum Schluss, dass das betroffene Gebäude "klar den Rahmen [sprenge], in welchem § 100 Abs. 3 PBG als 'Ausnahme' die Beanspruchung des Baulinienbereichs gestattet" (a.a.O., E. 4.2 ff.). Bereits früher hatte das Verwaltungsgericht Zürich im Übrigen ausgeführt, § 100 Abs. 3 PBG betreffe ungeachtet der Marginalie keine "Ausnahmebewilligung" im Sinne von § 220 PBG, sondern stelle als "Kann-Vorschrift" die Bewilligung in das Ermessen der Behörde (VGer ZH VB.2009.00390 vom 7. Oktober 2009 E. 5.2 mit Hinweis).

**5.2.** Insgesamt ergibt die Auslegung von Art. 51 BauG demnach, dass der Regierungsrat betreffend diese Bestimmung sowie Art. 31 BauG zu Recht von zwei verschiedenen Sachverhalten ausging. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführenden erweist sich als unbegründet.

**6.** Strittig ist weiter, ob die streitgegenständliche Einhausung als Sondernutzung des A. durch die privaten Beschwerdegegner zu qualifizieren ist, diese mithin einer Sondernutzungskonzession bedürfen.

**6.1.** Die Beschwerdeführenden bringen hierzu vor, die Beanspruchung öffentlichen Grundes durch private Bauvorhaben lasse sich nicht mittels einer zeitlich unbeschränkten Dienstbarkeit regeln. Bestehe eine dauernde und feste Verbindung zwischen einem privaten Bauteil und der öffentlichen Sache, so liege regelmässig eine Sondernutzung vor, die zwingend einer Sondernutzungskonzession bedürfe. Eine solche wäre zwingend zu befristen, ansonsten das Gemeinwesen sich der Hoheit über die öffentliche Sache teilweise entäussere, was dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung von öffentlichen Strassen für die Allgemeinheit widerspräche. Die Nutzung des Fusswegs würde entgegen der Ansicht des Regierungsrates eingeschränkt. Die Vorinstanz übersehe, dass etwa auch der Strassenunterbau einen Bestandteil der Strasse bzw. des Wegs darstelle. Dieser Unterbau werde durch die streitbetroffene Einhausung massiv beeinträchtigt. Vor allem aber werde mit der Einhausung eine dauernde und feste Verbindung zwischen Teilen einer privaten Baute und einer öffentlichen Sache geschaffen und ragten private Bauteile in den öffentlichen Grund hinein. Mit der streitgegenständlichen Einhausung entfalle überdies schon rein technisch die Möglichkeit, dass beliebige Dritte an diesem Ort eine ähnliche Anlage errichten. Mit dem genehmigten Überbau werde jede andere Nutzung im Untergrund der Wegparzelle und in der

Luftsäule über dem Weg völlig verunmöglicht. Die Sondernutzungskonzessionspflicht ergebe sich zudem aus Art. 16 Abs. 2 des Strassengesetzes vom 18. Februar 1980 (StrG, SHR 725.100), unter den die Einhausung zu subsumieren sei. Aufgrund des bundesrechtlichen Koordinationsgebots müsse die notwendige Sondernutzungskonzession zwingend im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens erteilt werden.

Der Regierungsrat gelangte im angefochtenen Entscheid zum Ergebnis, es brauche für die Realisierung des Bauvorhabens keine Sondernutzungskonzession nach Strassengesetz. Die Vorschriften zum gesteigerten Gemeingebrauch und zur Sondernutzung (Art. 15 f. StrG) stünden im dritten Abschnitt: Benützung der Strassen. Die öffentliche Nutzung des Fusswegs A. werde jedoch nicht eingeschränkt und es würden keine Bauten auf die Strasse selbst gestellt. Das A. werde im Bereich des Baugrundstücks lediglich von einem offenen Weg zu einer geschlossenen Passage, ohne Einschränkung der Nutzung oder Nutzbarkeit. Das Strassengesetz stehe einer Einhausung des A. nicht entgegen.

