



## Juristische Mitteilungen 2003 / III

### Inhalt

#### Neue Publikationen:

22. Erläuterungen zur Raumplanungsverordnung ..... 2

#### Baurecht:

23. Erschliessung mit öffentlichen Verkehrsmitteln ..... 3

#### Umweltschutzrecht:

24. Pflicht zur Parkplatzbewirtschaftung bei Einkaufszentren ..... 6  
25. Höhe des Parkiertarifs für Kundenparkplätze ..... 12  
26. Umgang mit Mikrozellen ..... 15

#### Öffentliches Beschaffungswesen:

27. Auskunftsstellen und Hilfsmittel ..... 19

#### Verwaltungsverfahrenrecht:

28. Legitimation von Umweltschutzorganisationen ..... 20  
29. Vertraulichkeit von Vergleichsverhandlungen ..... 23  
30. Ausschluss der Teilrechtskraft von Baubewilligungen ..... 25

#### Erläuterungen zum Baurecht:

31. Sicherheit von Bauten und Anlagen ..... 27

### Impressum

Herausgeber: Baudepartement des Kantons St.Gallen  
Verantwortung: Rechtsabteilung  
Kontaktperson: Alex Keller  
Direktwahl: 071 229 43 58  
Fax: 071 229 39 70  
SMTP: alex.keller@sg.ch  
Internet: w3.sg.ch/jumi

**22****Neue Publikationen:****Erläuterungen zur Raumplanungsverordnung**

Der Bundesrat hat am 1. Juli 2003 die Raumplanungsverordnung revidiert. Die Revision beschränkt sich auf eine Ergänzung der Raumplanungsverordnung durch Art. 42a RPV. Mit diesem Artikel wird im Bundesrecht abschliessend festgelegt, in welchem Ausmass Wohnbauten geändert werden können, die ursprünglich landwirtschaftlich genutzt wurden und neu landwirtschaftsfremd bewohnt werden sollen. Die Kantone können nur ganz oder teilweise von den Möglichkeiten von Art. 24d RPG beziehungsweise Art. 42a RPV Gebrauch machen. Weitergehende kantonale Bestimmungen sind bundesrechtswidrig.

Die thematisch eng begrenzte Revision ändert nichts daran, dass die komplizierte Ausnahmeregelung für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen und die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe in der Praxis zu Schwierigkeiten in der Abgrenzung und in der Auslegung führen. Eine zuverlässige Kommentierung wäre deshalb von grossem Nutzen.

Das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) hat den Kommentierungsbedarf erkannt und am 22. August 2003 die Erläuterungen zu Artikel 42a der Raumplanungsverordnung publiziert. In diesen Erläuterungen werden folgende Themen behandelt:

- Der Geltungsbereich und die Bedeutung von Art. 42a RPV werden aus Art. 24d Abs. 1 RPG und in Abgrenzung zu Art. 24c RPG hergeleitet. Nützlich ist namentlich das Schema, welches die Erweiterungsmöglichkeiten nach Art. 24c RPG und Art. 24d Abs. 1 RPG (gesondert für alt- und neurechtliche Bauten) aufzeigt.
- In Bezug auf die Umsetzung im kantonalen Recht wird aufgezeigt, dass Kantone, welche von der Kompetenz in Art. 24d RPG Gebrauch gemacht haben, nicht erneut Recht setzen müssen.
- In den Detailbemerkungen werden einige unbestimmte Gesetzesbegriffe erläutert. Allerdings werden nicht alle Begriffe abschliessend definiert.
- Schliesslich wird auch noch auf zwei Detailfragen eingegangen, die sich in der Praxis immer wieder stellen. Eine vollständige Klärung ist jedoch nicht zu finden. Weder bei ursprünglich bloss temporär bewohnten landwirtschaftlichen Gebäuden, noch bei Wohnraum, der noch zu einem landwirtschaftlichen Betrieb gehört, aber nicht mehr für die Bewirtschaftung benötigt wird, werden die aufgeworfenen Fragen beantwortet.

Bei dieser Sachlage stellen die Erläuterungen lediglich einen Zwischenschritt zu einer zuverlässigen Kommentierung dar. Es bleibt zu hoffen, dass das ARE die noch offenen Fragen zügig abklärt und beantwortet.

Die Erläuterungen zu Artikel 42a der Raumplanungsverordnung können vom Internet unter [www.are.admin.ch/imperia/md/content/are/raumplanung/raumplanungsrecht/revisionrpv2002/erl\\_rpv\\_42a\\_v1\\_d.pdf](http://www.are.admin.ch/imperia/md/content/are/raumplanung/raumplanungsrecht/revisionrpv2002/erl_rpv_42a_v1_d.pdf) heruntergeladen werden.

**Weiterführender Hinweis:**

Juristische Mitteilungen 2003 Nr. 11

**23**

Baurecht:

**Erschliessung mit öffentlichen Verkehrsmitteln****Art. 69bis Abs. 3 BauG: Öffentliche Verkehrsmittel  
Erschliessung**

**Die gute Erreichbarkeit mit öffentlichen Verkehrsmitteln muss bei bestehenden Bauten und Anlagen von überörtlicher Bedeutung mit grossem Benutzer- und Besucherkreis auch bei Erweiterungen gegeben sein.**

Die Wirkung von Art. 69bis Abs. 3 BauG, wonach Bauten und Anlagen von überörtlicher Bedeutung mit grossem Benutzer- und Besucherkreis mit öffentlichen Verkehrsmitteln gut erreichbar sein müssen, war in der Praxis vor allem in Bezug auf Erweiterungen bestehender Bauten und Anlagen umstritten. Das Verwaltungsgericht musste sich mit dieser Frage auf Grund einer Beschwerde des Verkehrsclubs der Schweiz gegen eine Erweiterung des Sântisparks, Abtwil, auseinandersetzen.

**1. Ausgangslage**

Der Gemeinderat Gaiserwald hatte in Übereinstimmung mit dem Amt für Umweltschutz in der Baubewilligung betreffend Erweiterung des Sântisparks festgehalten, dass während den Hauptbetriebszeiten des Sântisparks eine gute, attraktive Verbindung mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zwischen dem Sântispark und seinen Haupteinzugsgebieten gewährleistet werden müsse (Art. 69bis Abs. 3 BauG).

Das Baudepartement hatte diese Auflage mit der Begründung aufgehoben, dass Art. 69bis BauG nur für neue Anlagen gelte; zudem könne bei neuen Anlagen nur verhindert werden, dass sie ausserhalb des Siedlungsgebietes und somit ohne guten Anschluss an den öffentlichen Verkehr erstellt würden. Schliesslich bilde die Bestimmung keine Grundlage, eine nachträgliche Erschliessung bestehender Anlagen zu verlangen, soweit diese ausserhalb des Siedlungsgebietes lägen und über keinen guten Anschluss an den öffentlichen Verkehr verfügten.

Der Beschwerdeführer beantragt, es sei festzustellen, dass ein Konzept zur [besseren] Erschliessung mit öffentlichen Verkehrsmitteln vorgängig zu erstellen und als Bestandteil der Baugesuchsunterlagen aufzulegen sei.

**2. Rechtliche Grundlage für die Erschliessung mit öffentlichen Verkehrsmitteln**

Unbestritten ist vorliegend, dass der Antrag des Beschwerdeführers nicht auf Art. 12 USG gestützt werden kann. Zu prüfen bleibt folglich, ob Art. 69bis Abs. 3 BauG eine gesetzliche Grundlage bilden kann.

#### **a) Rechtsnatur von Art. 69bis Abs. 3 BauG**

Gemäss Art. 69bis Abs. 3 BauG müssen Bauten und Anlagen von überörtlicher Bedeutung mit grossem Benutzer- und Besucherkreis mit öffentlichen Verkehrsmitteln gut erreichbar sein.

Art. 69bis Abs. 3 BauG stellt, wie etwa Abstands- oder Gestaltungsvorschriften, eine Norm des materiellen Baupolizeirechts dar (vgl. Art. 49 bis Art. 77quinquies BauG mit dem Titel "Bauvoraussetzungen und Beschaffenheit der Bauten"). Somit bildet auch Art. 69bis Abs. 3 BauG ein baupolizeiliches Erfordernis für die Bewilligung von Bauten und Anlagen.

#### **b) Anwendbarkeit von Art. 69bis Abs. 3 BauG bei bestehenden Anlagen**

Die Vorinstanz stellt sich, wie eingangs dargelegt, auf den Standpunkt, Art. 69bis BauG könne nur auf neue Anlagen und somit beim bestehenden Sântispark nicht Anwendung finden. Diese Auffassung kann das Verwaltungsgericht nicht teilen.

Streitgegenstand ist nicht eine bestehende Anlage, sondern deren Erweiterung. Auch bei bewilligungspflichtigen Erweiterungen sind grundsätzlich die baupolizeilichen Vorschriften zu beachten.

#### **aa) Umgang mit Bauten, die vor Erlass von Art. 69bis BauG erstellt wurden**

Bei einer Baute, die vor Erlass von Art. 69bis Abs. 3 BauG errichtet wurde, gelangen die Grundsätze von Art. 77bis BauG zur Anwendung. Danach sind Erweiterungen rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen zulässig, soweit dadurch die Rechtswidrigkeit weder vermehrt noch wesentlich verstärkt wird (Art. 77bis Abs. 2 BauG). Eine Vermehrung der Rechtswidrigkeit liegt vor, wenn die Änderung zu einer Verletzung zusätzlicher Vorschriften führt; eine Verstärkung der Rechtswidrigkeit liegt dagegen vor, wenn eine bereits verletzte Vorschrift in noch stärkerem Ausmass verletzt wird.

#### **bb) Umgang mit Bauten, die nach Erlass von Art. 69bis BauG erstellt wurden**

Bei der Erweiterung einer nach Inkrafttreten von Art. 69bis Abs. 3 BauG erstellten Baute ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen dieser Bestimmung auch im Fall einer Erweiterung noch erfüllt sind. Die Erschliessung mit öffentlichen Verkehrsmitteln kann sich beispielsweise seit der Erstellung verändert haben; sie kann sich verringert haben oder sich auf Grund der geplanten Erweiterung als ungenügend erweisen.

### **3. Beurteilung der Erreichbarkeit des Sântisparks mit öffentlichen Verkehrsmitteln**

Der Beschwerdeführer macht - im Gegensatz zum Gemeinderat Gaiserwald - im Wesentlichen geltend, die gesetzlich geforderte gute Erschliessung mit öffentlichen Verkehrsmitteln sei nicht in alle Haupteinzugsgebiete gegeben.

#### **a) Beurteilung der Erschliessung der Haupteinzugsgebiete**

Die Buslinie 7 umfasst täglich rund 160 Verbindungen von und zum Sântispark. Dieser verfügt ausserdem über eine eigene Bushaltestelle. Damit sind die Haupteinzugsgebiete, nämlich Abtwil und die Stadt St.Gallen, sehr gut mit öffentlichen Verkehrsmitteln erschlossen.

**b) Beurteilung der Erschliessung der Nebeneinzugsgebiete**

Das Gesetz verlangt nicht, dass nach sämtlichen möglichen Einzugsgebieten, insbesondere auch allen Nebeneinzugsgebieten, eine gute Verbindung mit öffentlichen Verkehrsmitteln gegeben ist.

Neben den Haupteinzugsgebieten St.Gallen und Abtwil besteht auch nach Gossau eine Busverbindung und damit eine Erschliessung mit einem öffentlichen Verkehrsmittel. Allerdings ist bei dieser Busverbindung ein Umsteigen erforderlich, ebenso bei der Benützung der Bahn von Gossau nach St.Gallen-Winkeln. Angesichts der dichten Verbindungen auf der Bahnlinie (zwei Verbindungen pro Stunde) und dem anschliessenden Busnetz kann auch die Verbindung zum Nebeneinzugsgebiet Gossau durchaus als gut bezeichnet werden.

Anders verhält es sich dagegen beim Nebeneinzugsgebiet Herisau. Von Herisau nach St.Gallen-Winkeln bestehen zwar zahlreiche gute Verbindungen mit Bahn und Bus, doch ist die gesamte Strecke mit öffentlichen Verkehrsmitteln nur mit erheblichem Zeitaufwand zu bewältigen.

**c) Bewertung der Erreichbarkeit mit öffentlichen Verkehrsmitteln**

Selbst wenn direkte Verbindungen nach Gossau und Herisau als Nebeneinzugsgebiete nicht bestehen, so gibt es doch ein Grundangebot an öffentlichen Verkehrsmitteln in die Nebeneinzugsgebiete und ein sehr gutes Angebot des öffentlichen Verkehrs in die Haupteinzugsgebiete. Dies rechtfertigt es, auch für die vorgesehene Erweiterung von einer gesamthaft guten Erreichbarkeit mit öffentlichen Verkehrsmitteln zu sprechen, weshalb die Voraussetzungen von Art. 69bis Abs. 3 BauG für das Bauvorhaben der Beschwerdegegnerin erfüllt sind.

**Weiterführende Hinweise:**

- BGE 123 II 353
- B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 355 und N 750
- Juristische Mitteilungen 2003 Nr. 28

**Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. VCS vom 26. August 2003**

Das Verwaltungsgericht hielt fest, dass der Sântispark trotz gewissen Einschränkungen mit öffentlichen Verkehrsmitteln gut erreichbar sei.

**24**

Umweltschutzrecht:

**Pflicht zur Parkplatzbewirtschaftung bei Einkaufszentren****Art. 12 Abs. 1 lit. c USG: Emissionsbegrenzung  
Betriebsvorschrift****Die Pflicht zur Bewirtschaftung von Kundenparkplätzen von Einkaufszentren ist als betriebliche Massnahme zur Emissionsbegrenzung zulässig.**

Das Baudepartement hatte in einem Rekursentscheid betreffend Sântispark, Abtwil, zunächst festgehalten, dass hinsichtlich der Bewirtschaftung von Kundenparkplätzen von Einkaufszentren eine gesetzliche Grundlage im Umweltschutzgesetz bestehe. Anschliessend stellte es jedoch fest, dass eine Parkplatzbewirtschaftung als verschärfte emissionsbegrenzende Massnahme mangels Regelung des Lastenausgleichs im Massnahmenplan nicht verfügt werden könne.

Nach dem Baudepartement hatte sich auch das Verwaltungsgericht mit der Parkplatzbewirtschaftung auseinander zu setzen.

**1. Gesetzliche Grundlagen**

Zur Beurteilung der Rechtmässigkeit der Parkplatzbewirtschaftung sind das eidgenössische Umweltschutzrecht, insbesondere das Umweltschutzgesetz und die Luftreinhalte-Verordnung sowie der Massnahmenplan nach Luftreinhalte-Verordnung für den Kanton St.Gallen (Nachführung 1997, ABI 1998, S. 2248 ff.) heranzuziehen.

**2. Regelung im Umweltschutzgesetz**

Das Umweltschutzgesetz enthält mehrere Bestimmungen, die Anwendung finden.

**a) Gesamthafte Beurteilung der Anlage**

Vorliegend ist unbestritten, dass der Sântispark einschliesslich der geplanten Um- und Erweiterungsbauten eine Anlage im Sinn von Art. 7 Abs. 7 USG darstellt, welche Einwirkungen namentlich in Form von Luftverunreinigungen und Lärm erzeugt beziehungsweise erzeugen wird. Diese sind, wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gesamthaft zu beurteilen. Dabei sind alle Emissionen zu berücksichtigen, die durch die bestimmungsgemässe Nutzung der Anlage verursacht werden. Demnach sind in dieser Beurteilung auch die von den Beschäftigten, Besuchern und Kunden in der Umgebung der Anlage verursachten Emissionen miteinzubeziehen.

**b) Grundsätze der Emissionsbegrenzung**

Gemäss Art. 11 Abs. 1 USG werden Luftverunreinigungen, Lärm, Erschütterungen und Strahlen durch Massnahmen bei der Quelle begrenzt (Emissionsbegrenzungen). Unab-

hängig von der bestehenden Umweltbelastung sind Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG). Steht fest oder ist zu erwarten, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden, werden die Emissionsbegrenzungen verschärft (Art. 11 Abs. 3 USG).

### **c) Voraussetzungen für verschärfte emissionsbegrenzende Massnahmen**

Nach den Feststellungen des Amtes für Umweltschutz vom 27. Oktober 2000 wird der Jahresmittelwert für NO<sub>2</sub>-Immissionen von 30 µg/m<sup>3</sup> (Art. 2 Abs. 5 erster Satz LRV in Verbindung mit Anhang 7 LRV) überschritten. An der Geissbergstrasse und beim Säntispark wurden 1998 Werte von 36,6 µg/m<sup>3</sup> beziehungsweise 32,1 µg/m<sup>3</sup> gemessen. Mit der Vorinstanz ist deshalb festzuhalten, dass auf Grund der möglichen Verkehrsentwicklung und der vorhandenen räumlichen Reserven der Immissionsgrenzwert zumindest entlang der stark befahrenen Strassen weiterhin überschritten wird. Dies wird von den Verfahrensbeteiligten nicht bestritten oder in Frage gestellt. Bei dieser Sachlage sind die Voraussetzungen für verschärfte emissionsbegrenzende Massnahmen grundsätzlich gegeben.

### **d) Bewirtschaftung von Kundenparkplätzen von Einkaufszentren als betriebliche Massnahme**

Nach Art. 12 Abs. 1 lit. c USG werden Emissionen durch den Erlass von Verkehrs- und Betriebsvorschriften eingeschränkt. Begrenzungen werden durch Verordnungen oder, soweit diese nichts vorsehen, durch unmittelbar auf dieses Gesetz gestützte Verfügungen vorgeschrieben (Art. 12 Abs. 2 USG). Zu den betrieblichen Massnahmen zur Emissionsbegrenzung zählen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts insbesondere auch Massnahmen zur Bewirtschaftung von Kundenparkplätzen von Einkaufszentren.

## **3. Bezug des Massnahmenplans**

Die Vorinstanz prüfte unabhängig von der Frage, ob sich die vom Gemeinderat Gaiserwald angeordnete Parkplatzbewirtschaftungspflicht auch alleine auf Art. 11 und 12 USG stützen lässt, ob diese Bestimmungen in Verbindung mit dem Massnahmenplan Luftreinhalte-Verordnung eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die streitige Massnahme bilden.

### **a) Gesetzliche Regelung des Massnahmenplans**

Die gesetzliche Grundlage für den Massnahmenplan findet sich in Art. 44a USG. Danach erstellt die zuständige Behörde, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass schädliche oder lästige Einwirkungen von Luftverunreinigungen durch mehrere Quellen verursacht werden, einen Plan der Massnahmen, die zur Verminderung oder Beseitigung dieser Einwirkungen innert angemessener Frist beitragen (Abs. 1). Massnahmenpläne sind für die Behörden verbindlich, die von den Kantonen mit Vollzugsaufgaben betraut sind. Sie unterscheiden Massnahmen, die unmittelbar angeordnet werden können, und solche, für welche die rechtlichen Grundlagen noch zu schaffen sind (Abs. 2). Dabei ist es grundsätzlich Sache des Massnahmenplans, die für die Verbesserung der Luftqualität erforderlichen Massnahmen auszuwählen, Art und Weise ihres Vollzugs zu bestimmen und den Realisierungszeitraum festzulegen (Art. 32 Abs. 2 lit. e bis g LRV). Dazu gehört auch die Entscheidung, ob solche Massnahmen unmittelbar durch Einzelverfügung oder erst auf Grund kantonaler oder kommunaler Verordnungen zu ergreifen sind (Art. 44a Abs. 2 USG).

## **b) Grenzen des Massnahmenplans**

Massnahmen, die unmittelbar angeordnet werden können, sind solche, für die bereits eine - nach Möglichkeit im Massnahmenplan zu bezeichnende - Rechtsgrundlage besteht, sei dies im Umweltschutzgesetz oder in einem anderen, allenfalls auch kantonalen Erlass.

Andererseits geht es nicht an, dass Emissionsbegrenzungen, die sich ohne weiteres direkt auf Art. 12 USG stützen lassen und die im Massnahmenplan vorgesehen sind, nur deshalb nicht zugelassen werden, weil der Massnahmenplan eine zusätzliche gesetzliche Grundlage vorsieht, die trotz Fristablauf noch aussteht. So dürfen Versäumnisse im kantonalen Umsetzungsprozess nicht das bundesrechtliche Emissionsbegrenzungskonzept ausser Kraft setzen.

## **c) Beurteilung des Massnahmenplans des Kantons St.Gallen**

In Frage steht vorliegend die Massnahme Vn 22 des Massnahmenplans. Gemäss deren Ziff. 3 wirken die Gemeinden darauf hin, dass Betreiber von Anlagen mit hohem Kundenpotenzial (zum Beispiel Einkaufs-, Sport- und Freizeitzentren) eine Bewirtschaftung der Parkplätze einführen sowie einen (verbesserten) Anschluss an den öffentlichen Verkehr anstreben. Die Regierung arbeitet in Koordination mit den Nachbarkantonen eine gesetzliche Grundlage aus zur Erhebung einer Abgabe auf öffentlich zugänglichen Parkplätzen und auf Beschäftigtenparkplätzen (Ziff. 4 erster Satz). Unbestritten ist in diesem Zusammenhang, dass die Regierung diesen Gesetzgebungsauftrag bislang noch nicht wahrgenommen hat.

Die Vorinstanz stellt sich mit Bezug auf diese Bestimmungen auf den Standpunkt, sie würden keine hinreichende Grundlage für eine Parkplatzbewirtschaftungspflicht bilden. So sei einerseits zu beachten, dass mit der Wendung, die Gemeinden "wirken darauf hin", keine Pflicht zur Parkplatzbewirtschaftung statuiert werde, sondern eine solche nur auf freiwilliger Basis durch den Anlagebetreiber eingeführt werden könne. Andererseits sei die Massnahme auch zu wenig konkret formuliert, um eine direkte und zwangsweise Umsetzung zu erlauben. So definiere sie nicht, welche Parkplätze bewirtschaftet werden sollen, wie die Bewirtschaftung ausgestaltet werden soll und wann und wie bestehende Anlagen zu sanieren sind.

Dieser Auffassung kann nur teilweise gefolgt werden. Zwar ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass die Massnahme in Bezug auf die Ausgestaltung der Parkplatzbewirtschaftung und den Sanierungszeitpunkt bestehender Anlagen nicht hinreichend konkret ausgestaltet ist. Nicht gefolgt werden kann indes der Vorinstanz, wenn sie festhält, es sei nicht definiert, welche Parkplätze zu bewirtschaften seien. So ergibt sich aus Ziff. 3 der Massnahme Vn 22 klar, dass sie für die Betreiber von Anlagen mit hohem Kundenpotenzial wie etwa Einkaufs-, Sport- und Freizeitzentren gelten soll. Fragwürdig erscheint ebenfalls die Feststellung der Vorinstanz, die Wendung "wirken darauf hin" lasse nur eine freiwillige Bewirtschaftung zu. So lässt sich auch die Auffassung vertreten, Ziff. 3 fordere durch diese Formulierung die Gemeinden auf, eine Bewirtschaftung von Kundenparkplätzen nötigenfalls auch zwangsweise anzuordnen, wobei die detaillierte Ausgestaltung den Gemeinden überlassen werden soll. Wie es sich jedoch mit dieser Wendung letztlich verhält, kann vorliegend offen gelassen werden.

Entscheidend ist, dass die Massnahme Vn 22 die Bewirtschaftung von Kundenparkplätzen immerhin vorsieht. Darin kann zwar keine genügende gesetzliche Grundlage für eine zwangsweise Anordnung erblickt werden. Wie bereits dargelegt wurde, kann es indes nach der Auffassung des Bundesgerichts nicht angehen, dass Emissionsbegrenzungen, die sich ohne weiteres direkt auf Art. 12 USG stützen lassen und die im Massnahmenplan vorgesehen sind, nur deshalb nicht zugelassen werden, weil der Massnahmenplan - wie vorliegend - eine zusätzliche gesetzliche Grundlage vorsieht, die noch aussteht. Vorliegend ist

deshalb zu prüfen, ob die Parkplatzbewirtschaftungspflicht auch unmittelbar gestützt auf Art. 12 USG erlassen werden kann.

#### **d) Voraussetzungen der direkten Anwendbarkeit des Umweltschutzgesetzes**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt die Parkplatzbewirtschaftungspflicht (von privaten Kundenparkplätzen) dann eine betriebliche Massnahme im Sinn von Art. 12 Abs. 1 lit. c USG dar, wenn sie in einem hinreichend engen Zusammenhang zum Betrieb der fraglichen Anlage steht und sie einen Beitrag zur Verringerung der Emissionen an der Quelle zu leisten vermag. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann sie gestützt auf Art. 12 Abs. 1 lit. c USG erlassen werden und beruht damit auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage.

#### **e) Beurteilung des engen betrieblichen Zusammenhangs und des Beitrags zur Emissionsbegrenzung**

Vorliegend stehen die fraglichen Parkplätze klar in einem engen Zusammenhang mit dem Betrieb des Säntisparks. So ist nicht anzunehmen, dass die Parkplätze des Säntisparks in nennenswertem Rahmen für den Besuch von Anlagen ausserhalb des Säntisparks benutzt werden. Dies wird von den Verfahrensbeteiligten auch nicht geltend gemacht.

In Bezug auf die weitere Voraussetzung, die Bewirtschaftung müsse zur Emissionsreduzierung beitragen, wendet der Beschwerdegegner indessen ein, es sei offensichtlich, dass die bereits vom Säntispark getätigten Massnahmen zur Luftreinhaltung greifen würden. Dieser Einwand ist unbeachtlich. Entscheidend ist einzig, ob durch die Parkplatzbewirtschaftungspflicht ein Beitrag zur Verringerung der Emissionen an der Quelle geleistet werden kann, welcher geeignet ist, die übermässigen Emissionen beziehungsweise deren Zunahme im fraglichen Gebiet zu verringern. Dies kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts für Einkaufszentren bejaht werden. So habe die Erhebung einer Parkplatzgebühr tendenziell zur Folge, dass der betreffende Ort weniger häufig mit dem Auto aufgesucht wird, sei es dank der Wahl eines anderen - umweltschonenderen - Verkehrsmittels oder durch Verzicht auf die betreffende Fahrt. Dies hat auch für den vorliegenden Fall zu gelten.

#### **f) Andere Beurteilung von Beschäftigtenparkplätzen**

Nicht überzeugend ist die Argumentation der Vorinstanz, wenn bei Beschäftigtenparkplätzen eine Bewirtschaftungspflicht nur im Einverständnis mit den Betreibern der Anlage durchgeführt werden könne, so müsse dies auch für Parkplätze von Einkaufszentren gelten. Bei solchen gelten die Auswirkungen des Autoverkehrs als betriebliche Emission, und im Übrigen hat das Bundesgericht ausdrücklich die Zulässigkeit der Bewirtschaftungspflicht für Kundenparkplätze von Einkaufszentren anders beurteilt als für Mitarbeiterparkplätze von Betrieben.

### **4. Parkplatzbewirtschaftung als Auflage in der Baubewilligung**

Im Übrigen ist die Pflicht zur Parkplatzbewirtschaftung hinreichend konkret statuiert. Namentlich sind konkrete Rahmenbedingungen sowie die Mindestgebühr festgelegt. Ausserdem wird die Bauherrschaft verpflichtet, ein Konzept für die Bewirtschaftung nachzuliefern. Dies ist als Auflage eines Baubewilligungsentscheids ausreichend.

## **5. Prüfung der Wettbewerbsneutralität**

Zu prüfen bleibt der Einwand der Vorinstanz, die Parkplatzbewirtschaftung könne, da sie zu einer Wettbewerbsverzerrung führe beziehungsweise dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden widerspreche, nicht umgesetzt werden.

### **a) Grundsatz der Gleichbehandlung**

Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten sind Massnahmen unzulässig, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren beziehungsweise nicht wettbewerbsneutral sind. Als direkte Konkurrenten gelten dabei die Angehörigen der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen.