**6.2.1.** Bei Strassen und Wegen, die der Allgemeinheit zur Benutzung offenstehen, handelt es sich um sogenannte öffentliche Sachen im Gemeingebrauch (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2226 f., S. 494). Die Nutzung von öffentlichen Sachen richtet sich in erster Linie nach kantonalem Recht. Dieses umschreibt insbesondere, in welchem Rahmen und Ausmass öffentliche Sachen im Gemeingebrauch genutzt werden dürfen und wie namentlich öffentlicher Grund von der Allgemeinheit benutzt werden darf. Dabei unterscheiden die kantonalen Rechtsordnungen und die Praxis meist zwischen (schlichtem) Gemeingebrauch, gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung. Insbesondere die Begriffe des schlichten und gesteigerten Gemeingebrauchs sind kantonalrechtlich bestimmt (zum Ganzen BGE 135 I 302 E. 3.1 S. 306 f.; BGer 2C\_729/2013 vom 3. April 2014 E. 2.2). Die Kantone umschreiben die Arten des Gebrauchs öffentlicher Sachen allerdings nicht einheitlich (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2308 f., S. 512).

**6.2.2.** Schlichter Gemeingebrauch ist die Benutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch, die bestimmungsgemäss und gemeinverträglich ist und grundsätzlich jedermann, das heisst einer unbestimmten Zahl von Benutzern gleichzeitig, ohne Erteilung einer Erlaubnis und in der Regel unentgeltlich offensteht (BGE 135 I 302 E. 3.2 S. 307; Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2253, S. 499). 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 und kann mit der Erhebung einer Gebühr verbunden werden (BGE 135 I 302 E. 3.2 S. 307; Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2274,

S. 503). Sondernutzung schliesslich ist derjenige Gebrauch einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch, der nicht bestimmungsgemäss ist, bei welchem die Berechtigten für längere Zeit eine ausschliessliche Verfügung über einen Teil der Sache erhalten und der die Erteilung einer Konzession – als rechtliche Folge der Sondernutzung (André Werner Moser, *Der öffentliche Grund und seine Benützung*, Bern 2011, S. 272) – voraussetzt (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2308, S. 512; Tschannen/Zimmerli/Müller, § 51 Rz. 18, S. 487).

**6.2.3.** Die Abgrenzung zwischen gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung fällt oft schwer, wobei die Grenzziehung durch das kantonale Recht erfolgt und gewisse Kantone überhaupt auf eine Unterscheidung verzichten (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2308 f., S. 512; Moser, S. 270; vgl. auch vorangehende E. 6.2.1). Im Einzelnen ist auf die konkreten örtlichen und zeitlichen Gegebenheiten sowie die Art und das Ausmass der üblichen Nutzung abzustellen (BGE 135 I 302 E. 3.2 S. 307 mit Hinweisen; BGer 6B\_866/2016 vom 9. März 2017 E. 6.4.2). Abgesehen von der höheren Beanspruchung in zeitlicher Hinsicht geht die Sondernutzung häufig auch inhaltlich mit einer höheren Intensität der Nutzung der Sache einher, als dies üblicherweise beim gesteigerten Gemeingebrauch der Fall ist. Die Sondernutzung weist mithin im Vergleich zum gesteigerten Gemeingebrauch eine qualifizierte Gemeinunverträglichkeit auf (Moser, S. 271). Die dauernde und feste Verbindung bildet ein mögliches Indiz für eine Sondernutzung; eine auf unbestimmte Zeit vorgesehene feste Verbindung deutet mithin auf eine Sondernutzung hin (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2309 und 2312, S. 512 mit Hinweisen; Tschannen/Zimmerli/Müller, § 51 Rz. 18, S. 487); dies umso mehr, wenn die Benützung des öffentlichen Grundes mit baulichen Vorkehren einhergeht (Moser, S. 271). Sieht das kantonale Recht für eine bestimmte Inanspruchnahme einer öffentlichen Sache das Erfordernis einer Konzession vor, so wird dadurch zum Ausdruck gebracht, dass der Gesetzgeber diese Tätigkeit grundsätzlich als Sondernutzung einstuft, was mit der Art des erteilten Rechts zusammenhängt (Moser, S. 272 f.).

**6.2.3.1.** Das Bundesgericht erwog etwa, die dauerhafte Nutzung öffentlicher Gewässer unter Einsatz baulicher Vorkehren stelle eine konzessionspflichtige Sondernutzung der öffentlichen Sache dar (BGer 2C\_729/2013 vom 3. April 2014 E. 2.2; vgl. auch BGer 2C\_900/2011 vom 2. Juni 2012 E. 2.2; OGE vom 3. Mai 1985, Amtsbericht 1985, S. 98 [jeweils noch mit dem Zusatz "regelmässig"]). Von einer Sondernutzung ist grundsätzlich auch bei einer Nutzung des öffentlichen Grundes für im Boden verlegte oder Frei- bzw. Überlandleitungen auszugehen (Tschannen/Zimmerli/Müller, § 51 Rz. 18, S. 487), etwa Elektrizitäts- (vgl. BGE 138 II 70 E. 6.1 S. 74 f.; BGer 2C\_399/2017 vom 28. Mai 2018 E. 4.2 und 2C\_237/2014 vom 16. Juli 2014 E. 5.8, je mit Hinweisen; vgl. auch Art. 3a des Bundesgesetzes

über die Stromversorgung vom 23. März 2007 [Stromversorgungsgesetz, StromVG, SR 734.7] und Art. 1 f. des kantonalen Elektrizitätsgesetzes vom 24. Januar 2000 [SHR 731.100]) oder Gasleitungen (vgl. BGer 2C\_401/2010 vom 14. Dezember 2012, insb. E. 2.3.3 f.; VGer ZH VK.2009.00002 vom 25. Februar 2010 E. 4 ff.), zumindest sofern nicht das kantonale Recht explizit etwas anderes vorsieht (vgl. Markus Rüssli, Nutzung öffentlicher Sachen für die Verlegung von Leitungen, in: ZBI 102/2001 S. 354 f., u.a. mit Verweis auf Art. 21 Abs. 1 lit. f des Strassengesetzes des Kantons St. Gallen vom 12. Juni 1988 [StrG/SG, sGS 732.1]). Eine Sondernutzung öffentlichen Grundes kann mithin auch vorliegen, wenn die Erd- oder Wasseroberfläche der öffentlichen Parzelle nicht beansprucht wird und gegebenenfalls weiterhin dem Gemeingebrauch offensteht, da der Untergrund bzw. das Erdreich sowie der Luftraum ebenfalls zum entsprechenden öffentlichen Grund(-stück) zu zählen sind, zumindest soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht (vgl. Art. 667 Abs. 1 ZGB; Moser, S. 35 f.).

Daher kann auch eine Sondernutzung gegeben sein, wenn im öffentlichen Raum allein der Luftraum und/oder das Erdreich benutzt werden, beispielsweise durch Gebäudevorsprünge wie Erker oder Balkone oder mittels unterirdischer Leitungen (vgl. etwa § 231 Abs. 1 PBG/ZH; Art. 24 Abs. 2 StrG/SG; Art. 13 Abs. 1 der Verordnung der Stadt Winterthur über die Gebühren im Bauwesen vom 26. April 2004 [Nr. 7.1.3-2]; BGE 119 Ia 390 E. 5d S. 400 [unterirdische Lagerung radioaktiver Abfälle]; BGer 2C\_900/2011 vom 2. Juni 2012 [ehemaliges sog. "Globus-Provisorium" über der Limmat]; VGer ZH VB.2010.00092 vom 29. April 2010 E. 4.1 [Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes für die Baugrubensicherung mit Erdankern und Bodennägeln – für eine Dauer von ca. 16 Monaten]; OGE 60/2007/5 vom 11. Januar 2008 E. 2 mit Verweis auf OGE 61/1999/1 vom 21. August 2001 E. 3, Amtsbericht 2001, S. 117 f. [Stationierung von Booten auf der Wasseroberfläche i.S.v. Art. 24 des Wasserwirtschaftsgesetzes vom 18. Mai 1998, SHR 721.100]; VGer ZH VB.2005.00279 vom 7. Februar 2006, bestätigt in BGer 2P.121/2006 vom 23. Oktober 2006 [im öffentlichen Grund im Innenstadtbereich der Stadt Zürich bestehendes zweigeschossiges unterirdisches Anlieferungssystem]; VGer ZH VB.2004.00490 vom 3. Februar 2005 [Mobilfunkanlage im öffentlichen Luftraum]; VGer ZH VB.2004.00003 vom 30. März 2004 [Sonnenstorenkasten im öffentlichen Luftraum]; Wiederkehr/Abegg, Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Nutzung des tiefen Untergrundes durch Geothermie, in: ZBI 115/2014 S. 639 ff., insb. S. 646 [Nutzung des tiefen Untergrundes durch Erdwärme]; für weitere Beispiele vgl. Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts – Band II, Bern 2014, Rz. 238 ff., S. 97 ff.; Moser, S. 285 f.).