### **b) Beurteilung der Auswirkungen auf den Wettbewerb**

Vorliegend ist das Angebot des Säntisparks einzigartig in der Region von St.Gallen. So besteht weder in der Umgebung der Stadt St.Gallen noch in der Umgebung von Abtwil eine weitere vergleichbare Anlage, in welcher neben erheblichen Einkaufsmöglichkeiten - wenn überhaupt - eine derart weite Palette an Freizeit-, Restaurations- und Hotellerieangeboten besteht. Insofern erscheint es fraglich, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden überhaupt auf den Säntispark anwendbar ist (in einem Urteil hat das Bundesgericht als massgebliches Konkurrenzgebiet für ein geplantes Einkaufszentrum in Belp nur diese Ortschaft, nicht etwa auch allgemein die Umgebung von Bern betrachtet).

Selbst wenn jedoch in Bezug auf den Säntispark davon auszugehen wäre, dass als direkte Konkurrenten etwa das Westcenter als grosses Einkaufszentrum oder das Cinédome als grosse Freizeitanlage zu betrachten wären, bleibt festzuhalten, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht absolut gilt. So schliessen Lehre und Rechtsprechung nicht aus, etwa aus Gründen des Umweltschutzes gewisse umweltverträgliche Verfahren oder Produkte zu begünstigen. Dabei sind indes spürbare Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden.

Wie dargelegt, befindet sich in Abtwil - wie auch in der weiteren Umgebung - kein anderer Anbieter, der über eine derart grosse Einkaufs-, Freizeitangebots- und Parkierungsfläche verfügt. Es lässt sich daher nicht die Schlussfolgerung ziehen, durch die Parkplatzbewirtschaftung entstehe eine spürbare Wettbewerbsverzerrung. Somit erscheint es im Interesse der mit der Parkplatzbewirtschaftung verfolgten Umweltschutzanliegen sachlich gerechtfertigt, einen grösseren Verursacher einer Umweltbelastung einer stärkeren Einschränkung zu unterstellen als einen kleinen. Zudem verfügen auch die allenfalls als Konkurrenten des Säntisparks einzustufenden Westcenter und Cinédome über eine Parkplatzbewirtschaftung.

### **c) Feststellung einer Wettbewerbsverzerrung beim angegliederten Hotelbetrieb**

Eine unzulässige Wettbewerbsverzerrung durch die Anordnung der Parkplatzbewirtschaftung muss jedoch in Bezug auf das Hotel Säntispark erblickt werden. Dieses unterscheidet sich in seinem Angebot nicht wesentlich von anderen Hotels in der näheren Umgebung, etwa dem Hotel Sistar. So bietet auch das Hotel Sistar an, Tagungen oder Bankette in der Region abzuhalten oder einen mehrtägigen Aufenthalt mit dem Freizeitangebot des Säntisparks zu verbinden. Im Hotel Sistar kann ein Gast sein Fahrzeug jedoch gebührenfrei parkieren. Bei dieser Sachlage erscheint es als Wettbewerbsverzerrung, wenn auch beim Hotel Säntispark für dessen Parkplätze eine Gebührenpflicht angeordnet wird. Die Parkplätze des Hotels Säntispark sind somit von der Bewirtschaftungspflicht auszunehmen.

## 6. Feststellung der Bewirtschaftungspflicht von Kundenparkplätzen von Einkaufszentren

Zusammenfassend ist somit in Bezug auf die Parkplatzbewirtschaftungspflicht festzuhalten, dass die Vorinstanz - mit Ausnahme der zum Hotel gehörenden Parkierungsfläche - zu Unrecht zum Schluss gekommen ist, die Anordnung des Gemeinderats Gaiserwald zur Parkplatzbewirtschaftung sei als rechtswidrig zu betrachten und aufzuheben. Die Beschwerde ist daher in diesem Punkt - abgesehen von der genannten Ausnahme - gutzuheissen und die entsprechende Ziffer des angefochtenen Entscheids des Baudepartements ist - ebenfalls mit der genannten Einschränkung - aufzuheben.

### Weiterführende Hinweise:

- BGE 125 II 138 ff., 124 II 272 und 285, 123 II 354, 121 I 129
- T. Loretan, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, N 55 f. zu Art. 44a USG
- Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, N 677
- Juristische Mitteilungen 2003 Nr. 25

### Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. VCS vom 26. August 2003

Das Verwaltungsgericht hielt fest, dass für eine Bewirtschaftungspflicht von Kundenparkplätzen von Einkaufszentren im Umweltschutzgesetz eine hinreichende gesetzliche Grundlage besteht.

**25**

Umweltschutzrecht:

**Höhe des Parkiertarifs für Kundenparkplätze****Art. 12 Abs. 1 lit. c USG: Emissionsbegrenzung  
Betriebsvorschrift****Wird die Bewirtschaftung von Kundenparkplätzen von Einkaufszentren als betriebliche Massnahme verfügt, ist der Parkiertarif im Hinblick auf die Lenkungswirkung, die Wettbewerbssituation und die Rechtsgleichheit festzulegen.**

Die Bewirtschaftung von Kundenparkplätzen von Einkaufszentren wird seit einigen Jahren als emissionsbeschränkende betriebliche Massnahme anerkannt. Wie hoch der Parkiertarif angesetzt werden muss, blieb aber umstritten. In dieser Hinsicht führt das Urteil des Verwaltungsgerichtes betreffend Säntispark, Abtwil, zu einer Klärung.

**1. Sachverhalt**

Im Rahmen einer Erweiterung des Säntisparks hatte der Gemeinderat Gaiserwald unter anderem verfügt, dass für die Benutzung der Kundenparkplätze in der ersten Stunde eine Gebühr von Fr. 1.-- und in den Folgestunden eine Gebühr von Fr. 0.50 zu erheben sei. Der Verkehrsclub der Schweiz stellte jedoch vor Verwaltungsgericht - wie schon vor Baudepartement, wo er nicht durchdrang - den Antrag, die Gebühren auf Fr. 2.-- in der ersten Stunde beziehungsweise Fr. 1.-- in den Folgestunden zu erhöhen.

**2. Kognition des Verwaltungsgerichtes**

Grundsätzlich kann das Verwaltungsgericht nur Rechtsverletzungen beurteilen; die Überprüfung der Ermessensausübung ist ihm dagegen verwehrt (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP).

Die Festlegung der Höhe der Parkgebühr hat in gewisser Hinsicht den Charakter einer Ermessensfrage. Demgegenüber sind die Verhältnismässigkeit und die Zweckmässigkeit einer Massnahme als Rechtsfragen zu betrachten, die einer Überprüfung durch das Verwaltungsgericht zugänglich sind. Bei der Beurteilung der Höhe der Parkgebühr sind nicht nur die Auswirkung der Gebührenhöhe auf das Verhalten der Betroffenen zu berücksichtigen, sondern auch die Auswirkungen in Bezug auf eine allfällige Wettbewerbsverzerrung und daneben auch das Gebot der rechtsgleichen Behandlung.

**3. Beurteilung der Lenkungswirkung**

Der Beschwerdeführer hält fest, es sei mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die vom Gemeinderat Gaiserwald angeordnete Gebührenhöhe keine (oder kaum) Lenkungswirkung entfalten könne, da die Gebühren für öffentliche Parkplätze in der Stadt St.Gallen wesentlich höher seien.

#### **a) Bestimmung der Vergleichsgrössen**

Dieser Beurteilung kann sich das Verwaltungsgericht nicht anschliessen. Das Konzept der Gemeinde Gaiserwald sieht in einer ersten Phase einen Preis von mindestens Fr. 1.-- pro Stunde und von mindestens Fr. 0.50 pro Folgestunde vor. Demgegenüber werden bei den Einkaufszentren in der Stadt St.Gallen für die erste Stunde lediglich Fr. 0.50 pro Stunde erhoben. Diese Gebühren sind als Vergleichsgrössen in erster Linie heranzuziehen, nicht die Gebühren für öffentliche Parkplätze im Stadtzentrum.

#### **b) Bestimmung der Lenkungswirkung**

Eine allfällige Lenkungswirkung ergibt sich nicht in erster Linie daraus, ob ein gewisser Gebührenunterschied zwischen Stadtzentrum und Sämtispark besteht, sondern ob eine Verhaltenssteuerung bezüglich der Einkaufszentren auf Stadtgebiet und dem Sämtispark erreicht wird.

Das Bundesgericht hat ausdrücklich festgehalten, dass ein öffentliches Interesse auch an einer lokal wirksamen Massnahme besteht. Es hat die Feststellung, bei einer Gebühr im Rahmen von Fr. 0.50 bis Fr. 1.50 pro Stunde würden zusätzliche Autofahrten vermieden oder verringert, nicht beanstandet. Eine solche Parkgebühr schaffe einen Anreiz für die Konsumenten, für die Erledigung von Einkäufen auf das Auto zu verzichten, und sie könne verhindern, dass Kunden, die bisher zu Fuss, mit dem Velo oder dem öffentlichen Verkehrsmittel einkauften, auf das Auto umsteigen würden. Die Wirkung der Massnahme erblickte das Bundesgericht in erster Linie darin, dass sie eine lokale Mehrbelastung vermeiden helfe, was angesichts der beträchtlichen Vergrösserung des Parkplatzangebotes nicht gering zu veranschlagen sei.

Diese Feststellungen können auch für den vorliegenden Fall Geltung beanspruchen. Die dargelegten Auswirkungen kennzeichnen die angeordnete Massnahme als geeignet und zweckmässig, eine unerwünschte Verkehrszunahme zu verhindern. Eine Eignung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht erst dann gegeben, wenn sie einen nennenswerten Umsteigeeffekt auf öffentliche Verkehrsmittel zu bewirken vermag, sondern bereits bei einer Verhinderung einer Verkehrszunahme auf Grund des vergrösserten Parkplatzangebots.

### **4. Beurteilung der Wettbewerbssituation**

Hinzu kommt, dass bei einer mässigen Gebühr eine im Lichte des verfassungsmässig geschützten Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden (Art. 94 Abs. 1 BV) unzulässige Wettbewerbsverzerrung vermieden wird. Eine gewisse Begünstigung ist aus Gründen des Umweltschutzes nicht ausgeschlossen; zu vermeiden sind jedoch spürbare Wettbewerbsverzerrungen.

Umgekehrt lassen sich strengere Massstäbe bei einzelnen Anbietern rechtfertigen, deren Verkaufskonzept eine grosse Kapazität von Kundenparkplätzen vorsieht, wie dies bei der Beschwerdegegnerin der Fall ist. Eine Lenkungswirkung, welche das bestehende Kundenpotenzial in erheblichem Umfang auf andere Anbieter verlagern würde, liesse sich mit dem Gleichbehandlungsgebot aber nicht mehr vereinbaren.

Nach der vom Beschwerdeführer angerufenen Studie ist eine Gebühr von Fr. 2.-- pro Stunde in erster Linie mit einer direkten Entlastung von Luftschadstoffen entlang der Strassen sowie einer Reduktion der Hintergrundbelastung begründet. Wie erwähnt, steht dagegen beim Konzept der Gemeinde Gaiserwald nicht eine Reduktion des Autoverkehrs beziehungsweise dessen Emissionen im Vordergrund, sondern ein Vermeiden einer Zu-

nahme auf Grund des vergrösserten Parkplatzangebots und ein Verhindern einer Wettbewerbsverzerrung, die sich aus einer beabsichtigten Verkehrsreduktion ergeben könnte.

Unter diesen Umständen gelangt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die von der Gemeinde Gaiserwald festgelegte Gebührenordnung geeignet ist, den angestrebten Zweck zu erfüllen, und dass sie den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden nicht verletzt. Demgegenüber erweist sich die vom Beschwerdeführer beantragte Gebühr auf Grund des ihr zu Grunde liegenden Zwecks, einen Umsteigeeffekt zu erzielen, als unvereinbar mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz.

**Weiterführende Hinweise:**

- BGE 125 II 147 ff.
- Juristische Mitteilungen 2003 Nr. 24

**Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. VCS vom 26. August 2003**

Das Verwaltungsgericht hielt in seinem Urteil fest, dass die Bewirtschaftung von Kundenparkplätzen zur Verhinderung einer unerwünschten Verkehrszunahme zulässig sei. Die Parkiergebühr dürfe aber nicht so hoch angesetzt werden, dass sie zu einer Umlagerung des Verkehrs und somit zu einer Wettbewerbsverzerrung führe. Im konkreten Fall seien Fr. 1.-- in der ersten Stunde und Fr. 0.50 in den Folgestunden angemessen.

**26**

Umweltschutzrecht:

**Umgang mit Mikrozellen****Anhang 1 Ziff. 61 NISV: Mobilfunk-Sendeanlagen****Art. 78 Abs. 1 BauG: Baubewilligungspflicht**

**Sendeanlagen von Mobilfunknetzen mit weniger als 6 Watt Strahlungsleistung, so genannte Mikrozellen, gelten nur dann als baubewilligungspflichtig, wenn sie als eigenständige Kommunikationsanlagen einem unbestimmten Benutzerkreis im öffentlichen Raum zur Verfügung stehen.**

**Innerhalb der Bauzonen kann für bewilligungspflichtige Mikrozellen das Meldeverfahren durchgeführt werden, wenn die anwendbaren Grenzwerte zu den nächsten relevanten Orten mit Sicherheit eingehalten werden.**

Die rasante Entwicklung der mobilen Telefonie hat in der letzten Zeit dazu geführt, dass die Mobilfunknetzbetreiber vermehrt Mikrozellen einsetzen, um lokale Abdeckungslücken zu beseitigen. Als Mikrozellen werden in diesem Zusammenhang Sendeanlagen von Mobilfunknetzen mit weniger als 6 Watt Strahlungsleistung verstanden.

Aus der Sicht des Umweltschutzes ist diese Entwicklung zu begrüßen, weil durch Mikrozellen weitaus geringere Belastungen verursacht werden als durch Normalzellen mit meistens mehreren Kilowatt Sendeleistung. Zu erwähnen bleibt, dass der Einsatz von Mikrozellen nicht nur mit Vorteilen verbunden ist. Zum einen sollten Mikrozellen trotz der geringen Strahlungsleistung nicht so platziert werden, dass Wohnräume, Schulräume und Kindergärten, Spitäler sowie Alters- und Pflegeheime oder ständige Arbeitsplätze übermässigen Immissionen ausgesetzt werden. Zum andern muss gewährleistet bleiben, dass eine beabsichtigte oder unbeabsichtigte Kumulation von Mikrozellen auf engstem Raum nicht zu übermässigen Immissionen führt.

Aus rechtlicher Sicht wirft der Umgang mit Mikrozellen mehrere Fragen auf, die nicht leicht zu beantworten sind. Immerhin sollte bei der Beantwortung dieser Fragen als Richtschnur gelten, dass einerseits der sinnvolle Einsatz von Mikrozellen nicht durch unnötige formell- und materielle rechtliche Schranken erschwert wird. Andererseits muss auch die Rechtsgleichheit in Bezug auf vergleichbare Anlagen (namentlich drahtlose Telefonanlagen und Internet-Zugänge) gewahrt bleiben.

## **1. Rechtliche Ausgangslage**

Bei der Bestimmung der Regeln, die für den Einsatz der Mikrozellen gelten sollen, sind das eidgenössische Umweltschutzrecht und das kantonale Baugesetz heranzuziehen.

### **a) Eidgenössisches Umweltschutzrecht**

Auf den ersten Blick regelt das Umweltschutzgesetz auch den Einsatz von Mikrozellen. Erstens werden vom Umweltschutzgesetz nichtionisierende Strahlen (Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 USG) und ortsfeste Anlagen (Art. 7 Abs. 7 USG) erfasst. Zweitens stellt das Umweltschutzgesetz Grundsätze - wie namentlich das Vorsorgeprinzip (Art. 1

Abs. 2 USG) und die Emissionsbegrenzung (Art. 11 f. USG) - auf, die allgemein gelten sollen. Drittens enthält das Umweltschutzgesetz verfahrensrechtliche Vorschriften (Art. 54 Abs. 1 USG), denen mindestens in Bezug auf das rechtliche Gehör Nachachtung zu verschaffen ist. Bei einer differenzierten Beurteilung muss jedoch beachtet werden, dass die Anwendbarkeit des Umweltschutzgesetzes durch Verordnungen abschliessend konkretisiert wird.

Für Mikrozellen ist die eidgenössische Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung von Bedeutung. Die NIS-Verordnung legt Immissions- und Anlagegrenzwerte fest und definiert, auf welche Anlagen diese Werte Anwendung finden. Bezüglich Sendeanlagen für Mobilfunk und drahtlose Teilnehmeranschlüsse wird jedoch in Anhang 1 Ziff. 61 NISV für Sendeanlagen mit einer äquivalenten Strahlungsleistung (ERP) von weniger als 6 W eine Ausnahmeregelung getroffen. Nach dieser Bestimmung gelten für Mikrozellen weder der Anlageperimeter, noch der massgebende Betriebszustand und damit zusammenhängend der Anlagegrenzwert. Nur der Immissionsgrenzwert wird von der Ausnahmeregelung nicht erfasst und muss auch bei Mikrozellen oder drahtlosen Teilnehmeranschlüssen eingehalten werden.

Die Tragweite dieser Ausnahmeregelung lässt sich anhand der NIS-Verordnung nicht leicht ermitteln. In der Vollzugsempfehlung zur NIS-Verordnung geht das Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft [BUWAL] allerdings davon aus, dass für diese Anlagen eine einfache Meldung ausreicht. Diese Empfehlung lässt darauf schliessen, dass Mikrozellen aus Sicht des Umweltschutzes formell- und materiellrechtlich nicht von erheblicher Bedeutung sind.

## **b) Kantonaes Baurecht**

Die kantonalrechtliche Baubewilligungspflicht wird in Art. 78 BauG festgelegt. Eine Baubewilligungspflicht kann auf Grund der baulichen Ausgestaltung (Art. 78 Abs. 1 BauG [Errichten und Ändern von Bauten und Anlagen] beziehungsweise Art. 78 Abs. 2 lit. a BauG [Neu-, Um-, An-, Auf- und Nebenbauten jeder Art]) oder - nach herrschender Praxis und Lehre - durch die Einführung neuer Nutzungen (Art. 78 Abs. 1 BauG) ausgelöst werden. Diese Ebenen sind im Folgenden auseinander zu halten.

Die äusserst geringen Dimensionen von Mikrozellen schliessen eine Baubewilligungspflicht wegen der baulichen Ausgestaltung von vornherein aus. Es besteht kein Anlass, die Antennen, welche höchstens die Ausmasse eines Briefkastens erreichen und zudem häufig in Leuchtreklamen oder sonstwie in Fassaden integriert werden, bauseitig als bewilligungspflichtig zu betrachten.

Nutzungsseitig ist zu berücksichtigen, dass Mikrozellen unterschiedlich eingesetzt werden können. Eine neue Nutzung wird nur dann eingeführt, wenn die Mikrozellen zur Ergänzung eines bestehenden Mobilfunknetzes eingesetzt werden; sie unterscheiden sich in diesem Fall - mit Ausnahme der äquivalenten Strahlungsleistung und der Zellengrösse - nicht von den Makroanlagen, die unbestrittenermassen als baubewilligungspflichtig gelten. Wird hingegen die Kommunikationsversorgung einer bestehenden Nutzung durch Mikrozellen sichergestellt, wird keine neue Nutzung eingeführt. In diesem Sinn wird die Gleichbehandlung mit bewilligungsfreien, privat und drahtlos betriebenen Telefon- oder Internetanschlüssen gewährleistet.

## **2. Empfehlung für den Umgang mit Mikrozellen im Kanton St.Gallen**

Verschiedene Anfragen aus der Bevölkerung oder von zuständigen Gemeindebehörden zeigen, dass der rechtliche Umgang mit Mikrozellen Mühe bereitet. Vor dem Hintergrund, dass die Vollzugsempfehlung des BUWAL nur die umweltrechtliche Seite beschlägt und

die baurechtliche Praxis anderer Kantone äusserst unterschiedlich ist, sah sich das Baudepartement veranlasst, folgende Empfehlung auszuarbeiten.

#### **a) Einschränkung der Baubewilligungspflicht**

Für Mikrozellen besteht nach Art. 78 Abs. 1 BauG eine Baubewilligungspflicht, sofern sie als neue Anlagen einzustufen sind. Dies muss immer dann gelten, wenn Mikrozellen eigenständige Kommunikationsanlagen für einen unbestimmten Benutzerkreis im öffentlichen Raum darstellen. Beispielsweise ist die Baubewilligungspflicht gegeben, wenn die Mikrozellen als eigenständige Kommunikationsanlagen überwiegend der Versorgung von Passanten und Verkehrsteilnehmern auf öffentlichen Strassen und Plätzen dienen.

Keine Baubewilligungspflicht besteht hingegen, wenn Mikrozellen zu einem überwiegenden Teil der Kommunikationsversorgung einer bestehenden Nutzung mit einem bestimmten Benutzerkreis dienen. Erforderlich ist erstens eine Abhängigkeit der Mikrozellen von der bestehenden Nutzung. Zweitens kann von einem bestimmten Benutzerkreis ausgegangen werden, wenn es sich überwiegend um Kunden, Beschäftigte oder Besucher der Nutzung handelt. Beispielsweise ist keine Baubewilligungspflicht gegeben, wenn Mikrozellen bestehenden Einkaufszentren, Grossdiskos, Messehallen, Gewerbegebäuden oder Bahnhöfen zugeordnet werden können. Dazu müssen die Mikrozellen innerhalb der Räume platziert sein oder unmittelbar an oder neben den Gebäuden installiert werden und überwiegend der Versorgung der eigenen Kunden, Beschäftigten oder Besucher in der direkten Umgebung dienen. In diesem Sinn besteht eine Gleichstellung zu drahtlosen Internet-Zugängen oder Telefonanlagen, die nicht als baubewilligungspflichtig gelten.

#### **b) Zuständigkeit für die Beurteilung von Baugesuchen**

Für die Beurteilung von Baugesuchen ist nach Art. 80 ff. BauG die Gemeinde zuständig. In fachlichen Fragen kann die zuständige Behörde vom Amt für Umweltschutz unterstützt werden.

#### **c) Erforderliche Baugesuchsunterlagen**

Baugesuche müssen nach Art. 80 Abs. 2 BauG die für die baupolizeiliche Beurteilung erforderlichen Unterlagen enthalten. Für die Beurteilung von bewilligungspflichtigen Mikrozellen sind folgende Unterlagen erforderlich:

- Genaue Angaben zum Standort der Mikrozelle mittels Situations- und/oder Fassadenplan;
- Genaue Angaben zur vorgesehenen Mikrozelle (technische Angaben, äquivalente abgestrahlte Leistung [analog zu den Normalzellen], Senderichtung);
- Distanzangaben hinsichtlich der nächsten Orte mit empfindlicher Nutzung (OMEN) und der Orte für den kurzfristigen Aufenthalt (OKA);
- Ausdrückliche Erklärung, dass beim nächsten OMEN höchstens zehn Prozent des Immissionsgrenzwerts und beim nächsten OKA höchstens der Immissionsgrenzwert erreicht wird.

#### **d) Anwendbare Verfahren**

Je nach Situation kommen für Mikrozellen das ordentliche Verfahren (Art. 81 f. BauG), das vereinfachte Verfahren (Art. 82bis BauG) oder das Meldeverfahren (Art. 82ter BauG) in Frage.

Innerhalb der Bauzonen ist das Meldeverfahren immer dann möglich, wenn das Bauvorhaben weder die Interessen von Einspracheberechtigten noch wesentliche öffentliche Interessen berührt. Diese Voraussetzung sollte eingehalten sein, wenn das Immissionsniveau beim nächsten OMEN höchstens zehn Prozent des Immissionsgrenzwerts und beim nächsten OKA höchstens den Immissionsgrenzwert erreicht. Erforderlich ist jedoch ein Begehren des Gesuchstellers zur Durchführung des Meldeverfahrens.

Ausserhalb der Bauzonen muss zwingend das ordentliche Verfahren eingeleitet werden.

#### **e) Ergebnis der Empfehlung**

Als Ergebnis des oben dargelegten Umgangs mit Mikrozellen im Kanton St.Gallen ist eine grössere Rechtssicherheit zu erwarten. Die Mobilfunkbetreiber erhalten mit verhältnismässigem Aufwand eine rechtskräftige Baubewilligung, die nur unter bestimmten Voraussetzungen widerrufen werden kann. Umgekehrt erhalten die Gemeindebehörden Kenntnis von den Mikrozellen und deren Standorten und können sowohl die Einhaltung der Grenzwerte überprüfen als auch eine widerrechtliche Kumulation verhindern; insgesamt wird die Einhaltung öffentlicher Interessen gewährleistet.

#### **Weiterführender Hinweis:**

Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft BUWAL, Mobilfunk- und WLL-Basisstationen, Vollzugsempfehlung zur NISV, Bern 2002, 13 und 32 sowie Anhang 2

**27****Öffentliches Beschaffungswesen:  
Auskunftsstellen und Hilfsmittel**

Gemäss Beschluss der Regierung übt die Rechtsabteilung des Baudepartementes die Funktion des Kompetenzzentrums öffentliches Beschaffungswesen aus. In dieser Funktion steht die Rechtsabteilung des Baudepartementes der Staatsverwaltung, den Gemeinden sowie den öffentlichen und privaten Organisationen und Unternehmen als Auskunfts- und Beratungsstelle bei der Anwendung der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen zur Verfügung. In der Staatsverwaltung wurde ausserdem von den Departementen und der Staatskanzlei je eine Ansprechperson bezeichnet und bekannt gemacht. Personen aus der Staatsverwaltung wenden sich vorerst an die jeweilige Ansprechperson. Diese sucht bei Bedarf um Hilfestellung beim Kompetenzzentrum nach. Ausserdem hat das Kompetenzzentrum öffentliches Beschaffungswesen zur Unterstützung der Adressaten der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen verschiedene Hilfsmittel geschaffen.

**1. Kompetenzzentrum öffentliches Beschaffungswesen**

Baudepartement  
Rechtsabteilung  
Lämmli brunnenstrasse 54  
9001 St.Gallen  
Tel. 071 229 30 14

**2. Handbuch Öffentliches Beschaffungswesen**

Das Handbuch kann als Ordner bei der Rechtsabteilung des Baudepartementes per E-Mail ([monika.looser@sg.ch](mailto:monika.looser@sg.ch)), per Telefon (071 229 30 14) oder per Fax (071 229 39 70) zum Preis von Fr. 110.-- (inklusive Versandkosten) bestellt werden.

Das Handbuch ist unter der Adresse [w3.sg.ch/raumumwelt/recht/beschaffungswesen/R\\_einstieg.asp](http://w3.sg.ch/raumumwelt/recht/beschaffungswesen/R_einstieg.asp) im Internet verfügbar. Angesichts seines Umfangs, der lückenlosen handbuchinternen Verweise, der zahlreichen externen Links (insbesondere auf die Rechtsprechung) und der elektronischen Formularensammlung im Kapitel 14 „Muster“ kann es als eigentliche elektronische Datenbank für das öffentliche Beschaffungswesen bezeichnet werden. Im Kapitel 2 „Gesetzliche Grundlagen“ finden sich mit dem entsprechenden Link sämtliche internationale, eidgenössische, interkantonale und kantonale Rechtsgrundlagen, die für Beschaffungsstellen aus dem Kanton St.Gallen zur Anwendung gelangen können. Unter der Rubrik „Aktuelles“ werden laufend aktuelle Mitteilungen veröffentlicht.