Würde der Ansicht gefolgt, wonach die Abgrenzung der Sondernutzung vom gesteigerten Gemeingebrauch auf einer Kombination der beiden Kriterien Intensität und Dauer der Nutzung beruht (so etwa VGer ZH VB.2010.00092 vom 29. April 2010 E. 4.1; Wiederkehr/Richli, Rz. 232, S. 96; Tobias Jaag, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, in: ZBI 93/1992 S. 156), könnte eine Sondernutzung zudem bereits bejaht werden, wenn zwar die andere Nutzung des öffentlichen Raums nicht ausgeschlossen wird, jedoch eine langfristige Zusicherung der Berechtigung erforderlich ist.

**6.2.3.2.** Nicht entscheidend für die Qualifikation als Sondernutzung ist die Frage, ob das betreffende Gemeinwesen oder andere Private den beanspruchten öffentlichen Raum für eigene Zwecke sinnvoll nutzen könnten. Denn mit dem Erfordernis einer Konzession für die Sondernutzung öffentlichen Grundes soll nicht primär bzw. jedenfalls nicht ausschliesslich eine solche verhindert bzw. öffentlicher Raum für andere mögliche Benutzer freigehalten werden. Vielmehr soll mit der regelmässig entschädigungspflichtigen Sondernutzungskonzession ebenfalls gewährleistet werden, dass das betreffende Gemeinwesen – und damit indirekt auch dessen private Einwohner, Benutzer oder Mitglieder – für die Inanspruchnahme seines (öffentlichen) Grundes durch Private von diesen in Form einer Konzessionsgebühr angemessen entschädigt wird, selbst wenn dem Gemeinwesen in der Regel durch die Konzessionsverleihung – abgesehen von den administrativen – keine Kosten erwachsen (vgl. BGE 143 II 283 E. 3.7.2 S. 294). Das Gemeinwesen soll eine Gegenleistung erhalten für das einem Privaten übertragene Recht, eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch ausschliesslich zu nutzen (Tschannen/Zimmerli/Müller, § 57 Rz. 28, S. 559). Die Konzessionsgebühr ist das Entgelt für die Erteilung der Sondernutzungskonzession (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2772, S. 633). Entsprechend ist bei der Erhebung der Sondernutzungsgebühr für die Benutzung von öffentlichem Grund das Äquivalenzprinzip zu beachten (BGer 2C\_729/2013 vom 3. April 2014 E. 2.3 mit Hinweisen), das sich wiederum am objektiven Wert der vom *Benutzer* bezogenen Leistung – bzw. des Sondernutzungsrechts – orientiert (statt vieler BGE 145 I 52 E. 5.2.3 S. 66; zur Bemessung der Äquivalenz bei Sondernutzungskonzessionen für den öffentlichen Grund vgl. BGer 2C\_399/2017 vom 28. Mai 2018 E. 8.4.2 mit Hinweisen), und nicht etwa an der Wertminderung, die beim Gemeinwesen bzw. den anderen potenziellen Benutzern der betroffenen öffentlichen Sache entsteht.

**6.3.** Gemäss dem gestützt auf Art. 664 Abs. 3 ZGB erlassenen Art. 89 des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 27. Juni 1911 (EG ZGB, SHR 210.100) ist der Gemeingebrauch von Strassen im Kanton Schaffhausen durch das Strassengesetz geregelt, wobei auch Wege als Strassen

im Rechtssinne gelten (vgl. Art. 2 Abs. 2 StrG). Strassen dürfen im Rahmen ihrer Zweckbestimmung, ihrer Gestaltung, der örtlichen Verhältnisse und der geltenden Vorschriften von jedermann unentgeltlich und ohne besondere Bewilligung benutzt werden (Art. 11 Abs. 1 StrG). Der Gemeingebrauch an Strassen darf nur eingeschränkt werden, wenn das öffentliche Interesse an der Einschränkung jenes an der Erhaltung des Gemeingebrauchs überwiegt (Art. 12 Abs. 1 StrG). Jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung einer Kantons- oder Gemeindestrasse ist nur mit einer gebührenpflichtigen Bewilligung und in der Regel nur gegen Entschädigung zulässig (Art. 15 Abs. 1 StrG). Nach Art. 16 Abs. 1 StrG wird die einmalige oder in Zeitabständen wiederkehrende, jeweils kurzfristige und nicht aufwendige (den Gemeingebrauch übersteigende) Benutzung – sprich gesteigerter Gemeingebrauch – "in der Form der Erlaubnis gestattet", also mittels Bewilligung. Langfristige Benutzungen, namentlich die Errichtung dauernder Bauten und Anlagen mit erheblichem Aufwand – sprich Sondernutzungen (vgl. dazu auch vorangehende E. 6.2.3 a.E.) –, werden "in der Form der Verleihung bewilligt", mithin mittels (Sondernutzungs-)Konzession.

**6.4.** Mit der streitgegenständlichen Einhausung und Unterbauung des A. würde es zwar weiterhin möglich sein, von der B.-Strasse her über das A. in die C.-Strasse und zurück zu gelangen. Die Wegverbindung an sich würde nicht unterbrochen. Dass die Funktion des A. als Fussgängerverbindung zwischen den beiden genannten Strassen jedenfalls nicht wesentlich beeinträchtigt würde, ändert allerdings nichts daran, dass die Einhausung unstrittig öffentlichen Raum beanspruchen – und zwar ausschliesslich, selbst wenn davon nur der Luftraum über und das Erdreich unter dem A. betroffen wären, nicht aber die Erdoberfläche (vgl. dazu auch Art. 3 Abs. 1 lit. a und p StrG, wonach auch der Strassenunterbau sowie Unter- und Überführungen Bestandteile der Strassen sind) – und den privaten Beschwerdegegnern einen erheblichen Mehrwert verschaffen würde. Nicht entscheidend ist daher überdies, dass es kaum andere Private geben wird, die den konkret von den privaten Beschwerdegegnern für ihr Bauvorhaben beanspruchten öffentlichen Raum für eigene Zwecke sinnvoll nutzen könnten, und auch ein solches Interesse der Gemeinde nicht offenkundig ist. Durch das ihnen verliehene Recht, den fraglichen öffentlichen Luftraum über dem A. exklusiv zu benutzen, erzielen die privaten Beschwerdegegner einen wesentlichen wirtschaftlichen Vorteil, den sie gegenüber dem Gemeinwesen abzugelten haben. Da die Einhausung auf unbestimmte Zeit bzw. längere Dauer Bestand haben soll, ist eine Sondernutzung im Sinne von Art. 16 Abs. 2 StrG zu bejahen, zumal die Errichtung der Baute mit erheblichem Aufwand verbunden ist, selbst wenn nur die über und unter dem A. zu stehenden Teile des Bauprojekts betrachtet werden.

Nicht massgebend ist in diesem Zusammenhang, dass das Grenz- sowie Über- und Unterbaurecht zugunsten der privaten Beschwerdegegner gegenüber der Gemeinde separat abgegolten werden sollte.

Voraussetzung für die Einhausung ist damit eine Sondernutzungskonzession, über welche die privaten Beschwerdegegner unstrittig nicht verfügen. Insbesondere machen weder sie noch der Regierungsrat oder die Gemeinde geltend, es läge eine stillschweigende bzw. formlose Sondernutzungskonzession vor, weshalb nicht näher auf deren Zulässigkeit eingegangen werden muss (verneinend im konkreten Fall BGer 1C\_718/2013 vom 20. März 2014 E. 5.4.2 f. mit Verweis auf BGer 1P.651/2005 vom 17. Januar 2005 E. 4; grundsätzlich bejahend dagegen OGE vom 18. März 1988 i.S. Motorboot-Club Schaffhausen und weitere gegen Einwohnergemeinde Schaffhausen E. 2c/bb, zusammenfassend publiziert in Amtsbericht 1988, S. 106; vgl. im Übrigen nachfolgend E. 6.6 zur Befristung einer Sondernutzungskonzession).

An diesem Ergebnis vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass in der Gemeinde X. bereits andernorts auf privatem Grund öffentliche Fussgängerpassagen existieren. Die von den privaten Beschwerdegegnern genannten öffentlichen Wege liegen nicht auf öffentlichem Grund, wie die Beschwerdeführenden darlegen und was die privaten Beschwerdegegner nicht in Abrede stellen. Überdies ist nahelegend, wie die Beschwerdeführenden zu Recht geltend machen, dass diese Wege noch unter altem Recht bewilligt bzw. dem öffentlichen Gemeingebrauch gewidmet wurden. Aus diesen Gründen ist nicht dargetan, dass die Gemeinde betreffend Einhausungen von öffentlichen Wegen auf öffentlichem Grund in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zudem zu erkennen gibt, auch inskünftig nicht gesetzeskonform entscheiden zu wollen. Die privaten Beschwerdegegner können sich daher nicht auf einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht berufen (vgl. dazu statt vieler BGer 2C\_703/2017 vom 15. März 2019 E. 4.1 mit Hinweisen), wie sie es sinngemäss tun.