**3. Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz**

Die Adresse [www.simap.ch](http://www.simap.ch) führt zum Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz. Auf der Unterseite des Kantons St.Gallen (> St.Gallen) finden sich unter der Rubrik „Näheres zum öffentlichen Beschaffungswesen“ Links auf das Handbuch, die kantonalen Rechtsgrundlagen und die kantonale Rechtspraxis. Letzterer enthält eine Auswahl aktueller Entscheide des Verwaltungsgerichtes im öffentlichen Beschaffungswesen. Der Link [www.gerichte.sg.ch/home/dienste/gerichtsentscheide.html](http://www.gerichte.sg.ch/home/dienste/gerichtsentscheide.html) weist auf die Website der st.gallischen Gerichte, welche die aktuellen Entscheide des Verwaltungsgerichtes enthält.

**28**

Verwaltungsverfahrensrecht:

**Legitimation von Umweltschutzorganisationen****Art. 55 USG: Legitimation  
Umweltschutzorganisationen**

**Gesamtschweizerische Umweltschutzorganisationen sind zur Verfechtung von Umweltschutzanliegen in Rechtsmittelverfahren berechtigt. Als Umweltschutzanliegen gelten bundes- und kantonale Bestimmungen mit umweltrechtlichem Charakter.**

Umweltschutzorganisationen sind zur Einreichung von Rechtsmitteln berechtigt, soweit sie damit Umweltschutzanliegen verfechten. Führen Umweltschutzverbände in ihrem Rechtsmittel kantonale Bestimmungen an, muss deshalb geprüft werden, ob diese einen umweltrechtlichen Charakter haben.

**1. Gesetzliche Grundlage**

Die Beschwerdeberechtigung von Umweltschutzorganisationen wird in Art. 55 USG festgelegt. Diese Bestimmung lautet:

- <sup>1</sup> Soweit gegen Verfügungen der kantonalen oder Bundesbehörden über die Planung, Errichtung oder Änderung von ortsfesten Anlagen, für die eine Umweltverträglichkeitsprüfung nach Artikel 9 erforderlich ist, die Verwaltungsbeschwerde beim Bundesrat oder die Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht zulässig ist, steht das Beschwerderecht auch den gesamtschweizerischen Umweltschutzorganisationen zu, sofern sie mindestens zehn Jahre vor Einreichung der Beschwerde gegründet wurden.
- <sup>2</sup> Der Bundesrat bezeichnet die zur Beschwerde berechtigten Organisationen.
- <sup>3</sup> Diese sind auch legitimiert, von den Rechtsmitteln im kantonalen Bereich Gebrauch zu machen.
- <sup>4</sup> Die Behörde eröffnet den Organisationen ihre Verfügungen nach Absatz 1 durch schriftliche Mitteilung oder durch Veröffentlichung im Bundesblatt oder im kantonalen Publikationsorgan. Organisationen, die kein Rechtsmittel ergriffen haben, können sich am weiteren Verfahren nur noch als Partei beteiligen, wenn die Verfügung zugunsten einer anderen Partei geändert wird und sie dadurch beschwert werden.
- <sup>5</sup> Sieht das Bundesrecht oder das kantonale Recht vor, dass vor dem Erlass der Verfügung ein Einspracheverfahren durchgeführt wird, so sind Organisationen nur beschwerdebefugt, wenn sie sich an diesem Einspracheverfahren als Partei beteiligt haben. In diesem Fall ist das Gesuch nach den Vorschriften von Absatz 4 zu veröffentlichen.
- <sup>6</sup> Wird über das Vorhaben im Verfahren nach dem Bundesgesetz über die Enteignung entschieden, so ist Absatz 4 nicht anwendbar.

**2. Wesentliche Elemente der gesetzlichen Regelung**

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit soll hier ein Überblick über die Grundzüge der gesetzlichen Regelung gegeben werden:

- Gegenstand des Verfahrens muss immer eine ortsfeste Anlage (Art. 7 Abs. 7 USG) sein, die zudem der Umweltverträglichkeitsprüfung nach Art. 9 USG unterliegt. Selbstredend kann bei der Planung, Errichtung oder Änderung einer ortsfesten Anlage, bei der keine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt wurde, von den berechtigten Umweltverbänden auch geltend gemacht werden, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung hätte durchgeführt werden müssen.
- Die Umweltschutzverbände sind von der zuständigen Behörde über die Planung, Errichtung oder Änderung von ortsfesten Anlagen (für die eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich ist) zu informieren. Dies kann über eine schriftliche Mitteilung oder - im Kanton St.Gallen - über eine Publikation im Amtsblatt erfolgen. Nachdem - wiederum im Kanton St.Gallen - das Einspracheverfahren vor dem Erlass der Verfügung durchgeführt wird, sind die Umweltschutzorganisationen über das Gesuch zu informieren.
- Die Umweltschutzverbände sind gehalten, ihr Rechtsmittel im erstinstanzlichen Verfahren einzureichen. Im Kanton St.Gallen muss deshalb gegen das Gesuch Einsprache erhoben werden. Eine spätere Beteiligung ist nur möglich, wenn durch eine Änderung des Vorhabens in einem anschliessenden Verfahren, die Umweltschutzverbände belastet werden; in diesem Fall sind die Umweltschutzverbände durch die zuständige Behörde entsprechend zu informieren.
- Zur Verfechtung von Umweltschutzanliegen in Rechtsmittelverfahren sind nur gesamtschweizerische Umweltschutzorganisationen berechtigt. Sektionen dieser Organisationen können deshalb nicht in eigenem Namen ein Rechtsmittel einlegen; sie können höchstens als Vertreter der gesamtschweizerischen Organisation auftreten. Welche gesamtschweizerischen Organisationen legitimiert sind, ergibt sich aus dem Anhang zur Verordnung über die Bezeichnung der beschwerdeberechtigten Umweltschutzorganisationen (SR 814.076).
- Die Rechtsmittelberechtigung der Umweltschutzverbände beschränkt sich nach herrschender Lehre und Rechtsprechung auf die Verfechtung von Umweltschutzanliegen. Auf bundesrechtlicher Ebene gehören zu diesen Anliegen nach Art. 3 Abs. 1 der eidgenössischen Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung (SR 814.011) das Umweltschutzgesetz und die Vorschriften, die den Natur- und Heimatschutz, den Landschaftsschutz, den Gewässerschutz, die Walderhaltung sowie die Jagd und Fischerei betreffen. Welche kantonale Bestimmungen Umweltschutzanliegen verfolgen, ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei das Bundesrecht analog beizuziehen ist.

### **3. Konkretisierung des Begriffs "Umweltschutzanliegen"**

Der Verkehrsclub der Schweiz hatte gegen die Änderung eines Einkaufszentrums, bei dem er in einem vorgängigen Verfahren die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung durchgesetzt hatte, Einsprache erhoben. Nachdem er sich beim Baudepartement mit seinen Anliegen nicht durchsetzen konnte, hatte sich das Verwaltungsgericht von Amtes wegen mit der Beschwerdeberechtigung des VCS zu befassen.

#### **a) Prüfung der subjektiven Voraussetzung der Beschwerdeberechtigung**

Der Beschwerdeführer ist als gesamtschweizerische Umweltschutzorganisation nach Art. 55 USG zur Beschwerde berechtigt.

**b) Definition des Begriffs "Umweltschutzanliegen"**

Art. 55 USG ermächtigt diese Organisationen nur zur Verfechtung von Umweltschutzanliegen. Der Beschwerdeführer ist daher nur berechtigt, die Verletzung von Umweltrecht zu rügen. Dies schliesst die Verletzung von kantonalem Recht ein, welches unselbständige Bedeutung hat oder in einem engen Sachzusammenhang mit dem anwendbaren Bundesrecht steht.

**c) Zulässigkeit von Rügen aus dem Umweltschutzgesetz**

Soweit der Beschwerdeführer die Verletzung von Bestimmungen des Umweltschutzgesetzes geltend macht, sind seine Rügen zulässig.

**d) Zulässigkeit von Rügen aus Art. 69bis Abs. 3 BauG**

Soweit er die Verletzung von Art. 69bis Abs. 3 BauG geltend macht, kann von einem engen Sachzusammenhang mit dem Bundesrecht ausgegangen werden, da das Gebot der Erschliessung von Bauten und Anlagen von überörtlicher Bedeutung mit grossem Benützerkreis mit öffentlichen Verkehrsmitteln einen umweltschutzrechtlichen Charakter hat.

**Weiterführende Hinweise:**

- BGE 124 II 307
- T. Loretan, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, N 27 zu Art. 55 USG
- Juristische Mitteilungen 2003 Nr. 23

**Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. VCS vom 26. August 2003**

Das Verwaltungsgericht stellte fest, dass Art. 69bis Abs. 3 BauG umweltschutzrechtlichen Charakter hat und deshalb der VCS berechtigt ist, eine Verletzung dieser Bestimmung zu rügen.

**29**

Verwaltungsverfahrenrecht:

**Vertraulichkeit von Vergleichsverhandlungen****Art. 16 Abs. 1 VRP: Akteneinsicht****Protokolle über Vergleichsverhandlungen sind nicht prozesserheblich und unterstehen deshalb nicht der Akteneinsicht.**

Das Baudepartement hatte in einem Rekursverfahren Vergleichsverhandlungen geführt und die Ergebnisse der Verhandlungen protokolliert, soweit sie für die Ausarbeitung des angestrebten Vergleichs erforderlich waren. Nach dem Scheitern der Verhandlungen musste ein Entscheid gefällt werden, wobei die Verhandlungsprotokolle - wie mit den Verfahrensbeteiligten vereinbart worden war - nicht verwendet wurden.

Gegen den Entscheid des Baudepartementes erhob ein Verfahrensbeteiligter Beschwerde beim Verwaltungsgericht und verlangte unter anderem den Beizug der Verhandlungsprotokolle. Sowohl das Baudepartement als auch die übrigen Verfahrensbeteiligten stellten sich gegen diesen Antrag.

**1. Regelung der Akteneinsicht**

Nach Art. 16 Abs. 1 VRP haben die Beteiligten Anspruch auf Einsicht in die Akten, soweit nicht wichtige öffentliche oder schutzwürdige private Interessen entgegenstehen.

Für die Beteiligten ist der Anspruch auf Akteneinsicht grundsätzlich umfassend. Diese können somit sämtliche prozesserheblichen Akten einsehen. Keine Einsicht muss somit in Akten gewährt werden, die nicht der Stützung einer behördlichen Anordnung dienen. Dazu gehören auch Akten des internen Verkehrs wie etwa Vorbereitungsunterlagen.

**2. Ablehnung eines Anspruchs auf Akteneinsicht**

Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern die vom Beschwerdeführer zur Edition beantragten Akten prozesserheblich sind. So geht es im vorliegenden Verfahren einzig um die Rechtmässigkeit der von der Vorinstanz aufgehobenen beziehungsweise vom Beschwerdeführer beantragten behördlichen Anordnungen im Zusammenhang mit den Baubewilligungen. Allfällige Aktennotizen und Protokolle von Mitarbeitern des Baudepartements im Zusammenhang mit den Vergleichsverhandlungen sind deshalb nicht von Belang.

Zudem muss mit der Vorinstanz festgehalten werden, dass Vergleichsverhandlungen auch im Verwaltungsjustizverfahren unter den Voraussetzungen der Vertraulichkeit und der unpräjudiziellen Wirkung geführt werden. Somit stehen der Edition nicht nur die schutzwürdigen Interessen der Vorinstanz, sondern auch öffentliche Interessen entgegen.

**3. Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben**

Zudem verstösst es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn zunächst Vergleichsverhandlungen eingegangen werden und im Anschluss an deren Abbruch beantragt

wird, die an den Verhandlungen geäusserten Auffassungen und die darüber erstellten Protokolle seien zu edieren, damit sie in einem nachfolgenden Rechtsmittelverfahren zur Begründung der Parteistandpunkte verwendet werden können.

#### **4. Ablehnung des Editionsbegehrens**

Das Begehren des Beschwerdeführers um Edition der Aktennotizen beziehungsweise der Protokolle der Vergleichsverhandlungen ist somit abzuweisen.

#### **Weiterführender Hinweis:**

Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, N 1131

#### **Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. X. vom 26. August 2003**

Das Verwaltungsgericht schützte die für Vergleichsverhandlungen erforderlichen Voraussetzungen der Vertraulichkeit und der unpräjudiziellen Wirkung, indem es den Beizug von Verhandlungsprotokollen ablehnte.

**30**

Verwaltungsverfahrenrecht:

**Ausschluss der Teilrechtskraft von Baubewilligungen****Art. 87 Abs. 1 BauG: Baubewilligung****Art. 51 Abs. 1 VRP: Aufschiebende Wirkung****Werden Baubewilligungen nur teilweise angefochten, können auch die unangefochten gebliebenen Teile nicht ausgeführt werden.**

Immer wieder werden Baubewilligungen nur in Teilen angefochten. Die Rechtsmittelinstanzen - im vorliegenden Fall das Verwaltungsgericht - werden deshalb ab und zu mit Anträgen konfrontiert, die Ausführung des unbestritten gebliebenen Teils zuzulassen.

**1. Rechtsnatur der Baubewilligung**

Streitig sind im vorliegenden Fall gewisse Bedingungen beziehungsweise Auflagen der Baubewilligungen. Ein Entscheid über ein Baugesuch hat auf Grund einer Gesamtbeurteilung zu erfolgen. Teilbaubewilligungen werden als unzulässig betrachtet. Daher kann vor der rechtskräftigen Beurteilung der streitigen Auflagen keine Erteilung der Bewilligung erfolgen.

**2. Voraussetzungen des Entzugs der aufschiebenden Wirkung**

Dem Rekurs kommt von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung zu, sofern die Vorinstanz nicht wegen Gefahr die Vollstreckbarkeit angeordnet hat (Art. 51 Abs. 1 VRP). Die Rekursinstanz kann eine gegenteilige Verfügung treffen (Art. 51 Abs. 2 VRP). Art. 51 VRP gilt auch für das Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht (Art. 64 Abs. 1 VRP).

Ein Entzug der aufschiebenden Wirkung müsste durch eine erhebliche und unmittelbare Gefährdung wichtiger öffentlicher oder privater Interessen geboten sein.