**6.5.** Das in Art. 25a des Raumplanungsgesetzes (Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 [RPG, SR 700]) und Art. 66 BauG verankerte Koordinationsgebot verlangt, dass die Rechtsanwendung materiell koordiniert, das heisst inhaltlich abgestimmt wird, wenn für die Verwirklichung eines Projekts verschiedene materiellrechtliche Vorschriften anzuwenden sind und zwischen diesen Vorschriften ein derart enger Sachzusammenhang besteht, dass sie nicht getrennt und unabhängig voneinander angewendet werden dürfen. In solchen Fällen ist die Anwendung des materiellen Rechts überdies in formeller, verfahrensmässiger Hinsicht in geeigneter Weise zu koordinieren, um sich widersprechende Entscheide

zu vermeiden. Namentlich ist zu gewährleisten, dass die verschiedenen koordinationspflichtigen Entscheide in einem einheitlichen Rechtsmittelverfahren angefochten werden können (zum Ganzen BGE 137 II 182 E. 3.7.4.1 S. 196; BGer 1C\_236/2013 vom 4. Februar 2014 E. 3.1). Nachgelagerte Verfahren sind nur dann zulässig, wenn dies von der Sache her sinnvoll ist und sich daraus keine wesentlichen neuen Auswirkungen oder Änderungen für das Projekt ergeben oder ergeben können (BGer 1C\_266/2018 vom 12. April 2019 E. 3.3; zum Ganzen BGer 1C\_615/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 2.5 und 1C\_658/2017 vom 18. September 2018 E. 3.3; OGE 60/2015/36 vom 4. Juni 2019 E. 7.4).

Beim Erfordernis einer Sondernutzungskonzession handelt es sich nicht um einen untergeordneten Aspekt (wie etwa die Farbgebung der Fassaden oder andere Einzelheiten der Aussenraumgestaltung; vgl. BGer 1C\_658/2017 vom 18. September 2018 E. 3.3 mit Hinweisen), der sich sinnvoll isoliert beurteilen lässt. Die Erteilung der Sondernutzungskonzession kann daher nicht in einem separaten Verfahren "nachgeholt" werden, weshalb der angefochtene Beschluss die Koordinationspflicht verletzt.

**6.6.** Ob für das streitgegenständliche Vorhaben eine Sondernutzungskonzession hätte erteilt werden können bzw. noch erteilt werden könnte, kann offenbleiben. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass eine solche grundsätzlich stets zu befristen ist. Andernfalls würde sich das Gemeinwesen der Hoheit über die betroffene öffentliche Sache entäussern, was – auf diesem Weg – nicht zulässig ist ("Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt"; BGE 127 II 69 E. 4c S. 74 f.; BGer 1C\_631/2017 vom 29. März 2019 E. 6.4, zur Publikation vorgesehen, und 2C\_699/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 5.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2312, S. 512 f.; Tschannen/Zimmerli/Müller, § 51 Rz. 18, S. 487). Dementsprechend sieht auch das Strassengesetz vor, dass jede über den (schlichten) Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung einer Kantons- oder Gemeindestrasse – gesteigerter Gemeingebrauch und Sondernutzung – bewilligungspflichtig und die entsprechende Bewilligung zu befristen ist (Art. 15 Abs. 1 und 3 StrG). Dies schliesst nicht aus, dass die Sondernutzungskonzession nach Ablauf der Konzessionsdauer verlängert wird. Zu beachten sind ferner die weiteren Voraussetzungen für die Erteilung einer Verleihung gemäss Art. 15 Abs. 2 StrG, namentlich das Vorhandensein eines beachtlichen Bedürfnisses, dem auf andere Weise nur durch unverhältnismässigen Aufwand entsprochen werden könnte (lit. a).

Schliesslich ist anzumerken, dass eine Umzonung und der Verkauf des Teilstücks A., in Verbindung mit einem öffentlichen Fusswegrecht, wie es die Gemeinde in Erwägung zieht, *prima facie* nicht von vornherein unzulässig erscheint,

wobei die Aufhebung der Gemeindestrasse eine genehmigungspflichtige Änderung des kommunalen Strassenrichtplans erfordert (Art. 31 Abs. 2 i.V.m. Art. 32 StrG).