Die Beschwerdegegnerin bringt zur Begründung ihres Antrags einzig vor, die Vorhaben seien bauseitig nicht umstritten, sondern nur die damit zusammenhängenden Betriebsvorschriften. Darin ist jedoch keine erhebliche und unmittelbare Gefährdung wichtiger öffentlicher oder privater Interessen zu sehen. Vielmehr ist in Bezug auf die in Frage stehenden Vorhaben festzuhalten, dass deren Bewilligung - soweit aus dem bisherigen Rechtsmittelverfahren ersichtlich ist - unmittelbar von den noch umstrittenen Punkten abhängt.

Zudem würde das Beschwerdeverfahren erheblich verzögert, wenn zunächst in einem Teilentcheid über die Zulässigkeit einzelner Bauvorhaben und deren Umsetzung befunden und erst anschliessend über die Rechtmässigkeit der streitigen Auflagen beziehungsweise Bedingungen entschieden würde.

Mit dem Entscheid in der Hauptsache ist das Begehren der Beschwerdegegnerin nunmehr gegenstandslos geworden.

**Weiterführende Hinweise:**

- B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, N 852 und N 1101
- GVP 2000 Nr. 79, GVP 2002 Nr. 128
- Juristische Mitteilungen 2002 Nr. 44

**Urteil des Verwaltungsgerichtes i.S. X vom 26. August 2003**

Das Verwaltungsgericht hat mit diesem Urteil - wenn auch in einem anders gelagerten Fall - die Praxis des Baudepartementes bestätigt, dass Baubewilligungen nicht in Teilrechtskraft erwachsen können.

**31**

Erläuterungen zum Baurecht:

**Sicherheit von Bauten und Anlagen****Art. 52 BauG: Sicherheit**

**Bauten und Anlagen müssen sämtlichen Sicherheitserfordernissen genügen, die auf Grund ihrer Lage und ihrer Ausgestaltung an sie gestellt werden und die sich als verhältnismässig erweisen.**

## Art. 52 BauG:

Alle Bauten und Anlagen haben sowohl während der Erstellung als auch während der Dauer des Bestandes gemäss den allgemein anerkannten Regeln der Baukunde den notwendigen Erfordernissen der Sicherheit zu entsprechen.

In der Schweiz haben eine sich ständig weiter entwickelnde Baukunde und zahlreiche Normen zu einem hohen Sicherheitsstandard bei Bauten und Anlagen geführt. Art. 52 BauG nimmt diese Tradition auf und schreibt für alle neuen und bestehenden Bauten und Anlagen ausdrücklich vor, dass sie den notwendigen Erfordernissen der Sicherheit zu entsprechen haben. Für die Ermittlung des erforderlichen Sicherheitsstandards sind dabei die allgemein anerkannten Regeln der Baukunde heranzuziehen.

Wahrscheinlich hat die allgemeine Akzeptanz der Sicherheitserfordernisse dazu geführt, dass diese Norm in der Praxis und der Lehre nur selten erwähnt wird. Dennoch rechtfertigt die grundlegende Bedeutung eine genauere Betrachtung von Art. 52 BauG.

**1. Historischer Hintergrund der Bestimmung**

Jede Vorschrift entsteht in einem geschichtlichen Umfeld. Der Bezug der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kann deshalb über eine Offenlegung der Motive des Gesetzgebers zu einem besseren Verständnis führen.

**a) Situation vor dem Erlass des Baugesetzes**

Bevor das Baugesetz in Kraft gesetzt wurde, bestanden zahlreiche Erlasse, die baupolizeiliche Vorschriften enthielten. Unter Baupolizei verstand man die im öffentlichen Interesse erfolgende Einwirkung auf die Ausführung und Gestaltung der Bauten. Der Zweck der Baupolizei bestand namentlich darin, den Schutz vor Feuersgefahr, die Baufestigkeit oder die Förderung der öffentlichen Gesundheitspflege sicherzustellen.

Auf Stufe des Bundes waren baupolizeiliche Vorschriften in den Gesetzgebungen über Fabriken (einschliesslich Arbeiterwohnungen), Dampfkessel und Schlachtlokale vorhanden, die immer dann zur Anwendung gelangten, wenn solche Bauvorhaben in Frage standen. Daneben bestanden Verordnungen, die sich auf die Unfallverhütung bei Bauarbeiten bezogen. Später kamen auch Vorschriften über den baulichen Luftschutz hinzu.

Auf Stufe des Kantons bestand in Art. 148 Abs. 2 und 3 des Gesetzes betreffend die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 16. Mai 1911 (welches durch das Nachtragsgesetz vom 23. Dezember 1957 nur hinsichtlich der Zonenordnung ergänzt wurde) lediglich die gesetzliche Grundlage für den Erlass kommunaler Baureglemente. Daneben gab es - in Bezug auf die Sicherheit - baupolizeiliche Vorschriften im Gesetz über die Feuerpolizei vom 22. August 1850, im Gesetz über das Sanitätswesen vom 1. Januar 1894 und im Gesetz über das Gastwirtschaftsgewerbe und den Klein- und Mittelverkauf von alkoholischen Getränken vom 26. Februar 1945. Diese Gesetze wurden durch zahlreiche Verordnungen verdeutlicht. Schliesslich enthielt auch die Ausführungsgesetzgebung zu den oben erwähnten Bundeserlassen baupolizeiliche Vorschriften.

Der grösste Teil der baupolizeilichen Vorschriften war in den kommunalen Baureglementen enthalten. Allerdings hatten nicht alle Gemeinden ein Baureglement erlassen und nicht in allen Baureglementen waren auch baupolizeiliche Vorschriften enthalten. Materiell bestanden namentlich Vorschriften mit Anforderungen an den Baugrund, über Grenz- und Gebäudeabstände, betreffend die Überbauung von Höfen oder Zwischenräumen, die Gebäudehöhe und den Dachgeschossausbau, sowie über Umfassungswände, Brandmauern und Dächer als auch den Innenausbau oder Feuerstätten und Kamine. Vielfach waren bestimmte Vorkehren während der Bauausführung vorgeschrieben. Gemeinsamer Nenner all dieser Vorschriften war, die Sicherheit von Bauten und Anlagen zu gewährleisten.

## **b) Entwurf der Regierung zum Baugesetz**

Die Regierung ging beim Entwurf des Baugesetzes davon aus, dass eine Erwähnung der Gesichtspunkte der Sicherheit und Hygiene genüge, weil diese zu einem Allgemeingut geworden seien. Auf eine eingehende gesetzliche Regelung könne auch verzichtet werden, weil die gesamtschweizerisch anerkannten Normen (namentlich des Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Vereins [abgekürzt SIA]) eine genügende Grundlage darstellten. Es reiche, auf die Regeln der Baukunde hinzuweisen.

Vor diesem Hintergrund ist der Vorschlag der Regierung zu verstehen:

*Art. 49.* Bauten und Anlagen haben sowohl bei der Erstellung als auch während der Dauer des Bestandes den Regeln der Baukunde und den notwendigen Erfordernissen der Sicherheit und Festigkeit zu entsprechen.

## **c) Beratung des Baugesetzes in der grossrätlichen Kommission**

In der grossrätlichen Kommission setzte sich eine Minderheit für eine "aussagestärkere, konkretere und klarere Formulierung" des Artikels ein; die Mehrheit (mit Stichentscheid des Vorsitzenden) ging jedoch davon aus, dass das Baugesetz ein Rahmengesetz sei, weshalb nicht zu stark spezifiziert werden solle. Immerhin wurde der Ausdruck "Festigkeit" gestrichen, weil diese einen Unterbegriff der Sicherheit darstelle.

Eingehender diskutiert wurde die Kompetenz der Gemeinden, Anwendungs- und Ausführungsvorschriften zum Baugesetz zu erlassen. Die ursprünglich pauschal erteilte Kompetenz zur weiteren Konkretisierung wurde jedoch später im Kommissionsreferat eingeschränkt. Einerseits bestünden auf diesem Gebiet eine Grosszahl von Normen, die genügend konkret seien. Andererseits sollten Gemeinden nicht allzuweit gehen, um allfälligen Fortentwicklungen keine unnötigen Hindernisse in den Weg zu legen.

#### **d) Beratung des Baugesetzes im Grossen Rat**

Im Grossen Rat wurden ausschliesslich die Fragen diskutiert, ob zum einen die Erfordernisse der Sicherheit näher zu konkretisieren seien und ob zum andern eine Norm bezüglich der Sicherheit des Strassenverkehrs aufzunehmen sei. In beiden Punkten stimmte der Grosse Rat den Anträgen der Kommissionsmehrheit und der Regierung zu. Damit ging der Grosse Rat davon aus, dass der Hinweis auf die Regeln der Baukunde bezüglich der Erfordernisse der Sicherheit genüge und dass die Sicherheit des Strassenverkehrs im Strassenrecht zu regeln sei.

Im Anschluss an die Beratungen des Grossen Rates wurde der Vorschlag der Regierung nur noch in redaktioneller Hinsicht leicht geändert.

### **2. Auslegung der Bestimmung**

Art. 52 BauG greift auf zwei Ebenen. Erstens wird festgelegt, dass sämtliche Bauten und Anlagen jederzeit den Erfordernissen der Sicherheit zu entsprechen haben. Zweitens wird darauf verwiesen, dass die Erfordernisse der Sicherheit aus den Regeln der Baukunde herzuleiten sind. Diese zwei Ebenen sind in den folgenden Ausführungen getrennt zu behandeln.

### **3. Bestimmung der Erfordernisse der Sicherheit an Bauten und Anlagen**

Die in Frage stehende Bestimmung enthält mehrere unbestimmte Gesetzesbegriffe, die durch Auslegung näher bestimmt werden müssen. Insbesondere sind folgende Fragen zu beantworten:

- Auf welche baulichen Vorkehrungen findet die Norm Anwendung?
- Welche Rechtsgüter werden durch die Norm geschützt?
- Vor welchen Gefahren soll die Norm schützen?
- In welchem Umfang bietet die Norm Schutz?
- Welche Anforderungen sind an die Schutzvorkehrungen zu stellen?

Die Beantwortung dieser Fragen wird im Folgenden schrittweise angegangen. Die Antworten werden dabei über Definitionen der Umschreibungen "Bauten und Anlagen" sowie "Erfordernisse der Sicherheit" gesucht.

### **4. Definition der Umschreibung "Bauten und Anlagen"**

Die Umschreibung "Bauten und Anlagen" wird im Baugesetz - wie auch im Raumplanungsgesetz - häufig verwendet, um einerseits die relevanten und andererseits die bewilligungspflichtigen baulichen Vorkehrungen zu bezeichnen. Der Umschreibung kommt somit eine materielle und eine formelle Bedeutung zu. In materieller Hinsicht wird zum einen festgelegt, welche baulichen Vorkehrungen als "Bauten und Anlagen" zu gelten haben und somit die materiellen Vorschriften einhalten müssen. In formeller Hinsicht wird zum andern bestimmt, welche baulichen Vorkehrungen als "Bauten und Anlagen" bewilligungspflichtig sind und deshalb das Baubewilligungsverfahren durchlaufen müssen.

Leider definiert der Gesetzgeber nicht, was mit der Umschreibung "Bauten und Anlagen" gemeint ist. Der Inhalt der Umschreibung muss deshalb durch Auslegung bestimmt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die materielle Seite der Umschreibung nicht mit der formellen übereinstimmen muss. Im Sinn einer einheitlichen Rechtsauslegung ist jedoch auf eine grösstmögliche Übereinstimmung hinzuwirken.

Dies muss um so mehr gelten, als die Baubewilligung nach herrschender Lehre und Rechtsprechung eine Polizeierlaubnis darstellt, mit der festgestellt wird, dass einem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Das formelle Recht ist mithin dazu da, die Übereinstimmung eines Bauvorhabens mit dem materiellen Recht sicherzustellen. Umgekehrt kann die Übereinstimmung eines Bauvorhabens mit dem materiellen Recht durch eine Behörde nur im Rahmen eines Bewilligungsverfahrens festgestellt werden. Ins Gewicht fällt schliesslich, dass auf Grund eines allgemein anerkannten Grundsatzes auch nicht bewilligungspflichtige bauliche Vorhaben die materiellen Vorschriften einhalten müssen. Die fehlende Bewilligungspflicht befreit nach dieser Rechtsprechung nur von der Einhaltung des formellen, nicht aber des materiellen Baupolizeirechts.

Vor diesem Hintergrund macht es durchaus Sinn, dass Art. 52 BauG unabhängig von der Baubewilligungspflicht bei allen "Bauten und Anlagen" die Einhaltung der Sicherheitserfordernisse vorschreibt. Im Ergebnis müssen also alle baulichen Vorkehren die an sie gestellten Sicherheitserfordernisse einhalten. Ausgenommen sind lediglich unbedeutende bauliche Vorhaben, sogenannte Bagatellfälle, die weder die formellen Vorschriften einhalten müssen, noch materielle Vorschriften verletzen können.

## 5. Definition der Umschreibung "Erfordernisse der Sicherheit"

Die Baupolizei dient unter anderem der Sicherstellung einer geordneten Bautätigkeit und der Abwehr von Gefahren. Sie bildet damit einen Teil des die gesamte Rechtsordnung umgreifenden und durchdringenden Polizeirechts. Nach der Lehre und Rechtsprechung verfolgt das Polizeirecht das Ziel, in der Rechtsgemeinschaft von der öffentlichen Ordnung und Sicherheit die Gefahren abzuwenden, die ihnen aus grenzenlosen Freiheitsrechten erwachsen würden. Soweit es um die Definition der "Erfordernisse der Sicherheit" und insbesondere um die Bestimmung der geschützten Rechtsgüter als auch um den Umfang des Schutzes geht, können die allgemeinen Grundsätze des verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Polizeirechts beigezogen werden.

Ein Bezug der verfahrensrechtlichen Regelung der Sicherheitserfordernisse von bestehenden Bauten und Anlagen führt zum gleichen Resultat. Indem Art. 129 Abs. 1 BauG als Anlass für die Instandstellung oder Beseitigung einer bestehenden Baute oder Anlage auf eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie der Sicherheit von Personen oder Sachen abstellt, werden ausdrücklich Begriffe des allgemeinen Polizeirechts angeführt. Sind aber die Grundsätze des Polizeirechts im Verfahrensrecht anzuwenden, müssen sie auch im materiellen Recht ihren Niederschlag finden.

### a) Bestimmung der relevanten Schutzgüter

Im allgemeinen Polizeirecht ist oft von Polizeigütern oder von polizeilichen Schutzgütern die Rede. Diese Begriffe werden eingesetzt, um die recht undeutlichen Umschreibungen "öffentliche Ordnung" und "öffentliche Sicherheit" fassbarer zu machen. Obwohl keine einheitliche Auffassung darüber besteht, welchen Oberbegriffen die einzelnen Polizeigüter zuzuordnen sind, besteht eine weitgehende Einigkeit über den Umfang der Schutzgüter. Allgemein anerkannt ist, dass Leib, Leben, Gesundheit, Ruhe, Eigentum, Sitte, Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zu den Polizeigütern gehören. Allgemein anerkannt ist auch, dass im Interesse dieser Schutzgüter Freiheitsbeschränkungen verfassungsrechtlich statthaft sind. Daraus wird die verfassungsmässige Grundlage des Polizeirechts und namentlich auch des Baupolizeirechts abgeleitet.

Die oben angeführten Polizeigüter decken den gesamten Bereich der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ab. Schon allein aus dem Grund, dass Art. 52 BauG nur einen Bestandteil des allgemeinen Polizeirechts bildet, kann von dieser Vorschrift nur ein Teil der Schutzgü-

ter erfasst werden. Abzustellen ist insbesondere auf die in Art. 129 BauG aufgezählten Schutzgüter Leib und Leben sowie Eigentum.

#### **aa) Leib und Leben**

Bauten und Anlagen dürfen die Sicherheit beziehungsweise die körperliche Integrität von Personen nicht gefährden. Dies gilt unabhängig davon, welche Personen konkret gefährdet werden. Geschützt sind sowohl die Eigentümer, als auch die Nutzer von Bauten und Anlagen, aber auch unbeteiligte Dritte. Der Kreis der Betroffenheit darf nicht zu eng gezogen werden. Alle Personen, die auf Grund der allgemeinen Erfahrung eine Baute oder Anlage betreten oder sich in deren Gefährdungsbereich begehen können, sind vor Schaden zu bewahren. Eine andere Auslegung liesse sich wegen der Bedeutung des Rechtsgutes Leib und Leben nicht rechtfertigen.

#### **bb) Eigentum**

Aus polizeirechtlicher Sicht müsste der Staat nur die Beeinträchtigung des Eigentums durch das Verhalten Dritter abwehren. Wenn hingegen der Eigentümer selber sein Gut beispielsweise durch die Aufbewahrung in einem einsturzgefährdeten Gebäude einem Risiko aussetzt, so ist das Polizeigut Eigentum nicht betroffen. Hier ist jedoch auf Art. 129 Abs. 1 BauG zurückzugreifen, wo Sachen ausdrücklich und ohne Einschränkung als Schutzgüter aufgeführt werden. Deshalb muss der Wirkungsbereich von Art. 52 BauG ohne Einschränkungen auf alle Sachen ausgedehnt werden, die durch eine Baute oder Anlage gefährdet sein können.

Der Vollständigkeit halber bleibt noch anzumerken, dass nach der herkömmlichen Lehre auch Tiere als Sachen gelten beziehungsweise vom Rechtsinstitut Eigentum erfasst werden. Durch Bauten oder Anlagen dürfen demnach auch Tiere nicht gefährdet werden, sofern sie Eigentum bilden. Dies schliesst nicht aus, dass die Tierschutzbestimmungen ergänzend anzuwenden sind.

#### **b) Bestimmung der relevanten Gefahren**

In Art. 52 BauG ist von Sicherheitserfordernissen die Rede. Der Begriff Sicherheit kann jedoch sehr weit ausgelegt werden. Vor allem umgangssprachlich wird "sicher" sehr oft mit "gefahrenfrei" gleichgesetzt. Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob nach Art. 52 BauG sämtliche Beeinträchtigungen von Personen und von Sachen oder Tieren abzuwenden sind. Bei dieser Prüfung muss insbesondere eine Abgrenzung zu Art. 53 Abs. 1 BauG gefunden werden.

Art. 53 Abs. 1 BauG enthält eine nicht abschliessende Aufzählung der gesundheitspolizeilichen Erfordernisse: sanitäre Einrichtung, Raum- und Fenstergrösse, Besonnung, Belichtung, Belüftung, Trockenheit und Lärmschutz. Werden diese Erfordernisse nicht eingehalten, können gesundheitliche Schäden nicht ausgeschlossen werden. Dies jedoch nur, wenn Personen sich langfristig in Bauten und Anlagen aufhalten, die nicht den genannten Erfordernissen entsprechen. Das von Art. 53 Abs. 1 BauG konkretisierte Polizeigut Gesundheit schützt deshalb Menschen nur vor Einwirkungen, die langfristig zu einer Beeinträchtigung der körperlichen Verfassung führen können.

Durch Umkehrschluss kann Art. 52 BauG nur Beeinträchtigungen abwehren, die kurzzeitig bei Personen zu relevanten körperlichen Schäden und schlimmstenfalls zum Tod oder bei Sachen zur Zerstörung führen können. Dies kann nur bei Unfallereignissen gegeben sein.

### **c) Bestimmung des Schutzzumfangs**

Das Baubewilligungsverfahren soll namentlich ermöglichen, die Auswirkungen einer Baute oder Anlage auf die Umgebung abzuschätzen. Es wäre deshalb widersinnig, bei den Sicherheitserfordernissen die Auswirkungen einer Baute oder Anlage auf die Umgebung ausser Acht zu lassen. Noch sinnwridiger wäre, eine ihr Umfeld gefährdende Baute oder Anlage zuerst zu bewilligen, um sie später zur Beseitigung der Gefahr wieder abbrechen zu lassen. Vielmehr besteht die Pflicht, eine derartige Baute oder Anlage nicht zu bewilligen, um eine voraussehbare Gefahr gar nicht erst entstehen zu lassen.

In diesem Sinn ist bei Bauten und Anlagen nicht nur zu prüfen, ob diese an sich sicher sind, sondern auch, ob sie für die Umgebung eine Gefahrenquelle darstellen oder eine allenfalls in der Umgebung bereits bestehende (natürliche oder künstlich geschaffene) Gefahr massgeblich erhöhen. Dies führt dazu, dass erstens in Gefahrengebieten die Sicherheitsanforderungen umfassend abgeklärt und allenfalls erhöht werden müssen; besondere Vorkehrungen können unter anderem in Hochwasser-, Rutsch-, Lawinen- oder Steinschlaggebieten angezeigt sein. Zweitens darf die Kombination von unverträglichen Bauten und Anlagen nicht zu einem untragbaren Sicherheitsrisiko führen, indem beispielsweise ein Sprengstoffdepot neben einem Brennstofflager erstellt wird.

### **d) Anforderungen an die Schutzvorkehrungen**

Bauten und Anlagen beziehungsweise deren Umfeld stehen oftmals verschiedenen Personenkreisen offen. Soweit sich Personen dort häufig aufhalten, sind sie auch mit den Mängeln der Bauten oder Anlagen vertraut. Allein für diese Personen brauchte es deshalb oft keine Sicherheitsvorkehrungen. Mit diesem Ansatz werden aber Unbeteiligte nicht geschützt. Die Erforderlichkeit und Ausgestaltung der Sicherungsmassnahmen haben sich vielmehr an einem objektiven Massstab und dieser wiederum an den Ansprüchen eines unerfahrenen Nutzers auszurichten.

Selbstverständlich können die Ansprüche der unerfahrenen Nutzer nicht auf alle Bauten und Anlagen angewandt werden. Insbesondere Bauten und Anlagen, die an sich eine Gefahrenquelle darstellen und demzufolge nur von spezialisiertem Personal betreten werden dürfen, können nicht nach diesem Massstab beurteilt werden. Immerhin ist die Sicherheit solcher Einrichtungen einerseits durch eine wirksame Zutrittsbeschränkung und andererseits durch Vorkehrungen für das Fachpersonal zu gewährleisten.

## **6. Bestimmung der Regeln der Baukunde**

Art. 52 BauG stellt hinsichtlich der Sicherheitserfordernisse auf die Regeln der Baukunde ab. Dieser Verweis kann sich sowohl auf andere gesetzliche Vorschriften, auf gesamtschweizerisch anerkannte Normen, auf Richtlinien von Fachstellen oder Fachkreisen als auch auf die Regeln der betroffenen Berufe beziehen.

### **a) Bezug anderer gesetzlicher Vorschriften**

Gesetzliche Vorschriften, die Erfordernisse an die Sicherheit von Bauten und Anlagen stellen, sind auf Stufe des Bundes, des Kantons und der Gemeinden vorhanden.

#### **aa) Sicherheitsanforderungen an Bauten und Anlagen auf Stufe Bund und Kanton**

Nach Art. 87 Abs. 1 BauG ist die Baubewilligung zu erteilen, wenn keine im öffentlichen Recht begründeten Hindernisse bestehen. Vor diesem Hintergrund spielt es kei-

ne Rolle, ob die im eidgenössischen oder kantonalen Recht in zahlreichen Erlassen aufgestellten Sicherheitsanforderungen an bauliche Einrichtungen auf Grund des Verweises in Art. 52 BauG oder auf Grund der generellen Überprüfungspflicht in Art. 87 Abs. 1 BauG anzuwenden sind. Die auf diesen Ebenen angesiedelten Sicherheitserfordernisse sind in jedem Fall einzuhalten.

#### **bb) Sicherheitsanforderungen an Bauten und Anlagen auf Stufe der Gemeinden**

Die Gemeinden sind nach Art. 9 Abs. 2 BauG befugt, auf ihrem Gebiet Bauvorschriften zu erlassen. Diese Bauvorschriften können auch Sicherheitsanforderungen enthalten. Bevor die Normen angewandt werden, ist jedoch zu überprüfen, ob sie dem übergeordneten Recht entsprechen. Zu berücksichtigen ist namentlich, dass Art. 52 BauG in materieller Hinsicht Mindestanforderungen enthält, die von den Gemeinden nicht unterschritten werden dürfen.

Ein umfassender Überblick über alle in den kommunalen Baureglementen enthaltenen baupolizeilichen Sicherheitserfordernisse ist an dieser Stelle nicht möglich. Häufig bestehen Vorschriften hinsichtlich des Baugrundes, der Konstruktion von Bauten und Anlagen sowie besonderer Schutzvorkehrungen (während des Baus oder während der Nutzung). Der Zweck dieser Vorschriften liegt unter anderem darin, das Einstürzen oder Abrutschen baulicher Einrichtungen oder das Abstürzen von Personen auf solchen Einrichtungen zu verhindern. Da die kommunalen Sicherheitsanforderungen recht unterschiedlich ausgestaltet sind, ist eine Überprüfung der Übereinstimmung mit dem kantonalen Mindeststandard unumgänglich.

#### **b) Beizug gesamtschweizerisch anerkannter Normen**

Vorweg in den SIA-Normen sind zahlreiche Regeln enthalten, welche die Sicherheit von Bauten und Anlagen gewährleisten sollen. Auch diese Normen sind jedoch immer mit Bedacht anzuwenden und dürfen nicht mit einer gesetzlichen Regelung gleichgesetzt werden. Namentlich ist immer zu prüfen, ob die Normen den gesetzlichen Mindeststandard einhalten.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit dürften insbesondere die Normen hinsichtlich Tragwerk, Tiefbau und Untertagebau, Hochbau, Haustechnik und Energie sowie Baustoffe sicherheitsrelevante Regelungen enthalten.

#### **c) Beizug von Richtlinien**

Immer häufiger werden von Fachstellen oder Fachkreisen Richtlinien vorgelegt, welche unter anderem auch die Beurteilung der Sicherheitserfordernisse erleichtern sollen. Erwähnenswert ist insbesondere die Richtlinie Objektschutz gegen Naturgefahren, welche zahlreiche Schutzmassnahmen umschreibt.

#### **d) Beizug der Berufsregeln**

Nicht alle Berufe, die an der Erstellung von Bauten und Anlagen beteiligt sind, verfügen über festgeschriebene Normen. Dennoch ist darauf zu achten, dass die Berufsregeln eingehalten werden, zumindest soweit sie sicherheitsrelevant sind. Im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens wird im Voraus eine vollumfängliche Überprüfung kaum möglich sein. Sofern möglich, ist den Sicherheitserfordernissen aber im Rahmen der Baukontrollen Beachtung zu schenken.

## 7. Abgrenzung zu anderen Rechtsbereichen

Die an bauliche Einrichtungen gestellten Sicherheitserfordernisse berühren mehrere Rechtsbereiche. Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, in welcher Stellung Art. 52 BauG zu diesen Rechtsbereichen steht.

### a) Öffentlich-rechtliche Sicherheitserfordernisse

Wie schon mehrfach erwähnt wurde, bestehen zahlreiche öffentlich-rechtliche Normen, die Sicherheitsanforderungen an bauliche Einrichtungen enthalten. Soweit es um höher- oder gleichrangiges Recht (das heisst um eidgenössische oder kantonale Rechtssätze) geht, ist diesem unabhängig von Art. 52 BauG zum Durchbruch zu verhelfen, soweit es auf das konkrete Bauvorhaben Anwendung findet. Soweit es sich um kommunales Recht handelt, ist dieses nur durchzusetzen, als es sich mit dem übergeordneten Recht und insbesondere dem Minimalstandard von Art. 52 BauG als konform erweist.

Im Bundesrecht sind Sicherheitserfordernisse an bauliche Einrichtungen etwa in folgenden Erlassen enthalten:

- Eidgenössische Verordnung über die Sicherheit der Stauanlagen (SR 721.102);
- Eidgenössische Verordnungen über Seilbahnen (SR 743);
- Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (SR 746.1) mit den dazugehörenden Verordnungen;
- Bundesgesetz über die Luftfahrt (SR 748.0) mit den dazugehörenden Verordnungen;
- Bundesgesetz über den Verkehr mit Giften (SR 813.0) mit den dazugehörenden Verordnungen;
- Bundesgesetz über den Umweltschutz mit den dazugehörenden Verordnungen, insbesondere Verordnung über den Schutz vor Störfällen (SR 814.012);
- Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer mit den dazugehörenden Verordnungen;
- Strahlenschutzgesetz (SR 814.50) mit den dazugehörenden Verordnungen;
- Technische Verordnung über Abfälle (SR 814.600);
- Bundesgesetz über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (SR 819.1) mit den dazugehörenden Verordnungen (insbesondere für Druckgeräte, Druckbehälter und Aufzüge).

Im Kantonalen Recht weisen vorweg das Strassengesetz, das Gesetz über den Feuerchutz (sGS 871.1) mit den dazugehörenden Verordnungen sowie die Ausführungsgesetzgebung zu den oben angeführten Bundeserlassen Sicherheitsanforderungen an Bauten und Anlagen auf.

### b) Privatrechtliche Sicherheitserfordernisse

Grundsätzlich stellt das Privatrecht keine Sicherheitserfordernisse an bauliche Einrichtungen auf. Indirekt besteht jedoch ein Zwang zur Vermeidung von Werkmängeln, weil ansonsten eine Schadenersatzpflicht des Werkeigentümers (Art. 58 OR) oder die Pflicht zu sichernden Massregeln (Art. 59 OR) entstehen könnten. Ob ein Haftungsanspruch besteht, ist vom Zivilrichter zu entscheiden, der sich an anderen Kriterien ausrichten wird, als den öffentlich-rechtlichen Sicherheitserfordernissen. An dieser Stelle ist lediglich darauf hinzuweisen, dass die zivilrechtlichen Begriffe "Werk" und "Werkmangel" weiter gefasst sind als die öffentlich-rechtlichen Begriffe "Baute und Anlage" und "Sicherheitserfordernisse".

## 8. Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist in der Bundesverfassung (Art. 5 Abs. 2 BV) festgeschrieben und ist in allen Bereichen des Verwaltungsrechts zu beachten. Nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung sind alle Massnahmen auf Zweckmässigkeit, Erforderlichkeit und Zweckproportionalität zu überprüfen. Die Verhältnismässigkeit ist nur dann gegeben, wenn alle Elemente kumulativ eingehalten sind.

Auch die an Bauten und Anlagen gestellten Sicherheitserfordernisse müssen auf ihre Verhältnismässigkeit überprüft werden:

- Die Zweckmässigkeit ist eingehalten, wenn die angestrebte Massnahme geeignet ist, die weiter vorne bestimmten Sicherheitserfordernisse zu erreichen.
- Die Erforderlichkeit kann bejaht werden, wenn an Stelle der vorgesehenen Massnahme keine mildere Massnahme zur Verfügung steht, die das angestrebte Ziel ebenfalls erreicht.
- Die Zweckproportionalität setzt voraus, dass die zweckmässige und erforderliche Massnahme von einem öffentlichen Interesse getragen wird, das entgegenstehende Interessen überwiegt.

Im Regelfall dürfen Sicherheitsmassnahmen bei Bauten und Anlagen ohne weiteres als zweckmässig und erforderlich gelten. Auch die Zweckproportionalität sollte gegeben sein, weil die Sicherheit baulicher Einrichtungen einem hoch stehenden Rechtsgut dient. Demgegenüber spielen rein finanzielle Interessen oft eine untergeordnete Rolle.

In Ausnahmefällen könnten sich Sicherheitsanforderungen als unverhältnismässig erweisen, weil etwa die geforderten Massnahmen trotz der hohen Kosten das Risikopotenzial nur unwesentlich senken. Möglich ist auch, dass leicht durchsetzbare Nutzungsbeschränkungen ebenso zum Ziel führen wie bauliche Massnahmen. Schliesslich kann auch sein, dass bei denkmalgeschützten Bauten die entgegenstehenden Interessen am Erhalt der bestehenden Substanz höher gewertet werden als die Vermeidung geringfügiger Schäden. Vernünftigerweise darf es aber nicht so weit kommen, dass vorhersehbare Schadenfälle bewusst in Kauf genommen werden. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit dürfen nur vertretbare Risiken eingegangen werden, wobei die Vertretbarkeit nach einem objektiven Massstab zu beurteilen ist und nicht von der Risikobereitschaft des Eigentümers abhängen darf.

## 9. Anwendbare Verfahren

Zur Durchsetzung der Sicherheitserfordernisse bei baulichen Einrichtungen kommen unterschiedliche Verfahren zum Zug, je nachdem ob es sich um geplante oder bestehende Bauten und Anlagen handelt.

### a) Baubewilligungsverfahren bei neuen Bauten und Anlagen

Ob eine geplante Baute oder Anlage die Sicherheitserfordernisse einhält, ist im Baubewilligungsverfahren zu beurteilen. Die Baubewilligung darf nur erteilt werden, wenn sich die in Frage stehende Einrichtung als sicher erweist (Art. 87 Abs. 1 BauG). Dass die Sicherheitserfordernisse auch umgesetzt werden, ist von der zuständigen Behörde mittels Kontrollen zu gewährleisten.

## **b) Wiederherstellungsverfahren bei bestehenden Bauten und Anlagen**

Das Verfahren zur Wiederherstellung der baupolizeilichen Sicherheit bei bestehenden Bauten und Anlagen wird in Art. 129 BauG festgelegt:

Gefährden Bauten und Anlagen die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die Sicherheit von Personen oder Sachen, so sind sie durch den Eigentümer instandzustellen oder zu beseitigen.

Der Abbruch einer Baute oder Anlage kann verlangt werden, wenn sie nicht mehr benützt wird und wegen ihrer Baufähigkeit eine Gefährdung bewirkt oder verunstaltend wirkt.

Der Gemeinderat erlässt die zur Beseitigung der Gefahr nötigen Verfügungen. Vor der Anordnung des Abbruchs setzt der Gemeinderat dem Eigentümer eine angemessene Frist, um die Baute oder Anlage so instandzustellen, dass sie weder eine Gefährdung noch eine Verunstaltung bewirkt.

Wie bei allen Wiederherstellungsverfahren sind auch im Verfahren betreffend baupolizeiliche Sicherheit die grundsätzlichen Verfahrensregeln einzuhalten. Zwingend einzuhalten sind namentlich die Ansprüche auf rechtliches Gehör des Grundeigentümers und der in schutzwürdigen Interessen betroffenen Dritten. Anwendung finden auch die Vorschriften bezüglich Androhung und Durchsetzung der Ersatzvornahme. Eine entscheidende Rolle spielt schliesslich der Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

Zur Wiederherstellung der baulichen Sicherheit stehen grundsätzlich drei Möglichkeiten offen: Nutzungsverbot, Instandstellung und Abbruch. Anzuordnen ist die Massnahme, die sich auf Grund einer umfassenden Interessenabwägung als verhältnismässig erweist.

- Nutzungs- beziehungsweise Zutrittsverbote stellen oft eine verhältnismässige Massnahme dar, weil sie mit keinen hohen direkten Kosten verbunden sind. Kann der Zutritt zu gefährdeten Bereichen ohne grossen Aufwand ausgeschlossen werden, sollte diese Massnahme in Betracht gezogen werden, auch wenn sie im Gesetz nicht aufgeführt wird. Eine Nutzungsverbot muss aber nur geprüft werden, falls die bauliche Einrichtung nicht verunstaltend wirkt und schon aus diesem Grund abgebrochen werden muss.
- Instandstellungsverfügungen sind immer dann in Aussicht zu stellen, wenn am Weiterbestand und an der Weiternutzung der zu beurteilenden Einrichtung ein objektives Interesse besteht. Dieses Interesse kann nicht nur finanzieller, sondern auch denkmalpflegerischer Art sein. Besondere Beachtung ist jedenfalls der Prüfung der Zweckproportionalität zu widmen.
- Abbrüche kommen nur bei Baufähigkeit in Frage. Entweder stellt die Einrichtung dann ein Sicherheitsrisiko dar oder sie wirkt verunstaltend. Die Baufähigkeit führt auch dazu, dass sich Instandstellungsmassnahmen als unverhältnismässig erweisen. Dass ein Abbruch aus baupolizeilichen Gründen nur verfügt werden soll, wenn eine Baute oder Anlage nicht mehr benützt wird, ist fragwürdig. Angesichts der gefährdeten Rechtsgüter darf es nicht darauf ankommen, dass die Nutzer sich "freiwillig" einem Risiko aussetzen.

## **10. Verantwortung für die Einhaltung der Sicherheitserfordernisse**

Wird eine Baute oder Anlage bewilligt, obwohl sie - wie sich im Nachhinein herausstellen kann - Sicherheitsmängel aufweist, wird regelmässig die Frage aufgeworfen, ob die Baubewilligungsbehörde für diesen Umstand verantwortlich gemacht werden kann.

Hierzu ist vorweg anzuführen, dass der Gesuchsteller trotz der nachfolgenden behördlichen Kontrolle nicht davon entbunden wird, die Baugesuchsunterlagen entsprechend den

gesetzlichen Erfordernissen auszuarbeiten. Das heisst auch, dass er in eigener Verantwortung qualifizierte Fachleute beiziehen muss, wenn es sich um ein Vorhaben handelt, das er in Bezug auf die Sicherheit nicht selber beurteilen kann. Mit anderen Worten muss der Nachweis der Sicherheitserfordernisse in den Baugesuchsunterlagen immer (ausdrücklich oder stillschweigend) enthalten sein.

Zu beachten ist auch, dass der Baubewilligungsbehörde häufig die Qualifikation abgeht, bei komplexen Bauvorhaben alle Belange der Sicherheit mittels eigenem Fachwissen umfassend zu beurteilen. In diesem Sinn wird sich die Baubewilligungsbehörde, soweit es um komplexe Bauvorhaben geht, häufig auf externe Fachmeinungen abstützen und diese lediglich einer Plausibilitätskontrolle unterziehen. Es kann nicht sein, dass der Baubewilligungsbehörde bei der Kontrolle der Baugesuchsunterlagen der gleiche Aufwand aufgebürdet wird, der für deren Erstellung erforderlich war.

Schliesslich muss auch das Verantwortungsgesetz erwähnt werden: Seitens des Gemeinwesens kann eine Haftung für Schäden nur bei widerrechtlicher Ausübung dienstlicher Pflichten gegeben sein (Art. 1 Abs. 1 VG). Es bleibt zu hoffen, dass diese Schwelle nur in Ausnahmefällen überschritten wird.

#### **Weiterführende Hinweise:**

- Botschaft des Regierungsrates vom 22. September 1970 zum Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (BauG) [Art. 49], in: ABI 1970, 1311, 1335, 1337
- Protokoll der 6. Sitzung der grossrätlichen Kommission vom 16./17. Juni 1971 betreffend Baugesetz [Art. 49], 19 f.
- Protokoll der 1. Sitzung der grossrätlichen Subkommission Dr. Schönenberger vom 14. Februar 1971 betreffend Baugesetz (Bauverordnungskompetenz der Gemeinden) [Art. 49], 4
- Protokoll des Grossen Rates des Kantons St.Gallen, Amtsdauer 1968/72, Nr. 11 [Art. 49], 1512 f.
- Protokoll der 2. Sitzung der grossrätlichen Subkommission Dr. Schönenberger vom 25. Februar 1972 betreffend Baugesetz (Bauverordnungskompetenz der Gemeinden) mit einer Delegation der Stadt St.Gallen [Art. 49], 6 f.
- Kommissionsreferat des Präsidenten der vorberatenden Kommission vom 17. April 1972 zur Behandlung des Gesetzes über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Baugesetz) in 2. Lesung [Art. 52], 6
- BGE 119 Ib 442 ff., 118 Ib 9 f., 114 Ib 87 f. und 313 f., 113 Ib 223 und 315 f., 112 Ib 277 ff.
- Urteil des Bundesgerichtes vom 22. April 1988 i.S. M.
- GVP 1997 Nr. 70
- VGE vom 22. April 1994 i.S. V.P. AG, 12
- J. Elser, St.Gallisches Baupolizeirecht, St.Gallen 1915, 1, 9 ff., 122 ff., 143, 147 ff., 156 ff., 167 ff., 192 ff.
- H. Kunz, Das öffentliche Baurecht im Kanton St.Gallen, in: Veröffentlichungen der Handelshochschule St.Gallen, Reihe A, Heft 52, Zürich und St.Gallen 1958, 4, 18 f., 41 ff., 74 f., 91 ff., 121 ff.
- B. Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, NN 356 ff., 587 ff., 1195 ff.
- Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich Basel Genf 2002, N 2036 ff., N 2431 ff.
- E. Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., Aarau 1985, N 5 zu § 152, NN 1 ff. zu §§ 167/168
- A. Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, 2. Aufl., Bern 1995, NN 1 ff. zu Art. 21
- P. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Aufl., Bern 2002, 283 f., 295 ff.
- Haller/Karlen, Raumplanungs- und Baurecht, 3. Aufl., Zürich 1999, NN 660 ff.
- Kistler/Müller, Baugesetz des Kantons Aargau, Brugg 1994, 68 f.
- Fritzsche/Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 2. Aufl., Wädenswil 2000, 250

- K. Korinek, Die Verbindlichkeit technischer Normen im nationalen Recht und im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Das Recht in Raum und Zeit, Festschrift für Martin Lendi, Zürich 1998, 315 ff.
- D. Grauer, Die Verweisung im Bundesrecht, insbesondere auf technische Verbandsnormen, Zürich 1980, 91 ff.
- Gebäudeversicherungsanstalt des Kantons St.Gallen, Richtlinie Objektschutz gegen Naturgefahren, St.Gallen 1999
- H. Hagmann, Kommentar zur Bauordnung der Stadt Zug, Zürich 1998, 86
- J. Jüstrich, Entwicklung des Baurechts im Kanton St.Gallen, Zürich 1995, 292 ff.
- F. Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, 169 ff.
- Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zürich 1987, Band II/1, 162 ff.
- H. Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1998, NN 1022 ff.
- V. Roberto, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, NN 390 ff.
- Juristische Mitteilungen 1998/II/5